Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen

Ein deutsch-schweizerischer Rechtsvergleich

DISSERTATION

zur Erlangung
des Doktorgrades der
Juristischen Fakultät der
Georg-August-Universität
zu Göttingen

vorgelegt von

Constanze Oberkirch

aus Freiburg

Göttingen 2012

Berichterstatter: Professor Dr. Volker Lipp
Mitberichterstatter: Professor Dr. Andreas Spickhoff
Tag der mündlichen Prüfung: 24.10.2012

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Dezember 2011 berücksichtigt.

Ganz herzlich bedanke ich mich an erster Stelle bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Volker Lipp, für die Betreuung und die Begleitung meiner Arbeit in vielfachen positiven, teils auch kritischen, stets aber konstruktiven Gesprächen.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt meiner Familie, insbesondere meiner Mutter für unermüdliche Diskussionsbereitschaft und ausdauerndes Korrekturlesen, sowie meinem Mann für beständige aufmunternde Unterstützung auch in anstrengenden Phasen der Bearbeitung.

Freiburg, im Dezember 2012

Constanze Oberkirch

Inhaltsübersicht

A. Problemstellung	1
B. Rechtslage in Deutschland	6
§ 1 Erbrechtliche Grundlagen	6
§ 2 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen	20
§ 3 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht	30
§ 4 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht	51
§ 5 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	101
§ 6 Weitere Erleichterungen der Unternehmensnachfolge	105
§ 7 Zwischenergebnis zur Rechtslage in Deutschland	109
 C. Rechtslage in der Schweiz	 110
§ 8 Erbrechtliche Grundlagen	110
§ 9 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen	128
§ 10 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht	140
§ 11 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht	145
§ 12 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten:	224
§ 13 Weitere Erleichterungen der Unternehmensnachfolge	229
§ 14 Zwischenergebnis	233
 D. Rechtsvergleichende Betrachtung und Ergebnis	 236
§ 15 Erbrechtliche Grundlagen	236
§ 16 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen	240
§ 17 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht	241
§ 18 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht	242
§ 19 Gestaltungsmöglichkeiten durch erbvertragliche Regelungen	258
§ 20 Weitere Erleichterung der Unternehmensnachfolge	259
§ 21 Ergebnis	261

Inhaltsverzeichnis

A. Problemstellung 1

B. Rechtslage in Deutschland 6

§ 1 Erbrechtliche Grundlagen 6

- I. Universalsukzession 6
- II. Pflichtteilsrecht, §§ 2303 BGB ff. 6
 - 1. Historische Entwicklung und Zielsetzung des Pflichtteilsrechts . 6
 - 2. Berechtigter Personenkreis..... 8
 - 3. Voraussetzungen des Anspruchs..... 9
 - 4. Inhalt/Rechtsnatur des Anspruchs 9
 - 5. Höhe des Anspruchs..... 10
 - 6. Zusatzpflichtteil, § 2305 BGB 10
 - a) § 2305 BGB a.F. 11
 - b) § 2305 BGB n.F. 11
 - c) Übergangsregelung 12
 - 7. Schutz des Berechtigten über § 2306 BGB..... 14
 - a) § 2306 Abs. 1 BGB a.F. 15
 - b) § 2306 Abs 1 BGB n.F. 15
 - c) Übergangsregelung 16
 - d) Hintergrund für die Änderungen durch den Gesetzgeber 16
 - 8. Schutz des Berechtigten über § 2307 BGB 18
 - 9. Durchsetzung des Anspruchs (klageweise) 19

§ 2 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen..... 20

- I. Gesellschaftsformen 20
- II. Gesetzliche Rechtslage beim Tod eines Gesellschafters 23
- III. Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln..... 24
 - 1. Gestaltungsvarianten (einfache und qualifizierte Klauseln) 24

2. Rechtliche Einordnung und Wirkung	24
a) Einfache Nachfolgeklausel.....	27
b) Qualifizierte Nachfolgeklausel.....	27
IV. Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten	
im Fall der Nachfolgeklauseln	28
1. Einfache Nachfolgeklausel	28
2. Qualifizierte Nachfolgeklausel	29
<u>§ 3 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht</u>	<u>30</u>
I. Problemstellung	30
II. Nachfolgeklauseln und § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.	31
1. Einfache Nachfolgeklausel	31
a) Darstellung des Streitstands	32
b) Eigene Stellungnahme.....	34
2. Qualifizierte Nachfolgeklausel	35
a) Darstellung des Streitstands	36
b) Eigene Stellungnahme	38
3. Zwischenergebnis	40
III. Nachfolgeklauseln und § 2306 Abs. 1 BGB n.F.	41
1. Einfache Nachfolgeklauseln	41
a) Wahlrecht des Bedachten gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F.?	41
b) Rechtslage bei ergänzenden Verfügungen des Erblassers.....	43
2. Qualifizierte Nachfolgeklauseln	45
a) Problemaufriss und Darstellung der Rechtslage	45
b) Ausgleichungspflicht des Nachfolgers	46
c) Rechtslage bei ergänzenden Verfügungen des Erblassers.....	47
3. Zwischenergebnis	49
IV. Nachfolgeklauseln und § 2307 BGB.....	49
V. Zwischenergebnis.....	50

<u>§ 4 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht.....</u>	<u>51</u>
I. Gestaltungsvarianten der Klausel und Begriffsbestimmung	51
1. Einfache und besondere Verwirkungsklauseln	53
2. Ursprüngliche cautela Socini	53
a) Römisches Recht als historischer Hintergrund der Klausel.....	54
b) Ausgestaltung der Klausel.....	55
3. „Modifizierte“ cautela Socini - § 2306 Abs. 1 BGB n.F.	56
II. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen von Verwirkungsklauseln.....	57
1. Auflösende Potestativbedingung	57
2. Bedingungseintritt.....	57
3. Rechtsfolgen	58
a) Erbeinsetzung – konstruktive Vor- und Nacherbschaft	58
b) Vermächtniszuweisung.....	59
III. Rechtliche Grenzen der Verwirkungsklauseln	61
IV. Einsatz von Verwirkungsklauseln bei Pflichtteilsberechtigten	61
1. Alte Rechtslage: § 2306 Abs.1 BGB a.F.	61
a) Abgrenzung zwischen § 2306 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB a.F.....	62
b) § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. und Zulässigkeit der Klauseln.....	62
c) § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F und Zulässigkeit der Klauseln	67
d) Besonderheiten bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen	74
aa) Urteil des BGH vom 24.6.2009	74
bb) Literaturansichten	75
cc) Regelungslücke und gesetzgeberischer Hintergrund .	78
e) Zwischenergebnis	80

2. Neue Rechtslage: § 2306 Abs. 1 BGB n.F.....	80
a) Verfassungsrechtliche Aspekte und Intention des Gesetzgebers.....	81
b) Literaturansichten zu § 2306 BGB n.F.	84
c) Eigene Stellungnahme zu § 2306 Abs. 1 BGB n.F.	86
d) Diskussionsstand zur Zulässigkeit der Klauseln	87
aa) Verwirkungsklauseln	87
bb) Cautela socini	88
e) Eigene Stellungnahme.....	90
aa) Verwirkungsklausel	91
bb) Cautela Socini	92
cc) Weitere Gestaltungsmöglichkeiten.....	94
f) Besonderheiten bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen.....	95
g) Fortbestehende Bedeutung der Quoten- oder Werttheorie	95
h) Zwischenergebnis.....	97
3. Verwirkungsklauseln und § 2307 BGB	97
V. Zwischenergebnis	101
<u>§ 5 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten</u>	<u>101</u>
I. Definition des Erbvertrags.....	102
II. Inhalt des Erbvertrages.....	102
1. Stellung des nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten ...	102
2. Stellung der nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten	105
III. Zwischenergebnis	105
<u>§ 6 Weitere Erleichterungen der Unternehmensnachfolge</u>	<u>105</u>
I. Allgemeine Reformüberlegungen	105
II. § 2331a BGB n.F.	107
III. § 2312 BGB auch für Personengesellschaften?.....	108

§ 7 Zwischenergebnis zur Rechtslage in Deutschland	109
--	-----

C. Rechtslage in der Schweiz..... 110

§ 8 Erbrechtliche Grundlagen	110
------------------------------------	-----

I. Universalsukzession	110
------------------------------	-----

II. Pflichtteilsrecht.....	111
----------------------------	-----

1. Historische Entwicklung des schweizerischen Pflichtteilsrechts.....	111
---	-----

2. Berechtigter Personenkreis	113
-------------------------------------	-----

3. Voraussetzungen des Anspruchs.....	113
---------------------------------------	-----

4. Inhalt/Rechtsnatur des Anspruchs	114
---	-----

a) Disponible Quote und Pflichtteil.....	114
--	-----

b) Materielles Noterbrecht.....	114
---------------------------------	-----

c) Stellung des Pflichtteilsberechtigten	116
--	-----

5. Höhe des Anspruchs – Pflichtteilsquoten	117
--	-----

III. Formale Durchsetzung der erbrechtlichen Ansprüche (klageweise)	118
--	-----

1. Nichtigkeit	118
----------------------	-----

2. Ungültigkeit	119
-----------------------	-----

a) Einspruch gemäß Art. 559 ZGB.....	119
--------------------------------------	-----

b) Ungültigkeitsklage Art. 519 ZGB	120
--	-----

3. Herabsetzungsklage	121
-----------------------------	-----

4. Verbindung mehrerer Klaganträge	123
--	-----

IV. Schutz des Berechtigten über Art. 522 ff. ZGB – „dem Werte nach“	123
---	-----

V. Schutz des Berechtigten über Art. 486 und Art. 526 ZGB	125
---	-----

1. Herabsetzbarkeit von Vermächtnissen, Art. 486 ZGB	126
--	-----

2. Durchführung der Herabsetzung bei Vermächtnissen, Art. 526 ZGB	127
--	-----

<u>§9 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen.....</u>	<u>128</u>
I. Gesellschaftsformen	128
II. Gesetzliche Rechtslage beim Tod eines Gesellschafters	129
III. Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln.....	130
1. Gestaltungsvarianten (einfache und qualifizierte Klauseln)	131
2. Rechtliche Einordnung und Wirkung	131
IV. Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten	
im Fall der Nachfolgeklauseln.....	137
1. Einfache Nachfolgeklausel	137
2. Qualifizierte Nachfolgeklausel	139
 <u>§ 10 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht.....</u>	 <u>140</u>
I. Nachfolgeklauseln und Art. 522 ZGB - Erbeinsetzung.....	141
II. Nachfolgeklauseln und Art. 526 ZGB – Vermächtniszuweisung ..	142
III. Nachfolgeklauseln und Art. 608 ZGB – Teilungsvorschriften.....	143
IV. Zwischenergebnis.....	144
 <u>§ 11 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht.....</u>	 <u>145</u>
I. Gestaltungsvarianten der Klausel und Begriffsbestimmung	145
II. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen.....	146
1. Auflösende Potestativbedingung	147
2. Bedingungseintritt.....	149
3. Rechtsfolgen	153
a) Erbeinsetzung – konstruktive Vor- und Nacherbschaft .	153
b) Vermächtniszuweisung	156
4. Zwischenergebnis	157
III. Rechtliche Grenzen der Verwirkungsklauseln	157
1. Nichtigkeit gemäß Art. 482 Abs. 3 ZGB	158
2. Ungültigkeit gemäß Art. 482 Abs. 2 ZGB	158
a) Sittenwidrigkeit.....	158
b) Rechtswidrigkeit	160
aa) Infizierung der Klausel durch	
rechtswidrige Hauptverfügung	160

bb) Rechtswidrigkeit der Klausel per se	164
cc) Gesamt- oder Teilungültigkeit?	167
3. Ungültigkeitsklage gemäß Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB	170
4. Zwischenergebnis	171
IV. Einsatz von Verwirkungsklauseln bei Pflichtteilsberechtigten	171
1. Pflichtteilsberechnung und Erbteilsbewertung	172
2. Art. 531 ZGB: Herabsetzungsklage bei Verwirkungsklauseln	175
a) Zugewendete Erbquote ist kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil.....	178
aa) Wegfall der Beschränkung	178
bb) Diskussionsstand zur Zulässigkeit der Verwirkungsklausel.....	183
(1) Herrschende Meinung	185
(2) Mindermeinung	188
(3) Zwischenergebnis	189
cc) Abdingbarkeit des Art. 531 ZGB?	190
dd) Zulässigkeit einer cautela Socini?	191
(1) Zulässigkeit aufgrund Parallelen zu Art. 486 ZGB?	196
(2) Zulässigkeit aufgrund Parallelen zu Art. 526 und 530 ZGB?	199
(3) Ungültigkeit oder Herabsetzbarkeit einer cautela Socini?	201
ee) Besonderheiten bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen?	202
ff) Zwischenergebnis	202
b) Zugewiesener Erbteil ist größer als der Pflichtteil	203
aa) Wegfall der Beschränkung erst nach erfolgreich erhobener Klage	205
bb) Diskussionsstand zur Zulässigkeit der Verwirkungsklausel.....	206
(1) Herrschende Meinung	206
(2) Mindermeinung	208

(3) Eigene Stellungnahme.....	210
cc) Zulässigkeit einer cautela Socini	212
dd) Besonderheiten bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen?.....	213
ee) Zwischenergebnis	215
c) Art. 531 ZGB bei Nacherben und Vermächtnisnehmern	215
3. Rechtsbehelf bei pflichtteilsverletzenden Verwirkungsklauseln	216
a) Ungültigkeitsklage	216
b) Herabsetzungsklage	218
c) Eigene Stellungnahme.....	222
V. Zwischenergebnis	223
<u>§ 12 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.....</u>	<u>224</u>
I. Definition des Erbvertrags.....	224
II. Inhalt des Erbvertrages.....	225
1. Stellung des nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten ...	225
2. Stellung der nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten	227
III. Zwischenergebnis	228
<u>§ 13 Weitere Erleichterungen der Unternehmensnachfolge.....</u>	<u>229</u>
I. Bewertung unternehmerischen Vermögens.....	229
II. Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts	231
<u>§ 14 Zwischenergebnis</u>	<u>233</u>
I. Qualifizierte Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht.....	233
II. Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht.....	234

<u>D. Rechtsvergleichende Betrachtung und Ergebnis.....</u>	<u>236</u>
<u>§ 15 Erbrechtliche Grundlagen.....</u>	<u>236</u>
I. Pflichtteilsrecht.....	236
1. Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts	237
2. Voraussetzungen und Höhe des Pflichtteilsanspruchs.....	238
II. Durchsetzung der Mindestteilhaberechte	238
III. Zwischenergebnis	239
<u>§ 16 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen</u>	<u>240</u>
<u>§ 17 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht.....</u>	<u>241</u>
<u>§ 18 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht.....</u>	<u>242</u>
I. Direkter Zwang durch Verwirkungsklauseln	243
1. Vergleichbarkeit der Ausgestaltung der Klauseln	243
2. Generelle Zulässigkeit der Klauseln	244
3. Zulässigkeit gegenüber Pflichtteilsberechtigten	245
a) Gesetzliche Regelungen zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten.....	245
b) Berechnung des Pflichtteils und der erblasserischen Zuwendung	245
c) Schweizerische Rechtslage und § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.	247
d) Schweizerische Rechtslage und § 2306 Abs. 1 BGB n.F.	252
II. Indirekter Zwang durch Verwirkungsklauseln.....	255
III. Bedeutung der Klauseln	256
IV Rechtsschutz gegen die Klauseln	257
V. Zwischenergebnis.....	258
<u>§ 19 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.....</u>	<u>258</u>
<u>§ 20 Weitere Erleichterung der Unternehmensnachfolge.....</u>	<u>259</u>
<u>§ 21 Ergebnis.....</u>	<u>261</u>

Literaturverzeichnis D

- Bäumel, Swen O. Das Gesetz zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge: Der Kabinettsentwurf vom 25. Oktober 2006 aus Sicht der Beratungspraxis, in ZEV 2006, 525-530.
- Bamberger, Heinz Georg Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3; §§ 1297-2385,
Roth, Herbert 2. Aufl. München 2008
zit. „Bamberger/Roth-Bearbeiter“.
- Baumann, Wolfgang Die Reform des Erbrechts und verjährungsrechtlicher Vorschriften, in
Karsten, Susanne Rheinische Notarzeitschrift 2010, 95-101.
- Baumbach, Adolf Handelsgesetzbuch, 34. Aufl., München 2010
Hopt, Klaus zit. „Baumbach/Hopt-Bearbeiter, HGB“.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), Ed. 20, München, Stand 1.3.2011,
zit. „BeckOK BGB -Bearbeiter“.
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO Volkert Vorwerk, Christian Wolf (Hrsg.), Ed. 1, München, Stand 1.6.2011,
zit. „BeckOK ZPO – Bearbeiter“
- Berliner Kommentare Erbvertragsrecht Gerhard Schumann (Hrsg.), Erbvertragsrecht, Kommentar zu den §§ 1941, 2274-2302 BGB mit Vertragsmustern für die Rechtspraxis, Berlin 2002.
- Bestelmeyer, Horst Zur Anwendbarkeit des § 2306 Abs. 2 BGB bei angeordneter aufschiebend bedingter oder auflösend bedingter Nacherbfolge, in Der Deutsche Rechtspfleger 2007, 1-12.
- Birk, Rolf Die Problematik der Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen, in DNotZ 1972, S. 284-292.
- Bleifuß, Sebastian Beschränkungen und Beschwerden des pflichtteilsberechtigten Erben (§2306 BGB), Jur. Diss. Erlangen 2000.
- Brox, Hans - Erbrecht, 23.Aufl., Köln, Berlin 2009.
Walker, Wolf-Dietrich - Erbrecht, 24. Aufl., Köln, Berlin 2010.

Burandt, Wolfgang Rojahn, Dieter (Hrsg.)	Erbrecht, Beck'sche Kurzkommentare Band 65, München 2011 zit. „Burandt/Rojahn-Bearbeiter“
Coing, Helmut	Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985.
Crezelius, Georg	Unternehmenserbrecht, 2. Aufl., München 2009.
Damrau, Jürgen (Hrsg.)	Praxiskommentar Erbrecht, Angelbachtal 2004 zit. „Damrau/Bearbeiter“.
Ebenroth, Carsten Thomas	Erbrecht, München 1992.
Ebenroth, Carsten Thomas Boujong, Karlheinz Joost, Detlev	Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342a, 2. Auflage, München 2008 zit. „Ebenroth/Boujong/Joost/Bearbeiter“ .
Ehlers, Ernst August	Unternehmensnachfolge und Erbaueinandersetzung, 1991.
Eisenhardt, Ulrich	Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., München 2005.
Erman, Walter	Harm Peter Westermann (Hrsg.), Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, 12. Aufl., Münster, Köln 2008 zitiert „Erman-Bearbeiter“ .
Frieser, Andreas (Hrsg.)	Fachanwaltskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Köln 2008 zit. „FA Komm-ErbR/Bearbeiter“.
Fuhrmann, Lambertus	Modelle Unternehmensübertragung, Konstanz 1990.
Gottwald, Uwe	Berliner Kommentare Pflichtteilsrecht, Kommentierung der §§ 2303- 2338 BGB mit Checklisten, Schriftsatz- und Klagemustern für die Rechtspraxis, Berlin 2000.
Groll, Klaus Michael (Hrsg.)	Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 3. Aufl., Köln 2010.
Grunewald, Barbara	Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2011.

Hausmann, Rainer Hohloch, Gerhard	- Handbuch des Erbrechts, 1. Aufl. Berlin 2008. - Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., Berlin 2010.
Hennig, Michael	Die Rückkehr zur socinischen Klausel – Überlegungen zu einer Reform des § 2306 BGB, in DNotZ 2003, S. 399 – 422.
Herzog, Stephanie Lindner, Richard	Die Erbrechtsreform 2010, Das neue Pflichtteils und Verjährungsrecht, Münster 2010.
Heuberger, Walther	Geschichtliche Entwicklung des Pflichtteilsrechts und Darstellung der Grundsätze desselben im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche und im schweizerischen Zivilgesetzbuche, Jur. Diss. Leipzig, 1912.
Hohloch, Gerhard	Gesellschaftsrecht, Recklinghausen 2002.
Hohloch, Gerhard	Anmerkung zu BGHZ 120, 96 = LM § 2306 BGB Nr. 11
juris Praxiskommentar BGB	Wolfgang Hau (Hrsg.), Band 5, Erbrecht, 4. Aufl., Saarbrücken 2009 zit. „jurisPK-BGB/Bearbeiter“ .
Kanzleiter, Rainer	Anmerkung zu BGH 28.10.1992, in DNotZ 1993, S. 780-786.
Karsten, Susanne	Die Erbrechtsreform in der Kautelarpraxis, in Rheinische Notarzeitschrift 2010, 357-377.
Kaser, Max	Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München 1971.
Kaser, Max	Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl., München 1975.
Keim, Christopher	Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts und ihre Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis, in ZEV 2008, S. 161-169.
Keim, Christopher	Testamentsgestaltung bei „missratenen“ Kindern – Neue Möglichkeiten durch die geplanten Änderungen im Pflichtteilsrecht? In NJW 2008, S. 2072-2077.

- Keller, Hilmar Die Problematik des § 2306 BGB bei der Sondererbfolge in Anteile an Personengesellschaften, in ZEV 2001, 297-302.
- Kleensang, Michael Familienerbrecht versus Testierfreiheit – Das Pflichtteilsentziehungsrecht auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichtes, in ZEV 2005, S. 277 – 283.
- Klinger, Bernhard
Mörtl, Petra Die Erbrechtsreform 2010, in NJW-Spezial 2009, 503-504
- Kübler, Friedrich
Assmann, Heinz-Dieter Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006.
- Lange, Heinrich
Kuchinke, Kurt Erbrecht, 5. Auflage, München 2001.
- Lange, Knut Werner Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, veröffentlicht unter http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/aussschuesse/a06/anhoeerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Lange.pdf (besucht am 22.9.2011) zit. „Lange, Stellungnahme“.
- Lange, Knut Werner Die Möglichkeit zur Privilegierung unternehmerischen Vermögens im Pflichtteilsrecht unter besonderer Berücksichtigung des § 2312 BGB, in: Reformfragen des Pflichtteilsrechts, hrsg. von Anne Röthel, Köln, Berlin, München 2007, S. 57-72
zit. „Lange, Privilegierung unternehmerischen Vermögens“.
- Lange, Knut Werner Das Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, in DNotZ 2009, 732-742.
- Langenfeld, Gerrit Testamentsgestaltung: Einzeltestament, Ehegattentestament, Unternehmertestament, 4. Aufl., Köln 2010.
- Larenz, Karl
Canaris, Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1995.
- Leipold, Dieter Erbrecht, 17. Auflage, Tübingen 2009.

- Lindemann, Hans Christian Verwirkungsklauseln zur Verstärkung von Anordnungen des Erblassers für die Erbengemeinschaft, Jur. Diss. Tübingen 1996.
- Lindner, Richard Die geplante Reform der §§ 2305 f. BGB – Meilenstein oder zu kurz gesprungen? In ErbR 12/2008, S. 374-380.
- Lipp, Volker Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, 2201-2207.
- Litzenburger, Wolfgang Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, veröffentlicht unter http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Litzenburger.pdf (besucht am 22.9.2011)
zit. „Litzenburger, Stellungnahme“
- Luckey, Günter Unternehmensnachfolge, 1992.
- Marotzke Das Wahlrecht des pflichtteilsberechtigten Erben bei ungünstigem Testament, § 2306 BGB, in AcP 191 (1991), 563-585.
- Mayer, Jörg Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 – 1 BvR 188/03, in FamRZ 2005, S. 1441-1444
- Mayer, Jörg Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, veröffentlicht unter http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Mayer.pdf (besucht am 22.9.2011)
zit. „Mayer, Stellungnahme“.
- Mayer, Jörg Die Auswirkungen der Erbrechtsreform auf die Kautelarpraxis, in ZEV 2010, S. 2-8.
- Mayer, Jörg Der beschränkte Pflichtteilsverzicht, in ZEV 2000, 263-268.

- Mayer, Jörg
Dickhuth-Harrach, Hans-Jürgen Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 31.8.2007 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, Aktenzeichen: I A1-3480/2-3-12 611/2007 zit. „Stellungnahme des Deutschen Notarvereins“.
- Menold, Felix Die erbrechtlichen Schranken der Gestaltung der Vererbung von Anteilen an Gesamthandspersonengesellschaften (OHG, KG und Außen-GbR), Jur. Diss. Tübingen 2004.
- Mertens, Hans-Georg Die Entstehung der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970, zugl. Jur. Diss. Münster 1969.
- Müller, Frank Grenzen erbrechtlicher Verwirkungsklauseln, Juristische Schriftenreihe Band 76, Münster 1996, zugl. Jur.Diss. Marburg 1995.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Franz Jürgen Säcker, Kurt Rebmann, Roland Rixecker (Hrsg.),
- Band 2, Wolfgang Krüger (Red.), Band 2, §§ 241-432, 5. Aufl. München 2007
 - Band 5, Habersack, Matthias (Red.), §§ 705-853, 5. Aufl., München 2009
 - Band 9, Gerhard Schlichting (Red.), §§ 1922-2385, 4. Aufl., München 2004
 - Band 9, Schlichting, Gerhard (Red.), §§ 1922-2385, 5. Aufl., München 2010
- zit. „MünchKomm-Bearbeiter“.
- Muscheler, Karlheinz Die geplanten Änderungen im Erbrecht, Verjährungsrecht und Nachlassverfahrensrecht, ZEV 2008, S. 105-112.
- Muscheler, Karlheinz Erbrecht,
- Band I, Tübingen 2010.
 - Band II, Tübingen 2010.

Nake, Angelika	Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, veröffentlicht unter http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Nake.pdf (besucht am 22.9.2011) zit. „Nake, Stellungnahme“.
n.n.	Stellungnahme des Deutschen Richterbunds zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, Juni 2007, veröffentlicht unter www.drb.de/cms/index.php?id=96 , besucht am 14.10.2008 zit. „Stellungnahme des Deutschen Richterbunds“.
n.n.	Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, September 2007, BRAK-Stellungnahme Nr. 35/2007, veröffentlicht unter www.brak.de zit. „Stellungnahme der BRAK“.
n.n.	Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, Berlin, August 2007, Stellungnahme Nr. 40/07, veröffentlicht unter www.anwaltverein.de zit. „Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins“.
Nomos Kommentar BGB – Erbrecht	Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel, Gerhard Ring (Gesamthrg.), Ludwig Kroiß, Christoph Ann, Jörg Mayer (Hrsg.), BGB Erbrecht, Band 5, §§ 1922-2385, 3. Aufl., Baden-Baden 2010.
Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar	Reiner Schulze, Heinrich Dörner (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2009. zit. „Hk-BGB/Bearbeiter“.
Nomos Kommentar Pflichtteilsrecht	Barbara Dauner-Lieb, Herbert Grziwotz, Christine Hohmann-Dennhardt (Hrsg.), Pflichtteilsrecht: Bürgerliches Recht, Prozessrecht, Wirtschaftsrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2010. zit. „Nomoskommentar Pflichtteilsrecht-Bearbeiter“

- Oertmann, Paul Die Cautela Socini unter der Herrschaft des
Bürgerlichen Gesetzbuchs, ZBIFG 15 (1915), S.
357-377.
- Otte, Gerhard Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines
Gesetzes zur Reform des Erb- und
Verjährungsrechts, veröffentlicht unter
[http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/
ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-
_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stell
ungnahme_Otte.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Otte.pdf) (besucht am 22.9.2011)
zit. „Otte, Stellungnahme“.
- Palandt, Otto Peter Bassenge, Gerd Brudermüller u.a.
(Bearbeiter.), Bürgerliches Gesetzbuch,
- 68. Auflage, München 2009
- 69. Auflage, München 2010.
- 70. Auflage, München 2011.
- Pfeiffer, Thomas Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines
Gesetzes zur Reform des Erb- und
Verjährungsrechts, veröffentlicht unter
[http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/
ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-
_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stell
ungnahme_Pfeiffer.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Pfeiffer.pdf) (besucht am 22.9.2011)
zit. „Pfeiffer, Stellungnahme“.
- Peitsmeyer, Philipp Die Vererbung von Gesellschaftsanteilen an
Personen- und Kapitalgesellschaften in
Deutschland, Frankreich und England
Frankfurt/Main 2004, zugl. Jur. Diss. Hamburg
2004.
- Prütting, Hanns
Wegen, Gerhard
Weinreich, Gerd BGB Kommentar, 4. Aufl., Köln 2009,
zit. „PWW-Bearbeiter“.
- Rawert, Peter Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines
Gesetzes zur Reform des Erb- und
Verjährungsrechts, veröffentlicht unter
[http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/
ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-
_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stell
ungnahme_Rawert.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-_und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Rawert.pdf) (besucht am 22.9.2011)
zit. „Rawert, Stellungnahme“.

- RGRK Kurt Herbert Johannsen, Wilhelm Kregel (Hrsg.)
Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Band V, 2. Teil, §§ 2147-2385, 12. Aufl., Berlin 1975.
- Reimann, Wolfgang Entscheidungsrezension zu OLG Hamm:
Beschluss vom 17.01.1991 - 15 W 428/90 (§ 20 Abs. I. FGG; §§ 2226, 2306 Abs. I S. 1 BGB). In: FamRZ 1992, 117 – 118.
- Reimann, Wolfgang Aktuelle Probleme im Pflichtteilsrecht:
Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen. Skript zur 4. Erbrechtstagung der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im Deutschen Anwaltverein am 22. Oktober 2010 in Karlsruhe.
zit. „*Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen*“
- Röthel, Anne Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, erschienen in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, hrsg. von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Band I, Gutachten Teil A, München 2010
- Scherer, Stephan (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht,
- 2. Aufl., München 2007
- 3. Aufl., München 2010
zit. „*Scherer-Bearbeiter MAH Erbrecht*“.
- Schindler, Andreas Die Anwendung des § 2306 BGB nach altem und neuem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Werttheorie, in ZEV 2008, S. 125-128 sowie Ergänzung und Berichtigung hierzu in ZEV 2008, S. 187-188.
- Schlichting, Gerhard Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, veröffentlicht unter http://webarchiv.bundestag.de/archive/2009/0109/ausschuesse/a06/anhoerungen/39_Erb-und_Verj_hrungsrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Schlichting.pdf (besucht am 22.9.2011)
zit. „*Schlichting, Stellungnahme*“.

Schlüter, Wilfried	Erbrecht, 16. Aufl., München 2007.
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin 2002 zit. „Schmidt, Gesellschaftsrecht“.
Schmidt, Karsten	Pflichtteil und Unternehmensnachfolge – Rechtspolitische Überlegungen im Schnittfeld von Erbrecht und Unternehmensrecht, in: Reform- fragen des Pflichtteilsrechts, hrsg. von Anne Röthel, Köln, Berlin, München 2007, S. 37-56 zit. „Schmidt, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge“.
Schubert, Werner	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.10.1992, – IV ZR 221/91 (BGHZ 120, 96) in JR 1993, S. 366-370.
Schulte, Torsten	Schutz des Pflichtteils des Erben nach § 2306 BGB, Jur. Diss. Bochum 1999.
Semrau, Michael	Das Unternehmertestament für die gerichtliche, notarielle, anwaltliche und steuerberatende Praxis, Berlin 2003.
Simon, Dietrich von	Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – ein Prüfstein für Privatautonomie, in Festschrift für Ernst Wolf, hrsg. von Dietrich Bickel, Walther Hadding, Volker Jahnke, Gerhard Lüke 1985, S. 627 ff.
Skibbe, Manfred	Anmerkung zu OLG Celle, Urt. Vom 9.3.1995, 22 U 73/94, in ZEV 1996, 307-310.
Soergel, Hs. Th.	Wolfgang Siebert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 23, Erbrecht 3, §§ 2274- 2385, 13. Aufl., Stuttgart 2002.
Staudinger, Julius von	Gerhard Otte (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, - Buch 5, Erbrecht, Bd. §§ 2265 - 2338 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag, Pflichtteil), 14. Aufl., Neubearbeitung Berlin 2006 - Buch 5, Erbrecht, Bd. „Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922 - 1966 (Erbfolge)“, Neubearbeitung Berlin 2008.

Sudhoff, Heinrich	Unternehmensnachfolge, 5. Aufl., München 2005.
Tiedau, Erwin	Die Abfindungs- und Ausgleichsansprüche der von der gesellschaftlichen Nachfolge ausgeschlossenen Erben, in NJW 1980, S. 2446-2450.
Ulmer, Peter	Gesellschafternachfolge und Erbrecht, in ZGR 1972, S. 324-344.
Wacke, Andreas	Rechtsfolgen testamentarischer Verwirkungsklauseln, in DNotZ 1990, S. 403-416.
Weipert, Lutz	Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft, ZEV 2002, 300-304.
Zöller, Rene	Nachfolge von Todes wegen bei Beteiligungen an Personengesellschaften, MittRhNotK 1999, 122-145.

Literaturverzeichnis CH

Abt, Daniel	Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Jur. Diss. Basel 2002.
Abt, Daniel Weibel, Thomas	Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Basel 2007 zit. „Abt/Weibel-Bearbeiter“.
Auberson, Geraldine	Les clauses punitives du droit successoral, Analyse sur la base de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l’art. 482 CC in : successio 1/2008, S. 30-42.
Beck, Alexander	Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976.
Basler Kommentar	Heinrich Honsell (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, - Obligationenrecht Band 1, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel, Genf, München 2007 Obligationenrecht Band 2, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel, Genf, München 2008 zit. „Basler Komm. - Bearbeiter OR“

Basler Kommentar	Heinrich Honsell (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, - Zivilgesetzbuch Band 2, Art. 457-977 ZGB, 3. Aufl., Basel, Genf, München 2007
zit. „Basler Komm. – <i>Bearbeiter</i>“.
Berner Kommentar	Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.), - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Die Erben, 1. Teilband, erläutert von Peter Weimar, Bern 2009
zit. „Berner Kommentar-Weimar“ - Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband, Obligationenrecht, Art. 530-544 OR, Bern 2006
zit. „Berner Kommentar OR-Fellmann/Müller“.
Berner Kommentar	<p>Peter Tuor (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art. 457-536 ZGB, begründet von Max Gmür, Bern 1952
zit. „Berner Kommentar 1952-Tuor“.</p>
Breitschmid, Peter	<p>Testament und Erbvertrag: praktische Probleme im Licht der aktuellen Rechtsprechung, hrsg. von Peter Breitschmid, Bern 1991
zit. „Breitschmid, Testament und Erbvertrag“.</p>
Breitschmid, Peter	<p>Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln im Testamentsrecht, in ZSR 1983 I. Halbband, S. 109-125
zit. „Breitschmid, ZSR“ .</p>
Breitschmid, Peter	<p>Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 109-146:
zit. „Breitschmid, Symposium“.</p>
Breitschmid, Peter
Künzle, Hans Rainer	DACH, Europ. Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Länderbericht Schweiz, in Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts, S. 1-165, Köln 2004.

- Brückner, Christian
Weibel, Thomas Die erbrechtlichen Klagen, 2. Aufl., Zürich 2006.
- Druey, Jean Nicolas Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002.
- Druey, Jean Nicolas Erbrechtliche Schranken der Dispositionsmöglichkeiten des Unternehmers, in: Der Generationenwechsel im Familienunternehmen, Zürich 1982, SSHW Band 67, S. 57 – 77.
- Eitel, Paul Die Anwartschaft des Nacherben, Jur. Diss. Bern 1991
zit. „Eitel, Die Anwartschaft“.
- Eitel, Paul Erbrecht für landwirtschaftliche Unternehmen vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen, in: Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag, hrsg. von Jörg Schmid, Hansjörg Seiler, Basel, Genf 2006, S. 93-128
zit. „Eitel, Festschrift Richli“.
- Eitel, Paul KMU und Pflichtteilsrecht, in: Neue Rechtsfragen rund um die KMU, hrsg. von Jörg Schmid, Daniel Girsberger, Zürich, Basel, Genf 2006, S. 43 – 92
zit. „Eitel, KMU“.
- Escher, Arnold Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 3, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Aufl., Zürich 1959, hrsg. von Dr. E. Beck, Dr. W.F. Bürgi u.a.
- Ferid, Murat
Firsching, Karl
Dörner, Heinrich
Hausmann, Rainer Internationales Erbrecht, Band VII, Schweiz-Südafrika, Stand: 76.Ergänzungslieferung, München 2009 (Schweiz S. 1-150)
zit. „Ferid/Firsching/Bearbeiter“.
- Gauch, Peter
Schluep, Walter R.
Schmid, Jörg
Rey, Heinz Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde, 9. Aufl., Zürich 2008
zit. „Gauch/Schluep/Bearbeiter“.
- Greyerz, Christoph von Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis 1970, S. 69-108.

Hausheer, Heinz	Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Karlsruhe 1970, zugl. Habilitation Univ. Bern, (ASR 399)
zit. „Hausheer, Erbrechtliche Probleme“.
Hausheer, Heinz	Die Abgrenzung der Verfügung von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in Breitschmid (ed) Testament und Erbvertrag, Bern 1991, S. 79-99
zit. „Hausheer, Abgrenzung“ .
Hausheer, Heinz	Die Unternehmensnachfolge als erbrechtliches Problem, insbesondere bei der Einzelunternehmung in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis 1970, Bern 1972, Seite 33 – 68
zit. „Hausheer, Unternehmensnachfolge“.
Hausheer, Heinz
Aebi-Müller, Regina	Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz, in Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht Band 7, hrsg. von Dieter Henrich und Dieter Schwab, S. 213-248, Bielefeld 2001
zit. „Hausheer/Aebi-Müller“.
Honsell, Heinrich	Römisches Recht, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2006.
Huber, Eugen	System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band 4, Basel 1893
zit. „Huber, Band IV“.
Huber, Eugen	Schweizerisches Civilgesetzbuch, II. Teilentwurf: Das Erbrecht, Bern 1895
zit. „Huber, II. Teilentwurf“.
Meier-Hayoz, Arthur
Forstmoser, Peter	Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2007, Bern 2007.
Merz, Hans	Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGER 1963 in ZBJV 1964, S. 445 – 456.
Nützi, Patrick	Die privatorische Klausel – Anmerkungen zu BGE 117 II 239ff. in ZBJV 1993, S. 195-202.

Piotet, Paul	Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Erbrecht, hrsg. von Max Gutzwiller, Hans Hinderling u.a., Basel 1978
zit. „Piotet SPR IV/1“.
	Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/2, Erbrecht, hrsg. von Max Gutzwiller, Hans Hinderling u.a., Basel 1981
zit. „Piotet SPR IV/2“.
Reutter, Thomas	Das bedingte Übernahmeangebot, Zürich 2002, zugl. Diss. St. Gallen Nr. 2597.
Riemer, Hans Michael	Bedingungen und Auflagen, namentlich bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen (kritisch zum BGE 120 II 182) in : Jusletter 17. Juli 2000, S. 1-6.
Riemer, Hans Michael	Schematische Übersicht über die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Rechtsgeschäften von Todes wegen (Testamente, Erbverträge) und den Rechtsgeschäften unter Lebenden (Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte, Beschlüsse), recht 1994, S. 124-125.
Riemer, Hans Michael	Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Forstmoser, Zürich 1989, S. 245-259.
Schaer, Walter	Ist das Pflichtteilsrecht ein erhaltenswertes Institut? Eine rechtspolitische Betrachtung zum schweizerischen Pflichtteilsrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Jur. Diss. Zürich 1976.
Schaub, Rudolf P.	Die Nachfolgeklausel im Personengesellschaftsvertrag, in SAG 1984, S. 17-29.
Steiger, Werner von	Gesellschaftsrecht, SPR Bd. VIII, 1. Halbband, Basel und Stuttgart 1976, S. 211 ff.
Tschäppeler, Hans-Peter	Die Testierfreiheit zwischen Freiheit des Erblassers und Gleichheit der Nachkommen, Jur. Diss. Zürich 1983.

Tuor, Peter	Das schweizerische ZGB, 13. Aufl., Schulthess 2009, begr. von Peter Tuor, neu bearbeitet und ergänzt von Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo-Jungo zit. „Tuor/Schnyder“.
Uffer-Tobler, Beatrice	Die erbrechtliche Auflage, Jur. Diss. Bern 1982.
Weimar, Peter	Erbrecht und Versorgung der Witwe, in ZBJV 1985, S. 265-277.
Wenninger Schmid, Renate	Aspekte der Nacherbeneinsetzung – Altes Instrument in verändertem Umfeld, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, hrsg. von Gaudenz G. Zindel, Patrik R. Peyer, Bertrand Schott, Zürich 2008, S. 537-554.
Wolf, Stephan	Subjektswechsel bei einfachen Gesellschaften, in Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (SZGB) 2000, S. 1-21.
Wolf, Stephan	Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionbedürftig? In ZBJV 2007, S. 301-316.
Wolf, Stephan	Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht – Erbengemeinschaft – Erbteilung, in: ZSR 125 (2006), Bd. II, S. 211-277
Wolf, Stephan Berger-Steiner, Isabelle	Erbrecht in der Schweiz, S. 1323-1381 in Erbrecht in Europa, hrsg. von Rembert Süß, Ulrich Haas, 2. Auflage, Angelbachtal 2008

Sonstige Literatur

Gresser, Edmond	Pflichtteilsrecht in Frankreich, in: Reformfragen des Pflichtteilsrechts, hrsg. von Anne Röthel, München 2007, S. 227-234
-----------------	---

Soweit Abkürzungen benutzt wurden, wurde das Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Kirchner, 6. Aufl., Berlin 2008, zugrunde gelegt.

A. PROBLEMSTELLUNG

Gegenstand der Arbeit sind die Schwierigkeiten bei der Vererbung eines Personengesellschaftsanteils. Betroffen sind insbesondere Familienunternehmen, da diese häufig in der Form von Personengesellschaften geführt werden. Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland sieht sich der Personengesellschafter mit ähnlichen Problemen konfrontiert, sobald es die Übertragung des Unternehmensanteils auf einen Nachfolger zu überdenken gilt.

Häufig hegt der Erblasser den Wunsch, den Unternehmensanteil auf nur einen geeigneten Nachfolger im Rahmen der Erbfolge zu übertragen. Sowohl in der schweizerischen Eidgenossenschaft als auch in der Bundesrepublik Deutschland haben die nächsten Familienangehörigen einen gesetzlich festgelegten Anspruch auf Mindestteilhabe am erblasserischen Vermögen. In Deutschland besteht dieser Mindestteilhabeanspruch in einem Anspruch auf Auszahlung eines Geldbetrages in Höhe der Pflichtteilsquote (Geldpflichtteil)¹. In der Schweiz ist der Mindestteilhabeanspruch grundsätzlich auf die Einsetzung als Erbe in Höhe der Mindestteilhabequote gerichtet (Noterbrecht)².

In beiden Ländern können diese Teilhabeansprüche insbesondere dann zu Problemen führen, wenn der Gesellschaftsanteil den Großteil des erblasserischen Vermögens ausmacht, der Erblasser aber nur einen bzw. mehrere bestimmte Erben bedenken will. Bereits die üblicherweise im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Nachfolgeklauseln können dabei zu Problemen mit den Mindestteilhabeansprüchen der Berechtigten führen, wenn der Gesellschaftsvertrag die Nachfolgeberechtigung nicht allen vom Erblasser eingesetzten Erben zugesteht, sondern nur einzelnen hiervon (qualifizierte Nachfolgeklausel) und die anderen von der Nachfolge ausschließt.

In tatsächlicher Hinsicht besteht das Problem, dass die Berufung der nicht nachfolgeberechtigten Personen auf ihre Mindestteilhabeansprüche zu empfindlichen

¹ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2303 Rn 1.

² Druey, Grundriss § 6 N 12 S. 57.

Liquiditätsengpässen für die Gesellschaft führen kann, je nach Fallgestaltung im Einzelnen sogar zur Auflösung der Personengesellschaft.

In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob bereits die gesellschaftsvertragliche Klausel in unzulässiger Weise in die Mindestteilhaberechte der Betroffenen eingreift. Während die Dogmatik des Übergangs der Mitgliedschaft an der Personengesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland mittlerweile weitgehend geklärt ist, stellt sich im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Frage, ob und wie (qualifizierte) Nachfolgeklauseln mit dem Pflichtteilsrecht und hierbei vornehmlich mit § 2306 BGB in Einklang zu bringen sind.

Wegen der geschilderten Problematik versucht der Erblasser häufig, die Gesellschaftsnachfolge durch Aufnahme von Verwirkungsklauseln in seiner letztwilligen Verfügung abzusichern. Mit Hilfe von Verwirkungsklauseln will der Erblasser das Verhalten der Erben auch über seinen Tod hinaus beeinflussen. Verwirkungsklauseln sind dabei zumeist so gestaltet, dass dem Bedachten eine Zuwendung wieder entzogen werden soll, wenn er sich dem Erblasserwillen nicht beugt. In der Rechtspraxis kommen verschiedene Gestaltungsvarianten der Klauseln vor. Häufig anzutreffen ist die Formulierung „wer das Testament anficht, soll nur den Pflichtteil erhalten“³ bzw. soll der Berechtigte bei Angriffen gegen die letztwillige Verfügung entweder „gar nichts“ oder nur den Pflichtteil erhalten. Möglich ist auch eine Ausgestaltung derart, dass dem Berechtigten ein Wahlrecht zwischen einer belasteten Zuwendung (Erbeinsetzung mit bestimmten Beschränkungen oder Beschränkungen), so wie sie ist, und unbelastetem Mindestteilhabanspruch zugestanden wird. Diese Form wird häufig als „socinische Klausel“ bezeichnet und hat ihren Ursprung im römischen Recht.

Auf den ersten Blick ist ersichtlich, dass hier ein Spannungsfeld zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und dessen Wunsch der Umsetzung seiner letztwilligen Verfügungen und dem Anspruch der Mindestteilhabeberechtigten an der Partizipa-

³ Besonders prägnant, aber trotz seiner laienhaften Ausdrucksweise charakteristisch ist der Satz einer Erblasserin, über den das Bayerische Oberste Landesgericht im Jahr 1962 zu befinden hatte. Diese bestimmte in ihrem Testament: „Gestritten und Geschimpf wer das macht soll gar nichts bekommen.“ (BayObLGZ 1962, 47 ff.).

tion am erblasserischen Vermögen besteht. Im bundesdeutschen Recht hat sich bezüglich der Aufnahme, Ausgestaltung und Rechtsfolgen von Straf- und Verwirkungsklauseln in der letztwilligen Verfügung des Personengesellschafters sowie deren Auswirkung auf § 2306 BGB noch keine herrschende Auffassung durchgesetzt. Die Diskussion um die betroffenen Problemfelder wird rege geführt. In der Schweiz wird der Einsatz von Verwirkungsklauseln durch Personengesellschafter und die Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht ebenfalls diskutiert.

In beiden Ländern besteht auf tatsächlicher Ebene das nahezu gleichartige und dominierende Problem für den Erblasser, der einen Personengesellschaftsanteil hält: das drohende Scheitern der vom Erblasser gewünschten Nachfolge durch die Geltendmachung von Mindestteilhabeansprüchen durch die Berechtigten.

Die schweizerische Rechtslage ist dabei von Interesse, da die Schweiz – gleichsam von der Europäischen Union „umzingelt“ – in einigen Rechtsbereichen die Rechtsfassungen ihrer direkten Nachbarn bei der Ausgestaltung und Diskussion um die Weiterentwicklung des Rechts in die Diskussion einbezieht. Im Gegenzug ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Bundesrepublik aus den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Schweiz schöpfen und daraus für die Weiterentwicklung des eigenen Rechtes Nutzen ziehen kann.

Ein Rechtsvergleich mit der Schweiz bietet sich insbesondere wegen einiger dogmatischer Eigenheiten des eidgenössischen Rechts an. So weist es bei der Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaftstypen weitgehende Parallelen zum deutschen Recht auf. Die Übertragung des Personengesellschaftsanteils im Erbfall behandelt es jedoch anders als das deutsche Recht und kann so – möglicherweise – Konflikte mit dem Pflichtteilsrecht vermeiden. Von besonderem Interesse ist auch die unterschiedliche Ausgestaltung des Mindestteilhabeanspruchs und die Auswirkungen der unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen auf die vorhandenen Problemfelder.

Das schweizerische Erbrecht ist insbesondere in Hinblick auf das im schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) verankerte materielle Noterbrecht der Mindestteilha-

beberechtigten ein interessanter Vergleichsmaßstab. Denn ein solches war auch Hintergrund der „klassischen“ Klausel nach Socinus, die dem Berechtigten die Wahl zwischen Annahme der belasteten Zuwendung und Geltendmachung des Mindestteilhabeanspruchs zugestand. Vor allem diese Klauselform steht in Deutschland im Mittelpunkt der Diskussionen. Das schweizerische Recht setzt das materielle Noterbrecht jedoch nicht ohne Ausnahmen um. Art. 522 ZGB lässt die Berücksichtigung des Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser „dem Werte nach“ ausreichen und gesteht dem Erben in den einschlägigen Fällen gerade keinen Anspruch auf dingliche Teilhabe zu. Damit weist das schweizerische Recht sowohl Akzente des römischen Rechts als Hintergrund der diskutierten Klauseln auf als auch Regelungen, die – zumindest vordergründig – in Richtung des deutschen Geldpflichtteils zielen. Sollten die Verwirkungsklauseln in ihren unterschiedlichen Gestaltungsvarianten im schweizerischen Recht zulässig sein, könnte unter Umständen auch eine Zulässigkeit im deutschen Recht begründet werden.

Im Blickfeld steht die vorliegende Thematik auch deshalb, weil im Zuge der Globalisierung und Europäisierung immer häufiger Anteile an Gesellschaften im Ausland gehalten werden. Gerade im „Dreiländereck“ zwischen Deutschland, Frankreich und der Schweiz wird es daher regelmäßig vorkommen, dass eine grenz- und damit auch rechtsübergreifende Beteiligung an Gesellschaften vorliegt.

Es wird somit zu untersuchen sein, ob das eidgenössische Recht durch abweichende gesetzliche bzw. rechtliche Ausgestaltung durch die Judikatur ähnliche Probleme vermeidet oder effizienter zu lösen vermag. Soweit im schweizerischen Recht eine praktikable Lösung existiert, werden die zugrundeliegenden Prinzipien herausgearbeitet werden. Im rechtsvergleichenden Teil der Arbeit wird untersucht werden, ob die im bundesdeutschen Recht vorhandenen dogmatischen Grundlagen und insbesondere die Ausgestaltung der Form der Mindestteilhabe mit denen des schweizerischen Rechts so weit in Übereinstimmung gebracht werden können, dass eine Übertragung der schweizerischen Lösung in das deutsche Recht möglich er-

scheint bzw. ob das deutsche Pflichtteilsrecht auf Grundlage der Behandlung der Problemfelder im schweizerischen Recht weiter optimiert werden kann⁴.

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur vorliegenden Thematik ist bislang – soweit ersichtlich – noch nicht durchgeführt worden.

⁴ Leipold sieht – noch für die Rechtslage vor dem 1.1.2010 – Gestaltungsbedarf bezüglich der wirtschaftlichen Belastungen aufgrund des Pflichtteilsrechts bei der Vererbung eines Unternehmens und der Probleme bei der Nachfolge in Personengesellschaftsanteile (MünchKomm-Leipold, Band 9 ErbR, 5. Aufl. Einl. Rn 54,55). Diese Reformanregungen seien bei der Neuregelung unberücksichtigt geblieben (MünchKomm-Leipold, Band 9 ErbR, 5. Aufl. Einl. Rn 57).

B. RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND

§ 1 Erbrechtliche Grundlagen

I. Universalsukzession

Nach dem in Deutschland geltenden Prinzip der Universalsukzession geht die Erbschaft ungeteilt gemäß § 1922 BGB als Ganzes auf den Erben über, falls nur ein Erbe existiert⁵. Sind mehrere gesetzliche oder eingesetzte (gewillkürte) Erben vorhanden, bilden die Erben gemäß § 2032 BGB eine Erbengemeinschaft. Die Erbengemeinschaft entsteht von Gesetzes wegen mit dem Erbfall; sie ist eine Gesamthandsgemeinschaft, d.h. die Erben müssen gemeinschaftlich auftreten, um über Nachlassgegenstände verfügen zu können⁶.

II. Pflichtteilsrecht, §§ 2303 BGB ff.

Im Folgenden sollen die wesentlichen Grundzüge des deutschen Pflichtteilsrechts dargestellt werden.

1. Historische Entwicklung und Zielsetzung des Pflichtteilsrechts

Das deutsche Pflichtteilsrecht dient der Sicherung einer grundsätzlich unentziehbaren Mindestteilhabe der nächsten Angehörigen des Erblassers am Nachlass⁷. Das Pflichtteilsrecht soll einen angemessenen Mittelweg zwischen dem Familienerbrecht einerseits und der Testierfreiheit des Erblassers andererseits schaffen⁸. Das heutige deutsche Pflichtteilsrecht des BGB basiert auf dem römisch-gemeinrechtlichen Rechtssystem⁹.

Das römische Recht war insbesondere zu Zeiten der jüngeren Republik stark geprägt von der grundsätzlich uneingeschränkten Testierfreiheit des Erblassers¹⁰. Um den nächsten Angehörigen ein Mindestmaß einer Teilhabe am Nachlass zukommen

⁵ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 1922 Rn 117.

⁶ BeckOK BGB-Lohmann, Ed. 20, § 2032 Rn 5; MünchKomm-Gergen 5. Aufl. § 2032 Rn 12.

⁷ BeckOK BGB-Mayer Ed. 20, § 2303 Rn 1.

⁸ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2303 Rn 1; BeckOK BGB-Mayer Ed. 20, § 2303 Rn 2.

⁹ Heuberger S. 19.

¹⁰ Tschäppeler S. 77.

zu lassen, wurde bereits im älteren Zivilrecht ein formelles Erbrecht der nächsten gesetzlichen Erben, der *sui heredes*, verankert. Der Erblasser durfte diese nicht stillschweigend übergehen, sondern musste ausdrücklich eine Verfügung treffen, die sowohl positiv im Sinne einer Erbeinsetzung als auch negativ im Sinne einer Enterbung ausgestaltet sein konnte¹¹. Im Verlauf der folgenden Zeit verfestigte sich in der Gesellschaft die Vorstellung, ein Erblasser müsse seine nächsten Angehörigen aus moralischen und familiären Gründen im Testament bedenken. Hatte der Erblasser seine nächsten Angehörigen entweder gar nicht oder zu gering bedacht, konnten diese das Testament anfechten, da es als pflichtwidrig („*inofficiosum*“) galt¹².

Die Anfechtung erfolgte durch Erhebung der *querela inofficiosi testamenti*. Diese konnte immer dann erhoben werden, wenn einem Anfechtungsberechtigten weniger als ein Viertel des auf ihn entfallenden gesetzlichen Erbteils vermacht worden war¹³. Dieses Viertel der gesetzlichen Erbquote entspricht dem Pflichtteil und wurde als *legitima* bezeichnet¹⁴. Eine erfolgreiche Anfechtung führte zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung des Erblassers und zur Anwendung der gesetzlichen Erbfolge, d.h. der erfolgreiche Anfechtungsberechtigte wurde in Höhe seiner gesetzlichen Erbquote als Erbe eingesetzt¹⁵.

Mit der Novelle 115 führte Justinian das formelle und materielle Noterbrecht zusammen¹⁶. Die Vorfahren und Abkömmlinge erhielten durch die Novelle einen Anspruch auf Erbeinsetzung. Allerdings genügte die Erbeinsetzung auf den kleinsten Teil des Nachlasses, sofern der Pflichtteil durch anderweitige Verfügungen wie bspw. Vermächnisse, gewahrt wurde¹⁷.

¹¹ Honsell, Römisches Recht § 72 I; der Erblasser musste jedoch nur die Söhne namentlich enterben, bei Töchtern war eine pauschale Enterbung ausreichend. Die Enterbung bedurfte darüber hinaus keine Begründung.

¹² Honsell, Römisches Recht § 72 II.

¹³ Die gesetzliche Erbquote wird in der Literatur als „Intestaterbportion“ bezeichnet. Der Begriff „Intestat“ bezieht sich auf den Fall, dass der Erblasser „ohne Testament“ verstorben war, was zur Anwendung der gesetzlichen Erbfolge führte, vgl. Hennig S. 401

¹⁴ Hennig S. 401; Kaser Bd. I S. 711.

¹⁵ Kaser Bd. I S. 712, Bd. II S. 515.

¹⁶ Tschäppeler S. 77.

¹⁷ Kaser Bd. II S. 520.

Innerhalb des deutschen Rechtsbereichs wurde das römische Pflichtteilsrecht zunächst in der Gestalt, die es durch die Novelle Justinians gefunden hatte, durch das gemeine Recht übernommen. Mit der Weiterentwicklung des gemeinen Rechts kristallisierte sich das Pflichtteilsrecht als rein schuldrechtlicher Anspruch heraus¹⁸. Das Pflichtteilsrecht hatte sich in Teilen des deutschen Rechtsbereichs zu einem rein schuldrechtlichen Geldanspruch der Pflichtteilsberechtigten gewandelt und war unter anderem im preußischen Landrecht kodifiziert¹⁹. Zwar gab es im deutschen Rechtsraum keine einheitliche Rechtspraxis bezüglich der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts²⁰. Insbesondere waren die diversen Partikularrechte im Detail recht unterschiedlich ausgestaltet und sahen zum Teil Mischformen zwischen materieller bzw. dinglicher Mindestteilhabe und schuldrechtlichem Geldanspruch vor²¹.

Bei den Beratungen zum Entwurf des BGB setzten sich jedoch die Anhänger des rein schuldrechtlichen Geldpflichtteils durch, da dieser bei der Abwicklung des Nachlasses im Vergleich zu einer dinglichen Mindestteilhabe in Form eines materiellen Noterbrechts als praktikabler angesehen wurde²². Bei Einführung des BGB wurde das Pflichtteilsrecht dementsprechend als schuldrechtlicher Geldanspruch des Berechtigten übernommen²³.

Das heutige deutsche Pflichtteilsrecht ist daher als schuldrechtlicher Zahlungsanspruch gegenüber den Erben ausgestaltet.

2. Berechtigter Personenkreis

Pflichtteilsberechtigigt sind gemäß § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB zunächst die Abkömmlinge des Erblassers. Hierbei handelt es sich um die Kinder und Kindeskinde, also Enkel und Urenkel etc²⁴. § 2303 Abs. 2 S. 1 BGB erweitert den Kreis der Pflichtteilsberechtigten und gesteht auch den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers den Pflichtteil zu. Gemäß § 10 Abs. 6 LPartG ist der eingetragene Lebenspartner

¹⁸ Muscheler, Erbrecht I, Kap. 3 § 13 Rn 501.

¹⁹ Heuberger S. 19.

²⁰ Zu den historischen Hintergründen Muscheler, Erbrecht I, Kap. 3 § 13 Rn 503f.

²¹ Details zu den einzelnen Partikularrechten bei Mertens S. 89ff.

²² Mertens S. 93, 95 unter Verweis auf Prot. I, S. 10 152 (620. Sitzung vom 17. Januar 1887).

²³ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2303 Rn 1.

²⁴ Brox/Walker 24. Aufl. § 32 Rn 543.

dem Ehegatten gleichgestellt und kann somit ebenfalls Pflichtteilsansprüche geltend machen.

3. Voraussetzungen des Anspruchs

Die Voraussetzungen des Pflichtteilsanspruchs ergeben sich aus § 2303 BGB. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann der Berechtigte nur dann den Pflichtteil verlangen, wenn er durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde. Die Geltendmachung des Pflichtteils ist somit vom Ausschluss von der Erbfolge abhängig. Schlägt der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte – aus welchen Gründen auch immer – die Erbschaft aus, kann er danach nicht mehr den Pflichtteil verlangen²⁵.

Würde es bei diesem Grundsatz verbleiben, hätte es der Erblasser in der Hand, die Pflichtteilsansprüche auszuhöhlen. Dies könnte er leicht erreichen, indem er den Berechtigten zwar in der Verfügung von Todes wegen berücksichtigt, ihn aber derart mit Auflagen, Vermächtnissen oder anderen Beschränkungen und Beschwerungen belastet, dass dem Berechtigten wirtschaftlich nicht einmal der Pflichtteil verbleibt. Aus diesem Grund kann der Berechtigte unter den weiteren Voraussetzungen des § 2306 BGB trotz Ausschlagung der Erbschaft den Pflichtteil verlangen. Diese Möglichkeit ist ihm insbesondere dann eröffnet, wenn der ihm zugewiesene Erbteil mit Beschränkungen wie der Einsetzung eines Nacherben, eines Testamentsvollstreckers oder einer Teilungsanordnung belastet oder mit Belastungen wie etwa Vermächtnissen und Auflagen belegt ist.

4. Inhalt/Rechtsnatur des Anspruchs

Das Pflichtteilsrecht in Deutschland ist als Geldpflichtteil ausgestaltet, d.h. der Pflichtteilsberechtigte hat einen schuldrechtlichen Anspruch auf Auszahlung eines Geldbetrages in Höhe seiner Pflichtteilsquote²⁶. Der Pflichtteilsberechtigte hat keinen Anspruch auf Mindestteilhabe am Nachlass in Form der Erbenstellung (echtes Noterbrecht), sondern erhält durch den Zahlungsanspruch lediglich eine wertmäßi-

²⁵ Brox/Walker 24. Aufl. § 32 Rn 545 zur inhaltlichen Ausgestaltung der § 2303ff. BGB.

²⁶ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 1922 Rn 16, § 2303 Rn 1.

ge Mindestbeteiligung am Nachlass²⁷. Der Zahlungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten richtet sich gegen die Erben.

5. Höhe des Anspruchs

Die Höhe des Anspruchs ist in § 2303 I 2 BGB geregelt. Hiernach besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Bezüglich des hier im Interesse stehenden Generationenwechsels im Unternehmen ist daher für die Berechnung der Pflichtteilsquote eines Abkömmlings zunächst dessen gesetzlicher Erbteil gemäß §§ 1924ff. BGB zu ermitteln. Die Abkömmlinge des Erblassers sind gesetzliche Erben erster Ordnung und erben zu gleichen Teilen, vgl. § 1924 Abs. 1, Abs. 4 BGB.

Sind nur Abkömmlinge vorhanden, wird der gesamte Nachlass gleichmäßig quotaal auf sie verteilt. Sind beispielsweise drei Abkömmlinge vorhanden, beträgt der gesetzliche Erbteil jeweils 1/3, die Pflichtteilsquote mithin jeweils 1/6 des Nachlasses.

Ist ein überlebender Ehegatte vorhanden und bestand der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, beträgt der gesetzliche Erbteil des Ehegatten neben den Abkömmlingen 1/2, vgl. §§ 1931 Abs. 5, Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB. Die andere Hälfte wird gleichmäßig unter den Abkömmlingen aufgeteilt. Im geschilderten Beispiel (der Erblasser hinterlässt drei Abkömmlinge) beträgt deren gesetzlicher Erbteil also jeweils 1/6, die Pflichtteilsquote somit jeweils 1/12.

6. Zusatzpflichtteil, § 2305 BGB

Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht diverse Mechanismen zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor. Um eine Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch den Erblasser zu vermeiden, regelt § 2305 BGB den Zusatzpflichtteil des Berechtigten. § 2305 BGB hat durch das Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.09.2009 eine Änderung erfahren.

²⁷ Scherer-Thoma MAH Erbrecht 3. Aufl. § 29 Rn 19f.; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2303 Rn 1; Muscheler Erbrecht I, Kap. 3 § 13 Rn 501.

a) § 2305 BGB a.F.

Die bisherige Fassung der Vorschrift lautete:

§ 2305 BGB Zusatzpflichtteil (a.F.)

Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen.

Der Berechtigte muss als Erbe eingesetzt sein und gleichzeitig zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2303 BGB gehören, um den Zusatzpflichtteil geltend machen zu können. Weitere Voraussetzung ist, dass dem Berechtigte ein Erbteil zugewendet wurde, der hinter dem Pflichtteil zurückbleibt. Dies ist nach herrschender Meinung grundsätzlich anhand eines Quotenvergleichs festzustellen²⁸, wobei die zugewendete Erbquote der halben gesetzlichen Erbquote gegenübergestellt wird.

Der dem Berechtigten zustehende Anspruch ist entsprechend der Dogmatik des deutschen Pflichtteilsrechts ein schuldrechtlicher Zahlungsanspruch gegen die Miterben auf Auszahlung des bis zum Pflichtteil fehlenden Geldbetrages²⁹.

b) § 2305 BGB n.F.

Die Neufassung des § 2305 BGB lautet wie folgt:

§ 2305 Zusatzpflichtteil

Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen. Bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art außer Betracht.

Durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts (ErbVerjRÄndG) wurde Satz 2 der Vorschrift neu eingefügt. Dies wurde wegen der grundlegenden

²⁸ An Stelle vieler Hausmann/Hohloch 1. Aufl., Kapitel 4 Rn 79; MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2305 Rn 4. Sind gemäß §§ 2315, 2316 BGB Anrechnungs- und Ausgleichspflichten zu berücksichtigen, wird nach der herrschenden Meinung die Werttheorie als Korrektiv genutzt; nach dieser ist nicht ein Quoten-, sondern ein Wertvergleich vorzunehmen, vgl. an Stelle vieler etwa MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2305 Rn 4.

²⁹ Brox/Walker 23. Aufl. § 32 Rn 556; Hausmann/Hohloch 1. Aufl., Kapitel 4 Rn 79.

Neugestaltung des § 2306 BGB notwendig: Nach bisheriger Rechtslage entfielen angeordnete Beschränkungen und Beschwerden gemäß § 2306 Abs.1 S. 1 BGB von Gesetzes wegen, sofern dem Berechtigten weniger oder gleich viel wie der Pflichtteil als Erbteil zugewendet wurde. Der Berechtigte konnte also über den Zusatzpflichtteil die wirtschaftliche Aufstockung des ihm hinterlassenen Erbteils bis zur Höhe des Pflichtteils verlangen, da die angeordneten Beschränkungen und Beschwerden ex lege unwirksam waren. Die Neufassung des § 2306 Abs.1 BGB sieht einen derartigen automatischen Wegfall nicht mehr vor. § 2305 S. 2 BGB n.F. ordnet nun an, dass angeordnete Beschränkungen und Beschwerden nicht durch den Zusatzpflichtteil wirtschaftlich ausgeglichen werden sollen³⁰, sondern bei der Berechnung des Wertes außer Betracht bleiben. Nach dem Willen des Gesetzgebers erhält der Berechtigte also im Ergebnis weniger als bisher, wenn er sich für die Annahme eines mit Beschränkungen und Beschwerden belasteten Erbteils entscheidet³¹. Nimmt er den Erbteil an, bleiben die Belastungen bestehen und werden bei der Wertberechnung des Zusatzpflichtteils nicht zu Gunsten des Berechtigten berücksichtigt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Pflichtteilsberechtigte bei vorhandenen Beschränkungen und Beschwerden wirtschaftlich den vollen Pflichtteil nur dann erreichen kann, wenn er gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F. den Erbteil ausschlägt und den Pflichtteil verlangt³².

c) Übergangsregelung

Bei der folgenden Untersuchung wird aus Gründen der Verständlichkeit und wegen der fortdauernden Anwendbarkeit der alten Rechtslage für Altfälle nicht nur die Neufassung der Vorschrift, sondern jeweils auch die alte Fassung der Norm behandelt. Die Änderungen des Erbrechts traten mit Wirkung zum 1.1.2010 in Kraft. Artikel 2 § 23 des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom

³⁰ Beck OK-Mayer Ed. 20 § 2305 Rn 7; Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 4 Rn 81.

³¹ BT-Drucks 16/8954, S 19; Beck OK-Mayer Ed. 20 § 2305 Rn 7.

³² Fälschlich geht Lange davon aus, Voraussetzung des § 2305 S. 2 BGB n.F. sei, dass der Erbteil frei von Beschränkungen und Beschwerden sei (MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2305 Rn 3). Tatsächlich erfasst § 2305 BGB gerade diejenigen Fälle, in denen dem Berechtigten ein belasteter Erbteil hinterlassen wurde, der Berechtigte aber nicht nach § 2306 BGB ausschlägt. § 2305 S. 2 BGB ist daher eine notwendige Folgeänderung wegen der Neufassung des § 2306 BGB, ohne dass sich jedoch § 2305 und § 2306 BGB gegenseitig ausschließen.

24.9.2009 enthält umfangreiche Überleitungsvorschriften³³. Bezüglich der hier im Interesse stehenden materiellrechtlichen Probleme der Auswirkungen von Verwirkungsklauseln und gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeklauseln auf das Pflichtteilsrecht ist für Erbfälle vor dem 1.1.2010 gemäß Abs. 4 der Überleitungsvorschrift weiterhin die bisherige Fassung der §§ 2303 BGB ff. anwendbar.

Mit dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts ist die dreijährige Regelverjährung auch für erbrechtliche Ansprüche – allerdings mit einigen Ausnahmen – eingeführt worden. Bezüglich der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs gilt, dass auf die am 1.1.2010 bestehenden und nicht verjährten Ansprüche grundsätzlich die neue Rechtslage anzuwenden ist. Gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre; sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Berechtigte hiervon Kenntnis hat³⁴. Der Pflichtteilsanspruch entsteht gemäß § 2317 Abs. 1 BGB mit dem Erbfall. Geht man von einem Erbfall am 31.12.2009 und sofortiger Kenntnis des Pflichtteilsberechtig-

³³ Art. 2 § 23 des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts lautet:

**„§ 23
Überleitungsvorschrift zum Gesetz
zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts**

- (1) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung sind auf die an diesem Tag bestehenden und nicht verjährten Ansprüche anzuwenden. Der Beginn der Verjährung und die Verjährungsfrist bestimmen sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor dem 1.1.2010 geltenden Fassung, wenn bei Anwendung dieser Vorschriften die Verjährung früher vollendet wird als bei Anwendung der entsprechenden Vorschriften nach Satz 1.
- (2) Bestimmen sich der Beginn und die Verjährungsfrist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung, beginnt die Frist nicht vor dem 1. Januar 2010. Läuft die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung bestimmte Verjährungsfrist früher ab als die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung, ist die Verjährung mit Ablauf der Frist nach den vor dem 1. Januar 2010 geltenden Vorschriften vollendet.
- (3) Die Hemmung der Verjährung bestimmt sich für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2010 nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung.
- (4) Im Übrigen gelten für Erbfälle vor dem 1. Januar 2010 die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung. Für Erbfälle seit dem 1. Januar 2010 gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung, unabhängig davon, ob an Ereignisse aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieser Vorschriften angeknüpft wird.“

³⁴ MünchKomm-Lange § 2332 Rn 1.

ten noch am selben Tag von dem Erbfall und den Umständen, die seinen Pflichtteilsanspruch begründen, aus, würde der Anspruch nach neuem Recht – soweit keine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung vorliegt – frühestens am 31.12.2012 verjähren.

Wird die Verjährung nach der bisherigen Fassung des BGB allerdings früher vollendet als nach den neuen Vorschriften, ist nach Abs. 1 S. 2 der Überleitungsvorschrift die bisherige Fassung des BGB maßgeblich. Gemäß § 2332 Abs. 1 BGB a.F. verjährt der Pflichtteilsanspruch binnen drei Jahren ab Kenntnis vom Erbfall und der beeinträchtigenden Verfügung. Bei einem Erbfall am 31.12.2009 und umfassender Kenntnis des Erben noch am selben Tag tritt auch nach altem Recht die Verjährung – soweit keine Hemmung oder Unterbrechung gegeben ist – frühestens am 31.12.2012 ein³⁵.

Jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt können sich die Berechtigten zu einer gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche entschließen, so dass sich die Rechtspraxis noch geraume Zeit mit dem „alten“ Recht auseinandersetzen muss. Eine Untersuchung der aufgezeigten Problemfelder ist daher auch in Bezug auf die alte Rechtslage nötig.

7. Schutz des Berechtigten über § 2306 BGB

Der Pflichtteilsberechtigte erfährt durch § 2306 BGB einen besonderen Schutz. § 2306 BGB erfasst diejenigen Fälle, in denen dem Berechtigten vom Erblasser zwar eine Zuwendung zgedacht, diese jedoch mit bestimmten Beschränkungen und Beschwernungen belastet ist. Die verschiedenen Fallgestaltungen der bisherigen Fassung des § 2306 Abs. 1 BGB wurden im Zuge der Reform des Erbrechts im Jahr 2009 vereinheitlicht. Durch das Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.09.2009 ist § 2306 BGB neu gefasst worden.

³⁵ Dieser Gleichklang zwischen alter und neuer Rechtslage gilt nur für die dargestellten Erbfälle am 31.12.2009 mit der hypothetischen Annahme vollständiger jeweiliger Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten. Unterschiede bezüglich des Eintritts der Verjährung können sich insbesondere bei Erbfällen ergeben, die sich deutlich vor dem 31.12.2009 ereignet haben.

a) § 2306 Abs. 1 BGB a.F.

Zum besseren Verständnis der Vorschrift ist die Darstellung der bisherigen Rechtslage und des § 2306 Abs.1 BGB a.F. unerlässlich. Dieser war wie folgt formuliert:

§ 2306 Beschränkungen und Beschwerden (a.F.)

- (1) Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder Beschwerde als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerde Kenntnis erlangt.
- (2) Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.

Die beiden Fallgestaltungen dieser Vorschrift unterscheiden sich sowohl bezüglich der Voraussetzungen als auch auf der Rechtsfolgende. Je nach Anwendungsbereich kommen erhebliche unterschiedliche Rechtsfolgen zum Tragen. Während im Bereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. die angeordneten Beschränkungen und Beschwerden ex lege unwirksam sind - der Bedachte also problemlos den Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB verlangen kann -, wird dem Bedachten durch § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. ein Wahlrecht zugestanden.

b) § 2306 Abs 1 BGB n.F.

Die Neufassung des § 2306 BGB ist mit Wirkung zum 1.1.2010 in Kraft getreten und lautet wie folgt:

§ 2306 Beschränkungen und Beschwerden (n.F.)

- (1) Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerde Kenntnis erlangt.
- (2) Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.

§ 2306 Abs. 1 BGB n.F. sieht ein generelles Wahlrecht des pflichtteilsberechtigten Erben zwischen dem – mit gewissen Beschränkungen und Beschwerungen versehenen – Erbteil und dem – unbelasteten – Geldpflichtteil unter Ausschlagung des Erbteils vor. Dieses Wahlrecht steht dem Pflichtteilsberechtigten einheitlich, d.h. unabhängig von der Größe des zugewendeten Erbteils, zu. Die Tatbestandsvoraussetzungen und auch die Rechtsfolgen sind eindeutig definiert. Einen automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen, wie er durch § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bewirkt wurde, gibt es nicht mehr. Der Erbe soll nach der Neuregelung nunmehr in beiden Fällen des bisherigen Abs. 1 nur durch die Ausschlagung (unter Beibehaltung des Pflichtteils) von den Beschwerungen frei werden³⁶. Nimmt der Erbe das Erbe an und bleibt der Erbteil quotenmäßig hinter dem Pflichtteil zurück, steht ihm unter den Voraussetzungen des § 2305 BGB der Pflichtteilsrestanspruch zu³⁷.

c) Übergangsregelung

Nach der Übergangsregelung des Art. 2 § 23 Abs. 4 des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts gilt § 2306 BGB a.F. für Erbfälle vor dem 1. Januar 2010 fort³⁸.

d) Hintergrund für die Änderungen durch den Gesetzgeber

In der Praxis führte vor allem die schwierige Abgrenzung zwischen den verschiedenen Fallvarianten des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. zu erheblichen Problemen. Besondere Schwierigkeiten bereitete insbesondere folgende Konstellation: Der Bedachte schlägt die Erbschaft in dem Glauben, der Anwendungsbereich des S. 2 sei eröffnet, aus, tatsächlich wäre aber S. 1 einschlägig gewesen. Streng genommen geht der Erbe in diesem Falle leer aus. Die Belastung – gleich welcher Art – wäre ohnehin ex lege unwirksam gewesen. Durch die Ausschlagung hat sich der Erbe daher sowohl um den unbelasteten Erbteil als auch um den Pflichtteilsanspruch ge-

³⁶ Regierungsentwurf BT-Drs. 16/8954.

³⁷ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 4 Rn 95.

³⁸ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter B. § 1 II. 6. c).

bracht. Es verbleibt dem Pflichtteilsberechtigten daher nur der von der Ausschlagung nicht betroffene Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB³⁹.

Bewertungsrechtliche Probleme ergaben sich zudem vorrangig dann, wenn der Erblasser die Verteilung seines Vermögens unter den Erben nicht nach Quoten vornahm, sondern konkrete Einzelwerte bzw. einzelne Gegenstände oder Vermögenswerte wie beispielsweise einen Gesellschaftsanteil einzelnen Erben zuwies. Eine falsch eingeschätzte Bewertung des Gesellschaftsanteils konnte unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. gravierende Fehlentscheidungen und Rechtsfolgen bewirken, zumal die Ausschlagung und damit zwangsläufig auch die vorhergehende Bewertung innerhalb kürzester Frist (sechs Wochen gemäß § 1944 BGB, beginnend ab dem in § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. benannten Zeitpunkt) erfolgen musste. Die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. wurde deshalb immer wieder als „eine der schwierigsten Normen des BGB“ bezeichnet⁴⁰.

Literatur und Rechtsprechung behelfen sich, indem sie dem Erben bei einer Fehlentscheidung unter bestimmten Voraussetzungen ein Anfechtungsrecht wegen eines Inhaltsirrtums zugestehen⁴¹. Der BGH versuchte, die fatalen Folgen einer Fehlentscheidung zu mildern, indem er die Möglichkeit eröffnete, eine Annahme der Erbschaft mit der Begründung anzufechten, der Pflichtteilsberechtigte habe der irrigen Vorstellung unterlegen, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren⁴².

Diese Rechtsprechung ging jedoch zu Lasten der Rechtssicherheit, so dass der Gesetzgeber die Reform des Erbrechts zum Anlass nahm, die Vorschrift zu vereinheitlichen.

³⁹ Scherer/Thoma 3. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 35.

⁴⁰ Beispielsweise etwa Mayer, Stellungnahme S. 3.

⁴¹ Scherer/Thoma 3. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 53; Bamberger/Roth-Mayer § 2306 Rn 20; BGH NJW 2006,3353 ff.

⁴² BGH NJW 2006,3353 ff.

8. Schutz des Berechtigten über § 2307 BGB

Erhält der enterbte Pflichtteilsberechtigte eine Zuwendung in Form eines Vermächtnisses, greift zu seinem Schutz die Regelung des § 2307 BGB. Die Norm lautet wie folgt:

§ 2307 Zuwendung eines Vermächtnisses

- (1) Ist ein Pflichtteilsberechtigter mit einem Vermächtnis bedacht, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. Schlägt er nicht aus, so steht ihm ein Recht auf den Pflichtteil nicht zu, soweit der Wert des Vermächtnisses reicht; bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art außer Betracht.
- (2) Der mit dem Vermächtnis beschwerte Erbe kann den Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern. Mit dem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird.

Dem Pflichtteilsberechtigten, der einerseits enterbt wurde, andererseits aber eine Zuwendung – beispielsweise den Gesellschaftsanteil – in Form eines Vermächtnisses zugewiesen bekommen hat, steht ein Wahlrecht zu. Er kann entweder den vollen Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt oder er kann sich dafür entscheiden, das Vermächtnis zu behalten, kann dann aber – soweit der Wert des Vermächtnisses reicht – keine Pflichtteilsansprüche geltend machen. Dieses Wahlrecht besteht unabhängig davon, ob das Vermächtnis den Pflichtteil erreicht oder nicht⁴³; ebenso ist unbeachtlich, ob das Vermächtnis mit Beschränkungen und Beschwerungen belastet ist⁴⁴. § 2307 BGB ist – insbesondere in Hinblick auf eine Parallelwertung zu § 2306 BGB – nach überwiegender Auffassung auch auf auflösend bedingte Vermächtniszuweisungen anwendbar⁴⁵.

Entscheidet sich der Berechtigte für die Annahme des Vermächtnisses, stehen ihm nur dann Pflichtteilsrestansprüche zu, wenn der Wert des Vermächtnisses den Pflichtteil nicht erreicht. In diesen Fällen hat er einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem Wert des Vermächtnisses und dem

⁴³ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2307 Rn 1.

⁴⁴ BeckOK BGB– Mayer Ed. 20 § 2307 Rn 3; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2307 Rn 1.

⁴⁵ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2307 Rn 7; Scherer/Thoma 3. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 60; Staudinger/Haas § 2307 Rn 5f., Rn 20; kritisch Bestelmeyer Rpfleger 2007, 1, 10, 11.

Pflichtteil⁴⁶. Bei der Berechnung des Wertes des Vermächtnisses werden Beschränkungen und Beschwerungen im Sinne des § 2306 Abs. 1 BGB nicht berücksichtigt, d.h. der Pflichtteilsberechtigte muss diese hinnehmen, wenn er sich für die Annahme des Vermächtnisses entscheidet und kann diese nicht durch einen erhöhten Pflichtteilsrestanspruch ausgleichen.

Schlägt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis aus, kann er den vollen Geldpflichtteil verlangen.

9. Durchsetzung des Anspruchs (klageweise)

Der Pflichtteilsberechtigte kann seine Ansprüche gegenüber den Erben klageweise geltend machen. Zumeist handelt es sich um eine Stufenklage gemäß § 254 ZPO, mit welcher der Berechtigte im ersten Schritt auf Auskunft über die Nachlassaktiva und – passiva klagt, im zweiten Schritt auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung des bzw. der Erben über die Richtigkeit der Angaben und zuletzt Zahlung der sich aus den erteilten Auskünften ergebenden Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüchen⁴⁷. Zwar können Auskunft- und Zahlungsanspruch auch in getrennten Klagen geltend gemacht werden; allerdings wird die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs durch die isoliert erhobenen Klagen nicht unterbrochen, sondern nur durch die Erhebung der Stufenklage⁴⁸.

Die Klagen sind nicht fristgebunden und können jederzeit erhoben werden. Sind die Pflichtteilsansprüche jedoch bereits verjährt, hat eine Klage keine Aussicht auf Erfolg.

⁴⁶ Scherer/Thoma 3. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 60; BeckOK BGB–Mayer Ed. 20 § 2307 Rn 6; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2307 Rn 13.

⁴⁷ Scherer/Thoma 3. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 21.

⁴⁸ BeckOK ZPO – Bacher § 254 Rn 1.

§ 2 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

I. Gesellschaftsformen

Zu den Personengesellschaften gehören neben den „klassischen“ Gesellschaftsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gemäß §§ 705 ff. BGB, der offenen Handelsgesellschaft (OHG) gemäß §§ 105 ff. HGB und der Kommanditgesellschaft (KG) gemäß §§ 161 ff. HGB auch die stille Gesellschaft, die freiberufliche Partnerschaft, die Partenreederei und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)⁴⁹.

Die GbR gem. der §§ 705 ff. BGB stellt die „Grundform“ der Personengesellschaften mit der gesamthänderischen Verbundenheit ihrer Gesellschafter dar; auf die Regelungen hinsichtlich dieser Grundform wird laut Gesetzeslage immer dann zurückgegriffen, wenn keine speziellere Norm hinsichtlich der anderen Gesellschaftstypen existiert. Gesellschafter der GbR können generell alle natürlichen oder juristischen Personen sein⁵⁰.

Die OHG, geregelt in den §§ 105 ff. HGB, ist eine Personengesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter einer gemeinschaftlichen Firma gerichtet ist und bei der alle Gesellschafter den Gläubigern unbeschränkt persönlich haften⁵¹.

Die KG, die in den §§ 161 ff. HGB normiert ist, ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Zudem ist bei mindestens einem der Gesellschafter die Haftung auf eine bestimmte Vermögenseinlage beschränkt (Kommanditist), während bei mindestens einem anderen Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (Komplementär)⁵².

⁴⁹ Realtypisch existieren darüber hinaus Mischformen zwischen personalistisch und körperschaftlich organisierten Gesellschaften wie bspw. die in der Praxis häufig anzutreffende GmbH & Co. KG. Diese Mischformen mit ihren jeweils auftretenden Sonderproblemen bleiben vorliegend jedoch außer Betracht, da die GmbH & Co. KG im schweizerischen Recht ausdrücklich nicht zugelassen ist, da Komplementär nur natürliche Personen sein können, vgl. Art. 594 Abs. 2 OR (Basler Kommentar-Baudenbacher OR Art. 594 N 11).

⁵⁰ Hohloch Rn 102; Schmidt § 59 I 1 b), S. 1727.

⁵¹ Eisenhardt Rn 194 S. 118.

⁵² Grunewald Erster Teil C. I. 1., S. 128.

Die Häufigkeit der Personengesellschaften in der Rechtspraxis spiegelt sich in den folgenden Zahlen des Statistischen Bundesamts Deutschland für das Jahr 2009 wider⁵³:

Unternehmen nach zusammengefassten Rechtsformen* Deutschland					
Rechtsformen	Unternehmen¹				
	Insgesamt	davon mit ... bis zu ... sozialversicherungs- pflichtig Beschäftigten 2006			
		0-9²	10-49	50-249	250 und mehr
Einzelunternehmer	2.321.440	2.268.648	50.772	1.935	85
Personengesell- schaften (z.B. OHG, KG)	425.266	367.432	43.699	11.543	2.592
Kapitalgesellschaf- ten (z.B. GmbH, AG)	599.326	437.962	122.214	32.085	7.065
Sonstige Rechts- formen	245.233	210.843	24.918	7.514	1.958
Insgesamt	3.591.265	3.284.885	241.603	53.077	11.700
<p>* Stand: 30.9.2009</p> <p>¹ Unternehmen der Wirtschaftsabschnitte B-N und P-S mit steuerbarem Umsatz und/oder mit sozialversicherungspflichtig Beschäftigten im Berichtsjahr 2007</p> <p>² Einschließlich Unternehmen ohne sozialversicherungspflichtig Beschäftigte 2007, aber mit steuerbarem Umsatz 2007</p>					

Ausweislich dieser Statistik sind die Personengesellschaften mit 11,84 % vertreten. Klar zu erkennen ist weiterhin, dass überproportional viele Personengesellschaften als Kleinbetriebe mit maximal 9 Mitarbeitern am Markt auftreten. Damit ist ein-

⁵³ Quelle: [http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/ UnternehmenGewerbeInsolvenzen/Unternehmensregister/Tabellen/ Content75/ Unternehmen RechtsformenWZ2008,templateId=renderPrint.psm1](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/ UnternehmenGewerbeInsolvenzen/Unternehmensregister/Tabellen/ Content75/ Unternehmen RechtsformenWZ2008,templateId=renderPrint.psm1, besucht am 27.10.2010.), besucht am 27.10.2010.

drucksvoll die Prägung vieler mittelständischer Betriebe durch die Persönlichkeit des Hauptgesellschafters bzw. der Inhaberkategorie belegt.

Der Anteilsübertragung bzw. -vererbung von Personengesellschaftsanteilen kommt somit erhebliche Bedeutung zu. Bereits im Jahr 1998 hatte die Europäische Kommission darauf hingewiesen, in der EU würden in den nächsten Jahren über 5 Mio. Unternehmen auf die nächste Generation übertragen⁵⁴. Allein in Baden-Württemberg fand im Zeitraum von 1997 bis 2002 in 10 bis 14% der Unternehmen ein Generationenwechsel statt; zwischen 2002 und 2007 sollten gar bis zu 15% auf die nächste Generation übergehen⁵⁵. Bedenklich ist dabei, dass nach einer Studie des Institutes für Mittelstandsforschung (ifm) der Universität Mannheim fast 15% der Übernahmen zu einem unerwarteten Zeitpunkt, meist verursacht durch plötzliche Krankheit bzw. Tod des Gesellschafters⁵⁶, erfolgen. Bei der Studie zeigte sich, dass in ca. 60% der Betriebe keine Vorsorge-Regelungen zur Absicherung von Krankheit und Tod des Unternehmers existieren⁵⁷.

Zwar liegt der Gedanke nahe, wegen der relativ geringen prozentualen Repräsentanz der Personengesellschaften sei eine Untersuchung der vorliegenden Thematik überflüssig. In absoluten Zahlen betrachtet, nehmen die Personengesellschaften jedoch in nicht unbeachtlichem Umfang am Wirtschaftsleben teil. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass in Ermangelung testamentarischer oder erbvertraglicher Regelung das gesetzliche Erbrecht eingreift, das nicht im Geringsten auf die Interessen und Bedürfnisse eines Unternehmens-Erblassers ausgerichtet ist. Gerade bei nicht geregelten Nachfolgen können – aufgrund diverser erbrechtlicher und insbesondere pflichtteilsrechtlicher Probleme – schwerwiegende Liquiditätsengpässe auftreten, die nicht selten zu einem Kollaps der Personengesellschaft führen. Das Pflichtteilsrecht wird daher häufig als das „Problem Nummer 1“ bei der Unternehmensnachfolge angesehen. Die vorliegende Arbeit

⁵⁴ Peitsmeyer, S. 40 unter Verweis auf Mitteilung der Kommission zur Übertragung kleinerer und mittlerer Unternehmen, ABl. C 93 vom 28.3.1998, 2.; s.a. den Bericht der Kommission zur Unternehmenspolitik, KOM (1999) 569 endg., 20.

⁵⁵ www.rhein-neckar.ihk24.de/produktmarken/starthilfe/unternehmensnachfolge/Basis/UnachfL-Bank_Studie.jsp, besucht am 27.10.2010.

⁵⁶ www.rhein-neckar.ihk24.de/produktmarken/starthilfe/unternehmensnachfolge/Basis/UnachfL-Bank_Studie.jsp, besucht am 27.10.2010.

⁵⁷ www.rhein-neckar.ihk24.de/produktmarken/starthilfe/unternehmensnachfolge/Basis/UnachfL-Bank_Studie.jsp, besucht am 27.10.2010.

soll deshalb zum einen die Notwendigkeit letztwilliger Verfügungen in das Bewusstsein des Personengesellschafters rücken und zum anderen zu den eingangs kurz umrissenen und sogleich ausführlicher dargestellten Problemfeldern Lösungswege aufzeigen.

II. Gesetzliche Rechtslage beim Tod eines Gesellschafters

Gesetzlicher Regelfall beim Tod eines GbR-Gesellschafters ist gemäß § 727 Abs. 1 BGB die Auflösung der Gesellschaft⁵⁸. Diese wandelt sich in eine Liquidationsgesellschaft um. Die Erben des verstorbenen Gesellschafters werden als Erbengemeinschaft Mitglied der Abwicklungsgesellschaft⁵⁹.

Beim Tod eines OHG-Gesellschafters führt dessen Tod zum Ausscheiden des Gesellschafters. Die Gesellschaft wird unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt, § 131 III Nr. 1 HGB⁶⁰. Die Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters rücken in die Position des Erblassers ein. Diese ist, da die Beteiligung des Erblasser-Gesellschafters mit dem Todeszeitpunkt erloschen ist und daher nicht mehr in den Nachlass fällt⁶¹, auf den Abfindungsanspruch gemäß der §§ 105 III HGB, 738 - 740 BGB gerichtet⁶².

Bei der Kommanditgesellschaft ist zu differenzieren zwischen dem Tod eines unbeschränkt und eines beschränkt haftenden Gesellschafters. Die gesetzliche Folge beim Tod eines Komplementärs entspricht grundsätzlich gemäß § 161 II HGB iVm § 131 III Nr. 1 HGB derjenigen beim Tod eines OHG-Gesellschafters⁶³. Beim Tod eines Kommanditisten wird die Gesellschaft nach § 177 HGB mit dem oder den Erben fortgesetzt⁶⁴.

⁵⁸ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1.

⁵⁹ BGH NJW 1981, 749, BGH NJW 1995, 3314; BGH NJW 1982, 170; Palandt-Sprau 69. Aufl. § 727 Rn 1; Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 1922 Rn 14; Brox/Walker 24. Aufl., Erbrecht, § 44 Rn 779; Ebenroth, Erbrecht, § 12 III 2.

⁶⁰ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 44 Rn 1, 6; Hohloch Rn 189.

⁶¹ Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 44 Rn 6; Crezelius, § 3 Rn 138.

⁶² Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 1922 Rn 14.

⁶³ Zur Frage des Todes des letzten Komplementärs siehe Frey/v. Bredow, ZIP 1998, 1621.

⁶⁴ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1; Damrau-Tanck § 1922 Rn 83. Grunewald Erster Teil C. X. 4., S. 153.

III. Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln

Bei den Nachfolgeklauseln sieht der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters in der Regel die Fortsetzung als werbende Gesellschaft mit den Erben vor. Hierdurch wird die beim Tod eines persönlich und unbeschränkt haftenden Personengesellschafters von Gesetzes wegen eintretende Auflösung der Gesellschaft und Umwandlung in eine Liquidationsgesellschaft verhindert.

1. Gestaltungsvarianten (einfache und qualifizierte Klauseln)

Die Klauseln kommen in verschiedenen Gestaltungsvarianten, insbesondere in Form der einfachen und der qualifizierten Klausel vor. Durch die einfache Nachfolgeklausel wird der Gesellschaftsanteil vererblich gestellt. Gesellschaftsrechtlich werden alle Erben als potentielle Nachfolger zugelassen⁶⁵. Bei der qualifizierten Nachfolgeklausel wird der Anteil vererblich gestellt, die Vererblichkeit aber zugleich auf eine bestimmte Person bzw. einen bestimmten Personenkreis beschränkt⁶⁶.

2. Rechtliche Einordnung und Wirkung

Durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag wird die Mitgliedschaft lediglich vererblich gestellt. Der Rechtserwerb der Erben vollzieht sich nach herrschender Meinung allein anhand erbrechtlicher Vorschriften⁶⁷. Dem Erblasser-Gesellschafter wird im Gesellschaftsvertrag lediglich die Befugnis eingeräumt, eigenverantwortlich durch letztwillige Verfügung zu bestimmen, wer in die Gesellschaftstellung einrückt⁶⁸. Die Rechtsnachfolge tritt dann automatisch aufgrund des erbrechtlichen Übergangs ein⁶⁹.

⁶⁵ MünchKomm – Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 727 Rn 30.

⁶⁶ Crezelius § 3 Rn 142; Sudhoff, Unternehmensnachfolge § 44 Rn 32: Die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils wird wegen des Vorrangs des Gesellschaftsrechtes eingeschränkt, eine unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit kann in einer derartigen Klausel jedoch nicht gesehen werden.

⁶⁷ MünchKomm-Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 727 Rn 28; Schmidt, Gesellschaftsrecht S. 1336.

⁶⁸ Scherer-Jeschke/Kögel MAH Erbrecht § 40 Rn 35; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 1922 Rn 69,70; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 44 Rn 23.

⁶⁹ Ebenroth § 12 III Rn 865, S. 576; Luckey S. 93; Damrau-Tanck § 1922 Rn 78; Scherer-Jeschke/Kögel MAH Erbrecht § 40 Rn 33; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 1922 Rn 70,73. Die Gegenansicht – zumeist als gesellschaftsrechtliche Lösung bezeichnet – wertet die Nachfolgeklausel als Verfügung unter Lebenden auf den Todesfall

Die Dogmatik der Rechtsnachfolge war lange Zeit umstritten. Hintergrund der Diskussion waren folgende Erwägungen: Sind mehrere Erben vorhanden, ginge die Erbschaft nach dem Prinzip der Universalsukzession⁷⁰ grundsätzlich ungeteilt gemäß § 1922 BGB auf die Erbengemeinschaft über. Diese würden die Erbschaft im Rahmen des sogenannten „Von-Selbst-Erwerbs“ erhalten. Diskutiert wurde lange Zeit, ob die Mitgliedschaft im Rahmen der Universalsukzession im Fall der Nachfolgeklauseln auf eine Erbengemeinschaft übergehen kann, d.h. ob die Erbengemeinschaft Gesellschafterin einer verbenden (Außen-) Gesellschaft sein kann. Dies wird mittlerweile weitgehend verneint unter Hinweis auf zwingende gesellschaftsrechtliche Vorgaben. Hauptargument ist die Beschränkbarkeit der Haftung des Erben.

Der Erbe hat zunächst die Möglichkeit, seine Haftung erbrechtlich auf die Erbmasse gemäß § 2059 BGB bis zur Auseinandersetzung zu beschränken, was dem Prinzip der persönlichen Haftung der Gesellschafter widerspricht⁷¹. Der Erbe kann hierüber eine Beschränkung seiner grundsätzlich persönlichen Haftung mit dem eigenen Vermögen⁷² relativ leicht auf eine Haftung allein mit dem Nachlass erreichen⁷³. Wesentliches Merkmal der erbrechtlichen Haftung des Erben ist demnach die Beschränkbarkeit der Haftung auf den Nachlass⁷⁴.

Auch gesellschaftsrechtlich kann der Erbe eine Begrenzung seiner Haftung herbeiführen. Die Haftung des Erben gestaltet sich je nach Gesellschaftsform unterschiedlich.

(Schmidt, Gesellschaftsrecht S. 1336 unter Verweis auf Lange/Kuchinke § 5 VI A 6; Brox/Walker 23. Aufl, Erbrecht Rn 754, 758). Nach dieser Ansicht müsste die Nachfolgeklausel allerdings als verfügender Vertrag zugunsten eines Dritten angesehen werden. Nach herrschender Lehre existieren solche Verträge jedoch nicht (Schmidt, Gesellschaftsrecht S. 1336; MünchKomm-Gottwald 5. Aufl. § 328 Rn 203a; Palandt-Grüneberg 69. Aufl. Einf vor § 328 Rn 8). Die gesellschaftsrechtliche Lösung wird daher von der herrschenden Meinung und auch der Rechtsprechung abgelehnt (BGHZ 68, 225, 232 unter Verweis auf BGHZ 41, 95; Schmidt, Gesellschaftsrecht S. 1336).

⁷⁰ Nach dem Prinzip der Universalsukzession geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den oder die Erben über (MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 1922 Rn 117).

⁷¹ BGHZ 22, 186, 192; Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 1922 Rn 17; Schlüter § 57 Rn 1275; MünchKomm-Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 705 Rn 81.

⁷² Damrau/Gottwald § 1967 Rn 1.

⁷³ Damrau/Gottwald Vorbem. zu §§ 1967 bis 2017 Rn 4ff., Rn 6.

⁷⁴ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 136.

Wird eine GbR im Fall der Nachfolgeklausel fortgesetzt, ist die Haftung des Nachfolgers – zumindest für Altschulden – nach überwiegender Ansicht auf den Nachlass beschränkbar⁷⁵.

Relevant ist zudem die Vorschrift des § 139 HGB. Tritt der Nachfolger aufgrund einer Nachfolgeklausel in eine OHG ein, haftet er zwar grundsätzlich unbeschränkt und persönlich gemäß §§ 128, 130 HGB und kann sich nicht auf die beschränkte Erbenhaftung berufen⁷⁶. Der Nachfolger kann aber innerhalb der Dreimonatsfrist gemäß § 139 III HGB die Umwandlung seines Anteils in einen Kommanditistenanteil verlangen und über diesen Weg die unbeschränkte Haftung abwenden⁷⁷. Dies gilt entsprechend für den Komplementär einer KG⁷⁸.

Die Regelung des § 139 HGB wird regelmäßig zur Begründung der Sondererfolge herangezogen⁷⁹. Dabei wird im deutschen Recht zum Teil die Ansicht vertreten, die Rechte aus § 139 HGB könnten nicht durch eine Erbengemeinschaft geltend gemacht werden, was sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe⁸⁰. Denn nach diesem werde die Nachfolge jedes einzelnen Erben in die Mitgliedschaft vorausgesetzt, da nach dieser Bestimmung „jeder Erbe (!) sein (!) Verbleiben in der Gesellschaft“ von der Einräumung der Kommanditistenstellung abhängig machen könne⁸¹.

Weiter wird auf den nur vorübergehenden Zweck der Erbengemeinschaft bis zur Liquidation der Gesellschaft abgestellt⁸².

⁷⁵ Damrau/Gottwald § 1967 Rn 47 unter Verweis auf MünchKomm-Siegmann § 1967 Rn 74; ebenso Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 143, die sich insbesondere gegen eine analoge Anwendung des § 130 HGB wenden.

⁷⁶ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 153; Damrau/Gottwald § 1967 Rn 42.

⁷⁷ Damrau/Gottwald § 1967 Rn 43.

⁷⁸ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 152.

⁷⁹ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 98 unter Verweis auf Sudhoff/Scherer § 1 Rn 19; Kübler/Assmann § 7 VII 3. a) S. 94.

⁸⁰ Schmidt § 45 V 3. a), S. 1334f.

⁸¹ Schmidt § 45 V 3. a), S. 1334 unter Verweis auf RGZ 171, 345, 349; BGHZ 68, 225, 237; Kübler/Assmann § 7 VII 3. a) S. 94.

⁸² a.A.: Für die Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft hat sich beispielsweise Weipert (Weipert, ZEV 2002, 300) unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR ausgesprochen. Mit Beschluss vom 17.10.2006 (BGH RPflege 2007, 75 = NJW 2006, 3715-3716) hat der BGH nunmehr explizit entschieden, die Erbengemeinschaft sei weder partei- noch rechtsfähig. Der BGH hat damit auch aktuell seine Rechtsprechung aus den Jahren 2002 (BGH, 11. 9. 2002, NJW 2002, 3389 unter II 1) und 2004 (BGH, 16. 3. 2004, NJW-RR 2004, 1006 unter 3a) bestätigt, wonach

Um den gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen, lässt daher die herrschende Meinung eine Ausnahme von dem ansonsten strikt eingehaltenen Grundsatz der Universalsukzession zu und erlaubt eine Einzelrechtsnachfolge bezüglich des Gesellschaftsanteils.

a) Einfache Nachfolgeklausel

Existieren mehrere Personen als Erben, erwirbt im Fall der einfachen Nachfolgeklausel – bei der gesellschaftsvertraglich alle Erben als Nachfolger zugelassen sind – jeder Erbe im Wege der Sondererbfolge (Singularsukzession) einen seiner Erbquote entsprechenden Teil des Gesellschaftsanteils⁸³. Es kommt regelmäßig zu einer kopfzahlmäßigen Erhöhung der Mitgliederzahl der Gesellschaft⁸⁴. Aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Gründen wird eine Ausnahme vom Grundsatz der Universalsukzession zugelassen.

b) Qualifizierte Nachfolgeklausel

Die Rechtsfolgen bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag gestalten sich grundsätzlich wie bei der einfachen Nachfolgeklausel, jedoch nur bezüglich der vom Gesellschaftsvertrag zugelassenen qualifizierten Erben. Diese werden im Rahmen der Sondererbfolge unmittelbar und mit dinglicher Wirkung Inhaber des Gesellschaftsanteils, und zwar nicht nur in Höhe der ihnen zustehenden Erbquote. Erfüllt beispielsweise nur einer der Erben die Voraussetzungen der Nachfolgeklausel, rückt dieser im Wege der Vollnachfolge in den gesamten Gesellschaftsanteil nach⁸⁵. Die qualifizierte Nachfolgeklausel wird rechtlich als eine „dinglich wirkende Teilungsanordnung“ gewertet⁸⁶.

sich die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft nicht aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341) herleiten lasse.

⁸³ Schlüter § 57 Rn 1275; Crezelius § 3 Rn 140; Damrau-Tanck § 1922 Rn 78 unter Verweis auf BGH NJW 1999, 571; BGHZ 22, 186, 192; 68, 225, 237; 98, 48, 50; 108, 187, 192; MünchKomm-Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 727 Rn 33.

⁸⁴ MünchKomm-Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 727 Rn 33; Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 98.

⁸⁵ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 98; Baumbach-Hopt § 139 HGB Rn 17; Staudinger-Marotzke § 1922 Rn 181f.; Damrau-Tanck § 1922 Rn 80; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 1922 Rn 75; BGHZ 68, 225, 237; Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 1922 Rn 18; Sudhoff, Unternehmensnachfolge § 44 Rn 39.

⁸⁶ Schmidt, Gesellschaftsrecht § 45 V S. 1341; Sudhoff, Unternehmensnachfolge § 17 Rn 66; so wohl auch Damrau-Tanck § 1922 Rn 80; a.A. Grieger, nach dem die Zuweisung

Durch die Nachfolgeklauseln wird der Gesellschaftsanteil somit „am Nachlass vorbeigesteuert“ und geht mit dem Erbfall mit unmittelbarer dinglicher Wirkung auf die Nachfolger über.

IV. Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten im Fall der Nachfolgeklauseln

Erbrechtlicher Handlungsbedarf für den Personengesellschafter entsteht regelmäßig vor allem dann, wenn mehrere Erben existieren, aber nur einer oder ein Nichterbe die Gesellschafterstellung übernehmen soll. Dem Erblasser stehen je nach Klausel im Gesellschaftsvertrag verschiedene Möglichkeiten der erbrechtlichen Gestaltung offen.

1. Einfache Nachfolgeklausel

Sind mehrere Erben vorhanden, erhält grundsätzlich jeder im Wege der Sondererbfolge einen Anteil in Höhe seiner Erbquote. Probleme ergeben sich dabei vor allem dann, wenn zwar alle Erben gesellschaftsrechtlich nachfolgeberechtigt sind, aber nur Einzelne von ihnen den Gesellschaftsanteil erwerben sollen.

Der Erblasser-Gesellschafter kann die Zuweisung an nur eine bestimmte Person nun durch die Einsetzung eines Alleinerben erreichen. Sind mehrere Wunschnachfolger vorhanden, sind nur diese als Erben einzusetzen. Sollen beispielsweise von drei Kindern lediglich zwei nach dem Willen des Erblassers in die Gesellschafterstellung nachrücken, empfiehlt es sich, auch nur diese beiden als Erben einzusetzen⁸⁷.

Bei der Einsetzung des Nachfolgers als Erben ist zu beachten, dass die Bestimmung des Nachfolgers nur unter engen Voraussetzungen auf eine dritte Person übertragen werden kann. Dies ist insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn der Erblasser zu einem Zeitpunkt seine letztwillige Verfügung niederschreibt, zu dem

an einen von mehreren Erben in diesem Fall keine Teilungsanordnung sei, da der Gesellschaftsanteil bei Eintritt des Erbfalls unmittelbar dinglich auf den bestimmten Erben übergehe (Groll/Grieger B XI Rn 176 S. 693).

⁸⁷ Werden nämlich alle drei Kinder als Erben eingesetzt, aber mit der Maßgabe, dass nur zwei in die Gesellschafterstellung nachrücken sollen, entsteht das Problem, dass die Zuweisungsquote bezüglich der Gesellschaftsbeteiligung von den allgemeinen Erbquoten abweicht. Die Rechtsfolgen und Dogmatik über den Übergang des Anteils sind hier hoch umstritten (vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz § 139 HGB Rn 18 mwN; Scherrer/Jeschke 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 144).

die potentiellen Nachfolger – meist die Kinder – noch minderjährig sind. Dem Bestimmenden darf kein eigener Ermessensspielraum zugebilligt werden⁸⁸. Vielmehr muss die letztwillige Verfügung so genaue Hinweise bezüglich der Auswahlkriterien enthalten, dass die gesetzlich zulässige Bezeichnung anhand vorgegebener objektiver Kriterien von jeder mit genügend Sachkenntnissen ausgestatteten Person erfolgen kann, ohne dass deren Ermessen bestimmend oder auch nur mitbestimmend ist⁸⁹.

Weiterhin besteht die Möglichkeit, dem Nachfolger den Gesellschaftsanteil durch (Voraus-) Vermächtnis oder Teilungsanordnung zukommen zu lassen. Bei der Übertragung durch Vermächtnis muss wegen des generellen Vorrangs des Gesellschaftsrechtes gegenüber dem Erbrecht bereits in der gesellschaftsvertraglichen Klausel geklärt sein, dass auch ein Vermächtnisnehmer in die Gesellschafterstellung nachrücken kann. Zudem ist zu beachten, dass das Vermächtnis dem Bedachten lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Vermächtnisgegenstandes gegenüber dem Beschwerten gibt⁹⁰. Eine dingliche Sonderrechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil gibt es nur für Erben, nicht aber für Vermächtnisnehmer⁹¹. Der Nachlass geht somit zunächst auf den/die Erben über. Diese sind sodann schuldrechtlich verpflichtet, den Gesellschaftsanteil auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen.

Bei einer Zuweisung des Gesellschaftsanteils per Vermächtnis besteht gemäß der §§ 2151ff. BGB ein deutlich größerer Spielraum bei der Möglichkeit, die endgültige Bestimmung des Nachfolgers durch einen Dritten vornehmen zu lassen⁹².

2. Qualifizierte Nachfolgeklausel

Bei dieser Klausel soll die Mitgliedschaft nur demjenigen Erben zufallen, den die Klausel benennt. Voraussetzung ist daher, dass der Bedachte Erbe des Erblassers ist. Weisen Gesellschaftsvertrag und letztwillige Verfügung unterschiedliche Personen als Nachfolger aus, kann u.U. eine Nachfolge allein daran scheitern, dass der

⁸⁸ BGHZ 15, 199, 203 (Urteil vom 18.11.1954 – IV 2 R 152/54)

⁸⁹ BGHZ 15, 199, 203; Scherer/Jeschke 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 159.

⁹⁰ Brox/Walker 23. Aufl. Erbrecht § 27 Rn 424.

⁹¹ Scherer/Jeschke 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 144.

⁹² Scherer/Jeschke 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 159.

erbrechtlich Bedachte nicht in der gesellschaftsvertraglichen Regelung als Nachfolger vorgesehen ist bzw. umgekehrt. Die letztwilligen Verfügungen sind daher den gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten anzupassen. Dem Erblasser-Gesellschafter stehen aus dem Kanon der letztwilligen Verfügungen ebenfalls die Erbeinsetzung und das Vermächtnis (sofern die gesellschaftsvertragliche Klausel dies zulässt) zur Auswahl.

Im Gegensatz zur einfachen Nachfolgeklausel ergibt sich vorliegend bei der Übertragung durch Vermächtniszuweisung jedoch das Problem, dass nicht nur der Vermächtnisnehmer zum Kreis der nachfolgeberechtigten Personen gehören muss, sondern auch der/die Erben. Da der Anteil zunächst auf die Erben übergeht, müssen auch diese nachfolgeberechtigt sein⁹³.

§ 3 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht

I. Problemstellung

Sind mehrere Erben vorhanden, ginge die Erbschaft nach dem Prinzip der Universal sukzession (§ 1922 BGB) grundsätzlich ungeteilt auf die Erbengemeinschaft über. Die Mitgliedsfähigkeit der Erbengemeinschaft in der Personengesellschaft wird aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Gründen jedoch von der herrschenden Meinung abgelehnt⁹⁴. Die herrschende Meinung geht aufgrund der soeben dargelegten Argumente⁹⁵ von der Sondererbfolge in den Gesellschaftsanteil aus. Die (qualifizierte) Nachfolgeklausel wird regelmäßig als dinglich wirkende Teilungsanordnung angesehen⁹⁶.

Sind Pflichtteilsberechtigte vorhanden, können diese sich auf den Schutz des § 2306 Abs. 1 BGB berufen. Der Schutzbereich der Vorschrift erfasst unter anderem Teilungsanordnungen. Sowohl unter dem Anwendungsbereich der alten als auch

⁹³ Scherer/Jeschke 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 144.

⁹⁴ Vgl. oben B. § 2 III. 2.

⁹⁵ Vgl. oben B. § 2 III. 2.

⁹⁶ Vgl. oben B. § 2 III. 2 b).; Schmidt, Gesellschaftsrecht § 45 V S. 1341; Sudhoff, Unternehmensnachfolge § 17 Rn 66; so wohl auch Damrau-Tanck § 1922 Rn 80; a.A. Groll/Grieger B XI Rn 176 S. 693: Die Zuweisung an einen von mehreren Erben sei in diesem Fall keine Teilungsanordnung, da der Gesellschaftsanteil bei Eintritt des Erbfalls unmittelbar dinglich auf den bestimmten Erben übergehe.

der neuen Fassung der Norm entspannen sich daher umfangreiche Diskussionen, ob und wie die Nachfolgeklauseln mit § 2306 Abs. 1 BGB in Einklang zu bringen sind. Die Rechtslage unter der alten und der neuen Fassung des § 2306 Abs. 1 BGB ist getrennt voneinander zu betrachten.

II. Nachfolgeklauseln und § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.

§ 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. sieht den automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen vor. Bei einer Einschätzung der Nachfolgeklausel als Teilungsanordnung fiel diese daher ex lege weg, wenn der Erbteil kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil ist. Dies würde wiederum zum Entfall der Sondererbfolge und Eintritt der Erbengemeinschaft im Wege der Universalsukzession führen, was aus gesellschaftsrechtlichen Gründen gerade unerwünscht ist. Bezüglich der Lösung des Problems besteht eine umfangreiche Diskussion, wobei zwischen der Anordnung einer einfachen und einer qualifizierten Nachfolgeklausel zu differenzieren ist.

Für Erbfälle bis zum 31.12.2009 gilt § 2306 Abs. 1 BGB a.F. mit den nachfolgend geschilderten Problemen fort.

1. Einfache Nachfolgeklausel

Bei der einfachen Nachfolgeklausel werden die Miterben grundsätzlich entsprechend ihrer Erbquote Gesellschafter. § 2306 BGB wirkt sich daher auf die einfache Nachfolgeklausel nicht aus⁹⁷, sofern alle Erben die Nachfolge antreten. Denn nach herrschender Ansicht fällt eine (dinglich wirkende) Teilungsanordnung – und eine solche wird ja durch die Nachfolgeklausel bewirkt – nur dann unter den Anwendungsbereich des § 2306 BGB, wenn sie den Pflichtteilsberechtigten belastet⁹⁸.

⁹⁷ Gottwald § 2306 Rn 14; Keller ZEV 2001, 298; FA Komm-ErbR/Lindner § 2306 Rn 15; Staudinger-Haas § 2306 Rn 27; Beck OK-Mayer § 2306 Rn 15.

⁹⁸ PWW-Deppenkemper § 2306 Rn 3; FA Komm-ErbR/Lindner § 2306 Rn 15; juris PK-BGB/ Birkenheier § 2306 Rn 28; Beck OK-Mayer § 2306 Rn 15; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 12. Damrau/Riedel/Lenz § 2306 Rn 4 lehnen die Konstruktion einer begünstigenden Teilungsanordnung ab und gehen in diesen Fällen von einem Vorausvermächtnis aus, das von vorneherein nicht unter den Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB fällt.

Probleme ergeben sich bei der einfachen Nachfolgeklausel vor allem dann, wenn zwar alle Erben nachfolgeberechtigt sind, aber nur Einzelne von ihnen den Gesellschaftsanteil erwerben sollen⁹⁹. Sollen beispielsweise von drei Kindern lediglich zwei nach dem Willen des Erblassers in die Gesellschafterstellung nachrücken, kann es dazu kommen, dass die Zuweisungsquote bezüglich der Gesellschaftsbeteiligung von den allgemeinen Erbquoten abweichen kann¹⁰⁰. Dies ist dann problematisch, wenn dadurch der Wert des Erbteils unter die Schwelle des § 2306 BGB sinkt.

Die Rechtsfolgen und Dogmatik über den Übergang des Anteils sind hier hoch umstritten, insbesondere die Frage, ob der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen – beispielsweise durch eine (dinglich wirkende) Teilungsanordnung¹⁰¹ – den Gesellschaftsanteil unter Ausschluss der übrigen Erben nur dem von ihm gewünschten Abkömmling zukommen lassen kann bzw. ob er in der Verfügung von Todes wegen den Kreis der Nachfolger begrenzen und damit im Ergebnis eine Sondererbfolge nur bezüglich der von ihm als Nachfolger gewünschten Abkömmlinge bewirken kann¹⁰².

a) Darstellung des Streitstands

Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten¹⁰³, höchstrichterliche Rechtsprechung existiert – soweit ersichtlich – nicht.

⁹⁹ Keller bildet hierzu folgendes Beispiel: Erblasser E besitzt neben dem Anteil an einer OHG noch erhebliches weiteres Vermögen. Er will seine Kinder als Miterben einsetzen. Tochter T soll dabei Erbin in Höhe von $\frac{3}{4}$ werden, Sohn S in Höhe von $\frac{1}{4}$. T soll den gesamten Gesellschaftsanteil alleine erhalten, ohne dass sie dadurch wertmäßig begünstigt wird. Der Gesellschaftsvertrag enthält eine einfache Nachfolgeklausel und lässt damit sowohl T als auch S als Nachfolger zu (Keller ZEV 2001,300).

¹⁰⁰ Siehe hierzu ausführlich Keller ZEV 2001, 300 ff. Keller bildet zur Veranschaulichung des Problems folgendes Beispiel: Erblasser E besitzt neben dem Anteil an einer OHG noch erhebliches weiteres Vermögen. Er will seine Kinder als Miterben einsetzen. Tochter T soll dabei Erbin in Höhe von $\frac{3}{4}$ werden, Sohn S in Höhe von $\frac{1}{4}$. T soll den gesamten Gesellschaftsanteil alleine erhalten, ohne dass sie dadurch wertmäßig begünstigt wird (Keller ZEV 2001, 300). Der Gesellschaftsvertrag enthält eine einfache Nachfolgeklausel und lässt damit sowohl T als auch S als Nachfolger zu.; auch Scherer-Kögel 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 144, 180 weisen auf diese Problematik hin.

¹⁰¹ Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz § 139 HGB Rn 17 mwN.

¹⁰² Scherer/Jeschke 3. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 144; Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz § 139 HGB Rn 17 mwN.

¹⁰³ Dafür etwa Langenfeld Rn 934, 935; ebenso wohl auch OLG Hamm, Beschluss vom 17.1.1991, Az. 15 W 428/90, veröffentlicht u.a. in DNotZ 1992, 320-323. Dagegen et-

Für die Zulässigkeit einer entsprechenden Anordnung des Erblassers spricht die Theorie der unmittelbaren Vollnachfolge, nach welcher die Erbquote keine gegenständliche Begrenzung des Erwerbs der Mitgliedschaft darstellt; ein Teil der Literatur hält es daher für zulässig, dem Erblasser die Befugnis zuzugestehen, die Erbquoten bezüglich des Gesellschaftsanteils abweichend von den allgemeinen Erbquoten mit dinglicher Wirkung festzulegen¹⁰⁴.

Das OLG Hamm scheint sich dieser Sicht in seinem vielfach diskutierten Beschluss vom 17.1.1991¹⁰⁵ anzuschließen, in dem es davon ausgeht, der Erblasser könne durch letztwillige Verfügung einzelne von mehreren Miterben zur Nachfolge in den Gesellschaftsanteil berufen. Die Vorschrift des

§ 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. hatte das OLG in dem entschiedenen Fall für unanwendbar erklärt.

Dagegen spricht, dass nach erbrechtlichen Grundsätzen eine Teilungsanordnung nach § 2048 BGB keine dingliche Wirkung entfaltet¹⁰⁶ und grundsätzlich keine Sondererbfolge begründen kann¹⁰⁷. Lorz verweist zudem darauf, die Teilungsanordnung betreffe nur „die Ebene der Miterben, nicht jedoch das Gesellschaftsverhältnis“¹⁰⁸.

Weiter ist zu beachten, dass § 2306 Abs.1 BGB nicht gänzlich unanwendbar ist, wie einige Autoren dies offensichtlich aus dem Urteil des OLG Hamm heraus-

wa MünchKomm-Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 727 BGB Rn 30; Keller ZEV 2001, 301; Scherer/Steinhauer MAH-Erbrecht § 16 Rn 3.

¹⁰⁴ Langenfeld Rn 934, 935, allerdings unter Hinweis auf die mangelnde Praxistauglichkeit wegen der abweichenden herrschenden Lehre; Keller ZEV 2001, 300 unter Verweis auf Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 8. Aufl., IV Rn 225, 226.

¹⁰⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 17.1.1991, Az. 15 W 428/90, veröffentlicht u.a. in DNotZ 1992, 320-323.

¹⁰⁶ So etwa MünchKomm-Ulmer § 727 BGB Rn 23; Keller ZEV 2001, 301. Grieger spricht sich daher offenbar für die Wirksamkeit einer schuldrechtlichen Teilungsanordnung aus, indem er ausführt, der Gesellschaftsanteil gehe zunächst auch dann auf alle Erben über, wenn der Erblasser diesen bestimmten Erben durch Teilungsanordnung zugewiesen habe (Groll/ Grieger B XI Rn 167, S. 689). Die durch die Teilungsanordnung bedachten Erben hätten sodann einen Anspruch auf Übertragung der Teilgesellschaftsanteile gegen diejenigen Erben, denen keine Anteile zugewiesen wurden (Groll/Grieger aaO). Trotz gesteht den weichenden Erben allerdings Ausgleichsansprüche gegen den Nachfolger zu (Groll/Grieger aaO).

¹⁰⁷ Scherer/Steinhauer 3. Aufl. MAH-Erbrecht § 16 Rn 3.

¹⁰⁸ Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz § 139 HGB Rn 17.

lesen wollen¹⁰⁹. Eine Nichtanwendbarkeit des § 2306 BGB aus gesellschaftsrechtlichen Gründen käme bezüglich der Verfügung des Erblassers nicht zum Tragen; denn die Anwendung des § 2306 Abs.1 BGB würde „lediglich“ zur Unwirksamkeit der in einer Verfügung von Todes wegen angeordneten Teilungsanordnung führen. An der grundsätzlichen Vererbung des Gesellschaftsanteils im Wege der Sondererfolge aufgrund der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag würde dies nichts ändern¹¹⁰. Denn die Miterben erleiden im Fall einer einfachen Nachfolgeklausel keinerlei Nachteile, da jeder in Höhe seiner Erbquote in die Gesellschaft einrückt¹¹¹.

Aufgrund der vielfältigen Diskussionen wird in der Literatur immer wieder empfohlen, nur die Unternehmensnachfolger als Erben einzusetzen¹¹², was aber dem Wunsch des Erblassers insbesondere dann, wenn neben dem Gesellschaftsanteil noch weiteres erhebliches Vermögen des Erblassers besteht, nicht immer entsprechen muss. Richtet der Erblasser in diesem Fall die gesamte erbrechtliche Planung an der gesellschaftsrechtlichen Nachfolge aus und verfügt über das restliche Vermögen im Rahmen von Vermächtnissen, kann dies unerwünschte steuerliche Nachteile mit sich bringen.

b) Eigene Stellungnahme

Die Ansicht, nach welcher die Miterben im Fall einer einfachen Nachfolgeklausel grundsätzlich keinerlei Nachteile erleiden, da jeder in Höhe seiner Erbquote in die Gesellschaft einrückt, ist zutreffend. Denn aus gesellschaftsrechtlichen Gründen ist es nicht geboten, den Kreis der Nachfolgeberechtigten zu beschränken, da die einfache Nachfolgeklausel ja gerade alle Erben als Nachfolger zulässt.

¹⁰⁹ MünchKomm-Lange § 2306 Rn 13; Berliner Kommentare- Schumann § 2278 Rn 80.

¹¹⁰ Zur Frage, ob die – durch die gesellschaftsvertragliche qualifizierte Nachfolgeklausel – bedingte Sondererfolge, die wie eine dingliche Teilungsanordnung wirkt, selbst mit § 2306 BGB kollidiert, siehe sogleich den nächsten Abschnitt (Ziffer III).

¹¹¹ Diese Ansicht ist mittlerweile durchgängig anerkannt, vgl. an Stelle vieler etwa Keller ZEV 2001, 298; MünchKomm-Lange § 2306 Rn 13 FN 36; Soergel-Dieckmann § 2306 Rn 9 Fn 39. Die aufgrund der einfachen Nachfolgeklausel herbeigeführte Sondererfolge wird dabei als eine sich von Gesetzes wegen vollziehende Teilerbauseinander- setzung betrachtet (vgl. etwa Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz § 139 HGB Rn 10).

¹¹² So etwa Scherer-Kögel MAH Erbrecht § 40 Rn 156 f., Rn 181; MünchKomm- Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 727 Rn 30.

Die einfache Nachfolgeklausel ist für sich genommen unproblematisch und eröffnet den Anwendungsbereich des § 2306 Abs.1 BGB a.F. nicht, sofern alle Erben nachfolgen. Denn die Erben unterliegen in diesem Fall keinen Beeinträchtigungen.

Die Aufnahme einer gesonderten Teilungsanordnung in die letztwillige Verfügung des Erblassers eröffnet jedoch bereits dem Wortlaut nach den Anwendungsbereich der § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F., § 2303 BGB, da die (belastende) Beschränkung des nicht zur Nachfolge vorgesehenen Berechtigten durch die erblasserische Verfügung bewirkt wird. In derartigen Fällen ist daher von einer Unwirksamkeit der erblasserischen Anordnung auszugehen, wenn der Wert des Erbteils unter die Schwelle des § 2306 BGB a.F. sinkt. Gleichwohl verbleibt es wegen der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Nachfolgeklausel bei der Sondererbfolge, so dass sämtliche Erben in Höhe ihrer Erbquote in die Gesellschaft einrücken.

Vor diesem Hintergrund kann der Erblasser einen Übergang auf den von ihm gewünschten Nachfolger mit unmittelbarer gesellschaftsrechtlicher Wirkung nur durch die Einsetzung des gewünschten Nachfolgers als Alleinerben erreichen¹¹³. Zur Vermeidung abweichender Erbquoten wird zudem die Zuweisung der Beteiligung durch Vorausvermächtnis empfohlen¹¹⁴.

2. Qualifizierte Nachfolgeklausel

Bei qualifizierten Nachfolgeklauseln kann die kraft der Sondererbfolge erworbene Beteiligung am Gesellschaftsanteil über die allgemeine Erbquote hinausgehen. Keller bildet folgendes Beispiel, welches das Problem anschaulich darstellt: Seien nur zwei von drei Miterben gesellschaftsvertraglich als Nachfolger zugelassen, würden diese beiden den Gesellschaftsanteil jeweils hälftig erwerben, obgleich ihre

¹¹³ Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz § 139 HGB Rn 18; Scherer/Jeschke MAH Erbrecht § 40 Rn 150,151.

¹¹⁴ Scherer/Jeschke 2. Aufl. MAH Erbrecht § 40 Rn 150,151. Wegen des Vorrangs des Gesellschaftsrechtes gegenüber dem Erbrecht muss dabei bereits in der gesellschaftsvertraglichen Klausel einem Vermächtnisnehmer das Nachrücken in die Mitgliedschaft gestattet sein. Zudem gibt das Vorausvermächtnis dem Bedachten lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Vermächtnisgegenstandes gegenüber dem Beschwerten (Scherer/Schlitt 2. Aufl. MAH Erbrecht § 13 Rn 295; Münch-Komm-Schlichting 4. Aufl. § 2150 Rn 9). Der Gesellschaftsanteil geht daher zunächst auf den/die Erben über. Diese sind sodann schuldrechtlich verpflichtet, den Gesellschaftsanteil auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen.

allgemeine Erbquote nur ein Drittel betrage¹¹⁵. Bei uneingeschränkter Anwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. würde die qualifizierte Nachfolgeklausel – da sie wie eine dingliche Teilungsanordnung gemäß § 2048 BGB eine Belastung darstellen würde – als unwirksam gelten, wenn der Wert des Erbteils unter die Schwelle des § 2306 BGB a.F. sinkt. Die Mitgliedschaft fiel wegen der Rechtsfolge des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. nicht dem Nachfolger im Rahmen der Sondererbfolge zu, sondern – unter Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Normen – im Rahmen der Universalsukzession der Erbengemeinschaft. Dies ist jedoch aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht möglich.

In diesem Zusammenhang existiert eine umfangreiche Diskussion darüber, ob und wie die qualifizierten Nachfolgeklauseln im Kontext mit § 2306 BGB a.F. zu behandeln sind¹¹⁶. Die vertretenen Lösungsansätze sind vielfältig.

a) Darstellung des Streitstands

Zum Teil wird vertreten, § 2306 BGB sei insgesamt, zumindest aber dessen Abs. 1 sachlich unanwendbar¹¹⁷, ohne jedoch ein bestimmtes Lösungsmodell vorzuschlagen. In diesem Fall würde ein automatischer Wegfall der qualifizierten Nachfolgeklausel nicht eintreten.

Nach anderer Auffassung sollen auch in den Fällen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB die Rechtsfolgen des Abs. 1 S. 2 zur Anwendung kommen¹¹⁸. Demnach würde bei Vorliegen einer qualifizierten Nachfolgeklausel diese zwar nicht automatisch entfallen; dem Pflichtteilsberechtigten stünde aber die Option offen, den Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen.

¹¹⁵ Keller ZEV 2001, 298.

¹¹⁶ MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2306 Rn 13; Beck OK-Mayer § 2306 Rn 15; Keller ZEV 2001, 298.

¹¹⁷ OLG Hamm DNotZ 1992, 320, 323; Bamberger/Roth/Mayer § 2306 Rn 15aE; Keller ZEV 2001, 297, 299ff.; wohl auch Palandt-Edenhofer 68. Aufl. § 2306 Rn 1, der die Anwendbarkeit ohne nähere Begründung verneint; Ebenroth, Erbrecht Rn 967 führt aus, dass die nicht qualifizierten Miterben nicht im Sinne des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB beschränkt seien.

¹¹⁸ Soergel/Dieckmann § 2306 BGB Rn 9; Staudinger-Haas § 2306 BGB Rn 28 im Fall der qualifizierten Nachfolgeklausel; MünchKomm-Lange § 2306 Rn 13; MünchKomm-Leipold 4. Aufl.

Darüber hinaus wird vertreten, § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB solle trotz der Singularsukzession uneingeschränkt Anwendung finden¹¹⁹, da es nicht auf die rechtstheoretische Begründung der Nachfolge ankomme, sondern allein darauf, ob die Zuwendung den Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreiche¹²⁰. Nach dieser Ansicht müsste unter den Voraussetzungen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. die qualifizierte Nachfolgeklausel und die hiermit einhergehende Sondererbfolge entfallen, was sich jedoch nicht mit den eingangs geschilderten Problemfeldern in Einklang bringen lässt. Die betreffenden Autoren gehen hierauf jedoch nicht näher ein.

Höchststrichterliche Rechtsprechung zu dieser Thematik existiert nicht.

Um der Antwort auf die Frage näher zu kommen, ob und wie die qualifizierten Nachfolgeklauseln mit § 2306 Abs. 1 BGB in Einklang gebracht werden können, muss zunächst untersucht werden, ob § 2306 BGB a.F. überhaupt auf die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Nachfolgeklausel anwendbar ist¹²¹.

Auszugehen ist dabei vom Sinn und Zweck der Vorschrift des § 2306 Abs. 1 BGB. Bereits systematisch und in der Zusammenschau mit § 2303 BGB greift § 2306 BGB a.F. – auch dem Wortlaut nach – nur bei Beschränkungen und Beschwerden, die durch Verfügungen von Todes wegen, d.h. durch Testament oder Erbvertrag, getroffen werden¹²². Allein aus diesem Grund ist eine Anwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. auf die qualifizierte Nachfolgeklausel – die im Gesellschaftsvertrag enthalten ist und damit keine Verfügung von Todes wegen darstellt – kritisch zu betrachten.

Nach teilweise vertretener Auffassung kommt es zudem bei der Sondererbfolge nicht zu einer Verschiebung der Erbquoten und damit auch nicht zu einer Belastung im Sinne des § 2306 BGB¹²³. Denn durch den Gesellschaftsvertrag werde nur geregelt, wer das Recht haben könne, in die Gesellschaft nachzufolgen, die Erb-

¹¹⁹ Lange/Kuchinke § 37 V 4 a, S. 880 führen insoweit aus, es komme nur darauf an, ob die Zuwendung den Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreiche oder nicht. Bedeutungslos sei die rechtstheoretische Begründung der Nachfolge.

¹²⁰ Lange/Kuchinke § 37 V 4 a S. 880; ebenso wohl Reimann, FamRZ 92, 113, 117

¹²¹ Siehe hierzu auch Menold, S. 170 ff.

¹²² Keller ZEV 2001, 302.

¹²³ Keller ZEV 2001, 300; Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 22 Rn 107.

quoten würden hierdurch nicht bestimmt¹²⁴. Hierfür sei allein die Verfügung von Todes wegen maßgeblich. Der Nachfolger sei seinen Miterben zum Ausgleich verpflichtet, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils dasjenige übersteige, was ihm nach seiner Erbquote zustehe¹²⁵. Für die Begründung eines solchen Ausgleichsanspruchs werden

§ 242 BGB¹²⁶, § 812 BGB¹²⁷, § 1978 BGB analog¹²⁸ sowie §§ 2050ff. BGB analog¹²⁹ herangezogen¹³⁰. Keller spricht den Miterben „erbrechtliche“ Ausgleichsansprüche gegenüber dem nachfolgenden Erben zu¹³¹. Vertreten wird auch, die Ausgleichung nach den Grundsätzen der Auseinandersetzung vorzunehmen¹³². Im Ergebnis ist sich die einschlägige Literatur über das Bestehen von Ausgleichsansprüchen einig, lediglich die dogmatische Begründung wird unterschiedlich hergeleitet¹³³. Um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen, wird die Frage nach den verschiedenen Anspruchsgrundlagen hier nicht vertieft behandelt¹³⁴.

b) Eigene Stellungnahme

Zutreffend ist von der Unanwendbarkeit des § 2306 Abs.1 BGB auf die mit der qualifizierten Nachfolgeklausel einhergehende Sondererbfolge auszugehen. Denn eine Anwendbarkeit der Vorschrift scheitert schon daran, dass die Sondererbfolge,

¹²⁴ Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 22 Rn 107.

¹²⁵ Zöller MittRhNotK 1999, 122 136.

¹²⁶ BGHZ 22, 186, 197.

¹²⁷ Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 22 Rn 107 unter Verweis auf Heckelmann in FS Lübtow S. 619, S. 632 ff.

¹²⁸ Erman/Westermann § 727 Rn 10.

¹²⁹ Tiedau NJW 1980, 2447.

¹³⁰ Siehe diese Aufzählung bei Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 22 Rn 107 unter Verweis auf die genannten Autoren.

¹³¹ Keller ZEV 2001, 300.

¹³² MünchKomm-Heldrich 4. Aufl. § 2032 Rn 60 unter Verweis auf BGHZ 50, 316, 318. Der BGH führt an dieser Stelle aus, die nicht nachfolgenden Erben hätten einen Anspruch darauf erworben, dass der Wert des Gesellschaftsanteils bei der Erbauseinandersetzung dem übrigen Nachlass hinzugerechnet werde und der Nachfolger den Mehrwert auszugleichen habe, den er durch den Erwerb des vollen Gesellschaftsanteils erhalten habe, der ihm aber erbrechtlich nach seiner Erbteil nicht zustand (BGHZ 50, 316, 318 unter Verweis auf BGHZ 22, 186, 197). Ebenso wohl auch Schmidt, § 45 V 4. c), der ausführt, der Wert des Gesellschaftsanteils sei bei der Erbauseinandersetzung in Ansatz zu bringen. Ebenso auch Ulmer ZGR 1972, 327.

¹³³ Siehe hierzu etwa Röthel, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß, A 42

¹³⁴ Eine ausführliche Darstellung mit weiteren Nachweisen findet sich unter anderem bei Nieder, Münchner Vertragshandbuch, Band 6, 5. Auflage 2003, Kapitel 10 (Nachfolgeregelungen auf den Todesfall bei Personengesellschaften).

die als dinglich wirkende Teilungsanordnung zu betrachten ist, nicht aufgrund einer Verfügung von Todes wegen erfolgt. Die Singularsukzession wird aufgrund der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Nachfolgeklausel herbeigeführt. Richtig ist zwar, dass diese die Mitgliedschaft lediglich vererblich stellt, der Übergang jedoch aufgrund der erbrechtlichen Verfügung des Erblassers erfolgt. Allerdings konkretisiert die Verfügung des Erblassers lediglich die Person, welche die Voraussetzungen der qualifizierten Klausel erfüllt. Die dogmatische Begründung der Sondererbfolge liegt in der gesellschaftsvertraglichen Klausel, nicht in der Verfügung des Erblassers. Damit ist aber die wesentliche Voraussetzung der §§ 2303 ff. BGB nicht erfüllt, wonach die Enterbung, aber auch die bloße Beschränkung oder Beschränkung, in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sein muss¹³⁵. Insbesondere muss eine Teilungsanordnung (denn die Sondererbfolge wird im Wesentlichen einer Teilungsanordnung gleichgestellt), die von § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst wird, gemäß § 2048 BGB in einer letztwilligen Verfügung enthalten sein. Weiterhin werden die Miterben nicht benachteiligt, da der Nachfolger jedenfalls – ungeachtet der dogmatischen Streitigkeiten über die Anspruchsgrundlage – (erbrechtlichen) Ausgleichsansprüchen ausgesetzt ist, d.h. er muss wertmäßigen Ausgleich leisten, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils über die ihm allgemein zustehende Erbquote hinausgeht.

Der sachliche Anwendungsbereich des § 2306 Abs.1 BGB a.F. ist daher bezüglich der Sondererbfolge nicht eröffnet. Für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die im Gesellschaftsvertrag aufgenommene qualifizierte Nachfolgeklausel fehlt ein Schutzbedürfnis der Pflichtteilsberechtigten, da die weichenden Erben zumindest schuldrechtliche Ausgleichsansprüche gegenüber dem Nachfolger haben und damit nicht benachteiligt sind¹³⁶. Denn der Schwellenwert des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. wird dadurch nicht unterschritten.

Das Pflichtteilsrecht garantiert dem Berechtigten zudem grundsätzlich nur einen Anspruch auf einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch¹³⁷. Der weichende Pflichtteilsberechtigte kann daher nicht geltend machen, er sei durch den Verweis

¹³⁵ So auch Bamberger/Roth-Mayer § 2306 Rn 15.

¹³⁶ So auch Keller ZEV 2001, 300; Beck OK – Mayer § 2306 Rn 15.

¹³⁷ Ausführlich zu Ausgestaltung und historischen Grundlagen des Pflichtteilsrechts in Deutschland MünchKomm-Lange § 2303 Rn 1 ff.

auf reine Zahlungsansprüche und Ausschluss von der Erbenstellung bezüglich des Gesellschaftsanteils benachteiligt.

Der Schutz des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. lief im Ergebnis zwar auf eine Sicherung des dinglichen Erbteils hinaus, was einen Bruch mit der deutschen Konstruktion des Pflichtteilsrechts als reinen Zahlungsanspruch darstellt. Der Verweis auf reine Ausgleichsansprüche in Form von Zahlungsansprüchen ist jedoch im vorliegenden Fall hinsichtlich § 2306 Abs. 1 BGB a.F. verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn das BVerfG hat in seinem viel diskutierten Beschluss vom 19.4.2005¹³⁸ bestätigt, dass das Pflichtteilsrecht eine bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung am Nachlass darstellt und dem Berechtigten einen schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils gewährt. Das in § 2303 BGB verankerte Pflichtteilsrecht ist dabei in der Ausgestaltung als Geldpflichtteil vom BVerfG ausdrücklich als verfassungskonform angesehen worden¹³⁹. Verfassungsrechtlich ist es daher nicht geboten, den Pflichtteilsberechtigten in Höhe seines Pflichtteils dinglich am Nachlass zu beteiligen, denn dies liefe im Ergebnis auf ein materielles Noterbrecht hinaus. Ein solches ist im deutschen Recht aber gerade nicht vorgesehen und auch verfassungsrechtlich nicht gefordert.

3. Zwischenergebnis

§ 2306 Abs.1 BGB a.F. findet weder auf die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen qualifizierten Nachfolgeklauseln¹⁴⁰ noch auf die einfache Nachfolgeklausel¹⁴¹ Anwendung. Ordnet der Erblasser jedoch in einer Verfügung von Todes wegen ergänzend eine Teilungsanordnung an, greift § 2306 Abs.1 S. 1 BGB a.F.; allerdings entfällt hierbei nur die in der Verfügung von Todes wegen enthaltene Teilungsanordnung, die Singularsukzession aufgrund der Nachfolgeklausel bleibt bestehen¹⁴².

¹³⁸ BVerfGE 112, 332-363.

¹³⁹ BVerfGE 112, 332-363.

¹⁴⁰ Siehe soeben B. § 3 II. 2.

¹⁴¹ Siehe soeben B. § 3 II. 1.

¹⁴² Zur Argumentation für das Bestehenbleiben der Singularsukzession siehe soeben B. § 3 II. 2. b).

III. Nachfolgeklauseln und § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

Die Fassung des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. übernimmt den Wortlaut des bisherigen § 2306 Abs.1 S. 2 BGB a.F, kennt aber keinen Schwellenwert wie die alte Vorschrift. Die Diskussion zu Nachfolgeklauseln und § 2306 BGB basierte unter Geltung der alten Rechtslage vornehmlich auf der Einordnung der Nachfolgeklauseln als dinglich wirkende Teilungsanordnung und der sich aus einem automatischen Wegfall der Teilungsanordnung und der damit verbundenen Sondererbfolge ergebenden gesellschaftsrechtlichen Probleme. Einen automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen gibt es unter dem Geltungsbereich von § 2306 Abs.1 BGB n.F. nicht mehr. Vielmehr muss der Pflichtteilsberechtigte bei Vorliegen der Voraussetzungen der Vorschrift aktiv eine Wahl zwischen dem belasteten Erbteil und dem unbelasteten Pflichtteil treffen. Das Zusammenspiel von Nachfolgeklauseln und § 2306 BGB n.F. ist jedoch nach wie vor Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen.

1. Einfache Nachfolgeklauseln

a) Wahlrecht des Bedachten gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F.?

Unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. stellt sich die Frage, ob die Anordnung einer einfachen Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag den Pflichtteilsberechtigten zur Ausübung des Wahlrechts berechtigen soll. Diese Frage ist noch nicht abschließend geklärt, wobei sich Kommentarliteratur zur neuen Rechtslage nur vereinzelt findet.

Zum Teil wird dabei nicht zwischen einfachen und qualifizierten Nachfolgeklauseln differenziert, sondern nur allgemein von „gesellschaftsrechtlich niedergelegten Nachfolgeklauseln“¹⁴³ gesprochen.

Lange spricht sich dafür aus, dem Pflichtteilsberechtigten kein Wahlrecht nach § 2306 Abs. 1 BGB n.F. im Falle der Nachfolgeklauseln zuzugestehen, da die Vorschrift nur erbrechtliche Beschränkungen erfasst, die Nachfolgeklauseln aber eine gesellschaftsvertragliche Regelung darstellt¹⁴⁴.

¹⁴³ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 15.

¹⁴⁴ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 15.

Ähnlich äußerte sich Reimann im Rahmen der 4. Erbrechts-Tagung am 22. Oktober 2010 in Karlsruhe, sofern der Erblasser nicht gesonderte Verfügungen zusätzlich zur gesellschaftsvertraglichen Klausel erlässt¹⁴⁵.

Mayer stellt auf die mangelnde Benachteiligung der Erben im Fall einer einfachen Nachfolgeklausel ab, da jeder Erbe in Höhe seiner ihm zustehenden Erbquote nachfolgt¹⁴⁶. Für die Eröffnung des Schutzbereichs des § 2306 Abs. 1 BGB ist jedoch auch nach der Reform der Vorschrift Voraussetzung, dass der pflichtteilsberechtigte Erbe durch eine Teilungsanordnung belastet ist. Mayer lehnt daher ein Wahlrecht des Erben bei Vorliegen einer einfachen Nachfolgeklausel ab¹⁴⁷.

Trotz der Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB ist die Problemstellung im Kern dieselbe geblieben wie unter dem Anwendungsbereich der bisherigen Fassung der Vorschrift. Nach wie vor stellt die einfache Nachfolgeklausel keine den Pflichtteilsberechtigten benachteiligende Teilungsanordnung dar, sofern alle Erben die Nachfolge antreten. Es fehlt hier bereits an der Tatbestandsvoraussetzung der Anordnung der Beschränkung/Beschwerung in einer Verfügung von Todes wegen. Zwar wirkt die Nachfolgeklausel im Ergebnis wie eine dingliche Teilungsanordnung, der Eintritt der Erben vollzieht sich jedoch nicht aufgrund einer testamentarischen bzw. erbvertraglichen Anordnung des Erblassers. Die Nachfolgeklausel bewirkt zum Schutz des Rechtsverkehrs die Herauslösung des Gesellschaftsanteils aus der Universalsukzession und die direkte Zuweisung an die Nachfolger mit dinglicher Wirkung. Ein Nachteil ist hiermit aber nicht verbunden, da die Erben in Höhe ihrer gesetzlichen Erbquote in die Gesellschaft eintreten. Der Übergang des Gesellschaftsanteils wird hier nicht aufgrund der Anordnungen des Erblassers, sondern vergleichbar einem „quasi-gesetzlichen-Erwerb“ vollzogen.

¹⁴⁵ Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, S. 15.

¹⁴⁶ Beck OK-Mayer Ed. 20 § 2306 Rn 5.

¹⁴⁷ Beck OK-Mayer Ed. 20 § 2306 Rn 5.

b) Rechtslage bei ergänzenden Verfügungen des Erblassers

Aktuell setzt sich insbesondere Reimann¹⁴⁸ mit der Frage auseinander, wie Nachfolgeklauseln mit § 2306 Abs. 1 BGB n.F. in Einklang zu bringen sind, wenn der Erblasser zusätzlich zu der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel durch ergänzende Verfügungen von Todes wegen auf die Nachfolge Einfluss nehmen will, beispielsweise durch die Anordnung abweichender Erbquoten in Bezug auf den Gesellschaftsanteil. Er sieht die Diskussion um die Frage, ob der Erblasser eine dinglich wirkende Teilungsanordnung überhaupt verfügen kann, offensichtlich als obsolet an, da in diesem Fall der Übergang des Gesellschaftsanteils nicht lediglich kraft Gesetzes eintrete, sondern jedenfalls durch die letztwillige Verfügung des Erblasser beeinflusst würde¹⁴⁹.

Die Frage, ob der Erblasser durch testamentarische bzw. erbvertragliche einseitige Anordnungen im Fall der einfachen Nachfolgeklausel den Gesellschaftsanteil nur einzelnen Erben direkt zuweisen kann, lässt sich unter Heranziehung der genannten Grundsätze beantworten. Der Erblasser könnte dies nämlich nur dann erreichen, indem er durch Verfügung von Todes wegen einzelne pflichtteilsberechtigte Erben von der Nachfolge ausschließt und den Gesellschaftsanteil nur bestimmten Erben zuweist. Der Erblasser würde also die Wirkungen der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen einfachen Nachfolgeklausel zulasten der Pflichtteilsberechtigten einschränken.

Dies kann er insbesondere durch eine Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 BGB erreichen, bei der die Zuweisung des Gesellschaftsanteils abweichend von den allgemeinen Erbquoten erfolgt. Weist der Erblasser den Gesellschaftsanteil einem Nachfolgeberechtigten zu und ordnet an, dass hierfür kein Wertausgleich stattfinden soll, kann es sich um ein (Voraus-) Vermächtnis handeln.

Der Übergang des Gesellschaftsanteils würde sich hier auf Grundlage der Anordnung des Erblasser vollziehen und nicht – wie bei der Nachfolge aller Erben bei

¹⁴⁸ Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, S. 14, 15.

¹⁴⁹ Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, S. 14, 15.

der einfachen Nachfolgeklausel bzw. der Nachfolgeberechtigten im Fall der qualifizierten Nachfolgeklausel – lediglich als „quasi-gesetzlicher-Erwerb“.

Sowohl auf die Teilungsanordnung als auch das Vermächtnis als erblasserische Verfügungen ist § 2306 Abs.1 BGB n.F. bereits seinem Wortlaut nach anwendbar. Damit dürfte die grundsätzliche Eröffnung des Schutzbereichs des § 2306 Abs. 1 BGB sowohl in seiner alten als auch in seiner neuen Fassung zu bejahen sein¹⁵⁰. Ist also ein Pflichtteilsberechtigter nicht aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel, sondern durch ergänzende erbrechtliche Anordnungen des Erblassers beschränkt bzw. beschwert, kann er nach dem Schutzzweck der Norm das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. grundsätzlich ausüben.

Nach wie vor kann sich allerdings nur derjenige auf das Wahlrecht berufen, der durch eine erblasserische Teilungsanordnung tatsächlich benachteiligt ist; wird er durch die Anordnung entweder gar nicht berührt oder begünstigt, greift der Schutz des § 2306 Abs. 1 BGB nicht. Diese Wertung wurde durch die Neufassung der Norm nicht grundlegend tangiert und wird noch immer von der wohl herrschenden und zutreffenden Meinung vertreten¹⁵¹. Denn es ist nicht einsichtig, warum sich ein Pflichtteilsberechtigter, der aufgrund der erbrechtlichen Teilungsanordnung die Nachfolge antreten soll und daher nicht benachteiligt ist, auf das Wahlrecht berufen können soll.

Es muss daher dabei verbleiben, dass auch nach der neuen Rechtslage diejenigen Pflichtteilsberechtigten, die von einer letztwillig verfügten Teilungsanordnung nicht nachteilig berührt werden, sich nicht auf das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 BGB berufen können, auch wenn es im Gegensatz zur früheren Rechtslage bei § 2306 BGB keinen Schwellenwert mehr gibt.

¹⁵⁰ Ähnlich auch Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, S. 11 und 15 unter Verweis auf Keller ZEV 2001, 297 und 302.

¹⁵¹ Vgl. etwa MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 12; Nomoskommentar Pflichtteilsrecht-Schmidt-Recla § 2306 Rn 16; Burandt/Rojahn-Müller § 2306 Rn 18; Nomoskommentar BGB/Bock § 2306 Rn 9; Palandt/Weidlich 70. Aufl. § 2306 Rn 3; a.A. BeckOK-Mayer Ed. 20 § 2306 Rn 4-5, der darauf abstellt, auch eine gegenüber einem anderen ausgesprochene Teilungsanordnung beschwere den Pflichtteilsberechtigten immer, da er dauerhaft von der „gesamthänderischen Mitberechtigung am Zuwendungsobjekt“ ausschließe.

2. Qualifizierte Nachfolgeklauseln

a) Problemaufriss und Darstellung der Rechtslage

Seit dem 1.1.2010 gibt es einen automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen nicht mehr. Trotz der Rechtsänderungen ist die qualifizierte Nachfolgeklausel im Zusammenhang mit § 2306 BGB Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen.

Nach der Reform des Erb- und Verjährungsrechts stellt sich die bisherige Diskussion um die Vereinbarkeit gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklauseln mit § 2306 Abs. 1 BGB n.F. neu dar.

Die bisherigen Probleme im Zusammenhang mit § 2306 Abs. 1 BGB a.F. beruhten auf der Einordnung der qualifizierten Nachfolgeklausel als dinglich wirkende Teilungsanordnung und dem automatischen Wegfall von Teilungsanordnungen in der Fallvariante des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.¹⁵². Da der automatische Wegfall der Nachfolgeklausel zur Universalsukzession und zum Eintritt der Erbengemeinschaft in die werbende Gesellschaft geführt hätte, wurde § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. häufig für unanwendbar gehalten. Unter dem Geltungsbereich der neuen Gesetzeslage bleibt demgegenüber die Sondererbfolge jedenfalls bestehen, da es einen automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen nicht mehr gibt.

Noch nicht abschließend geklärt ist jedoch die Frage, ob die Einzelrechtsnachfolge aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Klausel den Erben zur Ausübung des Wahlrechts des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. berechtigt. Zu dieser Frage findet sich nur wenig Kommentarliteratur.

Teile der Literatur wollen dem Pflichtteilsberechtigten das Wahlrecht gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F. zugestehen¹⁵³. Erhält der Pflichtteilsberechtigte, der aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel nicht in die Gesellschaft eintreten kann, allerdings einen vollen Wertausgleich, soll ihm das Wahlrecht nicht zustehen¹⁵⁴.

¹⁵² Einzelheiten hierzu siehe oben B. § 1 II. 7. a) sowie B. § 2 III. 2. b).

¹⁵³ So etwa Herzog/Lindner F. III. Rn 255; in der Tendenz wohl auch Nomoskommentar Pflichtteilsrecht-Schmidt-Recla § 2306 Rn 18.

¹⁵⁴ Herzog/Lindner F. III. Rn 255.

Andere Autoren sprechen sich dafür aus, dem Betroffenen die Wahlmöglichkeit zu versagen¹⁵⁵, da § 2306 Abs.1 BGB nur erbrechtliche Beschränkungen erfasst, die Nachfolgeklausel aber eine gesellschaftsvertragliche Regelung darstellt. Reimann vertritt die Auffassung, dass dem Pflichtteilsberechtigten im Fall der qualifizierten Nachfolgeklausel kein Wahlrecht zustehen soll, sofern der Erblasser nicht gesonderte erbrechtliche Verfügungen zusätzlich zur gesellschaftsvertraglichen Klausel anordnet¹⁵⁶. Einige Kommentatoren vertraten eine ähnliche Auffassung bereits zur alten Rechtslage¹⁵⁷.

Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Entsprechend der Argumentation zur alten Rechtslage¹⁵⁸ erfasst § 2306 Abs. 1 BGB n.F. nur Beschränkungen und Beschwerungen, die der Erblasser erbrechtlich angeordnet hat. Die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel ist aber gerade nicht in einer erblasserischen Verfügung enthalten, sondern im Gesellschaftsvertrag, also einem Vertrag unter Lebenden. Auch unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. müssen den nicht Nachfolgeberechtigten Ausgleichsansprüche gegenüber dem Gesellschaftsnachfolger zustehen, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils über die dem Nachfolger allgemein zustehende Erbquote hinausgeht und der Erblasser keine weiteren Verfügungen wie beispielsweise ein Vorausvermächtnis angeordnet hat¹⁵⁹. Die von der Nachfolge ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten erhalten daher einen wertmäßigen Ausgleich und erleiden insoweit keinen Nachteil.

b) Ausgleichungspflicht des Nachfolgers

Nach teilweise vertretener Auffassung kann die qualifizierte Nachfolgeklausel nicht zu einer Verschiebung der Erbquoten führen und damit auch nicht zu einer Belastung im Sinne des § 2306 BGB¹⁶⁰. Übersteigt der Wert des Gesellschaftsanteils die Erbquote des Nachfolgers, muss dieser nach einhelliger Auffassung einen

¹⁵⁵ MünchKomm-Lange 5. Aufl., § 2306 Rn 15; ebenso Beck OK-Mayer Ed. 20 § 2306 Rn 5.

¹⁵⁶ Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, S. 11 ff., S. 15.

¹⁵⁷ Vgl. an Stelle etlicher beispielsweise Bamberger/Roth/Mayer § 2306 Rn 15aE.

¹⁵⁸ Vgl. oben B. § 3 II.

¹⁵⁹ Siehe hierzu sogleich B. § 3 III. 2. b).

¹⁶⁰ Keller ZEV 2001, 300; Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 107.

entsprechenden Ausgleich an die Miterben leisten, sofern er den Anteil nicht als Vorausvermächtnis zugewiesen bekommen hat¹⁶¹. Als Anspruchsgrundlagen eines derartigen Ausgleichsanspruchs werden § 242 BGB¹⁶², § 812 BGB¹⁶³, § 1978 BGB analog¹⁶⁴ sowie §§ 2050ff. BGB analog¹⁶⁵ diskutiert¹⁶⁶. Keller spricht den Miterben „erbrechtliche“ Ausgleichsansprüche gegenüber dem nachfolgenden Erben zu¹⁶⁷. Vertreten wird auch, die Ausgleichung nach den Grundsätzen der Auseinandersetzung vorzunehmen¹⁶⁸.

Soweit ersichtlich, findet sich in der einschlägigen Literatur kein Autor, der sich gegen eine Ausgleichspflicht ausspricht. Die Diskussionen drehen sich lediglich um die dogmatische Begründung der Pflicht. Um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen, wird daher auf eine umfangreiche Darstellung der einzelnen Anspruchsgrundlagen mit den jeweils zugrunde liegenden rechtlichen Konstruktionen verzichtet.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Nachfolgeberechtigte jedenfalls verpflichtet ist, den von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben einen finanziellen Ausgleich zu erbringen.

c) Rechtslage bei ergänzenden Verfügungen des Erblassers

Hat der Erblasser ergänzend zu einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen qualifizierten Nachfolgeklausel erbrechtliche Verfügungen getroffen, stellt sich die Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte in diesen Fällen das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1

¹⁶¹ Ausführlich hierzu Zöller MittRhNotK 1999, 136f.

¹⁶² BGHZ 22,186,197.

¹⁶³ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 107 unter Verweis auf Heckelmann in FS Lübtow S. 619, S. 632 ff.

¹⁶⁴ Erman/Westermann § 727 Rn 10.

¹⁶⁵ Tiedau NJW 1980, 2447; Zöller MittRhNotK 1999, 136.

¹⁶⁶ Siehe diese Aufzählung bei Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 22 Rn 107 unter Verweis auf die genannten Autoren.

¹⁶⁷ Keller ZEV 2001, 300.

¹⁶⁸ MünchKomm-Gergen 5. Aufl. § 2032 Rn 60 unter Verweis auf BGHZ 50, 316, 318. Der BGH führt an dieser Stelle aus, die nicht nachfolgenden Erben hätten einen Anspruch darauf erworben, dass der Wert des Gesellschaftsanteils bei der Erbauseinandersetzung dem übrigen Nachlass hinzugerechnet werde und der Nachfolger den Mehrwert auszugleichen habe, den er durch den Erwerb des vollen Gesellschaftsanteils erhalten habe, der ihm aber erbrechtlich nach seiner Erbteil nicht zustand (BGHZ 50, 316, 318 unter Verweis auf BGHZ 22, 186, 197). Ebenso wohl auch Schmidt, § 45 V 4. c), der ausführt, der Wert des Gesellschaftsanteils sei bei der Erbauseinandersetzung in Ansatz zu bringen. Ebenso auch Ulmer ZGR 1972, 327.

BGB ausüben kann. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einem Pflichtteilsberechtigten, der durch die qualifizierte Nachfolgeklausel als Nachfolger zugelassen ist und einem solchen, der durch die gesellschaftsvertragliche Konstruktion von der Nachfolge ausgeschlossen ist.

Ein aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel Nachfolgeberechtigter ist durch eine ergänzende Verfügung des Erblassers, mit welcher dieser die gesellschaftsrechtliche Nachfolge ergänzend absichern will, nicht benachteiligt, so dass bereits der Schutzbereich des § 2306 Abs. 1 BGB nicht eröffnet ist. Nach dem Schutzzweck der Norm kann sich derjenige, der durch die erblasserische Verfügung keinen Nachteil erleidet, nicht auf die aus § 2306 Abs.1 BGB abgeleiteten Rechte berufen¹⁶⁹.

Auch ein Pflichtteilsberechtigter, der von der Nachfolge bereits aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen qualifizierten Nachfolgeklausel ausgeschlossen ist, wird sich aber auf das Wahlrecht des § 2306 Abs.1 BGB selbst dann nicht berufen können, wenn der Erblasser eine entsprechende ergänzende Verfügung von Todes wegen (Teilungsanordnung) getroffen hat. Denn die Benachteiligung in Form des Ausschlusses von der Nachfolge tritt hier nicht aufgrund der erblasserischen Verfügung, sondern aufgrund der gesellschaftsvertraglichen qualifizierten Nachfolgeklausel ein. Eine darüber hinausgehende Benachteiligung durch eine zusätzliche Teilungsanordnung erleidet der Betroffene hier nicht¹⁷⁰.

Anders verhält sich dies nur dann, wenn dem Nachfolger der Gesellschaftsanteil per Vorausvermächtnis zugewiesen wird. Denn in diesem Fall ist der von der Nachfolge Ausgeschlossene wirtschaftlich benachteiligt, da der Nachfolgende zu Lasten der weichen Erben/Pflichtteilsberechtigten begünstigt werden soll. Der nicht Nachfolgende muss daher die Möglichkeit haben, das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 BGB auszuüben, sofern er tatsächlich durch die erblasserische Verfügung nachteilig tangiert ist.

¹⁶⁹ Vgl. bereits oben B. § 3 III. 1. b) zu begünstigenden/neutralen Teilungsanordnungen.

¹⁷⁰ Ähnlich Reimann, Anwendung von § 2306 BGB auf gesellschaftsrechtliche Beschränkungen, S. 15, der darauf abstellt, ob der pflichtteilsberechtigte Miterbe durch die erblasserische Anordnung überhaupt betroffen bzw. benachteiligt wird.

3. Zwischenergebnis

Unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs.1 BGB n.F. tangieren die gesellschaftsvertraglich getroffenen Nachfolgeregelungen den Schutzbereich der Vorschrift nicht, da es sich nicht um Anordnungen in letztwilligen Verfügungen handelt¹⁷¹. Ein Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten besteht nur dann, wenn der Erblasser zusätzlich ergänzende und den Betroffenen tatsächlich benachteiligende Verfügungen von Todes wegen wie beispielsweise (Voraus-) Vermächtnisse angeordnet hat¹⁷².

IV. Nachfolgeklauseln und § 2307 BGB

Wird der Personengesellschaftsanteil dem Nachfolger (nur) per Vermächtnis zugewandt und ist der Nachfolger pflichtteilsberechtigt, findet die Vorschrift des § 2307 BGB Anwendung.

Der Berechtigte kann entweder das Vermächtnis annehmen und zugleich – soweit das Vermächtnis hinter dem Pflichtteil zurückbleibt – den Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB verlangen. Oder er kann alternativ das Vermächtnis ausschlagen und den vollen Geldpflichtteil verlangen¹⁷³.

Stellt der Personengesellschaftsanteil den größten Teil des erblasserischen Vermögens dar, wird der als Nachfolger vorgesehene Vermächtnisnehmer das Vermächtnis regelmäßig annehmen. Die Vorschrift des § 2307 BGB führt insoweit zu keinen gesonderten Problemen. Schwierigkeiten bereitet in dieser Konstellation jedoch die Vorschrift des § 2306 BGB. Denn wird einem von mehreren Erben/Pflichtteilsberechtigten der Personengesellschaftsanteil per (Voraus-) Vermächtnis zugewandt, sind die anderen Pflichtteilsberechtigten zwangsläufig mit diesem Vermächtnis beschwert und können sich auf die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 BGB berufen; die Pflichtteilsansprüche können dabei zu erheblichen Liquiditätsengpässen führen¹⁷⁴.

¹⁷¹ Siehe soeben B. § 3 III. 1. a) und 2. a).

¹⁷² Siehe soeben B. § 3 III. 1. b) und 2. c).

¹⁷³ Einzelheiten zum Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten siehe bereits oben B. § 1 II. 8.

¹⁷⁴ Vgl. zu dieser Problematik auch Zöller MittRhNotK 1999, 136, 139; Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 22 Rn 171.

V. Zwischenergebnis

Weder die einfache noch die qualifizierte Nachfolgeklausel kollidieren mit § 2306 Abs.1 BGB.

Im Fall der einfachen Nachfolgeklausel vollzieht sich die Erbauseinandersetzung bezüglich des Gesellschaftsanteils automatisch von Gesetzes wegen, ohne dass hier einer der Miterben bevorzugt oder benachteiligt würde¹⁷⁵. Der Erblasser kann jedoch keine zusätzliche – dinglich wirkende – Teilungsanordnung von Todes wegen verfügen. Eine Teilungsanordnung unterliegt den Wegfallvoraussetzungen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bzw. ermöglicht die Ausübung des Wahlrechts gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F.¹⁷⁶

Die qualifizierte Nachfolgeklausel unterfällt nicht dem Schutzbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F., da die Sondererbfolge durch die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel und nicht durch eine Verfügung von Todes wegen bewirkt wird. Die gesellschaftsvertraglich nicht nachfolgeberechtigten Erben sind ausreichend über die ihnen zustehenden Ausgleichsansprüche gegen die Gesellschaftsnachfolger geschützt¹⁷⁷.

Der Schutzbereich des § 2306 Abs.1 BGB n.F. ist nur dann betroffen und ermöglicht die Ausübung des Wahlrechts, wenn der Erblasser neben den gesellschaftsvertraglichen Klauseln ergänzende und den Betroffenen benachteiligende Verfügungen von Todes wegen wie beispielsweise (Voraus-) Vermächtnisse angeordnet hat¹⁷⁸.

Im Zusammenhang mit Nachfolgeklauseln bereitet § 2307 BGB keine gesonderten pflichtteilsrechtlichen Probleme, wenn der Gesellschaftsanteil per (Voraus-) Vermächtnis übertragen werden soll¹⁷⁹. Schwierigkeiten bestehen jedoch in Hinblick auf § 2306 Abs. 1 BGB, da die nicht nachfolgeberechtigten sich hierauf berufen und durch geltend gemachte Pflichtteilsansprüche den Nachfolger in erhebliche Liquiditätsengpässe bringen können.

¹⁷⁵ Siehe oben B. § 3 II. 1. und III. 1.

¹⁷⁶ Siehe oben B. § 3 III. 1. b) und 2. c).

¹⁷⁷ Siehe oben B. § 3 II. 2.

¹⁷⁸ Siehe oben B. § 3 III. 1. b) und 2. c).

¹⁷⁹ Siehe oben B. § 3 IV.

§ 4 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht

I. Gestaltungsvarianten der Klausel und Begriffsbestimmung

Im deutschen Recht wird im Zusammenhang mit § 2306 BGB immer wieder diskutiert, ob Verwirkungsklauseln oder Wahlklauseln im Sinne Socins mit der Vorschrift in Einklang gebracht werden können. Durch Straf- und Verwirkungsklauseln ordnet der Erblasser zumeist an, derjenige, der sich gegen seinen letzten Willen auflehnt, solle nur den Pflichtteil oder „nichts“ erhalten¹⁸⁰.

Bereits auf den ersten Blick ist ersichtlich, dass solche Klauseln erhebliches Spannungspotential in sich bergen. Das Interesse des Erblassers an uneingeschränkter Testierfreiheit und das Interesse der Pflichtteilsberechtigten am Schutz der ihnen zustehenden Pflichtteilsrechte stehen sich konträr gegenüber. Schon im Bereich des allgemeinen Erbrechts werden durch Straf- und Verwirkungsklauseln zum Teil erhebliche Probleme aufgeworfen. Gerade im Bereich der Unternehmensnachfolge bedürfen ihre Ausgestaltung und Rechtsfolgen jedoch noch eingehenderer Untersuchung, wobei zunächst die Begrifflichkeiten zu definieren sind.

Neben der Bezeichnung als Straf- und Verwirkungsklauseln werden die Klauseln in der deutschen Literatur gelegentlich auch als „kassatorische“ bzw. „privatorische“ Klauseln bezeichnet¹⁸¹. Das Wort „kassatorisch“ entstammt dem lateinischen *cassare* (= kaputt machen, vernichten, ungültig machen) und bezieht sich auf den Entzug der Zuwendung mit Eintritt des Verwirkungsfalles. „Privatorisch“ ist ebenfalls der lateinischen Sprache entlehnt und ist vermutlich auf die Vokabel *privare* (= berauben, enteignen, nehmen) zurückzuführen¹⁸². Im deutschen Sprachgebrauch haben sich die Bezeichnungen als privatorische und kassatorische Klausel jedoch nicht durchgesetzt.

¹⁸⁰ An Stelle vieler etwa MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 BGB Rn 29; Lange/Kuchinke § 34 VI d.; Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 10 Rn 61.

¹⁸¹ juris PK-BGB/Lenz § 2075 Rn 2; MünchKomm-Leipold § 2074 BGB Rn 29; Lange/Kuchinke § 34 VI d.; Staudinger-Otte § 2074 Rn 44.

¹⁸² Birk bezeichnet die Klausel als „privative“ Klausel (Birk DNotZ 1972, 284). Zur Verwendung des Begriffs in der Schweiz siehe auch Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 54.

Während die Bezeichnungen „Verwirkungsklausel“, „kassatorische“ bzw. „privatorische Klausel“ bereits auf die Rechtsfolge, nämlich den Wegfall der Begünstigung, hinweisen, steht bei der Bezeichnung als „Strafklausel“ lediglich der Sanktionscharakter im Vordergrund, ohne dass bereits anhand der Bezeichnung als solcher auf den Inhalt bzw. die Folgen einer derartigen Klausel geschlossen werden könnte.

Da der Begriff der Verwirkungsklausel per se mehr Informationen über das zugrundeliegende Rechtsinstitut enthält als der Begriff Strafklausel, wird dieser im Folgenden benutzt werden.

Die in der Praxis vorkommenden Ausgestaltungen der Straf- und Verwirkungsklauseln sind vielfältig. Im BGB selbst ist die Zulässigkeit dieser Klauseln nicht explizit geregelt. Gleichwohl werden sie sowohl von der Literatur als auch von der Rechtsprechung weitgehend für zulässig erachtet, wobei dies zumeist mit der Privatautonomie des Erblassers begründet wird¹⁸³. Die Verwirkungsklauseln können dabei unterschiedliche Zielsetzungen aufweisen. Neben der Sicherung der Verwirklichung des letzten Willens des Erblassers sollen durch Straf- und Verwirkungsklauseln auch Streitigkeiten unter den Erben verhindert werden¹⁸⁴. Zudem können sie dazu dienen, den Pflichtteilsberechtigten dazu zu bewegen, angeordnete Beschränkungen und Beschwerungen, die auf seinem Erbteil lasten (wie etwa die soeben angesprochene Sondererbfolge), zu akzeptieren.

Die deutsche Literatur geht in jüngerer Zeit verstärkt auf die unterschiedlichen Ausprägungen der Klauseln ein. Differenziert wird vorrangig zwischen dem Typus der (einfachen und besonderen) Verwirkungsklausel und der cautela Socini in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung als Wahlklausel.

¹⁸³ Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 2075 Rn 6f.; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 29. Scherer-Ritter 2. Aufl. MAH Erbrecht § 8 Rn 74.

¹⁸⁴ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 BGB Rn 29; Birk, DNotZ 1972, 284, 286.

1. Einfache und besondere Verwirkungsklauseln

Die Klausel kann als einfache oder besondere Verwirkungsklausel ausgestaltet sein¹⁸⁵.

Bei der Verwirkungsklausel wird dem Bedachten eine Zuwendung wieder entzogen, wenn er ein bestimmtes Verhalten an den Tag legt. Je nachdem, ob dieses Verhalten allgemein bezeichnet oder in der Klausel konkret beschrieben ist, handelt es sich um eine einfache oder eine besondere Verwirkungsklausel.

Die häufig verwendete Formulierung „wer mein Testament anfecht“ stellt den klassischen Fall einer einfachen bzw. allgemeinen Verwirkungsklausel dar¹⁸⁶, da das sanktionierte Verhalten des Bedachten nur grob umrissen ist.

Eine besondere Verwirkungsklausel kann etwa wie folgt ausgestaltet sein: „Wer sich gegen die (konkret bezeichnete) Verfügung zur Wehr setzt oder dies und jenes tut bzw. nicht tut,...“. Mit der besonderen Verwirkungsklausel will der Erblasser nicht nur generell Angriffe gegen seinen letzten Willen verhindern, sondern vielmehr gezielt die Durchführung einzelner Verfügungen sicherstellen bzw. den Bedachten zu einer genau bestimmten Vorgehensweise anhalten¹⁸⁷.

In beiden Fällen der Verwirkungsklausel soll der Bedachte die Zuwendung wieder verlieren, sobald er gegen die Verwirkungsklausel verstößt. Die einfache und besondere Verwirkungsklausel zielen somit auf dieselbe Rechtsfolge ab und unterscheiden sich nur bezüglich der Voraussetzungen, wann dieser Verlust eintreten soll.

Der Bedachte hat durch sein (unter Umständen langfristiges) Verhalten die Möglichkeit, den Verlust der Zuwendung herbeizuführen oder zu verhindern. Der Erblasser versucht durch diese Klausel Druck auf den Bedachten auszuüben, sich den Anordnungen des Erblassers zu beugen.

2. Ursprüngliche cautela Socini

Gegenüber den Straf- und Verwirkungsklauseln weist die cautela Socini die Besonderheit auf, dass sie sich an diejenigen wendet, die einen Anspruch auf Min-

¹⁸⁵ Zur Abgrenzung der Klauseltypen im Einzelnen, insbesondere zur Cautela Socini siehe Lindemann S. 16ff.

¹⁸⁶ Sudhoff, Unternehmensnachfolge § 6 Rn 15; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 30.

¹⁸⁷ Sudhoff, Unternehmensnachfolge § 6 Rn 15.

destteilhabe am Nachlass des Erblassers haben. Mit der Klausel versucht der Erblasser, das Verhalten der Pflichtteilsberechtigten in seinem Sinne zu beeinflussen.

a) Römisches Recht als historischer Hintergrund der Klausel

Die cautela Socini geht in ihren Ursprüngen auf das römische Recht zurück¹⁸⁸. Justinian reformierte das Erbrecht der nächsten Angehörigen und führte insbesondere das formelle und materielle Noterbrecht zusammen (Novelle 115, cap. 3 und 4). Die Novelle sah eine grundsätzliche Verpflichtung des Erblasser vor, seine Nachkömmlinge testamentarisch als Erben einzusetzen. Setzte der Erblasser die Nachkömmlinge zwar als Erben ein, bedachte sie aber mit einer Quote, die den Pflichtteil (die legitima)¹⁸⁹ nicht erreichte, konnte der zu gering Bedachte mit der actio ad supplendam legitimam die Ergänzung bzw. Aufstockung der Quote bis zur legitima verlangen¹⁹⁰. Die erfolgreiche Geltendmachung der actio führte nicht zur vollständigen Unwirksamkeit des Testaments, sondern nur zur Ergänzung der Ansprüche der Angehörigen¹⁹¹. Es genügte also die Erbeinsetzung auf den kleinsten Teil des Nachlasses, sofern der Pflichtteil durch anderweitige Verfügungen wie bspw. Vermächtnisse, gewahrt wurde¹⁹².

Weiter ordnete Justinian im Cod. 3, 28, 32 ergänzende Regelungen an, die in Richtung eines materiellen Noterbrechts zielten. Grundsätzlich sollten nach dieser Vorschrift alle testamentarischen Verfügungen des Erblassers, die zu einer Belastung bzw. Beschwerung der legitima führten, unwirksam sein¹⁹³. Diese Regelung führte zu einem Wegfall der Beschränkungen und nicht nur zu einer Ergänzung der Ansprüche der Angehörigen¹⁹⁴. Nach der einschlägigen Literatur zu dieser Textstelle soll der Grundsatz des Wegfalls der Beschränkungen uneingeschränkt immer dann angewandt worden sein, wenn dem Erben die legitima bzw. weniger als die legiti-

¹⁸⁸ Zu den Grundzügen des römischen Rechts siehe oben B. § 1 II. 1.

¹⁸⁹ Einzelheiten siehe oben B. § 1 II. 1.

¹⁹⁰ Cod. 3, 28, 30 pr.; Hennig DNotZ 2003, 402; Kaser Bd. II S. 519.

¹⁹¹ Da der Erblasser die Angehörigen – wenn auch mit zu geringer Quote – bedacht hatte, wurde die Ungültigerklärung des gesamten Testaments mit Folge des Eingreifens einer älteren Verfügung oder der gesetzlichen Erbfolge als zu weitgreifend erachtet.

¹⁹² Kaser Bd. II S. 520.

¹⁹³ Schubert JR 1993, 368; Hennig DNotZ 2003, 402; Coing Bd. I S. 612.

¹⁹⁴ Kaser Bd. II S. 519.

ma hinterlassen worden war; bedachte der Erblasser den Erben mit einer Erbquote, die über den Pflichtteil hinausging, wurde der Wille des Erblassers grundsätzlich dahin ausgelegt, dass sich die belastenden letztwilligen Anordnungen nur auf den Teil beschränken sollten, der die legitima überstieg¹⁹⁵. Diese Auslegungshilfe versagte allerdings dann, wenn der Erblasser im Testament zweifelsfrei den Willen zum Ausdruck brachte, auch den Pflichtteil belasten zu wollen. Trat der Erbe in diesem Fall die Erbschaft an, musste er die Belastung in voller Höhe selbst dann akzeptieren, wenn ihm wirtschaftlich weniger als die legitima verblieb; die Berufung auf die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung blieb ihm dann verwehrt¹⁹⁶. In den beschriebenen Fällen wurde daher eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der in Cod. 3, 28, 32 normierten Regelung gemacht. Wollte der Erbe die Belastung nicht hinnehmen, musste er den belasteten Erbteil ausschlagen und die – unbelastete – legitima wählen. Der Erblasser konnte also durch eine „Strafklausel – später sog. cautela Socini“¹⁹⁷ eine angeordnete Belastung der legitima zu sichern versuchen, aber nicht die Ausschlagung und den Erwerb der unbelasteten legitima verhindern.

b) Ausgestaltung der Klausel

Die cautela Socini wird in der jüngeren Rechtsgeschichte verstärkt wieder seit dem 16. Jahrhundert verwendet¹⁹⁸. Besondere Geltung hat sie durch den Sieneser Juristen Marianus Socinus erlangt, der Namensgeber für die heute gebräuchliche Bezeichnung der Klausel ist¹⁹⁹. Sie wurde in ihrer ursprünglichen Form vor allem dann angewandt, wenn ein Pflichtteilsberechtigter unter Beschränkungen oder Beschwerden zu einem den Pflichtteilsbetrag übersteigenden Teil zum Erben berufen war²⁰⁰.

Der Pflichtteilsberechtigte hatte aufgrund der Klausel die Wahl, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen oder den belasteten Erbteil anzunehmen bzw. wurde der Berechtigte, wenn er die Belastung nicht akzeptieren woll-

¹⁹⁵ Coing Bd. I, S. 612; Hennig DNotZ 2003, 403.

¹⁹⁶ Hennig DnotZ, 403.

¹⁹⁷ Coing Bd. I S. 612.

¹⁹⁸ Lindemann S. 16.

¹⁹⁹ Hennig, DNotZ 2003, 403; Lange/Kuchinke 5. Aufl. § 37 V Fn 88; Coing Bd I, S. 612.

²⁰⁰ Wacke, DNotZ 1990, 403 (Fn 1).

te und den belasteten Erbteil daher ausschlug, in Höhe seines Pflichtteils als unbelasteter Erbe eingesetzt. Die „klassische“ Klausel nach Socinus hatte die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechtes als Noterbrecht im Blick. Beim Noterbrecht hat der Pflichtteilsberechtigte Anspruch darauf, als Erbe in Höhe seiner Pflichtteilsquote am Nachlass zu partizipieren. Der Pflichtteilsberechtigte hatte somit in beiden Fällen der ausgeübten Wahl die Erbenstellung inne²⁰¹.

3. „Modifizierte“ cautela Socini - § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

Das deutsche Pflichtteilsrecht ist als Geldpflichtteil ausgestaltet. Der Pflichtteilsberechtigte hat dementsprechend einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch in Höhe seiner Pflichtteilsquote gegenüber den Erben. Bereits § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. hatte die Rechtsfolgen der klassischen Anwendungsfälle der cautela Socini in modifizierter Form in geltendes Recht gefasst. Diese Rechtslage ist seit der Erbrechtsreform ausgedehnt worden, indem die bisherige Formulierung des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nunmehr einheitlich auch für die Fälle des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. gilt. Die Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB entspricht dem Wortlaut des bisherigen Abs. 1 S. 2 der Norm. Dem Erben wird hierbei ein umfassendes Wahlrecht zwischen dem ihm hinterlassenen (beschränkten bzw. beschwerten) Erbteil und dem Geldpflichtteil zugestanden. Die Regelung basiert erkennbar auf dem Rechtsgedanken der gemeinrechtlichen cautela Socini in ihrer Ursprungsform und wurde dieser nachgebildet, dabei allerdings an das schuldrechtliche Pflichtteilsrecht angepasst²⁰².

Ziel ist es, dem Berechtigten den unbelasteten Pflichtteil zukommen zu lassen, ihm aber die Möglichkeit zu eröffnen, den Erbteil mit den angeordneten Belastungen zu akzeptieren, falls er am Erwerb des Erbteils ein besonderes Interesse hat.

²⁰¹ Staudinger-Haas § 2306 Rn 47.

²⁰² Hennig DNotZ 2003, 412; Staudinger/Haas § 2306 Rn 48.

II. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen von Verwirkungsklauseln

1. Auflösende Potestativbedingung

Regelmäßig werden die Verwirkungsklauseln im deutschen Recht als auflösende Potestativbedingungen angesehen²⁰³. Die Möglichkeit, eine Verfügung von Todes wegen mit einer Bedingung zu versehen, klingt in den §§ 2074, 2075 BGB an²⁰⁴. Nach der Regelung des § 2075 BGB ist – sofern für den Erben gewisse Verhaltensregeln aufgestellt bzw. die Anordnung aufgenommen wird, der Erbe habe ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen – im Zweifel von einer auflösenden Bedingung auszugehen²⁰⁵. Bereits die Formulierung der meisten Verwirkungsklauseln spricht für diese Auslegung, da der Bedachte die Zuwendung wieder verlieren soll, wenn er den Willen des Erblassers angreift.

Da der Bedachte es in der Hand hat, durch sein Verhalten den Bedingungseintritt herbeizuführen oder zu verhindern, wird die Klausel zudem als potestative²⁰⁶ Bedingung bezeichnet.

2. Bedingungseintritt

Nach der Rechtsprechung wird in Bezug auf den Verwirkungsfall zumeist ein „bewusster Verstoß“ gegen die (eindeutigen und wirksamen) Anordnungen des Erblasser gefordert²⁰⁷. Streitigkeiten über die Formgültigkeit der Verfügung oder über ihre Auslegung werden in der Regel nicht als gezielter Angriff gewertet, da sie dem

²⁰³ Damrau-Seiler/Rudolf § 2075 Rn 16 unter Verweis auf BayObLG MittRhNotK 1982, 40, 42; Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 2075 Rn 6; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 29; Scherer-Ritter 2. Aufl. MAH Erbrecht § 15 Rn 31, § 21 Rn 2.

²⁰⁴ Auch die erbvertragsmäßige Erbeinsetzung und die Vermächtniszuweisung können mit Bedingungen versehen werden. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 2065-2077 BGB auf die vertragsmäßigen Verfügungen, vgl. § 2279 BGB (Damrau/Krüger § 2279 Rn 2)..

²⁰⁵ Scherer/Stahl 3. Aufl. MAH Erbrecht § 15 Rn 31. Die Aufnahme von Potestativbedingungen in den Erbvertrag ergibt sich aus § 2075 BGB (in Verbindung mit § 2279 BGB), der darauf abstellt, der Eintritt der Bedingung liege in der „Willkür des Bedachten“ (Staudinger-Otte § 2074 Rn 22).

²⁰⁶ Der Begriff leitet sich von der lateinischen Vokabel „potestas“ (Macht, Vollmacht, Möglichkeit) ab und weist darauf hin, dass die Herbeiführung des Bedingungseintritts allein in der Macht des Bedachten ruht.

²⁰⁷ Erman-Schmidt § 2074 Rn 7; Scherer/Stahl 3. Aufl. MAH Erbrecht § 15 Rn 31 unter Verweis auf KG Beschl. v. 9.9.1997 – FamRZ 1998, 124; BayObLG Beschl. v. 18.9.1995 – NJW-RR 1996, 262.

Erblasserwillen gerade zur Geltung verhelfen sollen²⁰⁸. Zumindest bei erfolgreichem (gerichtlichem) Vorgehen soll die Verwirkungsklausel daher nicht greifen²⁰⁹.

Nicht erforderlich ist, dass der Erbe sich dem Willen des Erblassers gerichtlich widersetzt: Sofern sich dies aus der Klausel ergibt, kann neben der gerichtlichen Geltendmachung (bspw. Klagerhebung, Erhebung einer Einrede im Prozess) auch ein außergerichtliches Verhalten (bspw. Geltendmachung weiterer Ansprüche durch Anwaltsschreiben bzw. Ankündigung einer Klagerhebung) die Folgen der Verwirkungsklausel nach sich ziehen²¹⁰.

3. Rechtsfolgen

Der Erblasser kann sowohl einen Erben als auch einen Vermächtnisnehmer mit einer Verwirkungsklausel belegen. Die Auswirkungen gestalten sich hierbei unterschiedlich.

a) Erbeinsetzung – konstruktive Vor- und Nacherbschaft

Im Fall der Erbeinsetzung entfällt bei Bedingungseintritt für den Bedachten die Einsetzung als Erbe. Mit dem Verwirkungsfall ist der Bedachte somit enterbt und kann nur noch – sofern er zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehört – Pflichtteilsansprüche geltend machen.

Aus diesem Grund wird regelmäßig davon ausgegangen, dass Verwirkungsklauseln dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen wie die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft²¹¹.

Nach überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung hat der unter einer auflösenden Bedingung²¹² eingesetzte Erbe die Rechtsstellung eines Vorerben²¹³, zum Teil wird auch die Ansicht vertreten, er sei auflösend bedingter Voller-

²⁰⁸ Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 2075 Rn 9; Erman-Schmidt § 2074 Rn 7.

²⁰⁹ jurisPK-BGB/Lenz § 2075 Rn 10; Scherer/Stahl MAH Erbrecht § 15 Rn 31.

²¹⁰ Erman-Schmidt § 2074 Rn 8.

²¹¹ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 40; Wacke DNotZ 1990, 405; Staudinger-Haas § 2306 Rn 16 unter Verweis darauf, dass bei einer auflösenden Bedingung jedenfalls gemäß § 2104 BGB konstruktive Vor- und Nacherbschaft eintritt.

²¹² Die Verwirkungsklauseln werden als auflösende Bedingung angesehen, vgl. soeben B. IV. 2. a).

²¹³ Wacke DNotZ 1990, 403, 405; Ebenroth Rn 433; Damrau-Seiler/Rudolf § 2075 Rn 9; Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 2075 Rn 5, 11; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 13, 40; Staudinger-Otte § 2074 Rn 19.

be und aufschiebend bedingter Vorerbe²¹⁴. Nach überzeugender Argumentation von Lindemann²¹⁵ ist die zweite Konstruktion jedoch abzulehnen, da der als auflösend bedingt angesehene Vollerbe über die Erbschaft zunächst vollumfänglich verfügen könnte und der Schutz des Nacherben dadurch beschränkt wäre. Zudem würde diese Auffassung zu erheblicher Unsicherheit im Rechtsverkehr führen, da erst im Nachhinein – nämlich bei Eintritt der Bedingung – feststünde, ob eine Verfügung des Vorerben nun wirksam war oder nicht. Gerade im sensiblen Bereich der Unternehmensnachfolge würde dies zu völlig untragbaren Ergebnissen führen. Es erscheint daher vorzugswürdig, mit der überwiegenden Auffassung von der sofortigen Vorerbenstellung des Bedachten auszugehen.

Da das Erbrecht nur ein zeitlich beschränktes – nämlich bis zum Eintritt des Nacherbfalles – ist, wird die Verfügungsfreiheit des Vorerben durch die §§ 2113 ff. BGB eingeschränkt. § 1236 BGB gewährt dem Erblasser die Möglichkeit einer befreiten Vorerbschaft, bei welcher der Vorerbe von den Sicherungspflichten befreit ist und von der nach Leipold auch im Regelfall auszugehen sei²¹⁶.

Ist sich der Erblasser nicht über die mit der Verwirkungsklausel zwangsläufig verbundene Folge von Vor- und Nacherbschaft im Klaren gewesen, greift in Ermangelung der Benennung eines Nacherben durch den Erblasser die konstruktive Nacherbschaft ein. Danach treten diejenigen Personen die Nacherbschaft an, die zu gesetzlichen Erben berufen wären, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt des Bedingungseintrittes verstorben wäre, vgl. § 2104 BGB²¹⁷.

b) Vermächtniszuweisung

Ist ein Vermächtnisnehmer mit einer Verwirkungsklausel belastet, führt die Verwirkungsklausel als auflösende Bedingung dazu, dass der Anspruch des Vermächtnisnehmers beim Eintritt des Verwirkungsfalls gegenüber den Erben auf Herausga-

²¹⁴ von Simon, S. 628; Scherer/Thoma MAH Erbrecht § 21 Rn 2; BGHZ 96,198, 203f.

²¹⁵ Lindemann S. 34.

²¹⁶ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 40. Der Vorerbe einer Unternehmensmitgliedschaft kann sich dabei im Handelsregister eintragen lassen (Ehlers, Rn 70, 71), da er – von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB abgesehen – im Übrigen in vollem Umfang Gesellschafter mit allen Rechten ist (Semrau, S. 93 Rn 164, 165). Er kann insbesondere, auch mit Wirkung für den Nacherben, nach § 139 HGB innerhalb dessen Anwendungsbereiches die Einräumung der Kommanditistenstellung verlangen.

²¹⁷ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 40; Bamberger/Roth-Litzenburger § 2074 Rn 4; jurisPK-BGB/Lenz § 2075 Rn 24.

be des Vermächtnisses entfällt. Haben die Erben seinen Anspruch bereits erfüllt, muss er das Vermächtnis wieder herausgeben.

Die Verwirkungsklausel kann im Fall der Vermächtniszuweisung zu einem Vor- und Nachvermächtnis oder zu einem Rückgewähranspruch des Beschwerten führen.

Das Nachvermächtnis nach § 2191 BGB ist der Nacherbfolge nachempfunden. Trotz einiger Gemeinsamkeiten weist es jedoch zu dieser auch erhebliche Unterschiede auf. Während die Vor- bzw. Nacherbschaft jeweils mit dem Vor- bzw. Nacherbfall eine unmittelbare dingliche Änderung der Rechtslage bewirkt, hat sowohl der Vorvermächtnisnehmer gegen die Erben als auch der Nachvermächtnisnehmer gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des vermachten Rechtes²¹⁸.

Der Vorvermächtnisnehmer unterliegt durch die Verwirkungsklausel einer auflösenden Bedingung. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hinsichtlich des auflösend bedingten Vermächtnisses existiert nicht²¹⁹. Die Grundsätze der konstruktiven Vor- und Nacherbschaft sind nicht auf das Vor- und Nachvermächtnis übertragbar²²⁰. Ist der Übergang auf einen Nachvermächtnisnehmer durch den Erblasser gewollt und ist ein solcher in der letztwilligen Verfügung benannt, hat der Nachvermächtnisnehmer gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer mit Bedingungseintritt einen Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses²²¹.

Ist ein Nachvermächtnisnehmer nicht bestimmt, hat der mit dem Vermächtnis Beschwerte einen Rückgewähranspruch gegenüber dem Vermächtnisnehmer, d.h. er kann das Vermächtnis wieder herausverlangen²²².

²¹⁸ Lange/Kuchinke § 29 V. 1. c); Scherer/Wachter 3. Aufl. MAH Erbrecht § 17 Rn 4.

²¹⁹ BeckOK-BGB Müller-Christmann Ed. 20, § 2177 Rn 4; Erman-Schmidt § 2177 BGB Rn 4.

²²⁰ § 2191 Abs. 2 BGB verweist zwar auf einige Vorschriften, welche die Vor- und Nacherbschaft betreffen; der für die konstruktive Vor- und Nacherbschaft maßgebliche § 2104 BGB ist in der Aufzählung jedoch nicht enthalten und findet somit keine sinnge-
mäßige Anwendung.

²²¹ MünchKomm-Schlichting 5. Aufl. § 2177 Rn 6 sowie MünchKomm-Schlichting 5. Aufl. § 2191 Rn 8,9.

²²² BeckOK BGB Müller-Christmann Ed. 20, § 2177 Rn 4 unter Verweis auf BGH
BWNotZ 1961, 229; MünchKomm-Schlichting 5. Aufl. § 2177 Rn 6.

III. Rechtliche Grenzen der Verwirkungsklauseln

Schranken für die Ausgestaltung von Verwirkungsklauseln finden sich zunächst im allgemeinen Teil des BGB, namentlich in § 138 BGB. Ebenso wie im gesamten Zivilrecht greift auch bei erbrechtlichen Bedingungen das generelle Verbot von sittenwidrigen Rechtsgeschäften²²³. Abzugrenzen ist für die Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Anordnung sittenwidrig ist, in erster Linie danach, ob die persönliche Lebensführung des Erben beeinflusst werden soll oder ob die Bedingung „lediglich“ das Schicksal des weitergegebenen Vermögens, im Fall der vorliegenden Untersuchung also das Schicksal des Gesellschaftsanteils, mitgestalten soll. Während die Einflussnahme auf die persönliche Lebensführung ohne sachlichen Grund zur Sittenwidrigkeit führt²²⁴, sind Bedingungen, die einzig und allein das Ziel der Sicherung und den Fortbestand des Vermögens verfolgen, als zulässig anzusehen²²⁵. Gerade für die Sicherung des Unternehmensbestandes wird es dem Erblasser-Gesellschafter in aller Regel darauf ankommen, den Erhalt des Gesellschaftsanteiles zu sichern und zu fördern, so dass eine Kollision der Verwirkungsklausel mit § 138 BGB im Regelfall ausgeschlossen ist.

IV. Einsatz von Verwirkungsklauseln bei Pflichtteilsberechtigten

Besondere Probleme bereitet der Einsatz von Verwirkungsklauseln, wenn Pflichtteilsberechtigte betroffen sind.

Das Zusammenspiel von Verwirkungsklauseln und dem Pflichtteilsrecht, dort insbesondere des § 2306 BGB, ist vielfach Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen gewesen und ist es auch nach der Reform des Erbrechts zum 1.1.2010.

1. Alte Rechtslage: § 2306 Abs.1 BGB a.F.

Bei vor dem 1.1.2010 eingetretenen Erbfällen ist die Anordnung von Straf- und Verwirkungsklauseln in der Fallkonstellation des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. problematisch. Die Vorschrift birgt dabei mehrere Problemfelder.

²²³ Bamberger/Roth-Litzenburger § 2074 Rn 8; Lindemann, S. 13; Palandt-Edenhofer 69. Aufl. § 2074 Rn 5, § 2075 Rn 3.

²²⁴ Damrau-Seiler/Rudolf § 2074 Rn 21, 22.

²²⁵ Soergel-Fritz § 2074 Rn 22; MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 22; Damrau-Seiler/Rudolf § 2074 Rn 20.

a) Abgrenzung zwischen § 2306 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB a.F.

Schwierigkeiten bereitet schon die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zu Satz 2 der Vorschrift. Je nach Größe des zugewendeten Erbteils kommen unter dem Anwendungsbereich der alten Fassung der Norm grundverschiedene Rechtsfolgen zum Tragen.

Die Abgrenzung zwischen Satz 1 und Satz 2 der alten Fassung der Vorschrift wird nach der herrschenden Lehre anhand der Quotentheorie ermittelt, nach der die abstrakt zugewendete Erbteilsquote ausschlaggebend ist²²⁶. Für den Fall, dass ausgleichungs- und anrechnungspflichtige Vorempfänge vorhanden sind, wird die Quotentheorie nach gängiger Ansicht jedoch durch die Werttheorie relativiert; in diesem Falle ist statt eines Vergleiches anhand der Quoten ein Wertvergleich zwischen dem Wert des hinterlassenen Erbteils und dem Wert des Pflichtteils vorzunehmen²²⁷.

Die Einzelheiten der Bewertung waren bzw. sind hoch umstritten und wegen ihrer Komplexität für den betroffenen Erben kaum überschaubar gewesen. Auch die Rechtsprechung des BGH zur Möglichkeit der Anfechtung bei Entscheidungen, die letztlich auf eine fehlerhafte Bewertung zurückzuführen sind²²⁸, hat insoweit nur leicht zur Entspannung der Rechtslage beigetragen.

b) § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. und Zulässigkeit der Klauseln

Die (einseitige) Anordnung einer Verwirkungsklausel durch den Erblasser scheitert nach herrschender Meinung an § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F., da sie zwangsläufig zu Vor- und Nacherbschaft führt und damit der Unwirksamkeitsfolge des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. unterliegt²²⁹. Dieses für den Fall der Verwirkungsklausel

²²⁶ Fuhrmann S. 67; MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2306 Rn 3. Die als Mindermeinung vertretene Werttheorie stellt demgegenüber auf den konkreten Wert, den der Erbteil nach Abzug der Beschränkungen und Beschwerden noch besitzt, ab (Marotzke S. 568; Fuhrmann S. 67; Darstellung bei MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2306 Rn 3).

²²⁷ Schindler ZEV 2008, 125.

²²⁸ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen B. § 1 II. 7. d).

²²⁹ An Stelle vieler etwa PWW/Deppenkemper § 2306 Rn 14; FA Komm-ErbR/Lindner § 2306 Rn 20 für eine Klausel, mit der der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteil verweist, wenn er den zugedachten beschränkten oder beschwerten Erbteil, der nicht größer als der Pflichtteil ist, „nicht annimmt (sog. socinische Klausel)“. Lindner bewertet die Klausel als aufschiebend bedingte Nacherbeneinsetzung.

recht eindeutige Ergebnis ist bezüglich der Ausgestaltung der Klausel als Wahlklausel im Sinne einer klassischen cautela Socini hochstrittig.

Die ältere Literatur ging auf der Grundlage der Entscheidung des RG vom 4.11.1991 von der Zulässigkeit einer „einfachen Verwirkungsklausel“ aus²³⁰. Eine begriffliche Differenzierung zwischen Verwirkungsklauseln und der cautela Socini, wie sie heute verstärkt vorgenommen wird, fand damals noch nicht statt. Vielmehr wurden häufig beide Begriffe synonym gebraucht. Diese Auffassung wurde im jüngeren Schrifttum zum Teil heftig kritisiert, da der Schutz des Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2306 Abs.1 S. 1 BGB a.F. durch die Klausel ausgehöhlt werden könnte²³¹.

Mit Urteil vom 28.10.1992 – IV ZR 221/91²³² hat der BGH eine grundlegende Entscheidung zu Verwirkungsklauseln und der cautela Socini getroffen. Im entschiedenen Fall hatte die Erblasserin angeordnet: „Wenn meine Tochter Johanna mit dem Testament nicht einverstanden ist, hat sie nur Anspruch auf Auszahlung des Pflichtteils“. Im Nachlass befand sich unter anderem eine Apotheke. Der BGH entschied, eine „schlichte Verwirkungsklausel (cautela Socini)“ sei „unwirksam, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen (sei), der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteige“. Dieses Ergebnis begründete der erkennende Senat vorwiegend mit der historischen Entwicklung des Pflichtteilsrechts und der Zielsetzung des Gesetzgebers. Ein Teil der Literatur wandte sich gegen die Entscheidung²³³ und hielt eine „einfache Verwirkungsklausel“ gleichwohl in bestimm-

²³⁰ Diese Ansicht vertraten v. a. Planck/Greif, BGB, 4. Aufl., § 2306 Anm. 3e a; Oertmann, ZBIFG XV (1914/15) 357, 365; Crome, Erbrecht S. 441 Fn 24; Kipp, Erbrecht 8. Bearb. § 132 V I 2b Fn 4; Leonhard, Erbrecht, 2. Aufl. § 2306 Anm. III E; Lange/Kuchinke, Erbrecht 2. Aufl., § 39 V A 4 Fn 63; Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB 12. Aufl. § 2306 Rn 60; Erman/Schlüter, BGB 8. Aufl. § 2306 Rn 2, 3; Palandt/Edenhofer, BGB 51. Aufl. § 2306 Rn 9. Urteil des RG vom 4. 11. 1911, nur verkürzt abgedruckt in WarnR 1913, Nr. 250, Recht 1911 Nr. 3818, 3819; BGHZ 120, 96, 100.

²³¹ Verfechter der Auffassung, derartige Straf- und Verwirkungsklauseln könnten im Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB nicht wirksam angeordnet werden, waren v.a.: Endemann, Erbrecht 8. Aufl. 2. Hälfte § 159 IV 2a Fn 25; BGB-RGRK/ Johannsen 12. Aufl. § 2306 Rn 15; Soergel/Dieckmann, BGB 12. Aufl. § 2306 Rn 13 Fn 43; Lange/Kuchinke, Erbrecht 3. Aufl. § 39 V A 4 Fn 76; AK-Däubler, BGB § 2306 Rn 19.

²³² BGHZ 120, 96, 99 ff.

²³³ Insbesondere Kanzleiter stellt dabei auf die ratio legis und der Schutzzweck des § 2306 I 1 BGB ab. Er befürwortet die Zulässigkeit für die Fälle, in denen dem Bedachten

ten Konstellationen für sinnvoll²³⁴. Andere Autoren stimmen der Entscheidung des BGH zu²³⁵ und lehnen die Zulässigkeit der Klausel ab²³⁶. Die angeordnete Verwirkungsklausel sei im Anwendungsbereich des § 2306 I 1 BGB ex lege wirkungslos²³⁷. Dem Erben bleibe es aber unbenommen, die Wahlklausel zu akzeptieren und statt der Erbeinsetzung den Pflichtteil iSd schuldrechtlichen Wertanspruches gemäß § 2303, 2306, 2311 BGB zu verlangen²³⁸.

Bezüglich der nach § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. abzuwickelnden Erbfälle vor dem 1.1.2010 bestehen somit erhebliche rechtliche Unsicherheiten im Umgang mit Verwirkungsklauseln. Die leicht überwiegende Auffassung zur alten Rechtslage nimmt einen automatischen Wegfall der Verwirkungsklausel an.

Der BGH hatte in seinem Urteil vom 28.10.1992 die in Frage stehende Klausel einerseits als einfache Verwirkungsklausel, andererseits jedoch als cautela Socini bezeichnet. Zwischen beiden Rechtsinstituten besteht auf den ersten Blick ein gravierender Unterschied. Während die cautela Socini dem Berechtigten eine echte Wahlmöglichkeit zugesteht, ordnet die Verwirkungsklausel den Wegfall der Begünstigung bei Bedingungseintritt an. Die „Wahl“, die der Bedachte im Fall der Verwirkungsklausel hat, besteht allein darin, ob er sich dem Erblasserwillen beugt oder nicht. Die Begriffe sind vom BGH insoweit unscharf verwandt worden. Be-

durch die Klausel das Recht eingeräumt wird, nach seiner Wahl statt der vollständigen Enterbung und Verweis auf den Geldpflichtteil auch den belasteten Erbteil zu akzeptieren/erhalten. Der Bedachte habe in diesem Fall gegenüber dem vollständig Enterbten eine bessere Position (Kanzleiter DNotz 1993, 780).

²³⁴ Lindemann S. 16 unter Berufung auf Oertmann, ZBIFG 15, 359. Bleifuß hält die cautela socini dergestalt mit § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB für vereinbar, dass eine schlichte Enterbung mit einer durch die Akzeptanz der Belastung aufschiebend bedingten Erbeinsetzung verbunden wird (Bleifuß S. 187 ff., S. 292).

²³⁵ Hohloch LM § 2306 Nr. 11.

²³⁶ Brox/Walker, Erbrecht 23. Aufl. § 16 Rn 217; Schubert JR 1993, 368, 369 setzt sich dabei intensiv mit der Entstehungsgeschichte des § 2306 BGB und den Wurzeln der cautela socini im römischen Recht auseinander. Lange/Kuchinke § 37 V 4 b α, S. 880; eine Übersicht mit weiteren Nachweisen und ausführlicher Diskussion findet sich bei Schulte, S. 131 ff.

²³⁷ Müller, Grenzen erbrechtlicher Verwirkungsklauseln S. 90; Hohloch LM § 2306 Nr. 11.

²³⁸ Der mit der Wahlklausel Belastete stehe selbst bei Akzeptanz der Klausel besser als der ohne Klausel Bedachte da, dem bei Ausschlagung lediglich der Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB zustehe (Hohloch LM § 2306 Nr. 11 unter Verweis auf BGH LM § 2326 BGB Nr. 9 = NJW 1973, 995, 996).

trachtet man den vom BGH entschiedenen Sachverhalt genauer, ergibt sich eindeutig, dass es sich hier nicht um eine reine Wahlklausel in Form der cautela Socini im ursprünglichen Sinn handelt. Vielmehr handelte es sich bei der Formulierung „Wenn meine Tochter Johanna mit dem Testament nicht einverstanden ist, hat sie nur Anspruch auf Auszahlung des Pflichtteils“ um eine Verwirkungsklausel.

Die unscharfe Formulierung des BGH ist jedoch unschädlich, da nach Sinn und Zweck des § 2306 BGB a.F. beide Varianten – Verwirkungsklausel oder Wahlklausel – unwirksam sein müssen. Denn die Verwirkungsklauseln mit der zwingenden Folge von Vor- und Nacherbschaft fallen – ebenso wie die „reine“ cautela Socini, die einen Unterfall der Verwirkungsklausel darstellt – unter den Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F..

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass beide Klauselarten nach Sinn und Zweck nicht mit § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zu vereinbaren sind. Dies wird auch durch einen Blick auf die historische Entwicklung des Pflichtteilsrechtes bestätigt.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Einführung des BGB für eine weitgehende Testierfreiheit des Erblassers entschieden. Das deutsche Pflichtteilsrecht basiert im Wesentlichen auf römischrechtlichen Grundsätzen und bietet dem Pflichtteilsberechtigten lediglich einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch in Geld. Die Pflichtteilsberechtigten treten als Gläubiger der Erben(gemeinschaft) in Erscheinung.

Bei den Beratungen zum Entwurf des BGB spiegelt sich das Bemühen wider, dem Pflichtteilsberechtigten zumindest den auf Geld gerichteten Teilhabeanspruch ungeschmälert zukommen zu lassen. Mit den fein aufeinander abgestimmten Regelungen der §§ 2303, 2305, und 2306 BGB soll dem Pflichtteilsberechtigten zumindest die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils ungeschmälert zu kommen. Würde nun dem Erblasser gestattet, auch im Rahmen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. eine Verwirkungsklausel oder eine Wahlklausel (cautela Socini) wirksam anzuordnen, wäre der Schutz des Pflichtteilsberechtigten hinfällig. Der Erblasser könnte hierdurch die Regelung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. aushöhlen. Dass dies unter dem Geltungsbereich der bisherigen Fassung der Vorschrift gerade nicht erwünscht

ist, zeigt sich bereits an den ausführlichen Diskussionen zu dieser Thematik in den Motiven zum Entwurf des BGB. Die vom BGH vertretene Auffassung ist daher folgerichtig.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die automatische Unwirksamkeitsfolge des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.. Die Klausel kann bei einseitiger Anordnung durch den Erblasser in einer letztwilligen Verfügung auch nicht über eine ausdrückliche Annahme durch den Pflichtteilsberechtigten Wirksamkeit erlangen. Dies würde eine Dispositionsbefugnis des Pflichtteilsberechtigten nach Eintritt des Erbfalls über die ex lege eintretende Unwirksamkeitsfolge voraussetzen.

An dieser Stelle ist vor allem auf die Ausführungen Wolffs hinzuweisen, der diese Möglichkeit durchaus bejaht²³⁹ und dem Pflichtteilsberechtigten die Option gewähren will, auch im Rahmen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. angeordnete Belastungen zu akzeptieren. Wolff stützt sich dabei hauptsächlich auf die These, dem Pflichtteilsberechtigten dürfe der Schutz des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. nicht – und schon gar nicht gegen seinen ausdrücklichen Willen – aufgedrängt werden²⁴⁰. Er erörtert dabei mögliche rechtliche Konstruktionen für die einzelnen in § 2306 Abs. 1 BGB a.F. benannten Beschränkungen und Beschwerungen, auf die an dieser Stelle jedoch nicht ausführlich eingegangen werden soll, zumal sich bereits Bleifuß detailliert mit den Argumenten Wolffs auseinandergesetzt hat²⁴¹. Im Ergebnis vertritt Bleifuß entgegen Wolff dabei die Ansicht, an der (fingierten) Unwirksamkeit der von § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. erfassten Beschränkungen und Beschwerungen müsse grundsätzlich unter allen Umständen festgehalten werden²⁴².

Da die Anordnung der cautela Socini bereits ex lege wirkungslos ist, kann sie nach zutreffender Ansicht nachträglich nicht mehr durch den Pflichtteilsberechtig-

²³⁹ Bleifuß S. 149-156 unter Verweis auf Wolff, Martin, Der nicht begehrte Pflichtteil, in: Gruchot, Preußisches Erbrecht 67, 261.

²⁴⁰ Bleifuß S. 149-156 unter Verweis auf Wolff, Martin, Der nicht begehrte Pflichtteil, in: Gruchot, Preußisches Erbrecht 67, 263, 264ff.

²⁴¹ Bleifuß S. 149-156.

²⁴² Bleifuß S. 155 unter Verweis auf Staudinger-Haas § 2306 Rn 45 und RGRK-Johannsen § 2306 Rn 12, die sich wegen des zwingenden Charakters des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB gegen die Zulässigkeit einer cautela socini ausgesprochen haben. Bleifuß hingegen hält eine Konstruktion für möglich, bei der eine „schlichte Enterbung mit einer durch die Akzeptanz der Belastung aufschiebend bedingten Erbeinsetzung verbunden wird“ (Bleifuß S. 187, 292); eine solche Klausel falle nicht unter den Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB.

ten akzeptiert werden. Denn einer unwirksamen, vom Erblasser einseitig angeordneten Klausel kann nicht – auch nicht durch ausdrückliche Zustimmungserklärung – durch den Pflichtteilsberechtigten zur Wirksamkeit verholfen werden. Die Möglichkeit einer Akzeptanz der Klausel ist schon aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen.

Im Ergebnis ist daher die im Rahmen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. durch den Erblasser angeordnete Verwirkungsklausel und auch eine cautela Socini von Gesetzes wegen unwirksam.

c) § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F und Zulässigkeit der Klauseln

Im Rahmen des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ist zu differenzieren zwischen einer Verwirkungsklausel und einer cautela Socini im klassischen Sinn.

Die Verwirkungsklausel im engeren Sinn („wer mein Testament anfecht, soll nur den Pflichtteil erhalten“) löst aufgrund der damit zwingend verbundenen Anordnung von Vor- und Nacherbschaft unproblematisch das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB aus. Der Erblasser kann den Pflichtteilsberechtigten hierdurch also nicht einseitig zwingen, den belasteten Erbteil anzunehmen und auf die Ausschlagung des Erbteils und Geltendmachung des Geldpflichtteils zu verzichten.

Für die „klassische“ cautela Socini ist dies jedoch gesondert zu betrachten.

Die Zulässigkeit einer klassischen cautela Socini wird in diesem Zusammenhang nur vereinzelt diskutiert. Das Gesetz sieht in § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. bereits die Rechtsfolgen einer cautela Socini in modifizierter Form vor, indem der Pflichtteilsberechtigte zwischen dem Geldpflichtteil und der Annahme des belasteten Erbteils wählen kann.

Die ursprüngliche Form der cautela Socini würde nun eine Abweichung von der Rechtslage darstellen, da der Pflichtteilsberechtigte bei Ausschlagung des Erbteils und Verlangen des Pflichtteils einen unbelasteten Erbteil in Höhe seiner Pflichtteilsquote zugewendet erhält. Damit hätte der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch auf Auszahlung des Pflichtteils in Geld, sondern würde jedenfalls als Erbe am Nachlass partizipieren, allerdings nunmehr nur noch in Höhe seiner Pflicht-

teilsquote. Unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. wurde die ursprüngliche cautela Socini als Abweichung zur gesetzlich geregelten modifizierten Form unterschiedlich diskutiert.

Lange führt aus, die Zulässigkeit der cautela Socini im Rahmen des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. sei „umstritten“²⁴³. Sämtliche weitere Ausführungen von ihm beziehen sich jedoch auf die Fallsituation des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. und geben insbesondere keinen Aufschluss darüber, ob er das Abweichen von der gesetzlich normierten modifizierten Fassung der Klausel zugunsten der ursprünglichen Variante für zulässig erachtet.

Mayer differenziert in den Fällen des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. zwischen verschiedenen Gestaltungsvarianten der Klausel. Eine „klassische cautela Socini“, bei welcher der Pflichtteilsberechtigte für den Fall, dass er angeordnete Belastungen nicht akzeptiert, mit einem unbelasteten Erbteil in Höhe der Pflichtteilsquote bedacht wird, soll zulässig sein²⁴⁴. Argument hierfür ist der Schutzzweck des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F., der sicherstellen soll, dass dem Pflichtteilsberechtigten ein unbelasteter Erbteil in Höhe des Pflichtteils zukommen soll und gerade nicht den Anspruch auf Zahlung des Geldpflichtteils schützt. Demgegenüber geht er davon aus, dass eine Verwirkungsklausel in Form einer auflösenden Potestativbedingung („wer mein Testament anfecht, soll nur den Pflichtteil erhalten“) das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. auslöst, da die Klausel zwingend mit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft verbunden ist und somit die Rechtsfolgen der Norm auslöst²⁴⁵.

Dieckmann spricht dem unter auflösender Bedingung eingesetzten Vorerben das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. im Fall des Bedingungseintritts nach Ablauf der Ausschlagungsfrist ab, da ansonsten der Zweck der Vorschrift – Herstellung schneller Rechtssicherheit – umgangen werde²⁴⁶.

Kasper hält es für zulässig, den pflichtteilsberechtigten Erben unter der Bedingung zum Erben einzusetzen, dass er – bei Ausschlagung der Erbschaft und

²⁴³ MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2306 Rn 15.

²⁴⁴ Bamberger/Roth-Mayer § 2306 Rn 19 unter Verweis auf Staudinger/Haas § 2306 Rn 67a und MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2306 Rn 15.

²⁴⁵ Bamberger/Roth-Mayer § 2306 Rn 19.

²⁴⁶ Soergel/Dieckmann § 2306 Rn 17

Pflichtteilsverlangen – in Höhe seiner Pflichtteilsquote als Erbe ohne jede Belastung oder Beschränkung eingesetzt wird²⁴⁷.

Deppenkemper hält eine Klausel für möglich, durch welche dem Pflichtteilsberechtigten ein unbelasteter Erbteil in Höhe seiner Pflichtteilsquote für den Fall zugewandt wird, dass er angeordnete Beschränkungen und Beschwerungen nicht ausdrücklich akzeptiert²⁴⁸.

Nach Haas ist im Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. eine „klassische cautela Socini“ gültig, da durch die Regelung des § 2305 BGB die Erbinsetzung kein Malus gegenüber dem Pflichtteilsanspruch darstellt²⁴⁹.

Bleifuß hält die Klausel für zulässig, wobei er die Zuwendung des unbelasteten Erbteils in Höhe des Pflichtteils bei Geltendmachung des Pflichtteils als Ersatzerbschaft ansieht²⁵⁰. Er wirft jedoch in der Folge die Frage auf – ohne diese abschließend zu beantworten –, ob es endgültig bei dem unbelasteten Erbteil verbleiben soll oder ob Pflichtteilsrestansprüche geltend gemacht werden können²⁵¹.

Skibbe äußert sich zweifelnd zur Zulässigkeit von Verwirkungsklauseln, die eine Verweisung auf den Pflichtteil bei Auflehnung gegen den erblasserischen Willen vorsehen²⁵².

Entgegen der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur ist die Anordnung einer derartigen Klausel im Rahmen des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nicht möglich. Die Klausel kombiniert eine auflösend bedingte und belastete bzw. beschränkte Erbinsetzung mit einer aufschiebend bedingten und unbelasteten/unbeschränkten Erbinsetzung bzw. einer Ersatzerbinsetzung.

Bereits die im ersten Teil der Klausel geregelte auflösend bedingte Erbinsetzung führt zu Vor- und Nacherbschaft und eröffnet daher schon für sich genommen den Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.; isoliert betrachtet ermög-

²⁴⁷ Scherer-Kasper 2. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 35.

²⁴⁸ PWW-Deppenkemper § 2306 Rn 14.

²⁴⁹ Staudinger-Haas § 2306 Rn 67a.

²⁵⁰ Bleifuß S. 230, 233.

²⁵¹ Bleifuß S. 233.

²⁵² Skibbe ZEV 1996, 309.

licht dieser Teil der Klausel dem Pflichtteilsberechtigten die Ausübung der Wahl zwischen dem belasteten Erbteil und dem unbelasteten Geldpflichtteil.

Ob in der Erbeinsetzung auf den unbelasteten Erbteil für den Fall der Ausschlagung des belasteten Erbteils (zweiter Teil der Klausel) eine aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung oder eine Ersatzerbeinsetzung vorliegt, muss zunächst näher betrachtet werden. Bei der aufschiebend bedingten Nacherbeinsetzung erwirbt der Nacherbe mit dem Eintritt des Nacherbfalls die Erbschaft vom Vorerben²⁵³, d.h. er erhält die Erbschaft erst, nachdem sie der Vorerbe besaß²⁵⁴. Demgegenüber wird der Ersatzerbe nur dann Erbe und unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers, wenn der ursprüngliche gewillkürte oder gesetzliche Erbe wegfällt²⁵⁵. Der Ersatzerbe tritt mit Wirkung zum Zeitpunkt des Erbfalls in die Rechtsposition des Erblassers ein, ohne dass der zunächst Bedachte die Erbschaft erhalten hat²⁵⁶.

Ein Wegfallen des ursprünglich Bedachten und damit Ersatzerbschaft soll nach teilweise vertretener Auffassung insbesondere dann vorliegen, wenn eine auflösende Bedingung – wie die Verwirkungsklauseln im engeren Sinn sie darstellen – eintritt²⁵⁷. In der Konsequenz führt die Annahme der Ersatzerbenstellung zu einem Pflichtteilsanspruch des Berechtigten, da der Ersatzerbe als enterbt im Sinne des § 2303 BGB gilt²⁵⁸. Eine Ausschlagung durch den Pflichtteilsberechtigten ist in diesem Fall naturgemäß nicht erforderlich.

Nach anderer Ansicht ist danach zu differenzieren, wann der Verwirkungsfall eintritt, da bei Eintritt der auflösenden Bedingung nach Erhalt der Erbschaft durch den zunächst Bedachten aus konstruktiven Gründen nur eine Nacherbschaft in Betracht kommt²⁵⁹. Leipold stellt darauf ab, bei Eintritt einer auflösenden Bedingung werde die Verfügung „nach dem Willen des Erblassers vom Bedingungseintritt an un-

²⁵³ Leipold, Erbrecht § 19 Rn 666f, 670.

²⁵⁴ Muscheler, Erbrecht II, Kap. 9 § 36 Rn 2451.

²⁵⁵ MünchKomm-Grunsky 4. Aufl. § 2102 Rn 1; Leipold, Erbrecht § 19 Rn 666f.

²⁵⁶ Muscheler, Erbrecht II, Kap. 9 § 36 Rn 2451.

²⁵⁷ Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 10 Rn 38; Scherer-Ritter MAH Erbrecht 2. Aufl. § 8 Rn 55.

²⁵⁸ MünchKomm-Lange 4. Aufl. § 2303 Rn 11; Ebenroth Erbrecht 938; Staudinger/Haas Rn 51.

²⁵⁹ Soergel-Loritz § 2069 Rn 20.

wirksam“²⁶⁰. Hiernach liegt keine Ersatzerbeinsetzung vor, sondern eine Nacherbeinsetzung. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Ersatzerbeinsetzung und Nacherbschaft ist der Zeitpunkt des Eintritts des Zweitbedachten in die Erbenposition. In diesem Fall wäre denklogisch der Zweitbedachte aufschiebend bedingter Nacherbe.

Ob eine aufschiebend bedingte (Nach-) Erbeinsetzung – für sich genommen betrachtet – dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 2 iVm Abs. 1 BGB unterfällt, ist umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, der aufschiebend bedingt Eingesetzte sei „zunächst als von der Erbfolge ausgeschlossen anzusehen“²⁶¹. Nach dieser Ansicht kann der Erbe den vollen Pflichtteil verlangen, ohne ausschlagen zu müssen, da er als enterbt anzusehen ist. Die Gegenauffassung beruft sich auf den Erwerb eines Anwartschaftsrechts bezüglich der Nacherbschaft durch den aufschiebend bedingt als Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten mit dem Erbfall, sowie auf eine Gleichbehandlung der aufschiebenden Bedingung mit einer aufschiebenden Befristung, die dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 2 BGB unterstellt ist²⁶². Nach dieser Auffassung muss der Erbe ausschlagen, um den Pflichtteilsanspruch geltend machen zu können. Bei beiden Ansichten wird davon ausgegangen, dass Vor- und Nacherbe personenverschieden sind.

Für eine Beantwortung der Frage, ob mit dem zweiten Teil der Klausel eine Ersatzerbeinsetzung oder eine aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung vorliegt und ob die Klausel zulässig ist, müssen beide Teile der klassischen cautela Socini zunächst gemeinsam betrachtet werden. Hierbei besteht die Besonderheit, dass der Pflichtteilsberechtigte sowohl Vorerbe als auch Nacherbe bzw. Erstberufener und Ersatzerbe ist. Es ist also sichergestellt, dass der Pflichtteilsberechtigte in jedem Fall die Erbenstellung antreten kann.

Geht man von einer Nacherbeinsetzung aus, verliert der Pflichtteilsberechtigte mit Eintritt des Nacherbfalls, vorliegend mit der Geltendmachung des Pflicht-

²⁶⁰ MünchKomm-Leipold 4. Aufl. § 2069 Rn 16.

²⁶¹ Bamberger/Roth-Mayer § 2306 Rn 26; Lange/Kuchinke § 37 Fn 87; ähnlich Palandt 68. Aufl. § 2306 Rn 8.

²⁶² Groll/Rösler C. VI. Rn 160; MünchKomm/Lange 4. Aufl. § 2306 Rn 9; Staudinger-Haas § 2306 Rn 19ff.; im Ergebnis ähnlich Soergel-Dieckmann § 2306 Rn 6, der zusätzlich danach differenziert, ob eine konstruktive Nacherbschaft vorliegt oder der Erblasser den Nacherben selbst bestimmt hat.

teils, zwar die auflösend bedingte (belastete) Vorerbenstellung, erhält in derselben juristischen Sekunde aber die aufschiebend bedingte (unbelastete) Nacherbenstellung in Höhe seines Pflichtteils. Der Schutzzweck des § 2306 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 S. 2 BGB a.F. zielt darauf ab, den Pflichtteilsberechtigten vor der Belastung mit Vor- und Nacherbschaft zu bewahren, da er im ersten Fall das Erbe bei Bedingungseintritt wieder verliert, im zweiten Fall aber – beim Ausbleiben des Bedingungseintritts bzw. Nacherbfalls – gegebenenfalls nie die Erbenstellung erhalten wird. Bei der Anordnung einer klassischen cautela Socini stellt sich diese Problematik nicht, da Vor- und Nacherbe personenidentisch sind. Man könnte daher argumentieren, der Pflichtteilsberechtigte bedürfe des Schutzes des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nicht, soweit man konstruktiv von der Anordnung von auflösender Bedingung in Kombination mit einer aufschiebenden Bedingung ausgeht. Allerdings würde man mit einer derartigen Ansicht den klaren Gesetzeswortlaut des § 2306 BGB a.F. umgehen, der eindeutig sowohl angeordnete Vor- als auch Nacherbschaften erfasst. Eine derartige teleologische Reduktion lässt sich mit dem zwingenden Charakter des § 2306 BGB nicht vereinbaren. Zudem sprechen Gründe der Rechtssicherheit und auch -klarheit dagegen, eine derartige erblasserische Anordnung aus dem Anwendungsbereich der Norm herauszulösen.

Auch wenn man den zweiten Teil der Klausel als Ersatzerbeneinsetzung ansieht, kann der Erblasser im Ergebnis nicht verhindern, dass der Berechtigte den Pflichtteilsanspruch geltend macht; zwar sind auch in diesem Fall der Erstberufene und der Ersatzberufene personenidentisch, so dass der Pflichtteilsberechtigte auf den ersten Blick betrachtet im wirtschaftlichen Ergebnis nicht als enterbt anzusehen sein könnte. Dem Erblasser steht es zudem frei, bezüglich des Ersatzberufenen anderweitige Anordnungen zu treffen als für den Erstberufenen²⁶³, so dass es möglich ist, dem Erstberufenen einen belasteten, dem Ersatzberufenen jedoch einen unbelasteten Erbteil zukommen zu lassen. Bei dieser dogmatischen Gestaltung muss jedoch berücksichtigt werden, dass der Ersatzerbe als von der Erbschaft ausgeschlossen gilt und § 2306 BGB a.F. keine Anwendung findet²⁶⁴. Der Berechtigte kann

²⁶³ Scherer-Ritter 2. Aufl. MAH Erbrecht § 8 Rn 57.

²⁶⁴ Staudinger-Haas § 2306 Rn 3; Soergel-Dieckmann § 2306 Rn 4; Lange/Kuchinke § 37 V 2.

daher hinsichtlich der Zweiterberufung bereits ohne Ausschlagung den Pflichtteil gemäß § 2303 BGB verlangen.

Der Pflichtteilsberechtigte kann also im Ergebnis unabhängig von der rechtlichen Einordnung des zweiten Klauselteils (unbelastete Zuwendung eines Erbteils in Höhe der Pflichtteilsquote) als aufschiebend bedingte Nacherbeneinsetzung oder als Ersatzerbeneinsetzung den Pflichtteil fordern – mit dem einzigen Unterschied, dass er bei aufschiebend bedingter Nacherbeneinsetzung diese zunächst ausschlagen muss. Bereits aus konstruktiven Gründen kann der Erblasser daher die Geltendmachung des Pflichtteils durch den Berechtigten nicht verhindern und dem Pflichtteilsberechtigten nicht die Erbenstellung in Höhe der Pflichtteilsquote durch eine *cautela Socini* aufzwingen.

Zwar lässt eine Gesamtschau der pflichtteilsrechtlichen Vorschriften es als durchaus möglich erscheinen, dem Pflichtteilsberechtigten eine Erbenstellung in Höhe der Pflichtteilsquote zu oktroyieren. Denn der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung des BGB zwar grundsätzlich für die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts als Anspruch der Pflichtteilsberechtigten auf Zahlung einer der Pflichtteilsquote entsprechenden Geldsumme entschieden. Allerdings hat er dies nicht konsequent umgesetzt, sondern vielmehr durch die Regelungen des § 2305 BGB a.F. und § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zu erkennen gegeben, dass kein unbeschränkter Anspruch auf den vollen Geldpflichtteil besteht. In der Konstellation des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. wird dem Pflichtteilsberechtigten bereits durch das Gesetz die Geltendmachung des vollen Geldpflichtteils versagt. Aufgrund der Regelung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. fallen angeordnete Beschränkungen und Beschwerden weg, der Pflichtteilsberechtigte behält insoweit also die dingliche Erbenstellung und kann lediglich im Rahmen des § 2305 BGB a.F. schuldrechtliche ergänzende Zahlungsansprüche gegenüber den Erben geltend machen. Bereits nach dem Willen des Gesetzgebers hat der Pflichtteilsberechtigte also nicht in jedem Fall Anspruch auf Zahlung eines seiner Pflichtteilsquote entsprechenden Geldbetrages, sondern muss gegebenenfalls die zumindest teilweise Einsetzung als Erbe mit damit verbundener dinglicher Berechtigung am Nachlass hinnehmen.

Allerdings kann dieses Argument nicht über die dogmatische Konstruktion der cautela Socini hinwegtäuschen, die dem Berechtigten jedenfalls die Geltendmachung des Pflichtteils ermöglicht. Die Anordnung einer klassischen cautela Socini ist daher auch im Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nicht möglich. Ungeachtet der Deutung des zweiten Klauselteils als Nacherben- oder Ersatzerben-einsetzung kann der Betroffene den Pflichtteil fordern.

d) Besonderheiten bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen

Zu erwägen ist, ob bezüglich der Verwirkungsklauseln und insbesondere der Fallgestaltung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. die Rechtslage bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen gesondert betrachtet werden muss. Denn der Erblasser hat hier ein besonderes Interesse am Erwerb und der dauerhaften Erhaltung der Erbenstellung des Nachfolgers, da bei Verlust der Erbenstellung und insbesondere bei Vorhandensein einer qualifizierten Nachfolgeklausel gegebenenfalls die geplante Nachfolge scheitern kann.

aa) Urteil des BGH vom 24.6.2009

Hierfür spricht auf den ersten Blick zunächst ein jüngeres Urteil des BGH vom 24.6.2009²⁶⁵. Im Nachlass des Erblassers befand sich unter anderem eine Beteiligung an einer OHG, an der noch weitere Gesellschaften beteiligt waren. Der Erblasser machte in seinem Testament den erbberechtigten Söhnen, sofern sie bei seinem Tode noch nicht persönlich haftende Gesellschafter seien, „ausdrücklich zur Auflage, dies zu werden und zu bleiben (...)“. An späterer Stelle verfügte er, dass dem Erben „jeglicher Erbteil entzogen und er auf den Pflichtteil gesetzt sein“ soll, wenn Ansprüche erhoben werden, die mit seinen letztwilligen Anordnungen im Widerspruch stehen oder wenn der Erbe sonst seinen letztwilligen Anordnungen zuwiderhandelt. Der BGH entschied, dass es zulässig ist, eine Verwirkungsklausel dergestalt mit einer Auflage zu verknüpfen, dass die Nichterfüllung der Auflage den Eintritt der mit der Klausel verbundenen auflösenden Bedingung bedeuten kann²⁶⁶.

²⁶⁵ BGH NZG 2009, 1145-1149

²⁶⁶ BGH NZG 2009, 1145-1149, amtlicher Leitsatz:

Im entschiedenen Fall handelte es sich bei den mit der Verwirkungsklausel belegten Söhnen des Erblassers um pflichtteilsberechtigte Personen, so dass das Urteil im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse ist. Allerdings erging das Urteil noch unter dem Geltungsbereich der Rechtslage für Erbfälle bis zum 31.12.2009. Das Urteil enthält keine Hinweise darauf, in welchem Verhältnis der vererbte Unternehmensanteil zum Gesamtvermögen stand, ob den Pflichtteilsberechtigten also ein kleinerer bzw. gleich großer oder größerer Erbteil als der Pflichtteil hinterlassen worden war. Eine Auseinandersetzung mit der Problematik des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. erfolgte im Urteil nicht; das Gericht stellte vielmehr darauf ab, nach Auslegung der testamentarischen Verwirkungsklausel habe bereits kein Bedingungseintritt stattgefunden. Ausdrücklich hat der entscheidende Senat darauf hingewiesen, dass aus diesem Grund keine zusätzliche Auseinandersetzung mit der Wirksamkeit der Verwirkungsklausel vonnöten sei²⁶⁷. Das Urteil bietet daher keinen Anknüpfungspunkt, von einer Sonderbehandlung der Verwirkungsklausel im Fall der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen auszugehen.

bb) Literaturansichten

Es stellt sich jedoch die Frage, ob bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen gleichwohl die (einseitige) Aufnahme von Verwirkungsklauseln möglich ist. Denn in der Literatur wird beispielsweise von Schumann – jedoch ohne nähere Begründung – die Ansicht vertreten, § 2306 BGB sei bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen generell unanwendbar, so dass auch Verwirkungsklauseln im Be-

-
1. Ein auflösende Bedingung, nach der ein Verhalten des Bedachten – von der die Zuwendung abhängen soll – in einem Angriff oder Zuwiderhandeln gegen „letztwillige Anordnungen“ des Erblassers besteht, kann so mit einer Auflage verknüpft werden, dass die Verwirkungsklausel durch diese Auflage ihren speziellen Gehalt bekommt (hier: persönlich haftender Gesellschafter im vererbten Unternehmen zu sein).
 2. Es bedarf in der Regel der Testamentsauslegung, um in objektiver und subjektiver Sicht zu ermitteln, wann nach dem Erblasserwillen ein sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten gegeben sein soll.

²⁶⁷ Wörtlich führt der IV. Senat aus: „Daneben bedurfte es auch zur Wirksamkeit der Verwirkungsklausel, die die Revision mit Blick auf die Bestimmungen des § 723 III BGB, § 133 III HGB in Zweifel ziehen will, keiner weiteren Erörterungen“, BGH NZG 2009, 1149.

reich der Gesellschaftsnachfolge nicht den Wegfallvoraussetzungen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. unterlägen²⁶⁸.

Ähnliches könnte zunächst beim Lesen der Kommentierung des Münchner Kommentars zu dieser Frage geschlussfolgert werden, der in Hinblick auf ein Urteil des OLG Hamm²⁶⁹ offenbar davon ausgeht, ein Pflichtteilsberechtigter werde nicht automatisch von der Beschränkung frei, da § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB bei der Vererbung eines Personengesellschaftsanteils nicht anwendbar sei²⁷⁰. Lange äußert an diesem Ergebnis jedoch Zweifel und möchte dem Betroffenen die Rechtsfolgen des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB eröffnen.

Dieser Argumentation kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

Zum einen ist § 2306 BGB a.F. nicht gänzlich unanwendbar, sofern die Vererbung von Gesellschaftsanteilen im Wege der Sondererbfolge betroffen ist. Vielmehr ist der sachliche Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. nicht eröffnet, da die Sondererbfolge durch eine außerhalb des Erbrechts liegende gesellschaftsvertragliche Regelung bewirkt wird²⁷¹. Die Nichtanwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. auf die Sondererbfolge beruht auf gesellschaftsrechtlichen Gründen und ist durch eine exakte Auslegung des Schutzzwecks der Norm gerechtfertigt. Dies führt allerdings nicht zu einer generellen Unanwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.. Dessen Rechtsfolgen entfallen lediglich bezüglich der Sondererbfolge, nicht aber bezüglich darüber hinausgehender Beschränkungen oder Beschränkungen.

Die Auffassung, nach welcher § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen gänzlich unanwendbar ist, beruft sich zumeist auf den

²⁶⁸ Berliner Kommentare-Schumann § 2278 Rn 79, 80. Er hält im Übrigen die erbvertragsmäßige Anordnung einer „qualifizierten Klausel“ für zulässig, nach der die Wahl zwischen der Annahme des belasteten Erbes und einem Pflichtteilsanspruch durch eine auflösend bedingte mittelbare Erbeinsetzungsklausel nach § 2075 BGB in das freie Belieben des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings gestellt wird, ohne dass diese Potestativbedingung an einen Zeitpunkt oder ein schuldhaftes Handeln geknüpft ist.

²⁶⁹ FamRZ 1992, 113.

²⁷⁰ MünchKomm-Lange 4. Aufl., § 2306 Rn 13.

²⁷¹ Siehe hierzu bereits oben B. § 3 IV.

Beschluss des OLG Hamm vom 17.1.1991²⁷². Das OLG hatte in diesem entschieden, § 2306 Abs.1 S. 1 BGB a.F. sei in Bezug auf eine letztwillige Verfügung, durch die ein Erblasser einzelne von mehreren Miterben zur Nachfolge in seinen Anteil an einer Personengesellschaft beruft, nicht anwendbar²⁷³. Liest man die Begründung hierzu ausführlich, wird offenkundig, dass das OLG dem Trugschluss unterlegen ist, das Entfallen der letztwillig angeordneten Teilungsanordnung des Erblassers führe zu einem Wegfall der Sondererbfolge, was gesellschaftsrechtlich nicht zulässig sei. Das OLG hat dabei verkannt, dass bei einem Entfallen der letztwillig verfügten Teilungsanordnung die Sondererbfolge aufgrund der gesellschaftsrechtlichen (einfachen) Nachfolgeklausel bestehen bleibt²⁷⁴. Wie bereits ausgeführt, ist es aus gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht erforderlich, den Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. einzuschränken, soweit die Sondererbfolge an sich bestehen bleibt. Ordnet der Erblasser also Beschränkungen und Beschwerungen im Sinne des § 2306 Abs.1 S. 1 BGB a.F. an, sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der Pflichtteilsberechtigte der Schutzmechanismen des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. beraubt werden sollte, solange es nur bei der Sondererbfolge verbleibt. Diese ist aber bereits durch die sachliche Unanwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. auf die einfache²⁷⁵ und die qualifizierte²⁷⁶ Nachfolgeklausel gesichert. Aus gesellschaftsrechtlichen Gründen muss allein der Eintritt der Erbengemeinschaft in die werbende Gesellschaft verhindert werden. Zu weitergehenden Einschränkungen des in § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. verankerten Pflichtteilsschut-

²⁷² OLG Hamm FamRZ 1992, 113 ff.

²⁷³ OLG Hamm FamRZ 1992, 115.

²⁷⁴ Siehe hierzu bereits oben B. § 3 II. 1. a).

²⁷⁵ Die einfache Nachfolgeklausel stellt dabei keine Beschränkung im Sinne des § 2306 Abs.1 S. 1 BGB dar, da der einzelne Miterbe in Höhe seiner Erbquote in die Gesellschaft eintritt und der Pflichtteilsberechtigte daher keine Nachteile erleidet. Zwar wird auch die einfache Nachfolgeklausel als Teilungsanordnung angesehen. Nach herrschender Ansicht fallen aber nur belastende Teilungsanordnungen unter den Anwendungsbereich des § 2306 Abs.1 S. 1 BGB (an Stelle vieler etwa Beck OK-Mayer § 2306 Rn 14).

²⁷⁶ Die als dinglich wirkende Teilungsanordnung eingestufte Sondererbfolge beruht auf der gesellschaftsvertragliche vereinbarten qualifizierten Nachfolgeklausel und nicht auf einer letztwilligen Verfügung des Erblassers. § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB ist daher nicht einschlägig (so etwa auch Beck OK-Mayer § 2306 Rn 15).

zes bestehen keine Gründe²⁷⁷. Das Vorhandensein einer Personengesellschaft führt daher lediglich zu einer partiellen Unanwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. auf die Sondererbfolge.

cc) Regelungslücke und gesetzgeberischer Hintergrund

Zu erwägen ist zwar ergänzend, ob dieses Ergebnis in Hinblick auf die jüngere Gesetzgebungstätigkeit differenziert zu betrachten ist. Denn insbesondere im Zuge der Handelsrechtsreform sowie bei den Gesetzesentwürfen zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge²⁷⁸ ist ein klarer Trend zu erkennen, den Fortbestand der Personengesellschaften und Familienunternehmen auch beim Generationen- und Gesellschaftswechsler zu fördern²⁷⁹. Die Unternehmenskontinuität soll geschützt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob dieser Aspekt bei der Redaktion des BGB und insbesondere der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts Berücksichtigung gefunden hat, oder ob hier vielmehr eine gesetzliche Regelungslücke bezüglich der Vererbung von Gesellschaftsanteilen vorliegt, die eine vom allgemeinen Ergebnis abweichende Auslegung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zulässt.

Gegen das Vorliegen einer gesetzlichen Regelungslücke spricht jedoch die Möglichkeit der Konkretisierung gesetzlicher Regelungen durch Richterrecht. Dabei existiert mit dem vielzitierten Urteil des BGH²⁸⁰ zur Frage der Zulässigkeit von Wahl- und Verwirkungsklauseln höchstrichterliche Rechtsprechung. Zudem behandelt das Urteil des BGH gerade die Vererbung eines Unternehmens, nämlich einer Apotheke, so dass vom Vorliegen einer klassischen Regelungslücke nicht ausgegangen werden kann. Auch aus dem aktuelleren Urteil des BGH²⁸¹ ergibt sich kein Ansatzpunkt, die Aufnahme von Verwirkungsklauseln in der letztwilligen Verfügung des Erblassers, der auch einen Gesellschaftsanteil vererbt, zu privilegieren.

Eine Regelungslücke wäre nur dann anzunehmen, wenn die Personengesellschaften aus bedeutsamen Gründen eine andere Behandlung erfahren müssten als

²⁷⁷ So offenbar auch Reimann FamRZ 1992, 115, 117.

²⁷⁸ Vgl. zu letzterem die Ausführungen von Bäuml, ZEV 2006, 528f. (auch zur Entwicklung bei qualifizierten Nachfolgeklauseln).

²⁷⁹ Diese Bestrebung ist v.a. im Zuge der Handelsrechtsreform von 1998 zu erkennen. Auch die aktuellen Diskussionen im Zusammenhang mit der Erbschaftssteuerreform sind von dem Bemühen geprägt, die Fortführung von Unternehmen beim Generationenwechsel zu erleichtern.

²⁸⁰ BGHZ 120, 96ff.

²⁸¹ BGH NZG 2009, 1145-1149.

die Vererbung anderer Vermögensgegenstände des Erblassers und der Gesetzgeber diese Besonderheiten bei der Gesetzgebung nicht berücksichtigt hätte.

Anhand der Materialien zum Gesetzesentwurf zeigt sich jedoch, dass den Vätern des BGB die mit dem Pflichtteilsrecht einhergehende Problematik vor allem bei der Vererbung von bäuerlichen Gütern, mittelständischen Handels- und Handwerksbetrieben durchaus bewusst gewesen ist²⁸². Bei den ersten Beratungen über die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechtes und den Ausgleich zwischen der Testierfreiheit des Erblassers einerseits und dem Anspruch der nächsten Verwandten auf Teilhabe am Nachlass andererseits verwiesen die Gegner des Pflichtteilsrechts auf das Erfordernis unbeschränkter Testierfreiheit zur Erhaltung eines gesunden Handwerker- und Bauernstandes²⁸³. In der Folge setzte sich jedoch die Mehrheit für eine Einführung des Pflichtteilsrechtes ein.

Der von dem Abgeordneten Graf Mirbach in den abschließenden Beratungen nochmals eingebrachte Vorschlag, zumindest land- und forstwirtschaftliche Grundstücke vollständig von den pflichtteilsrechtlichen Regelungen zu lösen und somit den Erhalt der Güter zu sichern und die Zersplitterung aufgrund pflichtteilsrechtlicher Ausgleichsansprüche zu verhindern, wurde ohne nähere Begründung vom Reichstag abgelehnt²⁸⁴.

Von einer Regelungslücke kann daher nicht ausgegangen werden. Auch die neueren Bestrebungen des Gesetzgebers, den Mittelstand und damit vor allem die in Form einer Personengesellschaft geführten Unternehmen auch beim Generationenwechsel zu stärken, ändert hieran nichts. Aus diesem Grund ist auch weiterhin von der Anwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. auf Verwirkungsklauseln bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen auszugehen. Insbesondere bestehen keine gesellschaftsrechtlichen Zwänge, eine Verwirkungsklausel aus dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. herauszulösen. Im Gegenteil kann die Anwendung dieser Vorschrift im Bereich der Unternehmensnachfolge gesellschaftsrechtlich gerade wünschenswert sein. Denn die Verwirkungsklausel führt zu Vor- und Nacherbschaft, so dass der Nachfolger bei unterstellter Wirksamkeit der Klausel gewissen Beschränkungen bei seinen Handlungen unterliegt. Entfällt die

²⁸² Mertens S. 85, S. 87 ff.

²⁸³ Mertens S. 81.

²⁸⁴ Mertens S. 88.

Verwirkungsklausel und damit die zwingend verbundene Vor- und Nacherbschaft, wird der Nachfolger unmittelbar Vollerbe. Dies führt zu einer unbeschränkten Handlungsbefugnis des Nachfolgers, die aus gesellschaftsrechtlicher Sicht und auch im Hinblick auf die Teilnahme am Rechtsverkehr durchaus wünschenswert sein kann. Die Anwendbarkeit des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bezüglich einer Verwirkungsklausel wäre aus gesellschaftsrechtlicher Sicht daher klar zu befürworten.

e) Zwischenergebnis

Unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. ist eine einseitige Anordnung einer Verwirkungsklausel oder cautela Socini durch den Erblasser wegen des zwingenden Charakters der Vorschrift nicht möglich²⁸⁵. Es besteht kein Anlass, aus gesellschaftsrechtlichen Gründen von diesem Ergebnis abzuweichen²⁸⁶.

2. Neue Rechtslage: § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

Wegen der Vereinheitlichung des Tatbestands des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. findet eine Unterscheidung der Rechtsfolgen aufgrund der Größe des zugewendeten Erbteils nicht mehr statt. Der Erbe wird nach der Neuregelung des § 2306 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur durch die Ausschlagung (unter Beibehaltung des Pflichtteils) von den Beschwerden frei²⁸⁷, d.h. Tatbestands- und Rechtsfolgenseite der bisher unterschiedlichen Fallvarianten sind zu einer einheitlichen Regelung zusammengefasst worden. Der Hauptanwendungsfall der cautela Socini war bereits durch § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. – jedoch wegen des rein schuldrechtlichen Geldpflichtteils im BGB in modifizierter Form – gesetzlich geregelt worden²⁸⁸. Das hieraus resultierende Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten besteht nunmehr unabhängig von der Größe des dem Berechtigten zugewandten Erbteils.

Trotz der Neufassung des § 2306 Abs.1 BGB ist die Problematik der cautela Socini nicht obsolet geworden. Allerdings stellt sich die Diskussion nun aus einem neuen Blickwinkel und mit neuen Fragestellungen dar.

²⁸⁵ Einzelheiten zur Argumentation siehe oben B. § 4 IV. 1. b) und c).

²⁸⁶ Ausführlich hierzu siehe soeben B. § 4 IV. 1. d).

²⁸⁷ Regierungsentwurf BT-Drs. 16/8954.

²⁸⁸ Lindemann S. 16.

Probleme entstehen im vorliegenden Zusammenhang vor allem im Falle der Ausübung der Wahl des Pflichtteils durch den Berechtigten. Dann kommt das eigentlich gerade unerwünschte Ergebnis des Nichteintritts des Nachfolgers und damit Gefährdung des Unternehmensbestandes wegen des im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsanspruchs auftretenden Liquiditätsbedarfs der Gesellschaft zum Tragen²⁸⁹. Es wird daher die Frage aufgeworfen, in welchem Umfang Verwirkungsklauseln und auch Anordnungen einer cautela Socini zulässig sind. Weiter stellt sich die Frage, wie der Nachfolger dazu gebracht werden kann, die Erbschaft nicht auszuschlagen, sondern die Nachfolge tatsächlich anzutreten.

Der – verständliche – Wunsch des Erblassers, den pflichtteilsberechtigten Erben zu einer Annahme des belasteten Erbteils zu zwingen, könnte dabei am zwingenden Charakter des § 2306 BGB scheitern.

Weiter bekommt die cautela Socini in ihrer ursprünglichen Form neue Bedeutung, d.h. die (ersatzweise) Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Erbe in Höhe seines Pflichtteils, sofern er den belasteten Erbteil ausschlägt. Der Erblasser könnte hierdurch den Eintritt eines Erben in die Gesellschaft erwirken, um den Betrieb in Familienhand zu halten. Die Erbenstellung ist nach den meisten gesellschaftsvertraglichen Klauseln Voraussetzung für einen Eintritt des Nachfolgers. Wird der belastete Erbe für den Fall der Ausschlagung und des Pflichtteilsverlangens erneut, nun aber unbelastet, als Erbe eingesetzt, kann die Nachfolge unter Umständen gesichert werden.

In der einschlägigen Literatur wird dabei sowohl die Reform des § 2306 Abs. 1 BGB im Allgemeinen unterschiedlich diskutiert als auch die Diskussion über die Zulässigkeit der Klausel in ihren verschiedenen Fallgestaltungen fortgeführt.

a) Verfassungsrechtliche Aspekte und Intention des Gesetzgebers

Als Hintergrund der Neugestaltung der Vorschrift sind zunächst verfassungsrechtliche Aspekte und die Intention des Gesetzgebers näher zu beleuchten.

²⁸⁹ Crezelius führt hierzu aus, dass es gerade bei unternehmerischen Vermögen problematisch werden kann, wenn der Pflichtteilsberechtigte vor dem Hintergrund des § 2306 Abs. 1 S. 2 ausschlägt, da dem unternehmerischen Vermögen dadurch eventuell benötigte Liquidität entzogen wird (Crezelius § 2 Rn 90).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner wegweisenden Entscheidung vom 19.4.2005 klargestellt, dass lediglich das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge unter den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG fällt. Nicht gesondert genannt wird das Pflichtteilsrecht der Eltern sowie das des überlebenden Ehegatten. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen auf die Familiensolidarität und die familienschützende Funktion des Pflichtteilsrechtes gestützt²⁹⁰. Weiter hat das Bundesverfassungsgericht die garantierte Mindestteilhabe in dem derzeit als Geldanspruch ausgestalteten Pflichtteilsrecht als verfassungsrechtlich unbedenklich anerkannt. Bezüglich der konkreten einfachrechtlichen Ausgestaltung der Einzelheiten des Pflichtteilsrechts hat das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber jedoch einen weiten Gestaltungsspielraum zugebilligt²⁹¹.

Eine völlige Abschaffung des Pflichtteilsrechtes würde zwar zu einer unbeschränkten Testierfreiheit des Erblassers und damit gerade im Bereich der Unternehmensnachfolge zur Vermeidung pflichtteilsrechtlich begründeter Liquidationsprobleme führen. Allerdings ist nach der Entscheidung des BVerfG zumindest das Pflichtteilsrecht der Kinder grundsätzlich unantastbar.

Der Gesetzgeber hat von seiner Gestaltungsbefugnis nur zurückhaltend Gebrauch gemacht und insbesondere an der Konstruktion des Geldpflichtteils festgehalten. Gleichwohl führt die Gesetzesänderung bezüglich des hier im Mittelpunkt stehenden § 2306 BGB für alle Pflichtteilsberechtigten zu einschneidenden Änderungen. Dies vor allem in den Fällen, in denen dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen wurde, der kleiner oder gleich groß wie der Pflichtteil ist. In diesen Fällen wurde der Pflichtteilsberechtigte bislang geschützt, indem die angeordneten Beschränkungen und Beschwerungen von Gesetzes wegen unwirksam waren. Zudem wurde der hinterlassene Erbteil mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruch bis zur Höhe des Pflichtteils aufgestockt. Nach den Wertungen des Gesetzgebers sollte damit dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil als Erbteil in voller

²⁹⁰ BVerfGE 112, 332, 355.

²⁹¹ BVerfGE 112, 332, 355. Dieser Gestaltungsspielraum umfasst auch die Befugnis des Gesetzgebers, das Pflichtteilsrecht als echtes Erbrecht auszugestalten, vgl. hierzu Pfeiffer, Stellungnahme S. 3.

hinterlassener Höhe, gegebenenfalls ergänzt um den Pflichtteilsergänzungsanspruch, unbelastet zur Verfügung stehen.

Das neue Recht differenziert nun nicht mehr danach, ob der hinterlassene Erbteil kleiner bzw. gleich oder größer als der Pflichtteil ist. Der Pflichtteilsberechtigte wird in allen Fällen gleich gestellt und muss, um seinen ungeschmälernten Pflichtteil (in Geld) zu erhalten, die Erbschaft ausschlagen. Der belastete bzw. beschränkt Bedachte muss nunmehr, um seinen vollen Pflichtteil zu erhalten, die Erbschaft ausschlagen und geht damit der Erbenstellung verlustig. Sein Pflichtteilsanspruch ist ausschließlich schuldrechtlicher Art und auf Auszahlung des Pflichtteils gegenüber den Erben gerichtet. Nun kann man die Auffassung vertreten, diese Folge sei in Hinblick auf die erhebliche Erleichterung im Umgang mit § 2306 BGB und die damit verbundene erhöhte Rechtssicherheit hinzunehmen. Gleichwohl darf nicht außer Acht gelassen werden, dass hierdurch die bisherige Funktion des § 2306 BGB vollständig umgekehrt werden. Zudem ist auch § 2305 BGB dahingehend ergänzt worden, dass bei der Berechnung des Pflichtteils die in § 2306 BGB benannten Beschränkungen und Beschwerungen außer Acht bleiben sollen. Dies führt dazu, dass im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruches die Beschränkungen und Beschwerungen nicht ausgeglichen werden²⁹², d.h. der Pflichtteilsberechtigte erhält in den Fällen des bisherigen Abs. 1 S. 1 nach neuer Rechtslage im Ergebnis weniger als bisher.

Betrachtet man die gewandelten Wertvorstellungen und das gewandelte Rechtsempfinden in der Gesellschaft, mag die geplante Neuregelung manche überzeugen. An der Begründung zum Regierungsentwurf zeigt sich, dass der Gesetzgeber der Praktikabilität und der Rechtssicherheit den Vorrang vor dem Recht auf ungeschmälernte Mindestteilhabe in Form der Erbenstellung am Nachlass gegeben hat²⁹³. Auch die Stellungnahmen diverser Institutionen und der Gutachterkommission des Rechtsausschusses begrüßen die Gesetzesänderung mehrheitlich; allerdings gibt es auch kritische Stimmen.

²⁹² Vgl. hierzu die Begründung zum Regierungsentwurf, S. 41 ff.

²⁹³ Vgl. hierzu die Begründung zum Regierungsentwurf, S. 44.

b) Literaturansichten zu § 2306 BGB n.F.

Bereits während der Gesetzgebungsphase wurde über die Entwurfsfassung des § 2306 Abs. 1 BGB (im Folgenden § 2306 Abs. 1 BGB –E) eine lebhafte Diskussion geführt. Die Ausgestaltung des § 2306 Abs. 1 BGB-E ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens unverändert geblieben, so dass die verschiedenen Stellungnahmen auf die aktuell geltende Rechtslage übertragen werden können.

Muscheler sah die Schwierigkeiten bei der Bewertung des erhaltenen Erbteils und das Risiko der Fehleinschätzung als bestehen bleibende Probleme an, der Erbe gehe „aber nicht leer aus“²⁹⁴. Für die Sicherung der durch den Pflichtteil garantierten Mindestbeteiligung am Nachlass hielt er die unbeschränkte Beteiligung als Erbe nicht für notwendig, den unbelasteten (Geld-) Pflichtteil vielmehr für ausreichend²⁹⁵.

Otte sah mit der geplanten Reform jahrzehntelang bestehende Missstände aufgegriffen²⁹⁶. Allerdings hielt er die geplante Änderung des § 2306 BGB nicht für geeignet, sämtliche praktische Schwierigkeiten zu beseitigen. Im Mittelpunkt seiner Kritik stand die kurze Ausschlagungsfrist, die nach wie vor sechs Wochen beträgt. Bedenken äußerte er insbesondere in Hinblick auf die Schwierigkeiten in der Praxis, die wirtschaftlichen Auswirkungen von angeordneten Beschränkungen und Beschwerden zu ermitteln, diese – auch in finanzieller Hinsicht – mit der pflichtteilsrechtlichen Nachlassbeteiligung zu vergleichen und eine Entscheidung zu treffen.²⁹⁷ Er schlug daher vor, die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB auf mindestens drei Monate zu verlängern²⁹⁸.

Auch Mayer bemängelte in seiner Stellungnahme die nach der Reform weiterhin geltende kurze Ausschlagungsfrist von 6 Wochen. Er regte an, dem Nachlassgericht die Möglichkeit zu eröffnen, die Ausschlagungsfrist zu verlängern²⁹⁹.

Keim äußerte sich ebenfalls kritisch in Hinblick auf die fortbestehende Problematik, die Folgen der Ausschlagung innerhalb der kurzen sechswöchigen Aus-

²⁹⁴ Muscheler ZEV 2008, 107.

²⁹⁵ Muscheler ZEV 2008, 107 unter Verweis auf Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch des Pflichtteilsrechts, § 2 Rn 41.

²⁹⁶ Otte, Stellungnahme S. 3.

²⁹⁷ Otte, Stellungnahme S. 3.

²⁹⁸ Otte, Stellungnahme S. 3.

²⁹⁹ Mayer, Stellungnahme S. 3.

schlagungsfrist des § 1944 BGB abschätzen zu müssen³⁰⁰. Entgegen der beabsichtigten Erleichterung im Umgang mit § 2306 Abs. 1 BGB befürchtet er die Zunahme von Anfechtungen der Annahmeerklärung bzw. die Versäumung der Ausschlagungsfrist (§ 1956 BGB) in der Praxis, da die Ausschlagung nunmehr unabhängig von der Größe des zugewandten Erbteils erfolgen und somit jeder mit Beschränkungen und Beschwerden belastete Pflichtteilsberechtigte eine entsprechende Entscheidung treffen muss³⁰¹.

Litzenburger und Rawert begrüßten die geplante Änderung des § 2306 BGB, da diese in die richtige Richtung gehe und für die erbrechtliche Praxis eine „große Erleichterung“ bedeute³⁰².

Der Deutsche Notarverein stellte – allerdings ohne nähere Erläuterungen – die größere Rechts- und Gestaltungssicherheit in den Vordergrund und begrüßte daher die durch § 2306 BGB-E vorgesehenen Änderungen³⁰³.

Der Deutsche Richterbund befürwortete den Änderungsvorschlag bezüglich § 2306 Abs. 1 BGB. Hauptargument war die Minderung des Bewertungsrisikos für den Pflichtteilsberechtigten³⁰⁴. Zwar sah der Richterbund nach wie vor die Gefahr von Fehleinschätzungen, allerdings „gehe der Erbe dann aber nicht völlig leer aus“³⁰⁵.

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) äußerte sich ausführlicher zur geplanten Änderung. Ansatzpunkt war zunächst die Feststellung, dass der Pflichtteilsberechtigte, der auf weniger als seinen Pflichtteil eingesetzt sei, schlechter als bisher gestellt werde, da er nun nicht mehr die Erbenstellung unter Wegfall aller Beschränkungen und Beschwerden behalte³⁰⁶. Diese Verschlechterung sah die

³⁰⁰ Keim ZEV 2008, 163.

³⁰¹ Keim ZEV 2008, 163. Der BGH hatte mit Beschluss vom 5.7.2006 – Az. IV ZB 39/05 (=NJW 2006, 3353-3356 (Leitsatz und Gründe) entschieden, die irrige Vorstellung des unter Beschwerden als Alleinerbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren, rechtfertige die Anfechtung einer auf dieser Vorstellung beruhenden Annahme der Erbschaft. Der BGH hat mit dieser Entscheidung die Situation des Pflichtteilsberechtigten, der sich über die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2306 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 1 S. 2 BGB geirrt hat, abgemildert.

³⁰² Litzenburger Stellungnahme S. 1 und Rawert, Stellungnahme S. 1.

³⁰³ Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 31.8.2007 S. 33.

³⁰⁴ Stellungnahme des Deutschen Richterbunds, S. 6.

³⁰⁵ Stellungnahme des Deutschen Richterbunds, S. 6.

³⁰⁶ Stellungnahme der BRAK S. 14.

BRAK jedoch als „hinnehmbar“ zugunsten einer „praktikablen und risikoarmen vereinfachten Regelung“ und in Hinblick auf den regelmäßig hierauf gerichteten unterstellten Erblasserwillen an³⁰⁷. Bedenken äußert die BRAK, da der Pflichtteilsberechtigte, der auf einen seinen Pflichtteil nicht erreichenden unbeschränkten Erbteil eingesetzt sei, dieses neue Wahlrecht nicht zugesprochen bekomme, sondern nur den Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB geltend machen könne. Diese Ungleichbehandlung sah die BRAK jedoch als sachlich gerechtfertigt an, da die wertmäßige Bestimmung der Beschränkungen und Beschwerungen im Sinne des § 2306 BGB nicht mit ausreichender Bestimmtheit erfolgen kann und das „Instrument des Zusatzpflichtteils insoweit versage“³⁰⁸.

Auch Klinger und Mörtel sahen es als Nachteil an, dass Beschränkungen und Beschwerungen nicht mehr von Gesetzes wegen entfallen, sondern der Pflichtteilsberechtigte vielmehr aktiv werden muss³⁰⁹.

Der Deutsche Anwaltverein befürchtete „fortbestehende Wertungswidersprüche, Dispositionsrisiken und das Auftreten von Kettenausschlagungen“ bei Einführung eines allgemeinen Ausschlagungsrechts im Rahmen des § 2306 BGB³¹⁰.

c) Eigene Stellungnahme zu § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

Die Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB hat den bisherigen Bruch im Pflichtteilsrecht beseitigt. Das deutsche Recht hatte in der bisherigen Fassung den Geldpflichtteil nicht konsequent umgesetzt, sondern dem Pflichtteilsberechtigten im Falle des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. die Erbenstellung gesichert. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dies jedoch nicht notwendig. Nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts genügt das Pflichtteilsrecht in der konkreten Ausprägung, die es in § 2303 Abs. 1 BGB erfahren hat, den verfassungsrechtlichen Anforderungen³¹¹. Der Schutz des als Geldanspruchs ausgestalteten Pflichtteils ist nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts völlig ausreichend, um die Rechte der nächsten Angehörigen auf Teilhabe am Nachlass zu sichern.

³⁰⁷ Stellungnahme der BRAK S. 14.

³⁰⁸ Stellungnahme der BRAK S. 15.

³⁰⁹ Klinger/Mörtel in NJW-Spezial 2009, 503.

³¹⁰ Stellungnahme Nr. 40/07 des Deutschen Anwaltvereins, S. 8 ff.

³¹¹ BVerfGE 112, 332, 355.

Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Begründung in erheblichem Maße – auch wenn gerade dieser Umstand in der Literatur als veraltet angegriffen wurde³¹² – bezüglich des Pflichtteils der Abkömmlinge zu Recht auf die Wurzeln des Pflichtteilsrechtes, die Absichten des historischen Gesetzgebers und das traditionelle Gesellschaftsbewusstsein ab.

d) Diskussionsstand zur Zulässigkeit der Klauseln

Bezüglich der Frage der Vereinbarkeit von Verwirkungsklauseln und der cautela Socini mit § 2306 Abs. 1 BGB n.F. ergibt sich in der aktuellen Literatur kein einheitliches Bild. Soweit ersichtlich, ist die Rechtsprechung unter dem Geltungsbereich der neuen Rechtslage bislang noch nicht mit einschlägigen Fällen befasst gewesen; jedenfalls sind keine entsprechenden Entscheidungen veröffentlicht.

Es stellt sich daher zum einen die Frage, ob die Anordnung von Verwirkungsklauseln das Wahlrecht des Berechtigten auslöst und ob der Erblasser zum anderen durch eine klassische cautela Socini Anordnungen treffen kann, die eine von § 2306 Abs. 1 BGB n.F. abweichende Rechtsfolge bestimmen. Hiermit könnte er die für die gesellschaftsrechtliche Nachfolge notwendige Erbenstellung sicherstellen.

aa) Verwirkungsklauseln

Fraglich ist, ob die Anordnung einer Verwirkungsklausel das Wahlrecht des Berechtigten gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F. auslöst. Diese Frage wird – soweit ersichtlich – in der einschlägigen Literatur nur vereinzelt angesprochen.

Beck hält eine Verwirkungsklausel auch nach der Reform des § 2306 BGB nicht für zulässig³¹³. Hauptargument ist die Notwendigkeit der Ausschlagung durch den Pflichtteilsberechtigten innerhalb der kurzen Frist, sofern er den Pflichtteil verlangen will. Ohne dass er dies gesondert ausführt, müsste nach dieser Auffassung bei Vorhandensein einer entsprechenden Klausel das Wahlrecht nach § 2306 Abs. 1 BGB n.F. bestehen.

³¹² Vgl. etwa Mayer FamRZ 2005, 1441 f.; Kleensang S. 277 f.

³¹³ Nomoskommentar BGB-Beck § 2074 Rn 27.

Nach Leipold ist eine Klausel unwirksam, sofern sie „die Voraussetzungen, unter denen der Pflichtteil verlangt werden kann, anders bestimmt als das Gesetz“³¹⁴.

Nach § 2306 Abs. 1 BGB n.F. kann der Pflichtteil verlangt werden, wenn der Berechtigte die Erbschaft ausschlägt. Die Verwirkungsklausel erweitert den Anwendungsbereich, indem der Berechtigte bei Zuwiderhandlungen gegen den letzten Willen des Erblassers enterbt wird und (nur noch) den Pflichtteil verlangen kann. Nach dieser Argumentation ist eine Verwirkungsklausel im engeren Sinn also ebenfalls unzulässig.

Im Übrigen beschäftigt sich die jüngere Literatur vorrangig mit der Frage der Zulässigkeit einer klassischen cautela Socini³¹⁵.

bb) Cautela Socini

Auch unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. wird über die Zulässigkeit der socinischen Klausel diskutiert. In der neueren Literatur wird dabei die cautela Socini begrifflich eingeschränkt und regelmäßig nur noch auf Klauseln angewandt, die der klassischen Ausgestaltung nach Socinus entsprechen. Die Zulässigkeit der Klausel wird von einigen Autoren bejaht, von anderen jedoch kritisch betrachtet.

Nach Leipold kollidiert die Anordnung einer modifizierten socinischen Klausel nicht mehr mit pflichtteilsrechtlichen Regelungen, da der Berechtigte den Pflichtteil gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F. ohnehin nur bei Ausschlagung des belasteten Erbteils erhält. Er hält die Anordnung einer modifizierten Klausel für „überflüssig“³¹⁶; Klauseln, welche die Voraussetzungen, unter denen der Pflichtteil verlangt werden kann, abweichend von der Gesetzeslage bestimmen, sollen hingegen unwirksam sein³¹⁷. Ohne dass er dies konkret benennt, dürfte eine klassische cautela Socini nach dieser Auffassung unwirksam sein, da sie im Ergebnis dazu führt, dass der Berechtigte im Fall der Ausschlagung und des Pflichtteilsverlangens erneut als Erbe eingesetzt wird, diesmal in Höhe seiner Pflichtteilsquote und

³¹⁴ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 43.

³¹⁵ An Stelle vieler etwa Palandt-Weidlich 70. Aufl. § 2306 Rn 8.

³¹⁶ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 43.

³¹⁷ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 43.

Erbe eingesetzt wird, diesmal in Höhe seiner Pflichtteilsquote und unbelastet. Dem Berechtigten wird also faktisch die Wahl für den Geldpflichtteil versagt.

Mayer charakterisiert die *cautela Socini* als Klausel, nach der dem Berechtigten für den Fall der Ausschlagung eines belasteten Erbteils nochmals ein unbelasteter Erbteil – allerdings nur noch in Höhe des Pflichtteils – zugewandt wird³¹⁸. Er steht dieser Klausel mit großen Vorbehalten gegenüber³¹⁹, da die durch die Klausel bewirkte Rechtsfolge von der gesetzlichen Rechtslage abweicht. Bei dem gesetzlichen Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. kann sich der Erbe für den Geldpflichtteil entscheiden. Bei der *cautela Socini* in ihrem ursprünglichen Sinn kann sich der Erbe dagegen nur zwischen dem belasteten Erbteil und dem unbelasteten Erbteil in Höhe der Pflichtteilsquote entscheiden, partizipiert also in jedem Fall an einer Erbengemeinschaft und hat keinen Anspruch auf Auszahlung des Geldpflichtteils. Mayer rät wegen dieser von ihm für nachteilig eingeschätzten Rechtsfolge von dem Einsatz einer derartigen Klausel ab und beruft sich darauf, dass der Gesetzgeber mit der Abschaffung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. den faktisch bestehenden Schutz des unbelasteten Erbteils in Höhe des Pflichtteils zugunsten des Geldpflichtteils aufgegeben habe³²⁰.

Karsten bezweifelt die Zulässigkeit der Klausel³²¹. Sie beruft sich auf die Intention des Gesetzgebers, dem Pflichtteilsberechtigten jedenfalls die Wahl für den Geldpflichtteil zu ermöglichen. Aus der Streichung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. könne geschlossen werden, dass der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten die Wahl für den Geldpflichtteil nicht durch letztwillige Verfügung nehmen können soll. An anderer Stelle sprechen sich Karsten und Baumann wohl eher für die Zulässigkeit der Klausel aus, raten aber aus Gründen der Rechtssicherheit zur Ausgestaltung der Klausel „als bedingtes Vermächtnis (Verwirkungsfall)“³²².

Lange sieht die Anordnung einer klassischen *cautela Socini* nach der Reform als grundsätzlich unbedenklich an, da der Erhalt des dinglichen Erbteils gegenüber dem auf Geld gerichteten Pflichtteilsanspruch keinen Nachteil bedeutet³²³.

³¹⁸ Mayer ZEV 2010, 3.

³¹⁹ Mayer ZEV 2010, 3.

³²⁰ Mayer ZEV 2010, 4.

³²¹ Karsten, RNotZ 2010, 361.

³²² Baumann/Karsten, RNotZ 2010, 97.

³²³ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 29.

Keim äußert zwar Bedenken, da dem Pflichtteilsberechtigten bei der klassischen cautela Socini die Entscheidung für den Geldpflichtteil verwehrt und ihm stattdessen der dingliche Erbteil aufgezwungen wird³²⁴. Unter Berufung auf den Schutzzweck des § 2305 Abs. 1 BGB, der eine Zuwendung eines Erbteils in Höhe des Pflichtteils zulässt, spricht er sich dennoch für eine Zulässigkeit der Klausel aus³²⁵.

Lindner hält unter Berufung auf die bereits zu § 2306 Abs.1 S. 2 BGB a.F. vertretene Ansichten die „klassische cautela Socini“ für zulässig, bei welcher dem Pflichtteilsberechtigten ein unbelasteter Erbteil in Höhe des Pflichtteils zugewandt wird, sofern er die Belastungen auf dem ursprünglich zugewiesenen Erbteil nicht übernehmen will³²⁶. Auch Lindner argumentiert mit § 2305 BGB, der dem Erblasser die Möglichkeit eröffnet, „die gesetzlich vorgegebene Mindestbeteiligung durch Zuwendung eines der Pflichtteilsquote entsprechenden Erbteils zu gewährleisten“³²⁷.

Hausmann/Hohloch halten es nur dann für zulässig, dass der Erblasser von § 2306 Abs. 1 BGB n.F. abweichende „Belastungen“ anordnet, sofern Pflichtteilsentziehungsgründe vorliegen oder der Pflichtteilsberechtigte auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat³²⁸.

Weidlich weist auf die Befürworter der klassischen cautela Socini hin, ohne aber selbst zur Zulässigkeit der Klausel Stellung zu beziehen³²⁹.

e) Eigene Stellungnahme

Die Entscheidung der Frage, ob die Klauseln nach neuem Recht zulässig sind, hängt zum Einen von der konkreten Ausgestaltung der Klausel ab, zum Anderen von der Wertung, ob der unbelastete Erbteil in Höhe des Pflichtteils ein Malus gegenüber dem Geldpflichtteil darstellt.

³²⁴ Keim NJW 2008, 2075.

³²⁵ Keim NJW 2008, 2075.

³²⁶ Herzog/Lindner F. III. Rn 296.

³²⁷ Herzog/Lindner F. III. Rn 296.

³²⁸ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 4 Rn 99.

³²⁹ Palandt-Weidlich 70. Aufl. § 2306 Rn 8.

aa) Verwirkungsklausel

Zunächst fällt die Ausgestaltung der Klausel als Verwirkungsklausel ins Auge, bei welcher der Erblasser anordnet, dass derjenige Erbe, der sich gegen seine letztwilligen Verfügungen richtet, nichts bzw. nur den Pflichtteil erhalten soll. Die Rechtsprechung und Literatur haben sich für die bisherige Rechtslage – soweit ersichtlich – nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Anordnung einer Verwirkungsklausel das Wahlrecht des § 2306 Abs.1 S. 2 BGB a.F. auslöst.

Die Reform des Erbrechts hat an der Einordnung der Verwirkungsklausel als auflösende Potestativbedingung mit der zwingenden Folge von Vor- und Nacherbschaft jedoch nichts geändert. Auch wenn sich in der aktuellen Literatur kaum Aussagen hierzu finden, ist davon auszugehen, dass die Verwirkungsklauseln aufgrund dieser Rechtsfolgen dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. unterfallen und damit das Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten auslösen³³⁰. Nach wie vor fällt eine Verwirkungsklausel im engeren Sinn („wer mein Testament anfertigt, soll nur den Pflichtteil erhalten“) aus konstruktiven und inhaltlichen Gründen in den Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB und eröffnet dem Berechtigten die Wahlmöglichkeit. Der Erblasser kann den Pflichtteilsberechtigten durch einseitige Anordnung der Klausel also nicht dazu zwingen, den belasteten Erbteil anzunehmen. Dem Erben steht in diesem Fall das Recht zu, den Erbteil wegen der angeordneten Verwirkungsklausel auszuschlagen und stattdessen den unbelasteten Geldpflichtteil zu wählen³³¹.

Dem Unternehmer wird somit zwar weitgehend freie Hand für die Aufnahme von Verwirkungsklauseln gelassen. Diese sind unter dem Anwendungsbereich des neuen § 2306 Abs. 1 BGB grundsätzlich zulässig, eröffnen dem Pflichtteilsberechtigten aufgrund ihrer Konstruktion aber die Ausübung des Wahlrechts. Für den Unternehmer stellt sich damit das Problem, dass der Erbe, der mit der Verwirkungsklausel belegt ist, nun in allen Fällen – unabhängig von der Größe des zugewende-

³³⁰ Siehe die entsprechenden Ausführungen oben B. § 4 IV. 1. c) zur Zulässigkeit der Verwirkungsklauseln unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F., der inhaltsgleich mit § 2306 Abs. 1 BGB n.F. ist.

³³¹ Nach Stahl müssen daher bei der Einsetzung von Pflichtteilsberechtigten unter Anordnung von Bedingungen wegen § 2306 Abs. 1 BGB n.F. Ersatzanordnungen für den Fall der Ausschlagung des Erbteils getroffen werden (Scherer-Stahl MAH Erbrecht 3. Aufl. § 15 Rn 44).

ten Erbteils – die Erbschaft ausschlagen und den ungeschmälernten Geld-Pflichtteil verlangen kann. Dies kann äußerst unerwünschte Auswirkungen für den Bestand und die Fortführung der Gesellschaft haben. Enthält beispielsweise der Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Nachfolgeklausel und verliert der als Nachfolger Vorgesehene seine Erbenstellung durch die Ausschlagung und Geltendmachung des Pflichtteils, scheitert die Nachfolge³³².

Aus diesem Grund schließt sich die Überlegung an, ob der Erblasser durch die Anordnung einer klassischen socinischen Klausel die Erbenstellung des vorgesehenen Nachfolgers sicherstellen kann.

bb) Cautela Socini

Die in der Literatur diskutierte Anordnung des Erblassers, mit welcher der Pflichtteilsberechtigte als Erbe mit Beschränkungen und Beschwerungen eingesetzt wird und gleichzeitig bestimmt wird, dass er im Fall des Pflichtteilsverlangens erneut als Erbe eingesetzt wird, diesmal allerdings in Höhe seines Pflichtteils und ohne Belastungen, entspricht der cautela Socini im klassischen Sinn.

Bezüglich der konstruktiven Ausgestaltung der Klausel als Kombination aus auflösend bedingter (Vor-) Erbschaft und aufschiebend bedingter (Nach-) Erbschaft kann zunächst auf die obigen Ausführungen bezüglich der Rechtslage unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. verwiesen werden³³³.

Näher zu untersuchen ist jedoch die Frage, ob der Erblasser aufgrund der Neufassung des § 2306 BGB und des mit der Änderung einhergehenden geänderten Schutzzumfangs der Mindestteilhabe die Möglichkeit haben soll, dem Pflichtteilsberechtigten durch die Klausel einen unbelasteten Erbteil aufzuzwingen. Denn entgegen der bisherigen Rechtslage hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 2306 Abs.1 BGB auf den Erhalt des dinglichen Erbteils verzichtet, soweit der Pflichtteilsberechtigte zu einem kleineren als oder gleich großen Erbteil wie der Pflichtteil eingesetzt ist. Der Gesetzgeber hat mit der Reform den – systemwidrigen – Schutz

³³² Die Nachfolgeklausel kann hier zwar unter Umständen in eine Fortsetzungsklausel umgedeutet werden, so dass die Gesellschaft nicht in ihrem Bestand gefährdet ist. Allerdings scheiden die nicht nachfolgeberechtigten weiteren Erben hiermit aus der Gesellschaft aus und haben unter Umständen nur (nachteilige) Abfindungsansprüche gegenüber der Gesellschaft.

³³³ Vgl. bereits oben B. § 4 IV. 1. c).

der dinglichen Erbenstellung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. aufgegeben und damit den Geldpflichtteil konsequenter umgesetzt als bislang. Dies spricht für einen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten in Form des schuldrechtlichen Zahlungsanspruchs und gegen die Möglichkeit des Erblassers, dem Berechtigten abweichend von der Rechtsfolge des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. den Pflichtteil in Form eines unbelasteten Erbteils aufzuzwingen. Andererseits ist aber die Regelung des § 2305 BGB n.F. zu berücksichtigen, die es dem Erblasser nach wie vor ermöglicht, dem Pflichtteilsberechtigten zumindest Teile der gesetzlichen Mindestteilhabe als dingliche Erbenstellung zukommen zu lassen. Von § 2305 BGB n.F. werden insbesondere Konstellationen erfasst, in denen der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten einen unbelasteten Erbteil hinterlassen hat, der aber hinter dem Pflichtteil zurückbleibt. In diesen Fällen kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend machen, d.h. die Mindestteilhabe besteht in diesem Fall aus einer Kombination zwischen dinglicher Berechtigung am Nachlass aufgrund des zugewiesenen Erbteils und ergänzendem schuldrechtlichem Zahlungsanspruch bis zur Höhe des Pflichtteils. Wenn es aber dem Erblasser möglich ist, dem Berechtigten den Pflichtteil zumindest teilweise in Form einer unbelasteten Erbeinsetzung zukommen zu lassen, muss dies erst recht gelten, wenn der zugewandte unbelastete Erbteil dem Pflichtteil entspricht.

Trotz dieser Wertung ist jedoch die dogmatische Konstruktion der Klausel auch nach der Neufassung des § 2306 BGB gleich geblieben und eröffnet dem Berechtigten die Möglichkeit der Ausschlagung und Pflichtteilsverlangen. Die Aufgabe des Schutzes der dinglichen Erbenstellung über § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zeigt deutlich das Bestreben des Gesetzgebers, den Geldpflichtteil konsequent umzusetzen. Die Anordnung einer cautela Socini löst daher auch unter dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. das Wahlrecht aus, so dass dem Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser kein unbelasteter Erbteil in Höhe der Pflichtteilsquote anstelle des schuldrechtlichen Zahlungsanspruchs des Pflichtteilsberechtigten aufgezwungen werden kann.

cc) Weitere Gestaltungsmöglichkeiten

Hieran anschließend stellt sich die Frage, ob der Erblasser durch die Schaffung bestimmter Anreize den Pflichtteilsberechtigten indirekt „zwingen“ bzw. besondere Anreize schaffen kann, den belasteten Erbteil anzunehmen und den Pflichtteil nicht geltend zu machen. Denkbar ist es insbesondere, dem Berechtigten eine Zuwendung zukommen zu lassen, die den Pflichtteil übersteigt oder auch nur einen ideellen Wert hat und gleichzeitig eine Anordnung zu treffen, dass diese – den Pflichtteil übersteigende – Zuwendung bei einem Pflichtteilsverlangen wieder entfallen soll. Ist dem Erblasser bekannt, dass der Pflichtteilsberechtigte ein ganz erhebliches Interesse an der „zusätzlichen“ Zuwendung hat, könnte er hierdurch Druck auf den Pflichtteilsberechtigten ausüben bzw. die Annahme des belasteten Erbteils so attraktiv gestalten, dass der Berechtigte von einer Ausschlagung und Pflichtteilsverlangen absieht.

Soweit eine derartige Anordnung mit einer Erbeinsetzung – gegebenenfalls in Kombination mit einer Teilungsanordnung – verbunden ist, stellt sie als auflösende Bedingung mit zwingender Folge von Vor- und Nacherbschaft immer zugleich eine Belastung bzw. Beschränkung des Erbteils dar, die das Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2306 Abs.1 BGB n.F. eröffnet. Die Neuregelung der Vorschrift unterscheidet nicht mehr danach, in welchem Größenverhältnis der zugewendete Erbteil zum Pflichtteil des Berechtigten steht. Maßgeblich ist nur, dass der Pflichtteilsberechtigte als Erbe eingesetzt ist und Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 Abs. 1 BGB n.F. abschließend aufgezählten Art vorhanden sind, wobei auch geringfügige Belastungen und Beschwerungen die Ausübung des Wahlrechts ermöglichen³³⁴.

Möglich erscheint es aber, die Annahme des belasteten Erbteils attraktiver zu machen, indem der Pflichtteilsberechtigte zusätzlich zu dem (belasteten) Erbteil ein Vermächtnis zugewiesen bekommt, das entfällt, sofern er den belasteten Erbteil ausschlägt und den Geldpflichtteil fordert³³⁵. Aufgrund der Ausgestaltung einer

³³⁴ MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 6.

³³⁵ Ähnlich Herzog/Lindner F. III. Rn 298, die sich für die Anordnung eines Pflichtteilsvermächtnisses in Höhe der Differenz zwischen dem Erbteil und dem Pflichtteilsanspruch aussprechen.

derartigen Zuwendung als Vermächtnis ist eine solche Anordnung im Zusammenhang mit § 2307 BGB zu betrachten. Die Prüfung der Zulässigkeit einer solchen Anordnung wird daher im Rahmen des § 2307 BGB erörtert werden³³⁶.

f) Besonderheiten bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen

Bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen treten unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. BGB n.F. keine von der bisherigen Rechtslage des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. abweichenden Rechtsfolgen auf. Insbesondere führt die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung einer Nachfolgeklausel nicht zu einem Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten im Sinne des § 2306 Abs. 1 BGB n.F., da es sich bei dieser nicht um eine letztwillige Anordnung des Erblassers handelt³³⁷. Bezüglich der Anordnung einer Verwirkungsklausel bzw. einer cautela Socini im geschilderten Sinn³³⁸ besteht aus gesellschaftsrechtlicher Sicht kein Anlass, von den allgemeinen Ergebnissen abzuweichen.

g) Fortbestehende Bedeutung der Quoten- oder Werttheorie

Eine Ermittlung der Größe des Erbteils anhand der Quoten- oder Werttheorie – wie er bislang stattgefunden hat³³⁹ – wird unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. von einem Teil der Literatur nicht mehr für erforderlich gehalten, da durch das einheitliche Wahlrecht die Rechtsfolgen gleich seien³⁴⁰. Einige Autoren sehen demgegenüber nach wie vor Schwierigkeiten bei der Bewertung des hinterlassenen Erbteils, da die Ausübung des Wahlrechts des Erben entscheidend davon abhängt, wie viel dem pflichtteilsberechtigten Erben wirtschaftlich im Ergebnis verbleibt³⁴¹.

³³⁶ Siehe hierzu sogleich B. § 4 IV. 3.

³³⁷ Siehe bereits oben B. § 4 IV. 1. d).

³³⁸ Siehe hierzu oben B. § 4 I. 2.

³³⁹ Siehe hierzu oben B. § 4 IV. 1. a).

³⁴⁰ Palandt-Edenhofer 69. Aufl., § 2306 Rn 1; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2306 Rn 5; Lindner ErbR 12/2008, 374; ebenso wohl auch Hk-BGB/Hoeren § 2306 Rn 3.

³⁴¹ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes S. 6; Muscheler ZEV 2008, 107; Lange DNotZ 2009, 735; Mayer ZEV 2010, 3; Otte äußert Bedenken insbesondere im Zusammenhang mit der kurzen Ausschlagungsfrist, die zu kurz sei, um die „finanzielle Tragweite von Beschränkungen und Beschwerden des zugewandten Erbteils zu ermitteln“ (Otte, Stellungnahme S. 3).

Richtig ist zwar, dass auf der Tatbestandsebene des § 2306 Abs.1 BGB n.F. eine Anwendung der Quotentheorie nicht mehr erforderlich sein wird, da keine unterschiedlichen Fallvarianten – abhängig von der Größe des zugewendeten Erbteils – mehr bestehen. Eine Subsumtion des jeweiligen Sachverhaltes unter verschiedene Tatbestandsvarianten ist nunmehr entbehrlich.

Zutreffend ist aber die letztgenannte Auffassung, die nach wie vor erhebliche Probleme bei der Bewertung des Erbteils sieht. Denn der Pflichtteilsberechtigte muss trotz der Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB mit dessen einheitlicher Rechtsfolge unabhängig von der Größe des zugewiesenen Erbteils eruieren, ob es für ihn lohnenswerter ist, den belasteten Erbteil anzunehmen oder den unbelasteten Geldpflichtteil zu verlangen. Die Quoten- und Werttheorie werden daher zukünftig für die Beurteilung der unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 2306 BGB von Bedeutung sein.

An der Bewertung und Berechnung des Pflichtteils innerhalb der (zu) kurz bemessenen Ausschlagungsfrist, die auch weiterhin bestehen bleibt, wird sich daher auch zukünftig keine große Änderung ergeben. Die Vorteile einer Verlängerung der Ausschlagungsfrist sind zwar auf den ersten Blick kritisch zu betrachten. Denn der Nachfolger erhält den Gesellschaftsanteil mit dem Erbfall im Rahmen der Sondererfolge sofort und unmittelbar. Gerade im Bereich des Gesellschaftsrechtes mit dem sofortigen Eintritt des nachfolgenden Erben in die Stellung des Erblassers mit allen Rechten und Pflichten und insbesondere der Teilnahme am Rechtverkehr nach außen ist es aus Gründen der Rechtssicherheit zwingend erforderlich, möglichst schnell klare Verhältnisse zu schaffen. Eine Verlängerung der Ausschlagungsfrist würde der Rechtssicherheit zuwiderlaufen.

Für den Pflichtteilsberechtigten bestehen jedoch zum Teil ganz erhebliche praktische Probleme bei der Bewertung seines Erbteils und damit hinsichtlich der Frage, ob er ausschlagen soll oder nicht. Diese sind insbesondere dann besonders gravierend, wenn es um die Bewertung eines Gesellschaftsanteils geht. Diese ist innerhalb der bestehenden Sechs-Wochen-Frist nahezu nicht leistbar.

Einer maßvollen Erweiterung der Ausschlagungsfrist, die den Pflichtteilsberechtigten zumindest in die Lage versetzt, gründlich den Nachlass zu prüfen, stünden daher keine erheblichen Bedenken entgegen. Einer generellen Verlängerung

der Ausschlagungsfrist ist daher zuzustimmen. Ein Zeitraum von 6 Monaten sollte aber in Hinblick auf den Schutz des Rechtsverkehrs und die Rechtssicherheit nicht überschritten werden.

h) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass im Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. sowohl eine Verwirkungsklausel als auch eine klassische cautela Socini ex lege unwirksam sind³⁴². Unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. sowie des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. löst eine klassische cautela Socini, die von den Rechtsfolgen des Gesetzes abweicht, das Wahlrecht des Berechtigten aus³⁴³.

3. Verwirkungsklauseln und § 2307 BGB

Die Zulässigkeit einer Verwirkungsklausel im Rahmen des § 2307 BGB ist strittig.

Nach Leipold besteht für den Erblasser keine Möglichkeit, über eine derartige auflösende Bedingung im Bereich des § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB den Pflichtteilsberechtigten bei Annahme des Vermächtnisses dazu zu bewegen, den Pflichtteilsrestanspruch, der in der Differenz zwischen dem Wert des Vermächtnisses und dem Pflichtteil besteht, nicht geltend zu machen; eine entsprechende Klausel sieht er als unwirksam an³⁴⁴.

Haas hält eine „der cautela Socini angenäherte Verwirkungsklausel“³⁴⁵ für zulässig. Er definiert diese als auflösende Bedingung, bei welcher der Pflichtteilsberechtigte das zugewendete Vermächtnis wieder verliert, wenn er den Pflichtteilsrestanspruch geltend macht. Unter Hinweis auf die Möglichkeit des Betroffenen, trotz der Klausel den vollen Geldpflichtteil bei Ausschlagung des Vermächtnisses zu fordern, spricht er sich für eine derartige Klausel aus³⁴⁶.

³⁴² Siehe oben B. § 4 IV. 1. b)

³⁴³ Siehe oben B. § 4 IV. 1. c) und B. § 4 IV. 2. e) bb).

³⁴⁴ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 2074 Rn 44.

³⁴⁵ Staudinger-Haas § 2307 Rn 22.

³⁴⁶ Staudinger-Haas § 2307 Rn 22.

Loritz lehnt eine Verwirkungsklausel im Rahmen des § 2307 BGB unter Berufung auf den zwingenden Charakter der Vorschrift und des in ihr geregelten Wahlrechts ab³⁴⁷.

Erkennbar gehen diese Autoren jedoch von einer Konstellation aus, bei welcher dem Pflichtteilsberechtigten das Vermächtnis anstelle des Pflichtteils zugewendet wird, der Erblasser dem Berechtigten also den Geldpflichtteil zu entziehen und durch das Vermächtnis zu ersetzen versucht. Der Erblasser könnte durch derartige Verfügungen also das gesetzliche Pflichtteilsrecht aushebeln.

Wird dem Berechtigten das Vermächtnis zusätzlich zu bzw. neben dem Pflichtteil zugewendet, ist § 2307 BGB nach herrschender Auffassung nicht anwendbar, da der Berechtigte die Pflichtteilszuwendung in diesen Fällen auch ohne Ausschlagung des Vermächtnisses erhält³⁴⁸. Im vorliegenden Zusammenhang wird der Erblasser jedoch eine Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Erbe bevorzugen und es nicht bei einer Verweisung auf den Pflichtteil oder der Zuwendung eines Vermächtnisses anstelle des Pflichtteils belassen. Denn in der Regel kann nur auf diesem Weg die Nachfolge bezüglich des Gesellschaftsanteils bewirkt werden, da die gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklauseln meist die Erbenstellung des Nachfolgers erfordern³⁴⁹. Die Zuwendung des Pflichtteils mit dem damit verbundenen rein schuldrechtlichen Zahlungsanspruch gegenüber dem bzw. den Erben oder des Gesellschaftsanteils per Vermächtnis scheiden daher regelmäßig aus. Praktisch interessant ist daher die Frage, ob der Erblasser für den als Gesellschaftsnachfolger vorgesehenen Pflichtteilsberechtigten die Annahme eines belasteten Erbteils attraktiver gestalten kann, indem er ihm neben dem belasteten Erbteil ein Vermächtnis zukommen lässt, das bei Ausschlagung des Erbteils und Pflichtteilsverlangens im Sinne des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. entfällt.

Wird dem Pflichtteilsberechtigten nicht nur ein belasteter Erbteil, sondern auch ein Vermächtnis zugewendet, sind die §§ 2306 und 2307 BGB kombiniert anzu-

³⁴⁷ Soergel-Loritz § 2075 Rn 17.

³⁴⁸ Burandt/Rojahn-Müller § 2307 Rn 6; Bamberger/Roth-Mayer § 2307 Rn 2; Soergel-Dieckmann § 2307 Rn 3; BeckOK BGB-Mayer § 2307 Rn 2; Staudinger-Haas § 2307 Rn 9.

³⁴⁹ Vgl. zu den Klauseln oben B. § 2 III. 2.

wenden³⁵⁰. Unter den Anwendungsbereich des § 2307 BGB fallen dabei nach durchgängiger Auffassung auch durch eine auflösende Bedingung belastete Vermächtnisse³⁵¹. Die Größe des belasteten Erbteils ist nach der Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB unerheblich. Unabhängig davon, ob dieser kleiner, gleich groß oder größer als der Pflichtteil ist, kann der Pflichtteilsberechtigte bei Vorliegen von Beschränkungen und Beschwerungen den Erbteil ausschlagen und stattdessen den Pflichtteil fordern. Entscheidet er sich für diese Variante, wird ihm das Vermächtnis, sofern er dieses angenommen hat, auf den Pflichtteilsanspruch angerechnet³⁵². Den vollen Pflichtteilsanspruch kann er regelmäßig nur dann geltend machen, wenn er sowohl den belasteten Erbteil als auch das Vermächtnis ausschlägt³⁵³.

Fraglich ist nun, ob der Erblasser die Ausschlagung durch den Pflichtteilsberechtigten verhindern kann, indem er das neben dem belasteten Erbteil zugewendete Vermächtnis unter die auflösende Bedingung des Pflichtteilsverlangens stellt und die Ausschlagung hierdurch für den Berechtigten unattraktiv macht, da das Vermächtnis für diesen im Idealfall von besonderer – nicht notwendig finanzieller – Bedeutung ist.

Groll/Rösler halten eine Anordnung des Erblassers für zulässig, mit welcher dieser die Zuwendung des Vermächtnisses unter die auflösende Bedingung stellt, dass „das Vermächtnis bei Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen ersatzlos entfällt“³⁵⁴.

Im Übrigen sind der einschlägigen Literatur zu der hier interessierenden Frage keine Anhaltspunkte zu entnehmen, so dass die Problematik einer eingehenderen Untersuchung bedarf.

³⁵⁰ Burandt/Rojahn-Müller § 2306 Rn 53, § 2307 Rn 36; Muscheler, Erbrecht II, Kap. 13 § 45 Rn 3032; Nomoskommentar BGB-Handkommentar/Hoeren § 2307 Rn 8.

³⁵¹ Nomoskommentar-BGB/Bock § 2307 Rn 5; PWW-Deppenkemper § 2307 Rn 2; jurisPK-BGB/Birkenheier § 2307 Rn 3; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2307 Rn 7; Scherer/Thoma 3. Aufl. MAH Erbrecht § 29 Rn 60; Staudinger/Haas § 2307 Rn 5f., Rn 20; kritisch Bestelmeyer Rpfleger 2007, 1, 10, 11.

³⁵² Palandt-Weidlich 70. Aufl. § 2307 Rn 5; Muscheler Erbrecht II, Kap. 13 § 45 Rn 3032; Burandt/Rojahn-Müller § 2307 Rn 43.

³⁵³ Muscheler, Erbrecht II, Kap. 13 § 45 Rn 3032; MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2307 Rn 17; Nomoskommentar BGB-Bock § 2307 Rn 18.

³⁵⁴ Groll/Rösler C VI Rn 172.

Ausgangspunkt ist zunächst die Feststellung, dass ein Vermächtnis unter eine auflösende Bedingung gestellt werden kann³⁵⁵ und die Zuwendung eines Vermächtnisses unter auflösender Bedingung von § 2307 BGB erfasst wird. Zudem muss bei Anwendung des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. nicht mehr danach unterschieden werden, wie groß der zugewendete Erbteil ist.

Bei konsequenter Anwendung der §§ 2306 und 2307 BGB in der hier im Mittelpunkt stehenden Fallgestaltung hat der Pflichtteilsberechtigte die Möglichkeit, den belasteten Erbteil auszuschlagen und stattdessen den Pflichtteil zu verlangen. Auf den Pflichtteil ist gemäß § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich das zugewendete Vermächtnis anzurechnen, sofern dieses nicht ausgeschlagen wurde. Vorliegend erfüllt der Betroffene mit dem Pflichtteilsverlangen jedoch gleichzeitig die auflösende Bedingung, unter der das Vermächtnis steht, so dass er zwar den Pflichtteil erhält, des Vermächtnisses aber verlustig geht. Der Eintritt der Bedingung wird dabei denklogisch regelmäßig erst nach dem Erbfall eintreten, da erst dann eine Ausschlagung des Erbteils und damit der Eintritt der Bedingung möglich ist. Je nach letztwilliger Verfügung können entweder der Beschwerte oder ein benannter Nachvermächtnisnehmer das Vermächtnis herausverlangen³⁵⁶. Das Vermächtnis ist in diesem Fall nicht auf den Pflichtteil anzurechnen, da es mit Bedingungseintritt entfallen ist. Der Pflichtteilsberechtigte kann hier also durch die Ausschlagung des belasteten Erbteils den vollen Pflichtteil erlangen, ohne gesondert das Vermächtnis ausschlagen zu müssen. Diese Rechtsfolge besteht nach der Reform des § 2306 Abs.1 BGB unabhängig von der Größe des zugewendeten Erbteils.

Dieses Ergebnis lässt sich problemlos mit der Zielsetzung der §§ 2306, 2307 BGB in Einklang bringen. Dem Pflichtteilsberechtigten soll durch diese Vorschriften der Pflichtteil als Mindestteilhabe gewährleistet und der Pflichtteilsberechtigte sowohl vor Beschränkungen und Beschränkungen als auch vor der Verweisung auf einen reinen Vermächtnisanspruch geschützt werden. Bei der geschilderten Fallgestaltung sind diese Voraussetzungen durchgängig erfüllt.

³⁵⁵ MünchKomm-Schlichting 5. Aufl. § 2177 Rn 6, 7. BeckOK BGB- Müller-Christmann Ed. 20 § 2177 Rn 4.

³⁵⁶ BeckOK BGB- Müller-Christmann § 2177 Rn 4; MünchKomm-Schlichting 5. Aufl. § 2177 Rn 6. Tritt die auflösende Bedingung bereits vor dem Erbfall ein, wird das Vermächtnis „hinfällig“ (BeckOK BGB- Müller-Christmann § 2177 Rn 4).

V. Zwischenergebnis

Der Erblasser kann Pflichtteilsberechtigten nicht durch eine einseitig angeordnete Verwirkungsklausel oder cautela Socini dazu zwingen, einen belasteten Erbteil anzunehmen³⁵⁷. Beide Klauselgestaltungen sind mit dem zwingenden Charakter des § 2306 BGB nicht zu vereinbaren und lösen die in der Vorschrift bezeichneten Rechte des Pflichtteilsberechtigten aus. Der Pflichtteilsberechtigten kann bei Vorhandensein von Beschränkungen und Beschwerungen den belasteten Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil geltend machen.

Es besteht aber die Möglichkeit, die Annahme des belasteten Erbteils für den Pflichtteilsberechtigten attraktiver zu machen, indem der Erblasser ihm neben dem Erbteil ein Vermächtnis zukommen lässt und eine auflösende Bedingung anordnet, wonach dieses bei Ausschlagung des Erbteils und Geltendmachung des Pflichtteils entfällt³⁵⁸. Das Vermächtnis muss dabei nicht notwendig einen finanziellen Wert besitzen, sondern kann gegebenenfalls auch nur aus ideellen Gründen für den Bedachten von Interesse sein.

§ 5 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Problematisch sind nach den obigen Ausführungen allein die Fälle, in denen der Erblasser seine Verfügungen und insbesondere eine Verwirkungsklausel bei Pflichtteilsberechtigten einseitig durchzusetzen versucht. Auch wenn die Zulässigkeit einer einseitig angeordneten klassischen cautela Socini im Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. und dem inhaltsgleichen § 2306 Abs. 1 BGB n.F. durch Teile der Literatur bejaht wird, stehen dem auch kritische Stimmen gegenüber. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dem Erblasser, der einen Personengesellschaftsanteil vererben will, daher dringend zu raten, seine Anordnungen anderweitig abzusichern. In Betracht kommt hierfür der Abschluss eines Erbvertrags.

³⁵⁷ Siehe oben B. § 4 IV. 1. zur Rechtslage unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. und oben B. § 4 IV. 2. d) zur Rechtslage innerhalb des Anwendungsbereichs von § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

³⁵⁸ Siehe oben B. § 4 IV. 2. e) cc)

I. Definition des Erbvertrags

Der Erbvertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen, d.h. die letztwillige Verfügung wird in vertraglicher Form erstellt³⁵⁹. Er ist geregelt in § 1941 BGB und den §§ 2274 ff. BGB. Der Erbvertrag kann als einseitiger Vertrag ausgestaltet sein, bei dem nur eine Vertragspartei letztwillige Verfügungen trifft, oder als zweiseitiger, wenn zwei oder mehr Vertragsparteien vertraglich von Todes wegen verfügen. Der Abschluss des Erbvertrags kann gemäß § 2276 BGB nur in notarieller Form erfolgen³⁶⁰. Der Erbvertrag entfaltet für den Erblasser Bindungswirkung, wenn er eine Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB – also Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen – vertragsmäßig getroffen hat³⁶¹. Auf vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen finden gemäß § 2279 Abs. 1 BGB die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Der Erblasser kann daher sowohl einer Erbeinsetzung als auch einer Vermächtniszuweisung Bedingungen beifügen³⁶².

Auch der Vertragspartner des Erblassers kann Verpflichtungen eingehen, beispielsweise kann der als Erbe Eingesetzte auf den Pflichtteil verzichten.

II. Inhalt des Erbvertrages

Insbesondere in Hinblick auf die Aufnahme von Verwirkungsklauseln und einer cautela Socini bietet der Erbvertrag dem Personengesellschafter-Erblasser deutliche Vorteile gegenüber einem Testament.

1. Stellung des nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten

Unstreitig kann der Pflichtteilsberechtigte nicht nur auf den Pflichtteil insgesamt verzichten, vgl. § 2346 Abs. 2 BGB. Bereits vor der Erbrechtsreform war unproblematisch – gleichsam als „Minus“ gegenüber einem vollständigen Verzicht – ein

³⁵⁹ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. § 1941 Rn 4; BeckOK BGB-Müller-Christmann Ed. 20 § 1941 Rn 3.

³⁶⁰ Brox/Walker 23. Aufl. § 14 Rn 147; MünchKomm-Musielak 5. Aufl. § 2276 Rn 2.

³⁶¹ MünchKomm-Musielak 5. Aufl. Vor §§ 2274ff. Rn 3; BeckOK BGB-Litzenburger Ed. 20 § 2289 Rn 2. Diese Verfügungen können gemäß § 2299 BGB auch als einseitige Verfügung in den Erbvertrag aufgenommen werden; sie entfalten dann keine Bindungswirkung für den Erblasser. Maßgeblich für die Beurteilung als vertragsmäßige oder einseitige Verfügung ist die Auslegung des Erbvertrags.

³⁶² Damrau/Krüger § 2279 Rn 2; Staudinger-Otte § 2074 Rn 22..

Verzicht zulässig, durch welchen der Verzichtende hinsichtlich seines Erbrechts oder Pflichtteils Beschränkungen und Beschwerden im Sinne des § 2306 BGB a.F. akzeptiert³⁶³. Im Falle des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. verhinderte ein derartiger Verzicht den nach dieser Vorschrift grundsätzlich eintretenden Wegfall der Beschränkungen und Beschwerden³⁶⁴; in der Fallgestaltung des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. konnte der Verzichtende bei Ausschlagung des belasteten Erbteils keinen Pflichtteilsanspruch mehr geltend machen³⁶⁵. Dies ist einsichtig, denn wenn der Pflichtteilsberechtigte sich seiner gesamten Rechte begeben kann, muss es ihm erst recht gestattet sein, in eine Einschränkung dieser Rechte einzuwilligen. Der Verzichtsvertrag bedarf dabei gemäß § 2348 BGB der notariellen Beurkundung. Der Zweck der Beurkundungspflicht liegt in den drei Merkmalen der Schutzfunktion, der Warnfunktion und der Beweisfunktion begründet³⁶⁶. Gibt der Pflichtteilsberechtigte im vollen Bewusstsein der Folgen seines Verzichtes den ihm zugute kommenden Schutz des § 2306 BGB auf, bestehen keine pflichtteilsrechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Verwirkungsklausel oder einer cautela Socini. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer Erbteil als der Pflichtteil hinterlassen ist.

Die Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB hat keinen Einfluss auf dieses Ergebnis. Denn nach wie vor gilt, dass der Pflichtteilsberechtigte des Schutzes der Norm nicht bedarf, wenn er in erbvertraglicher Form bewusst auf das ihm zustehende Wahlrecht gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F. verzichtet und sich angeordneten Beschränkungen und Beschwerden freiwillig und sehenden Auges unterwirft. In diesem Fall kann sich der Pflichtteilsberechtigte nach Eintritt des Erbfalls nicht auf das Wahlrecht des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. berufen³⁶⁷. Der Pflichtteilsberechtigte

³⁶³ Scherer/Bengel MAH Erbrecht 2. Aufl. § 31 Rn 22; Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 15 Rn 41; Damrau/Mittenzwei § 2346 Rn 11, 15; MünchKomm-Strobel 4. Aufl. § 2346 Rn 16; Staudinger/Schotten § 2346 Rn 52; RGRK/Johansen § 2346 Rn 23.

³⁶⁴ Damrau/Mittenzwei § 2346 Rn 11, 15; Hausmann/Hohloch 1. Aufl. Kapitel 15 Rn 41; Mayer ZEV 2000, 266; MünchKomm-Strobel 4. Aufl. § 2346 Rn 16; RGRK/Johansen § 2346 Rn 23.

³⁶⁵ Mayer ZEV 2000, 266.

³⁶⁶ MünchKomm-Strobel 4. Aufl. § 2348 Rn 1.

³⁶⁷ Beck OK-Mayer Ed. 20 § 2346 Rn15; MünchKomm-Wegerhoff 5. Aufl. § 2346 Rn 16; Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 15 Rn 41.

kann sich also in einem Erbvertrag sowohl einer Verwirkungsklausel als auch einer klassischen cautela Socini wirksam unterwerfen.

Der Erblasser kann somit durch den Erbvertrag bewirken, dass der als Nachfolger Vorgesehene die Erbenstellung erhält und sich gegen angeordnete Belastungen und Beschränkungen nicht mit den durch § 2306 BGB gewährten Rechten zur Wehr setzen kann.

Zu beachten ist allerdings, dass ein vertraglicher Ausschluss des Ausschlagsrechtes – der effektiv zu einer Annahme des belasteten Erbteils führt – lediglich in § 2298 Abs. 3 BGB für den zweiseitigen Erbvertrag vorgesehen ist, d.h. für diejenigen Erbverträge, in denen beide Vertragspartner vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben³⁶⁸. Durch die erbvertragliche Unterwerfung des Nachfolgers unter eine Verwirkungsklausel, cautela

Socini oder anderweitige Belastungen und Beschränkungen kann daher zunächst nur die Ausübung der Rechte aus § 2306 BGB verhindert werden³⁶⁹, nicht jedoch die Ausschlagung des Erbes aus anderen Gründen wie etwa einer Überschuldung des Nachlasses. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft allerdings aus, erhält er weder den ihm zugewandten Erbteil noch den Pflichtteil, wenn er uneingeschränkt auf den Pflichtteil verzichtet hat. Eine Ausschlagung wird aber wohl nur in extremen Ausnahmesituationen in Betracht kommen, in denen es für den Pflichtteilsberechtigten wegen der Massivität der angeordneten Beschränkungen und Beschwerden bzw. aus anderen Gründen attraktiver ist, „leer“ auszugehen als die (belastete) Erbenstellung anzutreten. Der Erblasser sollte jedoch im eigenen Interesse den Pflichtteilsberechtigten nicht zu stark beschränken, um nicht eine Ausschlagung zu riskieren.

Der Erbvertrag bietet dem Erblasser somit den rechtlich sichersten Weg zur Umsetzung seines letzten Willens und insbesondere auch zur Beeinflussung der Geltendmachung von Mindestteilhaberechten durch die Pflichtteilsberechtigten.

³⁶⁸ Scherer/Malitz 2. Aufl. MAH Erbrecht § 22 Rn 40

³⁶⁹ Mayer ZEV 2000, 266.

2. Stellung der nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten

Zur Sicherung der Nachfolge und insbesondere um den im Rahmen des Erbgangs in die Gesellschaft eintretenden Erben vor Pflichtteilsansprüchen der nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsansprüchen zu schützen, empfiehlt sich der Abschluss von Pflichtteilsverzichtsverträgen mit diesen.

Der Pflichtteilsverzicht kann dabei ausdrücklich gegenständlich beschränkt werden³⁷⁰, beispielsweise auf den Gesellschaftsanteil. Durch einen Verzicht können Ausgleichs- und Pflichtteilsansprüche der nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten ausgeschlossen und drohende Liquiditätsprobleme für die Gesellschaft abgewendet werden.

III. Zwischenergebnis

Der Abschluss eines Erbvertrages, in welchem die betroffenen Pflichtteilsberechtigten erbvertraglich entweder komplett bzw. gegenständlich beschränkt auf den Pflichtteil verzichten oder sich zumindest wirksam der Verwirkungsklausel bzw. einer cautela Socini unterwerfen³⁷¹, stellen für den Erblasser im vorliegenden Zusammenhang die rechtlich sicherste Möglichkeit dar, auf das Verhalten der Erben und Pflichtteilsberechtigten auch nach seinem Tod Einfluss zu nehmen.

§ 6 Weitere Erleichterungen der Unternehmensnachfolge

I. Allgemeine Reformüberlegungen

Ausgehend von dem Einzelproblem der Aufnahme von Straf- und Verwirkungsklauseln in den Erbvertrag stellt sich die Frage nach der generellen Rechtfertigung der aktuellen Ausgestaltung des Pflichtteilsrechtes im Wandel der Zeiten.

Die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 BGB ist zwar durch die Reform wesentlich vereinfacht worden; gleichwohl sind einige Probleme der Rechtspraxis allenfalls

³⁷⁰ Mayer ZEV 2000, 263; BeckOK-BGB-Mayer Ed. 20 § 2346 Rn 17; MünchKommWegerhoff 5. Aufl. § 2346 Rn 20.

³⁷¹ Zu den Einzelheiten siehe soeben B. § 5 II. 1.

abgeschwächt, nicht aber endgültig geklärt worden³⁷². Überlegungen, wie die Vorschrift weiter vereinfacht werden kann, führen zu einer Grundsatzdiskussion zum Thema, ob und inwieweit das Pflichtteilsrecht in seiner aktuellen Gestaltung überhaupt noch zeitgemäß und damit erhaltenswert ist. Durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrecht ist das Pflichtteilsrecht nur maßvoll an aktuelle Bedürfnisse angepasst worden. Eine grundlegende Diskussion über eine gravierende Umgestaltung des Pflichtteilsrechts hat zwar stattgefunden, allerdings ist der Gesetzgeber den weitreichenden Vorschlägen nicht gefolgt³⁷³.

Weiterer Reformbedarf kann sich vor allem aus den geänderten gesellschaftlichen und auch rechtspolitischen Rahmenbedingungen ergeben. Während zur Zeit der Entstehung der Vorschriften des BGB über das Erb- und Pflichtteilsrecht unter anderem der Unterhalts- und Versorgungsscharakter innerhalb der Familie im Vordergrund stand³⁷⁴, ist die heutige Gesellschaft gekennzeichnet durch hohe Scheidungsraten und die Existenz der sogenannten Patchwork-Familien. Die klassische Familie als „Keimzelle des Staates“, als über Jahrzehnte stabiler Familienverbund, wird immer mehr zurückgedrängt. Dadurch stellt sich konsequenterweise die Frage, ob das Pflichtteilsrecht, das nicht nur auf den Blutsbanden, sondern auch auf den „familienrechtlichen Beziehungen des Erblassers“³⁷⁵ gründet, in der jetzigen Ausgestaltung politisch und gesellschaftlich noch gerechtfertigt werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht hatte mit Beschluss vom 19.4.2005³⁷⁶ insbesondere das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG einbezogen und damit die Frage nach der generellen Rechtfertigung der Mindestteilhabe bejaht. Damit hat es deren Anrecht auf eine grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung am Nachlass bestätigt, dem Gesetzgeber jedoch einen weiten Spielraum bezüglich der konkreten Ausgestaltung zugebilligt. Der Gesetzgeber hat

³⁷² Auf verbleibende Bewertungsprobleme bezüglich der Ausübung des Wahlrechts gemäß § 2306 Abs. 1 BGB n.F. und damit weiterhin mangelnde Rechtssicherheit und –klarheit weist etwa Lindner hin (Lindner ErbR 12/2008, 375).

³⁷³ Vgl. im Einzelnen die Begründung zum Regierungsentwurf, S. 16, 17.

³⁷⁴ Mertens, S. 81 ff., 83.

³⁷⁵ Zu diesem Begriff vgl. Lipp NJW 2002, 2206; ebenso wohl MünchKomm-Lange 5. Aufl. § 2303 Rn 10.

³⁷⁶ Nichtannahmebeschluss, Az. 1 BvR 1644/00 – 1 BvR 188/03 = NJW 2005, 1561.

es jedoch bei punktuellen Änderungen des Pflichtteilsrechtes belassen. Im Blickpunkt steht daher die inhaltliche Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts.

Durch den Rechtsvergleich mit dem schweizerischen Rechtssystem soll die Frage beleuchtet werden, ob unter Beibehaltung von Mindestteilhabeansprüchen eine inhaltlich andere Konstruktion des Pflichtteilsrechts im vorliegenden Sachzusammenhang eine Erleichterung im Umgang mit den vorhandenen Problemen darstellt und ob aus diesem Grund eine weitere Reform des Pflichtteilsrechts mit dem schweizerischen Rechtssystem als Vorbild sinnvoll ist. Eine Umgestaltung des deutschen Geldpflichtteils zu einer dinglichen Mindestbeteiligung der Abkömmlinge – gegebenenfalls im Rahmen einer Erbengemeinschaft – ist dabei vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als zulässig erachtet worden³⁷⁷.

II. § 2331a BGB n.F.

Nur kurz sei wegen des Sachzusammenhangs mit der vorliegenden Thematik auf eine weitere Änderung hingewiesen.

Wegen der pflichtteilsrechtlichen Probleme im Bereich der Unternehmensnachfolge, insbesondere wegen der häufig auftretenden Liquiditätsengpässe infolge der sofort fälligen Pflichtteilsansprüche, hat der Gesetzgeber eine Erweiterung der Stundungsmöglichkeiten des § 2331a BGB durch eine Ausdehnung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift eingeführt.

Die Möglichkeit der Stundung soll nach der Neuregelung des § 2331a BGB n.F. nicht mehr nur dem selbst pflichtteilsberechtigten Erben, sondern allen Erben zustehen; das Erfordernis der „ungewöhnlichen Härte“ ist ersetzt worden durch das einer nur „unbilligen Härte“³⁷⁸. Die existenzgefährdenden Folgen von Pflichtteilsansprüchen der weichenden Erben sollen hierdurch gemildert werden. Schon vielfach war – insbesondere unter Berücksichtigung pflichtteilsrechtlicher Probleme bei Unternehmensnachfolgen – die Verbesserung der Stundungsmöglichkeiten ge-

³⁷⁷ MünchKomm-Leipold 5. Aufl. Einleitung vor §§ 1922ff. Rn 41 unter Verweis auf BVerfG NJW 2005, 1561.

³⁷⁸ Vgl. zu den Zielsetzungen der Neuregelung im Einzelnen Regierungsentwurf BT-Drs. 16/8954.

fordert worden³⁷⁹. Die Neuregelung wird von einem Teil der Literatur begrüßt³⁸⁰, von einem anderen Teil aber als zu wenig weitreichend angesehen und wegen der geringen erwarteten Entlastungswirkung abgelehnt³⁸¹.

Durch die Erweiterung der Stundungsmöglichkeiten wird zwar eine gewisse Entlastung erreicht, weil der Unternehmensnachfolger nicht mehr vor einem sofortigen erheblichen Liquiditätsproblem steht. Allerdings ist zu beachten, dass gleichwohl nur eine Verzerrung der bisherigen Probleme auftritt, da zum einen die Begrifflichkeiten noch nicht hinreichend geklärt sind, zum anderen aber die Pflichtteilsansprüche der Höhe nach unverändert bleiben, sich die Last des Nachfolgers also lediglich auf einen größeren Zeitraum verteilt.

III. § 2312 BGB auch für Personengesellschaften?

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass in Deutschland diskutiert wird, ob die erbrechtlichen Privilegierungen landwirtschaftlicher Güter auf die Vererbung von Familienunternehmen und damit auch auf Personengesellschaften übertragen werden können³⁸². Im Mittelpunkt steht dabei § 2312 BGB. Diese Vorschrift bestimmt den Ertragswert des landwirtschaftlichen Gutes als Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil, um den Übernehmer vor übermäßigen Belastungen durch Pflichtteilsan-

³⁷⁹ So hat sich etwa Schmidt für eine „substanziell neue Konzipierung“ des § 2331a BGB ausgesprochen, hat jedoch zusätzlich betont, es bestünden Zweifel, ob „das Instrument des § 2331a BGB für die Lösung unternehmerischer Finanzierung taue“ (Schmidt, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge S. 47). Auch Lange hat sich für eine erhebliche Erweiterung der Stundungsmöglichkeiten ausgesprochen (Lange, Privilegierung unternehmerischen Vermögens, S. 65f.).

³⁸⁰ Als „sachgerecht“ empfindet etwa Nake die geplanten Erleichterungen der Stundungsmöglichkeiten (Nake, Stellungnahme S. 3). Schlichting weist darauf hin, bei der Diskussion um die Erweiterung der Stundungsmöglichkeiten werde übersehen, dass auch der Pflichtteilsanspruch dem Erwerb oder der Erhaltung eines Familienheims oder Betriebs mit Arbeitnehmern dienen könne (Schlichting, Stellungnahme S. 5).

³⁸¹ Die Veränderungen bezüglich des sachlichen Anwendungsbereiches werden etwa von Muscheler kritisch betrachtet (Muscheler ZEV 2008, 106). Lange führt aus, die geplante Änderung habe allenfalls „gradueller Charakter“ und werde „wirkungslos verpuffen“ (Lange, Stellungnahme S. 2). Mayer bezweifelt, ob die „semantische Differenzierung den gewünschten Erfolg habe“ und führt aus, gerade im Bereich der Unternehmensnachfolge könne mit einer bloßen Stundungsmöglichkeit die Härten aus der Pflichtteilsbelastung nicht voll ausgeglichen werden (Mayer, Stellungnahme S. 4).

³⁸² Beispielhaft siehe etwa Lange, Privilegierung unternehmerischen Vermögens, S. 57ff.

sprüche zu schützen³⁸³. Durch die Zugrundelegung des (niedrigeren) Ertragswertes anstelle des Verkehrswertes wird eine Beschränkung der Pflichtteilsansprüche der weichen Erben erreicht. Lange spricht sich – u.a. wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen in der Gesellschaft – für eine Erweiterung auf unternehmerisches Vermögen im Familienbesitz aus³⁸⁴. Röthel sieht ein Bemühen der Rechtsprechung, „höferechtlichen Tendenzen im Gesellschaftsrecht“ entgegenzuwirken³⁸⁵, spricht sich aber im Ergebnis für eine stärkere Abstimmung der Regelungen über die Vererbung landwirtschaftlicher und gewerblicher Vermögen aus³⁸⁶.

§ 7 Zwischenergebnis zur Rechtslage in Deutschland

Im Ergebnis bleibt zunächst festzuhalten, dass die einzige rechtlich sichere Möglichkeit des Erblassers, auf die Unternehmensnachfolge und das Verhalten des pflichtteilsberechtigten Nachfolgers nach seinem Tod Einfluss zu nehmen, in dem Abschluss eines Erbvertrages besteht³⁸⁷.

Einseitig kann der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten nicht zwingen, den belasteten Erbteil anzunehmen und auf die Geltendmachung des Pflichtteils zu verzichten. Die einseitige Anordnung einer Verwirkungsklausel oder einer cautela Socii im klassischen Sinn ist weder unter dem Geltungsbereich des § 2306 BGB a.F. noch der Neufassung der Vorschrift möglich³⁸⁸.

³⁸³ Hausmann/Hohloch 2. Aufl. Kapitel 24 Rn 87.

³⁸⁴ Lange, Privilegierung unternehmerischen Vermögens, S. 69, 70. Lange favorisiert zudem eine Anpassung der Stundungsvorschriften.

³⁸⁵ Röthel, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß, A 41

³⁸⁶ Röthel, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß, Thesen II.2.

³⁸⁷ Ausführlich hierzu siehe oben B. § 5.

³⁸⁸ Siehe oben B. § 4 IV.

C. RECHTSLAGE IN DER SCHWEIZ

Die Rechtslage in der Schweiz weist vom Grundsatz her in der rechtlichen Ausgestaltung des Gesellschafts- und Erbrechts etliche Parallelen zum deutschen Recht auf. Dogmatisch bedeutsame Unterschiede finden sich jedoch bei der Übertragung der Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft im Erbgang sowie der hier im Interesse stehenden pflichtteilsrechtlichen Problemfelder. Zur Einführung seien der Übersichtlichkeit halber die erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Grundlagen vorangestellt.

Die sprachliche Ausdrucksweise in diesem Teil der Arbeit folgt dem schweizerischen Sprachgebrauch, um den Inhalt nicht durch eine Übertragung in den deutschen Sprachgebrauch zu verfälschen. Rechtstechnische Ausdrücke bzw. Sprachwendungen, die für den deutschen Leser zunächst ungewohnt klingen oder denen nach der deutschen Terminologie eine andere inhaltliche Bedeutung zukommt, werden im jeweiligen Zusammenhang kurz erläutert.

§ 8 Erbrechtliche Grundlagen

I. Universalsukzession

In der Schweiz gilt – wie in Deutschland – das Prinzip der Universalsukzession, vgl. Art. 560 ZGB³⁸⁹. Mit dem Erbfall geht das gesamte Vermögen (sämtliches Aktivvermögen, aber auch alle Schulden) des Erblassers im Rahmen des eo-ipso-Erwerbs auf die Erben über³⁹⁰. Bei einer Mehrheit von Erben besitzt der Einzelne keine individuellen Rechte an einzelnen Erbschaftsobjekten, vielmehr besteht der Anspruch des Erben in einer Quote am ganzen Nachlass³⁹¹. Mehrere Erben bilden im Rahmen des Erbgangs notwendig eine Erbengemeinschaft. Die Erbengemeinschaft stellt gemäß Art. 602 ZGB eine Gesamthandsgemeinschaft dar, bei der nur alle Berechtigten gemeinsam über Erbschaftsobjekte verfügen können³⁹². Erst mit

³⁸⁹ Tuor/Schnyder § 61 N 4, 7, 9; Breitschmid/Künzle S. 80.

³⁹⁰ Basler Kommentar-Schwander Art. 560 N2; Druey Grundriss § 4 N 6, S. 38; Breitschmid/Künzle S. 81.

³⁹¹ Breitschmid/Künzle S. 85; Druey, Grundriss § 4 N8, S. 38.

³⁹² Druey, Grundriss § 4 N 9, S. 39; Breitschmid/Künzle S. 85.

der Teilung der Erbschaft wandelt sich der quotal bemessene Anspruch des Einzelnen in einen Anspruch bezüglich konkreter Objekte am Nachlass.

Im Rahmen der Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften würde die konsequente Umsetzung der Universalsukzession bei Vorhandensein mehrerer Erben grundsätzlich zu einer Nachfolge der Erbengemeinschaft in die Mitgliedschaft führen. Ob dies mit gesellschaftsrechtlichen Vorgaben im Konflikt steht und ob aus diesem Grund von der Universalsukzession zu Gunsten einer Singularsukzession abgewichen werden muss, wird im folgenden Abschnitt erörtert werden. Bei der Singularsukzession bzw. Einzelnachfolge, im Bereich des Erbrechts auch Sondererfolge genannt, wird der Übergang einer spezifischen Sache bzw. eines Rechtes mit dinglicher Wirkung herbeigeführt³⁹³.

II. Pflichtteilsrecht

Im Wesentlichen beschäftigt sich die vorliegende Arbeit mit der Frage, ob und inwieweit (qualifizierte) Nachfolgeklauseln und Verwirkungsklauseln mit dem Pflichtteilsrecht in Einklang zu bringen sind. An erster Stelle steht hierbei eine Darstellung des Pflichtteilsrechts in der Schweiz – auch unter Einbeziehung rechts-historischer Aspekte.

1. Historische Entwicklung des schweizerischen Pflichtteilsrechts

Das germanische Recht geht im Gegensatz zum römischen Recht³⁹⁴ von einer generellen „Verfangenheit“ aus. Grundlage ist der Gedanke, dass die Nachfolge von Todes wegen einer „objektiven Ordnung“ folgt und der Erblasser sich hierüber nicht hinwegsetzen und über sein Vermögen von Todes wegen verfügen kann³⁹⁵. Durch dieses Prinzip der Verfangenheit war eine Benachteiligung der Nachkommen durch letztwillige Verfügungen des Erblassers ausgeschlossen. Ein Schutzbedürfnis der nächsten Angehörigen und das Erfordernis der Einführung eines No-terb- oder Pflichtteilsrechts bestand nicht³⁹⁶.

³⁹³ Druey, Grundriss § 4 N 6, S. 38.

³⁹⁴ Siehe zum römischen Recht die obigen Ausführungen B. § 1 II. 1. und B. § 4 I. 2. a).

³⁹⁵ Druey, Grundriss § 6 Rn 2.

³⁹⁶ Heuberger S. 14: Das Gut eines Verstorbenen fiel auf Grundlage des sogenannten „Gemeinderschaftsrecht“ an seine „Gemeinder“, sprich die Sippenangehörigen.

In der Folge wandelten sich mit den gesellschaftlichen Änderungen auch die rechtlichen Vorstellungen über die Möglichkeit einer Verfügung von Todes wegen. Das Verfangenheitsprinzip wurde zugunsten der Testierfreiheit des Erblasser – wenn auch zunächst sehr zurückhaltend – geöffnet. Dem Erblasser wurde durch die „Gemächte“³⁹⁷ eine beschränkte Verfügungsbefugnis eingeräumt. Mit der wachsenden Testierfreiheit des Erblassers entstand das Bedürfnis nach Schutz der nächsten Angehörigen und einer festen Regelung der Grenzen der Verfügungsbefugnis. Aus diesem Grund wurde ein bestimmter Bruchteil des Vermögens als disponible Quote zur Verfügung freigegeben, der übrige Teil des Vermögens blieb gebunden³⁹⁸. Allerdings konnten auch im Rahmen der verfügbaren Quote nur Blutsverwandte als Erben eingesetzt werden; an andere Personen konnte der Erblasser lediglich Vermächtnisse aussetzen³⁹⁹.

Im Zuge der geschichtlichen Entwicklung hat sich das germanische Recht vom vollständigen Ausschluss der Testierfreiheit zur Verfügbarkeit über eine disponible Quote hin entwickelt. Die Rechte der Familienangehörigen wurden im Laufe der Zeit eingeschränkt, im Gegenzug wurde die Testierfreiheit des Erblassers gestärkt.

Das alte germanische Recht dauerte überwiegend in Nordfrankreich in den Coutumes, d.h. den alten Gewohnheitsrechten, sowie in den alten Rechten der deutsch-schweizerischen Kantone fort⁴⁰⁰.

So erscheint es nur folgerichtig, dass auch das schweizerische Zivilgesetzbuch, das am 1. Januar 1912 in Kraft trat, im Wesentlichen diesem germanisch-französischen Rechtssystem und damit dem Verfangenheitsprinzip folgt⁴⁰¹. Das schweizerische Pflichtteilsrecht lehnt sich stark an die Regelungen im französischen Code Civil an⁴⁰².

³⁹⁷ Heuberger S. 14; Huber, Band IV § 144, S. 609.

³⁹⁸ Huber, Bd. IV, § 144, S. 617, 624.

³⁹⁹ Heuberger S. 15.

⁴⁰⁰ Huber Band IV § 144, S. 625. Demgegenüber gestanden die Kantone der romanischen Schweiz, die wohl ebenfalls von einer Verfangenheit ausgingen, dem Erblasser eine weitergehende Testierfreiheit zu, indem sie diesem eine größere disponible Quote zur Verfügung stellten als die Kantone der deutschen Schweiz (Tschäppeler S. 88; Huber Band IV § 144, S. 625).

⁴⁰¹ Druey, Grundriss § 6 N 5ff.

⁴⁰² Erwähnt sei jedoch, dass das Pflichtteilsrecht des Code Civil in jüngerer Zeit einige Änderungen, die zum 1. Januar 2007 in Kraft getreten sind, erfahren hat. Zwar wird der

Das heutige Pflichtteilsrecht der Schweiz sieht dementsprechend vor, dass Teile des Nachlasses gebunden bleiben und den nächsten Angehörigen als Pflichtteil bzw. Mindestteilhabe am Nachlass zustehen. Über den restlichen Teil seines Vermögens – die disponible (verfügbare) Quote – kann der Erblasser frei verfügen.

2. Berechtigter Personenkreis

Der Kreis der Pflichtteilsberechtigten umfasst gemäß Art. 470 ZGB neben den Nachkommen und Eltern auch den Ehegatten und eingetragene Partner⁴⁰³. Geschützt ist damit nur der Kreis der nächsten Angehörigen des Erblassers.

3. Voraussetzungen des Anspruchs

Der Anspruch auf Mindestteilhabe setzt die Zugehörigkeit des Anspruchstellers zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten und die Übergehung durch den Erblasser oder eine Verletzung des Pflichtteils voraus⁴⁰⁴. Die detaillierten Voraussetzungen des Anspruchs ergeben sich aus der inhaltlichen Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts, die im Folgenden näher beleuchtet wird. Das ZGB differenziert dabei ausdrücklich zwischen dem Inhalt des Pflichtteilsrechtes – nämlich der Erbenstellung (geregelt in den Artikeln 470 bis 480 ZGB) – und der formellen Durchsetzung mit der Herabsetzungsklage (geregelt in den Artikeln 522 bis 533 ZGB)⁴⁰⁵, wobei sich auch im Rahmen der formellen Regelungen für die materielle Rechtslage bedeutsame Vorschriften finden. Bei detaillierten Darstellungen des Pflichtteilsrechts wird daher in der Schweiz keine strikte Trennung zwischen materiellen und formellen Normen eingehalten, sondern vielmehr die jeweilige Problematik im Gesamtkontext beleuchtet.

Pflichtteilsanspruch durch diese nicht explizit in einen schuldrechtlichen Anspruch umgewandelt. Art. 924 c.c. legt aber die Vermutung nahe, dass sich das französische Recht allmählich in diese Richtung entwickelt. Denn nach dieser Vorschrift sind die Pflichtteilerben, die in ihrem Pflichtteil verletzt wurden, grundsätzlich in Geld zu entschädigen (Gresser S. 228).

⁴⁰³ Druey, Grundriss § 6 N 23ff; Abt/Weibel – Nertz Art. 470 N 4ff.

⁴⁰⁴ Hausheer/Aebi-Müller S. 219.

⁴⁰⁵ Druey, Grundriss § 6 N 14.

4. Inhalt/Rechtsnatur des Anspruchs

a) Disponible Quote und Pflichtteil

Die zentrale Vorschrift des Pflichtteilsrechtes der Schweiz befindet sich in Art. 470 ZGB. Die Vorschrift lautet wie folgt:

Art. 470

A. Verfügbarer Teil

I. Umfang der Verfügungsbefugnis

- (1) Wer Nachkommen, Eltern, den Ehegatten, eine eingetragene Partnerin oder einen eingetragenen Partner hinterlässt, kann bis zu deren Pflichtteil über sein Vermögen von Todes wegen verfügen.
- (2) Wer keine der genannten Erben hinterlässt, kann über sein ganzes Vermögen von Todes wegen verfügen.

Nach Art. 470 Abs. 1 ZGB kann derjenige Erblasser, der Nachkommen, Eltern, den Ehegatten, eine eingetragene Partnerin oder einen eingetragenen Partner hinterlässt, nur bis zu deren Pflichtteil über sein Vermögen Verfügungen von Todes wegen treffen. Derjenige, der keine der genannten Erben hinterlässt, kann – dies ergibt sich aus Absatz 2 der Vorschrift – über sein gesamtes Vermögen verfügen. Dieser frei verfügbare, in der Schweiz als „disponible Quote“ bezeichnete Teil des Nachlasses errechnet sich aus der Differenz zwischen sämtlichen Pflichtteilen und dem Gesamtnachlass⁴⁰⁶. Die Summe der Pflichtteile bildet als Gegenstück hierzu die sogenannte gebundene Nachlassquote⁴⁰⁷.

Die Testierfreiheit des Erblassers ist zugunsten der Pflichtteilsberechtigten eingeschränkt.

b) Materielles Noterbrecht

Das schweizerische Pflichtteilsrecht ist als materielles Noterbrecht ausgestaltet⁴⁰⁸, d.h. das Pflichtteilsrecht gibt einen Anspruch auf Erbenstellung in Höhe der Pflichtteilsquote⁴⁰⁹. Trotz dieses bedeutsamen dogmatischen Unterschieds zum deutschen Recht bezeichnet das schweizerische die damit verbundene dingliche Mindestteilhabe der nächsten Angehörigen in Art. 470 ZGB und Art. 471 ZGB ausdrücklich als „Pflichtteil“. Aus diesem Grund wird auch vorliegend diese Be-

⁴⁰⁶ Wolf/Berger-Steiner in Süß/Haas S. 1346 N 79.

⁴⁰⁷ Tuor/Schnyder § 68 N 4.

⁴⁰⁸ Basler Kommentar – Staehelin Art. 470 N 4.

⁴⁰⁹ Abt/Weibel – Nertz Art. 470 N 10; Basler Kommentar – Staehelin Art. 470 N 4.

griffligkeit übernommen, wobei bezüglich der schweizerischen Rechtslage ausdrücklich die Mindestteilhabe in Form des materiellen Noterbrechts gemeint ist.

Pflichtteilsansprüche bewirken im schweizerischen Recht somit grundsätzlich eine Erbenstellung und geben nicht nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Ausgleichszahlungen gegen die Erben⁴¹⁰. Die pflichtteilsberechtigten Erben partizipieren als sogenannte Noterben am Nachlass. Sie treten – gegebenenfalls nach erfolgreicher Herabsetzungsklage, mit welcher Verletzungen des Pflichtteils nach schweizerischem Recht geltend gemacht werden können⁴¹¹ – in die Erbenstellung in Höhe des ihnen zustehenden Pflichtteils ein⁴¹², werden Mitglied der Erbengemeinschaft und haben als Erbe mit dinglicher Berechtigung am Nachlass Anteil⁴¹³.

Mit den Pflichtteilsregelungen hat sich das ZGB an den Grundgedanken des Verfangenheitsprinzips und das germanische bzw. französisch-rechtliche Prinzip angelehnt⁴¹⁴ und basiert damit auf dem Gedanken der Familienverbundenheit des Erblassers.

Diese Systematik des materiellen Noterbrechts wird allerdings durch die Vorschrift des Art. 522 Abs. 1 ZGB durchbrochen. Nach dieser Norm kann der pflichtteilsberechtigte Erbe nur dann im Rahmen der Herabsetzungsklage die Einsetzung als Noterbe verlangen, wenn er nicht dem Werte nach seinen Pflichtteil erhalten hat; anderenfalls entfällt das Klagerecht⁴¹⁵. Durch Art. 522 ZGB wird also die formelle Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Einräumung der dinglichen Noterbenstellung verhindert. Hier dringen römisch-rechtliche Aspekte des Pflichtteilsrechtes durch⁴¹⁶. Die Regelung des Art. 522 ZGB ist in der inhaltlichen Ausgestaltung an die Novelle 115 Justinians angelehnt, nach der Erbeinsetzung auf den kleinsten Teil genügte, sofern nur der Pflichtteil durch anderweitige Zuwendungen wie bei-

⁴¹⁰ Druey, Grundriss § 6 N 38; Hausheer/Aebi-Müller S. 219.

⁴¹¹ Die Herabsetzungsklage ist in den Art. 522-533 ZGB geregelt. Sie dient der Geltendmachung des unbelasteten Pflichtteils und ist bei diversen Pflichtteilsverletzungen einschlägig.

⁴¹² Druey, Grundriss § 6 N 12 S. 57.

⁴¹³ Abt/Weibel – Netz Art. 470 N 9; Druey, Grundriss § 6 N 12, S. 57; Piotet SPR IV/1 § 53 II S. 379; Basler Kommentar – Forni/Piatti, vor Art. 522-533 N 2.

⁴¹⁴ Zur historischen Entwicklung des Pflichtteilsrechtes siehe soeben C. § 8 II. 1.

⁴¹⁵ Piotet SPR IV/1 § 66 V. S. 485; Hausheer/Aebi-Müller S. 227.

⁴¹⁶ Siehe hierzu auch Hausheer/Aebi-Müller, S. 218, die darauf abstellen, das schweizerische Erbrecht trage sowohl Züge des germanisch-rechtlichen Verfangenheitsprinzips als auch der römisch-rechtlichen querela inofficiosi testamenti.

spielsweise Vermächtnisse, gewahrt wurde⁴¹⁷. Die schweizerische Lösung geht (vor dem Hintergrund des bestehenden materiellen Noterbrechts eigentlich systemwidrig) noch einen Schritt weiter, indem sie eine Erbeinsetzung generell nicht verlangt, sondern es ausreichen lässt, wenn der Pflichtteilsberechtigte „dem Werte nach“ seinen Pflichtteil erhalten hat.

Hat der Pflichtteilsberechtigte „dem Wert nach“ nicht dasjenige erhalten, was ihm zusteht, greift der als Noterbrecht ausgestaltete Pflichtteil ein und kann auch formell bzw. prozessual durchgesetzt werden. Der Pflichtteil soll dem Erben somit unbelastet zukommen. Anderenfalls könnte der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten zwar pro forma als Erbe benennen, ihm gleichzeitig aber Belastungen auferlegen, die im schlimmsten Fall seinen Pflichtteil vollständig aufzehren. Eine derartige Beschränkung der Mindestteilhabe soll durch die pflichtteilsrechtlichen Regelungen verhindert werden.

c) Stellung des Pflichtteilsberechtigten

Ob die Pflichtteilsberechtigten die ihnen aufgrund der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechtes als Noterbrecht grundsätzlich zustehende Erbenstellung „automatisch“ erhalten (und damit auch im Rahmen der Erbengemeinschaft am Gesellschaftsanteil teilhaben können), oder ob sie diese erst nach erfolgreich erhobener Herabsetzungsklage⁴¹⁸, mit der Pflichtteilsverletzungen nach schweizerischem Recht geltend gemacht werden können, erhalten, wird nicht einheitlich beantwortet. Relevant ist diese Frage, wenn der Wert des Gesellschaftsanteiles über die frei verfügbare Quote hinausgeht, d.h. wenn die nicht als Nachfolger vorgesehenen Pflichtteilsberechtigten mit der Herabsetzungsklage Einräumung der Miterbenstellung verlangen könnten. Wäre eine solche Klage erfolgreich, hätte die Gesellschaft u.U. Mitgesellschafter, die weder in der gesellschaftsvertraglichen⁴¹⁹ noch in der erbvertraglichen Regelung als Nachfolger vorgesehen sind. Dass dies im Ergebnis unerwünscht ist, liegt auf der Hand. Noch einschneidender wäre dies aber dann, wenn

⁴¹⁷ Zur Novelle 115 Justinians siehe oben B. § 1 II. 1.

⁴¹⁸ Die Herabsetzungsklage ist in den Art. 522-533 ZGB geregelt. Sie dient der Geltendmachung des unbelasteten Pflichtteils und ist bei diversen Pflichtteilsverletzungen einschlägig.

⁴¹⁹ Im Falle einer qualifizierten Nachfolgeklausel könnte dies gegebenenfalls sogar zu einem Scheitern der geplanten Unternehmensnachfolge und Auflösung der Gesellschaft führen.

die Pflichtteilsberechtigten die Erbenstellung mit dinglicher Berechtigung automatisch erhielten.

Das ältere Schrifttum und die ältere Rechtsprechung⁴²⁰ waren noch von einem automatischen Erwerb der Erbenstellung ausgegangen. Der pflichtteilsberechtigte Erbe erhielt seine Erbenstellung auch dann, wenn er die Herabsetzungsklage nicht erhoben hatte.

Nach mittlerweile überwiegender Auffassung in der Schweiz erhält der in seinem Pflichtteil verletzte Pflichtteilsberechtigte seine Stellung als Noterbe mit dinglicher Berechtigung am Nachlass erst nach erfolgreich erhobener Herabsetzungsklage⁴²¹.

Die neuere Auffassung stützt sich vorwiegend auf die rechtliche Form der Herabsetzungsklage als Gestaltungsklage. Der Erbe wird zunächst als „virtueller“ Erbe bezeichnet, der seine Erbenposition erst durch die Gestaltungskraft des Herabsetzungsurteils erhält. Das Bundesgericht hat sich dieser Sichtweise ohne nähere Ausführungen angeschlossen⁴²². Vor der Erhebung der Herabsetzungsklage hat der Pflichtteilsberechtigte keine dingliche Berechtigung an den Nachlassobjekten und hat nicht an der Verwaltung des Nachlasses teil. Er haftet aber auch nicht für Nachlassschulden.

Erhebt der Pflichtteilsberechtigte die Herabsetzungsklage nicht innerhalb der in Artikel 533 ZGB bestimmten Frist, erhält er nicht die materielle Erbenstellung.

5. Höhe des Anspruchs – Pflichtteilsquoten

Ausgangspunkt für die Berechnung der jeweiligen Pflichtteilsquote ist die gesetzliche Erbfolge. Zugrunde gelegt wird die (fiktive) Situation, die eingetreten wäre, wenn der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen getroffen hätte⁴²³.

⁴²⁰ vgl. etwa BGE 56 II 17, BGE 70 II 142.

⁴²¹ Druey, Grundriss § 6 N 12, S. 57; Piotet SPR IV/1 § 53 II S. 379; Basler Kommentar – Forni/Piatti, vor Art. 522-533 N 2; Hausheer/Aebi-Müller S. 219.

⁴²² BGE 115 II 211, 213.

⁴²³ Der in der Schweiz vor allem in der älteren Literatur häufiger anzutreffende Streit, ob maßgeblicher Ausgangspunkt für die Berechnung der Pflichtteilsquoten oder die verfügbare Quote sei (siehe etwa Escher Vorbem. zu Art. 470-480 N 6; Piotet SPR IV/1 § 53 III S. 381), ist im Ergebnis nicht relevant. Das Eine kann ohne das Andere nicht bestimmt werden, so dass der Streit keine praktische Bedeutung aufweist (so vor allem die jüngere Literatur, etwa Basler Kommentar-Staehelin Art. 470 N 2).

Im vorliegenden Zusammenhang und hinsichtlich der Frage des Generationenwechsels in der Personengesellschaft stehen vor allem die pflichtteilsberechtigten Nachkommen im Blickfeld. Diese sind in der Schweiz als „nächste Erben“ des Erblassers bestimmt, wobei die Nachkommen untereinander gemäß Art. 457 Abs. 1 und 2 ZGB gleichberechtigt sind. Ihr Pflichtteil beträgt drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs, vgl. Art. 471 Ziff. 1 ZGB⁴²⁴. Sind nur Nachkommen und keine weiteren pflichtteilsberechtigten Erben vorhanden, machen sämtliche Pflichtteile zusammen $\frac{3}{4}$ des Nachlasses aus. Diese Quote besteht unabhängig davon, wie viele Nachkommen der Erblasser hinterlässt und ist unter den Abkömmlingen gleichmäßig zu verteilen.

Ist neben den Nachkommen noch ein überlebender Ehegatte vorhanden, beträgt der gesetzliche Erbteil der Nachkommen die Hälfte (Art. 462 Ziffer 1 ZGB) und der Pflichtteil $\frac{3}{8}$ des Nachlasses; für den überlebenden Ehegatten beträgt der Pflichtteil in diesem Fall, da er mit den Nachkommen zu teilen hat, ein Viertel des Nachlasses.

III. Formale Durchsetzung der erbrechtlichen Ansprüche (klageweise).

Im schweizerischen Recht existieren mit der Ungültigkeits- und der Herabsetzungsklage zwei erbrechtliche Klagen, mit denen die Verfügung von Todes wegen angegriffen werden kann. Die Verfügung des Erblassers wird dabei einer dreistufigen Prüfung unterworfen. Prüfungspunkte sind die Nichtigkeit, die Ungültigkeit und die Herabsetzbarkeit der Verfügung.

1. Nichtigkeit

Nichtige Akte entfalten per se keine Rechtswirkung. Die Erhebung einer erbrechtlichen Klage ist in den Fällen der Nichtigkeit nicht erforderlich⁴²⁵. Nichtig im Sinne des Erbrechts sind beispielsweise Entwürfe, Akte ohne schlüssigen Inhalt oder Akte, die keine Verfügung von Todes wegen darstellen⁴²⁶.

⁴²⁴ Die Pflichtteilsquote für alle weiteren Pflichtteilsberechtigten beträgt einheitlich jeweils die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, vgl. Art. 471 Nr. 2 und 3 ZGB.

⁴²⁵ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Lorenz S. 88 N 113; Druey Grundriss § 12 N 59.

⁴²⁶ Schwierig ist manchmal die Abgrenzung zu Geschäften unter Lebenden, insbesondere dann, wenn es um die Fortführung eines Unternehmens geht.

Die Nichtigkeit ist in jedem gerichtlichen Verfahren, damit also auch im Rahmen einer Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage, von Amts wegen zu beachten und kann in jedem dieser Verfahren gerichtlich festgestellt werden⁴²⁷.

Obwohl eine Klagerhebung im Fall der Nichtigkeit der Verfügung nicht notwendig ist, kann die Nichtigkeit nicht nur im Rahmen jeder erbrechtlichen Klage berücksichtigt werden, sondern auch mit einer gesonderten Feststellungsklage geltend gemacht werden, insbesondere bei Bestehen eines entsprechenden Feststellungsinteresses und Fehlen der Voraussetzungen der vorrangig zu erhebenden Ungültigkeitsklage; die Erhebung der Klage ist nicht fristgebunden⁴²⁸. Das Feststellungsurteil entfaltet gegenüber jedermann Wirkung, nicht nur unter den beteiligten Prozessparteien⁴²⁹.

Zudem kann die Nichtigkeit ohne zeitliche Grenzen als Einrede geltend gemacht werden⁴³⁰.

2. Ungültigkeit

Im Falle der Ungültigkeit der Verfügung wird diese zunächst als rechtswirksam behandelt und muss mit der Ungültigkeitsklage angegriffen werden⁴³¹. Die Beteiligten haben allerdings die Möglichkeit, bereits vor Erhebung eines gerichtlichen Verfahrens die mangelnde Berechtigung der eingesetzten Erben, beispielsweise wegen Ungültigkeit der Verfügung, zu rügen.

a) Einspruch gemäß Art. 559 ZGB

Nach Art. 559 ZGB kann den durch letztwillige Verfügung eingesetzten Erben auf ihr Verlangen von der Behörde eine Bescheinigung darüber ausgestellt werden, dass sie unter Vorbehalt der Ungültigkeitsklage und der Erbschaftsklage als Erben anerkannt seien. Vor Ausstellung einer derartigen Bescheinigung können die ge-

⁴²⁷ Abt/Weibel - Tarnutzer-Münch/Abt Art. 519 N 8; Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 519/520 N 4.

⁴²⁸ Druey, Grundriss § 12 N 59; Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 519/520 N 4; Brückner/Weibel Rn 25.

⁴²⁹ Brückner/Weibel Rn 25.

⁴³⁰ Riemer in FS Max Keller, 245f.; Druey, Grundriss § 12 N 59; nach teilweise vertretener Auffassung ist die Nichtigkeit jedenfalls von Amts wegen zu prüfen, so dass es der Erhebung der Einrede nicht bedarf (Abt/Weibel – Tarnutzer-Münch/Abt Art. 519 N 2).

⁴³¹ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Lorenz S. 88 N 113; Druey, Grundriss § 12 N 39.

setzlichen Erben oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten die Berechtigung der eingesetzten Erben bestreiten⁴³². Der Einspruch gegen die letztwillige Verfügung ist binnen eines Monats bei der Behörde einzulegen, welche die letztwillige Verfügung eröffnet hat, vgl. Art. 559 Abs. 1 ZGB. Die Erteilung einer „Erbbescheinigung“⁴³³ hat nur vorläufigen Charakter und erfolgt unter Vorbehalt⁴³⁴. Um sich mit seinem Begehren durchzusetzen und die Verfügung für ungültig erklären zu lassen, muss der Betroffene trotz erhobenem Einspruch daher fristgerecht die Ungültigkeitsklage erheben⁴³⁵.

b) Ungültigkeitsklage Art. 519 ZGB

Die Ungültigkeitsklage ist geregelt in Art. 519 ff. ZGB. Mit dieser Klage kann der Berechtigte die Verfügung von Todes wegen oder eine beigefügte Bedingung wegen Sitten- und Rechtswidrigkeit angreifen. Die Ungültigkeitsklage muss gemäß Art. 521 ZGB binnen eines Jahres ab dem Zeitpunkt, da der Kläger von der Verfügung und dem Ungültigkeitsgrund Kenntnis hat, erhoben werden. Ist die Ungültigkeitsklage erfolgreich, wird die Verfügung von Todes wegen entweder gänzlich oder auch nur bezüglich der angegriffenen Teile mit konstitutiver Wirkung⁴³⁶ für ungültig erklärt. In diesem Fall kommt entweder das gesetzliche Erbrecht oder eine frühere Verfügung von Todes wegen zum Tragen.

Die Ungültigkeit einer Verfügung kann zudem zeitlich unbefristet als Einrede in einem gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden. Dies ergibt sich aus Art. 521 Abs. 3 ZGB. In der Literatur wird jedoch hervorgehoben, dass diese prozess-taktische Vorgehensweise bestimmten Fallkonstellationen – beispielsweise der Geltendmachung von Herausgabe- oder Teilungsansprüchen – durch die Gegenseite vorbehalten ist und insbesondere nur ein Verteidigungsmittel darstellt⁴³⁷.

⁴³² Druey, Grundriss § 15 N 16.

⁴³³ Zu den verwendeten Begrifflichkeiten „Erbbescheinigung“ bzw. „Erbenschein“ vgl. Druey, Grundriss § 15 N 16.

⁴³⁴ Basler Kommentar-Karrer Art. 559 N 45f.

⁴³⁵ Piotet SPR IV/2 § 92 III, S. 740f.; Druey, Grundriss § 15 N 16.

⁴³⁶ Abt, S. 55.

⁴³⁷ Druey, Grundriss § 12 N 55; Brückner/Weibel Rn 18.

Die Kommentarliteratur zur Nichtigkeit und Ungültigkeit von Verfügungen legt den Schluss nahe, dass der Kläger bei Vorliegen der Voraussetzungen der Ungültigkeitsklage diese vorrangig erheben muss und im Rahmen der Ungültigkeitsklage auch die Nichtigkeit der Verfügung vorbringen muss⁴³⁸. Gegebenenfalls wird dann im Rahmen der Ungültigkeitsklage die Nichtigkeit der Verfügung gerichtlich festgestellt werden⁴³⁹.

3. Herabsetzungsklage

Pflichtteilsverletzungen werden durch die Herabsetzung der pflichtteilsverletzenden letztwilligen Verfügung und Einweisung des Berechtigten in Höhe seiner Pflichtteilsquote als Erbe geahndet. Eine Pflichtteilsverletzung liegt dann vor, wenn ein Pflichtteilerbe vollständig enterbt wird, weniger als seinen Pflichtteil zugewiesen erhält oder wenn der Pflichtteil mit Vermächtnissen, wertvermindernden Auflagen oder Bedingungen beschwert ist⁴⁴⁰.

Die Herabsetzungsklage ist in Art. 522 ff. ZGB⁴⁴¹ geregelt und muss binnen eines Jahres ab dem Zeitpunkt, da der pflichtteilsberechtigte Erbe von der Verletzung seiner Rechte Kenntnis erlangt hat, erhoben werden, vgl. Art. 533 ZGB. Voraussetzung der Herabsetzungsklage ist neben der Pflichtteilsverletzung die Gültigkeit der Verfügung. Die Verfügung darf also nicht bereits erfolgreich mit der Ungültigkeitsklage angegriffen worden sein. Die erfolgreiche Herabsetzungsklage führt zur Einweisung des pflichtteilsberechtigten Erben in Höhe seiner Pflichtteilsquote als Erbe in seine Erbenposition. Die angegriffene Verfügung wird nicht für

⁴³⁸ Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 519, 520 N 4.

⁴³⁹ Abt/Weibel-Tarnutzer-Münch/Abt Art. 519 N 8,9; Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 519, 520 N 5ff.

⁴⁴⁰ Hausheer/Aebi-Müller S. 219.

⁴⁴¹ Zentrale Vorschrift ist Art. 522 ZGB. Dieser lautet wie folgt:

Art. 522 Herabsetzungsklage

I. Voraussetzungen

1. Im Allgemeinen

⁽¹⁾ Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten, so können die Erben, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhalten, die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Mass verlangen.

⁽²⁾ Enthält die Verfügung Bestimmungen über die Teile der gesetzlichen Erben, so sind sie, wenn kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist, als blosse Teilungsvorschriften aufzufassen.

ungültig erklärt, sondern „lediglich“ soweit reduziert, bis der Pflichtteilsberechtigte in Höhe der ihm zustehenden Quote in seinen Pflichtteil eingewiesen werden kann.

Der vollständig übergangene Erbe erwirbt die Erbenstellung erst durch die Gestaltungskraft des Herabsetzungsurteils⁴⁴². Mit dem Gestaltungsurteil hat der Pflichtteilsberechtigte die Erbenstellung inne und hat – gegebenenfalls gemeinschaftlich mit den Miterben – Eigentum am Nachlass. Soweit er jedoch keinen Besitz an der Erbschaft hat, muss er hinsichtlich der tatsächlichen Herausgabe des Nachlasses gegenüber einem „besitzenden Nicht-Erben“⁴⁴³ gleichzeitig Erbschaftsklage gemäß Art. 598 ZGB erheben⁴⁴⁴. Gegenüber den Miterben muss er nach der erfolgreichen Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage wegen der gesamthänderischen Verbundenheit der Erben bis zur Aufteilung des Nachlasses die unverjährbare Erbteilungsklage erheben⁴⁴⁵.

Ist der Pflichtteilsberechtigte zwar als Erbe eingesetzt, unterschreitet sein Erbteil aber die Pflichtteilsquote, erreicht er durch die Herabsetzungsklage die Erhöhung seiner eigenen Erbquote bis zur Höhe des Pflichtteils und die anteilmäßige Herabsetzung der Erbteile der übrigen Miterben⁴⁴⁶.

Hat der Pflichtteilsberechtigte einen Erbteil zugewiesen bekommen und ist dieser mit Belastungen wie z.B. einem Vermächtnis versehen, muss er diese nicht hinnehmen, sofern ihm nicht im wirtschaftlichen Gesamtergebnis der Wert seines Pflichtteils belassen wird. Durch die Herabsetzungsklage erreicht der Berechtigte die Sanktion der Pflichtteilsverletzung, d.h. „Auffüllung“ des Pflichtteils⁴⁴⁷ durch Beseitigung der Belastungen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist daher zunächst zu untersuchen, ob die Verwirkungsklauseln bereits zur Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung des Erblassers führen. Erst wenn dies verneint wird, kommt die Prüfung der Voraussetzungen der

⁴⁴² Druey, Grundriss § 6 N 12, N 39; Piotet SPR IV/1 § 53 II S. 379; Basler Kommentar – Forni/Piatti, vor Art. 522-533 N 2; Hausheer/Aebi-Müller S. 219.

⁴⁴³ Brückner/Weibel Rn 111ff.

⁴⁴⁴ Druey, Grundriss § 13 N 36ff.; Brückner/Weibel Rn 60; Basler Kommentar – Forni/Piatti vor Art. 522-533 N 12.

⁴⁴⁵ Brückner/Weibel Rn 114, Rn 200f., 211; Basler Kommentar – Forni/Piatti vor Art. 522-533 N 12.

⁴⁴⁶ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Lorenz S. 76 N 90; Druey, Grundriss § 6 N 69; Brückner/Weibel Rn 66.

⁴⁴⁷ Druey, Grundriss § 6 N 69.

Herabsetzungsklage und damit auch die Untersuchung einer Pflichtteilsverletzung durch die Verwirkungsklauseln in Betracht.

4. Verbindung mehrerer Klaganträge

Möglich ist es, die Ungültigkeits- und die Herabsetzungsklage durch einen Hauptantrag (gerichtet auf Ungültigkeit) und einen Hilfsantrag (gerichtet auf Herabsetzung) zu verbinden⁴⁴⁸. Da beide Klagen fristgebunden sind, wird dies sogar als sinnvoll erachtet, um nicht die Unzulässigkeit der Klage wegen Verfristung zu riskieren⁴⁴⁹. Das Bundesgericht hat die Verbindung des vorrangig geltend zu machenden Anspruchs auf Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügung mit dem subsidiär greifenden Herabsetzungsbegehren durch den Pflichtteilsberechtigten ausdrücklich für zulässig erachtet⁴⁵⁰.

Beiden Klagen ist gemeinsam, dass die Rechtsfolgen der Ungültigkeit bzw. Herabsetzung der Verfügung von Todes wegen erst nach erfolgreicher Klage mit dem jeweiligen Gestaltungsurteil eintreten⁴⁵¹. Erhebt der Berechtigte die jeweilige Klage nicht fristgerecht, ist die Verfügung von Todes wegen wirksam und wird auch dann als gültig behandelt, wenn sie gegen geltendes Recht verstößt⁴⁵².

IV. Schutz des Berechtigten über Art. 522 ff. ZGB – „dem Werte nach“

Nach Art. 522 ZGB kann nur derjenige, der nicht „dem Werte nach“ seinen Pflichtteil erhält, die Herabsetzung verlangen; anderenfalls entfällt das Klagrecht⁴⁵³. Mit dieser Bestimmung wird dem Erblasser die Möglichkeit an die Hand gegeben, einen unliebsamen und unerwünschten Pflichtteilsberechtigten von der Erbschaft fernzuhalten. Stehen dem Erblasser-Gesellschafter neben der Unternehmensbeteiligung ausreichend weitere (liquide) Mittel zur Verfügung, mit denen unerwünschte

⁴⁴⁸ Beck S. 113.

⁴⁴⁹ Beck S. 113.

⁴⁵⁰ Das BG führt wörtlich aus: „Der Pflichtteilserbe, der sich durch eine letztwillige Verfügung benachteiligt fühlt, kann in erster Linie die Ungültigerklärung der Verfügung verlangen, wenn er diese für mangelhaft hält, und subsidiär deren Herabsetzung; dringt er mit seinem Hauptantrag durch, erlangt er nicht nur seinen Pflichtteil, sondern vielmehr seinen gesetzlichen Erbteil“ (BGE 119 II 208, 211, Erwägung 3cc); ebenso Brückner/Weibel Rn 69.

⁴⁵¹ Druey, Grundriss § 6 N 39 unter Verweis auf BGE 98 Ib 92 Erw. 3 und § 12 N 39.

⁴⁵² Brückner/Weibel Rn 69; Druey, Grundriss § 12 N 41.

⁴⁵³ Hausheer/Aebi-Müller S. 227.

Pflichtteilsberechtigte bedacht werden können, kann er die Erhebung der Herabsetzungsklage verhindern. Dem Erblasser stehen hierbei verschiedene Gestaltungsvarianten zur Verfügung.

Zunächst kann er den weichenden Erben⁴⁵⁴ den Pflichtteil dem Werte nach durch Zuwendungen unter Lebenden, also vor dem Tod des Erblassers zukommen lassen⁴⁵⁵.

Sodann kann er nach der herrschenden Meinung die Zuwendung, durch welche die Herabsetzungsklage ausgeschlossen wird, auch durch Verfügungen von Todes wegen – beispielsweise durch Aussetzung von (Kapital-) Vermächnissen oder Zuweisung bestimmter Gegenstände durch Teilungsvorschriften – bewirken⁴⁵⁶.

Bei der ersten Möglichkeit kann der Erblasser dem Berechtigten ein Vermächtnis in Höhe seiner Pflichtteilsquote aussetzen, um die Erhebung der Herabsetzungsklage zu verhindern. Wird dem Berechtigten der Wert des Pflichtteils als Vermächtnis zugewandt, kann er sich durch Ausschlagung des Vermächnisses nicht die Erhebung der Herabsetzungsklage ermöglichen; denn in diesen Fällen sieht die herrschende Meinung in der Ausschlagung des Vermächnisses zugleich einen Verzicht auf die Erbenstellung und sogar insgesamt auf einen „Erwerb aus der Erbschaft“⁴⁵⁷.

Im Fall der Anordnung von Teilungsvorschriften kann der Erblasser einem Erben die Mitgliedschaft an seinem Unternehmensanteil zuweisen, und die anderen pflichtteilsberechtigten Erben im Rahmen von Teilungsvorschriften auf andere Nachlassgegenstände verweisen, sofern diese wertmäßig dem jeweiligen Pflichtteil

⁴⁵⁴ Weichende Erben/Pflichtteilsberechtigte sind diejenigen, die nicht im Rahmen der Erbfolge in die Mitgliedschaft nachfolgen sollen.

⁴⁵⁵ Druey, Grundriss § 6 N 70; Hausheer/Aebi-Müller S. 227.

⁴⁵⁶ Abt/Weibel-Hrubesch-Millauer Art. 522 N 2; Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 522 N 1 unter Verweis auf BGE 56 II 17,20; BGE 67 II 100,105; BGE 70 II 142,147; Piotet SPR IV/1 § 53 II, § 66 V; Berner Kommentar – Weimar, vor Art. 470 N 19-24; Druey, Grundriss § 6 N 70; Hausheer/Aebi-Müller S. 227; a.A. die ältere Literatur, nach welcher insbesondere Vermächnisse die Herabsetzungsklage nicht ausschließen (Escher Art. 522 N 6; Berner Kommentar 1952-Tuor Art. 522 N 9).

⁴⁵⁷ An Stelle vieler etwa Basler Kommentar – Forni-Piatti Art. 522 N 4.

entsprechen⁴⁵⁸. Da die Berechtigten auch hier dem Wert nach ihren Pflichtteil erhalten, ist eine Erhebung der Herabsetzungsklage ausgeschlossen.

Im Regelfall wird jedoch die Gesellschaftsbeteiligung den Löwenanteil des erblasserischen Vermögens ausmachen. Druey fasst die pflichtteilsrechtliche Problematik im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge treffend und knapp wie folgt zusammen: „Insgesamt erscheint ... das Pflichtteilsrecht als das Problem Nummer 1 bei der Nachfolgeplanung im Gebiet des Erbrechts. Und zwar muss man sagen: Je blühender die Familie und je blühender das Unternehmen, desto akzentuierter sind diese Probleme...“⁴⁵⁹. In einem Großteil der Fälle werden nicht in ausreichendem Maß weitere (liquide) Mittel zur Verfügung stehen, um die weichenden Pflichtteilsberechtigten abzufinden. Es werden allein aufgrund der Größe des Gesellschaftsanteils regelmäßig Herabsetzungsklagen der übergangenen Pflichtteilsberechtigten zu erwarten sein. Problematisch sind dabei nur die Fälle, in denen der Gesellschaftsanteil die disponible Quote übersteigt.

Hat der Erblasser den Pflichtteil des Berechtigten dadurch verletzt, dass er den Nachfolger mit einer Erbquote eingesetzt hat, die über die disponible Quote hinausgeht, wird die zu hohe Erbquote so weit herabgesetzt, bis der Mindestteilhaberechtigte in Höhe der ihm zustehenden Quote eingesetzt werden kann⁴⁶⁰.

Hier stellt sich die Frage, ob der Erblasser mit einer Verwirkungsklausel seine Erben dazu anhalten kann, die von ihm gewünschte Verteilung des Nachlasses zu akzeptieren und insbesondere die Erhebung der Herabsetzungsklage verhindern kann. Diese Frage findet in der weiteren Bearbeitung besondere Berücksichtigung.

V. Schutz des Berechtigten über Art. 486 und Art. 526 ZGB

Werden die Pflichtteile der Berechtigten verletzt, weil der Erblasser den Gesellschaftsanteil dem Nachfolger per Vermächtnis zukommen lässt und dabei die dis-

⁴⁵⁸ Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 522 N 1 unter Verweis auf BGE 56 II 17,20; BGE 67 II 100,105; BGE 70 II 142,147.

⁴⁵⁹ Druey, Erbrechtliche Schranken S. 65.

⁴⁶⁰ Brückner/Weibel Rn 66.

ponible Quote überschreitet, sind die Vorschriften des Art. 486 ZGB⁴⁶¹ und Art. 526 ZGB⁴⁶² zu beachten.

1. Herabsetzbarkeit von Vermächtnissen, Art. 486 ZGB

Der Anwendungsbereich des Art. 486 ZGB erfasst Konstellationen, in denen der Erblasser über einen Vermögensbestandteil (beispielsweise über einen Gesellschaftsanteil) im Wege eines Vermächtnisses verfügt. Art. 486 Abs. 1 ZGB führt zur Herabsetzbarkeit des Vermächtnisses, wenn dieses die verfügbare Quote übersteigt. Diese Vorschrift ist bezüglich der dritten Alternative (das Vermächtnis übersteigt die verfügbare Quote) eigentlich rein klarstellender Natur, da derartige Sachverhalte, d.h. Fälle, in denen der Erblasser mehr als die disponible Quote verteilt und damit Pflichtteilsrechte verletzt hat, bereits von Art. 522 Abs. 1 ZGB erfasst werden. Die Zuwendungen, welche die disponible Quote übersteigen, unterliegen ohnehin der Herabsetzung. Eine eigenständige Bedeutung kommt der Vorschrift hauptsächlich in den Fällen des Art. 486 Abs. 1 Variante 1 (das Vermächtnis übersteigt die Erbschaft) und Variante 2 (das Vermächtnis übersteigt den Betrag der Zuwendung an den Beschwernten) zu.

Im vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass auch die vermächtnisweise Zuwendung von Nachlassgegenständen der Herabsetzung unterliegt.

⁴⁶¹ Die Vorschrift lautet wie folgt: **Art. 486**

III. Verhältnis zur Erbschaft

- ⁽¹⁾ *Übersteigen die Vermächtnisse den Betrag der Erbschaft oder der Zuwendung an den Beschwernten oder den verfügbaren Teil, so kann ihre verhältnismässige Herabsetzung verlangt werden.*
- ⁽²⁾ *Erleben die Beschwernten den Tod des Erblassers nicht, oder sind sie erbunwürdig, oder erklären sie die Ausschlagung, so bleiben die Vermächtnisse gleichwohl in Kraft.*
- ⁽³⁾ *Hat der Erblasser ein Vermächtnis zugunsten eines der gesetzlichen oder eingesetzten Erben aufgestellt, so kann dieser es auch dann beanspruchen, wenn er die Erbschaft ausschlägt.*

⁴⁶² Dieser lautet wie folgt: **Art. 526**

2. Vermächtnis einer einzelnen Sache

Gelangt das Vermächtnis einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, zur Herabsetzung, so kann der Bedachte entweder gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sache selbst oder anstatt der Sache den verfügbaren Betrag beanspruchen.

2. Durchführung der Herabsetzung bei Vermächtnissen, Art. 526 ZGB

Kann die per Vermächtnis zugewiesene Sache oder der Gegenstand geteilt werden, erhält der Mindestteilhabereberechtigte soviel hiervon, bis sein Pflichtteilsanspruch befriedigt ist; der überschüssende Teil, der nicht durch Pflichtteilsberechtigte eingefordert werden kann, kommt dem Vermächtnisnehmer zu⁴⁶³.

Ist der durch Vermächtnis zugewendete Gegenstand unteilbar und überschreitet die Zuwendung die disponible Quote des Nachlasses, räumt das schweizerische Recht dem Empfänger der unteilbaren Sache im Erbgang ein Wahlrecht ein. Nach Art. 526 ZGB kann der Bedachte die Sache entweder selbst beanspruchen und die Noterben in Geld abfinden oder er kann den Gegenstand den Noterben herausgeben und stattdessen den verfügbaren „Anteil“ an der Sache in Geld von den Noterben verlangen⁴⁶⁴.

Das Wahlrecht steht nicht dem Pflichtteilsberechtigten zu, sondern dem Vermächtnisnehmer, wobei die Vorschrift dispositiver Natur ist, d.h. der Erblasser kann das Wahlrecht auch dem Beschwerten zusprechen⁴⁶⁵. Durch die Vorschrift soll sichergestellt werden, dass der Pflichtteilsberechtigte den vollen Wert des Pflichtteils ohne Abschläge erhält. Zwar kommt dem Pflichtteilsberechtigten – je nach Ergebnis der Wahl – nur der Wert und nicht die dingliche Noterbenstellung bezüglich des vermachten Gegenstandes zu. Dass dies aber ausreichend ist, ergibt sich bereits aus der Formulierung des Art. 522 ZGB. Die Vorschrift des Art. 526 ZGB regelt somit die Herabsetzungsmodalitäten für den Sonderfall der Zuwendung eines unteilbaren Vermächtnisses.

⁴⁶³ Brückner/Weibel Rn 67.

⁴⁶⁴ Tuor/Schnyder § 68 N 51; Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 526 N 1.

⁴⁶⁵ Piotet SPR IV/1 § 64 II S. 460; Escher Art. 526 N 4; Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 526 N 4.

§ 9 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

I. Gesellschaftsformen

In der schweizerischen Eidgenossenschaft existieren neben der einfachen Gesellschaft die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie die stille Gesellschaft⁴⁶⁶ als Ausprägungen der Personengesellschaft.

Die einfache Gesellschaft ist der BGB-Gesellschaft im deutschen Recht vergleichbar, die Kollektivgesellschaft entspricht in etwa der deutschen OHG. Die Kommanditgesellschaft ähnelt der deutschen KG, so dass auf nähere Ausführungen zu den Gesellschaftsformen verzichtet werden kann. Die einfache Gesellschaft ist gemäß Art. 530 OR für den Gesamtbereich des Gesellschaftsrechts als Grund- und Subsidiärform ausgestaltet⁴⁶⁷. Je nach Gesellschaftstypus zieht das Versterben eines Gesellschafters verschiedene gesetzliche Rechtsfolgen nach sich.

Mischformen zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, wie sie in Deutschland beispielsweise mit der GmbH & Co. KG vorkommen, existieren in der Schweiz nicht, da gemäß Art. 594 Abs. 2 schweizerisches OR ausschließlich natürliche Personen unbeschränkt haftende Gesellschafter sein können⁴⁶⁸.

Die Gesellschaften nehmen in ihren verschiedenen Formen in unterschiedlicher Stärke am Wirtschaftsleben teil. In der Schweiz dominieren die Einzelfirmen, gefolgt von den Kapitalgesellschaften. Während sich in der Bundesrepublik die Kapitalgesellschaften und die Personengesellschaften jedoch in etwa prozentual die Waage halten, sind in der Schweiz die Personengesellschaften mit lediglich 3,47% schon fast unterrepräsentiert. Diese Prozentzahlen basieren auf der letzten Betriebszählung aus dem Jahr 2008. Das Bundesamt für Statistik veröffentlichte hierzu folgende Zahlen⁴⁶⁹:

⁴⁶⁶ Die stille Gesellschaft - eine reine Innengesellschaft, bei der lediglich der Hauptgesellschafter nach außen hin auftritt - stellt einen Unterfall der einfachen Gesellschaft dar und wird daher in der weiteren Bearbeitung nicht gesondert aufgeführt.

⁴⁶⁷ Auf die Regelungen bezüglich der einfachen Gesellschaft wird dabei regelmäßig gemäß Art. 557 Abs. 2 sowie Art. 598 Abs. 2 OR auch in Bezug auf die weiteren Personengesellschaften wie die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zurückgegriffen.

⁴⁶⁸ Zu dieser Besonderheit des deutschen Rechts vgl. Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, Einl v § 105 Rn 17, die ausdrücklich auf die Unzulässigkeit im schweizerischen Recht verweisen.

⁴⁶⁹ Quelle: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/01/rechtsnorm.html, besucht am 27.10.2010.

Anzahl marktwirtschaftlicher Unternehmen nach Rechtsform 2008 CH			
Rechtsform	Sektor 2	Sektor 3	Total
Total	73.064	239.797	312.861
Einzelfirmen	29.993	112.553	142.546
Kollektivgesellschaften	1.731	6.275	8.006
Kommanditgesellschaften	298	1.020	1.318
Aktiengesellschaften	26.612	60.353	86.965
GmbH	13.275	44.742	58.017
Genossenschaften	236	1.585	1.821
Andere	919	13.269	14.188

Quelle: Betriebszählung 2008, Stand der Daten: 29.3.2010

Auch bei den Neugründungen in der Schweiz setzt sich diese Verteilung auf die einzelnen Unternehmensformen fort. So entfielen im Jahr 2007 lediglich 3,1% der neugegründeten Unternehmen auf die Personengesellschaften, wohingegen die Kapitalgesellschaften mit 58,4% wiederum auffallend häufig vertreten waren⁴⁷⁰.

Ebenso wie in Deutschland dürfte in der Schweiz die Zahl der „ungeregelten“ Nachlässe diejenige von geplanten Überführungen des Vermögens auf die nächste Generation deutlich überwiegen. Breitschmid spricht davon, es sei lediglich von einer Testierquote von einem Viertel bis zu einem Drittel auszugehen⁴⁷¹.

II. Gesetzliche Rechtslage beim Tod eines Gesellschafters

Die einfache Gesellschaft wird gemäß Art. 545 Abs. 1 Ziffer 2 OR und die Kollektivgesellschaft in entsprechender Anwendung gemäß Art. 574 in Verbindung mit Art. 545 Abs. 1 Ziffer 2 OR beim Ausscheiden/Tod auch nur eines Gesellschafters aufgelöst⁴⁷², sofern keine abweichende vertragliche Regelung besteht⁴⁷³. Durch den

⁴⁷⁰ Quelle: Statistik zu den neu gegründeten Unternehmen 2008, Medienmitteilung vom 30.7.2010, besucht am 27.10.2010, abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=34432>.

⁴⁷¹ Basler Kommentar – Breitschmid, vor Art. 467-536 N 18.

⁴⁷² Meier-Hayoz § 12 N 13, N 92.

⁴⁷³ Meier-Hayoz § 12 N 13, N 93,94.

Tod eines Gesellschafters wird die verbundene Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft umgewandelt. Die Erben erwerben (gegebenenfalls als Erbengemeinschaft) – gestützt auf Art. 560 ZGB – eine unmittelbare dingliche Berechtigung an sämtlichen Werten des Gesellschaftsvermögens und treten als Liquidationsgesellschaft in die Gesellschaft ein⁴⁷⁴.

Bei der Kommanditgesellschaft wird die Gesellschaft nur beim Tod eines Komplementärs aufgelöst und in eine Abwicklungsgesellschaft umgewandelt. Der Kommanditär⁴⁷⁵ scheidet demgegenüber mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus, Art. 619 Abs. 2 OR. Die Gesellschaft besteht fort.

III. Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln

Die Auflösung der Gesellschaft beim Tod eines (persönlich haftenden) Personengesellschafters kann durch gesellschaftsvertragliche Klauseln verhindert werden⁴⁷⁶. An dieser Stelle steht – vor dem Hintergrund der geschilderten Problematik im deutschen Recht – die Frage im Mittelpunkt, ob in der Schweiz im Falle der Nachfolgeklauseln eine Übertragung des Gesellschaftsanteils auf gesellschaftsrechtlichem oder erbrechtlichem Weg erfolgt. Weiter stellt sich die Frage, ob die Erbengemeinschaft im Rahmen der Universalsukzession in die Gesellschaft eintritt, oder ob auch im schweizerischen Recht eine Sondererbfolge zugelassen wird. Sollte

⁴⁷⁴ BGE 119 II 123 f., 124 = ZBGR 74 S. 371: Zwar sei die Gesellschafterstellung wegen ihrer höchstpersönlichen Natur grundsätzlich unübertragbar und unvererblich. Werde die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters aber aufgelöst und bestehe nur noch als Abwicklungsgesellschaft fort, entfalle der Grund für die Unvererblichkeit, da die Gesellschaft nunmehr nur noch auf absehbare Zeit mit dem einzigen Zweck der Liquidation fortbestehe. Ebenso Wolf SZGB 2000, 17, 19.

⁴⁷⁵ Im schweizerischen Sprachgebrauch wird durchgängig vom Kommanditär und nicht – wie dies im deutschen Raum üblich ist – vom Kommanditisten gesprochen.

⁴⁷⁶ Üblich sind sowohl Fortsetzungs-, Nachfolge- und Eintrittsklauseln. Fortsetzungsklauseln regeln das Ausscheiden der Erben aus der Gesellschaft und den Verweis auf einen Abfindungsanspruch gegenüber der Gesellschaft. Die Gesellschaft soll nach den gängigen vertraglichen Regelungen nicht aufgelöst, sondern unter Ausschluss der Erben unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werden (von Greyerz S. 79; Basler Kommentar-Staehelin OR Art. 545/546 N 12 unter Verweis auf BGE 100 II 379). In erbrechtlicher Hinsicht ist die Fortsetzungsklausel für die vorliegende Bearbeitung uninteressant, da keine gesonderten erbrechtlichen Verfügungen erforderlich sind (ebenso von Greyerz S. 79).

Eintrittsklauseln verschaffen dem Berechtigten einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eintritt (Wolf SZGB 2000, 18; von Greyerz S. 82; Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 107 ff.) in die Gesellschaft. Auch hier besteht kein im vorliegenden Zusammenhang interessierender erbrechtlicher Handlungsbedarf.

sich der Erwerb bereits auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage vollziehen, bestünde kein gesonderter erbrechtlicher Handlungsbedarf und kein Bedürfnis nach letztwilligen Verfügungen des Erblassers. Dieses besteht lediglich im Fall des erst durch das Erbrecht herbeigeführten Überganges des Gesellschaftsanteils.

1. Gestaltungsvarianten (einfache und qualifizierte Klauseln)

Durch Nachfolgeklauseln vereinbaren die Gesellschafter nach schweizerischem Recht im Gesellschaftsvertrag die Weiterführung der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters. Ebenso wie in Deutschland kann die Klausel als einfache Nachfolgeklausel ausgestaltet sein, bei welcher alle Erben dem Erblasser nachfolgen können, oder als qualifizierte Nachfolgeklausel, bei der nur bestimmte Erben als Nachfolger zugelassen werden⁴⁷⁷. In beiden Fällen wird die Auflösung der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters verhindert und die Gesellschaft besteht als werbende Gesellschaft fort⁴⁷⁸.

2. Rechtliche Einordnung und Wirkung

Nach überwiegender Ansicht erfolgt im Falle der Nachfolgeklauseln ein Übergang der Gesellschafterstellung im Rahmen des Erbrechts⁴⁷⁹. Die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Nachfolgeklausel stellt die Gesellschafterstellung lediglich vererblich, vererbt sie aber noch nicht. Der Erwerb erfolgt erst im Rahmen des Erbgangs auf der Grundlage einer Verfügung von Todes wegen oder aufgrund gesetzlicher Erbfolge⁴⁸⁰. Neuerdings vertreten Wolf und Berger-Steiner – jedoch ohne nähere Erläuterung oder Begründung – die Auffassung, es handele sich bereits bei der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag um eine Verfügung von Todes wegen⁴⁸¹. Diese Ansicht wird allerdings, soweit ersichtlich, nur von diesen beiden Autoren vertreten.

⁴⁷⁷ Basler Kommentar – Staehelin Art. 545/546 OR N 10.

⁴⁷⁸ Wolf, SZGB 2000, 20.

⁴⁷⁹ Druey, Grundriss § 8 N 47; Basler Kommentar – Staehelin Art. 545/546 OR N 10.

⁴⁸⁰ Basler Kommentar-Staehelin OR Art. 545/546 N 10; von Steiger S. 427, Anm. 241; von Greyerz S. 91; a.A. Schaub SAG 56 (1984), 17 ff., der diese Konstruktion ablehnt und fordert, dass die Erben gemeinsam mit den (überlebenden) Gesellschaftern noch zu Lebzeiten einen Vertrag über die Nachfolge schließen müssen.

⁴⁸¹ Wolf/Berger-Steiner in Süß/Haas S. 1358 N 114.

Hinterlässt der Erblasser-Gesellschafter nur einen einzigen, d.h. einen Alleinerben, wird dieser kraft der Nachfolgeklausel mit dem Erbgang eo ipso Gesellschafter⁴⁸². Der Erwerb vollzieht sich unproblematisch auf rein erbrechtlichem Weg im Rahmen der Universalsukzession.

Existieren mehrere Erben, stellt sich die Situation komplizierter dar. Hier wird in der Schweiz gelegentlich erörtert, ob aus gesellschaftsrechtlichen Gründen zugunsten einer Sondererbfolge von der Universalsukzession abzuweichen ist. Hintergrund sind die Regelungen Art. 552 I OR für die Kollektivgesellschaft und Art. 594 II OR für die Kommanditgesellschaft, nach welchen nur natürliche Personen persönlich haftende Gesellschafter sein können. Aus diesem und weiteren Gründen, auf die hier im Einzelnen nicht näher eingegangen werden soll, wird in der Schweiz – wenn auch zurückhaltend – die Konstruktion einer Sondererbfolge bezüglich des Gesellschaftsanteils diskutiert⁴⁸³. Bereits die ältere Literatur vertrat jedoch überwiegend die Auffassung, die Mitgliedschaft falle zunächst an die Erbengemeinschaft, d.h. die Erbengemeinschaft trete in die Gesellschafterstellung ein⁴⁸⁴.

Es bestehe kein Grund, für die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen eine vom Gesamthandprinzip abweichende Regel aufzustellen. Recht lapidar wird darauf hingewiesen, die Erbengemeinschaft sei „trotz mangelnder Rechtsfähigkeit und einer gewissen Schwerfälligkeit im Handeln durchaus in der Lage, sogar Kollektivgesellschaftlerin oder Komplementärin“ zu sein⁴⁸⁵. Das Argument, die Erbengemeinschaft könne nicht als Einheit am Rechtsverkehr teilnehmen, wird nicht als ausschlaggebend empfunden. Vielmehr wird dieser ausdrücklich die Fähigkeit zu-

⁴⁸² Wolf SZGB 2000, 20 für die einfache Gesellschaft. Auf die Normierungen der einfachen Gesellschaft wird nach dem Subsidiaritätsprinzip zurückgegriffen, sofern für die anderen Gesellschaftsformen keine Sonderregelungen existieren. Daher gelten die Ausführungen für diese grundsätzlich entsprechend. Siehe auch von Greyerz S. 93: Der Erbe wird mit dem Erbgang unmittelbar Gesellschafter und ist „im Rahmen des Gesellschaftsvertrages auf die Gesellschaft verpflichtet“.

⁴⁸³ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 140 ff., S. 154 ff.; von Greyerz S. 92.

⁴⁸⁴ von Greyerz S. 92, S. 94; Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 141; von Steiger S. 427; a.A. wohl Wolf, nach dem eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer werbenden (einfachen) Gesellschaft sein könne. Wolf stellt im Wesentlichen darauf ab, wegen der Höchstpersönlichkeit der Mitgliedschaft sei die Übertragung auf eine Gemeinschaft nicht möglich. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Gesellschaft entweder aufgelöst werden muss bzw. die Sondererbfolge zu befürworten ist.

⁴⁸⁵ von Greyerz S. 94; Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 140ff.

gesprochen, personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte auszuüben⁴⁸⁶. Sichergestellt werden soll die Einstimmigkeit in der Erbengemeinschaft durch die Bestellung eines Erbenvertreters gemäß Art. 602 Abs. 3 ZGB⁴⁸⁷.

Auch die jüngere Literatur spricht der Erbengemeinschaft die Fähigkeit zu, in die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters einzutreten⁴⁸⁸.

Das im deutschen Recht hervorgehobene Argument der erforderlichen persönlichen und unbeschränkten Haftung eines Personengeschafters wird abgelehnt. Zur Begründung wird Art. 610 Abs. 3 ZGB herangezogen, nach welchem die völlige Schuldentilgung vor der Erbteilung verlangt wird⁴⁸⁹. Zusätzlich gestützt wird diese Auffassung durch die grundsätzlich solidarische Haftung der Erben noch über die Erbteilung hinaus⁴⁹⁰. Allerdings ist auch nach dieser Ansicht die Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft nicht auf Dauer angelegt. Im Rahmen der Erbteilung muss die Mitgliedschaft demjenigen Erben zugewiesen werden, der zur Fortsetzung geeignet und willig ist⁴⁹¹.

Ein Grund für die Ablehnung der Sondererbfolge findet sich im erbrechtlichen Haftungsgefüge in der Schweiz. Nach dem ZGB haften die Erben grundsätzlich unbeschränkt mit ihrem eigenen Vermögen, da im Rahmen der Universalsukzession das Vermögen des Erblassers mit demjenigen des Erben verschmilzt⁴⁹². Der Erbe kann sich unter Umständen selbst durch eine Ausschlagung der Erbschaft nicht vollumfänglich von der Haftung befreien⁴⁹³. Eine Beschränkung der Erben-

⁴⁸⁶ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 143.

⁴⁸⁷ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 143: Art. 584 OR, der die Wahl eines Erbenvertreters durch die Erben für die Abwicklung der in Liquidation befindlichen Kollektivgesellschaft vorschreibe, sei hingegen jedoch nicht auf die Erbengemeinschaft – auch nicht analog – anwendbar (Hausheer S. 144).

⁴⁸⁸ Meier-Hayoz § 3 N 32, S. 95 unter Verweis auf D. Zobl: Änderungen im Personenstand von Gesamthandschaften, Diss. Zürich, 1973 = ZBR 418, 65ff., 96 ff., 128 ff.; Berner Kommentar OR-Fellmann/Müller, Art. 530 N 19.

⁴⁸⁹ Artikel 610 Abs. 3 ZGB bestimmt: „Jeder Miterbe kann verlangen, dass die Schulden des Erblassers vor der Teilung der Erbschaft getilgt oder sichergestellt werden“.

⁴⁹⁰ Hausheer Unternehmensnachfolge S. 45 f.

⁴⁹¹ von Greyerz S. 94; Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 140ff.

⁴⁹² Basler Kommentar-Wissmann vor Art. 580-592 N 3.

⁴⁹³ Der Erbe hat zwar grundsätzlich die Möglichkeit, bei einem überschuldeten Nachlass das Erbe auszuschlagen. Damit kann er sich jedoch nicht vollständig von der Haftung befreien, denn Art. 579 ZGB sieht vor, dass der Erbe auch im Fall der Ausschlagung im Umfang der Ausgleichspflicht für die innerhalb fünf Jahren vor dem Erbfall erhaltenen Zuwendungen haftet (Basler Kommentar-Wissmann Art. 579 N 1).

haftung auf die Erbmasse kommt nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht⁴⁹⁴. Solche Ausnahmen werden durch die Institutionen der amtlichen Liquidation gemäß Art. 593ff. ZGB sowie bei der Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar gemäß Art. 580 ZGB geregelt⁴⁹⁵.

Beim öffentlichen Inventar wird ein Verzeichnis über den Bestand der Aktiva und Passiva des Erblassers errichtet. Die volle persönliche und unbeschränkte Haftung der Erben mit dem eigenen Vermögen besteht nur für die bekannten und im Verzeichnis gelisteten Schulden des Erblassers; für die nicht inventarisierten Schulden ist die Haftung gänzlich ausgeschlossen (präkludiert) bzw. in Sonderfällen auf die dem Erben aus der Erbschaft zugekommenen Bereicherung beschränkt (Bereicherungshaftung)⁴⁹⁶. Mit dem öffentlichen Inventar wird vorrangig eine Beschränkung der Haftung der Erben auf die bekannten Forderungen herbeigeführt⁴⁹⁷.

Eine betragsmäßige Beschränkung der Haftung auf die Erbmasse kann nur unter den strengen Voraussetzungen der amtlichen Liquidation gemäß Art. 593 ff. ZGB erreicht werden. Bei dieser wird die Haftung der Erben unter Ausschluss der persönlichen Haftung für die Erbschafts- und Erbgangsschulden auf die Erbschaft beschränkt⁴⁹⁸. Im Gegenzug werden die Erbschaftsobjekte in natura dem Erbschaftsliquidator zur Verfügung gestellt, der diese regelmäßig veräußert und aus dem Erlös die Erbschaftsgläubiger befriedigt⁴⁹⁹.

Den Gläubigern des Erblassers ist aufgrund dieser Haftungskonstruktion nicht nur der Zugriff auf die Erbmasse, sondern auch auf das Vermögen der Erben eröffnet⁵⁰⁰. Dies führt zu einer deutlichen Besserstellung des Gläubigers, da ihm mit dem Vermögen der Erben zusätzliche Haftungsmassen zur Verfügung gestellt werden⁵⁰¹.

⁴⁹⁴ Tuor/Schnyder § 61 N 8, 14.

⁴⁹⁵ Basler Kommentar-Wissmann vor Art. 580-592 N 4.

⁴⁹⁶ Basler Kommentar-Wissmann vor Art. 580-592 N 13.

⁴⁹⁷ Die Erbenhaftung beim öffentlichen Inventar besteht grundsätzlich selbst dann, wenn die inventarisierten Schulden des Erblassers die Erbmasse übersteigen.

⁴⁹⁸ Das Nachlassvermögen stellt eine eigenständige Vermögensmasse dar, die getrennt vom Vermögen des Erben behandelt wird; die Sachhaftung ist auf die Erbschaft beschränkt, vgl. Tuor/Schnyder § 61 N 14.

⁴⁹⁹ Basler Kommentar-Wissmann vor Art. 593-597 N 4.

⁵⁰⁰ Tuor/Schnyder § 61 N 7.

⁵⁰¹ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 144.

Der im deutschen Recht zu beachtende § 139 HGB⁵⁰² findet im schweizerischen Recht kein gesetzliches Pendant. In der schweizerischen Literatur beschäftigt sich allein Hausheer in seiner Habilitationsschrift mit dem Argument des deutschen § 139 HGB für die Begründung einer Sondererbfolge. Da die Sondererbfolge zu einer Vervielfältigung der Mitgliedschaftsrechte führe, erweise sich dies als „trojanisches Pferd für die verbleibenden Gesellschafter“⁵⁰³. Abgestellt wird vor allem auf das Interesse der verbleibenden Gesellschafter am Erhalt des Bestands und insbesondere der Anzahl der Gesellschafter.

Selbst bei der qualifizierten Nachfolgeklausel, die durch den einheitlichen Übergang des Gesellschaftsanteils auf optimalerweise einen Nachfolger den personellen Bestand der Gesellschaft weitgehend schützt, soll keine Sondererbfolge eintreten. Bevorzugt wird vielmehr eine gesellschaftsrechtliche Konversionsklausel, durch welche die gesetzlichen Folgen des deutschen § 139 HGB durch vertragliche Vereinbarungen erreicht werden sollen. Die Mitgliedschaft wird bei dieser Vertragsgestaltung nur in Form einer Kommanditistenstellung vererblich gestellt⁵⁰⁴.

Die Zuweisung der Mitgliedschaft an den qualifizierten Erben soll durch Zuwendung im Rahmen einer Teilungsvorschrift erfolgen. Der qualifizierte Nachfolger erhält nach erfolgter Erbteilung aufgrund der Konversionsklausel lediglich die Stellung eines Kommanditisten. Durch ergänzende vertragliche Vereinbarung sollen die verbleibenden Gesellschafter diesem Erben die Umwandlung der Kommanditistenstellung in die eines Kollektivgesellschafters oder Komplementärs einräumen können⁵⁰⁵.

Als tragendes Argument für die Ablehnung der Sondererbfolge wird zudem der Wortlaut des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 BGB herangezogen, welcher vertragliche Regelungen gestatte, nach denen das Gesellschaftsverhältnis beim Tod eines Gesellschafters mit dessen Erben fortbestehen solle⁵⁰⁶.

⁵⁰² § 139 HGB gesteht dem Erben das Recht zu, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Umwandlung seines Anteils in einen Kommanditanteil abhängig zu machen.

⁵⁰³ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 149.

⁵⁰⁴ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 158.

⁵⁰⁵ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 158/159.

⁵⁰⁶ Berner Kommentar OR-Fellmann/Müller, Art. 530 N 409.

Eine Erbengemeinschaft kann im Ergebnis nach überwiegender Auffassung ebenso Mitglied einer einfachen Gesellschaft sein, als auch als Kollektivgesellschaftlerin bzw. Komplementärin im Rechtsverkehr auftreten⁵⁰⁷.

Das deutsche Hauptargument der beschränkbaren Haftung auf den Nachlass greift im schweizerischen Recht nicht durch, zumal insbesondere vom Institut des öffentlichen Inventars nur in geringem Umfang in der Praxis Gebrauch gemacht wird⁵⁰⁸. Die Argumente der Schwerfälligkeit im Handeln und des nur vorübergehenden Zwecks der Erbengemeinschaft werden nicht als schwerwiegend genug erachtet, um allein aufgrund dieser Argumente von der Universalsukzession abzuweichen.

Weder im Fall der einfachen noch der qualifizierten Nachfolgeklausel findet eine Sondererbfolge, wie sie im deutschen Recht befürwortet wird, statt. Die schweizerische Literatur hält streng am Grundsatz der Universalsukzession fest. Damit tritt unabhängig davon, ob eine einfache oder eine qualifizierte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag enthalten ist, immer zunächst die Erbengemeinschaft in die Gesellschafterstellung ein und wird Mitglied der weiterbestehenden werbenden Gesellschaft.

Die Nachfolgeklauseln verhindern damit auf gesellschaftsrechtlicher Ebene eine Auflösung der Gesellschaft beim Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters und ermöglichen die Übertragung des Gesellschaftsanteils im Rahmen des Erbgangs. Um die Übertragung zu bewirken, besteht jedoch erbrechtlicher Handlungsbedarf.

⁵⁰⁷ Eine Sonderstellung scheint einzig Schaub einzunehmen, der die Zulässigkeit der gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeklausel bestreitet, durch die der Gesellschaftsanteil vererblich gestellt wird (Schaub SAG 1984, 20, 29). Grundlage für diese Sicht ist, dass der Nachfolger nicht nur Rechte erhält, sondern ihm auch erhebliche Pflichten auferlegt werden, insbesondere die persönliche Haftung und Einbringung der vollen persönlichen Arbeitskraft. Als Lösung wird diskutiert, ob der Erblasser als Alternative zur Nachfolgeklausel durch Verfügung von Todes wegen den Erwerb des Nachlasses vom Beitritt zur Gesellschaft durch den Erben abhängig macht (Schaub SAG 1984, 20). Diese Konstruktion wertet Schaub jedoch als unsittliche und rechtswidrige Bedingung im Sinne des Art. 482 Abs.2 ZGB, die – auch wegen der enthaltenen pflichtteilsverletzenden Bedingung – ungültig sei. Er hält ein positives Mitwirken des Nachfolgeberechtigten auch im Falle einer Nachfolgeklausel für erforderlich. Soweit ersichtlich, wird diese Ansicht allein von Schaub vertreten, während die herrschende Meinung die Klauseln für zulässig erachtet.

⁵⁰⁸ Basler Kommentar-Wissmann vor Art. 580-592 N 4.

IV. Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten im Fall der Nachfolgeklauseln

Sofern die entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen vorliegen, kann der Unternehmer die Nachfolge im Erbgang durch letztwillige Verfügung regeln. Zwar schafft die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel die Voraussetzungen für eine Übertragung der Mitgliedschaft im Erbgang, diese vollzieht sich aber erst im Rahmen des Erbrechts auf der Grundlage einer entsprechenden Verfügung von Todes wegen.

Da die gesellschaftsvertraglichen Klauseln bindend festlegen, welche bzw. welcher der Erben dem Erblasser in die Mitgliedschaft nachfolgen können bzw. kann, sind die letztwilligen Verfügungen den gesellschaftsvertraglichen Gegebenheiten im Einzelfall anzupassen. Die erbrechtlichen Möglichkeiten sind in Abhängigkeit von der jeweiligen gesellschaftsvertraglichen Klausel zu prüfen.

1. Einfache Nachfolgeklausel

Die Nachfolgeklausel ermöglicht die Vererbung nur, bewirkt sie jedoch noch nicht. Hierfür muss sich der Erblasser-Gesellschafter des Instrumentariums bedienen, das ihm das schweizerische Erbrecht zu Verfügung stellt. In Betracht kommen neben der Erbeinsetzung die Zuweisung durch Vermächtnis sowie die (einseitige) Teilungsvorschrift.

Ist lediglich ein einziger (pflichtteilsberechtigter) Erbe vorhanden, bestehen keine gesonderten erbrechtlichen Probleme, da der Erbe in diesem Fall die Mitgliedschaft im Rahmen des Erbgangs unmittelbar und direkt, d.h. ohne eine „zwischengeschaltete“ Erbengemeinschaft, erwirbt.

Sofern mehrere Erben vorhanden sind, geht die Mitgliedschaft zunächst auf die Erbengemeinschaft über. Im Rahmen der Erbteilung kann der Gesellschaftsanteil einem der Erben zugewiesen werden⁵⁰⁹. Will der Erblasser nur einem oder bestimmten Erben den Gesellschaftsanteil zukommen lassen, muss er gesonderte erbrechtliche Verfügungen treffen⁵¹⁰. Problematisch sind somit diejenigen Fälle, in denen

⁵⁰⁹ von Greyerz S. 95.

⁵¹⁰ Wolf SZGB 2000, 20; Basler Kommentar-Staehelin OR Art. 545/546 N 10.

mehrere Erben vorhanden sind, der Erblasser den Gesellschaftsanteil aber nur einem dieser Erben zukommen lassen will.

Zunächst muss der Nachfolger vom Erblasser als Erbe eingesetzt werden, da die Nachfolgeklauseln in aller Regel die Erbenstellung des Nachfolgers voraussetzen. Es besteht die Möglichkeit, den gewünschten Nachfolger als Alleinerben einzusetzen. Da der Gesellschaftsanteil häufig den Großteil des Vermögens ausmachen wird, werden hierdurch jedoch regelmäßig die Pflichtteilsquoten der weiteren (pflichtteilsberechtigten) Noterben verletzt.

Sodann kann die Mitgliedschaft als Vermächtnis – vorzugsweise als Vorausvermächtnis in Kombination mit der Erbenstellung – zugewiesen werden⁵¹¹. Der Erblasser kann gemäß Art. 484 Abs. 2 ZGB insbesondere „einzelne Erbschaftssachen“ einem Bedachten – ohne ihn als Erben einsetzen zu müssen – als Vermächtnis zuwenden. Der Vermächtnisnehmer ist grundsätzlich nicht an der Erbengemeinschaft beteiligt, da er nur einen obligatorischen Vermächtnisanspruch⁵¹² gegenüber den Erben hat. Allerdings ist die Zuwendung des Gesellschaftsanteils durch Vermächtnis ohne gleichzeitige Erbenstellung des Nachfolgers in der Regel unpraktikabel, da die Nachfolgeklausel eine entsprechende Nachfolge eines Vermächtnisnehmers zulassen müsste.

Das Vorausvermächtnis ist in Art. 486 Abs. 3 ZGB geregelt. Es stellt ein Legat (Vermächtnis) dar, welches einem gesetzlichen oder eingesetzten Erben zugewendet wird. Das Vorausvermächtnis wird dem Bedachten zusätzlich zu seinem Erbteil zugewiesen⁵¹³ und existiert selbständig neben der gleichzeitigen Erbenstellung des Vermächtnisnehmers als eine davon unabhängige Zuwendung⁵¹⁴.

Möglich ist auch die Zuweisung per Teilungsvorschrift parallel zur Erbeinsetzung. Mit dieser kann der Erblasser verbindliche Zuweisungen von bestimmten Objekten des Nachlasses vornehmen, insbesondere kann er bestimmte Erbschaftssachen wie

⁵¹¹ Basler Kommentar-Staehelin OR Art. 545/546 N 10.

⁵¹² Wolf/Berger-Steiner in Süß/Haas S. 1343 N 69; Druey, Grundriss § 11 N 16.

⁵¹³ Druey, Grundriss § 11 N 15.

⁵¹⁴ Basler Kommentar-Huwiler Art. 486 N 20.

beispielsweise ein Unternehmen bzw. einen Gesellschaftsanteil einem oder mehreren bestimmten Erben zuweisen⁵¹⁵. Die Teilungsvorschrift beeinflusst die Größe der Erbteile nicht⁵¹⁶ und entzieht auch nicht – wie etwa das (Voraus-) Vermächtnis – der Erbteilung einzelne Nachlassteile⁵¹⁷. Der begünstigte Erbe erhält einen Anspruch auf Zuweisung des bestimmten Gegenstandes, im vorliegenden Fall des Gesellschaftsanteils; die Teilungsvorschrift hat rein obligatorische Wirkung und muss notfalls vom Begünstigten im Wege der Teilungsklage gemäß Art. 604 ZGB durchgesetzt werden. Vom Grundsatz der Universalsukzession und dem eo ipso-Erwerb der Erbschaft durch die Erbengemeinschaft wird durch die Teilungsvorschrift nicht abgewichen.

Da sich die Abgrenzung zwischen (Voraus-) Vermächtnis und Teilungsvorschrift mitunter schwierig gestaltet, ist die Vermutungsregelung des Art. 608 Abs. 3 ZGB zu beachten. Hiernach ist in denjenigen Fällen, in denen ein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung von Todes wegen nicht ersichtlich ist, die Zuweisung einer Erbschaftssache zugunsten eines gesetzlichen Erben als bloße Teilungsvorschrift und nicht als Vermächtnis zu werten.

Im Ergebnis folgt jedenfalls zunächst die Erbengemeinschaft in die Stellung des Erblassers nach. Der in der letztwilligen Verfügung als Nachfolger vorgesehene Erbe erhält den Gesellschaftsanteil erst im Rahmen der Erbteilung zugewiesen.

2. Qualifizierte Nachfolgeklausel

Hinsichtlich der qualifizierten Nachfolgeklauseln wird die Gesellschafterstellung vererblich gestellt; diese Vererblichkeit wird aber gleichzeitig auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Ebenso wie bei der einfachen Nachfolgeklausel hat der nachfolgeberechtigte Erbe allein aufgrund der qualifizierten Nachfolgeklausel keinen Anspruch auf Zuweisung der Mitgliedschaft, so dass auch hier das zur einfachen Nachfolgeklausel Gesagte gilt. Zunächst folgt die Erbengemeinschaft dem

⁵¹⁵ Druey, Grundriss § 16 N 61; Basler Kommentar-Schaufelberger/Keller Art. 608 N 1

⁵¹⁶ Die Erbquoten werden durch die Teilungsvorschrift nicht beeinflusst, zumal im Rahmen der Erbteilung eine Anrechnung des Wertes des zugewiesenen Objekts, vorliegend des Gesellschaftsanteils, vorgenommen wird.

⁵¹⁷ Basler Kommentar-Schaufelberger/Keller Art. 608 N 3.

Erblasser in die Mitgliedschaft nach. Derjenige Erbe, der die Qualifikationsmerkmale der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel erfüllt und auch erbrechtlich durch den Erblasser als Nachfolger vorgesehen wurde, muss im Rahmen der Erbteilung die Zuweisung des Gesellschaftsanteils an sich verlangen⁵¹⁸.

Zusätzlich muss der in der letztwilligen Verfügung vorgesehene Nachfolger dem Personenkreis entstammen, der in der qualifizierten Nachfolgeklausel festgelegt ist, da anderenfalls die Nachfolge nicht stattfinden kann⁵¹⁹. Gehört der in letztwilligen Verfügung benannte Nachfolger nicht zu dem in der gesellschaftsvertraglichen Klausel benannten Personenkreis oder wird die Mitgliedschaft bei der Erbteilung einem nicht nachfolgeberechtigten Erben zugeteilt, scheitert seine Nachfolge an dem Qualifikationsmerkmal der Nachfolgeklausel und die Gesellschaft wird aufgelöst⁵²⁰.

§ 10 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht

Im schweizerischen Recht werfen die Nachfolgeklauseln selbst keine dogmatisch vergleichbaren Probleme auf wie im deutschen Recht, da keine Sondererbfolge stattfindet. Die Nachfolgeklausel selbst kann auch deshalb nicht zu einer Pflichtteilsverletzung führen, weil sie nicht als Verfügung von Todes wegen angesehen wird, sondern die Mitgliedschaft lediglich vererblich stellt. Der offensichtlich allein von Wolf/Berger-Steiner vertretenen Auffassung, bei der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag handle es sich um eine Verfügung von Todes wegen⁵²¹, kann mangels ausreichender Begründung und Nachvollziehbarkeit nicht gefolgt werden. Eine Diskussion darüber, ob und inwieweit qualifizierte Nachfolgeklauseln mit dem Pflichtteilsrecht in Einklang zu bringen sind, existiert in der Form, wie sie in Deutschland geführt wird, in der Schweiz daher nicht.

⁵¹⁸ von Greyerz S. 95.

⁵¹⁹ von Greyerz SZGB 2000, 20, 21.

⁵²⁰ Die Auflösung der Gesellschaft kann nur dann vermieden werden, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Scheiterns der Nachfolge eine Fortsetzungsklausel enthält oder die vorhandene Nachfolgeklausel in eine Fortsetzungsklausel umgedeutet werden kann (von Greyerz S. 95).

⁵²¹ Wolf/Berger-Steiner in Süß/Haas S. 1358 N 114.

Allerdings können auch im schweizerischen Recht die Nachfolgeklauseln zu pflichtteilsrechtlichen Problemen führen. Stellt der Gesellschaftsanteil den größten Teil des erblasserischen Unternehmens dar, überschreitet er häufig die disponible Quote. Nach der Zielsetzung des ZGB kann dem Nachfolger die Gesellschaftsbeteiligung im Zuge der Erbteilung grundsätzlich jedoch nur dann zugewiesen werden, wenn hierdurch keine Pflichtteile der anderen Erben verletzt werden. Eine Pflichtteilsverletzung kann demnach vorrangig dann auftreten, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils die verfügbare Quote übersteigt bzw. wenn die nicht in das Unternehmen nachfolgenden Pflichtteilsberechtigten nicht dem Werte nach abgefunden werden können⁵²².

Anderenfalls können die weichenden Pflichtteilsberechtigten gegebenenfalls die Herabsetzungsklage erheben. In tatsächlicher Hinsicht können also auch im schweizerischen Recht die Mindestteilhabeansprüche der Pflichtteilsberechtigten die vom Erblasser gewünschte Nachfolgeregelung erschweren bzw. im Einzelfall sogar vereiteln. Die vorhandenen Probleme sind jedoch konstruktiv anders als diejenigen im deutschen Recht. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass der Erblasser mit seinen Verfügungen die Pflichtteile der Mindestteilhabeberechtigten nicht verletzen darf.

Je nach Art der letztwilligen Verfügung des Erblassers sieht das schweizerische Erbrecht unterschiedliche Lösungen vor, um die Ansprüche der Mindestteilhabeberechtigten zu sichern. Zu unterscheiden ist insbesondere, ob die Gesellschaftsbeteiligung durch Einsetzung des Nachfolgers als (Allein-) Erbe oder durch Zuweisung eines Vermächnisses bzw. Anordnung einer Teilungsvorschrift auf die nächste Generation überführt werden soll.

I. Nachfolgeklauseln und Art. 522 ZGB - Erbeinsetzung

Der Gesellschaftsanteil darf keinem Erben zugewiesen werden, wenn er nicht innerhalb seiner Erbquote zuzüglich der disponiblen Quote – über die der Erblasser

⁵²² Diese Situation kann immer dann eintreten, wenn neben dem Gesellschaftsanteil nicht hinreichend andere liquide Mittel zur Verfügung stehen, um die Pflichtteilsberechtigten im Sinne des Art. 522 ZGB „dem Werte nach“ abzufinden.

frei verfügen kann – Platz findet⁵²³. Hat der Erblasser den Gesellschaftsanteil dem Nachfolger zugewendet, indem er diesen als Alleinerben eingesetzt und pflichtteilsberechtigte Verwandte übergangen hat, können die übergangenen Erben im Rahmen der Herabsetzungsklage die Einweisung als Noterben in Höhe ihrer Pflichtteilsquote verlangen. Damit partizipieren sie als Teil der gesamthänderischen Erbengemeinschaft am gesamten Nachlass und damit auch an der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft. Die Erbengemeinschaft ist bis zur abgeschlossenen Erbteilung Nachfolgerin des Erblassers und Mitglied der verbenden Personengesellschaft.

II. Nachfolgeklauseln und Art. 526 ZGB - Vermächtniszuweisung

Hat der Erblasser die Gesellschaftsbeteiligung dem Nachfolger im Rahmen eines Vermächtnisses zugewendet und hierbei die verfügbare Quote überschritten, ist Art. 526 ZGB zu beachten⁵²⁴.

Die Vorschrift mit dem in ihr statuierten Wahlrecht des Bedachten⁵²⁵ findet dann Anwendung, wenn die vermachte Sache beziehungsweise der vermachte Gegenstand ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden können und damit unteilbar sind. Der Begriff der Sache ist dabei weit auszulegen, so dass hierunter auch ein Gewerbebetrieb fallen kann⁵²⁶. Hinsichtlich eines klein- und mittelständischen Unternehmens scheint Einigkeit zu herrschen, dass dieses eine zusammengehörende Sache im Sinne des Art. 613 Abs. 1 ZGB darstellt und im Rahmen der Erbteilung nicht geteilt werden kann⁵²⁷.

Der Gesellschaftsanteil stellt nun jedoch bereits selbst nur einen Anteil an einem Unternehmen dar, so dass sich die Frage stellt, ob dieser Gesellschaftsanteil gegebenenfalls aufgespalten werden muss oder ob er als unteilbare Sache im Sinne des Art. 526 ZGB anzusehen ist. In der schweizerischen Literatur finden sich hierzu keinerlei Ausführungen. Lediglich im Zusammenhang mit den Erbteilungsregeln wird darauf hingewiesen, dass ein Aktienpaket, das die Stimmenmehrheit oder

⁵²³ Ausführlich zu dieser Problematik Eitel, KMU S. 92.

⁵²⁴ Einzelheiten zu Art. 526 ZGB siehe oben C. § 8 V. 2.

⁵²⁵ Einzelheiten zum Wahlrecht gemäß Art. 526 ZGB siehe oben C. § 8 V. 2.

⁵²⁶ Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 526 N 1; Abt/Weibel-Hrubesch-Millauer Art. 526 N 2.

⁵²⁷ An Stelle vieler etwa Basler Kommentar-Schaufelberger/Keller Art. 611 N 5.

eine Sperrminorität besitzt, eine unteilbare Sachgesamtheit darstellt⁵²⁸. Entsprechend wird man wohl von einer Unteilbarkeit des Personengesellschaftsanteils ausgehen können, wenn der Erblasser mit diesem die Mehrheit an der Gesellschaft hält. Dem Bedachten stünde dann das Wahlrecht des Art. 526 ZGB zu.

III. Nachfolgeklauseln und Art. 608 ZGB – Teilungsvorschriften

Hat der Erblasser über den Gesellschaftsanteil parallel zur Erbeinsetzung durch Teilungsvorschrift letztwillig verfügt, sind die Erben an die Teilungsvorschrift bei der Durchführung der Teilung grundsätzlich gebunden⁵²⁹. Sie müssen dem Nachfolger den Gesellschaftsanteil in der Erbteilung zuweisen⁵³⁰. Die Anordnung einer Teilungsvorschrift ist dabei auch im Bereich der Pflichtteile möglich, da die Noterben nur einen Anspruch auf die Erbenstellung in Höhe ihrer Pflichtteilsquote, nicht aber auf die Zuweisung bestimmter Erbschaftsgegenstände haben⁵³¹. Allerdings muss die Teilungsvorschrift dem Erben „den Pflichtteil belassen“⁵³².

Erhält der Nachfolger den Gesellschaftsanteil durch Teilungsvorschrift zugewiesen, wird ihm dies auf seinen Erbteil angerechnet⁵³³. Dies ergibt sich aus Art. 608 Abs. 3 ZGB, der eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen einer Teilungsvorschrift enthält, sofern der Erblasser keine anderweitigen Verfügungen getroffen hat⁵³⁴.

Übersteigt die Zuwendung durch Teilungsvorschrift seinen Erbteil, muss der Bedachte gemäß Art. 608 Abs. 2 ZGB das zuviel Erhaltene den anderen Erben durch Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Wertdifferenz ausgleichen⁵³⁵. Diese Ausgleichspflicht ist dann zwingend, wenn durch die Teilungsvorschrift Pflicht-

⁵²⁸ Abt/Weibel-Weibel Art. 613 N 9; Basler Kommentar-Schaufelberger Art. 613 N 3.

⁵²⁹ Basler Kommentar-Schaufelberger/Keller Art. 608 N 6.

⁵³⁰ Die Erben können jedoch im allseitigen Einvernehmen von den Teilungsvorschriften des Erblassers abweichen (Druey § 16 N 61; Abt/Weibel-Weibel Art. 608 N 14).

⁵³¹ Druey, Grundriss § 16 N 65; § 6 N 54; Basler Kommentar-Staehelin Art. 470 N 13.

⁵³² Abt/Weibel-Weibel Art. 608 N 11 unter Verweis auf BGE 85 II 554, E. 2.

⁵³³ Basler Kommentar-Schaufelberger/Keller Art. 608 N 2.

⁵³⁴ Eine anderweitige Verfügung des Erblassers liegt etwa bei einem Vermächtnis vor, durch das dem Bedachten die Zuwendung zusätzlich zu seinem Erbteil zukommen soll.

⁵³⁵ Piotet SPR IV/2 § 108 II, S. 867; Abt/Weibel-Weibel Art. 608 N 22; Basler Kommentar-Schaufelberger/Keller Art. 608 N 12.

teilsrechte anderer Erben verletzt werden⁵³⁶, insbesondere also dann, wenn die zugewendete Sache den Erbteil des Bedachten zuzüglich der verfügbaren Quote übersteigt und die nicht bereits wertmäßig bedachten weichenden Erben bei der Erbteilung nicht ihren Pflichtteil erhalten. Kann der durch die Teilungsvorschrift begünstigte Erbe den erforderlichen Ausgleichsbetrag nicht aufbringen und die weichenden Erben nicht auszahlen, soll dies zur Unverbindlichkeit der Teilungsvorschrift führen⁵³⁷.

Hat der Erblasser einem Erben einen bestimmten Nachlassgegenstand zugewiesen und versucht er diese Zuwendung durch eine „privatorische Klausel“⁵³⁸ sicherzustellen, soll es sich um ein Vorausvermächtnis und keine bloße Teilungsvorschrift handeln, da der Erblasser den Bedachten gezielt begünstigen wollte⁵³⁹.

IV. Zwischenergebnis

Die dogmatische Konstruktion der qualifizierten Nachfolgeklauseln an sich führt nicht zu pflichtteilsrechtlichen Problemen, da es in der Schweiz beim Grundsatz der Universalsukzession verbleibt und eine Sondererbfolge bezüglich des Gesellschaftsanteils nicht stattfindet⁵⁴⁰.

Pflichtteilsrechtliche Probleme bestehen bei der Gesellschaftsnachfolge aber dann, wenn der Gesellschaftsanteil nicht im Rahmen der verfügbaren Quote Platz findet und die Zuweisung an einen einzelnen nachfolgenden Erben andere Erben in ihren Mindestteilhabeansprüchen verletzt. Je nach Art der letztwilligen Verfügung stehen den Pflichtteilsberechtigten unterschiedliche Normen zur Seite, die den Mindestteilhabeanspruch sichern. Der Schutz besteht dabei nicht durchgängig in

⁵³⁶ Abt/Weibel-Weibel Art. 608 N 23.

⁵³⁷ Basler Kommentar-Schauelberger/Keller Art. 608 N 13; Abt/Weibel-Weibel Art. 608 N 24.

⁵³⁸ Mit diesem Begriff wird eine Klausel bezeichnet, mit welcher der Erblasser demjenigen, der gegen seinen letzten Willen handelt, androht, er solle entweder gar nichts bzw. nur den Pflichtteil erhalten. Einzelheiten hierzu unter C. § 11 I.

⁵³⁹ Abt/Weibel-Weibel Art. 608 N 11 unter Verweis auf OGer LU, LGVE 1984 I, Nr. 4. Bei einer privatorischen Klausel handelt es sich um eine Verwirkungsklausel, nach der diejenigen Erben, die die Verfügungen des Erblassers angreifen, entweder nichts oder nur den Pflichtteil erhalten sollen (im Einzelnen siehe hierzu sogleich).

⁵⁴⁰ Siehe oben C. § 9 III. 2.

der Einräumung der Noterbenstellung mit dinglicher Berechtigung⁵⁴¹, sondern kann auch in einem Geldausgleich bestehen⁵⁴². Die Pflichtteilsrechte der nächsten Angehörigen können somit die geplante Nachfolgeregelung erschweren oder gar unmöglich machen.

Die folgende Untersuchung erstreckt sich daher auf die Frage, ob der Erblasser mittels einer Verwirkungsklausel oder einer cautela Socini seine Anordnungen bezüglich der Gesellschaftsnachfolge stützen kann, oder ob derartige Klauseln bereits per se Pflichtteile verletzen.

§ 11 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht

Der Erblasser-Gesellschafter wird im Regelfall ein erhebliches Interesse an der Befolgung seiner letztwilligen Verfügungen haben, da anderenfalls der Fortbestand der Personengesellschaft gefährdet sein kann. Ob die Verwirkungsklausel ein sinnvolles und vor allem auch in Hinblick auf pflichtteilsrechtliche Problemkreise rechtswirksames Instrument zur Sicherung der Anordnungen des Erblassers ist, steht im Mittelpunkt der folgenden Betrachtungen.

Da das schweizerische Erbrecht die Verfügungen von Todes wegen einer dreistufigen Prüfung (Nichtigkeit, Ungültigkeit, Herabsetzbarkeit⁵⁴³) unterzieht, muss auf die rechtliche Konstruktion der Verwirkungsklauseln eingegangen und zunächst geprüft werden, ob die Klauseln gültig sind. Die pflichtteilsrechtliche Relevanz der Klauseln wird sodann nachfolgend gesondert dargestellt werden.

I. Gestaltungsvarianten der Klausel und Begriffsbestimmung

Straf- und Verwirkungsklauseln liegen vor, wenn der Erblasser demjenigen, der gegen seinen letzten Willen handelt, androht, er solle entweder gar nichts bzw. nur den Pflichtteil erhalten⁵⁴⁴. Häufig wird auch der Begriff der „privatorischen“ Klau-

⁵⁴¹ Siehe hierzu oben C. § 9 I.

⁵⁴² Siehe hierzu oben C. § 9 II. und III.

⁵⁴³ Siehe hierzu oben C. § 8 III.

⁵⁴⁴ Druey, Grundriss § 12 N 34, S. 162; BK-Staehelin Art. 482 ZGB Rn 37; Nützi ZBJV 1993, S. 195.

sel gebraucht⁵⁴⁵. In der Schweiz wird unter einer privatorischen Klausel auch eine Klausel verstanden, die als Bedingung gefasst ist und gewisse erbrechtliche Ansprüche von der Einhaltung beispielsweise einer Teilungsvorschrift oder Teilungsaufschubklausel abhängig macht⁵⁴⁶.

Obwohl sich im schweizerischen Sprachgebrauch der Begriff der privatorischen Klausel weitgehend durchgesetzt hat, werden die Begriffe „Straf- und Verwirkungsklauseln“ – wenn auch eher selten – ebenfalls verwendet⁵⁴⁷.

Die Begriffe werden synonym verwendet. Soweit ersichtlich, wird den unterschiedlichen Begriffen keine unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Vielmehr werden diese Begriffe einheitlich für sämtliche Arten von Verwirkungsklauseln genutzt. Der römisch-rechtlich geprägte Begriff der cautela Socini, der im deutschen Sprachgebrauch in der jüngeren Zeit immer häufiger Verwendung findet, um in seinem ursprünglichen Sinne eine Wahlklausel (zwischen dem belasteten Erbteil und dem Pflichtteil) zu bezeichnen, ist der schweizerischen Rechtsliteratur fremd. Der Begriff der cautela Socini wurde und wird im vorliegenden Zusammenhang in der Schweiz nicht verwendet. Dies dürfte auf die Anlehnung des schweizerischen Rechts an das germanische bzw. französisch-rechtliche Rechtssystem zurückzuführen sein, wohingegen das deutsche Recht deutlich vom römischen Recht beeinflusst wurde.

Für das schweizerische Rechtsgebiet wird im Folgenden grundsätzlich der Begriff Verwirkungsklausel genutzt, soweit die Autoren jedoch ausdrücklich von der privatorischen Klausel sprechen, wird entsprechend dieser Begriff verwendet.

II. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen

Die Verwirkungsklauseln sind im schweizerischen Erbrecht nicht explizit geregelt bzw. gesetzlich normiert. Im Bereich des Erbrechts finden sich Ausführungen zu Verwirkungsklauseln hauptsächlich bei Kommentierungen zu Art. 482 ZGB.

⁵⁴⁵ siehe etwa Nützi ZBJV 1993, S. 195; Breitschmid ZSR S. 109.

⁵⁴⁶ Druey, Grundriss § 16 N 30, S. 240.

⁵⁴⁷ Beispielsweise bei Nützi ZBJV 1993, S. 195; Merz ZBJV 1964, 448, 449.

1. Auflösende Potestativbedingung

Art. 482 ZGB stellt als spezielle Rechtsnorm für den Bereich des Erbrechts klar, dass der Erblasser seine Verfügungen von Todes wegen mit Bedingungen versehen kann. Soweit die speziellere Regelung des Art. 482 ZGB keine Vorschriften enthält, ist nach Art. 7 ZGB subsidiär auf die Normierungen der Art. 151 ff. OR zurückzugreifen⁵⁴⁸. Die Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft unter eine Bedingung zu stellen, basiert – auch im Bereich des Erbrechts, soweit es um den Abschluss eines Erbvertrages geht – auf dem Grundsatz der Privatautonomie, d.h. vorliegend der Erbfreiheit des Erblassers.

Nach der auch im Erbrecht gültigen allgemeinen Definition des Obligationenrechts wird im Fall einer Bedingung die Rechtswirkung einer Verfügung vom Eintritt einer zukünftigen ungewissen Tatsache abhängig gemacht⁵⁴⁹. Die Tatsache bzw. Bedingung muss objektiv bei Verfassen der letztwilligen Verfügung ungewiss, d. h. nicht feststellbar sein. Das Ereignis, bzw. die Tatsache, an die angeknüpft wird, muss zwangsläufig in der Zukunft liegen⁵⁵⁰.

Die Verwirkungsklauseln sind danach unproblematisch als Bedingungen einzuordnen, was sich in den allermeisten Fällen bereits aus dem Text der Verfügung von Todes wegen ergibt. Man denke nur an die gängige Formulierung „wer mein Testament anfigt, soll nichts bzw. nur den Pflichtteil erhalten“. In den meisten Fällen ist nicht bereits von vorneherein klar, ob und welcher der Erben besonders hartnäckig auf seine Rechte achten und das Testament oder den Erbvertrag angrei-

⁵⁴⁸ Basler Kommentar – Stahelin Art. 482 N 11; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 N 33; Escher Art. 482 N 7; Piotet, SPR IV/1, 98.

⁵⁴⁹ Nach der allgemeinen Regel des § 151 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit von einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, als bedingt anzusehen. Demzufolge liegt eine Bedingung im rechtlichen Sinne nach der einhelligen Auffassung vor, wenn die Wirksamkeit eines Vertrages oder eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt einer objektiv ungewissen zukünftigen Tatsache abhängig ist (Reutter, S. 56; Basler Kommentar - Ehrat Vb zu Art. 151-157 N 1). Entgegen dem Wortlaut des Art. 151 OR ist sich die eidgenössische Lehre darin einig, dass nicht nur Verträge bzw. einzelne Forderungen unter eine Bedingung gestellt werden können, sondern auch ganz allgemein „Rechtsgeschäfte“ mit Bedingungen versehen werden können (Reutter, S. 57; Gauch/Schlupe/Rey N 3952), wozu auch letztwillige Verfügungen zählen.

⁵⁵⁰ Gauch/Schlupe/Rey N 3951; Basler Kommentar - Ehrat Vb zu Art. 151-157 N 13; Reutter, S. 58. Diese Definition wird vorwiegend im Bereich des Art. 151 OR, also in Bezug auf Rechtsgeschäfte, verwendet. Da auch der Abschluss eines Erbvertrages eine rechtsgeschäftliche Betätigung darstellt, kann diese Definition aber zwanglos auch im vorliegenden Kontext benutzt werden.

fen wird. Durch die in der Klausel angeordnete Verwirkungsfolge ist die Zuwendung daher als bedingte Zuwendung anzusehen.

Die erbrechtlichen Bedingungen können in verschiedenen Gruppen klassifiziert werden, wobei sich die rechtliche Einordnung stark auf die mit der Bedingung verbundenen Rechtsfolgen auswirkt.

Zu unterscheiden ist zwischen suspensiven und resolutiven Bedingungen. Eine aufschiebende (suspensive) Bedingung liegt immer dann vor, wenn vom Eintritt oder Ausbleiben des festgelegten Ereignisses der Eintritt der Wirksamkeit eines Geschäftes abhängig gemacht werden soll⁵⁵¹. Demgegenüber soll bei der resolutiven, also auflösenden, Bedingung mit dem Eintritt des Ereignisses die Aufhebung oder Beendigung des Geschäftes einhergehen⁵⁵², vgl. Art. 154 OR.

Ob eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Verwirkungsklauseln wirken derart, dass der Bedachte, wenn er dem Erblasserwillen zuwiderhandelt und die Verfügung von Todes wegen anfecht, entweder „nichts“ oder „nur den Pflichtteil“ erhalten soll. Die Bedingung wird einer Zuwendung beigelegt, die wieder entfallen soll, wenn der Berechtigte der Klausel/Bedingung zuwider handelt. Damit sind die Verwirkungsklauseln als auflösende Bedingung einzuordnen.

Weiter wird zwischen potestativen und kasuellen Bedingungen differenziert. Während bei ersteren der Bedingungseintritt durch die Parteien beeinflussbar ist, ist bei den kasuellen, sprich zufälligen Bedingungen der Eintritt dem Einflussbereich der Parteien entzogen⁵⁵³. Nach allgemeiner Definition liegt eine Potestativbedingung dann vor, wenn der zur Bedingung erhobene Umstand vom Willensentschluss und einer entsprechenden Handlung bzw. Unterlassung eines der Beteiligten abhängt⁵⁵⁴. Im schweizerischen Sprachgebrauch werden Potestativbedingungen auch als willkürliche⁵⁵⁵ oder Willensbedingungen⁵⁵⁶ benannt. Weimar spricht davon, die Anfechtung des Erblasserwillens werde durch die Klausel zur „Resolutivbedingung

⁵⁵¹ Gauch/Schluep/Rey N 3958; Reutter S. 59.

⁵⁵² Reutter, S. 59; Gauch/Schluep/Rey N 3960.

⁵⁵³ Basler Kommentar - Ehrat Vb zu Art. 151-157 OR N 8; Reutter, S. 60.

⁵⁵⁴ Basler Kommentar - Ehrat Vb zu Art. 151-157 OR N 8.

⁵⁵⁵ Reutter S. 60.

⁵⁵⁶ Gauch/Schluep/Rey N 3965; Reutter S. 60.

der Erbeinsetzung oder zur Suspensivbedingung der Entziehung des gesetzlichen Erbrechts“⁵⁵⁷.

Die Verwirkungsklausel ist eine Anordnung des Erblassers, mit welcher einem Begünstigten Rechte entzogen werden sollen, wenn er sich dem Erblasserwillen widersetzt⁵⁵⁸. Der Eintritt der Bedingung hängt vom Verhalten des Bedachten, insbesondere davon ab, ob er die Verfügungen des Erblassers angreift oder akzeptiert. Die Verwirkungsklausel ist daher als Potestativbedingung einzuordnen. Ist Bedingung – wie vorliegend – ein dauerndes Tun oder Unterlassen, so liegt eine Resolutivbedingung vor⁵⁵⁹. Die Verwirkungsklauseln sind daher nach allgemeiner Auffassung als auflösende Potestativbedingung anzusehen⁵⁶⁰.

2. Bedingungseintritt

In der Schweiz ist insbesondere die Verwendung der Formulierung „wer mein Testament anfecht“ gebräuchlich. Die Auslegung des Begriffs „anfechten“ wird in der Schweizer Lehre und Literatur wenig erörtert. Zum Teil erfolgen allgemeine Stellungnahmen ohne nähere Begründungen, gelegentlich wird darauf abgestellt, der Begriff sei durch Untersuchung des Erblasserwillens im Einzelfall zu definieren.

⁵⁵⁷ Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 57.

⁵⁵⁸ Druey, Grundriss § 12 N 34.

⁵⁵⁹ Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 Rn 5.

⁵⁶⁰ An Stelle vieler etwa Breitschmid ZSR S. 109; Nützi ZBJV 1993, S. 197; Abt S. 133. Die Abgrenzung zwischen Bedingung und Auflage kann mitunter schwierig sein. Ebenso wie die Bedingung eröffnet die Auflage dem Erblasser unter anderem die Möglichkeit, bestimmte Verhaltensweisen (Tätigkeiten oder Unterlassungen) der Erben oder Vermächtnisnehmer anzuordnen (Druey, Grundriss § 11 N 24). Bei der Auflage wird der Beschwerte zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet (Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 N 1, N 14). Diese Verpflichtung begründet einen klagbaren Anspruch der interessierten Personen auf Vollziehung (Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 N 14; BGE 99 II 379; BGE 94 II 91 f.; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 N 6; Escher Art. 482 N 13; Riemer, Jusletter 17. Juli 2000). Nur die Bedingung, nicht aber die Nichterfüllung einer Auflage hat dabei Einfluss auf den Bestand einer Verfügung (Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 N 1). Ob im Einzelfall eine Auflage oder eine Bedingung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln; eine Vermutung im einen oder anderen Sinne gibt es nicht (BGE 120 II 182; Riemer, Jusletter 17. Juli 2000; Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 N 1; Druey, Grundriss § 11 N 32). Die Verwirkungsklauseln dürften aber regelmäßig derart ausgestaltet sein, dass eine Einordnung als Bedingung gelingt.

Nach Staehelin und Breitschmid ist unter „Anfechten“ nur die gerichtliche Klage zu verstehen⁵⁶¹. Der Einspruch gegen das Testament gemäß Art. 559 ZGB soll für den Eintritt der Bedingung nicht ausreichen⁵⁶².

Nützi beanstandet unter anderem die „große Unbestimmtheit“ der Klausel⁵⁶³. Die Kritik an der Klausel ist offensichtlich auf Unsicherheit darüber zurückzuführen, ob nur die Anfechtung im rechtstechnischen Sinn, also die Erhebung der in Art. 519ff. ZGB geregelten Klage, gemeint sein soll, oder ob etwa auch Verhalten abseits der Beschreitung des Klagwegs, beispielsweise der Einspruch nach Art. 559 ZGB, die Verwirkungsfolgen auslöst. Sofern nicht durch Auslegung der Verfügung selbst⁵⁶⁴ bzw. unter Heranziehung äußerer Umstände zweifelsfrei zu ermitteln ist, welches bestimmte Verhalten der Erblasser sanktionieren wollte, wertet Nützi die Verwirkungsklausel als Akt ohne schlüssigen Inhalt und damit als nichtig⁵⁶⁵. Die Klausel soll zu Lasten des Erblassers per se keine Rechtswirkung entfalten. Diese strenge Sichtweise wird insbesondere von der jüngeren Literatur als „zu weitgehend“ abgelehnt⁵⁶⁶.

Unstrittig kann eine erfolgreiche Anfechtung der gesamten Verfügung von Todes wegen, beispielsweise im Rahmen einer Ungültigkeitsklage, durch die Verwirkungsklausel nicht verhindert werden⁵⁶⁷. Ist die letztwillige Verfügung insgesamt nichtig oder ungültig, wird hiervon auch die Verwirkungsklausel erfasst und kann keine weiteren Rechtsfolgen mehr entfalten. Zielsetzung der Klausel ist daher zunächst die Vermeidung partieller Angriffe auf die letztwillige Verfügung.

Weiter wird in der schweizerischen Lehre diskutiert, ob eine erfolglose Anfechtung die Rechtsfolgen der Verwirkungsklausel auslöst. Denn mit der gerichtlichen An-

⁵⁶¹ Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 N 40; Breitschmid ZSR S. 116 ff.

⁵⁶² Breitschmid ZSR S. 116 ff.; Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 N 40. Zum Einspruchsverfahren nach Art. 559 ZGB siehe oben C. § 8 III. 2. a).

⁵⁶³ Nützi ZBJV 1993, S. 200.

⁵⁶⁴ Für eine vorrangige Auslegung der Bestimmungen des Erblassers spricht sich auch Weimar aus, vgl. Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 58.

⁵⁶⁵ Zur Nichtigkeit von Akten ohne schlüssigen Inhalt siehe bereits oben B. § 1 III.

⁵⁶⁶ Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 58.

⁵⁶⁷ ebenso im Ergebnis auch Weimar ZBJV 1985, S. 274, 275; an Stelle vieler etwa Breitschmid ZSR S. 115.

fechtung hat der Kläger zu erkennen gegeben, dass er den Willen des Erblassers nicht akzeptieren will oder zumindest Zweifel an der Gültigkeit der erblasserischen Verfügungen hat und die Verfügung überprüfen lassen will. Derartige gerichtliche Überprüfungen will der Erblasser mit der Klausel aber gerade vermeiden, auch wenn sie im Ergebnis erfolglos verlaufen. Im Fall der Erfolglosigkeit der gerichtlichen Klage hat die letztwillige Verfügung insgesamt Bestand, damit also auch die Verwirkungsklausel. Durch die gerichtliche Anfechtung wäre daher der Verwirkungstatbestand erfüllt.

Zusätzliches entscheidendes Kriterium für den Nichteintritt der Bedingung soll nach Breitschmid jedoch die Motivation des Anfechtenden sein. Die Anfechtung wird beispielsweise dann als gerechtfertigt angesehen, wenn der wahre Wille des Erblassers festgestellt werden soll⁵⁶⁸. In diesen Fällen ist dem Anfechtenden regelmäßig daran gelegen, mithilfe des Gerichts die Wirksamkeit der Verfügung zu überprüfen. Wird diese im Verfahren bestätigt, ist die Anfechtung im Ergebnis erfolglos. Gleichwohl stellt Breitschmid das Interesse der Allgemeinheit und der Betroffenen an der Authentizität der Verfügung in diesen Fällen dem Interesse des Erblassers an Streitvermeidung voran.

Anderer Ansicht sind teilweise die ältere obergerichtliche Rechtsprechung⁵⁶⁹ und Teile der Literatur⁵⁷⁰, die ohne weitere Überprüfung vom Eintritt der Bedingung ausgehen, sobald die Anfechtung erfolglos geblieben ist.

Differenzierter betrachtet dies die neuere Rechtsprechung, die trotz (teilweiser) Erfolglosigkeit der Ungültigkeitsklage den Verwirkungsfall nicht eintreten lassen will, da die Berechtigten nur in Nebenpunkten unterlegen seien⁵⁷¹. Der Erblasser hatte im entschiedenen Fall in seinem Testament unter anderem Vor- und Nacherb-schaften im Rahmen einer Familienstiftung sowie diesbezüglich Testamentsvollstreckung angeordnet und zudem bestimmt, dass derjenige, der das Testament anfechte, vom Erbschaftserwerb ausgeschlossen sei. Ein Teil der gesetzlichen Erben

⁵⁶⁸ Breitschmid ZSR S. 116.

⁵⁶⁹ vgl. etwa BGE 85 II 380.

⁵⁷⁰ siehe Breitschmid ZSR S. 117 unter Verweis auf Beck, S. 91 und Piotet SPR IV/1 § 16 IV, S. 91, wobei Piotet an der angeführten Stelle eine andere Aussage getroffen hat.

⁵⁷¹ BGE 89 II 437.

strengte die Ungültigkeitsklage an und beantragte unter anderem, die Verwirkungsklausel für ungültig zu erklären⁵⁷². Pflichtteilerben waren im vorliegenden Fall nicht vorhanden. Die Erben setzten sich bezüglich einiger Verfügungen wie etwa der begehrten Ungültigkeit einer vom Erblasser angeordneten Familienstiftung durch. Mit den weiteren Anträgen, insbesondere der Ungültigerklärung der Verwirkungsklausel und der Testamentsvollstreckung, blieben sie erfolglos. Das Bundesgericht führt zur Verwirkungsklausel aus: „Die privatorische Klausel, wonach ein das Testament anfechtender Erbe von der Erbschaft ausgeschlossen wird, hindert nicht die gerichtliche Anfechtung einer rechtswidrigen Verfügung von Todes wegen: Der obsiegende Kläger erlangt seinen gesetzlichen Erbanspruch“⁵⁷³. Da die Erben sich mit ihrem Hauptanliegen, der Ungültigerklärung der Familienstiftung, durchgesetzt hatten, und die Testamentsvollstreckung sowie die Verwirkungsklausel quasi nur als „akzessorische Bestandteile der Verfügung“⁵⁷⁴ angegriffen hatten, sprach das Bundesgericht ihnen trotz der erfolglosen Anfechtung dieser beiden „Nebenklauseln“ ihren gesetzlichen Erbanspruch⁵⁷⁵ zu. Nachdem die Erben im Hauptpunkt durchgedrungen seien, solle ihnen das Unterliegen in einem Nebenpunkt nicht zum Nachteil erwachsen.

In dem entschiedenen Fall hätte eigentlich die Verwirkungsklausel Raum gegriffen, da das Testament – zumindest in Teilen – erfolglos angefochten worden war. Da die Hauptverfügung erfolgreich angefochten worden war, wurde die Verwirkungsklausel – obwohl diese selbst nicht für ungültig erklärt worden war (!) – jedoch nicht angewandt. Konsequenterweise hätte das Bundesgericht entweder die Rechtsfolgen der Verwirkungsklausel greifen lassen oder die Verwirkungsklausel ebenfalls für ungültig erklären müssen. Ob das Bundesgericht die Verwirkungsklausel als nicht erfüllt angesehen hat, da sie nach Auslegung des Erblasserwillens für diese Fälle nicht greifen sollte, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

Damit scheint in der Schweiz die Tendenz zu bestehen, an gerechtfertigte (d.h. mit berechtigtem Interesse durchgeführte), aber erfolglose Anfechtungen nicht automa-

⁵⁷² Zum Sachverhalt siehe BGE 89 II 4377 sowie Merz ZBJV 1964, S. 448.

⁵⁷³ BGE 89 II 437, Erwägung 3.

⁵⁷⁴ vgl. zu diesem Ausdruck Merz ZBJV 1964, 449.

⁵⁷⁵ Merz ZBJV 1964, S. 449.

tisch den Verwirkungsfall anzuknüpfen, sondern vielmehr zu untersuchen, ob der Anfechtungsinteressent sich auf ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Überprüfung berufen kann⁵⁷⁶. Zu beachten ist dabei auch der Wille des Erblassers und es ist zu ermitteln, welche Fälle der Erblasser mit seiner Klausel tatsächlich erfassen wollte.

3. Rechtsfolgen

Auf die Rechtsstellung des Nachfolgers im Falle der Nachfolgeklausel wurde bereits oben eingegangen⁵⁷⁷. Problematische Fallgestaltungen ergeben sich dabei immer dann, wenn mehrere Erben vorhanden sind, das heißt, wenn zunächst die Erbengemeinschaft in die Mitgliedschaft an der Personengesellschaft eintritt. Die Erben erwerben mit dem Erbgang zunächst ein kollektives Recht am Nachlass und damit an der Mitgliedschaft als Bestandteil des Nachlasses. Der in der letztwilligen Verfügung als Gesellschaftsnachfolger vorgesehene Erbe hat zunächst kein Verfügungsrecht an den Erbschaftsgegenständen, sondern lediglich Anspruch auf Zuweisung von Nachlasswerten in natura in Höhe seiner Erbschaftsquote⁵⁷⁸. Bis zur Teilung und Auflösung der Erbengemeinschaft können die Erben nur als Gesamthand, d.h. gemeinsam und grundsätzlich einstimmig, über Nachlassrechte verfügen. Mit der Verwirkungsklausel versucht der Erblasser die Durchführung seiner Anordnungen zu sichern.

Die Rechtsfolgen einer Verwirkungsklausel gestalten sich unterschiedlich – je nachdem, ob der Nachfolger als Erbe eingesetzt ist oder die Zuweisung durch Vermächtnis erfolgt ist.

a) Erbeinsetzung – konstruktive Vor- und Nacherbschaft

Ist der Nachfolger als Erbe eingesetzt, gilt Folgendes: Das Gesetz regelt mit den Anordnungen über die Nacherbeneinsetzung (Art. 488ff. ZGB) ausführlich eine bestimmte Form der bedingten Erbeinsetzung.

⁵⁷⁶ Siehe an Stelle vieler etwa Breitschmid, Testament und Erbvertrag S. 116 ff.

⁵⁷⁷ Siehe oben C. § 9 III. und IV.

⁵⁷⁸ Druey, Grundriss § 16 N 1, 2.

Nach herrschender Ansicht wird es als gerechtfertigt angesehen, die entsprechenden allgemeinen Bestimmungen über die Nacherbeneinsetzung gemäß Art. 488 ff. ZGB auch auf die bedingte Erbeinsetzung anzuwenden⁵⁷⁹. Mit dem Eintreten der Resolutivbedingung entfällt die Erbenstellung, so dass Parallelen zur Nacherbeneinsetzung gezogen werden⁵⁸⁰.

Der als Nachfolger bestimmte und mit einer Verwirkungsklausel belegte Erbe ist damit als Vorerbe anzusehen. Soweit man mit der herrschenden Meinung von der entsprechenden Anwendbarkeit der Regeln der Nacherbeneinsetzung ausgeht, greifen die Beschränkungen in der Verfügungsfreiheit des Vorerben, die der Sicherung des Nacherben dienen. Insbesondere ist der Vorerbe zur Sicherstellung gemäß Art. 490 Abs. 2 ZGB verpflichtet. Eine befreite Vorerbschaft, wie sie im deutschen BGB ausdrücklich geregelt ist, gibt es im schweizerischen ZGB nicht⁵⁸¹. Die Literatur und Rechtsprechung behelfen sich mit dem Institut der Nacherbeneinsetzung auf den

Überrest, bei welcher der Vorerbe von der Sicherstellungspflicht befreit wird⁵⁸².

Gegen eine Anwendbarkeit der Normen über die Nacherbeneinsetzung auf die privatorischen Klauseln spricht sich – soweit ersichtlich – lediglich Weimar aus⁵⁸³. Dies begründet er dogmatisch mit dem Argument der Auslieferungspflicht des Vorerben gegenüber dem Nacherben, die den mit einer privatorischen Klausel belasteten Erben gerade nicht treffe. Die Zielsetzung der Klausel sieht Weimar vielmehr darin, den Erben dazu zu bringen, „sich so zu verhalten, dass er die Erbschaft behalten kann“⁵⁸⁴.

Bei der Verknüpfung einer Verwirkungsklausel mit einer Erbeinsetzung muss der Unternehmer in der letztwilligen Verfügung nicht nur den Vor-, sondern auch einen Nacherben selbst bestimmen. Wegen des höchstpersönlichen Charakters der Verfügungen von Todes wegen kann er die Bestimmung des Nacherben auch nicht

⁵⁷⁹ Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 ZGB N 10; Escher Art. 482 N 7; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 N 37.

⁵⁸⁰ Beck, S. 90.

⁵⁸¹ Wenninger Schmid S. 538.

⁵⁸² Druey, Grundriss § 11 N 40; Breitschmid/Künzle S. 39.

⁵⁸³ Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 59.

⁵⁸⁴ Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 59.

dem Vorerben überlassen⁵⁸⁵. Bei Einsatz einer Verwirkungsklausel ist sich der Unternehmer jedoch häufig nicht der damit verbundenen Rechtsfolge von Vor- und Nacherbschaft bewusst. Eine explizite Nacherbenbestimmung in der letztwilligen Verfügung wird daher häufig übersehen. In diesen Fällen kommt der Grundsatz der konstruktiven Nacherbfolge zum Tragen⁵⁸⁶. In entsprechender Anwendung von Art. 481 Abs. 2 ZGB sind Nacherben die zum Zeitpunkt des Erbanges vorhandenen gesetzlichen Erben⁵⁸⁷. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn im Falle einer Resolutivbedingung – und eine solche stellen die Verwirkungsklauseln dar – der Nacherbe vom Erblasser nicht bestimmt wurde⁵⁸⁸.

Der in der letztwilligen Verfügung als Gesellschaftsnachfolger bedachte Erbe kann, sofern er Mitglied einer Erbengemeinschaft ist, bereits während des Teilungsprozesses gegen die Verwirkungsklausel verstoßen. Nach erfolgter Erbteilung erhält in diesem Fall nicht der eingesetzte Erbe, sondern der Nacherbe die Mitgliedschaft zugewiesen, sofern er die gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen erfüllt und gegebenenfalls durch eine (qualifizierte) Nachfolgeklausel ebenfalls als Nachfolger zugelassen ist.

Verhält sich der Bedachte bis zur Zuweisung des Gesellschaftsanteils der Klausel entsprechend und respektiert die Wünsche des Erblassers, bleibt er Erbe und der Gesellschaftsanteil wird ihm bei der Erbteilung zugewiesen. Er erhält damit die Stellung eines Vorerben. Verstößt er nach erfolgter Teilung gegen die Klausel, tritt der Nacherbe nach allgemeinen erbrechtlichen⁵⁸⁹ und obligationenrechtlichen Grundsätzen⁵⁹⁰ mit dem Zeitpunkt des Verstoßes ex nunc in die Rechtsposition des

⁵⁸⁵ Druey, Grundriss § 8 N 16; Basler Kommentar – Bessenich, Art. 488 N 2. Allerdings muss der Erblasser den Nacherben noch nicht namentlich benennen. Insbesondere kann er bestimmte objektive Kriterien festlegen (etwa den Abschluss einer Ausbildung verlangen etc.), anhand derer ein Dritter nachträglich den Zweitbedachten unzweifelhaft ermitteln und benennen kann (zu den Einzelheiten vgl. Druey, Grundriss § 8 N 26ff.) .

⁵⁸⁶ Basler Kommentar – Bessenich, Art. 488 N 3.

⁵⁸⁷ Nützi ZBJV 1993, S. 197.

⁵⁸⁸ Escher, Vorbem. zu Art. 488-493 N 2a ff.; Basler Kommentar – Bessenich, Art. 488 N 3 unter Verweis auf Berner Kommentar 1952- Tuor, Vorbem. zu Art. 488-493 N 8 ff.

⁵⁸⁹ Druey Grundriss § 15 N 88.

⁵⁹⁰ Die Wirkungen des Eintrittes des Nachfolgefalles sind im ZGB nicht abschließend geregelt. Aus diesem Grund wird immer wieder auf die allgemeinen Regeln des OR über die Bedingung zurückgegriffen, vgl. Basler Kommentar – Bessenich, Vor Art. 488-492 N 3. Der Rückgriff auf Art. 154 Abs. 1 OR führt zu folgendem Ergebnis: Ein auflösend

Vorerben ein. Der Vorerbe ist gemäß Art. 491 Satz 2 ZGB zur Auslieferung des Nachlasses an den Nacherben verpflichtet; bei Nacherbeneinsetzung auf den Überrest erhält der Nacherbe lediglich den zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls vorhandenen

Überrest⁵⁹¹. Ist der Vorerbe nicht von der Sicherstellungspflicht befreit, erhält der Nacherbe den Nachlass in dem Umfang, der zur Zeit des Erbfalls bestand⁵⁹².

b) Vermächtniszuweisung

Im Fall der Zuweisung des Gesellschaftsanteils durch Vermächtnis und gleichzeitiger Anordnung einer Verwirkungsklausel steht die vermächtnisweise Zuwendung unter einer Resolutivbedingung⁵⁹³.

Den bedingten Vermächtnisnehmer trifft in entsprechender Anwendung von Art. 122 Abs. 2 OR ebenso wie den bedingten Erben eine Sicherstellungspflicht⁵⁹⁴.

Im Idealfall hat der Unternehmenserblasser bereits in der letztwilligen Verfügung bestimmt, wer bei Bedingungseintritt an die Stelle des zunächst Bedachten tritt. Häufig wird der Erblasser dies jedoch nicht bedacht haben.

Nach Bessenich fällt das Vermächtnis als Rückvermächtnis an die gesetzlichen oder gewillkürten Erben zurück, sofern der Erblasser den Zweitbedachten nicht ausdrücklich bestimmt hat⁵⁹⁵. Staehelin geht ohne nähere Begründung von einer obligatorischen Rückübertragungspflicht an den Beschwerten ex nunc bei Eintritt einer resolutiven Bedingung aus⁵⁹⁶. Der Umfang der Rückgabepflicht ergibt sich aus den Anordnungen des Erblassers. Auch das Vermächtnis kann als Vor- bzw. Nachver-

bedingtes Geschäft ist zunächst voll wirksam, verliert aber seine Wirksamkeit in dem Zeitpunkt, in dem die Bedingung in Erfüllung geht, also mit Wirkung ex nunc (Gauch/Schluep/Rey N 4005).

⁵⁹¹ Basler Kommentar-Bessenich Art. 491 N 9; Abt/Weibel-Schürmann Art. 491 N 23.

⁵⁹² Abt/Weibel-Schürmann Art. 491 N 23; Basler Kommentar-Bessenich Art. 491 N 9.

⁵⁹³ Wegen der selbstständigen Existenz und Unabhängigkeit des Vorausvermächtnisses ist es dem Erblasser durchaus möglich, die Erbenstellung unter eine Bedingung zu stellen, die Vermächtnisnehmerstellung aber unbedingt zuzuweisen; umgekehrt ist es genauso denkbar, die Vermächtnisnehmerstellung von einer Bedingung abhängig zu machen, etwa von der Annahme der Erbschaft (Basler Kommentar-Huwiler Art. 486 N 21).

⁵⁹⁴ Beck, S. 91.

⁵⁹⁵ Basler Kommentar – Bessenich, Art. 488 N 2.

⁵⁹⁶ Basler Kommentar – Staehelin Art. 482 N 8.

fügung auf den Überrest ausgestaltet sein⁵⁹⁷. Parallel zur Erbeinsetzung auf den Überrest muss der Vorvermächtnisnehmer dabei den im Zeitpunkt des Verwirkungsfalls vorhandenen Überrest herausgeben.

Hat der Erblasser ausdrücklich einen Zweitbedachten bestimmt (Nachvermächtnis⁵⁹⁸) gilt das soeben Gesagte entsprechend; nach herrschender Meinung hat der Nachvermächtnisnehmer dabei einen direkten Herausgabeanspruch gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer⁵⁹⁹.

4. Zwischenergebnis

Die Verwirkungsklauseln sind auflösende Potestativbedingungen⁶⁰⁰, die durch ihre Konstruktion zwingend die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft beinhalten⁶⁰¹.

III. Rechtliche Grenzen der Verwirkungsklauseln

In der Schweiz wird vereinzelt die lange Tradition von Klauseln, nach welchen Verfügungen ganz oder bis auf den Pflichtteil „dahinfallen“ sollten, wenn der Begünstigte das Testament durch einen Prozess anfechte oder angreife, insbesondere seit der Zeit des gemeinen Rechts, hervorgehoben⁶⁰².

Die Auseinandersetzungen über die rechtlichen Grenzen derartiger Verwirkungsklauseln sowie darüber, in welchem Umfang sie durch den Erblasser angeordnet werden können, wie sie konkret auszugestalten sind, inwieweit sie mit Pflichtteilsrechten kollidieren et cetera, sind ebenso alt wie die Klauseln selbst. Auch heute noch besteht in der Schweiz Uneinigkeit über ihre Wirksamkeit. Die Verwirkungsklausel steht weiterhin auf dem Prüfstand der Juristen und bedarf eingehender Untersuchung.

⁵⁹⁷ Basler Kommentar-Bessenich Art. 491 N 9.

⁵⁹⁸ Zur Abgrenzung zwischen Rück- und Nachvermächtnis vgl. Beck S. 77.

⁵⁹⁹ Piotet SPR IV/1, S. 141; Abt/Weibel-Schürmann Art. 491 N 3; Basler Kommentar-Bessenich Art. 491 N 1. Das „Dahinfallen“ eines ausgeführten resolutiv bedingten Vermächtnisses soll nur bei beweglichen Sachen mit dinglicher Wirkung erfolgen (ausführlich hierzu Beck, S. 90).

⁶⁰⁰ Siehe soeben C. § 11 II. 1.

⁶⁰¹ Siehe soeben C. § 11 II. 3.

⁶⁰² Beck S. 91.

1. Nichtigkeit gemäß Art. 482 Abs. 3 ZGB

Ein „automatischer“ Wegfall einer Bedingung ist im schweizerischen Recht lediglich für den Fall der lästigen, unsinnigen und unmöglichen Bedingungen gemäß Art. 482 Abs. 3 ZGB vorgesehen. Diese sind per Gesetz nichtig⁶⁰³. Fraglich ist, ob die Klauseln als unsinnig oder lästig im Sinne dieser Vorschrift einzustufen sind. Breitschmid führt zwar aus, es sei zu prüfen, ob die Klausel als unsinnige zu gelten habe, wenn eine Klausel ein nicht rechtlich, sondern bloß allenfalls sittlich oder konventionell gebotenes Verhalten durchzusetzen versucht⁶⁰⁴.

Soweit ersichtlich, wurde und wird die Verwirkungsklausel in der Rechtsprechung und Literatur bislang jedoch nicht als lästig oder unsinnig angesehen⁶⁰⁵. Eine Nichtigkeit der Klauseln kommt daher nicht in Betracht.

2. Ungültigkeit gemäß Art. 482 Abs. 2 ZGB

Wegen der rechtlichen Einordnung als Bedingung finden die Verwirkungsklauseln ihre Grenzen in dem Merkmal der Sittenwidrigkeit und der Rechtswidrigkeit gemäß Art. 482 Abs. 2 ZGB. Diese erbrechtliche Regelung entspricht der allgemeinen Regel des Art. 157 OR⁶⁰⁶. Art. 482 ZGB lässt die Beifügung von Bedingungen bei Verfügungen von Todes wegen zunächst ausdrücklich zu. In ihrem zweiten Absatz gibt die Vorschrift jedoch sogleich den rechtlichen Rahmen der Bedingungen vor; dieser schreibt vor, dass „unsittliche oder rechtswidrige Auflagen und Bedingungen die Verfügung ungültig machen“.

a) Sittenwidrigkeit

Sittenwidrigkeit im Sinne des Art. 482 II ZGB ist dann gegeben, wenn der Erblasser gegen moralische Normen verstößt. Zugrunde gelegt wird die „Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab“⁶⁰⁷. Diese Anschauung kann – den Wertvorstellungen einer Gesell-

⁶⁰³ Druey, Grundriss § 12 N 67, S. 169.

⁶⁰⁴ Breitschmid, Testament und Erbvertrag S. 115.

⁶⁰⁵ Nähere Ausführungen hierzu finden sich hauptsächlich bei Auberson, die auch in diesem Zusammenhang wohl auf die rechtliche Bewertung der Verfügung abstellt, die mit der Verwirkungsklausel geschützt werden soll, vgl. Auberson S. 38.

⁶⁰⁶ Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 ZGB N 33.

⁶⁰⁷ Uffer-Tobler S. 106.

schaft im Wandel der Zeiten folgend – variieren. Eine endgültige und vor allem dauerhaft gültige Definition des Begriffes existiert nicht.

Die maßgeblichen Voraussetzungen für eine Bestimmung der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung mit beigelegter Verwirkungsklausel sind durch eine höchstrichterliche Entscheidung⁶⁰⁸ geklärt. Im entschiedenen Sachverhalt hatte der Erblasser seiner Ehefrau lediglich den Pflichtteil zukommen lassen und seiner Tochter sein restliches Vermögen vererbt. Die Tochter sollte einen Teil des Vermögens als Vermächtnis an die Geliebte des Erblassers auszahlen. Sollte sie sich hiergegen wehren, sollte sie auf den Pflichtteil gesetzt werden und das übrige Vermögen an die Geliebte fallen.

Die Witwe und die Tochter des Erblassers erhoben Ungültigkeitsklagen mit dem Ziel, die Verfügung für ungültig erklären zu lassen. Die Tochter leitete in der Argumentation die Sittenwidrigkeit der Verwirkungsklausel von derjenigen der Hauptverfügung ab. Da bereits die Zuwendung sittenwidrig sei, sei auch der angestrebte Schutz dieser Zuwendung durch die Verwirkungsklausel sittenwidrig. Das Gericht verneinte in der Entscheidung die Sittenwidrigkeit der Zuwendung an die Geliebte, da diese das Testament des Erblassers in seinen Einzelheiten nicht gekannt hatte und somit ein Zusammenwirken hinsichtlich einer Benachteiligung der Ehefrau und Tochter nicht gegeben war. Das Gericht stellte in seiner Entscheidung für die Wirksamkeit der Verwirkungsklausel ebenfalls auf die Sittenwidrigkeit der Hauptverfügung ab. Da das Vermächtnis nicht sittenwidrig sei, sei auch die bedingte Beschränkung der Tochter auf den Pflichtteil nicht sittenwidrig. Die Verwirkungsklausel wurde daher als wirksam erachtet.

Wohl in Hinblick auf dieses Urteil hält die herrschende Lehre die Verwirkungsklauseln nicht per se für sittenwidrig⁶⁰⁹. Als Prüfungsmaßstab für die Sittenwidrigkeit der Klausel wird nach der herrschenden Ansicht die zugrunde liegende Hauptverfügung herangezogen. Wird die zu schützende Anordnung als sittenwidrig

⁶⁰⁸ BGE 85 II 378 ff.

⁶⁰⁹ siehe an Stelle vieler mit entsprechendem Hinweis auf die „unangefochten herrschende Lehre“ etwa Breitschmid ZSR S. 124.

eingeschätzt, leidet die Verwirkungsklausel an demselben rechtlichen Mangel. Die Sittenwidrigkeit der Hauptverfügung schlägt auf die Verwirkungsklausel durch⁶¹⁰.

b) Rechtswidrigkeit

Die Definition des Begriffes der Rechtswidrigkeit fällt leichter als diejenige der Sittenwidrigkeit. Rechtswidrig sind Bedingungen und Auflagen, wenn sie gegen eine zwingende Norm verstoßen; dies gilt unabhängig davon, ob sich diese im privaten oder im öffentlichen Recht, im kantonalen oder im Bundesrecht findet⁶¹¹.

Unter Heranziehung der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung soll untersucht werden, ob und wann von einer Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel gesprochen werden kann. Dabei ist zu differenzieren zwischen der Rechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Verfügung, die zur Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel führen kann - hierzu sogleich (1) -, und der Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel, wenn diese isoliert betrachtet wird – hierzu sogleich (2).

aa) Infizierung der Klausel durch rechtswidrige Hauptverfügung

In der einschlägigen Literatur wird immer wieder darauf hingewiesen, durch höchstrichterliches Urteil seien die Verwirkungsklauseln grundsätzlich als gültig anerkannt worden⁶¹². Näher betrachtet werden soll deshalb, ob diese Entscheidung Hinweise darauf enthält, wann eine Verwirkungsklausel rechtswidrig ist. Hinsichtlich des Sachverhaltes sei auf die soeben vorgenommene Darstellung⁶¹³ verwiesen.

Dem Urteil kann entnommen werden, dass bei einer nicht gegen die guten Sitten verstoßenden Verfügung von Todes wegen die beigefügte Verwirkungsklausel wirksam ist. Das Gericht führte bezüglich der Sittenwidrigkeit den rechtlichen Mangel der Klausel auf die Hauptverfügung zurück⁶¹⁴. Da bereits die Hauptverfügung in Form des Vermächtnisses wirksam war, blieb auch der Angriff gegen die Verwirkungsklausel erfolglos.

⁶¹⁰ ebenso Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 63.

⁶¹¹ Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 N 36; Nützi ZBJV 1993, S. 199.

⁶¹² An Stelle vieler etwa Beck, S. 91; Tuor/Schnyder S. 616; Basler Kommentar- Staehelin Art. 482 N40. Herangezogen wird dabei jeweils das Urteil BGE 85 II 378ff.

⁶¹³ Siehe soeben C. § 11 III. 2. a).

⁶¹⁴ BGE 85 II 378, 382.

Nach der Zielsetzung des Gesetzes, das in Art. 482 Abs. 2 ZGB nicht nur die Sittenwidrigkeit, sondern gleichrangig auch die Rechtswidrigkeit nennt, ist diese Wertung auch auf rechtswidrige Verfügungen anwendbar. Der Gesetzestext bietet keinen Anlass zu einer unterschiedlichen Behandlung und rechtlichen Bewertung von sitten- und rechtswidrigen Bedingungen, sondern spricht vielmehr für eine einheitliche rechtliche Beurteilung. Vor diesem Hintergrund ist sich die schweizerische Literatur weitgehend einig, dass mit einer Verwirkungsklausel eine rechtswidrige Verfügung nicht gestützt werden kann.

Ausdrücklich bestätigt dies etwa Merz, der zu den Erwägungen des Bundesgerichtes im soeben zitierten Fall⁶¹⁵ ausführlich Stellung nimmt⁶¹⁶. Merz stellt zunächst auf die Befugnis des Erblassers ab, über die disponible Quote nach seinem Belieben frei zu verfügen. Hieraus leitet er das grundsätzliche Recht des Erblassers ab, nicht nur eine Zuwendung zu tätigen, sondern auch die Entziehung dieser Zuwendung an eine Bedingung zu knüpfen. Ziele allerdings „die Bedingung dahin, die Anfechtung einer unsittlichen oder rechtswidrigen Verfügung einzuschränken, so (sei) sie selber unzulässig“⁶¹⁷. Merz unterzieht die Klausel keiner isolierten Prüfung, sondern stellt hauptsächlich auf die Rechtswirksamkeit der zu schützenden Hauptverfügung ab.

Nützi hebt bezüglich der Entscheidung BGE 89 II 437⁶¹⁸ im Wesentlichen darauf ab, ob durch die Klauseln ein „unerlaubter Zustand begünstigt oder aufrecht erhalten“⁶¹⁹ werden soll. Er beschäftigt sich mit der Fallgestaltung, in der die Hauptverfügung zumindest in Teilen im Gestaltungsurteil für ungültig erklärt wird. In diesem Fall leitet er die Rechtswidrigkeit der Klausel im Sinne des Art. 482 ZGB ebenfalls von der Ungültigkeit der erblasserischen Verfügung ab.

Die Entscheidung BGE 89 II 437 gibt im Weiteren jedoch keinen detaillierten Aufschluss darüber, ob und wann eine Verwirkungsklausel als sitten- oder rechtswidrig zu erachten ist. Sie enthält hauptsächlich Hinweise darauf, ob der Verwir-

⁶¹⁵ BGE 85 II 378.

⁶¹⁶ Merz ZBJV 1964, 448, 449.

⁶¹⁷ So wörtlich Merz ZBJV 1964, 448, 449.

⁶¹⁸ Zum Inhalt der Entscheidung und dem zugrunde liegenden Sachverhalt vergleiche die Ausführungen oben C. § 11 II. 2.

⁶¹⁹ So wörtlich Nützi ZBJV 1993, S. 197 unter Verweis auf Merz, ZBJV 1964, 449.

kungsfall trotz erfolgloser Anfechtung der Klausel eintreten soll⁶²⁰. Eine endgültige Aussage zur Zulässigkeit der Klausel hat das Bundesgericht vermieden, indem es zwar die grundsätzliche Zulässigkeit bejaht, deren Rechtsfolgen aber gleichwohl nicht hat eintreten lassen.

Das Bundesgericht geht in einer weiteren Entscheidung⁶²¹ nochmals auf die Verwirkungsklausel ein. In einer Verfügung vom 20.9.1981 hatte der Erblasser angeordnet: "Gesetzliche Erben, welche diese letztwillige Verfügung anfechten oder Teilungsklage erheben, gelten als auf den Pflichtteil gesetzt, die Einsetzung von Erben als widerrufen, die Zuwendung von Legaten gegenüber solcherlei anfechtenden Legataren als gestrichen." Sodann heißt es in einer mit einem Formmangel behafteten weiteren Verfügung des Erblassers vom 2. Januar 1984 wörtlich: "Falls diese Bestimmung angefochten werden sollte, gilt nach wie vor, dass der anfechtende Erbe ganz leer ausgehen soll, oder auf den Pflichtteil gesetzt wird."⁶²² Das Bundesgericht hält die Verwirkungsklausel in Hinblick auf Art. 482 ZGB – allerdings ohne ausführlichere Begründung – für zulässig⁶²³. Eine weitere inhaltliche Auseinandersetzung zur Frage der Ausgestaltung und Rechtsgültigkeit von Verwirkungsklauseln erfolgte jedoch nicht, da das Gericht im vorliegenden Fall von einer Formungültigkeit des Testaments ausging, weshalb auch die Verwirkungsklausel keine Wirkung entfalten konnte⁶²⁴.

Die Zulässigkeit der Verwirkungsklauseln scheint damit zumindest im Grundsatz durch die oben genannten Gerichtsentscheidungen geklärt zu sein. Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Verwirkungsklauseln sowie der konkreten Rechtsfolgen ist die Rechtsprechung jedoch nicht erschöpfend. Die Schweizer Literatur tut sich mit der Behandlung der Verwirkungsklauseln schwer. Zwar wird die Möglichkeit der Verbindung derartiger Klauseln mit einer Verfügung von Todes wegen im

⁶²⁰ Siehe hierzu die obigen Ausführungen C. § 11 II. 2.

⁶²¹ BGE 117 II 239 ff.

⁶²² BGE 117 II 239 Erwägung 4.

⁶²³ Wörtlich: „Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die vom Erblasser verwendete Verwirkungsklausel im Hinblick auf Art. 482 ZGB als grundsätzlich zulässig zu betrachten ist.“, BGE 117 II 239.

⁶²⁴ BGE 117 II 239 ff. Anmerkung 5c; Nützi ZBJV 1993, S. 197.

Grundsatz bejaht⁶²⁵. Intensivere detaillierte Ausführungen zu Verwirkungsklauseln existieren jedoch wenig.

Aus der Literatur zum Thema Verwirkungsklauseln herausgegriffen sei ein Aufsatz von Breitschmid aus dem Jahre 1983, in welchem sich dieser mit der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Klauseln auseinandersetzt. Er stellt entscheidend darauf ab, ob die Hauptverfügung, die durch die Verwirkungsklausel geschützt werden soll, aus „rechtlichen (Pflichtteil etc.), sittlichen oder formalen Gründen angreifbar“ ist⁶²⁶. Diese Sichtweise befindet sich im Einklang mit der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine Verwirkungsklausel unzulässig ist, wenn sie die Anfechtung einer unsittlichen oder rechtswidrigen Verfügung einschränkt⁶²⁷.

Auch Nützi beschäftigt sich intensiver mit der Verwirkungsklausel. Er hebt unter anderem den Interessenkonflikt zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und dem Recht der Erben, von der Geltendmachung erbrechtlicher Klagen Gebrauch zu machen, hervor⁶²⁸. Unter Berufung auf BGE 85 II 378ff. hält Nützi die Verwirkungsklausel für grundsätzlich zulässig, da der Erblasser über die disponible und nicht von Pflichtteilen beanspruchte Quote frei entscheiden könne. Diese Entscheidungsfreiheit soll auch die Befugnis umfassen, innerhalb der disponiblen Quote den Entzug einer Zuwendung an eine Bedingung zu knüpfen⁶²⁹.

Nach Druey ist die Verwirkungsklausel dann legitim, wenn „der Erblasser eine in seiner Verfügungsfreiheit liegende Anordnung mit Mitteln, auf welche diese Bedingung ebenfalls zutrifft, durchsetzen will“⁶³⁰. Die Rechtswidrigkeit der Hauptverfügung muss dabei nicht zwingend auf erbrechtliche Regelungen zurückzuführen sein, sondern kann auch auf einem Verstoß gegen eine Norm außerhalb des Erbrechts beruhen. Im konstruierten Beispielsfall wollte der Erblasser seine

⁶²⁵ Tuor/Schnyder § 72 N 2; Abt/Weibel-Nertz Art. 470 N 28; Basler Kommentar – Staehelin Art. 482 N 40; Merz ZBJV 1964, 445ff.; Berner Kommentar 1952- Tuor, Art. 482 N 29.

⁶²⁶ Breitschmid, ZSR S. 111.

⁶²⁷ BGE 85 II 380; Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 N 40.

⁶²⁸ Nützi ZBJV 1993, S. 198 f.

⁶²⁹ Nützi ZBJV 1993, S. 198.

⁶³⁰ Druey, Grundriss § 12 N 34, § 16 N 30.

Erben zu einer Steuerhinterziehung anhalten, da derjenige Erbe, der das Bankdepot bei den Finanzbehörden angibt, auf den Pflichtteil gesetzt sein sollte⁶³¹.

Merz führt aus⁶³², der Erblasser könne nur über den nicht pflichtteilsgebundenen Teil des Nachlasses frei verfügen und auch nur diesbezüglich eine Verwirkungsklausel anordnen. Er stuft die Verwirkungsklausel mit der herrschenden Lehre als Bedingung ein.

Im Ergebnis ist nach den genannten Ansichten die Verwirkungsklausel generell nicht geeignet, eine mit gesetzlich zwingenden erbrechtlichen Vorschriften unvereinbare Verfügung von Todes wegen zur Wirksamkeit zu verhelfen. Die Rechtswidrigkeit der Klausel hängt im Wesentlichen davon ab, ob die zugrunde liegende Verfügung sitten- oder rechtswidrig ist. Ist die Hauptverfügung, die durch die Verwirkungsklausel geschützt werden soll, sitten- oder rechtswidrig, ist die Verwirkungsklausel dies ebenfalls. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes exemplarisch insbesondere dann, wenn die Verfügung wegen eines Formmangels ungültig ist. In diesem Fall kann auch die Verwirkungsklausel keine Wirksamkeit entfalten.

bb) Rechtswidrigkeit der Klausel per se

Nachdem geklärt ist, dass die Verwirkungsklausel jedenfalls durch die Rechtswidrigkeit der Verfügung, die sie schützen soll, infiziert und ebenfalls rechtswidrig wird, schließt sich zwangsläufig die Frage an, ob die Verwirkungsklausel nicht bereits für sich betrachtet als rechtswidrig einzustufen ist.

Mit dem Argument, der Erblasser könne den Bedachten mit der Verwirkungsklausel unter Druck setzen, die diesem zustehenden Rechtsmittel des (zwingenden) Erbrechts⁶³³ nicht geltend zu machen, wird in der Schweiz diskutiert, ob die Verwirkungsklausel bereits per se rechtswidrig sei⁶³⁴. Diese Meinung wird im bereits erwähnten Aufsatz von Nützi erörtert, wobei nicht eindeutig erkennbar ist, ob Nüt-

⁶³¹ Druey, Grundriss § 12 N 34, § 16 N 30.

⁶³² Merz ZBJV 1964, 449.

⁶³³ Gemeint ist wohl insbesondere die Erhebung der erbrechtlichen Klagen.

⁶³⁴ Dafür wohl Nützi ZBJV 1993, S. 199 unter Verweis auf deutsche Kommentierung im Münch-Komm zu § 2074 BGB, Rn 23 von Leipold; dagegen Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 68.

zi diese Ansicht befürwortet. Die Erörterung erfolgt unter Heranziehung der Ausführungen Leipolds im Münchner Kommentar zu § 2074 BGB. Diesen Rückgriff auf die deutsche Literatur begründet Nützi mit fehlenden gesetzlichen Regelungen der Verwirkungsklauseln sowohl im schweizerischen ZGB als auch im deutschen BGB. Die deutsche Lehre hält er daher für grundsätzlich übertragbar⁶³⁵.

Die Darstellung der Gesetzeswidrigkeit von Verwirkungsklauseln im Münchner Kommentar wird durch Nützi nicht richtig erfasst. Nützi zitiert zwar den ersten Satz Leipolds, nicht jedoch den nachfolgenden. Leipold führt mit diesem aus, die Verwirkungsklausel dürfe nicht dazu verwendet werden, den Bereich der Testierfreiheit über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus zu erweitern und den Beteiligten die Berufung auf das zwingende Recht zu verwehren⁶³⁶. Damit ist die Verwirkungsklausel nicht grundsätzlich als rechtswidrig eingestuft. Die Aussage Leipolds ist vielmehr dahingehend zu werten, dass die Verwirkungsklausel nicht dazu genutzt werden kann, den Erben die Geltendmachung von Rechten zu verwehren, die ihnen per Gesetz – im schweizerischen Recht sind dies insbesondere die Ungültigkeits- und die Herabsetzungsklage – zustehen. Die Ausführungen Leipolds zielen in die selbe Richtung wie die obige Argumentation der schweizerischen Lehre. Denn wenn dem Pflichtteilsberechtigten, oder allgemeiner, dem Bedachten überhaupt, ein zwingendes Recht – wie etwa die erbrechtlichen Klagen – zusteht, bedeutet dies nichts anderes, als dass die zugrunde liegende „Haupt“-Verfügung bereits sitten- oder rechtswidrig ist bzw. Formmängel⁶³⁷ aufweist etc. Dem Erblasser soll nun verwehrt werden, durch die Anordnung der Verwirkungsklausel die zwingenden erbrechtlichen Vorschriften zu umgehen. Weist aber die Verfügung, der die Verwirkungsklausel beigefügt ist, keinerlei rechtliche Fehler (gleich welcher Art) auf, ist nicht ersichtlich, weshalb die Klausel in diesem Fall per se rechtswidrig sein sollte. Im Kern enthält die Argumentation Leipolds keine von der schweizerischen Rechtslage abweichenden Gedanken, sondern fügt sich in diese ein.

⁶³⁵ Nützi ZBJV 1993, S. 198 Fußnote 8.

⁶³⁶ MünchKomm-Leipold 4. Aufl. § 2074 Rn 34.

⁶³⁷ Weimar weist allerdings darauf hin, dass formelle Mängel der Verfügung von Todes wegen im deutschen Recht gemäß § 2247 BGB zwingend nichtig seien, wohingegen eine an einem Formmangel leidende Verfügung gemäß Art. 520 ZGB erst auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt wird, vgl. Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 70.

Eine generelle Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel an sich kann daher aufgrund dieser Ausführungen nicht angenommen werden⁶³⁸. Die Frage, die sich allenfalls stellt, ist, ob der Erblasser unzulässigen moralischen Druck auf die Erben ausübt, um Streitigkeiten jedweder Art – auch wenn sie von vorneherein nicht erfolgversprechend sind – zu vermeiden. Dies ist aber eher eine Frage nach der Sittenwidrigkeit der Klausel, welche – soweit ersichtlich – von der herrschenden Lehre verneint wird⁶³⁹. Nützi führt diesbezüglich aus, mit der Sittenwidrigkeit sollten nur „Extremfälle von der Gültigkeit ausgeschlossen“ werden⁶⁴⁰.

Druey führt zwar aus, die Verwirkungsklausel sei rechtswidrig, wenn sie beispielsweise die Erhebung der Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage durch den Begünstigten zu verhindern suche⁶⁴¹. Dies kann vor dem Hintergrund der geschilderten Rechtsprechung und Literatur aber nur im eben erläuterten Sinn verstanden werden. Denn wenn dem Begünstigten die Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage nicht zusteht, kann es auch nicht rechtswidrig sein, die Erhebung dieser Klagen verhindern zu wollen.

Irreführend ist die Wortwahl Breitschmids, die Klausel sei „an sich unsittlich oder widerrechtlich“⁶⁴². Dies schränkt er wieder ein, indem er ausführt, dies gelte „zumindest insoweit, als sie solche Bestimmungen schützen soll“. Damit führt auch Breitschmid die Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel auf die Rechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Verfügung zurück. Eine isolierte Betrachtung und Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Klausel führt er nicht durch.

Jüngst hat Auberson darauf hingewiesen, es sei zu differenzieren, ob die Anordnung, die durch die Verwirkungsklausel geschützt werden soll, rechtswidrig sei, oder ob die Verwirkungsklausel selbst rechtswidrig sei⁶⁴³. Im Folgenden untersucht sie die Sitten- und Rechtswidrigkeit, geht jedoch nicht gesondert auf die Frage

⁶³⁸ Ebenso Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 68.

⁶³⁹ Breitschmid ZSR S. 115. In der schweizerischen Literatur wird diese Frage nicht vertieft diskutiert; allein Breitschmid verweist insoweit auf die „unangefochten herrschende Lehre“. Neuerdings lehnt auch Weimar eine Unsittlichkeit der Klausel „an sich“ ab, vgl. Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 68.

⁶⁴⁰ Nützi ZBJV 1993, S. 199.

⁶⁴¹ Druey, Grundriss § 12 N 34, S. 162.

⁶⁴² Breitschmid, Testament und Erbvertrag S. 115.

⁶⁴³ Auberson S. 35.

nach der Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel an sich ein, sondern führt diese im Wesentlichen auf die Gültigkeit der zugrunde liegenden Verfügung zurück⁶⁴⁴.

Die Annahme, die Klausel sei per se rechtswidrig, ist auch deshalb nicht angebracht, weil die Rechtsprechung des Bundesgerichtes klarstellt, die Verwirkungsklausel sei „grundsätzlich zulässig“⁶⁴⁵. Es ist davon auszugehen, dass die Verwirkungsklauseln für sich betrachtet grundsätzlich nicht rechtswidrig sind. Vielmehr sind sie im jeweiligen Kontext mit der gesamten Verfügung von Todes wegen zu betrachten.

cc) Gesamt- oder Teilungültigkeit?

Sollte man nun – in Anlehnung an die Argumentation von Nützi – davon ausgehen, die Verwirkungsklausel sei bereits per se rechtswidrig, gilt Folgendes:

Unsittliche oder rechtswidrige Bedingungen führen grundsätzlich zur Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen gemäß Art. 482 Abs. 2 ZGB⁶⁴⁶. Die Unwirksamkeit einer Bedingung infiziert die gesamte Verfügung. Vorliegend würde dies zur Ungültigkeit der Verfügung über den Gesellschaftsanteil führen, der die Klausel beigefügt ist. Während dieses Ergebnis bei suspensiven Bedingungen noch ohne weiteres einsichtig ist, stellt sich diese Rechtsfolge im vorliegenden Fall der Resolutivbedingung problematisch dar. Denn es ist nicht aus sich heraus verständlich, dass eine Begünstigung, deren Wirkungen mit dem Eintritt einer rechts- oder sittenwidrigen Bedingung enden soll, ihrerseits von vorneherein ungültig ist⁶⁴⁷.

Im Falle der resolutiven Bedingungen wird in der Schweiz erwogen, eine Analogie zur Auflage herzustellen. Die weit überwiegende eidgenössische Lehre stellt den hypothetischen Willen des Erblassers auf Erhalt der Hauptverfügung in den Vordergrund und schränkt die Anwendung von Art. 482 Abs. 2 ZGB für erbrechtliche Auflagen ein⁶⁴⁸. Der zweite Absatz des Art. 482 ZGB wird häufig als dispositiv bezeichnet. Zur Begründung werden allgemeine erbrechtliche Auslegungs-

⁶⁴⁴ Sie vertritt offensichtlich den Standpunkt, eine detaillierte differenzierte Betrachtung sei nicht möglich, da die zu schützende Hauptverfügung und die Verwirkungsklausel häufig dasselbe Ziel verfolgen (Auberson S. 35, 41).

⁶⁴⁵ BGE 117 II 239 ff.

⁶⁴⁶ Siehe soeben C. § 11 III. 2.

⁶⁴⁷ vgl. hierzu Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 ZGB N 33.

⁶⁴⁸ Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 ZGB N 34 m.w.N.

grundsätze herangezogen. Ist bei Auslegung der Verfügung der Wunsch des Erblassers am Erhalt der Begünstigung auch ohne die rechts- bzw. sittenwidrige Auflage erkennbar, soll die Unwirksamkeitsfolge nur die Auflage selbst erfassen⁶⁴⁹. Art. 482 Abs. 2 ZGB wird demzufolge als widerlegbare Vermutung gedeutet⁶⁵⁰.

In der schweizerischen Literatur wird teilweise erwogen, diese rechtliche Bewertung auch auf rechts- und sittenwidrige Bedingungen zu übertragen⁶⁵¹. Im Fall der Resolutivbedingung sei eher als bei suspensiven Bedingungen davon auszugehen, dass die Begünstigung aufrecht erhalten bleiben solle⁶⁵².

Gerade im Bereich der Unternehmensnachfolge im Erbgang ist dies näher zu untersuchen. Denn wenn gleichzeitig mit der Verwirkungsklausel auch die Zuwendung des Gesellschaftsanteils ungültig wird, kann es aufgrund mangelnder Kongruenz zwischen Gesellschaftsvertrag und erbrechtlicher Stellung zu einem Scheitern der geplanten Nachfolgeregelung kommen. Ist beispielsweise im Gesellschaftsvertrag der A als (eingesetzter) Erbe im Rahmen einer qualifizierten Nachfolgeklausel als Nachfolger bestimmt, wird aber die Begünstigung (Zuweisung der Gesellschafterstellung im Erbgang) wegen Art. 482 Abs. 2 ZGB als Folge einer unwirksamen Verwirkungsklausel ebenfalls unwirksam, kann A unter Umständen die Nachfolge nicht antreten, da die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Position als Erbe nicht (mehr) gegeben ist. Unter diesem Aspekt müsste der Wille des Erblassers unterstellt werden, die von ihm geplante Nachfolgeregelung im Zweifel auch ohne beigefügte Straf- und Verwirkungsklauseln aufrecht zu erhalten⁶⁵³. Die Analogie

⁶⁴⁹ Druey, Grundriss § 12 N 66; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 ZGB N 27; Escher Art. 482 ZGB N 30; Piotet, SPR IV/1, 151.

⁶⁵⁰ Nach BGE 108 II 396 muss der Wille des Erblassers, die Begünstigung solle auch Bestand haben, wenn die beigefügte Auflage unwirksam ist, in der letztwilligen Verfügung selbst „angedeutet“ sein (ebenso Uffer-Tobler, 119; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 ZGB N 27a; **a.M.** Basler Kommentar-Staehelin, welcher dies nicht für erforderlich hält, da die Begünstigung als solche bereits in der Urkunde Ausdruck gefunden habe).

⁶⁵¹ Piotet SPR IV/1, 99; Druey, Grundriss § 12 N 66; Nützi ZBJV 1993, S. 201.

⁶⁵² Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 ZGB N 35.

⁶⁵³ Auf die Frage, ob auch ein nur teilweises Entfallen der Klausel – nämlich bezüglich des Pflichtteils – möglich ist, während sie weiterhin auf dem disponiblen Teil lastet, wird an späterer Stelle eingegangen werden. Diese Frage ist dann bedeutsam, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein größerer Erbteil als der Pflichtteil zugewiesen wurde und die Verwirkungsklausel allein dazu dienen soll, eine pflichtteilsverletzende Verfü-

zur Auflage wäre hiernach zu befürworten, auch wenn in Einzelfällen anderes gelten mag.

Wegen der möglichen unterschiedlichen Interessenlagen des Erblassers – je nachdem ob ein Unternehmen Nachlassbestandteil ist oder nicht – ist es sachgerecht, keine allgemein gültige Regel anzuwenden, sondern im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, in welche Richtung der Wille des Erblassers ging. Eine generelle Ungültigerklärung der Bedingung unter Aufrechterhaltung der Begünstigung bei der Anfechtung rechts- oder sittenwidriger Bedingungen wegen Willensmängeln wird von der Kommentarliteratur weitgehend abgelehnt⁶⁵⁴. Dies ist zutreffend, weil nur im Einzelfall entschieden werden kann, worauf der Wille des Erblassers gerichtet war. Eine solche Auslegung sollte aber – ebenfalls parallel zur Rechtslage bei der Auflage – im Erbvertrag bzw. Testament zumindest „angedeutet“ sein.

Nützi spricht in diesem Zusammenhang die Möglichkeit an, Art. 20 Abs. 2 OR analog anzuwenden, ebenso Tuor/Schnyder⁶⁵⁵. Art. 20 Abs. 2 OR bestimmt: „Betrifft aber der Mangel bloß einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.“

Eine analoge Anwendung würde zur Aufrechterhaltung der Zuwendung des Erblassers unter Wegfall der Bedingung führen. Die „unwirksame bedingte Verfügung“ würde somit „in eine wirksame unbedingte umgedeutet“⁶⁵⁶. Auch Forni/Piatti verweisen in diesem Zusammenhang auf Art. 20 Abs. 2 OR, „namentlich, wenn neben Erbvertragsklauseln einseitige Klauseln vorhanden sind“⁶⁵⁷.

Weimar nimmt eine nur teilweise Ungültigkeit der Klausel an und zwar nur bezüglich derjenigen Hauptverfügungen, in deren Zusammenhang die Klausel sich als ungültig erweise; hinsichtlich der übrigen Verfügungen soll die Klausel weiter-

gung zu sichern und ist daher insbesondere im pflichtteilsrechtlichen Zusammenhang von Interesse.

⁶⁵⁴ Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 ZGB N 27b; Basler Kommentar- Staehelin Art. 482 N 35; Escher Art. 482 ZGB N 31.

⁶⁵⁵ Nützi ZBJV 1993, S. 201; Tuor/Schnyder § 71 N 2.

⁶⁵⁶ vergleiche etwa die Formulierung bei Nützi ZBJV 1993, S. 201.

⁶⁵⁷ Basler Kommentar- Forni/Piatti Art. 519/520 N 29.

hin wirksam bleiben⁶⁵⁸. Eine dogmatische Begründung für diese Auffassung liefert er jedoch nicht.

Das Ergebnis ist in allen Fällen dasselbe und verwirklicht das Prinzip des favor testamenti, nach welchem bei der Auslegung der Anordnungen des Erblassers diese weitestmöglich erhalten bleiben sollen. Selbstverständlich kann dies nur dann gelten, wenn nicht bereits die zugrundeliegende Verfügung ebenfalls rechtswidrig ist, da in diesem Fall sowohl die Zuwendung als auch die Klausel rechtswidrig sind. In diesen Fällen muss entweder auf frühere Verfügungen von Todes wegen oder die gesetzliche Erbfolge zurück gegriffen werden.

3. Ungültigkeitsklage gemäß Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB

Während für die Frage der materiellen Sitten- und Rechtswidrigkeit die Vorschrift des Art. 482 ZGB Anwendung findet, gibt Art. 519 ZGB dem unter einer Bedingung Eingesetzten formell die Möglichkeit, eine rechts- bzw. sittenwidrige Bedingung im gerichtlichen Verfahren im Rahmen einer Ungültigkeitsklage für ungültig erklären zu lassen. Da die Verwirkungsklauseln als resolutive Bedingungen einzuordnen sind⁶⁵⁹ und ihre Gültigkeit an Art. 482 ZGB gemessen wird, sind die Vorschriften über die Ungültigkeitsklage auf sie anwendbar⁶⁶⁰.

Die Ungültigkeitsklage ist eine Gestaltungsklage. Durch das erlangte „erfolgreiche“ Gestaltungsurteil wird die gesamte⁶⁶¹ mangelhafte Verfügung von Todes wegen hinfällig, sofern der Erblasser beispielsweise verfügungsunfähig war oder ein Formmangel vorliegt. Werden nur einzelne Teile der Verfügung erfolgreich angegriffen, werden nur diese Teilverfügungen (bspw. das mit Willensmängeln behaftete Vermächtnis)⁶⁶² mit Wirkung ex tunc, d.h. zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen, für ungültig erklärt⁶⁶³. Im ersten Fall gilt die Ver-

⁶⁵⁸ Berner Kommentar-Weimar Srt. 482 N 55.

⁶⁵⁹ Vgl. die obigen Ausführungen C. § 11 II. 2.

⁶⁶⁰ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass nach BGE 53 II 101 die Ungültigkeitsklage auch zur Ungültigerklärung eines Erbvertrages führen kann, vgl. auch Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 519/520 N 6.

⁶⁶¹ Abt, S.168.

⁶⁶² Beck S. 101.

⁶⁶³ Abt, S.168; Piotet SPR IV/1 S. 273; Beck S. 101; a.A. Basler Kommentar-Forni/Piatti, Art. 519/520 N 29 sowie Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 519 N 16, die auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs abstellen.

fügung insgesamt als nicht existent. Für die Erbfolge ist auf eine eventuell früher errichtete Verfügung von Todes wegen oder in Ermangelung einer solchen auf die gesetzliche Erbfolge zurückzugreifen⁶⁶⁴.

Sofern ein einzelner Bestandteil der Verfügung – wie beispielsweise eine Bedingung – angegriffen wird, wird in der Literatur und den einschlägigen Kommentaren auch in diesem Zusammenhang diskutiert, ob bei einer Ungültigkeit der Bedingung auch die zugrundeliegende Zuwendung dahin fallen solle. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei wegen der parallelen Argumente auf obige Ausführungen verwiesen⁶⁶⁵.

Bezüglich der Frage, ob eine Verwirkungsklausel rechtswidrig ist oder nicht, kann ebenfalls auf das oben Gesagte⁶⁶⁶ zurückgegriffen werden. Versucht der Erblasser, mit der Verwirkungsklausel eine sitten- oder rechtswidrige Verfügung zu stützen, ist die Verwirkungsklausel ebenfalls sitten- bzw. rechtswidrig und kann mit der Ungültigkeitsklage angegriffen werden.

4. Zwischenergebnis

Nach zumindest teilweise vertretener Auffassung werden die Verwirkungsklauseln der Ungültigkeitsklage unterstellt, wenn sie eine Hauptverfügung, die den Pflichtteil beeinträchtigt, sichern sollen. Denn die Klausel versucht in diesem Fall, den Pflichtteilsberechtigten von der Erhebung der Herabsetzungsklage abzuhalten und verfolgt damit einen rechtswidrigen Zweck⁶⁶⁷.

IV. Einsatz von Verwirkungsklauseln bei Pflichtteilsberechtigten

Im Folgenden wird untersucht, ob und in welchem Umfang Verwirkungsklauseln die Pflichtteilsrechte der betroffenen Pflichtteilsberechtigten verletzen können und ob mit der Verwirkungsklausel eine pflichtteilsverletzende Verfügung gesichert werden kann.

⁶⁶⁴ Druey, Grundriss § 12 N 56; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 519 N 16; Abt, S. 168.

⁶⁶⁵ Vgl. oben C. § 11 III. 2. b) aa).

⁶⁶⁶ Vgl. oben C. § 11 III. 2.

⁶⁶⁷ Siehe hierzu ausführlich oben C. § 11 III. 2.

Voraussetzung für die rechtliche Sanktionierung einer Pflichtteilsverletzung ist die Verletzung eines Pflichtteilsberechtigten in seinem Pflichtteil. Die pflichtteilsrechtliche Relevanz bestimmter Verfügungen des Erblasser wird regelmäßig im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Herabsetzungsklage erörtert, so dass vorliegend die Literatur und Kommentierung zur Herabsetzungsklage herangezogen wird. Von besonderem Interesse ist insbesondere die Regelung des Art. 531 ZGB, der dem Pflichtteilsberechtigten die Herabsetzungsklage gemäß Art. 522ff. ZGB bei angeordneten Vor- und Nacherbschaften gewährt. Von Interesse ist, ob die Regelung des Art. 531 ZGB mit dem deutschen § 2306 BGB vergleichbar ist und ob auch in den Fällen, in denen der hinterlassene Erbteil kleiner als der Pflichtteil ist, der Erblasser eine Verwirkungsklausel oder eine „echte Wahlklausel“ nach dem Vorbild Socins anordnen kann.

Art. 522 ZGB gesteht dem Erben, der nicht „dem Wert nach“ seine Pflichtteil erhalten hat, die Herabsetzungsklage zu. In Art. 531 ZGB ist ergänzend bestimmt, dass eine Nacherbeneinsetzung „im Umfang des Pflichtteils“ ungültig ist. An vorderster Stelle steht daher die Frage nach der Bestimmung bzw. Berechnung des Pflichtteils. Hieran anschließend ist zu untersuchen, ob sich die Rechtsfolgen einer Pflichtteilsverletzung unterschiedlich gestalten, je nachdem, ob der Berechtigte eine Zuwendung erhalten hat, die kleiner, gleich oder größer als sein Pflichtteil ist.

1. Pflichtteilsberechnung und Erbteilsbewertung

Im Zusammenhang mit der Vererbung eines Gesellschaftsanteils wirft die Berechnung des zugewiesenen Erbteils und der Vergleich mit dem Pflichtteil, der dem Berechtigten zusteht, regelmäßig folgendes Problem auf: Häufig weist der Erblasser dem eingesetzten (Nachfolger-) Erben keine Erbquote zu, sondern wendet den Gesellschaftsanteil ohne quotal Bezeichnung per Erbeinsetzung und Teilungsvorschrift bzw. durch Vorausvermächtnis zu. Bei der Ermittlung des Wertes der Zuwendung und des Pflichtteils ist der Wert des Gesellschaftsanteils daher in besonderem Maße relevant.

Für die Pflichtteilsberechnung ist die Pflichtteilsberechnungsmasse, d.h. zunächst der Verkehrswert⁶⁶⁸ des Vermögens zum Todestag, maßgeblich, vgl. Art. 474 Abs. 1 ZGB. Diesem Vermögen werden gemäß Art. 475 ZGB verschiedene Zuwendungen unter Lebenden hinzu gerechnet. Art. 475 ZGB verweist insoweit auf Art. 527 ZGB, d.h. es werden diejenigen lebzeitigen Zuwendungen hinzu gerechnet, die entweder ausgleichspflichtig oder herabsetzbar sind, sowie die auf den Tod des Erblassers gestellten Versicherungsansprüche mit dem Rückkaufwert⁶⁶⁹. Der Verkehrswert wird üblicherweise als derjenige (objektive) Wert definiert, der bei einer Veräußerung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr unter normalen Verhältnissen an einen Dritten, der nicht beliebig lang gesucht werden muss, erzielt werden könnte⁶⁷⁰.

Die Frage, ob konkret eine Pflichtteilsverletzung gegeben ist, wird nach Eitel in vier Schritten beantwortet⁶⁷¹: Im ersten Schritt ist zu prüfen, was ein Berechtigter nach der gesetzlichen Erbfolge erhalte. Im zweiten Schritt wird die Pflichtteilsberechnungsmasse nach den obigen Ausführungen ermittelt. Sodann wird anhand der Pflichtteilsberechnungsmasse und der in Schritt 1 ermittelten Quote der Wert des dem Berechtigten zustehenden Pflichtteilsanspruches berechnet (dritter Schritt). Auf dieser Grundlage wird im letzten Schritt gegenüber gestellt, was dem Berechtigten tatsächlich nach der Verfügung von Todes wegen zugewendet wurde und was ihm hätte zugewendet werden müssen. Hat der Pflichtteilsberechtigte danach nicht „dem Wert nach“ das erhalten, was ihm zusteht, kann die Herabsetzung bei Erhebung der Klage durch den Pflichtteilsberechtigten durchgeführt werden.

Aus den Ausführungen Eitels geht nicht eindeutig hervor, ob die Pflichtteilsverletzung anhand eines Quoten- oder Wertvergleiches ermittelt wird. Hervorgehoben wird in der Literatur, dass die Pflichtteilsberechnung gemäß Art. 474 ZGB zum Wert am Todestag erfolgt; darauf bezogen wird festgestellt, ob der Berechtigte durch die Verfügung von Todes wegen weniger erhalten hat, als ihm zusteht, ob al-

⁶⁶⁸ Basler Kommentar-Staehelin Art. 474 N 1.

⁶⁶⁹ Zur Ermittlung der Pflichtteilsberechnungsmasse siehe etwa Druey, Grundriss § 6 N 71ff.

⁶⁷⁰ Basler Kommentar-Staehelin Art. 474 N 2.

⁶⁷¹ Siehe Eitel in: <http://www.unifr.ch/zgb/Dokumente/Sommer%202007/Skript%20SoSe%202007.pdf> (besucht am 5.5.2008).

so eine Pflichtteilsverletzung vorliegt⁶⁷². Der Pflichtteil besteht dabei bis zur erfolgten Erbteilung in einer quotalen Berechtigung am Nachlass⁶⁷³. Für die Durchführung der Erbteilung kommt es – abweichend von Art. 474 ZGB – gemäß Art. 617 ZGB auf die Werte im Zeitpunkt der Teilung an. Auch wenn der Pflichtteil in einer Quote besteht, wirken sich daher Wertschwankungen zwischen dem Wert am Todestag und dem Wert zum Zeitpunkt der Teilung auch auf den Pflichtteil aus⁶⁷⁴.

Soweit ersichtlich, wird eine Diskussion, die dem deutschen Streit um die Quoten- und Werttheorie⁶⁷⁵ ähnelt, nicht geführt. Dies ist auch entbehrlich, da die Hinzurechnung von ausgleichungspflichtigen und herabsetzbaren Zuwendungen zur Pflichtteilsberechnungsmasse gesetzlich geregelt ist. Das schweizerische Recht hat die Korrekturen der Quotentheorie, die in Einzelfällen im deutschen Recht durch die Werttheorie vorgenommen werden, gesetzlich verankert. Ausgangspunkt ist auch im schweizerischen Recht zunächst die Quote. Dem Wert kommt vorrangig dann besondere Bedeutung zu, wenn der Erblasser einem Erben bestimmte Vermögenswerte wie etwa einen Gesellschaftsanteil zugewiesen hat. Hier muss zunächst eine Bewertung des Gesellschaftsanteils vorgenommen werden. Setzt man diesen in Relation zum gesamten Nachlassvermögen, erhält man die tatsächlich zugewendete Quote.

Angeordnete Belastungen und Beschwerungen werden nicht zur Berechnung des Pflichtteils herangezogen, da diese nach den Wertungen des schweizerischen Pflichtteils innerhalb des Pflichtteils nicht wirksam angeordnet werden können und mit der Herabsetzungsklage gemäß Art. 522 ff ZGB angreifbar sind⁶⁷⁶. Ein Wertvergleich, wie ihn das deutsche Recht vornimmt, liegt darin begründet, dass der Pflichtteilsberechtigte einen Geldanspruch gegen die Erben erhält, wohingegen der Pflichtteilsberechtigte – gegebenenfalls nach erfolgreicher Herabsetzungsklage – in der Schweiz in Höhe seiner Pflichtteilsquote am Nachlass als Erbe partizipiert.

⁶⁷² Druey, Grundriss § 6 N 85.

⁶⁷³ Druey, Grundriss § 6 N 85.

⁶⁷⁴ Druey, Grundriss § 16 N 69, § 6 N 85.

⁶⁷⁵ Zur Quoten- und Werttheorie siehe oben B. § 4 IV. 1. a) und B. § 4 IV.2. g).

⁶⁷⁶ Einzelheiten hierzu siehe unter C. § 11 IV. 2.

2. Art. 531 ZGB: Herabsetzungsklage bei Verwirkungsklauseln

Neben dem klassischen Fall der Pflichtteilsverletzung durch Übergehung stellt sich die Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte, dem der Gesellschaftsanteil unter Einhaltung der Pflichtteilsquote zugewandt wurde, durch die Belegung mit einer Verwirkungsklausel in seinem Pflichtteil verletzt wird. Dabei wird zum Einen untersucht werden, ob eine Verwirkungsklausel, die eine pflichtteilsverletzende Verfügung von Todes wegen sichern soll, ihrerseits die Pflichtteile verletzt und daher mit der Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage angreifbar ist. Zum Anderen wird dargestellt, ob und inwieweit die Klausel selbst das Pflichtteilsrecht verletzen kann, auch wenn die zugrunde liegende Verfügung von Todes wegen an keinerlei rechtlichen Mängeln leidet. Die in diesem Zusammenhang interessierende Diskussion erfolgt regelmäßig unter dem Stichwort der Herabsetzbarkeit der Verfügung wegen angeordneter Vor- und Nacherbschaften und findet sich insbesondere bei Kommentierungen zu Art. 531 ZGB. Im Fall der Pflichtteilsverletzung kann die grundsätzlich strikte Trennung zwischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften, wie sie das schweizerische Zivilgesetzbuch vorsieht, bei der Argumentation nicht beibehalten werden. Die materielle Frage, wann eine Pflichtteilsverletzung vorliegt, ist im Rahmen der Herabsetzungsklage zu prüfen.

Aus den Ausführungen von Merz⁶⁷⁷ geht hervor, der Erblasser könne nur über den nicht pflichtteilsgebundenen Teil des Nachlasses frei verfügen und auch nur diesbezüglich eine Verwirkungsklausel, die als Bedingung einzustufen ist, anordnen. Als Schlussfolgerung hieraus könnte die Verwirkungsklausel in all jenen Fällen, in denen der Erblasser über mehr als die disponible Quote verfügt, grundsätzlich nicht angeordnet werden. Im Folgenden soll dargestellt werden, inwiefern die Verwirkungsklauseln den Pflichtteil tatsächlich verletzen können.

Die Verwirkungsklauseln führen – wie dargelegt⁶⁷⁸ – zu Vor- und Nacherbschaft bzw. zeitlich gestaffelten Vermächtnissen. Nach dem schweizerischen Pflichtteilsrecht dürfen auf dem Pflichtteil eines Noterben jedoch keine Nachverfügungen las-

⁶⁷⁷ Merz ZBJV 1964, 449.

⁶⁷⁸ Siehe bereits oben C. § 11 II. 3.

ten⁶⁷⁹. Der Begriff der Nachverfügung wird in der Schweiz einheitlich für Nacherbeneinsetzung und Nachvermächtnis verwandt. Nach dem schweizerischen Pflichtteilsrecht stellen sowohl die Anordnung von Vermächtnissen und Bedingungen, als auch die von Vor- und Nacherbschaft eine Belastung des Pflichtteils dar⁶⁸⁰, d.h. der Pflichtteil darf nicht mit Bedingungen belastet sein⁶⁸¹. Pflichtteilsverletzungen können insbesondere durch wertvermindernde Bedingungen, die der Verfügung von Todes wegen beigelegt sind, eintreten⁶⁸². Die Verwirkungsklauseln sind resolutive Potestativbedingungen, was gegen die Zulässigkeit der Klauseln und für eine Pflichtteilsverletzung spricht. Zudem darf nach obigen Ausführungen⁶⁸³ mit Hilfe von Verwirkungsklauseln nicht versucht werden, dem Erben die Geltendmachung der ihm durch das Recht gewährten Möglichkeiten, wie beispielsweise die Erhebung der Herabsetzungsklage, zu verwehren.

Die Verwirkungsklauseln können pflichtteilsrechtlich in doppelter Hinsicht relevant sein: Einerseits durch die Zielsetzung, mit einer derartigen Klausel zu versuchen, eine pflichtteilsverletzende und damit herabsetzbare erbvertragliche oder testamentarische Erbgestaltung zu stützen, andererseits durch die Ausgestaltung als Resolutivbedingung und die damit zwingende Rechtsfolge von Vor- und Nacherbschaft. Auch wenn die Hauptverfügung, die durch die Verwirkungsklausel geschützt werden soll, unproblematisch mit dem Pflichtteilsrecht in Einklang zu bringen ist, kann es allein durch die Beifügung der Verwirkungsklausel zur Kollision mit dem Pflichtteilsrecht kommen.

In der Schweizer Literatur wird zwischen diesen beiden Ursachen, die zu einer Pflichtteilsverletzung führen können, nicht exakt differenziert. Eine Auseinandersetzung mit der pflichtteilsrechtlichen Problematik der Klauseln – wie sie in Deutschland mittlerweile intensiv erfolgt ist – findet in der Schweiz nicht statt. Die Zulässigkeit der Klauseln wird daher im Folgenden bezüglich des schweizerischen Rechts in Hinblick auf beide Gesichtspunkte einheitlich überprüft, da eine dogmatische Trennung in der Schweizer Literatur nicht vorgenommen wird.

⁶⁷⁹ Basler Kommentar – Bessenich, vor Art. 488-492 N 4; BGE 108 II 288.

⁶⁸⁰ Druey, Grundriss § 6 N 45, N 48.

⁶⁸¹ Abt/Weibel-Nertz Art. 470 N 11.

⁶⁸² Hausheer/Aebi-Müller S. 219.

⁶⁸³ Siehe oben C. § 11 III. 2. b) bb).

Der Themenkomplex des Art. 531 ZGB ist zum einen interessant, weil die Verwirkungsklauseln zu Vor- und Nacherbschaft führen, zum anderen deshalb, weil die Zulässigkeit von Verwirkungsklauseln gelegentlich im Rahmen der Frage diskutiert wird, ob angeordnete Vor- und Nacherbschaften durch Verwirkungsklauseln gesichert werden können⁶⁸⁴. Gemäß Art. 531 ZGB muss der Pflichtteilserbe eine Belastung seines Pflichtteils mit Vor- und Nacherbschaft nicht hinnehmen. Da die Verwirkungsklausel diese Rechtsfolge zwangsläufig bewirkt, lässt sich hieraus der Schluss ziehen, der Pflichtteilserbe müsse die Belegung mit einer Verwirkungsklausel grundsätzlich nicht akzeptieren. Nach der Zielsetzung des Art. 531 ZGB müssen die Werte, die der Pflichtteilsberechtigte aus dem Nachlass des Erblassers erlangt, so beschaffen sein, dass er sie auch realisieren kann. Geradezu symbolhaft wird in der Schweizer Literatur zu dieser Thematik die Rechtsprechung zu den „biens aisément négociables“ angeführt. Der Pflichtteilsberechtigte muss hiernach den vollen, veräußerbaren und vererblichen Wert des Pflichtteils erhalten und darf insbesondere nicht an Stelle der Erbquote mit einer bloßen Rente abgefunden werden, selbst wenn deren kapitalisierter Wert die Höhe des Pflichtteils erreicht⁶⁸⁵. Art. 531 ZGB als Sonderfall der Herabsetzungsklage⁶⁸⁶ normiert dies ausdrücklich für die Fälle von Vor- und Nacherbschaft, bei denen wegen der umfassenden Sicherungsregeln zugunsten des Nacherben eine freie Verfügbarkeit des Erben über seinen Erbteil gerade nicht gegeben ist⁶⁸⁷.

Gemäß Art. 531 ZGB ist eine Nacherbeneinsetzung – die vorliegend durch die Verwirkungsklausel angeordnet wird – gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben „im Umfang des Pflichtteils ungültig“. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist klaggestellt, dass die Belastung mit einer Nacherbeneinsetzung im

⁶⁸⁴ Vgl. bspw. Weimar ZBJV 1985, S. 274, 275.

⁶⁸⁵ Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 470 N 5; Basler Kommentar/Staehelin Art. 470 N 9; BGE 70 II 147, Erw. 2.; In der Literatur wird kritisiert, die Entscheidung des BGE sei im konkreten Sachverhalt inkonsequent gewesen, da die Rente einen kapitalisierten Wert aufwies, der den Pflichtteil überstieg, und damit die Klage gemäß Art. 522 ZGB nicht hätte zugelassen werden dürfen (vgl. etwa Druey, Grundriss § 6 N 41).

⁶⁸⁶ Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 531 N 1.

⁶⁸⁷ Ob bei Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, bei der der Vorerbe weitgehend von den Sicherungsmaßnahmen zugunsten des Nacherben befreit ist, eine Ausnahme zu machen ist, ergibt sich aus dem Gesetz und auch aus der Literatur nicht. Es ist daher davon auszugehen, dass auch die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest vom Anwendungsbereich des Art. 531 ZGB erfasst wird.

Wege der (erfolgreich) erhobenen Herabsetzungsklage „einfach gestrichen“⁶⁸⁸ wird. Der Erbe kann demgemäß den Pflichtteil als freies Erbe beanspruchen, das er seinen eigenen Erben weitervererben kann. Die Formulierung, die Nacherbeneinsetzung werde „einfach gestrichen“, legt den Verdacht nahe, der Pflichtteilsberechtigte müsse die Herabsetzungsklage nicht erheben. Es stellt sich also die Frage, ob die Verwirkungsklausel zumindest dann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten weniger bzw. gleich viel wie der Pflichtteil hinterlassen ist, automatisch unwirksam ist oder ob auch hier die Herabsetzungsklage zu erheben ist.

Im Ergebnis zwingt die Regelung des Art. 531 ZGB – ebenso wie im deutschen Recht – zu einer Differenzierung zwischen verschiedenen Fallgestaltungen. Ausgangspunkt ist die Feststellung der Ungültigkeit der Nacherbeneinsetzung *im Umfang des Pflichtteils*.

a) Zugewendete Erbquote ist kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil

aa) Wegfall der Beschränkung

Ist die zugewendete Erbquote kleiner bzw. gleich der Pflichtteilsquote, muss der Pflichtteilsberechtigte generell im Rahmen der Herabsetzungsklage die Einsetzung als Erbe auf die unbelastete Pflichtteilsquote verlangen. Gleichwohl wurde vor allem in der älteren Literatur für die vorliegende Fallgestaltung (zugewendeter Erbteil ist kleiner als bzw. gleich groß wie der Pflichtteil) ein automatischer Wegfall der Belastung diskutiert. Weiter ist nicht eindeutig ersichtlich, ob die Klauseln der Ungültigkeits- oder der Herabsetzungsklage unterfallen. Diese Frage, die eigentlich die Rechtsfolgen einer potentiellen Pflichtteilsverletzung durch die Verwirkungsklauseln betrifft, ist im Zusammenhang mit der Frage, ob durch die Verwirkungsklauseln eine Verletzung der Mindestteilhabe gegeben ist, zu prüfen, da die materiellen Voraussetzungen einer Pflichtteilsverletzung im Zusammenhang mit der Herabsetzungsklage diskutiert werden. Anderenfalls wären auch etliche Ausführungen der entsprechenden Rechtsprechung und Literatur nicht verständlich.

⁶⁸⁸ Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 531 N 2 unter Verweis auf BGE 51 II 49, 55 (Urteil vom 17. Februar 1955).

Bei der auf Art. 531 ZGB gestützten Klage fallen die Belastungen nicht von Rechts wegen weg, sondern nur nach erfolgreich erhobener Klage⁶⁸⁹. Dieses Ergebnis wurde in der älteren Literatur noch diskutiert. Vor allem Escher und Tuor setzten sich mit der Frage auseinander, ob in dieser Fallkonstellation die angeordnete Nacherbschaft absolut ungültig sei⁶⁹⁰. Mit der „absoluten Ungültigkeit“ ist dabei offenbar die Nichtigkeit, d.h. ein automatischer Wegfall der Belastung ohne Erhebung einer Klage, gemeint.

Tuor legte die Ansicht von Suter und Huber dar, nach welcher die unzulässige Nacherbeneinsetzung nicht lediglich zur Herabsetzung komme, sondern der Ungültigkeitsklage unterliege⁶⁹¹. Ausgangspunkt für diese Sichtweise war der Wortlaut des Art. 531 ZGB, der davon spricht, die Nacherbeneinsetzung sei im Umfange des Pflichtteils „ungültig“. Tuor und auch Escher unterschieden in der Diskussion zwei Fallvarianten. In der ersten Variante, bei der dem Pflichtteilsberechtigten nicht mehr als der Pflichtteilsbetrag hinterlassen sei, gelte die Anordnung in vollem Umfang als nicht bestehend⁶⁹². Die zweite Fallvariante, bei der dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteilsbetrag hinterlassen wird, wird im folgenden Abschnitt näher beleuchtet werden. An dieser Stelle steht die erste Fallvariante im Mittelpunkt.

Tuor verweist für diese Konstellation darauf, es liege „nichts von den gewöhnlichen Regeln der Herabsetzung Abweichendes“ vor, die Anordnung „gelte in ihrem vollem Umfang als nicht bestehend“. Hierzu verweist er auf seine vorherigen Ausführungen zur Herabsetzungsklage. Auch wenn es auf den ersten Blick so scheint, als spräche sich Tuor für eine absolute Ungültigkeit, also eine Nichtigkeit der Nacherbschaft ohne das Erfordernis der Erhebung einer Herabsetzungsklage, aus, spricht sein Verweis auf die eigenen Ausführungen zur Herabsetzungsklage deutlich für die Erhebung der Herabsetzungsklage. An der von ihm angeführten Textstelle hebt er das Ergebnis der erfolgreichen Herabsetzungsklage hervor, das er

⁶⁸⁹ Escher Art. 531 N 7 S. 562.

⁶⁹⁰ Escher, Art. 531 ZGB N 4, N 7; Berner Kommentar 1952-Tuor Art. 531 ZGB N 4, N 5.

⁶⁹¹ Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 531 ZGB N 3.

⁶⁹² Escher Art. 531 ZGB N3; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 531 ZGB N 4.

nicht als „Ungültigwerden“⁶⁹³ der erblasserischen Verfügung definiert, sondern lediglich als Herabsetzung der den Kläger in seinem Pflichtteil verletzenden Verfügungen. Ein automatischer Wegfall der belastenden Verfügungen wird explizit abgelehnt und Art. 531 ZGB nicht als Anwendungsfall der Nichtigkeit oder Ungültigkeit, sondern eindeutig als Unterfall der Herabsetzungsklage charakterisiert.

Missverständlich ist zunächst eine Aussage Eschers, wonach die Verfügung im Umfang des Pflichtteils „schlechthin ungültig“ sei, „ohne dass dies nach den für die Herabsetzung geltenden Regeln festgestellt werden müsste“, so habe vor allem „nicht eine Vergleichung des Wertes der für den Erblasser verfügbaren Quote mit dem Wert der Ansprüche des Nacherben stattzufinden...“⁶⁹⁴. Dennoch betrachtet Escher die Klage gemäß Art. 531 ZGB als Klage eigener Art, die sowohl Elemente der Ungültigkeits- als auch der Herabsetzungsklage aufweist und befürwortet im Ergebnis die rechtliche Einordnung des Art. 531 ZGB als Unterfall der Herabsetzungsklage⁶⁹⁵.

Escher führt hierfür im Wesentlichen die historische Entstehungsgeschichte des Art. 531 ZGB und insbesondere die Erläuterungen zum Teilentwurf des ZGB an. Die ersten Entwürfe zum ZGB gingen noch explizit von der Herabsetzungsklage als geeignetem Rechtsbehelf für den Angriff gegen eine Nacherbeneinsetzung aus. Die konkrete sprachliche Ausgestaltung des Art. 531 ZGB in der heute gültigen Fassung erfolgte im Rahmen der abschließenden Überarbeitung des Entwurfs aufgrund von Diskussionen im Nationalrat. Wegen dieser geschichtlichen Entwicklung spricht sich Escher für eine lediglich partielle Ungültigkeit der Nacherbeneinsetzung im Umfang des Pflichtteils des Belasteten aus. Ausdrücklich fordert er, im Rahmen des Art. 531 ZGB solle „der Wegfall der Belastungen nicht von Rechts wegen, sondern nur auf erhobene Klage hin stattfinden“⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Er spricht an dieser Stelle auch von dem „Einbüßen der vollen Wirksamkeit“ und davon, dass die verletzende Verfügung „voll und ganz hinfällig wird“, Berner Kommentar 1952- Tuor vor Art. 522-533 ZGB N 9.

⁶⁹⁴ Escher Art. 531 ZGB N 7.

⁶⁹⁵ Wörtlich ordnet er Art. 531 ZGB als „Spezialanwendung der allgemeinen Grundsätze der Herabsetzung pflichtwidriger Verfügungen“ ein, Escher Art. 531 ZGB N 2.

⁶⁹⁶ Escher Art. 531 ZGB N 7.

Die Aussagen der Kommentatoren Tuor und Escher sind missverständlich, können im Kontext aber nicht anders gedeutet werden, als dass ein automatischer Wegfall der Beschränkungen und Beschwerungen abgelehnt wird. Zumindest der Aussage Eschers kann nach dem ausdrücklichen Votum für die Notwendigkeit der Klagerhebung keine andere Bedeutung beigemessen werden.

Hinsichtlich dieser auf den ersten Blick mehrdeutigen Ausführungen der älteren Kommentarliteratur bestanden in der Folge Unsicherheiten bei der rechtlichen Behandlung des Art. 531 ZGB. So behauptete Piotet unter Verweis auf Tuor und Escher, die Literatur würde die Ungültigkeit der Nacherbeneinsetzung anerkennen, wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht mehr als seinen Pflichtteil erhalte, aber die Herabsetzung zulassen, wenn er mehr als den Pflichtteilsbetrag erhalten habe⁶⁹⁷. Piotet unterstellte Tuor und Escher auf Grundlage ihrer Ausführungen, zwei verschiedene Fallgestaltungen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen zu favorisieren. Sei dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer bzw. gleich großer Erbteil wie der Pflichtteil hinterlassen, sprächen sich die Kommentatoren angeblich für einen automatischen Wegfall der Nacherbensetzung von Gesetzes wegen aus. Erhalte der Berechtigte jedoch mehr als seinen Pflichtteil, müsse er die Herabsetzungsklage erheben. Eine derartige Differenzierung wird durch Piotet abgelehnt. Er spricht sich einheitlich in beiden Fallkonstellationen für die Erhebung der Herabsetzungsklage aus⁶⁹⁸. Piotet argumentiert hauptsächlich mit einer vergleichenden Betrachtung beider Fallvarianten. Als Beispiel führt er die vollständige Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten an, bei der unstreitig die Herabsetzungsklage erhoben werden muss. Die Schutzbedürftigkeit desjenigen, der einen – wenn auch mit einer Nacherbeneinsetzung belasteten – Erbteil zugewendet erhält, wird von ihm als nicht vorzugswürdig eingeschätzt mit der Folge, dass sowohl der vollständig Übergegangene als auch der nicht ausreichend Bedachte die Herabsetzungsklage erheben müssen. Weiter beruft er sich auf die grundsätzliche Notwendigkeit der Klagerhebung bei Auflagen und Vermächtnissen. Für eine einheitliche Behandlung und damit Erforderlichkeit der Erhebung der Herabsetzungsklage zieht er den Wortlaut des Art. 531 ZGB heran, der ohne Unterscheidung von der Ungültigkeit spricht.

⁶⁹⁷ Piotet SPR IV/1 S. 514.

⁶⁹⁸ Piotet SPR IV/1 S. 514, 515.

Eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Ungültigkeit für verschiedene Fallkonstellationen lehnt er ab. Systematisch will er dem Pflichtteilsberechtigten zudem die Möglichkeit erhalten, die Belastungen zu akzeptieren und auf die Erhebung der Herabsetzungsklage zu verzichten.

Der Deutung der Aussagen von Tuor und Escher durch Piotet stehen die obigen Ausführungen entgegen, wonach auch diese beiden nicht von einem automatischen Wegfall der Nacherbeneinsetzung ausgehen. Zugegeben sei, dass die Ausführungen der beiden älteren Kommentatoren auf den ersten Blick durchaus missverständlich erscheinen. Dies löst sich jedoch bei näherer Betrachtung auf. Die Ausführungen insbesondere von Escher sind dahingehend zu werten, dass die Nacherbeneinsetzung in vollem Umfang „ungültig“ wird, da eine exakte Wertberechnung nicht stattfindet, sondern die Nacherbeneinsetzung ohne Berechnung „einfach gestrichen“ wird. Diese Ausführungen beziehen sich nicht auf die Rechtsfolge *automatischer Wegfall vs. notwendige Klageerhebung*, sondern lediglich auf den Umfang der Ungültigkeit. Im Kern ist keine andere Aussage enthalten, als dass die Nacherbeneinsetzung ohne ausführliche Wertberechnung der Ansprüche des Nacherben gestrichen wird.

Auch die jüngere Literatur äußert sich zumindest missverständlich. Forni/ Piatti beispielsweise schreiben unter Verweis auf BGE 51 II 49, 55, „im Umfang des Pflichtteils (werde) die Belastung mit einer Nacherbeneinsetzung einfach gestrichen“⁶⁹⁹. In den weiteren Ausführungen wird Art. 531 ZGB jedoch als Herabsetzungsklage mit speziellen Tatbestandsvoraussetzungen dargestellt, so dass auch die neuere Literatur die Erhebung der Herabsetzungsklage als notwendige Voraussetzung für die Ungültigkeit der Nacherbeneinsetzung, vorliegend infolge der Verwirkungsklausel, ansieht. Die Feststellung, die Nacherbeneinsetzung werde einfach gestrichen, kann sich nur auf die Entbehrlichkeit einer detaillierten Berechnung beziehen. Da im Zeitpunkt des Erbfalls regelmäßig nicht bekannt ist, ob der Nacherbfall eintritt und welchen Wert die Erbschaft dann haben wird, ist dieser Verzicht

⁶⁹⁹ Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 531 ZGB N 2.

auf umfangreiche Berechnungen aus praktischer Sicht die einzig mögliche und unkomplizierte Lösung⁷⁰⁰.

Eitel spricht sich unter Berufung auf die Gesetzessystematik des Art. 531 ZGB ebenfalls für die Herabsetzbarkeit und gegen einen automatischen Wegfall der Nacherbeneinsetzung aus⁷⁰¹. Zutreffend führt er die Ausführungen in der neueren Literatur und insbesondere bei Piotet auf eine Fehldeutung der älteren Literatur infolge isolierter Betrachtung aus dem Gesamtzusammenhang gerissener Einzelaussagen zurück. Auch Eitel begründet seine Ansicht mit rechtsvergleichenden Thesen. Im Mittelpunkt stehen die naturrechtlichen Kodifikationen und das deutsche BGB, die eine aktive Anfechtung der Verfügung von Todes wegen bei Pflichtteilsverletzungen voraussetzen. Die Ausnahme des deutschen BGB für die Fallgestaltung, in welcher der mit der Nacherbeneinsetzung belastete, zugewendete Erbteil gleich groß oder kleiner als der Pflichtteil und eine Anfechtung nicht erforderlich sei, werde von keinem der Kommentatoren bezüglich des schweizerischen Rechts herangezogen⁷⁰². Trotz der Unsicherheiten bei der Auslegung der diversen Kommentarliteratur spricht sich Eitel für die Erhebung der Herabsetzungsklage aus.

Ein automatischer Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen, wie ihn das deutsche Recht kennt, findet nach der herrschenden Meinung in der Schweiz nicht statt. Die Aussagen der älteren Kommentatoren werden durch die jüngere Literatur zwar auf den ersten Blick widersprüchlich ausgelegt, lassen sich jedoch durch eine nähere Betrachtung aufklären. Die Nacherbeneinsetzung wird folglich erst durch das Herabsetzungsurteil nach erfolgreich erhobener Herabsetzungsklage aufgehoben.

bb) Diskussionsstand zur Zulässigkeit der Verwirkungsklausel

Da die Rechtsprechung und Literatur von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Verwirkungsklausel ausgeht, ist vor diesem Hintergrund zu prüfen, in welcher konkreten Gestalt eine Verwirkungsklausel (die zu Vor- und Nacherbschaft führt)

⁷⁰⁰ vgl. mit ähnlichen Argumenten im Ergebnis ebenso Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 531 N 2.

⁷⁰¹ Eitel, Die Anwartschaft S. 63.

⁷⁰² Eitel, Die Anwartschaft S. 69.

bzw. eine Klausel in Form der cautela Socini (Wahlklausel) überhaupt angeordnet werden und welche praktische Bedeutung ihr zukommen kann. Es muss grundsätzlich für beide Gestaltungsvarianten untersucht werden, inwieweit sowohl die eine in ihrer Form als Verwirkungsklausel im engeren Sinn als auch die andere Ausgestaltung in ihrer Form als Wahlklausel (cautela Socini) den Pflichtteil tatsächlich verletzt.

Die Verwirkungsklauseln können nach deutschem Verständnis unterschiedlichen Charakter haben. Einerseits können sie im Sinne einer cautela Socini⁷⁰³, d.h. im Sinne einer Wahlklausel ausgestaltet sein, andererseits als „pure“ Strafklausel. Nach der ursprünglich von Socin ausgestalteten Klausel konnte der Pflichtteilsberechtigte zwischen der Annahme des belasteten Erbteils oder dem unbelasteten – damals als dinglicher Erbanspruch auf Teilhabe am Nachlass gerichteten – Pflichtteil wählen bzw. wurde er als unbelasteter Erbe in Höhe seines Pflichtteils eingesetzt, falls er den belasteten Erbteil ausschlagen sollte⁷⁰⁴.

Während im deutschen Recht in jüngerer Zeit verstärkt die Unterschiede dieser Klauseltypen herausgearbeitet und diskutiert werden⁷⁰⁵, existiert in der Schweiz eine Diskussion dieser Art offenbar nicht. Der Begriff der privatorischen Klausel/Verwirkungsklausel wird einheitlich für alle Fälle verwendet, bei denen der mit der Klausel belegte Erbe sein Erbteil unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere der Zuwiderhandlung gegen den letzten Willen des Erblassers, verlieren und stattdessen lediglich den Pflichtteil erhalten soll.

Die Frage, ob die Verwirkungsklausel per se rechtswidrig ist, wurde oben verneint⁷⁰⁶. Diese Ausführungen erfolgten jedoch ausdrücklich nur für die Fälle, in denen keine Pflichtteilsverletzungen gegeben sind, sondern die Klausel zur Sicherung anderweitiger fehlerhafter Verfügungen eingesetzt wird. Wie bereits ausgeführt, führt die Verwirkungsklausel als Resolutivbedingung zwangsläufig zur Anordnung von Vor- und Nacherbschaft. Damit kollidiert sie grundsätzlich mit der

⁷⁰³ Die Bezeichnung der cautela Socini im ursprünglichen Sinne geht dabei auf den sienesischen Juristen Marianus Socinus aus dem 16. Jahrhundert zurück, vgl. Hennig, S. 403.

⁷⁰⁴ Im Einzelnen siehe oben B. § 4 I. 2. b).

⁷⁰⁵ An Stelle vieler etwa Bleifuß S. 156 ff.

⁷⁰⁶ Siehe oben C. § 11 III. 2. b) bb).

Vorschrift des Art. 531 ZGB, der eine Belastung des Pflichtteils mit Vor- und Nacherbschaften untersagt.

Es ist daher zu untersuchen, ob die Verwirkungsklausel oder auch eine cautela Socini tatsächlich nur bezüglich des disponiblen Teils des Nachlasses wirksam angeordnet werden kann⁷⁰⁷. Auch wenn durch die Hauptverfügung keine Pflichtteile verletzt sind, könnte allein die mit der Klausel verbundene Rechtsfolge von Vor- und Nacherbschaft zu einer Angreifbarkeit der Klausel mit der Herabsetzungsklage führen. Hintergrund ist die Zielsetzung des schweizerischen Gesetzgebers, dem Noterben den Pflichtteil frei und unbelastet zukommen zu lassen. Im Fall der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft kann der Noterbe wegen der Sicherungsregeln, die ihm in Hinblick auf die Rechte des Nacherben auferlegt sind, aber gerade nicht frei über seinen Pflichtteil verfügen.

Im Weiteren könnte die Klausel auch „ungültig“ sein, wenn sie eine pflichtteilsverletzende Verfügung zu stützen versucht. In diesem Zusammenhang ist an die bereits oben behandelte Frage nach der Rechtswidrigkeit der Verwirkungsklausel anzuknüpfen.

In der Literatur wird zwischen diesen beiden möglichen Angriffspunkten nicht exakt differenziert, so dass im Folgenden beide Fragestellungen einheitlich behandelt werden.

Die Meinungen über eine Zulässigkeit der Klausel gehen auseinander.

(1) Herrschende Meinung

An dieser Stelle einzuordnen ist die Stellungnahme Drueys, nach der eine Verwirkungsklausel dann keine Wirkungen entfalten kann, wenn sie die Anwendung zwingenden Rechts wie beispielsweise die Erhebung der Herabsetzungsklage zu verhindern sucht⁷⁰⁸.

Nach Breitschmid sind die Klauseln nur zulässig, soweit nicht die durch die Klausel geschützte Anordnung an sich aus „rechtlichen (Pflichtteil etc.)...“ Gründen an-

⁷⁰⁷ An Stelle etlicher etwa Wolf, Erbteilung S. 241 FN 167, wonach Resolutivbedingungen von vorneherein nur im Rahmen der verfügbaren Quote zulässig seien.

⁷⁰⁸ Druey, Grundriss § 12 N 34, S. 162.

greifbar sei⁷⁰⁹. Er führt dabei an anderer Stelle jedoch – ohne nähere Ausführungen – aus, Teilungsanordnungen des Erblassers ließen sich durch die „privatorische Klausel (Pflichtteilssetzung jener Erben, die sich nicht unterziehen) einigermaßen sichern“⁷¹⁰. Diese Aussage mag durch die unbestrittene Zulässigkeit von Teilungsvorschriften und -anordnungen im Bereich des Pflichtteils zu erklären sein⁷¹¹. Die Klausel soll im Fall der Durchsetzung von Teilungsvorschriften keine pflichtteilsverletzende Verfügung sichern, so dass tatsächlich von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Klausel ausgegangen werden kann.

Nach den Ausführungen Nützi gilt, dass „nur ein zulässiger Inhalt der Verfügung von Todes wegen die Klausel zulässt“⁷¹²; er führt weiter die Meinung Leipolds an, nach welcher die Klausel bereits an sich rechtswidrig sei⁷¹³, da es dem Zweck des Gesetzes widerspreche, wenn der Erblasser einen zwar nur mittelbaren, aber letztlich doch rechtlich sanktionierten Druck ausüben könnte, Rechtsfolgen des zwingenden Rechts nicht geltend zu machen.

Merz führt aus, der Erblasser könne nur über den nicht pflichtteilsgebundenen Teil des Nachlasses frei verfügen und auch nur diesbezüglich eine Verwirkungsklausel anordnen⁷¹⁴.

Nach dieser Ansicht sind die Klauseln daher unzulässig, wenn die Verfügung, die mit ihrer Hilfe gestützt werden soll, Pflichtteile verletzt. Denn in diesem Fall stünde dem Pflichtteilsberechtigten die Herabsetzungsklage zu, so dass mit der Klausel versucht werden soll, den Erben von der Erhebung eben dieser Klage abzuhalten.

Dies deckt sich mit dem Ergebnis einer Diskussion, die anlässlich der Berner Tage für die juristische Praxis 1970 geführt wurde. Hier wurde erörtert, ob es dem Unternehmererblasser möglich sei, seine Pflichtteilerben mit der privatorischen

⁷⁰⁹ Breitschmid ZSR S. 111.

⁷¹⁰ Breitschmid/Künzle S. 42.

⁷¹¹ Die Teilungsvorschrift und –anordnung ist mit dem Pflichtteil offensichtlich problemlos in Einklang zu bringen, da sie lediglich Bestimmungen für die Durchführung der Erbteilung trifft, aber nicht die Höhe der zugewendeten Erbteile beeinflusst, vgl. auch Druey, Grundriss § 6 N 54, S. 67.

⁷¹² Nützi ZBJV 1993, S. 198; er beruft sich hier auf die Ausführungen Breitschmids in der ZSR S. 115. Breitschmid führt dort aus, nicht die privatorische Klausel an sich werfe Probleme auf, sondern der „materielle Verfügungsgehalt“.

⁷¹³ Nützi ZBJV 1993, S. 199.

⁷¹⁴ Merz ZBJV 1964, 449.

Klausel dazu zu zwingen, die Teilungsklage gemäß Art. 604 ZGB eine bestimmte Zeit lang nicht zu erheben⁷¹⁵. Die Diskussion betrifft hauptsächlich die beabsichtigte Sicherung eines (grundsätzlich pflichtteilsverletzenden) Teilungsaufschubs⁷¹⁶ durch die Klausel. Die Diskussionsteilnehmer legten die rechtliche Einordnung der Verwirkungsklauseln als – grundsätzlich zulässige – Potestativbedingung zugrunde⁷¹⁷. Die Möglichkeit der Anordnung einer privatorischen Klausel in der diskutierten Fallgestaltung wurde unter Hinweis auf die mit dem Teilungsaufschub verbundene Pflichtteilsverletzung und darauf basierenden widerrechtlichen Zweck verneint⁷¹⁸. Hausheer führt in der Diskussion allerdings aus, die „privatorische Klausel (*sei*) in Verbindung mit einem Teilungsverbot nur im Umfang der Pflichtteile unzulässig, dagegen im Umfang der disponiblen Quote (innerhalb bestimmter Grenzen) zulässig“⁷¹⁹. Anhaltspunkte dafür, ob in diesem Fall die Verwirkungsklausel mit der Ungültigkeits- oder der Herabsetzungsklage anzugreifen sei, enthält die Diskussion nicht.

Das Diskussionsergebnis steht dabei mit der wohl herrschenden Ansicht im Einklang, denn hier würde der Erblasser versuchen, die pflichtteilsverletzende Anordnung eines Teilungsaufschubs zu sichern. Diese Pflichtteilsverletzung würde dem bzw. den pflichtteilsberechtigten Erben die Erhebung der Herabsetzungsklage ermöglichen, deren Erhebung der Erblasser durch die Verwirkungsklausel zu unterdrücken versucht.

⁷¹⁵ Hausheer, Unternehmensnachfolge S. 42, S. 53.

⁷¹⁶ Nicht zu verwechseln mit der bereits erwähnten Teilungsvorschrift. Die Teilungsvorschrift regelt lediglich verbindlich, welche Objekte welchen Erben im Rahmen der Erbteilung zugewiesen werden und verletzt das Pflichtteilsrecht generell nicht (Druey, Grundriss § 6 N 54 S. 67). Durch den Teilungsaufschub hingegen soll die Durchführung der Erbteilung zumindest eine Zeit lang verhindert werden. Er kann daher im Bereich des Pflichtteilsrechts nicht wirksam angeordnet werden (Druey, Grundriss § 6 N 49).

⁷¹⁷ Ergänzend wird auf die Unzulässigkeit von Potestativbedingungen hingewiesen, die als rein willkürliche Bedingungen das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit verletzen.

⁷¹⁸ Hausheer, Unternehmensnachfolge S. 43.

⁷¹⁹ Hausheer, Unternehmensnachfolge S. 53.

(2) Mindermeinung

Demgegenüber geht Weimar ohne nähere Erläuterung von der zweifelsfreien Zulässigkeit der Klausel aus; Breitschmid „kämpfe nur gegen ein Phantom“⁷²⁰. Er beschäftigt sich vorwiegend mit der Frage, durch welche Anordnungen die überlebende Witwe bestmöglich abgesichert werden kann, wenn mehrere Kinder vorhanden sind. Weimar favorisiert die Einsetzung der Witwe als Alleinerbin und Einsetzung der Nachkommen als Nacherben. In diesem Fall hätten jedoch die Erben, da sie durch die Nacherbeneinsetzung belastet sind, die Möglichkeit, den Pflichtteil geltend zu machen und gemäß Art. 531 ZGB auf Herabsetzung zu klagen. Um dies zu vermeiden, beschäftigt sich Weimar mit der Möglichkeit der Anordnung einer Verwirkungsklausel. Er führt aus:

„Die Einsetzung der Nachkommen als Nacherben wird von der Bedingung abhängig gemacht, dass sie nicht den Pflichtteil verlangen. Tun sie dies doch, so erhalten sie zwar den (kleinen) Pflichtteil sofort, berauben sich aber der ganzen darüber hinaus gehenden Erbschaft, die sie sonst als Nacherben gemacht hätten. Erfahrungsgemäß verhindert die privatorische Klausel, deren Zulässigkeit außer Zweifel steht, die Herabsetzungsklage in den meisten Fällen“⁷²¹.

Diese Klausel hat dieselbe Zielsetzung wie die klassischen Pflichtteilsstrafklauseln im deutschen Recht. Mit diesen soll die Geltendmachung des Pflichtteils durch die Nachkommen nach dem Tod des zuerst versterbenden Elternteils verhindert werden. Die Verwirkungsklausel soll dazu genutzt werden, die mit dem Pflichtteilsrecht kollidierende Nacherbeneinsetzung zu stützen. Allerdings führt Weimar selbst aus, dass die Kinder, wenn die Nacherbeneinsetzung sie „wirklich schwer benachteilige“, binnen eines Jahres den Pflichtteil verlangen könnten⁷²².

Danach ist nach den Ausführungen Weimars die Klausel zwar grundsätzlich zulässig, kann aber zumindest dann keine Wirksamkeit entfalten, wenn der Pflichtteil der Kinder erheblich durch die Nacherbeneinsetzung belastet ist. Auch nach Weimar kann die Verwirkungsklausel im Ergebnis nur bezüglich der disponiblen Quote Gültigkeit besitzen. Soweit das Pflichtteilsrecht durch Verfügungen des Erb-

⁷²⁰ Weimar ZBJV 1985, S. 275 FN 4.

⁷²¹ Weimar ZBJV 1985, S. 274, 275. Auch für die Sicherung einer Einsetzung des Ehegatten als Alleinerben und Verweis der Nachkommen auf eine Schlusserbeneinsetzung sieht er die Verwirkungsklausel als geeignetes Mittel an.

⁷²² Weimar ZBJV 1985, S. 275.

lassers verletzt ist – sei es durch angeordnete Vor- und Nacherbschaft oder durch anderweitige Belastungen – kann über die Verwirkungsklausel kein anderes Ergebnis herbeigeführt werden. Insoweit ergibt die Auslegung, dass auch Weimar davon ausgeht, die Verwirkungsklausel könne, soweit sie eine rechtswidrige (vorliegend pflichtteilsverletzende) Verfügung zu schützen sucht, selbst keine Wirkung entfalten.

Auch weitere Autoren wie beispielsweise Piotet⁷²³ und Eitel⁷²⁴ sprechen die Möglichkeit einer Verwirkungsklausel an. Bereits an dem von Weimar gebildeten Beispiel, auf das sich Eitel bei seiner Argumentation bezieht, wird jedoch deutlich, dass die Autoren hierbei durchgängig Fallkonstellationen im Blickfeld haben, bei denen dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil hinterlassen wurde. Die diesbezüglichen Ausführungen werden daher ausführlich an späterer Stelle dargestellt. Denn auch diese Autoren sprechen sich – soweit ersichtlich und wie sich aus der Argumentation von Weimar selbst ergibt – nicht für eine Rechtswirksamkeit der Klausel aus, sofern dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer bzw. gleich großer Erbteil wie sein Pflichtteil zugewendet wurde. Aus den Ausführungen Weimars ergibt sich die Möglichkeit des Pflichtteilsberechtigten, die mit der Klausel gesicherte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft anzugreifen, wenn der Pflichtteil betroffen ist. Auch wenn er dies nicht ausführt, wird dem Pflichtteilsberechtigten zudem das Recht zugestanden werden müssen, auch gegen die Verwirkungsklausel vorzugehen, da auch diese wiederum zu Vor- und Nacherbschaft führt. Es dürfte aus diesem Grund nicht ausreichen, allein gegen die Hauptanordnung von Vor- und Nacherbschaft vorzugehen, weil in diesem Fall aufgrund der Ausgestaltung der Verwirkungsklausel als Resolutivbedingung sein Pflichtteil weiterhin mit Vor- und Nacherbschaft belastet wäre. Der Pflichtteil des Noterben ist in dieser Konstellation „doppelt“ mit Vor- und Nacherbschaft belastet.

(3) Zwischenergebnis

Nach der herrschenden Meinung kann der Pflichtteilsberechtigte die Verwirkungsklausel angreifen, wenn sie eine pflichtteilsverletzende Verfügung stützen soll.

⁷²³ Piotet SPR IV/1 S. 516.

⁷²⁴ Eitel, Die Anwartschaft S. 72 unter Verweis auf Weimar ZBJV 1985, S. 275.

Auch nach der Mindermeinung kann der Erblasser durch die Verwirkungsklausel nicht verhindern, dass der Berechtigte eine den Pflichtteil verletzende Verfügung angreift. Konsequenterweise muss nach der Argumentation der Mindermeinung die Verwirkungsklausel aufgrund der durch sie bewirkten Vor- und Nacherbschaft auch isoliert angegriffen werden können.

cc) Abdingbarkeit des Art. 531 ZGB?

Eine Aufnahme von Verwirkungsklauseln könnte dann unproblematisch sein, wenn die Vorschrift des Art. 531 ZGB bzw. die Vorschriften über die Herabsetzungsklage abdingbar sind. Die folgenden Ausführungen erfolgen unter der Prämisse, dass die Verwirkungsklausel mit der Herabsetzungsklage angreifbar ist⁷²⁵.

Neuerdings vertritt Hrubesch-Millauer ohne nähere Begründung die Ansicht, Art. 531 ZGB sei „bezüglich des Herabsetzungsmodus dispositives Recht, so dass der Erblasser Abweichendes anordnen“⁷²⁶ könne. Nicht klar erkennbar wird, ob die Kommentatorin ausdrücken will, es liege in der Hand des Erblassers, einseitig, d.h. ohne entsprechende Mitwirkung des Pflichtteilsberechtigten, dessen Pflichtteilsrechte zu beschränken oder ob sich ihre Ausführungen nur auf die disponible Quote beschränken. Zur Unterstützung der Ansicht bezieht sich die Kommentatorin auf Piotet, SPR IV/1, S. 516.

Piotet legt an dieser Stelle die Voraussetzung zugrunde, dass dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil hinterlassen wurde, die Zuwendung aber mit Vor- und Nacherbschaft belastet ist. Er geht hier der Frage nach, ob der Pflichtteilsberechtigte zwischen der Annahme der belasteten gesamten Zuwendung und dem unbelasteten Pflichtteil wählen muss, oder ob er vielmehr den Pflichtteil unbelastet und den überschießenden Teil – mit der Belastung – zusätzlich erhält. Piotet spricht sich dabei für die zweite Alternative aus. An dieser Stelle folgt nun der entscheidende Satz. Piotet führt aus: „Der Erblasser kann wohlverstanden davon abweichen“⁷²⁷. Sieht man die Ausführungen Piotets im Zusammenhang, kann hiermit

⁷²⁵ Hält man die Klausel bereits für ungültig im Sinne des Art. 519 ZGB – siehe hierzu bereits oben C. § 11 III. 2. und C. § 11 III. 3. – müssen die folgenden Erwägungen im Rahmen einer Inzidentprüfung gleichwohl beachtet werden.

⁷²⁶ Abt/Hrubesch-Millauer Art. 531 ZGB N 3.

⁷²⁷ Piotet SPR IV/1 S. 516.

keinesfalls gemeint sein, dass die Pflichtteilsvorschriften einseitig zur Disposition des Erblassers stünden. Eine derartige Abdingbarkeit der Vorschriften über die Herabsetzungsklage ist mit dem Pflichtteilsrecht nicht in Einklang zu bringen. Das Pflichtteilsrecht würde vollständig ausgehöhlt, würde man dem Erblasser gestatten, dem Pflichtteilsberechtigten Vor- und Nacherbschaften aufzuerlegen, ohne dem Pflichtteilsberechtigten das unentziehbare Recht auf Erhebung der Herabsetzungsklage zu belassen. Der Pflichtteilsberechtigte stünde in diesem Fall der Willkür des Erblassers schutzlos gegenüber.

Die Ausführungen von Hruetsch-Millauer können daher nur so verstanden werden, dass sich die Dispositionsbefugnis des Erblassers auf den den Pflichtteil übersteigenden Teil der Zuwendung bezieht. Für den Fall der Zuwendung eines kleineren oder gleich großen Erbteils als der Pflichtteil ist eine Dispositionsbefugnis des Erblassers jedoch ausgeschlossen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Erblasser die zwingende Vorschrift des Art. 531 ZGB nicht einseitig durch letztwillige Verfügungen abbedingen kann.

dd) Zulässigkeit einer cautela Socini?

Hier schließt sich die Frage an, ob der Erblasser einseitig an Stelle einer Verwirkungsklausel eine echte Wahlklausel anordnen kann. Die klassische cautela Socini griff dabei nur in den Fällen ein, in denen der hinterlassene Erbteil größer als der Pflichtteil war⁷²⁸. Für das deutsche Recht wurde bezüglich § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. dennoch immer wieder die Frage aufgeworfen, ob der Erblasser eine derartige Klausel auch dann anordnen könne, wenn der hinterlassene Erbteil kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil ist.

Diese im deutschen Recht diskutierte Frage wird im schweizerischen Rechtsraum – soweit ersichtlich – allenfalls in der bereits oben erwähnten Diskussion im Zusammenhang mit den Berner Tagen für die Juristische Praxis 1970⁷²⁹ kurz erwähnt. Der Diskussionsteilnehmer Mathys warf in der Diskussion die Frage auf, ob „eine letztwillige Verfügung zulässig sein kann, wenn man den Erben sagt, entweder bekommt ihr 13/16 unbelastet, oder ihr bekommt den ganzen Nachlass, wenn

⁷²⁸ Im Einzelnen siehe oben B. § 4 I. 2.

⁷²⁹ Vgl. oben C. § 11 IV. 2. a) bb) (1).

ihr euch meinem Willen entsprechend verhältet“⁷³⁰. Diese Konstruktion ähnelt der klassischen cautela Socini durchaus. Hausheer führte hierzu aus, eine gewisse Alternative liege jeder privatorischen Klausel zugrunde. Er beschreibt die Möglichkeit der Erben, sich bei einer zulässigen Klausel – beispielsweise im Rahmen der verfügbaren Quote – zwischen verschiedenen Handlungsalternativen zu entscheiden. Das geltende Erbrecht lasse gewisse Wahlmöglichkeiten „von der genannten Art“ durchaus zu⁷³¹. Eine klare Aussage für oder gegen eine Zulässigkeit der Klausel ist damit nicht getroffen.

Bei der klassischen Klausel Socins, die auf das römische Recht zurückgeht, konnte sich der Pflichtteilsberechtigte, wenn er die auf dem Erbteil liegenden Belastungen nicht akzeptieren wollte, für den unbelasteten Pflichtteil entscheiden. Das römische Pflichtteilsrecht war hierbei – wie heute im schweizerischen Recht auch – als materielles Noterbrecht ausgestaltet. Der Pflichtteilsberechtigte nahm auch im Fall der Wahl des Pflichtteils Erbenstellung ein⁷³². Insoweit sind die Voraussetzungen der „klassischen“ cautela Socini und einer „modernen“ cautela Socini durchaus vergleichbar, da beide Rechtssysteme von dem Grundsatz des materiellen Noterbrechts ausgehen bzw. ausgingen. Würde man nun die cautela Socini in das heutige schweizerische Rechtssystem übertragen, scheint diese Klausel auf den ersten Blick durchaus zulässig zu sein.

Zwar soll dem Pflichtteilsberechtigten nach den Wertungen des Gesetzgebers der Pflichtteil unbelastet zukommen. Der Pflichtteilsberechtigte hätte es bei der Wahlklausel jederzeit in der Hand, sich für den unbelasteten Pflichtteil zu entscheiden. Sollte er sich für den belasteten Erbteil entscheiden, könnte hierin ein Verzicht sowohl auf die Geltendmachung der Herabsetzungsklage als auch der Herabsetzungseinrede gesehen werden.

⁷³⁰ Hausheer, Unternehmensnachfolge S. 54. Die Quote von 13/16 ist dabei offenbar willkürlich als Beispiel gewählt worden.

⁷³¹ Hausheer, Unternehmensnachfolge S. 55. Weiter führte er aus: Potestativbedingungen, wie die privatorische Klausel sie darstelle, seien unter Vorbehalt besonderer Widerrechtlichkeitsgründe gemäß Art. 482 ZGB zulässig, sofern sie nicht als reine Wollens- oder Willkürbedingungen das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen verletzen.

⁷³² Staudinger § 2306 Rn 47.

Unter diesen Prämissen scheint die Anwendbarkeit der *cautela Socini* in ihrer klassischen Form auch für den Fall der Zuwendung eines kleineren bzw. gleich großen Erbteils wie des Pflichtteils grundsätzlich möglich. Einer genaueren Überprüfung kann diese Konstellation jedoch nicht standhalten. Gegen die Übertragung der Wahlklausel spricht die in Cod. 3, 28, 32 normierte Unwirksamkeit von Belastungen, die den Pflichtteil tangieren, soweit die zugewendete Erbquote kleiner bzw. gleich der *legitima* ist⁷³³. Die Anordnung einer „Strafklausel“ war nur für den Fall vorgesehen, dass dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil hinterlassen war. Der Pflichtteilsberechtigte, dem noch nicht einmal die *legitima* hinterlassen war, war durch die Unwirksamkeitsfiktion geschützt. Zwar gibt es im schweizerischen Erbrecht einen automatischen Wegfall angeordneter Belastungen nicht. Der Pflichtteilsberechtigte muss hier aktiv werden, um die Belastung zu beseitigen. Im Gegenzug gewährt ihm das Pflichtteilsrecht aber die materiell starke Stellung als dinglich berechtigter Noterbe, sofern er nicht anderweitig wertmäßig abgefunden wurde. Nach Sinn und Zweck des schweizerischen Pflichtteilsrechtes muss dem Noterben der Pflichtteil zumindest dem Wert nach in vollem Umfang ohne jegliche Abschläge zukommen.

Die Möglichkeit des Pflichtteilsberechtigten im römischen Recht, zwischen unbelastetem Pflichtteil und Erbteil bei der Zuwendung einer größeren Erbquote als der *legitima* zu wählen, liegt in Folgendem begründet: In dieser Fallkonstellation kann der Pflichtteil durchaus gewahrt sein, insbesondere dann, wenn die Belastung nur einen Teil der Differenz zwischen Pflichtteil und darüber hinausgehendem Erbteil betrifft. In diesem Fall ist es für den Pflichtteilsberechtigten lukrativer, den belasteten Erbteil zu behalten, da ihm wirtschaftlich noch immer mehr verbleiben kann, als bei der Wahl des unbelasteten Pflichtteils. Ist dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil zugewiesen, der kleiner oder gleich der *legitima* ist, kann diese Folge nie eintreten.

Nicht übersehen werden darf zudem, dass – ungeachtet der Formulierung im konkreten Fall – auch eine Wahlklausel im Ergebnis auf eine bedingte Erbeinsetzung hinausläuft. Der Erbe wird unter der Bedingung eingesetzt, dass er den (unbelasteten) Pflichtteil nicht verlangt. Im Umkehrschluss steht die Zuwendung des

⁷³³ Einzelheiten hierzu siehe oben B. § 4 I. 2. a).

Pflichtteils unter der Bedingung, dass der Pflichtteilsberechtigte die angeordneten Belastungen nicht akzeptiert. Wie bereits ausgeführt, darf der Pflichtteil aber nicht durch Bedingungen belastet werden, insbesondere darf auch nach BGE 50 II 456 der Erwerb des Pflichtteils nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden⁷³⁴.

Vor diesem Hintergrund ist nicht nur die Aufnahme einer Verwirkungsklausel mit den Folgen einer resolutiv bedingten Erbeinsetzung, sondern auch die einseitige Aufnahme einer Wahlkausal in die letztwillige Verfügung des Erblasser-Gesellschafters nicht möglich, wenn die Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil ist. Eine solche Klausel scheitert am zwingenden Charakter der Pflichtteilstatuten des ZGB. Die Zulassung einer *cautela Socini* ist mit dem Schutzgedanken des schweizerischen Pflichtteilsrechts nicht vereinbar. Mit der Regelung des Art. 531 ZGB kommt zum Ausdruck, dass der Pflichtteilsberechtigte „im Umfang des Pflichtteils“ keine Vor- und Nacherbschaft hinnehmen muss. Art. 522 ZGB dient dazu, dem Pflichtteilsberechtigten zumindest „dem Werte nach“ seinen Pflichtteil ungeschmälert zukommen zu lassen.

Je nach Formulierung im Einzelfall und insbesondere dann, wenn die Hauptverfügung keine Pflichtteile verletzt und auch sonst rechtlich nicht zu beanstanden ist, kann die Verwirkungsklausel dem Hauptziel dienen, Streitigkeiten jedweder Art unter den Erben zu vermeiden⁷³⁵. Dass die Verwirkungsklausel in diesen Fällen zwar nicht unbedingt bereits ungültig im Sinne des Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB, aber jedenfalls wegen der angeordneten Vor- und Nacherbschaft mit der Herabsetzungsklage angreifbar ist, ergibt sich aus obiger Argumentation.

Dem Sinn und Zweck nach zielt die *cautela Socini* auch vor dem historischen Hintergrund darauf ab, den Pflichtteilsberechtigten dazu zu bewegen, eine tatsächlich existierende Pflichtteilsverletzung zu akzeptieren, auch wenn ihm die Möglichkeit offen steht, sich für den unbelasteten Pflichtteil bei gleichzeitigem Verlust

⁷³⁴ Basler Kommentar-Staehelin Art. 470 N 5.

⁷³⁵ Breitschmid etwa setzt sich mit der Zielrichtung der Klausel auseinander und stellt fest, die Klausel statuiere ein „pauschales Konfliktverbot“ (Breitschmid ZSR S. 119). Die Klausel werde der recht vielfältigen Problemlage nur dann gerecht, wenn die Anfechtung der Verfügung aus „rein trölerischer Motivation“ erfolge (Breitschmid ZSR S. 119).

des belasteten Erbteils zu entscheiden. Bereits oben wurde ausführlich dargelegt⁷³⁶, dass es dem Erblasser nicht gestattet ist, den Pflichtteilsberechtigten mittels einseitiger Klauseln von der Geltendmachung ihm gesetzlich zustehender Rechte abzuhalten. Im Gegensatz zur Verwirkungsklausel, die ganz allgemein Streitvermeidung bei der Abwicklung des Nachlasses zum Ziel haben kann, ist der Einsatz einer cautela Socini allein dann sinnvoll, wenn eine Verletzung bzw. Belastung des Pflichtteils vorliegt. Damit sucht sie die Geltendmachung von unabdingbaren pflichtteilsrechtlichen Ansprüchen zu verhindern. Sie kann aus diesem Grunde noch weniger als die Verwirkungsklausel mit dem schweizerischen Pflichtteilsrecht in Einklang gebracht werden, da sie regelmäßig dazu dienen soll, eine pflichtteilsverletzende Verfügung zu stützen. Der Anwendungsbereich der cautela Socini ist gegenüber der Verwirkungsklausel eingeschränkt; man könnte die cautela Socini durchaus als einen Spezialfall der Verwirkungsklausel bezeichnen.

Diesem Ergebnis könnte entgegen gehalten werden, der pflichtteilsberechtigte Erbe sei bei Anordnung einer cautela Socini durch die Möglichkeit der Wahl des unbelasteten Pflichtteils hinreichend geschützt. Hat der Erblasser dem Berechtigten einen belasteten Erbteil zugewendet, liegt immer dann eine Verletzung des Pflichtteils vor, wenn der Erbteil kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil ist, da in diesem Fall im Ergebnis nicht nur der Erbteil, sondern auch der Pflichtteil belastet ist. Der Pflichtteilsberechtigte hätte es aber in der Hand, durch Ausübung der Wahl für den unbelasteten Pflichtteil seine ungeschmälerte Mindestteilhabe am Nachlass zu erhalten. Für eine Zulässigkeit der einseitigen Aufnahme in die letztwillige Verfügung spricht auch, dass es einen automatischen Wegfall von Belastungen, die auf dem Pflichtteil ruhen, nicht gibt. Dies führt jedoch im Ergebnis nicht zu einer generellen Zulässigkeit, sondern zu einer Angreifbarkeit der Klausel, die der Pflichtteilsberechtigte durchführen kann, aber nicht muss. Entscheidet sich der Pflichtteilsberechtigte dafür, die Klausel anzugreifen, vermag sie keinen Bestand zu haben. Denn anderenfalls hätte es der Erblasser allein durch eine sprachlich nur leicht von der Verwirkungsklausel abweichende cautela Socini in der Hand, den Schutz des Pflichtteilsrechtes zu umgehen.

⁷³⁶ Siehe oben C. § 11 III.

Es stellt sich nun die Frage, ob ein Blick auf weitere erb- und pflichtteilsrechtliche Vorschriften zu einem abweichenden Ergebnis führen kann. Im Mittelpunkt der weiteren Untersuchung steht die von Tuor, Escher und Piotet im Rahmen des Art. 486 ZGB geführte Diskussion, ob der Erblasser die Herabsetzung dadurch ausschließen kann, dass er dem Beschwerten die Wahl zwischen der Ausschlagung und der Annahme ohne Herabsetzung lässt⁷³⁷, sowie die Vorschriften des Art. 526 und des Art. 530 ZGB.

(1) Zulässigkeit aufgrund Parallelen zu Art. 486 ZGB?

Bezüglich des Regelungsgehalts des Art. 486 ZGB wird auf die obigen Ausführungen verwiesen⁷³⁸. Die Vorschrift führt zur Herabsetzbarkeit eines angeordneten Vermächtnisses, wenn dieses die verfügbare Quote übersteigt.

Interessant ist vor allem die Fallgestaltung des Art. 486 Abs. 1 Alternative 2 ZGB. Hierunter werden Fälle gefasst, in denen der Wert des auszurichtenden Vermächtnisses denjenigen Betrag übersteigt, der einem oder mehreren nicht pflichtteilsgeschützten gesetzlichen oder eingesetzten Erben als Erbquote oder Erstvermächtnis zugedacht ist⁷³⁹. Dem Betroffenen wird die Möglichkeit der Herabsetzung zugestanden. Die genannte Konstellation wird bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils per Vermächtnis wohl selten zutreffen, da der Gesellschaftsanteil zumeist innerhalb des engeren Familienkreises vererbt werden soll und damit regelmäßig Pflichtteilsberechtigte betroffen sind. Bedeutend ist bezüglich der im Mittelpunkt stehenden Verwirkungs- und Wahlklauseln die von Piotet, Tuor und Escher geführte Diskussion, ob der Erblasser im Rahmen des Art. 486 ZGB die Herabsetzung dadurch ausschließen kann, dass er dem Beschwerten die Wahl zwischen der Ausschlagung und der Annahme ohne Herabsetzung lässt⁷⁴⁰. Eine solche Anordnung des Erblassers in der letztwilligen Verfügung geht von der Zielsetzung her in dieselbe Richtung wie die bereits diskutierte „klassische“ socinische Wahlklausel.

⁷³⁷ Piotet SPR IV/1 § 22 VI. S. 147; Escher Art. 486 N 3 lit. c).

⁷³⁸ Einzelheiten zu Art. 486 ZGB siehe oben C. § 8 V. 1.

⁷³⁹ Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 531 N 4.

⁷⁴⁰ Piotet SPR IV/1 § 22 VI. S. 147; Escher Art. 486 N 3 lit. c).

Dem zugleich Bedachten und Beschwerzten soll eine Wahl zwischen der beschwerten Zuwendung und der Ausschlagung eingeräumt werden⁷⁴¹.

Tuor spricht sich für diese Wahlmöglichkeit aus und will dem Erblasser das Recht zugestehen, dem nicht pflichtteilsberechtigten Beschwerzten das Herabsetzungsrecht zu nehmen und ihm nur die Wahl zu lassen, entweder die Erbschaft bzw. Zuwendung auszuschlagen oder sie mit den angeordneten Vermächtnissen anzunehmen⁷⁴².

Escher untersucht die Zulässigkeit des Wahlrechts in Hinblick auf die Gesetzessystematik und die Ausgestaltung der durch Art. 486 ZGB gewährten Klage als Herabsetzungsklage. An der Auffassung von Tuor kritisiert er die Beschränkung des Ausschlusses der Herabsetzungsklage auf Fälle der Pflichtteilsverletzung und die damit verbundene Zulässigkeit des Wahlrechts. Wegen der Ausgestaltung der Klage als Herabsetzungsklage will er den Schutzbereich des Pflichtteilsrechtes ausdehnen und hält den Ausschluss der Klage im Testament bzw. Erbvertrag für unzulässig⁷⁴³. Nach Escher kann der Erblasser den Bedachten nicht durch einen Ausschluss der Klage zwingen, das seinen Anteil übersteigende Vermächtnis zu erfüllen oder die Zuwendung auszuschlagen.

Piotet unterstellt Escher dogmatische Fehlschlüsse bei der Argumentation. Nach Piotet erstreckt sich der Schutzbereich der Herabsetzungsklage nur auf

⁷⁴¹ Wohlgermerkt ist die Vorschrift hauptsächlich auf nicht pflichtteilsberechtigte Personen zugeschnitten. Der Ausschlagende erhält nach dem schweizerischen Rechtssystem grundsätzlich nicht etwa einen – wie auch immer gearteten – schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch, sondern geht tatsächlich „leer aus“.

Besteht der Pflichtteil in einem Vermächtnis, verliert der Noterbe grundsätzlich seine Erbenstellung nicht, haftet für die Schulden der Erbschaft und nimmt an der Teilung teil (Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 522 N 4 unter Verweis auf Escher Art. 522 N 6; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 522 N 10). Schlägt der Pflichtteilserbe das Vermächtnis jedoch aus, verzichtet er wohl auf seine Erbenstellung und auf einen Erwerb aus der Erbschaft (Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 522 N 4 unter Verweis auf Escher Art. 522 N 3 f.). Hier greift nun die Sonderregelung des Art. 486 Abs. 3 ZGB. Dieser enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Ausschlagende tatsächlich nichts erhält. Hiernach kann der gesetzliche oder eingesetzte Erbe, dem ein (Voraus-) Vermächtnis zugewandt wurde, dieses auch dann beanspruchen, wenn er die Erbschaft ausschlägt und umgekehrt (Basler Kommentar-Huwiler Art. 486 N 21). Im Ergebnis zielt die diskutierte Klausel darauf ab, das Recht aus Art. 486 Abs. 3 ZGB abzubedingen.

⁷⁴² Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 486 N 8.

⁷⁴³ Escher Art. 486 N 3 c).

Pflichtteilsberechtigte. Nur die Pflichtteilsberechtigten sollen sich mit der Herabsetzungsklage gegen eine teilweise oder völlige Entziehung des Pflichtteils wehren können. Ein Nichtpflichtteilsberechtigter kann nach dieser Ansicht problemlos von der Erbschaft ausgeschlossen werden, so dass auch die Wahl zwischen der Ausschlagung und der Annahme ohne Herabsetzung möglich ist⁷⁴⁴.

In der jüngeren Literatur qualifiziert Huwiler die durch Art. 486 Abs. 1 ZGB normierte Klage als Klage eigener Art, die selbständig und unmittelbar neben der Herabsetzungsklage des Art. 522 ZGB steht⁷⁴⁵. Gleichwohl schließt er sich der Auffassung Eschers an und lehnt aufgrund des zwingenden Charakters der Klage die Befugnis des Erblassers ab, über die Erhebung der Klage zu disponieren. In den Vordergrund stellt Huwiler das wirtschaftliche Interesse des Bedachten, bei Annahme der Zuwendung keine wirtschaftlichen Nachteile zu erleiden.

Die Argumentation von Escher und Huwiler lässt sich besser mit dem schweizerischen System und insbesondere dem Pflichtteilsrecht in Einklang bringen als diejenige von Tuor und Piotet. Der Kreis der Pflichtteilsberechtigten ist zwar in Art. 470 und 471 ZGB abschließend festgelegt. Nach der Argumentation von Escher wird auch demjenigen Nichtpflichtteilsberechtigten, dem ein Vermächtnis bzw. eine Erbquote letztwillig zugewendet wurde, der aber gleichzeitig seinerseits mit einem Vermächtnis beschwert ist, eine pflichtteilsähnliche Stellung eingeräumt. Diese Ausweitung des Pflichtteilsschutzes auf eigentlich nicht Pflichtteilsberechtigte ist dem schweizerischen Recht jedoch nicht unbekannt, gewährt doch das ZGB dem Vertragserben ebenfalls eine pflichtteilsähnliche Stellung. Mit Huwiler und Escher ist davon auszugehen, dass der Erblasser den Bedachten nicht einseitig vor die Wahl „Annahme der belasteten Zuwendung oder Ausschlagung“ stellen kann. Denn durch die Ausweitung der Anwendungsmöglichkeiten der Herabsetzungsklage auf die vorliegende Fallgestaltung müssen grundsätzlich dieselben Prinzipien wie bei der Herabsetzungsklage aufgrund von Pflichtteilsverletzungen gelten, auch wenn die Klage nach Art. 486 ZGB als Klage eigener Art eingeschätzt werden sollte. Auch im Rahmen des Art. 486 ZGB kann der Erblasser den Bedachten nicht einseitig vor die bezeichnete Wahl stellen.

⁷⁴⁴ Piotet SPR IV/1 § 23 VI., S. 147.

⁷⁴⁵ Basler Kommentar-Huwiler Art. 486 N 10.

Die Parallele zwischen der Herabsetzungsklage und der Klage des Art. 486 ZGB führt nicht zu einer Lockerung der pflichtteilsrechtlichen Regelungen, sondern im Gegenteil sogar zu einer Ausdehnung pflichtteilsrechtlicher Grundsätze auf Personen, die gegebenenfalls noch nicht einmal zum engen Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören.

(2) Zulässigkeit aufgrund Parallelen zu Art. 526 und 530 ZGB?

Erwägenswert ist weiter, ob die Vorschrift des Art. 526 ZGB für die Zulässigkeit einer cautela Socini spricht. Hat der Erblasser mit seiner Zuwendung die verfügbare Quote überschritten, und ist die zugewendete Sache unteilbar, kann der Bedachte die Sache entweder gegen Vergütung des Mehrbetrags behalten oder diese gegen Geldabfindung an den Noterben herausgeben⁷⁴⁶.

Ein Wahlrecht besteht nach dem schweizerischen Recht im Rahmen des Art. 530 ZGB ferner bei periodischen Leistungen (etwa Renten oder Nutznießungen), deren kapitalisierter Betrag die verfügbare Quote übersteigt, nur dass das Wahlrecht nicht dem Bedachten, sondern dem Erben zusteht⁷⁴⁷. Der Erbe muss die periodischen Leistungen im herabgesetzten Umfang an den Bedachten erbringen. Von dieser Verpflichtung kann sich der Erbe durch Barauszahlung des verfügbaren Teils befreien.

Beide Vorschriften gewähren nach ihrer konkreten Ausgestaltung keine Wahl zwischen unbelastetem Pflichtteil und belastetem Erbteil. Sie zielen vielmehr darauf ab, dem Bedachten – und zugleich Belasteten – die Möglichkeit einzuräumen, sich von der Belastung, die den den Pflichtteil übersteigenden Betrag betrifft, zu befreien. Beide Regelungen dienen dem Ausgleich zwischen den Ansprüchen eines Noterben und einem weiteren, nicht notwendigerweise ebenfalls pflichtteilsberechtigten, Beteiligten.

In beiden Fallgestaltungen des Art. 526 ZGB soll dem Pflichtteilsberechtigten eindeutig der volle Wert des Pflichtteils ohne Abschläge zukommen. Zwar kommt

⁷⁴⁶ Tuor/Schnyder § 68 N 51. Einzelheiten zu Art. 526 ZGB siehe oben C. § 8 V. 2.

⁷⁴⁷ Schnyder spricht insoweit davon, dass es sich nicht um eine Wahlobligation, sondern um eine Alternativermächtigung handele, Tuor/Schnyder § 68 N 52; ebenso Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 530 N 14.

dem Pflichtteilsberechtigten – je nach Ergebnis der Wahl – nur der Wert und nicht die dingliche Noterbenstellung bezüglich des vermachten Gegenstandes zu. Dass dies aber ausreichend ist, ergibt sich bereits aus der Formulierung des Art. 522 ZGB.

Die Situation im Fall des Art. 530 ZGB stellt sich leicht abweichend dar, führt aber letztlich zu keinem anderen Ergebnis. Hinterlässt der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten gerade nur den dem Pflichtteil entsprechenden Betrag, kann er die dem Noterben zugewiesenen Vermögenswerte nicht durch die in Art. 530 ZGB benannten Anordnungen belasten⁷⁴⁸. Ist dem Noterben mehr als der Pflichtteil zugewendet worden, kann der Erblasser grundsätzlich derartige Belastungen anordnen. Der Gesamtbetrag der ihm zukommenden Werte muss aber auch in diesem Fall unter Berücksichtigung der Belastung den Wert des ihm zustehenden Pflichtteils erreichen⁷⁴⁹. Überschreitet der Erblasser mit den Belastungen den Rahmen der verfügbaren Quote, greift das Wahlrecht des Noterben ein⁷⁵⁰. Unabhängig von der gewählten Variante verbleibt dem Pflichtteilsberechtigten jedenfalls der volle Pflichtteil mit der damit verbundenen Noterbenstellung. In keiner der denkbaren Konstellationen wird der Pflichtteilsberechtigte gezwungen, die auf dem Pflichtteil ruhende Belastung zu akzeptieren.

Eine Übertragbarkeit der angesprochenen Sachverhalte auf das vorliegende Rechtsproblem ist nicht möglich, so dass eine einseitige Aufnahme einer *cautela Socini* nach wie vor ausscheidet. Tuor fasst die überragende Stellung des Pflichtteilsrechtes in der Schweiz treffend zusammen, indem er schreibt: „Diese Verfangenschaft⁷⁵¹ sichert jedem anteilhaften Erben einen intangiblen Vorbehaltsanspruch am Nachlass, einen Pflichtteil“⁷⁵².

⁷⁴⁸ Berner Kommentar 1952- Tuor S. 459 N 1; ebenso wohl Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 530 N 2; Escher Art. 530 N 1.

⁷⁴⁹ Escher Art. 530 N 1.

⁷⁵⁰ Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 530 N 10.

⁷⁵¹ Gemeint ist die „Verfangenschaft“ der Erbschaft.

⁷⁵² Berner Kommentar 1952- Tuor, Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt S. 121 N 11.

Sofern keine wertmäßige anderweitige Abfindung des Pflichtteilsberechtigten im Sinne des Art. 522 ZGB vorliegt, kollidiert die einseitige Anordnung sowohl einer Verwirkungs- als auch einer Wahlklausel mit dem zwingenden Pflichtteilsrecht.

Auch stellt sich die Frage, ob eine derartige Klausel in praktischer Hinsicht sinnvoll wäre. Denn welcher Erbe, der ja (vorausgesetzt, die Ausnahmen des Art. 522 ZGB greifen nicht ein, d.h. er ist nicht anderweitig „dem Werte nach“ abgefunden) die Einsetzung als Erbe in Höhe seiner Pflichtteilsquote verlangen kann, würde freiwillig eine Belastung seines Pflichtteils akzeptieren, wenn ihm auch der unbelastete „Erb-Pflichtteil“ zur Wahl steht? Wohl auch aus diesem Grund wird eine Diskussion über die cautela Socini in der Schweiz nicht geführt.

(3) Ungültigkeit oder Herabsetzbarkeit einer cautela Socini?

Zu überlegen ist aufgrund der obigen Argumentation weiterhin, auch die cautela Socini bereits als rechtswidrig im Sinne des Art. 482 ZGB mit der Folge der Ungültigerklärung im Rahmen einer Ungültigkeitsklage gemäß Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB einzustufen. Dieser Gedanke liegt zunächst nahe, denn die cautela Socini verfolgt regelmäßig das Ziel, die Erhebung einer Herabsetzungsklage und damit die Geltendmachung zwingender pflichtteilsrechtlicher Ansprüche zu vermeiden. Auch wenn die schweizerische Literatur zur cautela Socini keinerlei Stellungnahmen abgibt, erschiene es zunächst logisch, diese als rechtswidrig einzustufen. Es würden dann die bereits oben im Zusammenhang mit der Verwirkungsklausel im Rahmen der Ungültigkeitsklage beschriebenen Rechtsfolgen⁷⁵³ zum Tragen kommen, d.h. die Zuwendung des Gesellschaftsanteils würde im Zweifel ohne die angefügte Klausel aufrecht erhalten. Zwar wurde oben ausgeführt, die Verwirkungsklausel sei für sich betrachtet nicht rechtswidrig im Sinne des Art. 482 bzw. 519 ZGB, wenn die zugrunde liegende Hauptverfügung an keinerlei Rechtsmängeln leidet. Dies liegt u.a. in der Funktion der Klausel zur Streitvermeidung begründet. Der entscheidende Unterschied bei der cautela Socini besteht darin, dass diese hauptsächlich dann Sinn ergibt, wenn tatsächlich eine Pflichtteilsverletzung gegeben ist und der Erblasser versucht, den Berechtigten zur Annahme der vorhandenen Belastungen bzw. Beschränkungen zu bewegen. Die cautela Socini stellt aufgrund

⁷⁵³ Siehe oben C. § 11 III. 2. b) cc) und C. § 11 III. 3.

dieser Zielsetzung einen Spezialfall der Verwirkungsklausel dar. Es ist zu vermuten, dass zumindest Teile der schweizerischen Literatur in Parallelität zur Verwirkungsklausel die cautela Socini bereits der Ungültigkeitsklage unterstellen würden.

Gleichwohl dient die cautela Socini vorliegend allein dazu, eine Pflichtteilsverletzung zu stützen und nicht, wie dies mit der Verwirkungsklausel gegebenenfalls beabsichtigt sein kann, Rechtsverletzungen anderer Art unangreifbar zu machen. Die Sanktionierung von Pflichtteilsverletzungen erfolgt nach der Systematik des schweizerischen Ebrechts allein im Rahmen der Herabsetzungsklage. Es besteht durchaus die Möglichkeit, die cautela Socini ebenso wie die Verwirkungsklausel der Herabsetzungs- und nicht der Ungültigkeitsklage zu unterstellen. Dies wiederum liegt darin begründet, dass die cautela Socini nach Sinn und Zweck eben nur bei Pflichtteilsverletzungen zum Tragen kommen kann.

Betont werden muss allerdings, dass die Schweizer Literatur und Rechtsprechung sich zu einer derartigen Klauselgestaltung ausschweigt, so dass an dieser Stelle nur Mutmaßungen über die Zulässigkeit und auch die Rechtsfolgen einer Rechtswidrig- bzw. Pflichtteilswidrigkeit angestellt werden können. Die Einordnung der Klausel als unzulässig erfolgt nicht auf der Grundlage entsprechender Literatur, Kommentare oder Rechtsprechung, sondern allein aufgrund Auslegung des schweizerischen Rechtes vor dem historischen Hintergrund.

ee) Besonderheiten bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen?

Im schweizerischen Recht bestehen keine Anhaltspunkte, bezüglich der Zulässigkeit einer Verwirkungsklausel und einer cautela Socini in Hinblick auf die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen von Besonderheiten auszugehen. Auch wenn zum Nachlass ein Anteil an einer Personengesellschaft gehört, verbleibt es daher bei den soeben dargelegten Ergebnissen.

ff) Zwischenergebnis

Die Verwirkungsklausel kann mit zwei verschiedenen Begründungen angegriffen werden. Zum Einen kann die Argumentation herangezogen werden, dass sie eine Zuwendung stützen soll, die Pflichtteile verletzt; zum Anderen kann angeführt werden, dass sie zwingend zu Vor- und Nacherbschaft führt und damit selbst den

Pflichtteil verletzt, wenn das zugewendete Erbe kleiner bzw. gleich dem Pflichtteil ist⁷⁵⁴.

Im Ergebnis kann daher in der genannten Konstellation weder die Verwirkungsklausel noch eine cautela Socini einseitig durch den Erblasser wirksam angeordnet werden.

Nach Weimar „verhindert die privatorische Klausel die Erhebung der Herabsetzungsklage und Geltendmachung des Pflichtteils erfahrungsgemäß“⁷⁵⁵ zwar; er gesteht den Erben bei einer Belastung mit Vor- bzw. Nacherbschaft jedoch zugleich die Herabsetzung zu. Es bleibt dem betroffenen Erben allerdings jederzeit die Möglichkeit, die Klausel zu akzeptieren und den letzten Willen des Erblassers nicht anzugreifen. Denn es sei nochmals ausdrücklich betont, dass die Verwirkungsklausel und die damit verbundene Anordnung von Vor- und Nacherbschaft ebenso wie die cautela Socini nur dann aufgehoben wird, wenn der Berechtigte fristgemäß die Herabsetzungsklage erhebt⁷⁵⁶. Tut er dies nicht, bleiben die Klauseln selbst dann bestehen, wenn sie Pflichtteilsrechte verletzen. Die eigentliche Tragweite der Klausel ist nicht auf rechtlicher, sondern auf zwischenmenschlicher bzw. moralischer Ebene zu sehen.

b) Zugewiesener Erbteil ist größer als der Pflichtteil

Auch in dieser Fallgestaltung entfallen auf dem Erbteil einschließlich des Pflichtteils ruhende Belastungen wie etwa eine angeordnete Vor- und Nacherbschaft erst nach erfolgreicher Herabsetzungsklage. Die Pflichtteilsverletzung kann auch in der Verwirkungsklausel liegen, die sowohl den Erbteil als auch den Pflichtteil betrifft, da durch die Klausel ihrerseits Vor- und Nacherbschaft angeordnet wird⁷⁵⁷. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Verwirkungsklausel wird von einzelnen Autoren bejaht, von anderen hingegen abgelehnt⁷⁵⁸. Mit der Verwirkungsklausel soll von der gesetzlichen Rechtsfolge abgewichen werden, die sich wie folgt gestaltet:

⁷⁵⁴ Siehe oben C. § 11 IV. 2. a) bb)

⁷⁵⁵ Weimar ZBJV 1985, S. 275.

⁷⁵⁶ Siehe oben C. § 8 III. 4.

⁷⁵⁷ Siehe hierzu bereits oben C. § 11 IV. 2. a).

⁷⁵⁸ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen B. § 6 I. 1. b) bezüglich der Konstellation, dass dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer bzw. gleich großer Erbteil wie der Pflichtteil zugewiesen wurde. Bereits dort wurde ausgeführt, dass diejenigen Autoren, die sich für eine Zulässigkeit der Klausel aussprechen, allein solche Sachverhalte im

Ist dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteilsbetrag hinterlassen worden, der Erbteil aber mit einer Nacherbschaft belastet, wird der Erbteil gedanklich „aufgespalten“. Nach dem Wortlaut des Art. 531 ZGB ist die angeordnete Nacherbschaft nur im Umfang des Pflichtteils ungültig.

In der älteren Rechtsprechung und Literatur war streitig gewesen, ob der Pflichtteilerbe die Nacherbeneinsetzung im Umfang des Pflichtteils aufheben lassen könne, ohne gleichzeitig auf den Erbschaftserwerb über den Pflichtteil hinaus zu verzichten. Das Bundesgericht hatte im Jahr 1949 diese Frage zwar aufgeworfen⁷⁵⁹, selbst aber keiner abschließenden Lösung zugeführt. Das Gericht tendierte offenbar dazu, den Erben zu zwingen, zwischen dem alleinigen, von der Nacherbeneinsetzung befreiten Pflichtteil unter Verzicht auf die weitergehende Zuwendung und der vom Erblasser gewollten Situation, also Erhalt des vollen, aber belasteten Erbteils, zu wählen⁷⁶⁰. Eine derartige Regelung würde einer klassischen *cautela Socini* entsprechen.

Piotet lehnt diese Lösung ab und argumentiert einerseits mit der historischen Entwicklung, andererseits mit Sinn und Zweck der Vorschrift, die er im Wege der Auslegung ermittelt. In historischer Hinsicht verweist er insbesondere auf die Intervention des Kantons Waadt bei der Gesetzgebung. Der Bericht der vom Regierungsrat des Kantons Waadt mit der Prüfung des Vorentwurfs zum schweizerischen ZGB beauftragten Kommission sehe vor, dass „die Nacherbeneinsetzung auf die verfügbare Quote herabgesetzt und der Pflichtteil hiervon befreit werde“⁷⁶¹. Nach Piotet steht dem Pflichtteilsberechtigten eindeutig neben dem nach erfolgreicher Herabsetzung unbelasteten Pflichtteil der überschüssige belastete Erbteil zu. Für dieses Ergebnis beruft er sich zunächst auf den Gesetzeswortlaut und führt neu entstehende Probleme bei der Befürwortung der Wahllösung an. Ausschlaggebend sind Unsicherheiten darüber, wer bei Zugrundelegung der Wahlklausel den belasteten überschüssigen Teil erhalten soll.

Blickfeld haben, in denen dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil, allerdings verbunden mit einer Belastung – regelmäßig stehen hierbei eine angeordnete Vor- und Nacherbschaft im Mittelpunkt – zugewendet wurde. Dies lässt sich aus den von den jeweiligen Autoren angeführten Beispielen schließen.

⁷⁵⁹ BGE 75 II 190 = JT 1950 I, S. 296ff., Erw. 5; s.a. ZBJV 30 (1894), S. 520.

⁷⁶⁰ Siehe hierzu Piotet SPR IV/1 S. 515; Escher Art. 531 N 6.

⁷⁶¹ Piotet SPR IV/1 S. 515.

Das Bundesgericht hat sich in einer jüngeren unveröffentlichten Entscheidung nun ebenfalls dafür ausgesprochen, dem Pflichtteilsberechtigten den unbelasteten Pflichtteil zuzüglich des belasteten überschießenden Teils zukommen zu lassen. Im entschiedenen Fall war der hinterlassene Erbteil größer als der Pflichtteil⁷⁶². Eine Verwirkungsklausel war im vorliegenden Fall nicht angeordnet. Der überschießende Teil, d.h. der über die Pflichtteilsquote hinausgehende Betrag, bleibt demnach weiterhin beim Pflichtteilsberechtigten, allerdings mit der Belastung⁷⁶³. Das Gericht sprach sich nach einer eher kurzen Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur für diese Lösung aus⁷⁶⁴, ohne sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Zuwendung auch für diese Fälle gewollt war. Die ergangene Entscheidung berücksichtigt jedoch nur die vom Gesetz vorgegebene Lösung, wie die Formulierung „im Umfange des Pflichtteils ungültig“ zu verstehen ist, gibt aber keinen Aufschluss darüber, inwieweit der Erblasser hier anderweitige Bestimmungen treffen kann.

aa) Wegfall der Beschränkung erst nach erfolgreich erhobener Klage

Bei der auf Art. 531 ZGB gestützten Klage fallen die Belastungen nicht von Rechts wegen weg, sondern nur nach erfolgreich erhobener Klage⁷⁶⁵. Eine Diskussion zum automatischen Wegfall der Belastung aufgrund einer „absoluten Ungültigkeit“ bzw. Nichtigkeit, wie sie für den Fall geführt wird, dass der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene und beschränkte Erbteil kleiner oder gleich wie der Pflichtteil ist⁷⁶⁶, existiert bezüglich der Konstellation, dass dem Berechtigten ein größerer Erbteil als der Pflichtteil hinterlassen wurde – wenn auch mit Beschränkungen behaftet – nicht. Einen automatischen Wegfall der Beschränkung gibt es nicht; der in seinem Anspruch auf Mindestteilhabe Verletzte muss immer aktiv werden, um die Beseitigung der Beschränkung bzw. Belastung zu erreichen.

⁷⁶² Urteil des BG vom 1.12.1997, Aktenzeichen 5 C 18/1997. Auch Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 531 N 3 berufen sich auf diese Entscheidung.

⁷⁶³ Piotet SPR IV/1 S. 515.

⁷⁶⁴ Urteil des BG vom 1.12.1997, Aktenzeichen 5 C 18/1997, Tenor c), Erwägungen b).

⁷⁶⁵ Escher Art. 531 N 7 S. 562.

⁷⁶⁶ Siehe hierzu oben C. § 11 IV. 2. a) aa).

bb) Diskussionsstand zur Zulässigkeit der Klauseln

Streitig ist die Frage, ob der Erblasser durch Verwirkungsklauseln von der soeben geschilderten Rechtsfolge des Gesetzes abweichen kann.

(1) Herrschende Meinung

Immer wieder wird in der Literatur festgestellt, der Erblasser könne von der gesetzlichen Rechtsfolge abweichende Anordnungen treffen. Die bereits erwähnten Ausführungen von Piotet stammen aus dem Jahr 1978, sind also deutlich vor dem Entscheid des Bundesgerichtes vom 1.12.1997 ergangen. Gleichwohl gibt er der in der Folge vom Bundesgericht gewählten Lösung aufgrund Auslegung des Gesetzeswortlauts und aus Gründen der Praktikabilität den Vorzug. An dieser Stelle folgt nun der entscheidende Satz. Piotet führt aus: „Der Erblasser kann wohlverstanden davon abweichen“⁷⁶⁷. Piotet behauptet in seinen Ausführungen, eine Verwirkungsklausel könne durch den Erblasser durchaus angeordnet werden. Weitere Hinweise, in welcher Art und Weise dies erfolgen könnte, gibt Piotet nicht. Auch andere Kommentare beschäftigen sich mit dieser Frage nur rudimentär, ebenso enthält das genannte Urteil des BG vom 1.12.1997 hierzu keine erhellenden Hinweise.

Bereits oben⁷⁶⁸ wurde auf die Ansicht von Abt/Hrubesch-Millauer hingewiesen, welche die Ansicht vertreten, Art. 531 ZGB sei hinsichtlich des Herabsetzungsmodus dispositiver Natur⁷⁶⁹. Hrubesch-Millauer berufen sich auf die soeben zitierte Aussage von Piotet, ohne jedoch nähere Erläuterungen hierzu abzugeben. Dieser Ansicht kann in ihrer Pauschalität aus den bereits oben dargestellten Gründen nicht gefolgt werden. Die Kommentatorin ist – soweit ersichtlich – die Einzige, die diese Ansicht vertritt, ohne auch nur zwischen verschiedenen Fallgestaltungen zu differenzieren.

Hier zu nennen ist weiter die oben⁷⁷⁰ bereits ausführlich dargestellte Klausel von Weimar, der von der unproblematischen Zulässigkeit der Klausel ausgeht. Nach Weimar kann durch diese Klausel jedoch die Erhebung der Herabsetzungsklage durch die Pflichtteilsberechtigten nicht verhindert werden, wenn eine Vor-

⁷⁶⁷ Piotet SPR IV/1 S. 516.

⁷⁶⁸ Siehe oben C. § 11 IV. 2. a) cc).

⁷⁶⁹ Abt/Weibel – Hrubesch-Millauer Art. 531 N 3.

⁷⁷⁰ Siehe oben C. § 11 IV. 2. a) bb) (2).

und Nacherbschaft angeordnet ist, die auch auf dem Pflichtteil lastet. Denn in der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft liegt eine Pflichtteilsverletzung, die durch den Berechtigten angegriffen werden kann. Als Folge der Erhebung der Herabsetzungsklage hebt er den Verlust der (größeren) Nacherbenstellung hervor⁷⁷¹.

Eitel spricht sich dafür aus, dem Erblasser die Dispositionsbefugnis einzuräumen und den Erwerb des den Pflichtteil überschießenden belasteten Erbteils von der Akzeptanz der Belastungen abhängig zu machen. Dies erläutert er anhand eines Beispiels, bei dem der Pflichtteilsberechtigte als Vorerbe eingesetzt ist. Er hält insbesondere eine „privatorische Klausel“ für zulässig, mit der der Erblasser bestimmt, „der Überschuss über den Pflichtteil falle – unter Beibehaltung der Nacherbeneinsetzung – einem anderen als (Ersatz-) Vorerben zu, wenn der ersteingesetzte Vorerbe nach Art. 531 ZGB die Herabsetzung verlangen sollte“⁷⁷². Bei dieser Konstellation ist der gesamte Erbteil – und damit auch der Pflichtteil – zunächst mit der Nacherbschaft belastet. Den unbelasteten Pflichtteil kann der Berechtigte über die Herabsetzungsklage gemäß Art. 531 ZGB erlangen. Die weitergehende Zuwendung stünde unter einer auflösenden Bedingung; der pflichtteilsberechtigte Erbe verliert bezüglich des überschießenden Teils mit Erhebung der Herabsetzungsklage die Vorerbschaft, da der Nacherbfall eintritt. Eitel schildert diese Klausel als Möglichkeit, eine Anordnung von Vor- und Nacherbschaft, die den Pflichtteil verletzt, zu sichern. Ein Wertvergleich wird bei dieser Gestaltung nicht vorgenommen, da nach Maßgabe des Art. 531 ZGB wegen der mit der Nacherbeinsetzung verbundenen Sicherungsmaßnahmen zugunsten des Nacherben immer von einer Beschränkung des Pflichtteils ausgegangen wird. Es liegt nahe, diese Konstruktion auch zu Sicherung anderer Belastungen heranzuziehen.

Escher scheint der Wahllösung – Wahl zwischen Annahme des unbelasteten Pflichtteils unter Verzicht auf die weitergehende Zuwendung und bedingungsloser Annahme des belasteten Erbteils – zuzuneigen⁷⁷³. Er betont jedoch ausdrücklich, die Lösung nach dem Gesetz sei eine andere. Auf die Möglichkeit des Erblassers, eine von der Gesetzeslage abweichende Anordnung zu treffen, geht er nicht ein.

⁷⁷¹ Weimar ZBJV 1985, S. 274, 275.

⁷⁷² Eitel, Die Anwartschaft S. 72 unter Verweis auf Weimar ZBJV 1985, S. 275.

⁷⁷³ Escher Art. 531 N 6.

(2) Mindermeinung

An dieser Stelle kommt wieder die bereits oben ausführlich dargelegte Ansicht vor allem der jüngeren Literatur zum Tragen, wonach eine Verwirkungsklausel nicht dazu genutzt werden darf, dem Pflichtteilsberechtigten die Geltendmachung von ihm zustehenden Rechten zu verwehren und so die Testierfreiheit des Erblassers über das gesetzliche Maß hinaus zu erweitern. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die obigen Ausführungen verwiesen⁷⁷⁴. Auch in der vorliegenden Konstellation (hinterlassener Erbteil übersteigt den Pflichtteil) dient die Klausel dem Zweck, eine gegen das Pflichtteilsrecht verstoßende Verfügung, nämlich die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft, zu sichern. Folgt man der genannten Ansicht nun konsequent, kann es keinen Unterschied machen, ob dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer, gleich großer oder auch größerer Erbteil als der Pflichtteil hinterlassen ist. Sobald eine angeordnete Vor- und Nacherbschaft auf dem Pflichtteil lastet, versucht der Erblasser mit der Verwirkungsklausel, den Pflichtteilsberechtigten von der Erhebung der Herabsetzungsklage abzuhalten. Nach dieser Ansicht wäre die Verwirkungsklausel wiederum bereits mit der Ungültigkeitsklage anzugreifen, da sie einen rechtswidrigen Zweck verfolgt. Druey schreibt demzufolge auch, die privatorische Klausel sei „nicht gültig“, soweit sie vom Beschwerten den „Verzicht auf ein gesetzlich garantiertes Recht, namentlich den Pflichtteil, zu erzwingen versuche“⁷⁷⁵.

Nicht eindeutig ersichtlich dabei ist, ob die jüngeren Stimmen in der Schweizer Literatur von einer Unwirksamkeit der gesamten Verwirkungsklausel ausgehen, mit dem Ergebnis, dass der Pflichtteilsberechtigte den gesamten unbelasteten Erbteil erhält, oder ob die Klausel nur bezüglich des Pflichtteils entfällt, aber weiterhin auf der disponiblen Quote lastet. Die Autoren der jüngeren Literatur differenzieren nicht danach, ob dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer, gleich großer oder größerer Erbteil als der Pflichtteil zugewiesen ist. Vielmehr wird ohne nähere Unterscheidung ausgeführt, die Klausel sei rechtswidrig, wenn sie eine rechtlich mangelhafte Verfügung stützen wolle („nur ein zulässiger Inhalt lässt die Klausel zu“) bzw. die Erhebung der Herabsetzungsklage zu unterdrücken versuche.

⁷⁷⁴ Siehe oben C. § 11 III. 2. b) bb).

⁷⁷⁵ Druey, Grundriss § 16 N 30 S. 240.

In Fällen der Ungültigkeit einer Bedingung kann – auch dies wurde bereits oben ausgeführt – über verschiedene rechtliche Begründungen das Ergebnis herbeigeführt werden, dass zwar die Verwirkungsklausel als Resolutivbedingung entfällt, die Zuwendung an sich jedoch bestehen bleibt („die unwirksame bedingte Zuwendung“ wird dabei in eine „unbedingte wirksame“ umgedeutet, wobei jedoch im Einzelfall ein anderes Ergebnis eintreten kann⁷⁷⁶). Die Rechtswidrigkeit der Bedingung wirkt sich nicht auf die Hauptverfügung aus, es kommt vielmehr zu einer partiellen Ungültigkeit, die nur die Klausel erfasst. Bereits dieses Ergebnis bedarf erheblichen Argumentationsaufwandes durch Auslegung und Bildung von Analogien.

In der zitierten Literatur finden sich allein bei Breitschmid und Druey Hinweise darauf, dass die Klausel selbst nur teilweise (nämlich nur bezüglich des Pflichtteils) entfallen soll. Breitschmid spricht sich für eine partielle Ungültigkeit der Klausel im Umfang des Pflichtteils aus. Zur Verwirkungsklausel schreibt er: „sie ist – zumindest insoweit, als sie solche Bestimmungen schützen soll – an sich unsittlich oder widerrechtlich (Teilnichtigkeit auch der Klausel)“⁷⁷⁷. Druey spricht von der Ungültigkeit der Klausel, „soweit“⁷⁷⁸ sie den Beschwerten zu einem Verzicht auf den Pflichtteil zu zwingen versuche.

Die Begrifflichkeit bezüglich der Rechtsfolgen einer „unzulässigen“ Verwirkungsklausel ist unklar. Besonders Breitschmid spricht innerhalb desselben Satzes von der Unsittlich- bzw. Widerrechtlichkeit der Klausel, die eigentlich zur Ungültigkeit, mithin Angreifbarkeit, führt, spricht aber sogleich von der Teilnichtigkeit. Nichtige Verfügungen entfalten von Beginn an keine Rechtswirksamkeit und müssen nicht mit der Ungültigkeitsklage angegriffen werden. Soweit die Vertreter dieser Ansicht sich für eine Teilungültigkeit nur der Klausel bezüglich des Pflichtteils aussprechen wollten, wäre hierzu die Bildung aufwendiger rechtlicher Konstruktionen notwendig. Zunächst müsste der Wille des Erblassers unterstellt werden, die Zuwendung des Gesellschaftsanteils auch ohne die Bedingung/ Verwirkungsklausel bestehen zu lassen. Sodann müsste eine weitere Auslegung unter Heranziehung

⁷⁷⁶ Siehe oben C. § 11 III. 2. b) cc).

⁷⁷⁷ Breitschmid ZSR S. 115.

⁷⁷⁸ Druey, Grundriss § 16 N 30, S. 240.

von Art. 20 Abs. 2 OR ergeben, dass sich dieses Ergebnis (Wegfall der Bedingung und grundsätzlicher Erhalt der Zuwendung) nur auf den Pflichtteil beziehen soll, während die Zuwendung unter Aufrechterhaltung der Bedingung bezüglich des disponiblen Teils bestehen bliebe. Der Wille des Erblassers müsste daher in verschiedene Richtungen gedeutet werden.

Wegen der unklaren Begrifflichkeiten kann nicht endgültig entschieden werden, ob die Vertreter dieser Ansicht von einem gänzlichen Entfallen der Klausel unter Aufrechterhaltung der gesamten Zuwendung oder einem nur teilweisen Entfallen der Klausel bezüglich des Pflichtteils ausgehen. Sollte hier nur ein teilweises Entfallen der Klausel gemeint sein, würde dies im Ergebnis für eine Zulässigkeit der Klausel sprechen. Denn auch die Vertreter einer Zulässigkeit der Klausel gehen im Ergebnis davon aus, diese könne nicht auf dem Pflichtteil lasten und den Pflichtteilsberechtigten an der Erhebung der Herabsetzungsklage hindern.

Auch ist nicht eindeutig feststellbar, ob in dieser Fallkonstellation die Ungültigkeits- oder die Herabsetzungsklage zu erheben ist. Es dürfte wohl davon auszugehen sein, dass die Vertreter dieser Ansicht die Ungültigkeitsklage bevorzugen.

(3) Eigene Stellungnahme

Ausgangspunkt ist zunächst die Feststellung, dass eine Hauptverfügung, die den Pflichtteil verletzt, durch den Berechtigten klageweise angegriffen werden kann. Die Verwirkungsklausel verletzt aber wegen der damit verbundenen Anordnung von Vor- und Nacherbschaft ebenfalls den Pflichtteil. Aus diesem zweiten Grund kann sich der Berechtigte auch dann auf die erbrechtlichen Klagen berufen, wenn die Hauptverfügung an sich keinerlei rechtlichen Bedenken begegnet.

Eine vollständige Ungültigkeit der Verwirkungsklausel mit der Folge, dass der Pflichtteilsberechtigte den ganzen ihm zugedachten Erbteil unbelastet erhält, kann nur schwer mit dem Wortlaut des Art. 531 ZGB „im Umfang des Pflichtteils“ und demjenigen des Art. 522 ZGB, der den Pflichtteil „dem Werte nach“ schützt, vereinbart werden. Das schweizerische Recht gibt keinen Anlass, bezüglich der Rechtsfolge danach zu differenzieren, ob dem Pflichtteilsberechtigten mehr oder weniger als seine Pflichtteilsquote als Erbteil bzw. gemäß Art. 522 ZGB zumindest dem Wert nach zugewandt wurde. In beiden Fällen soll der Pflichtteilsberechtigte

210

in Höhe seines Pflichtteiles – aber auch nur in dieser Höhe – umfangreichen Schutz genießen. Dies zeigt sich insbesondere an der Regelung des Art. 531 ZGB, nach welchem angeordnete Vor- und Nacherbschaften ausnahmslos im Umfang des Pflichtteils ungültig sind. Eine Möglichkeit für den Erblasser, hiervon abzuweichen, sieht das Pflichtteilsrecht nicht vor⁷⁷⁹.

Geschützt ist nur die Pflichtteilsquote, nicht aber der Erbteil. Dem Schutz des Pflichtteilsberechtigten würde es demnach genügen, wenn er sich beider Belastungen (zu sichernde Vor- und Nacherbschaft oder anderweitige Pflichtteilsverletzung einerseits sowie Verwirkungsklausel andererseits) im Umfang des Pflichtteils entledigen könnte. Dies würde zu einer Unwirksamkeit der Klausel lediglich bezüglich des Pflichtteils führen; bezüglich des überschießenden Teils bliebe die Klausel aufrecht erhalten.

Nochmals erinnert werden soll an dieser Stelle auch an die Ausführungen Eschers, wonach nicht die ganze Verfügung (Nacherbeneinsetzung) ungültig sei und der Anfechtende nicht seinen gesetzlichen Erbteil erhalte. Ungültig sei die Verfügung vielmehr nur „im Umfang des Pflichtteils des Belasteten“⁷⁸⁰.

Wenn aber das Pflichtteilsrecht nur den Pflichtteil, nicht jedoch den Erbteil schützt, kann es dann angebracht sein, entgegen dem ausdrücklichen Willen des Erblassers, der sich in der Verwirkungsklausel manifestiert hat, dem Nachfolger den unbelasteten ganzen Erbteil zukommen zu lassen?

Selbst wenn man also die Verwirkungsklausel als ungültig erachten und der Ungültigkeitsklage gemäß Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB (in Verbindung mit Art. 482 ZGB) unterstellen wollte, kann dies nur zu einer Teilaufhebung der Klausel hinsichtlich des Pflichtteils führen. Anderenfalls würde die Testierfreiheit des Erblassers eingeengt und die Stellung des Pflichtteilsberechtigten über das Instrumentarium der Ungültigkeitsklage erweitert und zu einem Schutz des Erbteils führen. Dies wäre weder mit Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechtes, noch mit dem ausdrücklichen Willen des Erblassers, denjenigen auf den Pflichtteil zu setzen, der seinen letzten Willen nicht akzeptiert, in Einklang zu bringen.

⁷⁷⁹ Art. 531 ZGB ist nicht dispositiv, siehe oben C. § 11 IV. 2. a) cc).

⁷⁸⁰ Escher Art. 531 ZGB N 7.

Für eine bloß teilweise Ungültigkeit und Herabsetzbarkeit bezüglich des Pflichtteils spricht auch, dass das schweizerische Erbrecht mit dem Auslegungsprinzip des *favor testamenti* und der Konstruktion der Herabsetzungsklage das Ziel verfolgt, die Verfügung des Erblassers weitestgehend zu stützen. Damit ist im schweizerischen Recht eine geltungserhaltende Reduktion durchaus gewollt und erwünscht. Im vorliegenden Zusammenhang ist daher nicht von einer Ungültigkeit, sondern lediglich von einer Herabsetzbarkeit der Verwirkungsklausel im Umfang des Pflichtteils auszugehen, zumal auch die pflichtteilsverletzende Hauptverfügung nur im Umfang des Pflichtteils „ungültig“, d.h. herabsetzbar ist⁷⁸¹.

cc) Zulässigkeit einer *cautela Socini*

Die Situation, dass die Verwirkungsklausel lediglich in Höhe des Pflichtteils herabsetzbar ist und der Berechtigte seinen Pflichtteil als unbelasteten Erbteil erhalten kann, wohingegen die Klausel bezüglich des überschießenden Teils aber wirksam bleibt, kann mit dem schweizerischen Pflichtteilsrecht durchaus in Einklang gebracht werden⁷⁸². Greift der Pflichtteilsberechtigte die Vor- und Nacherbschaft bzw. die Verwirkungsklausel im Umfang des Pflichtteils an, ist hiermit gleichzeitig der Verwirkungsfall eingetreten. Sobald eine Belastung auf dem Pflichtteil liegt bzw. der Pflichtteilsberechtigte nicht zumindest dem Wert nach den Pflichtteil erhalten hat, kann er die Herabsetzungsklage erheben. Dieses Recht kann ihm bezüglich des Pflichtteils nicht genommen werden. Dies ergibt sich auch aus den Ausführungen Weimars, nach denen die Klausel nicht verhindern kann, dass die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge die Herabsetzungsklage erheben, wenn sie durch eine angeordnete und über die Verwirkungsklausel gestützte Vor- und Nacherbschaft übermäßig belastet werden⁷⁸³.

Die geschilderte Verwirkungsklausel erzielt dasselbe Ergebnis wie die Strafklausel im römischen Recht. Der Pflichtteilsberechtigte kann die angeordnete Be-

⁷⁸¹ Auch nach Uffer-Tobler und Staehelin dürfte die Herabsetzungsklage das geeignete Mittel sein, um gegen die Klausel vorzugehen. Denn diese schreiben, „nicht widerrechtlich (seien) Bedingungen und Auflagen, die gegen die Pflichtteilsrechte verstoßen; gegen sie (sei) nicht die Ungültigkeits-, sondern nur die Herabsetzungsklage gegeben“ (Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 N 36; Uffer-Tobler S. 105). Ebenso auch Auberson S. 39.

⁷⁸² Siehe hierzu soeben C. § 11 IV. 2. b) bb) (3).

⁷⁸³ Weimar ZBJV 1985, S. 275.

lastung akzeptieren und erhält einen über den Pflichtteil hinausgehenden (belasteten) Erbteil. Er kann sich aber ebenso gut für die Erhebung der Herabsetzungsklage entscheiden, wobei mit der Erhebung der Klage gleichzeitig der Verwirkungsfall eintritt und der Pflichtteilsberechtigte nunmehr lediglich den unbelasteten Pflichtteil als Noterbe erhält. Das schweizerische Recht ist in dieser Konstellation mit dem römischen Recht vergleichbar, so dass die Zulässigkeit einer cautela Socini ebenso wie die Verwirkungsklausel bezüglich des disponiblen Teils der Erbschaft durchaus zulässig erscheint. Unbestritten ist, dass der Erblasser über den verfügbaren Teil unbeschränkt verfügen und diesbezüglich auch Verwirkungsklauseln anordnen kann. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Erblasser die disponible Quote einem beliebigen eingesetzten Erben oder einem Pflichtteilsberechtigten zusätzlich zu seinem Pflichtteil zukommen lässt. In beiden Fällen muss die Verwirkungsklausel, die in diesem Fall ähnlich wie die „klassische“ cautela Socini wirkt, zulässig sein. Anderenfalls würde der Schutz des Pflichtteilsberechtigten auf den gesamten Erbteil ausgedehnt, was aber nicht der Zielsetzung des schweizerischen ZGB entspricht.

dd) Besonderheiten bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen?

Fraglich ist, ob wegen gesellschaftsrechtlicher Besonderheiten von dem Grundsatz der Herabsetzbarkeit lediglich der auf dem Pflichtteil ruhenden Verwirkungsklausel⁷⁸⁴ zugunsten einer Unwirksamkeit der gesamten Klausel abgewichen werden kann oder sogar muss.

Für eine Unwirksamkeit der Verwirkungsklausel insgesamt würde zwar sprechen, dass dadurch klarere Rechtsverhältnisse geschaffen würden und bei Eintritt des Verwirkungsfalles nicht mehrere Nachfolger Gesellschafter würden. Denn in all denjenigen Fällen, in denen der Pflichtteilsberechtigte gegen die Verwirkungsklausel verstößt, tritt der Nacherbe in Höhe der die Pflichtteilsquote übersteigenden Erbquote in die Erbengemeinschaft und damit auch in die Gesellschafterstellung ein, während der Pflichtteilsberechtigte selbst in Höhe seiner Pflichtteilsquote ebenfalls Mitglied der Erbengemeinschaft und damit auch der Gesellschaft bleibt. Wird die Klausel insgesamt für ungültig erklärt, würde der Pflichtteilsberechtigte

⁷⁸⁴ Siehe hierzu soeben C. § 11 IV. 2. b) bb) (3).

den gesamten ihm zugedachten Erbteil unbedingt erhalten. Dies kann im vorliegenden Zusammenhang im Einzelfall durch den Erblasser auch tatsächlich gewünscht sein, da in diesem Fall eine „Aufspaltung“ des Gesellschaftsanteils, der größer als der Pflichtteil ist, vermieden werden kann. Es stellt sich also die Frage, ob in der vorliegenden Fallkonstellation aus gesellschaftsrechtlichen Gründen der Wille des Erblassers generell, d.h. ohne ausdrückliche Bestimmung des Erblassers, derart ausgelegt werden kann. Hier muss man sich Folgendes vor Augen führen: Enthält der Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Nachfolgeklausel, wird der Erblasser den Gesellschaftsanteil demjenigen Erben zuwenden, der die Qualifikationsmerkmale erfüllt. Verstößt dieser gegen die Verwirkungsklausel, tritt bezüglich des den Pflichtteil übersteigenden Anteils die konstruktive Nacherbfolge ein, sofern der Erblasser keinen Nacherben bestimmt hat. Es wäre reiner Zufall, wenn auch der konstruktive Nacherbe die Voraussetzungen der qualifizierten Nachfolgeklausel erfüllen würde. Erfüllt er diese nicht, scheitert die Nachfolge. Der Erblasser kann also durchaus den Wunsch gehabt haben, dass – ehe die geschilderte Situation eintritt – die gesamte Verwirkungsklausel entfallen soll. Dann bliebe auch der Gesellschaftsanteil in einer Hand und fiel an den vorgesehenen Nachfolger. Eine Aufspaltung des Gesellschaftsanteils und eine eventuell scheiternde Nachfolge wären damit vermieden.

Aus pflichtteilsrechtlicher Sicht geht dies aber weit über den Pflichtteilsschutz hinaus und kann mit der Herabsetzungsklage nicht bewirkt werden. Denn diese kann nur diejenigen Belastungen beseitigen, die auf dem Pflichtteil lasten, nicht aber solche, die die verfügbare Quote betreffen. Die Unwirksamkeit der gesamten Klausel kann daher zum Einen mit der Ungültigkeitsklage erreicht werden. Die zweite Möglichkeit, die zu einer Unwirksamkeit der Klausel führt, wäre eine Auslegung des erblasserischen Willens, nach welcher der Erblasser zugunsten einer gesicherten Nachfolgeregelung den vollständigen Wegfall der Klausel bevorzugt. Eine derartige Auslegung kann jedoch nicht verallgemeinert werden, zumal in diesem Zusammenhang die herrschende Lehre pauschalisierende Auslegungsregeln ablehnt und auf den Einzelfall abstellt⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 N 27b; Escher Art. 482 N 31; Basler Kommentar – Staehelin Art. 482 N 35.

Die soeben dargestellten gesellschaftsrechtlichen Probleme können daher zu keiner vom allgemeinen Ergebnis abweichenden Beurteilung führen, wenn sich ein dahingehender Wille des Erblassers nicht zumindest ansatzweise aus der Verfügung ergibt. Da sich der Erblasser der Tragweite einer Verwirkungsklausel jedoch in den seltensten Fällen bewusst sein dürfte, scheidet eine derartige Auslegung regelmäßig aus. Es verbleibt bei der Herabsetzbarkeit der Klausel im Umfang des Pflichtteils und Bestehenbleibens der Belastung bezüglich des überschießenden disponiblen Teil des Nachlasses.

ee) Zwischenergebnis

Bezüglich der disponiblen Quote kann sowohl eine Verwirkungsklausel als auch eine cautela Socini wirksam angeordnet werden. Der Pflichtteil eines Berechtigten kann aber durch eine Verwirkungsklausel nicht belastet werden. Nach teilweise vertretener Auffassung dürfte die Klausel ungültig sein, nach anderer Auffassung nur herabsetzbar⁷⁸⁶; nach beiden Ansichten ist die Klausel durch den Berechtigten angreifbar, soweit sie auf dem Pflichtteil lastet.

c) Art. 531 ZGB bei Nacherben und Vermächtnisnehmern

Der Wortlaut des Art. 531 ZGB legt zunächst die Vermutung nahe, er gelte nur für den Vorerben, da es hier heißt, eine Nacherbeneinsetzung sei einem pflichtteilsberechtigten Erben gegenüber im Umfang des Pflichtteils ungültig. Nach Tuor ist Art. 531 ZGB aber auch auf den Fall auszudehnen, in welchem dem Noterben sein Pflichtteilsbetrag als Nacherbschaft hinterlassen wurde⁷⁸⁷. Andere Kommentarliteratur findet sich hierzu nicht. Es stellt sich auch die Frage, ob eine derartige Ausdehnung erforderlich ist, denn derjenige, der nicht zumindest dem Werte nach seinen Pflichtteil erhält, kann ohnehin die Herabsetzungsklage im Sinne des Art. 522 ZGB erheben. Art. 531 ZGB gilt nach seinem eindeutigen Wortlaut nur für die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft. Ein Erbe, der mit einer Verwirkungsklausel belegt ist, muss sich aber ebenfalls auf Art. 531 ZGB berufen können, da die Verwirkungsklausel zwingend zu Vor- und Nacherbschaft führt.

⁷⁸⁶ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) bb)

⁷⁸⁷ Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 531 N 6.

Damit der Pflichtteilsberechtigte, dem der Gesellschaftsanteil durch Vermächtnis zugewendet und gleichzeitig mit einer Verwirkungsklausel belastet ist, nicht schutzlos gestellt ist, findet Art. 531 ZGB zudem sinngemäß auf das Nachvermächtnis Anwendung⁷⁸⁸.

3. Rechtsbehelf bei pflichtteilsverletzenden Verwirkungsklauseln

Es stellt sich die Frage, ob eine Verwirkungsklausel, die selbst Pflichtteilsrechte verletzt oder auch Pflichtteilsverletzungen zu schützen versucht, mit der Ungültigkeitsklage gemäß Art. 519 ZGB oder mit der Herabsetzungsklage gemäß Art. 522 ff. ZGB angegriffen werden muss, also die Frage nach dem einschlägigen Rechtsbehelf gegen die Verwirkungsklauseln. Wegen der Vorrangigkeit der Ungültigkeitsklage ist zunächst zu untersuchen, ob dem Pflichtteilsberechtigten diese Klagform zur Verfügung steht, oder ob er gegebenenfalls seinen Rechtsschutz erst über die Herabsetzungsklage erreichen kann.

a) Ungültigkeitsklage

Die Ungültigkeitsklage erfasst den Verstoß von erbrechtlichen Bedingungen gegen geltendes Recht, gleich aus welchem Rechtsgebiet die verletzte Norm stammt.

Einerseits stellen die Verwirkungsklauseln erbrechtliche Bedingungen dar, die zur Anwendbarkeit der Ungültigkeitsklage führen können. Andererseits führen sie zwingend zu Vor- und Nacherbschaft, so dass generell auch der Anwendungsbereich der Herabsetzungsklage gemäß Art. 531 ZGB bei Verletzung von Pflichtteilsrechten eröffnet sein kann.

Auf diese unterschiedlichen Klagearten bezüglich der Verwirkungsklausel wird in der Schweiz nicht vertieft eingegangen und nur vereinzelt untersucht, ob die Verwirkungsklausel auch dann mit der Ungültigkeitsklage anzugreifen ist, wenn sie eine Pflichtteilsverletzung zu schützen versucht bzw. selbst Pflichtteile verletzt.

Im Rahmen des Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB in Verbindung mit Art. 482 Abs. 2 ZGB wird durch Piotet nur kurz darauf hingewiesen, eine privatorische Klausel,

⁷⁸⁸ Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 531 N 4; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 531 ZGB N 6.

mit welcher der Erblasser einer Person ganz oder teilweise eine Zuwendung von Todes wegen für den Fall entzieht, dass sie sein Testament anfecht, sei ungültig⁷⁸⁹, wenn die angefochtenen Verfügungen selbst widerrechtlich oder unsittlich seien. Die im vorliegenden Fall interessierenden Wirkungen von Vor- und Nacherbschaft – die ja durch die Verwirkungsklausel ausgelöst werden – werden hier jedoch nicht mehr diskutiert.

Nützi führt lediglich knapp aus, bei einer Verwirkungsklausel, die als rechts- oder sittenwidrig erachtet werde, sei die Ungültigkeitsklage gemäß Art. 519 I 3 ZGB zu erheben⁷⁹⁰, und geht auf die Möglichkeiten der Herabsetzungsklage nicht ein.

Weimar weist ohne nähere Begründung lapidar auf die Anwendbarkeit der Herabsetzung hin, wenn dem Begünstigten durch die Klausel „der Pflichtteil entzogen werden soll“ und spricht sich ausdrücklich gegen eine Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit der Klausel in diesen Fällen aus⁷⁹¹.

Die Geltendmachung von Pflichtteilsverletzungen mit der Ungültigkeitsklage ist grundsätzlich denkbar, da rechtswidrige Bedingungen keine Wirksamkeit entfalten sollen. Die Verwirkungsklausel kann entweder in Kombination mit der zu schützenden Verfügung oder gegebenenfalls auch bei isolierter Betrachtung gegen zwingende erbrechtliche Vorschriften verstoßen, was zur Rechtswidrigkeit der Klausel führt. Aufgrund der Rechtswidrigkeit könnte die Ungültigkeitsklage zur Anwendung kommen.

Das Bundesgericht hat in der Entscheidung BGE 85 II 378 unter dem Titel „Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB“ eine bedingte Beschränkung eines Erben auf den Pflichtteil behandelt⁷⁹². Das Urteil beschäftigte sich jedoch hauptsächlich mit der Frage der Sittenwidrigkeit der Hauptverfügung und damit auch der Verwirkungsklausel. Die Verletzung von Pflichtteilsrechten wurde weder durch die Tochter noch durch die Witwe des Erblassers geltend gemacht. Vielmehr griffen beide im Wesentlichen das Vermächtnis zugunsten der Geliebten des Erblassers an. Das Urteil führt

⁷⁸⁹ Piotet SPR IV/1 § 16 IV, S. 90, 91.

⁷⁹⁰ Nützi ZBJV 1993, S. 201.

⁷⁹¹ Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 63.

⁷⁹² Zum Sachverhalt siehe bereits oben C. § 11 III. 2. a).

wegen der Überschrift zunächst zu der Annahme, die Ungültigkeitsklage sei stets zu erheben. Bei genauer Prüfung des Sachverhalts hilft die Entscheidung vorliegend jedoch nicht weiter.

Soweit im Zusammenhang mit Verwirkungsklauseln immer wieder auch die Entscheidung BGE 117 II 239 ff. herangezogen wird, hilft diese bezüglich der Frage nach der Anwendbarkeit der Ungültigkeits- oder der Herabsetzungsklage ebenfalls nicht weiter. Dem entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erblasser hatte in verschiedenen Verfügungen von Todes wegen dem „M.“ zunächst ein Vermächtnis über 500.000,- Sfr ausgerichtet, dieses dann aber mit einer weiteren Verfügung auf 50.000,- Sfr reduziert. Diesen Verfügungen hatte er eine Verwirkungsklausel beigefügt. Der „M.“ hatte die zweite Verfügung, durch die das Vermächtnis reduziert worden war, wegen Formmängeln mit der Ungültigkeitsklage angegriffen, sich aber – soweit aus dem Sachverhalt ersichtlich – nicht explizit gegen die Verwirkungsklausel gewandt.

Das Gericht hatte entschieden, im Hinblick auf Art. 482 ZGB sei eine Verwirkungsklausel, nach welcher der Anfechtende leer ausgehen oder auf den Pflichtteil gesetzt sein solle, als grundsätzlich zulässig zu betrachten. Im entschiedenen Sachverhalt war die letztwillige Verfügung wegen eines Formmangels erfolgreich mit der Ungültigkeitsklage angefochten worden, so dass auch die Verwirkungsklausel von dem Formmangel erfasst wurde und keine Wirksamkeit entfalten konnte. Wie aus dem Tenor der Entscheidung zu ersehen ist, hatte der Kläger mit der Ungültigkeitsklage Erfolg, so dass auch zwangsläufig die beigefügte Verwirkungsklausel keine Wirkung entfalten konnte. Damit ist aber über die Verwirkungsklausel für sich genommen keine aussagekräftige Entscheidung ergangen. Insbesondere für das vorliegende Interessensgebiet, nämlich die Pflichtteilsverletzung durch Verwirkungsklauseln, bringt diese Entscheidung keine Aufklärung, da M. offenbar nicht pflichtteilsberechtigt war und sich somit auf die Herabsetzungsklage nicht hätte berufen können.

b) Herabsetzungsklage

Neben der Ungültigkeitsklage existiert mit dem Institut der Herabsetzungsklage eine spezielle Regelung zur Geltendmachung von Pflichtteilsverletzungen. Haften

der Verfügung von Todes wegen an sich keine Mängel an, die bereits zur Ungültigkeitsklage berechtigen, sondern geht es allein um die Frage der Pflichtteilsverletzung durch die Verwirkungsklausel oder darum, ob die Verwirkungsklausel eine Pflichtteilsverletzung zu schützen vermag, stellt sich die Frage, ob nicht die Herabsetzungsklage als *lex specialis* vorrangig gegenüber der Ungültigkeitsklage anzuwenden ist.

So benennen Brückner und Weibel ausdrücklich die Herabsetzungsklage – und nicht die Ungültigkeitsklage – als geeignetes Rechtsmittel für die Geltendmachung solcher materieller Mängel, die allein in einer Pflichtteilsverletzung bestehen⁷⁹³. Die im Gesetz bezeichnete „Ungültigkeit“ im Sinne des Art. 531 ZGB erlaubt auch nach anderen Literaturstimmen die Erhebung der Herabsetzungs- und nicht der Ungültigkeitsklage⁷⁹⁴.

Bereits in der ZBJV von 1894 beruft sich die Redaktion der Zeitschrift unter Verweis auf Huber in Hinblick auf ein Urteil des bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 25. Januar 1894 auf die bloße Anfechtbarkeit der Verfügung im Umfang der Pflichtteilsverletzung und lehnt eine Ungültigkeit ab⁷⁹⁵. Der Erblasser, der als Noterben seine vier Nichten und Neffen hinterlassen hatte, hatte eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob die Nacherbeneinsetzung insgesamt ungültig oder lediglich im Umfang der Pflichtteilsverletzung herabsetzbar sei. Im Ergebnis entschied sich das Gericht für die Ungültigkeit der gesamten Nacherbeneinsetzung. Die Redaktion wandte sich gegen die Entscheidung des bernischen Appellations- und Kassationshofes und stellte das Interesse des Erblassers am weitgehenden Erhalt seiner Verfügung in den Vordergrund. Die Redaktion befürwortete eine „Reduktion der Nacherbeneinsetzung“, weil diese dem „wahren Willen des Erblassers eher zur Geltung verholfen“ hätte⁷⁹⁶.

⁷⁹³ Brückner/Weibel S. 13.

⁷⁹⁴ Basler Kommentar – Forni/Piatti Art. 531 N 1 unter Verweis auf BGE 75 II 190, BGE 108 II 288, 291; Abt/Weibel-Hrubesch-Millauer Art. 531 N 1; Piotet SPR IV/1 § 70 S. 514.

⁷⁹⁵ ZBJV 1894, 522 unter Verweis auf Huber, S. 299 ff. Beachtet werden muss allerdings, dass das schweizerische Zivilgesetzbuch erst 12 Jahre nach dieser Entscheidung in Kraft trat.

⁷⁹⁶ ZBJV 1894, 522.

Offensichtlich wegen der mehrstufigen Prüfungsfolge im schweizerischen Recht⁷⁹⁷ spricht sich Beck für die Erhebung der Ungültigkeitsklage aus und beruft sich auf das Erfordernis der vorrangig zu prüfenden Ungültigkeit der Verfügung. Da die Erhebung beider Klagen jedoch fristgebunden ist, empfiehlt er, das Herabsetzungsbegehren mit einem Hilfsantrag bereits mit der Ungültigkeitsklage geltend zu machen⁷⁹⁸.

Druey differenziert stärker. Als Grundlage für die Bewertung einer Verfügung als ungültig führt er die in Art. 519, 520 und 520a ZGB genannten rechtserheblichen Mängel an⁷⁹⁹. In diesen Fällen geht er von der Anwendung der Ungültigkeitsklage aus. Im Weiteren stellt er als legitimes Rechtsmittel gegen Pflichtteilsverletzungen ausdrücklich auf die Herabsetzungsklage ab⁸⁰⁰.

Eine Verwirkungsklausel kann – dies zeigt auch die zitierte Rechtsprechung – mit einer Verfügung von Todes wegen verknüpft sein, die selbst sitten- oder rechtswidrig ist. Dass in diesen Fällen die Ungültigkeitsklage einschlägig ist, liegt auf der Hand. Auch diejenigen, die sich der von Nützi dargelegten strengen Sichtweise anschließen wollen, die Verwirkungsklausel sei in jedem Falle rechtswidrig, müssen die Erhebung der Ungültigkeitsklage fordern.

Leidet die zugrunde liegende Hauptverfügung an keinem rechtlichen Mangel – Pflichtteilsverletzungen ausgenommen – kommen mehrere Fallgestaltungen in Betracht: Einmal diejenige, bei welcher der Erblasser versucht, den Pflichtteilsberechtigten mit Hilfe der Verwirkungsklausel dazu zu zwingen, eine Pflichtteilsverletzung hinzunehmen, zum anderen diejenige, in welcher die „Rechtswidrigkeit“ im Sinne des Art. 519 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB allein in einer Pflichtteilsverletzung durch die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft als zwingende Folge der Verwirkungsklausel bestehen kann (die geschützte Anordnung selbst also keinerlei recht-

⁷⁹⁷ Vgl. hierzu oben C. § 8 III.

⁷⁹⁸ Beck S. 113.

⁷⁹⁹ Druey, Grundriss § 12 N 24, S. 159.

⁸⁰⁰ Wörtlich führt Druey aus: „Eine Kategorie rechtlicher Mängel – freilich gerade die wichtigste – wird aber etwas anders behandelt: die *Pflichtteilsverletzung*. Auch sie kann bloß durch gerichtliches Urteil oder Anerkennung zur Geltung kommen, aber es wird nicht auf Ungültigkeit, sondern auf *Herabsetzung* erkannt, ...“, Druey, Grundriss § 12 N 25.

liche Mängel aufweist). Bei der dritten Fallgestaltung leidet die Verfügung von Todes wegen allein an einem rechtlichen Mangel, der zur Erhebung der Ungültigkeitsklage berechtigt.

Im zweiten Fall greift nach der Systematik des schweizerischen Rechtes unzweifelhaft die Herabsetzungsklage ein. Im dritten Fall wäre nach der wohl herrschenden Meinung die Verwirkungsklausel ebenfalls rechtswidrig im Sinne des Art. 482 ZGB und mit der Ungültigkeitsklage angreifbar, da sie den mit der Klausel Belasteten zwingen will, die Ungültigkeitsklage nicht zu erheben⁸⁰¹.

Näherer Untersuchung bedarf jedoch die erste genannte Fallvariante. Die Herabsetzungsklage, die in ihren unterschiedlichen Ausgestaltungen in den Art. 522-533 ZGB geregelt ist, dient der Geltendmachung von Pflichtteilsverstößen, wohingegen die Ungültigkeitsklage bestimmte Form-, Willens- und Inhaltsmängel zu Fall bringt. Beide Klagearten zielen in verschiedene Richtungen. Während die erfolgreiche Ungültigkeitsklage zu einer Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen führt, wird die angegriffene Verfügung von Todes wegen bei erfolgreicher Herabsetzungsklage so weit reduziert, bis der Pflichtteilsanspruch des Klagenden wieder hergestellt ist. Die Ungültigkeitsklage greift damit in erheblichem Umfang in die Verfügung von Todes wegen ein, indem sie diese entweder gänzlich, oder doch zumindest in Teilen für ungültig erklärt.

In der Schweiz wird mithilfe des Prinzips des *favor testamenti* versucht, dem Erblasserwillen weitgehend zur Geltung zu verhelfen⁸⁰². Bei der Auslegung ist im Zweifel diejenige Deutung vorzuziehen, mit der die Wirksamkeit der Verfügung gewährleistet ist⁸⁰³. Die Regelung der Herabsetzungsklage setzt dieses Prinzip eindrucksvoll um, denn die erfolgreiche Herabsetzungsklage führt lediglich zur Reduzierung der angegriffenen Verfügung, nicht jedoch zu ihrer vollständigen Aufhebung.

⁸⁰¹ Vgl. etwa Druey, Grundriss § 12 N 34, S. 162.

⁸⁰² Druey, Grundriss § 12 N 22, S. 158.

⁸⁰³ Diese Auslegungsmöglichkeiten können aber nur innerhalb der formalen Grenzen des Erbrechts eingesetzt werden. Ein rechtlicher Mangel, bspw. der Form, kann durch diesen Grundsatz nicht geheilt werden (Druey, Grundriss § 12 N 22 unter Verweis auf BGE 101 II 31, 34).

Folgerichtig sind Bedingungen, die gegen Pflichtteilsrechte verstoßen, nach Teilen der Literatur ausdrücklich nicht mit der Ungültigkeitsklage, sondern mit der Herabsetzungsklage anzugreifen⁸⁰⁴, so dass auch die Verwirkungsklausel als auflösende Bedingung der Herabsetzungsklage unterliegen muss⁸⁰⁵.

Festzuhalten bleibt, dass im Einzelfall zunächst zu ermitteln ist, ob die Verwirkungsklausel als sitten- oder rechtswidrig im Sinne des Art. 482 ZGB einzustufen ist, weil sie eine ebensolche Verfügung von Todes wegen zu stützen und damit die Erhebung der Ungültigkeitsklage zu verhindern sucht. Ist dies der Fall, kann die Verfügung bereits mit der Ungültigkeitsklage angegriffen und zu Fall gebracht werden. Eine Herabsetzung der betroffenen Verfügung erübrigt sich wegen der Vorrangigkeit der Ungültigkeitsklage.

Sind nur und ausschließlich Pflichtteile betroffen, greift die Herabsetzungsklage. Es ist unerheblich, ob der Erblasser die Pflichtteilsansprüche mit einer testamentarischen oder einer erbvertraglichen Verfügung verletzt. Überschreitet er in der letztwilligen Verfügung seine Verfügungsbefugnis, unterliegt diese der Herabsetzungsklage⁸⁰⁶.

c) Eigene Stellungnahme

Anhand der zitierten Literatur ist nicht auszuschließen, dass nach zumindest teilweise vertretener Auffassung auf die Verwirkungsklauseln bereits die Ungültigkeitsklage Anwendung findet, da die Klausel in diesem Fall, d.h. bei bestehender Pflichtteilsverletzung durch die Verfügung von Todes wegen, die Erhebung der Herabsetzungsklage zu verhindern sucht und damit einen rechtswidrigen Zweck verfolgt⁸⁰⁷.

Ist eine pflichtteilsverletzende Hauptverfügung angeordnet, kann und muss der Pflichtteilsberechtigte die Herabsetzungsklage erheben. Wird die (Haupt-) Verfügung von Todes wegen aber mit der Herabsetzungsklage angegriffen, erscheint es

⁸⁰⁴ Basler Kommentar-Staehelin Art. 482 N 36; Uffer-Tobler S. 105.

⁸⁰⁵ Im Ergebnis ebenso Auberson S. 39, die darauf verweist, die Klausel falle – entgegen der Auffassung anderer Autoren – unter den Anwendungsbereich des Art. 522 ZGB. Neuerdings ohne nähere Begründung ebenso auch Berner Kommentar-Weimar Art. 482 N 63.

⁸⁰⁶ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Lorenz S. 107 N 140.

⁸⁰⁷ Siehe hierzu ausführlich oben C. § 11 III. 3.

nur folgerichtig, auch die beigefügte Verwirkungsklausel in diesem Zusammenhang der Herabsetzungsklage zu unterstellen.

Gründe der Rechtssicherheit sprechen dafür, die Klauseln auch dann der Herabsetzungsklage zu unterstellen, wenn die Hauptverfügung keine Pflichtteile verletzt, aber durch die mit der Klausel verbundene Anordnung von Vor- und Nacherbschaft eine Beeinträchtigung des Pflichtteils besteht⁸⁰⁸.

Hervorzuheben ist, dass die Klausel in jedem Fall – gleich, ob man sie der Ungültigkeits- oder der Herabsetzungsklage unterstellt – erst nach erfolgreich erhobener Klage entfällt⁸⁰⁹.

V. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass die Verwirkungsklausel bezüglich des Pflichtteils keine Wirkungen zu entfalten vermag, wenn sie eine pflichtteilsverletzende Verfügung schützen soll⁸¹⁰. Aber auch dann, wenn die Verfügungen des Erblassers keine Pflichtteile verletzen, kann die Verwirkungsklausel nicht auf dem Pflichtteil lasten, da sie ihrerseits selbst eine Belastung darstellt. Sowohl eine angeordnete Belastung (in den diskutierten Fallgestaltungen ist dies regelmäßig die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft) als auch die Verwirkungsklausel sind mit der Herabsetzungsklage angreifbar⁸¹¹. Der den Pflichtteil übersteigende Erbteil bleibt mit der Verwirkungsklausel belastet, so dass bei Erhebung der Herabsetzungsklage dieser „überschießende“ Erbteil verwirkt ist, der Pflichtteilsberechtigten also nur den unbelasteten Pflichtteil erhält⁸¹².

Der Pflichtteilsberechtigte hat es jedoch aufgrund der Systematik des Pflichtteilsrechtes in der Hand, eine Verwirkungsklausel/cautela Socini zu akzeptieren und die Herabsetzungsklage nicht zu erheben, da es einen automatischen Wegfall der Klausel nicht gibt. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Wert des belasteten Erbteils den Wert des Pflichtteils nicht erreicht. Die Klausel bleibt solange

⁸⁰⁸ Einzelheiten zur Argumentation siehe oben C. § 11 IV. 3. b)

⁸⁰⁹ Ausführlich hierzu siehe oben C. § 8 III. 4.

⁸¹⁰ Siehe oben C. § 11 III. und IV. 2.

⁸¹¹ Siehe oben C. § 11 IV. 3.

⁸¹² Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) cc).

bestehen und wird als wirksam betrachtet, bis sie durch die Rechtskraft des Gestaltungsurteils beseitigt wird⁸¹³.

Der eigentliche Sinn der Klausel liegt in einem moralischen Appell an den Pflichtteilserben, die Herabsetzungsklage nicht zu erheben und die angeordnete Belastung zu akzeptieren.

§ 12 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die zwingenden Vorschriften über das Pflichtteilsrecht können unter Mitwirkung des Pflichtteilsberechtigten in einem Erbvertrag im gegenseitigen Einvernehmen abbedungen werden. Insbesondere kann der Pflichtteilsberechtigte in erbvertraglicher Form sowohl auf den Pflichtteil als auch auf die ihm zustehenden Rechtsmittel der Herabsetzungsklage und der Herabsetzungseinrede verzichten.

I. Definition des Erbvertrags

Der Erbvertrag stellt eine zweiseitige Verfügung von Todes wegen mit grundsätzlicher Bindungswirkung für den Erblasser dar⁸¹⁴. Im schweizerischen Recht ist er geregelt in den Artikeln 494 und 512 ZGB. Anwendung können sowohl erb- als auch obligationenrechtliche Normen finden, da der Erbvertrag einen „Zwitter zwischen Erb- und Obligationenrecht“⁸¹⁵ darstellt. Die Vorschriften des ZGB über den Erbvertrag gehen dem Obligationenrecht dabei als *lex specialis* vor.

Am Erbvertrag sind immer mindestens zwei Parteien beteiligt, von denen eine notwendigerweise der Erblasser ist. Hinsichtlich des Abschlusses des Erbvertrages

⁸¹³ Zur Gestaltungswirkung des Herabsetzungsurteils siehe oben C. § 8 III. 3. und 4.

⁸¹⁴ Tuor/Schnyder § 66 N 5, § 70 N 8f.; Basler Kommentar-Breitschmid, vor Art. 467-536 N 20. Die Verfügungen von Todes wegen regeln den Nachlass und sollen ihre Wirksamkeit erst mit dem Erbfall entfalten; als Rechtsgeschäft unter Lebenden ist demgegenüber alles zu qualifizieren, was seine Wirkungen nicht erst im Nachlass einer Person entfalten soll (Druey, Grundriss § 8 N 34; Hausheer, Abgrenzung, 79-99; Riemer, recht 1994, 124/125), bspw. der sogenannte Übergabevertrag / Verpfändungsvertrag im Wege der vorweggenommenen Erbfolge.

⁸¹⁵ Druey, Grundriss § 10 N 5.

müssen ebenso wie im deutschen Recht bestimmte Formvorschriften⁸¹⁶ eingehalten werden. Sofern das Gesetz nicht ausdrücklich von letztwilligen Verfügungen, sondern von Verfügungen von Todes wegen spricht, sind die erbrechtlichen Regelungen auf den Erbvertrag entsprechend anwendbar⁸¹⁷. Der bedeutsamste inhaltliche Unterschied zur testamentarischen Verfügung besteht in der bereits genannten Bindungswirkung, die der Vertrag für den Erblasser entfaltet. Bindenden Charakter besitzen lediglich die vertragsmäßigen Verfügungen. Dies sind die Erbeinsetzung, das Vermächtnis und die Auflage⁸¹⁸. Weitere Verfügungen können zwar in den Erbvertrag aufgenommen werden, werden dann aber als „testamentarische“ Verfügungen gewertet und entfalten keinerlei Bindungswirkung für den Erblasser.

II. Inhalt des Erbvertrages

1. Stellung des nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten

Zunächst besteht die Möglichkeit, dass der als Nachfolger vorgesehene Pflichtteilsberechtigte, der mit einer Verwirkungsklausel belastet wird, sich dieser in einem Erbvertrag unterwirft⁸¹⁹. Denn der Pflichtteilsberechtigte kann einer Verfügung, welche sein Pflichtteilsrecht verletzt, in einem Erbvertrag zustimmen⁸²⁰.

⁸¹⁶ Der Erbvertrag ist gemäß Art. 512 ZGB in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung und im Beisein beider Vertragspartner vor dem Urkundsbeamten schriftlich zu schließen.

⁸¹⁷ Siehe hierzu Basler Kommentar-Breitschmid vor Art. 494-497 N 1; Druey, Grundriss § 10 N 4a.

⁸¹⁸ Druey, Grundriss § 10 N 22.

⁸¹⁹ Zu beachten ist, dass einem Vertragserben, der als Nachfolger vorgesehen, aber nicht pflichtteilsberechtigt ist, eine pflichtteilsähnliche Stellung zugestanden wird; er kann die Herabsetzungsklage analog Art. 522 ff. ZGB erheben (Breitschmid/Künzle S. 15; Piotet SPR IV/1 S. 180.). Auch hier ist auf den ersten Blick daran zu denken, den Vertragserben auf die Herabsetzung verzichten zu lassen. Die Herabsetzungsklage greift in dieser Konstellation aber vorrangig dann, wenn der Erblasser nach Abschluss des Erbvertrages zeitlich nachfolgende und mit dem Vertrag kollidierende Verfügungen von Todes wegen trifft (Piotet SPR IV/1 S. 180.). Da der Pflichtteilsberechtigte erst mit dem Erbvertrag die pflichtteilsähnliche Stellung erhält, diese Stellung von vorneherein aber mit der Verwirkungsklausel belastet ist, ist sein Verzicht auf die Herabsetzungsklage nicht vonnöten. Die weiter ins Auge fallenden Klagen aus Erbverträgen gemäß Art. 534ff. ZGB beziehen sich auf Fallgestaltungen, in denen der Erblasser-Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil bereits zu Lebzeiten auf den Vertragserben übertragen hat. Da im Vordergrund die pflichtteilsrechtliche Relevanz von Verwirkungsklauseln im Zusammenhang mit Verfügungen von Todes wegen steht, bei denen der Gesellschaftsanteil erst im Rahmen des Erbanges übertragen wird, bleiben diese Klagen vorliegend außer Betracht.

⁸²⁰ Breitschmid/Künzle S. 35/36; hierzu später mehr.

Insbesondere kommt ein Verzicht sowohl auf die Herabsetzungsklage als auch die -einrede in Betracht.

Dieser ist nach Teilen der Schweizer Literatur aus konstruktiven Gründen zwar vor dem Erbfall unzulässig⁸²¹, kann aber nach dem Erbfall unproblematisch sowohl ausdrücklich als auch konkludent erklärt werden, ohne dass es hierzu einer besonderen Form bedarf⁸²². Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Herabsetzungsklage vor dem Erbfall wird zum Teil als unzulässig angesehen, da der Herabsetzungsanspruch erst mit dem Erbfall entstehe, so dass auch der Verzicht frühestens dann erklärt werden könne⁸²³.

Nach anderer Auffassung kann ein Verzicht vor dem Erbgang gegenüber dem Erblasser, wenn auch nur in Form eines Erbvertrages, erklärt werden⁸²⁴.

Die Möglichkeit des Verzichtes auf die Herabsetzungsklage bereits im Erbvertrag ergibt sich aus der Rechtsnatur des Erbvertrages. Dieser kann sowohl als positiver als auch als negativer Erbvertrag geschlossen werden⁸²⁵. Insbesondere gewährt Art. 495 ZGB dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit, auf das Pflichtteilsrecht in einem Erbvertrag zu verzichten⁸²⁶. Steht dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit zu, per Erbvertrag auf den gesamten Pflichtteil zu verzichten, muss ihm erst recht zugestanden werden, in eine Pflichtteilsverletzung einzuwilligen und bereits vor dem Erbfall auf eine diesbezügliche Erhebung der Herabsetzungsklage zu verzichten. Der Pflichtteilsberechtigte bedarf des Schutzes der Herabsetzbarkeit ihn verletzender Verfügungen nicht, sofern er diesen Verfügungen in der Form eines Erbvertrages zustimmt. Aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen der weitreichenden Folgen für den Pflichtteilsberechtigten wird jedoch gefordert werden müssen, dass der Verzicht auf die Erhebung der Herabsetzungsklage bezüglich der Verwirkungsklausel ausdrücklich erklärt wird. Die kommentarlose Hinnahme der Verwirkungsklausel im positiven Erbvertrag wird hierfür keinesfalls ausreichen

⁸²¹ Weimar ZBJV 1985, S. 275 Fn 5; Escher, Einleitung zu Art. 522-533 N 7.

⁸²² BGE 108 II 293 unter Verweis auf Escher, Einleitung zu Art. 522-533 N 7 und Berner Kommentar 1952- Tuor, Vorbemerkungen zu Art. 522-533, N 16.

⁸²³ Escher, Einleitung zu Art. 522-533 N 7.

⁸²⁴ Druey, Grundriss § 6 N 13; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Lorenz S. 76 N 90; Piotet SPR IV/1 S. 379.

⁸²⁵ Basler Kommentar – Staehelin vor Art. 494 – 497 N 9.

⁸²⁶ Tuor/Schnyder § 71 N 46f.; Basler Kommentar – Staehelin vor Art. 470 N 15.

können. Dies ergibt sich aus der Schutzfunktion des Formerfordernisses eines Erbvertrages für den Pflichtteilsverzicht. Es soll sichergestellt werden, dass der Pflichtteilsberechtigte „sehenden Auges“ der Pflichtteilsverletzung zustimmt. Kann der Pflichtteilsberechtigte nach zutreffender Ansicht in erbvertraglicher Form auf die Erhebung der Herabsetzungsklage verzichten, muss er auch auf die Erhebung der Herabsetzungseinrede in derselben Form verzichten können.

Betont sei auch, dass der Verzicht – auch der Verzicht auf den Pflichtteil – in Form eines negativen Erbvertrages den Erblasser nicht daran hindert, Verfügungen zugunsten des Verzichtenden zu treffen; häufig geschieht dies sogar in einem einheitlichen Vertrag⁸²⁷.

Selbst wenn der Pflichtteilsberechtigte auf die Erhebung der Herabsetzungsklage verzichtet hat, steht ihm als weiteres Mittel die grundsätzlich jederzeit geltend zu machende Herabsetzungseinrede⁸²⁸ zu. Auf die Herabsetzungseinrede kann durch einseitige formlose Erklärung – auch stillschweigend – verzichtet werden⁸²⁹, so dass auch der Verzicht in einem Erbvertrag möglich sein muss.

Kann der Pflichtteilsberechtigte zu einem derartigen Verzicht in einem kombinierten (sowohl positivem als auch negativem) Erbvertrag gebracht werden, ist die Anordnung einer grundsätzlich pflichtteilsverletzenden Verwirkungsklausel möglich. Kann der Pflichtteilsberechtigte zu einem Verzicht hingegen nicht bewegt werden, verbleibt es dabei, dass diese nach dem Erbfall mit der Herabsetzungsklage angegriffen werden kann.

2. Stellung der nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten

Da der Gesellschaftsanteil häufig einen Großteil des erblasserischen Vermögens darstellen wird, werden regelmäßig die Pflichtteile der nicht nachfolgenden weichen Erben beeinträchtigt sein.

Eine Möglichkeit, die Dispositionsbefugnis des Erblassers zu erhöhen, besteht deshalb darin, die pflichtteilsberechtigten Erben zu Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht

⁸²⁷ Piotet SPR IV/1 S. 184.

⁸²⁸ Basler Kommentar-Forni/Piatti Art. 533 N 4.

⁸²⁹ BGE 108 II 294.

zu bewegen. Folge des Erbverzichtes ist die Erweiterung der verfügbaren Quote⁸³⁰, denn der Verzichtende wird bei der Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben mitgezählt⁸³¹. Nichts anderes kann gelten, wenn der Verzicht bezüglich des Pflichtteils erklärt wird, da dieser einen Bruchteil des Erbteils darstellt. Im Falle des Pflichtteilsverzichtes muss der Verzicht aus systematischen Gründen ebenfalls zu Gunsten der disponiblen Quote wirken. Können die nicht in das Unternehmen nachfolgenden Erben durchgängig zu einem Verzicht bewegt werden, findet der Gesellschaftsanteil möglicherweise innerhalb der verfügbaren Quote Platz. Der nachfolgende pflichtteilsberechtigte Erbe könnte also selbst dann wirksam der Verwirkungsklausel unterworfen werden, wenn er selbst keine entsprechende Verzichtserklärung abgegeben hat. Denn der Erblasser kann innerhalb der verfügbaren Quote die Zuwendung wirksam an eine Bedingung knüpfen.

Auch die nicht nachfolgenden Pflichtteilsberechtigten sollten im Erbvertrag nicht nur in die Pflichtteilsverletzung einwilligen, sondern zusätzlich auf die Erhebung der Herabsetzungsklage und -einrede verzichten. Bezüglich der Formalitäten gelten die obigen Ausführungen entsprechend⁸³².

III. Zwischenergebnis

Es ist ersichtlich, dass der Erblasser im Rahmen eines Erbvertrages weitestgehenden Spielraum hat. Breitschmid/Künzle fassen dies treffend zusammen, indem sie ausführen, „uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit bestehe immerhin bei Abschluss eines Erbvertrages, wo nichts heilig ist, sofern nur der Vertragspartner willensmängelfrei dem Pflichtteilsverzicht zustimmt“⁸³³. Können sämtliche Pflichtteilsberechtigten in den Erbvertrag einbezogen werden, sind der gestalterischen Freiheit und damit auch der Aufnahme von Verwirkungsklauseln keine Grenzen gesetzt. Die rechtlich sicherste Möglichkeit der Nachfolgeregelung bezüglich des Personengesellschaftsanteils stellt daher der Abschluss eines Erbvertrages mit allen Beteiligten dar. Nur durch einen Erbvertrag kann wirksam auf Pflichtteile verzichtet oder in Pflichtteilsverletzungen eingewilligt werden⁸³⁴.

⁸³⁰ Basler Kommentar – Breitschmid Art. 495 N 12.

⁸³¹ Basler Kommentar – Staehelin Art. 470 N 17.

⁸³² Siehe soeben C. § 12 II. 1.

⁸³³ Breitschmid/Künzle S. 35/36.

⁸³⁴ Siehe soeben C. § 12 II. 1.

Problematisch sind derartige Erbverträge allerdings dann, wenn der Erblasser sie in jungen Jahren schließt, da es hier durch Scheidung, erneute Heirat, Geburten etc. zur Entstehung neuer Pflichtteilsrechte kommen kann, die bei Eintritt des Erbfalles berücksichtigt werden müssen. Wie groß die verfügbare Quote wirklich ist, steht abschließend erst beim Tod des Erblassers fest⁸³⁵. Der Personengesellschafter ist daher gehalten, die Rechtslage regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls an eine geänderte Situation unter Einbeziehung aller Beteiligten anzupassen.

§ 13 Weitere Erleichterungen der Unternehmensnachfolge

Um die durch das Pflichtteilsrecht drohenden Gefahren bei der Unternehmensnachfolge zu mildern, wird in der Schweiz in jüngerer Zeit sowohl die Bewertungsmethode hinsichtlich eines Unternehmens als auch die Ausgestaltung des Pflichtteils als Noterbrecht überprüft und nach neuen Lösungsmöglichkeiten gesucht.

I. Bewertung unternehmerischen Vermögens

Die Diskussion um die Bewertungsmethode unternehmerischen Vermögens ist beachtlich, da die zugewendete Erbquote in den Fällen, in denen der Erblasser keine Einsetzung nach Quoten vornimmt, sondern bestimmte Vermögensbestandteile einzelnen Erben zuweist, anhand des Wertes des Gesellschaftsanteils ermittelt werden muss. Ein Unternehmen ist – zunächst unstrittig – immer als Ganzes zu bewerten. Nicht betriebsnotwendige Bestandteile sind auszuscheiden und separat zu bewerten⁸³⁶. Wird bei der Unternehmensbewertung in konsequenter Anwendung der geschilderten erbrechtlichen Prinzipien⁸³⁷ der Verkehrswert zum Zeitpunkt des Todes zugrunde gelegt, kann dies zu unerwünschten Ergebnissen führen.

⁸³⁵ Tuor/Schnyder § 68 N 3.

⁸³⁶ Basler Kommentar-Staehelin Art. 474 N 7 unter Verweis auf BGE 121 III 155.

⁸³⁷ Siehe hierzu oben C. § 11 IV. 1.

Ein Teil der schweizerischen Literatur schlägt daher vor, anstelle des Verkehrswertes in Analogie zum bäuerlichen Bodenrecht den Ertragswert zu Grunde zu legen⁸³⁸.

Das schweizerische Recht kennt mit dem BGBB⁸³⁹ ein Gesetz, das die Vererbung geschlossener Bauerngüter vorsieht. Das Pflichtteilsrecht steht einem geschlossenen Vermögenszusammenhalt über mehrere Generationen hinweg entgegen und führt wegen der grundsätzlichen Gleichbehandlung der Pflichtteilsberechtigten zu einer Vermögenszersplitterung⁸⁴⁰. Diese Zersplitterung, die im Bereich der bäuerlichen Güter unerwünscht ist, kann zum Einen durch eine generelle Ausweitung der Testierfreiheit, zum Anderen durch die gesetzliche Bevorzugung eines einzelnen Erben vermieden werden. Diesen zweiten Weg ist das schweizerische Recht mit den Bestimmungen des BGBB gegangen; das bäuerliche Bodenrecht war zunächst im ZGB in den Artikeln 617-625 enthalten und wurde im Jahr 1991 in das BGBB integriert⁸⁴¹.

Das von Huber entwickelte Sondererbrecht für die Schweiz war ursprünglich keinesfalls auf Bauerngüter beschränkt, sondern erfasste auch Gewerbe und Unternehmen⁸⁴². Aus nicht näher bekannten Gründen wurden in der Folge lediglich die bäuerlichen Güter bevorzugt. Das bäuerliche Erbrecht basiert im Wesentlichen auf drei Grundgedanken:

Zum Einen ist dies die ungeteilte Zuweisung an denjenigen Erben, der den bäuerlichen Betrieb selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint, vgl. Art. 11 BGBB. Zum Zweiten gilt die Bevorzugung nur innerhalb der Familie des Erblassers. Der Erblasser kann gemäß Art. 19 BGBB bei mehreren Nachfolgewilligen und -fähigen durch Verfügung von Todes wegen einen Nachfolger bestimmen. Er kann allerdings nicht zu Lasten von Pflichtteilserben einen „fremden“, d.h. der Familie nicht zugehörigen eingesetzten Erben bevorzugen, vgl. Art. 19 BGBB. Zum Dritten muss sich der übernehmende Erbe in der Erbteilung gemäß Art. 17 BGBB nur den Ertragwert anrechnen lassen. Der Erhalt des geschlossenen bäuerli-

⁸³⁸ Siehe hierzu etwa Eitel, Festschrift Richli S. 120.

⁸³⁹ Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 SR 211.412.11, in Kraft getreten am 1.1.1994.

⁸⁴⁰ Tschäppeler S. 95.

⁸⁴¹ Druey, Grundrissf § 17 N 4,5.

⁸⁴² Druey § 17 N 3 unter Verweis auf Huber, II. Teilentwurf S. 192ff.

chen Gutes wird mit einer Ungleichbehandlung der Nachkommen erkaufte. Tschäppeler verweist insoweit darauf, bezeichnenderweise hätten bereits die kantonalen Rechte vor Erlass des ZGB ausgeprägte Ungleichbehandlungen der Nachkommen gekannt⁸⁴³.

Vor diesem Hintergrund wird vielfach diskutiert, das Sondererbrecht auf wirtschaftlich tätige Unternehmen auszuweiten⁸⁴⁴, zumindest aber bei der Pflichtteilsberechnung den Ertragswert zugrunde zu legen.

Eitel führt hierzu aus, in der betriebswirtschaftlichen und juristischen Literatur, vor allem aber auch in der Praxis des Bundesgerichtes zeichne sich ein Trend weg vom Verkehrswert und hin zum Ertragswert ab⁸⁴⁵. Dies stellt er anhand des Urteils BGE 120 II 259 sowie des Urteils des BG vom 3.4.2001, Az. 4 C 363/2000 ausführlich dar. Eine geänderte Bewertungsmethode im Bereich der Unternehmensnachfolge stellt zwar einen ersten Schritt hin zu einer Entschärfung der pflichtteilsrechtlichen Problemfelder dar, kann aber keinesfalls für sich genommen eine Lösung sein. Dies zeigt sich daran, dass im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgen immer wieder nach der grundsätzlichen Rechtfertigung des Pflichtteilsrechtes gefragt wird.

II. Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts

Wegen der vorhandenen pflichtteilsrechtlichen Probleme, insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgen, wurde und wird in der Schweiz immer wieder diskutiert, ob eine Annäherung der pflichtteilsrechtlichen Regelungen an das deutsche Pflichtteilssystem wünschenswert wäre⁸⁴⁶. Damit steht in der Schweiz das Prinzip des Notherbrechts auf dem Prüfstand. Erörtert wird vor allem, ob ein vermächtnisähnlicher Wertanspruch in paralleler Ausgestaltung zum deutschen Geldpflichtteil zu einer Befriedung zerstrittener Beteiligter bei der Erbteilung füh-

⁸⁴³ Tschäppeler S. 95 unter Verweis auf die Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1. Bd.: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Ausgabe, Bern 1914, 342/9.

⁸⁴⁴ Schaer S. 137; Tschäppeler S. 96.

⁸⁴⁵ Eitel, KMu S. 51.

⁸⁴⁶ so etwa Basler Kommentar-Breitschmid vor Art. 467-536 N 10; Schaer, S. 134 ff.

ren kann und ob ein derartiger schuldrechtlicher Geldanspruch dem „aktuellen und geänderten Pflichtteilsverständnis ebenfalls genügen“ würde⁸⁴⁷.

Wolf sieht vor diesem Hintergrund – auch nach einer rechtsvergleichenden Betrachtung in einem aktuellen Aufsatz – keinen Reformbedarf hinsichtlich des im ZGB verankerten Verwandtenerbrechts; die im Erbrecht am häufigsten diskutierte Frage sei, ob das Pflichtteilsrecht „abgeschafft oder wenigstens relativiert“ werden sollte⁸⁴⁸. Eine vollständige Abschaffung des Pflichtteilsrechts lehnt er unter Hinweis auf die feste Verankerung der bestehenden Regelungen in der breiten Bevölkerung ab und stellt die „stabilitätsstiftende Funktion des Pflichtteilsrechtes und damit seine Bedeutung für die Erhaltung des Rechtsfriedens innerhalb der Familie“ in den Vordergrund⁸⁴⁹.

Einer Öffnung und Reformierung der konkreten Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts steht er aufgeschlossen gegenüber. Die diskutierten Vorschläge für eine Flexibilisierung des Pflichtteilsrechtes sehen allerdings keine Änderung an der Struktur des Pflichtteilsrechtes als materielles Noterbrecht vor, sondern betreffen lediglich die Größe und Verteilung der Pflichtteilsquote unter den pflichtteilsberechtigten Erben.

Auch Eitel möchte wegen der grundsätzlichen Akzeptanz des Pflichtteilsrechtes in der Gesellschaft an den Grundpfeilern des Pflichtteilsrechts festhalten und lässt in der Diskussion die Option der gänzlichen Abschaffung des Pflichtteilsrechtes außer Betracht⁸⁵⁰. Er versucht vielmehr, durch maßvolle Modifizierungsvorschläge die Problematik des Pflichtteilsrechtes zu entschärfen. Die pauschale Reduzierung der Pflichtteilsquoten wird zwar angesprochen, aber wegen „mangelnder Originalität und Lösung spezifisch unternehmerischer Nachfolgeprobleme“ sogleich verworfen. Im Wesentlichen konzentriert sich Eitel auf zwei Lösungsansätze:

Zum einen befürwortet er die Einführung von Zahlungsfristen von mehreren Jahren für die Abgeltung der erbrechtlichen Ansprüche von Nichtnachfolgern und ergänzend die Einräumung von Ratenzahlungen; zum anderen schlägt er eine Regelung vor, die an die spanische „mejora“ angelehnt ist⁸⁵¹. Im spanischen

⁸⁴⁷ Basler Kommentar-Breitschmid Vor Art. 467-536 N 10; Schaer, S. 134 ff.

⁸⁴⁸ Wolf, ZBJV 2007, 311 unter Verweis auf Schaer u.a.

⁸⁴⁹ Wolf, ZBJV 2007, 312.

⁸⁵⁰ Eitel, KMU S. 71.

gelung vor, die an die spanische „mejora“ angelehnt ist⁸⁵¹. Im spanischen Erbrecht stehen den Nachkommen grundsätzlich zwei Drittel des Nachlasses zu. Hiervon ist nur ein Drittel unter den Nachkommen gleichmäßig zu verteilen, wohingegen das zweite Drittel unter den Nachkommen ungleich verteilt und auch nur einem einzigen Nachkommen allein zugewiesen werden darf.

Die Einführung einer „mejora“ wird auch von Breitschmid⁸⁵² und Wolf⁸⁵³ positiv diskutiert und gegebenenfalls für mehrheitsfähig gehalten.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass zwar auch das schweizerische Erbrecht in seiner jetzigen Ausgestaltung nicht kritiklos hingenommen wird. Eine Lockerung des Pflichtteilsrechtes mit einer Entwicklung hin zu einem rein schuldrechtlichen Zahlungsanspruch, wie ihn das deutsche Recht vorsieht, dürfte vor dem Hintergrund der in der Schweiz geführten rechtspolitischen Diskussionen aber weder gewünscht, noch mehrheitsfähig sein. Die Literatur neigt eher einer Flexibilisierung zu, die durch eine Umstrukturierung des Pflichtteilsrechtes im Sinne einer „mejora“ herbeigeführt werden soll.

§ 14 Zwischenergebnis

I. Qualifizierte Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht

Zu pflichtteilsrechtlichen Problemen mit qualifizierten Nachfolgeklauseln kann es in der Schweiz immer dann kommen, wenn der Gesellschaftsanteil die verfügbare Quote übersteigt und hierdurch die Ansprüche der weichenden Erben auf Mindestteilhabe verletzt werden. Gelöst werden diese Probleme, indem den nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten im Rahmen der Erbauseinandersetzung Ausgleichsansprüche gegenüber dem Gesellschaftsnachfolger zugestanden werden, sofern der Gesellschaftsanteil die ihm zustehende Erbquote übersteigt⁸⁵⁴. Kann der Nachfolger die Ausgleichsansprüche nicht bedienen, ist eine Zuweisung des Gesellschaftsanteils durch Teilungsvorschrift für die Erben nicht (mehr) bindend.

⁸⁵¹ Eitel, KMU S. 82, 84.

⁸⁵² Breitschmid, Symposium S. 116 ff.

⁸⁵³ Wolf ZBJV 2007, 313.

⁸⁵⁴ Einzelheiten hierzu siehe oben C. § 10.

II. Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht

Eine Differenzierung, wie sie das deutsche Recht in § 2306 Abs. 1 BGB a.F. vorsah, existiert im schweizerischen Recht nicht. Ein ähnliches Ergebnis wird durch die Formulierung „im Umfang des Pflichtteils ungültig“ in Art. 531 ZGB bewirkt⁸⁵⁵. Die Vorschrift bestimmt – ebenso wie Art. 522 ZGB – jedoch nur, dass der Pflichtteil dem Pflichtteilsberechtigten ungeschmälert zukommen muss. Über darüber hinausgehende Zuwendungen, die in den Bereich der disponiblen Quote fallen, kann der Erblasser frei verfügen.

Der Erblasser kann in der Schweiz innerhalb des Pflichtteils der Noterben weder eine Verwirkungsklausel noch eine cautela Socini wirksam anordnen⁸⁵⁶. Diese können sich nur auf die disponible Quote beziehen und können, soweit sie auf dem Pflichtteil lasten bzw. die Herabsetzungsklage wegen einer tatsächlich feststehenden Pflichtteilsverletzung zu verhindern suchen, nach teilweise vertretener Ansicht mit der Ungültigkeitsklage, jedenfalls aber mit der Herabsetzungsklage angegriffen werden⁸⁵⁷.

Bezüglich des disponiblen Teils kann die Verwirkungsklausel nach zum Teil vertretener Auffassung auch dann wirksam angeordnet werden, wenn sie die Erhebung der Herabsetzungsklage durch den Berechtigten zu verhindern sucht. In der Fallkonstellation, in welcher dem Berechtigten ein Erbteil zugewandt wird, der den Pflichtteil übersteigt, kann nach der herrschenden Meinung im schweizerischen Recht eine Verwirkungsklausel, die insofern ähnliche Rechtsfolgen wie eine Wahlklausel bewirkt, angeordnet werden⁸⁵⁸.

Ein automatischer Wegfall der Verwirkungsklausel findet im schweizerischen Recht nicht statt; vielmehr muss der in seinem Pflichtteil Verletzte in jedem Fall fristgemäß die Herabsetzungsklage erheben. Erhebt er diese nicht, bleiben sämtliche Arten der Klausel selbst dann bestehen und werden als wirksam behandelt, wenn sie gegen Pflichtteilsrechte oder andere erbrechtliche Vorschriften verstoßen⁸⁵⁹. Die praktische Bedeutung und Tragweite der Klausel ist hauptsächlich auf moralischer Ebene und in all jenen Fällen, in denen über die disponible Quote ver-

⁸⁵⁵ Siehe oben C. § 11 IV. 2.

⁸⁵⁶ Siehe oben C. § 11 IV. 2. a) ff)

⁸⁵⁷ Siehe oben C. § 11 IV. 3.

⁸⁵⁸ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) bb) (1).

⁸⁵⁹ Ausführlich hierzu siehe oben C. § 8 III. 3. und 4. sowie C. § 11 V.

fügt wird, zu sehen. Der Verwirkungsklausel kommt – wie Breitschmid zutreffend ausführt – nur eine begrenzte Bedeutung und „recht geringe Wirksamkeit“ zu⁸⁶⁰. Die Klausel besitzt hauptsächlich Abschreckungswirkung.

Eine Aufnahme der Klausel in einen Erbvertrag kann zur Wirksamkeit der Klausel auch innerhalb der Pflichtteilsquote führen, wenn der Pflichtteilsberechtigte sich der Klausel ausdrücklich unterworfen und diesbezüglich auf die Erhebung der Herabsetzungsklage und der –einrede verzichtet hat⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Breitschmid, Testament und Erbvertrag S. 112.

⁸⁶¹ Siehe oben C. § 12.

D. RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG

Es hat sich gezeigt, dass manche der deutschen Probleme in der Schweiz in tatsächlicher Hinsicht ebenfalls existieren, dort aber rechtlich anders behandelt werden, beispielsweise bei der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen, wenn durch die Nachfolge eines eingesetzten Erben die Pflichtteile der weichenden Erben verletzt werden⁸⁶². Dafür existieren im schweizerischen Erbrecht andere Probleme, die das deutsche Recht nicht kennt, beispielsweise die Aufspaltung des Gesellschaftsanteils, wenn der Pflichtteilsberechtigte bezüglich der Pflichtteilsquote Noterbe bleibt, bezüglich des disponiblen Teils des ihm zugewandten Erbteils aber wegen Verstoßes gegen eine Verwirkungsklausel seine Erbenstellung verliert⁸⁶³. Im Folgenden werden die dogmatischen Unterschiede rechtsvergleichend dargestellt werden. Sofern das schweizerische Recht bei einzelnen Problempunkten eine praktikablere Lösung als das deutsche Recht bietet, wird sodann die Übertragbarkeit in das deutsche Recht untersucht werden. Abschließend wird im Rahmen einer Gesamtbetrachtung eruiert, ob und welches der beiden Rechtssysteme im vorliegenden Zusammenhang dem Erblasser bessere Mittel und Wege der Sicherung der Unternehmensnachfolge bietet.

§ 15 Erbrechtliche Grundlagen

Sowohl das deutsche als auch das schweizerische Erbrecht basieren auf dem Grundsatz der Universalsukzession⁸⁶⁴.

I. Pflichtteilsrecht

Große dogmatische Unterschiede zwischen beiden Rechtssystemen bestehen im Pflichtteilsrecht. Beide Rechtsordnungen sprechen zwar vom „Pflichtteil“ der nächsten Angehörigen, die hiermit verbundenen Rechte der

⁸⁶² Siehe oben B. § 3 und C. § 10.

⁸⁶³ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b).

⁸⁶⁴ Für Deutschland siehe oben B. § 1 I. und für die Schweiz C. § 8 I.

nächsten Angehörigen des Erblassers sind jedoch in der inhaltlichen Ausgestaltung grundverschieden.

1. Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts

Im schweizerischen Recht ist die Mindestteilhabe als materielles Noterbrecht ausgestaltet, d.h. der Berechtigte hat grundsätzlich Anspruch auf die Einsetzung als Erbe⁸⁶⁵. Das eidgenössische Recht ist damit dem Gedanken der Familiengebundenheit des Erblasser-Vermögens verhaftet. Der Pflichtteilsberechtigte kann seinen materiellen Anspruch aber nur dann formell mit der Herabsetzungsklage geltend machen, wenn er nicht „dem Wert“ nach seinen Pflichtteil erhalten hat. Der Grundsatz des rein materiellen Noterbrechts ist hierdurch durchbrochen⁸⁶⁶.

Demgegenüber spricht das deutsche Pflichtteilsrecht dem Berechtigten einen reinen Zahlungsanspruch gegenüber den Erben in Höhe der Pflichtteilsquote zu⁸⁶⁷. Im Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. wird jedoch – eigentlich systemwidrig – der zugewendete Erbteil des Pflichtteilsberechtigten geschützt, indem angeordnete Beschränkungen und Beschwerungen von Gesetzes wegen entfallen⁸⁶⁸. § 2306 Abs. 1 BGB n.F. stellt demgegenüber den Geldpflichtteil in den Mittelpunkt und gibt den automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen auf.

Im praktischen Ergebnis können daher bei beiden Rechtssystemen ähnliche Fallkonstellationen vorliegen. Insbesondere kann der schweizerische Erblasser die Noterbenstellung des Pflichtteilsberechtigten verhindern, indem er diesem dem Wert nach den Pflichtteil anderweitig zukommen lässt. Demgegenüber wird in Deutschland – trotz genereller Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts als Zahlungsanspruch – unter der Geltung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. die Erbenstellung des Pflichtteilsberechtigten geschützt und gegebenenfalls aufgestockt durch die schuldrechtlichen Zahlungsansprüche des Pflichtteilsergänzungsanspruchs⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ Siehe oben C. § 8 II. 4. bb).

⁸⁶⁶ Einzelheiten hierzu siehe oben C. § 8 II. 4. und C. § 8 IV.

⁸⁶⁷ Siehe oben B. § 1 II. 4.

⁸⁶⁸ Siehe oben B. § 1 II. 7. und B. § 4 IV. 1.

⁸⁶⁹ Siehe oben B. § 1 II. 7. a).

In der Schweiz kann der Erblasser die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Berechtigten vermeiden, indem er diesen ein Vermächtnis zuwendet, das wertmäßig dem Pflichtteil entspricht. Der Pflichtteilsberechtigte kann in diesen Fällen gemäß § 522 ZGB nicht die Herabsetzungsklage erheben. Schlägt der Berechtigte das Vermächtnis aus, geht er nach der herrschenden Ansicht jeden Erwerbs aus der Erbschaft verlustig⁸⁷⁰. Demgegenüber kann der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten in Deutschland zwar anstelle des Pflichtteils ein Vermächtnis zukommen lassen. Allerdings muss sich der Betroffene hiermit nicht zufriedengeben, sondern kann – nach neuer Rechtslage unabhängig von Größe und Wert des zugewendeten Vermächtnisses – dieses ausschlagen und gemäß § 2307 Abs. 1 BGB den Pflichtteil verlangen⁸⁷¹.

2. Voraussetzungen und Höhe des Pflichtteilsanspruchs

In beiden Ländern können Pflichtteilsansprüche nur dann geltend gemacht werden, wenn der Berechtigte entweder komplett übergangen oder mit einer zu geringen Quote bedacht wurde. Während in Deutschland die Pflichtteilsquote in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils besteht⁸⁷², beträgt der Pflichtteil der Nachkommen in der Schweiz drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs⁸⁷³. Der Erblasser in der Schweiz ist somit allein durch die Höhe der Pflichtteilsansprüche stärker eingeschränkt als in Deutschland.

II. Durchsetzung der Mindestteilhaberechte

Die Durchsetzung der Rechte der nächsten Angehörigen aufgrund von Pflichtteilsverletzungen durch letztwillige Verfügungen des Erblassers erfolgt in der Schweiz und Deutschland unterschiedlich.

In der Schweiz fallen Belastungen nur nach aktivem Handeln (Herabsetzungsklage und Gestaltungswirkung des Urteils) weg. In Deutschland entfallen unter dem Geltungsbereich von § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. die Beschränkungen und Beschwerden ex lege, unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

⁸⁷⁰ Einzelheiten zu diesem Themenkomplex siehe oben C. § 8 IV.

⁸⁷¹ Siehe oben B. § 1 II. 8.

⁸⁷² Siehe oben B. § 1 II. 5.

⁸⁷³ Siehe oben C. § 8 II. 5.

(= § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.) ist eine aktive Ausschlagung durch den Berechtigten erforderlich⁸⁷⁴.

Mit der erfolgreichen Herabsetzungsklage erreicht der Pflichtteilsberechtigte in der Schweiz seine Einsetzung als Erbe in Höhe seiner Pflichtteilsquote und partizipiert damit – gegebenenfalls als Teil einer Erbengemeinschaft – mit dinglicher Wirkung am Nachlass⁸⁷⁵. In Deutschland erhält der Pflichtteilsberechtigte nach erfolgreicher Stufenklage einen vollstreckbaren Zahlungstitel in Höhe seines Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem bzw. den Erben, hat jedoch keinerlei dingliche Berechtigung am Nachlass⁸⁷⁶. In beiden Ländern erhält der Pflichtteilsberechtigte seine Ansprüche somit nicht automatisch, sondern erst nach einem aktiven Tätigwerden. Lediglich im Anwendungsbereich des § 2306 Abs.1 S.1 BGB a.F. entfallen Belastungen automatisch; bleibt der zugewiesene Erbteil allerdings hinter dem Pflichtteil zurück, muss der Berechtigte auch in dieser Konstellation aktiv tätig werden, um über die Ergänzungsansprüche des § 2305 BGB den vollen Pflichtteil zu erhalten.

III. Zwischenergebnis

Gravierende Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen bestehen im Pflichtteilsrecht, das in der Schweiz als materielles Noterbrecht ausgestaltet ist⁸⁷⁷ und in Deutschland als schuldrechtlicher Geldanspruch⁸⁷⁸.

In Deutschland entfallen unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. angeordnete Belastungen automatisch, in allen anderen Fällen muss der Berechtigte zur Sicherung seiner Ansprüche aktiv werden⁸⁷⁹. In der Schweiz muss der Berechtigte demgegenüber immer tätig werden, um sich von einer pflichtteilsverletzenden Belastung zu befreien⁸⁸⁰.

⁸⁷⁴ Zu § 2306 Abs. 1 BGB a.F. siehe oben B. § 1 II. 7. a) und zur Neufassung der Vorschrift oben B. § 1 II. 7. b).

⁸⁷⁵ Siehe oben C. § 8 II. 4. c) sowie C. § 8 III. 3. und 4.

⁸⁷⁶ Siehe oben B. § 1 II. 4 sowie B. § 1 II. 9.

⁸⁷⁷ Siehe oben C. § 8 II. 4.

⁸⁷⁸ Siehe oben B. § 1 II. 4.

⁸⁷⁹ Siehe oben B. § 1 II. 7.

⁸⁸⁰ Siehe oben C. § 8 III., IV. und V.

§ 16 Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sowohl in der Schweiz als auch in der Bundesrepublik die gesellschaftsrechtlichen Normen und Grundgedanken der Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaftsformen sehr nah beieinander liegen. Hauptunterschied bei der Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften ist das konsequente Festhalten der eidgenössischen Lehre am Grundsatz der Universalsukzession im Gegensatz zur Durchführung der Sondererbfolge bei Personengesellschaftsanteilen in Deutschland.. Nach der schweizerischen Dogmatik geht die Mitgliedschaft bei vorhandener gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklausel zunächst ungeteilt auf die Erbengemeinschaft über und wird dem nachfolgeberechtigten Erben erst im Zuge der Erbteilung zugewiesen⁸⁸¹. Die Ablehnung einer Sondererbfolge im schweizerischen Rechtsraum ist durch rechtlich abweichende Konstruktionen von der deutschen Rechtslage, insbesondere im erb- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsgefüge, begründet.

Während in der Schweiz das Prinzip der persönlichen Haftung der Erben mit deren Eigenvermögen strikt eingehalten wird und eine Beschränkung der Erbenhaftung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt⁸⁸², kann der Erbe in Deutschland eine Beschränkung seiner ebenfalls grundsätzlich persönlichen Haftung mit dem eigenen Vermögen⁸⁸³ relativ einfach auf eine Haftung allein mit dem Nachlass beschränken⁸⁸⁴. Das deutsche Recht gesteht dem Erben also deutlich weitergehende Möglichkeiten der Beschränkung seiner Haftung zu als das schweizerische Recht.

Weiter kann der in die Gesellschaft nachfolgende Erbe sich je nach Gesellschaftsform in Deutschland – beispielsweise bei der Nachfolge als persönlich haftender Gesellschafter in eine OHG oder KG – nach herrschender Auffassung zwar nicht auf eine erbrechtliche Beschränkbarkeit der Haftung berufen, er kann jedoch gesellschaftsrechtlich die Rechte aus § 139 Abs. 3 HGB ausüben und die Umwand-

⁸⁸¹ Siehe oben C. § 9. III.

⁸⁸² Siehe hierzu oben C. § 9 III. 2. sowie Tuor/Schnyder S. 544.

⁸⁸³ Damrau/Gottwald § 1967 Rn 1.

⁸⁸⁴ Damrau/Gottwald Vorbem. zu §§ 1967 bis 2017 Rn 4ff., Rn 6. Siehe hierzu im Einzelnen oben B. § 2 III. 2.

lung seiner Stellung in die eines beschränkt haftenden Kommanditisten verlangen⁸⁸⁵. Eine dem § 139 HGB vergleichbare Regelung kennt das schweizerische Recht nicht. Ähnliche Ergebnisse wie im Rahmen des § 139 HGB werden in der Schweiz allenfalls durch gesellschaftsvertragliche Konversionsklauseln erreicht; ein Abweichen vom Grundsatz der Universalsukzession aus diesen Gründen wird jedoch abgelehnt⁸⁸⁶.

Wegen der geschilderten prinzipiellen Unterschiede kann die schweizerische Lösung – das konsequente Festhalten an der Universalsukzession und Vermeidung einer Sondererbfolge – nicht in das deutsche Recht übertragen werden. Nachdem der bald Jahrzehnte währende Streit über den erbrechtlichen Erwerb des Nachfolgers im Wege der Sondererbfolge durch die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung beigelegt⁸⁸⁷ und zudem geklärt ist, dass die Erbengemeinschaft weder partei- noch rechtsfähig ist⁸⁸⁸, sollte hieran ohne zwingende Notwendigkeit nicht mehr gerüttelt werden. Das schweizerische Recht geht aufgrund anderer haftungsrechtlicher Prinzipien bewusst einen anderen Weg als das deutsche.

§ 17 Nachfolgeklauseln und Pflichtteilsrecht

Die pflichtteilsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit qualifizierten Nachfolgeklauseln sind in Deutschland und der Schweiz dogmatisch unterschiedlich begründet. In Deutschland beruhen die Probleme vorwiegend auf der rechtlichen Einordnung der qualifizierten Nachfolgeklausel als dinglich wirkende Teilungsanordnung und damit einhergehender Sondererbfolge des Nachfolgers bezüglich des Personengesellschaftsanteils⁸⁸⁹. In der Schweiz führen die qualifizierten Nachfolgeklauseln nicht zu einer Sondererbfolge. Eine Kollision der (qualifizierten) Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag mit dem Pflichtteilsrecht tritt in der Form, wie sie in Deutschland diskutiert wird, systembedingt in der Schweiz nicht auf. Al-

⁸⁸⁵ Siehe hierzu oben B. § 2 III. 2.

⁸⁸⁶ Hausheer, Erbrechtliche Probleme S. 149.; siehe bereits oben C. § 9 III. 2.

⁸⁸⁷ Siehe etwa BGHZ 22,186,192; 68,225,237; 98,48,50; 108,187,192.

⁸⁸⁸ BGH RPfleger 2007, 75.

⁸⁸⁹ Einzelheiten hierzu siehe oben B. § 3 I.

lerdings bestehen dort hauptsächlich dann pflichtteilsrechtliche Probleme, wenn der Gesellschaftsanteil die disponible Quote übersteigt und hierdurch pflichtteilsberechtigte Erben in ihren Ansprüchen auf Mindestteilhabe am erblasserischen Vermögen verletzt werden⁸⁹⁰.

In beiden Ländern bestehen Ausgleichspflichten des Nachfolgers, wenn dieser (ohne entsprechende begünstigende Anordnung des Erblassers, bspw. durch Vorausvermächtnis) mehr erhält, als ihm nach dem gesetzlichen Erbrecht zusteht und andere, nicht nachfolgende Berechtigte in ihrem jeweiligen Anspruch auf Mindestteilhabe verletzt werden.

Während in Deutschland über die Anspruchsgrundlagen für einen derartigen Ausgleich rege diskutiert wird und neben erbrechtlichen Vorschriften insbesondere auch gesellschaftsrechtliche Normen in analoger Anwendung herangezogen werden⁸⁹¹, ergibt sich in der Schweiz der Ausgleichsanspruch aus Art. 608 Abs. 2 ZGB und damit direkt aus dem Gesetz, sofern der Gesellschaftsanteil dem Nachfolger durch Erbeinsetzung und Teilungsvorschrift zugewiesen wurde⁸⁹².

In beiden Ländern wird also das Bedürfnis gesehen, den Gesellschaftsanteil auf lediglich einen geeigneten Nachfolger zu übertragen, ohne dass jedoch die weichenden Pflichtteilsberechtigten hierdurch wirtschaftliche Nachteile erleiden sollen. Auch wenn die dogmatischen Probleme unterschiedlicher Natur sind, ist die Problematik auf tatsächlicher Ebene vergleichbar. Im Ergebnis schützen beide Rechtssysteme die nicht nachfolgenden weichenden Pflichtteilsberechtigten durch Ausgleichsansprüche gegenüber dem Gesellschaftsnachfolger vor wirtschaftlichen Nachteilen.

§ 18 Verwirkungsklauseln und Pflichtteilsrecht

Sowohl in Deutschland als auch der Schweiz versucht der Erblasser, mithilfe von Verwirkungsklauseln die Durchsetzung seiner Anordnungen sicherzustellen. In der

⁸⁹⁰ Siehe oben C. § 10.

⁸⁹¹ Siehe oben B. § 3 III. 2. b).

⁸⁹² Siehe oben C. § 10 III.

Schweiz werden in der Regel die „klassischen“ Verwirkungsklauseln diskutiert. Eine differenzierte Betrachtung, auch in Bezug auf eine „ursprüngliche“ cautela Socini, wie sie in Deutschland stattfindet, existiert in der Schweiz nicht. Die Rechtslage hinsichtlich der Möglichkeiten der Aufnahme und konkreten Ausgestaltung von Verwirkungsklauseln stellt sich in beiden Rechtsgebieten im Wesentlichen ähnlich dar. Insbesondere die Rechtsfolgen und Auswirkungen der Strafklauseln – Gleichstellung des unter einer Strafklausel Bedachten mit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft – sind weitgehend vergleichbar geregelt⁸⁹³.

I. Direkter Zwang durch Verwirkungsklauseln

Konfliktträchtig sind die Fallgestaltungen, in denen der Erblasser einseitig eine Verwirkungsklausel oder cautela Socini in seine letztwillige Verfügung aufnimmt und hierdurch Pflichtteile der Berechtigten betroffen sind.

1. Vergleichbarkeit der Ausgestaltung der Klauseln

Straf- und Verwirkungsklauseln werden sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland regelmäßig als auflösende Potestativbedingungen beurteilt, die zu Vor- und Nacherbschaft führen⁸⁹⁴. Entgegen der Rechtsprechung und Literatur in der Schweiz geht die deutsche Literatur dabei in jüngerer Zeit verstärkt auf die unterschiedlichen Ausprägungen der Klauseln ein. Differenziert wird dabei vorrangig zwischen dem Typus der (einfachen und besonderen) Verwirkungsklausel und der cautela Socini in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung als Wahlklausel⁸⁹⁵. Im Ergebnis ist den Klauseln aber sowohl im schweizerischen Recht als auch im deutschen Recht die Einordnung der cautela Socini als Unterfall der Verwirkungsklauseln gemein. Denn im Ergebnis läuft auch die cautela Socini auf eine bedingte Erbeinsetzung hinaus⁸⁹⁶.

⁸⁹³ Siehe oben B. § 4 II. für Deutschland und C. § 11 II. für die Schweiz.

⁸⁹⁴ Für Deutschland an Stelle vieler etwa MünchKomm-Leipold § 2074 Rn 44; Bamberger/Roth § 2306 Rn 19; Staudinger-Otte § 2074 Rn 22; Scherer/Stahl MAH Erbrecht § 15 Rn 31. Für die Schweiz etwa Basler Kommentar - Staehelin Art. 482 ZGB N 10; Escher Art. 482 N 7; Berner Kommentar 1952- Tuor Art. 482 N 37.

⁸⁹⁵ Siehe oben B. § 4 I.

⁸⁹⁶ Siehe oben insbesondere B. § 4 IV. 1. b) und B. § 4 IV. 2. e) bb) sowie C. § 11 IV. 2. a) dd) und C. § 11 IV. 2. b) cc).

Die Einstufung als auflösende Bedingung auch der cautela Socini lässt sich dabei von der klassischen Klausel des römischen Rechts ableiten. Der Pflichtteilsberechtigte wurde bei dieser zunächst Erbe in Höhe des ihm zugewiesenen Erbteils, verlor den Anspruch auf den die legitima übersteigenden Erbteil jedoch, wenn er die legitima geltend machte⁸⁹⁷. Somit entspricht die Klausel am ehesten einer auflösend bedingten Erbeinsetzung. Insoweit liegt ein Gleichklang der schweizerischen und der deutschen Rechtslage vor.

2. Generelle Zulässigkeit der Klauseln

Beide Rechtssysteme gehen weiter von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Klauseln aus, ohne dass diese im Gesetz explizit verankert wären. Im schweizerischen Teil wurde der Frage nach der Rechtswidrigkeit/ Ungültigkeit im Sinne des Art. 519 ZGB allein deshalb ausführlich nachgegangen, weil das schweizerische System die Verfügungen von Todes wegen einer dreistufigen Prüfung unterzieht (zunächst wird die Nichtigkeit der Verfügung überprüft, sodann die Ungültigkeit und erst an dritter Stelle die pflichtteilsrechtliche Herabsetzbarkeit)⁸⁹⁸. Die Bejahung eines vorrangigen rechtlichen Fehlers führt dabei zur Unanwendbarkeit der nachfolgenden Prüfungsschritte. Ist die Verfügung bereits ungültig, scheidet die Herabsetzung aufgrund einer Pflichtteilsverletzung durch die Klauseln daher aus. Nach teilweise vertretener Auffassung in der Schweiz sind die Klauseln bereits ungültig, so dass sich eine Prüfung von eventuellen Pflichtteilsverletzungen durch die Klausel erübrigt⁸⁹⁹. Nach überwiegender Auffassung sind die Klauseln nicht ungültig, sondern an den Maßstäben des Pflichtteilsrechts zu messen⁹⁰⁰.

Im deutschen Recht erfolgt die Behandlung der Verwirkungsklauseln und auch der cautela Socini vorrangig im Rahmen des § 2306 BGB und somit im Rahmen pflichtteilsrechtlicher Zusammenhänge, so dass dieser Themenkomplex im Vordergrund des Rechtsvergleichs steht.

⁸⁹⁷ Siehe oben B. § 4 I. 2. a).

⁸⁹⁸ Siehe oben C. § 8 III.

⁸⁹⁹ Siehe oben C. § 11 III.

⁹⁰⁰ Siehe oben C. § 11 IV.

3. Zulässigkeit gegenüber Pflichtteilsberechtigten

Die Auswirkungen und Rechtsfolgen einer Verwirkungsklausel und einer cautela Socini gestalten sich sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland unterschiedlich, je nachdem ob dem Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer oder gleich großer Erbteil wie der Pflichtteil einerseits oder ein die Pflichtteilsquote übersteigender Erbteil andererseits zugewiesen wurde.

a) Gesetzliche Regelungen zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten

Eine dem § 2306 BGB zwar nicht entsprechende, aber in dieselbe Richtung zielende Vorschrift existiert mit Art. 531 ZGB, nach dem eine angeordnete Vor- und Nacherbschaft in Höhe des Pflichtteils ungültig ist⁹⁰¹. Dies führt in der Schweiz zu einer deutlich komplizierteren und unpraktikableren Lösung als das deutsche Recht. Während im deutschen Recht bislang explizit zwischen den Varianten „zugewendeter Erbteil ist kleiner bzw. gleich“ und „zugewendeter Erbteil ist größer als der Pflichtteil“ unterschieden wurde, existiert diese Unterscheidung im schweizerischen Recht im konkreten Gesetzestext nicht. Vielmehr heißt es in der dortigen Regelung des Art. 531 ZGB, die angeordnete Vor- und Nacherbschaft sei „im Umfange des Pflichtteils ungültig“. Differenzierungen wie im deutschen Recht werden erst durch die einschlägigen Kommentare und Literatur vorgenommen. Die unterschiedlichen Auswirkungen der Vorschriften je nach Größe des zugewendeten Erbteils werden im Folgenden für die einzelnen Fallkonstellationen dargestellt.

b) Berechnung des Pflichtteils und der erblasserischen Zuwendung

Es zeigt sich, dass das schweizerische Recht in einem entscheidenden Punkt Vorteile gegenüber dem deutschen Recht aufweist.

Die im deutschen Recht problematische Abgrenzung zwischen den verschiedenen Varianten des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen – zugewendeter Erbteil ist kleiner bzw. gleich oder größer als der Pflichtteil – mit Hilfe der Quoten- bzw. Werttheorie⁹⁰² stellt sich im schweizerischen Recht in dieser Schärfe nicht. In der Schweiz muss der Pflichtteilsberechtigte, der in seinem

⁹⁰¹ Zu Art. 531 ZGB siehe oben C. § 11 IV. 2.

⁹⁰² Siehe oben B. § 4 IV. 1. a).

Pflichtteil verletzt wurde, immer aktiv werden und zur Wahrung seiner Rechte die Herabsetzungsklage erheben⁹⁰³. Der schweizerische Pflichtteilsberechtigte muss auch nicht innerhalb einer kurz bemessenen Ausschlagungsfrist das Erbe ausschlagen, um an den Pflichtteil zu gelangen. Im Gegenteil hätte die Ausschlagung das gravierende Ergebnis, dass er die Herabsetzungsklage mit dem Ziel der Einsetzung als Erbe in Höhe seiner Pflichtteilsquote nicht mehr erheben könnte. Damit könnte er in keiner Weise mehr am Nachlass teilhaben, da den Anspruch auf den Pflichtteil nur derjenige besitzt, der die Erbschaft antritt und nicht ausschlägt⁹⁰⁴.

Das deutsche BGB, das grundsätzlich ebenfalls dem Prinzip folgt, dem Ausschlagenden keinen Pflichtteilsanspruch zuzugestehen, sah mit § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. eine Ausnahme vor⁹⁰⁵. Der Berechtigte kann hier die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Demgegenüber muss der schweizerische Pflichtteilsberechtigte in dieser Situation ebenfalls auf Einsetzung als Erbe in die unbelastete Pflichtteilsquote klagen, während der „überschießende“ Teil belastet bleibt⁹⁰⁶.

Die im deutschen Recht im Detail für die Altfälle nach wie vor vorhandene Abgrenzungsproblematik sowie die umstrittene Anwendung der Quoten- bzw. Werttheorie ist im schweizerischen Recht durch die Notwendigkeit der Erhebung der Herabsetzungsklage zur Erlangung des unbelasteten Pflichtteils unabhängig von der Höhe des zugewendeten Erbteils vermieden worden.

Für Erbfälle seit dem 1.1.2010 ist auch in Deutschland insoweit Entspannung eingetreten, als nach § 2306 Abs. 1 BGB n.F. hinsichtlich der Rechtsfolgen ebenfalls nicht mehr danach differenziert wird, wie groß die dem Pflichtteilsberechtigten zugewendete Erbquote ist⁹⁰⁷. Es kommen im Rahmen dieser Vorschrift keine unterschiedlichen Rechtsfolgen zum Tragen, sodass durch die Neuregelung des § 2306 Abs.1 BGB n.F. wie in der Schweiz größere Rechtssicherheit herrscht.

⁹⁰³ Siehe oben C. § 8 III.

⁹⁰⁴ Basler Kommentar-Staehelin Art. 471 N 1.

⁹⁰⁵ Siehe oben B. § 1 II. 7. und B. § 4 1. c).

⁹⁰⁶ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) ee).

⁹⁰⁷ Siehe oben B. § 1 II. 7. b) und B. § 4 IV. 2.

Die Berechnung des Pflichtteils anhand der Quoten- und Werttheorie mit den diversen damit verbundenen Unsicherheiten und rechtlichen Diskussionen⁹⁰⁸ wird jedoch nach wie vor bestehen bleiben, da der pflichtteilsberechtignte Erbe eine Entscheidungsgrundlage dafür haben muss, ob er das Wahlrecht des § 2306 Abs.1 BGB n.F. ausübt oder nicht. In der Schweiz bestehen demgegenüber zweifelsfreie gesetzliche Regelungen zur Bestimmung der Pflichtteilsberechnungsmasse. Dort werden der Pflichtteilsberechnungsmasse sowohl die ausgleichungspflichtigen als auch die herabsetzbaren (lebzeitigen) Zuwendungen hinzu gerechnet⁹⁰⁹. Durch diese eindeutige Gesetzeslage dürften Streitigkeiten über die Art der Pflichtteilsberechnung weitgehend vermieden werden.

c) Schweizerische Rechtslage und § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.

Die schweizerische Literatur beschäftigt sich mit der Anordnung einer klassischen cautela Socini⁹¹⁰ in den Fallkonstellation des bisherigen § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. – soweit ersichtlich – nicht. Deshalb wurde im schweizerischen Teil der Arbeit der Begriff der cautela Socini im deutschen Sinn verwandt und die Zulässigkeit der cautela überprüft. Auch im schweizerischen Recht kann dabei weder eine Verwirkungsklausel noch eine cautela Socini durch den Erblasser einseitig angeordnet werden, wenn diese auf dem Erbteil und damit auch auf dem Pflichtteil lastet⁹¹¹.

Eine einseitige Aufnahme der cautela Socini ohne entsprechende korrespondierende Erklärung des Pflichtteilsberechtignten könnte allein auf zwei Tatsachen gestützt werden:

Zum einen basierte die klassische cautela Socini auf einem Rechtssystem, das dem Pflichtteilsberechtignten eine Noterbenstellung zusprach. Insoweit lässt sich die Klausel mit dem schweizerischen Recht in Einklang bringen, das ebenfalls von der Noterbenstellung des Pflichtteilsberechtignten ausgeht. Zum anderen könnte die Zulässigkeit der einseitig angeordneten Klausel für das schweizerische Rechtssystem

⁹⁰⁸ Siehe oben B. § 4 IV. 1. a) und B. § 4 IV. 2. g).

⁹⁰⁹ Siehe oben C. § 11 IV. 1.

⁹¹⁰ Zum Begriff siehe oben B. § 4 I. 2.: Zuweisung eines belasteten Erbteils und ersatzweise angeordnete Zuwendung eines unbelasteten Erbteils in Höhe des Pflichtteils für den Fall des Pflichtteilsbegehrens bzw. Ausschlagung des belasteten Erbteils.

⁹¹¹ Siehe oben C. § 11 IV.

nur dann bejaht werden, wenn man in der Ausübung der Wahl für den belasteten Erbteil einen Verzicht auf die Erhebung der Herabsetzungsklage sowie auf die Herabsetzungseinrede sieht. Wohlgermerkt ist dies erst nach dem Erbfall formlos bzw. vor dem Erbfall in Form eines Erbverzichtsvertrages möglich⁹¹².

Interessant ist nun die Frage, ob diese – unterstellte Zulässigkeit – auf das deutsche Recht übertragen werden kann. Eine Übertragung ist nur dann möglich, wenn sowohl das deutsche als auch das schweizerische Recht auf vergleichbaren Prinzipien beruhen. Dies ist bereits nach den obigen Ausführungen zu Struktur und Aufbau des Pflichtteilsrechtes kritisch zu sehen, soll aber gleichwohl näher betrachtet werden.

Problematisch stellt sich bereits die Konstruktion des schweizerischen Pflichtteilsrechtes als Noterbrecht dar, wohingegen das deutsche Recht dem Pflichtteilsberechtigten einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch als Gläubiger der Erben zugesteht. Beide Systeme unterscheiden sich damit grundlegend. Während die Übertragung der cautela Socini in das schweizerische Recht noch argumentativ begründet werden könnte, da sowohl das römische als auch das schweizerische Rechtssystem von der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechtes als Noterbschaft ausgeht, gelingt dies bei der Übertragung in das deutsche Recht nicht mehr ohne Modifikationen⁹¹³, da der Pflichtteilsberechtigte hier vor die Wahl zwischen dem belasteten Erbteil und dem unbelasteten Geldpflichtteil gestellt wird.

Sowohl im schweizerischen als auch im deutschen Pflichtteilsrecht kann es zwar faktisch zu ähnlichen Ergebnissen kommen. Denn § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. sichert durch den automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerden im Ergebnis den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten, was eigentlich mit dem System des reinen Geldpflichtteils nicht in Einklang gebracht werden kann. Indem die angeordneten Belastungen ex lege als wirkungslos gelten, wird der Erbteil und damit die dingliche Berechtigung des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass geschützt⁹¹⁴. Gegebenenfalls kann der Pflichtteilsberechtigte zudem im Rahmen des §

⁹¹² Siehe oben C. § 12 II.

⁹¹³ Aus diesem Grund sind die Rechtsfolgen der cautela socini in § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. auch nur in modifizierter Form Gesetz geworden (siehe ausführlich hierzu oben B. § 4 I. 3.).

⁹¹⁴ Siehe oben B. § 1 II. 7. a) und B. § 4 IV. 1.

2305 BGB „als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte (des gesetzlichen Erbteils, die Verf.) fehlenden Teils verlangen“. Der deutsche Pflichtteilsberechtigte hat nur bezüglich des ihm zugewandten Erbteils mit dinglicher Wirkung am Nachlass Anteil; der Ergänzungsanspruch gewährt ihm lediglich einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch.

Der Pflichtteilsberechtigte in der Schweiz kann demgegenüber eine Aufstockung seines Erbteils „in natura“, d.h. quotal Erhöhung seines Erbteils bis zum Pflichtteil verlangen, sofern er nicht „dem Wert nach“ seinen Pflichtteil erhalten hat⁹¹⁵.

Beide Rechtssysteme haben es somit nicht geschafft, die jeweils zugrundeliegende Dogmatik – Noterbrecht einerseits und Geldpflichtteil andererseits – ohne Bruchstellen im gesetzlichen Regelungswerk umzusetzen. Insofern könnte man durchaus davon sprechen, dass § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zumindest ansatzweise in die Richtung des Schutzes eines „Not“-erbrechts geht, indem der Erbteil dem Pflichtteilsberechtigten unter Wegfall der Belastungen erhalten bleibt. Demgegenüber stellt Art. 522 ZGB einen Schritt in Richtung eines Geldpflichtteils dar, soweit er die Abfindung des Noterben „dem Wert nach“ ausreichen lässt. Beiden Rechtsordnungen ist also gemein, dass der Schutz des Pflichtteilsberechtigten nicht unbedingt einheitlich auf vollständige dingliche Teilhabe bzw. einen rein schuldrechtlichen Zahlungsanspruch gerichtet ist. Vielmehr können hier in der Praxis diverse Mischformen auftreten: Zum Einen die soeben angeführte Möglichkeit im deutschen Recht, neben dem Erhalt des unbelasteten Erbteils die Aufstockung bis zum Pflichtteil mit einem schuldrechtlichen Anspruch zu verlangen. Zum Anderen durch die Möglichkeit im schweizerischen Recht, dem Pflichtteilsberechtigten entweder gar keinen oder einen kleineren Erbteil als den Pflichtteil zu hinterlassen, die Erhebung der Herabsetzungsklage aber durch weitere Zuwendungen – etwa in Form eines Vermächtnisses – auszuschließen, da dann bei einer Gesamtbetrachtung der Wert des Pflichtteils erreicht sein kann.

Faktisch können daher beide Rechtssysteme zu ähnlichen Ergebnissen führen. Dies darf aber nicht über die grundlegend andersartige dogmatische Begründung hinwegtäuschen.

⁹¹⁵ Siehe oben C. § 8 II. 4. zur Stellung des Pflichtteilsberechtigten und C. § 8 IV. zur Formulierung „dem Wert nach“ gemäß Art. 522 ZGB.

Entgegen dem schweizerischen Recht, nach welchem die Verwirkungsklausel so lange als wirksam gilt, bis der Berechtigte die Herabsetzungsklage erfolgreich erhoben hat⁹¹⁶, kennt das deutsche Recht eine vergleichbare Situation im Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. nicht. Vielmehr gilt die Klausel als von Gesetzes wegen nicht angeordnet. Der Akzeptanz der Klausel durch den Pflichtteilsberechtigten steht der eindeutige Wortlaut und der zwingende Charakter⁹¹⁷ des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. entgegen. Zudem würden schwerwiegende Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit und -klarheit eintreten, wenn man von der Möglichkeit eines Anerkenntnisses der Klausel durch den Betroffenen ausgehen wollte, denn in welchem Verhalten sollte eine derartige Anerkennung gesehen werden können? Und bis zu welchem Zeitpunkt sollte dem Pflichtteilsberechtigten eine solche – ausdrückliche oder konkludente – Zustimmungserklärung oder Zustimmungshandlung möglich sein? Hier die Frist des § 2306 Abs. 1 S. 2 BG a.F. entsprechend heranzuziehen, würde das Problem lediglich verschärfen, da der Pflichtteilsberechtigte in beiden Fällen innerhalb kürzester Zeit tätig werden müsste. Im einen Fall muss er innerhalb der sechswöchigen Frist die Ausschlagung erklären, im anderen Fall müsste er aktiv die Belastung anerkennen.

Zwar mag man nun mit dem Schutzzweck des § 2306 BGB argumentieren und sich auf den Standpunkt stellen, der Pflichtteilsberechtigte stehe bei einer Akzeptanz der Klausel besser da als bei einem automatischen Wegfall von dieser. Denn in diesem Falle könnte er bewusst der Klausel zuwider handeln, damit den Verwirkungsfall auslösen und den vollen Geldpflichtteil erlangen. Er müsste dann nicht Mitglied der Erbengemeinschaft werden und die mit der Erbenstellung verbundenen Pflichten übernehmen; zur wirtschaftlichen Realisierung wäre auch eine Erbauseinandersetzung überflüssig. Dies stellt jedoch nicht zwangsläufig eine Besserstellung des Pflichtteilsberechtigten dar. Denn im Anwendungsbereich des § 2306 I 1 BGB a.F. fällt nicht nur die Belastung automatisch weg; der Pflichtteilsberechtigte kann in diesem Fall auch den Pflichtteilsergänzungsanspruch als Aufstockung des ihm Zugewandten bis zur Höhe des vollen Pflichtteils verlangen⁹¹⁸. Je nach

⁹¹⁶ Siehe oben C. § 8 III.

⁹¹⁷ Auch Rösler spricht von der „zwingenden Wirkung“ des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. (Groll/Rösler C VI Rn 163, S. 1511).

⁹¹⁸ Siehe oben B. § 1 II. 6 zum Pflichtteilsergänzungsanspruch.

Sachverhalt kann der Berechtigte aber durchaus ein Interesse an der Erbenstellung haben, insbesondere dann, wenn zum Nachlass ein Familienbetrieb gehört und der Berechtigte – eventuell aus ideellen Gründen – auf die Betriebsführung Einfluss nehmen will.

Die Zulassung einer – wie auch immer gearteten – Einverständniserklärung des Pflichtteilsberechtigten mit der Klausel steht dem insoweit eindeutigen und zwingenden Wortlaut des Gesetzes entgegen. Sie würde die Anwendung des wegen seiner Komplexität ohnehin schon oft gerügten § 2306 Abs. 1 BGB a.F. noch weiter erschweren, ohne dass es zu einer wesentlichen Verbesserung der Stellung des Pflichtteilsberechtigten käme, die diese negativen Folgen aufwiegen würde.

Dieser Unterschied zum schweizerischen Recht liegt in der grundlegend andersartigen Konstruktion des Pflichtteilsrechtes und der Schutzmechanismen begründet. Auf das Recht zur Erhebung der Herabsetzungsklage und der Herabsetzungseinrede kann der Pflichtteilsberechtigte in der Schweiz nach dem Erbfall formlos ausdrücklich oder konkludent bzw. vor dem Erbfall in erbvertraglicher Form verzichten⁹¹⁹. Die Klausel erlangt also durch diesen nachträglichen Verzicht auf die Geltendmachung der einschlägigen Rechtsbehelfe endgültig Wirksamkeit. Einen solchen Verzicht sieht das deutsche Recht aber aufgrund der Wesensverschiedenheit des Pflichtteilsrechtes zum schweizerischen Recht nicht vor. Zwar steht es dem Pflichtteilsberechtigten im Bereich des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. frei, die Erbschaft nicht auszuschlagen und die angeordneten Belastungen damit hinzunehmen⁹²⁰. Im Rahmen des Abs. 1 S. 1 a.F. ist dies wegen des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes jedoch nicht möglich. Die Schutzwirkung des Abs. 1 S. 1 a.F. verlöre ihre Daseinsberechtigung, wenn man sie zur Disposition des Erblassers frei gäbe⁹²¹.

Eine einseitige Aufnahme der *cautela Socini*, die als Unterfall der Verwirkungsklausel jedenfalls wegen der mit ihr verbundenen Vor- und Nacherbschaft eine Belastung darstellt, ist aus den dargelegten Gründen nicht möglich. Würde man die Klausel im Falle des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zulassen, bestünden keine

⁹¹⁹ Siehe oben C. § 12 II. 1.

⁹²⁰ Siehe oben B. § 1 II. 7. und B. § 4 IV. 1. c).

⁹²¹ Siehe oben B. § 4 IV. 1. d) cc).

wesentlichen Unterschiede mehr zur Fallkonstellation des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. Die Unterteilung des § 2306 Abs. 1 BGB a.F. in zwei verschiedene Fallvarianten wäre dann obsolet. Dieses Ergebnis vermag nicht zu überzeugen, da der Gesetzgeber nach ausführlicher Diskussion bei der Redaktion des BGB⁹²² zwei verschiedene Fallvarianten vorgesehen hat und eben nicht – wie dies § 2306 Abs. 1 BGB in der neuen Fassung seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrecht vorsieht – sämtliche Fallgestaltungen einheitlich behandelt.

Während die Stellung des Pflichtteilsberechtigten in der Schweiz durch das Prinzip der materiellen Noterbenstellung also ungleich höher ist als die des schuldrechtlich Berechtigten im deutschen Recht, weist das ZGB im Vergleich zum deutschen BGB in der Umsetzung dieses Rechtes eine deutliche Schwächerstellung des Berechtigten auf, da dieser erst nach aktivem Handeln seine (unbelastete) Erbenstellung einnimmt. Während das schweizerische Recht dem Pflichtteilsberechtigten im Grundsatz eine starke Position zubilligt, gewährt das deutsche Recht dem Pflichtteilsberechtigten eine grundsätzlich schwächere Stellung – diese aber dafür unter automatischem Wegfall von Beschränkungen und Beschwerden, die den Pflichtteil verletzen. Während die Verwirkungsklausel in der Schweiz dann Wirkungen entfalten kann, wenn der Berechtigte die Herabsetzungsklage nicht erhebt, kann sie im deutschen Recht innerhalb des Anwendungsbereiches des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. keine Wirkungen entfalten, auch nicht durch entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Hinnahme durch den Betroffenen.

d) Schweizerische Rechtslage und § 2306 Abs. 1 BGB n.F.

Mit der Reform des Erbrechts ist der Anwendungsbereich des bisherigen § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. erweitert und einheitlich für alle Fallgestaltungen der Anordnung von Belastungen bei Pflichtteilsberechtigten unabhängig von der Größe des zugewendeten Erbteils eingeführt worden, vgl. § 2306 Abs. 1 BGB n.F.⁹²³ Der Erbe muss hier, wenn er angeordnete Beschränkungen nicht hinnehmen will, die Erbschaft ausschlagen und kann sodann den Pflichtteil geltend machen. Seine Ansprü-

⁹²² Siehe oben B. § 4 IV. 1. d) cc).

⁹²³ Siehe oben B. § 1 II. 7. b).

che sind dann allerdings auf den rein schuldrechtlichen Geldpflichtteil als Zahlungsanspruch beschränkt.

In der Schweiz kann sich demgegenüber die Verwirkungsklausel nur auf den „überschießenden“ Erbteil beziehen, wenn dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil hinterlassen wurde⁹²⁴. Dies kann zu unerwünschten Ergebnissen führen. Das schweizerische Recht weist insofern deutliche Schwächen auf, da der Erbteil und damit auch ein zum Nachlass gehörender Gesellschaftsanteil quasi in zwei Teile aufgespalten wird. Bis zur Pflichtteilsquote ist die angeordnete Verwirkungsklausel mit den Folgen von Vor- und Nacherbschaft ungültig, der überschießende Teil ist weiter mit der Klausel belastet. Dies führt im Bereich des Gesellschaftsrechts zu erheblichen Problemen. Im Falle des Bedingungseintritts behält der mit der Verwirkungsklausel bedachte Erbe den „Pflicht-Gesellschaftsanteil“, während der überschießende Anteil im Verwirkungsfall auf den Nacherben übergeht⁹²⁵. Soweit ersichtlich, ist eine intensive Auseinandersetzung mit dieser Problematik in der Schweiz bislang nicht erfolgt. Es können daher an dieser Stelle keine Angaben dazu gemacht werden, inwieweit die soeben geschilderten Ergebnisse in der Praxis tatsächlich zu erheblichen Problemen führen und wie diese gelöst werden.

Die deutsche Regelung des § 2306 Abs.1 BGB n.F. bzw. des inhaltsgleichen § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. gesteht dem Erblasser auf den ersten Blick weitreichenderen Spielraum zu als Art. 531 ZGB dem schweizerischen Erblasser. Dieser kann nur den über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil (disponible Quote) mit der Verwirkungsklausel belasten, so dass der Pflichtteil/Noterbteil in jedem Fall unbelastet ist. Demgegenüber muss der pflichtteilsberechtigte deutsche Erbe, sofern er die Erbschaft nicht ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, angeordnete Beschränkungen und Beschwerungen hinnehmen, auch wenn im schlimmsten Fall sein Erbteil durch diese vollständig aufgezehrt wird.

Eine Verwirkungsklausel, insbesondere eine solche in Gestalt der modifizierten cautela Socini, kollidiert nicht mit dem deutschen Pflichtteilsrecht, da sie durch § 2306 Abs. 1 BGB n.F. ja gerade rechtlich normiert ist. Im direkten Vergleich

⁹²⁴ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b)

⁹²⁵ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) dd).

scheint die deutsche Lösung praktikabler zu sein, da sie größere Rechtssicherheit und Rechtsklarheit mit sich bringt. Denn entweder nimmt der Pflichtteilsberechtigte den belasteten Erbteil an wie er ist, oder er schlägt ihn aus. Im schweizerischen Recht hingegen kann dem Pflichtteilsberechtigten seine materielle Erbenstellung in Höhe des Pflichtteils nicht genommen werden. Schlimmstenfalls wird der Gesellschaftsanteil in zwei Teile gespalten: Den Pflichtteil erhält in jedem Falle der Pflichtteilsberechtigte und den überschießenden disponiblen Teil bei Eintritt des Verwirkungsfalles der Nacherbe. Die Gesellschaft ist nach der Konstruktion des schweizerischen Rechtes einer größeren Gefahr ausgesetzt, unerwünschte und vor allem auch unter Umständen mehrere neue Gesellschafter als Nachfolger des Erblassers aufnehmen zu müssen⁹²⁶.

In Deutschland ist es dem Erblasser insbesondere wegen der dogmatischen Konstruktion einer klassischen cautela Socini mit den zwingend damit verbundenen Rechtsfolgen von Vor- und Nacherbschaft verwehrt, eine derartige Anordnung einseitig zu treffen. Auch wenn die schweizerische Literatur sich mit einer klassischen cautela Socini nicht auseinandersetzt, bestehen ebenfalls erhebliche Bedenken gegen die Klausel. Allerdings wirkt in der Schweiz die Verwirkungsklausel im Ergebnis ähnlich wie die cautela Socini⁹²⁷, da der Berechtigte aufgrund der Ausgestaltung des Pflichtteils als materielles Noterbrecht bei Setzung auf den Pflichtteil generell Erbenstellung einnimmt.

Der Erblasser kann den Pflichtteilsberechtigten in beiden Rechtsordnungen nicht durch einseitige letztwillige Verfügungen zwingen, einen belasteten Erbteil anzunehmen und auf die Geltendmachung des Pflichtteils zu verzichten bzw. Einschränkungen der gesetzlichen Mindestteilhabe hinzunehmen.

Wegen der bereits erwähnten Unterschiede im deutschen und schweizerischen Pflichtteilsrecht ist die schweizerische Lösung, die komplizierter als die deutsche ist, als Vorbild für eine weitere Reformierung des deutschen Pflichtteilsrechts nicht

⁹²⁶ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) dd).

⁹²⁷ Siehe oben C. § 11 IV. 2. b) cc).

brauchbar. Die deutsche Lösung ist insoweit konsequenter und in der praktischen Handhabung deutlich flexibler als das schweizerische Recht.

II. Indirekter Zwang durch Verwirkungsklauseln

In der Schweiz hat der Erblasser die Möglichkeit, auf den pflichtteilsberechtigten Erben insoweit einzuwirken, als er ihm eine Zuwendung zukommen lässt, die den Pflichtteil übersteigt, also innerhalb der verfügbaren Quote liegt, und die wieder entfällt, wenn der Pflichtteilsberechtigte den unbelasteten Noterbteil als Pflichtteil verlangt⁹²⁸. Die Zuwendungen des Erblassers werden insoweit „aufgespalten“: Der Pflichtteilsberechtigte erhält den unbelasteten Pflichtteil als Noterbe mit der damit verbundenen Stellung als dinglich Berechtigter am Gesamtnachlass in Höhe seiner Pflichtteilsquote; die darüber hinausgehende Zuwendung entfällt mit der Geltendmachung des Pflichtteils. Der Erblasser kann also indirekten Zwang auf den Pflichtteilsberechtigten ausüben und versuchen, ihn durch attraktive ideelle oder materielle Zuweisungen innerhalb der verfügbaren Quote von der Erhebung der Herabsetzungsklage bezüglich des Pflichtteils abzuhalten. Ob es sich bei der Zuwendung um eine Erbeinsetzung bezüglich der disponiblen Quote, eine Vermächtniszuweisung oder eine Teilungsvorschrift handelt, ist insoweit unbeachtlich. Solange sich der Erblasser im Rahmen der verfügbaren Quote bewegt, kann er die Zuwendung unter die auflösende Bedingung des Pflichtteilsverlangens stellen.

Der Erblasser in Deutschland kann ein ähnliches Ergebnis nur über die Zuwendung eines Vermächtnisses erreichen, das er dem Berechtigten zusätzlich zu einem belasteten Erbteil zuwendet und unter die auflösende Bedingung stellt, dass dieses bei Ausschlagung des belasteten Erbteils und Forderung des Geldpflichtteils wieder entfällt⁹²⁹. Unter dem Geltungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB n.F. in Verbindung mit § 2307 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte in diesen Fällen zwar den belasteten Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen, verliert dann aufgrund der auflösenden Bedingung aber den Anspruch auf das Vermächtnis. Der Erblasser kann durch diese Möglichkeit dem Pflichtteilsberechtigten vermächtnisweise insbesondere lediglich ideell wertvolle Sachen zuweisen, an denen dieser ein erhebli-

⁹²⁸ Einzelheiten hierzu siehe oben C. § 4 IV. 2. b).

⁹²⁹ Siehe oben B. § 4 IV. 2. e) cc) und B. § 4 IV. 3.

ches Interesse hat. Durch eine derartige Konstruktion kann zwar nicht vermieden werden, dass der Pflichtteilsberechtigte den belasteten Erbteil – oder auch das Vermächtnis – ausschlägt. Die Zuwendung und der Erhalt des Vermächtnisses kann für den Pflichtteilsberechtigten aber je nach Gestaltung im Einzelfall ein starker Anreiz dafür sein, die vorhandenen Belastungen hinzunehmen und den Pflichtteil nicht zu fordern. Die Attraktivität der Annahme des belasteten Erbteils steigt somit erheblich⁹³⁰.

Aufgrund des zwingenden Charakters des § 2306 Abs.1 BGB n.F. kann der Erblasser dem Berechtigten jedoch nicht als Erbe mit einer Quote einsetzen, die den Pflichtteil übersteigt und diesen, den Pflichtteil übersteigenden „Mehrerbteil“ unter eine auflösende Bedingung stellen. Da § 2306 Abs.1 BGB n.F. nicht mehr nach der Größe des zugewendeten Erbteils differenziert, kann der Berechtigte in derartigen Fällen immer den Erbteil ausschlagen und den vollen Pflichtteil verlangen⁹³¹. Es bleibt dem Pflichtteilsberechtigten jedoch unter dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs.1 BGB n.F. im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage des § 2306 Abs.1 S. 1 BGB a.F. unbenommen, sich für die Annahme des belasteten Erbteils zu entscheiden und den Pflichtteil nicht geltend zu machen, da es einen automatischen Entfall von Beschränkungen und Beschwerden nicht mehr gibt.

III. Bedeutung der Klauseln

In beiden Rechtssystemen können die Erblasser – unabhängig von der dogmatischen Konstruktion im Einzelnen – den Mindestteilhabeberechtigten nicht einseitig dazu zwingen, Einschränkungen der gesetzlichen Mindestteilhabe hinzunehmen. Die Bedeutung der Klauseln ist in Deutschland und der Schweiz unterschiedlich.

Nach altem Recht findet gemäß § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. ein automatischer Wegfall einer entsprechenden Klausel in Deutschland statt⁹³²; unter dem Anwendungsbereich von § 2306 Abs. 1 BGB n.F. ist aktives Tätigwerden des Berechtigten durch Ausschlagung des Erbteils und Pflichtteilsverlangen erforderlich⁹³³. In der Schweiz hat die Klausel – selbst bei bestehenden Beeinträchtigungen von

⁹³⁰ Siehe oben B. § 4 IV. 2. e) cc) und B. § 4 IV. 3.

⁹³¹ Siehe oben B. § 1 II. 7. b) und B. § 4 IV. 2. e).

⁹³² Siehe oben B. § 4 1. b).

⁹³³ Siehe oben B. § 4 IV. 2.

Mindestteilhaberechten – solange rechtlichen Bestand, bis sie durch das Gestaltungsurteil nach erhobener Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage aufgehoben wird und der Berechtigte in seinen Mindestteilhabeanspruch (Erbteil) eingewiesen wird⁹³⁴. Mittlerweile muss der Betroffene also sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland aktiv tätig werden, um seinen vollen Pflichtteilsanspruch zu erhalten.

In beiden Ländern kann die einseitige Anordnung der Klauseln nicht verhindern, dass der Berechtigte die ihm zustehenden Mindestteilhaberechte geltend macht. Unter dem Anwendungsbereich des aktuell geltenden Rechts kann sich der Pflichtteilsberechtigte aber sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz dafür entscheiden, die Belastungen des Erbteils hinzunehmen, da es einen automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen in beiden Ländern nicht (mehr) gibt. Die Klauseln stellen daher hauptsächlich einen moralischen Appell an die Pflichtteilsberechtigten dar, den letzten Willen des Erblassers zu respektieren und die ihnen zustehenden Mindestteilhaberechte nicht vollständig auszuschöpfen. Insbesondere durch Zuwendungen des schweizerischen Erblassers innerhalb der disponiblen Quote sowie Zuwendungen von Vermächtnissen neben einem belasteten Erbteil in Deutschland hat der Erblasser die Möglichkeit, die Annahme des belasteten Erbteils attraktiver zu gestalten und den Berechtigten so dazu zu bewegen, die Beschränkungen hinzunehmen.

IV. Rechtsschutz gegen die Klauseln

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz müssen die beeinträchtigten Pflichtteilsberechtigten aktiv handeln, um den Pflichtteil in voller Höhe zu erhalten. Deutliche Unterschiede bestehen jedoch bezüglich des Zeitrahmens, der dem Pflichtteilsberechtigten für seine Handlungen vom Gesetz vorgegeben ist.

In Deutschland muss der Betroffene innerhalb der sechswöchigen Frist der §§ 2306, 1944 BGB die Ausschlagung erklären und den Pflichtteil geltend machen⁹³⁵. In der Schweiz hat der in seiner Mindestteilhabe Beeinträchtigte ein Jahr lang Zeit, die Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage zu erheben⁹³⁶. Die Jahresfrist des Art.

⁹³⁴ Siehe oben C. § 8 III. und C. § 11 V.

⁹³⁵ Siehe oben B. § 1 II. 7. d).

⁹³⁶ Siehe oben C. § 8 III.

533 ZGB lässt dem pflichtteilsberechtigten Erben ausreichend Zeit, den ihm hinterlassenen Erbteil bzw. die in Art. 522 ZGB angedeuteten anderweitigen Zuwendungen zu bewerten und sich für oder gegen die Erhebung der Herabsetzungsklage zu entscheiden. Gerade in den Fällen, in denen umfangreiche Gesellschaftsbeteiligungen zum Nachlass gehören, ist die Ausschlagungsfrist des deutschen Rechts von sechs Wochen unverhältnismäßig kurz. Die erbrechtlichen Klagen in der Schweiz gestehen dem Betroffenen somit größere zeitliche Bedenkzeit zu als das Ausschlagungsrecht in Deutschland.

Die längere Frist in der Schweiz geht dabei zu Lasten der Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr, die kurze Ausschlagungsfrist in Deutschland stellt den Pflichtteilsberechtigten hingegen vor zum Teil unlösbare Bewertungsprobleme innerhalb kürzester Zeit.

V. Zwischenergebnis

Die Verwirkungsklauseln werden in beiden Rechtssystemen als auflösende Bedingungen qualifiziert, die aufgrund ihrer rechtlichen Konstruktion zwingend zu Vor- und Nacherbschaft führen⁹³⁷. Die einseitige Anordnung solcher Klauseln führt nicht dazu, dass der Pflichtteilsberechtigte Beschränkungen seiner Mindestteilhabe hinnehmen muss⁹³⁸. Vielmehr kann er sich gegen Belastungen zur Wehr setzen und so seinen Anspruch auf ungeschmälerte Mindestteilhabe geltend machen⁹³⁹.

§ 19 Erbvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

In beiden Ländern ist die rechtlich sicherste Methode der Durchsetzung der erblasserischen Anordnungen der Abschluss eines Erbvertrages mit allen Beteiligten.

Der Erbvertrag ist dabei in beiden Rechtssystemen weitgehend vergleichbar, insbesondere soweit es um die inhaltliche Ausgestaltung und die einzuhaltenden Forma-

⁹³⁷ Siehe soeben D. § 18 I. 1.; für Deutschland siehe oben B. § 4 II.; für die Schweiz siehe oben C. § 11 II.

⁹³⁸ Siehe soeben D. § 18 I. 3.

⁹³⁹ Siehe soeben D. § 18 I. IV.

lien beim Abschluss geht⁹⁴⁰. Die Beteiligten können in beiden Ländern im Rahmen eines Erbvertrags dabei sowohl einen kompletten Verzicht auf ihre Ansprüche erklären als auch bestimmte Belastungen ausdrücklich akzeptieren⁹⁴¹. Durch den Erbvertrag kann der Erblasser somit verhindern, dass die am Vertrag beteiligten weichenden und nachfolgenden Erben (Mindestteilhabe-) Ansprüche in Bezug auf den zu vererbenden Gesellschaftsanteil geltend machen. Eine Ausschlagung des belasteten Erbteils ist jedoch in beiden Ländern trotz Abschluss eines Erbvertrags generell möglich. Der Erblasser sollte daher darauf achten, die Mindestteilhabeberechtigten nicht mit zu großen Belastungen zu belegen, sondern die Zuwendungen so zu gestalten, dass die Annahme des Erbteils für den vorgesehenen Nachfolger trotz Belastung noch hinreichend attraktiv ist, beispielsweise durch die soeben geschilderten Zuwendungen zusätzlich zum bzw. neben dem Mindestteilhabeanspruch.

§ 20 Weitere Erleichterung der Unternehmensnachfolge

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz wird über eine Privilegierung der Vererbung von Unternehmen nachgedacht.

In beiden Ländern bestehen zunächst Überlegungen, bestimmte (Bewertungs-) Prinzipien aus dem Bereich der Vererbung landwirtschaftlicher Güter auch auf andere wirtschaftliche Unternehmen zu übertragen⁹⁴². Konkrete Gesetzgebungstätigkeit in diese Richtung gibt es aber aktuell weder in der Schweiz noch in Deutschland. Insbesondere in Deutschland scheint in der Diskussion eine derartige Privilegierung historisch belastet, da bereits während des Entwurfs des BGB über entsprechende Privilegierungen beraten wurde, diese dann aber verworfen wurden, um einem Konglomerat großer wirtschaftlicher Einheiten, die über Generationen anwachsen und vererbt werden, entgegenzuwirken. Wohl aufgrund der gewandelten Wertvorstellungen und aufgrund der häufig existenzbedrohenden Mindestteilhabe-

⁹⁴⁰ Siehe oben B. § 5 für Deutschland und C. § 12 für die Schweiz.

⁹⁴¹ Siehe oben B. § 5 II. für Deutschland und C. § 12 II. für die Schweiz.

⁹⁴² Siehe oben B. § 6 III. für Deutschland und C. § 13 I. für die Schweiz.

ansprüchen der nächsten Angehörigen ist die Frage der Bewertung eines Unternehmens bzw. eines Gesellschaftsanteils jedoch verstärkt in den Mittelpunkt der Diskussionen gerückt.

Im übrigen wird über die inhaltliche Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts diskutiert, allerdings mit verschiedenen Ansätzen.

Während in Deutschland die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts als schuldrechtlicher Zahlungsanspruch nicht ernsthaft in Frage gestellt wird, beschäftigt sich die schweizerische Literatur durchaus mit einer inhaltlichen Umgestaltung des Pflichtteilsrechts, wobei eine Ausgestaltung als schuldrechtlicher Zahlungsanspruch wohl überwiegend abgelehnt wird⁹⁴³. Befürwortet wird vielmehr die flexiblere Möglichkeit der Verteilung der Pflichtteilsquote durch den Erblasser auf die pflichtteilsberechtigten Erben im Sinne der spanischen „mejora“. Diese sieht zwar eine generelle Pflichtteilsquote von zwei Dritteln der Pflichtteilsberechtigten vor, wobei aber nur ein Drittel auf die Pflichtteilsberechtigten gleichmäßig verteilt werden muss, wohingegen das zweite Drittel zwar einem Pflichtteilsberechtigten zugewendet werden muss, die Zuwendung des gesamten Drittels an einen einzigen Berechtigten aber möglich ist⁹⁴⁴.

Somit bestehen in der Schweiz tiefgreifendere Reformüberlegungen, die dem Erblasser eine größere Freiheit bei der Vererbung unternehmerischen Vermögens zugestehen würden. Ob derartige Gesetzesänderungen aber auch in einem Gesetzgebungsverfahren mehrheitsfähig wären, bleibt abzuwarten. In Deutschland ist nach der soeben erst erfolgten Änderung des Erbrechts in näherer Zukunft nicht mit weiteren Reformen zu rechnen.

⁹⁴³ Siehe oben C. § 13 II.

⁹⁴⁴ Siehe oben C. § 13 II.

§ 21 Ergebnis

Ein abschließender Vergleich mit dem schweizerischen Rechtssystem zeigt, dass zwar etliche Parallelen, zum Teil aber auch erhebliche konstruktive Unterschiede vorhanden sind, so dass eine Umstrukturierung des deutschen Rechts nach schweizerischem Vorbild keine Vorteile gegenüber der jetzigen Gesetzeslage darstellt, sondern vielmehr zu ganz erheblichen neuen Problemen führen würde.

In beiden Rechtssystemen kann der Erblasser den Berechtigten nicht durch einseitige Anordnungen zwingen, eine Beschränkung seiner Mindestteilhabe hinzunehmen. Nach der Neuregelung des § 2306 Abs.1 BGB kann der Erblasser durch die Aufnahme einer Verwirkungsklausel zwar moralisch auf das Verhalten des Pflichtteilsberechtigten nach dem Erbfall Einfluss nehmen, er kann jedoch nicht ausschließen, dass der Pflichtteilsberechtigte wegen der vorhandenen Belastungen im Sinne des § 2306 BGB den ihm zugewendeten Erbteil ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Insoweit liegt nach neuer Rechtslage in Deutschland ein Gleichklang mit dem schweizerischen Recht vor.

In beiden Ländern besteht für den Erblasser die Möglichkeit, die Annahme eines belasteten Erbteils für den Pflichtteilsberechtigten attraktiver zu gestalten, indem diesem neben dem belasteten (Erb-) Pflichtteil weitere Zuwendungen, gegebenenfalls in Form eines Vermächnisses ausgerichtet werden.

Zwischen beiden Rechtsordnungen besteht insoweit Übereinstimmung, als die erbrevertragliche Regelung der Unternehmensnachfolge mit Verzichtserklärungen der „weichenden“ Erben die einzig rechtlich sichere Möglichkeit ist, die Unternehmensnachfolge nach dem Willen des Erblassers durchzuführen und die spätere Geltendmachung von Ansprüchen der Berechtigten auf Mindestteilhabe auszuschließen. In beiden Ländern kann der Erblasser nur über einen Erbvertrag sicherstellen, dass der Berechtigte wegen vorhandenen Belastungen der Mindestteilhabe keine Pflichtteilsansprüche geltend macht. Über den Erbvertrag kann der Erblasser also sicherstellen, dass der Pflichtteilsberechtigte die Belastungen akzeptiert. Allerdings kann er nur in engen Grenzen erreichen, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht die Erbschaft ausschlägt und komplett „leer ausgeht“.

In der Schweiz wird zwar immer wieder – jedoch nicht intensiv – über eine Änderung der Pflichtteilsrechte und eine Angleichung an das deutsche System mit dem rein schuldrechtlichen Geldpflichtteil diskutiert. Gleichwohl ist das Pflichtteilsrecht im Bewusstsein der Bevölkerung, aber auch der Entscheidungsträger, zu tief verwurzelt, um hier eine grundlegende Änderung als möglich erscheinen zu lassen.

Auch in Deutschland ist mit zutreffender Ansicht von Pfeiffer davon auszugehen, dass nach einer rechtsvergleichenden Betrachtung ausländischer Erbrechtsordnungen mit anderen Ausgestaltungen des Pflichtteilsrechtes kein wesentlicher Gerechtigkeitsgewinn erzielt werden könnte⁹⁴⁵. Weiterhin würde die Einführung eines Noterbrechts weitreichende Änderungen im gesamten Bereich des Erbrechts erfordern. Beispielsweise wäre hier an die Aufnahme neuer Rechtsbehelfe in die deutsche Rechtsordnung wie etwa die Herabsetzungsklage zu denken; diese ist dem deutschen Recht wegen der konstruktiv andersartigen Struktur des Pflichtteilsrechtes fremd, findet sich aber regelmäßig in den Rechtsordnungen, die ein materielles Noterbrecht kennen, wie etwa im schweizerischen ZGB und im französischen *Code civil*. Da die Rechtslage sich bei der Einführung eines Noterbrechts bezüglich der Verwirkungsklauseln nicht positiv verändert, sondern gegebenenfalls sogar zu einer komplizierteren Rechtslage im Bereich der Unternehmensnachfolge führen kann (man denke nur an die „Aufspaltung“ des Gesellschaftsanteils, sofern dem Noterben auch Teile der disponiblen Quote zugewendet wurden), erscheint eine Beibehaltung des Geldpflichtteils nur sachgerecht.

Die vorliegende Untersuchung und rechtsvergleichende Synopse hat gezeigt, dass eine Übertragung der schweizerischen Grundsätze des Pflichtteilsrechts und der Lösungen bezüglich der besprochenen Problemfelder in das deutsche Recht nicht möglich bzw. zweckdienlich ist. Eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts muss daher losgelöst von der schweizerischen Rechtslage stattfinden.

⁹⁴⁵ Stellungnahme Pfeiffer S. 3.