

# Umgehung des Pflichtteilsrechts

von Prof. Dr. Anne Röthel, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Einführung .....	158
II. Annäherungen .....	160
1. Induktive Ordnung .....	160
2. Theoretische Annäherung .....	160
3. Ein Entwicklungspfad: Abstimmung sich überlagernder Ordnungen ...	162
4. Zur weiteren Untersuchung .....	164
III. Betrachtung ausgewählter Umgehungsstrategien .....	164
1. Pflichtteilsreduktion durch Schenkungen .....	164
a) Typologie: pflichtteilsbetonte und verfügungsbetonte Abstimmungen .....	165
b) Erklärung der Tatbestandsbildung .....	165
aa) Sanktion für bösliches Schenken? .....	166
bb) Kritik .....	168
cc) Wirkungsähnliche Zurücksetzung .....	170
dd) Folgerungen für familiäre Schenkungen .....	171
2. Anders eingekleidete Zuwendungen .....	173
a) Zuwendung von Versicherungsansprüchen .....	173
b) Ehevertragliche Zuwendungen .....	175
aa) Typologie: Pflichtteilsbetonte und güterrechtsbetonte Abstimmungen .....	175
bb) Ein deutsches Problem: Pflichtteilsfolgen der „Güterstandsschaukel“ .....	177
3. Pflichtteilsflucht .....	180
a) Typologie: pflichtteilsbetonte und fremdrechtsbetonte Abstimmungen .....	183
b) Tatbestandsbildung .....	186
c) Haftung Privater für diplomatisches Unvermögen? .....	188
4. Pflichtteilsverzicht .....	189
a) Typologie: autonomiebetonte und pflichtteilsbetonte Abstimmungen .....	189
b) Korrekturen der Tatbestandsbildung .....	190
aa) Schwierige Selbstbestimmung in familialen Beziehungen .....	192
bb) Abgrenzung zur Kernbereichslehre .....	194
c) Überlegungen zur Neuordnung der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit ...	199
IV. Zusammenführungen .....	201

---

\* Christian Bumke danke ich für die konstruktive Begleitung bei der Verfestigung meiner Gedanken. Meinen Mitarbeitern Anna-Luisa Lemmerz und Ulrich Wilke, LL.B. danke ich insbesondere für ihre Unterstützung bei der Sammlung und Sichtung des rechtsvergleichenden Materials.

## I. Einführung

Es gehört zu den gemeinsamen Traditionen der europäischen Erbrechte, dass Ehegatten und nahen Familienangehörigen eine Mindestteilhabe am Nachlass zugewiesen ist.<sup>1</sup> Pflichtteilsanspruch,<sup>2</sup> dingliches Noterbrecht<sup>3</sup> oder ermessensabhängige *family provision*<sup>4</sup> bedeuten spürbare und wirtschaftlich einschneidende Einschränkungen der Privatautonomie. Darin ähnelt der private Pflichtteil dem Staats-Pflichtteil, der Steuer, und mag manchen gleichermaßen als Ärgernis erscheinen.<sup>5</sup> Wo immer Rechtsordnungen daran gehen, zwingendes Privatrecht für wirtschaftlich bedeutsame Sachverhalte zu formulieren, wird gute Gesetzgebung darauf bedacht sein, die Umgehung zu verhindern.<sup>6</sup> Zwingendes Recht, das seine Umgehung hinnimmt, ist gleichsam

<sup>1</sup> Vergleichende Länderberichte etwa bei Castelein/Foqué/Verbeke (Hg.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, 2009; *Dutta FamRZ* 2011, 1589 ff.; Henrich/Schwab (Hg.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, 2001; *Kroppenberg*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2009, 1156 ff.; *Pintens ZEuP* 2001, 628 ff.; *Rauscher*, *Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts*, Bd. II/2, 1993, 1 ff.; Röthel (Hg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, 2007; Reid/De Waal/Zimmermann (Hg.), *Exploring the Law of Succession*, 2007; *De Waal*, in: Reimann/Zimmermann (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 1071 ff.

<sup>2</sup> So zunächst in Österreich (§§ 762 ff. ABGB), später in Deutschland (§§ 2303 ff. BGB) und in den Niederlanden (Art. 4:63 ff. NBW). Seit dem 1.1.2007 haben auch die *héritiers réservataires* des französischen Rechts in erster Linie einen Ausgleichsanspruch in Geld, der nur ausnahmsweise in Natur zu erfüllen ist (Art. 924–1 Code civil); näher *Ferrand*, in: Castelein/Foqué/Verbeke (Fn. 1), 189 ff.

<sup>3</sup> Diesem Konzept folgt insbesondere noch das belgische Recht (Art. 913 ff. Code civil); näher *Casman*, in: Castelein/Foqué/Verbeke (Fn. 1), 153 ff.

<sup>4</sup> Beruhend auf *Inheritance (Family Provision) Act 1938* und *Family Provisions Act 1966*; geändert durch sec. 2 *Law Reform (Succession) Act 1995* und sec. 71 *Civil Partnership Act 2004*; zur Rechtsentwicklung *Cretney*, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, 2005, 494 ff. Das englische Recht nimmt eine gewisse Sonderstellung ein. Der Anspruch auf *family provision* deckt sich nur teilweise mit den Anliegen kontinentaler Mindestteilhabe, vermittelt zwischen Ehegatten und minderjährigen Kindern aber durchaus wirkungsähnliche Ansprüche; näher *Röthel* *RabelsZ* 76 (2012), 131 ff.

<sup>5</sup> Siehe nur *von Oertzen*, *Asset Protection im deutschen Recht*, 2. Aufl. 2010; *Abele/Klinger/Maulbetsch*, *Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden*, 2010; *von Dickhuth-Harrach*, in: FS des Rheinischen Notariats, 1998, 185 ff.

<sup>6</sup> Zur Regelungsaufgabe des Gesetzgebers etwa *Sieker*, *Umgebungsgeschäfte*, 2001, 60 ff. – In der Gesetzgebungstheorie spielt der Schutz vor Umgehung indes keine selbständige Rolle, sondern findet sich eher indirekt im Zusammenhang mit Überlegungen zur Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung; siehe etwa *Schneider*, *Gesetzgebung*, 3. Aufl. 2002, § 4 Rn. 54 ff.; aus österreichischer Perspektive *Schilcher*, in: *Winkler/Schilcher* (Hg.), *Gesetzgebung*, 1981, 137 ff.

unvollständiges Recht. Der Schutz vor Umgehung dient der Ernsthaftigkeit des Rechtsbefehls, liegt im Interesse der Gleicherechtigkeit, fördert Orientierungssicherheit und nicht zuletzt Akzeptanz.

Diese Überlegungen haben sichtlich Eingang in die europäischen Erbrechtsordnungen gefunden. Mit dem Pflichtteilsrecht sind zugleich Regeln formuliert worden, um der naheliegendsten Entwertung des Pflichtteilsrechts, der Entwertung durch lebzeitige Zuwendungen, entgegenzuwirken. Dabei bildet die Schenkung den gemeinsamen gesetzlichen Schlüsselbegriff, sowohl in unseren deutschsprachigen Rechtsordnungen<sup>7</sup> als auch im romanischen Rechtsraum<sup>8</sup> und im englischen Recht.<sup>9</sup> Zugleich verweist der Umgang mit Umgehungen auf typische Leistungen der Rechtsprechung, die durch Weiterentwicklung der gesetzlichen Tatbestände und gestützt auf allgemeinere Rechtsfiguren wie Rechtsmissbrauch, Sittenwidrigkeit und *fraus legis* den Geltungsanspruch des Pflichtteilsrechts verwirklicht.<sup>10</sup>

Der Schutz vor Pflichtteilsumgehung gehört zu den politisch und praktisch bedeutsamsten Fragen des Erbrechts.<sup>11</sup> Selbst wenn man dabei die Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz in den Vordergrund stellt, referieren Rechtsprechung und wissenschaftliches Schrifttum eine Fülle von Zweifelsfragen und weit verzweigte Kontroversen, bei denen nur zu leicht der Überblick und die Sicht auf das Gemeinsame verloren zu gehen droht.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Das BGB kennt seit dem 1.1.2010 eine ratierlich abschmelzende Ergänzungspflicht sämtlicher Schenkungen während der letzten zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers (§ 2325 Abs. 3 BGB). Das ABGB – und darin gleichlautend das liechtensteinische Recht – kennt für Schenkungen an nicht-pflichtteilsberechtigte Personen eine vergleichsweise kurze Einrechnungspflicht von zwei Jahren (§ 785 Abs. 3 S. 2 ABGB). Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen sind unbeschränkt einzurechnen (§ 785 Abs. 2 ABGB). Das schweizerische Recht hat sich für eine Frist von fünf Jahren entschieden, kennt aber eine unbegrenzte Herabsetzbarkeit von Verfügungen in Missbrauchsabsicht sowie für ausgleichungspflichtige Zuwendungen (Art. 527 ZGB).

<sup>8</sup> Art. 922 Abs. 2 frz. Code civil; Art. 922 belg. Code civil; Art. 555 ital. Codice civile; Überblick bei *Martiny*, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Gutachten A und B, 2002, A 109.

<sup>9</sup> Sec. 10 Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975.

<sup>10</sup> An den Haltungen zur Umgehung lassen sich zugleich Haltungen zur Gewaltenteilung sowie zum Verhältnis von Parteimacht und Richtermacht ablesen; darauf hat *Michaelis*, in: FS für Wieacker, 1978, 444 ff. aufmerksam gemacht.

<sup>11</sup> Für das deutsche Recht hat *Leipold* aufgezeigt, dass fast ein Drittel aller veröffentlichten Entscheidungen zum Pflichtteilsrecht die Pflichtteilsergänzung betreffen; näher *Leipold* JZ 2010, 802 m.w.N. Für das österreichische Recht wird die praktische Bedeutung ähnlich eingeschätzt, etwa *Jud*, in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hg.), ABGB 2011, 241, 243 ff.

<sup>12</sup> Was ein generelles Problem im Umgang mit Umgehung ist, siehe *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962, 1.

Bieten unsere Rechtsordnungen angemessene Antworten auf Vermögensverschiebungen an Stiftungen und Trusts, insbesondere an liechtensteinische Stiftungen? Eröffnen Sondernachfolgen, etwa in Versicherungsverträge, aber auch in Personengesellschaften, sinnvolle Privilegierungen oder eigentlich Pflichtteilsumgehungen? Kann die Berufung auf einen Pflichtteilsverzicht missbräuchlich sein?

## II. Annäherungen

Vor der Einzelbetrachtung stellen sich der wissenschaftlichen Betrachtung indes zunächst methodische Fragen: Wie kann man sich einem derart vielgestaltigen Phänomen sinnvoll annähern und verlässliche Maßstäbe entwickeln?

### 1. Induktive Ordnung

Die Praxisaffinität der Umgehung mag es nahelegen, Fragen der Pflichtteilsumgehung so zu ordnen, wie sie die Praxis der Wissenschaft referiert, also induktiv über die Einzelphänomene. Sinnvolle Urteile werden aber ohne einen Bezugspunkt nicht gelingen können. Um etwa dafür einzutreten, dass die Pflichtteilswirkungen eines Vermögenstransfers in liechtensteinische Stiftungen eine Umgehung bedeuten, die Pflichtteilswirkungen einer Güterstandschaukel indes hinzunehmen sind, muss man eine klare Vorstellung von den Anliegen des Pflichtteils und den Aufgaben des Umgehungsschutzes haben. Ohne solche Vergewisserung bleiben Anfälligkeiten für situative Subjektivierungen und emotionale Evidenzerlebnisse. Folgerichtigkeit, Gleichbehandlung und Orientierungssicherheit lassen sich auf diesem Weg nicht maßgeblich fördern.

### 2. Theoretische Annäherung

Aber auch die theoretische Annäherung an das Phänomen der Umgehung bietet wenig Handfestes. Seit dem römischen Recht ringt die Umgehungstheorie vor allem damit, ob Umgehung wesentlich eine Frage der Motive des Umgehenden ist (sog. subjektive Theorie)<sup>13</sup> oder allein durch kluge Gesetzesaus-

---

<sup>13</sup> *Barthelmes*, Das Handeln in fraudem legis, 1889; *Pfaff*, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, Wien 1892; MünchKommBGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, § 134 Rn. 18. Vertreten wird die subjektive Theorie heute insbesondere im Steuerrecht als sogenannte Außentheorie, etwa von *Drüen*, in: *Tipke/Kruse* (Hg.), Abgabenordnung, Stand Juli 2011, § 42 AO Rn. 44; dagegen etwa *Schenke*, Rechts-

legung und teleologische Rechtsfortbildung sinnvoll bewältigt werden kann (sog. objektive Theorie).<sup>14</sup> Im deutschen Rechtskreis<sup>15</sup> hat es sich im Verlauf des vergangenen Jahrhunderts, begünstigt von Veränderungen der Auslegungslehre,<sup>16</sup> zunehmend durchgesetzt, diese *question majeure* im Sinne der objektiven Theorie zu beantworten.<sup>17</sup> Die Umgehungsfrage wurde zu einer methodischen Frage und vor allem zu einer Auslegungsfrage. Seither erleben wir eine Verlagerung des Erkenntnisinteresses von der Theorieebene auf die Sachebene, und wir erleben eine weithin spürbare Segmentierung des wissenschaftlichen Gesprächs. Sachbereichsbezogene Eigengesetzlichkeiten sind in den Vordergrund getreten. Umgehung wird heute zumeist spezifisch für einzelne Rechtsgebiete erläutert, nicht aber als übergreifende Fragestellung. Sachspezifische Untersuchungen finden sich insbesondere für das Steuerrecht,<sup>18</sup> das Arbeitsrecht,<sup>19</sup>

---

findung im Steuerrecht, 2007, 409 ff.; zu dieser Kontroverse von Innen- und Außentheorie P. Fischer, in: FS für Reiss, 2008, 621, 632 ff.

<sup>14</sup> In diesem Sinne für das deutsche Recht *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbbd., 15. Aufl. 1960, § 190 III; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1990, 350 f., 408 ff.; *Römer*, Gesetzesumgehung im deutschen IPR, 1955, 42 ff.; *Teichmann* (Fn. 12); *Behrends*, Die Frau Legis, 1982, 10 f.; *Häsemeyer*, in: FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 163, 166 ff., 188; *Sieker* (Fn. 6), 39 f., 66 ff. – In der Rechtsprechung des BGH ist die Anknüpfung an eine Umgehungsabsicht nach Auswertungen von *Teichmann* JZ 2003, 761, 764 vereinzelt geblieben. Für das österreichische Recht siehe *Tamussino*, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, 1989, 145 ff.; zum schweizerischen Recht *Helbling*, Die Lehre vom sog. in fraudem legis agere und das schweizerische Zivilgesetzbuch, 1929, 10.

<sup>15</sup> Rechtsvergleichende Hinweise bei *Schurig*, in: FS für Ferid, 1989, 375, 379 ff.; *Benecke*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004, 28 ff.; gemeineuropäische Einsichten bei *Fleischer* JZ 2003, 865 ff.

<sup>16</sup> Auf diesen Zusammenhang hat *Schröder*, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985, aufmerksam gemacht. Zur römischen Umgehungslehre *Behrends* (Fn. 14); *Honsell*, in: FS für Kaser, 1976, 111 ff.; zur gemeinrechtlichen Umgehungslehre *Pfaff* (Fn. 13), 20 ff.; *Coing*, in: FS für Koschaker, Bd. III, 1939, 402 ff.

<sup>17</sup> Der Diskussionsverlauf in Österreich trägt etwas andere Akzente. Das Nachdenken über objektive oder subjektive Theorie trifft sich dort mit der Auseinandersetzung um Umgehung und Rechtsmissbrauch, mit weiteren Grenzverläufen zwischen Judikatur und Schrifttum. In der österreichischen Praxis nimmt die Lehre vom Rechtsmissbrauch einige Funktionen der subjektiven Umgehungstheorie in sich auf; siehe im Zusammenhang mit § 785 Abs. 3 ABGB (missbräuchliche Berufung auf einen Pflichtteilsverzicht) nur OGH JBl 1995, 584 ff.; OGH JBl 2001, 102 ff.; OGH 7Ob10607z vom 29.09.2007; dazu den Gegenstandspunkt von *Peer* JBl 2001, 127 ff.; *Mader*, in: FS für Welser, 2004, 669 ff.; allgemein *ders.*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung, 1994, 136 ff.

<sup>18</sup> Näher *Sieker* (Fn. 6), 181 ff. m.w.N.; siehe auch *Gassner*, in: FS für Kruse, 2001, 183 ff.; *Danzer*, Die Steuerumgehung, 1981; *P. Kirchhof* StuW 1983, 173 ff.; *P. Fischer* DB 1996, 644 ff.

<sup>19</sup> Siehe nur *Benecke* (Fn. 15), 195 ff.

das Kollisionsrecht<sup>20</sup> und das Insolvenzrecht.<sup>21</sup> Von daher mag es nicht überraschen, dass sich kaum allgemeinere Maßstäbe für den Umgang mit Umgehungen herausgebildet haben. Je nach Sachgebiet wird anders unterschieden und anders argumentiert: Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ spielt bei der Bewältigung der Umgehung von Steuertatbeständen eine herausgehobene Rolle,<sup>22</sup> „*fraus legis*“ ist begrifflich eng mit der Umgehung von Kollisionsnormen verwoben,<sup>23</sup> in anderen Rechtsbereichen bilden Rechtsmissbrauch und Sittenwidrigkeit die entscheidenden Argumentationslinien ab.<sup>24</sup> Der Ertrag dieser Bemühungen ist in erster Linie deskriptiver Art: Wir wissen heute, welche Rechtsgebiete und welche Rechtsregeln besonders umgehungsanfällig sind, in welchen Formen sich Umgehungsstrategien typischerweise verwirklichen und wie Gesetzgebung und Rechtsprechung hierauf reagiert haben.<sup>25</sup>

### 3. Ein Entwicklungspfad: Abstimmung sich überlagernder Ordnungen

Dieser Befund hat etwas Unbefriedigendes. Unser Bild von der Umgehung als generellem Phänomen ist noch immer eigentümlich unscharf. Die Kontroverse zwischen subjektiver und objektiver Umgehungstheorie hat die Formulierung von allgemeinen Regeln oder gar einer gemeinsamen Umgehungsformel nicht begünstigt. Wenn es uns um allgemeinere Konturen geht, bietet es sich an, nochmals mit größerem Abstand auf das Phänomen der Umgehung und seine Ursachen zu schauen. Im Privatrecht stellen sich Umgehungsfragen nur deshalb, weil die Rechtsordnung über die Privatautonomie Befugnisse gewährt, die sich im Regelungsbereich anderer Ordnungen auswirken und deren Anliegen irritieren oder vereiteln können. Die Umgehungsfrage thematisiert im Privatrecht also die Grenzen der Privatautonomie. Es geht um Vervollständigungen der Rechtsordnung in Bereichen,

<sup>20</sup> Römer (Fn. 14), passim; Schurig, in: FS für Ferid, 1989, 375 ff.; Heeder, *Fraus Legis*: Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Vorbehalt der Gesetzesumgehung, 1998, 85 ff.; Benecke (Fn. 15), 219 ff.

<sup>21</sup> Siehe nur Häsemeyer, in: FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 163, 166 ff.

<sup>22</sup> Dazu Sieker (Fn. 6), 74 ff.; Häsemeyer, in: FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 163, 168 f. und die Kritik von Walz, *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*, 1980, 211 ff.

<sup>23</sup> Näher Heeder (Fn. 20); Perrin, in: FS für Engel, 1989, 259 ff.; Lang, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, 1983.

<sup>24</sup> Dazu Teichmann (Fn. 12), 72 ff.; Römer (Fn. 14), 54 ff. und insbesondere Fleischer JZ 2003, 865 ff; für das Arbeitsrecht und das Gesellschaftsrecht Benecke (Fn. 15), 148 f.; zur österreichischen Perspektive bereits oben, Fn. 17.

<sup>25</sup> Typische Formen der Ausweichgestaltung und Mechanismen zur Verhinderung der Gesetzesumgehung eingehend bei Sieker (Fn. 6), 46 ff., 58 ff.; genauso das Fazit von Benecke (Fn. 15), 372 f.: „keine einheitliche Lösung“.

die über die bestehende Tatbestandsbildung nicht abschließend durchwirkt sind.<sup>26</sup> Das Gemeinsame und das Eigentümliche von Umgehungsfragen lässt sich damit näher umreißen: Umgehungsfragen sind Fragen der *Abstimmung sich überlagernder Ordnungen*.<sup>27</sup>

Diese Perspektive ist insoweit *privatrechtstypisch*, als sie nicht nur einseitig nach dem Geltungsanspruch der umgangenen Rechtsregel fragt, sondern Umgehung als Problem und als Ausdruck konfligierender Rechte, Freiheiten und Interessen erfasst. Zugleich eröffnet diese gedankliche Folie der sich überlagernden Ordnungen einen transparenten Weg zur Aufdeckung von Entscheidungsmaßstäben: Umgehungskonflikte sind aufzulösen nach den Wertungen und Funktionen der berührten Ordnungen. Die Ordnungsanliegen weisen den Weg zu den Sachgesichtspunkten, anhand derer zwischen berechtigter Wahrnehmung von Privatautonomie und ihren immanenten Grenzen unterschieden werden kann. Auch die großen Grundsatzdebatten der Umgehungstheorie lassen sich auf diesem Weg entscheiden: Welches Verhalten eine Umgehung bedeutet, ob sich allein durch Auslegung genügender Umgehungsschutz bewirken lässt und ob Umgehung eine darauf gerichtete Absicht voraussetzt, ist nach den *Anliegen* und dem *Gewicht* der berührten Ordnungen zu entscheiden. Damit verbindet sich das Eingeständnis von Wertungsspielräumen. Die Erwartungen daran, in welche Richtung die Rechtsordnung auf solche Überlagerungen von Privatautonomie und angrenzenden Ordnungsanliegen reagieren soll, werden davon abhängen, wie die konfligierenden Ordnungsinteressen gewichtet werden. Ideale Umgehungsentscheidungen werden das angelegte Wertungsgefüge *folgerichtig* weiterführen und im Sinne praktischer Konkordanz *funktional* vervollständigen. Um die damit verbundenen Argumentationsaufgaben sprachlich einzufangen, bietet sich die Formel vom *berechtigten Interesse* an. Gewendet auf den Untersuchungsgegenstand der Pflichtteilsumgehung geht es also darum, ob Gestaltungen, die die Anliegen des Pflichtteils irri-

---

<sup>26</sup> Dies deckt sich mit der Betonung teleologischer Erwägungen, wie sie auch von Vertretern der objektiven Theorie für richtig gehalten werden (oben Fn. 14). Die objektive Theorie reduziert Umgehung aber auf die Auslegung einer Rechtsnorm, während es im Privatrecht typischerweise um die Abstimmung mehrerer Rechtsnormen bzw. Ordnungen geht. Hinzu kommt, dass Teleologie keine Alternative zu subjektiven Voraussetzungen ist, sondern dass Teleologie gerade umgekehrt die Beachtlichkeit der inneren Haltungen nahelegen kann; dazu auch noch im Text. – Der hier vorgeschlagene Zugang ähnelt den Überlegungen von *Benecke* (Fn. 15), 111 ff. zur „umgehungspezifischen Wertung“ und dem Vorschlag von *Schurig*, in: FS für Ferid, 1989, 375, 401 ff. zur „Eingriffsschwelle“.

<sup>27</sup> Dieser Blick auf das Phänomen der Umgehung deckt zugleich die Verwandtschaft mit Fragen von Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung auf; näher *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, insbes. 51 ff., 111 ff.

tieren, sich angesichts ihrer pflichtteilsbeeinträchtigenden Wirkung in besonderer Weise legitimieren lassen als berechtigte Wahrnehmung von Privatautonomie.

#### *4. Zur weiteren Untersuchung*

Die Leistungsfähigkeit dieses Blicks auf die Umgehungsfrage soll nun anhand ausgewählter Strategien zur Pflichtteilsvermeidung erprobt und weiter erläutert werden: am Beispiel der lebzeitigen Schenkung (unten III.1.), der Güterstandsschaukel (unten III.2.), der Vermögensverlagerung ins Ausland (unten III.3.) und dem Pflichtteilsverzicht (unten III.4.). Die Auswahl entspricht der praktischen Bedeutung in unseren Rechtsordnungen. Zugleich lässt sich anhand dieser vier Strategien auch ein theoretisches Spektrum abdecken, weil der Umgehungschutz in unterschiedlichem Maße gesetzlich vorgeprägt ist. Für den Umgang mit lebzeitigen Schenkungen kennen wir einen gesetzlich ausgemessenen Umgehungschutz. Die Güterstandsschaukel steht stellvertretend für die Frage, inwieweit das gesetzliche Konzept der Schenkungseinbeziehung auch auf anders eingekleidete Zuwendungen anwendbar ist. Die kollisionsrechtliche Pflichtteilsflucht und der Pflichtteilsverzicht stehen schließlich stellvertretend für den Umgang mit Umgehungs-konstellationen, in denen der Umgehungschutz aus der allgemeinen Tatbestandsbildung und den ihr zugrundeliegenden Wertungen zu entwickeln ist.

Für alle diese Fragen liegt das Hauptaugenmerk darauf, die berührten Ordnungsanliegen offenzulegen und die Abstimmung von Pflichtteil und gegenläufiger Privatautonomie entlang der insgesamt verwirklichten Ausrichtungen und Betonungen der Rechtsordnung vorzunehmen. Folgerichtige Abstimmungen zwischen Pflichtteil und Privatautonomie setzen sicheres Wissen darüber voraus, wie die Anliegen des Pflichtteilsrechts im Verhältnis zur lebzeitigen Eigentümerfreiheit und ihren spezielleren Ausprägungen gewichtet werden. Bei dieser Standortbestimmung wird sich der rechtsvergleichende Blick als fruchtbar erweisen. Über typisierende Zuordnungen werden zugleich die Haltungen des eigenen Rechts sichtbar.

### *III. Betrachtung ausgewählter Umgehungsstrategien*

#### *1. Pflichtteilsreduktion durch Schenkungen*

Die größte Gefahr für Pflichtteilsansprüche bedeuten lebzeitige Schenkungen. Diese offensichtlichen Spannungen zwischen lebzeitiger Schenkungsfreiheit und Pflichtteilsrecht haben die europäischen Zivilrechtskodifikationen

gesetzlich dadurch aufgelöst, dass bestimmte Schenkungen in die Pflichtteilsbemessung einbezogen werden.

*a) Typologie: pflichtteilsbetonte und verfügungsbetonte Abstimmungen*

Die Ausgestaltung der Schenkungseinbeziehung enthält leicht ablesbare Rückverweisungen auf die Gewichtung des Pflichtteils im Verhältnis zur lebzeitigen Verfügungsfreiheit. In den romanischen Rechtsordnungen ist diese Abstimmung traditionell pflichtteilsbetont ausgefallen. Nach gesamtspanischem Recht sind auch zurückliegende Schenkungen mit der Herabsetzungsklage angreifbar.<sup>28</sup> Unsere Zivilgesetzbücher, also ABGB, BGB und ZGB, haben verfügungsbetonter entschieden. Wir kennen ausdrückliche und engere Fristen – in Österreich von zwei Jahren (§ 785 Abs. 3 S. 2 ABGB), in der Schweiz von fünf Jahren (Art. 527 Ziff. 3 ZGB), in Deutschland die ratielle Abschmelzung innerhalb von zehn Jahren (§ 2325 Abs. 3 BGB) –, und wir unterscheiden weiter nach der Person des Begünstigten. Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen sind in Österreich unbefristet einzurechnen (arg. e § 785 Abs. 3 S. 2 ABGB); in Deutschland beginnt der Fristlauf für Zuwendungen an Ehegatten erst mit Auflösung der Ehe (§ 2325 Abs. 3 S. 2 BGB). Hinter dieser Tatbestandsbildung schimmert eine gemeinsame Regel durch: Je länger eine Schenkung zurückliegt und je ferner der Beschenkte dem Erblasser steht, desto schwächer fällt der Umgehungsschutz und desto geringer fällt der Pflichtteil aus.

*b) Erklärung der Tatbestandsbildung*

Ob man diese gesetzlichen Ausmessungen des Umgehungsschutzes für gelungen hält, hängt zunächst von der Gewichtung der Pflichtteilsanliegen ab. Dies ist wissenschaftlicher Erkenntnis kaum zugänglich. Von Erkenntnisinteresse ist indes die konkrete Gestalt der gesetzlichen Tatbestandsbildung. Warum soll das Pflichtteilsinteresse gegenüber zeitlich und persönlich „ferne-

---

<sup>28</sup> Art. 820 Código civil enthält keine eigene Frist, so dass die Herabsetzungsklage wohl auch noch Schenkungen erfassen kann, die länger als 15 Jahre zurückliegen, siehe *Cámara Lapuente*, in: Anderson/Arroyo i Amayuelas (Hg.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, 2011, 269, 293: Frist von 15 oder 30 Jahren; enger *Arroyo i Amayuelas*, in: Röthel (Fn. 1), 257, 267: Frist von fünf oder 15 Jahren. In den Foralrechten besteht eine Tendenz zur ausdrücklichen Befristung der Herabsetzungsklage: Galizien hat im Jahr 2006 erstmals eine Frist von 15 Jahren eingeführt (Art. 252 Código civil), und Katalonien hat im Jahr 2008 seine Frist von 15 Jahren auf zehn Jahre gesenkt (Art. 451–27 Código civil).

ren“ Zuwendungen zurücktreten, und warum soll es gerade gegenüber „näheren“ Zuwendungen durchgesetzt werden?

*aa) Sanktion für bösliches Schenken?*

Die herkömmliche Erklärung von Pflichtteilsergänzung, Schenkungseinrechnung und Herabsetzungsklage, die sowohl die gesetzliche Tatbestandsbildung als auch die wesentlichen Rechtsprechungstendenzen prägt, verweist auf die Motive des Erblassers.<sup>29</sup> Zwar ist eine Missbrauchsabsicht nur in England<sup>30</sup> und in der Schweiz<sup>31</sup> konstitutive Voraussetzung für die Schenkungseinbeziehung.<sup>32</sup> Gemeinsam ist aber der Gedanke, über die Einbeziehung von Schenkungen nach ihrer zeitlichen Nähe zum Erbfall zu entscheiden.<sup>33</sup> Diese Fristen werden als Typisierungen von Missbrauchsabsicht verstanden: Je geringer der Abstand zum Erbfall, desto eher sei davon auszugehen, dass eine Schenkung in der Absicht der Verkürzung des Pflichtteilsrechts vorgenommen werde.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Siehe BGHZ 59, 210, 215; 157, 178, 187. In Österreich wird die unbefristete Einbeziehung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte (§ 785 Abs. 1 ABGB) ebenfalls mit der zu vermutenden „Verkürzungsabsicht“ des Erblassers erklärt; siehe nur *Welser*, in: FS für Straube, 2009, 215, 228 f.; *Fischer-Czermak NZ* 1998, 2, 6.

<sup>30</sup> Sec. 10 (2)(a) Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. Das Erfordernis der „intention“ wird indes auch dafür verantwortlich gemacht, dass es bislang kaum veröffentlichte Entscheidungen zur Umgehung gibt; siehe nur *Ross*, Inheritance Act Claims: Law and Practice, 2006, 50 ff.; *Angus/Clarke/Hewitt/Reet*, Inheritance Act Claims, 2007, 53 ff.; *Matthews*, in: Castelein/Foqué/Verbeke (Fn. 1), 123, 148 f.; Beispiele aber *Darwins v Judd* [1986] 2 FLR 360; *Hanbury v Hanbury* [1999] 2 FLR 255.

<sup>31</sup> Art. 527 Ziff. 4 ZGB.

<sup>32</sup> In Deutschland ausdrücklich abgelehnt in Mot. V, 453 f.

<sup>33</sup> In Deutschland werden Schenkungen während der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall ratierlich berücksichtigt (§ 2325 Abs. 3 BGB i.d.F. seit dem 1.1.2010), in der Schweiz gilt eine Frist von fünf Jahren (Art. 527 Ziff. 3 ZGB) und in Österreich eine Frist von zwei Jahren für Zuwendungen an nicht-pflichtteilsberechtigte Personen (§ 785 Abs. 3 S. 2 ABGB).

<sup>34</sup> Siehe zuletzt die Begründung zur Reform des § 2325 Abs. 3 BGB, BT-Drucks. 16/8954, 21; BGHZ 59, 210, 215; 125, 395, 397 f.; Prot. V, 588; Palandt/*Weidlich*, 70. Aufl. 2011, § 2325 Rn. 24. Ähnlich argumentiert die österreichische Gesetzesbegründung, siehe Bericht der Kommission für Justizgegenstände, Herrenhausbericht, 1912, 116: Ausgangspunkt war, dass „die kritische Zeit für Umgehungen des Noterbenrechts hauptsächlich nur die letzte Zeit vor dem Tode des Erblassers ist.“

Die historische Begründung des BGB erklärte die Frist indes erst in zweiter Linie als Typisierung missbräuchlicher Absicht. Im Vordergrund stand die Überlegung, dass sich die Pflichtteilsberechtigten mit der Zeit an die Vermögensminderung gewöhnt und die ganze Familie ihre Lebenshaltung darauf eingestellt hätten; sie würden daher, so die Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, „die auf eine weit zurücklie-

Auch die weiteren legislativen Unterscheidungen und judikativen Präzisierungen lassen sich auf Motivbewertungen zurückführen.<sup>35</sup> Besonders sichtbar ist dies in Deutschland für die Bestimmung des entlastenden Fristbeginns. Der BGH hat die „böbliche“ Schenkung zum entscheidenden Bezugspunkt gemacht: Die Frist beginnt erst dann, wenn der Erblasser die Folgen seiner Verfügung noch selbst zu spüren bekommt.<sup>36</sup> Je mehr der Erblasser den wirtschaftlichen Verlust selbst zu tragen hat, umso eher kann davon ausgegangen werden, dass die Verfügung auf guten Absichten oder berechtigten lebzeitigen Eigeninteressen beruhe, so die dahinter stehende Annahme. Auch andere Zweifelsfragen der Schenkungseinrechnung werden in der Praxis wesentlich mit Blick auf die innere Haltung des Schenkers entschieden. Motivbewertungen sollen die Fristhemmung bei Zuwendungen an Ehegatten (§ 2325 Abs. 3 BGB),<sup>37</sup> bei widerruflicher oder beeinflussbarer Stiftungszuwendung<sup>38</sup> und schließlich die Beschränkung der Einrechnung auf solche Schenkungen erklären, die in einem Zeitpunkt erfolgt sind, in denen das fragliche Pflichtteilsrecht bereits bestand (sog. doppelte Pflichtteilsberechtigung).<sup>39</sup> Zwar wächst im

---

gende Schenkung zurückzuführende Verringerung ihres Pflichtteils nicht als Schädigung empfinden“; Prot. V, 586; dieser Gedanke findet sich – erstaunlicherweise – wieder in BGHZ 102, 292. Ähnlich für Österreich abermals im Herrenhausbericht (aaO.), 113.

<sup>35</sup> Etwa im österreichischen Recht die Privilegierung von gemeinnützigen Zuwendungen (§ 785 Abs. 3 S. 2 Var. 2 ABGB) und in sämtlichen deutschsprachigen Rechtsordnungen die Privilegien für Zuwendungen von Versorgungsvermögen (Lebensversicherungen); dazu noch unten, III.2.a.

<sup>36</sup> BGHZ 98, 226 Lts. 1.

<sup>37</sup> Prot. V, 588; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 13 II 3.

<sup>38</sup> Für Österreich OGH NZ 2003, 179 ff. sowie JBl 2007, 780 ff.; in diese Richtung bereits *Schauer* NZ 1993, 251 ff.; weitergehend *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht, 2006, 31; eingehend *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts: Verhandlungen des 17. österreichischen Juristentages, Bd. II/1, 2009, 147 ff.; *ders.*, in: FS für Straube, 2009, 215 ff.; aus deutscher Sicht *Jakob*, in: FS für Werner, 2009, 110 ff.

<sup>39</sup> BGHZ 59, 210, 215: Im Hinblick auf Personen, deren Pflichtteilsrecht erst nach der Schenkung entstanden ist, könne eine „Absicht, das Pflichtteilsrecht dieser Personen zu kürzen, ... nicht bestanden haben“; im Ergebnis bestätigt von BGH NJW 1997, 2676.

Für Österreich folgt dies aus § 785 Abs. 2 ABGB: Das Recht zur Hinzurechnung „steht einem Kind nur hinsichtlich solcher Schenkungen zu, die der Erblasser zu einer Zeit gemacht hat, zu der er ein pflichtteilsberechtigtes Kind gehabt hat, dem Ehegatten nur hinsichtlich solcher Schenkungen, die während seiner Ehe mit dem Erblasser gemacht worden sind.“

In der Schweiz (siehe *Eitel* ZBJV 142 (2006), 457 ff.; *ders.*, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, 1998) wird die nach Art. 527 Ziff. 4 ZGB vorausgesetzte Missbrauchsabsicht daran geknüpft, dass Pflichtteilsberechtigte bereits im Zeitpunkt der Schenkung vorhanden waren; näher *Zoller*, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestands, 1998, 112 m.w.N. In diese Richtung lässt sich auch BGE 43

wissenschaftlichen Schrifttum Unbehagen gegen diese subjektiven Deutungen.<sup>40</sup> Auch in der jüngeren Rechtsprechung findet sich nun diese Betonung.<sup>41</sup> Gleichwohl bleibt der Gesamteindruck, dass das Bild des „missbräuchlichen“ Erblassers die Abmessung des Umgehungsschutzes nach wie vor prägt.

### *bb) Kritik*

Aber es bleiben Zweifel, ob die innere Haltung des Schenkers wirklich überzeugend erklären kann, gegenüber welchen Schenkungen der Pflichtteil durchgesetzt werden soll. Denn die Erklärung der Schenkungseinbeziehung über die innere Haltung des Schenkers (Missbrauchsabsicht) erinnert an das entstehungsgeschichtlich ausdrücklich verworfene Konzept der „pflichtwidrigen“ und „übermäßigen“ Schenkung.<sup>42</sup> Wenn das Pflichtteilsrecht nach

---

II 100 ff. deuten. Der Fall ähnelt BGHZ 59, 210 ff.; das BG bejahte eine Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 und musste daher nicht zu Art. 527 Ziff. 4 ZGB Stellung beziehen. Soweit eine Herabsetzungspflicht nach Art. 527 Ziff. 4 ZGB bejaht wurde (BGE 45 II 371; 50 II 104; 50 II 450; 52 II 338), bestand die Pflichtteilsberechtigung bereits im Zuwendungszeitpunkt.

<sup>40</sup> *Kipp/Coing* (Fn. 37), § 13 III 2; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 37 X 5; *Paulus* JZ 1987, 153 f.; *Otte* ZEV 1997, 373, 375; *Reinicke* NJW 1973, 597, 598; MünchKommBGB/*Lange*, Bd. 9, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rn. 8; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. I, 2010, Rn. 4251; *Staudinger/Olshausen* (2006) § 2325 Rn. 64 ff.; de lege ferenda für eine Klarstellung *Martiny* (Fn. 8), A 110.

<sup>41</sup> BGH NJW 1997, 2676; OLG Köln FamRZ 2006, 149, 150.

<sup>42</sup> Siehe für das deutsche Recht zunächst noch § 2209 E I und § 2190 E II. Erst mit dem zweiten Entwurf löste sich das BGB von dem Konzept der pflichtwidrigen Schenkung; siehe einerseits *von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, 1879, 750 ff., andererseits Prot. E I, 379 sowie *Endemann* und *Reatz*, in: Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. II, 1889, 46 ff., 70 ff. und die Entwurfskritik durch *Wilke*, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1890, 975, 991 f.; *von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 535 ff., 544.

Eine ähnliche Entwicklung ist für Österreich zu verzeichnen. Das ABGB kannte in seiner Fassung aus dem Jahr 1811 zunächst noch den Widerruf übermäßiger Schenkungen, d.h. solcher Schenkungen, die zulasten von Pflichtteilsberechtigten die Hälfte des Vermögens übersteigen (§ 951 a.F. ABGB), vgl. *Ofner* (Hg.), Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1889, 39 ff. Der Übergang zur heutigen Hinzurechnungslösung erfolgte mit der 3. Teilnovelle vom 19.3.1916; näher *Jud* NZ 1998, 16 ff.

Das Gegenkonzept der übermäßigen Schenkung entspringt dem gemeinrechtlichen Gedanken der Familienreserve; näher *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 130 III m.w.N.; zum Einfluss der restaurativen Familientheorie des 19. Jahrhunderts *Buchholz*, in: Röthel (Fn. 1), 119, 130 ff. Soweit in den romanischen Rechten auch zurückliegende Schenkungen herabsetzbar sind (siehe bereits oben in Fn. 28), spiegelt sich darin noch das Konzept der Familienreserve. Züge dieses Verfängerprinzips las-

heutiger Vorstellung auf *Nachlassteil* habe zielt,<sup>43</sup> dann enthält das Pflichtteilsrecht keinen Maßstab dafür, wann der Erblasser seine Eigentümerbefugnis missbraucht. Daher ist das Pflichtteilsrecht auch nicht davon abhängig, aus welchen Gründen der Erblasser den gesetzlichen Erbteil entzieht.<sup>44</sup> Wenn der Pflichtteil aber nicht als Sanktion für „böslisches“ Testieren ausgestaltet ist, ist es nicht folgerichtig, die Schenkungseinrechnung als Umgehungsschutz an die innere Haltung des Schenkers zu knüpfen. So wenig es bei der Bemessung des Pflichtteils auf die Motive des Erblassers ankommt, so wenig sollte die Umgehungsfraage daran ausgerichtet werden.

Hinzu kommen Bedenken gegen den angenommenen Zusammenhang von Missbrauchsabsicht und zeitlicher Nähe zum Erbfall. Selbst wenn man es für richtig hielte, dass die Absicht des Erblassers die entscheidende Grenzziehung leisten soll, wird man sich eingestehen müssen, dass es sich bei den Fristen um ungenaue Typisierungen handelt. Denn je mehr es dem Erblasser darum geht, den Pflichtteilsanspruch zu entwerten, umso frühzeitiger wird er anstreben, sein Vermögen planvoll lebzeitig zuzuwenden. Es ist keineswegs ausgemacht, dass böslische Absichten ein Phänomen der späten Jahre sind, und eine böslische Haltung wird auch nicht dadurch achtbarer, dass sie noch lange durchgehalten wird.<sup>45</sup> Noch größer müssen die Bedenken angesichts der Entscheidung des

---

sen sich für das schweizerische Recht nachweisen, siehe etwa *Druey*, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 6 Rn. 5 ff.

<sup>43</sup> Wir unterscheiden – anders als das englische Recht – zwischen Vermögensteilhaber durch Unterhalt, Güter- und Versorgungsausgleich sowie Nachlassteilhaber durch das Pflichtteilsrecht. Diese Ausdifferenzierung in Vermögensteilhaber und Nachlassteilhaber und die Ausprägung verschiedener Rechtsinstitute mit ihrer je eigenen Legitimation und ihren funktionspezifischen Voraussetzungen hat sich als sinnvoll erwiesen: Auf diese Weise lassen sich Gewissheitsverluste und Unsicherheiten vermeiden, wie sie dem englischen Recht nur zu vertraut sind. Zugleich drückt sich in der abgestuften Voraussetzungsichte von Vermögensteilhaber und Nachlassteilhaber der unterschiedliche Rang von lebzeitiger und letztwilliger Privatautonomie aus. Vermögensteilhaber berührt die Eigentümerfreiheit einschneidender als Nachlassteilhaber und bedarf daher gesteigerter Rechtfertigung. Dieser Einsicht entspricht es, dass Unterhalt und Güterausgleich an besondere und individualisierte Anspruchsgründe anknüpfen (Bedürftigkeit, Vertrauensschutz, gemeinsame Lebensleistung), während der Pflichtteilsanspruch ohne weiteres aus dem Statusverhältnis resultiert. Dies entspricht auch der Entscheidung des BGB, Pflichtteilergänzung grundsätzlich vom Erben und nicht vom Beschenkten zu verlangen (siehe *Rauscher* (Fn. 1), 345; *Mot.* V, 454 f.). Die Orientierung des Pflichtteilsanspruchs auf den Nachlass steht daher im Einklang mit heutigen Bewertungen der Eigentümerfreiheit und ist folgerichtig auch mit Blick auf das Gesamtsystem familiärer Vermögensteilhaber.

<sup>44</sup> Mit diesem Argument bereits von *Gierke* (Fn. 42), 537.

<sup>45</sup> *Leipold*, Erbrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 844; ähnlich die Bedenken von *Teichmann* (Fn. 12), 69 f.: Absicht rechtfertigt keine unterschiedliche Behandlung.

deutschen Gesetzgebers für die räterliche Abschmelzung (§ 2325 Abs. 3 BGB i.d.F. seit dem 1.1.2010) werden.<sup>46</sup>

Gleichermaßen ungenau ist der angenommene Zusammenhang zwischen wirtschaftlich spürbarem Vermögensopfer und lebzeitigem Eigeninteresse. Ein spürbares Vermögensopfer erleidet auch derjenige, der seinen Bargeldbestand lieber verbrennt, als ihn in den Nachlass fallen zu lassen. Oder anders gewendet: Je stärker der Erblasser davon motiviert ist, den Pflichtteilsberechtigten leer ausgehen zu lassen, umso mehr versagt die Anknüpfung an das spürbare Vermögensopfer. Selbst wenn man also die Benachteiligungsabsicht des Erblassers als das entscheidende Kriterium für die Identifikation von Pflichtteilsumgehungen ansähe, müssten die bislang ausgeprägten Tatbestände und Entscheidungsregeln in hohem Maße unbefriedigend und reformbedürftig erscheinen.

### *cc) Wirkungsähnliche Zurücksetzung*

Gleichwohl lässt sich die Entscheidung der europäischen Zivilrechtsordnungen, das Pflichtteilsrecht gerade gegenüber den zeitlich und persönlich näheren Schenkungen durchzusetzen, als folgerichtige Vervollständigung der Anliegen des Pflichtteils erklären. Denn diese näheren Schenkungen sind in ihren Wirkungen auf den Pflichtteilsberechtigten einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtnis ähnlicher als fernere Schenkungen. Nähere Schenkungen bedeuten eine *wirkungsähnlichere Zurücksetzung* als fernere Schenkungen. Zunächst lässt sich aus dieser Perspektive einsichtig machen, warum der Pflichtteil nur gegen Zuwendungen und nicht gegen jedes vermögensmindernde Verhalten durchgesetzt wird.<sup>47</sup> Denn nur Zuwendungen, nicht aber sonstiger Wertverzehr bedeuten Zurücksetzungen des Pflichtteilsberechtigten, die in ihren Wirkungen der erbrechtlichen Zurücksetzung entsprechen. Gemeinsam ist Schenkung, Vermächtnis und Erbeinsetzung die individuelle und weiterhin spürbare Begünstigung eines Dritten zulasten des Pflichtteilsberechtigten. Großzügige Lebenshaltung, blinde Spekulation oder selbst absichtliche Sorglosigkeit im Umgang mit Geld und Werten mindern zwar auch das Vermögen des Erblassers und damit langfristig den Nachlass, aber sie enthalten keine wirkungsähnliche Zurücksetzung des Pflichtteilsbe-

---

<sup>46</sup> Entweder wurde die Schenkung in der Absicht der Zurücksetzung der Pflichtteilsberechtigten vorgenommen oder nicht. Die innere Haltung im Zeitpunkt der Zuwendung kann nicht „abschmelzen“; wie hier etwa *Zintl*, Reform und Reformbedarf im Rahmen des § 2325 BGB, 2011, 19.

<sup>47</sup> Ähnlich *Rauscher* (Fn. 1), 346.

rechtigten. Es ist derselbe Gedanke, der dafür spricht, Erbzuwendungen und Schenkungen steuerlich zusammenzufassen.

Auch die in unserem Rechtskreis für richtig gehaltene Unterscheidung nach ferneren und näheren Schenkungen lässt sich mit dem Gedanken der wirkungsähnlichen Zurücksetzung erklären. Die wirtschaftlichen, ideellen und normativen Anliegen des Pflichtteils sind bei näheren Schenkungen stärker berührt als bei ferneren Schenkungen. Für die zeitliche Nähe wird dies ohnehin der gefühlten Zurücksetzung der Pflichtteilsberechtigten entsprechen. Aber auch in Bezug auf die persönliche Nähe sind die Anliegen des Pflichtteils bei näheren Zuwendungen typischerweise stärker berührt als bei ferneren Zuwendungen. Familiäre Schenkungen, insbesondere Schenkungen an Kinder, berühren die wirtschaftlichen, ideellen und insbesondere die normativen Anliegen des Pflichtteils ungleich mehr als Drittschenkungen.

#### *dd) Folgerungen für familiäre Schenkungen*

Damit deuten sich einige Unvollkommenheiten in der bestehenden Ausmessung des Umgehungsschutzes an. Denn das Pflichtteilsrecht wird immer häufiger in Familienkonstellationen bedeutsam, in denen es nicht um Mindestteilhabe in linearen Familienbeziehungen geht, sondern um Teilhabe am ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhang von Vermögen und Familie<sup>48</sup> in verzweigten und unterbrochenen Lebenszusammenhängen. Was wir als möglicherweise schon sozialadäquate Brüchigkeit von Familienbeziehungen erleben, hat dem Pflichtteilsrecht zu traurigem Bedeutungsgewinn verholfen. Der typische Pflichtteilsberechtigte ist nicht das gierige Unternehmerkind, das eigennützig den Fortbestand von Arbeitsplätzen gefährdet, sondern – zumindest zahlenmäßig häufiger – das Kind aus früherer Beziehung, das infolge neuer Partnerorientierung an Attraktivität für den Vater (seltener: für die Mutter) verloren hat. Dies legt jedenfalls eine Durchsicht der Sachverhalte sämtlicher in BGHZ veröffentlichten Entscheidungen zum Pflichtteilsrecht nahe.<sup>49</sup> Das Pflichtteilsrecht hat hier vielfältige Aufgaben. Ideell leistet es eine

<sup>48</sup> Begriff nach BVerfGE 112, 332, 353; allgemeiner BT-Drucks. 16/8954, 9: „familienschützende Funktion des Pflichtteils“; für die Schweiz insbesondere *Breitschmid successio* 2009, 276, 295 ff.; *ders.* RabelsZ 72 (2008), 686, 712 ff.; für Österreich etwa *Jud.*, in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Fn. 11), 241, 245.

<sup>49</sup> Von den insgesamt 72 Entscheidungen mit Schwerpunkt Pflichtteilsrecht betreffen lediglich 12 Verfahren Pflichtteilsrechte wegen Firmenfortführung gegenüber 21 Verfahren wegen pflichtteilsberechtigten Kindern aus früherer Ehe oder Partnerschaft; siehe BGHZ 1, 200 ff.; 14, 368 ff.; 17, 336 ff.; 18, 67 ff.; 33, 60 ff.; 37, 58 ff.; 38, 110 ff.; 52, 17 ff.; 59, 132 ff.; 73, 29 ff.; 77, 264 ff.; 80, 290 ff.; 88, 269 ff.; 95, 222 ff.; 98, 382 ff.; 107, 104 ff.; 108, 393 ff.; 116, 178 ff.; 118, 49 ff.; 144, 251 ff.; 167, 352 ff.; 171, 136 ff. Weitere

zumindest punktuelle Herstellung von Herkunftsfamilie, wirtschaftlich verbürgt es letzte Einlösung nachhaltig gebrochener Generationenversprechen. Vor allem aber realisiert das Pflichtteilsrecht Mindestgehalte einer normativen, von Gleichbehandlung geprägten Nachlassordnung.<sup>50</sup> Über das Pflichtteilsrecht verwirklichen sich Leitbildvorstellungen von einem gleichgerechten Erblasser, der zwischen seinen nichtehelichen und seinen ehelichen Kindern so wenig unterscheidet wie zwischen seinen Kindern aus gescheiterter erster Ehe und seinen Kindern aus glücklicher zweiter Ehe (vgl. § 1924 Abs. 4 BGB; §§ 730, 732 ABGB; Art. 457 Abs. 2 ZGB).<sup>51</sup>

Mit der zunehmenden Verzweigung von Familienverläufen werden Zurücksetzungen einzelner Kinder wahrscheinlicher und die Erwartungen an die egalisierende Wirkung über das Pflichtteilsrecht dringlicher. Übertragen auf die Abmessung der Schenkungseinbeziehung als Schutz vor Umgehung spricht dies für eine möglichst unbeschränkte Einrechnung sämtlicher Schenkungen an Kinder. Wahrscheinlich besteht nirgends ein intensiveres und langlebigeres emotionales Gedächtnis für Zurücksetzungen als unter Kindern. Hinzu kommt, dass jede Form der Befristung oder Begrenzung typischerweise einzelne Kinder aus dem Lebensverlauf des Erblassers mehr begünstigt als andere. Das ABGB hält auf diese jüngeren Herausforderungen eine Antwort bereit, die heute mehr denn je überzeugen kann. Die konsequente Unterscheidung in § 785 ABGB zwischen unbefristet anzurechnenden familialen Schenkungen, also Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte, und nur befristet anzurechnenden Drittschenkungen, leuchtet ein.<sup>52</sup>

---

15 Verfahren lassen sich auf anders begründeten innerfamiliären Streit zurückführen, während bei den verbleibenden 24 Verfahren eine klare Zuordnung nach diesen Kriterien nicht möglich ist. Für diese Aufarbeitung danke ich Herrn Malte Clauss, LL.B. sehr herzlich. – Zu dieser Funktion des Pflichtteilsrechts zum Schutz von Kindern aus früheren Beziehungen bereits *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, 85, 117 f.; ähnlich *Breitschmid* RabelsZ 72 (2008), 686, 713 Fn. 70.

<sup>50</sup> Die Legitimation des Pflichtteils ist normativierter geworden. Gleichbehandlung, Solidarität und Verantwortung in Statusbeziehungen stehen heute im Vordergrund; siehe zum deutschen Recht BT-Drucks. 16/8954, 8 f.; BVerfGE 112, 332 ff.; *Röthel* ZEV 2006, 8, 10 ff.; *dies.*, in: Lipp/Röthel/Windel (Fn. 49), 85, 111 ff.; *Otte* AcP 202 (2002), 317, 345 ff.; für Österreich *Welser*, Verh. 17. ÖJT (Fn. 38), 95 ff.; *Jud.*, in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Fn. 11), 241, 243 ff.; für die Schweiz *Breitschmid*, *successio* 2009, 276, 296 ff.; *ders.* RabelsZ 72 (2008), 686, 712 ff.

<sup>51</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gleichgerechte Erbrechtsordnung *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Gutachten A für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, A 20 ff. Im Zusammenhang mit der Pflichtteilsergänzung etwa BGH NJW 1972, 255, 257, dort allerdings als Argument gegen eine weitergehende Inhaltskontrolle gemäß § 138 BGB bei unterschiedlich begünstigenden Verfügungen.

<sup>52</sup> Unter Hinweis auf den „Ausgleichsgedanken“ des Pflichtteilsrechts insbes.

Auch für das deutsche Recht ergibt sich hieraus einig Bedenkenswerte. Je mehr das Pflichtteilsrecht auf Gleichheitsanliegen zurückgeführt wird, desto näher liegt die gesetzliche Entscheidung des österreichischen Rechts für eine unbefristete Einrechnung von Schenkungen an Kinder. Jedenfalls aber ist dies ein gewichtiges Argument gegen die vom BGH für erforderlich gehaltene sogenannte doppelte Pflichtteilsberechtigung.<sup>53</sup> Die Pflichtteilsergänzung sollte nicht daran geknüpft werden, ob der Pflichtteilsberechtigte bereits im Zeitpunkt der Schenkung gelebt hat.<sup>54</sup> Denn die Gleichbehandlung von Kindern ist nicht nur im Interesse früher geborener Kinder, sondern auch im Interesse später geborener Kinder zu verwirklichen.<sup>55</sup>

## 2. Anders eingekleidete Zuwendungen

Ungeachtet der soeben vorgeschlagenen Retuschen an der Tatbestandbildung hat sich das Konzept der Schenkungseinbeziehung als wirkungsvoller und unausweichlicher Umgehungsschutz bewährt. Wer auf eine Pflichtteilsreduktion bedacht ist, muss daher andere Wege gehen. Die Strategie geht dahin, Zuwendungen so einzukleiden, dass sie nicht oder nicht im selben Umfang der Schenkungseinrechnung unterliegen. Der Erblasser wendet Bezugsberechtigungen zu oder bewirkt Begünstigungen mit den Mitteln des Güterrechts oder des Gesellschaftsrechts. Die damit aufgeworfene Frage ist indes stets dieselbe: Stehen hinter diesen besonders eingekleideten Zuwendungsformen auch besondere Interessen, die die stärkere Zurücksetzung des Pflichtteilsberechtigten rechtfertigen?

### a) Zuwendung von Versicherungsansprüchen

Unsere Rechtsordnungen gehen eigentümlich unterschiedlich mit Lebensversicherungen um. Zwar besteht über die grundsätzliche Einbeziehung heute kein vernünftiger Zweifel mehr. Ein generelles Pflichtteilsprivileg wird nicht angenommen.<sup>56</sup> Aber es bestehen nach wie vor Unsicherheiten darüber,

---

Welser, in: FS für Kralik, 1986, 583, 585 ff.; auch de lege ferenda für eine Beibehaltung der ungleichen Fristen *ders.*, Verh. 17. ÖJT (Fn. 38), 138 ff.; *Jud.*, in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Fn. 11), 241, 253 f.; *dies.* öAnwBl 2000, 716, 723 f.; a.A. Zankl NZ 1998, 35, 37.

<sup>53</sup> Dazu bereits oben bei Fn. 39.

<sup>54</sup> BGHZ 59, 210 ff., im Ergebnis bestätigt in BGH NJW 1997, 2676.

<sup>55</sup> So eindrücklich *Otte* ZEV 1997, 373, 375; *Rauscher* (Fn. 1), 387 f. und nunmehr *Muscheler* (Fn. 40), Rn. 4220; siehe für Österreich § 785 Abs. 2 ABGB und dazu *Welser*, in: FS für Kralik, 1986, 583, 586.

<sup>56</sup> Siehe für die Schweiz BGE 116 II 243 ff.; BGE 102 II 325 ff.; gegen Herabsetz-

mit welchem Wert der Pflichtteil gegen Lebensversicherungen durchzusetzen ist: in Höhe der gezahlten Prämien,<sup>57</sup> des letzten Rückkaufswerts oder der Versicherungssumme?<sup>58</sup> Der BGH hat sich im Jahr 2010 für eine Anknüpfung an den letzten fiktiven Rückkaufswert ausgesprochen,<sup>59</sup> gleich also dem schweizerischen ZGB (Art. 476, 529 ZGB)<sup>60</sup> und anders als der österreichische OGH, der die gesamte Versicherungssumme in die Pflichtteilsbemessung einbezieht.<sup>61</sup>

Der BGH hat viel Mühe darauf verwendet um zu erklären, dass einrechenbare Schenkung nur etwas sein könne, das überhaupt im Vermögen des Erblassers vorhanden gewesen ist.<sup>62</sup> Diese eher technische Argumentation verschleiert indes die eigentliche Frage, die hier zu entscheiden ist. Versteht man die Schenkungseinbeziehung als Antwort auf die Umgehungsfrage und damit als Abstimmung von Pflichtteil und lebzeitiger Verfügungsfreiheit, drängen sich andere Einsichten auf: Jede Entscheidung gegen eine Einbeziehung der gesamten Versicherungssumme bedeutet ein Privileg für eine einzelne Zuwendungsform (Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall) zu einem vermuteten Zuwendungszweck (Versorgungszweck). Ob aber wirklich jede Zuwendung einer Lebensversicherung einen rechtfertigenden Versorgungszweck erfüllt, der auch gegenüber dem Pflichtteilsinteresse privilegierungswürdig ist, muss bezweifelt werden. Erklärbar wäre ein Einrechnungsprivileg nur dann, wenn die Zuwendungsform der Lebensversicherung sicher und ausschließlich auf besondere, das Pflichtteilsprivileg rechtfertigende lebzeitige Zwecke verweisen würde. Dies ist indes nicht der Fall. Der Versorgungszweck ist nicht an die Konstruktion der Zuwendung geknüpft. Vielmehr

---

barkeit sittlich gebotener Schenkungen aber *Eitel*, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, 1998, 459 ff. In Deutschland wird dies eher als Frage eines Versorgungsprivilegs diskutiert, dazu *Rauscher* (Fn. 1), 334 ff.; *Röthel* (Fn. 51), A 45.

<sup>57</sup> So noch RGZ 61, 217 ff.; 128, 187 ff.; BGHZ 7, 134 ff.; BGH FamRZ 1976, 616; zustimmend etwa Staudinger/*Ferid/Cieslar*, 12. Aufl. 1983, § 2325 Rn. 18; *Soergel/Dieckmann*, 13. Aufl. 2002, § 2325 Rn. 22 sowie teilweise *Rauscher* (Fn. 1), 337 ff.

<sup>58</sup> Dafür OGH NZ 1997, 394 ff. im Anschluss an *Zankl* NZ 1989, 1 ff.; zustimmend etwa *Welser*, in: FS für Hopf, 2007, 249, 256 f.; näher *Schauer*, in: Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hg.), Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2010, § 22 Rn. 7. Genauso für das schweizerische Recht *Piotet*, Droit Successoral, 1975, § 65. Für das deutsche Recht insbesondere *Harder* FamRZ 1976, 617 f.; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, 315 f.; *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1998, 171.

<sup>59</sup> BGHZ 185, 252 = LMK 2010, 304941 (*Röthel*).

<sup>60</sup> Näher *Weimar*, in: Berner Kommentar, Bd. III/1, 2009, Art. 476 Rn. 35 ff., auch zur Kritik von *Piotet* (Fn. 58).

<sup>61</sup> OGH NZ 1997, 394 ff.; obiter bestätigt in NZ 2003, 340, 341.

<sup>62</sup> BGHZ 185, 252, 256 ff.; nachfolgend erläutert von *Rudy* VersR 2010, 1395 ff. und *Wendt* ZNotP 2011, 242 ff.

können Versorgungszwecke gleichermaßen durch unmittelbare Zuwendungen sinnvoll verfolgt werden. Berechtigte Interessen, die eine Besserstellung der Zuwendung eines Bezugsrechts gegenüber der allgemeinen Schenkungseinbeziehung und damit gegenüber dem Pflichtteilsinteresse rechtfertigen, sind nicht ersichtlich. Es wäre daher folgerichtiger, die Privilegierung der Lebensversicherung ganz aufzugeben und – wie bei einer unmittelbaren Zuwendung – die gesamte Versicherungssumme einzurechnen. Dies entspricht zugleich der Wahrnehmung der Pflichtteilsberechtigten, die ihre Zurücksetzung sowohl ideell als auch wirtschaftlich an der vom Erblasser planvoll intendierten Auszahlung festmachen werden und nicht an einem fiktiven letzten Rückkaufswert.

### *b) Ehevertragliche Zuwendungen*

Ähnliche Fragen stellen sich für den Umgang mit ehevertraglich bewirkten Vermögenszuwendungen. Abermals ist zu entscheiden, ob solche Zuwendungen wie Schenkungen anzusehen und damit zum Schutz vor Umgehung des Pflichtteils anzurechnen sind, oder ob dahinter privilegierungswürdige Interessen stehen, die solche Zuwendungen nicht als Umgehung, sondern als eine berechtigte Wahrnehmung von Privatautonomie erscheinen lassen.<sup>63</sup> Diese Fragen stellen sich insbesondere für das deutsche Recht: Es geht um die Wirksamkeit der sogenannten „Güterstandsschaukel“.

#### *aa) Typologie: Pflichtteilsbetonte und güterrechtsbetonte Abstimmungen*

Die Abstimmung von Pflichtteil und Ehevermögensordnung verweist in unwegsames Gelände. Hier sind nationale Konzepte und Traditionen in stärkerem Maße spürbar als in den bisherigen Betrachtungen. Zum unterschiedlichen Pflichtteilsschutz treten unterschiedliche Ausrichtungen des Güterrechts. Beides erschwert die dogmatische Kartographierung. Gleichwohl lassen sich typologische Zusammenhänge aufzeigen. Eine Rechtsordnung, die das gesetzliche Güterrecht weniger auf eine Vermögensgemeinschaft entwirft, wird keinen Grund für eine Privilegierung von Zuwendungen unter Ehegatten sehen, die Schenkungseinrechnung entsprechend weit fassen und

<sup>63</sup> Das im Folgenden aufzuzeigende gedankliche Muster ließe sich schließlich für den Umgang mit gesellschaftsrechtlich bewirkten Vermögenszuwächsen (näher Münch-KommBGB/Lange (Fn. 40), § 2325 Rn. 31 ff.; von *Dickhuth-Harrach*, in: FS des Rheinischen Notariats, 1998, 185, 225 ff.) weiter entwickeln: Es kommt darauf an, ob sich die Pflichtteilsauswirkungen gesellschaftsrechtlich legitimieren lassen, etwa im Gegenzug für die Übernahme von Gesellschafterpflichten; vgl. BGH NJW 1981, 1956. Siehe für Österreich OGH GesRZ 1993, 38 und die Kritik von *Umlauf* NZ 1998, 48, 50.

also *pflichtteilsbetont* entscheiden. Hingegen wird eine *güterrechtsbetonte* Rechtsordnung, die das eheliche Güterrecht auf eine starke Gemeinschaft der Ehegatten entwirft, Vermögenszuwendungen unter Ehegatten eher pflichtteilsünstig beurteilen, sie als ehebezogen legitimieren und daher vom Pflichtteilsschutz ausnehmen.

Auf dieser typologischen Landkarte lässt sich Österreich eindeutig den pflichtteilsbetonten Rechtsordnungen zuordnen. Das güterrechtliche Leitbild ist die Gütertrennung (§ 1237 ABGB). Zwar kennt das österreichische Recht im gesetzlichen Güterstand güterrechtliche Teilhabeansprüche, beschränkt diese aber jedenfalls *de lege lata* auf den Fall der Scheidung: Ein Ausgleich nach den §§ 81 ff. EheG ist nicht vorgesehen, wenn die Ehe durch Tod gelöst wird.<sup>64</sup> Von daher ist es konsequent, dass güterrechtliche Empfänge durch Ehepakt ausdrücklich in die Nachlassverteilung einbezogen werden (§ 757 Abs. 2 ABGB). Besondere ehebezogene Erwerbsgründe, die Pflichtteilsprivilegierungen rechtfertigen könnten, werden nicht anerkannt, so dass das Güterrecht offenbar kaum Gestaltungsanreize zur Pflichtteilsumgehung eröffnet.<sup>65</sup>

In vielen Punkten entgegengesetzt hat das schweizerische Recht entschieden. Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB) ist zwar ebenfalls eine Form der Gütertrennung mit späterer Errungenschaftsteilhabe, doch ist der Teilhabegedanke stärker verwirklicht: Die Errungenschaft erfährt schon während des Güterstands eine gewisse Sonderung; sie wird durch Zuordnungs- und Beweisregeln begünstigt (Art. 197 Abs. 2, 200 ZGB) und – anders als im österreichischen Recht – auch beim Tod eines Ehegatten real ausgeglichen.<sup>66</sup> Eine hiernach bestehende Ausgleichsforderung (Art. 215 ZGB) richtet sich gegen den Nachlass und wird nicht auf Erb- oder Pflichtteile angerechnet.<sup>67</sup> Ein gewisser Pflichtteilsschutz besteht indes für Vereinbarungen über abweichende Zuweisungen des Vorschlags: Mit Art. 216 Abs. 2 ZGB<sup>68</sup> kennt das schweizerische Recht nunmehr einen selbständigen

<sup>64</sup> Für Reformbedarf etwa *Jud*, in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Fn. 11), 241, 257 m.w.N.; a.A. *Welser*, Verh. 17. ÖJT (Fn. 38), 58 f. – Aus deutscher Perspektive bemerkenswert ist, dass gerade die werthaltigen Bestandteile der Errungenschaft von der Realteilung der Errungenschaft ausgenommen sind (§ 82 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 EheG für Unternehmen und Wertanlagen). Auch hieran lässt sich das Gewicht güterrechtlicher Teilhabeinteressen im österreichischen Recht ablesen.

<sup>65</sup> Siehe aber *Fischer-Czermak* NZ 1998, 2, 3 und *dies.*, in: Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Fn. 58), § 20 Rn. 96 ff.

<sup>66</sup> Zum rechtspolitischen Konzept etwa *Hausbeer*, in: Henrich/Schwab (Hg.), Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999, 223, 251 ff.

<sup>67</sup> Die güterrechtliche Auseinandersetzung hat der erbrechtlichen Auseinandersetzung vorzugehen: BGE 107 II 119, 126.

<sup>68</sup> Art. 216 ZGB lautet: „<sup>1</sup>Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vor-

außerordentlichen Herabsetzungstatbestand zugunsten des Pflichtteils *nicht-gemeinsamer* Kinder.<sup>69</sup> Dies knüpft an eine Entwicklung in der Rechtsprechung des BG an, das sich erstmals im Jahr 1976 dafür ausgesprochen hatte, eine weitergehende Zuweisung des Vorschlags<sup>70</sup> an den *überlebenden* Ehegatten mit Blick auf den Pflichtteil eines Kindes aus erster Ehe des Erblassers als herabsetzungspflichtige Schenkung anzusehen.<sup>71</sup> Genauso entschied das BG im umgekehrten Fall: Auch die Zuweisung des Vorschlags an den zuerst verstorbenden Ehegatten wird als herabsetzungspflichtige Schenkung des überlebenden Ehegatten angesehen.<sup>72</sup> Jedenfalls für den gesetzlichen Güterstand ist die Entscheidung über Pflichtteilsprivileg und ehebezogene Legitimation danach eng am Teilhabemodell des gesetzlichen Güterstands orientiert.<sup>73</sup>

*bb) Ein deutsches Problem: Pflichtteilsfolgen der „Güterstandsschaukel“*

Das deutsche Recht erinnert in seiner Grundanlage zunächst an das schweizerische Recht. Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft umreißt in ähnlicher Weise einen Rahmen für die Abstimmung von Ehevermögensordnung und Pflichtteil. Die Vermögenswirkungen des gesetzlichen Güterstands stehen damit eigentlich nicht unter Umgehungsverdacht. Es kommt indes im deutschen Recht etwas hinzu, das die Sache verkompliziert: Weil der Güterstand Auswirkungen auf die Pflichtteilsquote hat (§§ 1931, 1371, 2303 BGB), können Ehegatten einander durch geschicktes Hin- und Herwechseln zwischen den Güterständen zu beträchtlichen Vermögenszuwächsen ver-

---

schlag vereinbart werden.<sup>2</sup> Solche Vereinbarungen dürfen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen.<sup>4</sup>

<sup>69</sup> Zu Entstehungsgeschichte und Ratio des Art. 216 Abs. 2 ZGB *Hausheer/Reusser/Geiser*, in: Berner Kommentar, Bd. II/1, 1992, Art. 216 ZGB Rn. 4 ff.

<sup>70</sup> Die Entscheidung erging noch unter Geltung des früheren gesetzlichen Güterstands der Güterverbindung. Nach Art. 214 Abs. 1 ZGB a.F. gebührte der Vorschlag zu einem Drittel der Ehefrau und ihren Nachkommen und im Übrigen dem Ehemann oder seinen Erben.

<sup>71</sup> Grundlegend BGE 102 II 313 ff., in Abkehr von BGE 58 II 1 ff. und 82 II 477 ff. Mit einer solchen Vereinbarung bekundeten die Ehegatten, so das BG, dass die Begünstigung nicht von besonderen Verdiensten um das Zustandekommen des Vorschlags, sondern allein von der Zufälligkeit der Absterbeordnung abhängen soll. Die Zuwendung erweise sich damit als reine Liberalität, so BGE 102 II 313, 325.

<sup>72</sup> BGE 128 III 314; dazu kritisch *Weimar*, in: FS für Rey, 2003, 597 ff.

<sup>73</sup> Diese Rechtsentwicklung legt es nahe, dass heute auch andere Formen der güterrechtlichen Begünstigung, z.B. durch Übergang zur Gütergemeinschaft oder Abänderung der Gesamtgutsaufteilung, als herabsetzungspflichtige Verfügungen angesehen werden; gegen Herabsetzungspflicht noch *Tuor*, in: Berner Kommentar, Bd. III/1, 2. Aufl. 1952, Art. 527 Rn. 21; anders *Forni/Piatti*, in: Basler Kommentar, ZGB II, 3. Aufl. 2007, Art. 527 Rn. 7 ff.

helfen, die als güterrechtliche Vermögensbewegungen prima facie nicht der Schenkungseinrechnung unterliegen.<sup>74</sup>

(1) Bereits das Reichsgericht hatte mit solchen Fällen zu tun und bemühte sich um Grenzziehungen. Eine für fünf Tage begründete Gütergemeinschaft, die nur ein „mit Vorbedacht gewählter Umweg“ sei, so das RG im Jahr 1915, führe nicht zu einer güterrechtlichen Erwerbsscausa. Der mit der Aufhebung der Gütergemeinschaft verbundene Vermögenszuwachs der Ehefrau sei in Wahrheit Schenkung und unterliege der Schenkungseinrechnung.<sup>75</sup> Der BGH hat dies später in einem ähnlich gelagerten Fall enger gefasst und die Einbeziehung des durch Aufhebung einer Gütergemeinschaft begründeten Vermögenszuwachses in die Pflichtteilsberechnung davon abhängig gemacht, dass die Geschäftsabsichten der Ehegatten nicht zwecks Verwirklichung der Ehe auf eine Ordnung der beiderseitigen Vermögen gerichtet waren.<sup>76</sup> Abermals treffen wir auf Spielarten der subjektiven Umgehungstheorie: „Vorbedacht“ und „Geschäftsabsichten“ sollen darüber entscheiden, ob güterrechtliche Vermögensveränderungen berechtigter Ausdruck der Ehevertragsfreiheit oder Pflichtteilsumgehung sind.

(2) Folgerichtiger lässt sich die Umgehungsfrage beantworten, wenn man nicht auf die Absichten und Motive der Beteiligten abstellt, sondern die Abstimmung zwischen Ehevermögensordnung und Pflichtteilsverletzung wiederum anhand der jeweiligen Ordnungsinteressen entscheidet. Das Pflichtteilsrecht ist durchzusetzen gegenüber Vermögenszuwendungen, die sich nicht ehebezogen legitimieren lassen. Inhalt und Ausmaß der ehebezogenen Legitimation sind anhand der Gerechtigkeitsanliegen der gesetzlichen Solidarordnungen zu entwickeln. Eheliches Güterrecht, Unterhalt und Versorgungsausgleich vermitteln die maßgeblichen Bezugspunkte und Leitbilder. Zu den ehebezogenen Interessen zählt insbesondere der Ausgleich gemeinsamer, durch gleichwertige Beiträge erwirtschafteten *Lebensleistung* und die solidarische Sorge für künftige *Lebensbedürfnisse*.<sup>77</sup> Zuwendungen, die sich als solidarische Sorge für künftige Lebensbedürfnisse oder als Ausgleich für die gemeinsame Lebensleistung erklären lassen, sind funktional Eheordnung und nicht pflichtteilsverletzende Nachlassordnung.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Näher etwa *Abele/Klinger/Maulbetsch* (Fn. 5), § 3 Rn. 1 ff.; *Pawlytta*, in: J. Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Hg.), *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 60 ff.; *G. Müller*, in: Schlitt/Müller (Hg.), *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2010, § 11 Rn. 74 ff.; *J. Mayer* Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2006, 129 ff.

<sup>75</sup> RGZ 87, 301, 304 f.

<sup>76</sup> BGHZ 116, 178, 181.

<sup>77</sup> Siehe BVerfGE 53, 257, 296; 79, 106, 126; 105, 1, 10 f.; insgesamt bestätigt durch BVerfG NJW 2011, 836; näher *Röthel*, in: FS für Werner, 2009, 486, 491 ff.

<sup>78</sup> Siehe ähnlich die Argumentation von BGHZ 116, 167, 173 ff. zur Ergänzungs-

(3) Nimmt man die Gerechtigkeitsanliegen der gesetzlichen Solidarordnungen als maßgeblichen Bezugspunkt für die Abstimmung von Ehevermögensordnung und Pflichtteilsrecht, lässt sich verlässlich über die Pflichtteilsfestigkeit von ehevertraglichen Vermögensübertragungen entscheiden. Wechseln Ehegatten vom gesetzlichen Güterstand zur Gütertrennung, um den dadurch entstehenden Ausgleichsanspruch durch lebzeitige Vermögensübertragungen abzugelten (§ 1378 BGB), können daraus auch dann ehebezogen legitimierbare und daher nicht pflichtteilsverletzende Vermögensvorteile resultieren, wenn der Güterstand nach gemeinsamem Plan in Todesnähe geändert wurde.<sup>79</sup> Dabei kommt es weniger auf die Dauer des Güterstands oder den Zeitpunkt des Güterstandswechsels an.<sup>80</sup> Entscheidend ist die Quelle des Vermögens: Vermögensteilhabe an der Errungenschaft entspricht güterrechtlichen Gerechtigkeitsanliegen; angreifbarer ist der Güterstandswechsel, wenn er zur Übertragung eingebrachten Vermögens führt.<sup>81</sup>

Gleichwohl wird die Pflichtteilsfestigkeit der Vermögenswirkung eines Wechsels vom gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung vielfach bezweifelt.<sup>82</sup> Dahinter stehen Unsicherheiten über den Gerechtigkeitsgehalt des gesetzlichen Güterstands: Zuweilen mag die hälftige Teilhabe an der Errungenschaft noch immer als unverdientes Geschenk und nicht als Anrecht kraft gemeinsamer Lebensleistung erscheinen. Hier sind einige familienrechtliche Akzentuierungen ehelicher Solidarität für das Erbrecht zu rezipieren. Ehevertragliche Güterbewegungen, die im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine Halbteilung der Errungenschaft hinauslaufen, sollten eigentlich über jeden

---

pflicht von sogenannten unbenannten Zuwendungen und jüngst OLG Stuttgart ZEV 2011, 384 – Zuwendungen für eine angemessene Altersversorgung sind nicht ergänzungspflichtig.

<sup>79</sup> Vorgeschlagen etwa von *Brambring* ZEV 1996, 248, 252 ff. – Dies entspricht der steuerrechtlichen Bewertung; siehe § 5 Abs. 2 ErbStG (keine Steuerpflicht), bestätigt von BFHE 210, 470 = BStBl. II 2005, 843; wie hier jüngst *Forster*, in: FS für Schapp, 2010, 143 ff.

<sup>80</sup> Siehe aber RGZ 87, 301: Gütergemeinschaft von fünf Tagen als ergänzungspflichtige Schenkung.

<sup>81</sup> In diese Richtung *Langenfeld* NJW 1994, 2133, 2134 f.; *Klingelböffer* NJW 1993, 1097, 1101; für weitergehende ehebezogene Legitimation wohl *Kues* FamRZ 1992, 924, 925 f., allerdings mit Blick auf die gleichwertigen Beiträge zu Haushaltsführung und Kindererziehung. – Aus steuerlichen Gründen empfiehlt sich die spätere Begründung von Gütergemeinschaft ohnehin nicht mehr (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG – schenkungssteuerpflichtig), so dass sich Zweifelsfragen in der Praxis nur noch für den Wechsel aus dem gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung ergeben sowie für unbenannte Zuwendungen.

<sup>82</sup> Etwa bei *Abele/Klinger/Maulbetsch* (Fn. 5) § 3 Rn. 27; vorsichtig zur Pflichtteilsfestigkeit auch *Staudinger/Olshausen* (Fn. 40), § 2325 Rn. 23 f.; *MünchKommBGB/Lange* (Fn. 40), § 2325 Rn. 25.

Umgehungszweifel erhaben sein, unabhängig davon, wie viel gütervertragliche „Schaukelei“ im Spiel war. Auch eine (abermalige) Rückkehr in den gesetzlichen Güterstand lässt sich güterrechtlich legitimieren: Der Ausflug in die Gütertrennung ermöglicht die dingliche Aufteilung des gemeinsam Errungenen, ohne dass die Ehegatten das Gerechtigkeitsmodell des gesetzlichen Güterstands für sich aufgeben wollen. Im Gegenteil: Die lebzeitige (vorzeitige) Verwirklichung des Zugewinnausgleichs entspricht den Gerechtigkeitsanliegen solidarischen gemeinsamen Erwerbs im Grunde noch mehr als die dingliche Alleinzueweisung der Errungenschaft an einen Ehegatten.<sup>83</sup> Dass sich dies auf die Pflichtteilsquote von Abkömmlingen auswirkt (§§ 1931, 1371 BGB), sollte die Rückkehr in den gesetzlichen Güterstand nicht in den Bereich des Rechtsmissbrauchs erheben.<sup>84</sup> Der „Webfehler“ liegt in der ungunstigen Verflechtung von Güterrecht und Erbrecht im deutschen Recht – und der unsichere Umgang mit der Güterstandsschaukel ist ein Argument mehr für eine Entflechtung von Güterrecht und Erbrecht.<sup>85</sup>

### 3. Pflichtteilsflucht

Wer auf Pflichtteilsvermeidung bedacht ist und weder seinen Ehegatten an der Errungenschaft partizipieren lassen noch sein Vermögen aufzehren oder verschleudern möchte, mag zu größeren Eskapaden bereit sein. Eine viel empfohlene Strategie zur Pflichtteilsvermeidung liegt darin, Vermögen in den Geltungsbereich von Rechtsordnungen zu übertragen, die einen schwäche-

<sup>83</sup> Zu dieser Kritik am dinglichen Gefälle des gesetzlichen Güterstands *Röthel* FPR 2009, 273 ff.; ähnliche Bedenken bei *Helms*, in: FS für Spellenberg, 2010, 27, 40 ff.

<sup>84</sup> Ähnlich *Hayler* DNotZ 2000, 681, 688 ff.; zweifelnd etwa *Pawlytta*, in: J. Mayer/Suß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Fn. 74), § 7 Rn. 66; *Brambring* ZEV 1996, 248, 253; MünchKommBGB/*Lange* (Fn. 40), § 2325 Rn. 25: „nicht geklärt“.

<sup>85</sup> Der 68. Deutsche Juristentag 2010 hat sich wie schon *Coing*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln? Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag, 1972, A 41 ff., 53 f. für eine Entflechtung von güterrechtlicher und erbrechtlicher Beteiligung ausgesprochen. Empfohlen wurde eine güterstands-unabhängige Erhöhung der gesetzlichen Erbquote auf ½ neben einem oder mehreren Kindern (Beschluss Nr. II.7, angenommen mit 50 Ja-Stimmen gegen 15 Nein-Stimmen und 6 Enthaltungen). Dies bewältigt indes nur einen Teil der Zweifelsfragen, weil damit der Zugewinnausgleich im Todesfall ersatzlos aufgegeben wurde. Dies entspricht mancher Forderung aus früherer Zeit, siehe etwa *Bärmann* AcP 157 (1957), 163, 181 ff. Es lässt sich indes nur schwer mit unserem Verständnis von güterrechtlicher Teilhabe in Einklang bringen, dazu meine Kritik in JZ 2011, 222, 224 f. – De lege ferenda wäre auch denkbar, dass zumindest dann, wenn die Ehegatten durch Wechsel in die Gütertrennung bereits einen lebzeitigen Ausgleich herbeigeführt haben, auch im Todesfall stets (nur) eine reale und keine pauschale Abgeltung erfolgt.

ren Schutz des Pflichtteils verfolgen.<sup>86</sup> Aus kontinentaleuropäischer Perspektive ist damit insbesondere das englische Recht angesprochen. Auf englischen Grundbesitz kommt englisches Sachrecht zur Anwendung, und dies führt dazu, dass sich auch die Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche in Bezug auf den Immobilienbesitz nach englischem Recht richten,<sup>87</sup> das „nur“ sogenannte *family provisions*, aber keine generalisierten, statusgegründeten Quoten kennt.<sup>88</sup> Immobilien im Rechtskreis des Common Law werden daher in der entsprechenden Beratungsliteratur weiterhin als Praxistipp zur Pflichtteilsvermeidung empfohlen.<sup>89</sup>

Eine andere Strategie zielt auf Privatstiftungen, und zwar auf solche Privatstiftungen, die dank ihrer Rechtsumgebung eine gewisse Abschirmung gegen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche versprechen.<sup>90</sup> Diese Abschirmung verspricht insbesondere das liechtensteinische Recht. Seit dem Jahr 2008 richten sich Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen liechtensteinische Stiftungen kumulativ nach dem Heimatrecht des Erblassers und nach liechtensteinischem Recht (Art. 29 Abs. 5 S. 2 IPRG). Dies hat zur Folge, dass Stiftungszuwendungen nur innerhalb von zwei Jahren – und nicht wie nach deutschem Recht innerhalb von zehn Jahren – anzurechnen sind.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> Erläutert etwa bei *Abele/Klinger/Maulbetsch* (Fn. 5), § 8 Rn. 1 ff.

<sup>87</sup> Siehe für Grundbesitz in Florida BGH NJW 1993, 1920 f.; OLG Celle ZEV 2003, 509, 511.

<sup>88</sup> Näher *Röthel*, in: FS für von Hoffmann, 2011, 348 ff.; *dies*, RabelsZ 76 (2012), 131 ff.; *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision, 2004, insbes. 105 ff.

<sup>89</sup> Siehe nur *Lehmann*, in: Schlitt/Müller (Fn. 74), § 14 Rn. 159; *Abele/Klinger/Maulbetsch* (Fn. 5), § 8 Rn. 67 f.

<sup>90</sup> Ansonsten unterliegen Zuwendungen an Privatstiftungen der Pflichtteilsergänzung; für inländische gemeinnützige Stiftungen BGHZ 157, 178, 181 ff. – Dresdner Frauenkirche; zusammenfassend *Dutta*, in: Grziwotz (Hg.), Erbrecht und Vermögenssicherung, 2011, 71, 85 ff.; siehe auch *Röthel* ZEV 2006, 8 ff.; *von Oertzen/Hosser* ZEV 2010, 168, 171 f.; *Jakob*, in: Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2007, 2008, 113, 118 ff.

Siehe für Österreich OGH NZ 2003, 179 mit Anm. *Schauer*: Zuwendungen an Privatstiftungen können anrechnungspflichtige Schenkungen sein; OGH JBl 2007, 780: kein Fristbeginn bei widerruflicher Stiftungserrichtung; dazu schon *Schauer* NZ 1993, 251 ff.; *Limberg* (Fn. 38), 24 ff., *Jud*, in: FS für Welser, 2004, 369, 380 ff.; de lege ferenda für eine unbefristete Anrechnung *Welser*, in: FS für Straube, 2009, 215, 229 f.; *ders.*, Verh. 17. ÖJT (Fn. 38), 147 ff.

In der Schweiz ist die Herabsetzbarkeit von Zuwendungen an Stiftungen in Art. 82 ZGB ausdrücklich geregelt; zum Normzweck *Grüniger*, in: Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl. 2006, Art. 82 Rn. 1 f. Zu Liechtenstein siehe FL OGH LES 2006, 468 – Errichtung einer Stiftung unterliegt der Anfechtung durch die Noterben, die einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend machen können (Lts. 1a); eingehend *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung, 2009, insbesondere 293 ff., 297 ff.

<sup>91</sup> Art. 29 Abs. 5 IPRG lautet: „Ob der verkürzte Noterbe Rechte gegenüber Drit-

Hinzu kommt – jedenfalls aus deutscher Sicht – ein verfahrensrechtliches Problem: Deutsche Titel sind – anders als österreichische oder schweizerische Titel – in Liechtenstein nicht vollstreckbar.<sup>92</sup> Auf diesem Wege haben Errichtung und Ausstattung liechtensteinischer Stiftungen wieder an Attraktivität gewonnen – ein Gesichtspunkt, der im liechtensteinischen Gesetzgebungsverfahren durchaus nicht übersehen wurde.<sup>93</sup> Die Rechtswahlfreiheit für spätere Zustiftungen an eine schon bestehende Stiftung kann schließlich den Weg in Rechtsordnungen eröffnen, die noch geringeren Pflichtteilsschutz kennen.<sup>94</sup>

Auf den ersten Blick mag einiges dafür sprechen, jede kollisionsrechtlich bewirkte Pflichtteilsprivilegierung als Umgehung der nationalen Nachlassordnung anzusehen. Warum sollte es eine Rechtsordnung hinnehmen, dass der Erblasser durch geschickte Investition und Mobilisierung seines Vermögens willkürlich über die Höhe der Pflichtteilsansprüche disponiert? Muss eine Rechtsordnung nicht bemüht sein, den *beati possidentes* solche Abstimmung mit den Füßen konsequent zu verwehren? Für Deutschland gibt es jedenfalls gewisse Anhaltspunkte, dass die Rechtsprechung geneigt ist, nach der

---

ten erheben kann, die vom Erblasser zu Lebzeiten Vermögen erhalten haben, ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, dem die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt. Die Erhebung solcher Rechte ist überdies nur zulässig, wenn dies auch nach dem für den Erwerbsvorgang massgeblichen Recht zulässig ist.“ S. 2 wurde eingefügt durch LGBL 2008 Nr. 221 v. 26.8.2008. Eine Pflichtteilsergänzung kommt danach nur in Betracht, wenn sich der Anspruch kumulativ auch nach materiellem liechtensteinischem Recht ergibt, das wiederum dem österreichischen Recht folgt (§ 785 Abs. 3 ABGB). Weil Stiftungen nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören, führt dies zu einer Hinzurechnungsfrist von zwei Jahren.

<sup>92</sup> Liechtenstein ist keinem internationalen Abkommen, auch nicht dem Luganer Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen beigetreten. Bilaterale Abkommen hat Liechtenstein nur mit Österreich und der Schweiz geschlossen; so *Caspers*, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hg.), Internationales Erbrecht, Bd. V, 70. Erg. Lfg. 2007, Rn. 246. Dies hat zur Folge, dass sich die „Rechtsformwahl des Stifters insoweit mittelbar wie eine Rechtswahl im Hinblick auf das Erbstatut aus[wirkt]“, so die plastische Formulierung von *Dutta*, in: Grziwotz (Fn. 90), 71, 91.

<sup>93</sup> LGBL Nr. 221 v. 26.8.2008, 140 f. Siehe auch schon Schlussbericht der liechtensteinischen Regierung zur Vision des Finanzplatzes Liechtenstein (sogenanntes Futuro Projekt), 2008, 41: „Zusätzlich ist sicherzustellen, dass die kurzen liechtensteinischen Fristen für eine Anfechtung nicht durch eine Verweisung im IPRG auf ausländisches Anfechtungsrecht faktisch ausgehebelt werden“, einzusehen unter <www.liechtenstein.li>.

<sup>94</sup> Das auf eine spätere Zu- oder Nachstiftung (Art. 552 § 13 Abs. 2 PGR) anwendbare Recht ist frei wählbar (vgl. Art. 39 Abs. 1 Hs. 1 IPRG). Überdies ist die Verweisung im Zweifel als Sachnormverweisung zu verstehen (Art. 11 Abs. 1 IPRG); näher zu dieser Gestaltungsvariante *Jakob* (Fn. 90), 297 ff. – Schließlich wird das Pflichtteilsrecht nicht zum liechtensteinischen *ordre public* gezählt, siehe *Marxer*, Das internationale Erbrecht Liechtensteins, 2002, 66 ff.; *Schauer* ZEuP 2010, 338, 365 m.w.N.

Steuerflucht auch die Pflichtteilsflucht gegen die Anerkennung liechtensteinerischer Stiftungen einzuwenden.<sup>95</sup>

a) *Typologie: pflichtteilsbetonte und fremdrechtsbetonte Abstimmungen*

Wer solche Zweifel hegt, offenbart damit zugleich ein bestimmtes Verständnis von den Aufgaben des Kollisionsrechts. Abermals lassen sich in grober Typologie zwei Konzepte zeichnen: Eine Rechtsordnung kann die Aufgabe des Kollisionsrechts darin sehen, das räumlich beste Recht zu berufen, oder es kann die Aufgabe des Kollisionsrechts darin sehen, das sachlich beste Recht zu berufen. Das erste Konzept verbinden wir mit dem kontinentalen Kollisionsrecht der Nachkodifikationsphase, und wir verbinden es nicht nur in Deutschland mit dem Namen *Savigny*.<sup>96</sup> Es steht für allseitige Anknüpfungsregeln, die Anerkennung prinzipiell gleichwertiger Ordnungslösungen und unpolitisches Kollisionsrecht. Das zweite, „politischere“ Konzept verbinden wir insbesondere mit US-amerikanischen Kollisionsrechtstheorien aus dem 20. Jahrhundert (better law approach),<sup>97</sup> die sich inzwischen, mit verändertem Verständnis von den Aufgaben des Privatrechts, auch in unsere europäischen Kollisionsordnungen eingeschrieben haben: Über Günstigkeits-

<sup>95</sup> Das OLG Düsseldorf (ZEV 2010, 528) hat die Nichtanerkennung zwar nur auf die Steuerhinterziehung gestützt und ausdrücklich offen gelassen, ob „der Stiftung vorliegend auch wegen eines Verstoßes gegen das deutsche Pflichtteilsrecht die Anerkennung nach dem ordre public zu versagen ist“ (532); in diese Richtung *N. Becker* ZEV 2009, 177, 179 f. Die Entscheidung ist rechtskräftig (BGH III ZR 106/10). – Anders gelagert ist der Fall, den das OLG Stuttgart (ZEV 2010, 265) zu entscheiden hatte. Es stützte die Nichtanerkennung des Stiftungsgeschäfts auf die mangelnde Verselbstständigung des Stiftungsvermögens. Die Entscheidung ist rechtskräftig (BGH III ZR 190/09). Dazu etwa *N. Becker* ZEV 2009, 177 ff.: eine von § 826 BGB erfasste Umgehung. – Der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat indes im Jahr 2002 (StGH ZErB 2010, 22 ff.) betont, dass weder die Beeinträchtigung möglicher Pflichtteilsrechte noch die Einräumung von Interventions- und Gestaltungsrechten für sich die Nichtanerkennung einer Stiftung rechtfertigten: Ein Durchgriff auf die Stiftung müsse mit Blick auf die Stifterfreiheit „ultima ratio“ sein und dürfe nur mit „größter Zurückhaltung“ angewendet werden; weitergehend noch FL OGH, LES 1998, 332 ff.

<sup>96</sup> Im Anschluss an *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, 1849, §§ 348 ff. und zuvor *von Wächter* AcP 24 (1841), 230 f.; AcP 25 (1842), 150 ff.; für die Schweiz *Furrer/Girsberger/Siehr*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. XI: IPR, 2008, § 3 Rn. 274 ff., 290; *Bucher/Bonomi*, Droit international privé, 2. Aufl. 2004, § 9 Rn. 349 ff.; für Österreich siehe nur *Reichelt*, Gesamtstatut und Einzelstatut im IPR, 1985, 28 ff.

<sup>97</sup> Dieser Ansatz wird heute mit den Namen *Cavers*, *Currie* und vor allem *Leflar* verbunden; Weiterführungen für das Kollisionsrecht des deutschsprachigen Rechtskreises etwa bei *Zweigert* RabelsZ 37 (1973), 435, 440 ff.; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 6 Rn. 87 ff. m.w.N.

regeln, Kappungsvorschriften und Ausweichklauseln ist das Kollisionsrecht akzessorietätsähnlich für die Wertungen des Sachrechts geöffnet worden.<sup>98</sup>

In dieser Grundorientierung des Kollisionsrechts liegt die entscheidende theoretische Weichenstellung für die Entscheidung der Umgehungsfrage. Eine Rechtsordnung, deren Kollisionsrecht in erster Linie das räumlich beste Recht berufen soll, kennt mit der räumlichen Beziehung zugleich eine spezifisch kollisionsrechtliche Legitimation für daraus resultierende materiell-rechtliche Folgen. Indes wird eine Rechtsordnung, deren Kollisionsrecht auf das sachlich beste Recht orientiert ist, der räumlichen Beziehung zu einer anderen Rechtsordnung typischerweise weniger oder gar kein legitimatorisches Gewicht einräumen und größeres Unbehagen gegenüber kollisionsrechtlich bewirkten Rechtsgewinnen oder – wie hier – Pflichtteilsminderungen empfinden.

Dieser typologische Zusammenhang von kollisionsrechtlicher Grundorientierung und Haltungen zur Umgehung ist bis in die jüngste Zeit im deutschen Rechtskreis spürbar. Mit der grundsätzlichen Ausrichtung auf das räumlich beste Recht verband sich zunächst weithin einhellig die Vorstellung, dass für eine kollisionsrechtliche Umgehungslehre eigentlich kein Raum ist.<sup>99</sup> Die in den Anknüpfungspunkten vorausgesetzte räumliche Beziehung zur fremden Rechtsordnung legitimiere den durch Anwendung fremden Rechts ggf. entstehenden Rechtsgewinn, und zwar auch dann, wenn der Anknüpfungspunkt gestaltbar ist.<sup>100</sup> Soweit die kollisionsrechtlich als entscheidend angesehene räumliche Beziehung zu einer fremden Rechtsordnung tatsächlich besteht, werde dadurch weder günstiges Recht „ergangen“ noch ungünstiges Recht „umgangen“.

Erst in jüngerer Zeit ist ein Unbehagen an solchen kollisionsrechtlich erzielten Rechtsgewinnen spürbar. Die Rechtsprechung ist in unserem Rechtskreis zwar nach wie vor eher zurückhaltend, jedenfalls zurückhaltender, als dies für den romanischen Rechtskreis angenommen wird.<sup>101</sup> In der Praxis spielt die kol-

<sup>98</sup> Zusammenstellung aus dem IPR des deutschsprachigen Rechtskreis bei Staudinger/*Sturm/Sturm* (2003), Einl zum IPR Rn. 121 ff. Für solchen Methodenpluralismus etwa Zweigert RabelsZ 37 (1973), 435 ff.; kritisch Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, 23 ff.; siehe für Österreich Schwind, in: FS für Müller-Freienfels, 1986, 547; ders., IPR, 1990, Rn. 22 ff.; für die Schweiz Bucher/Bonomi (Fn. 96), § 9 Rn. 359 ff., 373 ff.

<sup>99</sup> Nachzeichnung bei Römer (Fn. 14), 73 ff.; typisch etwa Barthelmes (Fn. 13), 11 ff.; L. von Bar, Theorie und Praxis des IPR, 2. Aufl. 1889, Neudruck 1966, Bd. 1, 350 ff.

<sup>100</sup> Eindrücklich von Bar/Mankowski (Fn. 97), § 7 Rn. 128 ff.; zurückhaltend auch Neuhaus, Grundbegriffe des IPR, 2. Aufl. 1976, 200 sowie Schurig, in: FS für Ferid, 1989, 375, 402; ähnlich für das schweizerische Recht Furrer/Girsberger/Siehr (Fn. 96), § 9 Rn. 771 ff.

<sup>101</sup> Rechtsvergleichende Skizzen bei Schurig, in: FS für Ferid, 1989, 375, 379 ff.;

lisionsrechtliche Umgehung keine Rolle.<sup>102</sup> Anders sieht es indes im Schrifttum aus. Hier hat die Umgehung inzwischen einen weitgehend gesicherten Platz gefunden,<sup>103</sup> wenngleich mit sehr unterschiedlichen Einschätzungen darüber, unter welchen Voraussetzungen kollisionsrechtlich erzielte Rechtsgewinne eine unzulässige Umgehung darstellen, solange die mit dem Anknüpfungspunkt vorausgesetzte räumliche Beziehung zur fremden Rechtsordnung objektiv besteht.<sup>104</sup> An der kollisionsrechtlichen Legitimation durch die räumliche Beziehung soll es etwa fehlen bei gezielter, arglistiger Ausnutzung der Kollisionsnorm,<sup>105</sup> bei verwerflichem<sup>106</sup> oder rechtsmissbräuchlichem, sozialwidrigem Handeln entgegen dem Sinn und Zweck der Kollisionsnormen<sup>107</sup> und ähnlichen Umschreibungen.<sup>108</sup> Hier hat sich also eine Spielart der subjektiven Theorie mit besonderer Erheblichkeitsschwelle durchgesetzt.<sup>109</sup>

---

*Heeder* (Fn. 20), 92 ff.; *Tamussino* (Fn. 14), 195 ff. – Aber auch im romanischen Rechtskreis ist für unseren Zusammenhang jedenfalls in Spanien deutliche Zurückhaltung spürbar, wie insbesondere die von *Cámara Lapuente*, in: *Anderson/Arroyo i Amayuelas* (Fn. 28), 269, 304 f. berichtete Entscheidung des spanischen Höchstgerichts vom 14.9.2009 belegt.

<sup>102</sup> Nach *von Bar/Mankowski* (Fn. 97), § 7 Rn. 131 gibt es jedenfalls keine deutsche Entscheidung; ähnlich das Fazit von MünchKommBGB/Sonnenberger, Bd. 10, 5. Aufl. 2010, Einl IPR Rn. 749: „bedeutungslos“; für Österreich genauso *Tamussino* (Fn. 14), 200; *Verschraegen*, in: Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 2/ 2, 3. Aufl. 2002, Vor § 1 IPRG Rn. 74. Siehe aber aus unserem Zusammenhang AG Hamburg BB 1965, 177 – Nichtanerkennung einer GmbH mit liechtensteinischer Unterbeteiligung; BGE 108 II 398 ff. – Ungültigkeit einer liechtensteinischen Stiftung wegen fraude à la loi (mit kritischer Anm. *Heini* IPRax 1984, 166 f.).

<sup>103</sup> Kritisch indes aus deutscher Sicht *von Bar/Mankowski* (Fn. 97), § 7 Rn. 131 ff.; zurückhaltend auch Palandt/*Thorn*, 70. Aufl. 2011, Einl v Art 3 EGBGB Rn. 25 f.; *Bamberger/Roth/Lorenz*, 3. Aufl. 2012, Einl IPR Rn. 73; für Österreich *Tamussino* (Fn. 14), 205; für die Schweiz *Furrer/Girsberger/Siehr* (Fn. 96), § 9 Rn. 812 f.

<sup>104</sup> Wenn es bereits an der räumlichen Beziehung fehlt, diese also nur vorgetäuscht ist, steht nicht Umgehung, sondern Simulation (Scheingeschäft) im Raum; dazu *Schurig*, in: FS für Ferid, 1989, 375, 404 ff.; *Neuhaus* (Fn. 100), 195. Ähnlich für das österreichische Recht *Schwimmann*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2001, 37.

<sup>105</sup> *Raape/Sturm*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1977, 328; für die Schweiz *Mächler-Erne*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder*, Internationales Privatrecht, 1996, Art. 17 Rn. 9: Ahndung der Umgehungsabsicht.

<sup>106</sup> *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 123.

<sup>107</sup> *Heeder* (Fn. 20), 330 ff.

<sup>108</sup> Etwa *Furrer/Girsberger/Siehr* (Fn. 96), § 9 Rn. 814: Umgehung „so offensichtlich“, dass sie den IPR-Gesetzgeber höchstwahrscheinlich zu einer Änderung der Anknüpfungsregel veranlasst hätten; oder *Bucher/Bonomi* (Fn. 96), § 9 Rn. 396: Wenn die Beteiligten „dans le seul but d'échapper à la loi applicable“ handeln.

<sup>109</sup> Zur „Eingriffsschwelle“ *Schurig*, in: FS für Ferid, 1989, 375, 401 ff., weitergeführt als „Toleranzschwelle“ in *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 14 III.

### b) Tatbestandsbildung

Dass die Umgehung nie so ganz aus der kontinentalen Kollisionsrechtstheorie verschwunden ist, wird man wohl als Zeichen dafür lesen müssen, dass die Grundorientierung auf das räumlich beste Recht nicht mehr ausnahmslos für richtig und zeitgemäß gehalten wird. Das verbreitete Bedürfnis nach einer kollisionsrechtlichen Umgehung ist seinerseits ein Gradmesser für Veränderungen im Verständnis der Aufgaben des Kollisionsrechts. Sicherlich kommt darin auch ein Unbehagen gegenüber dem „unpolitischen“ kollisionsrechtlichen Automatismus der räumlichen Anknüpfungsregeln zum Ausdruck. Es sind also eigentlich Vorbehalte gegen eine unumschränkte kollisionsrechtliche Legitimation durch die räumliche Beziehung und eine Betonung der Gerechtigkeitsgehalte des (eigenen) Sachrechts.

Gewendet auf den Umgang mit kollisionsrechtlicher Pflichtteilsflucht gehen diese Bedenken indes am eigentlichen Problem vorbei. Denn hier bringt die gesetzliche Entscheidung für die Berufung des Heimatrechts im deutschen (Art. 25 Abs. 1 EGBGB) und genauso im österreichischen Kollisionsrecht (§ 28 Abs. 1 IPRG) ohnehin zum Ausdruck, dass die Pflichtteilslast durch räumliche Veränderungen des Vermögens gerade nicht abgeschüttelt werden soll.<sup>110</sup> Mit der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ist zugleich die „Mitnahme“ des Pflichtteilsrechts entschieden und ein vergleichsweise wenig gestaltbarer Anknüpfungspunkt gewählt. Das kollisionsrechtliche Konzept ist für den Bereich familialer Nachlasseteilhabe vielmehr derzeit darauf gerichtet, dass die räumliche Veränderung nur des Vermögens gerade nicht Veränderungen der Pflichtteilslast legitimieren soll. Dies wird im Übrigen auch dann richtig bleiben, wenn die europäische Erbrechtsverordnung<sup>111</sup> in jetziger Gestalt in Kraft träte: Dann würde zwar nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an

<sup>110</sup> Dies gilt nur eingeschränkt für das schweizerische Kollisionsrecht (Art. 90, 91 IPRG), das weniger auf eine Mitnahme schweizerischen Rechts durch schweizerische Staatsangehörige, sondern eher auf eine Erstreckung für Nicht-Schweizer gerichtet ist (Art. 90 Abs. 1 IPRG). Zur Anwendbarkeit schweizerischen Rechts auf Auslandschweizer gemäß Art. 91 Abs. 2, 87 IPRG *Schnyder*, in: Honsell/Vogt/Schnyder (Fn. 105), Art. 91 IPRG Rn. 10; zur Beerbung von Schweizern mit letztem Wohnsitz in Deutschland etwa *Siehr*, in: *Mélanges Piotet*, 1990, 513 ff.; *ders.*, in: FS für Geimer, 2002, 1097, 1100 ff.; zur Sicherung des schweizerischen Pflichtteilsrechts durch *ordre public* und Verbot des Rechtsmissbrauchs *Schnyder*, in: FS für Riemer, 2007, 331, 343 ff.

<sup>111</sup> Vorschlag für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM(2009) 154 endg.; dazu Stellungnahme des *Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht* *RabelsZ* 74 (2010), 522 ff. und bereits *Dutta* *RabelsZ* 73 (2009), 547 ff.

den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft. Aber es bliebe doch immer noch bei der Wertung, dass allein die Veränderung des Vermögens daraus resultierenden Veränderungen der Pflichtteilslast keine kollisionsrechtliche Legitimation vermittelt.<sup>112</sup>

Dass sich die bloße Mobilisierung des Vermögens, etwa durch Investition in englischen Grundbesitz, gleichwohl pflichtteilsmindernd auswirkt, resultiert indes aus einer anderen Entscheidung unserer Kollisionsrechtsordnungen: Dem englischen Einzelstatut wird aus Gründen der Sachnähe und zur Vermeidung undurchsetzbarer Rechtslagen Vorrang vor dem erbrechtlichen Gesamtstatut eingeräumt (Art. 3a Abs. 2 EGBGB, Art. 86 Abs. 2 schw. IPRG, § 32 österr. IPR-G).<sup>113</sup> Die vorausseilende Beschränkung des Gesamtstatuts hat wesentlich etwas mit Praktikabilität und Effektivität zu tun: Was hilft es, auf dem Heimatrecht zu beharren, wenn das Belegenheitsrecht eigene Regeln zur Anwendung bringen will? Sicherlich lässt sich bezweifeln, ob auf diese Weise Effektivitätsanliegen nicht überbewertet werden. Solange unsere nationalen Kollisionsrechte einen solchen Vorrang des Einzelstatuts anerkennen,<sup>114</sup> verlieren die dahinter stehenden Anliegen nicht an Berechtigung, wenn das Einzelstatut planvoll zur Pflichtteilsminimierung begründet wird. Planvolles Handeln macht die Sorge um Sachnähe, Praktikabilität und Effektivität nicht weniger bedeutungsvoll, zumal die Vermeidung undurchsetzbarer Rechtslagen letztlich auch im Interesse des Pflichtteilsberechtigten liegt. Abermals kann hier also eine subjektive Umgehungstheorie nicht überzeugen.<sup>115</sup> Ob der

<sup>112</sup> Dem Aufenthaltsrecht unterliegen auch Pflichtteilsansprüche, siehe Art. 19 (2) (i) Entwurf Vorschlag-ErbRVO (Fn. 111).

<sup>113</sup> Siehe zum deutschen Recht BGHZ 131, 22, 29 unter Hinweis auf BT-Drucks. 10/504, 36 f. (noch zu Art. 28 EGBGB); *Neubaus* (Fn. 100), 290 ff. „Näherberechtigung“; ähnlich *Staudinger/Hausmann* (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 41 f.; *Staudinger/Dörner* (2000) Art. 25 EGBGB Rn. 522: Die rechtliche Zusammenfassung verschiedener Vermögensgegenstände zu einem Sondervermögen bedürfe der Anerkennung durch das den jeweiligen Einzelgegenstand regierende Recht. – Kein Fall des vorrangigen Einzelstatuts besteht indes im Hinblick auf das schweizerische Recht, das lediglich abweichend anknüpft, aber den Nachlass nicht spaltet; siehe OLG München ZEV 2009, 512, 513. Indes gewährt das schweizerische Recht aus ähnlichen Gründen wie im deutschen Recht fremden Einzelstatuten Vorrang vor dem eigenen Gesamtstatut; näher *Schnyder*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder* (Fn. 105), Art. 86 IPRG Rn. 15; *Bucher/Bonomi* (Fn. 96), § 18 Rn. 799. Zu Österreich siehe *Schwind* (Fn. 98), Rn. 364 f.; mit der Betonung auf dem Gesamtstatut etwa *Reichelt*, Gesamtstatut und Einzelstatut im IPR, 1985.

<sup>114</sup> Anders hat die vorgeschlagene ErbRVO entschieden, siehe Art. 16 ff. Vorschlag-ErbRVO (Fn. 111).

<sup>115</sup> Und umgekehrt gilt, dass die im Pflichtteil verkörperte normative Nachlassordnung bei mangelnder kollisionsrechtlicher Legitimation auch dann durchzusetzen ist, wenn sich nicht nachweisen lässt, dass sie planmäßig vereitelt werden soll; ähnlich die generelle Argumentation von *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl.

Erblasser auf diese Weise sein Vermögen möglichst ungeschmälert seiner Lebensgefährtin der späten Jahre hinterlassen oder in erster Linie das Lebensgefühl eines  *pied à terre*  in Cornwall genießen will – die innere Haltung ändert nichts an den Sachgründen, aus denen das Heimatrecht seinen Geltungsanspruch zurücknimmt.

*c) Haftung Privater für diplomatisches Unvermögen?*

Ähnliche Resignation vor dem dezidierten Geltungswillen des ausländischen Rechts ist – zumindest aus deutscher Sicht – auch bei Vermögensinvestitionen deutscher Erblasser in liechtensteinische Stiftungen geboten. Auf diesem Weg erzielte Pflichtteilsvergünstigungen finden ihre kollisionsrechtliche Legitimation abermals in Effektivitätsüberlegungen: Was hilft es, auf dem Heimatrecht zu beharren, wenn das Belegenheitsrecht auf seiner Anwendung besteht und ausländische Titel nicht durchsetzbar sind? Die Sonderanknüpfungen des liechtensteinischen Kollisionsrechts für Stiftungen haben de facto eine Art Einzelstatut geschaffen, dem unser Gesamtstatut aus ähnlichen Gründen weicht wie gegenüber Grundbesitz in Common Law-Staaten.

Gleichwohl hat die Situation etwas Unbefriedigendes. Dieses Unbefriedigende resultiert aus deutscher Sicht aber vor allem daraus, dass sich Liechtenstein weder auf das Luganer Abkommen noch auf ein bilaterales Vollstreckungsübereinkommen mit Deutschland eingelassen hat. Dass dem planvollen Investor auf diese Weise Pflichtteilsvergünstigungen locken, ist allein dem freundlichen Miteinander der Rechtsordnungen und der Einsicht in Effektivität und Praktikabilität geschuldet. Im Umgang mit Rechtsordnungen, die ihr Geschäftsmodell auf Gefälle in den Konzepten von familialer Teilhabe stützen, wird Diplomatie segensreicher wirken als jede Dogmatik. Nur die wechselseitige Einhegung und harmonisierende Verflechtung unserer Rechtsordnungen kann Gegengewichte schaffen. Solange und soweit dies nicht geschehen ist, müssen Rechtsordnungen hinnehmen, dass ihre Pflichtteilskonzepte durch den Geltungswillen ausländischer Sonderstatute begrenzt sind. Darin eine fraudulöse Umgehung zu sehen, käme einer Haftung Privater für diplomatisches Unvermögen gleich.

---

2006, § 23 II 1, 159 f.; von Bar/Mankowski (Fn. 97), § 7 Rn. 128 ff.; anders etwa Schurig (Fn. 98), 243 ff. – Im Übrigen erscheint auch aus anderem Grund gerade für das Kollisionsrecht besonders zweifelhaft, kollisionsrechtliche Legitimation bei entsprechender Planung zu verneinen: Denn jede Rechtswahl ist Ausdruck solcher Planung, ohne dass sie darum allein wegen ihrer Geplantheit als anstößig erschiene.

#### 4. Pflichtteilsverzicht

Wer auf Pflichtteilsvermeidung aus ist, wird aber möglicherweise gar nicht so weit gehen wollen oder müssen. Der eleganteste und zugleich effektivste Weg der Minimierung von Pflichtteilsansprüchen ist es, den Pflichtteilsberechtigten zu einem Pflichtteilsverzicht zu bewegen.<sup>116</sup> In der beratenden Literatur dürfte dies die erste Strategie zur Pflichtteilsminimierung sein, jedenfalls in unseren Rechtsordnungen.

##### a) Typologie: autonomiebetonte und pflichtteilsbetonte Abstimmungen

Mancher mag über die Entscheidungen der deutschsprachigen Zivilgesetzbücher glücklich sein: Durch Vertrag mit dem Erblasser kann jeder geschäftsfähige Pflichtteilsberechtigte auf sein Pflichtteilsrecht vollständig verzichten (§ 2346 BGB, § 551 ABGB, Art. 495 ZGB)<sup>117</sup> – auch ohne Abfindung, unwiderruflich und mit sehr begrenzten Chancen, einen möglicherweise voreilig erklärten Verzicht nachträglich anzugreifen. Die Abstimmung von Autonomie und Pflichtteil ist damit in Deutschland, Österreich und der Schweiz dezidiert *autonomiebetont* ausgefallen.<sup>118</sup> Es mag nicht überraschen, dass die romanischen Rechtsordnungen diese Fragen gegenläufig, also *pflichtteilsbetont* entschieden haben: Nach gesamtspanischem Recht ist ein Verzicht auf das Noterbrecht nichtig,<sup>119</sup> Italien kennt einen Verzicht nur im Rahmen eines

<sup>116</sup> Beratungsempfehlung etwa bei *Abele/Klinger/Maulbetsch* (Fn. 5), § 8 Rn. 94. Ähnlich *Muscheler*, in: Groll (Hg.), *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 3. Aufl. 2010, B XV Rn. 62: „das einzige zweckmäßige Mittel zur Beseitigung einer Pflichtteilsaus Sicht“; *G. Müller*, in: Grziwotz (Hg.), *Erbrecht und Vermögenssicherung*, 2011, 41, 64: „der sicherste Weg zur Pflichtteilsminimierung“; *Jakob* (Fn. 90), 113, 122: „aus Stifter-sicht sicherste Möglichkeit“.

<sup>117</sup> In Deutschland bedarf der Verzicht notarieller Beurkundung (§ 2346 BGB). Gleichzeitige Anwesenheit ist nicht erforderlich, und der Verzichtende muss seine Erklärung auch nicht persönlich abgeben, anders als der Erblasser (§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB); zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund Mot. V, 471 ff. und BGHZ 37, 319, 328 f. Das österreichische Recht verlangt Errichtung durch Notariatsakt oder gerichtliches Protokoll (§ 551 ABGB). In der Schweiz genügt indes die einfache Schriftform (BGE 98 II, 281, 285 f.).

<sup>118</sup> Zum ideengeschichtlichen Hintergrund *Kipp/Coing* (Fn. 37), § 82 I; *Lange/Kuchinke* (Fn. 40), § 7 I; entstehungsgeschichtliche Hinweise bei Mot. V, 472; *Cohn* *Gruchots Beiträge* 47 (1903), 221, 256 ff., 282 ff.

<sup>119</sup> Siehe Art. 816 (Noterbrecht) und Art. 655 Abs. 2 Código civil (Herabsetzungsklage). Die meisten Foralrechte lassen inzwischen einen Verzicht zu, allerdings überwiegend gegen Abfindung, siehe etwa Aragon (Art. 177 Ley de Sucesiones por Causa de Muerte vom 24.2.1999) und Galizien (Art. 224 ff. Ley de Derecho Civil de Galicia vom 14.6.2006).

*patto di famiglia* und darüber hinaus nur gegen Abfindung.<sup>120</sup> Auch in Belgien ist der Verzicht besonderen Familienkonstellationen vorbehalten,<sup>121</sup> während Frankreich den Verzicht auf die Herabsetzungsklage zwar seit der Reform des Jahres 2006 weitergehend eröffnet hat, hier aber mit einem Widerrufsrecht bei späterer Bedürftigkeit.<sup>122</sup>

### b) Korrekturen der Tatbestandsbildung

Die Grundentscheidung unserer Gesetzgeber legt es nahe, durch Pflichtteilsverzicht erzielte Pflichtteilsentlastungen nicht als Umgehung anzusehen. Die gesetzlich mitgegebene Leitvorstellung ist, dass das Einvernehmen von Pflichtteilsberechtigtem und Erblasser die spätere Zurücksetzung legitimiert. Dies mag dafür sprechen, sich hier ganz auf die gesetzliche Eröffnung des Pflichtteilsverzichts zurückzuziehen und damit auch die Umgehungsfrage als abgehandelt anzusehen.<sup>123</sup> Dieser Sicht neigen derzeit nicht nur Pflichtteils-skeptiker zu. Sie entspricht der ganz überwiegenden Stimmung, jedenfalls in Deutschland. So, wie die Praxis diesseits und jenseits der Alpen mit Pflichtteilsverzicht umgeht, bestehen kaum Bedenken, dass jeder nach allgemeinen Regeln wirksam erklärte Pflichtteilsverzicht die damit verbundene Zurücksetzung des Pflichtteilsberechtigten zu legitimieren vermag.<sup>124</sup> Eine Inhalts-

<sup>120</sup> Seit dem Jahr 2006 durch Einführung des *patto di famiglia* (siehe Art. 768–quarter Codice civile); näher *Braun* ZEuP 2012, Heft 3.

<sup>121</sup> Seit dem Jahr 2003 durch Neufassung von Art. 1388 Code civil. Seither können Ehegatten durch notariellen (Ehe-)Vertrag zugunsten von einseitigen Kindern auf ihren Pflichtteil verzichten; dazu näher ebenfalls *Braun* ZEuP 2012, Heft 3.

<sup>122</sup> Art. 929 bis Art. 930–5 Code civil eingefügt durch Gesetz Nr. 2006–728 v. 23.6.2006; dazu *Dauriac* Recueil Dalloz 2006, 2574 ff.; *Ferrand*, in: Castelein/Forqué/Verbeke (Fn. 1), 189, 198, und eingehend *Braun* ZEuP 2012, Heft 3; zur Entwicklung des französischen Rechts auch *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, 2008, 290 ff.; weitere Hinweise bei *Dutta* FamRZ 2011, 1829, 1834 f.

<sup>123</sup> Typisch etwa *Staudinger/Schotten* (2010) § 2346 Rn. 197: „irgendwelche Einschränkungen gibt es nicht“.

<sup>124</sup> Auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung spielt in der Praxis – soweit ersichtlich – kaum eine Rolle; siehe aber OLG Koblenz NJW-RR 1993, 708 – Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung über die Unentgeltlichkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts. Vertragsanpassungen wurden für möglich gehalten, wenn eine Abfindung mit Rücksicht auf den Hofübernehmer bemessen wurde, dieser aber den Hof alsbald veräußerte (BGHZ 134, 152, 157 – Erbverzicht) oder wenn die geplante Errichtung eines gemeinsamen Testaments unterblieb (OLG Nürnberg FamRZ 2003, 634, 636 – Pflichtteilsverzicht). Gestaltungsrechte wegen Irrtums über die zukünftige Vermögensentwicklung (§§ 119 Abs. 2, 313 BGB) werden indes regelmäßig abgelehnt (vgl. BGHZ 134, 152, 156 – Erbverzicht; BGHZ 134, 60, 64 – Pflichtteilsverzicht; BayObLG NJW-RR 1995, 648, 649 – Erbverzicht; LG Coburg FamRZ 2009, 461 f.

kontrolle findet derzeit praktisch nicht statt,<sup>125</sup> und damit wird auch die Umgehungsfrage nicht gestellt.<sup>126</sup>

Wie ich im Folgenden erläutern möchte, ist die gesetzliche Eröffnung des Pflichtteilsverzichts eine in mehrerer Hinsicht unvollkommene und korrekturebedürftige Abstimmung von Autonomie und Pflichtteil. Eine veränderte Sicht auf Autonomie in familialen Beziehungen und eine Überprüfung der institutionellen Zwecke des Pflichtteilsverzichts legen Korrekturen zum Schutz vor Umgehung des Pflichtteils nahe. Dies trifft sich mit Verfeinerungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, die heute als „Materialisierung“ diskutiert werden.<sup>127</sup> Richterliche Abschluss- und Ausübungskontrolle wirken seither korrigierend, um hinreichende Selbstbestimmtheit und schutzwürdige Wahrnehmung von Privatautonomie auch bei solchen Rechtsgeschäften

---

– Erbverzicht; differenzierend BGHZ 113, 310, 314 f.; bejaht aber von OLG Hamm ZEV 2000, 507, 509 – Erbverzicht nach Wiedervereinigung). Die Prognose von *Lange/Kuchinke* (Fn. 40), § 7 V 2 Fn. 102, bei einseitigem Irrtum des Verzichtenden über die Vermögensverhältnisse werde „meistens“ eine arglistige Täuschung des Erblassers anzunehmen sein, hat sich also nicht bewahrheitet.

Dies entspricht im Wesentlichen dem Befund aus Österreich und der Schweiz. Anfechtung und Schenkungswiderruf wegen Fehlvorstellungen über den Nachlass oder die Vermögensentwicklung werden ähnlich wie in Deutschland zumeist ausgeschlossen. Siehe für Österreich insbesondere OGH NZ 1986, 158; *Welser*, in: Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2000, § 551 Rn. 3; *Hofmann-Wellenbof* NZ 1984, 17, 21; *Wall*, in: Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Fn. 58), § 21 Rn. 25 m.w.N. Als rechtsmissbräuchlich wird aber ein Pflichtteilsverzicht angesehen, der nur dazu dient, in den Genuss der kürzeren Einrechnungsfrist zu gelangen; siehe OGH JBl 1995, 584; dazu *Welser*, Verh. 17. ÖJT (Fn. 38), 136 f.; für eine teleologische Reduktion des § 785 ABGB *Mader* JBl 1998, 677, 687 f.; *ders.*, in: FS für *Welser* 2004, 669 ff. – Zur Rechtslage in der Schweiz siehe nur *Breitschmid*, in: Basler Kommentar, ZGB II, 3. Aufl. 2007, Art. 495 Rn. 3 ff.

<sup>125</sup> Erste Tendenzen aber bei OLG München ZEV 2006, 313 – Umstandssittenwidrigkeit eines entgeltlichen Pflichtteilsverzichts; LG Ravensburg FamRZ 2008, 1289 – Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags erfasst auch den darin enthaltenen Pflichtteilsverzicht.

<sup>126</sup> Vorbehalte gegen eine ehevertragsähnliche Inhaltskontrolle bei *Muscheler*, in: FS für Spiegelberger, 2009, 1079, 1083 ff.; *Bengel* ZEV 2006, 192, 194 ff.; *Staudinger/Schotten* (Fn. 123) § 2346 Rn. 197; *von Proff zu Irnich*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, Pflichtteilsrecht, 2010, § 2346 Rn. 67 ff.; siehe auch *Kapfer MittBayNot* 2006, 385 ff.; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2012, § 2346 Rn. 39 ff.; *MünchKommBGB/Wegerhoff*, 5. Aufl. 2010, Bd. 9, § 2346 Rn. 35 ff.; *Horn* ZEV 2010, 295, 297.

<sup>127</sup> Für Zusammenführungen aus jüngerer Zeit siehe nur *Canaris AcP* 200 (2000), 273 ff.; *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, 2003; *Ch. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005; Gegenentwürfe etwa bei *G. Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13 ff.; *Martinek*, in: *Riesenhuber* (Hg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, 247 ff. jeweils m.w.N.

zu gewährleisten, die typischerweise anfällig sind für einseitige Interessendurchsetzung und Rationalitätsdefizite. Diese Umbrüche im Verständnis der Vertragsfreiheit sind auf Vorträgen dieser Vereinigung maßgeblich geprägt, aber auch kontrovers diskutiert worden.<sup>128</sup> Es ist also ein angemessener und zugleich wagnisreicher Ort, um an dieser Stelle auch für den Umgang mit Pflichtteilsverzicht für einen differenzierteren Blick zu werben.

#### *aa) Schwierige Selbstbestimmung in familialen Beziehungen*

Denn Pflichtteilsverzicht teilen zwei Eigentümlichkeiten, die im Umgang mit Eheverträgen heute als auslösendes Moment einer Inhaltskontrolle anerkannt sind: Wir treffen auf *situationstypische Durchsetzungsgefälle* und *verzichtstypische Rationalitätsdefizite*. Vom Umgang mit Eheverträgen wissen wir, dass rollenspezifisch unterschiedliche Durchsetzungskraft, Konfliktbereitschaft und Geschäftserfahrenheit dazu führen können, dass Verträge zwischen Ehegatten im Wesentlichen auf emotionaler Verbundenheit und nicht auf wechselseitigem Aushandeln beruhen.<sup>129</sup> Diese Bedenken erheben sich gleichermaßen, wenn Ehegatten Pflichtteilsvereinbarungen treffen, und sie erheben sich in ähnlicher Weise für Vereinbarungen zwischen Kindern und Eltern. In der Praxis stellt dies die wichtigste Fallgruppe dar.<sup>130</sup> Dabei ist es offenbar keineswegs ungewöhnlich, dass Eltern ihre gerade volljährig gewordenen Kinder zur Abgabe eines Pflichtteilsverzichts bewegen.<sup>131</sup> Die Volljährigkeit sagt indes wenig über die Fähigkeiten zur Selbstbestimmung gerade im Verhältnis zu den eigenen Eltern aus. Im Gegenteil: Eher ist wahrscheinlich, dass erziehungstypische Beherrschungs- und Belohnungsmuster weitgehend ungebrochen weiterwirken und das Verhalten von Kindern gegenüber ihren Eltern maßgeblich prägen. Zieht man die Verhandlungssituation von Ehegatten beim Abschluss von Eheverträgen als Vergleich heran,<sup>132</sup> sind hier sozio-ökonomische und psychologische Ungleichgewichtslagen sowohl wahrscheinlicher als auch unausweich-

<sup>128</sup> Siehe nur *Schwenzer* AcP 196 (1996), 88 ff.; *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 ff.; *Canaris* AcP 200 (2000), 273 ff.; *Dauner-Lieb* AcP 210 (2010), 580 ff.

<sup>129</sup> Situativ bejaht von BVerfGE 103, 89, 102 ff. – Ehevertrag einer Schwangeren; weitergehend im Sinne einer strukturellen Unterlegenheit von Ehefrauen beim Abschluss von Eheverträgen *Schwenzer* AcP 196 (1996), 88, 104 ff.

<sup>130</sup> So jedenfalls die geschilderte Erfahrung von *Bengel* ZEV 2006, 192, 194; ähnlich *Staudinger/Schotten* (Fn. 123) § 2346 Rn. 120; *G. Müller*, in: *Schlitt/Müller* (Fn. 74), § 10 Rn. 68: „Standardfall“ unter den praxishäufigen Pflichtteilsverzichten.

<sup>131</sup> Siehe auch den vom OLG München ZEV 2006, 313 geschilderten Sachverhalt: Pflichtteilsverzicht eines 19-jährigen Kindes.

<sup>132</sup> Dazu *Schwenzer* AcP 196 (1996), 88, 104 ff.

licher. Welches Kind wird sich dem Ansinnen der Eltern verweigern, wenn der Pflichtteilsverzicht im Interesse der Familie und im Sinne des familiären Friedens eindringlich nahegelegt wird? Und welches Kind wird hier kühle Analysen zu Stand und Perspektiven des elterlichen Vermögens anstellen, wenn es sich durch eine kurze Erklärung sichtliche Anerkennung und Dankbarkeit der Eltern verdienen kann und dazu möglicherweise auch noch ein kurzfristiger Geldsegen winkt?<sup>133</sup>

Nun mag eingewendet werden, dass diese Fallgestaltungen zwar situativ, aber nicht strukturell auf eine Ungleichgewichtslage hinweisen und daher nicht als generelle Erklärung für Begrenzungen der Vertragsfreiheit taugen.<sup>134</sup> Für den Umgang mit Eheverträgen hat *Barbara Dauner-Lieb* auf eine zweite Begründungslinie aufmerksam gemacht: die Überforderungen der Selbstverantwortung in personalen dynamischen Beziehungen.<sup>135</sup> Abermals liegen Parallelen zwischen ehevertraglichen Vereinbarungen und Pflichtteilsverzicht auf der Hand. Der Verzicht auf den späteren Pflichtteilsanspruch ist wie jeder Verzicht auf zukünftige Ansprüche aus familiärer Nahebeziehung anfällig für Rationalitätsdefizite. Die Gefahr von überoptimistischen Fehleinschätzungen der Vermögens- und Beziehungsentwicklung besteht in ähnlicher Weise,<sup>136</sup> und in ähnlicher Weise behindert die personale Beziehungsstruktur Nachverhandlungen und Anpassungen.<sup>137</sup> Dass es sich beim Pflichtteilsverzicht um ein Risikogeschäft handelt, wie immer wieder herausgestellt wird,<sup>138</sup> spricht

<sup>133</sup> Siehe etwa den anschaulichen Fall von *Wachter* ZErB 2004, 238, 239.

<sup>134</sup> Verschiedene Zweifelspunkte kommen zusammen. Manche wenden sich gegen die Grundannahme, dass strukturelle Ungleichgewichtslagen Begrenzungen der Privatautonomie rechtfertigen könnten, wie etwa *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 ff. Andere stoßen sich an der Ausrichtung auf „strukturelle“ Ungleichgewichtslagen, so bereits *Dauner-Lieb* AcP 201 (2001), 295, 323 und AcP 210 (2010), 580, 594 ff., 596: „Sackgasse“; *Röthel* NJW 2001, 1334, 1335; ähnlich *G. Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 127), 13, 21 ff., 30 ff., 33: Schutz in Vertragsschlusssituationen, die „einer vernunftgesteuerten Entscheidung über den Vertragsschluss abträglich“ sind.

<sup>135</sup> *Dauner-Lieb* AcP 210 (2010), 580, 596 ff.

<sup>136</sup> Dazu eingehend *Dauner-Lieb* AcP 210 (2010), 580, 596 ff.; *Sanders*, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung: Wirksamkeit und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen*, 2008, insbes. 313 ff. m.w.N.; *dies.* *International & Comparative Law Quarterly* 59 (2010), 571, 596 ff. jeweils m.w.N.

<sup>137</sup> Näher *Sanders* (Fn. 136), 321 ff. unter Hinweis auf das Konzept des *relational contract*; zu solchen faktischen Beeinträchtigungen der Privatautonomie schon *Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, 364 ff.; *Singer*, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, 1993, 260 f., jeweils zur Hoferbenrechtsprechung.

<sup>138</sup> Siehe aus deutscher Perspektive nur BGHZ 134, 60, 64; 134, 152, 156 f.; *Lange/Kuchinke* (Fn. 40), § 7 I 4; für Österreich OGH NZ 1986, 158; zur Schweiz *Breitschmid*, in: *Basler Kommentar* (Fn. 124), Art. 495 Rn. 6; *Hrubesch-Millauer*, *Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers*, 2008, 248.

also nicht gegen, sondern gerade *für* einhegende Absicherungen der Vertragsfreiheit.<sup>139</sup>

### *bb) Abgrenzung zur Kernbereichslehre*

Nun müssen Ungleichgewichtslagen, Verhandlungsdefizite und Fehleinschätzungen nicht notwendig zu einseitiger Interessendurchsetzung und Übervorteilung führen.<sup>140</sup> Der Achtungsanspruch familialer Privatautonomie wird – jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive<sup>141</sup> – erst dort zweifelhaft, wo sich die Dominanz eines Teils auch inhaltlich widerspiegelt als „besonders einseitige Aufbürdung von vertraglichen Lasten“. <sup>142</sup> Diese verfassungsgerichtliche Formel hat der BGH für den Umgang mit Eheverträgen seit dem Jahr 2004 durch die sogenannte Kernbereichslehre auf eine Rangordnung der Scheidungsfolgen heruntergebrochen,<sup>143</sup> ein Konzept, das dem

<sup>139</sup> Typisch etwa die Argumentation von *Bengel* ZEV 2006, 192, 194 ff.: „Das dem Pflichtteilsverzicht innewohnende Risiko, an einem unerwarteten Vermögenszuwachs des Erblassers nicht teilzunehmen, ... ist das typische Risiko eines Pflichtteilsverzichts und typischen Risiken kann nicht mit dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage begegnet werden“; genauso etwa *von Proff zu Irnich*, in: *Dauer-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt* (Fn. 126), § 2346 Rn. 68. Dieselbe Argumentation begegnet für das österreichische Recht, etwa bei *Welser*, in: *Rummel*, Kommentar zum ABGB (Fn. 124), § 551 Rn. 3; *Eccher*, in: *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2006, § 551 Rn. 4; siehe zur Schweiz nur *Breitschmid*, in: *Basler Kommentar* (Fn. 124), Art. 495 Rn. 4.

<sup>140</sup> Denn immer bleibt denkbar (und zu hoffen), dass Überlegenheit und Macht nicht ausgenutzt werden. Darin liegt der wesentliche Einwand gegen die Begründung einer Inhaltskontrolle allein über die gestörte Vertragsparität, etwa bei *Coester-Waltjen* AcP 190 (1990), 1, 18 ff.

<sup>141</sup> Die im deutschen Recht für richtig gehaltene inhaltliche Schwelle geht maßgeblich auf die verfassungsrechtliche Intervention zurück; siehe nur *Jansen*, in: *Zimmermann* (Hg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, 127, 142 ff. Ein weitergehendes und privatrechtstypischeres Konzept geht dahin, bereits aus der Situation unsicherer Selbstbestimmung ein Lösungsrecht oder die Nichtigkeitsfolge zu folgern, ohne danach zu fragen, ob sich die situativ unsichere Selbstbestimmung auch inhaltlich in einseitiger Belastung und Übervorteilung niedergeschlagen hat. Hierfür plädiert *G. Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 127), 13, 30 ff. im Umgang mit Bürgschafts- und Eheverträgen; ähnlich *Rötbel* AcP 210 (2010), 33, 41 ff. im Umgang mit Testamentscheidungen.

<sup>142</sup> BVerfGE 103, 89, 101 und NJW 2001, 2248 – Eheverträge; ähnlich BVerfGE 89, 214 (Ls.) zu Familienbürgschaften: Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der Vertragspartner „ungewöhnlich stark belasten“.

<sup>143</sup> Grundlegend BGHZ 158, 81 ff.; später insbesondere BGH FamRZ 2005, 26 ff. – Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich; FamRZ 2006, 1097 ff. – u.a. Verzicht auf Versorgungsausgleich; FamRZ 2007, 197 ff. – Verzicht zulasten der Sozialhilfe; FamRZ 2008, 396 ff. – Verzicht auf Zugewinnausgleich; FamRZ 2009, 198 ff. –

österreichischen Recht nicht ganz fremd ist<sup>144</sup> und sich auch für die Schweiz andeutet.<sup>145</sup> Die Leistungen, aber auch die Unsicherheiten dieser Rechtsprechung sind auf der letzten Tagung bereits zur Sprache gekommen.<sup>146</sup>

Die Einsicht in manche Vergleichbarkeit von Eheverträgen und Pflichtteilsverträgen mag es nahelegen, auch das Schema der Kernbereichslehre zu übertragen. Erste Überlegungen in diese Richtung, etwa von *Anatol Dutta*,<sup>147</sup> mögen diejenigen beruhigen, die auch für das Pflichtteilsrecht das Ende der Vertragsfreiheit befürchten: Bedenklich sei nur der Verzicht des bedürftigen Pflichtteilsberechtigten.<sup>148</sup> Aber woher kommt das sichere Wissen, dass Nachlassteilhaber von Pflichtteilsberechtigten, die im Zeitpunkt des Erbfalls auf eigenen Beinen stehen, leichter verzichtbar ist? Wird hier nicht derselbe Fehler weitergezeichnet, der bereits den Umgang mit Familienbürgschaften prägt: Warum sollen Überforderungen und Übervorteilungen nur bei vermögenslosen Angehörigen bedenklich sein?<sup>149</sup> Schließlich ist die damit inzident etablierte Stufenleiter von Pflichtteilsfunktionen mehr noch als im Scheidungsfolgenrecht auf Setzungen angewiesen. Es genügt nicht, gesetzlich ausgeprägte Teilhabeordnungen in eine Rangfolge zu bringen, sondern es muss innerhalb des voraussetzungslos gewährten Pflichtteilsanspruchs über „mehr“ und „weniger“ Pflichtteilsberechtigung entschieden werden. Schon

---

Unterhaltsregelung zulasten der Sozialhilfe; Nachzeichnungen etwa bei *Dauner-Lieb* AcP 210 (2010), 580, 586 ff.; *dies./Sanders* FPR 2005, 141 ff.; *Dethloff*, Familienrecht, 29. Aufl. 2009, § 5 Rn. 21 ff.

<sup>144</sup> Siehe nur OGH JBl 2000, 513 m.w.N.; mit dem Begriff des „Kernbereichs“ argumentieren etwa *Ferrari* JBl 2000, 609 und *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag: Vereinbarungen zwischen Ehegatten und Lebenspartnern, 2. Aufl. 2009, 54 ff.

<sup>145</sup> Das schweizerische Recht kennt ohnehin ein gerichtliches Genehmigungserfordernis, seit dem 1.1.2011 gestützt auf Art. 279 ZPO. Leitentscheidung ist BGE 121 III 393 ff. mit Anm. *Schwenzer* AJP/PJA 1996, 1156 ff. (noch zu Art. 156 Ziff. 5a ZGB). Eine nachträgliche Ausübungskontrolle wurde auf Art. 125 ZGB gestützt; siehe BGE 129 III 9 sowie BGE 129 III 263.

<sup>146</sup> Bedenken erheben sich insbesondere mit Blick auf güterrechtliche Lastenverteilungen; dazu *Dauner-Lieb* AcP 210 (2010), 580, 602 ff.; *dies./Sanders* FPR 2005, 141 ff.; *Dethloff* (Fn. 143), § 5 Rn. 29; *Röthel*, in: Röthel/Löhnig/Helms, Ehe, Familie, Abstammung, 2010, 9, 29 f.

<sup>147</sup> Eingehend *Dutta* AcP 209 (2009), 760 ff.; siehe auch schon *Wachter* ZErB 2004, 238, 243 ff. und *Münch* ZEV 2008, 571, 576 f.; Andeutungen bei *Wendt* ZNotP 2006, 2, 3 ff. Gegen eine nach den Grundsätzen der Kernbereichslehre begründete Inhaltskontrolle aber *Muscheler*, in: FS für Spiegelberger, 2009, 1079, 1083 ff.; *MünchKommBGB/Wegerhoff* (Fn. 126), § 2346 Rn. 35 ff.; *Bamberger/Roth/J. Mayer* (Fn. 126), § 2346 Rn. 39.

<sup>148</sup> *Dutta* AcP 209 (2009), 760, 774 ff.; *Münch* ZEV 2008, 571, 577; *Wachter* ZErB 2004, 238, 245.

<sup>149</sup> Überzeugend *G. Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 127), 13, 30 ff.

die historisch mitgegebene Unentschiedenheit über die Zwecke und Funktionen des Pflichtteilsrechts machen dies zu einem unsicheren Weg.<sup>150</sup>

Aber vor allem trifft sich die Fragestellung der Kernbereichslehre nicht ganz mit der Umgehungsfrage. Denn die Kernbereichslehre hat, jedenfalls so, wie sie in der Rechtsprechung gehandhabt wird, die Frage in den Vordergrund gerückt, *wie weit* sich die Beteiligten vom dispositiven Recht entfernen. Der Sache nach findet ein quantitativer Abgleich mit dispositivem Recht statt, das auf diesem Weg halbzwingend wird. Wenn wir aber eine Inhaltskontrolle entwerfen wollen, die Pflichtteilsvereinbarungen identifiziert, die sich nicht als berechnete Wahrnehmung von Privatautonomie erklären lassen, ist die Frage nach dem warum in den Vordergrund zu rücken. Dies setzt zunächst Einsichten über den sozialen Sinn der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit voraus.<sup>151</sup> Warum lassen es unsere Rechtsordnungen eigentlich zu, dass die mühsam mit dem Pflichtteil formulierten Gerechtigkeitsgehalte quasi mit einem Handstreich makuliert werden können? Eine überzeugende Erklärung gelingt, wenn man die Pflichtteilsgestaltungsfreiheit als Chance zur Individualisierung der gesetzlich schematisierten Pflichtteilsquoten versteht. Die einvernehmliche, an besondere Verhältnisse angepasste Nachlassordnung soll nachhaltiger befrieden als die mit den Pflichtteilsquoten grob typisierten und schematisierten Nachlassordnungen. Dieser soziale und auch ökonomische<sup>152</sup> Sinn der Pflicht-

<sup>150</sup> So auch der Einwand von *Kapfer* MittBayNot 2006, 385, 388.

<sup>151</sup> Angedeutet für Eheverträge bei BVerfGE 103, 81, 101: Grenzziehungen sind dort geboten, wo der Ehevertrag „nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist.“ Dahinter steht die Vorstellung, dass die Regelungsbefugnis der Ehegatten nicht zweckfrei, sondern zur Ausgestaltung der Ehe gewährleistet ist und dass sie dort nicht schutzwürdig ist, wo von dieser Regelungsbefugnis in einer Weise Gebrauch gemacht wird, dass die „verfassungsrechtliche Prägung“ (BVerfGE ebd.) der ehelichen und familiären Freiheitssphäre verfehlt wird. Lässt man die Freiheit der Pflichtteilsgestaltung als Freiheit der Pflichtteilsreduktion, entstünden im Übrigen Widersprüche zum Grundrechtsgehalt des Pflichtteilsrechts; dazu BVerfGE 112, 332 ff.

In diesem Sinne zu den Zwecken der Vertragsfreiheit *L. Raiser*, in: *Summum ius summa iniuria: Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*. Ringvorlesung Tübingen 1962/1963, 1963, 145, 149 ff.; *ders.*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), gesammelt in: *Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, 1977, 62 ff. und 77 ff.; zum sozialen Sinn der Vertragsfreiheit *Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, 74.

<sup>152</sup> Die ökonomischen Auswirkungen von Pflichtteilsvereinbarungen in unsicherer Selbstbestimmung sind – soweit ersichtlich – noch nicht untersucht und mögen sich auch schwerer fassen lassen als der ökonomische Sinn der Vertragsfreiheit (dazu nur *G. Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 127), 13, 16 f. m.w.N.). Bestandteile einer solchen ökonomischen Erklärung der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit könnten darin liegen, dass die Vereinbarung über Nachlasswidmung Konfliktkosten ersparen, sinnvolle Abgeltungen leisten und wirksame Anreize für innerfamiliäres Wirken setzen kann. Diese

teilsgestaltungsfreiheit wird indes verfehlt, wenn sich kein besonderes, die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild rechtfertigendes berechtigtes Interesse erkennen lässt. Eine Pflichtteilsvereinbarung, die sich nicht als eine im Hinblick auf eheliche Solidarität und elterliche Verantwortung berechnete Individualisierung der gesetzlich typisierten und schematisierten familialen Nachlassordnung erklären lässt, verfehlt ihren sozialen Sinn und ist damit Pflichtteilsumgehung.<sup>153</sup> Es ist der allgemeinere Gedanke des berechtigten Interesses, der für den Umgang mit Familienbürgschaften<sup>154</sup> und Eheverträgen<sup>155</sup> bereits präzisere Konturen gewonnen hat.

Diese Erklärung der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit als eine Freiheit zur Individualisierung macht es im Übrigen auch erklärlich, warum das englische Recht einen Verzicht auf die *family provision* nicht kennt: Wenn familiäre Nachlassenteilhaber ohnehin als richterlich freie, wenig normativ angeleitete und einzel-fallbezogene Entscheidung konzipiert ist, fehlt ein Grund dafür, warum abweichende ex ante-Vereinbarungen die Unterstützung des Rechts verdienen sollten.<sup>156</sup> Es ist die wechselseitige Bedingung von gesetzlicher Schematisierung, vertraglicher Gestaltung und richterlicher Kontrolle, die hierin wirksam wird.

---

Vorstellungen vom ökonomischen Sinn der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit treffen sich mit den aus der Perspektive der Sozialwissenschaften vorgetragenen Einwänden gegen den zwingenden Pflichtteil. Zu den Vorzügen „ausgehandelter Solidarität“ etwa *Beckert*, in: Röthel (Fn. 1), 1, 16 f.

<sup>153</sup> Wie hier *M. Becker* (Fn. 127), 31; angedeutet bei *Münch ZEV* 2008, 571, 576. – Diese Überlegungen laufen auf eine teleologische Reduktion der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit hinaus, wie sie ähnlich auch für die Ehevertragsfreiheit für richtig gehalten wird von *Dauner-Lieb AcP* 201 (2001), 295, 323 f.; *dies. AcP* 210 (2010), 580, 604 f. und *Dethloff* (Fn. 143), § 5 Rn. 27: teleologische Reduktion der Ehevertragsfreiheit dahingehend, dass auf den Ausgleich *ehebedingter Nachteile* nicht wirksam verzichtet werden könne; so nun auch *Wagenitz*, in: Höland/Sethe/Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hg.), *Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen*, 2007, 1, 21 ff.; Weiterführungen etwa bei *Meder*, *Grundprobleme und Geschichte des Zugewinnausgleichs*, 2010, 81 ff. und *Wiemer*, *Inhaltskontrolle von Eheverträgen*, 2007, 31 ff. Diese Überlegungen prägen inzwischen auch das schweizerische Schrifttum, siehe nur *Gloor*, in: *Basler Kommentar, ZGB I*, 3. Aufl. 2006, Art. 140 Rn. 12 und *Emmenberger*, in: *FS für Gauch*, 2004, 395 ff.

<sup>154</sup> Funktional entsprechend werden Familienbürgschaften daraufhin untersucht, ob die Verpflichtung „wirtschaftlich sinnlos“ (etwa *BGHZ* 135, 66, 71 f.; *BGH NJW* 2005, 971, 973; *BGH NJW* 1999, 58, 59) oder irgendein „rechtlich vertretbares Interesse“ an der Verpflichtung erkennbar ist (*BGHZ* 136, 347, 351; *BGH NJW* 1999, 58, 59).

<sup>155</sup> Mit der Orientierung auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile (Fn. 153) hat der Gedanke des berechtigten Interesses bereits schärfere Konturen gewonnen; siehe bereits allgemein *Coester-Waltjen AcP* 190 (1990), 1, 32 f.

<sup>156</sup> Dieser Zusammenhang ist jedenfalls für den Umgang mit Eheverträgen deutlich greifbar; siehe dazu meine Aufarbeitungen für *RabelsZ* 76 (2012), 131 ff.; ähnlich die Deutung von *Dutta*, *FamRZ* 2011, 1829, 1834 f. Dies heißt zugleich, dass sich mit

Hier ist nicht der richtige Ort, um die Abgrenzung von berechtigter Pflichtteilsgestaltung und unwirksamer Pflichtteilsumgehung bis in jedes Detail zu formulieren. Mancher mag allerdings bezweifeln, was auf diesem Weg überhaupt gewonnen ist: Läuft dies nicht doch auf eine Paraphrasierung der Kernbereichslehre hinaus, also Umgehungsschutz nur zugunsten des Bedürftigen? Dies wäre zu kurz gegriffen. Wenn es richtig ist, wie aus der Praxis berichtet wird, dass die meisten Pflichtteilsverzichte von Kindern gegenüber ihren Eltern erklärt werden und dass die Kinder nicht selten gerade erst volljährig geworden sind, wird man wohl für einen verbreiteten Verzichtstypus die Frage nach dem sozialen Sinn der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit mit Blick auf die elterliche Verantwortung (§ 1618a BGB) stellen müssen,<sup>157</sup> und zwar ganz unabhängig davon, ob der Verzichtende im Erbfall bedürftig ist. Dies soll nicht heißen, dass Kinder nicht wirksam auf ihren Pflichtteil verzichten können. Nicht alle Kinder befinden sich gegenüber ihren Eltern in einer Situation unsicherer Selbstbestimmung. Mit zunehmendem Alter, wachsender wirtschaftlicher Eigenständigkeit und emotionaler Emanzipation der Kinder können wir die einvernehmliche Zurücksetzung des Pflichtteilsberechtigten verlässlicher auf gemeinsam getragene Individualisierungsanliegen zurückführen. Aber auch in Situationen unsicherer Selbstbestimmung kann es aner kennenswerte Gründe für den Abschluss von Pflichtteilsvereinbarungen mit Kindern geben. Sie können etwa darin liegen, dass mit der abweichenden Nachlassgestaltung besondere Vorsorge getroffen oder Fürsorge entlohnt werden soll. Dies liegt nahe, wenn alle Kinder gleichermaßen verzichten, etwa zugunsten eines Elternteils oder zugunsten einer anderen Person, die sich besonders um das Wohl des Erblassers verdient gemacht hat. Schließlich können in Einzelfällen aner kennenswerte Gestaltungsinteressen auch in der Eigenart des Nachlasses wurzeln. Mancher wird hier an die Verwirklichung einer *Unternehmensnachfolge* denken.<sup>158</sup> Allerdings ist gerade im Umgang mit Unternehmensnachfolgen näher zu prüfen, ob und vor allem inwieweit ein Pflichtteilsverzicht wirklich in innerem Zusammenhang mit einer Unternehmensnachfolge steht.<sup>159</sup> Zweifel werden sich im Übrigen auch

---

zunehmender Normativierung und Schematisierung der *family provision* auch hier die Frage nach der Anerkennung von individuellen Vereinbarungen stellen wird.

<sup>157</sup> Beim Verzicht von Ehegatten wird es insbesondere auf den praktizierten Eheotyp (Einverdiener- oder Doppelverdiener Ehe) ankommen. Bedenken erheben sich beim Pflichtteilsverzicht der vermögenslosen Hausfrau, während bei der Doppelverdiener Ehe berechnete Gründe für eine abweichende Nachlassordnung nahe liegen.

<sup>158</sup> Andeutungen bei *Lange/Kuchinke* (Fn. 40), § 7 I 4; konkretisierungsbedürftig *Münch ZEV* 2008, 571, 576: Schutz familiengebundener Vermögenswerte.

<sup>159</sup> So muss bezweifelt werden, ob die Gestaltung der Unternehmensnachfolge auch den Verzicht auf Teilhabe am Privatvermögen zu erklären vermag. Auch erheben sich

erheben, wenn ein Pflichtteilsverzicht einseitig einem Kind oder einzelnen Kindern abgerungen wird, etwa wenn nur das Kind aus früherer Beziehung zum Pflichtteilsverzicht bewegt wird:<sup>160</sup> Ein Verzicht, für den kein anderes Interesse greifbar ist, als das Kind um seinen Pflichtteil zu bringen, und dessen Zustandekommen sich nicht anders erklären lässt als mit einer emotionalen Zwangslage, verdient nicht die Anerkennung der Rechtsordnung.<sup>161</sup>

### c) Überlegungen zur Neuordnung der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit

Eine so ausgerichtete Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichteten bedeutet indes nicht nur eine dogmatische Umorientierung. Sie wird auch einige Herausforderungen für die Gestaltungspraxis und vor allem für die Rechtsprechung darstellen. Ruft man sich noch einmal in Erinnerung, dass Pflichtteilsvereinbarungen typischerweise in Situationen und zwischen Personen geschlossen werden, bei denen ein gesteigertes Risiko einseitiger Interessendurchsetzung besteht, so wird damit aus heutiger Sicht bereits die gesetzliche Grundentscheidung für den voraussetzungslosen Pflichtteilsverzicht fragwürdig. Ist es eine gute Entscheidung, Kindern zuzumuten, dass sie gegenüber ihren Eltern den Familienfrieden und möglicherweise kurzfristige Geld-Bonbons mit ihrem Pflichtteilsinteresse abwägen müssen? Steht die Eröffnung eines solchen „marshmallow-Tests“ nicht eigentlich in unerträglicher Spannung zur elterlichen Verantwortung (§ 1618a BGB)? Es würde über das Ziel hinauschießen, hieraus gleich die Abschaffung des (entgeltlichen) Pflichtteilsverzichts zu folgern. Aber das Wissen um typische Gestaltungsziele und auch um die Schwierigkeiten von Selbstbestimmung in familialen Beziehungen spricht für eine umsichtigeren Einhebung der Pflichtteilsgestaltungsfreiheit.

Im Umgang mit unsicherer Selbstbestimmung liegt es zumeist nahe, zunächst über gesteigerte Form- und Beratungspflichten nachzudenken.<sup>162</sup> Die

---

Bedenken, wenn einzelne Kinder zum Verzicht bewegt werden, ohne dass die Unternehmensnachfolge in der Familie erfolgen soll. Bedenken weckt auch der Verzicht des im Unternehmen mitarbeitenden Ehegatten. In allen diesen Fällen liegt die Vermutung nahe, dass die Sicherung des Unternehmensfortbestands in der Nachfolge nicht der tragende Grund für die Pflichtteilsgestaltung ist.

<sup>160</sup> Siehe nur den Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG München ZEV 2006, 313 zugrunde lag: Pflichtteilsverzicht des nichtehelichen Sohnes gegenüber dem Vater.

<sup>161</sup> In diese Richtung auch *Kuchinke* FPR 2006, 125, 129. – Bei einem entgeltlichen Verzicht bleibt indes denkbar, dass der Verzichtende ein besonderes Interesse an *vorzeitiger* Nachlassteilhabung hat. Soweit beim Abschluss des Verzichts Fehlvorstellungen über den Bestand und die Entwicklung des Vermögens mitgewirkt haben, sind zunächst Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und u.U. Verragsanpassung zu prüfen; siehe dazu bei Fn. 124.

<sup>162</sup> Siehe für die Patientenautonomie *Röthel* AcP 211 (2011), 196, 209 ff.

typischen Überforderungen in familialen Aushandlungsprozessen über zukünftige Berechtigungen lassen sich indes auf diesem Weg nicht maßgeblich ausgleichen.<sup>163</sup> Aber klingt § 2346 Abs. 2 BGB nicht wie ein Freibrief zur Durchsetzung eines unentgeltlichen Pflichtteilsverzichts? Wir sollten also den gesetzlichen Ausgangspunkt verändern: An die Stelle des einseitigen Pflichtteilsverzichts sollte die beidseitig verantwortete, im Regelfall entgeltliche Pflichtteilsvereinbarung treten. Diese Veränderung im Leitbild würde auch eine Veränderung der Abschlussvoraussetzungen nahelegen: Dass ein Pflichtteilsverzicht im deutschen Recht nur vom Erblasser die Persönlichkeit der Erklärung verlangt, nicht aber vom Verzichtenden (§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB), ist zwar historisch erklärbar,<sup>164</sup> aber mit der Vorstellung einer gemeinsam verantworteten *Vereinbarung über familiäre Ansprüche* nicht vereinbar. Höchstpersönliche und gleichzeitige Anwesenheit bei der Beurkundung würden jedenfalls etwas mehr Gewähr dafür bieten, dass die notarielle Beurkundung Sinnvolles leisten kann. Wer sich nochmals die eigentümliche Zumutung und Verlockung vor Augen führt, die gerade ein entgeltlicher Pflichtteilsverzicht für junge Erwachsene bedeuten kann, wird aber möglicherweise noch weiter gehen wollen. Denkbar wäre, Kindern ein Widerrufsrecht einzuräumen, etwa geknüpft an die Vollendung des 30. Lebensjahres.<sup>165</sup> Auf diese Weise ließen sich jedenfalls einige Unwägbarkeiten einer richterlichen Inhaltskontrolle vermeiden.<sup>166</sup>

<sup>163</sup> Siehe bereits für Eheverträge BGHZ 158, 81, 99; *Schwenzer* AcP 196 (1996), 88, 110 f.; für Pflichtteilsvereinbarungen genauso *Dutta* AcP 209 (2009), 760, 787.

<sup>164</sup> Siehe bereits in Fn. 117.

<sup>165</sup> Ein solches Reurecht wäre weniger einschneidend als ein generelles Verbot oder eine generelle Altersgrenze. Die Altersgrenze ließe sich damit erklären, dass Kinder mit Vollendung des 30. Lebensjahres typischerweise wirtschaftlich und emotional eine gewisse Unabhängigkeit von ihren Eltern gewonnen haben. Zudem ist der Zeitraum von 30 Jahren dem BGB auch an anderer Stelle als Typisierung des Generationenwechsels vertraut; siehe zu §§ 2109 Abs. 1 S. 2, 2210 S. 1 BGB näher *Röthel* (Fn. 51), A 93 ff. Im Gegenzug wird man das Widerrufsrecht an eine vergleichsweise kurze Ausübungsfrist knüpfen müssen, etwa angelehnt an § 1629a Abs. 4 S. 1 BGB (drei Monate). Und schließlich wäre zu überlegen, ob das Widerrufsrecht mit dem Erbfall erlöschen soll; verbleibende Schutzbedürfnisse wären dann durch richterliche Inhalts- und Ausübungskontrolle zu bewältigen. – Eine weitere Möglichkeit wäre ein Genehmigungsvorbehalt in Anlehnung an §§ 1643, 1821 BGB, solange das Kind das 30. Lebensjahr nicht vollendet hat.

<sup>166</sup> Außerhalb des hier erörterten Zusammenhangs mit der Umgehungsfrage wäre schließlich noch weitergehend zu überlegen, sich ganz vom Konzept der Inhaltskontrolle zu lösen, und Gestaltungsrechte oder Nichtigkeitsfolgen allein an die Abschlusssituation zu knüpfen; siehe bereits in Fn. 141 sowie mit Blick auf die Testierfreiheit *Röthel* AcP 210 (2010), 32, 42 ff.

*IV. Zusammenführungen*

Was lässt sich festhalten nach dieser Umschau auf ausgewählte Einzelfragen der Pflichtteilsumgehung? Auf den ersten Blick mögen die Ergebnisse disparat erscheinen. Das Pendel ist mal in Richtung Pflichtteil und mal in Richtung Privatautonomie ausgeschlagen. Das Konzept der Schenkungseinbeziehung als gemeinsamer, gesetzlich vorgeprägter Umgehungsschutz hat sich bewährt und bedarf allenfalls Randkorrekturen, etwa mit Blick auf Schenkungen an andere Kinder oder den Umgang mit Lebensversicherungen. Kollisionsrechtliche Pflichtteilsflucht ist indes, wenn wir nicht die Grundorientierung unserer Kollisionsrechte aufgeben wollen, auf nationaler Ebene hinzunehmen. Schmerzlicher erscheint eine andere Wundstelle: der Pflichtteilsverzicht. Hier sind aus heutiger Perspektive Lücken im Umgehungsschutz zu konstatieren, die sowohl richterliche als auch gesetzliche Vervollständigungen nahelegen.

Diese Einzelergebnisse werden in ihrer Wertungsabhängigkeit wahrscheinlich nicht jeden gleichermaßen überzeugen. Für das weitere wissenschaftliche Gespräch sei indes noch einmal an den Entwicklungspfad und die Perspektive erinnert. Es hat sich als tragfähiges Argumentationsgerüst erwiesen, die Umgehungsfrage aufzulösen in eine Abstimmung sich überlagernder Ordnungen, und die Einzelabstimmungen anhand der typologisch skizzierbaren Grundhaltungen zur Gewichtung von Pflichtteil und Privatautonomie zu entwickeln. Umgehungsfragen lassen sich also nicht ohne Rückverweisungen auf die Grundorientierungen der Rechtsordnung beantworten. Dies heißt zugleich, dass in einer auf Folgerichtigkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit angelegten Rechtsordnung der Umgang mit Umgehungen immer wieder neuer Vergewisserung bedarf.<sup>167</sup> Das Umgehungsrisiko ist das Entwicklungsrisiko der Privatautonomie oder – in tagespolitischer Diktion – ihr ständiger „Stresstest“. Die Antworten auf einzelne Umgehungsfragen werden immer die Zeichen ihrer Zeit tragen. Zeitlos ist allein das Unbehagen gegenüber Umgehungen.

---

<sup>167</sup> Zu diesem Spannungsverhältnis von Zeit und Einheit der Rechtsordnung siehe nur *Bumke* (Fn. 27), 163 ff.

