

21. November 2019 in Warnemünde

Herbsttagung Familienrecht



DeutscherAnwaltVerein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Eheschleicherei

und weitere erbrechtliche Bezüge des Familienrechts

Dr. Dietmar Kurze

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht,

VorsorgeAnwalt

Kanzlei Kärgel de Maizière & Partner Kurfürstendamm 96 10709 Berlin www.Kaergel.com Kurze@Kaergel.com Tel. 030 30 83 11 0 Fax 030 30 83 11 100	Vorstand und Geschäftsführer des VorsorgeAnwalt e.V. Berlin www.Vorsorgevollmacht-Anwalt.de Kurze@VorsorgeAnwalt-eV.de Tel. 030 80 90 62 91 Fax 030 80 90 62 92
--	--

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	4
II. Relevanz und Ursachen	5
1. Relevanz.....	5
2. Ursachen.....	6
a. Mehr (faktisch) Kinderlose	6
b. Patchwork im höheren Alter	7
c. Längere Unterstützungszeiten.....	7
d. Schlechte Gestaltungen.....	7
e. Ungeeignete Konfliktlösungsinstrumente.....	7
f. Unkritische Eheschließungen beim Standesamt.....	8
III. Konstellationen.....	8
IV. Eheschleicherei	9
1. Problematik	9
2. Ehefähigkeit.....	10
3. Allgemeine Folgen der Eheschließung eines Eheunfähigen.....	13
4. Feststellung der Eheunfähigkeit.....	14
5. Erbrechtliche Folgen der Eheschließung eines Eheunfähigen.....	18
6. Mögliches Vorgehen vor dem Erbfall	20
V. Vorgehen vor dem Erbfall bei Ehe-, Erb- oder Vollmachtsschleicherei	21
VI. Gestaltungsempfehlungen	21
1. Einleitung.....	21
2. Erbvertrag, Ehegattentestament allgemein, Lockerung der Bindungswirkung	22
3. Testamentsvollstreckung	24
a. Einleitung.....	24
b. Der Verzeichnis-Testamentsvollstrecker	24
c. Testamentsvollstreckung bei Betreuung	25
4. Vor- und Nacherbschaft	25
5. Wiederverheiratursklausel	26
6. Vermächtnislösung.....	28
7. Nießbrauchslösung.....	29
8. Lebzeitige Verfügung.....	29
9. Treuhänderische Übertragung	30

10. Testaments- und Vollmachtsberatung.....	31
VII. Weiterführende Überlegungen.....	31
VIII. Unterhalt des geschiedenen Ehegatten.....	32
IX. Getrennt – bis auf den Tod: Zugewinnausgleichsanspruch beim Erbfall.....	33
X. Scheidung von einer betreuten und/oder geschäftsunfähigen Person.....	34
XI. Widerruf eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments.....	34
Literaturhinweise	36

I. Einleitung

Eine feste Definition der „Erbschleicherei“ ist nicht bekannt; die Begriffe „Vollmachtsschleicherei“ und „Eheschleicherei“ sind noch wenig geläufig. Aber doch haben die meisten Menschen eine Vorstellung davon, was mit ihnen gemeint ist – Erb-, Vorsorge- und Familienrechtler sogar meist Beispiele aus der Praxis parat.

Allgemein wird eine „nicht gerechtfertigte Zuwendung“¹ als erschlichen angesehen, bei der Erbschleicherei meist durch eine Verfügung von Todes wegen. Dabei ist der Kern ein Betreiben des Begünstigten, das unlauter, unmoralisch oder widerrechtlich ist, also keine „Rechtfertigung“ für die Zuwendung darstellt. Aus strafrechtlicher Perspektive wird mit Blick auf den Betrugstatbestand die Täuschung betont.²

Die moralische Komponente scheint eine Definition im rechtlichen Sinne zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen, denn sie kann sehr individuell sein. So kann das enterbte Kind sagen „Der Nachbar ist ein Erbschleicher. Ich als Kind bin legitimer Erbe.“ und der Nachbar entgegen „Das Kind hat sich in den letzten Jahren gar nicht um seine Mutter gekümmert. Die Mutter konnte doch machen, was sie wollte.“ Bei solchen Diskussionen gerät man leicht an ganz grundsätzliche Fragen wie der Selbstbestimmung in Form der Ehe- und Testierfreiheit usw.

Nach hier vertretener Ansicht spricht viel dafür, dass es sich weitgehend nur scheinbar um ein moralisches Problem handelt. Im Wesentlichen sind es Nachweis- und Rechtsbewertungsprobleme. Erb-, Vollmachts- und Eheschleicher gehen entweder direkt unzulässig vor, z.B. indem sie eine Vorsorgevollmacht anders als vereinbart verwenden, nicht gerechtfertigte Quittungen unterschieben, Bargeld verschwinden lassen, später bei Auskünften und der Rechnungslegung lügen („nie etwas getan“, „alles weg und ich weiß nicht wohin“), Testamente fälschen auch durch das bewusste Erstellenlassen durch eine testierunfähige Person oder die Ehe bewusst mit einer eheunfähigen Person eingehen, nur um Vermögensvorteile zu erhalten. Oder sie bewegen sich in einem Graubereich, der bei ehrlicher Betrachtung gar keiner wäre, und nutzen die Beeinflussbarkeit einer Person, indem z.B. unter Einsatz psychologischer Mittel wie offenem oder indirektem Druck („Ich lass Dich sonst alleine“, „Eigentlich müsste ich mich um meine Familie kümmern, die kein Geld hat“) oder Täuschungen („Die anderen mögen Dich nicht und kümmern sich nicht“, „Ich werde mich um Dich kümmern bis zum Schluss“) eine Situation geschaffen wird, bei der Zuwendungen notwendig erscheinen. Tatsächlich ist die Person aber gar nicht mehr in der Lage, freie und selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen, und damit geschäfts-, testier- oder eheunfähig oder sie wurde so bedroht oder getäuscht, dass eigentlich eine unwirksame oder zumindest anfechtbare Vollmacht, letztwillige Verfügung oder Eheschließung vorliegt.

Das Problem bei diesen Sachverhalten ist, dass entweder die Tatsachen nicht dargelegt und ggf. bewiesen werden können, wie eine Testierunfähigkeit, eine Drohung oder Täuschung, die Kenntnis der Eheunfähigkeit oder der Zugriff des Bevollmächtigten auf das Vermögen.³ Oder es bestehen rechtliche Wertungsprobleme bei medizinischen Sachverständigen oder Richtern, weil nachweisbare Tatsachen fälschlicher Weise als nicht ausreichend für die Annahme einer Testierunfähigkeit oder Täuschung angesehen werden.

¹ Vgl. *Bonefeld*, Schutz vor Erbschleicherei, ZErB 2014, 241, 241 mwN; *Frieser/Potthast*, Erbschleicherei – unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Besonderheiten, ErbR 2017, 114, 114 mwN.

² Vgl. *Brand/Fett*, Erbschleichung und Betrug, JA 2000, 211; *Schroeder*, Erbschleichung als Betrug, NSStZ 1997, 585.

³ Vgl. *Mau*, Untreue gegenüber älteren Menschen aus Sicht des LKA Berlin, BAB 2018, 131.

Um ein weiterreichendes Ergebnis vorwegzunehmen: Für beide Punkte wäre nach hier vertretener Ansicht bei bestehender Rechtslage eine erhebliche Verbesserung bei sorgfältiger, bewusster und schneller Arbeit der beteiligten staatlichen Stellen möglich. Wenn beim Standesamt im Eheschließungsverfahren und bei Gericht im Betreuungsverfahren ausreichend Ermittlungen angestellt und Richter sowie medizinische Sachverständige sich der besonderen Situationen bewusst wären und daher eher eine Ehe- oder Testierunfähigkeit bejahen oder Vermögensentnahmen als z.B. für eine Beweislastumkehr ausreichend dargelegt sehen würden, wäre die Situation für Erb-, Vollmachts- und Eheschleicher deutlich schlechter. Das ist zurzeit aber nicht festzustellen und auch nicht zu erwarten.

Im Folgenden wird es weniger um den späteren Umgang mit solchen Sachverhalten gehen (dafür wäre umfassend auf die Fragen der Sittenwidrigkeit,⁴ der Anfechtung wegen Irrtums und Drohung,⁵ den Beschränkungen z.B. nach dem HeimG⁶ sowie der Erbunwürdigkeit⁷ einzugehen). Nach Betrachtung von gefährdeten Konstellationen wird auf die Eheschleichei und ihre rechtlichen Probleme eingegangen und es sollen dann Überlegungen für die vorsorgende Gestaltung angestellt, bekannte und unbekannte Gestaltungsmittel zum Schutz gegen Erb-, Vollmachts- und Eheschleicher dargestellt werden.

Dabei kann natürlich nicht auf alle denkbaren Konstellationen eingegangen werden. Im Blickfeld werden die hier als typischer Weise gefährdeten Personen stehen: alleinstehende, ältere Menschen, oft verwitwet, mit und ohne Abkömmlinge. Zu beratende Personen wären danach ältere Ehepaare, sowie alleinstehende Menschen mit und ohne Abkömmlinge.

II. Relevanz und Ursachen⁸

1. Relevanz

Die folgende Bestandsaufnahme basiert – leider – nicht auf empirischen Daten.⁹ Die Annahmen sind – im Ergebnis: subjektive – Einschätzung, welche auf der Beobachtung und Auswertung von Rechtsprechung und juristischer Literatur sowie den Berichten¹⁰ einer Vielzahl von Akteuren in diesem Gebiet (spezialisierte Rechtsanwälte und Notare, Mitarbeiter von Betreuungsbehörden, Richter, Polizeibeamte¹¹) basieren.

(1) Die Rechtsprechung zu solcherart Konstellationen nimmt zu. Dies zeigt im Bereich des Vorsorgerechts die zunehmende Befassung des BGH mit der Kontrollbetreuung.¹² Viel Rechtsprechung zur problematischen Verwendung von Vorsorgevollmachten findet sich bei Streitigkeiten zum Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGB)¹³ und auch zu Rückforderungen insbes. aufgrund behaupteter Schenkung (§§ 812 ff. BGB).¹⁴

(2) Auch in der Literatur wird immer mehr auf die Fragen eingegangen. Für das Vorsorgerecht sollen hier neben dem Kommentar zum „Vorsorgerecht“, der vom Autor herausgegeben wird, das Buch des

⁴ Vgl. dazu z.B. *Frieser/Potthast*, ErbR 2017, 114, 119 f.; *Bonefeld*, ZErB 2014, 241, 243.

⁵ Vgl. dazu z.B. *Frieser/Potthast*, ErbR 2017, 114, 120 f.; *Bonefeld*, ZErB 2014, 241, 243 f.

⁶ Vgl. dazu z.B. *Bonefeld*, ZErB 2014, 241, 242 f.

⁷ Vgl. dazu z.B. *Frieser/Potthast*, ErbR 2017, 114, 121; *Bonefeld*, ZErB 2014, 241, 243 f.

⁸ Vgl. *Kurze*, BtPrax 2018, 47, 48 f.

⁹ Nur auf Betreuungen und wenigen Daten beruhend: *Meier/Peikert/Görgen*, Vermögensdelikte in Betreuungsverhältnissen, BtPrax 2019, 175.

¹⁰ In Lehrgängen, beim Austausch innerhalb von Berufsorganisationen und in den sozialen Medien wie Blogs.

¹¹ Etwa: *Mau*, Untreue gegenüber älteren Menschen aus Sicht des LKA Berlin, BAB 2018, 131.

¹² Vgl. *Kurze* Vorsorgerecht § 1896 BGB Rn. 31-57.

¹³ Vgl. z.B. *Kurze* Vorsorgerecht § 662 BGB Rn. 31-64.

¹⁴ Vgl. *Kurze/Papenmeier* Vorsorgerecht § 812 BGB Rn. 3-11.

Rechtsanwaltes *Trimborn von Landenberg* zur „Vollmacht vor und nach dem Erbfall“ (2017 in 3. Auflage erschienen) erwähnt werden sowie die Aufsätze von *Brucker* in der BtPrax 2016, Hefte 5 und 6 („Finanzieller Missbrauch alter und pflegebedürftiger Menschen ...“). Für Seminare wird das Thema z.B. bei Betreuervereinigungen und -behörden sowie bei Erbrechtlern immer mehr nachgefragt.

Im erbrechtlichen Bereich ist die Befassung mit dem Thema der Testierfähigkeit¹⁵ durch Ärzte und Juristen zu erwähnen, auch durch umfassende Monographien wie *Seibert* „Testierfähigkeit und Willensfreiheit“ (2015), *Brah* „Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar“ (2013), *Schmoeckel* „Demenz und Recht“ (2010) und *Grunsky* „Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit“ (2009) sowie zahlreiche Aufsätze.¹⁶

Für die Eheschleicherei sind noch kaum Abhandlungen bekannt. Interessant ist daher, dass *Cording/Nedopil* sie immerhin beschreiben und feststellen: „Nachdem diese Fälle trotz einer wohl zunehmenden Tendenz bisher selten sind, liegen für die genannte Fallkonstellation unseres Wissens noch keine obergerichtlichen Entscheidungen vor“.¹⁷

Problematische Eheschließungen haben zudem nach Berichten von Standesbeamten nicht nur vermögens-, sondern auch aufenthaltsrechtliche Hintergründe,¹⁸ wenn eine Ehe mit einer eheunfähigen Person von einem Ausländer angestrebt wird, um nicht ausreisen zu müssen (§ 28 Aufenthaltsg).¹⁹

(3) Die Berichterstattung zu den Themen Erb- und Vollmachtsschleicherei nimmt zu,²⁰ im Vorsorge-recht zum Teil auch vermischt mit dem des Missbrauchs durch Betreuer, auf dessen Möglichkeiten durch die bestehenden Strukturen Transparency International Deutschland e.V. hingewiesen hat.²¹ Dem geht auch ein Forschungsvorhaben des BMJV nach. Wenn schon bei durch das Gericht überwachten Betreuern relevanter Missbrauch befürchtet wird, erscheint dies bei gerichtlich nicht überwachten Bevollmächtigten (zumindest familienfremden) erst recht naheliegend.

2. Ursachen

Auch für die Ursachen gibt es keine oder kaum belastbare Studien, aber doch logische und wiederholt angeführte Annahmen.

a. Mehr (faktisch) Kinderlose

Die Zahl der kinderlosen Menschen nimmt zu, also von solchen, die keine engsten Angehörigen und damit potentielle Vertrauenspersonen haben. Zu den tatsächlich Kinderlosen kommen noch die Menschen dazu, die zwar Kinder haben, zu denen aber kein oder nur wenig Kontakt besteht, sei es aus persönlicher oder örtlicher Distanzierung.

¹⁵ Vgl. etwa diverse Aufsätze des Prof. *Wetterling* (zuletzt ErbR 2018, 433) sowie dessen Buch „Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen“ aus dem Jahr 2016, zudem *Cording/Nedopil* „Psychiatrische Begutachtungen im Zivilrecht“ in der dritten Auflage aus dem Jahr 2017.

¹⁶ Z.B. *Schmitz* ErbR 2018, 262: Zur Feststellungslast bei einem Streit über die Testierfähigkeit des Erblassers; *Christandl* notar 2017, 339: Testieren im Alter; *Renner* notar 2017, 218: Prüfung der Geschäftsfähigkeit de lege lata und de lege ferenda; *Fries* AcP 2016, 421: Nachlassende Testierfähigkeit; *Herzog* ZErB 2016, 34: Das streitige Erbscheinsverfahren aus anwaltlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Einwands der Testierunfähigkeit; am Rande: *Karczewski* ZEV 2018, 192: Erbrecht und älter werdende Gesellschaft: Probleme des § 2065 BGB.

¹⁷ *Cording/Nedopil*, Psychiatrische Begutachtungen, S. 79.

¹⁸ Allgemein: *Otte*, JuS 2000, 148.

¹⁹ Vgl. auch *Pfaff*, Binationale Ehen und Aufenthaltsrecht, FPR 2011, 428; *Göbel-Zimmermann*, „Scheinehen“ ..., ZAR 2006, 81.

²⁰ Zuletzt war dies am 15.10.2018 im ARD und in einem Report-Beitrag (ARD 20.06.2017) der Fall.

²¹ Transparenzmängel, Betrug und Korruption im Bereich der Pflege und Betreuung. Schwachstellenanalyse von *Transparency Deutschland*, 2013.

b. Patchwork im höheren Alter

Hinzu kommen Patchworkkonstellationen in höherem Alter, die aufgrund der längeren Lebenserwartungen zunehmen und zu Interessenskonflikten insbesondere zwischen dem neuen Partner und den Kindern aus der früheren Verbindung führen können.

c. Längere Unterstützungszeiten

Die gestiegene Lebenserwartung ist bekannt und wird als Herausforderung wahrgenommen. Für die hier interessierenden Konstellationen ist auf die Folge der längeren Dauer einer Unterstützungsbedürftigkeit hinzuweisen. Es geht häufiger nicht nur um Wochen oder Monate, bei denen Entscheidungen auch (auf nach dem Erbfall) aufgeschoben werden könnten, also z.B. die Auflösung der Wohnung, der Verkauf einer bis zum Umzug ins Pflegeheim selbst genutzten Immobilie, die Umschichtung eines Depots. In einem Zeitraum von u.U. mehreren Jahren können wegweisende Entscheidungen zu treffen sein, erhebliches Vermögen umgeschichtet, verbraucht oder beiseitegebracht und eine Nachlassplanung undurchführbar gemacht oder aber grundlegend geändert werden.

d. Schlechte Gestaltungen

Letztwillige Verfügungen werden immer noch verbreitet gänzlich ohne Beratung erstellt. So kommt es zu bindenden Verfügungen, welche den überlebenden Ehegatten über die Maßen einengen oder Pflichtteilsstrafklauseln enthalten, welche den Kindern eine Mindestteilhabe am Nachlass des erstversterbenden Elternteils erschweren, damit allerdings eine gewisse Vermögenssicherung erwirken. Aber auch notarielle Beratungen in Erbangelegenheiten sind von unterschiedlicher Qualität. Die Absicherung gegen spätere Einflüsse Dritter und ein Interessenausgleich aller Betroffener werden selbst von erbrechtlichen Spezialisten nicht immer berücksichtigt.

Bei Vorsorgevollmachten wird in seltenen Fällen das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und -nehmer geregelt. Das bedeutet aber grundsätzlich unbeschränkte Rechnungslegungs- und Haftungs-pflichten des Bevollmächtigten. Andererseits ist sich dieser der Pflichten meist nicht bewusst, so dass er ihnen auch bei ursprünglich ordnungsgemäßem Handeln nachträglich mangels Aufzeichnungen nicht umfassend nachkommen kann. Fehlende Regelungen zu Schenkungen oder einer Aufwandsentschädigung bzw. Vergütung für den Bevollmächtigten führen ebenfalls zu Konflikten. Mangels Bewusstseins nehmen Bevollmächtigte in dem Zusammenhang immer wieder an, mittels der Vorsorgevollmacht unbegrenzt handeln zu dürfen, beachten also Einschränkungen im Innenverhältnis nicht. Dies begünstigt unbewussten und bewussten Vollmachtsmissbrauch.

Ein wesentliches Problem dabei ist die Kostenpriorität bei der Gestaltung. Bei vielen Konstellationen wäre eine individuell angepasste und mit dem Bevollmächtigten und Angehörigen oder zukünftigen Erben auch abgestimmte Gestaltung hilfreich, wird aber aufgrund der entstehenden Kosten zu Gunsten eines Musters „aus dem Internet“ oder des „erbrechtlichen Rat des Nachbarn“ nicht vorgenommen.

e. Ungeeignete Konfliktlösungsinstrumente

Zu Lebzeiten kann ein Streit über die Testierfähigkeit einer Person nicht gerichtlich geführt werden. Ein „Beweissicherungsverfahren“ ist jedenfalls nicht direkt möglich. Einen sachfremden Konflikt zu provozieren, um zu einer gerichtlichen Klärung zu gelangen ist mühsam oder gar nicht möglich.

Bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist jedenfalls in unteren Instanzen immer wieder eine Unsicherheit im Umgang mit Vorsorgevollmachten- und Erbfällen zu vermerken, was auf die oben geschilderten Unklarheiten in der Rechtslage die seltene Befassung (kein „Großes Nachlassgericht“) zurückzuführen sein kann.

Bei Betreuungsgerichten sind „streitige“ Betreuungsverfahren nicht nur ungewöhnlich, sondern beanspruchen auch weit überdurchschnittlich viele Ressourcen. Es gibt meist mehrere Beteiligte und ein umfangreicher Sachverhalt ist aufzuklären, wobei der Bevollmächtigte daran regelmäßig nicht interessiert ist und daher nicht optimal mitwirkt. Die Ermittlungstätigkeit der Betreuungsbehörden ist eine grundsätzlich begrüßenswerte Verbesserung im Betreuungsverfahren. Sie wird aber in der Praxis noch mit sehr unterschiedlicher Qualität betrieben. Zudem haben die Behördenmitarbeiter nur begrenzte Ermittlungsbefugnisse, erhalten beispielsweise keine Informationen direkt von Banken.

f. Unkritische Eheschließungen beim Standesamt

Für Standesbeamte ist es oft mühsam und schwierig, die Ehesfähigkeit zu prüfen. Sie müssen sich starken Anfeindungen der Antragsteller aussetzen, wenn sie kritisch hinterfragen. Die Motive der Eheschließung dürfen kaum bewertet werden.²² Wenn ein ärztliches Attest vorgelegt wird, kann der Standesbeamte seine Mitwirkung nur mit noch mehr Aufwand verweigern.

Eine andere „Partei“ als Gegenseite gibt es nicht. Beteiligungsrechte Dritte – wie Kinder des Eheunfähigen – sind nicht ersichtlich. Auch der Betreuer hat es schwer, in das Verfahren einzugreifen. Interessant sind dazu die Überlegungen *Bienwalds*, der ein Tätigwerden beispielhaft damit gerechtfertigt sieht, dass der Betreuer versucht zu vermeiden, dass der Betreute Opfer oder Täter einer strafbaren Handlung wird.²³

III. Konstellationen

Vor oder nach dem Erbfall streiten sich häufig Kinder des Vollmachtgebers/Erblässers oder früher bedachte Testamentserben mit dem Dritten, als Vollmachts-, Ehe- oder Erbschleicher verdächtigten: Meist geht es um „neue Bekannte“, die aufgrund der Situation des Vollmachtgebers in dessen Leben treten oder bei einem Erblasser in dessen Leben getreten sind. Alters- und krankheitsbedingt kann es zu Pflegebedürftigkeit, sonstigem Unterstützungsbedarf bei der Erledigung alltäglicher Angelegenheiten und zu Bedürfnissen bei der Mobilität oder bei Einsamkeit kommen. Die Abdeckung erfolgt reihenweise in seriöser und professioneller Art und Weise. Allerdings gibt es auch immer „schwarze Schafe“, die entweder bei Gelegenheit oder gezielt das Vertrauen älterer Menschen erschleichen und ausnutzen sowie Abhängigkeiten herstellen und sich zu Nutze machen. In Frage kommen besonders Pflegekräfte und Anbieter von haushaltsnahen Dienstleistungen, z.B. Einkaufs- und Fahrdiensten.

Zuweilen wird eingewandt, dass sich ein älterer Mensch „lieber von einem Erbschleicher umsorgt und gepflegt sehen will, als allein gelassen von den Kindern, die die Erbschaft als sicher ansehen.“²⁴ Dem ist insofern beizupflichten, als dass einsame Menschen sich Zuwendung und Unterstützung durchaus auch etwas kosten lassen können, gerade wenn sich Angehörige (aus welchen Gründen auch immer) nicht kümmern. Allerdings übersteigen die „Belohnungen“ durch die Vermögenszuwendung in den hier als relevant angesehenen Fällen das auch nach § 138 BGB angemessene bei weitem, wenn für z.B. für einige Monate der Unterstützung mehrere Hunderttausend Euro den Besitzer wechseln. Zudem handelt es sich dann meistens auch nicht mehr um eine Zuwendung aus persönlicher Zuneigung, sondern aus materieller Berechnung.

Eine „Vollmachtsschleicherei“ hat gegenüber der „Erbschleicherei“ für die unlauter handelnde Person verschiedene Vorteile: Die Entdeckungsfahr ist deutlich geringer. Wenn beim Erbfall gar kein Vermögen mehr vorhanden ist, werden Personen, die in früheren Verfügungen benannt waren, weniger Einwände erheben, da ihnen nicht bekannt ist, dass ein Nachlass möglich wäre. Noch weniger Verdacht kommt auf, wenn diese Personen „etwas“ erhalten, aber gar nicht wissen, dass es eigentlich viel mehr sein müsste. Wenn nur – entferntere – gesetzliche Erben vorhanden wäre, werden diese gar nicht

²² *Otte*, JuS 2000, 148.

²³ *Bienwald/Sonnenfeld/Bienwald/Harm*, Betreuungsrecht, 6. Auflage 2016, § 1896 BGB Stichwort „Ehe“ 3. Absatz, S. 105.

²⁴ *Basty*, MittBayNot 2000, 73, 75 (zum Schutzgedanken bei der testamentarischen Wiederverheiratsklausel).

ermittelt, wenn gar kein Nachlass mehr vorhanden ist und der Bevollmächtigte alles abwickelt, so dass keine Probleme und kein Bedürfnis für Ermittlungen und die Einsetzung eines Nachlasspflegers bestehen.

Die unlauter handelnde Person hat bei lebzeitigen Verfügungen einen schnelleren Erfolg und muss weniger befürchten, dass doch wieder eine andere Person bedacht oder das Vermögen verbraucht wird. Schließlich ist eine Vollmacht meist einfacher zu erhalten als eine testamentarische Verfügung. Dies gilt zum Teil formal, insbesondere aber aufgrund des mangelnden Verständnisses beim Verfügenden: Ihm ist regelmäßig nicht bewusst, dass es durch eine Vollmachterteilung zu einer Neuordnung seines Vermögens kommen kann, wie es bei einer letztwilligen Verfügung der Fall ist. Der Schutz eines bindenden Erbvertrages oder Testaments kann mit einer Vollmacht leichter umgangen werden. Bei einem dem Schutz der Bindungswirkung widersprechenden, neuen Testament müsste von der unlauteren Person später meist zunächst ein Erbschein erlangt werden, was schwierig sein kann.

Noch leichter kann das Vorgehen bei einer Eheschließung sein. Die weitreichenden Folgen werden verschwiegen, sie wird als formaler Akt beschrieben, etwa zur Rentenabsicherung des Eheschleichers oder als Notwendigkeit, damit der Eheschleicher weiter bei dem Eheunfähigen leben kann. Von der Eheschließung erfahren Dritte wie Kinder (so sie denn vorhanden sind) meist erst später und in dem standesamtlichen Verfahren gibt es keine „Gegenseite“. Nur der Standesbeamte ist zu überzeugen, der wiederum ein deutlich leichteres Arbeitsleben hat, wenn er nicht kritisch prüft.

Allgemein gibt es ein Schema, welches für eine bedenkliche Vorsorge-/ bzw. Erbsituation spricht,²⁵ bei dem vom Schleicher regelmäßig in drei Schritten vorgegangen wird, die auch parallel oder in anderer Reihenfolge erfolgen können: Zuerst wird die eigene Position durch Präsenz, Hilfe und Beipflichten zu Meinungen des Vollmachtgebers/Erblässers gestärkt („Gutmachen“). Sodann werden Zweifel und Ärger gegenüber anderen Personen geschürt, z.B. durch die Behauptung, diese würden das Vermögen des Vollmachtgebers/Erblässers veruntreuen oder diesen „ins Heim abschieben“ wollen („Schlechtmachen“). Zuletzt wird die soziale Kontrolle²⁶ ausgeschaltet, indem Kontakte und Einblicke unterbunden, Ärzte, Rechtsanwälte und Banken gewechselt werden („Wegmachen“).

IV. Eheschleicherei

1. Problematik

Ein besonderes und nach hiesiger Kenntnis in erbrechtlicher Hinsicht noch kaum behandeltes Phänomen ist eines, welches hier als „Eheschleicherei“ bezeichnet werden soll. Es wird eine Ehe geschlossen, um – gesetzliche – erbrechtliche Folgen herbeizuführen.

Dies ist insbesondere dann ein Mittel, wenn der vermögende Partner verwitwet und durch eine bindend gewordene, letztwillige Verfügung an der Fertigung eines neuen Testaments sowie (beeinträchtigenden) lebzeitigen Verfügungen gehindert ist. Dem neuen Ehegatten stehen so zumindest ein Pflichtteilsanspruch und der konkrete Zugewinnausgleichsanspruch zu (§ 1371 Abs. 2 BGB). Allein der Pflichtteilsanspruch beträgt bei einem kinder-, eltern- und geschwisterlosen Erblasser schon 50 Prozent des Nachlasswertes (§§ 2303, 1931 Abs. 1 S. 1 BGB). Außerdem kann sich ein Anfechtungsrecht bezüglich einer letztwilligen Verfügung ergeben (§§ 2079 f. BGB).²⁷

Die Eheschließung hat für den Eheschleicher im Gegensatz zur Erbschleicherei drei Vorteile:

1. Sie ist meist einfacher zu bewerkstelligen, als eine notarielle Testamentserrichtung mit unter Umständen kritischen Fragen des Notars zur Testierfähigkeit.

²⁵ Kurze, Vorsorgerecht, § 1896 BGB Rn. 41.

²⁶ Welche z.B. Zimmermann ohnehin nicht für tauglich hält, Vorsorgevollmacht Rn. 292.

²⁷ Vgl. dazu auch KG 6 W 96/16, ErbR 2018, 443.

2. Sie ist auch möglich, wenn eine bindende, letztwillige Verfügung besteht.
3. Der vermögende, zukünftige Erblasser weiß vielleicht gar nicht, dass die Eheschließung sich auf das Erbrecht auswirkt; er denkt unter Umständen nur an die Rentenabsicherung oder nimmt eheliche Pflichten oder Vertretungsmöglichkeiten an.

Insgesamt ist die Problematik von Scheinehen oder Ehen mit eheunfähigen Menschen zu sachfremden Zwecken natürlich bekannt. Dies gilt – meist bei jüngeren Menschen – zum einen für den Zweck, für einen Ausländer eine Aufenthaltsberechtigung zu erhalten. Zum anderen gibt es das Bestreben, Rentenansprüche für die zukünftige Witwe / den zukünftigen Witwer zu generieren. Für beide Bereiche gibt es Spezialregelungen, um missbräuchlichen Eheschließungen die Wirkung zu nehmen. Das heißt aber, dass die Ehen an sich bestehen bleiben und damit die erbrechtlichen Folgen. Der Witwer oder die Witwe erhalten also z.B. keine Witwer/Witwenrente, aber das Vermögen des Verstorbenen.

2. Ehefähigkeit

Im Untertitel 1 des Titels 2 (Eingehung der Ehe) im Abschnitt 1 (Bürgerliche Ehe) des 4. Buches (Familienrecht) des BGB werden unter „Ehefähigkeit“ die „Ehemündigkeit“ in § 1303 BGB und die „Geschäftsunfähigkeit“ in § 1304 BGB behandelt. Die Ehemündigkeit macht die Volljährigkeit (seit dem 22.07.2017 als Muss- und nicht mehr als Soll-Vorschrift) zur Voraussetzung der Eheschließung, § 1304 BGB die Geschäftsfähigkeit.

Grundsätzlich ist also für die hier interessierenden Sachverhalte auf die Geschäftsfähigkeit abzustellen, wofür wiederum auf § 104 Nr. 2 BGB zu verweisen ist: Geschäftsunfähigkeit liegt vor, wenn sich der Betroffene nicht nur vorübergehend in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Dafür sind viele medizinische Ursachen denkbar, wie eine Demenzerkrankung, Persönlichkeitsstörungen, Wahngedanken, qualitative Veränderungen der Bewusstseinslage.²⁸ In § 1314 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Aufhebungsgründe) werden zudem noch der Zustand des Bewusstlosigkeit und die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit genannt, was mit § 105 BGB korrespondiert.

Es könnte problematisiert werden, ob § 1304 BGB nicht überflüssig und die §§ 104 f. BGB ausreichend seien.²⁹ Dazu der BGH:³⁰

„Die Geschäftsfähigkeit i. S. des § 1304 BGB ist unter Berücksichtigung der in Art. 6 I GG verfassungsrechtlich garantierten Eheschließungsfreiheit (vgl. BVerfG, NJW 2003, 1382 = FamRZ 2003, 359) als „Ehegeschäftsfähigkeit“ zu beurteilen. Bei dieser handelt es sich um einen Unterfall der Geschäftsfähigkeit, nach der es darauf ankommt, ob der Eheschließende in der Lage ist, das Wesen der Ehe zu begreifen und insoweit eine freie Willensentscheidung zu treffen.“

Es wird mit dem BVerfG³¹ von einer partiellen Geschäftsfähigkeit gesprochen, nach welcher grundsätzlich Geschäftsunfähigkeit vorliegen könne, für die Ehe aber Ehefähigkeit. Als Anhaltspunkte dafür werden langjährige Partnerschaft und die Befähigung „im Rahmen einer natürlichen Willensbildung gezielt Wünsche zu äußern und auf die Erfüllung von Bedürfnissen hinzuwirken“. Im vom BGH entschiedenen Fall bestand die Lebensgemeinschaft seit 31 Jahren vor der Eheschließung. Der Ehegatte war inzwischen an fortgeschrittener Demenz vom Typ Alzheimer erkrankt und wurde von seiner Ehefrau gepflegt.³²

²⁸ Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling-Kleist/Friederici, Familienrecht 3. Auflage 2014, § 1304 BGB Rn. 4.

²⁹ In diese Richtung: Staudinger-Löhnig, 2018, § 1304 BGB Rn. 3.

³⁰ BGH XII ZR 99/10, NJW-RR 2012, 897.

³¹ BVerfG 1 BvL 14/02, NJW 2003, 1382.

³² Vgl. Coester-Waltjen FamRZ 2012, 1185.

Das OLG Oldenburg³³ sah (bei einer eingerichteten Betreuung) eine Ehefähigkeit in einem Fall als gegeben, bei dem der Standesbeamte die Eheschließung abgelehnt hatte. Es bezog sich auf die Ergebnisse einer Anhörung und führte zu der Betreuten aus: „Sie hat zwar nur ungefähre Vorstellungen von den mit einer Eheschließung verbundenen Rechten und Pflichten. Sie ist jedoch durchaus in der Lage, das Wesen der Ehe zu begreifen und insoweit eine freie Willensentscheidung zu treffen.“ Auch eine Drucksituation durch den anderen Ehegatten sah das Gericht nicht als gegeben an, da die Betreute „einen durchaus selbstbewussten Eindruck“ hinterlassen habe.

Instruktiv sind auch die Ausführungen des BayObLG zur Ehefähigkeit als Ausdruck einer partiellen Geschäftsfähigkeit wie es auch die Testierfähigkeit sei:³⁴

„Der Gesetzgeber hat in § 2229 Abs. 4 BGB für den Fall der Testierfähigkeit als Unterfall der Geschäftsfähigkeit festgelegt, daß ein Testament nicht errichten kann, wer nicht in der Lage ist, „die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“. Hierin kommt zum Ausdruck, daß sich die Einsichts- und Handlungsfähigkeit auf die beabsichtigte konkrete Verfügung von Todes wegen beziehen muß (vgl. auch Palandt/Eidenhofer § 2229 Rn. 1, wo in diesem Zusammenhang zutreffend auf den Begriff der „erforderlichen Geschäftsfähigkeit“ in §§ 11, 28 BeurkG hingewiesen wird). Bei der Ehegeschäftsfähigkeit liegt es ähnlich. Auch hier geht es um ein besonderes „Rechtsgeschäft“, dessen Inhalt wesentlich mehr als sonstige typische Rechtsgeschäfte von in der Gesellschaft fest verankerten Vorstellungen geprägt wird. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Beeinträchtigung der Geistestätigkeit auch auf die Ehe erstreckt und ob der Verlobte insoweit die notwendige Einsichtsfähigkeit besitzt und zur freien Willensentscheidung in der Lage ist, mag diese Einsichtsfähigkeit auch für andere Rechtsgeschäfte fehlen (vgl. MünchKomm/Müller-Gindullis aaO Rn. 4; Böhmer aaO). Auch wenn bei der Annahme einer partiellen Geschäftsfähigkeit eines sonst Geschäftsunfähigen im allgemeinen Zurückhaltung geboten ist (MünchKomm/Müller-Gindullis aaO), entspricht es ständiger Rechtsprechung, daß sich die Geschäftsfähigkeit auf einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten beschränken kann (vgl. Palandt/Heinrichs aaO Rn. 6 m. w. N.). Dem kommt gerade bei der Beurteilung der Ehegeschäftsfähigkeit Bedeutung zu, weil hier nicht so sehr die Fähigkeiten des Verstandes ausschlaggebend sind, sondern die Einsicht in das Wesen der Ehe und die Freiheit des Willensentschlusses zur Eingehung einer Ehe (vgl. auch BGH NJW 1970, 1680/1681 für den Fall der Ehescheidung).“

Das von der Vorinstanz der Entscheidung zugrunde gelegte Gutachten wurde kritisiert:

„Die Sachverständige hat aufgrund einer Untersuchung der Beteiligten zu 1 festgestellt, daß diese bewußtseinsklar, gut ansprechbar und ausreichend orientiert und daß ihr Denkvorgang nachvollziehbar sei. Außerdem könnten Gedächtnisinhalte ausreichend reproduziert werden. Hingegen wirke ihr formales Denken schwerfällig; sie sei intellektuell schlicht strukturiert und von unterdurchschnittlicher Intelligenz. Insgesamt liege bei der Beteiligten zu 1 eine mittelgradige geistige Behinderung vor. Zur Ehegeschäftsfähigkeit, nämlich zur Frage, ob die Beteiligten zu 1 in der Lage ist, das Wesen der Ehe zu begreifen und insoweit eine freie Willensentscheidung zu treffen (vgl. dazu LG Frankfurt am Main StAZ 1966, 260/261), beschränkt sich das Gutachten auf die nicht näher begründete Behauptung, ihr bestimmt. Das reicht nicht aus. Eine Person, deren intellektuelle Fähigkeiten nicht ausreichen, bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen, ist deswegen noch nicht in bezug auf die Eingehung der Ehe geschäftsunfähig (vgl. BGH NJW 1970, 1680/1681).“

Nach Darstellung von *Wellenhofer* habe das OLG Brandenburg die Ansicht vertreten, es müsse der Sinn der Ehe und die damit bewirkten Änderungen im Leben erkannt werden, nicht aber deren rechtliche Konsequenzen.³⁵ Das erscheint zweifelhaft, denn die Eheschließung ist gerade ein rechtlicher Vorgang,

³³ OLG Oldenburg 7 T 1160/00, FPR 2002, 90.

³⁴ BayObLG 12 BR 80/96, BayObLGZ 1996, 100.

³⁵ MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1304 BGB Rn. 3.

dessen Kern Rechtsänderungen sind. Allerdings liest sich die Entscheidung des OLG Brandenburg³⁶ insgesamt auch etwas anders (wenngleich im Ergebnis die Eheunfähigkeit trotz erheblicher Einschränkungen nicht bejaht wurde). Es wird davon gesprochen, dass es eine Person nicht geschäftsunfähig sei, die zur freien Willensbildung in der Lage ist, deren intellektuelle Fähigkeiten aber insoweit eingeschränkt seien, „bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen“. Genauer spezifiziert werden diese „Beziehungen“ nicht. Deutlich ist jedoch die Betonung des freien Willens durch das OLG Brandenburg unter Zurückstellung der Bedeutung von intellektuellen Fähigkeiten.³⁷

Was nun der „Sinn der Ehe“ und die Fähigkeit, ihre „Bedeutung“ zu erkennen, sein sollen, wird vielfach nicht genauer ausgeführt. *Coester-Waltjen* formuliert „die Fähigkeit, eine eigenverantwortliche Partnerwahl zu treffen“, bevor wieder auf das eher abstrakte Verständnis um „die Bedeutung der Eheschließung und ihrer Folgen“ rekurriert wird.³⁸ An späterer Stelle (zur Abwägung zwischen Ordnungs- und Erhaltungsinteresse nach § 1314 BGB) wird die Ehe als heute „im Wesentlichen emotionale Verbindung“ angesehen.³⁹

Mit Bezug auf die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2002 führt *Löhnig* in Staudinger zum „Gehalt der Ehe“ aus, „dass sie die Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können.“⁴⁰ Auf die hier nicht wesentliche Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts geht *Löhnig* danach ein.⁴¹

Eine Stellvertretung und auch eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wie Betreuers, sind nicht möglich.⁴² Allerdings kommt es auch auf die Zustimmung eines Betreuers zur Eheschließung nicht an und selbst ein Einwilligungsvorbehalt kann eine Eheschließung nicht verhindern, da er sich nicht auf sie beziehen darf, § 1903 Abs. 2 BGB.⁴³

Wellenhofer kritisiert das: „Ein geschäftsfähiger Erwachsener, der aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht zu besorgen vermag, bleibt somit bei der Eheschließung ohne Schutz, ungeachtet des Umstandes, dass es dem anderen Verlobten (beispielsweise einem Ausländer, dem von vornherein der Wille zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem Kranken oder Behinderten fehlt) gerade um die Ausnutzung dieser Situation gehen mag.“⁴⁴ Dem entspricht die Kritik von *Löhnig*, dem „die Überbetonung der Eheschließungsfreiheit gegenüber dem Schutzbedürfnis des Betreuten zu einseitig erscheint“;⁴⁵ der Betreute sei dadurch „schutzlos“.

Die Prüfung der Ehefähigkeit erfolgt durch den Standesbeamten,⁴⁶ ggf. mit einem Sachverständigen-gutachten.⁴⁷ Dazu ist er nach § 13 des Personenstandgesetzes verpflichtet, der auf § 1310 Abs. 1 S. 3 BGB zurückgeht, dessen erste drei Absätze lauten:

„(1) 1Das Standesamt, bei dem die Eheschließung angemeldet ist, hat zu prüfen, ob der Eheschließung ein Hindernis entgegensteht. 2Reichen die nach § 12 Abs. 2 vorgelegten Urkunden

³⁶ OLG Brandenburg 13 UF 55/09, FamRZ 2011, 216; vgl. auch OLG Saarbrücken 6 UF 130/18, BeckRS 2019, 6367.

³⁷ Mit Bezug auf BGH IV ZR 83/69, NJW 1970, 1680.

³⁸ FamRZ 2012, 1185.

³⁹ FamRZ 2012, 1185, 1187.

⁴⁰ Staudinger/*Löhnig*, 2018, Einl zu §§ 1303 ff BGB, Rn. 17 mwN wie BVerfGE 10, 59; 37, 217; 39, 169.

⁴¹ Staudinger/*Löhnig*, 2018, Einl zu §§ 1303 ff BGB, Rn. 18.

⁴² MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1304 BGB Rn. 1; *Kurze*, Vorsorgerecht, § 164 BGB Rn. 29.

⁴³ MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1304 BGB Rn. 4.

⁴⁴ MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1304 BGB Rn. 4.

⁴⁵ Staudinger/*Löhnig*, 2018, § 1305 BGB Rn. 11.

⁴⁶ Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling-Kleist/Friederici, Familienrecht 3. Auflage 2014, § 1304 BGB Rn. 6.

⁴⁷ *Coester-Waltjen* FamRZ 2012, 1185, 1186.

nicht aus, so haben die Eheschließenden weitere Urkunden oder sonstige Nachweise vorzulegen.

(2) 1Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die zu schließende Ehe nach § 1314 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufhebbar wäre, so können die Eheschließenden in dem hierzu erforderlichen Umfang einzeln oder gemeinsam befragt werden; zum Beleg der Angaben kann ihnen die Beibringung geeigneter Nachweise aufgegeben werden. 2Wenn diese Mittel nicht zur Aufklärung des Sachverhalts führen, so kann auch eine Versicherung an Eides statt über Tatsachen verlangt werden, die für das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Aufhebungsgründen von Bedeutung sind.

(3) 1Soll die Ehe wegen lebensgefährlicher Erkrankung eines Eheschließenden ohne abschließende Prüfung nach Absatz 1 geschlossen werden, so muss durch ärztliches Zeugnis oder auf andere Weise nachgewiesen werden, dass die Eheschließung nicht aufgeschoben werden kann. 2In diesem Fall muss glaubhaft gemacht werden, dass kein Ehehindernis besteht.“

Laut *Hahn* soll der Standesbeamte auch bei einer Betreuung von einer Geschäftsfähigkeit ausgehen, nur nicht bei einem Einwilligungsvorbehalt.⁴⁸ Das ist zumindest so zu bezweifeln. Richtig ist, dass die Geschäftsfähigkeit durch eine Betreuung nicht berührt wird, eine Betreuung auch bei bestehender Geschäftsfähigkeit angeordnet werden kann und die Geschäftsfähigkeit in Betreuungsverfahren nur selten geprüft wird. Allerdings wird bei offensichtlicher Geschäftsunfähigkeit oft ein Einwilligungsvorbehalt gar nicht als erforderlich angesehen und auch nicht, wenn der Betreute sich nicht selbstgefährdend verhält. Der Einwilligungsvorbehalt ist also nur ein Anhaltspunkt, aber kein Kriterium. Andererseits ist auch die Betreuungsanordnung ein Anhaltspunkt für Defizite beim Betroffenen.⁴⁹ Es müsste also in beiden Fällen zumindest besonders kritisch und zumindest mit Einsichtnahme in die Betreuungsakte die Geschäfts- bzw. Ehefähigkeit geprüft werden.⁵⁰

Der Standesbeamte kann auch bei verbleibenden Zweifeln von sich aus eine gerichtliche Entscheidung beantragen, § 49 Abs. 2 PStG. Ansonsten ist er gem. § 1310 Abs. 1 BGB zur Mitwirkung an der Eheschließung verpflichtet.

Neben einer Eheunfähigkeit können u.a. auch Täuschung und Drohung zur Aufhebbarkeit der Ehe führen, § 1314 Abs. 2 Nr. 3, 4 BGB.⁵¹ Dafür gilt allerdings gem. § 1317 BGB eine Drei-Jahres-Frist.

3. Allgemeine Folgen der Eheschließung eines Eheunfähigen

Trotz des Gesetzeswortlauts des § 1304 BGB („kann ... nicht eingehen“) ist die Eheschließung nicht etwa wegen der Geschäftsunfähigkeit von vornherein unwirksam. Sie ist nur nach § 1314 Abs. 1 BGB aufhebbar.⁵² Die Aufhebung der Ehe ist ausgeschlossen, wenn der Eheunfähige sie bestätigt. Dazu muss er aber (wieder) geschäftsfähig geworden sein, § 1315 Abs. 1 Nr. 2 BGB.⁵³

Zu beachten ist die Antragsberechtigung nach § 1316 BGB. Sie haben nur die nach Landesgesetz zuständige Verwaltungsbehörde und jeder der beiden Ehegatten inne. Die Verwaltungsbehörde ist antragsbefugt, um den Missbrauch des Eheunfähigen zur Erlangung status- und vermögensrechtlicher Vorteile zu verhindern. *Coester-Waltjen* zählt den Verheiratetenzuschlag, Steuervorteile, Aufenthalts-

⁴⁸ BeckOK/*Hau/Poseck* § 1304 BGB Rn. 3 mit Bezug zu LG Saarbrücken 5 T 869/97, FamRZ 2000, 819 Ls.; Böhmer StAZ 1990, 213 ff.

⁴⁹ Ebenso als „besonders wichtiges Indiz“: Staudinger/*Löhnig*, 2018, § 1304 BGB Rn. 9, 12.

⁵⁰ So auch Soergel-*Heintzmann* 12. Auflage, § 1304 BGB Rn. 3.

⁵¹ Vgl. z.B. OLG Köln 14 UF 225-98, NJW-RR 1999, 1595.

⁵² BeckOK/*Hau/Poseck* § 1304 BGB Rn. 1; *Coester-Waltjen* FamRZ 2012, 1185, 1186.

⁵³ BeckOK/*Hau/Poseck* § 1304 BGB Rn. 1; *Coester-Waltjen* FamRZ 2012, 1185, 1186.

und Einreisemöglichkeiten sowie Unterhalts- und Erbberechtigung, ehegüterrechtliche Beteiligungen auf⁵⁴ – die allerdings nicht alle dem Eheunfähigen schaden, sondern ggf. Dritten oder dem Staat.

Nach § 1316 Abs. 3 BGB ist die Verwaltungsbehörde grundsätzlich dazu gehalten, den Antrag zu stellen, wenn daraus nicht eine besondere Härte für einen Ehegatten und ein aus der Ehe hervorgegangenes Kind resultiert. Für die Aufhebung spricht das staatliche Ordnungsinteressen, zu dem der BGH ausführt:⁵⁵

„Schließlich können Ordnungsinteressen berührt sein, wenn die Ehe mit einem Geschäftsunfähigen zu dem Zweck begründet wird, eherechtliche Ansprüche der Ehegatten untereinander zu begründen, von denen ausschließlich oder weit überwiegend der geschäftsfähige Ehepartner profitiert. (Anmerkung: Wurde in dem Fall verneint.) ... Ebenfalls keine Ordnungsinteressen werden dadurch begründet, dass die Nichte des Ag., die in gesetzlicher Erbfolge berufen sein könnte, die Eheaufhebung angeregt hat.“

Ein Rechtsanwalt kann mit der Aufhebung beauftragt und dazu bevollmächtigt werden (§ 114 FamG),⁵⁶ sonst nur ein gesetzlicher Vertreter den Antrag stellen, § 1316 Abs. 2 BGB.⁵⁷

4. Feststellung der Eheunfähigkeit

Hinsichtlich der Beweislast ist zu beachten, dass die Geschäftsfähigkeit eines Volljährigen angenommen wird, deren Fehlen also bewiesen werden muss.⁵⁸

Problematisch ist, dass das BVerfG anscheinend meinte, der nur Ehefähige sei durch die Möglichkeit der Betreuungseinrichtung ggf. mit Einwilligungsvorbehalt geschützt.⁵⁹ Gegen die gesetzlichen Folgen im Familien- und Erbrecht ist es aber weder er, noch sind es seine potentiellen Erben und Pflichtteilsberechtigten.

Es kommt also auf die Ehefähigkeit an, deren Definition – wie oben ausgeführt – grundsätzlich an die der Geschäftsfähigkeit angelehnt, aber in ihren Eigenheiten und in der konkreten Beurteilung im Einzelfall problematisch ist, wozu insbesondere (wie bei der Geschäfts- und Testierfähigkeit auch) nach dem Erbfall Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten hinzutreten.

Soweit auf das „Wesen“ der Ehe abgestellt wird, kann auf die von *Löhnig* entwickelte Definition⁶⁰ zurückgegriffen werden. Danach muss ein Ehefähiger erkennen:

1. Er lässt sich auf eine Vereinigung zweier Menschen zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ein.
2. Diese muss auf freiem Entschluss begründet sein.
3. Die Eheschließung erfolgt unter Mitwirkung des Staates.
4. Beide Partner stehen in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander.
5. Sie können über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden.

Für die hier interessierenden Fälle könnten die Punkte 2 (freier Entschluss, dazu unten) sowie die Punkte 4 und 5 wesentlich sein. Diese sind aber wiederum sowohl in der Gesellschaft als auch aufgrund

⁵⁴ *Coester-Waltjen* FamRZ 2012, 1185, 1186.

⁵⁵ BGH XII ZR 99/10, NJW-RR 2012, 897.

⁵⁶ *MüKoBGB-Wellenhofer*, § 1316 BGB Rn. 2.

⁵⁷ *Henrich*, Familienrecht 2015, § 1316 BGB Rn. 5.

⁵⁸ *MüKoBGB-Wellenhofer*, § 1304 BGB Rn. 2.

⁵⁹ BVerfG 1 BvL 14/02, NJW 2003, 1382.

⁶⁰ *Staudinger/Löhnig*, 2018, Einl zu §§ 1303 ff BGB, Rn. 17 mwN wie BVerfGE 10, 59; 37, 217; 39, 169.

tatsächlicher Umstände auch sonst nicht immer in Reinkultur gegeben. Paare leben in nicht-gleichberechtigten Beziehungen und nicht selten ist die Ausgestaltung des Zusammenlebens von ökonomischen oder und gesundheitlichen Umständen bestimmt.

Bei der „Bedeutung“⁶¹ der Ehe wird es um das gehen, was auch bei der Geschäfts- und Testierfreiheit wesentlich ist: Die Möglichkeit der freien Willensbestimmung.

Wesentliche Merkmale der Willensfreiheit werden von *Wetterling* in Anlehnung an *Pauen* wie folgt beschrieben:⁶²

- Autonomieprinzip: Die Fähigkeit einer Person, unabhängig von äußeren Einflüssen autonom über eine eigene Willensbestimmung zu verfügen.
- Urheberprinzip: Die Person ist Verursacher einer Kausalkette.
- Deliberationsprinzip: Die Person hätte den Willensakt auch unterlassen können.
- Prinzip der alternativen Möglichkeiten: Die Person hätte unter den identischen Umständen auch anders handeln können.
- Intelligibilitätsprinzip: Freiwillige Handlungen müssen als auf einer vernünftigen (reflektierten) Entscheidung basierend erklärt werden.

Für den Prozess der Willensbildung und des Willensentschlusses wird nach *Wetterling* das Vorhandensein folgender Fähigkeiten vorausgesetzt:⁶³

1. Informationen können (aus der Umgebung) aufgenommen werden.
2. Informationen können gespeichert werden.
3. Gespeicherte Informationen können abgerufen werden.
4. Informationen können verarbeitet werden.
5. Informationen können beurteilt werden und daraus ggf. eine Entscheidung (ein Entschluss) abgeleitet werden.
6. Umsetzen des Entschlusses.

Bei der Frage der Ehefähigkeit geht es oft um Zwangsehen Minderjähriger oder aufgrund kultureller Hintergründe sowie um das Recht von Menschen mit geistiger Behinderung, eine Ehe eingehen zu können. Hier soll die Ehefähigkeit aber in Bezug auf Menschen erörtert werden, die aufgrund von Alter und damit einhergehenden Einschränkungen beeinträchtigt sind.

Für die Bildung eines freien Willens sind Kenntnisse um die eigene Historie sowie um die Folgen des Handelns wichtig. Es wird also eine Gedächtnisleistung benötigt. Frühere Geschehnisse (frühere Ehen, andere Motive, die zur Erbeinsetzung z.B. einer gemeinnützigen Organisation geführt haben) müssen erinnert werden, sachlich und emotional. Die Auswirkungen der Eheschließung auf die bisherige Situation vor dem Hintergrund der eigenen Geschichte müssen verstanden werden.

Bei der Ehefähigkeit können nach hier vertretener Ansicht folgende Kenntnisse problematisch sein bzw. fehlen (zum Teil ähnlich der Testierfähigkeit), jedenfalls wenn – wie in den hier interessierenden Fällen anzunehmen – gewisses Vermögen bzw. Einkünfte vorhanden sind:

- Änderung der Vermögensteilhabe der bisherigen Erben, damit Abweichen von früheren Plänen und eigener Historie z.B. mit früherem Partner

⁶¹ *Coester-Waltjen FamRZ 2012, 1185.*

⁶² *Wetterling, Freier Wille, S. 31.*

⁶³ *Wetterling, Freier Wille, S. 34; vgl. auch Cording/Nedopil, Psychiatrische Begutachtungen, S. 40.*

- Abschätzung und Bewertung der Auswirkungen der Eheschließung auf das Verhältnis zu anderen Menschen, insbesondere Abkömmlinge
- Grundsätzliche Folgen für Unterhaltsverpflichtung während und ggf. nach der Ehe
- Grundsätzliche Folgen bei Scheidung (Kosten, Aufwand, finanzieller Ausgleich)
- Nicht-Einklagbarkeit ehelichen Beistandes (Versorgung)
- Auswirkungen auf Versicherungen, wie Renten, Witwenrenten, ggf. auch Steuern, Sozialleistungsbezugseinstellung
- Erbrechtliche Wirkung zumindest soweit, dass Mindestteilhabe folgt auch bei älterem Testament

Problematisch können zudem die Erkrankung und ihre Bewertung sein. Das gilt meist für die Beweisbarkeit. Oft ist es aber auch schwer, eine klare Diagnose zu stellen und zu quantifizieren, selbst bei einer grundsätzlich zu bezeichnender Erkrankung wie einer Demenz. Es verbleiben Unsicherheit, fehlen Anhaltspunkte (etwa Versuche des Betroffenen, komplexere Rechtshandlungen vorzunehmen) für die Beurteilung. Schließlich kann das Bild auch unklar bleiben, aber trotzdem ein Zustand vorliegen, der hier „altersgemäße Beeinflussbarkeit“ genannt werden soll: Es liegen einige körperliche (z.B. Schwerhörigkeit, Müdigkeit, Gelenkschmerzen, Unbeweglichkeit) und geistige (z.B. Antriebsschwäche) Einschränkungen vor, die auch in der Summe keine „eigene“ Erkrankung bilden, woraus jedenfalls keine Geschäftsunfähigkeit gefolgert wird.

Allerdings greift es zu kurz, die Erkrankung singulär zu sehen. Nach hier vertretener Ansicht darf die krankheitsbedingte Einschränkung nicht abstrakt gesehen werden. Bei den betroffenen Menschen gibt es immer auch eine Druck- oder Täuschungssituation. Diese können in Art und Weise sowie in der Intensität sehr unterschiedlich sein. Ein Eheschleicher manipuliert aber (wie ein Erb- oder Vollmachtschleicher meist auch) in sich wiederholenden und auf die Zielgruppe ausgerichteten Mustern. Den Betroffenen beeinträchtigen in seiner freien Willensbildung z.B.:

- Angst vor Einsamkeit (Drohung, alleine zu lassen)
- Tatsächliche Isolation (Telefonate werden technisch verhindert oder Anrufe nicht ausgerichtet, Besuche verhindert oder erschwert)
- Angst vor Immobilität (keine Ausflüge mehr)
- Angst vor Umzug (Abschiebung in ein Heim)
- Angst vor (unbekannter) Fremdbestimmung (Drohung, dass ein Betreuer eingesetzt wird, mit „Entmündigung“)
- Angst vor (Pflege-)Vernachlässigung (weniger Wäsche- oder Windelwechsel, schlechte Nahrungszubereitung, keine Zigaretten mehr)
- Angst vor sonstigen Schädigungen (Konto abräumen, Auto verkaufen, Hund schlecht behandeln oder weggeben)
- Ärger über potentielle Erben (Verwandte kümmern sich angeblich nicht, reden schlecht über Betroffenen, haben Gegenstände entwertet, gemeinnützige Organisationen verschwenden Geld)
- Falsche Hoffnung auf Wertschätzung (Vermögen wird durch den Ehegatten/neuen Erben geschätzt und in Ehren gehalten)

Nach hiesiger Auffassung bedeutet dies, dass Erkrankung, Einschränkungen und Entscheidungssituation insgesamt zu betrachten sind bei der Beurteilung, ob eine freie Willensbildung und -äußerung vorliegt oder vorlag.

Für eine Ehefähigkeit können z.B. sprechen:

- Lange Partnerschaft schon vor der Erkrankung
- Partnerwahl entspricht dem bisherigen Lebenswandel
- Entscheidung erfolgt in klarer Kenntnis der persönlichen Unterschiede, von Interessen und Folgen

Gerade der letzte Punkt mag problematisch sein, insbesondere für Angehörige. Es gibt insofern auch sehr schwierig zu beurteilende Fälle. Wenn sich aber ein älterer Mensch z.B. bewusst und in Kenntnis auch der Interessen des zukünftigen Ehegatten einer sehr viel jüngeren Person zuwendet, um sich „die letzten Jahre schön zu machen“, liegt das im Rahmen der Selbstbestimmung. Es wird zu fragen sein, ob Nutzen und negative Folgen ausreichend abgewogen werden konnten (nicht, ob das Ergebnis von einem „objektiven Dritten“ als „angemessen“ angesehen wird) und ggf. die Eheschließung zu akzeptieren sein.

Gegen eine Ehefähigkeit kann z.B. sprechen:

- Kurze Partnerschaft vor der Ehe
- Lange Partnerschaft, aber Eheschließung früher immer abgelehnt
- Erhebliche persönliche (soziale, intellektuelle) Unterschiede
- Umstände des Kennenlernens
- Abhängigkeiten
- Ängste (s.o.)
- Änderungen beim Betroffenen nach dem Kennenlernen (Abschottung)
- Erhebliche finanzielle Einbußen des Betroffenen
- Schon zuvor im Vergleich zur Leistung erhöhte Zuwendungen an den neuen Ehegatten

Sowohl vor als auch nach der Eheschließung bzw. dem Erbfall ist es meistens sehr schwer für Außenstehende, den Sachverhalt aufzuklären und im Ergebnis die Umstände für die Eheunfähigkeit darzulegen und zu beweisen. Es liegt gerade im Wesen der Erb- und Eheschleicherei, den Vorgang zu verheimlichen und den Erblasser abzuschotten.

Es lassen sich zwei Hauptprobleme bei dem Nachweis einer Eheunfähigkeit herausarbeiten:

1. Sehr schwere Feststellung von relevantem Sachverhalt
2. Nicht problemgerechte Beurteilung (durch Sachverständigen)

Das erste Problem ist schwer zu lösen. Deutlich bessere Chancen bestehen aber bei Ermittlungen zu Lebzeiten, also z.B. im Betreuungsverfahren vom Gericht, Verfahrenspfleger und der Betreuungsbehörde oder von dem Standesbeamten oder der anfechtenden Verwaltungsbehörde.

Bei der Beurteilung des Sachverhalts sollte von den Beteiligten (insbes. dem Sachverständigen bei der Befragung) genau, umfassend und problemgerecht ermittelt werden. Im zweiten Schritt sollte die Beurteilung nicht verengt auf den Betroffenen und des allgemeinen Gesundheitszustand erfolgen, son-

dern auch die Situation insgesamt und mit speziellem Blick auf die mögliche Problematik unter Einbezug der Person des anderen Ehegatten beurteilt werden. Es kommt dann in Betracht, die sonst meist angemessenen sehr hohen Ansprüche an eine Beweisführung in der Art und Weise zu modifizieren, dass bei der konkreten Problemlage nach außen (scheinbar) geringere Tatsachen zum Beleg der Geschäftsunfähigkeit ausreichen.

Einen ersten Schritt unternehmen *Cording/Nedopil*, indem sie als eine von zwei für Ehegeschäftsunfähigkeit charakteristische Konstellation wie folgt beschreiben:

„Ein Paar mit einem hochbetagten und einen um Jahrzehnte jüngeren Partner begehrt die Eheschließung, wobei sich der Eindruck aufdrängt, dass zumindest von einem der Beteiligten keine eheähnliche Beziehung beabsichtigt ist, sondern andere (z.B. wirtschaftliche) Interessen im Vordergrund stehen. In der Regel handelt es sich dabei um einen allein lebenden älteren Mann und eine wesentlich jüngere Frau, oft besteht die (nähere) Bekanntschaft erst seit relativ kurzer Zeit und ist z.B. über eine pflegerische Tätigkeit entstanden, gelegentlich auch über dubiose Annoncen. In diesen Fällen geht es um die Frage, ob der ältere Partner wegen einer dementiellen oder anderen psychischen Erkrankung die Fähigkeit zur bezüglich der Eheschließung freien Willensbestimmung eingebüßt hatte und z.B. im Rahmen eines (objektiven oder subjektiv empfundenen) Abhängigkeitsverhältnisses erhöht fremdbeeinflussbar war. Diesbezüglich gelten die bereits im Kap. 2.1 dargelegten Beurteilungskriterien, wobei es unter anderem auch darauf ankommt, ob der Gutachtensproband die Konsequenzen der Eheschließung einschließlich der *wechselseitigen* Fürsorgeverpflichtung sowie der *erbrechtlichen* Konsequenzen adäquat ermesen und im Kontext seiner Gesamtsituation das Für und Wider unter Einbeziehung alternativer Lösungsmöglichkeiten *abwägen* kann bzw. konnte.“⁶⁴

5. Erbrechtliche Folgen der Eheschließung eines Eheunfähigen

Da die Ehe, die von einem Eheunfähigen geschlossen wurde, zwar aufhebbar, aber nicht nichtig ist, kommt es zu einer erstaunlichen Ausgangssituation: Die Ehe ist wirksam, auch in erbrechtlicher Hinsicht. Der Ehegatte hat also auch Erbrechte, wenn er nicht in einer letztwilligen Verfügung bedacht wurde, als gesetzlicher Miterbe oder Pflichtteilsberechtigter. Er kann sogar versuchen, eine ältere letztwillige Verfügung anzufechten. Zudem kann er in einer letztwilligen Verfügung bedacht sein und aufgrund dieser oder einer anderen sowie seiner erbrechtlichen Berücksichtigung werden Pflichtteilsansprüche von z.B. enterbten Abkömmlingen verringert.

Nach dem Erbfall kann die Ehe nicht mehr aufgehoben werden; ein gestellter, aber noch nicht entschiedener Antrag hat die Folgen eines Scheidungsantrages, § 1933 S. 2 BGB. Dies ergibt sich aus § 1317 Abs. 3 BGB, nach dem der Antrag auf Aufhebung nicht mehr gestellt werden kann, wenn die Ehe schon (durch Scheidung oder Tod) aufgelöst wurde.⁶⁵ Dies soll eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers sein, wohl allerdings mit Blick auf eine Scheidung.⁶⁶ Denn deren Folgen können ggf. über § 1318 BGB herbeigeführt werden.⁶⁷

Nach der Beendigung einer wegen Eheunfähigkeit aufhebbarer Ehe durch den Tod eines Ehegatten kann ein eventueller Zugewinnausgleichsanspruch nach § 1318 Abs. 3 BGB als konkrete Ausformung des § 1381 BGB⁶⁸ bei grober Unbilligkeit wegfallen und es können die erbrechtlichen Folgen nach

⁶⁴ *Cording/Nedopil*, Psychiatrische Begutachtungen, S. 79.

⁶⁵ MüKoBGB-Wellenhofer, § 1317 BGB Rn. 11; zur Scheidung: OLG Stuttgart 17 UF 195/10, BeckRS 2010, 21155.

⁶⁶ *Henrich*, Familienrecht 2015, § 1316 BGB Rn. 18; ebenfalls nur die Scheidung thematisieren: BGH XII ZR 49/95, NJW 1996, 2727.

⁶⁷ *Henrich*, Familienrecht 2015, § 1316 BGB Rn. 18.

⁶⁸ BeckOK-BGB *Hahn*, § 1318 BGB Rn. 18.

§ 1931 Abs. 5 BGB geändert werden; namentlich § 1931 BGB findet keine Anwendung, allerdings nur „zugunsten eines Ehegatten der, ... die Aufhebbarkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt hat“.

Der letzte, kleine Nebensatz stellt die (anderen / sonst) Erb- oder Pflichtteilsberechtigten vor erhebliche Probleme. Das erste ist, dass die Eheunfähigkeit des Verstorbenen bewiesen werden muss. Auf die diesbezüglichen Probleme wurden oben eingegangen und sie mögen auch aus Verfahren um Testier- oder Geschäftsunfähigkeit bekannt sein.

Je nach Auslegung des „Kennens“ des anderen Ehegatten kann dieses Tatbestandsmerkmal nur sehr schwer nachgewiesen werden, was aber denen obliegt, die daraus Rechte herleiten.⁶⁹ Ausnahmen bilden Fälle von Eheschleichern, die „ungeschickt“ genug sind, die Kenntnis in irgendeiner Form beweisbar selbst einzuräumen.

Die Kommentierungen hierzu sind kurz, Rechtsprechung nur wenig vorhanden. Insgesamt wird aber kaum ein Abstrich von dem Kriterium des „Kennenmüssen“ und auch nicht von der Beweislastverteilung und den Anforderungen an die Beweisführung gemacht.

Zumeist wird auf die Kommentierung zu § 1318 Abs. 2 BGB verwiesen. Dort werden recht hohe Anforderungen an das Kennenmüssen gestellt, da ein Vertrauen in Unterhaltsansprüche nicht enttäuscht werden soll.⁷⁰

Es soll nach *Wellenhofer* – der aber in der zugehörigen Fußnote sorgfältig auf diverse Vertreter anderer Ansichten hinweist⁷¹ – dann nicht ausreichen, wenn der Ehegatte die inneren und äußeren Tatsachen für die Eheaufhebung kannte *und* zumindest „laienhafte Kenntnis der Rechtsfolgen“ hinzutrete.⁷² Diese Rechtsfolgenkenntnis wird aber weitgehend abgelehnt, u.a. da in der Bevölkerung weitgehend nur die Scheidung als Beendigungsgrund bekannt sei.⁷³ Es reiche, wenn als „Wertung in der Laiensphäre“ klar wäre, dass „etwas nicht in Ordnung“ sei.⁷⁴

Da der Gesetzgeber positive Kenntnis verlangt habe, bleibe sogar grobe Fahrlässigkeit unschädlich.⁷⁵ In dem von *Wellenhofer* zum Beleg seiner Ansicht herangezogenen Urteil des OLG Koblenz geht es um den Glauben der zweiten Ehefrau an die Angabe des Ehegatten, die erste Ehefrau sein verstorben. Das OLG stellt nur kurz fest, dass es nicht darauf ankäme, ob die zweite Ehefrau habe Verdacht schöpfen müssen.⁷⁶ Das ist alles recht knapp. Deutlich detaillierter setzt sich z.B. das OLG Bremen mit den Voraussetzungen auseinander, wiederum in einer Unterhaltsangelegenheit.⁷⁷ Der Ehegatte, zu dem eine lange Beziehung bestand, hatte sich dort darauf verlassen, dass sich seine Partnerin vor einer Eheschließung von einem früheren Ehegatten scheiden lassen würde.

Ob die hM, die weitgehend den Nachweis einer „vorsätzlichen Bösgläubigkeit“ den benachteiligten Erben aufbürdet (diese Konsequenz aber kaum einmal klar formuliert) richtig ist, lässt sich schon für Unterhaltsfragen bezweifeln. *Henrich* führt dazu mit Bezug zu *Tschernitschek*⁷⁸ aus: „Ob der Gesetzgeber das wirklich gewollt hat, lässt sich bezweifeln. Der Schutz des Geschäftsunfähigen spricht gegen

⁶⁹ BeckOK-BGB *Hahn*, § 1318 BGB Rn. 22.

⁷⁰ MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1318 BGB Rn. 4 f.; BeckOK-BGB *Hahn* § 1318 BGB Rn. 3.

⁷¹ So Palandt/*Brudermüller* Rn. 2; *Winkler* S. 155; *Johannsen/Henrich/Henrich* Rn. 3; *Wagenitz/Bornhofen*, Handbuch des Eheschließungsrechts, 1998, Abschn. 4 Rn. 17; *Borth* in Schwab *ScheidungsR-HdB* IV Rn. 151; *Soergel/Heintzmann* Rn. 11.

⁷² MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1318 BGB Rn. 5; OLG Koblenz 13 UF 777/79, BeckRS 1980, 31128666; ebenfalls in diese Richtung: BeckOK-BGB *Hahn*, § 1318 BGB Rn. 3.

⁷³ *Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling-Finger*, Familienrecht 2014, § 1318 BGB Rn. 4; *Soergel-Heintzmann* 12. Auflage, § 1318 BGB Rn. 17.

⁷⁴ *Soergel-Heintzmann*, 12. Auflage, § 1318 BGB Rn. 39.

⁷⁵ MüKoBGB-*Wellenhofer*, § 1318 BGB Rn. 4.

⁷⁶ OLG Koblenz 13 UF 777/79, FamRZ 1980, 589, Juris Rn. 29.

⁷⁷ 4 UF 73/15, NJW-RR 2016, 195.

⁷⁸ FamRZ 1999, 829, 830.

diese Regelung.⁷⁹ Allerdings ist bei dem Verlassen auf einen Unterhaltsanspruch noch eher ein gerechtfertigtes Interesse des anderen Ehegatten zu erkennen. Die gegenseitige tatsächliche Sorge und das Füreinander-Einstehen fordern oft Opfer und Einschränkungen in der Sorge um die eigene Versorgung und finanzielle Vorsorge.

Bei erbrechtlichen Ansprüchen ist dies aber anders. Eine Ehe von ein paar Wochen mag einen Unterhaltsanspruch begründen – auch wenn er sicher diskutiert und ggf. begrenzt werden würde. Dieselbe Ehe begründet aber volle erbrechtliche Ansprüche. Die Teilhabe am Nachlass bezieht sich auf alles, was in der Lebenszeit erworben wurde, ob nun durch eigene Arbeit, durch Erbschaft von den Eltern oder einen früheren Ehegatten, durch (sparsames) Wirtschaften mit den Abkömmlingen. Die Situation und insbesondere die finanziellen Folgen sind grundlegend andere.

Entsprechend sollte auch nicht derselbe Maßstab wie bei Unterhaltsansprüchen angewandt werden.⁸⁰ Der Schutz des Geschäftsunfähigen ist hier noch bedeutender, denn es geht nicht nur um ein Abgeben von Einkommensanteilen. Es geht auch um die Freiheit des Vererbens. Sie ist auch grundgesetzlich noch einmal gesondert geschützt (Art. 14 GG). Wenn aber dem Geschäfts- und Testierunfähigen der Schutz genommen wird, indem er die Erbfolge nach sich unbewusst ändern kann durch eine Eheschließung, sind daran zumindest erhöhte Anforderungen zu stellen.

Andererseits gibt es für den Partner eines Geschäftsunfähigen keinen Schutz, im Erbfall leer auszugehen. Die Folgen der Testierunfähigkeit sind nicht an die Kenntnis des Bedachten geknüpft. Auch bei bestem Wissen und Gewissen bleibt ein in einem unwirksamen Testament Bedachter ohne Zuwendung.

Zudem ist die Situation erbrechtlich häufiger so wie in den hier interessierenden Fällen: Es geht um wesentliches Vermögen und das plötzliche Eindringen einer fremden Person bei einer zumindest gesundheitlich eingeschränkten Person. Solche Menschen sind grundsätzlich weniger schutzbedürftig, als jüngere Menschen, die ihr Leben mit Blick auf die Verbindung und die gegenseitige Versorgung eingerichtet haben. Im Gegensatz zu Unterhaltsansprüchen können erbrechtliche Ansprüche schließlich sehr leicht durch eine letztwillige Verfügung begründet werden, wenn sie denn gewollt sind und der Testator dazu in der Lage ist.

6. Mögliches Vorgehen vor dem Erbfall

Die Probleme, nach dem Erbfall erbrechtliche Ansprüche des Ehegatten zu Fall zu bringen, macht es hier besonders wichtig, möglichst zu Lebzeiten Gegenmaßnahmen zu versuchen. Ein Kernproblem wird bei vielen sein, überhaupt von den Plänen zur Eheschließung zu erfahren.

Das kann der Versuch einer persönlichen Einflussnahme sein, den Betroffenen von der Eheschließung abzuhalten. Problematisch ist das „Verschwindenlassen“ erforderlicher Unterlagen. Wenn die Eheschließung ansteht, sollte das Standesamt möglichst ausführlich über die Bedenken informiert werden. Jedenfalls der Informationssicherung kann ein Betreuungsverfahren dienen, in dem bestenfalls auch die Geschäftsfähigkeit geprüft wird. Mitunter kann durch Anzeigen bei der Staatsanwaltschaft oder beim Sozialpsychiatrischen Dienst wegen einer befürchteten Vernachlässigung etwas bewirkt oder Information gesammelt werden. Auch aus dem Umfeld des Betroffenen kann versucht werden, Zeugenaussagen zu sichern.

Nach einer Eheschließung kann die zuständige Verwaltungsbehörde informiert und zu einem Aufhebungsantrag aufgefordert werden.

⁷⁹ Henrich, Familienrecht 2015, § 1316 BGB Rn. 7.

⁸⁰ Anders z.B. Staudinger/Löhnig, 2018, § 1318 BGB, Rn. 43 aE.

Der vorsorgenden Gestaltung stehen nur sehr eingeschränkte Mittel zur Verfügung: Lebzeitige Übertragungen und auch gesellschaftsrechtliche Lösungen können natürlich sehr effektive Wege sein. Ansonsten kommt die (sonst eher weniger hilfreiche) Wiederverheiratursklausel in Betracht, ggf. auch Vor- und Nacherbschafts- sowie Nießbrauchslösungen. Sie können aber nur das jeweils an den Betroffenen vererbte Vermögen schützen, nicht das des Betroffenen selbst.

V. Vorgehen vor dem Erbfall bei Ehe-, Erb- oder Vollmachtschleicherei

Im Rahmen dieses Skriptes kann und soll auf mögliche Maßnahmen zu Lebzeiten des betroffenen Vollmachtgebers und / oder zukünftigen Erblassers nur in Kürze eingegangen werden.

Einige direkte Aktionen, wie eine Klage zur Feststellung der Ehe- oder Testierfähigkeit sind nicht möglich.⁸¹ Im Einzelfall kann versucht werden, einen Prozess aus irgendeinem anderen Grund anzustrengen, in dem die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen inzident, ggf. zur Feststellung der Prozessfähigkeit, geprüft wird. Dies ist aber nur selten möglich. Auch für eine Feststellungsklage mit dem Ziel, die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht wegen Geschäftsunfähigkeit bei Erteilung festzustellen, wird es schwer sein, etwa das Rechtsschutzbedürfnis zu begründen.

Grundsätzlich ist es eines der besten Mittel, Informationen zu sammeln, damit später Ansprüche besser geltend gemacht werden können. Zum einen können dies Informationen zu dem Gesundheitszustand sein, zum anderen zu Vermögensangelegenheiten.

Ansonsten ist es meist sinnvoll, eine Betreuung anzuregen. Allerdings ist das Verfahren vor den Betreuungsgerichten in streitigen Konstellationen meist langwierig, mühsam und nicht immer von ausreichender Kompetenz der Beteiligten gekennzeichnet. Die meisten Betreuungsverfahren verlaufen verwaltungsmäßig und weitgehend problemlos, so dass komplizierte Fälle die Ausnahmen sind und oft als solche auch behandelt werden. Schnelle Verfahren sind selten. Immer wieder kommt es zu solchen Verzögerungen, so dass das Betreuungsverfahren ohne Sachentscheidung durch das Ableben des Betroffenen beendet wird. Bei der Verfahrensführung scheinen immer wieder „Amtsermittlung“ und „freie Beweiserhebung“ extensiv angewandt zu werden, so dass die Möglichkeiten der Beteiligten begrenzt sind. Verfahrensrechtlich sind einige, weitere Besonderheiten zu beachten, wie Beteiligtenrechte, Beschwerdebefugnis u.ä.⁸²

VI. Gestaltungsempfehlungen

1. Einleitung

Die Probleme und Erscheinungsformen der verschiedenen Arten der Schleicherei sind vielfältig und komplex. Natürlich können dafür keine Patentlösungen angeboten werden.

Die Gestaltung ist aber nicht nur von den sachlichen Voraussetzungen wie Familien- und Vermögensverhältnissen abhängig. Sie wird auch davon beeinflusst, was die von dem Testator verfolgten Ziele sind und wie deren Wertigkeit ist. Neben der Absicherung des überlebenden Ehegatten sind dies häufig Erbschaftsteuerversparnis und Pflichtteilsvermeidung. Der Schutz vor Schleichern spielt oft noch eine untergeordnete oder keine Rolle.

⁸¹ *Frieser/Potthast*, ErbR 2017, 114, 118 mwN u.a. dazu, dass die Wirksamkeit eines Erbvertrages überprüfbar sein könnte.

⁸² Vgl. dazu *Frieser/Potthast*, ErbR 2017, 114, 115-118; *Kurze*, Vorsorgerecht, § 1896 BGB.

Es wäre nicht nur vermessen, sondern ein Irrglaube, mit einer guten Gestaltung eine vollkommene Absicherung gegen Schleicher erreichen zu können – zumindest, wenn der überlebende Ehegatte nicht komplett in seiner Freiheit eingeschränkt werden soll. Erschwert werden können unlautere Machenschaften aber.

Daraus lassen sich einige Leitgedanken entwickeln, welche der Darstellung einzelner Gestaltungsmittel vorangestellt werden sollen:

1. Gestalter sollten sich bewusst sein, dass es Erb-, Vollmachts- und Eheschleicher gibt, dieses Bewusstsein den Mandanten vermitteln und in die Gestaltung neben anderen Zielen einfließen lassen.
2. Die (nach hier vertretener Ansicht:) besten Gestaltungen basieren auf der Implementierung einer unabhängigen, professionellen, dritten Person (Testamentsvollstrecker, Vorsorgeanwalt). Allerdings ist die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder Vorsorgeanwaltes nicht immer gewünscht. Andere Gestaltungsmittel können die Situation aber immerhin noch deutlich verbessern.
3. Der Grund für Erblasser, sich auf Schleicher einzulassen, liegt auch in einer zu engen Gestaltung oder der Annahme, dass alles so bleiben würde, wie es zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung ist. Es sollten daher Veränderungen bedacht und Möglichkeiten der (beschränkten) Anpassung eingebaut werden (z.B. beschränkte Vermächtnisaussetzungsmöglichkeit).
4. Ein in der Praxis (nach hier vertretener Ansicht) noch stark vernachlässigtes, wenngleich relativ einfaches Mittel, ist die Dokumentation. Das ist in erster Linie die Fertigung von Verzeichnissen (z.B. Nachlassverzeichnis beim ersten Erbfall); danach ein offener Umgang mit dem Vermögen (z.B. Online-Banking offen für andere Bevollmächtigte) sowie ggf. auch eine Dokumentation der Verwendung.
5. Nicht alles kann durch eine Gestaltung verhindert werden – so gut sie auch ist. Außerdem treten viele Probleme bei Gestaltungen auf, die Schleichergefahren nicht bedacht haben, oder bei denen gar keine Gestaltung stattgefunden hat. Nach hier vertretener Ansicht sollten Organe der Rechtspflege in diesen Fällen sorgsam(er) arbeiten (z.B. Geschäfts- und Testierfähigkeitsprüfungen durch Notare, Kontrollbetreuereinsatzung durch Gerichte) und es ist wohl auch die Gesetzgebung gefordert.

2. Erbvertrag, Ehegattentestament allgemein, Lockerung der Bindungswirkung

Erbvertrag und Ehegattentestamen haben den Vorteil, dass Verfügungen bindend sein können. Zu Lebzeiten des anderen Teils ist eine Änderung zumindest nicht heimlich möglich, nach dessen Ableben gar nicht mehr oder nur unter größerem Aufwand.

Der potentielle Erblasser kann sich zum einen selbst durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag binden (vgl. § 2287 BGB).⁸³ Dabei ist die Beschränkung des zukünftigen Erblassers indirekt. Er kann durchaus trotz eines bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments unentgeltlich verfügen. Ggf. bestehen später Rückübertragungsansprüche, die aber unter Umständen schwer durchzusetzen sind, wenn etwa das Vermögen vom Beschenkten verbraucht wurde.

⁸³ Dazu *Basty*, MittBayNot 2000, 73.

Um den überlebenden Ehegatten nicht zu sehr einzuschränken und später nicht zu drastischen Mitteln zu drängen bzw. schwerer drängen zu lassen, kann die Bindungswirkung aufgelockert werden.⁸⁴ Problematisch ist dabei, dass die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen immer wahrscheinlicher wird, je weiter die Aussicht auf die Schlusserbschaft gemindert wird.

Wird bei der Einheitslösung die Bindungswirkung ganz aufgehoben, gibt dies dem überlebenden Ehegatten maximale Freiheit. Kinder werden aber den Pflichtteil geltend machen, da sie nicht damit rechnen können, beim zweiten Erbfall mehr als ebenfalls den Pflichtteil zu erhalten. Auch die Möglichkeit der Neuverteilung der Erbquoten nur unter den Schlusserben gibt diesen nicht die Sicherheit, zum Schluss überhaupt oder zumindest nennenswert am Nachlass beteiligt zu werden.

Der Gedanke, die Bindungswirkung zumindest einzuschränken, ist grundsätzlich sinnvoll,⁸⁵ um den überlebenden Ehegatten nicht über Gebühr in seinen Verfügungsmöglichkeiten zu beschränken. Es muss dann aber den Interessen der Kinder (bzw. des Erstversterbenden an den Kindern) an anderer Stelle entgegengekommen werden, namentlich bei der Zuwendung bei dem ersten Erbfall.

Zusätzlich kann die Bindung z.B. in Bezug auf Vermächtnisaussetzung gelockert werden:

Bindungswirkung

Unsere in diesem Testament gegenseitig getroffenen Verfügungen für den ersten wie auch für den zweiten Todesfall sollen wechselbezüglich und bindend sein, soweit dies möglich, rechtlich zulässig und nicht anders geregelt ist.

Dies betrifft alle Verfügungen für den ersten Erbfall und die Schlusserbeinsetzung der Frau XY.

Der Überlebende von uns darf aber das Vermächtnis für den zweiten Erbfall für Herrn Z ändern, also verringern, streichen, aber auch auf das Doppelte erhöhen. Er darf auch die Ersatzerbfolge ändern.

Lebzeitige Verfügungen darf der überlebende Ehegatte von uns unbeschränkt an die Schlusserbin und zusätzlich zu dem Vermächtnis für den zweiten Erbfall in Höhe von bis zu 40.000,00 EUR (in Worten: vierzigtausend 00/100 Euro) an Herrn Z vornehmen.

Im Übrigen darf der überlebende Ehegatte von uns übliche Anstands- und Gelegenheitsgeschenke vornehmen sowie auch die Schlusserbin beeinträchtigende Schenkungen, letztere aber nur in einer Höhe von insgesamt höchstens 20.000,00 EUR (in Worten: zwanzigtausend 00/100 Euro).

Die Notarin hat auf die Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testamentes sowie auf die gesetzlichen Bestimmungen der Widerrufsmöglichkeit hingewiesen.

Zu Lebzeiten des anderen kann ein jeder einseitig die wechselbezüglichen Verfügungen widerrufen. Der Widerruf gegenüber dem anderen bedarf der notariellen Beurkundung. Das Recht zum Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen erlischt mit dem Tode des Erstversterbenden. Ein heimlicher Widerruf durch einen Ehegatten ist nicht möglich.

Die Notarin hat uns darüber belehrt, dass wir zu unser beider Lebzeiten gemeinsam dieses Testament insgesamt aufheben oder auch in einzelnen Punkten ändern können.

Der überlebende Ehegatte kann nach Eintritt des ersten Todesfalles bindend gewordene Verfügungen nicht mehr abändern, soweit dies hier nicht ausdrücklich anders geregelt wurde.

⁸⁴ Vgl. etwa Horn, NJW 2013, 2166, 2188; Scherer/Ridder, § 11 Rn. 65.

⁸⁵ Kritisch: Kanzleiter, ZEV 2014, 225, 231 f.

Der überlebende Ehegatte darf auch keine beeinträchtigenden Schenkungen nach Eintritt des ersten Todesfalles vornehmen, also das Vermögen an andere Personen schenken, um die Schlusserbin zu beeinträchtigen, soweit das hier nicht ausdrücklich anders geregelt wurde.

3. Testamentsvollstreckung

a. Einleitung

Nach hier vertretener Ansicht ist die Testamentsvollstreckung der „Königsweg“ für die Absicherung des Vermögens des erstverstorbenen Ehegatten (beim Erbvertrag auch bei anderen Personen) für die Schlusserben (ggf. auch Nacherben).

Es wird eine neutrale Person eingesetzt, die weitgehend keine eigenen Interessen hat. Dies ist jedenfalls bei nicht-erbenden Testamentsvollstreckern der Fall, bei denen nur Vergütungs- und Haftungsvermeidungsinteressen bestehen. Bei entsprechenden Befugnissen stellt sie nicht nur einen Stand des Nachlasses fest, sondern sichert auch den Bestand bis zum zweiten Erbfall.

Die Nachteile sind überschaubar, sollten aber nicht verschwiegen, sondern offen kommuniziert und möglichst weitgehend abgemildert werden:

1. Es ist eine fremde Person involviert. Das kann den Erben in seinen Handlungsmöglichkeiten einschränken und auch ein Gefühl der Bevormundung oder Entmündigung verursachen.
2. Der Testamentsvollstrecker kostet Geld. Seine Vergütung ist zudem für viele Mandanten schwer zu verstehen.

b. Der Verzeichnis-Testamentsvollstrecker

Es ist denkbar und sollte nach hier vertretener Ansicht viel öfter angedacht werden, einen Testamentsvollstrecker lediglich zur Aufnahme eines Verzeichnisses beim ersten Erbfall einzusetzen. So wird immerhin ein Bestand festgestellt.

TEXTVORSCHLAG

1. *Es wird Testamentsvollstreckung angeordnet. ... Person ... Ersatzregelung*
2. *Beim ersten Erbfall ist die Testamentsvollstreckung auf die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses beschränkt.*
3. *Dies hat innerhalb eines Monats nach diesem Tag zu erfolgen.*
4. *Das Verzeichnis soll alle Bankwerte (auf Konten, in Depots, Sparverträge, Verträge zu Gunsten Dritter etc.), Versicherungen wie Lebensversicherungen unter Beifügung einer Kopie eines Beleges beinhalten (z.B. Konto- oder Depotauszug). Immobilien und Gesellschaftsbeteiligungen sind aufzunehmen, ohne Belege und ohne Bewertungen.*
Alle beweglichen Güter sind fotografisch zu dokumentieren, insbesondere bei Hausrat auch mit Übersichtsfotos. Wertgegenstände wie Pkw, Schmuck, sämtlicher Inhalt eines Schließfaches, Antiquitäten etc. sind einzeln zu fotografieren und in eine Liste aufzunehmen. Bewertungen haben nicht stattzufinden.
Die Fotos können in elektronischer Form beigefügt werden.
5. *Der Testamentsvollstrecker hat das Verzeichnis dem Nachlassgericht zu übergeben. (und/oder an die Schlusserben)*

Fraglich ist, wie auch das Vermögen des überlebenden Ehegatten erfasst werden kann. Denkbar kann eine Auflage mit einer Vollmacht sein. Letztere wird aber wohl kaum unwiderruflich ausgestaltet werden können. Das Zulassen einer Verzeichniserstellung kann als Bedingung für die Erbeinsetzung formuliert werden, was allerdings ein Drohen mit maximalen Folgen bedeutet.

TEXTVORSCHLAG

6. *Dem Überlebenden von uns belasten wir mit der Auflage, ein Verzeichnis nach obigen Maßgaben auch von seinem Verzeichnis durch den Testamentsvollstrecker erstellen zu lassen und beim Nachlassgericht einzureichen und eine Abschrift den Schlusserben nach dem Stand zu übergeben. Dazu erteilt jeder von uns dem Testamentsvollstrecker hiermit Vollmacht mit der Befugnis, Untervollmachten zu erteilen. Diese ist wirksam mit Vorlage einer Abschrift dieses Testamentes, einer Abschrift des Eröffnungsprotokolls sowie dem Testamentsvollstreckerzeugnis. Wird diese Vollmacht widerrufen, entfällt die Erbenstellung des Überlebenden von uns. Die Vollmacht endet mit Beendigung der Testamentsvollstreckung.*

c. Testamentsvollstreckung bei Betreuung

Bei Ehegatten besteht mitunter die Sorge, dass der Überlebende unter Betreuung gestellt wird und es dadurch zu einer unsachgemäßen Vermögensverwaltung kommt. Die aufschiebend bedingte Testamentsvollstreckung soll das verhindern. Sollte der überlebende Ehegatte eine andere Person bevollmächtigen und dadurch eine Betreuung ausschließen, greift diese Anordnung allerdings nicht.⁸⁶

TEXTVORSCHLAG

Beim ersten Erbfall ist die Testamentsvollstreckung zunächst auf die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses beschränkt. (ggf. Ergänzung wie oben) Solange für den überlebenden Ehegatten keine rechtliche Betreuung angeordnet wird, bleibt der Testamentsvollstrecker im Übrigen untätig, d.h. auch eventuelle Vermächnisse werden vom Erben selbst erfüllt.

Wenn eine rechtliche Betreuung gleich mit welchem Aufgabenkreis für den überlebenden Ehegatten angeordnet wird, tritt die Testamentsvollstreckung für den ererbten Nachlass als Dauertestamentsvollstreckung bis zum Ableben des überlebenden Ehegatten in Kraft. Für den zweiten Erbfall handelt es sich um eine Abwicklungsvollstreckung.

4. Vor- und Nacherbschaft

Der Vorteil einer Vor- und Nacherbschaft mit Blick auf potentielle Erbschleicher ist, dass der Nacherbe (z.B. die Kinder) schon beim ersten Erbfall „echte“ Rechte an dem Nachlass des Erstversterbenden erhalten. Eine unbefreite Vorerbschaft kann grundsätzlich einen Vermögensverlust verhindern, weniger eine befreite. Allerdings können die Schutzmechanismen jedenfalls ohne eine Testamentsvollstreckung unterlaufen werden und das Vermögen des überlebenden Ehegatten ist nicht geschützt. Zudem können die Regelungen einengend und kompliziert sein, so dass nach hier vertretener Auffassung „echte“ Übertragungen, wie durch Vermächnisse – ggf. mit Nießbrauchsvorbehalt –, lebzeitige Regelungen und Testamentsvollstreckungen besser geeignete Sicherungsmittel sind.

Als Alternative zur Einheitslösung mit einer Voll- und Schlusserbeneinsetzung wird die Trennungslösung gesehen.⁸⁷ Die Ehegatten setzen sich ebenfalls zu alleinigen Erben ein. Der überlebende Ehegatte

⁸⁶ Vgl. zudem *Bonefeld*, ZErB 2014, 241, 244.

⁸⁷ Vgl. *Kurze*, ZErB 2015, 139, 140, zudem z.B. *Tanck/Krug/Riedel*, § 27 Rn. 22; *Bonefeld/Wachter/Enzensberger*, § 7 Rn. 157; kritisch: *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225, 227.

wird jedoch nur befreiter Vorerbe i.S.v. § 2136 BGB. Nacherben werden die gemeinschaftlichen Kinder zu jeweils gleichen Teilen. Der Nacherbfall tritt mit dem Tode des Vorerben ein. Vollerben des Längerlebenden werden wiederum die gemeinschaftlichen Kinder zu jeweils gleichen Teilen. Die ergänzenden Regelungen zu Ersatzerbschaft, Bindungswirkung etc. entsprechen der Einheitslösung.

Mit der Trennungslösung werden die Nachteile des Berliner Testaments nur wenig gemindert. Immerhin sind die Kinder bezüglich dem der Vorerbschaft unterliegenden Vermögen nicht auf problematische Ansprüche nach § 2287 BGB (analog) angewiesen, sondern haben beim Nacherbfall als „direkte“ Erben des Erstverstorbenen⁸⁸ stärkere Rechte. Zudem kann beim ersten Erbfall ein Verzeichnis gem. § 2121 BGB gefordert werden.⁸⁹ Trotzdem hat der überlebende Ehegatte weitgehende Möglichkeiten, als befreiter Vorerbe das der Nacherbschaft unterliegende Vermögen zu mindern. Er kann sich darauf verlegen, dass ererbte Vermögen zu verbrauchen und sein eigenes zu schonen.

Bei größeren Vermögen des Erstverstorbenen mag eine Minderung weniger schnell möglich sein. Um tatsächlich eine Absicherung für die Nacherben zu erreichen, müsste für den Vorerben eine überwachende Testamentsvollstreckung angeordnet werden.⁹⁰ Diese schränkt den überlebenden Ehegatten ein, was oft nicht gewünscht wird. Noch weniger wird eine unbefreite Vorerbschaft, die auch noch in der Verwaltung äußerst unflexibel ist, den Vorstellungen entsprechen. In jedem Fall erhalten die Kinder durch den spät eintretenden Nacherbfall tatsächlich eine minimierte Zuwendung. Die Bindungswirkung für den zweiten Erbfall wirft dieselben Probleme wie bei der Einheitslösung auf.

Gestaltungshinweise:

Externe Testamentsvollstreckung für Verzeichnis (s.o.), oder

Der Vorerbe wird im Wege der Auflage verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall für die Nacherben unaufgefordert ein privatschriftliches Nachlassverzeichnis im Sinne von § 2121 BGB zu erstellen.

Die Nacherbschaft kann auf wenige, wesentliche Vermögenswerte beschränkt werden. Dafür werden Vermächtnisse ausgesetzt, die z.B. den gesamten beweglichen Nachlass („Hausratsvermächtnis“) oder das Geldvermögen bei einer bestimmten Bank (dabei ist aber dann die Änderungsmöglichkeit zu beachten) umfassen. Es bleiben dann ggf. nur die Immobilien und/oder das Vermögen bei einer bestimmten Bank übrig, wofür dann sogar eine unbefreite Vorerbschaft denkbar ist.

Zu beachten und darauf hinzuweisen ist immer, dass das Vermögen des überlebenden Ehegatten durch eine Vor- und Nacherbschaft nicht geschützt wird.

Probleme können sich bei verzahnten Vermögen, wenn also die selbstgenutzte Immobilie beiden Ehegatten hälftig gehört.

5. Wiederverheiratursklausel

Der Gedanke an eine Wiederverheiratursklausel liegt nahe, wenn man einen Schutz gegen einen neuen, erbschleicherischen Ehegatten sucht. Allerdings ist die Gestaltung komplex und Umgehungen sind einfach: Es wird von einer Ehe abgesehen oder Vermögen vor der Eheschließung verschoben. Das

⁸⁸ Damrau/Tanck/Bothe, Vorbemerkungen zu §§ 2100 ff. Rn. 1.

⁸⁹ Damrau/Tanck/Bothe, § 2122 Rn. 1.

⁹⁰ Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Auflage 2014, Rz. 162.

alles spricht deutlich gegen Wiederverheiraturungsklauseln, die wohl nur im Einzelfall sinnvoll sind – und dann auch mehr als moralischer Appell.

Die Ausgestaltung einer Wiederverheiraturungsklausel⁹¹ ist je nach Einheits-, Trennungs- oder Nießbrauchslösung unterschiedlich.⁹² Gemein ist allen Varianten, dass damit die Kinder abgesichert werden sollen, die beim ersten Erbfall keinen Pflichtteil geltend gemacht haben. Eine Grenze ist die übermäßige Beschränkung des überlebenden Ehegatten in seiner grundgesetzlich geschützten Eheentschließungsfreiheit. Der vollständige Verlust des Nachlasses kann sittenwidrig sein,⁹³ so dass dem überlebenden Ehegatten zumindest der Pflichtteil verbleiben sollte. In allen Fällen ist zudem zu beachten, dass die Bindungswirkung für die Verfügungen des Überlebenden für den zweiten Erbfall zumindest diskutiert wird.⁹⁴

Bei der Einheitslösung wird oft (vereinfacht dargestellt) formuliert, dass bei einer Eheschließung der Nachlass bis auf den Pflichtteil bzw. die Erbteile der Kinder an diese herauszugeben ist. Damit kommt es zu einer auflösend bedingten Vollerbschaft mit einer aufschiebend bedingten Nacherbschaft und im Ergebnis zu der eigentlich nicht gewollten Trennungslösung.⁹⁵ Die (fachgerechte) Alternative ist ein Vermächtnis zu Gunsten der Schlusserben.⁹⁶ Grundsätzlich sollte es mit der Wiederverheiraturung anfallen und fällig sein. Die Quote kann sich an dem Erbteil der Schlusserben und die Höhe an dem Nachlass zum Zeitpunkt des ersten Erbfalls (begrenzt auf das bei der Wiederverheiraturung Vorhandene) orientieren. Ein späterer Zeitpunkt wird eher Streit verursachen. Sinnvoll ist zudem, einen Anspruch auf bzw. eine Verpflichtung zur Nachlassverzeichnisaufnahme aufzunehmen. Allerdings wird ein solcher Anspruch oft nicht geltend gemacht. Zudem stellen sich die Folgefragen der Bewertung sowie die einer Indizierung zum Wiederverheiraturungszeitpunkt.

Bei der Trennungslösung kann sich z.B. die befreite Vorerbschaft in eine unbefreite wandeln. Die Vorerbschaft kann mit der Wiederverheiraturung auch enden, also der Nacherbfall eintreten.⁹⁷ Auch der (nachträgliche) Eintritt der gesetzlichen Erbfolge wird als Folge der Wiederverheiraturung vorgeschlagen.

Bei der Nießbrauchslösung schließlich endet meist der Nießbrauch mit der Wiederverheiraturung. Da die Trennung der Erbteile hier ohnehin schon vorgelegen hat, ist die Umsetzung einer Wiederverheiraturungsklausel bei dieser Variante am einfachsten.

Insgesamt haben alle Varianten einen hohen Regelungsbedarf. Sie beinhalten Unsicherheiten und sind damit streitanfällig. Dies gilt zwar weniger für die Nießbrauchslösung, aber dort ist die gesamte Konstruktion schon sehr starr.

Für einen sicheren Schutz für Erbschleicherei erscheint eine Wiederverheiraturungsklausel nicht praktikabel, da deren Zweck heutzutage kaum mehr erreicht wird: Das Zusammenleben mit einem neuen Partner und damit seine Teilhabe am Lebensstandard ist schon lange auch ohne Eheschließung un-

⁹¹ Vgl. Kurze, ZErb 2015, 139, 141.

⁹² Vgl. im Einzelnen: Tanck/Krug, § 19 Rn. 71-102; Völzmann, Wiederverheiraturungsklauseln, RNotZ 2012, 1; Scherer/Ridder, § 11 Rn. 80-87.

⁹³ Bamberger/Roth/Litzenburger, § 2268 BGB Rn. 42, § 2074 Rn. 19; Gaier, Die Bedeutung der Grundrechte für das Erbrecht, ZEV 2006, 2, 5.

⁹⁴ Vgl. OLG Karlsruhe, 14 T 769/60, NJW 1961, 1410; Scherer/Ridder, § 11 Rn. 264.

⁹⁵ Horn, Zehn Optimierungsmöglichkeiten für das Berliner Testament, NJW 2013, 2166, 2167; Völzmann, RNotZ 2012, 1, 8.

⁹⁶ Horn, NJW 2013, 2166, 2167.

⁹⁷ Völzmann, RNotZ 2012, 1, 6 f.

problematisch. Bei einer zu folgenreichen Wiederverheiratursklausel kann und wird also meist einfach auf die neue Ehe verzichtet werden. Zudem kann eine Eheschließung geplant und können vorher Vermögensverschiebungen vorgenommen werden.⁹⁸

6. Vermächtnislösung⁹⁹

Bei der Einheitslösung setzen sich die Ehegatten gegenseitig zum alleinigen Vollerben und zu Schluss-erben die gemeinschaftlichen Kinder zu jeweils gleichen Teilen ein.¹⁰⁰ Eine Ersatzerbenregelung, eine Anordnung für den Katastrophenfall, eine Pflichtteils Klausel, ein Anfechtungsverzicht, eine Regelung zur Wechselbezüglichkeit bzw. Bindungswirkung sowie ggf. Schweigepflichtentbindungserklärungen, eine Rechtswahl und eine Schiedsklausel vervollständigen die Verfügung.

Verfügt der Ehegatte lebzeitig abweichend von der letztwilligen Verfügung, kommen für die Schluss-erben zwar Ansprüche nach § 2287 BGB (analog)¹⁰¹ in Betracht. Jahre oder Jahrzehnte nach der beeinträchtigenden Verfügung¹⁰² ist deren Durchsetzung aber meist nicht möglich.¹⁰³ Die Beteiligung der Kinder am Nachlass, auf die sich der zuerst verstorbene Ehegatte verließ, kann vom „böswilligen“ oder beeinflussten, überlebenden Ehegatten daher ausgehöhlt werden, so dass für die Kinder beim Schluss-erbfall nichts mehr vorhanden ist.

Eine ausgewogene Gestaltung muss in erster Linie die Absicherung der Kinder einerseits und die des Ehegatten andererseits in ein annehmbares Gleichgewicht bringen. Das hier vorgeschlagene Modell geht von einer tatsächlichen Zuwendung an die Kinder aus. Damit werden die wesentlichen Nachteile der klassischen Lösungen behoben. Als Gegengewicht wird dem überlebenden Ehegatten ein weiter Spielraum für die Verwirklichung der Zuwendung gegeben.

Die Kinder erhalten ein Vermächtnis. Dies ist das Gegengewicht zu den Freiheiten für den alleinerben- den Ehegatten. Da die Kinder direkt bedacht werden, ist eine Bindung des Ehegatten zu ihrem Schutz nicht mehr notwendig.

Das Vermächtnis besteht in einer Quote am Vermögen des Verstorbenen. Grundsätzlich wird es in Geld ausgezahlt. Der überlebende Ehegatte kann aber auch eine andere Form der Erfüllung wählen, bei- spielsweise die Übertragung eines Immobilien- oder Gesellschaftsanteils. Bei Bewertung des Vermö- gens werden indirekt schwer zu bewertende Gegenstände (Hausrat) ausgenommen, indem die anzu- setzenden Vermögensbestandteile benannt werden. Die Quote sollte daher zur Vermeidung einer Aus- schlagung i.S.v. § 2306 BGB deutlich über dem Pflichtteil liegen, kann aber auch der Erbquote entspre- chen. Das Vermächtnis wird ausgezahlt, aber erst nach Ablauf einer Frist, um dem überlebenden Ehe- gatten die Möglichkeit zur Finanzierungsorganisation zu geben.

⁹⁸ Ähnlich: *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225, 230 f.

⁹⁹ Vgl. *Kurze*, Testamente und Unternehmensnachfolge für jüngere Menschen, ZErB 2015, 139, 142-144.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. *Tanck/Krug/Riedel*, Anwaltsformulare Testamente, 4. Auflage 2010, § 27 Rn. 20; *Scherer/Ritter*, Mün- chener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Auflage 2014, § 8 Rn. 47 f.

¹⁰¹ Bei gemeinschaftlichen Testamenten, *Damrau/Tanck/Krüger*, § 2287 Rn. 1.

¹⁰² Lebzeitige Feststellungsklagen sind im Ergebnis nicht möglich: *Klinger*, NJW-Spezial 2004, 13.

¹⁰³ Zu Beweisfragen: *Klingelhöffer*, Probleme der Darlegungs- und Beweislast im Erbrecht, ZEV 2007, 361, 362; ähnlich schon: *ders.*, Zuwendungen unter Ehegatten und Erbrecht, NJW 1993, 1097.

7. Nießbrauchslösung¹⁰⁴

Noch etwas weiter von der Einheitslösung als die Trennungslösung entfernt sich die Nießbrauchslösung von der Alleinbegünstigung des überlebenden Ehegatten.¹⁰⁵ Der Erstversterbende setzt den anderen Ehegatten zum hälftigen Erben sowie die Kinder als Erben zu gleichen Teilen an der zweiten Hälfte ein. Der Überlebende setzt die Kinder zu gleichen Teilen als Erben ein. Dem Überlebenden wird der lebenslange unentgeltliche Nießbrauch an den Erbteilen der Abkömmlinge eingeräumt. Der Überlebende wird für auf Dauer zum Testamentsvollstrecker für den gesamten Nachlass benannt. Er kann einzelne Gegenstände aus seiner Verwaltung freigeben. Solange Testamentsvollstreckung und Nießbrauch bestehen, ist die Auseinandersetzung nur mit seiner Zustimmung zulässig. Pflichtteilklausel, Hausratsvermächtnis etc. ergänzen die Regelung.¹⁰⁶

Die Nießbrauchslösung kann gerade bei größeren Vermögen eine bedenkenswerte Gestaltungsalternative sein. Zum einen ist aber zu beachten, dass ausgefeilte Regelungen über die Tragung von privaten und öffentlichen Lasten sowie der gewöhnlichen Erhaltungs- und Unterhaltungsmaßnahmen (grundsätzlich beim Nießbrauchsberechtigten) in Abgrenzung zu den außergewöhnlichen Lasten zu finden sind.¹⁰⁷ Zum anderen ist zu entscheiden, ob der gesamte Erbteil oder nur einzelne Bestandteile dem Nießbrauch unterliegen sollen.

Nicht unterschätzt werden sollte aber die Gefahr sich wandelnder Verhältnisse. Bei einer Immobilie und auch bei Gesellschaftsanteilen können Änderungen in tatsächlicher (z.B. Investitionen für Sanierung) oder rechtlicher (z.B. Umwandlung aus steuerlichen Gründen) Hinsicht erforderlich werden. Wenn die dazu notwendigen finanziellen Mittel nicht vorhanden sind, sind Liquiditätsschwierigkeiten die Folge.

Eine Formulierung könnte wie folgt aussehen:

Nießbrauchsvorausvermächtnis

Dem überlebenden Ehegatten wird der lebenslange, unentgeltliche Nießbrauch an den Erbteilen unserer Abkömmlinge als Vermächtnis eingeräumt.

Damit der überlebende Ehegatte aber flexibel verwalten kann, sollte ihm die Möglichkeit gegeben werden, Teile des Nachlasses freizugeben bzw. freigeben zu können.¹⁰⁸

Der überlebende Ehegatte kann einzelne Nachlassgegenstände aus seiner Verwaltung freigeben.

8. Lebzeitige Verfügung

Der große Vorteil für den Empfänger lebzeitiger Übertragungen ist: Was er zu Lebzeiten bekommen hat, kann nicht bis zum Erbfall z.B. durch Vollmachtsschleicher oder danach durch Erb- oder Eheschlei-

¹⁰⁴ Kurze, ZErB 2015, 139, 140 f.

¹⁰⁵ Zur Abgrenzung: Scherer/Scheel, § 49 Rn. 59-70.

¹⁰⁶ Detaillierter: Tanck/Krug/Riedel, § 27 Rn. 23; vgl. auch: Bonefeld/Wachter/Enzensberger, § 7 Rn. 158, 186.

¹⁰⁷ Kritisch auch wegen der Gefahr der Entlassung des Ehegatten als Testamentsvollstrecker: Kanzleiter, ZEV 2014, 225, 229.

¹⁰⁸ Bengel/Reimann/Klumpp, Kap. 6 Rn. 160 f.; mit detaillierten Vorgaben unter Hinnahme von Unsicherheiten durch auslegungsfähige Begriffe: Kirchner, MittBayNot 1997, 207 unter Punkt d).

cher abhanden kommen. Schenkungsrückforderungen sind für den Schenkenden schwer durchzusetzen; eine Verarmung muss nachgewiesen und kann durch regelmäßige Unterstützung abgewandt werden, eine Verfehlung des Beschenkten muss vorliegen und bewiesen werden.

Aus der Sicht des Empfängers ist eine unentgeltliche, lebzeitige Übertragung also meistens die beste Lösung. Negativ können steuerliche Auswirkungen sein, z.B. bei Nichtausnutzung der 10-Jahres-Frist. Auch Gegenleistungen, wie Pflegeverpflichtungen oder Wohnungsrechte in einer gemeinsam genutzten Immobilie, können wirtschaftlich und / oder psychologisch nachteiliger sein, als beim Vertragsabschluss bedacht wird.

Wesentlich ist aber meist die andere Seite: Die Folgen einer Übertragung zu Lebzeiten widersprechen häufig den Interessen der Übertragenden. Das zur Schenkung vorgesehene Vermögensgut bildet oft deren Versorgungsgrundlage oder zumindest einen Teil der Altersvorsorge. Dies sollte auch nicht in – augenblicklich – vertrauenswürdige Hände gegeben werden. Die oft ins Spiel gebrachten Vorbehaltsrechte wie der Nießbrauch ändern nichts an dem Übergang des Eigentums auf Dritte. Eine Veräußerung der Immobilie, um sich eine andere Versorgung zu ermöglichen, ist nur noch mit Zustimmung des „neuen“ Eigentümers möglich. Die vertragliche Ausgestaltung ist aufwendig, die Umsetzung verursacht Kosten. Schließlich werden die steuerlichen Vorteile durch die aufwendige Gestaltung und andere Folgekosten (Abrechnungen, Steuererklärungen) oft stark gemindert oder sogar gänzlich aufgezehrt und führen zu einer negativen Bilanz des Übertragungsvorganges.

Zusätzliche Gefahren bilden die Weiterübertragung durch den Beschenkten, sein Vorversterben und seine Insolvenz einerseits¹⁰⁹ und die Abhängigkeit des Schenkers von Sozialleistungen aufgrund von Pflegekosten andererseits, was zu – etwa von dem Betreuer des Schenkers durchgesetzten – Rückforderungsansprüchen führt. Selbstverständlich sind auch hier vertragliche Rückfall- bzw. -forderungsrechte denkbar. Sie erfordern allerdings eine aufwendige und genaue Gestaltung, können das Erreichen der angestrebten Ziele erschweren oder gar verhindern und Folgeprobleme aufwerfen.

Für viele weiteren Fragen im Zusammenhang mit lebzeitigen Übertragungen – etwa der Vorbehalte, Rückfallrechte und Steuerfolgen – liegt einige Spezialliteratur vor, auf die hier verwiesen wird.¹¹⁰

9. Treuhänderische Übertragung

Nach hier vertretener Meinung kaum geeignet ist die treuhänderische Übertragung von Vermögen, jedenfalls wie sie *Tschersich* vorschlägt.¹¹¹ *Papenmeier* stellt zutreffend fest, dass dies zum Selbstschutz nicht taugt, da der Treugeber gegen den Treuhänder einen Herausgabeanspruch hat.¹¹² Zudem müsste das Treuhandverhältnis genau geregelt werden (Befugnisse, Vergütung, Haftung) und der Treuhänder muss vertrauenswürdig sein.

Wenn das der Fall ist, kann zumindest ein Schutz vor vorschnellen Verfügungen des Treugebers erreicht werden: Der Treuhandvertrag wird kündbar vereinbart, aber mit einer Frist von z.B. drei Monaten. In der Zeit hat der Treugeber die Möglichkeit, eine Betreuung zum Schutz anzuregen. Wenn dieses Möglichkeit zudem ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen wird, also dokumentiert wird, dass der

¹⁰⁹ Ebenso *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Rn. 87 f.

¹¹⁰ Beispielsweise: *J. Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag; *Landsittel*, Gestaltungsmöglichkeiten; *Krauß*, Vermögensnachfolge; *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen; *Kerscher/Krug/Spanke/Spanke*, § 7 Rn. 667-685.

¹¹¹ *Tschersich*, Die Definition des vermögensrechtlichen Missbrauchs von General- und Vorsorgevollmachten, Diss. 2015, S 100 f.

¹¹² *Papenmeier*, blog.erbrecht-papenmeier.de, Beitrag vom 5. Mai 2016.

Treugeber selbst diese Absicherung wollte, ist dies ein starkes Argument für das Gericht zur Betreuungseinrichtung.

10. Testaments- und Vollmachtsberatung

Ein besonderes Augenmerk sollten Notare bei der Beurkundung und Rechtsanwälte bei der Beratung auf die Testierfähigkeit des Testierenden bzw. die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers legen; ähnliches gilt für Standesbeamte bei der Eheschließung. Dabei ist selbstverständlich, dass eine medizinische Prüfung nicht stattfinden kann und vollständige Sicherheit nicht zu erhalten ist.

Die Regelung des Innenverhältnisses bei Vorsorgevollmachten wird nach wie vor stark vernachlässigt. Das führt zu Unsicherheiten, oft auch zum Gefühl beim Bevollmächtigten, „alles“ zu dürfen. Es gebe ja keine Vorgaben – außer „alles zum Wohl des Vollmachtgebers“, was eine stark subjektiv ausfüllbare Formulierung ist – und so eigentlich nur Freiraum und keine Rechtfertigungspflicht des Bevollmächtigten. Eine Regelung des Innenverhältnisses kann zumindest das Bewusstsein beeinflussen.

Eine der sichersten Lösungen ist die Einsetzung eines neutralen, zweiten Bevollmächtigten zur Unterstützung und Kontrolle. Ein Rechtsanwalt, der eine solche Aufgabe übernimmt und RDG-mäßig auch übernehmen darf, nennt sich „Vorsorgeanwalt“.¹¹³ Ein VorsorgeAnwalt ist ein Rechtsanwalt, der auf der Grundlage einer Vorsorgevollmacht und eines Anwaltsvertrages für eine Person insbesondere im Vorsorgefall tätig wird. Der Anwalt organisiert die Angelegenheiten des Mandanten, so dass eine Betreuung entbehrlich wird. Der VorsorgeAnwalt kann auch im Hintergrund als zweiter Bevollmächtigter nach einem Angehörigen tätig sein, den er im Wesentlichen unterstützt, aber auch kontrolliert.

Der Rechtsanwalt erhält vom geschäftsfähigen Mandanten eine Vollmacht im Sinne einer Vorsorge- und Generalvollmacht, § 164 BGB. Daneben werden ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 662 BGB), eine Vergütungsvereinbarung und eine Haftungsbegrenzungsvereinbarung abgeschlossen. Die Beauftragung eines zweiten Rechtsanwaltes, der die vertraglich vereinbarten Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche des Vollmachtgebers für diesen wahrnimmt, wenn er es selbst nicht mehr kann, ist dringend zu empfehlen.

VII. Weiterführende Überlegungen

Es gibt verschiedene Ideen, um den hier dargestellten Probleme insgesamt entgegenzutreten. Sie sind weitgehend eher (rechts-)politisch, so dass an dieser Stelle nur stichwortartig auf sie hingewiesen sei:¹¹⁴

- Sensibilisierung, Ausbildung und organisatorische Unterstützung für Standesbeamte
- Mehr Genehmigungstatbestände bei Vorsorgevollmachten
- Form- und Registrierungspflichten
- Genehmigungspflichten für das testamentarische Begünstigen von Personen wie Berufsbe treuern¹¹⁵ und Pflegekräften
- Straftatbestand „Erb- und Vollmachtsschleicherei“
- Gesetzliches Anfechtungsrecht bei Einflussnahme

¹¹³ Vgl. www.VorsorgeAnwalt-eV.de

¹¹⁴ Vgl. eingehender und mit weiteren Nachweisen: *Kurze*, Tätigkeit des Vorsorgebevollmächtigten aus anwaltlicher Sicht, BtPrax 2018, 47, 51-53; *Frieser/Potthast*, ErbR 2017, 114, 124 mit Hinweis auf ein von Röthel vorgeschlagenes „Anfechtungsrecht“; *Bonefeld*, Schutz vor Erbschleicherei, ZErB 2014, 241, 245-247.

¹¹⁵ Vgl. BGH 3 StR 132/18, BtPrax 2018, 241, der den Untreuetatbestand weitgehend ausschließt, sowie *Bienwald*, Reaktionen auf strafbare Verfehlungen von Betreuern und Bevollmächtigten, BtPrax 2019, 97.

- Vermutete Geschäftsunfähigkeit
- Abgestufte Geschäftsfähigkeit
- Mehr staatliche Kontrolle durch Strafverfolgungsbehörden
- Bessere Betreuungsverfahren
- Sensibilisierung bei Pflegeanbietern etc.
- Vorsorgemediation¹¹⁶
- Gestaltung durch Juristen

Vermeintlich einfache Lösungen etwa durch Gesetze sind eher nicht abzusehen. Auf verschiedenen Ebenen von der sozialen Kontrolle über die Beratung der Beteiligten und bessere, spezialisierte Gestaltungen bis hin zu effektiven, staatlichen Kontrollorganen können aber deutliche Verbesserungen gelingen. Dafür sollte hier eine Sensibilisierung mit dem Ziel konkreter Aktivitäten als auch weiterer Diskussionen erreicht werden.

VIII. Unterhalt des geschiedenen Ehegatten¹¹⁷

Ein geschiedener Ehegatte des Erblassers kann unter den Voraussetzungen des § 1586b BGB Unterhaltsansprüche gegen die Erben geltend machen. Diese Norm gilt für seit dem 1.7.1977 geschiedene Eheleute.¹¹⁸ Die Forderung ist jedoch auf den fiktiven Pflichtteil des geschiedenen Ehegatten begrenzt.

Die Pflichtteilsquote ist nach § 2310 BGB zu ermitteln. Diejenigen, die einen Erbverzicht erklärt haben, werden nicht mitgezählt. Der fiktive Pflichtteil des geschiedenen Ehegatten erhöht sich also. Ein Pflichtteilsverzicht bleibt ohne Einfluss auf den fiktiven Pflichtteil.

Heftig umstritten ist, welche Wirkung ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht eines (später) geschiedenen Ehegatten auf den Anspruch aus § 1586b BGB hat.¹¹⁹ *Bergsneiders* Ansicht ist zuzustimmen, wonach zunächst immer die zu prüfende Erklärung ausgelegt werden sollte.¹²⁰ Wurde der Verzicht etwa ohne Gegenleistung allein zur gemeinsamen Begünstigung der Kinder erklärt, kann dies eher für einen mutmaßlichen Willen sprechen, nach dem der Unterhaltsanspruch nicht betroffen sein sollte.

Ist eine Auslegung nicht möglich, muss im Streit um den Zweck der Norm § 1586b BGB Stellung bezogen werden.¹²¹

- Entweder wird der Anspruch aus § 1586b BGB als Ausgleich für das durch die Scheidung weggefallene Erbrecht gesehen, dann entfällt mit dem Verzicht auch der Unterhaltsanspruch; oder
- § 1586b BGB wird als Unterhaltsanspruch qualifiziert, und der Pflichtteil wird danach nur zur höhenmäßigen Begrenzung erwähnt. Ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht erfasst dann nicht den Anspruch nach § 1586b BGB.¹²²

Die Einordnung der Norm in das Familienrecht spricht für die zweite Meinung; die sich dann aber ergebende Besserstellung des geschiedenen gegenüber dem verheirateten Ehegatten, der auf den

¹¹⁶ Vgl. www.Vorsorgemediation.de.

¹¹⁷ Damrau/Tanck/Kurze, Praxiskommentar Erbrecht, § 2346 BGB Rn. 34-38.

¹¹⁸ Für Altfälle vgl. *Bergscheider*, FamRZ 2003, 1049, 1057 mwN.

¹¹⁹ Zu sogar verfassungsrechtlichen Bedenken: *Zacher-Röder/Grimm-Hanke*, FPR 2011, 264.

¹²⁰ FamRZ 2003, 1049, 1056.

¹²¹ Vgl. auch Bonefeld/Wachter/Kurze, Der Fachanwalt, § 19 Rn. 41 mwN.

¹²² In diese Richtung auch über den „Umweg“ der Frage nach der „Infektion“ eines Pflichtteilsverzichtes durch nichtige ehevertragliche Regelungen: *Kühle*, ZErB 2013, 221.

Pflichtteil verzichtet hat, spricht für die erste – überwiegende – Meinung. Nach hier vertretener Ansicht bleibt der Anspruch aus § 1586b BGB auch bei einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht bestehen. Eine Besserstellung des geschiedenen Ehegatten wird oft dadurch deutlich relativiert, dass der verheiratete Ehegatte eine Witwen- oder Witwersorgung erhält. Zudem kann eine wirtschaftliche Folge nicht die Gesetzessystematik außer Kraft setzen. Mit der Regelung des § 1586b BGB hat der Gesetzgeber eine unterhaltsrechtliche Wertung getroffen. Rechtsprechung hierzu ist allerdings nicht ersichtlich. In der Praxis kann durch eindeutig Gestaltung, also Formulierungen, vorgesorgt werden.¹²³

IX. Getrennt – bis auf den Tod: Zugewinnausgleichsanspruch beim Erbfall

Ehegatten lassen sich mitunter trotz langjähriger Trennung nicht scheiden. Das kann emotionale Gründe haben. Oder es sollen Krankenversicherungs- oder Witwenrentenansprüche erhalten bleiben oder schlicht ein Streitiges Scheidungsverfahren vermieden werden. Erbrechtlich wird in vielen Fällen nur durch ein den Ehegatten enterbendes Testament gehandelt. Dabei werden die möglichen Ansprüche des Überlebenden, enterbten Ehegatten regelmäßig übersehen oder unterschätzt.

Beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft wird beim Tod eines Ehegatten und gesetzlicher Erbfolge der Ausgleich des Zugewinns durch eine pauschale Erhöhung der Erbquote um ein Viertel auf ein Halb (wenn Abkömmlinge vorhanden sind) bewirkt, §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB. Die Erbquote des Ehegatten wird daher meist einfach mit „ein Halb“ beschrieben. In der Folge wird bei der Berechnung der Ansprüche eines enterbten Ehegatten beim Todesfall fälschlicherweise nur ein Pflichtteilsanspruch im Sinne von § 2303 Abs. 1 BGB von einem Viertel angenommen.

Tatsächlich richten sich die Ansprüche des enterbten Ehegatten aber maßgeblich nach § 1371 Abs. 2 und 3 BGB. Absatz 3 regelt dabei den Fall der Ausschlagung. Wesentlich ist meist Absatz 2, auch wenn dessen Wirkungen ggf. durch eine Ausschlagung herbeizuführen ist. Wird der Ehegatte nicht Erbe und erhält auch kein Vermächtnis bzw. schlägt aus (Abs. 3), so kann er den konkreten Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen. Außerdem erhält er den „kleinen“ Pflichtteil nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil, also grundsätzlich ein Achtel, wenn Kinder vorhanden sind.

Der Pflichtteilsanspruch mag noch als überschaubar gesehen werden oder es wurde sogar eine Pflichtteilsverzichtvereinbarung geschlossen. Erhebliche Probleme kann aber der Zugewinnausgleich bereiten. Unter Umständen geht die Hälfte des Vermögens des Erblassers auf den (getrennt lebenden) Ehegatten über, wenn beider Anfangsvermögen und das Endvermögen des überlebenden Ehegatten Null sind, und von der anderen Hälfte erhält der überlebende Ehegatte noch seinen kleinen Pflichtteil.

Zu vermeiden ist das nach einer Trennung gem. § 1933 BGB, wenn die Voraussetzungen für die Scheidung vorlagen und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Es genügt aber nicht, wenn nur der andere Ehegatte die Scheidung beantragt hatte.

Ansonsten ist eine ehevertragliche Regelung zu treffen. Diese muss notariell sein, so dass eine privatschriftliche Trennungsvereinbarung nicht reicht. Auch ein notarieller Pflichtteilsverzicht genügt nicht. Beides ist notwendig, um den Ehegatten auszuschließen. Hinzutreten muss (wenn kein Erbverzicht vereinbart wurde) auch noch eine enterbende, letztwillige Verfügung.

Ein – recht unsicherer – „Trick“ kann es sein, dem Ehegatten, mit dem vielleicht keine Regelung zu finden ist, ein kleines Vermächtnis zukommen zu lassen. Zwar gibt es keine Ausschlagungsfrist, so dass der Ehegatte insofern nicht unter Zeitdruck steht. Es ist aber denkbar, dass der Ehegatte das Vermächtnis „versehentlich“ annimmt und damit sein Ausschlagungsrecht verliert.¹²⁴

¹²³ Vgl. etwa Heiß, NZFam 2016, 485, 489; Horndasch, NJW 2015, 2168, 2169, ders., FuR 2011, 652, 654.

¹²⁴ MüKo-Koch, § 1371 BGB Rn. 42.

X. Scheidung von einer betreuten und/oder geschäftsunfähigen Person

Die Vertretung durch eine Vollmacht bei einer Scheidung wird als zulässig gesehen.¹²⁵ Bei einem geschäftsunfähigen Ehegatten wird zwar eine gesetzliche Vertretung (§ 125 Abs. 2 S. 1 FamFG) gefordert, was grundsätzlich nach einem Betreuer¹²⁶ verlangt (der eine Genehmigung braucht, § 125 Abs. 2 S. 2 FamFG).¹²⁷ Dieser kann bei entsprechendem Aufgabenkreis einen Rechtsanwalt beauftragen.¹²⁸ Nach § 51 Abs. 3 ZPO ist der Bevollmächtigte aber bei einer entsprechenden Vollmacht dem gesetzlichen Vertreter gleichgestellt, so dass auch ein Scheidungsantrag möglich ist.¹²⁹ Zu Aussetzung oder deren Ausbleiben bei einem Prozessbevollmächtigten vgl. § 246 ZPO. Dass der bevollmächtigte Ehegatte den anderen im Scheidungsverfahren vertritt, wird aufgrund des Interessengegensatzes als unzulässig angesehen.¹³⁰

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine Vertretung bei der Eheschließung unzulässig ist, § 1311 S. 1 BGB;¹³¹ auch wenn dies für Ausländer nach deren Heimatrecht zulässig wäre.¹³² Bei einer verbotswidrigen Vertretung ist die Ehe nach § 1314 BGB aufhebbar;¹³³ aber eine partielle Geschäftsfähigkeit ist möglich,¹³⁴ § 1304 BGB. Für die Lebenspartnerschaft gilt gem. § 1 Abs. 1 S. 1 LPartG Entsprechendes.

XI. Widerruf eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments

Ein ähnliches Problem wie bei der Scheidung besteht beim Rücktritt vom Erbvertrag oder vom gemeinschaftlichen Testament. Es spricht viel dafür, dass der Empfang der Rücktrittserklärung auch durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter (zumindest, wenn es nicht der andere Ehegatte ist) und nicht nur durch einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter möglich ist. Eine sichere Rechtslage kann noch nicht festgestellt werden.

Eine obergerichtliche Rechtsprechung existiert nicht, die Ansichten in der juristischen Literatur sind unterschiedlich. Alleine das LG Leipzig befasste sich in einem Beschluss mit der Frage der Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung für die Entgegennahme einer entsprechenden Erklärung.¹³⁵ Dabei ging es um die Frage des Widerrufs einer wechselbezüglichen Verfügung in einem Ehegattentestament gegenüber dem anderen Ehepartner. Nachdem das Nachlassgericht dies noch ablehnte, sah das LG Leipzig die gewillkürte Stellvertretung als ausreichend an.

Weitere Entscheidungen, die sich direkt mit der Frage befassen, sind nicht bekannt. Aus dem Beschluss des OLG Nürnberg vom 06.06.2013¹³⁶ könnte aufgrund des Satzes „der Widerruf gegenüber einem

¹²⁵ Kurze, Vorsorgerecht, § 164 BGB Rn. 39; insgesamt zur Ehescheidung bei Demenzerkrankten: Schäfer NZFam 2014, 676.

¹²⁶ Zu dessen Aufgabenkreis: OLG Celle 6 W 106/13, ZEV 2014, 40 mwN; OLG Zweibrücken 2 WF 166/10, BeckRS 2011, 14629.

¹²⁷ Zur während des Verfahrens eingetretener Geschäftsunfähigkeit: OLG Hamm 4 UF 221/88, FamRZ 1990, 166; zu weiteren Fragen beim Scheidungsverfahren eines Geschäftsunfähigen: BGH XII ZR 247/00, NJW 2002, 671; IVb ZR 34/88, NJW 1989, 1988.

¹²⁸ OLG Brandenburg 10 UF 217/10, BeckRS 2012, 15562.

¹²⁹ OLG Naumburg 3 UF 157/08, BeckRS 2011, 27393.

¹³⁰ OLG Hamm 3 UF 43/13, NJW 2014, 158; vgl. zudem Schäfer, Der Demenzkranke im Familienrecht, NZFam 2014, 676.

¹³¹ Kurze, Vorsorgerecht, § 164 BGB Rn. 29.

¹³² BGH IV ZR 87/58, NJW 1959, 717.

¹³³ Entsprechend bei einer „verdeckten Stellvertretung“: OLG Karlsruhe 11 Wx 79/93, BeckRS 1994, 07756.

¹³⁴ BVerfG 1 BvL 14/02, NJW 2003, 1382.

¹³⁵ 4 T 549/08, BeckRS 2009, 88176.

¹³⁶ 15 W 764/13, ErbR 2014, 131.

testierunfähigen Ehegatten erfordert den Zugang der Erklärung beim Betreuer als dessen gesetzlichen Vertreter (§ 131 BGB)“ eine Tendenz zur Ablehnung der gewillkürten Stellvertretung gelesen werden. Allerdings geht aus der Entscheidung nicht hervor, ob überhaupt eine gewillkürte Stellvertretung existierte, sodass dieser Satz in seinem Kontext unter Umständen eher so zu verstehen ist, dass grundsätzlich eine Betreuung zulässig und möglich ist.

Im juristischen Schrifttum finden sich einige Stimmen, welche eine rechtsgeschäftliche Vertretung ablehnen, wie z.B. *Seiler/Horn*: „Aus der hier vertretenen Auffassung kann der rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter nicht solche Erklärung in Empfang nehmen,...“.¹³⁷ Ebenfalls in diese Richtung geht *Gockel*.¹³⁸ *Zimmer* erklärt: „Das Bewirken des Zugangs des Widerrufs an den Ehegatten durch Zustellen an den rechtsgeschäftlichen Empfangsvertreter ist, jedenfalls beim gemeinschaftlichen Testament, abzulehnen“.¹³⁹ Dem schließt sich *Lange* an.¹⁴⁰

Für eine Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung spricht sich u.a. *Keim* aus. Ausgehend vom oben erwähnten Beschluss des LG Leipzig erörtert er die verschiedenen Aspekte, nach welchen ein Verbot der rechtsgeschäftlichen Vertretung denkbar wäre. Er kommt zum Schluss: „Die streitige Frage, ob die Widerrufserklärung auch gegenüber einem mit ausreichender Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreter des anderen Ehegatten abgegeben werden kann, muss richtigerweise bejaht werden“.¹⁴¹

In der im Jahre 2015 erschienenen Dissertationen „Die Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit auf die Lösungsmöglichkeiten vom gemeinschaftlichen Testament und vom Erbvertrag“ befasst sich *Jestaedt* auf 179 Seiten eingehend mit der Problematik insgesamt und speziell auf 20 Seiten mit der Zugangsfrage (Inhaltsverzeichnis anbei). Im Ergebnis befürwortet er die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung.

Diese Darstellung soll zeigen, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Insofern ist dem Fazit von *Palandt/Weidlich* beizupflichten: „Solange diese Fragen streitig sind, können die Betreuungsgerichte eine diesbezügliche Betreuerbestellung nicht verweigern“.¹⁴²

¹³⁷ *Kroiß/Ann/Mayer*, *Erbrecht*, 4. Auflage 2014, § 2296 BGB Rn. 8 c.

¹³⁸ *ZErb* 2012, 72, 80.

¹³⁹ Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen bei Geschäftsunfähigkeit des Widerrufsgegners, *ZEV* 2007, 159, 162.

¹⁴⁰ Beseitigung von letztwilligen Verfügungen durch Betreuer, *ZEV* 2008, 313, 319.

¹⁴¹ Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes auch gegenüber dem Bevollmächtigten des anderen Ehegatten? *ZEV* 2010, 358, 360; ähnlich *ders.*, *ErbR* 2014, 118, 120.

¹⁴² § 2271 BGB Rn. 6 a aE.

Literaturhinweise

Aufsätze:

- *Mau*, Untreue gegenüber älteren Menschen aus Sicht des LKA Berlin, Berliner Anwaltsblatt 2018, 131
- *Meier/Peikert/Görgen*, Vermögensdelikte in Betreuungsverhältnissen, BtPrax 2019, 175
- *Bienwald*, Reaktionen auf strafbare Verfehlungen von Betreuern und Bevollmächtigten, BtPrax 2019, 97
- *Bonefeld*, Schutz vor Erbschleicherei, ZErB 2014, 241
- *Frieser/Potthast*, Erbschleicherei – unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Besonderheiten, ErbR 2017, 114
- *Kurze*, Tätigkeit des Vorsorgebevollmächtigten aus anwaltlicher Sicht, BtPrax 2018, 47
- *Schmitz*, Zur Feststellungslast bei einem Streit über die Testierfähigkeit des Erblassers, ErbR 2018, 262
- *Christandl*, Testieren im Alter, notar 2017, 339
- *Renner*, Prüfung der Geschäftsfähigkeit de lege lata und de lege ferenda, notar 2017, 218
- *Fries*, Nachlassende Testierfähigkeit, AcP 2016, 421
- *Herzog*, Das streitige Erbscheinsverfahren aus anwaltlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Einwands der Testierunfähigkeit, ZErB 2016, 34
- *Brand/Fett*, Erberschleichung und Betrug, JA 2000, 211
- *Schroeder*, Erberschleichung als Betrug, NSTZ 1997, 585

Allgemein:

- *Kurze* (Hrsg.), Vorsorgerecht. Vollmacht, Patientenverfügung, lebzeitige Verfügungen, 2017, Kommentar

Zu Auseinandersetzungen um die Vollmacht:

- *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 3. Auflage 2017

Zur Gestaltung von Vorsorgeregelungen:

- *Rudolf/Bittler/Roth*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, 4. Auflage 2015
- *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Auflage 2015 (auch mit Abschnitten zur Unternehmensvorsorge und zu Auslandsbezügen)
- *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung – Patientenverfügung: für die Beratungspraxis, 3. Auflage 2016

Zur Geschäfts- und Testierfähigkeit:

- diverse Aufsätze von *Wetterling* (zuletzt ErbR 2018, 433) sowie dessen Buch „Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen“ aus dem Jahr 2016
- *Cording/Nedopil*, Psychiatrische Begutachtungen im Zivilrecht, 3. Auflage 2017
- *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, 2015
- *Brah*, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013
- *Schmoeckel*, Demenz und Recht, 2010
- *Grunsky*, Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, 2009