

**Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene
bei Prof. Dr. Dietmar Willoweit**

Universität Würzburg SS 1999

2. Hausarbeit

Sachverhalt

I) Rechtsanwalt Richtig ist Fachanwalt für Erbrecht. Am 24. März 1999 suchen Frieda (F) und ihr Ehemann Markus (M) seine Kanzlei auf, um sich in erbrechtlichen Angelegenheiten einmal von einem Spezialisten beraten zu lassen.

Sie berichten in einem ersten Gespräch, daß sie bereits als Verlobte im Jahr 1974 einen Erbvertrag geschlossen hätten, in dem sie sich u.a. gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Nach ihrer Hochzeit im Jahre 1975 sei am 12.12.1976 die Tochter Thea (T) und am 24.05.1978 der Sohn Samuel (S) geboren worden. Nach Lektüre der Broschüre „Richtig Vererben - Leicht gemacht“, die sie von einem freundlichen Bankberater erhalten hätten, sei ihnen der Gedanke gekommen, daß sie in ihrer letztwilligen Verfügung nun auch ihre Kinder bedenken sollten. Sie wollten deshalb in Abänderung des Erbvertrages eine Regelung treffen, nach der zunächst der überlebende Ehegatte das Vermögen bekommen soll; danach aber sollen die Kinder sowie deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen Erben werden.

Da sie ihrem Sohn, der aufgrund leichtsinniger Investments an der Börse in ständigen Geldschwierigkeiten steckt, nicht mehr ganz über den Weg trauen, wollen sie zur Sicherung des Längerlebenden auch eine Verfügung treffen, um zu verhindern, daß S den Pflichtteil „verlangt“ und so eventuell die Tochter übervorteilt. Allerdings sei ihnen die Notwendigkeit einer solchen Klausel doch nicht ganz klar. Sie hätten aber gehört, daß es verschiedene Strafklauseln mit unterschiedlich scharfen Sanktionen gäbe. Und schließlich möchten sie auch wissen, ob der Überlebende an diese Regelung gebunden wäre oder ob er sich nach dem Tod des anderen Ehegatten davon lösen könne und ob die Regelung einer Lösungsmöglichkeit, insbesondere für den Fall, daß nur ein Abkömmling übrig bleibt, im Testament ratsam wäre.

Sie bitten Richtig, ihnen die Gestaltungsmöglichkeiten für eine neue letztwillige Verfügung darzulegen sowie deren Vor- und Nachteile auseinanderzusetzen. Um die hohen Notargebühren zu sparen, wäre es ihnen natürlich am liebsten, wenn die Neuregelung ohne notarielle Mithilfe erfolgen könnte.

Am nächsten Tag bereitet Richtig seine Auskunft vor. Nachdem er die Notwendigkeit einer Pflichtteilklausel geprüft hat, kommen ihm Bedenken hinsichtlich deren Formulierung. Er ist sich nicht sicher, ob die von seinem Formularbuch vorgeschlagene Standardformulierung

„Verlangt einer unserer Abkömmlinge nach dem Erstversterbenden von sich aus den Pflichtteil, so sollen er und seine Abkömmlinge nach dem Zweitversterbenden von der Erbfolge ausgeschlossen sein.“

präzise genug ist. Um für eventuelle Ungenauigkeiten seiner Beratung nicht haften zu müssen, will er deshalb noch überprüfen, welche Anforderungen die neuere Rechtsprechung an eine solche Klausel stellt.

II) Die Angst vor der anwaltlichen Haftung, die Rechtsanwalt Richtig geradezu übervorsichtig gemacht hat, beruht auf folgendem Fall, der ihm seit einiger Zeit schlaflose Nächte bereitet und der bald zur gerichtlichen Entscheidung ansteht:

Am 15.03.1996 hatte R als frischgebackener Fachanwalt den Bertram (B) beraten. Dieser hatte 1984 mit seiner Ehefrau Anna (A) ein formgültiges gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig als Vorerben und ihren Sohn Xaver (X) als Nacherben eingesetzt hatten. Am 23.04.1986 verstarb A bei einem Verkehrsunfall. Sie hinterließ ein Vermögen im Gesamtwert von 300.000 DM. B, der mit der Zeit seine Trauer überwand, fand bei Gunda (G) Trost, die er 1989 heiratete. Am 13.01.1991 wurde ihnen die gemeinsame Tochter Diana (D) geboren. B wollte deshalb in Abweichung von dem mit A errichteten Testament G und D zu seinen alleinigen Erben

bestimmen. Deshalb suchte er im März 1996 den Rechtsanwalt R auf und erkundigte sich nach der Rechtslage. R erwiderte ihm, daß er leider an das Testament von 1984 gebunden sei. Dabei ließ es B bewenden. Als er am 22.04.1997 verstarb, hinterließ er ein Vermögen, dessen Wert ohne Berücksichtigung etwaiger Bestandteile aus dem Nachlaß der A, 200.000 DM betrug. B und G hatten im gesetzlichen Güterstand gelebt. Beide hatten keinen Zugewinn erwirtschaftet. Im August 1998 erhoben G und D Klage gegen Richtig, weil er den B unrichtig beraten habe. Dadurch sei ihnen ein Schaden von insgesamt 500.000 DM entstanden, den R ersetzen müsse.

Abwandlung:

Welchen Einfluß hätte es auf die Rechtslage, wenn A und B 1984 zusätzlich eine Klausel folgenden Inhalts in ihr gemeinschaftliches Testament aufgenommen hätten:

„Heiratet der Überlebende, so soll er zuvor die Erbteilung dergestalt vornehmen, daß ein Drittel an ihn und der Rest an X fällt.“

Literaturverzeichnis

- Baumann, Wolfgang:** Die Pflichtteilsbeschränkung „in guter Absicht“, ZEV 1996, S. 121 - 127
- Böhmer, Emil:** Schutzwirkung eines Vertrages zwischen Rechtsanwalt und Erblasser zugunsten der benachteiligten Erbin, MDR 1966, S. 468 - 469
- Brox, Hans:** Erbrecht, Köln; Berlin; Bonn; München, 17. Aufl., 1998
- Brox, Hans:** Allgemeines Schuldrecht, München, 24. Aufl., 1997
- Buchholz, Stephan:** Berliner Testament (§ 2269 BGB) und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge - Überlegungen zum Ehegattenerbrecht, FamRZ 1985, S. 872 - 883
- Dittman, Ottmar/Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred:** Testament und Erbvertrag, München, 2. Aufl., 1986
- Ebenroth, Carsten Thomas:** Erbrecht, München, 1992
- Esch, Günter/Schulze zur Wiesche, Dieter:** Handbuch der Vermögensnachfolge, Berlin, 4. Aufl., 1992
- Flick, Hans/Schauhoff, Stephan:** Das falsche Berliner Testament, DStR 1992, S. 1794 - 1795
- Henssler, Martin/Kilian, Matthias:** Der praktische Fall - Bürgerliches Recht: Der sorglose Rechtsanwalt, JuS 1999, S. 256 - 260
- Jauernig, Othmar:** Bürgerliches Gesetzbuch, München, 7. Aufl., 1994
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt:** Lehrbuch des Erbrechts, München, 4. Aufl., 1995
- Langenfeld, Gerrit:** Freiheit oder Bindung beim gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag von Ehegatten?, NJW 1987, S. 1577 - 1583
- Leipold, Dieter:** Erbrecht, Tübingen, 12. Aufl., 1998
- Leipold, Dieter:** Die Wirkungen testamentarischer Wiederverheirathungsklauseln, FamRZ 1988, S. 352 - 354
- Lorenz, Werner:** Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, JZ 1995, S. 318 - 323
- Lübbert, Friedwald:** Verwirkung der Schlußerbfolge durch Geltendmachung des Pflichtteils, NJW 1988, S. 2706 - 2713
- Lübbert, Friedwald:** Verwirkung der Schlußerbfolge durch Verhandlungen über den Pflichtteil, ZEV 1997, S. 331 - 336

von Lübtow, Ulrich: Erbrecht, Berlin, 1971

Mayer, Jörg: Ja zu „Jastrow“? - Pflichtteilklausel auf dem Prüfstand, ZEV 1995, S. 136 - 139

Mayer, Jörg: Der Pflichtteil der Schwiegertochter, MittBayNot 1996, S. 80 - 83

Mayer, Jörg: Berliner Testament ade? - Ein Auslaufmodell wegen zu hoher Erbschaftsteuerbelastung?, ZEV 1998, S. 50 - 55

Meincke, Jens Peter: Vorteile und Nachteile von Ehegatten-Testamenten und Erbverträgen, DSStR 1981, S. 523 - 529

Muscheler, Karlheinz: Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 16.3.1993, JZ 1994, S. 630 - 633

von Olshausen, Eberhard: Die Sicherung gleichmäßiger Vermögensteilhabe bei „Berliner Testamenten“ mit nicht-gemeinsamen Kindern als Schlußerben, DNotZ 1979, S. 707 - 724

Otte, Gerhard: Besprechung zu: Stephan Buchholz, Erbfolge und Wiederverheiratung, AcP 1987, S. 603 - 607

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, München, 56. Aufl., 1997

Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Erbrecht (§§ 1922-2385), München, 1982

Soergel, Hans Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 9, Erbrecht (§§ 1922-2385), Stuttgart, 12. Aufl., 1992

von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, §§ 2064 - 2228, Berlin, 12. Aufl., 1989

von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, §§ 2229 - 2385, Berlin, 12. Aufl., 1983

Strobel, Otto: Nochmals: Pflichtteilklausel im Ehegattentestament, MDR 1980, S. 363 - 365

Vollkommer, Max: Anwaltshaftungsrecht, München 1989

Weirich, Hans-Armin: Erben und Vererben, Berlin, 4. Aufl., 1998

Weiss, Michael: Pflichtteilsstrafklausel im Ehegatten-Testament, MDR 1979, S. 812 - 813

Inhaltsverzeichnis

A) Anwaltliches Gutachten

I) Gemeinschaftliches Testament

- 1) Erbvertrag von 1974
- 2) Beseitigung der vertragsmäßigen Bindung des Erbvertrages von 1974
 - a) Aufhebung des Erbvertrages
 - b) Vermeidung der Notargebühren
 - c) Berliner Testament
 - aa) Einheitsprinzip
 - bb) Trennungsprinzip
 - cc) Nießbrauchsvermächtnis
 - (1) Vor- und Nachteile dieser Möglichkeiten
 - d) Form des Berliner Testaments
 - e) Pflichtteilklausel
 - aa) Pflichtteilklausel beim Trennungsprinzip
 - bb) Pflichtteilklausel beim Einheitsprinzip
 - (1) Schwächste Form einer Pflichtteilklausel
 - (2) Pflichtteilklausel als Erbteilverwirkungsklausel
 - (3) Jastrow'sche Klausel / verschärfte Pflichtteilsstrafklausel
 - cc) Das „Pflichtteilsverlangen“
 - dd) Formulierung der Pflichtteilklausel
 - f) Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht gem. § 2338
 - g) Bindungswirkung
 - aa) Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments
 - bb) Pflichtteilklausel bei gleichzeitiger Schlußerbenregelung
 - cc) Pflichtteilklausel ohne gleichzeitige Schlußerbenregelung
 - dd) Bindung an die Pflichtteilklausel bei Tod eines Abkömmlings

II) Ergebnis der anwaltlichen Beratung

B) Schadensersatzansprüche der G und D gegen Richtig

I) Ausgangsfall

- 1) Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung (pVV)
 - a) Anwendbarkeit der pVV
 - b) Vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis
 - aa) Anwaltsvertrag
 - bb) Anwaltsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten von G und D
 - (1) Leistungsnähe des Dritten
 - (2) Schutzpflicht des R gegenüber G und D
 - (3) Erkennbarkeit
 - c) Pflichtverletzung
 - aa) Unrichtige Beratung des R
 - bb) Auskunft bezüglich des Vermögens des B
 - (1) Bindung an die wechselbezüglichen Verfügungen
 - (2) Schaden der G und D
 - cc) Auskunft bezüglich des Vermögens der A
 - (1) Ausschlagung
 - (2) Anfechtungsrecht des B gem. §§ 2281 I S.1, 2078 II
 - (3) Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2080 I
 - (4) Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2080 II i.V.m. § 2078 II
 - (5) Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2080 III i.V.m. § 2079
 - (6) Zwischenergebnis

2) Ergebnis

II) Abwandlung

1) Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung (pVV)

2) Pflichtverletzung des R

- a) Wiederverheiratungsklausel
- b) Bindung an wechselbezügliche Verfügungen

- c) Schaden der G und D
 - aa) Ist-Zustand
 - bb) Soll-Zustand

3) Ergebnis

GUTACHTEN

A) Anwaltliches Gutachten

Die Ehegatten F und M haben den Wunsch, in ihrer letztwilligen Verfügung ihre Kinder zu bedenken und wollen daher in Abänderung eines 1974 geschlossenen Erbvertrages folgende Regelung treffen: zunächst soll der überlebende Ehegatte das Vermögen bekommen, danach sollen die Kinder und deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen Erben werden. Da F und M die letztwillige Verfügung zusammen errichten wollen, sieht das Gesetz als Gestaltungsmöglichkeit hierfür das gemeinschaftliche Testament oder einen Erbvertrag vor.

I) Gemeinschaftliches Testament

F und M hätten zunächst die Möglichkeit, gem. §§ 2265 ff. BGB ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. Beim gemeinschaftlichen Testament handelt es sich um eine letztwillige Verfügung, die nur von Ehegatten errichtet werden kann. Damit wird der engen Lebensgemeinschaft zwischen Ehegatten Rechnung getragen, indem auch bei der Abfassung letztwilliger Verfügungen mit dem Institut der Wechselbezüglichkeit die gemeinschaftliche Planung und inhaltliche gegenseitige Abstimmung berücksichtigt werden kann. Fraglich ist nun, unter welchen Voraussetzungen ein gemeinschaftliches Testament in Abänderung des Erbvertrages von 1974 errichtet werden kann, um nun auch die Kinder von F und M zu bedenken.

1) Erbvertrag von 1974

Zunächst ist festzustellen, daß F und M als Verlobte 1974 einen Erbvertrag, bei dem es sich gem. § 1941 um eine Verfügung von Todes wegen handelt, geschlossen hatten, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt hatten. Es lag somit ein gegenseitiger Erbvertrag i.S.d. §§ 2278 I, 2298 I vor. Da im Sachverhalt (SV) nichts Gegenteiliges ausgesagt ist, ist von der Rechtmäßigkeit und Bindungswirkung der vertragsmäßigen Verfügungen dieses Erbvertrages auszugehen. Zu

prüfen sind daher die Möglichkeiten einer Beseitigung der vertragsmäßigen Bindung.

2) Beseitigung der vertragsmäßigen Bindung des Erbvertrages von 1974

Um die vertragsmäßige Bindung des 1974 geschlossenen Erbvertrages zu beseitigen, ergeben sich grundsätzlich mehrere Möglichkeiten. Gem. §§ 2281 ff. hat der Erblasser die Möglichkeit, die vertragsmäßige Bindung eines Erbvertrages durch eine Anfechtung zu beseitigen, um eine neue Verfügung von Todes wegen zu errichten. Da die erbrechtlichen Anfechtungstatbestände in den §§ 2078, 2079 jedoch abschließend geregelt sind und im SV nicht vorliegen, scheidet diese Möglichkeit für F und M aus. Auch über die Voraussetzungen eines Rücktritts vom Erbvertrag, der gem. § 2293 aufgrund eines Rücktrittsvorbehalts oder gem. § 2294 f. als einseitiger Rücktritt kraft Gesetzes möglich ist, sagt der SV nichts aus. Daher ergibt sich für F und M nur die Möglichkeit, den Erbvertrag aufzuheben.

a) Aufhebung des Erbvertrages

Das Gesetz regelt die Aufhebung eines Erbvertrages in den §§ 2290, 2291, 2292. Demnach kann gem. § 2290 I die Wirkung des Erbvertrages oder einzelner Bestimmungen durch einen Aufhebungsvertrag zwischen den Personen, die den Erbvertrag errichtet haben, beseitigt werden. Dies ist auch durch einen neuen Erbvertrag mit abweichendem Inhalt möglich. Die §§ 2291 f. regeln die Aufhebung eines Erbvertrages durch Testament. Da F und M seit 1975 verheiratet sind, gilt für sie die speziellere Vorschrift des § 2292, wonach sie als Ehegatten die Möglichkeit haben, den Erbvertrag von 1974 durch ein gemeinschaftliches Testament aufzuheben. Entgegen dem Wortlaut des § 2292 ist es dabei unerheblich, daß F und M den Erbvertrag als Verlobte geschlossen haben. Entscheidend ist für eine Anwendung des § 2292, daß die Vertragspartner zur Zeit der Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes Ehegatten sind.

b) Vermeidung der Notargebühren

F und M kommt es bei der Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung auch darauf an, Kosten zu sparen, deshalb wäre ihnen eine Lösung ohne notarielle Mithilfe am liebsten. Die oben kurz angesprochene Möglichkeit, den Erbvertrag von 1974 durch einen neuen

Erbvertrag aufzuheben, dürfte sich dabei als die kostspieligere Möglichkeit herausstellen, da ein Erbvertrag, der auf der einen Seite Verfügung von Todes wegen und auf der anderen Seite auch wirklicher Vertrag ist und für die Vertragspartner ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses Bindungswirkung entfaltet, nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden kann. Da also bei einem Erbvertrag zusätzlich zu den Kosten für die anwaltliche Beratung Notargebühren anfallen, ist die Form des gemeinschaftlichen Testamentes die kostengünstigere und soll, dem Wunsch der Ehegatten F und M entsprechend, im Folgenden genauer betrachtet werden.

c) Berliner Testament

Die von F und M gewünschte testamentarische Gestaltung, daß zunächst der überlebende Ehegatte das Vermögen erhalten soll und danach die Kinder sowie deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen Erben werden sollen, kennt das Gesetz als sog. Berliner Testament gem. § 2269. Bei der Gestaltung des Berliner Testaments bieten sich verschiedene Möglichkeiten an.

aa) Einheitsprinzip

Nach dem im Zweifelsfall gem. der Auslegungsregel des § 2269 I angewendeten Einheitsprinzip wird der überlebende Ehegatte Vollerbe des Erstverstorbenen, so daß die beiden Vermögensmassen in der Person des Längstlebenden zu einer einheitlichen Vermögensmasse verschmelzen. Der Dritte wird Erbe des Letztverstorbenen und erwirbt als sog. Schlußerbe den gesamten beiderseitigen Nachlaß in einem Erbgang.

bb) Trennungsprinzip

Beim sog. Trennungsprinzip werden der Nachlaß des Erstverstorbenen und der des Überlebenden getrennt vererbt. Demnach wird der Überlebende Vorerbe und der Dritte (z.B. die Kinder) Nacherbe. Der Nachlaß des Erstverstorbenen fällt also zunächst an den Vorerben und, wenn gem. § 2106 I kein anderer Zeitpunkt bestimmt wurde, beim Tod des Vorerben gem. § 2139 an den Nacherben. Der Dritte beerbt somit den Erstverstorbenen als Nacherbe und den Letztverstorbenen in einem getrennten Erbgang als unmittelbarer Erbe.

cc) Nießbrauchsvermächtnis

Schließlich kommt in Betracht, daß der Überlebende nur ein Nießbrauchsvermächtnis gem. § 1089 i.V.m. §§ 1085 ff., 2147 ff. erhält, während der Dritte Vollerbe beider Ehegatten wird. Der Dritte wird dabei Rechtsträger des Nachlasses, muß aber die Nutzung dem überlebenden Ehegatten überlassen.

(1) Vor- und Nachteile dieser Möglichkeiten

Der Vorteil des Nießbrauchsvermächtnisses liegt insbesondere in steuerlichen Ersparnissen, da das Vermögen des Erstversterbenden nur einmal vererbt wird. Andererseits sind die Rechte des Überlebenden sehr stark eingeschränkt, da er grundsätzlich nicht über den Nachlaß verfügen kann, was häufig nicht gewollt wird. Das Trennungsprinzip hat den Vorteil, daß den Abkömmlingen, also den Nacherben, das Erbe in hohem Maße durch Beschränkungen des Vorerben gesichert wird. So wird der Vorerbe durch die §§ 2113 bis 2115 in seiner Verfügungsgewalt eingeschränkt. Zwar kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmen, daß der Vorerbe gem. § 2136 von den gesetzlichen Einschränkungen weitestgehend befreit wird, Schenkungen aus der Vorerbschaftsmasse werden aber auch hierdurch nicht ermöglicht. Diese Regelungen bergen gleichwohl für den Vorerben z.B. bei Liquiditätsschwierigkeiten auch Nachteile. Insgesamt ist das Trennungsprinzip rechtlich komplizierter und für die Beteiligten schwerer zu handhaben. Das Einheitsprinzip ist daher wegen seiner Einfachheit die praxishäufigste Form des gemeinschaftlichen Testamentes. Es hat den Vorteil, daß eine oft schwer durchzuführende Trennung der beiderseitigen Vermögensmassen vermieden wird, und daß keine unterschiedliche Rechtsstellung des Längerlebenden bzgl. des eigenen wie des ererbten Vermögens besteht. Nachteilig für die Schlußerben kann sich hierbei auswirken, daß der Überlebende über den Nachlaß uneingeschränkt verfügen und ihn bis zum Eintritt des Schlußerbfalles auch erheblich vermindert haben kann. Auf beide Prinzipien wirkt sich darüberhinaus bei großen Vermögenswerten eine erhöhte Erbschaftssteuerbelastung nachteilig aus, da beide Erbfälle getrennt versteuert werden müssen und es so zu einer Doppelbesteuerung kommt. Es empfiehlt sich nun für F und M, sich in ihrem

gemeinschaftlichen Testament ausdrücklich für eines der dargestellten Prinzipien zu entscheiden, tun sie dies nicht und läßt sich ihr wirklicher Wille gem. § 133 nicht eindeutig ermitteln, wird durch die Auslegungsregel des § 2269 das Einheitsprinzip angenommen.

d) Form des Berliner Testaments

Für die Errichtung eines Berliner Testaments gelten die allgemeinen Formvorschriften über die Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten. Das Berliner Testament kann als öffentliches Testament gem. §§ 2231 I, 2232 errichtet werden. Will man auf die notarielle Beurkundung verzichten, kann ein Berliner Testament gem. §§ 2267, 2231 II auch eigenhändig privatschriftlich errichtet werden, wobei es gem. § 2267 I genügt, wenn einer der Ehegatten das Testament gem. § 2247 I als eigenhändig geschriebene und unterzeichnete Erklärung errichtet und der andere die Erklärung eigenhändig mituntersreibt. Wesentlich ist bei der Errichtung eines Berliner Testaments, daß die Ehegatten jeweils die Verfügung des anderen kennen und daß ein gemeinschaftlicher Testierwille erkennbar ist. Damit dieser Errichtungszusammenhang klar erkennbar wird, empfiehlt es sich, insbesondere da es sich um ein Aufhebungstestament i.S.d. § 2292 handeln soll, das Berliner Testament in einer äußerlich einheitlichen Urkunde zu errichten.

e) Pflichtteils Klausel

F und M wollen in ihre letztwillige Verfügung weiterhin eine Klausel aufnehmen, die verhindern soll, daß der Sohn S nach dem Tod des ersten Ehegatten seinen Pflichtteil verlangt. Eine derartige Verfügung, bei der es sich um eine Sonderform der Verwirkungsklauseln (§§ 2074, 2075) handelt, verfolgt gem. den Grundgedanken des Berliner Testaments den Zweck, das Ehegattenvermögen nach dem ersten Todesfall dem Überlebenden zunächst ungeschmälert zur Verfügung zu stellen und ihn so vor oft erheblichen persönlichen und finanziellen Belastungen, die mit der Geltendmachung des Pflichtteils durch einen Abkömmling verbunden sind, zu schützen. Zum anderen soll verhindert werden, daß einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird. Wird auf die sichere Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen Wert gelegt, empfiehlt sich ein

Pflichtteilsverzichtungsvertrag gem. § 2346 II zwischen Eltern und Kindern, dessen Wirkung sich gem. § 2349 auch auf deren Abkömmlinge erstreckt. Da ein derartiger Vertrag oft nicht möglich oder gewünscht ist, schließen die an das Pflichtteilsverlangen bestimmte Sanktionen knüpfenden Pflichtteilklauseln, die von Rechtsprechung und Literatur anerkannt sind und den Bestimmungen der §§ 134, 138 nicht entgegenstehen, eine gesetzliche Regelungslücke. Die Rechtsfolgen richten sich dabei nach der Art des Testamentes.

aa) Pflichtteilklausel beim Trennungsprinzip

Da der Dritte beim Trennungsprinzip Nacherbe des Erstverstorbenen wird und somit eine veräußerliche und vererbliche Anwartschaft erwirbt, kann er gem. §§ 2306 II, 2306 I S.2 den Pflichtteil nur dann verlangen, wenn er die Nacherbschaft ausschlägt. Hierin liegt, da der Dritte insgesamt also nur den Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen erhält, eine hohe Abschreckungswirkung, so daß beim Trennungsprinzip i.d.R. auf eine Pflichtteilklausel verzichtet werden kann.

bb) Pflichtteilklausel beim Einheitsprinzip

Da beim Einheitsprinzip der Erstversterbende den überlebenden Ehegatten als Alleinerben einsetzt, sind die Abkömmlinge des Erstversterbenden von der Erbfolge ausgeschlossen. Sie sind somit gem. § 2303 I berechtigt, gegenüber dem Überlebenden den Pflichtteil am Nachlaß des Erstversterbenden geltend zu machen. Wegen der oben genannten belastenden Folgen, die dieses Pflichtteilsrecht und nicht zuletzt der damit verbundene umfassende Auskunftsanspruch gem. § 2314 für den Überlebenden mit sich bringen, soll durch die Pflichtteilklausel eine Abschreckungswirkung erzielt werden, die dem Abkömmling die vorzeitige Inanspruchnahme des Pflichtteils unattraktiv macht.

(1) Schwächste Form einer Pflichtteilklausel

Als schwächste Form einer Pflichtteilklausel können die Erblasser verfügen, daß der betreffende Abkömmling sich die durch seinen Pflichtteilsanspruch erhaltene Geldsumme auf seinen Erbteil am Nachlaß des Letztverstorbenen anrechnen lassen muß. Hierdurch wird lediglich eine Benachteiligung der übrigen Abkömmlinge vermieden, nicht jedoch

die beim Berliner Testament beabsichtigte Schutzfunktion gegenüber dem Überlebenden erreicht.

(2) Pflichtteilklausel als Erbteilverwirkungsklausel

Bei dieser Variante mit Strafcharakter wird im Testament verfügt, daß der Schlußerbe, der beim ersten Erbfall den Pflichtteil fordert, auch beim zweiten Erbfall nur den Pflichtteil erhalten soll. Die Schlußerbeneinsetzung ist also gem. § 2075 auflösend bedingt. Zu einer Verfehlung des Strafcharakters kommt es allerdings, wenn das Eigenvermögen des Überlebenden relativ klein ist, oder die Gefahr besteht, daß der Überlebende den ererbten Nachlaß bis zu seinem Tod aufbraucht. Außerdem erhält der Abkömmling beim Tod des Überlebenden nochmals den Pflichtteil aus dessen Nachlaß, in dem die Vermögenswerte des Erstversterbenden i.d.R. noch enthalten sind. Somit erhält der Abkömmling also insgesamt zweimal als Pflichtteil jeweils den halben gesetzlichen Erbteil. Nicht selten kann es dabei in Umkehr des Strafcharakters zu einer Übervorteilung gegenüber den Abkömmlingen, die den Pflichtteil nicht verlangt haben, kommen. Ferner besteht, gerade bei unpräzisen Formulierungen, die Gefahr, daß gem. der Auslegungsregel des § 2069 die Abkömmlinge des von der Erbfolge ausgeschlossenen Kindes als Ersatzerben an dessen Stelle treten, was allerdings in der Literatur nicht unumstritten ist, und der Strafcharakter somit auch verfehlt wird.

(3) Jastrow'sche Klausel / verschärfte Pflichtteilsstrafklausel

Wegen der aufgezeigten Mängel hat sich in Rechtsprechung und Lehre die nach ihrem Erfinder Jastrow benannte verschärfte Strafklausel etabliert. Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine Verwirkungsklausel, an die jedoch andere Rechtsfolgen geknüpft werden. Diese Klausel erweitert die oben dargestellte Erbteilverwirkungsklausel dahingehend, daß für den Fall der Pflichtteilgeltendmachung durch einen Abkömmling den anderen Abkömmlingen aus dem Nachlaß des Erstversterbenden Geldvermächtnisse in Höhe ihres gesetzlichen Erbteils zugewandt werden. Dabei handelt es sich um sog. betagte Vermächtnisse, die sofort mit dem Erbfall des Erstversterbenden entstehen, deren Fälligkeit aber bis zum Tod des Letztversterbenden unverzinslich gestundet wird. Der Vorteil dieser Verfügung liegt darin, daß der Pflichtteil im zweiten

Erbfall verringert wird, da die Vermächtnisanforderungen als Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß des Erstverstorbenen Vorrang vor solchen Pflichtteilsansprüchen haben. Ein Nachteil dieser Klausel liegt darin, daß die auf diese Weise angefallenen Vermächtnisse bereits selbständige Vermögenspositionen sind, die wiederum vererbbar sind. Falls nun einer dieser Abkömmlinge zwischen den beiden Todesfällen der Eltern verstirbt, so können dessen Erben, die unter Umständen keine Familienmitglieder sind, das Vermächtnis gegen die übrigen Abkömmlinge geltend machen und deren Erbteile ggfs. erheblich mindern. Um dem entgegenzuwirken, empfiehlt es sich, sog. befristete Vermächtnisse auf den Tod des Überlebenden anzuordnen, bei denen anstelle der Fälligkeit der Anfall entsprechend hinausgeschoben wird. Da jedoch auch in diesem Fall vererbbare Anwartschaften entstehen können, empfiehlt es sich, deren Vererbung durch gezielte Formulierungen auszuschließen.

cc) Das „Pflichtteilsverlangen“

In den Verwirkungsklauseln wird der Ausschluß von der Erbfolge nach dem Zweitversterbenden regelmäßig an den Umstand geknüpft, daß einer der Abkömmlinge den Pflichtteil „verlangt“. Fraglich ist nun, wann ein derartiges „Verlangen“ vorliegt und welches Verhalten somit die Verwirkung auslöst. Zweifelhaft ist, ob das „Verlangen“ nur objektiv vorliegen, oder ob auch ein subjektives Element, etwa im Sinne einer Auflehnung gegen den Willen des Erblassers, vorliegen muß. Nach dem Wortsinn des „Verlangens“ reicht es aus, daß der Versuch unternommen wurde, den Pflichtteil zu erhalten. Das Eingreifen der Verwirkungsklausel ist in diesem Fall nicht davon abhängig, daß der Pflichtteil tatsächlich ausgezahlt wurde. Allerdings reichen der bloße Hinweis des Abkömmlings, ihm stünde der Pflichtteil zu, sowie diesbezügliche, erkennbar in einem Zustand der Erregung oder Verärgerung getätigte Äußerungen für eine Verwirkung der Erbfolge regelmäßig nicht aus. Auch reicht es für eine Verwirkung nicht aus, wenn der Pflichtteilsberechtigte von seinem, für den Überlebenden freilich oft sehr belastenden Auskunftsanspruch über den Bestand des Nachlasses gem. § 2314 Gebrauch macht, da es sich hierbei um einen selbständigen Anspruch handelt. Das „Verlangen“ ist demnach in einer

ernsthaften, regelmäßig schriftlichen Aufforderung an den Überlebenden zu sehen, den Pflichtteil auszuzahlen. Dies liegt in jedem Fall vor, wenn der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird, was allerdings für den Begriff des „Verlangens“ wiederum keine notwendige Mindestvoraussetzung sein kann. Teile der Literatur und der Rechtsprechung begnügen sich mit dieser objektiven Auslegung des Verlangensbegriffs nicht und sehen eine Verwirkung, entsprechend dem Strafcharakter der Klausel, erst als für gegeben an, wenn das Verhalten des Abkömmlings diesem auch vorwerfbar ist, dieser also in „bewußtem Ungehorsam“ oder sogar in „böswilliger Auflehnung“ gegen den Erblasserwillen gehandelt hat. Diese Ansicht verfolgt die Intention, einen Abkömmling, der sich z.B. in einer wirtschaftlichen Notsituation befindet und daher seinen Pflichtteil verlangt, von einer Verwirkung der Erbfolge auszuschließen. Diese Ansicht kann jedoch nicht überzeugen, da der Schutzzweck der Pflichtteilklauseln, nämlich der Erhalt der wirtschaftlichen Sicherheit für den Überlebenden und eine Vermeidung von Beeinträchtigungen gegenüber den anderen Schlußerben, hierbei, auch wenn das Pflichtteilsverlangen verständlich erscheint, nicht erreicht wird. Im übrigen steht es dem Überlebenden frei, einen wirtschaftlich in Not geratenen Abkömmling auch durch lebzeitige Zuwendungen zu unterstützen oder diesen Fall bei der Formulierung der Pflichtteilklausel von vornherein auszuschließen. Es ist daher der oben festgelegten Definition des „Verlangens“ zu folgen, die nach objektiven Kriterien ermittelt wurde.

dd) Formulierung der Pflichtteilklausel

Zunächst empfiehlt es sich bei der Erbteilverwirkungsklausel, für den Fall, daß der Überlebende lediglich das Recht haben soll, den Abkömmling, der den Pflichtteil verlangt, im zweiten Erbfall auf den Pflichtteil zu beschränken, dies als sog. fakultative Ausschlußklausel ausdrücklich zu vermerken. Andernfalls tritt die Enterbung als sog. automatische Ausschlußklausel ipso iure ein. Weiterhin empfiehlt es sich, trotz der in der Literatur auseinandergehenden Meinungen, genau festzulegen, daß neben dem den Pflichtteilsanspruch geltend machenden Kind auch dessen Abkömmlinge, also sein Stamm, von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollen, um einer eventuellen Anwendung des § 2069

entgegenzuwirken. Auch der Zeitpunkt, zu dem die Verwirkung eintreten soll, sowie das „Pflichtteilsverlangen“ sollten genau definiert und festgelegt werden, um späteren Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten vorzubeugen. Hierbei sollte auch überlegt werden, ob der gem. § 2314 bestehende Auskunftsanspruch über den Nachlaßwert ausgeschlossen wird, um die damit verbundene hohe psychische Belastung für den Überlebenden zu vermeiden. Außerdem ist bei der verschärften Strafklausel darauf zu achten, daß das, auch aus steuerlichen Gründen vorteilhafte, oben dargestellte, befristete Vermächtnis an den Erbensfall des Vermächtnisnehmers geknüpft werden sollte, um eine Vererbung von Anwartschaftsrechten und eine damit verbundene eventuelle Abwanderung des Familienvermögens in „fremde Hände“ zu vermeiden.

f) Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht gem. § 2338

Fraglich ist, ob F und M den Pflichtteil des S, der häufig in Geldschwierigkeiten steckt, auch gem. § 2338 in guter Absicht beschränken könnten. Diese Vorschrift soll dazu dienen, das Familienvermögen zugunsten der Familienangehörigen vor der Gefahr des Verlustes durch Verschwendungssucht oder Überschuldung zu schützen und stellt damit einen Akt der Zwangsfürsorge dar. Die Anordnung nach § 2338 ist daher auch nicht Entziehung, sondern im Gegenteil Zuwendung des Pflichtteils. Fraglich ist nun, ob die in § 2338 abschließend aufgezählten Voraussetzungen, nämlich ein solches Maß der Verschwendung oder Überschuldung, daß der spätere Erwerb erheblich gefährdet wird, im Falle des S vorliegen. Laut SV steckt S wegen Börsenspekulationen ständig in Geldschwierigkeiten, was allerdings noch nicht auf den in § 2338 geforderten Grad der Verschwendung oder Überschuldung schließen läßt. Eine Anwendung des § 2338 kommt daher eher nicht in Betracht, zumal F und M mit der Pflichtteilsregelung in erster Linie den oben dargestellten Schutzzweck für den Überlebenden und den anderen Abkömmling verfolgen wollen.

g) Bindungswirkung

Für F und M stellt sich weiterhin die Frage, ob der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden an das gemeinschaftliche Testament und damit an die Pflichtteilklausel gebunden ist, oder ob ggfs. eine

Lösungsmöglichkeit besteht. Grundsätzlich ist festzustellen, daß die Bindungswirkung beim gemeinschaftlichen Testament sich nur auf wechselbezügliche, also gegenseitig voneinander abhängige Verfügungen gem. §§ 2270, 2271 bezieht. Als wechselbezügliche Verfügungen können hierbei gem. § 2270 III nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen testiert werden. Nach dem Tod eines Ehegatten erlischt zwar das lebzeitige Widerrufsrecht (§ 2271 I S.1) gem. § 2271 II S.1, es könnte aber die Möglichkeit bestehen, die Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügungen, die mit dem Tod des Erstversterbenden entsteht, durch eine Anfechtung zu beseitigen.

aa) Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments

Analog zum Erbvertragsrecht (§§ 2281 ff.) wird auch beim gemeinschaftlichen Testament dem Erblasser zugestanden, die Bindungswirkung durch Anfechtung zu beseitigen. Der Rahmen der Anfechtungsgründe ist hierbei recht weit gesteckt, so daß schon die Geltendmachung „einer irrigen Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes“ (§§ 2281, 2078 II) und damit jeder sog. Motivirrtum ein Anfechtungsrecht begründet. Die Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügungen kann somit innerhalb der Anfechtungsfrist des § 2283 relativ leicht beseitigt werden.

bb) Pflichtteilklausel bei gleichzeitiger Schlußerbenregelung

Da F und M insbesondere die Möglichkeiten für den Überlebenden, sich nach dem Tod des Erstversterbenden von der Pflichtteilklausel zu lösen, wissen wollen, ist zu prüfen, ob die Pflichtteilklausel überhaupt Bindungswirkung entfaltet. Dazu müßte die Pflichtteilklausel eine wechselbezügliche Verfügung i.S.d. § 2270 III sein. Fraglich ist, ob die Pflichtteilklausel als Erbeinsetzung anzusehen ist. Vom Wortlaut her stellt eine Pflichtteilklausel gerade das Gegenteil einer Erbeinsetzung i.S.d. § 2270 III dar, allerdings bedeutet eine Pflichtteilklausel für den beim Berliner Testament typischen Fall, daß neben der gegenseitigen Berufung der Ehegatten zu Alleinerben auch Schlußerben für die Zeit nach dem Tod des Überlebenden bestimmt werden, in Verbindung mit einer Schlußerbenregelung nichts anderes als eine auflösend bedingte Erbeinsetzung. Dies hat gem. den Auslegungsregeln der §§ 2280, 2269 I,

2270 I u. II, 2271 I u. II für die Pflichtteils Klausel verbunden mit Schlußerbenregelung nach dem Tod des Erstversterbenden eine Verbindlichkeit zur Folge. Eine Aufhebung der Pflichtteils Klausel durch letztwillige Verfügung ist nach dem Tod des Erstversterbenden daher ausgeschlossen.

cc) Pflichtteils Klausel ohne gleichzeitige Schlußerbenregelung

Anders verhält es sich, wenn die Ehegatten in ihrer letztwilligen Verfügung keine Schlußerbenregelung getroffen haben, sondern lediglich angeordnet haben, daß ein Abkömmling, der den Pflichtteil verlangt, nach dem Zweitversterbenden von der Erbfolge ausgeschlossen sein soll. In dieser Form bewirkt die Pflichtteils Klausel nichts als den Ausschluß bestimmter Abkömmlinge von der Erbfolge und stellt damit ausschließlich das Gegenteil einer Erbeinsetzung dar. Da die Pflichtteils Klausel in dieser Konstellation also keine wechselbezügliche Verfügung i.S. einer Erbeinsetzung ist, kann sie vom Überlebenden auch nach dem Tod des Erstversterbenden frei aufgehoben werden.

dd) Bindung an die Pflichtteils Klausel bei Tod eines Abkömmlings

Fraglich ist, ob für den Fall, daß einer der beiden Abkömmlinge, T oder S, verstirbt, die Pflichtteils Klausel aufgehoben werden kann, da es in diesem Fall zu einer Verfehlung des Schutzzwecks der Pflichtteils Klausel kommen kann. F und M wollen mit der Pflichtteils Klausel insbesondere auch verhindern, daß ein Abkömmling bei der Pflichtteilsforderung des anderen benachteiligt wird. Da F und M in ihrem Testament S und T als Schlußerben einsetzen wollen, liegt bei der Pflichtteils Klausel somit auch eine wechselbezügliche Verfügung vor, die mit dem Tod des Erstversterbenden Bindungswirkung entfaltet (s.o.). Verstirbt nun ein Abkömmling vorzeitig, hätte es keinen Sinn mehr, den anderen Abkömmling, der den Pflichtteil verlangt hat, nach dem zweitversterbenden Elternteil auch nur auf den Pflichtteil zu setzen. Zwar hätte der Überlebende evtl. die Möglichkeit der Anfechtung (s.o.), da z.B. die Geburt eines neuen Kindes gemeinhin bereits als Anfechtungsgrund gem. §§ 2281, 2078 II gesehen wird, was für den gegenteiligen Fall, den Tod eines Abkömmlings, wohl auch gelten müßte, allerdings empfiehlt es sich wegen der grundsätzlichen Bindungswirkung der Pflichtteils Klausel in jedem Fall, eine

entsprechende Regelung für den Fall des Versterbens eines Abkömmlings in das Testament mit aufzunehmen.

II) Ergebnis der anwaltlichen Beratung

Es empfiehlt sich für die Ehegatten F und M, um Notargebühren zu sparen, ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament in der Form des Berliner Testaments gem. § 2269 entsprechend der oben dargestellten Möglichkeiten zu errichten. Eine Regelung für den Fall, daß ein Abkömmling vorzeitig verstirbt sollten ebenso wie eine genaue Formulierung der Pflichtteilklausel entsprechend dem oben Dargestellten in das Testament mit aufgenommen werden.

B) Schadensersatzansprüche der G und D gegen Richtig

I) Ausgangsfall

G und D wollen einen Schaden in Höhe von 500.000 DM gegen R geltend machen. Fraglich ist, ob ein derartiger Schadensersatzanspruch entstanden ist. Ein Schadensersatzanspruch gegen R könnte aufgrund einer positiven Vertragsverletzung eines anwaltlichen Beratungsvertrages unter Berücksichtigung der Grundsätze über einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entstanden sein.

1) Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung (pVV)

Die in Betracht kommende positive Vertragsverletzung (pVV) ist heute allgemein als subsidiäre Anspruchsgrundlage für alle Fälle von Leistungsstörungen anerkannt, die nicht speziell im Gesetz geregelt sind. Um vorhandene Regelungslücken zu schließen wurde von Lehre und Rechtsprechung in Analogie zu §§ 280, 285, 325, 326 das Rechtsinstitut der pVV entwickelt, das mittlerweile vom Gesetzgeber in § 11 Nr. 7 AGBG als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

a) Anwendbarkeit der pVV

Da das Institut der pVV hinter spezielle gesetzliche Regelungen subsidiär zurücktritt, ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine gesetzliche Regelungslücke besteht. Nach dem SV haben R und B einen sog. Anwaltsvertrag geschlossen, der i.d.R. eine entgeltliche Geschäftsbesorgung gem. § 675 zum Gegenstand hat, welcher grundsätzlich ein Dienstvertrag gem. § 611 zugrunde liegt. Da neben den Gegenstand der „Geschäftsbesorgung“ i.S.d. § 675, also der beruflichen Leistung des R, als wesentlicher Bestandteil eine Dienstleistung in Form einer Rechtsberatung tritt, ist vorliegend von einem Dienstvertrag gem. §

611 auszugehen. Mangels gesetzlicher Regelung der Gewährleistung im Dienstvertragsrecht greift in Fällen der Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten aus einem Anwaltsvertrag allein das Rechtsinstitut der pVV ein.

b) Vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis

Für eine Anwendbarkeit der pVV müßte weiterhin ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis zwischen R und G bzw. D vorliegen.

aa) Anwaltsvertrag

Durch den Anwaltsvertrag, bei dem es sich um einen Dienstvertrag gem. § 611 handelt, könnte ein vertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen sein. Nun wurde der Anwaltsvertrag aber zwischen R und dem verstorbenen B geschlossen, ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis zwischen R und den Schadensersatz fordernden G und D liegt somit nicht vor. Fraglich ist aber, ob hier ein sog. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegt, da der zwischen R und B geschlossene Anwaltsvertrag eine Schutzwirkung auf G und D entfaltet haben könnte.

bb) Anwaltsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten von G und D

Fraglich ist zunächst, ob ein Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 vorlag. Diese Überlegung kann jedoch wieder verworfen werden, denn in diesem Fall wäre R verpflichtet gewesen, seine Leistung aus dem Anwaltsvertrag gegenüber G bzw. D zu erbringen, was ja nicht der Fall war. In Frage kommt daher nur ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, der mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt ist. Umstritten ist dabei, ob als Rechtsgrundlage hierfür eine ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157, 328 II oder, wie die h.M. annimmt, eine auf § 242 beruhende richterliche Rechtsfortbildung in Frage kommt, wobei im Ergebnis beide Meinungen weitestgehend übereinstimmen. Allerdings ist zu beachten, daß das Vorliegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter an bestimmte Kriterien gebunden ist, um eine übermäßige Haftungsausdehnung des Schuldners gegenüber Dritten zu vermeiden.

(1) Leistungsnähe des Dritten

Fraglich ist, ob G und D in Leistungsnähe des R standen. Dabei müßten G und D den Gefahren einer unrichtigen Beratung und damit einer

Pflichtverletzung durch R ebenso ausgesetzt gewesen sein wie der Gläubiger B. Vorliegend nahm B die Beratung des R in Anspruch, um die Möglichkeiten einer Testamentsänderung zugunsten von G und D zu prüfen. Für den Fall einer unrichtigen Beratung bestand somit auch für G und D eine Gefahr, nämlich der Verlust oder eine erhebliche Verminderung des Nachlasses von B zu ihren Ungunsten. G und D standen somit in Leistungsnähe.

(2) Schutzpflicht des R gegenüber G und D

Es müßte weiterhin eine Schutzpflicht seitens des R gegenüber G und D bestanden haben. Während die Rechtsprechung ursprünglich für eine Schutzpflicht zwischen dem Gläubiger und dem Dritten eine Rechtsbeziehung mit personenrechtlichem Einschlag verlangt hat, bejaht die neuere Rechtsprechung eine Drittschutzpflicht auch in Fällen, nach denen die Leistung nach Vertragsinhalt und Parteiwillen bestimmungsgemäß einem Dritten zugute kommen sollte. Vorliegend wollte B das Testament zugunsten der G und D ändern. Eine Schutzpflicht des R gegenüber G und D lag somit vor.

(3) Erkennbarkeit

Die bestehende Schutzpflicht hätte für R auch erkennbar sein müssen. Da B den R gerade aus dem Grund aufsuchte, um G und D in einem neuen Testament zu bedenken, waren Leistungsnähe und Schutzpflicht für R problemlos erkennbar. Nachdem die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter somit vorliegen, haben G und D im Falle einer Pflichtverletzung des R einen Anspruch aus pVV.

c) Pflichtverletzung

R müßte eine der ihm obliegenden Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt haben. Zu den Pflichten eines Rechtsanwaltes gehören nach Feststellung der Tatsachen und rechtlicher Prüfung eine Beratung und Belehrung des Mandanten, sowie eine Sachverhaltsaufklärung. Eine Pflichtverletzung des R könnte nun aufgrund einer unrichtigen anwaltlichen Beratung vorliegen.

aa) Unrichtige Beratung des R

B erhielt im März 1996 von R die Auskunft, daß er an das 1984 mit seiner damaligen Ehefrau A geschlossene gemeinschaftliche Testament gebunden sei. Fraglich ist, ob diese Auskunft richtig war. Bei Prüfung

dieser Frage sind die Auskünfte des R über die Bindung an die Verfügungen bzgl. des Vermögens der A und des B getrennt zu betrachten.

bb) Auskunft bezüglich des Vermögens des B

Eine Pflichtverletzung des R läge vor, wenn seine Aussage, der B sei an die wechselbezüglichen Verfügungen über sein eigenes Vermögen in Höhe von 200.000 DM gebunden, falsch war.

(1) Bindung an die wechselbezüglichen Verfügungen

In ihrem gemeinschaftlichen Testament von 1984 haben B und A eine Vor- und Nacherbenregelung getroffen, bei der sie sich gegenseitig als Vorerbe eingesetzt haben. Hierbei handelt es sich um eine wechselbezügliche Verfügung (s.o.), an die der überlebende Ehegatte grundsätzlich gebunden ist. Fraglich ist, ob die Wechselbezüglichkeit und damit die Bindungswirkung beim Tod des Vorerben bestehen bleibt. Dabei ist zunächst festzuhalten, daß in dem nach dem Trennungsprinzip (s.o.) errichteten gemeinschaftlichen Testament von 1984 nach dem SV eine ausdrückliche Bestimmung über den Zeitpunkt des Nacherbfalls fehlte. Dies erweist sich jedoch als unproblematisch, da der Nacherbfall gem. der Auslegungsregel des § 2106 I regelmäßig mit dem Tod des Vorerben eintritt. B hatte A als Vorerbin und X als Nacherben (§ 2100) eingesetzt. Problematisch gestaltet sich nun die Tatsache, daß A vorverstorben war, somit gem. § 1923 I nicht mehr Vorerbin des B werden konnte und in dem gemeinschaftlichen Testament von 1984 keine ausdrückliche Ersatzerbenregelung i.S.d. § 2096 für diesen Fall bestimmt wurde. Fraglich ist nun, ob B nach diesen Umständen noch an seine wechselbezügliche Verfügung gebunden war, oder ob er wieder frei testieren konnte. In der Rechtsprechung ist dieser Problemfall sehr umstritten, was in der Lösung zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Eine Meinung, die insbesondere von der neueren Rechtsprechung vertreten wird, wendet in diesem Fall die Auslegungsregel des § 2102 I an und nimmt mit der Benennung eines Nacherben zugleich eine stillschweigende Einsetzung zum Ersatzerben als „im Zweifel“ für gewollt an, sofern sich durch Auslegung kein gegenteiliger Wille der Erblasser ermitteln läßt. In diesem Fall wäre X auch Ersatzerbe bzgl. des Vermögens von B geworden und die Auskunft

des R wäre richtig gewesen. Eine andere Meinung lehnt eine Anwendung des § 2102 I grundsätzlich ab, es sei denn, was natürlich oftmals nicht mehr möglich ist, der Wille, daß Nacherbeneinsetzung zugleich auch Ersatzerbeneinsetzung implizieren sollte, könnte als positives Ergebnis der Auslegung nachgewiesen werden. Diese, den § 2102 I ablehnende Meinung kommt zu dem Ergebnis, daß mit dem Vorversterben des eingesetzten Vorerben die letztwillige Verfügung überhaupt keine Wirkung mehr entfaltet, der Nacherbe definitiv nicht auch Ersatzerbe sein soll, womit bei Fehlen einer neueren letztwilligen Verfügung die gesetzliche Erbfolge einträte. In diesem Fall wäre die Beratung des R falsch gewesen, da B nicht mehr an seine letztwillige Verfügung von 1984 gebunden gewesen wäre und zugunsten der G und D neu hätte testieren können. Grundsätzlich ist bei dieser Problematik der neueren Rechtsprechung, die den § 2102 I anwendet, zu folgen. Allerdings sind bei den einschlägigen Gerichtsentscheidungen bereits beide Erblasser verstorben, so daß es zutreffend erscheint, den mutmaßlichen Erblasserwillen über die Auslegungsregel des § 2102 I zu ermitteln. Im vorliegenden Fall war der B als Erblasser zum Zeitpunkt der Beratung durch R aber gerade nicht verstorben, so daß er seinen eigenen Willen frei äußern konnte. Daher ist in diesem Fall der älteren Rechtsprechung zu folgen und für eine Anwendung der Auslegungsregel des § 2102 I kein Raum. B war demzufolge nicht mehr an die wechselbezügliche Verfügung von 1984 gebunden und hätte ein neues Testament errichten können. Darüber hatte der R den B nicht beraten, so daß hier eine Pflichtverletzung vorlag, die auch rechtswidrig und schuldhaft war. Zu prüfen ist, ob für G und D durch die Pflichtverletzung des R ein Schaden entstanden ist.

(2) Schaden der G und D

Der Schaden läßt sich dadurch ermitteln, daß man den eingetretenen Ist-Zustand mit dem Soll-Zustand, also dem Fall, daß B zugunsten der G und D neu testiert hätte, vergleicht. Ausgehend von der eben ermittelten Rechtslage, tritt im vorliegenden Fall die gesetzliche Erbfolge gem. §§ 1924 ff. ein. Der Nachlaß des B in Höhe von 200.000 DM verteilt sich demnach wie folgt (Ist-Zustand): da B und G im gesetzlichen Güterstand gelebt hatten, erhält G gem. § 1931 i.V.m. § 1371 I den erhöhten

gesetzlichen Erbteil, also insgesamt die Hälfte des Nachlasses von B bzw. 100.000 DM; die Kinder des B, D und X, erhalten gem. § 1924 IV jeweils ein Viertel, bzw. je 50.000 DM; G und D erhalten somit zusammen 150.000 DM. Hätte B nun ein neues Testament errichtet, in dem er G und D als Alleinerben eingesetzt hätte, hätte X gem. § 2303 I lediglich den Pflichtteil in Höhe von 25.000 DM erhalten. Bei richtiger Beratung des R hätten G und D demnach 175.000 DM erhalten. Der Schaden beläuft sich somit auf 25.000 DM.

cc) Auskunft bezüglich des Vermögens der A

Eine Pflichtverletzung des R läge weiterhin vor, wenn er den B unrichtig über eine Bindung an wechselbezügliche Verfügungen bzgl. des Vermögens der A in Höhe von 300.000 DM beraten hätte.

(1) Ausschlagung

Um sich von der Bindung an die wechselbezüglichen Verfügungen zu lösen, könnte dem B das Recht zugestanden haben, das ihm Zugewandte gem. §§ 2271 II S.1, 1942 ff. auszuschlagen. Damit wäre seine Bindung entfallen und er hätte seine Testierfreiheit zurückerhalten (§§ 2253 ff.). Nachdem B jedoch die Erbschaft längst angenommen hatte, stand ihm das Recht der Ausschlagung nicht mehr zu. Im übrigen hätte sich die so wiedergewonnene Testierfreiheit auch nur auf den eigenen Nachlaß des B erstreckt.

(2) Anfechtungsrecht des B gem. §§ 2281 I S.1, 2078 II

Fraglich ist, ob vorliegend die Möglichkeit einer Lösung von der Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügungen durch eine Anfechtung bestanden hätte. Beim gemeinschaftlichen Testament kann der Überlebende analog zu den Bestimmungen für den Erbvertrag seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen unter bestimmten Voraussetzungen anfechten. Eine erfolgreiche Anfechtung führt dabei gem. § 2270 I regelmäßig zur völligen Nichtigkeit der abhängigen Verfügungen. Fraglich ist daher, ob B seine wechselbezüglichen Verfügungen hätte anfechten können, was zu einer Nichtigkeit der wechselbezüglichen Verfügungen der A geführt hätte. Ein Anfechtungsgrund könnte gem. § 2078 II in einem erbrechtlich anerkannten sog. Motivirrtum liegen. Demnach hätte sich B bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes von 1984 über die

Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes im Irrtum befunden haben müssen. Eine Wiederverheiratung oder die Geburt eines neuen Kindes, wie im vorliegenden Fall, mit denen B 1984 noch nicht rechnen konnte, stellen einen Motivirrtum i.S.d. § 2078 II dar, B war somit anfechtungsberechtigt. B hätte die Anfechtung allerdings gem. § 2283 I binnen Jahresfrist erklären müssen. Ausschlaggebend ist für den Fristbeginn gem. § 2283 II der Zeitpunkt, in dem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund erfährt. Laut SV heiratete B im Jahr 1989 wieder, die Tochter D wurde im Januar 1991 geboren. Letzteres ist als spätester Zeitpunkt des Beginns der Anfechtungsfrist gem. § 2283 I zu sehen. Im März 1996 war die Frist des § 2283 I allerdings schon lange abgelaufen, B konnte somit nicht mehr anfechten.

(3) Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2080 I

Fraglich ist, ob G und D eine Möglichkeit gehabt hätten, die wechselbezügliche Verfügung der A anzufechten. Ein solches Anfechtungsrecht könnte durch § 2080 I gegeben sein, wenn G und D mit dem Wegfall der wechselbezüglichen Verfügung der A unmittelbar ein Erbrecht erlangt hätten. Dies wäre jedoch erst der Fall gewesen, wenn B neu testiert hätte. Da somit keine Unmittelbarkeit vorliegt, scheidet § 2080 I als Anfechtungsgrundlage aus.

(4) Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2080 II i.V.m. § 2078 II

G und D könnte ferner ein Anfechtungsrecht gem. § 2080 II i.V.m. § 2078 II zugestanden haben, wenn der oben dargestellte Irrtum des B gem. § 2078 II sich auf eine bestimmte Person, also G oder D, bezogen hätte. B befand sich aber lediglich über den Eintritt eines Umstandes bzw. Ereignisses im Irrtum, außerdem wußte er 1984 noch nichts von G oder D, was eine Bestimmtheit der Person ausschließt. Ein Anfechtungsrecht aus § 2080 II i.V.m. § 2078 II besteht somit nicht.

(5) Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2080 III i.V.m. § 2079

G und D könnten allerdings ein Anfechtungsrecht gem. § 2080 III i.V.m. § 2079 gehabt haben. Dies setzt zunächst voraus, daß G und D pflichtteilsberechtigt und damit anfechtungsberechtigt gem. § 2080 III gewesen sind. Als Ehefrau und Abkömmling des B unterliegen G und D der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924 ff.) und sind somit auch gem. § 2303

pflichtteilsberechtig. Ferner müßten G und D als Pflichtteilsberechtigte i.S.d. § 2079 übergegangen worden sein. Ein Übergehen liegt vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte weder enterbt, noch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist. Da dies der Fall war, waren G und D gem. § 2080 i.V.m. § 2079 anfechtungsberechtigt. Allerdings könnte das Anfechtungsrecht der G und D gem. § 2285 erloschen sein. Nachdem B als Erblasser wegen Ablaufs der Anfechtungsfrist die wechselbezüglichen Verfügungen nicht mehr anfechten konnte (s.o.), stand gem. § 2285 auch der G und D somit kein Anfechtungsrecht mehr zu.

(6) Zwischenergebnis

Weder B noch G oder D können die wechselbezügliche Verfügung der A, die mit deren Tod Bindungswirkung entfaltet hat, daß X Nacherbe bzgl. der 300.000 DM aus dem Nachlaß der A wird, angreifen.

2) Ergebnis

Nach Prüfung des Sachverhalts war die Beratung des R gegenüber B hinsichtlich der 300.000 DM aus dem Nachlaß der A richtig. Bezüglich des eigenen Vermögens des B in Höhe von 200.000 DM hat R fehlerhaft beraten. Es lag somit eine Pflichtverletzung des R vor, die einen Schadensersatzanspruch der G und D gegen R aus pVV begründet. R ist daher verpflichtet, 25.000 DM an G und D zu zahlen.

II) Abwandlung

1) Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung (pVV)

Für den Fall, das R eine Pflichtverletzung begangen hat, können G und D bei der Abwandlung ebenfalls Schadensersatz aufgrund einer positiven Vertragsverletzung in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verlangen (s.o.).

2) Pflichtverletzung des R

Fraglich ist, ob bei der Abwandlung ebenfalls eine Pflichtverletzung des R vorliegt. Das wäre der Fall, wenn R den B auch hier unrichtig beraten hätte. Fraglich ist daher, ob die Auskunft des R, der B sei an die wechselbezüglichen Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament mit A, das im Fall der Abwandlung eine sog. Wiederverheiratungsklausel enthält, gebunden, richtig war.

a) Wiederverheiraturungsklausel

Die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten stellt im vorliegenden gemeinschaftlichen Testament, das nach dem Trennungsprinzip, also mit Vor- und Nacherbfolgeregelung, errichtet wurde, eine Vorverlagerung des Nacherbfalls auf den Zeitpunkt der neuen Eheschließung dar. Anzumerken ist hierbei, daß eine Meinung in der Literatur der Rechtsgültigkeit von Wiederverheiraturungsklauseln sehr kritisch gegenübersteht. Diese Meinung sieht in diesen Klauseln einen nicht zu akzeptierenden Eingriff in die Eheschließungsfreiheit und nimmt damit eine Nichtigkeit gem. § 138 I an. Allerdings geht die h.M. von der Legitimität der Wiederverheiraturungsklauseln als einem Mittel zur Sicherung des Nachlasses für die eigenen Abkömmlinge aus. Vorliegend sollte im Falle einer Wiederverheiratung die Erbteilung dergestalt vorgenommen werden, daß der überlebende Ehegatte ein Drittel des Nachlasses nach dem ersten Erbfall und der Sohn X den Rest erhält. Bei dieser Klausel handelt es sich gem. § 2270 um eine wechselbezügliche Verfügung, die mit dem Tod der A grundsätzlich Bindungswirkung für B entfaltet hat. Fraglich ist allerdings, ob B im Falle der Wiederverheiratung auch noch an seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen gebunden war.

b) Bindung an wechselbezügliche Verfügungen

Die von B im gemeinschaftlichen Testament von 1984 getroffenen Verfügungen bezüglich seines eigenen Vermögens waren ebenfalls wechselbezügliche Verfügungen i.S.d. § 2270. Fraglich ist, ob B bei der Wiederverheiratung noch an diese Verfügungen gebunden war. Die Verfügung des B im gemeinschaftlichen Testament von 1984 zugunsten des X könnte mit der Wiederverheiratung entfallen sein. Das wäre der Fall, wenn die Einsetzung des Schlußerben, also X, durch die Wiederverheiratung auflösend bedingt war. Die h.M. geht von einer solchen auflösenden Bedingung aus, nach der bei Wiederverheiratung die früheren Verfügungen des überlebenden Ehegatten gegenstandslos werden. Wird keine neue letztwillige Verfügung errichtet, tritt demnach gem. der h.M. mit dem Tod des Überlebenden die gesetzliche Erbfolge ein. Die Mindermeinung sieht bei Wiederverheiratung nur einen Wegfall der Bindungswirkung der Verfügungen, so daß in diesem Fall die

Möglichkeit eines Widerrufs bestünde. Allerdings ist bei beiden Möglichkeiten die Nacherbfolge unbedingt angeordnet und kann nicht umgangen werden. Der h.M. folgend wäre B also nicht mehr an die Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament bzgl. seines eigenen Vermögens, welches sich auf die 200.000 DM und die 100.000 DM, die er gem. der Wiederverheirathungsklausel aus dem Nachlaß der A erhalten hatte, belief, gebunden gewesen. B hätte demzufolge bzgl. seines Vermögens von 300.000 DM zugunsten von G und D neu testieren können. Die Auskunft des R war daher falsch.

c) Schaden der G und D

Fraglich ist, ob für G und D durch die unrichtige Beratung des R ein Schaden entstanden und wie dieser zu berechnen ist. Der Schaden läßt sich wie oben wiederum dadurch ermitteln, daß man den eingetretenen Ist-Zustand mit dem Soll-Zustand, also dem Fall, daß B zugunsten der G und D neu über sein Vermögen letztwillig verfügt hätte, vergleicht.

aa) Ist-Zustand

Nachdem eine neue letztwillige Verfügung des B nicht vorlag, tritt nach der h.M. die gesetzliche Erbfolge gem. §§ 1924 ff. ein. Gem. § 1931 i.V.m. § 1371 I erhält G als erhöhten gesetzlichen Erbteil die Hälfte des Nachlasses von B, also 150.000 DM. X und D beerben den B jeweils zu einem Viertel, erhalten also je 75.000 DM. G und D erhalten somit zusammen 225.000 DM.

bb) Soll-Zustand

Unter dem Soll-Zustand versteht man diejenige Erbteilung, die bei einer neuen letztwilligen Verfügung des B zugunsten der G und D eingetreten wäre. G und D sollten nach dem Willen des B Alleinerben seines Nachlasses werden. Nachdem X auch in diesem Fall gem. § 2303 I pflichtteilsberechtigt blieb, hätte er als Hälfte des gesetzlichen Erbteils 37.500 DM erhalten. Für G und D wären demnach 262.500 DM verblieben. Der Schaden, den G und D somit durch die unrichtige Beratung des R erlitten haben, ermittelt sich durch die Differenz von Soll-Zustand zu Ist-Zustand und beträgt 37.500 DM.

3) Ergebnis

Nachdem die Pflichtverletzung des R durch die unrichtige Beratung des B auch rechtswidrig und schuldhaft war, haben G und D wegen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch im Falle der

Abwandlung einen Schadensersatzanspruch gegen R aus pVV. Dieser beläuft sich auf einen Betrag von 37.500 DM.