

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 589**

# **Zugewinnausgleich im Todesfall und gesetzliches Ehegattenerbrecht**

**Eine Untersuchung de lege lata et ferenda**

**Von**

**Lukas Bela Liebermann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

LUKAS BELA LIEBERMANN

Zugewinnausgleich im Todesfall  
und gesetzliches Ehegattenerbrecht

# Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 589

# Zugewinnausgleich im Todesfall und gesetzliches Ehegattenerbrecht

Eine Untersuchung de lege lata et ferenda

Von

Lukas Bela Liebermann



Duncker & Humblot · Berlin



Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0  
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version  
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59446-7> abrufbar



D61

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Lukas Bela Liebermann

Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-19446-9 (Print)

ISBN 978-3-428-59446-7 (E-Book)

DOI 978-3-428-59446-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## *Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 20. November 2024. Rechtsprechung, Literatur sowie Statistiken konnten bis November 2024 berücksichtigt werden.

Mit großer Freude lasse ich beim Schreiben dieser Worte die tolle Zeit, welche ich während der Entwicklung dieser Arbeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Katharina Lugani, verbringen durfte, vor meinem geistigen Auge Revue passieren. Ihr gilt mein herzlichster Dank. Sie hat die Arbeit stets hervorragend betreut, durch anregendes Feedback sowie konstruktiven Austausch in erheblichem Umfang bereichert und durch Gewährung optimaler Arbeits- und Forschungsbedingungen das Vorankommen gefördert. Insbesondere die von Prof. Dr. Lugani zahlreich veranstalteten Doktorandenseminare boten eine großartige Möglichkeit, Thesen sowie Forschungsfragen zu präsentieren und im kritischen wissenschaftlichen Dialog mit ihr, aber auch den Kolleginnen und Kollegen zu beleuchten.

Eben jenen Kolleginnen und Kollegen gebührt ebenfalls großer Dank – zum einen für die schöne Zeit und die geschlossenen Freundschaften, zum anderen aber auch für die Hilfs- und Diskussionsbereitschaft. Insofern danke ich ganz besonders Frau Svenja Eckert, welche für alle Fragen betreffend die vorliegende Arbeit ein offenes Ohr hatte.

Ich danke zudem Herrn Prof. Dr. Dirk Looschelders für die stets sehr gute Zusammenarbeit und die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gilt ferner dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e. V. für die großzügige Förderung.

Daneben danke ich meiner Lebensgefährtin sowie meiner Schwester. Beide standen während der Erstellung der Arbeit mit untrübbar guter Laune an meiner Seite.

Schließlich gilt mein größter Dank meinen Eltern. Ohne ihre bedingungslose Unterstützung, welche ich mein gesamtes Leben lang erfahren durfte und noch andauernd erfahren darf, wäre die Realisierung dieses Vorhabens nicht umsetzbar gewesen. Ihnen sei daher in großer Dankbarkeit diese Arbeit gewidmet.

Ratingen, im November 2024

*Lukas Bela Liebermann*



# Inhaltsübersicht

## Teil 1

### Einleitung 21

- A. Problemstellung ..... 21
- B. Ziel der Untersuchung ..... 23
- C. Gang der Untersuchung ..... 25

## Teil 2

### Die Auflösung der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod *de lege lata* 27

- A. Die Bedeutung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts ..... 27
- B. Kein Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, § 1933 BGB ..... 31
- C. Die gesetzliche Erbquote des Ehegatten unter Berücksichtigung des Güterstands ..... 33

## Teil 3

### Die Auflösung der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod *de lege ferenda* 66

- A. Die güterstandsunabhängige Erbquote des Ehegatten ..... 66
- B. Die Handhabe des Zugewinnausgleichs im Todesfall ..... 96
- C. Anwendungsbeispiele ..... 236

## Teil 4

### Resümee und Regelungsvorschlag 241

- A. Änderungen des Erbrechts ..... 241
- B. Änderungen des Güterrechts ..... 242
- C. Änderungen des Erbschaftsteuerrechts ..... 247
- D. Ergebnis ..... 249

### Literaturverzeichnis ..... 250

### Stichwortverzeichnis ..... 268



# Inhaltsverzeichnis

## Teil 1

<b>Einleitung</b>	21
A. Problemstellung	21
B. Ziel der Untersuchung	23
C. Gang der Untersuchung	25

## Teil 2

<b>Die Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod <i>de lege lata</i></b>	27
A. Die Bedeutung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts	27
I. Die Relevanz der gesetzlichen Erbfolge im Verhältnis zur gewillkürten Erbfolge	27
II. Die Funktion und Legitimation des gesetzlichen Ehegattenerbrechts im Gefüge des Verwandtenerbrechts	29
B. Kein Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, § 1933 BGB	31
C. Die gesetzliche Erbquote des Ehegatten unter Berücksichtigung des Güterstands	33
I. Das Verhältnis von Güterstand und gesetzlichem Ehegattenerbrecht <i>de lege lata</i>	33
1. Der Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft	34
2. Der Wahlgüterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft	34
3. Der Wahlgüterstand der Gütertrennung	36
4. Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft	37
a) Die „erbrechtliche Lösung“	37
b) Die „güterrechtliche Lösung“	39
II. Die Gesetzeshistorie der Güterstandsabhängigkeit der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten	40
III. Die Natur und innere Begründung des Zugewinnausgleichs im Todesfall	46
IV. Der Reformbedarf des § 1371 Abs. 1 BGB	51
1. Die Unstimmigkeiten der Vorschrift	51
a) In systematisch-dogmatischer Hinsicht	51
aa) Darstellung der Problematiken	51
bb) Verfassungsrechtliche Relevanz der dargestellten Problematiken	55
b) In rechtspolitischer Hinsicht	57



c) In Hinsicht auf das internationale Erbrecht .....	58
2. Keine Rechtfertigung .....	60
3. Schlussfolgerung und Konsequenz .....	64
V. Zwischenergebnis .....	65

### Teil 3

<b>Die Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod <i>de lege ferenda</i></b> .....	66
A. Die güterstandsunabhängige Erbquote des Ehegatten .....	66
I. Die Argumente für einen Ausbau der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten .....	67
II. Das gesetzliche Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten .....	72
1. Ein rechtsvergleichender Überblick .....	73
a) Das „echte“ Alleinerbrecht nach dem Erbrecht von New South Wales (Australien) und Alberta sowie British Columbia (Kanada) .....	73
b) Das „faktische“ Alleinerbrecht .....	74
aa) Das niederländische gesetzliche Erbrecht .....	74
bb) Das Alleinerbrecht nach Vorschlägen aus der deutschen Literatur .....	79
2. Kritische Würdigung .....	81
III. Die Miterbenstellung des überlebenden Ehegatten bei erhöhter Erbquote .....	84
1. Die Beschränkung des neben dem Ehegatten erbberechtigten Personenkreises .....	85
2. Bezifferung der Erbquote .....	92
IV. Die Auswirkung auf das Pflichtteilsrecht .....	94
1. Keine Verletzung der Testierfreiheit .....	94
2. Der Pflichtteil der Abkömmlinge .....	95
V. Zwischenergebnis .....	96
B. Die Handhabe des Zugewinnausgleichs im Todesfall .....	96
I. Kein Zugewinnausgleich im Fall der Eheauflösung durch den Tod? ....	98
II. Der reale Zugewinnausgleich neben einem erhöhten güterstandsunabhängigen gesetzlichen Ehegattenerbrecht .....	101
1. Der reale Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden ausgleichsberechtigten Ehegatten .....	102
a) Der „janusköpfige“ Ehegatte – Gläubiger und Schuldner zugleich? .....	102
aa) Die Ausgestaltung des realen Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten als Vorausvermächtnis? .....	103
bb) Der Ehegatte als Miterbennachlassgläubiger .....	105
(1) Keine Konfusion von Ausgleichsanspruch und Verbindlichkeit .....	106
(2) Die Geltendmachung und Durchsetzung der Ausgleichsforderung zugunsten des überlebenden Ehegatten .....	107

(3) Keine Anrechnung der Erbquote auf die Ausgleichsforde- rung .....	109
cc) Zwischenergebnis .....	112
b) Der reale Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten des überleben- den Ehegatten bei letztwilliger Verfügung des Erblassers .....	112
aa) Kein realer Zugewinnausgleich bei Erbeinsetzung des über- lebenden Ehegatten .....	112
bb) Der reale Zugewinnausgleich bei Enterbung oder Ausschla- gung .....	114
(1) Grundsätzliches .....	115
(2) Die Höhe des Pflichtteils des Ehegatten neben einem realen Zugewinnausgleich zu seinen Gunsten .....	116
cc) Der reale Zugewinnausgleich bei Einsetzung auf den gesetz- lichen Erbteil .....	117
dd) Zwischenergebnis .....	118
c) Die Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs zugunsten des Überlebenden auf das Pflichtteilsrecht der übrigen gesetz- lichen Erben .....	119
aa) Die güterstandsunabhängig erhöhte gesetzliche Erbquote als Rechengröße für den Pflichtteilsanspruch .....	119
bb) Die Schmälerung des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge in wirtschaftlicher Hinsicht .....	120
cc) Keine Anwendung des § 2306 BGB .....	121
d) Zwischenergebnis .....	122
2. Der reale Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten ..	122
a) Die Argumente für einen Zugewinnausgleich zulasten des überle- benden Ehegatten – Die güterrechtliche Konsequenz .....	122
aa) Das Prinzip der Zugewinnbeteiligung in Fällen der Auflösung der Ehe durch den Tod bzw. der lebzeitigen Auflösung der Ehe .....	123
bb) Die rechtshistorische Entwicklung des Güterstands der Zuge- winngemeinschaft .....	124
cc) Das veraltete Rollenbild der Geschlechter in der ehelichen Lebensgemeinschaft .....	125
b) Die Darstellung und Entgegnung der Bedenken gegen den realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten .....	128
c) Die dogmatische Begründung der Anspruchsinhaberschaft des Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden ausgleichspflichti- gen Ehegatten .....	135
aa) Die Person des Anspruchsberechtigten .....	135
bb) Die Begründung der Anspruchsberechtigung .....	136
(1) Übergang nach § 1922 BGB? .....	136
(2) Entstehung eines Forderungsrechts nach §§ 1371, 1378 BGB <i>de lege ferenda</i> .....	138

(a)	Keine Nachlassforderung . . . . .	138
(b)	Vom Nachlass losgelöste Ausgleichsforderung . . . . .	141
(aa)	Grundsätzliches zu der Ausgestaltung als vom Nachlass losgelöste Forderung . . . . .	143
(bb)	Das Verhältnis mehrerer Anspruchsgläubiger zueinander . . . . .	145
(α)	Die Teilgläubigerschaft, § 420 BGB . . . . .	146
(β)	Die Gesamtgläubigerschaft, § 428 BGB . . . . .	146
(γ)	Die Mitgläubigerschaft, § 432 BGB . . . . .	146
(δ)	Die Anwendung auf den vorliegenden Vorschlag . . . . .	147
cc)	Zwischenergebnis . . . . .	151
d)	Die Ausstrahlungswirkung der Änderung des Güterrechts . . . . .	152
aa)	Kein realer Zugewinnausgleich zulasten des Ehegatten bei Enterbung . . . . .	152
bb)	Kein realer Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten bei gewillkürter Erbeinsetzung . . . . .	153
cc)	Keine § 1371 Abs. 2, 3 BGB vergleichbare Regelung zugunsten der Anspruchsberechtigten eines Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten . . . . .	154
dd)	Der reale Zugewinnausgleich bei Enterbung einzelner Abkömmlinge und Geltung der gesetzlichen Erbfolge im Übrigen . . . . .	155
ee)	Ausschlagung und Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts . . . . .	156
e)	Die Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten auf das Pflichtteilsrecht . . . . .	158
f)	Zwischenergebnis . . . . .	158
3.	Die Folgefragen eines realen Zugewinnausgleichs bei Eheauflösung durch den Tod . . . . .	158
a)	Die Regelung des § 1371 Abs. 4 BGB <i>de lege ferenda</i> . . . . .	159
aa)	Der Bedarf einer entsprechenden Regelung . . . . .	159
bb)	Die Verortung im Güter- oder Erbrecht . . . . .	160
cc)	Ein Vorschlag zur Ausgestaltung . . . . .	162
b)	Die Verjährung der Ausgleichsforderung . . . . .	163
c)	Der Ausschluss bzw. die Modifikation des realen Zugewinnausgleichs . . . . .	166
aa)	Qua Erbrecht . . . . .	166
bb)	Qua Güterrecht . . . . .	167
(1)	Die Wahl der Gütertrennung, § 1414 BGB . . . . .	167
(2)	Die ehevertragliche Modifikation des gesetzlichen Güterstands, § 1408 BGB . . . . .	167
(a)	Die Inhaltskontrolle einer ehevertraglichen Vereinbarung . . . . .	169

(aa) Die Wirksamkeitskontrolle, § 138 Abs. 1 BGB	170
(bb) Die Ausübungskontrolle, § 242 BGB	171
(b) Kein inhaltlicher Verstoß ehevertraglicher Vereinbarungen bezüglich des realen Zugewinnausgleichs bei Eheauflösung durch den Tod	171
(aa) Die prozessuale Geltendmachung einer möglichen Unwirksamkeit	171
(bb) Der beidseitige Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall	172
(cc) Der Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden	174
d) Die Ausgleichung von lebzeitigen ausgleichspflichtigen Zuwendungen	176
aa) Die Ausgleichung zwischen mehreren Abkömmlingen	176
(1) Die Ausgleichung von lebzeitigen ausgleichspflichtigen Zuwendungen im Erbrecht	177
(2) Die Darstellung der Problematik	178
(3) Der Vorschlag einer Regelung	180
(4) Die Anwendung des Regelungsvorschlags auf konkrete Beispiele	181
(5) Schlussfolgerung	185
bb) Die Ausgleichung zwischen den Abkömmlingen und dem überlebenden Ehegatten	186
e) Der Minderjährige als Berechtigter eines Zugewinnausgleichsanspruchs gegen den alleinsorgeberechtigten Elternteil	187
aa) Die Darstellung einer vergleichbaren Konstellation im geltenden Recht – Der Pflichtteilsanspruch eines Minderjährigen	188
bb) Übertrag der Grundsätze zur Stellung des Minderjährigen als Pflichtteilsberechtigter auf einen Zugewinnausgleichsanspruch	191
f) Der Stichtag für die Wertermittlung und der Auskunftsanspruch	193
g) Steuerrechtliche Erwägungen	196
4. Zwischenergebnis	199
III. Die Stundung des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall	199
1. Die Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs gem. § 1382 BGB <i>de lege lata</i>	200
a) Allgemeines	200
b) Die Zahlung zur Unzeit	201
2. Die Anwendung des § 1382 BGB auf die Ausgleichsforderung zugunsten des überlebenden Ehegatten <i>de lege ferenda</i>	202
3. Die Anwendung des § 1382 BGB auf die Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten <i>de lege ferenda</i> – eine Stundung <i>ex lege</i> ?	203
a) Der dogmatische Ausgangspunkt der Überlegungen	204

b) Das Verhältnis der Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten <i>ex lege</i> und der Antragsstun- dung des Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des überleben- den Ehegatten .....	207
c) Die Behandlung einzelner (Sonder-)Fälle .....	211
aa) Das Zusammentreffen von überlebendem Ehegatten und gemeinsamen Abkömmlingen .....	211
bb) Das Zusammentreffen von überlebendem Ehegatten und einseitigen Abkömmlingen .....	212
cc) Die Wiederheirat des überlebenden Ehegatten .....	214
dd) Besonders schwerwiegende Interessen der Anspruchsgläubi- ger .....	218
ee) Sicherheitsleistung .....	220
ff) Bestimmungen bzw. Vereinbarungen über den Fälligkeitszeit- punkt .....	222
gg) Verbraucherinsolvenz .....	223
hh) Zwischenergebnis .....	223
d) Keine güterrechtliche Inkonsequenz und keine bloße Problemver- schiebung .....	224
e) Die Sicherung der Position der Anspruchsgläubiger .....	225
f) Die Verzinsung und Wertsicherung der gestundeten Forderung ..	229
g) Die Auswirkungen der Stundung <i>ex lege</i> auf die Verjährung der Ausgleichsforderung .....	232
h) Keine Auswirkung der Stundung <i>ex lege</i> auf den Auskunftsan- spruch gem. § 1379 BGB .....	233
i) Die Minderung der Zugewinnausgleichspflicht bei Unterhaltslei- stung während der Stundungszeit .....	234
4. Zwischenergebnis .....	234
IV. Das Leistungsverweigerungsrecht wegen grober Unbilligkeit, § 1381 BGB .....	235
C. Anwendungsbeispiele .....	236

#### Teil 4

<b>Resümee und Regelungsvorschlag</b> .....	241
A. Änderungen des Erbrechts .....	241
B. Änderungen des Güterrechts .....	242
C. Änderungen des Erbschaftsteuerrechts .....	247
D. Ergebnis .....	249
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	250
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	268

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz)
ARL	Arvelov (dänisches Erbgesetz)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt
BC	British Columbia
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BiB	Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag

DVEV	Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EheG	Ehegesetz
Einl.	Einleitung
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen der Regierungsvorlage
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGüVO	Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
grZGB	Griechisches Zivilgesetzbuch
Herv. d. Verf.	Hervorhebung im Zitat durch den Verfasser der Arbeit
h. M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i. H. d.	in Höhe der
i. H. v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. S. e.	im Sinne eines
i. V. m.	in Verbindung mit

KG	Kammergericht
lit.	Litera („Buchstabe“)
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
Ls.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. Chr.	nach Christus
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NSW	New South Wales
OLG	Oberlandesgericht
PrKG	Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden (Preisklauselgesetz)
RegE	Regierungsentwurf
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
s	section
S.	Seite
S. (Gesetzeszitation)	Satz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
u. a.	unter anderem
UÄndG	Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften vom 20. Februar 1986
Var.	Variante
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
WZGA	Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft
ZGB	Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert als
ZPO	Zivilprozessordnung





## Teil 1

# Einleitung

*Tempus fugit.*

Vergeht Zeit, so tritt Veränderung ein. Diesen Umstand umschrieb der antike römische Dichter Ovid in seinen Metamorphosen durch die Formulierung „*tempus edax rerum*“<sup>1</sup>: Die aufzehrende Zeit. Paradoxerweise beansprucht der Gehalt eben jener Aussage eine ungemeine Zeitlosigkeit für sich. Dies spiegelt sich bereits im Überdauern der Jahrtausende wider. Aufgegriffen durch Shakespeare verbreitet sich die Metapher des „tooth of time“<sup>2</sup> – des Zahns der Zeit.<sup>3</sup> Es ist jener Zahn, welcher stets „nagt“, so etwa an gelebten Beziehungen, am Menschen, aber auch an immateriellen Gütern wie Gesetzen. Alles auf der Welt – auch die Welt selbst – ist stetigem Wandel ausgesetzt. So kommt es, dass neue Ehen eingegangen werden und andere enden, Menschen geboren werden und andere sterben. Es bedarf Regelungen, die einen rechtlichen Rahmen stecken, nach welchem sich beurteilt, was die Folgen der Eingehung bzw. Auflösung einer Ehe sind und was bei Geburt bzw. Tod eines Menschen gilt. Das geltende Recht kann wiederum bedingt durch das Vorschreiten der Zeit einer Reform bedürfen, um in sich stimmig zu sein und dem gelebten Bedürfnis der Gesellschaft zu entsprechen.

Anknüpfend an diese Gedanken soll in der vorliegenden Arbeit einer Reformfrage hinsichtlich des geltenden Rechts nachgegangen werden:

*Ist es an der Zeit, die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB aufzugeben und einen realen Zugewinnausgleich auch bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod vorzusehen?*

## A. Problemstellung

Endet das Leben einer natürlichen Person, ist es die zentrale Koordinationsaufgabe des Erbrechts, die Vermögensteilhabe am Nachlass des Erblassers zu

---

<sup>1</sup> *Publius Ovidius Naso* (43 v. Chr. – 17 n. Chr.), *Metamorphosen*, Liber XV, Vers 234.

<sup>2</sup> *Shakespeare*, „Measure, for Measure“, in: *Mr. William Shakespeares comedies, histories, & tragedies*, Published according to the true originall copies, S. 79.

<sup>3</sup> *Duden*, Zitate und Aussprüche, „Der Zahn der Zeit“, S. 653.

regeln.<sup>4</sup> Sollte der Erblasser verheiratet gewesen sein, wird diese Aufgabe erheblich erschwert.<sup>5</sup> Dies zeigt bereits die sich ergebende Komplexität, wenn es heißt, die Vermögensteilhabe am Nachlass zwischen den Verwandten – insbesondere den Abkömmlingen – des Erblassers und dem überlebenden Ehegatten zu koordinieren. Schließlich ist aus dem heutigen Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein gesetzliches Erbrecht des Ehegatten nicht wegzudenken<sup>6</sup>, vielmehr werden immer häufiger Stimmen laut, den Erbteil des Ehegatten zu erhöhen, um das Erbrecht des Ehegatten im Gefüge des Verwandtenerbrechts *en vogue* zu halten.<sup>7</sup>

- 4 Mit dem Tod eines Ehegatten endet allerdings ebenfalls dessen Ehe. Es kommt zu der Auflösung des Güterstands. Das hat im geltenden Recht insbesondere für den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft erhebliche Bedeutung. So zeichnet sich die Zugewinnngemeinschaft ausweislich des § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB gerade dadurch aus, dass das jeweilige Vermögen der Ehegatten einschließlich des Vermögens, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt, nicht gemeinschaftliches Vermögen wird. Im Gegenzug sieht § 1363 Abs. 2 S. 2 BGB vor, dass der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, ausgeglichen wird, wenn die Zugewinnngemeinschaft endet. Wer meint, dieses Konzept der güterrechtlichen Teilhabe bei Auflösung der Ehe durch Ausgleich des erwirtschafteten Zugewinns gelte als leitender Gedanke des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft für jegliche Fälle der Eheauflösung, hat grundsätzlich Recht, könnte zugleich aber ferner nicht liegen. Mit Einführung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft durch das am 3. Mai 1957 vom Bundestag beschlossene und am 1. Juli 1958 in Kraft getretene Gleichberechtigungsgesetz wurde in § 1371 Abs. 1 BGB festgeschrieben, dass der Zugewinnausgleich in Fällen der Güterstandsbeendigung

<sup>4</sup> Vgl. Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (41).

<sup>5</sup> Vgl. Kipp/Coing, Erbrecht, S. 38.

<sup>6</sup> Siehe schon die Ausführungen in der Denkschrift zum BGB S. 245 bei Mugdan, Materialien zum Erbrecht, S. 850, in welchen es heißt: „Dagegen hat das deutsche Recht den überlebenden Gatten von jeher günstiger gestellt, indem es ihm entweder als Nachwirkung des ehelichen Güterrechtes bestimmte Vortheile, insbes. die Nutznießung an den Erbtheilen der Abkömmlinge, einräumte oder geradezu ein Erbrecht neben den Verwandten des Verstorbenen gewährte.“; zur Entwicklung und dem Ausbau des gesetzlichen Ehegattenerbrechts ausgehend der prätorischen Erbfolge und der Quart der armen Witwe siehe Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (42 ff.); ausführlich Holler, Wandlungen des Ehegattenerbrechts, S. 23 ff.

<sup>7</sup> Siehe etwa Bühler, DNotZ 1975, 5 (16); Coing, 49. DJT, A 42 f.; Dieckmann, 49. DJT, K 20 f.; Rauscher, Reform Bd. II/1, S. 111 ff., 118; Röthel, 68. DJT, A 52 ff.; ferner Beschluss Nr. 17 des 68. DJT („Empfiehl es sich, das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Lebenspartners auf  $\frac{1}{2}$  als güterstandsunabhängige Quote [§ 1931 BGB] neben einem oder mehreren Kindern und neben übrigen Verwandten auf  $\frac{3}{4}$  zu erhöhen [Streichung des § 1931 Abs. 3 BGB]?“), welcher mit 50:16:6 angenommen wurde.

durch den Tod – und damit der Mehrheit aller Fälle der Eheauflösung<sup>8</sup> – dadurch verwirklicht wird, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht. Dabei ist es allerdings ausweislich des Wortlauts des § 1371 Abs. 1 a. E. BGB unerheblich, ob der überlebende Ehegatte den größeren oder kleineren Zugewinn erzielt hat. Das Gesetz rückt damit im Todesfall von einem rechnerischen Zugewinnausgleich ab und nimmt eine Pauschalierung vor. Im Zuge dessen wird der eigentliche Zugewinngedanke aufgegeben, als auch derjenige Ehegatte von der Pauschalierung profitiert, welcher selbst den höheren Zugewinn während der Ehe erzielt hat. Darüber hinaus findet eine Vermischung von Güter- und Erbrecht statt, da der güterrechtliche Ausgleich mit erbrechtlichen Mitteln herbeigeführt wird.

## B. Ziel der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, das in § 1371 Abs. 1 BGB kodifizierte 5 Rechtsinstitut des pauschalierten Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod hinsichtlich seiner Dogmatik und Systematik<sup>9</sup> zu überprüfen und gangbare Alternativen zu untersuchen sowie auszuarbeiten. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf das Zusammenspiel des § 1371 Abs. 1 BGB mit dem gesetzlichen Erbrecht des überlebenden Ehegatten gem. § 1931 BGB zu legen. Insofern liegt der Arbeit die Hypothese zugrunde – welche es freilich zu erörtern und zu untermauern gilt –, dass die „Bonner Quart“<sup>10</sup> von nicht zu rechtfertigenden systematisch-dogmatischen Unstimmigkeiten durchzogen und daher aufzugeben ist. Sollte dies der Fall sein, so ergeben sich zwei zwangsläufige Folgefragen: Einerseits wäre nach dem Schicksal des Zugewinnausgleichs im Todesfall zu fragen. Wäre dieser etwa gänzlich aufzuge-

<sup>8</sup> 2023 wurden rund drei Viertel aller Ehen durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, vgl. die durch das Statistische Bundesamt erhobene und durch BiB veröffentlichte Statistik „Anzahl der Ehelösungen ohne Scheidungen und Ehescheidungen in Deutschland in den Jahren 1950 bis 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1334688/umfrage/anzahl-der-eheloesungen-und-ehescheidungen-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024. Zu beachten ist, dass in den Ehelösungen ohne Scheidung auch solche durch gerichtliche Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung erfasst sind. Diese machen ausweislich der Anmerkung allerdings deutlicher unter 1 Promille aller Ehelösungen aus.

<sup>9</sup> Dabei sind mit „Dogmatik“ im Sinne der „Rechtsdogmatik“ als Lehre vom geltenden Recht (hierzu Weber/*Groh*, Rechtswörterbuch, „Rechtsdogmatik“) die der geltenden Regelung immanenten bzw. zugrunde liegenden Parameter, also insbesondere Regelungsgehalt sowie -motivation, gemeint. Die „Dogmatik“ geht vorliegend zur Überprüfung des geltenden Rechts auf Widersprüchlichkeiten mit der „Systematik“, also der Betrachtung der Stellung der Regelung im normativen Gefüge des Güter- und Erbrechts, einher.

<sup>10</sup> Zum Begriff etwa *Gernhuber*, NJW 1991, 2238.

ben, oder sollte der Zugewinn vielmehr auch bei Auflösung der Ehe durch den Tod rechnerisch, wie etwa im Fall der Scheidung, ausgeglichen werden? Andererseits wäre fraglich, was die Aufgabe des pauschalierten Zugewinnausgleichs für das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten bedeuten würde. Es beliefe sich dann auf lediglich das von § 1931 Abs. 1 BGB gewährte Viertel neben Verwandten der ersten Ordnung bzw. die Hälfte neben Verwandten der zweiten Ordnung und den Großeltern. Vor diesem Hintergrund könnte überlegt werden, die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten anzuheben, bzw. dessen erbrechtliche Position auszubauen.

- 6 Die Arbeit widmet sich damit einem Problemkreis, welcher seit Schaffung der Norm des § 1371 BGB immer wieder Eingang in den rechtswissenschaftlichen Diskurs gefunden hat – der „Entflechtung von Erb- und Güterrecht“ im Bereich des gesetzlichen Ehegattenerbrechts und deren Folgen.<sup>11</sup> Zu beachten ist, dass diese Entflechtung der beiden Rechtsgebiete nur hinsichtlich systematisch-dogmatischer Unstimmigkeiten zu verstehen ist. Dass beide Rechtsgebiete stets Hand in Hand gehen werden, ist unumgänglich. So bedeutet bereits die Existenz eines Ehegattenerbrechts eine Vermischung von Güter- und Erbrecht, bestimmt doch gerade der familienrechtliche Status der Ehe über das Gewähren eines gesetzlichen Erbrechts.<sup>12</sup> Zu denken sei auch an den ganz zentralen Grundsatz des Familienerbrechts bzw. der Verwandtenerbfolge im gesetzlichen Erbrecht. Ist im Folgenden daher die Rede von der Entflechtung des Erb- und Güterrechts, so ist damit die Beseitigung einer Systemwidrigkeit gemeint.
- 7 Bereits hier soll zudem schon angemerkt sein, dass die Arbeit weder den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft bzw. den Zugewinnausgleich als solchen<sup>13</sup> noch den Halbteilungsgrundsatz im Rahmen des rechnerischen Zugewinnausgleichs<sup>14</sup> in Frage stellen soll.

<sup>11</sup> Um an dieser Stelle nur einige wenige Stimmen der Literatur zu nennen: *Coing*, 49. DJT, A 43; *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (98 ff.; 102 ff.); *Kowalczyk*, Zugewinnngemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I – III BGB, S. 181 ff.; *Kroppenberg*, ErbR 2010, 206 (212 f.); *Krug*, FPR 2007, 164 (168); *Lange*, DNotZ 2010, 749 (751 f.); *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 228; *Rauscher*, Reform Bd. II/1, S. 61 ff.; *Röthel*, 68. DJT, A 52 ff.; *Strätz*, FamRZ 1998, 1553 (1558); *Wahl*, FS Lehmann, S. 427.

<sup>12</sup> Vgl. insofern bereits Vorlage No 7 von 1877, S. 3, in: *Schubert*, Familienrecht Bd. 3, S. 1103: „Das Deutsche Recht räumt dem überlebenden Gatten ausgedehntere vermögensrechtliche Vortheile ein. Es geschieht dies theils durch die Bestimmungen des ehelichen Güterrechts, theils durch erbrechtliche Vorschriften. Beides muß in's Auge gefaßt werden, um die Auffassung richtig zu würdigen.“.

<sup>13</sup> Kritisch zum Güterstand der Zugewinnngemeinschaft etwa *Dethloff*, 67. DJT, A 87 ff.; *Mecke*, AcP 211 (2011), 886 (891 ff.); *Röthel*, FS Werner, S. 486 ff.; *Urbach*, Unzulänglichkeiten der Zugewinnngemeinschaft, S. 32 ff., 105 ff.; ferner *Freytag*, ZRP 1991, 106 (109).

## C. Gang der Untersuchung

Die soeben aufgeworfenen Fragen zeichnen den Gang der Untersuchung 8 vor. Die vorliegende Arbeit firmiert unter dem Titel: „Zugewinnausgleich im Todesfall und gesetzliches Ehegattenerbrecht – Eine Untersuchung *de lege lata et ferenda*“. Zum Aufhänger der Ausführungen soll dabei nicht isoliert die Betrachtung der güterrechtlichen Regelungen rund um den Zugewinnausgleich im Todesfall gemacht werden, sondern, aufgrund deren Verwobenheit<sup>15</sup> mit den Regelungen bezüglich der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten, das gesetzliche Ehegattenerbrecht *de lege lata* als solches. Im Anschluss an diese Einleitung widmet sicher daher das 2. Kapitel der Darstellung des Regelungsgeflechts, welches *de lege lata* bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod zum Zuge kommt. Besondere Berücksichtigung findet dabei die Thematik des Einflusses des Güterstands auf das gesetzliche Ehegattenerbrecht. Der Fokus wird dabei auf der Zusammensetzung der gesetzlichen Erbquote des in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Ehegatten liegen. Dabei soll ein kurzer historischer Aufriss des pauschalierten Zugewinnausgleichs erfolgen, an welchen schließend die Funktion und Natur des § 1371 Abs. 1 BGB herausgearbeitet werden. Der Darstellung des geltenden Rechts folgen Überlegungen und Diskussion rund um den Reformbedarf des § 1371 Abs. 1 BGB.

Folgend wird im 3. Kapitel unter der Überschrift „Die Auflösung der Zuge- 9 winnsgemeinschaft durch den Tod *de lege ferenda*“ auf die Regelung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten sowie damit im Zusammenhang stehend auf den Zugewinnausgleich im Todesfall *de lege ferenda* eingegangen. In diesem Rahmen sollen die beiden zentralen Fragen aufgegriffen werden, also die Frage nach dem Schicksal des Zugewinnausgleichs im Todesfall sowie die Bedeutung der Aufgabe der Pauschalierung für die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten. Dabei wird zunächst auf letztere eingegangen und diskutiert, ob die gesetzliche Erbquote *de lege ferenda* zu erhöhen ist und – falls ja – auf welchen Teil sie zu erhöhen ist. Daran anknüpfend folgt das Herzstück der vorliegenden Arbeit – die Erörterung der Mög-

---

<sup>14</sup> Kritisch zum Halbteilungsgrundsatz etwa *Diederichsen*, FamRZ 1992, 1 (9); *Dethloff*, 67. DJT, A 104 ff.; *Spegele*, Nach der Reform des gesetzlichen Güterrechts, S. 118 f., 124 ff.; mit Blick auf Strukturschwächen, welche dem Zugewinnausgleich innewohnen, siehe *Schwab*, FS Söllner, S. 1079 (1084 ff.); ferner *Peters*, Defizite des gesetzlichen Güterstandes, S. 43 ff.

<sup>15</sup> Eben jene Verwobenheit mit Blick auf Reformbestrebungen betonend der Beschluss Nr. 7 des 49. DJT, K 165: „Der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft ist zu überprüfen. Eine Reform des Ehegattenerbrechts kann nur im Zusammenhang mit dieser Prüfung vorgenommen werden.“, angenommen mit 26 gegen 4 Stimmen bei 4 Enthaltungen; siehe auch *Soergel/Stein*, Bd. 21, Einl., Rn. 70.

lichkeit oder sogar Notwendigkeit eines rechnerischen Zugewinnausgleichs im Todesfall *de lege ferenda*. Die Ausarbeitung unterscheidet zwischen dem Fall des Überlebens des ausgleichsberechtigten bzw. des ausgleichspflichtigen Ehegatten und zeigt gangbare Lösungsansätze für die Umsetzung eines realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod auf. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf die Problematik gelegt werden, ob und wie unbillige Härten über einen Stundungsmechanismus aufgefangen werden könnten. Zur Behandlung der Fragenkomplexe schweift der Blick auch in ausländische Rechtsordnungen.

- 10 Im letzten Teil wird schließlich als 4. Kapitel ein Resümee erfolgen. Neben einer Zusammenfassung wird ein Regelungsvorschlag für die im Laufe der Untersuchung herausgearbeiteten Ergebnisse unternommen.

## Teil 2

# Die Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod *de lege lata*

Das folgende Kapitel dient der Darstellung des geltenden Rechts bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod. Dabei liegt der Schwerpunkt in der Aufarbeitung der Zusammensetzung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten – also insbesondere dem Zusammenspiel des § 1931 Abs. 1, 3 BGB und § 1371 Abs. 1 BGB. Eben jenes Zusammenspiel wird auch maßgeblich im Rahmen der Überlegungen zur Rechtslage *de lege ferenda* aufgegriffen. Ausführungen zu Materien, die zweifelsohne ebenso zum gesetzlichen Ehegattenerbrecht gehören – etwa dem gesetzlichen Voraus des Ehegatten, § 1932 BGB, oder dem Ausschluss des Ehegattenerbrechts gem. § 1933 BGB –, werden vor diesem Hintergrund nur in aller Kürze an gebotener Stelle erfolgen. 11

## A. Die Bedeutung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts

Der Behandlung des geltenden Rechts soll eine knappe Darstellung der Bedeutung des gesetzlichen Erbrechts vorangestellt werden, um die Relevanz der zu behandelnden Problematik zu unterstreichen. Der Begriff „Bedeutung“ ist dabei geprägt von einer Ambiguität. Er ist einerseits im Sinne von Relevanz des gesetzlichen Ehegattenerbrechts neben den Regelungen des gewillkürten Erbrechts zu verstehen, also der abstrakten Ebene des Verhältnisses von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge zuzuordnen. Andererseits umfasst der Begriff „Bedeutung“ aber auch Elemente der eigentlichen Funktion bzw. der Legitimation des Ehegattenerbrechts innerhalb des Gefüges von Ehegatten- und Verwandtenerbrecht, weshalb er ebenfalls auf der konkreteren Ebene der Frage nach den Auswirkungen für den überlebenden Ehegatten, insbesondere dessen quotalen Nachlassanteil, anzusiedeln ist. 12

## I. Die Relevanz der gesetzlichen Erbfolge im Verhältnis zur gewillkürten Erbfolge

Bedient sich ein Erblasser seiner Testierfreiheit und errichtet eine wirksame letztwillige Verfügung, so ist der Inhalt ebendieser maßgeblich – im Grund- 13



satz ist die gesetzliche Erbfolge der gewillkürten Erbfolge subsidiär.<sup>16</sup> Aus diesem Umstand zu folgern, dass dem gesetzlichen Erbrecht nur eine untergeordnete Rolle zukomme, wäre jedoch weit gefehlt. Zunächst zeigt dies ein Blick auf das Testierverhalten. So testieren nur etwa 29 % aller Erblasser<sup>17</sup> – und das trotz der geringen formalen Hürden. In den verbleibenden gut 70 % der Fälle greift die gesetzliche Erbfolge also bereits, weil keine letztwillige Verfügung errichtet wurde.

- 14 Daneben ist zu beachten, dass die gesetzliche Erbfolge selbst in dem Fall, dass letztwillig verfügt wurde, zur Geltung kommen bzw. Bedeutung erlangen kann. In dieser Hinsicht sind etwa zu bedenken die Unwirksamkeit des Inhalts der getroffenen letztwilligen Verfügung (bspw. §§ 134, 138 Abs. 1 BGB), die Einsetzung der gesetzlichen Erben ohne nähere Bestimmung des Personenkreises oder der Höhe der Erbteile in der letztwilligen Verfügung (§ 2066

<sup>16</sup> *Frank/Helms*, ErbR, S. 10.

<sup>17</sup> Der Wert bildet den gerundeten Mittelwert aus erhobenen Testierquoten. Diese ermittelten Testierquoten variieren von Statistik zu Statistik. So ermittelte TNS Infratest in einer im Jahr 2007 durch das Deutsche Forum für Erbrecht veröffentlichten Erhebung eine Testierquote von ca. 25,8 %, vgl. die Statistik „Haben Sie ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen?“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2313/umfrage/testament-oder-erbvertrag-vorhanden/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; aus einer 2022 durch YouGov erhobenen und veröffentlichten Statistik geht eine Testierquote von 27 % hervor, wobei 7 % betonten, dass ihr Testament nicht mehr aktuell sei. 66 % der Befragten gaben ausdrücklich an, kein Testament errichtet zu haben, während 7 % keine Angabe tätigten, vgl. die Statistik „Haben Sie ein Testament?“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1330068/umfrage/anteil-der-deutschen-mit-testament/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; die höchsten Testierquoten finden sich in einer im Auftrag der Deutschen Bank vom Institut für Demoskopie Allensbach durchgeführten Erhebung: 31 % (2012), 36 % (2015) und 39 % (2018), siehe „Erben und Vererben – Erfahrungen, Erwartungen und Pläne – eine repräsentative Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank“, 2018, S. 43; nicht unerwähnt soll die von *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (193 ff.) ermittelte Quote von ca. 31,4 % für die Jahre 1974/75 bleiben, sowie die bei *Stöcker*, FamRZ 1971, 609 (610) zu findende Quote von 20 %, welche eine Befragung im Auftrag des Bundestages ergab; siehe ferner *Röthel*, 68. DJT, A 14 f., auch Fn. 15; *Frank/Helms*, ErbR, S. 10; *Kroppenberger*, ErbR 2010, 206 (208). Zu beachten ist zudem das Arbeitspapier der Europäischen Kommission „SEC(2009) 411 final“ vom 14.10.2009, in welchem eine Testierquote von ca. 24 % für die Europäische Union ausgewiesen wird, S. 56 f. Es wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass die Testierquote mit zunehmendem Alter ansteigt. Insofern wird für Deutschland in dem Arbeitspapier eine Testierquote in der Altersgruppe der über 60-jährigen von etwa 48 % ausgewiesen, S. 58, wobei sich auf die oben zitierte Erhebung von 2007 durch TNS Infratest gestützt wird; vgl. auch *Dutta*, Warum Erbrecht?, Teil 1, S. 12 f., welcher in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass Testierquoten keine Zuwendungen unter Lebenden berücksichtigen, solche aber ebenfalls dem gewillkürten Erbrecht zuzurechnen seien können und unter anderem vor diesem Hintergrund einer Testierquote keine überragende Aussagekraft zur Beurteilung der Relevanz der gesetzlichen Erbfolge beimesen will.

BGB), die Einsetzung lediglich auf einen Bruchteil des Nachlasses (§ 2088 BGB), der Ausschluss lediglich einzelner Erbberechtigter von der Erbfolge (§ 1938 BGB), die Formnichtigkeit der letztwilligen Verfügung (etwa § 2247 BGB i. V. m. § 125 S. 1 BGB), der Fall, dass der Eingesetzte den Erbfall nicht erlebt (§ 1923 Abs. 1 BGB), die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1953 BGB) oder aber die Anfechtung der letztwilligen Verfügung (§§ 2078, 2079 BGB), sofern hierdurch keine frühere oder spätere Verfügung des Erblassers Wirksamkeit erlangt.<sup>18</sup>

Schließlich kommt dem gesetzlichen Erbrecht große Bedeutung im Rahmen des Pflichtteilsrechts (§§ 2303 ff. BGB) zu. So steht der Pflichtteil nämlich einerseits nur zu, wenn ein Pflichtteilsberechtigter durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen wurde, im Umkehrschluss dem Berechtigten also ohne die letztwillige Verfügung ein gesetzliches Erbrecht nach dem Erblasser zugestanden hätte. Andererseits ist die gesetzliche Erbquote Referenzgröße bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs, besteht der Pflichtteil gem. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB doch in der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils.<sup>19</sup>

Eine erhebliche Relevanz des gesetzlichen Ehegattenerbrechts ist mithin in vielerlei Hinsicht nicht von der Hand zu weisen,<sup>20</sup> weshalb dem gesetzlichen Erbrecht eine zentrale Rolle im Rahmen der Rechtsnachfolge von Todes wegen und damit ein enorm erhöhtes Aktualitätsbedürfnis zukommt.<sup>21</sup>

## II. Die Funktion und Legitimation des gesetzlichen Ehegattenerbrechts im Gefüge des Verwandtenerbrechts

Das gesetzliche Erbrecht folgt im Ausgangspunkt dem Prinzip der Familienerbfolge.<sup>22</sup> Auf diesem Prinzip fußt wiederum die Verwandtenerbfolge, nach welcher über das Parentelsystem, das Stammes- und Liniensystem mit dem dazugehörigen Eintritts- bzw. Repräsentationsprinzip sowie das Grad- oder Gradualsystem die zu Erben berufenen Personen aus dem Verwandtenkreis

<sup>18</sup> Siehe *Frank/Helms*, ErbR, S. 10; *Lange*, 68. DJT, L 23; *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 91 ff.

<sup>19</sup> *MüKo/Lange*, § 2303 BGB, Rn. 14; *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 96; *Beck OGK/Obergfell*, § 2303 BGB, Rn. 44.

<sup>20</sup> Vor diesem Hintergrund unzutreffend *Stöcker*, JZ 1973, 15: „[...] zumal die gesetzliche Erbfolgeordnung im Vergleich zur gewillkürten Erbfolge nur eine Hilfsregel-funktion hat.“, diese Aussage ebenfalls kritisierend *Lange*, 68. DJT, L 24, Fn. 4.

<sup>21</sup> *Lange*, 68. DJT, L 23.

<sup>22</sup> *Frank/Helms*, ErbR, S. 10; *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 2.

des Erblassers bestimmt werden.<sup>23</sup> Der Ehegatte des Erblassers ist keiner Parentel zuzuordnen<sup>24</sup>, gleichwohl gehört er gem. § 1931 BGB zum Kreis der gesetzlichen Erben, wird also insbesondere Vollerbe und nicht etwa auf eine Vorerbenstellung oder ein bloßes Nießbrauchsrecht am Nachlass verwiesen<sup>25</sup>. Resultat ist ein Konkurrenzverhältnis des Ehegatten in der gesetzlichen Erbfolge zu den Verwandten des Erblassers.<sup>26</sup> Die Lösung dieser Konkurrenz findet sich in der Gewährung von quotalen Anteilen am Nachlass. Dabei kann der Anteil des überlebenden Ehegatten jedoch nicht anhand formaler Kriterien (Verwandtschaftsart und -nähe) und damit ähnlich schematisch wie im Verwandtenerbrecht bestimmt werden; er ist sachlich zu legitimieren.<sup>27</sup> Ausgangspunkt dieser Legitimation ist die eheliche Lebensgemeinschaft,<sup>28</sup> konkreter das personale Eheverständnis, wonach bei Betrachtung der Ehe als Selbstzweck – und nicht als Zweckverbindung – bereits die Fortwirkung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine erbrechtliche Beteiligung des Überlebenden am Vermögen des Verstorbenen rechtfertigt.<sup>29</sup> Das rechtsgeschichtlich prägende Motiv der Versorgung als Existenzsicherung des überlebenden Ehegatten (im Regelfall der Witwe) verliert vor dem Hintergrund einerseits des Wandels des Familien- und Haushaltswesens<sup>30</sup> und andererseits der bestehenden Mechanismen zur Sicherung des Existenzinteresses des überlebenden Ehegatten im Sozialversicherungsrecht bzw. Beamtenrecht durch selbst erworbene Rentenansprüche und Hinterbliebenenrente (vgl. § 46 SGB VI) zusehends an Gewicht<sup>31</sup>. Gleichwohl verfolgt das gesetzliche Ehegattenerbrecht nach wie vor auch wirtschaftliche Ziele. So ist in wirtschaftlicher Hinsicht das erbrechtliche Teilhabeinteresse des überlebenden Ehegatten auf die wirtschaftliche Erhaltung der ehelichen Lebensverhältnisse gerichtet.<sup>32</sup> Neben

<sup>23</sup> *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 98 ff., 106.

<sup>24</sup> Anders war dies im Erbrecht der DDR, als in §§ 365 Abs. 1, 366 ZGB vorgesehen war, dass der Ehegatte neben Abkömmlingen Erbe erster Ordnung war und somit die Erben folgender Ordnungen ausschloss, siehe ferner *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1415, Fn. 1.

<sup>25</sup> So ausdrücklich schon bei Schaffung der Regelungen zum BGB vorgesehen, vgl. *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht, S. 195, 393 f., 880; *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 2; *BeckOGK/Tegelkamp*, § 1931 BGB, Rn. 5; mit Blick auf das über die Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB zusätzlich gewährte Viertel siehe BT-Drs. 2/3409zu, S. 17.

<sup>26</sup> *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 2.

<sup>27</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1415.

<sup>28</sup> *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 1; *BeckOK/Müller-Christmann*, § 1931 BGB, Rn. 1; *Staudinger/Werner*, § 1931 BGB, Rn. 2.

<sup>29</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1415.

<sup>30</sup> *Staudinger/Werner*, § 1931 BGB, Rn. 2.

<sup>31</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1416.

<sup>32</sup> *Röthel*, ErbR, § 9 Rn. 2; *BeckOGK/Tegelkamp*, § 1931 BGB, Rn. 5.

diesem wirtschaftlichen Motiv verfolgt das gesetzliche Ehegattenerbrecht zudem das rechtsethische Ziel, die Teilhabe des überlebenden Ehegatten an Leben und Persönlichkeit des Verstorbenen anzuerkennen und die personale Beziehung in der Zuordnung eines Vermögensanteils vergegenständlicht fortleben zu lassen.<sup>33</sup>

Für das Konkurrenzverhältnis zum Verwandtenerbrecht bedeutet das Vorstehende, dass der je zufallende quotale Nachlassanteil abhängig davon ist, inwiefern sich das Interesse des überlebenden Ehegatten gegenüber den Interessen der mit ihm konkurrierenden Verwandten durchsetzt, was letztlich abhängig von der jeweiligen erbrechtlichen Legitimation ist. Begründet sich diese hinsichtlich der Verwandten gerade im „Blutsgedanken“<sup>34</sup> also in Verwandtschaftsart und -nähe, ergibt sich, dass eine umso höhere Nachlassbeteiligung des Ehegatten gerechtfertigt ist, desto weiter (gemessen am Parentelsystem) die konkurrierenden Verwandten vom Erblasser entfernt sind.<sup>35</sup> 18

In welcher normativen Ausgestaltung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten sich dies im geltenden Recht niedergeschlagen hat, soll folgend erörtert werden. 19

## B. Kein Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, § 1933 BGB

Bevor auf das gesetzliche Ehegattenerbrecht, insbesondere die Erbquote des überlebenden Ehegatten im Detail eingegangen wird, sollen zunächst kurze Ausführungen zu § 1933 BGB erfolgen – immerhin bedarf es der Prüfung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts nur, wenn dieses nicht ausgeschlossen ist. 20

§ 1933 BGB enthält verschiedene Tatbestände, bei deren Vorliegen das Ehegattenerbrecht sowie das Recht auf den Voraus ausgeschlossen sind. Nach § 1933 S. 1 BGB ist dies der Fall, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt (Alt. 1) oder ihr zugestimmt (Alt. 2) hatte. Es bedarf damit dem Vorliegen verschiedener formeller sowie materieller Kriterien. Mit Blick auf § 1933 S. 1 Alt. 1 BGB gilt in formeller Hinsicht, dass der Scheidungsantrag rechtshängig im Todeszeitpunkt gewesen sein muss, §§ 124, 113 21

---

<sup>33</sup> BeckOK/Müller-Christmann, § 1931 BGB, Rn. 1.1; MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 1.

<sup>34</sup> Staudinger/Werner, § 1931 BGB, Rn. 2; siehe auch Muscheler, ErbR I, Rn. 1282 ff., 1415.

<sup>35</sup> Muscheler, ErbR I, Rn. 1417; BeckOGK/Tegelkamp, § 1931 BGB, Rn. 17.

Abs. 1 S. 2 FamFG i.V.m. §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO.<sup>36</sup> Im Fall des § 1933 S. 1 Alt. 2 BGB, also der Zustimmung des Erblassers zur Scheidung, handelt es sich um eine Willenserklärung und Prozesshandlung, welche voraussetzt, dass der (erblassende) Ehegatte sein Einverständnis mit einem rechtshängigen Scheidungsantrag des anderen Ehegatten im Prozess erklärt und nicht widerrufen hat.<sup>37</sup> Auf materieller Seite müssen die Voraussetzungen für die Scheidung vorliegen. Die Ehe muss damit insbesondere i. S. d. § 1565 BGB gescheitert sein.

- 22 Gem. § 1933 S. 2 BGB greift der Ausschluss auch, wenn der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen und den Antrag gestellt hatte. Mit Blick auf die Aufhebbarkeit der Ehe gilt es zudem § 1318 Abs. 5 BGB zu berücksichtigen, wonach § 1931 BGB zugunsten eines Ehegatten, welcher bei einem Verstoß gegen die §§ 1304, 1306, 1307 oder § 1311 oder im Fall des § 1314 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Aufhebbarkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt hat, keine Anwendung findet.
- 23 Vor dem Hintergrund, dass das Gesetz in § 1933 S. 1 Alt. 1 BGB vom Prinzip der Gegenseitigkeit der Erbberechtigung abweicht, da im Fall der Scheidungsantragsstellung zwar der Antragsgegner sein gesetzliches Erbrecht verliert, nicht jedoch der antragstellende Ehegatte<sup>38</sup>, erscheint die Norm problematisch. Plastischer dargestellt: Es behält derjenige Ehegatte, welcher seinen Willen zur Ehelösung in Form des Scheidungsantrags kundtut, die Aussicht auf sein gesetzliches Ehegattenerbrecht, während der (unter Umständen) an der Ehe festhaltende Ehegatte sein Erbrecht verliert. Dieses Ungleichgewicht hat immer wieder Anlass zu juristischem Diskurs<sup>39</sup> gegeben, bis hin zum Postulat der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift<sup>40</sup>. In der Folge unterbreitete die

<sup>36</sup> BGHZ 111, 329 = NJW 1990, 2382, Ls.; BGH, NJW 1995, 51 f., juris Rn. 15; MüKo/Leipold, § 1933 BGB, Rn. 5; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 150; Staudinger/Werner, § 1933 BGB, Rn. 5; nach a.A. soll bereits die schriftliche Antragsstellung beim Familiengericht (§ 124 FamFG) gem. § 167 ZPO analog bei demnächst erfolgender Zustellung genügen, siehe Jauernig/Stürner, § 1933 BGB, Rn. 1.

<sup>37</sup> OLG Köln, NJW 2013, 2831, juris Rn. 8; Neidinger/Rupp, ZfPW 2020, 239 (243); Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 150.

<sup>38</sup> Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 153.

<sup>39</sup> Siehe etwa Beisenherz, Die erbrechtlichen Folgen von Scheidung und Ehekrise; MüKo/Leipold, § 1933 BGB, Rn. 3; Neidinger/Rupp, ZfPW 2020, 239 ff.; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 153; Röthel, 68. DJT, A 55; Simon, Der Verlust des Ehegattenerbrechts durch § 1933 BGB; Wirtz, Die erbrechtliche Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren, S. 143 ff.

<sup>40</sup> So Beisenherz, Die erbrechtlichen Folgen von Scheidung und Ehekrise, S. 26 ff.; Bengel, ZEV 1994, 360 f.; Muscheler, ErbR I, Rn. 1440; Zopfs, ZEV 1995, 309 ff.; vor dem Hintergrund von Art. 3, 6, 14 Abs. 1 GG als problematisch bezeichnet von Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 153; offengelassen von BVerfG, FamRZ 1995, 536, juris

Literatur Regelungsvorschläge *de lege ferenda*.<sup>41</sup> Die Arbeit wird vorliegend auf diese verwiesen, um im Detail der Untersuchung des Zusammenspiels von gesetzlichem Erbrecht des überlebenden Ehegatten und Ausgleich des Zugewinns nachzugehen.

## **C. Die gesetzliche Erbquote des Ehegatten unter Berücksichtigung des Güterstands**

Sollte das gesetzliche Ehegattenerbrecht nicht ausgeschlossen sein, so ist 24  
Ausgangsnorm für die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten § 1931 BGB. Gem. § 1931 Abs. 1 BGB ist der überlebende Ehegatte des Erblassers neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. § 1931 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB sehen sodann Sonderregelungen vor, welche die Erbquote des Ehegatten anwachsen lassen. So erhält der Ehegatte gem. § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB in dem Fall, dass mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammentreffen, auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 BGB den Abkömmlingen zufallen würde. § 1931 Abs. 2 BGB geht noch einen Schritt weiter: Sollten weder Verwandte der ersten oder zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden sein, erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft, wird also gesetzlicher Alleinerbe. Im Ausgangspunkt ist also ganz entscheidend für die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten, neben Verwandten welcher Ordnung er erbt. Nicht weniger entscheidend ist jedoch der Güterstand, in welchem die Ehegatten lebten.

### **I. Das Verhältnis von Güterstand und gesetzlichem Ehegattenerbrecht *de lege lata***

Dass das gesetzliche Ehegattenerbrecht güterstandsabhängig ist, zeigt sich 25  
in § 1931 Abs. 3 bzw. Abs. 4 BGB. Während § 1931 Abs. 3 BGB festschreibt, dass die Vorschrift des § 1371 BGB unberührt bleibt und damit den Sonderregelungen für den Fall, dass die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zu-

---

Rn. 8; BGHZ 128, 125 (135), juris Rn. 39; BGHZ 111, 329 = NJW 1990, 2382 (2383), juris Rn. 13.

<sup>41</sup> Dafür, den vorzeitigen Ausschluss nur bei beiderseitigen Scheidungsbegehren greifen zu lassen: MüKo/Leipold, § 1933 BGB, Rn. 3; Röthel, 68. DJT, A 55; dafür, den Ausschlussgrund aufrechtzuerhalten, aber auf beide Ehegatten zu erstrecken: Battes, FamRZ 1977, 433 (438), daran anschließend Bergschneider, FamRZ 2011, 268; Dieckmann, FS Schwab, 2005, 473 (481); Neidinger/Rupp, ZfPW 2020, 239 (255); Wirtz, Die erbrechtliche Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren, S. 163.

gewinnsgemeinschaft gelebt haben, Tür und Tor öffnet, modifiziert § 1931 Abs. 4 BGB die gesetzliche Erbquote des in Gütertrennung lebenden Ehegatten. Bevor auf den für diese Arbeit entscheidenden gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft eingegangen wird, soll der Vollständigkeit halber in aller Kürze skizziert werden, welchen Einfluss die Wahlgüterstände der Gütergemeinschaft, der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft und der Gütertrennung auf das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten haben.

## 1. Der Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft

- 26 Die soeben dargestellte Regelung des § 1931 Abs. 1 BGB greift für den Fall der Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) ohne Modifizierung.<sup>42</sup> Dem überlebenden Ehegatten steht – vor dem Hintergrund, dass die Ehegatten Miteigentümer zur gesamten Hand gem. § 1416 Abs. 2 BGB sind – von vornherein die Hälfte des Gesamtguts zu.<sup>43</sup> In der Folge fällt der übrige hälftige Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut in den Nachlass, § 1482 S. 1 BGB.<sup>44</sup> An diesem partizipiert der überlebende Ehegatte – sollte er Erbe geworden sein – nach den allgemeinen Vorschriften, vgl. § 1482 S. 2 BGB. Der überlebende Ehegatte kann damit nicht weniger erhalten als ein Abkömmling.<sup>45</sup>

## 2. Der Wahlgüterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft

- 27 Für den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft (§ 1519 BGB) gilt die Regelung des § 1931 Abs. 1 BGB ebenfalls ohne Modifikation.<sup>46</sup> Der Zugewinn ist in diesem Güterstand stets nach den güterrechtlichen Bestimmungen auszugleichen, vgl. insbesondere Art. 12 Abs. 1 des Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft (WZGA). In der Konsequenz steht dem überlebenden Ehegatten, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, auch bei Beendigung des Güterstands durch den Tod vorweg der Anspruch auf Zugewinnausgleich zu.<sup>47</sup> Es handelt sich bei der Zugewinnausgleichsforde-

<sup>42</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1427, 1516 ff.; *BeckOGK/Tegelkamp*, § 1931 BGB, Rn. 56; ausführlich zur Gütergemeinschaft beim Tod eines Ehegatten *Ruby*, ZEV 2017, 72 ff.

<sup>43</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1519; *Röthel*, ErbR, § 9 Rn. 19.

<sup>44</sup> *BeckOK/Müller-Christmann*, § 1931 BGB, Rn. 20; *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 186.

<sup>45</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1519.

<sup>46</sup> *BeckOGK/Tegelkamp*, § 1931 BGB, Rn. 107; *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 60.

<sup>47</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 388, Rn. 27; *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 60.



rung in diesem Fall um eine echte Nachlassverbindlichkeit.<sup>48</sup> Inwiefern den Erben des verstorbenen Ehegatten, welcher den geringeren Zugewinn erzielt hat, die Zugewinnausgleichsforderung zusteht, ist hingegen „nicht völlig klar“<sup>49</sup>. Ausgangspunkt der Problematik bildet Art. 12 Abs. 3 WZGA, welcher normiert, dass „die Zugewinnausgleichsforderung [...] nach Beendigung des Güterstandes vererblich und übertragbar [ist].“ Verschiedentlich wird aus dem Wortlaut<sup>50</sup> gefolgert, dass ein entsprechender Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten der Erben des verstorbenen Ehegatten mit dem geringeren Zugewinn entstehen kann.<sup>51</sup> Dagegen sind allerdings Bedenken zu erheben. So ist Art. 12 Abs. 3 WZGA dem § 1378 Abs. 3 S. 1 nachgebildet<sup>52</sup> und ist im geltenden deutschen Recht im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft ganz herrschend anerkannt, dass kein Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten der Erben des verstorbenen Ehegatten entstehen kann<sup>53</sup>. Zugegebenermaßen ergäbe sich im Rahmen des WZGA kein ähnlicher systematischer Widerspruch wie im Regelungsgeflecht der Zugewinnngemeinschaft, da keine dem § 1371 Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung existiert, welche zum Zwecke des Ausgleichs des Zugewinns eine pauschale Erbrechtserrhöhung gewährt und somit durch das Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten der Erben des verstorbenen Ehegatten *ad absurdum* geführt würde. Gleichwohl scheint im Hinblick auf die Genese des Art. 12 Abs. 3 WZGA fraglich, inwiefern der Gesetzgeber bzw. die Parteien des Abkommens beabsichtigt hatten, einen Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten zuzulassen.<sup>54</sup> Es findet sich zudem ein rechtstechnisches Argument: Die Zugewinnausgleichsforderung entsteht erst mit Auflösung der Ehe<sup>55</sup>. Geschieht dies durch den Tod, so gehört die Ausgleichsforderung noch nicht zu dem Vermögen des

---

<sup>48</sup> Jäger, DNotZ 2010, 804 (824); Jünemann, ZEV 2013, 353 (359).

<sup>49</sup> So MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 61.

<sup>50</sup> Zur Auslegung des Abkommens siehe Frank, Ausgewählte Rechtsprobleme der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnngemeinschaft, S. 93 ff.

<sup>51</sup> Dethloff, RabelsZ 76 (2012), 509 (528); Dutta, FamRZ 2011, 1829 (1838); Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 388, Rn. 27; Hoischen, RNotZ 2015, 317 (329); BeckOGK/Jäger, Art. 12 WZGA, Rn. 31; Süß, ZErB 2010, 281 (285).

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs. 17/5126, S. 36: „Dagegen ist der Anspruch nach Auflösung des Güterstandes übertragbar und im Todesfall vererblich (Deutschland: § 1378 Abs. 3; Frankreich: Art. 1569 CC). Eine entsprechende Regelung wurde daher auch für den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft aufgenommen.“, siehe ferner MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 61.

<sup>53</sup> Siehe hierzu Rn. 30.

<sup>54</sup> MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 61.

<sup>55</sup> Zwar wird von Art. 12 Abs. 3 WZGA – insofern im Unterschied zu § 1378 Abs. 3 BGB – nicht explizit ausgeführt, dass die Forderung mit Beendigung des Güterstands entsteht und fällig wird, es gilt jedoch selbes, siehe BeckOGK/Jäger, Art. 12 WZGA, Rn. 24; MüKo/Koch, Art. 12 WZGA, Rn. 4.



Erblassers, welches gem. § 1922 BGB auf seine Erben übergehen kann.<sup>56</sup> Jene Thematik soll an dieser Stelle allerdings nicht weiter vertieft werden, wenngleich sie an späterer Stelle noch einmal aufgegriffen wird.<sup>57</sup> Festzuhalten bleibt, dass der Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft keinen Einfluss auf die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten hat.

### 3. Der Wahlgüterstand der Gütertrennung

- 28 Sollte beim Erbfall Gütertrennung (§ 1414 BGB) bestanden haben und sind als gesetzliche Erben neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers berufen, so schreibt § 1931 Abs. 4 BGB vor, dass der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen erben. Sollte folglich ein Kind des Erblassers vorhanden sein, erben Kind und Ehegatte zu je  $\frac{1}{2}$ , bei zwei Kindern zu je  $\frac{1}{3}$ . Zu einer „reinen“ Anwendung des § 1931 Abs. 1 BGB kann es folglich nur dann kommen, wenn neben dem überlebenden Ehegatten mehr als zwei Kinder zu gesetzlichen Erben berufen sind, schließlich erhielte der überlebende Ehegatte neben drei Kindern  $\frac{1}{4}$  und damit nicht weniger als einen Kindsteil.<sup>58</sup> Die Vorschrift trat am 1. Juli 1970 in Kraft, somit rund 12 Jahre nach Inkrafttreten der Regelungen über den pauschalierten Zugewinnausgleich im Rahmen der Zugewinnsgemeinschaft. Zweck der Vorschrift ist es, zu verhindern, dass der überlebende Ehegatte einer Gütertrennung einen geringeren Erbteil als ein Kind des Erblassers erhält.<sup>59</sup> Der Regelung liegt die gesetzgeberische Prämisse zugrunde, dass auch bei Gütertrennung die unentgeltliche Mitarbeit des Ehegatten zum Vermögenserwerb beigetragen haben kann.<sup>60</sup> Der Gesetzgeber empfand es als nicht gerecht, wenn für eben diese in der Regel unentgeltliche Mitarbeit kein erbrechtlicher Ausgleich stattfinden würde.<sup>61</sup> Für die Gütergemeinschaft wurde dieser Ausgleich in der soeben skizzierten Beteiligung des Ehegatten am Gesamtgut (§ 1416 BGB) gesehen, während für den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft die Regelung des § 1371 BGB als ausreichend empfunden wurde.<sup>62</sup> Welche systematischen Schwierigkeiten die Regelung des § 1931 Abs. 4 BGB birgt, soll im Anschluss an die Darstellung der Regelungen zur Zugewinnsgemeinschaft im Zusammenhang mit der Diskussion um ebenjene dargestellt werden.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> Ebenso MüKo/Koch, Art. 7 WZGA, Rn. 2, Art. 12 Rn. 4; siehe ferner MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 34.

<sup>57</sup> Siehe Rn. 131, 197.

<sup>58</sup> Muscheler, ErbR I, Rn. 1513; Röthel, ErbR, § 9 Rn. 17.

<sup>59</sup> MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 49; Staudinger/Werner, § 1931 BGB, Rn. 44.

<sup>60</sup> Vgl. BT-Drs. 5/4179zu, S. 5; MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 49.

<sup>61</sup> BT-Drs. 5/4179zu, S. 5; Braga, FamRZ 1972, 105 (109).

<sup>62</sup> BT-Drs. 5/4179zu, S. 5.

<sup>63</sup> Siehe Rn. 54.

#### 4. Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft

Mit Blick auf den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft ist es § 1371 29 BGB, welcher ganz zentrale Bedeutung für das gesetzliche Ehegattenerbrecht erlangt. Bevor auf die Historie sowie auf die Natur und innere Begründung der Norm des § 1371 BGB eingegangen wird, soll zunächst deren grundsätzliche Funktionsweise dargestellt werden. Insofern eröffnet die Regelung des § 1371 BGB dem Ehegatten eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei Lösungen – der sog. „erbrechtlichen Lösung“ und der sog. „güterrechtlichen Lösung“.

##### *a) Die „erbrechtliche Lösung“*

In § 1371 Abs. 1 BGB ist die sog. „erbrechtliche Lösung“<sup>64</sup> kodifiziert. 30 Dieser zur Folge wird bei Beendigung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht. Sollte der überlebende Ehegatte also neben Abkömmlingen des Erblassers zum gesetzlichen Erben berufen sein, so erhöht sich sein sich aus § 1931 Abs. 1 BGB ergebender gesetzlicher Erbteil von  $\frac{1}{4}$  gem. § 1371 Abs. 1 BGB auf  $\frac{1}{2}$ . Besondere Beachtung ist dabei dem Umstand zu schenken, dass § 1371 Abs. 1 a. E. BGB vorsieht, dass es unerheblich ist, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben. Es handelt sich um den sog. pauschalierten Zugewinnausgleich.<sup>65</sup> Aus der vorgesehenen Pauschalierung ergibt sich insbesondere, dass im geltenden Recht kein Zugewinnausgleichsanspruch der Erben des verstorbenen Ehegatten, welcher den geringeren Zugewinn erzielt hat, gegen den überlebenden Ehegatten zur Entstehung gelangen kann.<sup>66</sup> Zwar normiert § 1378 Abs. 3 S. 1 BGB, dass die Ausgleichsforderung ab dem Zeitpunkt ihres Entstehens vererblich ist. Insofern ergibt sich allerdings – anders als bei dem Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft und deshalb dort umstritten<sup>67</sup> – ein innerer Widerspruch derart, dass die Erbquote des überlebenden Ehegatten gerade güterrechtlich pauschal um  $\frac{1}{4}$  erhöht wird, derselbe Ehegatte aber gleichzeitig einer güterrechtlichen Verbindlichkeit ausgesetzt wäre.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Siehe zum Begriff BT-Drs. 2/3409zu, S. 3, 16.

<sup>65</sup> Vgl. BT-Drs. 2/3409zu, S. 5.

<sup>66</sup> Ganz h. M., siehe etwa BGH, NJW 1995, 1832, Ls. 1; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 35; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 4; Staudinger/Thiele, Vor. § 1371 BGB, Rn. 14; a. A. wohl nur Bärmann, AcP 157 (1958/59), 145 (172 f.).

<sup>67</sup> Siehe Rn. 27.

<sup>68</sup> BeckOGK/Jäger, § 1519 BGB, Rn. 68; Jünemann, ZEV 2013, 353 (358); Leipold, NJW 2011, 1179 (1180).

- 31 In Fällen des § 1371 Abs. 1 BGB kann § 1371 Abs. 4 BGB zu beachten sein, welcher den sog. Ausbildungsanspruch der Stiefabkömmlinge gewährt.<sup>69</sup> Der Regelung des § 1371 Abs. 4 BGB zufolge steht erbberechtigten, einseitigen Abkömmlingen des verstorbenen Ehegatten, wenn und soweit sie dessen bedürfen, ein Anspruch auf die Gewährung der Mittel zu einer angemessenen Ausbildung aus dem gem. § 1371 Abs. 1 BGB zusätzlich gewährten (pauschalen) Viertel gegen den überlebenden Ehegatten zu. Die Vorschrift hat vor Augen, dass es die durch die Pauschalierung erreichte Anhebung der Erbquote des Ehegatten, welche das Erbrecht der Abkömmlinge um  $\frac{1}{4}$  kürzt, auszugleichen gilt.<sup>70</sup> Dabei steht der Anspruch nur den einseitigen Abkömmlingen zu, da die Minderung der gesetzlichen Erbteile gemeinsamer Abkömmlinge vor dem Hintergrund in Kauf genommen wird, dass diese regelmäßig den überlebenden Ehegatten beerben und infolge dessen in den Genuss des Gesamtnachlasses (Vermögen  $E_1$  + Vermögen  $E_2$ ) kommen werden.<sup>71</sup> Eben diese Aussicht fehlt einseitigen Abkömmlingen jedoch mangels gesetzlichem Erbrecht nach dem überlebenden Ehegatten.<sup>72</sup>
- 32 Voraussetzung des Anspruchs ist, dass die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebten, diese durch den Tod aufgelöst wurde und sowohl Ehegatte als auch die „erbberechtigten Abkömmlinge“ des verstorbenen Ehegatten gesetzliche Erben werden.<sup>73</sup> Schließlich muss seitens des Anspruchsberechtigten eine Ausbildungsbedürftigkeit bestehen, wobei Einkünfte aus eigenem Vermögen einschließlich solcher aus dem Erbteil die Bedürftigkeit ausschließen.<sup>74</sup> Auf die Leistungsfähigkeit bzw. die Vermögensverhältnisse des überlebenden Ehegatten kommt es indes nicht an, da ihm das zusätzlich gewährte Viertel von vornherein nur unter Vorbehalt des Ausbildungsanspruchs zugeteilt ist.<sup>75</sup>
- 33 Der Anspruch weist damit einen Mischcharakter aus gesetzlichem Güterrecht, Erbrecht und Unterhaltsrecht auf, da er sich nur gegen einen Ehegatten wendet, bei welchem der Zugewinn über das pauschale Viertel ausgeglichen wurde, und dabei dazu dient, die erbrechtliche Vermögenszuweisung zu korrigieren, wobei allerdings nur in speziellem Sinne bedürftige Stiefabkömmlinge

<sup>69</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 56 ff.; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 37 ff.; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 91 ff.

<sup>70</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 56; Muscheler, ErbR I, Rn. 1482.

<sup>71</sup> BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 37; Zacher-Röder/Grimm-Hanke, FPR 2011, 264 (267 f.); Wahl, FS Lehmann, S. 428.

<sup>72</sup> Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 176; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 91.

<sup>73</sup> BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 38 f.; Zacher-Röder/Grimm-Hanke, FPR 2011, 264 (267 f.).

<sup>74</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 378, Rn. 42; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 70.

<sup>75</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 72; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 46.

begünstigt werden.<sup>76</sup> Die Verpflichtung des überlebenden Ehegatten stellt eine Nachlassverbindlichkeit i. S. d. § 1967 BGB dar.<sup>77</sup>

### b) Die „güterrechtliche Lösung“

Alternativ zur „erbrechtlichen Lösung“ steht dem Ehegatten im Zusammenhang mit seinem gesetzlichen Erbrecht die Wahl der sog. „güterrechtlichen Lösung“ offen.<sup>78</sup> Ausgangspunkt der „güterrechtlichen Lösung“ ist § 1371 Abs. 2, 3 BGB. „Erbrechtliche“ und „güterrechtliche Lösung“ schließen einander aus. So ist zwingendes Charakteristikum der „güterrechtlichen Lösung“, dass der überlebende Ehegatte nicht (gesetzlicher) Erbe wird. § 1371 Abs. 2 BGB schreibt insofern fest, dass der überlebende Ehegatte den Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB verlangen kann, sollte er nicht Erbe werden und ihm auch kein Vermächtnis zustehen. Dabei steht es dem überlebenden Ehegatten offen, diese Voraussetzung selbst herbeizuführen, etwa in dem er sein gesetzliches Erbrecht ausschlägt (§§ 1953, 1954 BGB). Ferner kann der überlebende Ehegatte neben dem rechnerischen Zugewinnausgleich seinen Pflichtteil verlangen. § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB führt insofern aus, dass es sich in diesem Fall um den nicht erhöhten, den sog. „kleinen“, also den sich einzig aus der nach § 1931 Abs. 1 BGB ergebenden gesetzlichen Erbquote zu berechnenden, Pflichtteil handelt.<sup>79</sup> Auch wenn die rückbezügliche Wendung „in diesem Fall“ Anlass zur Diskussion gab, steht dem überlebenden Ehegatten kein Wahlrecht zwischen kleinem und großem Pflichtteil zu.<sup>80</sup> Dass dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit der Geltendmachung des Pflichtteils entgegen den erbrechtlichen Bestimmungen auch bei Ausschlagung seines Erbrechts erhalten bleibt, regelt sodann § 1371 Abs. 3 BGB. Dies ist gem. § 1371 Abs. 3 Hs. 2 BGB einzig nicht der Fall, sollte der Überlebende mit seinem Ehegatten zu dessen Lebzeiten durch Vertrag auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet haben. Konkret bedeutet die „güterrechtliche Lösung“ für den überlebenden Ehe-

<sup>76</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 61; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 121.

<sup>77</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 380, Rn. 48; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 123.

<sup>78</sup> Siehe BT-Drs. 2/3409zu, S. 17 ff.

<sup>79</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 375, Rn. 27; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 181.

<sup>80</sup> Ständige Rspr. seit BGHZ 42, 182 = NJW 1964, 2404, Ls.; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 374, Rn. 20; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 38; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 100; Muscheler, ErbR I, Rn. 1503; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 1090; a.A. sog. „Wahltheorie“ H. Lange, NJW 1957, 1381 ff.; ders., NJW 1958, 288 erwidert auf die Ausführungen von Reinicke, NJW 1958, 121; sowie H. Lange, NJW 1965, 369 ff.

gatten damit, auf Kosten seiner erbrechtlichen Position den rechnerischen Zugewinnausgleich nebst kleinem Pflichtteil fordern zu können.

## II. Die Gesetzeshistorie der Güterstandsabhängigkeit der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten

- 35 Um die im Laufe der Arbeit erfolgende Diskussion um die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB besser einordnen zu können, soll im Folgenden ein kurzer Überblick über die Gesetzeshistorie gegeben werden. Als Ausgangspunkt dient an dieser Stelle der Weg zur Einführung der Zugewinnsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand.
- 36 Der einstige gesetzliche Güterstand des BGB war der Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung, die sog. „Verwaltungsgemeinschaft“.<sup>81</sup> Diese zeichnete sich dadurch aus, dass die Vermögen von Mann und Frau zwar getrennt blieben, dem Mann allerdings durch die Eheschließung das Recht der Verwaltung und Nutznießung am Vermögen der Frau (dem „eingebrachten Gut“) zuteilwurde, § 1363 Abs. 1 BGB a.F.<sup>82</sup> Im Gegenzug verpflichtete sich der Mann die ehelichen Lasten zu tragen und das eingebrachte Gut der Frau in der Substanz zu erhalten, § 1389 BGB a.F.<sup>83</sup> Hervorzuheben ist, dass der Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft keine die Ehe überdauernden Nachwirkungen begründete.<sup>84</sup> Das Güterrecht nahm folglich insbesondere keinen Einfluss auf die Höhe der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten.<sup>85</sup>
- 37 Aufgrund seiner Konzeption war der gesetzliche Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft allerdings stetiger Kritik und mit dieser einhergehend Re-

<sup>81</sup> *Kipp/Wolff*, FamR, 1. Aufl., S. 142; zur Verwaltungsgemeinschaft siehe insbesondere die Ausführungen des Redaktors des Familienrechts *Gottlieb Planck* in *Schubert*, Familienrecht Bd. 1, S. 366 ff.; ferner auch *Offen*, Von der Verwaltungsgemeinschaft des BGB von 1896 zur Zugewinnsgemeinschaft des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957, S. 9 ff.; *Schmid*, Die Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften, S. 59. Für einen umfänglichen Überblick über den historischen Entwicklungsgang des gesetzlichen Ehegattenerbrechts im deutschen Recht siehe *Holler*, Wandlungen des Ehegattenerbrechts, S. 57 ff. sowie *Kowalczyk*, Zugewinnsgemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I–III BGB, S. 15 ff., 119 ff.

<sup>82</sup> *Stierstorfer*, Das erste einheitliche deutsche Güterrecht, S. 74 f., 77; *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (56).

<sup>83</sup> *Planck* in: *Schubert*, Familienrecht Bd. 1, S. 371; *Stierstorfer*, Das erste einheitliche deutsche Güterrecht, S. 76 f.

<sup>84</sup> Denkschrift zum BGB S. 245 in *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht, S. 850.

<sup>85</sup> Vgl. Denkschrift zum BGB S. 246 in *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht, S. 850, „gewöhnlich hiernach der Entw. dem Ueberlebenden auch im Falle des Zusammentreffens mit Kindern des Verstorbenen einen *festen Erbtheil*.“ [Herv. d. Verf.].

formbegehren ausgesetzt.<sup>86</sup> An prominenter Stelle standen dabei die Verhandlungen des 1924 in Heidelberg abgehaltenen 33. Deutschen Juristentags.<sup>87</sup> In diesem Rahmen wurde gegen den gesetzlichen Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft insbesondere vorgebracht, dass dieser „nicht der politischen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit der Frau und ihrer Stellung als gleichberechtigter Gefährtin des Mannes [entspreche]“.“<sup>88</sup> Vor diesem Hintergrund wurde gefordert, den gesetzlichen Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft durch den Güterstand „der Gütertrennung in Verbindung mit einer Zugewinnsgemeinschaft“<sup>89</sup> zu ersetzen. Entsprechende Vorschläge wurden von den Berichterstattern Kipp<sup>90</sup> und Munk<sup>91</sup> unterbreitet. Diese Vorschläge griffen eine Güterstandsform auf, welche bereits ältere Partikularrechte des deutschen Rechtsbereichs vor Einführung des BGB kannten.<sup>92</sup> Grundgedanke dieses Güterstands war es – ausgehend von dem der Errungenschaftsgemeinschaft immanenten Prinzip der Teilung der Errungenschaft zwischen den Gatten und insofern auch von Kipp als „eine Art Errungenschaftsgemeinschaft von Todes- und Scheidungswegen“<sup>93</sup> bezeichnet –, dass während der Ehe eine Gütertrennung<sup>94</sup> bestand, jedoch mit Auflösung der Ehe jedem Ehegatten die Hälfte des Zugewinns des anderen gebührt. Sollte der Zugewinn eines Gatten höher als der des anderen sein, so sollte die Hälfte des Überschusses dem anderen Gatten zu leisten sein.<sup>95</sup> Beachtlich ist, dass ebenfalls bei Auflösung der Ehe

---

<sup>86</sup> von Olshausen, Die Konkurrenz von Güterrecht und Erbrecht bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch Tod eines Ehegatten, S. 7 ff.; Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (56).

<sup>87</sup> Bereits 1912 bedauerte Wolff, dass die Aufnahme der Zugewinnsgemeinschaft als gesetzlicher Güterstand vom Gesetzgeber nicht ausreichend erwogen worden sei, vgl. Kipp/Wolff, FamR, 1. Aufl., S. 142.

<sup>88</sup> Munk, 33. DJT, S. 339.

<sup>89</sup> Die Schreibweise differiert im Folgenden vereinzelt zwischen „Zugewinnsgemeinschaft“ und „Zugewinnstgemeinschaft“, was darauf zurückzuführen ist, dass immer die Schreibweise gewählt wird, welche der Autor im Original verwendet hat.

<sup>90</sup> Kipp, 33. DJT, S. 325 ff., 344 ff.

<sup>91</sup> Munk, betitelt als „Gütertrennung in Verbindung mit einer Beteiligung am Ehegewinn“, 33. DJT, S. 339 ff., 369 ff.

<sup>92</sup> Berent, 33. DJT, S. 382; dies., Die Zugewinnstgemeinschaft der Ehegatten, S. 14, mit amtlich nach Roth erstelltem Katalog der Rechtsordnungen, in welchen eben jener Güterstand gegolten hat, S. 15 ff.; siehe ferner die beispielhafte Aufzählung bei Merzbacher, AcP 156 (1958), 1 (9): „Mainzer Landrecht von 1755, Ansbacher Provinzialrecht (1790), Stadtrecht von Regensburg (1580), Stadtrecht von Rothenburg ob der Tauber (1656), Ulmer Stadtrecht und im Coburgischen Recht.“; auch unter Verweis auf das schweizerische Recht, vgl. Kipp, 33. DJT, S. 349.

<sup>93</sup> Kipp, 33. DJT, S. 349.

<sup>94</sup> Siehe hierzu Sauer, Die Zugewinnsgemeinschaft – ein Güterstand der Gütertrennung, S. 4 ff.

<sup>95</sup> Kipp, 33. DJT, S. 327 f.; Munk, 33. DJT, S. 340.

durch den Tod ein Zugewinnausgleich durchgeführt werden sollte – und das sowohl in dem Fall, dass der überlebende Ehegatte ausgleichsberechtigt wäre, (zugunsten) als auch in dem Fall, dass der Überlebende ausgleichspflichtig wäre (zulasten). Insofern heißt es in den Vorschlägen Kipps: „Ist die Ehe durch Tod des Gatten aufgelöst, dem ein Zugewinstüberschuß gebührt, so steht die Zugewinstforderung den Abkömmlingen des Verstorbenen und dem überlebenden Gatten selbst nach Verhältnis ihrer Erbteile zu.“<sup>96</sup> Es war weiter vorgesehen, dass jeder Ehegatte hinsichtlich der Zugewinnausgleichsforderung bei Auflösung der Ehe durch den Tod durch Verfügung von Todes wegen bestimmen können sollte, dass dem Überlebenden dasjenige, was er über den Pflichtteil hinaus aus dem Vermögen des Erblassers erhalten würde, auf die Zugewinnausgleichsforderung anzurechnen sei. Sollte der überlebende Ehegatte Ausgleichsschuldner sein, so sollte die Ausgleichsschuld zudem zu stunden und um den Betrag zu kürzen sein, den er zum Unterhalt, zur Aussteuer oder angemessenen Ausstattung der Abkömmlinge aufwenden müsste.<sup>97</sup> Die in der Sache ähnlichen Vorschläge Munks sahen vor, unabhängig von den Nachwirkungen des Güterstands, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten zu erweitern und dem Überlebenden auch gegenüber den Erben erster Ordnung das Recht auf den Voraus einzuräumen.<sup>98</sup>

- 38 Jene Vorschläge zu einer „Gütertrennung in Verbindung mit einer Zugewinnbeteiligung“ sahen sich allerdings auch Kritik ausgesetzt. Insbesondere Wieruszowski stellte sich in seinen Vorschlägen auf einen ablehnenden Standpunkt.<sup>99</sup> Hauptkritikpunkt war dabei, dass die Zugewinnbeteiligung sich nicht in das System der Gütertrennung einfügen würde. So lägen die Hauptvorteile der Gütertrennung in der Klarheit und Einfachheit. Eine Zugewinnbeteiligung würde aber Berechnungsschwierigkeiten und schwer lösbare Verwicklungen in diesen Güterstand hineinbringen.<sup>100</sup> Mit Blick auf einen Zugewinnausgleichsanspruch im Todesfall wurde zudem ausgeführt, dass „unerträgliche“<sup>101</sup> Ergebnisse zu befürchten wären, würde die typischerweise ausgleichsberechtigte Frau vor ihrem Mann versterben und müsste dieser in der Folge den Erben der Frau – also unter Umständen einseitigen Abkömmlingen – einen Teil seines Zugewinns herausgeben. Aber auch der Fall, dass die ausgleichsberechtigte Frau ihren Mann überlebe, wurde vor dem Hintergrund als stoßend empfunden, dass der Zugewinnausgleichsanspruch den Nachlass der

<sup>96</sup> Kipp, 33. DJT, S. 328.

<sup>97</sup> Kipp, 33. DJT, S. 328.

<sup>98</sup> Munk, 33. DJT, S. 344.

<sup>99</sup> „Ich dagegen vertrete einen ablehnenden Standpunkt.“, Wieruszowski, 33. DJT, S. 337.

<sup>100</sup> Wieruszowski, 33. DJT, S. 337.

<sup>101</sup> Wieruszowski, 33. DJT, S. 360.



Abkömmlinge in erheblicher Weise schmälern würde, dies insbesondere dann, wenn das Vermögen des Verstorbenen im Wesentlichen aus Zugewinn bestünde.<sup>102</sup> Wieruszowski sah deshalb zur Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Ehegewinn vor, dass bei Auflösung der Ehe durch den Tod das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht des Überlebenden erheblich zu verstärken sei.<sup>103</sup> Die Verhandlungen der zweiten Abteilung des 33. DJT über die Ausgestaltung des gesetzlichen Güterstands schlossen mit der (fast einstimmigen)<sup>104</sup> Annahme des Antrags: „Als künftiges gesetzliches eheliches Güterrecht empfiehlt sich die Gütertrennung in Verbindung mit einer Beteiligung beider Gatten an der Errungenschaft. Eheverträge sind, wie bisher, zuzulassen.“<sup>105</sup>

Konkrete Reformen zogen diese Vorschläge jedoch nicht nach sich. Die Problematik rund um den gesetzlichen Güterstand wurde sodann auf dem 36.<sup>106</sup> sowie dem 38. DJT<sup>107</sup> aufgegriffen.<sup>108</sup> Dabei wurde insbesondere der Beschluss des 33. DJT vom 38. DJT bestätigt.<sup>109</sup> Hieß es 1924 noch, dass zwar

<sup>102</sup> Wieruszowski, 33. DJT, S. 360; siehe ferner *Holler*, Wandlungen des Ehegatten-erbrechts, S. 86f.

<sup>103</sup> Wieruszowski, 33. DJT, S. 338.

<sup>104</sup> Eine Gegenstimme.

<sup>105</sup> Beschluss der zweiten Abteilung, 33. DJT, S. 384.

<sup>106</sup> Siehe das für den 1931 in Lübeck abgehaltenen 36. DJT erstellte Gutachten von *Rebstein-Metzger*, 36. DJT, S. 567 ff., der Vorschlag unterbreitete die Einführung einer Gütertrennung mit Beteiligung der Ehegatten an der Errungenschaft nach Auflösung der Ehe. Die Ausführungen entsprechen dabei in weiten Teilen denen von *Kipp*, 33. DJT, S. 325 ff., 344 ff., mit Blick auf die Auflösung der Ehe durch Scheidung ergaben sich gewisse Unterschiede, vgl. ferner *Hagemeyer*, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 12f.

<sup>107</sup> Abgehalten 1950 in Frankfurt.

<sup>108</sup> Nicht unerwähnt soll bleiben, dass es während der Gewaltherrschaft des nationalsozialistischen Regimes ideologisch motivierte Änderungen insbesondere im Familien- bzw. Ehegüterrecht gab. Zu den wichtigsten dieser Gesetze zählen das Blutschutzgesetz (RGBl. 1935 I, S. 1146), nach welchem die Eheschließung zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes verboten war und die Ausgliederung des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts mit dem Ehegesetz (RGBl. 1938 I, S. 807 ff.), welches Scheidungsgründe wie „auf geistiger Störung beruhendes Verhalten“ oder „Geisteskrankheit“ (§§ 50, 51 EheG 1938, RGBl. 1938 I, S. 812), „ansteckende oder ekelerregende Krankheit“ (§ 52 EheG 1938, RGBl. 1938 I, S. 813) oder „vorzeitige Unfruchtbarkeit“ (§ 53 Abs. 1 EheG 1938, RGBl. 1938 I, S. 813) vorsah. Jene Gesetze wurden durch das Gesetz Nr. 1 des Kontrollrates vom 20. September 1945 zusammen mit sämtlichem Recht nationalsozialistischen Inhalts nach der Kapitulation Deutschlands aufgehoben, siehe zu dem Voranstehenden *Holler*, Wandlungen des Ehegatten-erbrechts, S. 88, Fn. 172; *MüKo/Koch*, Einl. FamR, Rn. 82 ff.; *Staudinger/Voppel*, Einl. FamR, Rn. 59 ff.

<sup>109</sup> Beschlüsse, 38. DJT, B 101 f., im Übrigen hat der 38. DJT keine nennenswerten Neuerungen gebracht, vgl. *Hagemeyer*, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 13: „Auch die Referate und Entschlüsse des 38. DJT (Frankfurt) sind über die Ergebnisse von 1924 nicht wesentlich hinausgekommen.“



die Weimarer Reichsverfassung es in Art. 119 WRV vorsehe, die Ehe auf der Grundlage der Gleichberechtigung beider Geschlechter auszugestalten, dieses Prinzip aber nicht notwendig dahin zu verstehen sei, dass beide Ehegatten Rechte identischen Inhalts haben müssen<sup>110</sup>, so wurde mit Inkrafttreten des Grundgesetzes am 23. Mai 1949 und des in ihm enthaltenen Gleichberechtigungsgrundsatzes von Mann und Frau klar, dass der Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft nicht länger aufrechterhalten werden konnte<sup>111</sup>. Damit stand das geltende Güterrecht zwar Art. 3 Abs. 2 GG entgegen, doch blieb es vorerst (gem. Art. 117 Abs. 1 GG allerdings nicht länger als bis zum 31. März 1953) in Kraft. Basierend auf einer im Auftrag des Bundesjustizministeriums veröffentlichten Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) erforderlichen Gesetzesänderungen<sup>112</sup> legte die Bundesregierung 1952 den Entwurf „eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts“<sup>113</sup> (RegE I) vor.<sup>114</sup> Über den Entwurf ging es jedoch nicht hinaus, eine fristwahrende Reform des Ehegüterrechts blieb aus. Folge dessen war, dass das bisher Geltung beanspruchende Ehegüterrecht außer Kraft trat, soweit es dem in Art. 3 Abs. 2 GG verankerten Gleichberechtigungsgrundsatz widersprach.<sup>115</sup> Die Rechtsprechung rekurrierte in der Folgezeit auf der Gütertrennung als den gesetzlichen Güterstand.<sup>116</sup> 1954 legte die Bundesregierung sodann den Entwurf „eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts“<sup>117</sup> (RegE II) vor. Wie bereits im RegE I (hier noch bezeichnet als „Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinnes“<sup>118</sup>) war in diesem die Einführung des gesetzlichen Güterstands der „Zugewinnsgemeinschaft“ vorgesehen.<sup>119</sup> Für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod sollte der Zugewinn rechnerisch ausgeglichen werden, § 1386 Abs. 4 RegE I bzw. § 1385 Abs. 4 RegE II – allerdings nur, wenn der überlebende Ehegatte den geringeren Zuge-

---

<sup>110</sup> Kipp, 33. DJT, S. 345.

<sup>111</sup> Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (57).

<sup>112</sup> Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums.

<sup>113</sup> BT-Drs. 1/3802.

<sup>114</sup> Holler, Wandlungen des Ehegattenerbrechts, S. 89.

<sup>115</sup> Staudinger/Voppel, Einl. FamR, Rn. 60; siehe auch Holler, Wandlungen des Ehegattenerbrechts, S. 88, Fn. 172.

<sup>116</sup> Siehe etwa BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342; gebilligt durch das BVerfG siehe BVerfGE 3, 225, siehe insbes. 245 ff., juris Rn. 52, 55.

<sup>117</sup> BT-Drs. 2/224.

<sup>118</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 53.

<sup>119</sup> BT-Drs. 2/224, S. 38.

winn erzielt hatte.<sup>120</sup> Ein Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten sollte explizit – entgegen der Denkschrift<sup>121</sup> – nicht zur Entstehung gelangen können.<sup>122</sup>

In das auf dem RegE II fußende<sup>123</sup> Gleichberechtigungsgesetz hat diese 40  
Regelung jedoch keinen Einzug gehalten. Weder die rein „erbrechtliche Lösung“ noch die „güterrechtliche Lösung“ konnte sich behaupten.<sup>124</sup> Mit Wirkung vom 30. Juni 1958 wurde die Zugewinnngemeinschaft als neuer gesetzlicher Güterstand eingeführt und mit ihr § 1371 BGB.<sup>125</sup> Der Zugewinnausgleich sollte nunmehr bei Auflösung des Güterstands durch den Tod nicht berechnet werden (müssen), sondern im Sinne der „erbrechtlichen Lösung“<sup>126</sup> dadurch verwirklicht werden, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht, wobei unerheblich ist, ob überhaupt ein Zugewinn erzielt wurde.<sup>127</sup> Das Güterrecht bestimmt damit maßgeblich die Höhe der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten – Folge ist die Güterstandsabhängigkeit des gesetzlichen Ehegattenerbrechts. Begründet wurde die in § 1371 Abs. 1 BGB kodifizierte „erbrechtliche Lösung“ – unter Eingeständnis von Schwächen<sup>128</sup> – damit, dass der Geldanspruch des überlebenden Ehegatten zu schwierigsten Beweisführungen und Bewertungen zwingen würde,<sup>129</sup> die pauschale Erhöhung des Erbteils hingegen eine sehr einfache Möglichkeit biete, den Ehegatten an dem Vermögen des anderen zu beteiligen. So diene die „erbrechtliche Lösung“ der Rechtssicherheit sowie der Rechtsklarheit und bringe den weiteren Vorteil, dass der überlebende Ehegatte an dem Vermögen des anderen dinglich beteiligt werde.<sup>130</sup> Dies wiederum sei auch im Interessen der übrigen Erben – deren Erbteile durch die Erhöhung gemindert werden –, da der überlebende Ehegatte als Miterbe an einer ord-

---

<sup>120</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46 f.

<sup>121</sup> Vgl. Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 22.

<sup>122</sup> „Den Erben oder den Nachkommen des Verstorbenen steht also keine Ausgleichsforderung zu.“ [Herv. im Original], BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>123</sup> Wobei der eingesetzte Unterausschuss „Familienrechtsgesetz“ neben dem RegE II in seine Beratungen (in 77 Sitzungen) die Entwürfe eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau der FDP (BT-Drs. 2/112) und SPD (BT-Drs. 2/178) miteinbezog, vgl. BT-Drs. 2/3409zu, S. 2 f.

<sup>124</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 15 f., 18 ff.

<sup>125</sup> Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (57).

<sup>126</sup> Fußend in den Grundzügen auf Wieruszowski und den Arbeiten der deutschen Notargemeinschaft, insb. Knur (siehe etwa dessen Beitrag „Reform des Ehegüterrechts und Gleichberechtigung von Frau und Mann“ auf dem Deutschen Notartag 1952, S. 43 ff., vgl. Wahl, FS Lehmann, S. 419 f.

<sup>127</sup> Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (57).

<sup>128</sup> Vgl. BT-Drs. 2/3409zu, S. 16; Wahl, FS Lehmann, S. 426 f.

<sup>129</sup> Wahl, FS Lehmann, S. 421.

<sup>130</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 16.

nungsgemäßen Verwaltung und Verwertung des Nachlasses interessiert sei, während er eine Geldforderung wohl häufig durchsetzen würde, ohne Rücksicht auf den Nachlass zu nehmen.<sup>131</sup>

- 41 Die Güterstandsabhängigkeit des gesetzlichen Erbrechts rührt folglich mit Blick auf den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft<sup>132</sup> daher, dass mit der Zugewinnsgemeinschaft ein gesetzlicher Güterstand geschaffen werden sollte, welcher Art. 3 Abs. 2 GG, mithin der Gleichberechtigung von Mann und Frau gerecht wird. Zentrales Kriterium war dabei der Ausgleich des während der Ehe erwirtschafteten Zugewinns. Für den Fall der Eheauflösung durch den Tod sollte ein möglichst einfacher Weg gefunden werden, den überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des anderen teilhaben zu lassen und dadurch die dem Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft immanente güterrechtliche Teilhabe zu verwirklichen. Eben diese Lösung fand sich in der durch den Güterstand bedingten Anhebung der Erbquote des überlebenden Ehegatten.

### **III. Die Natur und innere Begründung des Zugewinnausgleichs im Todesfall**

- 42 Aus der Genese des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft als Güterstand der Gleichberechtigung von Frau und Mann lassen sich drei konstituierende Faktoren konstatieren: Ausgleich, Freiheit und Bindung<sup>133</sup>.
- 43 Während sich der Faktor der Freiheit in der weitgehenden vermögensrechtlichen Autonomie der Ehegatten widerspiegelt, welche durch die Ausgestaltung der Zugewinnsgemeinschaft während bestehender Ehe als (im Wesentlichen) Gütertrennung erreicht wird,<sup>134</sup> zeigt sich der Faktor der Bindung in den die grundsätzlich gewährte Verwaltungsfreiheit einschränkenden Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB. Das Herzstück der Zugewinnsgemeinschaft, der Faktor des Ausgleichs, wird in erster Linie durch den Ausgleich des Zugewinns bei Auflösung der Ehe verwirklicht; je nach Auflösungsgrund entweder durch einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch in Höhe der Hälfte des Zugewinnüberschusses (so bei lebzeitiger Auflösung,

<sup>131</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 16.

<sup>132</sup> Neben der Güterstandsabhängigkeit des gesetzlichen Erbrechts des in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Ehegatten findet sich eine solche seit der Einführung des § 1931 Abs. 4 BGB im Jahre 1969 auch für den in Gütertrennung lebenden Ehegatten, siehe dazu bereits die Ausführungen zum Erbteil des in Gütertrennung lebenden Ehegatten, Rn. 28; ferner auch *Zimmermann*, *RabelsZ* 80 (2016), 39 (57 f.).

<sup>133</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 305, Rn. 4.

<sup>134</sup> *MüKo/Koch*, Vor. § 1363 BGB, Rn. 22; *Röthel*, FPR 2009, 273 (274); *Staudinger/Thiele*, § 1363 BGB, Rn. 4.

§§ 1363 Abs. 2 S. 2, 1372, 1378 Abs. 1 BGB) oder durch die Erhöhung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten (so bei Tod, § 1371 Abs. 1 BGB). Durch diesen Ausgleich wird in den „Güterstand auf Augenhöhe“ der Zugewinnngemeinschaft der Grundsatz der Gleichberechtigung im Vermögensrecht hineingetragen.<sup>135</sup> Dabei findet der Zugewinnausgleich seine Rechtfertigung in unterschiedlichen Aspekten.

Ausgangspunkt ist die Konzeption als gütertrennungsähnlicher Güterstand. 44 So hat die in § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB normierte Trennung der Vermögen der Ehegatten, welche sich gleichsam auf das Vermögen erstreckt, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt,<sup>136</sup> zur Folge, dass ein dingliches Gefälle an der Errungenschaft besteht – jeder Erwerb während des Güterstands ist Einzelerwerb.<sup>137</sup> Ein Legitimationsansatz der Korrektur des während der Ehe bestehenden dinglichen Gefälles durch den Ausgleich des Zugewinns bei Beendigung der Ehe findet sich in der Annahme, dass der Ehegatte, welcher selbst zugunsten des Haushalts und der Kindeserziehung keiner Erwerbstätigkeit nachgehen konnte, am Zugewinn des anderen beteiligt werden sollte, da diesem so der volle Einsatz seiner Arbeitskraft im Berufsleben ermöglicht wurde.<sup>138</sup> Das wird umso begreiflicher, wenn sich vor Augen geführt wird, dass das Leitbild bei Schöpfung der Zugewinnngemeinschaft die „Hausfrauen-ehe“ war.<sup>139</sup> Ohne entsprechende Teilhabe wäre der Rolle der Frau in der Ehe die Anerkennung versagt worden.<sup>140</sup> Darüber hinaus ist die übergeordnete Idee der Schicksalsgemeinschaft der Partner in der Ehe zu beachten. Unter diesem Aspekt kann der Ausgleich auch zu legitimieren sein, da ein Ehegatte den größeren Erwerb seines Partners stets mitverursacht.<sup>141</sup> Verliert das Modell der „reinen Hausgattenehe“, also einer solchen Ehe, in der ein Partner über den Großteil der Ehedauer hinweg keiner Erwerbstätigkeit zugunsten der Haushaltsführung und Kindeserziehung nachgeht, zusehends an Boden, trägt der dem Zugewinnausgleich immanente Gedanke der Mitverursachung ebenso in der heutigen Zeit mit Blick auf Doppelverdiener-Ehen. Immerhin ist die

---

<sup>135</sup> Staudinger/*Thiele*, Vor. § 1371 BGB, Rn. 3; siehe auch BeckOGK/*Szalai*, § 1363 BGB, Rn. 5.

<sup>136</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1363 BGB, Rn. 3; BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1363 BGB, Rn. 12; *Schwab*, FamR, Rn. 225.

<sup>137</sup> *Röthel*, FPR 2009, 273 (275); *dies.*, 68. DJT, A 54.

<sup>138</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 305, Rn. 3.

<sup>139</sup> Siehe BT-Drs. 2/3409zu, S. 5: „Dabei kam es dem Ausschuß vor allem darauf an, mit dieser Lösung festzustellen, daß die Tätigkeit beider Ehegatten – welcher Art immer sie sein möge, vor allem auch die Tätigkeit der Ehefrau als Hausfrau [Herv. d. Verf.] – als gleichberechtigt, angesehen wird.“

<sup>140</sup> Staudinger/*Thiele*, Vor. § 1371 BGB, Rn. 4.

<sup>141</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 305, Rn. 3; zum Zweck des Zugewinnausgleichs an sich BeckOGK/*Szalai*, § 1363 BGB, Rn. 6.

Vermögensmehrung in der Ehe von zahlreichen weiteren Faktoren wie der Wirtschaftlichkeit von Anschaffungen, der Bereitschaft zum Konsumverzicht, der Geschicklichkeit bei Geldanlagen und auch nicht-finanziellen Investitionen abhängig.<sup>142</sup>

- 45 Die Ehe genießt als „Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner“ verfassungsrechtlichen Schutz i. S. d. Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG, erbrachte Ehebeiträge sind daher als gleichwertig anzusehen.<sup>143</sup> In der Folge ist der während der Ehe erwirtschaftete Erwerb als von beiden Ehegatten gleichermaßen „verdient“ anzusehen, unabhängig davon, ob der Erwerb auf einen Beitrag aufgrund von Erwerbstätigkeit oder auf einen sich in der Führung des Haushalts und der Betreuung der Kinder erschöpfenden Beitrag zurückzuführen ist.<sup>144</sup> Die sich schließlich ergebende hälftige Teilung des Zugewinnüberschusses ist Ausdruck einer idealisierenden Tendenz.<sup>145</sup>
- 46 Vor dem Hintergrund seiner ihn zeichnenden Motivation stellt der Ausgleich des Zugewinns weder eine unentgeltliche Leistung<sup>146</sup>, noch einen „Lohn“<sup>147</sup> dar.<sup>148</sup> Mit den Worten der höchstrichterlichen Rechtsprechung dient der Zugewinnausgleich „ebenso wie der Versorgungsausgleich der Aufteilung von gemeinsam erwirtschaftetem Vermögen der Eheleute, welches nur wegen der in der Ehe gewählten Aufgabenverteilung einem der Ehegatten rechtlich zugeordnet war.“<sup>149</sup> Der Anspruch auf Zugewinnausgleich wurzelt der Eigenart des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft nach in der vermö-

<sup>142</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 306, Rn. 6f.

<sup>143</sup> BVerfGE 105, 1 (10f.) = NJW 2002, 1185, juris Rn. 31 f.; BVerfG, NJW 2003, 2819 (2820), juris Rn. 17; Röthel, FPR 2009, 273 (275).

<sup>144</sup> Schwab, FamR, Rn. 224; Verwirklichung der güterrechtlichen Teilhabe als gleichberechtigte Teilhabe an der gemeinsamen Lebensleistung, Röthel, 68. DJT, A 54.

<sup>145</sup> Das eine Legitimation, gesehen in dem Verzicht einer Erwerbsmöglichkeit bzw. der Mitverursachung, in grundsätzlich unterschiedlichem Ausmaß der Beteiligung münden müssten (bei Verzicht auf Erwerbsmöglichkeit wäre sachrichtige Teilungsgröße wohl der Zugewinn aus Erwerbstätigkeit, während bei Mitverursachung jeglichen Erwerbs, die richtige Teilungsgröße aller Erwerb wäre), soll vorliegend nicht weiter vertieft werden, siehe hierzu Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 305, Rn. 3. Wie zu Beginn der Arbeit ausgeführt, soll kein Reformvorschlag hinsichtlich des Halbteilungsgrundsatzes im Rahmen des rechnerischen Zugewinnausgleichs erfolgen.

<sup>146</sup> BGH, FamRZ 2015, 47, juris Rn. 16 ff.; BFH, ZEV 2006, 41 ff., juris Rn. 15 ff.; Leipold, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>147</sup> Als indirekte Art der Entlohnung für die Hausfrauenarbeit betitelt von Munk, 33. DJT, S. 372.

<sup>148</sup> Staudinger/Thiele, Vor. § 1371 BGB, Rn. 5.

<sup>149</sup> BGH, NJW 2013, 457 (458), juris Rn. 18, bezugnehmend auf BVerfG, NJW 2003, 2819 (2820), juris Rn. 17 („Der Versorgungsausgleich dient ebenso wie der Zugewinnausgleich der Aufteilung von gemeinsam erwirtschaftetem Vermögen der Eheleute, welches nur wegen der in der Ehe gewählten Aufgabenverteilung einem der Ehegatten rechtlich zugeordnet war.“).

gensrechtlichen Beziehung zwischen den Ehegatten bzw. dem zwischen diesen bestehenden Pflichtenverhältnis während des Güterstands.<sup>150</sup> Dabei entsteht der Anspruch zwar grundsätzlich erst mit Beendigung des Güterstands (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB), doch kommt ihm einige Vorwirkung zu.<sup>151</sup> Etwas findet im Gesetz vor allem Niederschlag in den Verfügungsbeschränkungen, insbesondere in der Vorschrift des § 1365 BGB, welche ihrem Zweck nach neben der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Ehe- und Familiengemeinschaft den Schutz des ausgleichsberechtigten Ehegatten wegen seines künftigen Rechts auf den Zugewinnausgleich verfolgt.<sup>152</sup> Aufgrund des von Anbeginn des Güterstands zwischen den Ehegatten bestehenden Verhältnisses, in welchem der künftige Zugewinnausgleichsanspruch wurzelt, sowie dessen Vorwirkungen lässt sich bereits während bestehender Ehe von einer rechtlich begründeten Erwerbsaussicht sprechen. Wenngleich diese nicht als Anwartschaftsrecht zu charakterisieren ist<sup>153</sup>, da es insofern an der Gewissheit des Entstehens der Ausgleichsforderung mangelt, als insbesondere maßgeblich ist, welcher Ehegatte den höheren bzw. niedrigeren Zugewinn während des Güterstands erzielt<sup>154</sup>. So kann die durch den Eintritt in den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft rechtlich begründete Erwerbsaussicht jedenfalls als tatsächliche Aussicht auf einen künftigen Rechtserwerb als Anwartschaft auf Zugewinnausgleich bei Beendigung des Güterstands charakterisiert werden.<sup>155</sup>

Nach dem soeben Gesagten müssten die dargelegten Prinzipien im Grundsatz unabhängig von dem Auflösungsgrund der Ehe Geltung erlangen, mit der

<sup>150</sup> *Leipold*, NJW 2011, 1179 (1181) unter Berufung auf BVerfGE 80, 170 (180), juris Rn. 44.

<sup>151</sup> *Staudinger/Thiele*, § 1378 BGB, Rn. 14.

<sup>152</sup> Siehe BGH, FamRZ 2007, 1634, juris Rn. 18; BGHZ 143, 356, juris Rn. 8; *MüKo/Koch*, § 1365 BGB, Rn. 1 f.; *Leipold*, NJW 2011, 1179 (1181); *Staudinger/Thiele*, § 1365 BGB, Rn. 1 f.; siehe zudem *Braun*, FS Musielak, S. 133 ff., welcher den Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs als alleinigen Zweck des § 1365 BGB ansieht.

<sup>153</sup> So aber LG Koblenz, FamRZ 1998, 163 (164); *Alebrand*, JZ 1955, 573 (574); *Bärmann*, AcP 157 (1958/59), 145 (172), welcher von einem „potentiellen Anwartschaftsrecht“ spricht.

<sup>154</sup> *MüKo/Koch*, § 1378 BGB, Rn. 18; zur Definition des Anwartschaftsrechts siehe ferner *Weber/Fuchs/Schneil*, Rechtswörterbuch, „Anwartschaft“; *Weber/Fuchs*, Rechtswörterbuch, „Anwartschaftsrecht“.

<sup>155</sup> Vgl. BGHZ 101, 225, juris Rn. 8; BGH, FamRZ 1978, 396, Ls. 3; OLG Hamm, NJW-RR 2006, 1442, juris Rn. 6; *Künzl*, FamRZ 1988, 452 (455); mit Blick auf den Begriff „Anwartschaft“ kritischer *MüKo/Koch*, § 1378 BGB, Rn. 18, welche aber jedenfalls von einer „Erwerbschance“ spricht; nicht ähnlich kritisch *Staudinger/Thiele*, § 1378 BGB, Rn. 14, welcher ausführt, dass die Bezeichnung als „Anwartschaft“ nicht falsch ist; zur Definition des Begriffs „Anwartschaft“ siehe *Weber/Fuchs/Schneil*, Rechtswörterbuch, „Anwartschaft“.

Folge, dass eine folgerichtige und konsequente Durchführung des Zugewinnausgleichsgedankens bedingen würde, diesen stets in gleicher Weise durchzuführen.<sup>156</sup> Nun findet *de lege lata* im Fall der Eheauflösung durch den Tod allerdings gerade kein rechnerischer Zugewinnausgleich statt. Vielmehr sieht § 1371 Abs. 1 BGB vor, dass der Ausgleich des Zugewinns durch die pauschale Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehegatten um  $\frac{1}{4}$  verwirklicht wird. Das Gesetz fingiert damit einen Zugewinnüberschuss bei dem erstverstorbenen Ehegatten in Höhe der Hälfte seines Gesamtvermögens.<sup>157</sup> Die Rechtfertigung für dieses Vorgehen wird dabei in folgenden Erwägungen gesucht:

- Die Einfachheit der Regelung, welche der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit diene<sup>158</sup> – immerhin müssen die verschiedenen Anfangs- und Endvermögen der Ehegatten nicht ermittelt werden<sup>159</sup>.
- Die Konfliktvermeidung – der Überlebende muss keinen schuldrechtlichen Anspruch auf Zugewinnausgleich gegen die Erben, welche zumeist Abkömmlinge sein werden, durchsetzen und sieht sich selbst keiner entsprechenden Forderung ausgesetzt.<sup>160</sup>
- Die Vermeidung von Unsicherheiten bei der Wertermittlung.<sup>161</sup>
- Die Aufbesserungsbedürftigkeit der erbrechtlichen Position des überlebenden Ehegatten.<sup>162</sup>
- Der Umstand, dass die Regelung auch im Interesse der übrigen Erben stehe, da der überlebende Ehegatte aufgrund der vorgesehenen dinglichen Beteiligung als Miterbe an einer ordnungsgemäßen Verwaltung und Verwertung des Nachlasses interessiert sei, während er eine ihm zustehende Geldforderung häufig durchsetzen werde, ohne auf den Nachlass Rücksicht zu nehmen.<sup>163</sup>

---

<sup>156</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 308, Rn. 10; siehe auch Dieckmann, 49. DJT, K 22.

<sup>157</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 308, Rn. 10.

<sup>158</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 16.

<sup>159</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 15.

<sup>160</sup> Dieckmann, 49. DJT, K 22; Lange, 68. DJT, L 35.

<sup>161</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 15; siehe auch Koch, DNotZ 2020, 414 (415); Lange, 68. DJT, L 30; Wahl, FS Lehmann, S. 425 f.

<sup>162</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 308 f., Rn. 12.

<sup>163</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 16.

#### IV. Der Reformbedarf des § 1371 Abs. 1 BGB

Quasi seit Anbeginn der Schaffung des § 1371 BGB in seiner Erstfassung 48 vom 1. Juli 1958 gibt die Regelung Anlass zu juristischem Diskurs. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage nach dem Bedürfnis und der Ausgestaltung einer Reform des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, konkreter des in § 1371 Abs. 1 BGB vorgesehenen pauschalierten Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod.

##### 1. Die Unstimmigkeiten der Vorschrift

Den Ausgangspunkt jedweden Diskurses über entsprechende Reformbe- 49 strebungen bilden die Unstimmigkeiten, welche die Norm des § 1371 Abs. 1 BGB in systematisch-dogmatischer sowie rechtspolitischer Hinsicht, aber auch mit Blick auf das internationale Erbrecht durchziehen.

##### *a) In systematisch-dogmatischer Hinsicht*

In systematisch-dogmatischer Hinsicht sind gleich mehrere Problematiken 50 auszumachen. Diese werden folgend dargestellt und erörtert. Anschließend wird ausgeführt, inwiefern diese sogar von verfassungsrechtlicher Relevanz sind.

##### *aa) Darstellung der Problematiken*

Zuvorderst ist hinsichtlich des Regelungsgehalts des § 1371 Abs. 1 BGB 51 auf die soeben dargestellte Konzeption der Norm Bezug zu nehmen, also insbesondere auf den Umstand, dass § 1371 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausdrücklich normiert, dass es unerheblich ist, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben. Die Anhebung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten, welche ausweislich des § 1371 Abs. 1 Hs. 1 BGB gerade den Ausgleich des Zugewinns verwirklichen soll, also auch gewährt wird, wenn überhaupt kein Zugewinn erzielt wurde; noch drastischer: sogar demjenigen zugutekommt, welcher den höheren Zugewinn erzielt hat, im Fall der lebzeitigen Auflösung des Güterstands also zweifelsohne ausgleichspflichtig gewesen wäre.<sup>164</sup>

Zu Recht wird aus diesem Umstand eine Systemwidrigkeit gefolgert. So 52 zeichnet sich das Prinzip des Zugewinnausgleichs doch gerade dadurch aus,

---

<sup>164</sup> Koch, DNotZ 2020, 414; Krug, FPR 2007, 164 (168); Sauer, Die Zugewinn-  
gemeinschaft – ein Güterstand der Gütertrennung, S. 7.



dass die durch die gütertrennungsähnliche Konzeption der Zugewinnsgemeinschaft während des Güterstands bedingte Zuordnung des während der Ehe erwirtschafteten Vermögens nach dessen Beendigung durch hälftig Teilung des erwirtschafteten Gewinns ausgeglichen wird. Wird nun aber ein Zugewinn pauschal auch dort ausgeglichen, wo ein solcher überhaupt nicht oder sogar ein Überschuss besteht, so erklärt das Gesetz in § 1371 Abs. 1 Hs. 2 BGB alle Fragen des Zugewinns für unerheblich<sup>165</sup> – ein rechnerischer Zugewinnausgleich findet überhaupt nicht statt; der zu erwartende Ausgleichsanspruch des (verstorbenen) ausgleichsberechtigten Ehegatten „löst sich gleichsam in Luft auf“<sup>166</sup>.

- 53 Noch zurückhaltend sind vor dem Hintergrund dieser systematischen Unstimmigkeit die Stimmen, welche lediglich ausführen, dass das dem Zugewinnausgleich innewohnende Konzept der Halbteilung durch die Pauschalierung allenfalls zufällig verwirklicht werden kann.<sup>167</sup> Freilich finden sich in der Literatur aber auch schärfere Kritiken der Vorschrift. So wird diese betitelt als: „konnte kaum unlogischer gestaltet werden“<sup>168</sup>, „absurd“<sup>169</sup> oder „rechtspolitischer Formelkompromiss [...], der sich weder in das Güterrecht noch in das Erbrecht eingefügt hat“<sup>170</sup>. Führt man sich vor Augen, dass in dem Fall, in welchem der überlebende Ehegatte eigentlich ausgleichspflichtig gewesen wäre, nun aber durch sein Überleben des Partners seine Ausgleichspflicht in eine echte erbrechtliche Partizipation an dem Vermögen des Verstorbenen als „Ausgleich des Zugewinns“ umqualifiziert hat<sup>171</sup> und sich diese Vermögens teilhabe auch auf das Anfangsvermögen des verstorbenen Ehegatten erstreckt, also das Vermögen, welches bereits bei Eingehung der Ehe vorhanden war und daher schon begriffstechnisch nicht durch gemeinsame Leistung der Ehegatten während der Ehe erworben wurde und folglich nicht Gegenstand des

<sup>165</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 6; Dutta tadelt die „sture Nachlassbeteiligung des Überlebenden ohne Rücksicht auf die Errungenschaft während der Ehe“ als unvereinbar mit dem Grundgedanken der Zugewinnsgemeinschaft, FamRZ 2019, 1390 (1395).

<sup>166</sup> Leipold, NJW 2011, 1179.

<sup>167</sup> Diederichsen, FamRZ 1992, 1 (9); siehe auch Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (99), welcher ausführt, dass „die erbrechtliche Lösung zu rechnerisch – buchstäblich – unmöglichen Ergebnissen [führt], wo der allgemeine Ehegattenerbteil bereits  $\frac{1}{2}$  oder  $\frac{3}{4}$  beträgt, so daß an dem Zugewinnausgleich nichts fehlen kann, auch wenn der Nachlaß nur aus ausgleichspflichtigem Zugewinn besteht.“

<sup>168</sup> Leipold, AcP 180 (1980), 160 (176).

<sup>169</sup> Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 4. Aufl., S. 497; Rauscher, FamR, Rn. 378.

<sup>170</sup> Röthel, 68. DJT, A 53.

<sup>171</sup> Diederichsen, FamRZ 1992, 1 (9); vgl. insofern auch MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 6.

Zugewinnausgleichs sein sollte<sup>172</sup>, so ist den scharfen Stimmen in der Literatur zuzustimmen.

Weiter ist hinsichtlich der Systematik des güterstandsabhängigen gesetzlichen Ehegattenerbrechts ein Blick auf die Folgen der Regelung des § 1931 Abs. 4 BGB zu werfen. Gem. § 1931 Abs. 4 BGB erhält der in Gütertrennung lebende Ehegatte für den Fall, dass neben ihm ein oder zwei Kinder des Erblassers als gesetzliche Erben berufen sind, einen Kindsteil. Sollte nun ein Kind zum gesetzlichen Erben neben dem überlebenden Ehegatten berufen sein – und Ein-Kind-Familien sind gewiss nicht mehr die Ausnahme<sup>173</sup> –, so erhielte der überlebende (in Gütertrennung lebende) Ehegatte eine Erbquote von  $\frac{1}{2}$ . Selbe Erbquote würde jedoch derjenige Ehegatte erhalten, welcher in der geschilderten Konstellation im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hatte. Sein gesetzliches Erbrecht von  $\frac{1}{4}$  gem. § 1931 Abs. 1 BGB würde sich über § 1371 Abs. 1 BGB um ein weiteres Viertel auf  $\frac{1}{2}$  erhöhen. Dabei soll aber doch gerade über das pauschale Viertel des § 1371 Abs. 1 BGB der Zugewinnausgleich verwirklicht werden. Dann lässt sich aber nicht erklären, warum *de lege lata* sowohl der in Gütertrennung als auch der in Zugewinnngemeinschaft lebende Ehegatte neben einem Kind des Erblassers dieselbe Erbquote erhält.<sup>174</sup>

Auch die Rechtsfolge des § 1371 Abs. 1 BGB, also die Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehegatten zur Verwirklichung des güterrechtlichen Vermögensausgleichs zwischen den Ehegatten, gibt Anlass, an der Konzeption des pauschalierten Zugewinnausgleichs zu zweifeln. Wird die Erbquote des Ehegatten angehoben, so werden zwangsläufig die Erbquoten der danebentretenden gesetzlichen Erben gemindert – der pauschalierte Zugewinnausgleich bedeutet damit einen güterrechtlich motivierten Eingriff in das verfas-

<sup>172</sup> Dieckmann, 49. DJT, K 15; Diederichsen, FamRZ 1992, 1 (9).

<sup>173</sup> Auf Ehepaare betrachtet haben 2023 ca. 43 % mit einem Kind zusammengelebt, vgl. die Statistik des Statistischen Bundesamtes „Familien nach Lebensform und Kinderzahl in Deutschland“, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Tabellen/2-1-familien.html>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; siehe auch Röthel, 68. DJT, A 53, Fn. 253.

<sup>174</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 7; Röthel, 68. DJT, A 53; sind zwei Abkömmlinge zu gesetzlichen Erben berufen, so erhält der in Zugewinnngemeinschaft lebende Ehegatte nur  $\frac{1}{6}$  mehr als der in Gütertrennung lebende ( $\frac{1}{2}$  vs.  $\frac{1}{3}$ ), vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 372, Rn. 4–6. Die Regelung des § 1931 Abs. 4 BGB wird zudem vor dem Hintergrund kritisiert, dass sie in systemwidriger Weise konterkariert, was die Eheleute für ihren Güterstand (Gütertrennung) vereinbart haben, nämlich dass die Zuordnung erworbenen Vermögens zum jeweiligen Ehegatten – mag sie auch auf der Mitarbeit des anderen beruhen – endgültig und ausgleichsfrei erfolgen soll, Muscheler, ErbR I, Rn. 1426; siehe auch Zimmermann, RabelsZ (80) 2016, 39 (58). § 1931 Abs. 4 BGB für „verfehlt“ haltend Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (98).

sungsrechtlich geschützte Erbrecht der Abkömmlinge.<sup>175</sup> Dieser Umstand wiegt umso schwerer, wenn die Pauschalierung dem Ehegatten zugutekommt, welcher den höheren Zugewinn erzielt hatte, also eigentlich gerade ausgleichspflichtig gewesen wäre. So kann schon kein Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten der Erben des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten erwachsen<sup>176</sup>, vielmehr werden ihre Erbquoten zusätzlich durch die Pauschalierung gemindert. Mit Blick auf gemeinsame Abkömmlinge wurde dieser Umstand bereits bei Schaffung des § 1371 Abs. 1 BGB mit der Aussicht eben jener darauf, den überlebenden (und von der Anhebung der Erbquote profitierenden) Ehegatten zu beerben, gerechtfertigt.<sup>177</sup> Jene Aussicht fehlt jedoch jedenfalls einseitigen Abkömmlingen des verstorbenen Ehegatten, da diese kein gesetzliches Erbrecht nach dem überlebenden Ehegatten haben. Vor diesem Hintergrund wurde zwar überlegt, eine Sondernorm zugunsten einseitiger Abkömmlinge zu schaffen, eine darauf lautende Vorschrift konnte sich jedoch nicht behaupten.<sup>178</sup> Insofern führte Wahl zur Rechtfertigung der Besserstellung des überlebenden Ehegatten durch die Pauschalierung auch gegenüber einseitigen Abkömmlingen aus, dass „die Zugewinnsgemeinschaft [...] in ihren Leitgedanken eine Errungenschaftsgemeinschaft ist, die nach Art der Innengesellschaft organisiert ist. Wenn man mit dieser Vorstellung Ernst macht, hat die Frau oder der Mann einen verdienten Anteil an dem Vermögenszuwachs des anderen Ehepartners erworben. Gerade wenn die Frau ersteheliche Kinder des Mannes übernommen hat, ist ihre in der Familie vollbrachte Mitarbeit besonders hoch zu veranschlagen und der Vermögenszuwachs entsprechend der Grundauffassung der Errungenschaftsgemeinschaft auch ihr Verdienst.“<sup>179</sup> Gerade mit Blick auf diese Ausführungen erscheint aber unverständlich, warum dann kein Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten der Erben (mithin auch der einseitigen Abkömmlinge) des erstverstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten entstehen kann. Bezogen auf die Ausführungen Wahls: Wenn doch beide Ehegatten einen verdienten Anteil an dem Vermögenszuwachs des anderen Ehepartners erworben haben, dann sollte doch eben diesem erworbenen Anteil bei Tod des Ausgleichsberechtigten Rechnung getragen werden – das aber gewiss nicht durch pauschale Anhebung der Erbquote des ausgleichspflichtigen Ehegatten. Auf jene Gedanken wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.<sup>180</sup> Im geltenden Recht bleibt den einseitigen Abkömmlingen lediglich die Aussicht auf § 1371 Abs. 4 BGB.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Koch, DNotZ 2020, 414 f.

<sup>176</sup> Siehe hierzu oben Rn. 30.

<sup>177</sup> Wahl, FS Lehmann, S. 428; siehe ferner BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 3; Lange, 68. DJT, L 30; ders., DNotZ 2010, 749 (754).

<sup>178</sup> Wahl, FS Lehmann, S. 428 ff.

<sup>179</sup> Wahl, FS Lehmann, S. 434.

<sup>180</sup> Siehe Rn. 178.

## bb) Verfassungsrechtliche Relevanz der dargestellten Problematiken

Das Vorstehende umreißt dabei nicht bloß Lappalien, sondern erlangt gleich 56 in mehrfacher Hinsicht Relevanz auf verfassungsrechtlicher Ebene. Der Umstand, dass der Anspruch auf Zugewinnausgleich bei Vorversterben des ausgleichsberechtigten Ehegatten wegfällt, erscheint zunächst mit Blick auf den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden allgemeinen Gleichheitssatz problematisch. Verstirbt der ausgleichspflichtige Ehegatte zuerst, so erhält der überlebende ausgleichsberechtigte seinen Anteil am Zugewinn über das pauschale Viertel. Stellt sich die Situation umgekehrt dar, verpufft der Anspruch des Ausgleichsberechtigten auf Teilhabe am Zugewinn schlicht. Wäre die Ehe nicht durch den Tod geschieden worden, sondern zu Lebzeiten, wäre völlig unstreitig ein Ausgleichsanspruch entstanden.<sup>182</sup> Es ist kaum einzusehen, dass derjenige Ehegatte, welcher im Scheidungsfall ausgleichspflichtig wäre, durch sein Überleben des anderen Ehegatten von dieser Ausgleichspflicht befreit wird.<sup>183</sup> Die Fälle der Eheauflösung durch den Tod bzw. der Scheidung stellen sich insofern unter keinen allzu verschiedenen Vorzeichen dar<sup>184</sup>. Vielmehr sind sie im hier entscheidenden Punkt, nämlich der Notwendigkeit der Durchführung eines Zugewinnausgleichs als Folge aus dem während des Güterstands bestehenden Pflichten- und Vermögensverhältnis zwischen den Ehegatten<sup>185</sup>, vergleichbar.

Im Fall der Eheauflösung durch den Tod kommt nicht nur den Gesichtspunkten Gewicht zu, welche den Zugewinnausgleich konstituieren<sup>186</sup>, sondern 57 ebenso der erbrechtlichen Dimension, insbesondere dem Aspekt der Neuverteilung des Nachlasses. Dabei verdrängt die erbrechtliche Dimension gerade im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge aber keineswegs die güterrechtlichen Anliegen. Wie bei lebzeitiger Auflösung der Ehe beruht der Zugewinn eines jeden Ehegatten auf einer gemeinsamen Leistung während der Ehe.<sup>187</sup> Resultat muss im gesetzlichen Güterstand bei Eheauflösung, also Auflösung der von Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG geschützten „Lebensgemeinschaft

---

<sup>181</sup> Lange, 68. DJT, L 30; ders., DNotZ 2010, 749 (754).

<sup>182</sup> Leipold, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>183</sup> Erst recht ist nicht einzusehen, dass dieser Ehegatte *de lege lata* sogar eine Erhöhung seiner Erbquote durch die Pauschalierung erfährt; vgl. auch Diederichsen, FamRZ 1992, 1 (9).

<sup>184</sup> So aber Staudinger/Thiele, Vor. § 1371 BGB, Rn. 11.

<sup>185</sup> Vgl. Leipold, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>186</sup> Zur inneren Motivation des Zugewinnausgleichs im geltenden Recht siehe Rn. 42.

<sup>187</sup> Battes, Eherecht, S. 427; Dethloff, Familienrecht, § 5 Rn. 92.

gleichberechtigter Partner“<sup>188</sup>, der Anspruch auf Teilhabe beider Ehegatten am gemeinschaftlich erwirtschafteten Vermögen sein – der Zugewinnausgleichsanspruch. Sowohl bei lebzeitiger Auflösung der Ehe als auch der Auflösung durch Tod muss die Motivation hinter dem güterrechtlichen Ausgleich dieselbe sein: Im Rahmen der Abwicklung des Güterstands als Sonderordnung des Vermögens der Eheleute aufgrund und während ihrer Ehe<sup>189</sup> dem Umstand der gemeinsamen Erwirtschaftung des Zugewinns eines jeden Ehegatten gerecht zu werden – eben die güterrechtliche Teilhabe als gleichberechtigte Teilhabe an der gemeinsamen Lebensleistung zu verwirklichen.<sup>190</sup> Löst sich nun der Ausgleichsanspruch des ausgleichsberechtigten Ehegatten bei Beendigung des Güterstands durch den Tod gleichsam in Luft auf, so führt § 1371 Abs. 1 BGB damit eine „unbegreifliche Inkonsequenz“ i. S. einer Ungleichbehandlung fort, welche bereits bezüglich der im RegE II vorgesehenen Regelung des Zugewinnausgleichs im Todesfall angemahnt wurde.<sup>191</sup> So sah der RegE II in § 1385 Abs. 4 BGB-E doch vor, dass der Zugewinn im Todesfall nur ausgeglichen werden sollte, wenn der überlebende Ehegatte den geringeren Zugewinn erzielt hatte – eine Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten sollte also nicht entstehen können.<sup>192</sup> Wird gem. § 1371 Abs. 1 BGB stets unabhängig von jeglichen Zugewinnerwägungen der Zugewinn durch das pauschale Viertel verwirklicht, trägt die geltende Regelung in die angemahnte Inkonsequenz, dass der Anspruch immer nur zugunsten des überlebenden Ehegatten entstehen kann, noch Nachteile für die Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten hinein. Zu bedenken ist insofern, dass ein Zugewinn auch dort ausgeglichen wird, wo es keinen auszugleichen gilt und die Erbteile der übrigen Erben in der Folge der pauschalen Anhebung der Erbquote des Ehegatten gemindert werden. Dass der pauschalisierte Zugewinnausgleich daher auch einen güterrechtlich motivierten Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Erbrecht insbesondere der Abkömmlinge bedeutet, wurde oben bereits ausgeführt<sup>193</sup>.

<sup>188</sup> BVerfGE 105, 1 (10 f.) = NJW 2002, 1185, juris Rn. 31; hierzu oben Rn. 45; zum verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Teilhabe beider Ehegatten am gemeinschaftlich erwirtschafteten Vermögen siehe ferner BGH, NJW 2013, 457, juris Rn. 18.

<sup>189</sup> BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 2; der Formulierung nach entlehnt aus BGH, NJW 2015, 2185, juris Rn. 25.

<sup>190</sup> Vgl. BVerfGE 105, 1 (10 f.) = NJW 2002, 1185, juris Rn. 31 f., auch unter Hinweis darauf, dass in der Ehe erbrachte Leistungen als gleichwertig anzusehen sind; Röthel, 68. DJT, A 54; dies., FS Werner, S. 491; dies., FPR 2009, 273 (275).

<sup>191</sup> Ulmer, FamRZ 1958, 251 (252).

<sup>192</sup> BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>193</sup> Siehe Rn. 55.

Dieser Gedanke leitet zu verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Eigentums- und Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG über. Leipold ist zuzustimmen, wenn dieser ausführt, dass der insofern naheliegende Einwand, der Zugewinnausgleichsanspruch bestehe vor Beendigung des Güterstands noch nicht und entstehe auch nicht im Falle der Beendigung durch Tod bei Vorversterben des Ausgleichsberechtigten, nicht durchgreifen kann, da es andernfalls der Gesetzgeber völlig in der Hand hätte, durch Regeln über die Entstehung eines zivilrechtlichen Anspruchs die verfassungsrechtlichen Vorgaben über den Schutz des Eigentums und des Erbrechts zu umgehen.<sup>194</sup> Zu beachten ist in diesem Rahmen, dass – wie oben dargestellt<sup>195</sup> – der Zugewinnausgleichsanspruch seiner Eigenart nach in der zwischen den Ehegatten bestehenden vermögensrechtlichen Beziehung während des Güterstands wurzelt. Löst sich diese im Güterstand von Beginn an angelegte und mithin rechtlich begründete Erwerbsaussicht bei Tod gleichsam in Luft auf, so wird dem ausgleichsberechtigten Ehegatten die ihm eigentlich zustehende – und bei Eintritt in den Güterstand in Aussicht gestellte – Vermögensposition genommen. Er kann sie nicht vererben. Damit ist aber nicht nur die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG hinsichtlich des ausgleichsberechtigten Ehegatten als Erblasser betroffen. Ebenso ist die Erbrechtsgarantie mit Blick auf die Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten tangiert, da diese den Anspruch nicht erben können.

Ob diese aus den systematisch-dogmatischen Unstimmigkeiten des § 1371 Abs. 1 BGB herrührenden verfassungsrechtlichen Bedenken zu rechtfertigen sind, wird im Anschluss an die Darstellung der Unstimmigkeiten der Vorschrift in rechtspolitischer sowie kollisionsrechtlicher Hinsicht erörtert.<sup>196</sup>

### *b) In rechtspolitischer Hinsicht*

Zu kritisieren ist des Weiteren in rechtspolitischer Hinsicht, dass das – aus der historischen Entwicklung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft herrührende – Motiv der „Hausfrauenehe“ die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB prägt.<sup>197</sup> So konnte die „Bonner Quart“ – trotz ihrer Systemwidrigkeit – regelmäßig jedenfalls zu billigen Ergebnissen führen, da es üblich war, dass der Ehegatte überlebte, welcher ausgleichsberechtigt war.<sup>198</sup> Es kam also regelmäßig nicht zu dem – hier so oft beklagten – Fall, dass derjenige von der Pauschalierung profitierte, welcher den höheren Zugewinn während der Ehe

<sup>194</sup> Leipold, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>195</sup> Siehe Rn. 45.

<sup>196</sup> Siehe Rn. 62.

<sup>197</sup> Lange, 68. DJT, L 30; ders., DNotZ 2010, 749 (754).

<sup>198</sup> BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 5; Muscheler, ErbR I, Rn. 1423.

erzielt hatte. Dies hing damit zusammen, dass üblicherweise die (Haus-)Frau länger lebte als der (wirtschaftende) Mann.<sup>199</sup> Dieses hinter § 1371 Abs. 1 BGB durchschimmernde Rollenbild ist allerdings nicht mehr zeitgemäß und muss aufgegeben werden.<sup>200</sup>

*c) In Hinsicht auf das internationale Erbrecht*

- 61 Schließlich gilt es, die Problematiken rund um die Vorschrift des § 1371 BGB im Kontext internationaler Erbfälle zu betrachten.<sup>201</sup> Da die Pauschalierung ein güterrechtliches Ziel (Ausgleich des Zugewinns) mit Mitteln des Erbrechts (Erhöhung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten um  $\frac{1}{4}$ ) zu erreichen sucht, war lange Zeit umstritten, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB güter- oder erbrechtlich zu qualifizieren ist. Bereits 1957 hatte Ferid angemahnt, dass bei Auseinanderfallen von Güter- und Erbstatut schwierig zu lösende Konstellationen erwachsen könnten, in denen der überlebende Ehegatte möglicherweise um das ihm zustehende Viertel gebracht werden könnte.<sup>202</sup> Der BGH hatte die geführte Diskussion rund um die Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB mit Beschluss vom 13.5.2015<sup>203</sup> vorerst zu dem Ergebnis geführt, dass der pauschalierte Zugewinnausgleich güterrechtlich zu qualifizieren sei, da sich der Zweck des § 1371 Abs. 1 BGB gerade in der Abwicklung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft bei Auflösung der Ehe durch den Tod erschöpfe und nicht in der Vermögensbeteiligung des Längstlebenden kraft seiner nahen Verbundenheit mit dem Verstorbenen<sup>204</sup>. Damit schloss sich der BGH der zu dieser Zeit im Schrifttum vorherrschenden Meinung<sup>205</sup> an. Wurde die Diskussion um die Qualifikation damit beruhigt und herrschte weitgehend Einverständnis in Rechtsprechung und Literatur

<sup>199</sup> Vor dem Hintergrund dieses Umstandes wurden die – von den Schöpfern des § 1371 Abs. 1 BGB durchaus gesehenen – systematischen Unstimmigkeiten des § 1371 Abs. 1 BGB hingenommen, vgl. nur das gegebene Beispiel: „Sterbe zum Beispiel der Mann, der in der Ehe den größeren Zugewinn erzielt habe, vor der Frau, so sei es gerechtfertigt, das Erbrecht der Frau zu erhöhen. Sterbe aber die Frau, die den geringeren Zugewinn erzielt habe, vor dem Mann, so habe es keinen Sinn, den gesetzlichen Erbteil des Mannes zu vergrößern.“, BT-Drs. 3409zu, S. 16.

<sup>200</sup> Vgl. *Röthel*, 68. DJT, A 54.

<sup>201</sup> So bereits weit vor Inkrafttreten der EuErbVO etwa *Dieckmann*, 49. DJT, K 15; *Mezger*, 49. DJT, K 72 ff.; *von Olshausen*, Die Konkurrenz von Güterrecht und Erbrecht bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch Tod eines Ehegatten, S. 91 ff.

<sup>202</sup> *Ferid*, FamRZ 1957, 70 (72 f.), daran anschließend *Braga*, FamRZ 1957, 334 (340 f.).

<sup>203</sup> BGH, NJW 2015, 2185.

<sup>204</sup> BGH, NJW 2015, 2185 (2186), juris Rn. 25.

<sup>205</sup> Siehe etwa *Jeremias/Schäper*, IPRax 2005, 521 (524 ff.); *Looschelders*, IPRax 2009, 505 (509); *MüKo/Siehr*, 5. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB, Rn. 114 ff.



dahingehend, dass es grundsätzlich richtig sei, in internationalen Erbfällen § 1371 Abs. 1 BGB auch dann heranzuziehen, wenn bei Tod eines Ehegatten ausländisches Erbrecht neben deutschem Güterrecht zur Anwendung kommt,<sup>206</sup> so wurde mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Mahnkopf“<sup>207</sup> der Finger erneut in die „Qualifikationswunde“ gelegt. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich zu qualifizieren und damit dem Anwendungsbereich der EuErbVO zuzuordnen sei. Begründet wurde dieses Ergebnis damit, dass sich der Hauptzweck des pauschalierten Zugewinnausgleichs nicht in der Aufteilung des Vermögens oder der Beendigung des ehelichen Güterstands, sondern in der Regelung der Rechte des überlebenden Ehegatten an zum Nachlass gehörenden Gegenständen erschöpfe und dies schließlich erbrechtlicher Natur sei.<sup>208</sup> Mag der EuGH damit die Qualifikationsfrage um § 1371 Abs. 1 BGB beantwortet haben, bereitet die Handhabe der Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB in Fällen, in welchen Erb- und Güterstatut auseinanderfallen<sup>209</sup> nicht weniger Probleme. Es gilt nämlich, die mit § 1371 Abs. 1 BGB einhergehenden Anpassungs- und Substitutionsfragen zu beachten. § 1371 Abs. 1 BGB setzt tatbestandlich voraus, dass „der Güterstand“ durch den Tod eines Ehegatten beendet wird. Es handelt sich insofern um eine güterrechtlich zu qualifizierende Vorfrage im Erbstatut.<sup>210</sup> Führen die anwendbaren Güterkollisionsnormen zur Anwendung ausländischen Güterrechts, ist nun also deutsches Recht das Erbstatut, allerdings ein ausländisches Recht das Güterstatut, so ist die Frage zu beantworten, ob der ausländische Güterstand die in § 1371 Abs. 1 BGB vorausgesetzte

---

<sup>206</sup> Koch, DNotZ 2020, 414 (416).

<sup>207</sup> EuGH 1.3.2018, Rs C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138; zur Entscheidung „Mahnkopf“ und der übergeordneten Problematik des Verhältnisses von Erb- und Güterstatut im Regime der EuErbVO siehe Garber/Lugani/Liebermann, 10 Jahre EuErbVO, S. 114 ff.

<sup>208</sup> EuGH 1.3.2018, Rs C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, Rn. 40.

<sup>209</sup> Im Zusammenspiel von EuGüVO und EuErbVO kann es zu divergierendem Güterstatut (ausländisch) und Erbstatut (deutsch) nach der objektiven Anknüpfung (erster gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten nach Eheschließung, Art. 26 Abs. 1 lit. a) EuGüVO; gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes, Art. 21 Abs. 1 EuErbVO) insbesondere kommen, wenn die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt erst nach der Heirat nach Deutschland verlegen und der ausländische Partner dann hier verstirbt, vgl. Koch, DNotZ 2020, 414 (418).

<sup>210</sup> Dutta, FamRZ 2019, 1390 (1395); hinsichtlich des Streits um die selbständige oder unselbständige Anknüpfung von Erst- bzw. Vorfragen siehe etwa allgemein Bernitt, Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht; Hausmann/Odersky/Hausmann, 1. Teil § 3, Rn. 32 ff.; Junker, Internationales Privatrecht, S. 153 ff.; konkret bezogen auf die Frage der Anknüpfung von Vorfragen im Rahmen der EuErbVO siehe Garber/Lugani/Coester-Waltjen, 10 Jahre EuErbVO, S. 193; Dörner, ZEV 2010, 221 (224, 227); ders., ZEV 2012, 505 (513); MüKo/Dutta, Vor. Art. 20 EuErbVO, Rn. 50 ff. m. w. N.



deutsche Zugewinnsgemeinschaft substituieren kann.<sup>211</sup> Die Substitution eines deutschen Rechtsbegriffs durch eine ausländische Rechtserscheinung setzt eine gewisse Übereinstimmung in der Funktion beider voraus, wobei nicht zwangsläufig Normidentität zu fordern ist, sondern eine Vergleichbarkeit der wesentlichen, normprägenden Merkmale genügt.<sup>212</sup> Eine entsprechende Vergleichbarkeit wird mit Blick auf die vorliegende Substitutionsfrage regelmäßig zu verneinen sein. Der Umstand, dass der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft im Todesfall auf einen an der tatsächlichen Errungenschaft orientierten Ausgleich verzichtet und eine pauschalierte Teilhabe am Nachlass vorsieht, ist so einzigartig, dass wohl kaum ein ausländischer Güterstand in einer eine Substitution begründenden Art und Weise vergleichbar ist.<sup>213</sup> Selbst wenn ein ausländischer Güterstand substituierbar sein sollte, wäre noch zu beachten, dass Konstellationen des Normenmangels bzw. der Normenhäufung erwachsen könnten und es damit zu Anpassungsproblemen kommen könnte.<sup>214</sup> Zu denken sei beispielsweise an die Konstellation, dass der überlebende Ehegatte bei deutschem Erbstatut eine Erhöhung aus § 1371 Abs. 1 BGB erlangen, nach ausländischem Güterstatut aber unter Umständen noch einmal einen Ausgleich herleiten könnte.

## 2. Keine Rechtfertigung

- 62 Zur Rechtfertigung all dieser Systemwidrigkeiten, samt den aus ihnen herrührenden verfassungsrechtlichen Bedenken, Widersprüchlichkeiten und Komplikationen, welche die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB durchziehen, wird zuvorderst das Argument der einfachen Handhabe der Regelung des pauschalierten Zugewinnausgleichs,<sup>215</sup> aber auch die Akzeptanz der Regelung in

<sup>211</sup> Dutta, FamRZ 2019, 1390 (1395); Gruber, IPRax 2023, 435 (436); Weber, NJW 2018, 1356 (1357).

<sup>212</sup> BGH, NJW 2015, 2185 (2187), juris Rn. 33; MüKo/Dutta, Vor. Art. 20 Eu-ErbVO, Rn. 63; Mansel, FS Kropholler, S. 369.

<sup>213</sup> Dutta, FamRZ 2019, 1390 (1395); zur Diskussion, welche ausländischen Güterstände substituierbar sein sollen bzw. gerade nicht, siehe etwa Gruber, IPRax 2023, 435 (436 f.); Sakka, MittBayNot 2018, 4 (7); Süß, DNotZ 2018, 742 (751 f.); Weber, NJW 2018, 1356 (1357 f.).

<sup>214</sup> Ein Überblick über mögliche Konstellationen der Normenhäufung bzw. des Normenmangels finden sich bei Weber, NJW 2018, 1356 (1358); einer Anpassung ablehnend gegenüberstehend, wenn der ausländische Güterstand – unabhängig davon, ob es sich um einen Wahl-Güterstand oder um den gesetzlichen Güterstand handelt – einem der im deutschen Recht verwendeten Güterstände (Zugewinnsgemeinschaft, Gütergemeinschaft, Gütertrennung, Wahl-Zugewinnsgemeinschaft) gleichzustellen ist, weil dann die aus deutscher Sicht „richtige“ Erbquote zur Anwendung kommt, Gruber, IPRax 2023, 435 (438 f.).

<sup>215</sup> So heißt es in BT-Drs. 2/3409zu, S. 15: „Im Fall des Todes eines Ehegatten könnten die Schwierigkeiten, Bestand und Wert des Anfangsvermögens zu ermitteln,

der Bevölkerung<sup>216</sup> angeführt. Daneben treten die Argumente der Konfliktvermeidung, der Aufbesserungsbedürftigkeit der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten<sup>217</sup>, der Interessenwahrung der Erben durch dingliche Beteiligung des Ehegatten<sup>218</sup> sowie der typischen (wirtschaftlichen) Verhältnisse bzw. Lebensumstände bei Eheschließung<sup>219</sup>. Jene Argumentationsstränge vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

Das Argument der einfachen Handhabe übersieht, dass konkrete Zugewinnberechnungen verschiedentlich trotz der Pauschalierung durchgeführt werden müssen.<sup>220</sup> So steht es dem überlebenden Ehegatten einerseits frei, die „güterrechtliche Lösung“ nach § 1371 Abs. 2, 3 BGB zu wählen (rechnerischer Zugewinnausgleich + kleiner Pflichtteil)<sup>221</sup> und erklärt andererseits § 5 Abs. 1 ErbStG nicht das pauschale Viertel an sich, sondern den Betrag in Höhe der hypothetisch bestehenden Zugewinnausgleichsforderung für keinen Erwerb

63

---

sehr erheblich sein. Im Gegensatz zum Scheidungsfall sei hier durch die Erhöhung des Erbrechts eine andere, und zwar *sehr einfache* [Herv. d. Verf.] Möglichkeit gegeben, den überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des anderen Ehegatten zu beteiligen.“; unter Beachtung dieses Umstands die Regelung rechtfertigend etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 309, Rn. 12; *Koch*, DNotZ 2020, 414 (415).

<sup>216</sup> Auch unter Verweis auf die Akzeptanz der Regelung in der Bevölkerung unterblieb eine Änderung des § 1371 BGB im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. Juli 2009 (BGBl. 2009 I, S. 1696) trotz der beschriebenen Unstimmigkeiten, welche der Regierung bekannt waren (so schon ausgeführt etwa in BT-Drs. 5/4179zu, S. 6), siehe BeckOGK/*Kuhn*, § 1371 BGB, Rn. 11; interessant ist in diesem Zusammenhang wohl auch, dass das Eckpunktepapier des Bundesministeriums der Justiz für die Verantwortungsgemeinschaft vom 2. Februar 2024 ein Modul „Zugewinnsgemeinschaft“ vorsieht, welches zu eigen hat, dass auf die Vertragspartner die für Ehegatten geltenden Regelungen über die Zugewinnsgemeinschaft entsprechende Anwendung finden sollen, S. 5. Es handelt sich also um einen Globalverweis auf die §§ 1363 ff. BGB, wovon § 1371 BGB erfasst wäre. Mangels gesetzlichen Erbrechts der Vertragsparteien erscheint eine Anwendung des § 1371 BGB allerdings äußerst fragwürdig. Es käme wohl nur ein rechnerischer Ausgleich des Zugewinns auch im Todesfall in Betracht. Das Papier ist abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Verantwortungsgemeinschaft.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Verantwortungsgemeinschaft.html?nn=110490), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>217</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 308 f., Rn. 11, 12.

<sup>218</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 16.

<sup>219</sup> Vgl. *Knur*, Probleme der Zugewinnsgemeinschaft, S. 14 f.

<sup>220</sup> *Röthel*, 68. DJT, A 53; *Urbach*, Unzulänglichkeiten der Zugewinnsgemeinschaft, S. 90 f.; beachte auch *Braga*, FamRZ 1957, 334 f., welcher herausstellt, dass das sachfremde Interesse der leichten Handhabung des Gesetzes bei der Neubildung von Privatrechtsnormen, welche das vermögensrechtliche Verhältnis zweier Personen regeln und daher primär der Berücksichtigung und Abwägung der typischen Interessen der sich gegenüberstehenden Parteien bedürfen, nicht überbewertet werden darf.

<sup>221</sup> Siehe hierzu Rn. 34.

i. S. d. § 3 ErbStG und damit für steuerfrei<sup>222</sup>. Beide Konstellationen setzen die Berechnung der tatsächlichen Höhe der Ausgleichsförderung voraus.

64 Mit Blick auf das Argument, die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB habe Akzeptanz in der Bevölkerung gefunden, ist eine gewichtige Unterscheidung zu treffen. Der Umstand, welcher Akzeptanz in der Bevölkerung gefunden hat, ist die Erbquote des überlebenden Ehegatten von  $\frac{1}{2}$  neben Kindern.<sup>223</sup> Dass diese Erbquote allerdings auf ein Zusammenspiel von Güter- und Erbrecht zurückzuführen ist und es in bestimmten Konstellationen aus wirtschaftlichen Gründen für den überlebenden Ehegatten ratsam sein kann, seine Erbenstellung auszuschlagen, ist für den Laien „vollkommen unverständlich“.<sup>224</sup> Das Argument der Akzeptanz in der Bevölkerung sollte daher nicht auf die systemwidrige Verquickung von Güter- und Erbrecht erstreckt werden. Es wäre vielmehr zu überlegen, der im „Volksgedächtnis“ verankerten Erbquote des überlebenden Ehegatten von  $\frac{1}{2}$  neben Abkömmlingen durch eine güterstandsunabhängige Anhebung der Erbquote des überlebenden Ehegatten Rechnung zu tragen. Eine entsprechende Ausgestaltung würde zudem das Argument der Aufbesserungsbedürftigkeit der erbrechtlichen Position des Ehegatten entkräften.

65 Das Argument, die dingliche Beteiligung des Ehegatten liege im Interesse der übrigen Erben, weil der Überlebende eine Geldforderung regelmäßig ohne Rücksicht auf den Nachlass durchsetzen würde, kann vor dem Hintergrund, dass unter Umständen auch derjenige Ehegatte von der Pauschalierung profitiert, welcher den höheren Zugewinn erzielt hat und der daraus resultierenden erbrechtlichen Benachteiligung der (einseitigen) Abkömmlinge, nicht überzeugen. Zudem wird übersehen, dass bei konsequenter Durchführung des Zugewinnausgleichsgedankens der Geldanspruch nicht zwangsläufig dem überlebenden Ehegatten zustünde, sondern ebenso den Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten zustehen könnte.<sup>225</sup>

66 Mit Blick auf das Argument der typischen (wirtschaftlichen) Verhältnisse bzw. Lebensumstände bei Eingehung der Ehe, welches ähnlich dem Argument der einfachen Handhabe zu rechtfertigen sucht, dass die Regelung des § 1371

<sup>222</sup> BFH, DStR 2021, 100 (101), juris Rn. 10; NJW 1994, 150 (151), juris Rn. 9; *Ebeling*, ZEV 2006, 19; vgl. auch *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, S. 230.

<sup>223</sup> *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (101); *Lange*, 68. DJT, L 32; *Strätz*, DNotZ 2001, 452 (453).

<sup>224</sup> *Lange*, 68. DJT, L 32; zustimmend BeckOGK/*Tegelkamp*, § 1931 BGB, Rn. 14.

<sup>225</sup> Das in BT-Drs. 2/3409zu, S. 16, nicht aufgegriffen wird, dass der Anspruch auch den Erben zustehenden könnte, erklärt sich damit, dass die vorausgegangenen Regierungsentwürfe nur einen Zugewinnausgleich im Todesfall vorsahen, sollte der überlebende Ehegatte ausgleichsberechtigt sein, vgl. BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

Abs. 1 BGB keine Rücksicht auf den tatsächlichen Zugewinn nimmt, ist Folgendes festzustellen: Der Pauschalierungsgedanke geht insbesondere immer dann fehl, wenn nicht die volle Erwerbsphase von den Ehegatten geteilt wurde<sup>226</sup> – erstreckt sich das über § 1371 Abs. 1 BGB zum Zwecke des Ausgleichs des Zugewinns pauschal gewährte erbrechtliche Viertel doch (anders als der rechnerische Zugewinnausgleich) auf das gesamte Vermögen und damit ebenfalls auf das Anfangsvermögen des verstorbenen Ehegatten. Der Umstand, dass nicht die volle Erwerbsphase geteilt wurde, findet sich allerdings immer häufiger – einerseits im Hinblick auf Zweit- und Drittehen<sup>227</sup>, aber auch (und insofern von erheblicher Brisanz) im Hinblick auf Erstehen. So ist dem Umstand Beachtung zu schenken, dass bei Konzeption der „erbrechtlichen Lösung“ davon ausgegangen wurde, dass die Ehe typischerweise in einem Alter geschlossen wird, in welchem noch kein wesentliches Vermögen vorhanden ist.<sup>228</sup> Knur führte insofern aus, dass die höchste Heiratsquote 1955 bei Männern in der Altersgruppe 24/25 Jahre, 1956 in der Altersgruppe 25/26 Jahre, bei den Frauen 1955 und 1956 in der Altersgruppe 21/22 Jahre lag.<sup>229</sup> In diesem Hinblick ist jedoch eine gewichtige gesellschaftliche Veränderung eingetreten. Bei Betrachtung des durchschnittlichen Heiratsalters in den vergangenen Jahrzehnten lässt sich eine stetig steigende Tendenz des durchschnittlichen Heiratsalters in Deutschland ausmachen; zuletzt lag das durchschnittliche Heiratsalter für Männer im Jahre 2023 bei 35,3 Jahren und für Frauen bei 32,8 Jahren<sup>230</sup>. Die pauschale Annahme, die Ehe würde in einem Alter geschlossen, in welchem keine bedeutenden Vermögenswerte vorhanden sind und die Ehegatten würden daher die volle Erwerbsphase miteinander teilen, kann mithin nicht (jedenfalls nicht in gleichem Maße) aufrechterhalten werden.

Schließlich verbleibt damit nur noch das Argument der Vermeidung von (insbesondere) innerfamiliären Konflikten. Jenes Argument hat vor Augen, dass neben dem gesetzlichen Ehegattenerbrecht ein realer Zugewinnausgleich durchgeführt würde und sich der überlebende Ehegatte in der Folge mit den Erben des verstorbenen Partners im Einzelnen über den in der Ehe erwirt-

---

<sup>226</sup> Vgl. Röthel, 68. DJT, A 53.

<sup>227</sup> Röthel, 68. DJT, A 53.

<sup>228</sup> Vgl. Knur, Probleme der Zugewinnngemeinschaft, S. 15: „Der typische Fall für den gesetzlichen Güterstand ist somit derjenige, daß die Ehe in jungen Jahren geschlossen wird, nennenswertes Anfangsvermögen nicht vorhanden ist, [...]“.

<sup>229</sup> Knur, Probleme der Zugewinnngemeinschaft, S. 14.

<sup>230</sup> Siehe die durch das Statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Durchschnittliches Heiratsalter von Männer und Frauen in Deutschland von 1991 bis 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/180321/umfrage/durchschnittliches-alter-bei-der-eheschliessung-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

schafteten Vermögensgewinn auseinandersetzen<sup>231</sup> und einen entsprechenden Ausgleichsanspruch durchsetzen müsste bzw. sich selbst einem entsprechenden Anspruch ausgesetzt sehen könnte<sup>232</sup>. Vorliegend soll jedoch noch nicht über das Durchführen eines realen Zugewinnausgleichs neben einem güterstandsunabhängigen gesetzlichen Ehegattenerbrecht *de lege ferenda* entschieden werden. Das Argument der Konfliktvermeidung soll daher wieder im Rahmen der Überlegungen *de lege ferenda* zu einem realen Zugewinnausgleich neben einem güterstandsunabhängigen gesetzlichen Ehegattenerbrecht aufgegriffen werden.

### 3. Schlussfolgerung und Konsequenz

- 68 Es gilt die beklagte Systemwidrigkeit der Vermengung von Erb- und Güterrecht zu beseitigen. Der Güterstand sollte keine Auswirkungen auf die Höhe der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten haben. Es bedarf eines güterstandsunabhängigen gesetzlichen Ehegattenerbrechts.
- 69 Konsequenz muss die Gleichstellung der Güterstände im gesetzlichen Erbrecht sein. Eine solche Gleichstellung der Güterstände im Erbrecht wäre insbesondere vor dem Hintergrund des Gedankens, dass im Nachlass eines Ehepartners stets, und zwar unabhängig vom Güterstand, ein Anteil an Leistung des überlebenden Ehegatten steckt, folgerichtig.<sup>233</sup> Hinzutritt, dass systematisch wieder sauber zwischen Güter- und Erbrecht unterschieden, insbesondere also dem Umstand Rechnung getragen würde, dass das Güterrecht die vermögensrechtlichen Verhältnisse aufgrund und bei Auflösung der Ehe regelt, während das Erbrecht die Rechtsnachfolge in Vermögenswerte des Erblassers regelt.<sup>234</sup> Die Abwicklung des Güterstands würde wieder einzig dem Güterrecht überlassen. Ob und – falls ja – wie der Zugewinn in diesem Fall bei Auflösung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft auszugleichen wäre, muss folgend untersucht werden. Ebenso bedarf es der Untersuchung, was die Aufgabe der Güterstandsabhängigkeit des gesetzlichen Ehegattenerbrechts für die Höhe der gesetzlichen Erbquote bedeuten würde. Würde nämlich ein Ehegatte ungeachtet seines Güterstands die von § 1931 Abs. 1 BGB vorgesehene Erbquote erhalten, so beliefe sich diese neben Abkömmlingen auf ¼. Der überlebende Ehegatte erhielte damit neben zwei Abkömmlingen

<sup>231</sup> Koch, DNotZ 2020, 414 (415); Röthel, 68. DJT, A 54.

<sup>232</sup> Dieckmann, 49. DJT, K 22; Lange, 68. DJT, L 35, führt insofern aus: „Der konsequente Zugewinnausgleich nach dem Erbfall führt praktisch zu einem Scheidungsverfahren unter Beteiligung der Abkömmlinge.“

<sup>233</sup> Lange, 68. DJT, L 33; Strätz, DNotZ 2001, 452 (454).

<sup>234</sup> Krug, FPR 2007, 164 (169); Lange, 68. DJT, L 32 f.; Strätz, DNotZ 2001, 452 (454).

bereits weniger als ein Kindsteil (Ehegatte  $\frac{1}{4}$ , Kinder je  $\frac{3}{8}$ ). Zu überlegen ist, ob die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten bei güterstands-unabhängiger Ausgestaltung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts anzuheben wäre.

## V. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt, dass § 1371 Abs. 1 BGB *de lege lata* durchzogen von 70 Unstimmigkeiten ist. Diese sind insbesondere nicht durch das Argument der einfachen Handhabe oder den Verweis auf die wohl weitgehende Akzeptanz in der Bevölkerung zu rechtfertigen. Das Güterrecht sollte *de lege ferenda* keinen Einfluss auf die Höhe der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten haben. Die Pauschalierung des Zugewinns im Fall der Eheauflösung durch den Tod ist aufzugeben. Es ist vielmehr eine güterstands-unabhängige gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten einzuführen.

Auf das geltende Recht bezogen, bedeutet dies, dass § 1371 BGB<sup>235</sup> sowie 71 § 1931 BGB<sup>236</sup> abgeändert werden sollten.

---

<sup>235</sup> Siehe hierzu Rn. 134 ff., 408.

<sup>236</sup> Siehe hierzu Rn. 73 ff., 407.

### Teil 3

## Die Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod *de lege ferenda*

- 72 Das folgende Kapitel behandelt die mögliche Ausgestaltung einer güterstandsunabhängigen gesetzlichen Erbquote des Ehegatten sowie eines realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod *de lege ferenda*. Der Schwerpunkt wird dabei auf der Ausarbeitung eines Vorschlags zur Umsetzung eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod liegen. Zuvor soll jedoch erörtert werden, wie sich die Erbquote des Ehegatten (§ 1931 Abs. 1 BGB) der Höhe nach in einem güterstandsunabhängigen gesetzlichen Erbrecht verhalten würde.

### A. Die güterstandsunabhängige Erbquote des Ehegatten

- 73 Bei Aufgabe der Güterstandsabhängigkeit des geltenden gesetzlichen Ehegattenerbrechts beliefe sich die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten gem. § 1931 Abs. 1 BGB auf  $\frac{1}{4}$  bzw.  $\frac{1}{2}$ , je nachdem neben Verwandten welcher Ordnung der Ehegatte zum gesetzlichen Erben berufen wäre. Der Ehegatte erhielte damit regelmäßig weniger als einen Kindsteil. Vor diesem Hintergrund wird in der einschlägigen Literatur einhellig die Anhebung der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten bei güterstandsunabhängiger Ausgestaltung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts befürwortet. Mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des Erbrechts fordert das Gros der Stimmen die Anhebung der Erbquote auf  $\frac{1}{2}$  neben Abkömmlingen bzw.  $\frac{3}{4}$  neben den übrigen Verwandten<sup>237, 238</sup> quasi das von § 1371 Abs. 1 BGB *de lege lata* gewährte pauschale Viertel *de lege ferenda* in eine echte erbrechtliche Berechtigung

---

<sup>237</sup> Beachte *Johannsen*, 49. DJT, K 41 ff., welcher auch neben Verwandten der zweiten Ordnung nur ein Erbrecht von  $\frac{1}{2}$  vorschlägt.

<sup>238</sup> Etwa *Bosch*, FamRZ 1983, 227 (234); *Buchholz*, MDR 1990, 375 (378); *Bühler*, DNotZ 1975, 5 (6 f., 16); *Coing*, 49. DJT, A 43; *Dieckmann*, 49. DJT, K 22, 33; *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (101 f.); *Freytag*, ZRP 1991, 106 (108); *Griem*, Auswirkungen des Güterstandes des ideellen Miteigentums, S. 184 ff., 237; *Lange*, 68. DJT, L 32; *Kroppenborg*, NJW 2010, 2609 (2611); *Krug*, FPR 2007, 164 (170); *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 302; *Röthel*, 68. DJT, A 53; *Strätz*, DNotZ 2001, 452 (453); *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (88); Beschlüsse des 25. Deutschen Rechtspflertags, RpfBl 1983, 50 (52) = FamRZ 1983, 787; Beschlüsse,

umzuqualifizieren<sup>239</sup>. Vereinzelt wird für diesen Fall allerdings gefordert, das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten nicht gleichermaßen anwachsen, sondern unberührt zu lassen.<sup>240</sup> Zu beachten sind in diesem Rahmen auch die Vorschläge, welche neben der Anhebung der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten die Begrenzung der neben dem Ehegatten erbberechtigten Ordnungen befürworten.<sup>241</sup> Neben dem Vorschlag, die Erbquote auf  $\frac{1}{2}$  neben Abkömmlingen anzuheben, finden sich Vorschläge, Quoten von  $\frac{1}{3}$ <sup>242</sup>,  $\frac{5}{8}$ <sup>243</sup> oder sogar ein gesetzliches Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten<sup>244</sup> einzuführen.

Folgend werden zunächst die Argumente für die Stärkung der erbrechtlichen Position des überlebenden Ehegatten dargestellt. Daran anschließend wird untersucht, welche konkrete Ausgestaltung für ein erhöhtes güterstandsunabhängiges Ehegattenerbrecht empfehlenswert wäre. Schließlich gilt es zu untersuchen, wie sich vor diesem Hintergrund das Pflichtteilsrecht des Ehegatten verhalten würde. 74

## I. Die Argumente für einen Ausbau der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten

Mit Blick auf Überlegungen das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten auszubauen, ist zunächst stets das zwischen dem Ehegatten und den übrigen Verwandten des Erblassers bestehende Konkurrenzverhältnis<sup>245</sup> zu beachten. So werden die Interessen in diesem Konkurrenzverhältnis über quotale Anteile am Nachlass in Ausgleich gebracht. Würde *de lege ferenda* der dem Ehegatten zustehende quotaler Anteil erhöht, würde dies eine Beschneidung des quotalen Anteils und damit der Interessenberücksichtigung der übrigen Verwandten, 75

49. DJT, K 165; Beschlüsse, 68. DJT, L 152; für eine Anhebung der Erbquote, aber ohne konkrete Bezifferung Dutta, FamRZ 2019, 1390 (1395).

<sup>239</sup> Röthel, 68. DJT, A 53.

<sup>240</sup> Leipold, JZ 2010, 802 (806); ders., NJW 2011, 1179.

<sup>241</sup> Siehe etwa Bosch, FamRZ 1983, 227 (236 ff.); Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (94); Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 125, 129, 302; ferner die Beschlüsse des 25. Deutschen Rechtspflegertags, RpfIBl 1983, 50 (52) = FamRZ 1983, 787; Coing, 49. DJT, A 73; Dieckmann, 49. DJT, K 22; Krug, FPR 2007, 164 (170).

<sup>242</sup> Rauscher, Reform Bd. II/1, S. 118.

<sup>243</sup> Jung, Rpfleger 1984, 165 (173, 175), spricht sich grundsätzlich pro gesetzlichem Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten aus, fordert die Quote von  $\frac{5}{8}$  aber für den Fall eines Nebeneinanders von Ehegatten und Abkömmlingen.

<sup>244</sup> Jung, Rpfleger 1984, 165 (174 f.); Stöcker, FamRZ 1970, 444 (449 ff.); ders., JZ 1973, 15 (16 f.); zustimmend Kühne, JR 1972, 221 ff.; an dieser Stelle sei auch auf das von Firsching, JZ 1972, 449 (455) vorgeschlagene alleinige Vorerbrecht des überlebenden Ehegatten hingewiesen.

<sup>245</sup> Siehe hierzu oben Rn. 17.



insbesondere also der Abkömmlinge des Erblassers bedeuten. Diese Überlegung setzt mithin den Maßstab, an welchem sich die folgend zu erörternden Argumente für den Ausbau der Erbquote des Ehegatten messen lassen müssen.

- 76 Ein erstes Argument für die Anhebung der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten lässt sich aus dem Übertrag der sich hinter der Quote von  $\frac{1}{4}$  verbergenden Überlegungen des historischen Gesetzgebers auf die familiären Strukturen der heutigen Zeit gewinnen. So wurde bei Schaffung des § 1931 Abs. 1 BGB das Ziel verfolgt, den überlebenden Ehegatten nicht schlechter zu stellen als etwaig vorhandene Kinder des Erblassers.<sup>246</sup> Um entsprechendes zu erreichen, wurde die Erbquote des Ehegatten an dem Kindsteil einer mittleren Familie, welche mit drei bis vier Kindern veranschlagt wurde, ausgerichtet.<sup>247</sup> Wird diese der Norm des § 1931 Abs. 1 BGB zugrunde liegende Überlegung auf den Umstand übertragen, dass die heutige mittlere Familie ein bis zwei Kinder zählt<sup>248</sup>, erscheint eine Anhebung der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten

---

<sup>246</sup> Insofern wurde zunächst in Erwägung gezogen die Erbquote des überlebenden Ehegatten auf einen Kindsteil festzusetzen. Jener Vorschlag wurde jedoch aufgrund zweier Befürchtungen verworfen. So wurde einerseits befürchtet, dass „die Fruchtbarkeit der Ehe“ gefährdet werden könnte, wenn sich der Erbteil des Ehegatten mit steigender Kinderzahl vermindern würde. Andererseits wurde ein Einfluss der Kinderzahl auf das Erbrecht des Ehegatten für unzulässig erachtet, da Ehe und Blutsverwandschaft als qualitativ verschiedene Verhältnisse bezüglich der Erbberechtigung zu verstehen seien, *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, S. 72 f.; *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht, S. 850; siehe ferner *Zimmermann*, *RabelsZ* 80 (2016), 39 (52).

<sup>247</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, S. 72 unter Verweis auf das Protokoll der 9. Sitzung vom 1.10.1877.

<sup>248</sup> So lag die Geburtenrate für das Jahr 2022 bei 1,46 Kinder pro Frau, vgl. [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/_inhalt.html), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; für das Jahr 2023 fiel sie auf 1,36 Kinder pro Frau, vgl. <https://www.bib.bund.de/DE/Presse/Mitteilungen/2024/2024-03-20-Geburtenrate-faellt-auf-den-tiefsten-Stand-seit-2009.html>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; dazu im Vergleich die Geburtenziffer von 1900, welche in etwa bei 4,2 lag, vgl. die zusammengefasste Geburtenziffer in Deutschland (1871–2021), abrufbar unter: <https://www.bib.bund.de/DE/Fakten/Fakt/F08-Zusammengefasste-Geburtenziffer-ab-1871.html>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024. Beachte zudem, dass im Jahr 2023 in Deutschland rund 12 Millionen Familien bestanden, also Eltern-Kind-Gemeinschaften. Dabei handelt es sich bei etwa der Hälfte aller Eltern-Kind-Gemeinschaften um Ein-Kind-Familien (6,02 Millionen). Zwei Kinder sind in 4,43 Millionen Fällen vorhanden, während Familien mit drei Kindern lediglich etwa ein Zehntel ausmachen (1,21 Millionen), siehe die durch das statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Anzahl der Familien mit Kindern im Haushalt in Deutschland nach Kinderanzahl (ohne Altersbeschränkung) im Jahr 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3051/umfrage/anzahl-der-familien-in-deutschland-nach-kinderzahl/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; siehe ferner, bezogen auf Ehepaare im

nur konsequent und zeitgerecht.<sup>249</sup> Im Übrigen bedeutet eine geringere Kinderzahl in der Familie vor dem Hintergrund der Regelung, dass Kinder zu gleichen Teilen erben (§ 1924 Abs. 4 BGB), dass die Erbquote des einzelnen Kindes höher ausfällt, als noch zu Zeiten, in welchen die Familie durchschnittlich drei bis vier Kinder zählte.<sup>250</sup>

Zu denken ist zudem daran, dass die Güterstandsabhängigkeit des gesetzlichen Ehegattenerbrechts – sowohl mit Blick auf § 1371 Abs. 1 BGB als auch § 1931 Abs. 4 BGB – den Zweck verfolgte, die erbrechtliche Position des überlebenden Ehegatten zu verbessern.<sup>251</sup> Diese erfahrene Stärkung der erbrechtlichen Position sollte durch die Beseitigung der systemwidrigen Vermengung von Güter- und Erbrecht nicht rückgängig gemacht werden.<sup>252</sup> Insofern kann das im Rahmen der Gleichstellung der Güterstände im Erbrecht geführte Argument, dass im Nachlass des erstversterbenden Ehegatten stets unabhängig vom Güterstand ein Anteil an Leistung des Überlebenden steckt, aufgegriffen werden. Mit Blick auf dieses Argument lässt sich nicht nur die Gleichbehandlung der Güterstände im gesetzlichen Erbrecht begründen, es rechtfertigt ebenso eine Besserstellung des überlebenden Ehegatten im Verhältnis zu den Abkömmlingen des Verstorbenen<sup>253</sup> – werden diese doch, anders als der Ehepartner, nur in den seltensten Fällen zur Vermögensbildung des Erblassers beigetragen haben.

Daneben ist den eingetretenen demographischen Veränderungen Rechnung zu tragen. Das durchschnittliche Lebensalter ist seit Schaffung der Vorschriften zum BGB deutlich gestiegen. Lag zwischen 1891 und 1900 die durchschnittliche Lebenserwartung in Deutschland für eine Frau bei 44 Jahren und für einen Mann bei 40,6 Jahren, so lag sie 2021/23 bei 83 Jahren für Frauen und bei 78,2 Jahren für Männer.<sup>254</sup> Folge dieser Entwicklung ist, dass sich die

---

Jahr 2023, die Statistik des Statistischen Bundesamtes „Familien nach Lebensform und Kinderzahl in Deutschland“, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Tabellen/2-1-familien.html>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024, nach welcher ca. 43 % mit einem Kind zusammenleben, ca. 41 % mit zwei Kindern und nur ca. 16 % mit drei oder mehr Kindern.

<sup>249</sup> Vgl. *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1418.

<sup>250</sup> Vgl. *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (101).

<sup>251</sup> Für § 1931 Abs. 4 BGB ausdrücklich BT-Drs. 5/4179zu, S. 5; mit Blick auf § 1371 Abs. 1 BGB siehe *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 309, Rn. 12; *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1423.

<sup>252</sup> Ähnlich *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (101).

<sup>253</sup> Vgl. *Lange*, 68. DJT, L 33.

<sup>254</sup> Siehe die durch das Statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Lebenserwartung von Männern und Frauen bei der Geburt in Deutschland laut Sterbetafeln 1871/81 bis 2021/2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185394/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; siehe ferner *Lüscher*, ZEV 2004, 2 ff.

Abkömmlinge beim Erbfall regelmäßig in ihrer Haupteinwerbungsphase befinden<sup>255</sup>, während der überlebende Ehepartner diese bereits verlassen hat.<sup>256</sup> Insofern hat sich einerseits die mögliche Angewiesenheit auf die erbrechtliche Teilhabe verschoben. Waren früher die Abkömmlinge als Starthilfe zur Existenzgründung auf ihr Erbrecht angewiesen<sup>257</sup>, so vermag es nun der überlebende Ehegatte sein, welcher auf den erbrechtlichen Erwerb zum Erhalt seines ehelichen Lebensstandards angewiesen ist.<sup>258</sup> Andererseits kann aufgrund des Befindens der Abkömmlinge in ihrer Haupteinwerbungsphase und den damit einhergehenden finanziellen Umständen – völlig unabhängig von dem Aspekt der Angewiesenheit auf die erbrechtliche Teilhabe – in der Abwägung zwischen den Erbinteressen des Ehegatten und denen der Abkömmlinge dem Erbinteresse des Ehegatten mehr Gewicht zugesprochen werden, ohne die wirtschaftlichen Interessen der Abkömmlinge empfindlich zu treffen. In diesem Zusammenhang gilt es auch zu berücksichtigen, dass die Kinder in der heutigen Zeit erheblich längere Ausbildungszeiten durchlaufen, während welcher sie umfangreiche Ausbildungs- und Versorgungsleistungen erhalten haben.<sup>259</sup> Würde die Erbquote des überlebenden Ehegatten zu gering ausfallen, könnte dieser auf Zuwendungen der Kinder angewiesen sein, was aber schon vor dem Prinzip der Selbstverantwortlichkeit der Generationen nicht überzeugen kann.<sup>260</sup>

<sup>255</sup> In Deutschland gehören Erben am wahrscheinlichsten zur Altersgruppe der 35-Jährigen und älter, vgl. „Erben und Vererben – Erfahrungen, Erwartungen und Pläne – eine repräsentative Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank“, 2018, S. 9, wonach nur 6 % aller Befragten angegeben haben, eine Erbschaft mit 35 Jahren oder weniger gemacht zu haben. Selbst in der Altersgruppe der 35- bis 49-Jährigen gaben nur 19 % an, bereits eine Erbschaft erhalten zu haben. Dahingegen gaben 41 % der 50- bis 64-Jährigen und 61 % der 65-Jährigen und älter an, bereits einer Erbschaft erhalten zu haben.

<sup>256</sup> *Klingelhöffer*, ZEV 2010, 385 f.; *Kroppenberg*, ErbR 2010, 206 (209); *Röthel*, 68. DJT, A 51.

<sup>257</sup> *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1418.

<sup>258</sup> *Coing*, 49. DJT, A 15 f.; *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (101); *Röthel*, 68. DJT, A 51; *Zimmermann*, JZ 2016, 321 (327); siehe auch *Stöcker*, JZ 1973, 15 (16), welcher drastisch formuliert: „In der modernen Industriegesellschaft zählt nur Jugend und Leistung.“

<sup>259</sup> *Coing*, 49. DJT, A 15 f.; *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (101); *Röthel*, 68. DJT, A 51.

<sup>260</sup> *Lange*, 68. DJT, L 33; beachte in diesem Zusammenhang auch die Folge des Angehörigen-Entlastungsgesetzes (BGBl. 2019, I Nr. 46, S. 2135) wonach die sozialpolitische Frage im Rahmen des Elternunterhalts, ob der Staat oder die Kinder für die Kosten pflegebedürftiger Menschen aufkommen müssen, nunmehr – jedenfalls dann, wenn das jährliche Bruttoeinkommen des Kindes weniger als € 100.000 beträgt (was bei knapp 94 % der steuerpflichtigen Bürger der Fall ist) – zulasten des Staates entschieden wurde, siehe hierzu *Doering-Striening/Hauß/Schürmann*, FamRZ 2020, 137 ff.; *Schürmann*, FF 2020, 48 (52); *Viefhues*, ZAP 2020, 345 (346).

Neben die genannten Argumente für eine Anhebung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten treten Erwägungen rund um die gestiegene subjektive Qualität der bis zur Auflösung durch den Tod gelebten Ehe<sup>261</sup> bzw. der Umstand, dass der Überlebende dem Verstorbenen als Lebensgefährte regelmäßig am nächsten stand<sup>262</sup>. Auch das Interesse, Vermögen im Familiensystem zu halten, ist weitestgehend verloren gegangen, da zu vererbendes Vermögen in höherem Maße auf eigener Leistung beruht bzw. als solches verstanden wird und die Familie für ihren Fortbestand auf den Erhalt des Vermögens in seiner konkreten Gestalt weniger angewiesen ist.<sup>263</sup> 79

Schließlich entspricht die Anhebung der gesetzlichen Erbquote bei güterstandsunabhängiger Ausgestaltung der internationalen „Horizontalisierungstendenz“, also dem Trend, die erbrechtliche Position des überlebenden Ehegatten auszubauen.<sup>264</sup> Mit Blick auf das europäische Ausland sind insofern insbesondere die Niederlande<sup>265</sup> zu nennen. Seit dem 1. Januar 2003 wird der überlebende Ehegatte als Folge der niederländischen Erbrechtsreform im gesetzlichen Erbrecht faktischer Alleinerbe, da den Kindern „nur“ ein Geldanspruch in Höhe ihres gesetzlichen Erbteils zusteht, welcher erst mit Tode des überlebenden Ehegatten oder dessen Bankrotts oder zu einem vom Erstversterbenden definierten Zeitpunkt fällig wird (vgl. Art. 4:13 *Burgerlijk Wetboek* (BW)).<sup>266</sup> Zu beachten sind zudem die in der Reform von 2019 in Norwegen<sup>267</sup> kenntlich gewordenen Bestrebungen, das Erbrecht des Ehegatten auf  $\frac{1}{2}$  anheben zu wollen, sowie die Entwicklungen in der Schweiz<sup>268</sup>, Dänemark<sup>269</sup>, 80

<sup>261</sup> Röthel, 68. DJT, A 51.

<sup>262</sup> Lange, 68. DJT, L 33.

<sup>263</sup> Leipold, AcP 180 (1980), 161 (175); Pintens, ZEuP 2001, 629 f.; Röthel, 68. DJT, A 51.

<sup>264</sup> Dutta, Warum Erbrecht?, Teil 2, S. 449 ff.; Kroppenber, NJW 2010, 2609 (2611); Strätz, DNotZ 2001, 452; Röthel, 68. DJT, A 51.

<sup>265</sup> Überblick über die Rechtslage in den Niederlanden bei Reid/De Waal/Zimmermann/Kolkman, Intestate Succession in the Netherlands, S. 224 ff.

<sup>266</sup> Hierzu ausführlich sogleich Rn. 87.

<sup>267</sup> Vgl. die Zusammenfassung des Vortrags von T. Franzen auf dem am 13./14. Mai 2022 in Luzern stattgefundenen Seminar zum Thema „Reform des Erbrechts in Europa“ in Künzle, Bericht über das Seminar vom 13./14. Mai 2022 in Luzern mit Referenten aus 12 Ländern, abrufbar unter: <https://www.kendris.com/de/news-insights/2022/09/04/reform-des-erbrechts-europa/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024, beachte daneben die im norwegischen Recht bestehende Möglichkeit der fortgesetzten Gütergemeinschaft, siehe hierzu Ferid/Firsching/Hausmann/Ring/Olsen-Ring, Norwegen, Rn. 177.

<sup>268</sup> Art. 462 Nr. 1 ZGB sieht ein Erbrecht von  $\frac{1}{2}$  des Ehegatten neben Abkömmlingen vor.

<sup>269</sup> Am 1. Januar 2008 trat ein neues Erbrecht in Kraft, welches die Anhebung des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten von  $\frac{1}{3}$  auf  $\frac{1}{2}$  sowie ein Vorausvermächtnis vorsieht, § 9 Abs. 1 ARL NR. 515, Ring/Olsen-Ring, ZEV 2008, 76 f.

Frankreich<sup>270</sup> und Österreich<sup>271</sup>. Außerhalb Europas zeichnet sich ein ähnliches Bild ab. So finden sich Rechtsordnungen, welche den überlebenden Ehegatten unter bestimmten Umständen sogar zum gesetzlichen Alleinerben erheben.<sup>272</sup>

- 81 Im Lichte der vorstehenden Erwägungen ist bei güterstandsunabhängiger Ausgestaltung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts die erbrechtliche Position des überlebenden Ehegatten auszubauen. Untersucht werden soll insofern, ob die neben dem Ehegatten erbberechtigten Ordnungen beschränkt werden sollten und auf welchen Teil eine Anhebung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten erfolgen sollte.

## II. Das gesetzliche Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten

- 82 Die drastischste und umfangreichste Stärkung wäre die Schaffung eines gesetzlichen Alleinerbrechts des überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen. Mag *prima facie* bereits die Reichweite dieses Vorschlags abschreckend wirken, gilt es doch zu beachten, dass es nach Angaben der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e. V. (DVEV) in Deutschland zu den weit verbreiteten Fehlvorstellungen über das gesetzliche Erbrecht gehört, dass es für Ehepaare – und zwar auch solchen mit Kindern – einer letztwilligen Verfügung nicht bedarf, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe werden soll.<sup>273</sup> Zudem finden sich in der Literatur des vergangenen Jahrzehnts vereinzelt Bezugnahmen auf eine mögliche gesetzliche Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten.<sup>274</sup> Es gilt schließlich zu berücksichtigen, dass, würde der Überlebende Alleinerbe werden, sich die Durchführung eines Zugewinnausgleichs im Todesfall erübrigen würde. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen soll folgend untersucht werden, ob sich ein gesetzliches Alleinerbrecht

<sup>270</sup> Eines der Hauptanliegen der Erbrechtsreform aus den Jahren 2002 und 2007 war die Stärkung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, Burandt/Rojahn/Lauck, Frankreich, Rn. 28. Gem. Art. 757 Code Civil erhält der überlebende Ehegatte bei Zusammentreffen mit gemeinsamen Abkömmlingen ein Wahlrecht zwischen  $\frac{1}{3}$  Erbteil zu Eigentum oder Nießbrauch am gesamten Nachlass.

<sup>271</sup> Seit 1.1.2017 verdrängt der überlebende Ehegatte im gesetzlichen Erbrecht Geschwister und Großeltern des Erblassers, vgl. § 744 Abs. 1 ABGB.

<sup>272</sup> So etwa in Teilen Australiens, bspw. New South Wales, s 111, 112 Succession Act 2006; in Provinzen Kanadas, bspw. Alberta, s 61(1)(a) Wills and Succession Act; British Columbia, s 20, 21(5) Wills, Estates and Succession Act, SBC 2009, c 13; siehe dazu sogleich Rn. 84 f.

<sup>273</sup> Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (88), Fn. 285 unter Berufung auf die Website des DVEV: [www.erbrecht.de](http://www.erbrecht.de).

<sup>274</sup> Dutta, Warum Erbrecht?, Teil 2, S. 453; Westermann, FS Roth, 893 (899), „Dennoch ist weder die Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten noch der reale Zugewinnausgleich [...] als Zukunftsperspektive erledigt.“.

des Ehegatten *de lege ferenda* – trotz der damit einhergehenden enormen Reichweite – anbieten könnte.

## 1. Ein rechtsvergleichender Überblick

Anhaltspunkte, auf Grundlage derer ein gesetzliches Alleinerbrecht des Ehegatten untersucht werden kann, finden sich sowohl in ausländischen Rechtsordnungen als auch in der deutschsprachigen Literatur. Bei näherer Betrachtung kristallisiert sich dabei heraus, dass mit Blick auf das Rechtsinstitut des gesetzlichen Alleinerbrechts des überlebenden Ehegatten eine Unterscheidung zwischen „echtem“ und „faktischem“ Alleinerbrecht zu treffen ist. Dieser Unterscheidung folgend sollen zu beiden Alternativen beispielhaft Regelungen aus verschiedenen Jurisdiktionen, aber auch der deutschsprachigen Literatur dargestellt und anschließend kritisch gewürdigt werden. 83

### *a) Das „echte“ Alleinerbrecht nach dem Erbrecht von New South Wales (Australien) und Alberta sowie British Columbia (Kanada)*

Ein echtes Alleinerbrecht findet sich etwa im Erbrecht des australischen Bundesstaats New South Wales. Der überlebende Ehegatte wird nicht nur alleiniger gesetzlicher Erbe, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind (NSW, s 111 Succession Act 2006), sondern ebenso bei Vorhandensein von Abkömmlingen, wenn diese gemeinsam von ihm und dem Erblasser abstammen (NSW, s 112 Succession Act 2006). Sollte es sich um keine gemeinsamen Abkömmlinge handeln, erhält der überlebende Ehegatte gem. s 113 Succession Act 2006 die Haushaltsgegenstände, ein gesetzliches Vermächtnis, dessen Höhe jedes Jahr durch den Verbraucherpreisindex angepasst wird, sowie die Hälfte des Restnachlasses, sofern noch ein Restnachlass vorhanden ist<sup>275</sup> – der Überlebende kann also auch in diesem Fall den gesamten Nachlass erhalten. 84

Ähnliches sieht das Recht der kanadischen Provinz Alberta vor. Der überlebende Ehegatte wird gesetzlicher Alleinerbe, auch wenn dieser mit gemeinsamen Abkömmlingen des Erblassers zusammentrifft, s 61(1)(a) Wills and Succession Act. Zudem sehen verschiedene kanadische Provinzen Regelungen vor, die dem überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen vorab feste Geldbeträge zuweisen.<sup>276</sup> Strenggenommen handelt es sich insofern um keine gesetzliche Alleinerbschaft, allerdings kann auch in diesem Fall der Ehegatte neben Abkömmlingen den gesamten Nachlass erhalten, sollte der ihm vorweg 85

<sup>275</sup> Siehe Jooste-Jacobs/Uricher, ZEV 2023, 497 (498).

<sup>276</sup> Ein Überblick findet sich bei Rieck, NZFam 2018, 198 (203 ff.).

zustehende Betrag den Nachlass erschöpfen.<sup>277</sup> Als Beispiel diene hier British Columbia: Gem. BC, s 21(5) Wills, Estates and Succession Act, SBC 2009, c 13 erhält der überlebende Ehegatte den gesamten Nachlass, wenn zwar Abkömmlinge vorhanden sind, der Nachlasswert aber weniger als \$300.000 (bei gemeinsamen Abkömmlingen) bzw. weniger als \$150.000 (bei nicht gemeinsamen Abkömmlingen) beträgt.<sup>278</sup>

#### b) Das „faktische“ Alleinerbrecht

- 86 Als „faktisches“ Alleinerbrecht soll vorliegend die Konstellation bezeichnet werden, in welcher der überlebende Ehegatte die gesamte Erbschaft erhält, den Abkömmlingen aber eine Art gesicherte Rechtsposition zukommt, ihre erbrechtliche Teilhabe also nicht völlig entfällt. Es findet sich als Ausprägung einer „faktischen“ Alleinerbschaft einerseits die Gangart, dass der überlebende Ehegatte in der Sache den gesamten Nachlass erhält, allerdings Geldansprüche zugunsten der Abkömmlinge des Erblassers entstehen. Als Beispiel dienen insofern etwa das niederländische Erbrecht<sup>279</sup> sowie die einst von Stöcker<sup>280</sup> und Jung<sup>281</sup> für das deutsche Recht vorgeschlagenen Regelungsmechanismen. Andererseits soll unter den Begriff des „faktischen“ Alleinerbrechts aber auch der Fall der alleinigen Vorerbschaft des Ehegatten gefasst werden. Ein entsprechender Vorschlag wurde für das deutsche Recht einst von Firsching<sup>282</sup> unterbreitet.

#### aa) Das niederländische gesetzliche Erbrecht

- 87 Das niederländische gesetzliche Erbrecht wird folgend ausführlicher dargestellt, da an späterer Stelle der Ausarbeitung erneut auf die Regelungsmechanismen des niederländischen Erbrechts zurückgegriffen wird.
- 88 Seit dem 1. Januar 2003 gelten für Erbfälle in den Niederlanden die Regelungen des 4. Buches des *Burgerlijk Wetboek*. Bestreben des niederländischen

<sup>277</sup> Ähnlich für das deutsche Recht einst vorgeschlagen von Firsching, JZ 1972, 449 (455).

<sup>278</sup> „If the net value of an intestate estate is less than the spouse’s preferential share under subsection (3) [\$300.000, descendants are of both the intestate and the spouse] or (4) [\$150.000, descendants are not common to the intestate and the spouse], the intestate estate must be distributed to the spouse.“ Sollte der Nachlass nicht erschöpft sein, steht dem überlebenden Ehegatten die Hälfte des verbleibenden Nachlasses zu, s 21(6) Wills, Estates and Succession Act, SBC 2009, c 13.

<sup>279</sup> Vgl. Dutta, Warum Erbrecht?, Teil 2, S. 454; Pintens, FamRZ 2003, 417 (419).

<sup>280</sup> Stöcker, FamRZ 1970, 444 ff.; ders., JZ 1973, 15 (16).

<sup>281</sup> Jung, Rpfleger 1984, 165 (172 ff.).

<sup>282</sup> Firsching, JZ 1972, 449 (455).



Gesetzgebers bei der Reform des gesetzlichen Ehegattenerbrechts war es, eine Regelung zu schaffen, welche die Interessen des überlebenden Ehegatten und der Kinder in ausgewogener Weise berücksichtigt, der gesellschaftlichen Realität entspricht, keine unnötigen Konflikte in den familiären Beziehungen hervorruft und keine Unsicherheit im Rechtsverkehr mit Dritten schafft.<sup>283</sup> Die Abwägung der Interessen zwischen den Kindern und dem überlebenden Ehegatten fiel dabei zugunsten des Letzteren aus, was in der Stärkung der Position des überlebenden Ehegatten im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts mündete. Um die Position des überlebenden Ehegatten im Verhältnis zu weiteren gesetzlichen Erben, insbesondere den Abkömmlingen, im niederländischen gesetzlichen Erbrecht nachzuzeichnen, sollen die Regelungen im Folgenden aufgezeigt werden.

Im Ausgangspunkt ist das (reformierte) niederländische gesetzliche Erbrecht dem deutschen ähnlich. So besagt Art. 4:182 Abs. 1 S. 1 BW, dass mit dem Tod des Erblassers die Erben kraft Gesetzes in die übergangsfähigen Rechte sowie in den Besitz und das Eigentum des Erblassers eintreten. Darüber hinaus folgt das niederländische gesetzliche Verwandtenerbrecht seit der Reform 2003 dem Parentelsystem, also einer Einteilung in (vier) Ordnungen, vgl. Art. 4:10 BW.<sup>284</sup> Dabei schließt die niedrigere Ordnung die höhere aus, Art. 4:10 BW. Grundsätzlich erben gem. Art. 4:11 Abs. 1 BW die Erben in einer Ordnung zu gleichen Teilen. Mit Blick auf die erste Ordnung besteht jedoch ein erster großer und für die vorliegende Untersuchung relevanter Unterschied. Zählen im deutschen gesetzlichen Erbrecht gem. § 1924 Abs. 1 BGB zu den gesetzlichen Erben erster Ordnung nur die Abkömmlinge des Erblassers, so wird das Parentelsystem im niederländischen Recht in der ersten Ordnung in der Hinsicht durchbrochen, dass nicht nur des Erblassers Kinder und Enkelkinder dieser angehören, sondern auch der Ehegatte des Erblassers.<sup>285</sup> Der Ehegatte ist den Kindern innerhalb der ersten Ordnung gleichgestellt.<sup>286</sup> Ist kein Ehegatte vorhanden, so erben die Abkömmlinge des Erblassers zu gleichen Teilen. Sind keine Abkömmlinge, aber ein Ehegatte vorhanden, so erbt dieser allein, selbst wenn lebende Eltern oder Geschwister des Erblassers vorhanden sind, Art. 4:10 Abs. 1 lit. a BW. Treffen Ehegatte und Abkömmlinge zusammen, so erben sie grundsätzlich zu gleichen Teilen.<sup>287</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch die Besonderheit des sogenannten besonderen gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten zu beachten.

---

<sup>283</sup> Vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 11.

<sup>284</sup> Burandt/Rojahn/Klüsener, V. 120. Niederlande, Rn. 17; *Schimansky*, ZEV 2003, 149.

<sup>285</sup> Burandt/Rojahn/Klüsener, V. 120. Niederlande, Rn. 18.

<sup>286</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149.

<sup>287</sup> Ferid/Firsching/Hausmann/Weber, Niederlande, Vor. Rn. 27.



- 90 Das besondere gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ist in den Art. 4:13 ff. BW geregelt. Das vom Versorgungsgedanken des Überlebenden geprägte<sup>288</sup> besondere Ehegattenerbrecht sieht vor, dass der überlebende Ehegatte im Erbfall mit dinglicher Wirkung den gesamten Aktiv- und Passivnachlass erhält, mit der Folge, dass er auch neben vorhandenen Abkömmlingen allein Verfügungsbefugt ist.<sup>289</sup> Den neben den Ehegatten tretenden Abkömmlingen stehen lediglich Geldansprüche gegen den Ehegatten in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile zu, Art. 4:13 Abs. 3 BW. Als gesetzliche Erben erhalten die Kinder eines verheirateten Erblassers folglich eine Berechtigung in Höhe ihres Erbteils am Nachlass, sie können diese allerdings nur als schuldrechtliche Geldforderung durchsetzen<sup>290</sup> und das nur unter bestimmten Voraussetzungen: bei Tod des überlebenden Ehegatten, Insolvenz des Ehegatten oder einem in einer letztwilligen Verfügung des Verstorbenen bestimmten Zeitpunkt, Art. 4:13 Abs. 3 BW. Der überlebende Ehegatte wird faktischer Alleinerbe.<sup>291</sup> Art. 4:182 Abs. 1 S. 2 BW stellt insoweit klar, dass der überlebende Ehegatte in den Fällen des Art. 4:13 BW den in Art. 4:182 Abs. 1 S. 1 BW verankerten Rechtserwerb *ipso iure* alleinig antritt. Man spricht von der sog. „gesetzlichen Verteilung“<sup>292</sup>, bzw. der „elterlichen Verteilung“ („*ouderlijke boedelverdeling*“).<sup>293</sup>
- 91 Im Vergleich zum vorherig geltenden niederländischen Erbrecht erfahren die Kinder damit eine erhebliche Einschränkung ihrer erbrechtlichen Stellung. Der niederländische Gesetzgeber rechtfertigt diese Einschränkung jedoch mit dem Vorrang, welcher der Fortführung der bisherigen Lebensführung des überlebenden Ehegatten gebührt, und mit der Aussicht der Kinder, dass ihnen im Fall des Todes des überlebenden Ehegatten das verbleibende Vermögen noch zufällt.<sup>294</sup>
- 92 Der überlebende Ehegatte kann die „gesetzliche Verteilung“ durch notariell beurkundete Erklärung innerhalb von drei Monaten nach dem Erbfall ablehnen, Art. 4:18 BW. Entscheidet sich der Ehegatte zur Ablehnung, tritt die gesetzliche Erbfolge ein, sodass Ehegatte und Abkömmlinge zu gleichen Teilen

<sup>288</sup> *Luijten*, RNotZ 2003, 119 (122).

<sup>289</sup> *Burandt/Rojahn/Klüsener*, V. 120. Niederlande, Rn. 28; *Reid/De Waal/Zimmermann/Kolkman*, Intestate Succession in the Netherlands, S. 242; *Sonnekus*, ZEuP 2005, 71 (76).

<sup>290</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (150).

<sup>291</sup> Für eine Qualifikation des überlebenden Ehegatten bei „gesetzlicher Verteilung“ als Alleinerbe i. S. d. deutschen Rechts *Ferid/Firsching/Hausmann/Weber*, Niederlande, Vor. Rn. 30 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1985, 198, siehe auch *juris Orientierungssatz 2*.

<sup>292</sup> *Burandt/Rojahn/Klüsener*, V. 120. Niederlande, Rn. 29.

<sup>293</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (150).

<sup>294</sup> Vgl. *Kamerstuk*, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 11.

erben.<sup>295</sup> Tritt hingegen die „gesetzliche Verteilung ein“, gilt es neben den soeben dargestellten die folgenden Umstände zu berücksichtigen: Zunächst steht es gem. Art. 4:17 Abs. 1 BW dem Ehegatten grundsätzlich frei, die Geldforderung jederzeit ganz oder anteilig zu begleichen. Zudem sind die Kinder hinsichtlich ihrer Geldansprüche nicht völlig schutzlos gestellt. Schutz erfahren die Kinder einerseits dadurch, dass der überlebende Ehegatte die Schulden des Nachlasses voll tragen muss, Art. 4:13 Abs. 2 BW, und der Anspruch ab Anfall der Erbschaft mit gesetzlichem Zinssatz zu verzinsen ist, Art. 4:13 Abs. 4 BW. Andererseits gewähren die Art. 4:19–22 BW den Abkömmlingen Ansprüche gegenüber dem überlebenden Ehegatten sowie dem (neu angeheirateten) Stiefelternteil.<sup>296</sup> Dies ist insofern von Bedeutung, als die Abkömmlinge ihre Geldforderung selbst im Fall der Wiederheirat des überlebenden Ehegatten nicht fällig stellen können.<sup>297</sup> Sollte der überlebende, wiederverheiratete Ehegatte vorzeitig versterben, ginge der Nachlass nach der „gesetzlichen Verteilung“ gem. Art. 4:13 BW auf den neu angeheirateten, überlebenden Stiefelternteil über.<sup>298</sup> Der Gesetzgeber sah zudem die Gefahr, dass Vermögen eher veräußert würde, da es bei Wiederheirat nicht mehr allein dem überlebenden Ehegatten gehören würde.<sup>299</sup> Im Fall der Wiederheirat bzw. der Ankündigung einer solchen können die Kinder daher vom überlebenden Ehegatten die Übertragung von Gegenständen aus dem Nachlass bis zum Wert ihres Erbteils (= der ihnen zustehenden Geldforderung) verlangen, Art. 4:19 BW. Der Ehegatte muss allerdings nur das mit einem Nießbrauch belastete Eigentum übertragen. Die Übertragung zielt insofern auf die Sicherung der Geldforderung und nicht auf die Erfüllung dieser ab.<sup>300</sup> Gem. Art. 4:20 BW können die Abkömmlinge gleiches, also die Übertragung von Gegenständen

---

<sup>295</sup> Burandt/Rojahn/Klüsener, V. 120. Niederlande, Rn. 28.

<sup>296</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (151).

<sup>297</sup> Burandt/Rojahn/Klüsener, V. 120. Niederlande, Rn. 30.

<sup>298</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (151).

<sup>299</sup> Vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 12; dieser Aspekt hatte zur Zeit der Schaffung der Regelung noch größeren Einfluss, da zu dieser Zeit gesetzlicher Güterstand die Gütergemeinschaft war und damit schon im Moment der Wiederheirat das Vermögen nicht mehr nur dem überlebenden Elternteil, sondern auch dem Stiefelternteil mitgehörte. Seit dem 1. Januar 2018 gilt eine modifizierte, die sog. „beschränkte Gütergemeinschaft“ (Art. 1:94 BW), bei welcher jeder Ehegatte das von ihm in die Gemeinschaft eingebrachte Vermögen selbst verwaltet, d.h. Vermögen und Schulden, welche die Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung hatten, bleiben auch nach der Eheschließung Privatvermögen bzw. Privatschulden, vgl. Henrich/Dutta/Ebert/Breemhaar, Niederlande, S. 43; Süß/Ring/Reinhartz/Vlaardingerbroek, Niederlande, Rn. 20. Die Norm des Art. 4:19 BW hat gleichwohl auch nach Reform des Güterrechts Bestand und Relevanz vor dem Hintergrund, dass für Paare, welche vor dem 1. Januar 2018 geheiratet haben und die Gütergemeinschaft vor diesem Datum entstanden ist, die allgemeine Gütergemeinschaft (Art. 1:94 BW a.F.) gilt.

<sup>300</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (151).

aus dem Nachlass des zuerst verstorbenen Ehegatten bis zur Höhe der zustehenden Geldforderung, vom Stiefelternteil verlangen, sollte der einst überlebende Ehegatte (bzw. Elternteil) nach der Wiederheirat verstorben sein. In diesem Fall kann sich der Stiefelternteil auch keinen Nießbrauch vorbehalten.<sup>301</sup> Schließlich trifft den Stiefelternteil hinsichtlich des Nachlasses des zweitversterbenden (wiederverheirateten) Ehegatten die gleiche Pflicht, mit dem Unterschied, dass er sich an diesen Nachlassgegenständen im Fall der Übertragung auf die Kinder wiederum einen Nießbrauch vorbehalten kann, Art. 4:21 BW. Dasselbe gilt für den Fall des Zusammentreffens von einseitigen Abkömmlingen des Erblassers und einem Stiefelternteil, ohne dass zwangsläufig eine Wiederheirat stattgefunden hat (voreheliche Kinder des Erblassers).<sup>302</sup> Die Verpflichtung des Stiefelternteils geht nach seinem Tod auf seine Erben über, Art. 4:22 BW. Fehlt den Abkömmlingen also die Aussicht, das Vermögen aus dem Erbfall in Zukunft zu erhalten oder würden sie es nur vermindert aufgrund einer Wiederheirat erlangen können, so erfahren sie Schutz über die soeben dargestellten sog. „*Wilsrechten*“. Der Erblasser kann allerdings durch Testament verfügen, dass die Abkömmlinge keine Gegenstände aus dem Nachlass fordern können sollen.

93 Im Zusammenhang mit dem Erbrecht des Ehegatten gilt es auch die Art. 4:28 ff. BW zu berücksichtigen. Von Bedeutung ist insbesondere Art. 4:28 BW, welcher dem überlebenden Ehegatten ein 6-monatiges Gebrauchsrecht an der zur Zeit des Todes gemeinsam bewohnten Wohnung inklusive des Hausrats einräumt. An Wohnung und Hausrat kann der überlebende Ehegatte sich ein Nießbrauchsrecht einräumen lassen, soweit diese Gegenstände im Eigentum des Erblassers standen und der Amtsrichter die Nießbraucheinräumung nicht ablehnt oder den eingeräumten Nießbrauch wieder aufhebt, weil hierfür kein Bedarf mehr besteht, Art. 4:29 BW.<sup>303</sup> Zudem sind die übrigen Erben gem. Art. 4:30 BW verpflichtet, an der Erlangung der zur Versorgung des Ehegatten benötigten Nachlassgegenstände und ihrer Substitute mitzuwirken.<sup>304</sup>

94 Schließlich sei noch auf die besonderen Vorschriften zur Sicherstellung der Versorgung der Kinder hingewiesen. Diese finden sich ebenfalls in den Art. 4:28 ff. BW. Insofern räumt Art. 4:35 Abs. 1 BW minderjährigen Kindern des Erblassers das Recht ein, eine einmalige Geldzahlung zu fordern, wenn diese erforderlich für ihre Versorgung und Erziehung ist. Volljährigen Kinder des Erblassers, welche das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, räumt die Norm das Recht ein, eine einmalige Geldzahlung zur Finanzierung ihres

---

<sup>301</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (151).

<sup>302</sup> *Battes*, Gedächtnisschrift Heinze, S. 22.

<sup>303</sup> *Luijten*, RNotZ 2003, 119 (122).

<sup>304</sup> *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (150).

Lebensunterhalts und Studiums zu fordern.<sup>305</sup> Das Recht besteht nicht, falls der Ehegatte oder ein Erbe des Erblassers insoweit gesetzlich oder vertraglich unterhaltspflichtig ist, Art. 4:35 Abs. 2 BW. Zudem kann ein Kind, welches nach Eintritt der Volljährigkeit ohne angemessenen Lohn im Haushalt oder Unternehmen des Erblassers gearbeitet hat, vom Erblasser einen Pauschalbetrag als billige Entschädigung verlangen. Art. 4:36 BW.

Das Pflichtteilsrecht gestaltet sich ebenfalls ähnlich zum deutschen Recht. 95 So haben die gesetzlich zu Erben berufenen Abkömmlinge des Erblassers ein Pflichtteilsrecht in Höhe von der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, Art. 4:63 ff. BW. Der Pflichtteil erschöpft sich seit der Reform<sup>306</sup> in einer Geldforderung gegen die Erben, bzw. in den Fällen der „gesetzlichen Verteilung“, Art. 4:13 BW, gegen den überlebenden Ehegatten. Zu beachten ist, dass der Ehegatte selbst nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehört, Art. 4:63 Abs. 2 BW *e contrario*. Er wird durch die oben beschriebenen Rechte aus den Art. 28 ff. BW geschützt. Eine Besonderheit im Vergleich zum deutschen Recht findet sich zudem in Art. 4:81, 82 BW, wonach der Pflichtteil grundsätzlich erst nach Ablauf von sechs Monaten nach dem Tod des Erblassers gefordert werden kann, mithin fällig wird, bzw. – und noch drastischer – dass Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge erst mit dem Tod des überlebenden Ehegatten fällig werden, wenn dies der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen angeordnet hat.<sup>307</sup>

#### bb) Das Alleinerbrecht nach Vorschlägen aus der deutschen Literatur

Mit Blick auf das deutsche Recht ist hinsichtlich eines Alleinerbrechts den 96 Vorschlägen von Stöcker<sup>308</sup> und Jung<sup>309</sup> Beachtung zu schenken.<sup>310</sup> Beiden Vorschlägen zufolge sollte der überlebende Ehegatte Erbe erster Ordnung sein, während die Abkömmlinge des Erblassers Erben zweiter Ordnung sein sollten.<sup>311</sup> Der Ehegatte hätte damit die Abkömmlinge des Erblassers verdrängt und wäre gesetzlicher Alleinerbe. Im selben Zuge sollten jedoch Erbersatzansprüche zugunsten der Abkömmlinge bis zur Höhe des halben Nach-

<sup>305</sup> *Luijten*, RNotZ 2003, 119 (122).

<sup>306</sup> Im alten niederländischen Recht war der Pflichtteilsberechtigte unmittelbar dinglich an den Nachlassgegenständen beteiligt, vgl. *Luijten*, RNotZ 2003, 119 (122).

<sup>307</sup> *Battes*, Gedächtnisschrift Heinze, S. 25.

<sup>308</sup> *Stöcker*, FamRZ 1970, 444 ff.

<sup>309</sup> *Jung*, Rpfleger 1984, 165 (174f.).

<sup>310</sup> Siehe auch *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 93 f.

<sup>311</sup> *Stöcker*, FamRZ 1970, 444 (449 f.); von *Jung* so nicht ausdrücklich ausgeführt, allerdings bezieht er sich auf die Vorschläge *Stöckers*, vgl. Rpfleger 1984, 165 (174).

lasswerts (Jung<sup>312</sup>) bzw. in Höhe ihres gesetzlichen Erbteils entstehen, welche in Summe den Nachlass aufzehren würden (Stöcker<sup>313</sup>). Nach Stöcker sollten jene Erbersatzansprüche, um das Konzept des Alleinerbrechts nicht zu unterlaufen, im Fall gemeinsamer Abkömmlinge im Grundsatz erst nach dem Ableben des längerlebenden Ehegatten geltend gemacht werden können. Ausnahmen sollten bei Wiederheirat, oder in dem Fall gelten, dass sich der überlebende Ehegatte gegenüber den Erbersatzberechtigten Handlungen zuschulden kommen lässt, welche die Entziehung der elterlichen Gewalt oder des Pflichtteilsrechts rechtfertigen würden.<sup>314</sup> Mit Blick auf einseitige Abkömmlinge sollte anderes gelten. Diese sollten ihre Erbersatzansprüche sofort geltend machen können, allerdings vorbehaltlich einer Stundungsoption zugunsten des überlebenden Ehegatten.<sup>315</sup> Zu beachten ist, dass Stöcker in späteren Publikationen nur noch zu einem Alleinerbrecht des Ehegatten ausführt und ausdrücklich vom Vorschlag des Vorsehens von Erbersatzansprüche zugunsten der Abkömmlinge abgerückt ist.<sup>316</sup> Sein Vorschlag wandelte sich damit von einem „faktischen“ hin zu einem „echten“ Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten.

- 97 Auf eine Art Alleinerbschaft liefe schließlich der Vorschlag Firschings<sup>317</sup> hinaus, den überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen zum alleinigen Vorerben werden zu lassen, während die Abkömmlinge Nacherben würden.<sup>318</sup> Firsching sah in seinem Vorschlag vor, dass der Nacherbfall mit dem Tode oder der Wiederheirat des überlebenden Ehegatten eintreten sollte. Bei Wiederheirat sollte der Überlebende die Hälfte des Nachlasses erhalten, während der Rest an die Kinder fiel.

<sup>312</sup> Jung, Rpfleger 1984, 165 (174).

<sup>313</sup> Stöcker, FamRZ 1970, 444 (451).

<sup>314</sup> Stöcker, FamRZ 1970, 444 (451).

<sup>315</sup> Stöcker, FamRZ 1970, 444 (451 f.).

<sup>316</sup> Stöcker, 49. DJT, K 66; ders., JZ 1973, 16, Fn. 8.

<sup>317</sup> Firsching, JZ 1972, 449 (455).

<sup>318</sup> Mit Blick auf weniger weitreichende Vorschläge zur Ausgestaltung einer Regelung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts über die Vor- und Nacherbschaft siehe *Ferid*, FamRZ 1957, 70 (71 f.); *Steffen*, DRiZ 1972, 263 (265), welcher vorsah, dass der überlebende Ehegatte das Wahlrecht zwischen einem Vollerbrecht zu einem quotalen Anteil von mindestens  $\frac{1}{4}$  oder einer nicht befreiten Vorerbschaft zu einer Quote von  $\frac{2}{3}$  neben einem Kind und  $\frac{1}{2}$  neben zwei und mehr Kindern haben sollte; Vorschläge zur Vor- und Nacherbschaft als gesetzliches Ehegattenerbrecht deutlich vor Inkrafttreten der Regelung des pauschalen Viertels finden sich bei *Boehmer*, Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 121 ff.; *H. Lange*, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 133 ff.

## 2. Kritische Würdigung

Ungeachtet der Ausgestaltung einer gesetzlichen Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten ist es regelmäßig das Testierverhalten von Ehegatten, welches – neben den eingangs dargestellten Argumenten zur Erhöhung des Erbrechts des Ehegatten – als Hauptargument für ein entsprechendes gesetzliches Ehegattenerbrecht bemüht wird.<sup>319</sup> Dieses Argument an der Oberfläche betrachtet, hat auch seine Richtigkeit. So entscheidet sich tatsächlich die Mehrheit aller Ehepaare, welche ein Testament verfassen, dazu, ein gemeinschaftliches Testament in Form eines Berliner Testaments aufzusetzen, in welchem sie vorsehen, den Nachlass erst dem Überlebenden – unabhängig davon, ob als Vor- oder Vollerben – und bei dessen Ableben den Abkömmlingen zukommen zu lassen.<sup>320</sup> Ebenso wenig von der Hand zu weisen ist, dass das Testierverhalten grundsätzlich Aufschluss über den hypothetischen Erblasserwillen gibt und damit durchaus Relevanz für die Ausgestaltung des gesetzlichen Erbrechts in Form des „typischen Erblasserwillens“ beanspruchen kann bzw. sollte.<sup>321</sup> Nicht zuletzt hat sich der niederländische Gesetzgeber deshalb dazu entschieden die „elterliche Verteilung“, welche zuvor gängige Testierpraxis war, als gesetzliches Erbrecht zu kodifizieren.<sup>322</sup>

Gleichwohl ist mit Blick auf eine so weitreichende Änderung, ein gesetzliches Alleinerbrecht des Ehegatten einzuführen, Vorsicht geboten, wenn auf das Testierverhalten zur Rechtfertigung eines solchen rekurriert werden soll. Der Alleinerbeneinsetzung des anderen Ehegatten und der damit einhergehenden Enterbung der Abkömmlinge geht immer eine Abwägung der Interessen aller gesetzlichen Erben durch den Testator voraus. Dabei richtet sich die Motivlage des Erblassers im Regelfall nicht *per se* gegen die Abkömmlinge,

<sup>319</sup> So *Stöcker*, JZ 1973, 15 (16); *ders.*, FamRZ 1971, 609 ff. unter dem Titel „Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens“; auf letzteren Beitrag bezugnehmend mit Blick auf seine Vorschläge *Firsching*, JZ 1972, 449 (455); siehe ferner *Buchholz*, MDR 1990, 375 (378).

<sup>320</sup> In Fällen der Testamentserrichtung durch eine verheiratete Person handelt es sich in ca. 87 % der Fälle um ein gemeinschaftliches Testament (oder einen Erbvertrag), wobei in den meisten Fällen (70,1 %) die Form des Berliner Testaments gewählt wird. Entscheiden sich Ehegatten dazu, ein Berliner Testament aufzusetzen, wählen sie in 94,6 % der Fälle die Ausgestaltung der Einheitslösung und nur in 5,4 % der Fälle die Trennungslösung, vgl. *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (85), Fn. 269 unter Verweis auf *G. Metternich*, Verfügungsverhalten von Erblassern, S. 74 ff.; vgl. zudem „Erben und Vererben – Erfahrungen, Erwartungen und Pläne – eine repräsentative Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank“, 2018, S. 45.

<sup>321</sup> *Dutta*, Warum Erbrecht?, Teil 1, S. 13 ff.; *Soergel/Stein*, Bd. 21, Einl., Rn. 69.

<sup>322</sup> Vgl. *Kamerstuk*, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 19; ferner *Battes*, Gedächtnisschrift Heinze, S. 20; *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (150); *Sonnekus*, ZEuP 2005, 71 (76); *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (85), Fn. 267.

er will vielmehr sicherstellen, dass sein Partner über den Tod hinaus abgesichert ist.<sup>323</sup> Insofern ist hervorzuheben, dass sich Ehegatten regelmäßig nicht schlicht zu gegenseitigen Alleinerben einsetzen, sondern eine letztwillige Regelung treffen, nach welcher das Vermögen erst dem Längerlebenden zukommt und nach dessen Tod den Abkömmlingen zufällt. Folge dessen ist, dass sich ein „echtes“ Alleinerbrecht nicht aus dem hypothetischen Erblasserwillen rechtfertigen ließe. Ein solches Alleinerbrecht würde folglich nicht als Leitbild des gesetzlichen Erbrechts taugen, da die erbrechtliche Teilhabe der Abkömmlinge vollständig „beiseite“ und nicht bloß – wie von Ehegatten bei Abschluss eines Berliner Testaments beabsichtigt – aufgeschoben würde.<sup>324</sup> Die Abkömmlinge des Erblassers haben schutzwürdige Interessen an ihrer Stellung als gesetzliche Erben<sup>325</sup> und eben jene Erbinteressen kann das Gesetz nur anerkennen, indem es sie schützt.<sup>326</sup> Insofern greift allein das Abstellen auf die Erwartung, der Nachlass fiele nach dem Versterben des längerlebenden Ehegatten an die Abkömmlinge, zu kurz – insbesondere mit Blick auf einseitige Abkömmlinge.<sup>327</sup>

100 Zu denken bliebe einzig daran, die häufig gewählten Testierformen des Berliner Testaments der „Einheits-“ bzw. „Trennungslösung“ in die Form eines gesetzlichen Ehegattenerbrechts zu gießen. Ein gesetzliches Erbrecht, ausgerichtet an der „Einheitslösung“, wäre aber wohl kaum umsetzbar.<sup>328</sup> So ist zu bedenken, dass ein Mechanismus gefunden werden müsste, welcher die Bindungswirkung des wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testaments (oder Erbvertrags) nachbilden würde, um sicherzustellen, dass die Abkömmlinge (insbesondere auch die einseitigen Abkömmlinge) des erstversterbenden Ehegatten nach dem Tode des Längerlebenden ihre erbrechtliche Teilhabe erfahren würden.<sup>329</sup>

101 Auch die Ausrichtung des gesetzlichen Erbrechts an der „Trennungslösung“, also einer Vor- und Nacherbschaft, vermag nicht zu überzeugen. Im Ergebnis käme eine solche Umsetzung dem Vorschlag Firschings nahe. Die

<sup>323</sup> Lange, DNotZ 2010, 749 (760); ders., 68. DJT, L 36 f.

<sup>324</sup> Lange, DNotZ 2010, 749 (760); ders., 68. DJT, L 37.

<sup>325</sup> Griem, Auswirkungen des Güterstandes des ideellen Miteigentums, S. 167; Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 94.

<sup>326</sup> Lange, DNotZ 2010, 749 (760); ders., 68. DJT, L 37.

<sup>327</sup> Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (87); diese Erwartung liegt etwa dem oben dargestellten Recht von New South Wales zugrunde, vgl. Reid/De Waal/Zimmermann/Pearl/Vines, Intestate Succession in Australia and New Zealand, S. 360; ebenso dem niederländischen Recht, vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 11.

<sup>328</sup> Griem, Auswirkungen des Güterstandes des ideellen Miteigentums, S. 182 ff.; Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (86).

<sup>329</sup> Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (86).



Vor- und Nacherbschaft geht jedoch stets mit einigen Problemen einher.<sup>330</sup> Bedacht werden muss insbesondere, dass die Erbinteressen der Abkömmlinge nur unvollkommen gesichert wären, würde der überlebende Ehegatte befreiter Vorerbe. Dahingegen ergäben sich Verwaltungsspannungen, sollte der überlebende Ehegatte nicht befreiter Vorerbe werden.<sup>331</sup> Abgesehen davon, dass der unterstellte Testierwille vor dem Hintergrund, dass die allermeisten Berliner Testamente solche in der Ausgestaltung der „Einheitslösung“ sind, nur noch sehr bedingt verwirklicht würde,<sup>332</sup> ergäbe sich zudem ein Widerspruch zu der Wertentscheidung des Gesetzgebers, in § 2269 Abs. 1 BGB die Voll- und Schlusserschaft anstelle der Vor- und Nacherbschaft festzuschreiben<sup>333</sup>. Unter Verweis auf den hypothetischen Erblasserwillen sollte daher kein gesetzliches Alleinerbrecht des Ehegatten vorgesehen werden.<sup>334</sup>

Gegen Lösungen, welche versuchen, die erbrechtliche Teilhabe der Abkömmlinge durch gestundete Erbersatzansprüche zu verwirklichen, ist anzuführen, dass jene Lösungen die erbrechtliche Teilhabe nur unvollständig gewährleisten können. So werden die Abkömmlinge unter Umständen über lange Zeit vom Nachlass wirtschaftlich ausgeschlossen und im Ergebnis auf das verwiesen, was ihnen „übriggelassen“ wird.<sup>335</sup> Ein entsprechendes Verweisen auf bloße Erbersatzansprüche würde nicht dem personalen Charakter ihrer Bindung an den Erblasser und damit der Legitimation ihres Erbinteresses bzw. Erbrechts entsprechen.<sup>336</sup> Jene Vorschläge sind mithin ebenfalls zu weitreichend.

Das Vorsehen einer gesetzlichen Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten hätte zudem nicht zu vereinbarende Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht. Einerseits würde mit Anwachsen des Erbrechts des Ehegatten zu einem Alleinerbrecht das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge verletzt.<sup>337</sup> Andererseits

<sup>330</sup> *Bosch*, FamRZ 1983, 227 (233 f.); *Krug*, FPR 2007, 164 (170); *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (87) verweist insofern darauf, dass sich eine Reihe von Rechtsordnungen aufgrund der Vielzahl von Problemen, welche mit der Vor- und Nacherbschaft einhergehen, dazu entschieden haben, die Vor- und Nacherbschaft nicht einmal als rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit zuzulassen.

<sup>331</sup> *Dieckmann*, 49. DJT, K 19 f.; *Stöcker*, FamRZ 1970, 444 (450) spricht davon, dass der Ehegatte nicht unter die „Oberaufsicht“ der Abkömmlinge gestellt werden soll.

<sup>332</sup> *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (86).

<sup>333</sup> *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 98.

<sup>334</sup> Ebenso *Buchholz*, MDR 1990, 375 (378); *Rauscher*, Reform Bd. II/1, S. 111.

<sup>335</sup> *Steffen*, DRiZ 1972, 263 (265).

<sup>336</sup> Vgl. *Freytag*, ZRP 1991, 106 (107), zustimmend *Rauscher*, ZRP 1992, 272; *Steffen*, DRiZ 1972, 263 (265).

<sup>337</sup> *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (87); siehe ferner *Lange*, DNotZ 2010, 749 (760), Fn. 49, welcher mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutz des



findet im Pflichtteilsrecht aber auch die Testierfreiheit des Erblassers ihre Grenzen. Würde bei einem Alleinerbrecht der Pflichtteil konsequenterweise  $\frac{1}{2}$  betragen, so würde dies zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Testierfreiheit des Erblassers führen.<sup>338</sup>

104 Schließlich ist den Lösungen, welche dem Ehegatten den Nachlass bis zu einem bestimmten Wert vollständig zuzuweisen, mit Bedenken zu begegnen. Die Erbberechtigung der Abkömmlinge von der wirtschaftlichen Masse des Nachlasses abhängig zu machen, verträgt sich nicht mit der Begründung des Erbinteresses bzw. der Legitimation des Erbrechts der Abkömmlinge in der Stellung als nächster Verwandter.<sup>339</sup> So ist zu bedenken, dass kleine Nachlässe bereits im geltenden Recht durch den gesetzlichen Voraus des Ehegatten, § 1932 BGB, aufgezehrt werden können. Dann bleibt aber fraglich, worin die Legitimation zu sehen wäre, Abkömmlinge von kleinen oder mittleren Nachlässen, welche mehr als den dem Ehegatten über den Voraus zufallenden Werten enthalten, auszuschließen<sup>340</sup>. Es wäre zudem schwer eine Wertgrenze zu finden, zumal diese gesetzestechnischer Anpassung in zeitlich kurzen Abständen bedürfte und wohl nicht umherkäme, willkürlich gewählt zu wirken<sup>341</sup>.

105 Im Ergebnis ist ein gesetzliches Alleinerbrecht des Ehegatten neben Abkömmlingen daher unabhängig von seiner Ausgestaltung abzulehnen. Zu entscheiden bleibt, auf welchen Teil die Quote des überlebenden Ehegatten anzuheben wäre.

### III. Die Miterbenstellung des überlebenden Ehegatten bei erhöhter Erbquote

106 Der folgende Abschnitt widmet sich der konkreten Ausgestaltung einer güterstandsunabhängigen erhöhten Erbquote des Ehegatten. Dabei ist nicht nur zu beleuchten, auf welchen Teil sich diese Quote beziffern würde, sondern ist

---

Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge eine so weitreichende Regelung wie die des niederländischen Rechts für unvereinbar hält.

<sup>338</sup> Lange, DNotZ 2010, 749 (761); ders., 68. DJT, L 38.

<sup>339</sup> Aus ganz ähnlichem Grund lehnt Steffen die Konstruktion eines Alleinerbrechts des Ehegatten, welches mit gestundeten Erbersatzansprüchen der Abkömmlinge belastet ist, ab. Insofern führt er aus: „Auch entspricht dem personalen Charakter ihrer Bindung an den Erblasser eher eine unvermittelte Teilhabe an seiner Hinterlassenschaft.“, DRiZ 1972, 263 (265).

<sup>340</sup> Unter diesem Gesichtspunkt dem Konzept des dem Ehegatten gebührenden Nachlassmindestwerts ebenfalls ablehnend gegenüberstehend Dieckmann, 49. DJT, K 21.

<sup>341</sup> Vgl. Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (84).

vielmehr zuvor herauszuarbeiten, welche Personen *de lege ferenda* neben dem überlebenden Ehegatten überhaupt erbberechtigt sein sollen.

### 1. Die Beschränkung des neben dem Ehegatten erbberechtigten Personenkreises

Im geltenden Recht sind gem. § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB neben dem Ehegatten 107  
 ten die Verwandten der ersten Ordnung sowie die Verwandten der zweiten  
 Ordnung und die Großeltern erbberechtigt.

Dass ein Ausschluss der Abkömmlinge *de lege ferenda* keinen gangbaren 108  
 Weg darstellen würde, wurde mit der Ablehnung eines gesetzlichen Alleinerb-  
 rechts zugunsten des überlebenden Ehegatten aufgezeigt. Mit Blick auf die  
 Eltern, Geschwister oder Großeltern des Erblassers könnte jedoch anderes  
 gelten – zu denken ist daran, dass eine umso höhere Nachlassbeteiligung des  
 Ehegatten gerechtfertigt ist, desto weiter (gemessen am Parentelsystem) die  
 konkurrierenden Verwandten vom Erblasser entfernt sind<sup>342</sup>.

Für die Beibehaltung der geltenden Regelung könnten zunächst die lebzei- 109  
 tige Nähebeziehung zu den erbberechtigten Personen sowie die (gemeinsame)  
 Abstammung angeführt werden.<sup>343</sup>

Speziell für die Beibehaltung der Erbberechtigung der Eltern des Erblassers 110  
 neben dem Ehegatten wurde neben dem Umstand der unmittelbaren Abstam-  
 mung<sup>344</sup> darauf verwiesen, dass einerseits mit dem Tod des Kindes dessen  
 Unterhaltspflicht gegenüber den Eltern erlischt<sup>345</sup> und andererseits ein verhei-  
 rateter Erblasser, welcher kinderlos verstirbt, regelmäßig sehr jung gewesen  
 sein wird, weshalb einerseits die Ehe von kurzer Dauer gewesen sein dürfte<sup>346</sup>  
 und andererseits noch eine durchaus enge Beziehung zum Elternhaus bestan-  
 den haben wird<sup>347</sup>. Mit Blick auf beide Erwägungen ist jedoch festzustellen,

<sup>342</sup> Siehe hierzu Rn. 18.

<sup>343</sup> Den derzeitigen Personenkreis will in seinen Vorschlägen zu einem güter-  
 standsunabhängigen Ehegattenerbrecht *de lege ferenda* unverändert berechtigt wissen  
 Freytag, ZRP 1991, 106 (107 f.); ohne nähere Begründung im Ergebnis aber gleich  
 Reid/De Waal/Zimmermann/Zimmermann, Intestate Succession in Germany, S. 215;  
 nicht ähnlich klar die Beschlüsse des 68. DJT, L 152, Lange, 68. DJT, L 32 sowie  
 Strätz, DNotZ 2001, 452 (453), welche formulieren, dass sich der gesetzliche Erbteil  
 des Ehegatten neben Erben der ersten Ordnung auf die Hälfte des Nachlasses, neben  
 allen weiteren Verwandten auf drei Viertel erhöhen sollte.

<sup>344</sup> Freytag, ZRP 1991, 106 (107) führt insofern aus, dass der Erbberufungsgrund  
 der Ehe den der Abstammung nicht verdrängen kann.

<sup>345</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (95).

<sup>346</sup> Bosch, FamRZ 1983, 227 (236).

<sup>347</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (94).

dass sie in heutiger Zeit nicht gleichermaßen herangezogen werden können bzw. sollten.

- 111 Hat Dumoulin noch formuliert, dass „auch im Zeitalter sozialer Sicherung darauf hingewiesen werden [darf], daß mit dem Tode des Kindes dessen Unterhaltspflicht gegenüber den Eltern erlischt“<sup>348</sup>, so wird dieser „Hinweis“ nunmehr im Lichte des Angehörigen-Entlastungsgesetzes weitestgehend leerlaufen. Zwar bleibt die bestehende Verpflichtung zur Unterhaltsleistung gem. § 1601 BGB davon unberührt<sup>349</sup> und wird der Elternunterhalt aufgrund der die Altersstruktur der Gesellschaft zeichnenden Veränderungen grundsätzlich auch immer bedeutender.<sup>350</sup> Doch wurde mit der eingeführten (starken) Begrenzung des Sozialhilferegresses, vgl. § 94 Abs. 1a SGB XII, – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt<sup>351</sup> – die sozialpolitische Frage, ob der Staat oder die Kinder für die Kosten pflegebedürftiger Menschen aufkommen müssen, für das Gros der Fälle (die in § 94 Abs. 1a S. 1 SGB XII angeordnete Jahreseinkommensgrenze von € 100.000 überschreiten weniger als 6% der Bevölkerung)<sup>352</sup> zulasten des Staats entschieden.<sup>353</sup> Die Erbberechtigung der Eltern neben dem Ehegatten kann damit jedenfalls keinen Halt mehr in einem „Kompensationsgedanken“<sup>354</sup>, nämlich für den Ausfall der Möglichkeit Elternunterhalt zu beziehen, finden. Was vor dem Hintergrund der grundsätzlich weiterhin bestehenden Unterhaltsverpflichtung verbleibt, ist die Möglichkeit eines Rückschlusses darauf, dass zwischen Eltern und Kindern immer noch ein besonderes Maß an familiärer Solidarität vorhanden ist<sup>355</sup>, welchem über die Erbberechtigung der Eltern neben dem Ehegatten nach dem Tod des Kindes Rechnung getragen werden kann.

- 112 Das darüber hinaus im Zusammenhang mit der Erbberechtigung der Eltern geführte Argument, dass ein verheirateter Erblasser, welcher kinderlos verstirbt, regelmäßig sehr jung gewesen sein wird, weshalb einerseits die Ehe von kurzer Dauer gewesen sein dürfte und andererseits noch eine durchaus enge Beziehung zum Elternhaus bestanden haben wird, hat an statistisch begründeter Überzeugungskraft verloren. So gilt es die stete Abnahme der Ge-

<sup>348</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (94 f.).

<sup>349</sup> MüKo/Langeheine, § 1601 BGB, Rn. 42; BeckOGK/Selg, § 1601 BGB, Rn. 79; Viefhues, ZAP 2020, 345 (347).

<sup>350</sup> Staudinger/Klinkhammer, § 1601 BGB, Rn. 17; MüKo/Langeheine, § 1601 BGB, Rn. 42.

<sup>351</sup> Siehe BT-Drs. 19/13399, S. 18.

<sup>352</sup> Schürmann, FF 2020, 48 (52); BeckOGK/Selg, § 1601 BGB, Rn. 79.

<sup>353</sup> Doering-Striening/Hauß/Schürmann, FamRZ 2020, 137 ff.; Viefhues, ZAP 2020, 345 (346).

<sup>354</sup> Siehe hierzu Jung, Rpfleger 1984, 165 (174).

<sup>355</sup> BeckOGK/Selg, § 1601 BGB, Rn. 80.

burtenrate<sup>356</sup> in Erinnerung zu rufen. Diese demographische Entwicklung spiegelt sich in der Zunahme von kinderlosen Ehepaaren wider<sup>357</sup>, wobei unerheblich ist, ob die Kinderlosigkeit eine gewollte oder ungewollte ist<sup>358</sup>. Entscheidend ist, dass immer häufiger keine Kinder in der Ehe vorhanden sind und daher aus diesem Umstand kein Rückschluss auf das Alter des Erblassers und die Dauer der Ehe gezogen werden sollte. Daneben ist der Umstand der immer zunehmenden durchschnittlichen Lebenserwartung<sup>359</sup> zu berücksichtigen – die Eltern des Erblassers leben mithin immer länger.

Haben diese Erwägungen mithin an Gewicht verloren, gilt es gleichwohl neben dem Umstand der unmittelbaren Abstammung den Gedanken einer Dankespflicht des Erblassers gegenüber seinen Eltern zu beachten. Diese Dankespflicht gründet sich in dem Umstand, dass die Eltern den Erblasser regelmäßig über Jahrzehnte hinweg alimentiert und seine Ausbildungskosten getragen haben, aber auch in der genossenen Erziehung bzw. Förderung und der sonstigen Unterstützung, sei es immaterieller oder materieller Natur, welche die Kinder von ihren Eltern in vielen Fällen (weit) über die Volljährigkeit hinaus erfahren.<sup>360</sup> Vor diesem Hintergrund sollte an der Erbberechtigung der Eltern des Erblassers bei Zusammentreffen mit dem Ehegatten festgehalten werden, auch wenn nicht alle in diesem Kontext geführten Argumente noch gleich zwingend sind. 113

<sup>356</sup> Siehe oben Fn. 248.

<sup>357</sup> Im Jahr 2023 lebten über die Hälfte (54%) aller Ehepaare in Deutschland kinderlos, siehe die durch das statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Anzahl der Ehepaare mit und ohne Kinder/n im Haushalt in Deutschland von 1996 bis 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2153/umfrage/anzahl-der-ehepaare-mit-und-ohne-kinder-in-deutschland-seit-1996/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; die Zunahme von Kinderlosigkeit in den letzten zwei Jahrzehnten betonend *Pötzsch* im Datenreport 2021 der Bundeszentrale für politische Bildung zum Stichwort „Kinderlosigkeit“, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/zahlen-und-fakten/datenreport-2021/familie-lebensformen-und-kinder/329596/kinderlosigkeit/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>358</sup> Zum Verhältnis ungewollter und gewollter Kinderlosigkeit siehe die durch das BMFSFJ erhobene und veröffentlichte Statistik „Verhältnis ungewollter und gewollter Kinderlosigkeit nach Altersgruppen im Jahr 2020“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1331200/umfrage/verhaeltnis-ungewollter-und-gewollter-kinderlosigkeit-nach-alter/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>359</sup> Siehe die durch das statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Lebenserwartung von Männern und Frauen bei der Geburt in Deutschland laut Sterbetafeln 1871/81 bis 2021/2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185394/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>360</sup> *Bosch*, FamRZ 1983, 227 (236); *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (94); siehe ferner *Löwenich*, Neugestaltung des gesetzlichen Erbrechts, S. 172, welcher betont, dass Eltern regelmäßig auch das Ehepaar in der Aufbauphase materiell unterstützen; zudem BeckOGK/*Selg*, § 1601 BGB, Rn. 80.1.

114 Fraglich ist, ob sich ähnlich gewichtige Argumente für die Erbberechtigung der übrigen Verwandten der zweiten Ordnung neben dem Ehegatten finden. Ohne längeres Suchen würden sich jedenfalls die gemeinsame, wenn auch nicht unmittelbare, Abstammung und lebzeitige Nähebeziehung<sup>361</sup> als Argumente für die Erbberechtigung der Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge neben dem Ehegatten ausmachen lassen. Beide Aspekte scheinen jedoch nicht gleich schwer zu wiegen, wie im Verhältnis zu den Eltern. Insofern gilt es folgenden Gedanken zu beachten: Nähebeziehungen bestehen nicht zu jedweden Familienangehörigen in gleich (erbrechtlich) bedeutsamen Maße. Es gilt vielmehr jene Nähebeziehungen im Rahmen der erbrechtlichen Solidarität zu gewichten und nur in gleich bedeutsamen Nähebeziehungen, gleiche erbrechtliche Solidarität herrschen zu lassen<sup>362</sup>. Maßgebend für diese Gewichtung kann nicht bloß eine emotionale Bindung sein. Es ist auf jegliche beziehungsprägenden Umstände abzustellen. Dann ist aber festzustellen, dass sich keine gleichermaßen gewichtigen Argumente für eine Erbberechtigung der übrigen Verwandten der zweiten Ordnung finden. So bestehen insbesondere keine vergleichbaren Dankesplichten wie gegenüber den Eltern.<sup>363</sup> Geschwister haben den Erblasser zwar sicherlich auch in verschiedenen Lebenslagen emotional und unter Umständen finanziell unterstützt, in aller Regel sind es aber doch die Eltern, welche die Hauptquelle jeglicher Unterstützung darstellen. Wurde im Rahmen der Ausführungen zur Erbberechtigung der Eltern neben dem Ehegatten der Aspekt der Unterhaltspflichtigkeit des Erblassers zwar weitestgehend für „überholt“ erklärt, wurde diesem doch Aufschluss über das Verhältnis von Eltern und Kind abgewonnen. Das grundsätzliche Fehlen einer Unterhaltspflicht des Erblassers gegenüber seinen Geschwistern kann insofern so gedeutet werden, dass das Gesetz das Verhältnis von Geschwistern zueinander anders gewichtet als das zwischen Kindern und Eltern. Die Ehe wird zudem regelmäßig weder besonders kurze Zeit bestanden haben, noch wird der Erblasser besonders jung gewesen sein – immerhin wäre Voraussetzung dafür, dass die übrigen Erben der zweiten Ordnung überhaupt zum Zuge kämen, dass die Eltern bereits vorverstorben wären.<sup>364</sup> Folge dessen ist, dass selbst emotionale Nähebeziehungen, welche aus dem gemeinsa-

<sup>361</sup> Diese Punkte besonders hervorhebend *Freytag*, ZRP 1991, 106 (107 f.) und daher im Ergebnis eine Erbberechtigung aller bisherig Berechtigten fordernd; mit Blick auf die Erbberechtigung der Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge ähnlich *Steffen*, DRiZ 1972, 263 (266).

<sup>362</sup> *Dutta*, Warum Erbrecht?, Teil 2, S. 396.

<sup>363</sup> *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (95); *Jung*, Rpfleger 1984, 165 (174); ebenso grundsätzlich *Löwenich*, Neugestaltung des gesetzlichen Erbrechts, S. 174, welcher im Ergebnis aber dennoch aufgrund der familiären Nähebeziehung an einem Erbrecht der Geschwister des Erblassers festhalten will.

<sup>364</sup> *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (95); dieser Schluss ist – anders als der Schluss von kinderlosem Versterben auf Alter des Erblassers und Dauer der Ehe – ge-

men Aufwachsen in einem Haushalt resultierten, zu Geschwistern – erst recht zu deren Abkömmlingen – regelmäßig abgenommen haben werden.<sup>365</sup> Darüber hinaus sind die Geschwister des Erblassers oder deren Kinder regelmäßig weniger geeignet, das im Wege des Erbrechts weiterzugebende Lebenswerk des Erblassers fortzuführen. Hierzu ist der Ehegatte prädestiniert.<sup>366</sup> Das Vorhandensein weiterer Verwandter des Erblassers in einer Erbengemeinschaft mit dem überlebenden Ehegatten wirkt insofern aber besonders belastend für diesen, da in der Auseinandersetzung unter Umständen das Lebenswerk des Erblassers zerschlagen werden müsste. Als Beispiel diene insofern die Veräußerung des das Lebenswerk des Erblassers bildenden Eigenheims. Selbiges ließe sich freilich auch gegen ein Erbrecht der Eltern des Erblassers anführen. Mit Blick auf die mögliche Belastung für den Ehegatten ist gleichwohl zu beachten, dass das Zusammentreffen von Geschwistern des Erblassers und überlebendem Ehegatten den deutlich häufigeren Fall als die Konkurrenz von überlebendem Ehegatten und Eltern des Erblassers darstellt und insofern deutlich belastender wirkt.<sup>367</sup>

In diesem Kontext sei zudem auf die Entwicklungen im österreichischen Recht durch das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 hingewiesen. Konnten neben dem überlebenden Ehegatten gem. § 757 ABGB a.F. zu gesetzlichen Erben die Kinder des Erblassers und deren Nachkommen, die Eltern und Geschwistern des Erblassers oder die Großeltern berufen sein, so können seit dem 1. Januar 2017 gem. § 744 ABGB n.F. neben dem Ehegatten nur die Kinder des Verstorbenen und deren Nachkommen oder die Eltern des Verstorbenen zu gesetzlichen Erben berufen sein.<sup>368</sup> Als zentrales Anlassmoment für die Reform des österreichischen Rechts wurde die deutlich gestiegene Lebenserwartung der Menschen, „die dazu führt, dass potenzielle Erben oder Pflichtteilsberechtigte um einiges älter sind als damals und allenfalls weniger der materiellen Versorgung durch das Erbrecht bedürfen“<sup>369</sup>, angeführt. Mit hin ein Argument, welches ganz ähnlich oben im Rahmen der Argumente für eine erbrechtliche Besserstellung des Ehegatten geführt wurde.<sup>370</sup>

---

rade vor dem Hintergrund, dass die Menschen immer älter werden, nach wie vor stichhaltig.

<sup>365</sup> A.A. Freytag, ZRP 1991, 106 (107 f.).

<sup>366</sup> Bosch, FamRZ 1983, 227 (237).

<sup>367</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (95).

<sup>368</sup> Siehe hierzu Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform, S. 108 ff.; Rabl/Zöchling-Jud/Fischer-Czermak, Das neue Erbrecht, S. 27 ff.; Kletečka/Schauer/Scheuba, § 744 ABGB, Rn. 3 ff.; Steiner, ZEV 2016, 131.

<sup>369</sup> ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP, S. 1.

<sup>370</sup> Vgl. Rn. 78.

- 116 Insgesamt finden sich daher gewichtige Argumente, welche dafür sprechen, die Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge *de lege ferenda* von der gesetzlichen Erbfolge neben dem überlebenden Ehegatten auszuschließen.
- 117 Mit Blick auf die Großeltern wäre es in der Folge nur konsequent, auch diesen die Erbberechtigung neben dem Ehegatten zu nehmen, immerhin sind die Großeltern Teil der dritten Ordnung und somit wegen § 1930 BGB dem soeben von der Erbfolge ausgeschlossenen Personenkreis der Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlingen als Teil der zweiten Ordnung nachrangig.<sup>371</sup> In anderen Worten: Der überlebende Ehegatte muss, „wenn er künftig die Geschwister und Geschwisterabkömmlinge von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt, auch die Großeltern des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen.“<sup>372</sup> Damit würde auch dem Wandel von der Großfamilie hin zur Kleinfamilie, mit der Folge, dass sich das gemeinsame Leben im Sinne eines personalen und ökonomischen Kontakts im Wesentlichen auf Ehegatten und Kinder beschränkt, Rechnung getragen.<sup>373</sup> Neben dieser Erwägung gilt es zu beachten, dass die Fälle, in denen die Großeltern zum Zuge kommen, einerseits sehr selten sind<sup>374</sup> und andererseits in Form der Regelung *de lege lata* eine rechtliche Inkonsistenz in sich tragen. Diese besteht dergestalt, dass sollten zufällig noch Großeltern leben, diese den Enkel mitbeerben und das Ererbe – häufig wohl in zeitlich sehr nahem Abstand – in der Regel selbst ihren Abkömmlingen weitervererben, also an Personen, welche nach § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB die Stellung des überlebenden Ehegatten gerade nicht mindern sollen.<sup>375</sup> *De lege ferenda* sollte daher auch keine Erbberechtigung der Großeltern neben dem überlebenden Ehegatten bestehen<sup>376, 377</sup>

<sup>371</sup> Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 129.

<sup>372</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (96).

<sup>373</sup> Leipold, AcP (180) 1980, 160 (174).

<sup>374</sup> Löwenich, Neugestaltung des gesetzlichen Erbrechts, S. 178.

<sup>375</sup> Bosch, FamRZ 1983, 227 (237).

<sup>376</sup> Ebenso Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 125, 129, 302, welcher ebenfalls insofern beizupflichten ist, dass es keines Unterhaltsanspruchs zugunsten der Großeltern gegen den Nachlass bedarf; die Beschlüsse des 25. Deutschen Rechtspflertags, RpfIBl 1983, 50 (52) = FamRZ 1983, 787. Nur für einen Ausschluss der Großeltern, nicht aber der Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge Coing, 49. DJT, A 73; Dieckmann, 49. DJT, K 22; Krug, FPR 2007, 164 (170); ebenso Steffen, DRiZ 1972, 263 (266), welcher den Großeltern sodann aber einen Unterhaltsanspruch, begrenzt durch den Wert eines Nachlassviertels und verbunden mit einem Kapitalabfindungsrecht, gewähren will.

<sup>377</sup> Hingewiesen sei darauf, dass, sollten damit *de lege ferenda* nur die Eltern des Erblassers neben dem Ehegatten erbberechtigt sein, die Vorschrift des § 1934 BGB, wengleich im geltenden Recht schon nur deklaratorischer Natur (hierzu BeckOGK/Tegelkamp, § 1934 BGB, Rn. 4, Staudinger/Werner, § 1934 BGB, Rn. 1), ihrem Regelungsgehalt nach weitestgehend hinfällig wäre. Den hypothetischen Fall ausgenommen, dass das Eheverbot des § 1307 BGB nicht beachtet wurde und auch keine Aufhe-



Sollten damit *de lege ferenda* nur die Eltern des Erblassers neben dem Ehegatten erbberechtigt sein, bleibt zu klären, was im Fall des Vorversterbens eines Elternteils gelten sollte. In Betracht käme, die Regelung des geltenden § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB zu adaptieren<sup>378</sup>, mit der Folge, dass, sollten mit einem Elternteil Abkömmlinge zusammentreffen, der Ehegatte auch den hälftigen Elternerbteil erhielte, welcher grundsätzlich gem. § 1925 Abs. 3 S. 1 BGB den Abkömmlingen zufallen würde. Sollten allerdings keine Abkömmlinge des vorverstorbenen Elternteils vorhanden sein, würde der andere Elternteil den gesamt zustehenden Anteil erhalten, § 1925 Abs. 3 S. 2 BGB. Dieser Lösung ist aber – wie im geltenden Recht der Regelung des § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>379</sup> – entgegenzuhalten, dass das zufällige Vorhandensein von Abkömmlingen des vorverstorbenen Elternteils darüber entscheiden würde, ob der hälftige Elternerbteil an den Ehegatten oder den anderen Elternteil fallen würde.<sup>380</sup> Es sollte daher eine Lösung vorgesehen werden, welche auf das Vorhandensein von Abkömmlingen des vorverstorbenen Elternteils keine Rücksicht nimmt. Damit ergäben sich zwei mögliche Lösungswege. Entweder könnte der freie hälftige

bung der Ehe erfolgt ist, stellt *de lege lata* den einzigen Anwendungsfall des § 1934 BGB die Ehe dar, welche der überlebende Ehegatte mit Onkel oder Tante (oder Großonkel/Großtante) geschlossen hat, da der überlebende Ehegatte in diesem Fall zugleich als Erbe zweiter Ordnung berufen sein kann, siehe BeckOK/Müller-Christmann, § 1934 BGB, Rn. 2; BeckOGK/Tegelkamp, § 1934 BGB, Rn. 6. *De lege ferenda* würden als Teil der zweiten Ordnung nur noch die Eltern des Erblassers, nicht aber deren Abkömmlinge gesetzliche Erben neben dem Ehegatten werden können, sodass der verwandte Ehegatte (außer in dem Fall des Verstoßes gegen § 1307 BGB und fehlender Aufhebung der Ehe) keinen zusätzlichen Erbteil aufgrund seiner Verwandtschaft herleiten könnte.

<sup>378</sup> Der gänzliche Verzicht auf eine entsprechende Regelung ist nicht empfehlenswert. Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass das LPartG in seiner Urfassung vom 16.02.2001 (vgl. BGBl. 2001, I Nr. 9, S. 266) in § 10 Abs. 1 LPartG keine dem § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbare Regelung vorgesehen hatte. Folge war eine Unstimmigkeit des Rechts, als § 10 Abs. 2 LPartG vorschrieb, dass der Lebenspartner Alleinerbe würde, wenn keine Verwandten der ersten oder zweiten Ordnung oder Großeltern vorhanden waren. Der überlebende Lebenspartner verdrängte folglich die Abkömmlinge von Großeltern. Diese konnten jedoch (mangels einer § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbaren Regelung) nach den allgemeinen Regeln neben dem Lebenspartner erben, wenn zufällig noch ein Großelternteil lebte, vgl. hierzu von Dickhuth-Harrach, FamRZ 2001, 1660 (1661 f.). Jenes Ergebnis erscheint nicht überzeugend, weshalb es einer Regelung bedarf, was gelten soll, wenn ein Elternteil vorverstorben ist. Dass das Ergebnis der Vorschrift des LPartG unzufriedenstellend war, zeigt sich im Übrigen darin, dass mit dem Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (vgl. BGBl. 2004, I Nr. 69, S. 3396) eine dem § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Regelung aufgenommen wurde, vgl. auch Erman/Kaiser, 15. Aufl. 2017, § 10 LPartG, Rn. 2.

<sup>379</sup> MüKo/Leipold, § 1931 BGB, Rn. 27; von Dickhuth-Harrach, FamRZ 2001, 1660 (1661); ders., FamRZ 2005, 1139 (1140); Staudinger/Werner, § 1931 BGB, Rn. 26.

<sup>380</sup> Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 126.



Elternerbteil stets dem anderen Elternteil<sup>381</sup> zugesprochen werden oder aber dem Ehegatten<sup>382</sup>. Es ist insofern eine Entscheidung dahingehend zu treffen, ob das Erbrecht des Ehegatten zulasten der Eltern des Erblassers gestärkt werden sollte, als bei Zuweisung des freien Elternerbteils an den Ehegatten der Zuwachs beim lebenden Elternteil gem. § 1925 Abs. 3 S. 2 BGB verhindert würde. Sollte der verstorbene Elternteil Abkömmlinge hinterlassen haben, wäre dies nur folgerichtig. So ist die soeben gezogene Wertung zu berücksichtigen, dass der Ehegatte den Abkömmlingen der Eltern des Erblassers vorgehen sollte. Jene Abkömmlinge gehen im Grundsatz gem. § 1925 Abs. 3 S. 1 BGB dem anderen Elternteil vor. Wenn aber der Ehegatte den Abkömmlingen vorgeht und diese wiederum dem anderen Elternteil, dann müsste der Ehegatte dem anderen Elternteil vorgehen und daher den freien Erbteil erhalten.<sup>383</sup> Auch spricht das Ziel der Aufbesserung der erbrechtlichen Position des Ehegatten dafür, den freien Elternerbteil dem Ehegatten zuzusprechen. Vor dem Hintergrund, dass mit Blick auf die Erbberechtigung der Eltern neben dem Ehegatten das Argument des häufig sehr jungen Erblassers aufgrund der demographischen Entwicklungen als weniger durchgreifend qualifiziert wurde, vermag insbesondere nicht die Erwägung umzustimmen, dass der freie Elternerbteil dem anderen Elternteil gebühren sollte, weil das vorhandene Erblasservermögen (noch) zu einem Großteil aus Zuwendungen der Eltern bestehe und der Ehegatte (noch) nichts zur Vermögensbildung beigetragen habe<sup>384</sup>. Der Gedanke eines auf die Eltern zurückfallenden Familienvermögens kann insofern nicht mehr fruchtbar gemacht werden.<sup>385</sup> Im Ergebnis sollte daher der freie Elternerbteil stets an den Ehegatten fallen.

## 2. Bezifferung der Erbquote

- 119 Unter Berücksichtigung des Vorstehenden sowie des Umstands, dass ein gesetzliches Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten in jeglicher Ausge-

<sup>381</sup> So *Bosch*, FamRZ 1983, 227 (237); *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (102).

<sup>382</sup> So *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 126, 302; ebenso das österreichische Recht in § 744 Abs. 1 S. 2 ABGB, wenn es dort heißt: „Ist ein Elternteil vorverstorben, so fällt auch dessen Anteil dem Ehegatten oder dem eingetragenen Partner zu.“.

<sup>383</sup> Diese Formulierung ist einer kritischen Bemerkung in Bezug auf die Regelung des § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB in *Kipp/Coing*, Erbrecht, S. 42, Fn. 14, entlehnt; ähnlich abgewandelt mit Blick auf ein gesetzliches Ehegattenerbrecht *de lege ferenda* von *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 126.

<sup>384</sup> So kritisch zum österreichischen Recht *Rabl/Zöchling-Jud/Fischer-Czermak*, Das neue Erbrecht, S. 30; *Kletečka/Schauer/Scheuba*, § 744 ABGB, Rn. 3.

<sup>385</sup> Vgl. *Rauscher*, Reform Bd. II/1, S. 126.

staltung zu weit greifen würde, im Lichte der Argumente<sup>386</sup> aber eine Anhebung der Erbquote des Ehegatten zu fordern ist, sollte als erhöhte güterstandsunabhängige Erbquote<sup>387</sup>, mit der herrschenden Meinung im Schrifttum<sup>388</sup>, eine Quote von  $\frac{1}{2}$  neben Abkömmlingen vorgesehen werden. Nicht nur würde diese Quote dem einstigen gesetzgeberischen Motiv entsprechen, eine Erbquote des überlebenden Ehegatten zu finden, welche an der Kinderzahl der Durchschnittsfamilie ausgerichtet ist<sup>389</sup>, diese Quote würde auch das Verständnis des Ehegattenerbrechts in der breiten Bevölkerung widerspiegeln.<sup>390</sup> Zudem würde sie dem Umstand Rechnung tragen, dass der überlebende Ehegatte heutzutage regelmäßig eher auf den erbrechtlichen Erwerb angewiesen ist, als es die Abkömmlinge sind, welche sich im Zeitpunkt des Erbfalls zumeist in ihrer Haupterwerbsphase befinden werden. Vor dem Hintergrund, dass in aller Regel im Vermögen des anderen Ehegatten unabhängig vom Güterstand ein Anteil an Leistung des Überlebenden steckt, ist es gerechtfertigt, diesen im Verhältnis zu Abkömmlingen des Erblassers gleich- bzw. besserzustellen und ihm daher nicht etwa „nur“  $\frac{1}{3}$  des Nachlasses zu gewähren. Die Anhebung der Quote sollte dabei nicht nur im Verhältnis zu den Erben erster Ordnung erfolgen, sondern ebenso im Verhältnis zu den übrigen Verwandten. Insofern gilt es zu bedenken, dass die Erbinteressen im Verwandtenerbrecht mit größerer Entfernung abnehmen und daher eine umso höhere Nachlassbeteiligung des Ehegatten gerechtfertigt ist, desto weiter (gemessen am Parentelsystem) die konkurrierenden Verwandten vom Erblasser entfernt sind.<sup>391</sup> Jener Gedanke ginge gänzlich verloren, würde die Erbquote des überlebenden Ehegatten ungeachtet der Ordnung der neben ihm berufenen Erben  $\frac{1}{2}$  betragen. Da dem Vorschlag zufolge nur die Eltern des Erblassers als „entfernere“ Verwandte *de lege ferenda* erbberechtigt neben dem überleben-

---

<sup>386</sup> Siehe Rn. 75 ff.

<sup>387</sup> Hingewiesen sei darauf, dass sich – wie bereits bei Schaffung des BGB betont, vgl. Vorlage No 7 von 1877, S. 11 ff. in: *Schubert*, Familienrecht Bd. 3, S. 1141 ff. – der Gang über die Einräumung eines (zusätzlichen) Nießbrauchsrechts zugunsten des überlebenden Ehegatten (so etwa vorgeschlagen von *Godin*, 49. DJT, K 86 f.) nicht empfiehlt. Ein solches ginge vor dem Hintergrund der entstehenden Doppelberechtigung mit erheblichen Nachteilen und Unsicherheiten einher – zu denken sei nur an Konfliktpotentiale sowie den faktischen Entzug des Vermögens des Erblassers aus dem Rechtsverkehr, vgl. *Dieckmann*, 49. DJT, K 21; *Kipp/Coing*, Erbrecht, S. 38; *Plate*, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 95; *Zimmermann*, *RabelsZ* 80 (2016), 39 (84).

<sup>388</sup> Siehe Fn. 238.

<sup>389</sup> Beachte insofern *Zimmermann*, *RabelsZ* 80 (2016), 39 (87), welcher anmahnt, dass eine Orientierung allein am klassischen Familienmodell zu kurz griffe, im Ergebnis aber auch eine Quote von  $\frac{1}{2}$  neben Abkömmlingen vorschlägt.

<sup>390</sup> Siehe hierzu Rn. 64.

<sup>391</sup> Siehe hierzu Rn. 18.

den Ehegatten sein sollen, würde sich deren Erbquote auf  $\frac{1}{4}$  belaufen, dem Ehegatten stünden mithin neben den Eltern des Erblassers  $\frac{3}{4}$  zu. Sollte ein Elternteil des Erblassers bereits verstorben sein, sollte der freie Elternerbteil – unabhängig davon, ob der verstorbene Elternteil Abkömmlinge hinterlassen hat – an den Ehegatten fallen<sup>392</sup>, womit sich dessen Erbquote neben einem lebenden Elternteil des Erblassers auf  $\frac{7}{8}$  belaufen würde.

- 120 Eine entsprechende Entwicklung der gesetzlichen Ehegattenerbquote ( $\frac{1}{2}$  bzw.  $\frac{3}{4}$ ) würde insbesondere für Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung eine Besserstellung bedeuten, während die Erbquote des Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft grundsätzlich aufgrund der Pauschalierung *de lege lata* unverändert bliebe. Es könnte gefolgert werden, dass das Erbrecht zugunsten derjenigen Ehegatten gestärkt werden würde, welche sich ehevertraglich gerade gegen das gesetzliche Güterrecht und damit regelmäßig für geringere Solidaritätsversprechen entschieden haben – pointiert formuliert: Die bloße güterstandsunabhängig erhöhte Erbquote wäre „Steine statt Brot“ für diejenigen Ehegatten, welche im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben.<sup>393</sup> Es bleibt daher zu überprüfen, ob es eines Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod bedarf.<sup>394</sup>

## IV. Die Auswirkung auf das Pflichtteilsrecht

- 121 Im Grundsatz bedeutet das Einführen einer güterstandsunabhängigen erhöhten Erbquote des überlebenden Ehegatten von  $\frac{1}{2}$  bzw.  $\frac{3}{4}$ , dass der Pflichtteil des Ehegatten gem. § 2303 BGB  $\frac{1}{4}$  bzw.  $\frac{3}{8}$  betragen würde. Eine Unterscheidung zwischen kleinem und großem Pflichtteil wäre nicht mehr vonnöten.<sup>395</sup>

### 1. Keine Verletzung der Testierfreiheit

- 122 Zu beachten ist allerdings, dass eine Ausweitung des Pflichtteilsrechts stets zugleich eine Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers bedeutet. Immerhin handelt es sich bei dem Pflichtteil um die unentziehbare Mindestbeteiligung am Nachlass, welche der Erblasser nicht durch abweichende Verfügung von Todes wegen ausschließen kann.<sup>396</sup> Vor diesem Hintergrund wurde vereinzelt gefordert, dass bei güterstandsunabhängiger Anhebung der gesetzli-

<sup>392</sup> Siehe hierzu Rn. 118.

<sup>393</sup> Röthel, ErbR 2011, 167 (169).

<sup>394</sup> Hierzu sogleich Rn. 126 ff.

<sup>395</sup> Siehe etwa Lange, 68. DJT, L 35.

<sup>396</sup> Olen/Looschelders, ErbR, Rn. 1050; die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts bestätigt durch BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561, Ls. 1, 2.

chen Erbquote des Ehegatten dessen Pflichtteilsrecht unberührt bleiben, mithin die Hälfte eines Viertels folglich ein Achtel betragen solle; dies jedenfalls dann, wenn neben den Pflichtteil güterrechtliche Folgen – etwa ein errechneter Zugewinnausgleich – treten würden.<sup>397</sup>

Das Zusammenspiel von Pflichtteil und güterrechtlichen Folgen sei an dieser Stelle noch ausgenommen.<sup>398</sup> Vielmehr sei hier nur das bisher Herausgearbeitete zugrunde gelegt. Dann ist jedoch festzustellen, dass die Argumente<sup>399</sup>, welche für eine Erhöhung der Erbquote des Ehegatten streiten, auch eine konsequente Behandlung eben jener erhöhten Quote im Rahmen des Pflichtteilsrechts rechtfertigen.<sup>400</sup> Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass etwa bei Zusammentreffen von einem Überlebenden einer Gütertrennungshe<sup>401</sup> und einem Abkömmling bereits im geltenden Recht eine gesetzliche Erbquote von  $\frac{1}{2}$  auf den überlebenden Ehegatten entfällt und damit Berechnungsgrundlage des Pflichtteils werden kann. Sollen *de lege ferenda* alle Güterstände im gesetzlichen Erbrecht gleichbehandelt werden, so wäre diese Wertung – dass es keine Verletzung der Testierfreiheit darstellt, einen Pflichtteil ausgehend von einer gesetzlichen Erbquote von  $\frac{1}{2}$ , mithin in der Höhe eines Viertels zu gewähren – übertragbar. Damit wäre die Beschneidung der Testierfreiheit *de lege ferenda* in Fällen, in welchen der Pflichtteil des Ehegatten *de lege lata* ausgehend von einer gesetzlichen Erbquote von  $\frac{1}{4}$  nur  $\frac{1}{8}$  betragen würde, als Folge der Anhebung der gesetzlichen Erbquote hinzunehmen. 123

## 2. Der Pflichtteil der Abkömmlinge

Bei einheitlicher Erbquote des Ehegatten würde sich *de lege ferenda* der Pflichtteil der Abkömmlinge stets unter Heranziehung dieser errechnen. Es gäbe keine Konstellationen mehr (*de lege lata* § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB), in 124

<sup>397</sup> *Leipold*, JZ 2010, 802 (806); *ders.*, NJW 2011, 1179.

<sup>398</sup> Siehe hierzu Rn. 164.

<sup>399</sup> Siehe Rn. 75 ff.

<sup>400</sup> Ausdrücklich den Umstand der gestiegenen Lebenserwartung auf das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge beziehend *Klingelhöffer*, ZEV 2010, 385 (386).

<sup>401</sup> Der in Zugewinnngemeinschaft lebende Ehegatte kann mit Blick auf die Pflichtteilshöhe bei Enterbung nicht als Beispiel dienen, da sich dessen Pflichtteil im geltenden Recht bei Enterbung durch den Erblasser nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil bestimmt, § 1371 Abs. 2, vgl. *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 1085 ff.; beachte gleichwohl, dass auch die Zugewinnngemeinschaft *de lege lata* Konstellationen kennt, in denen der große Pflichtteil (also  $\frac{1}{4}$ ) maßgebend ist, so etwa, wenn der dem Ehegatten hinterlassene Erbteil geringer als die Hälfte des ihm zustehenden gesetzlichen Erbteils ist. In diesem Fall kann der Ehegatte von den Miterben als (Zusatz-)Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen, § 2305 BGB, wobei der ergänzende Pflichtteil auf der Basis des nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Ehegattenerbteils zu berechnen ist, vgl. *MüKo/Koch*, § 1371 BGB, Rn. 30.

welchen sich die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten berechnen würden – schließlich würde auch kein nicht erhöhter gesetzlicher Erbteil des Ehegatten mehr existieren. Je nach Konstellation würden die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge daher geringer ausfallen. Darin ist jedoch keine Verletzung des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge zu sehen. Einerseits berechnet sich der Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge im geltenden Recht schon immer dann nach dem erhöhten Erbteil des Ehegatten ( $\frac{1}{2}$ ), wenn der Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer wird – der nicht erhöhte Erbteil dient also nur als Rechengröße zur Bestimmung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs der Abkömmlinge, wenn der Ehegatte einen Anspruch auf Zugewinnausgleich und kleinen Pflichtteil hat, § 1371 Abs. 2, 3 BGB.<sup>402</sup> Andererseits gilt es zu beachten, dass das Pflichtteilsrecht zwar hinsichtlich seines grundsätzlichen Bestands verfassungsrechtlich gem. Art. 14 GG i. V. m. Art. 6 GG geschützt ist<sup>403</sup>, nicht jedoch hinsichtlich des konkreten Werts bzw. der monetären Höhe des Anspruchs<sup>404</sup>. Die Frage danach, ob bei Zusammentreffen mit güterrechtlichen Folgen etwas anderes bei Feststellung der Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge gelten sollte, sei an dieser Stelle wiederum noch ausgespart.<sup>405</sup>

## V. Zwischenergebnis

- 125 Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass *de lege ferenda* eine güterstandsunabhängige gesetzliche Erbquote des Ehegatten von  $\frac{1}{2}$  neben der ersten Ordnung und  $\frac{3}{4}$  neben den Eltern des Erblassers vorgesehen werden sollte. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten würde sich auf  $\frac{1}{4}$  bzw.  $\frac{3}{8}$  belaufen – eine Unterscheidung zwischen kleinem und großem Pflichtteil wäre nicht mehr vorzunehmen.

## B. Die Handhabe des Zugewinnausgleichs im Todesfall

- 126 Der folgende Abschnitt widmet sich der Untersuchung, welches Schicksal den Zugewinnausgleich im Todesfall *de lege ferenda* unter Achtung der bisherigen Ergebnisse ereilen sollte.
- 127 Den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft derart auszugestalten, dass auch bei Auflösung des Güterstands durch den Tod eines Ehegatten ein realer

<sup>402</sup> Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 1091 f.

<sup>403</sup> BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561, Ls. 1.

<sup>404</sup> BVerfGE 112, 332 (355) = NJW 2005, 1561 (1564), juris Rn. 76; MüKo/Lange, § 2303 BGB, Rn. 7; BeckOGK/Obergfell, § 2303 BGB, Rn. 6.

<sup>405</sup> Siehe Rn. 170.

Zugewinnausgleich entstehen soll, ist gewiss keine neue Forderung. So unterbreitete etwa Kipp bereits 1924 im Rahmen seiner Vorschläge zu einem neuen gesetzlichen Güterstand den Vorschlag, eine Gütertrennung in Verbindung mit einer Zugewinnngemeinschaft vorzusehen.<sup>406</sup> Diese Zugewinnngemeinschaft sollte sich insbesondere dadurch auszeichnen, dass der Zugewinn auch im Fall der Auflösung des Güterstands durch den Tod sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten ausgeglichen werden sollte.<sup>407</sup> Die beiden Regierungsentwürfe zum Gleichberechtigungsgesetz<sup>408</sup> sahen für den Fall der Auflösung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod ebenfalls das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs vor, allerdings nur noch zugunsten des überlebenden Ehegatten<sup>409</sup>. In die schließlich eingeführte gesetzliche Regelung hat es dieser Vorschlag jedoch ebenfalls nicht geschafft – er musste der „Bonner Quart“, der Pauschalierung des Zugewinnausgleichs im Todesfall, dem uns bekannten § 1371 Abs. 1 BGB weichen.<sup>410</sup> In der Folge wurde die Diskussion um einen realen Zugewinnausgleich im Todesfall immer wieder in der Literatur aufgegriffen. Die vertretenen Meinungen differieren dabei von einem grundsätzlichen Absehen eines Zugewinnausgleichs im Todesfall<sup>411</sup>, über das Entstehen eines realen Ausgleichs nur zugunsten des überlebenden Ehegatten<sup>412</sup>, bis hin zum Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten<sup>413</sup>.

---

<sup>406</sup> Kipp, 33. DJT, S. 325 f.; vgl. die Ausführungen zur Gesetzeshistorie der Güterstandsabhängigkeit des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, Rn. 37.

<sup>407</sup> Kipp, 33. DJT, S. 328.

<sup>408</sup> BT-Drs. 1/3802; BT-Drs. 2/224.

<sup>409</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46 f.

<sup>410</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 3, 14 ff.

<sup>411</sup> Dafür etwa Buchholz, MDR 1990, 375 (378); Frieser, 68. DJT, L 54; Griem, Auswirkungen des Güterstandes des ideellen Miteigentums, S. 229, 231, 237; Johannsen, 49. DJT, K 43; Krug, FPR 2007, 164 (170); Lange, DNotZ 2010, 749 (759); Lövenich, Neugestaltung des gesetzlichen Erbrechts, S. 158 ff.; Strätz, DNotZ 2001, 452 (454); mit Ausnahmen Dieckmann, 49. DJT, K 25, 33.

<sup>412</sup> So etwa 25. Deutscher Rechtspflegertag, RpfIBl 1983, 50 (52) = FamRZ 1983, 787; Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (102 ff.); Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 228; Rauscher, Reform Bd. II/1, S. 75; so etwa im griechischen Recht: Gem. Art. 1400, 1401 grZGB kann der Anspruch auf Zugewinnausgleich im Todesfall nicht in der Person der Erben entstehen, weshalb im Umkehrschluss aber der überlebende Ehegatte einen Anspruch auf Zugewinnausgleich haben kann, vgl. hierzu Rieck/Lettmaier/Kyritsis, Griechenland, Rn. 18; Papantoniou, FamRZ 1988, 683 ff.

<sup>413</sup> In diesem Sinne etwa Coing, 49. DJT, A 43; Freytag, ZRP 1991, 304 (305); Röthel, 68. DJT, A 54, A 109; wohl auch Kroppenberg, NJW 2010, 2609 (2611); für einen realen Zugewinnausgleich aber nicht gänzlich erkennbar, ob auch zulasten des überlebenden Ehegatten Dutta, FamRZ 2019, 1390 (1395); Kaulbach, AcP 223 (2023), 123 (148); dies., Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, S. 162; beachte ferner den Vorschlag

- 128 Mit Blick auf die Rechtslage *de lege ferenda* stellt sich daher die Frage, welche der bestehenden Möglichkeiten zu präferieren ist, um die güterrechtliche Teilhabe im Rahmen der Zugewinnsgemeinschaft bei Auflösung der Ehe durch den Tod neben einer erhöhten güterstandsunabhängigen gesetzlichen Erbquote (von  $\frac{1}{2}$  neben der ersten Ordnung bzw.  $\frac{3}{4}$  neben den Eltern) zu verwirklichen.

### I. Kein Zugewinnausgleich im Fall der Eheauflösung durch den Tod?

- 129 Eine erste Überlegung könnte dahin gehen, die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB schlicht zu streichen und die güterrechtliche Auseinandersetzung mittels Zugewinnausgleichs nur in den von § 1372 BGB erfassten Fällen der Eheauflösung zum Zuge kommen zu lassen.<sup>414</sup> Dafür mag sprechen, dass die Berechnung eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs Schwierigkeiten bereiten könnte. So ist das für die Berechnung nötige Feststellen vierer Vermögensmassen (das Anfangs- und Endvermögen eines jeden Ehegatten) bereits im Fall der Ehescheidung regelmäßig aufwendig. Ist nun ein Ehegatte verstorben, könnte sich jene Feststellung noch schwieriger darstellen.<sup>415</sup> Es wird sogar so weit gegangen, zu sagen, dass dieser Aufwand nur in Fällen der Ehescheidung „zuzumuten“ sei.<sup>416</sup> Bei Schaffung der Norm des § 1371 BGB wurde befürchtet, dass sich der Umstand der schwierigen Berechnung besonders stark auswirken würde, falls der Überlebende nicht ausschlagen müsse, um seinen Zugewinnausgleich geltend machen zu können, da er diesen dann regelmäßig

---

von Kowalczyk, Zugewinnsgemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I – III BGB, S. 187 f., wonach dem Ehegatten *de lege ferenda* die Wahl zwischen Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB oder pauschalierter Vermögensbeteiligung offenstehen soll; ein Anspruch auf Zugewinnausgleich sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten findet sich etwa im Wahlgüterstand „*out of community of property with accrual*“ des südafrikanischen Rechts, vgl. s 3 Matrimonial Property Act No 88 of 1984, welcher ausdrücklich vorsieht, dass der *accrual* auch bei Auflösung der Ehe durch den Tod ausgeglichen wird und der entsprechende Anspruch auch dem Nachlass des verstorbenen Ehegatten, welcher den geringeren *accrual* erzielt hat, zustehen kann, siehe hierzu Henrich/Dutta/Ebert/Brink, Südafrika, S. 49, 86; Williams, Maintenance of the surviving spouse, S. 5, 66 f., 91 f.; siehe zudem die Regelungen über die Vereinbarung der Gütertrennung mit Ausgleichsklausel („*verrekenbeding*“) im niederländischen Recht, Art. 1:132 ff. BW, hierzu Süß/Ring/Reinhartz/Vlaardingerbroek, Niederlande, Rn. 33 ff.

<sup>414</sup> Siehe soeben Fn. 411.

<sup>415</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 15; Koch, DNotZ 2020, 414.

<sup>416</sup> Siehe etwa Lange, DNotZ 2010, 749 (758).



geltend machen würde – es mithin zu einer Vielzahl an Fällen käme, in denen die komplizierten Berechnungen angestellt werden müssten.<sup>417</sup>

Zu beachten ist des Weiteren das mögliche Konfliktpotential zwischen dem überlebenden Ehegatten und etwaiger vorhandener Abkömmlinge des Erblassers. Es war erklärtes Ziel hinter der Pauschalierung, gerade solche Konfliktpotentiale und die sich schwierig gestaltende Berechnung des Zugewinns im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu vermeiden.<sup>418</sup> Würde im Fall der Eheauflösung durch den Tod auf einen rechnerischen Zugewinnausgleich gänzlich verzichtet, bestünde gewiss kein Konfliktpotential durch Geltendmachung der Ausgleichsforderung innerhalb der Familie, ebenso müssten keine komplizierten Berechnungen angestellt werden.<sup>419</sup> 130

Das gänzliche Streichen der Regelung des § 1371 BGB überzeugt jedoch nicht. So ist zunächst festzustellen, dass die Argumentation, die Berechnung eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs würde im Fall des Todes eines Ehegatten große Schwierigkeiten bereiten, nicht überzeugen kann. An dieser Stelle kann auf das Argument zurückgegriffen werden, welches bereits im Rahmen der Ausführungen zur Reformbedürftigkeit des gesetzlichen Ehegattenerbrechts angeführt wurde – bereits jetzt muss der überlebende Ehegatte regelmäßig die Höhe seiner (hypothetischen) Ausgleichsforderung ermitteln. Sei es, um zu bestimmen, ob die „erb-“ oder „güterrechtliche Lösung“ für ihn vorteilhafter ist, oder vor dem Hintergrund des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG<sup>420, 421</sup> Es ist also bereits *de lege lata* regelmäßig der Fall, was bei Schaffung des § 1371 BGB gerade vermieden werden wollte – dass die Berechnung des tatsächlichen Zugewinnausgleichs angestellt werden muss. Wenn die Berechnung der tatsächlichen Ausgleichshöhe aber bereits *de lege lata* zur Abwicklung einer durch den Tod aufgelösten Zugewinnsgemeinschaft quasi dazugehört, dann kann dies nicht als Argument gegen einen realen Zugewinnausgleich im Todesfall *de lege ferenda* angeführt werden. Dass die Durchführung eines rechnerischen Zugewinnausgleichs auch bei Auflösung der Ehe durch den Tod des überlebenden Ehegatten letztlich der Grundidee nach im Rechtsleben funktionstüchtig ist, zeigt zudem ein Blick auf die wohl herrschende Meinung zur Handhabe des Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch 131

<sup>417</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 22.

<sup>418</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 17.

<sup>419</sup> *Griem*, Auswirkungen des Güterstandes des ideellen Miteigentums, S. 228.

<sup>420</sup> Dieser spielt zugegebenermaßen nur eine Rolle, wenn es sich um einen so großen Nachlass handelt, dass der für den Ehegatten geltenden Freibetrag von € 500.000 gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG überschritten wird, vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 308 f., Rn. 11.

<sup>421</sup> Zu denken sei zudem daran, dass ohnehin die Nachlasshöhe sowie die Höhe der Pflichtteilsansprüche ermittelt werden muss, vgl. dazu *Kaulbach*, Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, S. 162.



den Tod im Rahmen des Güterstands der Wahlzugewinnsgemeinschaft<sup>422</sup> sowie ein Blick in Rechtsordnungen, welche der Idee der Zugewinnsgemeinschaft folgen, allerdings allesamt nicht das Konzept des pauschalierten Zugewinnausgleichs im Todesfall kennen, sondern den Zugewinnausgleich real durchführen<sup>423</sup>.

- 132 Weiter spricht gegen die gänzliche Streichung des § 1371 BGB, dass der güterrechtlichen Teilhabe bei Beendigung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft umso größere Bedeutung zukommt, als während des Güterstands ein dingliches Gefälle<sup>424</sup> an der Errungenschaft hingenommen wurde.<sup>425</sup> Würde nun aber bei Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod kein güterrechtlicher Ausgleich stattfinden, so würde im Hauptfall der Eheauflösungen<sup>426</sup> – eben der Ehelösung durch den Tod – das dem ausgleichsberechtigten Ehegatten während der Ehe gegebene, sich auf eigener Leistung und Mitwirkung gründende Versprechen güterrechtlicher Teilhabe schlicht gebrochen.<sup>427</sup> Die Frage, ob sich die güterrechtliche Teilhabe allein durch eine erhöhte Erbquote nach § 1931 Abs. 1 BGB verwirklichen lassen könnte, ist klar zu beantworten: Nein. So würde der in Gütertrennung lebende Ehegatte dieselbe Erbquote erhalten, wie der in Zugewinnsgemeinschaft lebende. Vor diesem Hintergrund lässt sich aber nur schwerlich argumentieren, dass die güterstandsunabhängig erhöhte Erbquote des § 1931 BGB der güterrechtlichen Teilhabe diene. Freilich ist die Frage, ob es gerechtfertigt ist, die Güterstände im Erbrecht gleich zu behandeln – wofür es, wie gesehen, gute Argumente gibt<sup>428</sup> – eine gänzlich andere. Aus dieser Gleichstellung im Erbrecht ist aber nicht zu folgern, dass es ebenso gerechtfertigt wäre, den überlebenden Ehegatten einer Zugewinnsgemeinschaft mit Blick auf seine güterrechtliche Teilhabe auf eine (güterstandsunabhängig) erhöhte Erbquote zu verweisen. An

<sup>422</sup> Siehe dazu Rn. 27.

<sup>423</sup> So etwa Griechenland (siehe Fn. 412) oder Südafrika (siehe Fn. 413); vgl. zudem Henrich/Schwab/*Henrich*, Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, S. 374.

<sup>424</sup> Zur inneren Begründung des Zugewinnausgleichs siehe Rn. 42 ff.

<sup>425</sup> *Röthel*, 68. DJT, A 54; *dies.* ausführlich in FPR 2009, 273 (275) sowie FS Werner, S. 491 f.

<sup>426</sup> 2023 wurden rund drei Viertel aller Ehen durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, vgl. die Statistik „Anzahl der Ehelösungen ohne Scheidungen und Ehescheidungen in Deutschland in den Jahren 1950 bis 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1334688/umfrage/anzahl-der-eheloesungen-und-ehescheidungen-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024. Zu beachten ist, dass in den Ehelösungen ohne Scheidung auch solche durch gerichtliche Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung erfasst sind. Diese machen ausweislich der Anmerkung allerdings deutlicher unter 1 Promille aller Ehelösungen aus.

<sup>427</sup> Vgl. *Röthel*, JZ 2011, 222 (225); *dies.*, ErbR 2011, 167 (169).

<sup>428</sup> Siehe Rn. 69; ferner *Strätz*, DNotZ 2001, 452 (454).

dieser Stelle ist vielmehr festzuhalten, dass die Anliegen bzw. Funktionen der erbrechtlichen Teilhabe (mit Blick auf den Ehegatten also die wirtschaftliche Erhaltung der ehelichen Lebensverhältnisse und Umverteilung unter dem Aspekt fortwirkender ehelicher Solidarität, insbesondere in Weiterführung der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft über den Tod hinaus<sup>429</sup>) nicht den der Zugewinnngemeinschaft im Kern immanenten Grundsatz des Vermögensausgleichs, welcher seine Begründung in dem Umstand gleichwertiger Familien- und Erwerbsbeiträge der Ehegatten findet, im Fall der Auflösung der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod aufwiegen oder gar ersetzen können<sup>430</sup>. Es ist gerade im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts<sup>431</sup> und insbesondere mit Blick auf den überlebenden ausgleichsberechtigten Ehegatten<sup>432</sup> auf eine Konsequenz des Güterrechts zu pochen<sup>433</sup>. Anderenfalls wäre die gesetzlich gewährte güterrechtliche Teilhabe bei geschiedenen Ehen größer als bei denjenigen Ehen, welche bis zum Tode geführt wurden.<sup>434</sup>

In Anbetracht dieser Überlegungen ist von einer gänzlichen Streichung des § 1371 BGB abzusehen und die Einführung eines realen Zugewinnausgleichs im Fall der Eheauflösung durch den Tod zu fordern. 133

## **II. Der reale Zugewinnausgleich neben einem erhöhten güterstandsunabhängigen gesetzlichen Ehegattenerbrecht**

Zu prüfen ist, wie ein realer Zugewinnausgleich neben dem gesetzlichen Ehegattenerbrecht ausgestaltet sein könnte. Mit Blick auf diese Frage ist zu- 134

<sup>429</sup> Vgl. hierzu Rn. 17.

<sup>430</sup> *Röthel*, JZ 2011, 222 (224), *dies.*, ErbR 2011, 167 (169).

<sup>431</sup> So findet sich bei Zusammenfallen von gesetzlichem Güterstand sowie gesetzlichem Erbrecht weder eine güterrechtliche noch letztwillige Erklärung über die Vermögensteilhabe bei Auflösung der Ehe durch den Tod. Bei einem gewillkürten Erbrecht des überlebenden Ehegatten könnte hingegen aufgrund des mit letztwilliger Verfügung gezielt Zugewendetem eine Vermögensteilhabe angenommen werden, welche es rechtfertigen könnte, die güterrechtliche Teilhabe als abgegolten anzusehen, siehe hierzu unten Rn. 161.

<sup>432</sup> Hat doch zulasten jenes Ehegatten das dingliche Gefälle an der Errungenschaft während des Güterstands bestanden, *Röthel*, 68. DJT, A 54.

<sup>433</sup> Vgl. insofern *Muscheler*, ErbR I, Rn. 1421: „Konsequent wäre es daher, nach dem Tod eines Ehegatten eine etwa erforderliche Abwicklung des Güterstandes vorweg durchzuführen und den Überlebenden am verbleibenden Restnachlass unabhängig vom Güterstand allein nach erbrechtlichen Kriterien zu beteiligen.“

<sup>434</sup> Dem Gedanken nach *Röthel*, FPR 2009, 273 (276); ähnlich bereits angeführt in der Kritik zur „erbrechtlichen Lösung“ von *Thierfelder*, FamRZ 1959, 389 (391) unter Bezugnahme auf *Ulmer*, FamRZ 1958, 251 (252); siehe zudem *Ulmer*, FamRZ 1958, 113 (114).

nächst eine grundlegende Unterscheidung zu machen – soll jener Ausgleichsanspruch nur zugunsten oder auch zulasten des überlebenden Ehegatten erwachsen können?

### **1. Der reale Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden ausgleichsberechtigten Ehegatten**

135 Soll neben die güterstandsunabhängig erhöhte Erbquote ein realer Zugewinnausgleich treten, so scheint es selbstverständlich, dass der ausgleichsberechtigte überlebende Ehegatte diesen Anspruch gegen den Nachlass des verstorbenen ausgleichspflichtigen Ehegatten geltend machen können soll.<sup>435</sup> In dogmatischer Hinsicht fragt sich dann aber, welcher Natur und Ausgestaltung dieser Anspruch wäre.

#### *a) Der „janusköpfige“ Ehegatte – Gläubiger und Schuldner zugleich?*

136 Dass der ausgleichsberechtigte überlebende Ehegatte im Fall eines realen Ausgleichsanspruchs bei Auflösung der Ehe durch den Tod zugleich auf Gläubigerseite (Inhaber der Ausgleichsforderung gegen den Nachlass) als auch Schuldnerseite (Teil der Erbengemeinschaft, vgl. §§ 2032, 2058 BGB) stünde, vermag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. Das gleichzeitige Auftreten auf Gläubiger- sowie Schuldnerseite erscheint geradezu „janusköpfig“<sup>436</sup>. Insofern ist jedoch zu beachten, dass Voraussetzung für das Ent- und Fortbestehen eines Schuldverhältnisses ist, dass Gläubiger- und Schuldnerseite nicht vollständig identisch sind.<sup>437</sup> Eine solche – vermeintlich – partielle Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerschaft ist dem deutschen Erbrecht auch nicht unbekannt. Zu denken sei nur an:

- Den gesetzlichen Voraus gem. § 1932 BGB, bzw. allgemein Konstellationen des Vorausvermächtnisses;
- Konstellationen, in denen ein zukünftiger Erbe gegen den zukünftigen Erblasser eine Forderung innehat.

---

<sup>435</sup> So bereits in BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>436</sup> *Janus*, der römische Gott des Anfangs und Endes und damit Sinnbild für die Vereinigung von Gegensätzlichkeiten, Jamme/Matuschek/*Baumbach*, Handbuch der Mythologie, S. 157 ff.

<sup>437</sup> BGH, NJW-RR 2016, 784, juris Rn. 18; NJW 2018, 2472, juris Rn. 23; MüKo/Fetzer, Vor. § 362 BGB, Rn. 4.

aa) Die Ausgestaltung des realen Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten als Vorausvermächtnis?

Hinsichtlich des dem Ehegatten gebührenden Voraus gem. § 1932 BGB stellt sich die Ausgangslage ähnlich dar. Der überlebende Ehegatte bildet mit den weiteren Erben eine Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB). Hinsichtlich der vom Voraus umfassten Gegenstände erhält der Ehegatte gem. § 1932 Abs. 2 BGB ein vom Gesetz zugewandtes Vermächtnis, mithin einen schuldrechtlichen Anspruch (§ 2174 BGB) gegen die Erbengemeinschaft (dessen Teil er ist) auf Übertragung.<sup>438</sup> Es handelt sich um ein gesetzlich angeordnetes Vorausvermächtnis i. S. d. § 2150 BGB; der Ehegatte erhält den Voraus also vorab und ohne Anrechnung auf seine Erbquote.<sup>439</sup> Ein solches Vorgehen würde dem Gedanken eines realen Zugewinnausgleichs zugunsten des Überlebenden durchaus entsprechen. So erhielte der Überlebende seine Ausgleichszahlung ohne Anrechnung auf seine Erbquote und würde anschließend in Höhe seiner vollen Erbquote am (verbleibenden)<sup>440</sup> Nachlass partizipieren. Es gilt daher zu untersuchen, ob sich eine Ausgestaltung des realen Zugewinnausgleichs zugunsten des überlebenden Ehegatten ähnlich der Vorschrift des § 1932 Abs. 2 BGB als gesetzlich angeordnetes Vorausvermächtnis<sup>441</sup> tatsächlich anbieten würde.

Für eine solche Konzeption würde neben den bereits erwähnten Gedanken auch sprechen, dass es sich dann bei dem realen Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden um eine Nachlassverbindlichkeit gem. § 1967 Abs. 2 BGB handeln würde, welche bei der Auseinandersetzung gem. § 2046 Abs. 1 BGB vorweg zu befriedigen wäre.<sup>442</sup>

Erste Bedenken gegen die Erklärung der Anwendbarkeit der für Vermächtnisse geltenden Vorschriften ergeben sich mit Blick auf das Steuerrecht. So handelt es sich bei Erwerben, auf die die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften Anwendung finden gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG um steuerpflichtige Vorgänge. Dass der Ehegatte hinsichtlich

---

<sup>438</sup> BeckOK/Müller-Christmann, § 1932 BGB, Rn. 2; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 189.

<sup>439</sup> MüKo/Leipold, § 1932 BGB, Rn. 17; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 189.

<sup>440</sup> Der Erblasser wäre nach § 2147 S. 2 BGB auch mit beschwert, was dazu führen würde, dass er den vollen Ausgleich erhielte, jedoch mit seiner Erbquote nur an dem entsprechend verringerten Nachlass beteiligt wäre, vgl. BeckOK/Müller-Christmann, § 2150 BGB, Rn. 7.

<sup>441</sup> Vgl. auch die Überlegungen zu einer Ausgestaltung der Zugewinnausgleichsforderung als Vorausvermächtnis bei einer Erbeinsetzung des Ehegatten auf einen Bruchteil, welcher kleiner als der erhöhte gesetzliche Erbteil wäre, BT-Drs. 2/3409zu, S. 22.

<sup>442</sup> Vgl. MüKo/Leipold, § 1932 BGB, Rn. 18; Staudinger/Werner, § 1932 BGB, Rn. 27.

seiner Ausgleichsforderung steuerpflichtig nach den Regelungen des ErbStG wäre, ist allerdings unstimmg. Zu beachten ist insofern, dass der reale Zugewinnausgleich im Todesfall gerade vor dem Hintergrund güterrechtlicher Konsequenz gefordert wird, im Fall der Auflösung der Ehe auf andere Weise als durch den Tod sowie bei Ausgleich des Zugewinns nach § 1371 Abs. 2 BGB die Ausgleichszahlung aber steuerfrei ist, § 5 Abs. 2 ErbStG.<sup>443</sup> Selbst der erbrechtliche Erwerb mittels der „Bonner Quart“ ist in Höhe der hypothetischen Ausgleichsforderung *de lege lata* steuerfrei, vgl. § 5 Abs. 1 ErbStG. Es wäre daher unstimmg, die reale Ausgleichsforderung *de lege ferenda* steuerpflichtig auszugestalten. Dem könnte gleichwohl durch Anpassung des § 5 ErbStG oder eine Aufnahme in den Katalog der Steuerbefreiungen des § 13 ErbStG Abhilfe geschaffen werden.

- 140 Im Fall der Ausgestaltung als gesetzlich angeordnetes Vorausvermächtnis ist allerdings weiter zu fragen, ob § 2306 BGB Anwendung finden würde. Folge wäre, dass ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter trotz Ausschlagung seinen Pflichtteil verlangen könnte, weil das „Zugewinnausgleichsvermächtnis“ eine Beschwerung i. S. d. § 2306 BGB darstellen würde. Diesem Umstand könnte nur entsprochen werden, wenn der reale Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden als gesetzlich angeordnetes Vorausvermächtnis auch im Rahmen des § 2306 BGB, wie der gesetzliche Voraus des Ehegatten behandelt würde. Der gesetzliche Voraus ist nämlich keine Beschwerung i. S. v. § 2306 BGB.<sup>444</sup> Vielmehr ist die Aufzählung in § 2306 Abs. 1 BGB abschließend, andere Beschwerungen als die genannten lösen daher die Wirkung des § 2306 BGB nicht aus.<sup>445</sup> Dies wird hinsichtlich des gesetzlichen Voraus mit der Begründung unterstrichen, dass unter § 2306 Abs. 1 BGB nicht die sog. „gesetzlichen Vermächtnisse“, d. h. gesetzliche Ansprüche, auf welche die Vermächtnisvorschriften entsprechend anzuwenden sind, fallen, sondern nur solche, die auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen.<sup>446</sup> § 2306 BGB dient gerade dazu, Schmälerungen oder gar der Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch Ausübung der Testierfreiheit entgegenzutreten.<sup>447</sup> Bei

<sup>443</sup> BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 28; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 71.

<sup>444</sup> MüKo/Lange, § 2306 BGB, Rn. 22; BeckOK/Müller-Engels, § 2306 BGB, Rn. 13; BeckOGK/Obergfell/Färber, § 2306 BGB, Rn. 10.

<sup>445</sup> BGHZ 112, 229, juris Rn. 15; BeckOGK/Obergfell/Färber, § 2306 BGB, Rn. 10; Erman/Röthel/Simon, § 2306 BGB, Rn. 2.

<sup>446</sup> BeckOGK/Obergfell/Färber, § 2306 BGB, Rn. 5; Staudinger/Otte, § 2306 BGB, Rn. 14; beachte jedoch, dass dies für den Dreißigsten (§ 1969 BGB) umstritten ist. Für eine Anwendung des § 2306 BGB in den Fällen des Dreißigsten siehe MüKo/Lange, § 2306 BGB, Rn. 22; BeckOK/Müller-Engels, § 2306 BGB, Rn. 13.

<sup>447</sup> BeckOGK/Obergfell/Färber, § 2306 BGB, Rn. 2; Staudinger/Otte, § 2306 BGB, Rn. 6b.

einer Ausgestaltung des realen Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten als gesetzlich angeordnetes Vorausvermächtnis dürfte daher § 2306 BGB grundsätzlich keine Anwendung finden.

Allerdings spricht gegen eine Ausgestaltung als gesetzlich angeordnetes Vorausvermächtnis jedenfalls, dass die Verwirklichung des Zugewinnausgleichs über die gesetzliche Zuwendung eines Vermächtnisses wiederum auf eine weitreichende Vermengung von Güter- und Erbrecht hinausliefe. Anders als die Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB *de lege lata* würde die gesetzliche Anordnung eines Vorausvermächtnisses in Höhe der Ausgleichsforderung nicht ohne Berechnung eben dieser auskommen. Die Vermengung von Güter- und Erbrecht könnte daher nicht einmal auf eine einfache Handhabe gestützt werden. Die Berechnung ist zwar grundsätzlich – wie aufgezeigt<sup>448</sup> – kein schlagendes Argument, gleichwohl erscheint es vor diesem Hintergrund nicht erforderlich, Güter- und Erbrecht zu vermischen. Anders als im Rahmen der „erbrechtlichen Lösung“ *de lege lata* wäre die Vermengung nicht einziges Mittel, um eine Vermögensteilhabe zu erzielen. Bedurfte es für das Funktionieren der „erbrechtlichen Lösung“ dieser Vermischung, um eine möglichst einfache Beteiligung am Vermögen des Verstorbenen zu erzielen, so bedarf es der Vermengung nicht, um die rechnerisch genaue Vermögensteilhabe mittels eines schuldrechtlichen Anspruchs zu erzielen. Die positiv herausgestellten Effekte einer Anordnung als gesetzliches Vorausvermächtnis ließen sich ebenso über das Entstehen eines rein dem Güterrecht entspringenden schuldrechtlichen Anspruchs auf Zugewinnausgleich erreichen.<sup>449</sup> 141

Schließlich bestünden auf internationaler Ebene andernfalls weiterhin große Qualifikationsprobleme, da die güterrechtliche Teilhabe über ein dem Erbrecht zuzuordnendes Institut erzielt würde. 142

#### bb) Der Ehegatte als Miterbennachlassgläubiger

Sollte folglich von der Ausgestaltung als Vorausvermächtnis Abstand genommen werden, bleibt an die Konstellation zu denken, in der ein zukünftiger Erbe gegen den zukünftigen Erblasser eine Forderung hat. Tritt nun der Erbfall ein, würde die Forderung als Passiva im Vermögen des Erblassers nach dem Grundsatz der Universalsukzession auf die Erbengemeinschaft überge- 143

---

<sup>448</sup> Vgl. Rn. 131.

<sup>449</sup> Insbesondere würde es sich auch bei einem solchen um eine Nachlassverbindlichkeit handeln, hinsichtlich welcher der Ehegatte Befriedigung aus dem Nachlass verlangen könnte, siehe dazu sogleich.

hen, vgl. § 1922 BGB. Der Forderungsinhaber wäre somit Nachlassgläubiger und zugleich (Mit-)Erbe. Er wäre Miterbennachlassgläubiger<sup>450</sup>.

*(1) Keine Konfusion von Ausgleichsanspruch und Verbindlichkeit*

- 144 Bezogen auf einen realen Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* ist dabei zweierlei herauszustellen: Zum einen würde der Umstand, dass die Ausgleichsforderung erst mit der Eheauflösung, folglich mit dem Tode des ausgleichspflichtigen Ehegatten (dem Erblasser) entstände, mit der Einordnung als Nachlassverbindlichkeit i. S. d. § 1967 Abs. 2 BGB nicht konfliktieren. Zum anderen käme es zu keiner Konfusion von Anspruch und Verbindlichkeit; der Anspruch würde also nicht erlöschen.<sup>451</sup>
- 145 Die Ausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten wäre als güterrechtlicher Anspruch<sup>452</sup> – wie im Fall der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata*<sup>453</sup> – eine gemeinschaftliche<sup>454</sup> Nachlassverbindlichkeit<sup>455</sup> in Form einer Erblasserschuld i. S. d. § 1967 Abs. 2 BGB. So führt die h. M.<sup>456</sup> zu Recht für die Qualifikation der Zugewinnausgleichsforderung gem. § 1378 BGB als Erblasserschuld an, dass sich die Ausgleichsforderung auf die gesamte Dauer

---

<sup>450</sup> Zur Begrifflichkeit siehe MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 33 ff.; ausführlich zur Konstellation eines Miterben als Nachlassgläubiger Endriss, Der Miterbe als Nachlassgläubiger.

<sup>451</sup> Zu einer Konfusion käme es allerdings, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe würde. Zu beachten ist, dass aber auch in diesem Fall zumindest für das Pflichtteils- und Erbschaftssteuerrecht eine Unterscheidung zwischen Erbteil und Ausgleichsforderung als Nachlassverbindlichkeit zu machen wäre, vgl. zur Zugewinnausgleichsforderung als Nachlassverbindlichkeit im Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft BeckOGK/Jäger, § 1519 BGB, Rn. 66.

<sup>452</sup> Der güterrechtlichen Natur des Anspruchs stünde insbesondere nicht entgegen, dass dieser gegen die Erbengemeinschaft gerichtet wäre, vgl. Gruber, IPRax 2023, 435 (439).

<sup>453</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 49; beachte im Übrigen, dass die Situation *de lege ferenda* nicht mit der Situation *de lege lata* in der „güterrechtlichen Lösung“ vergleichbar ist, da der überlebende Ehegatte derzeit seine Erbschaft ausschlagen muss, um den rechnerischen Zugewinnausgleich verlangen zu können – er wird gerade nicht Teil der Erbengemeinschaft. Einer Behandlung der Frage von Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerschaft bedarf es damit *de lege lata* nicht.

<sup>454</sup> Beachte, dass Erblasserschulden immer gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeiten darstellen, MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 15.

<sup>455</sup> Kaulbach, AcP 223 (2023), 123 (148); siehe zum Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft Jäger, DNotZ 2010, 804 (824); Jünemann, ZEV 2013, 353 (359).

<sup>456</sup> OLG Celle, ZEV 2021, 442, juris Rn. 13; BeckOK/Lohmann, § 1967 BGB, Rn. 15; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 67.

des Güterstands bezieht<sup>457</sup> und aus den güterrechtlichen Wirkungen der ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem Erblasser herrührt<sup>458</sup>. Daran würde sich *de lege ferenda* nichts ändern. Nun ist zu berücksichtigen, dass der Nachlass bis zum Abschluss der Teilung ein von den Vermögen der Miterben getrenntes Sondervermögen darstellt, zu welchem auch Erblasserschulden zählen, welche gegenüber einem Miterben bestehen.<sup>459</sup> Da es sich bei der Ausgleichsforderung um eine gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit in Form einer Erblasserschuld (und damit Teil des Sondervermögens „Nachlass“) handeln würde, käme es mithin nicht zur Konfusion. Die Ausgleichsforderung (als Anspruch im Privatvermögen des Ehegatten) bliebe in voller Höhe bestehen.

(2) *Die Geltendmachung und Durchsetzung der Ausgleichsforderung zugunsten des überlebenden Ehegatten*

Grundsätzlich kann derjenige, welcher zugleich Nachlassgläubiger und Miterbe ist, vorliegend also der überlebende ausgleichsberechtigte Ehegatte, Befriedigung aus dem Nachlass verlangen.<sup>460</sup> Würden sich die anderen Miterben diesem Bestreben widersetzen, so würde der Ehegatte für die Vollstreckung in den Nachlass vor dessen Teilung gem. § 747 ZPO einen Titel gegen sämtliche Miterben benötigen.<sup>461</sup> Zu diesem Zweck könnte er die Gesamthandklage gem. § 2059 Abs. 2 BGB erheben.<sup>462</sup> Dabei ist hervorzuheben, dass bei einer Gesamthandklage, also dem ausdrücklichen Verlangen des Miterbennachlassgläubigers aus dem ungeteilten Nachlass befriedigt zu werden, eine Kürzung der geltend gemachten Forderung (also des Zugewinnausgleichsanspruchs) um den Anteil, der seiner Erbquote entspricht, nicht in Betracht kommt.<sup>463</sup> 146

Dem Ehegatten stünde es aber auch offen, die Miterben als Gesamtschuldner gem. § 2058 BGB in Anspruch zu nehmen.<sup>464</sup> Auf diese Weise kann der Miterbennachlassgläubiger mit Hilfe von Leistungsurteilen gegen alle Miterben grundsätzlich nicht nur in den Nachlass, sondern auch gegen die Miterben 147

<sup>457</sup> BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 96.

<sup>458</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 49; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 27.

<sup>459</sup> MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 32; BeckOK/Lohmann, § 2032 BGB, Rn. 2.

<sup>460</sup> MüKo/Fest, § 2059 BGB, Rn. 27.

<sup>461</sup> MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 29; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 1044.

<sup>462</sup> BGH, NJW 1963, 1611 (1612); OLG München, ErbR 2017, 664, juris Rn. 25; MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 33; Holtmeyer, ZEV 2013, 53 (58).

<sup>463</sup> OLG München, ErbR 2017, 664, juris Rn. 29.

<sup>464</sup> BGH, NJW-RR 1988, 710, juris Rn. 8; BeckOK/Lohmann, § 2058 BGB, Rn. 4; Staudinger/Marotzke, § 2058 BGB, Rn. 94.



persönlich vollstrecken.<sup>465</sup> Ziel ist also der Zugriff auf die Eigenvermögen der jeweils beklagten Miterben, wovon deren Miterbenanteile mitumfasst sind.<sup>466</sup> Hinsichtlich des Zugewinnausgleichsanspruchs wäre insoweit zu beachten, dass dieser gem. § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB auf den Wert des Vermögens begrenzt ist, das nach Abzug der Verbindlichkeiten<sup>467</sup> bei Beendigung des Güterstands vorhanden ist. Da das Vermögen, welches bei Güterstandsauflösung durch den Tod vorhanden wäre, grundsätzlich der Erbschaft entspräche, müssten die Erben im Regelfall nicht über den Wert der Erbschaft hinaus Mittel aufbringen, um den Ausgleichsanspruch zu befriedigen<sup>468</sup>. Davon unabhängig stünde es allen Miterben bis zur Teilung offen, ihre Haftung gem. § 2059 Abs. 1 BGB auf den Nachlass zu beschränken, und dies unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1975, 1990 ff. BGB.<sup>469</sup>

- 148 Ein Vorteil der Gesamtschuldklage ist, dass der Titel die Vollstreckung auch noch nach der Teilung des Nachlasses erlaubt.<sup>470</sup> Es entspricht der überwiegenden Ansicht, dass der Miterbennachlassgläubiger nicht nur nach, sondern bereits vor der Teilung<sup>471</sup> des Nachlasses mittels der Gesamtschuldklage vorgehen, er also bis zu der Teilung des Nachlasses zwischen Gesamthand- und Gesamtschuldklage wählen kann.<sup>472</sup> Zu beachten ist allerdings, dass der Miterbennachlassgläubiger für die seiner Forderung entsprechende Schuld auch regelmäßig selbst als Gesamtschuldner haften wird: Vor dem Hintergrund des *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*-Einwands kann der Miterbennachlassgläubiger seine Forderung, wenn er im Wege der Gesamtschuldklage vorgeht, – im Unterschied zur Gesamthandklage – dann nur vermindert um

<sup>465</sup> BGH, NJW-RR 1988, 710, juris Rn. 8.

<sup>466</sup> MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 29.

<sup>467</sup> Daran würde sich *de lege ferenda* nichts ändern, sodass auch bei einem realen Zugewinnausgleich im Todesfall die Nachlassgläubiger insoweit Schutz erfahren würden, als die Höhe der Ausgleichsforderung ihre natürliche Kappungsgrenze am Wert des Nettovermögens findet. Es käme also zu keiner Konkurrenz von Ausgleichsforderung und anderweitigen gegen das Vermögen des verstorbenen Ehegatten gerichteten Forderungen; vgl. auch Kowalczyk, Zugewinnngemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I–III BGB, S. 182.

<sup>468</sup> Zu beachten gilt es allerdings § 1378 Abs. 2 S. 2 BGB, welcher die Kappungsgrenze im Fall von illoyalen Vermögensminderungen erhöht. Sollten solche dem ausgleichspflichtigen Ehegatten zur Last fallen, so kann der Anspruch des überlebenden Ehegatten das vorhandene Nettovermögen des anderen Ehegatten und damit den Nachlasswert übersteigen.

<sup>469</sup> Vgl. BeckOK/Lohmann, § 2058 BGB, Rn. 2.

<sup>470</sup> MüKo/Fest, § 2059 BGB, Rn. 22; Endriss, Der Miterbe als Nachlassgläubiger, S. 81.

<sup>471</sup> A.A. RGZ 93, 196 ff.

<sup>472</sup> BGH, NJW-RR 1988, 710, juris Rn. 8; NJW 1963, 1611 (1612); Endriss, Der Miterbe als Nachlassgläubiger, S. 72 ff., 80 ff.; MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 35; BeckOK/Lohmann, § 2058 BGB, Rn. 6; Röthel, ErbR, § 32 Rn. 109 f.

den Anteil, welcher auf seine Erbquote entfällt, geltend machen.<sup>473</sup> In dieser Höhe wäre er nämlich Ausgleichs- und Rückgriffsansprüchen des in Anspruch genommenen Miterben gem. § 426 BGB ausgesetzt.<sup>474</sup> Auf die Auseinandersetzung muss sich der Miterbennachlassgläubiger wegen seiner Forderung grundsätzlich nur in Ausnahmefällen verweisen lassen.<sup>475</sup>

### (3) Keine Anrechnung der Erbquote auf die Ausgleichsforderung

Ist eine Konfusion von Ausgleichsanspruch und Verbindlichkeit grundsätzlich ausgeschlossen, so könnte gleichwohl aufgrund einer „wirtschaftlichen Überbenachteiligung“ der weiteren gesetzlichen Erben bzw. einer „wirtschaftlichen Überbevorzugung“ des überlebenden Ehegatten überlegt werden, die Erbquote des Ehegatten mit dessen realem Zugewinnausgleichsanspruch zu verrechnen.<sup>476</sup> 149

Paradebeispiel für eine solch mögliche „Überbenachteiligung“ im Vergleich zur Rechtslage *de lege lata* wäre der Fall, dass der Nachlass vollständig aus ausgleichspflichtigem Vermögen bestünde. Könnte der überlebende Ehegatte nun die Ausgleichsforderung in voller Höhe neben seinem güterstandsunabhängig erhöhten gesetzlichen Erbrecht geltend machen, stünde dem Überlebenden zunächst die Hälfte des Nachlasses aufgrund seiner Ausgleichsforderung zu. Darüber hinaus erhielte er aufgrund seiner (hier vorgeschlagenen) gesetzlichen Erbquote anschließend von der übrigen Nachlasshälfte wiederum die Hälfte (angenommen konkurrierende Erben wären Abkömmlinge des Erblassers, § 1924 BGB). 150

Vor diesem Hintergrund hatte etwa Dumoulin<sup>477</sup> vorgeschlagen, die Erbquote auf den Zugewinnausgleich anzurechnen, indem der Erbteil des überlebenden Ehegatten als unentgeltliche Zuwendung ähnlich der Regelung des § 1374 Abs. 2 BGB behandelt würde. Die Begründung war insofern, dass alles, was dem überlebenden Ehegatten aus erbrechtlichem Grunde zufließe, eine unentgeltliche Zuwendung aus dem Nachlass darstelle und sich daher auf die Berechnung des postmortalen Zugewinnausgleichs so auswirken müsse, 151

<sup>473</sup> MüKo/Fest, § 2058 BGB, Rn. 34; Staudinger/Marotzke, § 2058 BGB, Rn. 93.

<sup>474</sup> BGH, NJW-RR 1988, 710 (711), juris Rn. 12; BeckOK/Lohmann, § 2058 BGB, Rn. 4; Staudinger/Marotzke, § 2058 BGB, Rn. 93.

<sup>475</sup> BGH, NJW-RR 1988, 710 f., juris Rn. 9; BeckOK/Lohmann, § 2058 BGB, Rn. 5.

<sup>476</sup> Bedenken ähnlicher Art finden sich bereits bei Wieruszowski, 33. DJT, S. 360; beachte aber auch die 1938 von H. Lange getroffenen Ausführungen: „[...] die Zubilligung eines Zugewinnanteils [kann] für die Ausgestaltung des Erbrechts keine ausschlaggebende Bedeutung haben.“, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 122.

<sup>477</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (102 ff.).

wie sich eine Ehegattenschenkung unter Lebenden bei lebzeitiger Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft auswirken würde.<sup>478</sup> Konsequenz dessen wäre, dass sich der Zugewinnausgleichsanspruch um die Hälfte des Werts der „Zuwendung“ – also den Erbteil des Ehegatten – schmälern würde. Insofern ist die Erbrechtslage vorgreiflich zu betrachten. Auf das obige Beispiel übertragen, ergäbe sich (angenommen der Nachlass würde € 160.000 betragen und bestünde ausschließlich aus ausgleichspflichtigem Zugewinnüberschuss)<sup>479</sup>: Der Ehegatte würde qua Erbrecht  $\frac{1}{2}$ , also € 80.000, erhalten. Von dem Zugewinnausgleich in Höhe von € 80.000 wäre die Hälfte der erbrechtlichen Bereicherung (€ 40.000) abzuziehen. Es verbliebe ein Zugewinnausgleichsanspruch von € 40.000.

- 152 Gegen eine solche Anrechnung sprechen jedoch schon praktische Erwägungen. So wurde bereits oben statuiert, dass der güterrechtliche Ausgleich als Nachlassverbindlichkeit der erbrechtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich vorauszugehen hat, vgl. auch § 2046 Abs. 1 S. 1 BGB. Dann kann aber der Erbteil nicht im Rahmen der Berechnung des Ausgleichsanspruchs berücksichtigt werden. Des Weiteren könnte entgegnet werden, dass der BGH Schenkungen bzw. unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten gerade nicht im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB berücksichtigen will.<sup>480</sup>
- 153 Weitere Überlegungen, Erbteil und Ausgleichsanspruch miteinander zu verrechnen, sind ebenso unpraktikabel. So müsste die Berechnung der Ausgleichsforderung regelmäßig in zeitlicher Hinsicht hinter die erbrechtliche Auseinandersetzung treten, was der Natur als Nachlassverbindlichkeit zuwiderliefe. Zudem ergäben sich komplizierte Qualifikationsprobleme auf der Ebene des internationalen Privatrechts.<sup>481</sup>
- 154 Das damit einhergehende Ergebnis, dass der Überlebende wirtschaftlich betrachtet bessergestellt würde, ist Ausfluss der angestrebten Entflechtung von Güter- und Erbrecht. Die Entscheidung, den realen Zugewinnausgleich auch im Fall der Eheauflösung durch den Tod durchzuführen und in der Folge neben das gesetzliche Erbrecht treten zu lassen, ist keine Entscheidung des Erbrechts, sondern eine des Güterrechts. Zu fragen ist daher danach, ob es güterrechtlich angezeigt bzw. sogar erforderlich ist, im Fall der Eheauflösung durch den Tod *de lege ferenda* einen realen Zugewinnausgleich durchzuführen oder aber den Zugewinnausgleich den Fällen des § 1372 BGB vorzubehalten. Diese Frage wurde oben zugunsten des Entstehens eines realen Zuge-

<sup>478</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (103).

<sup>479</sup> Zum Beispiel siehe Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (104).

<sup>480</sup> BGHZ 101, 65 (69 ff.) = NJW 1987, 2814, Ls. 1; BGHZ 115, 132 (137) = NJW 1991, 2553 (2555), juris Rn. 12; BGH, MittBayNot 2011, 64, Ls.; ebenso Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 227.

<sup>481</sup> Vgl. Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 227.

winnausgleichsanspruchs im Fall der Eheauflösung durch den Tod entscheiden,<sup>482</sup> weswegen in der Konsequenz hingenommen werden muss, dass es mitunter – im Vergleich zur Situation *de lege lata* – zu einer wirtschaftlichen Besserstellung bzw. Benachteiligung kommen kann.

Die mögliche wirtschaftliche Benachteiligung der übrigen gesetzlichen Erben<sup>483</sup> steht im Übrigen in Einklang mit den Argumenten für eine güterstandsunabhängig erhöhte Erbquote; also den Argumenten für eine Besserstellung des überlebenden Ehegatten im Erbrecht.<sup>484</sup> Zwar ist die Entscheidung, einen realen Zugewinnausgleichsanspruch auch im Fall der Eheauflösung durch den Tod entstehen und damit neben das gesetzliche Erbrecht treten zu lassen, eine des Güterrechts. Gleichwohl ist auf die Argumentation für eine güterstandsunabhängig erhöhte Erbquote Bezug zu nehmen und um den Gedanken der Notwendigkeit eines güterrechtlichen Ausgleichsanspruchs im Fall der Eheauflösung durch den Tod zu ergänzen – denn gesetzliches Erbrecht und realer Zugewinnausgleich im Todesfall wirken wirtschaftlich betrachtet gemeinsam. Wenn aber das hinsichtlich des Erbrechts gesetzte Ziel der Stärkung der Position des überlebenden Ehegatten legitim sowie gerechtfertigt ist und es ebenso aufgrund güterrechtlicher Konsequenz der Durchführung eines Zugewinnausgleichs im Fall der Eheauflösung durch den Tod bedarf, dann kann schon von keiner „Überbenachteiligung“ bzw. einer „Überbevorteilung“ die Rede sein. 155

Zu beachten ist im Übrigen, dass es gerade in Fällen von Zweit- und Dritten zu keiner „Überbenachteiligung“ kommt, da das Anfangsvermögen, welches in diesen Fällen regelmäßig von einigem Gewicht sein dürfte, dem güterrechtlichen Ausgleich entzogen und damit der erbrechtlichen Verteilung vollständig zugänglich ist.<sup>485</sup> 156

Wie Extremfällen begegnet werden kann, soll an späterer Stelle erörtert werden.<sup>486</sup> 157

---

<sup>482</sup> Siehe Rn. 133.

<sup>483</sup> Beachtung ist insofern den Ausführungen von *Papantoniou* zum Zugewinnausgleich im Todesfall im griechischen Recht zu schenken, wonach „die Benachteiligung der Kinder nach dem BGB intensiver ist, da ein Zugewinn auch dann ausgeglichen wird, wenn während der Ehe gar keiner erzielt wurde.“, FamRZ 1988, 683 (686).

<sup>484</sup> Siehe Rn. 75 ff.

<sup>485</sup> Diese Überlegung trifft natürlich nicht nur auf Konstellationen von Zweit- und Dritten zu, sondern auf jegliche Konstellationen, welche ein erhöhtes Anfangsvermögen aufweisen, sei es auch aufgrund von § 1374 Abs. 2 BGB.

<sup>486</sup> Mit Blick auf einseitige Abkömmlinge des Erblassers siehe Rn. 245 ff., hinsichtlich des überlebenden Ehegatten siehe Rn. 329 ff.

cc) Zwischenergebnis

- 158 Die §§ 1371, 1378 BGB sollten daher *de lege ferenda* so ausgestaltet werden, dass zugunsten des überlebenden Ehegatten mit Auflösung des Güterstands (= dem Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten) ein güterrechtlicher Anspruch auf Zugewinnausgleich in voller Höhe gegen den Nachlass erwächst, ohne sich dabei Instituten des Erbrechts zu bedienen.
- 159 Festzuhalten bleibt, dass der überlebende ausgleichsberechtigte Ehegatte als Teil der Erbengemeinschaft berechtigt wäre, die Befriedigung seiner Ausgleichsforderung aus dem ungeteilten Nachlass zu verlangen. Sollten sich die weiteren Miterben widersetzen, so stehen ihm vor Teilung des Nachlasses sowohl Gesamthand- als auch Gesamtschuldklage zu. Die Festsetzung der Ausgleichsforderung würde der erbrechtlichen Auseinandersetzung vorausgehen.<sup>487</sup> Dies ist nur konsequent, wäre die güterrechtliche Ausgleichsforderung doch eine Nachlassverbindlichkeit. Der Güterstand hätte damit keinen Einfluss mehr auf die Erbquote, sondern lediglich auf die Größe des Nachlasses. Als Nachlassverbindlichkeit im Sinne einer Erblasserschuld gem. § 1967 Abs. 2 BGB ginge der Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten insbesondere Pflichtteilsansprüchen im Range vor.<sup>488</sup>

*b) Der reale Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten  
des überlebenden Ehegatten bei letztwilliger Verfügung des Erblassers*

- 160 Bei der vorgeschlagenen Ausgestaltung würde es sich um eine Modifikation des Güterrechts handeln, welche ihre Wirkung grundsätzlich losgelöst vom Erbrecht entfalten würde. Es soll daher auf die Frage eingegangen werden, ob ein realer Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten auch neben einem gewillkürten Erbrecht entstehen könnte bzw. sollte.<sup>489</sup>

aa) Kein realer Zugewinnausgleich  
bei Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten

- 161 Wäre es der Dogmatik nach zwar möglich – da eine Regelung des Güterrechts –, sollte von dem Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs zu-

---

<sup>487</sup> Ebenso *Rauscher*, Reform Bd. II/1, S. 74; *Zimmermann*, *RabelsZ* (80) 2016, 39 (88).

<sup>488</sup> Vgl. auch § 327 Abs. 1 InsO; ferner *Kaulbach*, *AcP* 223 (2023), 123 (148); *BeckOK/Scheller/Sprink*, § 1371 BGB, Rn. 27.

<sup>489</sup> So etwa im südafrikanischen Recht, vgl. s 4(2) Matrimonial Property Act No 88 of 1984, welcher davon spricht, dass der „*accrual*“ bestimmt wird, bevor (u.a.) eine testamentarische Verfügung berücksichtigt wird.

gunsten des überlebenden Ehegatten bei gewillkürter Erbenstellung desselben gleichwohl Abstand genommen werden. So soll der vorliegende Vorschlag zur Reform des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, insbesondere des (pauschalisierten) Zugewinnausgleichs im Todesfall, und die damit einhergehende Bereinigung der systemwidrigen Vermischung von Güter- und Erbrecht nichts an der Bedeutung des Güterstands im Bereich des gewillkürten Erbrechts ändern – der Güterstand spielt grundsätzlich keine Rolle für das gewillkürte Erbrecht<sup>490</sup>. Wie im geltenden Recht<sup>491</sup> würde *de lege ferenda* der Zugewinnausgleich durch Annahme des im Wege der gewillkürten Erbfolge zugewandten Erbteils oder Vermächtnisses als abgegolten gelten – dies insbesondere unabhängig von der Größe des zugewandten Erbteils oder Vermächtnisses.<sup>492</sup> Neben ein gewillkürtes Erbrecht zugunsten des Überlebenden einen Zugewinnausgleich treten zulassen, würde dem mutmaßlichen Willen des Erblassers widerstreben.<sup>493</sup> Bereits bei Schaffung des § 1371 BGB wurde die Überlegung, dem überlebenden Ehegatten „das, was ihm unter Verfügung von Todes wegen zugewendet ist, zu belassen und ihm darüber hinaus die Ausgleichsforderung bis zur Höhe des erhöhten gesetzlichen Erbteils zu gewähren“, u. a. mit der Begründung abgelehnt, dass „der Wille des Testators häufig vereitelt werden [würde].“<sup>494</sup> *Prima facie* vermag es kontradiktorisch erscheinen, das gewillkürte Erbrecht unter Verweis auf den Erblasserwillen eine solche Auswirkung auf die güterrechtlichen Folgen haben zu lassen, müsste strenggenommen doch gerade die Abwicklung des Güterstands der erbrechtlichen Dimension vorrangingen<sup>495</sup>. Vorliegend geht das Gesetz jedoch davon aus, dass mit der letztwillig verfügten Zuwendung die Vermögensteilhabe zwischen den Ehegatten abschließend geregelt sein soll.<sup>496</sup> Dabei werden weder *de lege lata* noch würden *de lege ferenda* die Grenzen zu einem ehevertraglichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Todesfall verwischt, welcher sich freilich nach den §§ 1408, 1410 BGB richten würde. So würde der Zugewinnaus-

---

<sup>490</sup> Vgl. Scherer/Ridder, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, B. § 11, Rn. 37.

<sup>491</sup> Bereits bei Schaffung des § 1371 BGB wurde klargestellt, dass „der überlebende Ehegatte [...] neben dem hinterlassenen Erbteil oder dem zugewendeten Vermächtnis keine Ausgleichsforderung geltend machen [kann].“, BT-Drs. 2/3409zu, S. 19.

<sup>492</sup> Vgl. Kamps, ErbR 2021, 585; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 15.

<sup>493</sup> So bereits BT-Drs. 2/224, S. 48, wonach in § 1389 Abs. 2 BGB-E vorgesehen war, dass dem Erblasserwillen zufolge, im Fall eines über den gesetzlichen Erbteil hinausgehenden gewillkürten Erbrechts zugunsten des überlebenden Ehegatten, das was über den gesetzlichen Erbteil hinausgeht, auf die Ausgleichsforderung zugunsten des überlebenden Ehegatten angerechnet werden sollte; vgl. auch BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 15.

<sup>494</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 21.

<sup>495</sup> Vgl. Muscheler, ErbR I, Rn. 1421.

<sup>496</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 13, 24; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 15; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 19ff.

gleich im Todesfall nicht durch die letztwillige Verfügung abbedungen werden. In Sachen Vermögensverteilung würde nur bei Vorliegen einer letztwilligen Verfügung eben dieser der Vorrang eingeräumt werden – eben unter Zugrundelegung der Prämisse, die Vermögensteilhabe sei damit abschließend geregelt. Sollte der überlebende Ehegatte sodann der ihm letztwillig eingeräumten Vermögensposition die rechnerische Abwicklung des Güterstands vorziehen, würde es ihm ähnlich wie *de lege lata* freistehen, das letztwillig Zugewandte auszuschlagen und den rechnerischen Zugewinnausgleich nebst Pflichtteilsanspruch herbeizuführen.<sup>497</sup> Insofern wäre auch die geforderte Konsequenz des Güterrechts gewahrt. Es erscheint nicht angezeigt, im Bereich des gewillkürten Erbrechts aufgrund der mit Blick auf die gesetzliche Ehegattenerbquote angestrebten Entflechtung von Güter- und Erbrecht an diesen Grundsätzen zu zweifeln. Der Erblasserwille wird weiterhin dasselbe Ergebnis fordern.<sup>498</sup> Ein realer Zugewinnausgleich neben einem gewillkürten Erbrecht des Überlebenden ist mithin abzulehnen.<sup>499</sup>

#### bb) Der reale Zugewinnausgleich bei Enterbung oder Ausschlagung

- 162 Diese Bedeutung des Erblasserwillens soll jedoch nicht dazu führen, dem überlebenden Ehegatten jedwede Aussicht auf güterrechtliche Teilhabe durch eine einseitige Erklärung von Todes wegen nehmen zu können.

---

<sup>497</sup> Siehe hierzu sogleich Rn. 163.

<sup>498</sup> Beachte auch, dass es sich in Fällen der Testamentserrichtung einer verheirateten Person in ca. 87% der Fälle um ein gemeinschaftliches Testament (oder einen Erbvertrag) handelt, vgl. *Zimmermann*, *RabelsZ* 80 (2016), 39 (85), Fn. 269 unter Verweis auf *G. Metternich*, Verfügungsverhalten von Erblassern, S. 74 ff. In aller Regel beruht die letztwillige Verteilung des Vermögens daher auf einem gemeinsamen Entschluss der Ehegatten. Setzen sie sich gegenseitig zu Alleinerben ein, so würde sich ein realer Zugewinnausgleich im Todesfall ohnehin erübrigen. Setzen sich die Ehegatten hingegen auf bestimmte Quoten ein, entspricht es wohl dem Willen beider, dass der Überlebende entsprechend dieser festgesetzten Quote am Vermögen partizipiert und nicht zusätzlich den Zugewinnausgleich geltend machen kann, insofern ähnlich *BT-Drs.* 2/3409zu, S. 21.

<sup>499</sup> Insofern gilt es zudem keine Beschränkung der Testierfreiheit des ausgleichspflichtigen Ehegatten durch einen gegen seinen Nachlass gerichteten Zugewinnausgleichsanspruch zu befürchten. *Kaulbach* sah eine solche Beeinträchtigung selbst für den Fall, dass der Zugewinn stets im Todesfall ausgeglichen würde, vor dem Hintergrund nicht, dass die fraglichen Vermögensteile im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe nicht dem Erblasser, sondern seinem Ehegatten zu stehen würden, Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, S. 162.



*(1) Grundsätzliches*

Die güterrechtliche Teilhabe soll insbesondere nicht in dem Fall verwehrt werden, in dem der überlebende Ehegatte durch den Erblasser enterbt wurde. In diesem Fall muss es dem Überlebenden nach wie vor offenstehen, am gemeinsam erarbeiteten Zugewinn zu partizipieren und daher den rechnerischen Zugewinnausgleich (nebst Pflichtteil) zu verlangen; dies trotz dessen, dass der erblassende Ehegatte durch die Enterbung grundsätzlich zum Ausdruck gebracht hat, den Überlebenden nicht an seinem Vermögen teilhaben lassen zu wollen. Der Umstand, dass im Fall der gewillkürten Erbeinsetzung auf eine nur sehr geringe Erbquote kein realer Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden neben das Erbrecht treten würde, der Zugewinnausgleich aber im (noch deutlicheren) Fall der Enterbung geltend gemacht werden könnte, ist mit Verweis darauf zu erklären, dass es dem Überlebenden offen stünde, den ihm zugewandten (geringen) Erbteil auszuschlagen und anschließend den Zugewinnausgleich herbeizuführen (nebst Pflichtteil). Es soll dem Vorversterbenden nicht möglich sein, mittels Testaments – mithin eines einseitigen Rechtsgeschäfts<sup>500</sup>, unabhängig davon, ob dieses eine Enterbung oder geringe Erbquote vorsieht – dem anderen Ehegatten die Möglichkeit seiner güterrechtlichen Teilhabe durch den Zugewinnausgleich zu nehmen. Durch Abänderung des § 1371 Abs. 1 BGB würde der Regelungsgehalt des § 1371 Abs. 2 BGB also keinesfalls obsolet.<sup>501</sup> Selbes gilt für die Vorschrift des § 1371 Abs. 3 BGB.<sup>502</sup> Die Vorschrift würde zwar ihre Bedeutung für das gesetzliche Erbrecht verlieren, da es nicht mehr der Ausschlagung der Erbschaft für die Herbeiführung eines rechnerischen Zugewinnausgleichs bedürfte – würde der Zugewinnausgleich *de lege ferenda* doch stets neben das gesetzliche Ehegattenerbrecht treten. Gleichwohl würde die Norm in Fällen Bedeutung erlangen, in denen der überlebende Ehegatte qua gewillkürter Erbfolge ein geringes Erbrecht erhalten hat. Da es nicht angezeigt ist, neben ein gewillkürtes Erbrecht einen realen Zugewinnausgleich treten zu lassen, könnte es für den Überlebenden wirtschaftlich vorteilhaft sein, das Zugewandte auszuschlagen und einen rechnerischen Zugewinnausgleich nebst Pflichtteil herbeizufüh-

<sup>500</sup> Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 204.

<sup>501</sup> Bei Reform des Ehegattenerbrechts der Regelung des § 1371 Abs. 2 BGB kritisch gegenüberstehend Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S. 227.

<sup>502</sup> Rauscher führt aus, dass es der auf die erbrechtliche Pauschalierung bezogenen Absätze 2 und 3 in geltender Fassung nicht mehr bedürfte, wenn § 1371 BGB einen realen güterrechtlichen Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden vorsähe, Reform Bd. II/1, S. 82; ebenso Bosch, FamRZ 1983, 227 (234). Mit Blick auf das gesetzliche Erbrecht ist dem zuzustimmen, wohl aber nicht mit Blick darauf, dass die Normen auch bei Ausschlagung eines gewillkürten Erbrechts eine Rolle spielen; entscheidend ist damit, ob der Prämisse zugestimmt wird, dass ein realer Zugewinnausgleich neben einem gewillkürten Erbrecht grundsätzlich nicht in Betracht kommt.



ren – zu denken sei nur an Konstellationen, in welchen der Nachlass fast ausschließlich aus ausgleichspflichtigem Vermögen besteht. Ein solches Vorgehen würde dem Herbeiführen der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata* in Fällen gleichkommen, in denen der Überlebende ein Erbrecht oder Vermächtnis von geringem Wert erhalten hat. Dem überlebenden Ehegatten diese Möglichkeit der Ausschlagung und Geltendmachung von Zugewinnausgleichs- sowie Pflichtteilsanspruch zu eröffnen, wird (ähnlich *de lege lata*) durch den Gedanken gerechtfertigt, dass der Ehegatte das ihm Zugewandte ausschlagen würde, um den (gleichsam erarbeiteten) Zugewinnausgleich geltend zu machen. Vor diesem Hintergrund sollte ihm nicht der Pflichtteil als erbrechtliche Mindestbeteiligung entzogen werden.<sup>503</sup> Das sich hinter der Ausschlagung verbergende güterrechtliche Motiv, den rechnerischen Zugewinnausgleich herbeiführen zu wollen, rechtfertigt keine erbrechtlichen Konsequenzen.<sup>504</sup> Anderes müsste in dem Fall gelten, dass der Ehegatte sein gesetzliches Erbrecht ausschlagen würde. Da der Zugewinnausgleich neben seinem gesetzlichen Erbrecht durchgeführt würde, würde es an einem entsprechenden güterrechtlichen Motiv hinter der Ausschlagung fehlen. Der Überlebende sollte den Pflichtteil trotz Ausschlagung künftig also nur noch dann geltend machen können, wenn ein gewillkürtes Erbrecht ausgeschlagen wurde, um den rechnerischen Zugewinnausgleich herbeizuführen.

(2) *Die Höhe des Pflichtteils des Ehegatten neben einem realen Zugewinnausgleich zu seinen Gunsten*

164 Fraglich ist allerdings, in welcher Höhe der Pflichtteil bei Zusammentreffen mit einem Zugewinnausgleichsanspruch bestehen sollte. Insofern gilt es in Erinnerung zu rufen, dass bei Vorsehen einer güterstandsunabhängigen Erbquote vereinzelt gefordert wurde, den Pflichtteil des Ehegatten gerade bei Zusammentreffen mit einem güterrechtlichen Ausgleich bei einem Achtel zu belassen und nicht auf die Hälfte der Hälfte, also ein Viertel anzuheben.<sup>505</sup> In diesem Rahmen ist die Bestrebung des Gesetzgebers bei Schaffung des § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB<sup>506</sup> zu beachten. So sollte nämlich gerade dann, wenn der Ehegatte seine Ausgleichsforderung geltend machen kann, nicht zusätzlich der Pflichtteil des Kindes gekürzt werden.<sup>507</sup> Vorliegend soll es *de lege fe-*

<sup>503</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 29; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 82.

<sup>504</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 53; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 108 f.

<sup>505</sup> Leipold, JZ 2010, 802 (806); ders., NJW 2011, 1179; siehe Rn. 122.

<sup>506</sup> § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB lautet: „Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten.“

<sup>507</sup> BT-Drs. 2/3409zu, S. 18.

*renda* aber gerade keine „kleine“ Erbquote (*de lege lata* § 1931 Abs. 1 BGB) des überlebenden Ehegatten geben, welche erst zum Zwecke der Verwirklichung der güterrechtlichen Teilhabe erhöht und in diesem Zuge die gesetzlichen Erbteile der Abkömmlinge und damit die Höhe des Pflichtteils schmälern würde. Es würde vielmehr einzig die eine güterstandsunabhängige Erbquote von  $\frac{1}{2}$  bzw.  $\frac{3}{4}$  existieren. Folge muss dann aber – gerade bei systemgerechter Trennung von Güter- und Erbrecht – die vollumfängliche Berücksichtigung dieser erhöhten Erbquote im Pflichtteilsrecht sein und das eben auch bei Zusammentreffen von Pflichtteil und Zugewinnausgleich. Anderenfalls würde der in Zugewinnsgemeinschaft lebende Ehegatte im Rahmen des Pflichtteilsrechts, welches auf einem *güterstandsunabhängigen* gesetzlichen Ehegatten-erbrecht fußt, aufgrund seines Güterstands eine Minderung seiner Pflichtteilsquote erfahren und damit schlechter gestellt werden als etwa der in Gütertrennung lebende Ehegatte – das kann nicht überzeugen. Ähnlich befremdlich wäre es, güterstandsunabhängig einen Pflichtteil des Ehegatten von lediglich  $\frac{1}{8}$  vorzusehen bei einer gesetzlichen Erbquote von  $\frac{1}{2}$ . Nicht nur würde damit der Anhebung der Erbquote im Rahmen des Pflichtteilsrechts keine Rechnung getragen, zudem würde der Pflichtteil eines Ehegatten, welcher in Gütertrennung lebt und mit einem Abkömmling zusammentrifft (*de lege lata* eine Erbquote von  $\frac{1}{2}$  gem. § 1931 Abs. 4 BGB, damit einen Pflichtteil von  $\frac{1}{4}$  gem. § 2303 BGB), sogar gekürzt werden. An dieser Stelle kann zudem auf die Ratio der Argumentation<sup>508</sup>, dass keine „Überbevorzugung“ des Ehegatten durch ein Zusammenwirken von erhöhter Erbquote und rechnerischem Zugewinnausgleich gegeben wäre, zurückgegriffen werden. Wenn gesetzliches Erbrecht und Ausgleichsforderung in vollem Umfang nebeneinanderstehen würden, dann auch Pflichtteilsrecht und Ausgleichsforderung. Der überlebende Ehegatte einer Zugewinnsgemeinschaft sollte daher einen Pflichtteil von  $\frac{1}{4}$  bzw.  $\frac{3}{8}$ , sich ergebend aus der vorgeschlagenen erhöhten Erbquote *de lege ferenda* von  $\frac{1}{2}$  neben Verwandten der ersten Ordnung bzw.  $\frac{3}{4}$  neben den Eltern, geltend machen können.<sup>509</sup>

#### cc) Der reale Zugewinnausgleich bei Einsetzung auf den gesetzlichen Erbteil

Darüber hinaus ist der Fall zu berücksichtigen, dass der verstorbene Ehegatte den anderen in einer Verfügung von Todes wegen mit dem gesetzlichen Erbteil bedacht hat bzw. diesem dieselbe Stellung zukommen lässt, welche

165

<sup>508</sup> Siehe hierzu Rn. 154 f.

<sup>509</sup> Im Ergebnis ähnlich *Dieckmann*, 49. DJT, K 25, 33, welcher grundsätzlich gegen einen Zugewinnausgleichsanspruch neben erbrechtlicher Teilhabe ist, den Ausgleichsanspruch aber neben einem Pflichtteilsanspruch in Erwägung zieht.

der überlebende Ehegatte auch als gesetzlicher Erbe eingenommen hätte. Zu denken sei hier insbesondere an Erbeinsetzungen im Sinne der §§ 2066, 2067 BGB, der Erblasser also dem Ergebnis nach eine bloße Erbeinsetzung als „gesetzliche Erben“ vorgenommen hat. Es würde sich um eine bloße Verweisung auf die Rechtslage handeln, welche unschädlich wäre.<sup>510</sup> Ein realer Zugewinnausgleichsanspruch könnte somit entstehen. Gleiches würde gelten, würde lediglich ein anderer gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, da im Übrigen die gesetzliche Erbfolge greifen würde.

- 166 Ob es sich im Einzelfall um eine Erbeinsetzung im Sinne der gesetzlichen Erbfolge handeln würde oder nicht, bedürfte sorgfältiger Prüfung. Sollte neben dem Ehegatten etwa ein Dritter, nicht gesetzlicher Erbe bedacht sein, so wird man – auch bei einer der gesetzlichen Erbfolge entsprechenden Quote – von einer testamentarischen Einsetzung des Ehegatten ausgehen müssen. Sollte der überlebende Ehegatte in einem solchen Fall seinen Ausgleichsanspruch geltend machen wollen, müsste er die Erbschaft ausschlagen, da der Ausgleich mit der letztwillig verfüigten Zuwendung als abgegolten gelten würde.
- 167 Von einem realen Zugewinnausgleich wäre mangels gesetzlicher Erbfolge zudem in Fällen abzusehen, in welchen der Überlebende nur als Ersatzerbe eingesetzt wäre und der primär eingesetzte Erbe wegfiel oder der Überlebende als Vor- oder Nacherbe eingesetzt wäre.<sup>511</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

- 168 Festzuhalten bleibt, dass von einem Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten in Fällen abzusehen wäre, in welchen er letztwillig mit einem Erbteil oder einem Vermächtnis bedacht wurde. Sollte der Überlebende enterbt worden sein oder das ihm Zugewandte ausschlagen, könnte er hingegen, selbst wenn testiert wurde, den Zugewinnausgleichsanspruch nebst Pflichtteil geltend machen. Sollte eine Erbeinsetzung auf den gesetzlichen Erbteil erfolgen, schadet dies nicht dem Entstehen des Zugewinnausgleichsanspruchs.

---

<sup>510</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 5; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 6.

<sup>511</sup> Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 372 f., Rn. 10; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 27; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 6.

*c) Die Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs  
zugunsten des Überlebenden auf das Pflichtteilsrecht  
der übrigen gesetzlichen Erben*

Kurz sollen noch die Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall zugunsten des überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Pflichtteilsrechts der übrigen Pflichtteilsberechtigten behandelt werden. 169

*aa) Die güterstandsunabhängig erhöhte gesetzliche Erbquote  
als Rechengröße für den Pflichtteilsanspruch*

Ein wesentlicher Unterschied zum geltenden Recht bestünde darin, dass sich der Pflichtteil der anderen Pflichtteilsberechtigten, insbesondere also der Abkömmlinge, auch im Fall der Geltendmachung des Zugewinnausgleichsanspruchs nicht nach dem nicht erhöhten Erbteil des Ehegatten richten, sondern sich vielmehr anhand der güterstandsunabhängig erhöhten Erbquote des Ehegatten beurteilen würde. Konkret entfielen § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB, wonach der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten bei Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung nach dem nicht erhöhten, gesetzlichen Erbteil des Ehegatten bestimmt wird. In diesem Umstand ist aber keine Verletzung des Pflichtteilsrechts zu sehen. Insofern ist einerseits auf die Ausführungen zur Höhe eines Pflichtteilsanspruchs des Ehegatten neben einem Zugewinnausgleichsanspruch zu verweisen<sup>512</sup>. Bei Einführung einer erhöhten güterstandsunabhängigen gesetzlichen Erbquote des Ehegatten – und damit einhergehender Aufgabe der Einflussnahme des Güterrechts auf die Höhe der gesetzlichen Erbquote – hat sich diese Entwicklung im Pflichtteilsrecht widerzuspiegeln. Resultat ist dann aber, dass Berechnungsmaßstab des Pflichtteilsanspruchs stets die erhöhte Erbquote des Ehegatten sein muss. Zudem – und mit Blick auf eine mögliche Verletzung des Pflichtteilsrechts von besonderer Bedeutung – ist zu beachten, dass das Pflichtteilsrecht zwar, wie oben bereits ausgeführt<sup>513</sup>, hinsichtlich seines grundsätzlichen Bestands verfassungsrechtlich gem. Art. 14 GG i. V.m. Art. 6 GG geschützt ist, nicht jedoch hinsichtlich der jeweiligen Anspruchshöhe. Das Pflichtteilsrecht wäre mithin auch für die übrigen Pflichtteilsberechtigten ausgehend von der güterstandsunabhängig erhöhten gesetzlichen Erbquote des Ehegatten zu berechnen. 170

---

<sup>512</sup> Siehe Rn. 164.

<sup>513</sup> Siehe Rn. 124.

bb) Die Schmälerung des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge  
in wirtschaftlicher Hinsicht

171 Der Ausgleichsanspruch hätte als dem Güterrecht entspringender, schuldrechtlicher Anspruch keine direkten Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht bzw. die Pflichtteilsquote an sich. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass er sich der faktischen Höhe des Pflichtteilsanspruchs nach – mithin wirtschaftlich betrachtet – auswirken könnte.<sup>514</sup> Als echte Nachlassverbindlichkeit in Form einer Erblässerschuld i. S. d. § 1967 Abs. 2 BGB würde die Zugewinnausgleichsforderung u. a. Pflichtteilsansprüchen im Range vorgehen.<sup>515</sup> Folge dessen ist, dass die Ausgleichsforderung vor Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs (§ 2311 BGB) vom Nachlasswert abzuziehen wäre.<sup>516</sup> In diesem Umstand ist jedoch wiederum mit Verweis darauf, dass das Pflichtteilsrecht zwar hinsichtlich seines grundsätzlichen Bestands verfassungsrechtlich geschützt ist, nicht jedoch hinsichtlich der jeweiligen Anspruchshöhe im Einzelfall,<sup>517</sup> keine Verletzung des Pflichtteilsrechts zu sehen. Die Minderung des zur Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs zugrunde zu legenden Nachlasswerts wäre schlicht Ausfluss der Natur des Zugewinnausgleichs im Todesfall. Die Konstellation würde sich im Übrigen – also unter Achtung des Umstands, dass der Pflichtteil *de lege ferenda* stets ausgehend vom güterstandsunabhängig erhöhten Erbteil des Ehegatten zu ermitteln wäre – auch nicht deutlich anders darstellen als im Fall der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata*. So wird in diesem Fall die wertmäßige Minderung des Pflichtteils der Abkömmlinge durch Geltendmachung der Ausgleichsforderung unbestritten hingenommen.<sup>518</sup> Im Unterschied zur Rechtslage *de lege lata* wäre der überlebende Ehegatte *de lege ferenda* (regelmäßig) Teil der Erbengemeinschaft, da er nicht ausschlagen müsste, um den rechnerischen Zugewinnausgleich geltend machen zu können. Mit Blick auf einen durch den verstorbenen Ehegatten enterbten Abkömmling macht das jedoch keinen Unterschied. Sowohl *de lege lata*<sup>519</sup> als auch *de lege ferenda* erhält der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch ausgerichtet am um die Höhe der Ausgleichsforderung ver-

<sup>514</sup> Vgl. Papantoniou, FamRZ 1988, 683 (686).

<sup>515</sup> Siehe auch § 327 Abs. 1 InsO; vgl. ferner BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 27.

<sup>516</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 49; MüKo/Lange, § 2311 BGB, Rn. 21.

<sup>517</sup> Mit Blick auf den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft und deren Eigenart, dass ein Zugewinnausgleich im Todesfall entstehen kann, ist in der Literatur und Praxis anerkannt, dass dieser Umstand zur Pflichtteilsreduzierung genutzt werden kann, siehe mit Beispielen BeckOGK/Jäger, § 1519 BGB, Rn. 70, 74 ff.

<sup>518</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 49; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 27, Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 67.

<sup>519</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 36; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 90.

minderten Nachlasswert. Ob der Ehegatte (als gesetzlicher Erbe) Teil der Erbengemeinschaft ist oder nicht, macht dabei für die Höhe des Pflichtteilsanspruchs – bei Entfall der Regelung des § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB – keinen Unterschied. So wird der Ehegatte auch im Fall der Ausschlagung für die Feststellung der Pflichtteilsquote gem. § 2310 BGB berücksichtigt. Insofern wird vereinzelt zu Unrecht ausgeführt, dass zu befürchten sei, dass es im Fall des Zulassens eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des Überlebenden neben dem gesetzlichen Ehegattenerbrecht in vielen Fällen dazu kommen könnte, dass pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge keine bedeutende Nachlassbeteiligung erfahren würden, da der Zugewinnausgleichsanspruch den Nachlass unter Umständen gänzlich aushöhlen würde.<sup>520</sup> Wie gezeigt, kann dieses Phänomen aber ebenso im Rahmen der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata* auftreten. Zuzugestehen ist gleichwohl, dass es vermehrt zu diesem Phänomen kommen könnte, da der Überlebende die Erbschaft nicht mehr auszuschlagen bräuchte, um den rechnerischen Zugewinnausgleich geltend zu machen.<sup>521</sup> Allein die Häufigkeit des Auftretens des Phänomens lässt aber keine andere Bewertung als im Rahmen der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata* zu. In Fällen, in welchen es durch den rechnerischen Zugewinnausgleich zu einer wirtschaftlichen Aushöhlung des Nachlasses und damit zu einer extremen Schmälerung des Pflichtteilsbetrags käme, würde der Überlebende wohl auch *de lege lata* regelmäßig zum Instrumentarium der „güterrechtlichen Lösung“ greifen: Die Aushöhlung des Nachlasses setzt bereits dem Begriff nach voraus, dass der überlebende Ehegatte (deutlich) mehr als die Hälfte des Nachlasses erhält; hat er diese Aussicht, könnte er diese aber *de lege lata* nur durch Wahl der „güterrechtlichen Lösung“ verwirklichen, würde ihm die „erbrechtliche Lösung“ doch gerade nur ½ gewähren.

### cc) Keine Anwendung des § 2306 BGB

Eine Anwendung des § 2306 BGB kommt nicht in Betracht. Der Zugewinnausgleichsanspruch unterfällt nicht den Beschränkungen bzw. Beschränkungen der abschließenden<sup>522</sup> Aufzählung des § 2306 BGB und sollte als güterrechtliche Folge aufgrund der hinter § 2306 BGB stehenden Ratio, Schmälerungen oder gar der Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch Ausübung der Testierfreiheit entgegenzutreten<sup>523</sup>, auch nicht in den Anwendungsbereich der Norm aufgenommen werden.

<sup>520</sup> Vgl. Lange, DNotZ 2010, 749 (759).

<sup>521</sup> Vgl. BT-Drs. 2/3409zu, S. 22.

<sup>522</sup> BGHZ 112, 229 = NJW 1991, 169, juris Rn. 15; Staudinger/Otte, § 2306 BGB, Rn. 6c.

<sup>523</sup> BeckOGK/Obergfell/Färber, § 2306 BGB, Rn. 2; Staudinger/Otte, § 2306 BGB, Rn. 6b.

*d) Zwischenergebnis*

- 173 Es bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, dass ein realer Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten in Form eines güterrechtlichen Anspruchs gegen den Nachlass des verstorbenen ausgleichspflichtigen Ehegatten neben dem gesetzlichen Ehegattenerbrecht zu befürworten ist. Ein solcher würde sich in das Gefüge der vorhandenen Normen einfügen. Ein Nebeneinander von realem Zugewinnausgleich und gewillkürtem Erbrecht ist hingegen grundsätzlich abzulehnen und nur in Ausnahmefällen zuzulassen. Nicht hinzunehmende Beeinträchtigungen der weiteren gesetzlichen Erben, insbesondere der Abkömmlinge, sind nicht auszumachen, weder hinsichtlich der wertmäßigen Beteiligung am Nachlass im Fall der Erbenstellung, noch hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs im Fall der Enterbung.

**2. Der reale Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten**

- 174 Ist damit festgestellt, dass neben ein güterstandsunabhängiges erhöhtes gesetzliches Ehegattenerbrecht ein realer Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten treten sollte, ist weiter zu untersuchen, ob und – falls ja – in welcher Ausgestaltung ein realer Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des Überlebenden vorzusehen wäre.

*a) Die Argumente für einen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten – Die güterrechtliche Konsequenz*

- 175 Mit Blick auf das deutsche Recht ist im Ausgangspunkt der Überlegungen die eingangs geforderte güterrechtliche Konsequenz<sup>524</sup> weiterzuführen. Ist vor deren Hintergrund festgestellt worden, dass neben ein güterstandsunabhängiges erhöhtes gesetzliches Ehegattenerbrecht ein realer Zugewinnausgleich treten sollte, so wäre es weiter nur konsequent und auch folgerichtig, diesen nicht bloß zugunsten, sondern ebenfalls zulasten des überlebenden Ehegatten entstehen zulassen. Mit anderen Worten gesagt, wäre es güterrechtlich äußerst inkonsequent, einen Ausgleichsanspruch nur zugunsten des Überlebenden erwachsen zu lassen;<sup>525</sup> dies insbesondere mit Blick darauf, dass es sich bei der Zugewinnsgemeinschaft um den gesetzlichen Güterstand des BGB handelt – es also grundsätzlich gerade keine Vereinbarungen der Ehegatten darüber gibt, wie mit dem in der Ehe gemeinsam erwirtschafteten Zugewinn eines jeden

<sup>524</sup> Siehe Rn. 132.

<sup>525</sup> Zur drohenden Inkonsequenz siehe auch *Rauscher*, welcher ausführt, dass der Zugewinnsgedanke zwischen den Ehegatten entweder „ganz oder gar nicht“ gilt, Reform Bd. II/1, S. 75; *ders.*, FamR, Rn. 378; ferner *Freytag*, ZRP 1991, 106 (109).

nach Eheauflösung verfahren werden soll. Würde besagte Inkonsistenz nicht vermieden, würden die mit Blick auf die geltende Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB und schon hinsichtlich des § 1385 Abs. 4 BGB-RegE II zu Recht erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken (bezüglich Art. 3 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG)<sup>526</sup> in die *lex ferenda* hineingetragen, was es aber tunlichst zu vermeiden gilt.

aa) Das Prinzip der Zugewinnbeteiligung in Fällen der Auflösung der Ehe durch den Tod bzw. der lebzeitigen Auflösung der Ehe

Unterstrichen wird die drohende güterrechtliche Inkonsistenz durch einen Vergleich der Situation der Eheauflösung durch den Tod mit einer solchen zu Lebzeiten, also etwa der Scheidung. Wäre die Ehe nicht durch den Tod, sondern durch die Scheidung aufgelöst worden, so wäre derjenige Ehegatte mit dem höheren Zugewinn zweifelsohne ausgleichspflichtig gewesen. Dass beide Fälle im Hinblick auf die Notwendigkeit der Durchführung eines Zugewinnausgleichs miteinander vergleichbar sind, wurde oben im Rahmen der kritischen Auseinandersetzung mit der geltenden Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB dargelegt.<sup>527</sup> Entscheidend ist insofern, dass Eigenart des gesetzlichen Güterstands der Gedanke des Teilhabepinzips bei Auflösung des Güterstands ist. Es besteht von Anbeginn des Güterstands eine im zwischen den Ehegatten bestehenden Pflichten- und Vermögensverhältnis wurzelnde Anwartschaft<sup>528</sup> auf Zugewinnausgleich, welche sich mit Auflösung der Ehe im Ausgleichsanspruch zugunsten des Berechtigten realisiert. Dies sollte vor dem Hintergrund der Hinnahme des dinglichen Gefalles an dem während der Ehe erwirtschafteten Vermögen<sup>529</sup> der Fall sein, unabhängig vom Auflösungsgrund der Ehe. Vor dem Hintergrund des „Mitverursachungsgedankens“ des höheren Zugewinns beim Partner, unabhängig vom ehelichen Beitrag, greift die Überlegung auch in Fällen von Doppelverdiener-Ehen. Der Ausgleichsanspruch als Frucht der gemeinsamen Leistung der Ehegatten sollte dann aber den (gesetzlichen) Erben des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten genauso zugutekom-

---

<sup>526</sup> Siehe Rn. 56 ff.; beachte, dass selbst bezüglich des Vorschlags, ein güterstandsunabhängiges gesetzliches Ehegatterbrecht von  $\frac{1}{2}$  ohne zusätzlichen Zugewinnausgleich vorzusehen, wobei allerdings erwogen wurde, den Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden nach dessen Wahl anstelle eines Pflichtteilsanspruchs oder neben eines solchen zuzulassen (so 49. DJT, Beschluss Nr. 10, K 166), verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1, 14 GG erhoben wurden, siehe *Stöcker*, JZ 1973, 15 (17), Fn. 11.

<sup>527</sup> Siehe Rn. 56 f.

<sup>528</sup> Hierzu siehe oben Rn. 45 f.

<sup>529</sup> *Röthel*, 68. DJT, A 54; darauf Bezugnehmend *Kroppenberg*, ErbR 2010, 206 (213).



men können, wie er dem Verstorbenen im Scheidungsfall zugutegekommen wäre.<sup>530</sup> Insofern findet sich, obwohl der ausgleichsberechtigte Ehegatte – anders als im Fall der Scheidung – bei Auflösung der Ehe durch den Tod verstorben ist, ein schützenswertes Interesse an der Verwirklichung seiner güterrechtlichen Teilhabe auch im Todesfall: Eben der Umstand, dass auf diesem Wege – wie auch bei lebzeitiger Auflösung der Ehe, wäre in diesem Fall doch das Vermögen des Ausgleichsberechtigten und damit der Wert seines Nachlasses um den Wert der Ausgleichsforderung erhöht worden<sup>531</sup> – seine gesetzlichen Erben an dem auf seiner Mitleistung gründenden Vermögenswert des Zugewinnausgleichs partizipieren können.

- 177 Das Prinzip der Zugewinnbeteiligung darf im Fall der Eheauflösung durch den Tod weder des ausgleichsberechtigten noch des ausgleichspflichtigen Ehegatten „unter den Tisch fallen gelassen werden“.<sup>532</sup>

#### bb) Die rechtshistorische Entwicklung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft

- 178 Das Rechtskonstrukt der Durchführung eines realen Zugewinnausgleichs nicht nur zugunsten, sondern auch zulasten des überlebenden Ehegatten, gestützt auf den Gedanken güterrechtlicher Konsequenz, wird darüber hinaus von der Entwicklungsgeschichte der Zugewinnngemeinschaft getragen. So geht der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft rechtshistorisch auf die Grundidee der Errungenschaftsgemeinschaft zurück.<sup>533</sup> Das Konzept Errungenschaftsgemeinschaft beruht wiederum auf der Idee, dass die Ehegatten am beiderseitigen Zuerwerb während des Güterstands zu gleichen Teilen partizipieren.<sup>534</sup> Die Errungenschaftsgemeinschaft gibt es dabei in verschiedenen Ausprägungen<sup>535</sup>, wobei sie im Kern dingliche Teilhabe der Ehegatten als Gesamthänder an den während des Güterstands erworbenen Vermögensgegenständen bedeutet – die Ehegatten erfahren also bereits während des Güter-

<sup>530</sup> Battes, Eherecht, S. 427; zu beachten ist zudem Klumpp, ZEV 1995, 263: „Gerade aber weil der vorverstorbene Ehegatte den Zugewinn mitgeschaffen hat, erscheint es entgegen der Auffassung des BGH [in Bezug auf BGH, Urteil v. 8.3.1995, XII ZR 54/94, ZEV 1995, 262 f.] gerechtfertigt, auch dessen Erben an dieser Leistung teilhaben zu lassen.“

<sup>531</sup> Dem Gedanken nach Strätz, DNotZ 2001, 452 (454).

<sup>532</sup> Wie oben dargestellt, kann das Prinzip der Zugewinnbeteiligung insbesondere nicht durch das Prinzip der erbrechtlichen Teilhabe ersetzt werden, Rn. 132; so aber Staudinger/Thiele, Vor. § 1371 BGB, Rn. 11.

<sup>533</sup> Merzbacher, AcP 156 (1958), 1 (2 f., 8); Wahl, FS Lehmann, S. 434; siehe hierzu auch oben Rn. 37.

<sup>534</sup> Alebrand, JZ 1955, 573; Schwab, FS Söllner, S. 1079.

<sup>535</sup> Siehe nur die Darstellung bei Battes, Eherecht, S. 323 ff.

stands fortlaufende dingliche Beteiligung am beiderseitigen Zuerwerb.<sup>536</sup> Bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird unstreitig hingenommen, dass der Anteil des Verstorbenen an der Errungenschaft in den Nachlass fällt.<sup>537</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Zugewinnsgemeinschaft ihrer Grundidee nach – also der gleichberechtigten Partizipation am während des Güterstands akkumulierten beiderseitigen Zuerwerb – auf die Errungenschaftsgemeinschaft zurückgeht, müsste dies auch für den Zugewinngedanken gelten. Folglich müsste den Erben des verstorbenen Ehegatten dessen mitverdienter Anteil am Vermögen des überlebenden Ehegatten zugestanden werden.<sup>538</sup> Einer solchen Argumentation mag in rechtstechnischer Hinsicht entgegenzusetzen sein, dass bei der Errungenschaftsgemeinschaft der Erwerb beider Ehegatten in das Gesamtgut fällt. In der Folge gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut zum Nachlass und mithin partizipiert der Erbe, da er von dem Vermögen des Erblassers nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>539</sup> Dahingegen fällt bei der Zugewinnsgemeinschaft der Erwerb jedes Ehegatten jedoch in sein eigenes Vermögen, das nach den allgemeinen Vorschriften vererbt wird. Mithin bestehen durchaus beachtliche Unterschiede zwischen beiden Güterständen.<sup>540</sup> Daraus zu folgern, dass der Erwerb des Erblassers also den Erben zugutekomme, ohne dass diesen eine Ausgleichsforderung gewährt zu werden brauche,<sup>541</sup> vermag allerdings nicht zu überzeugen. Die von dem ausgleichsberechtigten Ehegatten in der Ehe erbrachte Leistung ist gerade nicht in seinem zu vererbenden Vermögen vollständig erfasst. Sie wird nur vollständig erfasst, wenn auch ein Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten entstehen kann.

#### cc) Das veraltete Rollenbild der Geschlechter in der ehelichen Lebensgemeinschaft

Schließlich trägt auch ein Blick auf das gegenwärtige Rollenbild der Geschlechter in der ehelichen Lebensgemeinschaft die These, einen Zugewinnausgleich auch zulasten des überlebenden Ehegatten einzuführen. Das hinter § 1371 Abs. 1 BGB durchschimmernde Rollenbild der Geschlechter in der Ehe im Stile der „Hausfrauenehe“<sup>542</sup> ist nicht mehr zeitgemäß und muss auf-

179

<sup>536</sup> Alebrand, JZ 1955, 573 f.; Budzikiewicz/Herr/Wever, FamRZ 2021, 255 (259); Schwab, FS Söllner, S. 1079.

<sup>537</sup> Battes, Eherecht, S. 427, unter Verweis auf die Regelung des Art. 1408 spanischer Código civil.

<sup>538</sup> Vgl. Rauscher, Reform Bd. II/1, S. 75.

<sup>539</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>540</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>541</sup> So aber BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>542</sup> Siehe hierzu Rn. 60.

gegeben werden.<sup>543</sup> Erst recht darf es nicht als Grundlage einer neuen Regelung dienen. Sind Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs im Todesfall damit losgelöst vom Bilde der „Hausfrauenehe“ zu betrachten, so rückt der Aspekt, „daß er [scil. der Ehegatte] durch Beteiligung an dem in der Ehe erworbenen Vermögen des anderen Ehegatten bei Auflösung der Ehe sichergestellt werden soll“<sup>544</sup>, in den Hintergrund. Das männlich geprägte „Familienernährermodell“ verliert zusehends an Boden<sup>545</sup> – die Erwerbstätigkeit von Frauen während der Ehe hat im Vergleich zu den 1950er Jahren deutlich zugenommen. Frauen nehmen immer häufiger eine starke wirtschaftliche Position in der Ehe oder sogar die Rolle der „Familienernährerin“ ein.<sup>546</sup> Vor diesem Hintergrund müssen dann aber auch Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs im Todesfall in den Fällen betrachtet werden, in denen ein Ehegatte allein die Haushaltsführung übernommen hatte. Es verbleibt kein Raum mehr für die Annahme, dass die Ehefrau dem Mann „den Rücken freigehalten“ hat, wodurch dieser sein Vermögen verdienen konnte, an welchem die haushaltende Frau bei Auflösung der Ehe zu beteiligen wäre.<sup>547</sup> Das Bild des modernen Ehepaares erfordert vielmehr eine Verschiebung von Sinn und Zweck dahingehend, dass es in Fällen, in welchen sich ein Ehepartner, sei es auch nur vorübergehend, in erster Linie Haushalt und Kindererziehung widmet, eine eigens aufgegebene Erwerbschance auszugleichen gilt.<sup>548</sup> Wäre diese wahrgenommen worden, wäre das eigene Vermögen höher gewesen.<sup>549</sup> Primärer Be-

<sup>543</sup> Vgl. *Röthel*, 68. DJT, A 54.

<sup>544</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>545</sup> *Klenner*, WSI Mitteilungen, 3/2013, 210.

<sup>546</sup> Das hängt u. a. mit dem Trend hin zur Betreuung der Kinder durch öffentliche Stellen zusammen. Allein in den Jahren von 2006 bis 2022 hat sich die Zahl der in Tageseinrichtungen betreuten Kinder unter 3 Jahren von 286.017 auf 838.698 fast verdreifacht, vgl. das durch das BMFSFJ herausgegebene Dokument „Kinderbetreuung Kompakt – Ausbaustand und Bedarf 2022“, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/228470/dc2219705eeb5b8b9c117ce3f7e7bc05/kindertagesbetreuung-kompakt-ausbaustand-und-bedarf-2022-data.pdf>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; einhergehend mit dieser Entwicklung ist die Erwerbstätigenquote von Frauen mit minderjährigen Kindern im Haushalt in Deutschland in den Jahren von 2009 bis 2019 von 66,7% auf 74,7% angewachsen, vgl. die durch das Statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Erwerbstätigenquote von Männern und Frauen mit minderjährigen Kindern im Haushalt in Deutschland von 2009 bis 2019“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/972869/umfrage/erwerbsstaetigenquote-von-maennern-und-frauen-mit-minderjaehrigen-kindern/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>547</sup> So aber etwa *Ulmer*, 38. DJT, B 41.

<sup>548</sup> In Anlehnung an *Leipold*, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>549</sup> Laut der Studie „Frauen auf dem deutschen Arbeitsmarkt – Was es sie kostet, Mutter zu sein“, S. 10, der Bertelsmann-Stiftung büßen heute Mitte 30-jährige Mütter im Durchschnitt zwischen rund 40% (bei einem Kind) und fast 70% (bei drei oder mehr Kindern) an Lebenserwerbseinkommen ein. Die Studie ist abrufbar unter: <https://>

zugspunkt sollte damit in diesen Fällen nicht mehr das Erwerbsplus im Vermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten sein, welches durch das Haushalten ermöglicht wurde, sondern das Erwerbsminus im Vermögen des ausgleichsberechtigten Ehegatten, welches aufgrund der Entscheidung von einer eigenen Erwerbstätigkeit zugunsten der Haushaltsführung oder Kindererziehung abzusehen, entstanden ist. Dann aber ist auch ein Ausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten zu fordern.

Mit Blick darauf, dass die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB regelmäßig zu billigen Ergebnissen führte, weil es die (ausgleichsberechtigte) Ehefrau war, welche ihren Gatten überlebte, ist nunmehr von der Prämisse auszugehen, dass überhaupt nicht klar ist, wer länger leben wird<sup>550</sup> – der ausgleichsberechtigte oder der ausgleichspflichtige Ehegatte. Es ist statistisch zwar grundsätzlich immer noch der häufigere Fall, dass Frauen Männer überleben,<sup>551</sup> gleichwohl ist bei Weitem nicht mehr klar, ob es denn die Ehefrau ist, welche ausgleichsberechtigt sein wird. Zu denken ist zudem an gleichgeschlechtliche Ehen.<sup>552</sup> Jene folgen in aller Regel nicht dem Familienmodell der „Haushaltsführungsehe“.<sup>553</sup> Zudem kann in der gleichgeschlechtlichen Ehe rein logisch nicht anhand des Geschlechts eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür ermittelt werden, ob der überlebende Ehegatte der Ausgleichsberechtigte oder Ausgleichspflichtige sein wird. Da diese Bestimmung also regelmäßig aufgrund der sozialen und demographischen Änderungen in der Ehe und der Familienstruktur nicht mehr angestellt werden sollte und schlicht nicht mehr zutreffend wäre, wäre es in dieser Hinsicht verfehlt, keinen Zugewinnausgleich auch zulasten des überlebenden Ehegatten vorzusehen. Dies würde nämlich – bei Annahme, mit der Einführung nur eines realen Zugewinnausgleichs zugunsten des überlebenden Ehegatten die güterrechtliche Dimension des Zugewinnausgleichs voll zu erfassen – wiederum darauf hinauslaufen,

---

[www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user\\_upload/200616\\_Kurzexpertise\\_MotherhoodLifetimePenaltyFINAL.pdf](http://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/200616_Kurzexpertise_MotherhoodLifetimePenaltyFINAL.pdf), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>550</sup> Ähnlich bereits *Braga*, FamRZ 1972, 105 (110, 112), in seiner Kritik zu § 1931 Abs. 4 BGB.

<sup>551</sup> So lag das durchschnittliche Sterbealter im Jahre 2023 von Männern bei 76,94 Jahren, während Frauen im Durchschnitt mit 82,28 Jahren gestorben sind, vgl. die durch das Statistische Bundesamt erhobene und veröffentlichte Statistik „Durchschnittliches Sterbealter in Deutschland nach Geschlecht in den Jahren 1956 bis 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1013295/umfrage/durchschnittliches-sterbealter-in-deutschland-nach-geschlecht/?locale=de>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>552</sup> Mit Blick auf gleichgeschlechtliche Ehen bzw. eingetragene Lebenspartnerschaften die Regelung des pauschalierten Zugewinnausgleichs tadelnd als „passt [...] gar nicht“, *Erman/Kaiser*, 15. Aufl. 2017, § 10 LPartG, Rn. 5; *dies.*, JZ 2001, 617 (622 f.).

<sup>553</sup> *Erman/Kaiser*, 15. Aufl. 2017, § 10 LPartG, Rn. 5.

anzunehmen, dass es regelmäßig der ausgleichsberechtigte Ehegatte wäre, welcher länger lebt – mithin gemessen an dem Trend, dass Frauen Männer überleben, die ausgleichsberechtigte Frau. Diese Annahme würde aber wieder nur auf ein veraltetes Rollenbild der Geschlechter in der ehelichen Lebensgemeinschaft schließen lassen. Da ein solches aber nicht als gesetzliches Leitbild taugt, liefe ein Verweigern der Einführung eines Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden darauf hinaus, sehenden Auges die güterrechtliche Dimension des Zugewinnausgleichs nicht vollumfänglich gesetzlich zu erfassen.

- 181 Im Lichte der vorstehenden Ausführungen sollte der reale Zugewinnausgleichsanspruch auch zulasten des überlebenden Ehegatten entstehen können.

*b) Die Darstellung und Entgegnung der Bedenken gegen  
den realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten*

- 182 Sollte sich der Ausgleichsanspruch allerdings auch zulasten des überlebenden Ehegatten auswirken können, so wird die sich unter Umständen ergebende Belastung des Überlebenden zu bedenken gegeben<sup>554</sup> – dies vor allem in Fällen, in denen der Überlebende etwa gezwungen wäre, das Eigenheim zu veräußern, um das Geld zu generieren, den Ausgleich entrichten zu können.

- 183 Bedenken dieser Art ist zunächst zu entgegnen, dass die Einführung eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall mit der güterstandsunabhängigen Anhebung der Erbquote des Ehegatten einhergehen würde. Insofern profitiert der Ehegatte im Rahmen des Erbrechts.<sup>555</sup> Gleichwohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich der reale Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten, rein wirtschaftlich betrachtet, negativ auswirken und den Überlebenden im Vergleich zum geltenden Recht schlechter stellen würde. Käme dem überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten *de lege lata* die Pauschalierung zugute und würde so seine Erbquote auf  $\frac{1}{2}$  (neben Verwandten der ersten Ordnung) bzw.  $\frac{3}{4}$  (neben Verwandten der zweiten Ordnung oder Großeltern) anwachsen (§§ 1371 Abs. 1, 1931 Abs. 1 BGB), erhielte er *de lege ferenda* zwar dieselbe Erbquote, würde aber den Zugewinnausgleich schulden. Vor diesem Hintergrund wurde vorgeschlagen, den Ausgleichsanspruch nur

<sup>554</sup> So etwa BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 46; Dieckmann, 49. DJT, K23.

<sup>555</sup> Dem Gedanken nach ähnlich gefasst in den Ausführungen der Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979. Dort heißt es: „Wenn ein Bedürfnis besteht, die Situation des überlebenden Ehegatten im Verhältnis zu den unterschiedlich berechtigten Erben zu verbessern, so ist diesem Anliegen tatsächlich im Erbrecht und nicht im Güterrecht Rechnung zu tragen“, Botschaft, BBl. 1979 II, S. 1321. Zu beachten ist insofern, dass die Schweiz eine Art realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten vorsieht, vgl. Art. 215 ZGB.

zugunsten des überlebenden Ehegatten erwachsen zu lassen. Die drohende güterrechtliche Inkonsequenz sollte dabei mit einem Verweis darauf umgangen werden, dass der Zugewinngedanke nicht verloren ginge, wenn im Verhältnis zu den Erben des Ausgleichberechtigten schlicht das Gütertrennungselement durchschlagen würde<sup>556</sup>. Ein solcher Ansatz ist jedoch abzulehnen. Es wirkt äußerst konstruiert und gliche „Rosinenpickerei“, im Fall des Überlebens des ausgleichsberechtigten Ehegatten das Zugewinnungsgemeinschaftselement und im Fall des Überlebens des ausgleichspflichtigen Ehegatten das Gütertrennungselement gegenüber den gesetzlichen Erben durchschlagen zu lassen. Zu betonen ist, dass der Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft freilich Elemente der Gütertrennung beinhaltet, sich letztlich aber im Kern durch das Element des Zugewinnausgleichs auszeichnet. Diese Folge der Auflösung des Güterstands sollte aber unabhängig davon sein, welcher Ehegatte länger lebt – der ausgleichspflichtige oder -berechtigte. Anderes vermag insbesondere nicht die drohende güterrechtliche Inkonsequenz zu vermeiden, sondern trüge nur eine eigene güterrechtliche Inkonsistenz in sich. So würde während bestehender Ehe, ja sogar zunächst nach Auflösung der Ehe durch den Tod, dem Leitbild der Zugewinnungsgemeinschaft samt inhärentem Zugewinnausgleichsgedanken gefolgt. Während bestehender Ehe existiert eine Anwartschaft auf Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe, welche auch schon zu Ehezeiten geschützt wird. Zu denken sei insofern an die Verfügungsbeschränkungen, insbesondere § 1365 BGB.<sup>557</sup> Im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod käme dem Zugewinnausgleichsgedanken sodann Gewicht derart zu, dass zunächst bestimmt würde, welcher Ehegatte ausgleichsberechtigt bzw. -pflichtig gewesen wäre. Ergäbe diese Prüfung eine ausgleichspflichtigkeit des Überlebenden, würde nun jedoch jeglicher Zugewinngedanke „über Board geworfen“ und der Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft „*posthum*“ entgegen jeglicher bisherigen Wirkung des Güterstands in eine reine Gütertrennung verdreht. Daneben gilt es zu bedenken, dass, wie aufgezeigt<sup>558</sup>, auch bei Auflösung der Ehe durch den Tod ein schützenswertes Interesse des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten an der Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs auszumachen ist. Es gilt also weiterhin: Wird ein realer Zugewinnausgleich im Todesfall vorgesehen, so nur zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten. Da ein Verzicht auf einen Zugewinnausgleich im Todesfall als Lösung nicht überzeugt<sup>559</sup>, bedarf es auch des Zugewinnausgleichs im Todesfall zulasten des überlebenden Ehegatten. Richtigerweise sind finanzielle Konsequenzen für den überlebenden Ehegatten aufgrund eines

---

<sup>556</sup> Rauscher, Reform Bd. II/1, S. 75.

<sup>557</sup> Hierzu oben Rn. 45 f.

<sup>558</sup> Siehe Rn. 176.

<sup>559</sup> Siehe Rn. 133.

gegen ihn bestehenden Zugewinnausgleichsanspruchs zunächst hinzunehmen. Allein ein Vergleich mit der Situation *de lege lata*, welcher ergibt, dass die Position des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* schlechter wäre, vermag nicht zu rechtfertigen, dass der Vorschlag *de lege ferenda* zu verwerfen ist. Ist dargelegt, dass die Regelung *de lege lata* überholt bzw. dogmatisch-systematisch von Unstimmigkeiten durchzogen ist, so bedarf es einer neuen, systemgerechten Regelung. Birgt diese neue, systemgerechte Regelung negative und unter Umständen weitreichende Konsequenzen für den überlebenden Ehegatten, ist, anstatt sie zu verwerfen, in einem zweiten Schritt zu überlegen und zu prüfen, ob (überhaupt) und – falls ja – wie die zunächst hingenommenen Konsequenzen für den überlebenden Ehegatten über einen etwaigen Korrektur- bzw. Schutzmechanismus aufzufangen wären<sup>560</sup>.

- 184 Bedenken hinsichtlich der Belastung des überlebenden Ehegatten werden darüber hinaus insofern geäußert, als er oft nicht genügend behalten würde, um für den Lebensabend gesichert zu sein, würde der überlebende Ehegatte gezwungen, seinen Erwerb beim Tode des Erstversterbenden mit dessen Nachkommen zu teilen.<sup>561</sup> Auch insofern gilt es jedoch die Anhebung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten zu beachten. In der Konsequenz würde grundsätzlich „nur“ ein Viertel seines erwirtschafteten Zugewinnüberschusses (d.h. etwaig vorhandenes Anfangsvermögen, zu welchem auch nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert erworbenes Vermögen zählt, bliebe ihm vorbehalten) effektiv aus seinem Vermögen abfließen. So besteht der Ausgleichsanspruch nämlich „nur“ in Höhe der Hälfte seines Zugewinnüberschusses und müsste der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Erbe des verstorbenen Ehegatten entsprechend seiner Erbquote (von mindestens  $\frac{1}{2}$ ) an der Ausgleichszahlung selbst partizipieren<sup>562</sup>. Folglich verblieben dem Überlebenden regelmäßig selbst in Fällen, in welchen sein gesamtes Vermögen ausgleichspflichtigen Zugewinnüberschuss darstellen würde, drei Viertel seines Vermögensstammes, jedenfalls aber die Hälfte. Hierzu sollen zwei kurze Beispiele gegeben werden:

- 185 **Beispiel 1:** Die Ehegatten ( $E_1$  und  $E_2$ ) leben in Zugewinnsgemeinschaft und haben ein Kind ( $K_1$ ). Beide Ehegatten haben ein Anfangsvermögen von € 0.  $E_2$  verstirbt untestiert.  $E_1$  hat bei Auflösung der Ehe durch den Tod ein Endvermögen von € 100.000, mithin auch einen Zugewinn von € 100.000.  $E_2$  hat während der Ehe keinerlei Vermögen erzielt. Endvermögen und Zugewinn belaufen sich daher auf € 0. Das vorhandene Vermögen von  $E_1$  stellt damit vollständig ausgleichspflichtigen Zugewinnüberschuss dar. Die  $E_2$  hypothe-

<sup>560</sup> Siehe hierzu Rn. 335 ff.

<sup>561</sup> BT-Drs. 2/224, S. 46.

<sup>562</sup> Vgl. Kipp, 33, DJT, S. 355; Merzbacher, AcP 156 (1958), 1 (26); zu diesem Aspekt siehe Rn. 199 ff.



*tisch zustehende Ausgleichsforderung beläuft sich auf die Hälfte des Zugewinnüberschusses, also € 50.000. An diesen € 50.000 muss E<sub>1</sub> aber aufgrund seiner Stellung als gesetzlicher Erbe in Höhe seiner Erbquote (½ neben K<sub>1</sub> als Abkömmling) partizipieren, sodass sich E<sub>1</sub> im Ergebnis nur einem Vermögensabfluss von € 25.000 ausgesetzt sähe, was einem Viertel seines Vermögens entspräche.*

Etwas anderes ergäbe sich in Fällen, in welchen das vorhandene Endvermögen des Ausgleichspflichtigen nicht „bloß“ vollständig ausgleichspflichtigen Zugewinnüberschuss darstellen, sondern gleichzeitig die Ausgleichsforderung auf diesen Betrag lauten würde, etwa weil das Anfangsvermögen negativ war. 186

**Beispiel 2:** So wie Beispiel 1, allerdings hat E<sub>1</sub> ein Anfangsvermögen von € –100.000. Der Zugewinn von E<sub>1</sub> beläuft sich damit auf € 200.000, was zugleich den ausgleichspflichtigen Zugewinnüberschuss darstellt. Die Ausgleichsforderung (hälftiger Zugewinnüberschuss) lautet auf € 100.000. Das entspricht dem vorhandenen Vermögen von E<sub>1</sub>. E<sub>1</sub> muss allerdings wiederum in Höhe seiner Erbquote von ½ an der Ausgleichsforderung partizipieren. Dem überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten verbliebe also selbst in diesem Fall noch die Hälfte seines vorhandenen Vermögens.<sup>563</sup> 187

Insofern ist die Annahme, dem überlebenden Ehegatten verbliebe in Fällen eines gegen ihn gerichteten realen Zugewinnausgleichs im Todesfall oft nicht genügend, um für seinen Lebensabend gesichert zu sein, unzutreffend. Das, was allgemein gerechtfertigt ist, braucht es allerdings nicht auch im Einzelfall zu sein.<sup>564</sup> Erneut ist deshalb darauf hinzuweisen, dass zu prüfen sein wird, ob und – falls ja – wie einer möglichen unbilligen Belastung des überlebenden Ehegatten vorzubeugen wäre. 188

Der Umstand, dass der überlebende Ehegatte die Ehe bis zum Tod geführt und sich daher typischerweise treu dem gesetzlichen Leitbild (§ 1353 Abs. 1 189

---

<sup>563</sup> Unabhängig davon, „wie negativ“ das Anfangsvermögen ist, verbleibt dem überlebenden Ehegatten jedenfalls diese Hälfte seines Endvermögens. Dies geht darauf zurück, dass die Ausgleichsforderung gem. § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB ihre Kappungsgrenze am Wert des vorhandenen Vermögens findet. Die Ausgleichsforderung kann damit maximal auf den Betrag des vorhandenen Vermögens lauten, wobei der überlebende Ehegatte aber grundsätzlich in Höhe seiner gesetzlichen Erbquote von (mindestens) ½ partizipieren muss. Dass dem überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten weniger als die Hälfte seines vorhandenen Vermögens verbleibt oder er sich sogar verschuldet, ist nur in Fällen des § 1378 Abs. 2 S. 2 BGB, also der Erhöhung der Kappungsgrenze, denkbar. In diesen Fällen muss der überlebende ausgleichspflichtige Ehegatte sein Vermögen allerdings i. S. d. § 1375 Abs. 2 BGB illoyal vermindert haben. Siehe zur Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 BGB etwa MüKo/Koch, § 1378 BGB, Rn. 6 ff.; BeckOGK/Preisner, § 1378 BGB, Rn. 15 ff.; Staudinger/Thiele, § 1378 BGB, Rn. 7.

<sup>564</sup> Diederichsen, FamRZ 1992, 1 (8).



S. 1 BGB) verhalten hat, lässt keine andere Bewertung zu. Daraus einen besonderen Eheschutz, welcher sich aus Art. 6 Abs. 1 GG ergeben solle, abzuleiten und eine Begünstigung des Überlebenden zu postulieren, welche darin bestünde, einen realen Zugewinnausgleich nur zugunsten des Überlebenden erwachsen zu lassen<sup>565</sup>, überzeugt nicht. Dem stehen insbesondere die Interessen der gesetzlichen Erben des verstorbenen Ausgleichsberechtigten (insbesondere der einseitigen Abkömmlinge) entgegen. Bereits gegen die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB *de lege lata* werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, weil die Erben, insbesondere die einseitigen Abkömmlinge, des Ausgleichsberechtigten übergangen und durch die Pauschalierung sogar schlechter gestellt werden.<sup>566</sup> Würde an die Stelle der Pauschalierung nun ein realer Zugewinnausgleich treten, welcher aber stets nur zugunsten des Überlebenden erwüchse, so wären die Erben des Ausgleichsberechtigten immer hintangesetzt. Gerade im Hinblick auf einseitige Abkömmlinge ist dieser Umstand nicht hinzunehmen. So ist zu bedenken, dass die Versagung eines Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten stets die Erhöhung des Vermögens des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten verhindern würde. Dies steht jedoch in Konflikt mit der Pflichtteilsgarantie von Abkömmlingen. So führt Leipold zutreffend aus: „Hinterlässt der erstverstorbenen Ehegatte kein relevantes sonstiges Vermögen, weil er sozusagen voll auf die Karte des Zugewinnausgleichs gesetzt hat, so läuft die Pflichtteilsgarantie geradezu ins Leere.“<sup>567</sup> Das Vorhandensein von einseitigen Abkömmlingen in einer Ehe ist schon lange keine Seltenheit mehr. So ist die Zahl von „Stief-“ bzw. „Patchworkfamilien“ – also solchen Familien, welche eine um Dauer bemühte Lebensgemeinschaft bilden, wobei zu den beiden leiblichen Elternteilen mindestens ein sozialer Elternteil hinzutritt oder ein verstorbener Elternteil durch einen sozialen ersetzt wird<sup>568</sup> – in den letzten Jahrzehnten stetig gewachsen.<sup>569</sup> Grund dieser Entwicklung ist mitunter, dass

<sup>565</sup> Gedanke nach Strätz, DNotZ 2001, 452 (454).

<sup>566</sup> Siehe oben Rn. 55 ff.; so unmittelbar nach Schaffung der Vorschrift bereits Ulmer, FamRZ 1958, 251 (252); in neuerer Zeit Kowalczyk, Zugewinnngemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I – III BGB, S. 150 f., im Anschluss an Leipold, NJW 2011, 1179 ff.; vgl. ferner Koch, DNotZ 2020, 414 f., eine Verfassungswidrigkeit im Ergebnis allerdings ablehnend.

<sup>567</sup> Leipold, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>568</sup> Ecarius/Peuckert, Handbuch Familie, S. 44.

<sup>569</sup> Leipold, JZ 2010, 802 (804); das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend schätzt, dass in etwa 7 bis 13 Prozent aller deutschen Haushalte Kinder in Stieffamilien leben, vgl. das durch das BMFSFJ herausgegebene Dokument „Stief- und Patchworkfamilien in Deutschland – Monitor Familienforschung“, Ausgabe 31, 2013, S. 9, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/stief-und-patchworkfamilien-in-deutschland-96024>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; siehe auch das Ergebnis der 2015 durch *forsa* erhobenen Umfrage „Welche der

nunmehr regelmäßig nicht mehr der Tod eines Elternteils zur Gründung einer Stieffamilie führt und der Stiefelternteil den verstorbenen Elternteil ersetzt<sup>570</sup>, sondern der Stiefelternteil nach einer Trennung bzw. Scheidung zum leiblichen Elternteil hinzutritt.<sup>571</sup> Innerhalb solcher „Stief- bzw. Patchworkfamilien“ sind ca. 75 % der Partner verheiratet.<sup>572</sup> Dabei ist nicht nur die faktische Zahl solcher Familien gewachsen, sondern auch deren Akzeptanz in der Gesellschaft sowie der emotionale Zusammenhalt innerhalb der Familie.<sup>573</sup> Die Einführung eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden entspräche dieser demographischen Entwicklung. Nicht nur würde verhindert, dass einseitige Abkömmlinge des Ausgleichsberechtigten bloß einen Erbteil erhielten, welcher durch die Pauschalierung zugunsten des überlebenden Ausgleichspflichtigen noch geschmälert wäre, ohne Aussicht darauf zu haben, an dieser Erhöhung zugunsten des Überlebenden nach dessen Tod als Abkömmling partizipieren zu können. Vielmehr würden sie *de lege ferenda* an dem durch Leistung ihres Elternteils in der Ehe miterwirtschafteten Zugewinn des Überlebenden partizipieren können.<sup>574</sup> Dem besonderen Eheschutz des Art. 6 Abs. 1 GG lässt sich mithin dem Gedanken nach<sup>575</sup> das durch die

---

folgenden Familienformen wird in den kommenden 20 Jahren in Deutschland an Bedeutung gewinnen/verlieren?“, wonach 83 % der Befragten angaben, dass die sog. „Patchworkfamilie“ an Bedeutung gewinnen wird, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/501364/umfrage/relevanz-verschiedener-familienformen-in-den-naechsten-20-jahren-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; siehe ferner Bien/Hartl/Teubner/Teubner, Stieffamilien in Deutschland Eltern und Kinder zwischen Normalität und Konflikt, S. 23 ff.

<sup>570</sup> Letztlich war es dieser Umstand, also das frühe Versterben eines Elternteils, welcher der Stieffamilie ihren Namen verlieh. Der Wortteil „Stief“ leitet sich aus dem Germanischen ab und bedeutet so viel wie „beraubt“, „verwaist“, siehe Duden – Das Herkunftswörterbuch: Etymologie der deutschen Sprache, „Stief“.

<sup>571</sup> Arránz Becker/Hank/Steinbach/Steinbach, Handbuch Familiensoziologie, S. 571.

<sup>572</sup> BMFSFJ, „Stief- und Patchworkfamilien in Deutschland – Monitor Familienforschung“, S. 14, unter Verweis auf die 2012 von Kreyenfeld/Heintz-Martin erstellte Expertise im Auftrag des Bundesfamilienministeriums.

<sup>573</sup> Vor diesem Hintergrund kann einem Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten aber schwerlich entgegengesetzt werden, dass ein solcher „dem Wesen der Ehe widerspräche, wenn ein Ehegatte bei dem Tode des anderen gezwungen wäre, das von ihm in der Ehe erworbene Vermögen mit den einseitigen Nachkommen des verstorbenen Ehegatten, den erstehelichen Kindern oder einem unehelichen Kinde der Frau, zu teilen; der Ausgleichsanspruch ist ein Ausfluß der ehelichen Gemeinschaft, und die einseitigen Nachkommen entstammen dieser Gemeinschaft nicht.“, BT-Drs. 2/224, S. 46, unter Bezugnahme auf Wieruszowski, 33. DJT, S. 360.

<sup>574</sup> Mit Blick auf die Aufbesserung der wirtschaftlichen Grundlage einseitiger Abkömmlinge siehe auch Leipold, NJW 2011, 1179 (1181).

<sup>575</sup> Insofern nur dem Gedanken nach, als im Folgenden ein erbrechtlicher Übergang der Ausgleichsforderung abgelehnt und ein Entstehen eines dem Güterrecht entspringenden schuldrechtlichen Anspruch befürwortet wird, siehe Rn. 197 ff.

Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Recht zu erben<sup>576</sup> entgegensetzen.

- 190 Weiter wird gegen die Ausgleichspflicht des Überlebenden angeführt, dass eine solche in einem güterstandsunabhängigen Erbrecht zu einer Schlechterstellung des Ehegatten einer Zugewinnngemeinschaft führen würde, verglichen mit einem Ehegatten in anderem Güterstand.<sup>577</sup> In letzter Konsequenz erscheint jenes Argument jedoch schwach, da es sich gerade um ein güterstandsunabhängiges gesetzliches Erbrecht handeln würde. Der Ausgleichsanspruch wäre jedoch Folge des gesetzlichen Güterstands und würde sich lediglich rein wirtschaftlich betrachtet, nicht aber unmittelbar auf das Erbrecht des Ehegatten auswirken. Insofern sollte an dieser Stelle nicht mit der Gleichbehandlung der Güterstände im gesetzlichen Erbrecht argumentiert werden.<sup>578</sup>
- 191 Schließlich vermag die Befürchtung erheblicher Schwierigkeiten<sup>579</sup> bei der Berechnung der Ausgleichsforderung, welche sich ergeben könnten, wenn die (ausgleichsberechtigten) Nachkommen Zuwendungen erhalten haben, nicht umzustimmen. Ein Vorschlag zur Handhabe wird im Laufe der Ausarbeitung unternommen.<sup>580</sup>
- 192 Im Ergebnis ist damit die Durchführung eines realen Zugewinnausgleichs auch zulasten des Überlebenden im Grundsatz zu fordern. Wie sich die genauen Modalitäten des Anspruchs gestalten und wie möglichen Härte-Erwägungen sowie Konfliktpotentialen entsprochen werden könnte, soll im Folgenden untersucht werden.

<sup>576</sup> Siehe etwa BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 8.

<sup>577</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (105).

<sup>578</sup> Hingewiesen sei darauf, dass ein ähnliches Argument im Rahmen der Argumentation für die vollständige Berücksichtigung der erhöhten gesetzlichen Erbquote im Pflichtteilsrecht bei Zusammentreffen mit realem Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten bemüht wird (Rn. 164). Insofern greift das Argument aber durch und es ergibt sich mit Blick auf die vorliegende Stelle kein Widerspruch, da sich der Güterstand vorliegend der Folge nach nur wirtschaftlich betrachtet auswirken würde, während der Güterstand im obigen Fall konkreten Einfluss auf das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten nehmen würde.

<sup>579</sup> So die Befürchtung in BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 47.

<sup>580</sup> Zu der Behandlung von ausgleichspflichtigen Zuwendungen im Verhältnis der Abkömmlinge zueinander siehe Rn. 282 ff. Zu der Frage, ob lebzeitige Zuwendungen des verstorbenen Ehegatten an die Abkömmlinge im Verhältnis zum überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten auszugleichen sind, siehe Rn. 299 ff. Zur Behandlung der Problematik, inwiefern Zuwendungen des überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten seine entstandene Ausgleichspflicht mindern können, siehe schließlich Rn. 392.

*c) Die dogmatische Begründung  
der Anspruchsinhaberschaft des Zugewinnausgleichs zulasten  
des überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten*

Klärung bedürfen die Fragen, wer der Zahlungspflicht des überlebenden 193  
ausgleichspflichtigen Ehegatten gegenüberstehen würde, also anspruchsberechtigt wäre und woraus sich diese Anspruchsberechtigung ergeben würde.

aa) Die Person des Anspruchsberechtigten

Soll der reale Zugewinnausgleich im Todesfall neben dem gesetzlichen 194  
(Ehegatten-)Erbrecht stattfinden, so scheint es selbstverständlich, dass es die  
gesetzlichen Erben<sup>581</sup> des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten sind,  
welche an der Ausgleichszahlung partizipieren sollten. Fraglich ist jedoch, ob  
der Kreis der Anspruchsberechtigten weiter einzugrenzen wäre. So sahen etwa  
die Vorschläge Kipps zu einer „Gütertrennung in Verbindung mit einer Zuge-  
winstgemeinschaft“ vor, dass die „Zugewinstforderung“ nur den Abkömmlingen  
und dem überlebenden Gatten selbst als den gesetzlichen Erben des  
verstorbenen Ehegatten zustehen können sollte – anderen Erben sollte der Anspruch  
ausdrücklich nicht zustehen können.<sup>582</sup> Diesem Vorschlag sich anschließend  
sah Gleiches die vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Denkschrift vor.<sup>583</sup>  
Zur Begründung wurde dabei angeführt, dass der während der Ehe erzielte  
Zugewinn in erster Linie denjenigen zugutekommen sollte, welche in der  
Familiengemeinschaft gelebt haben.<sup>584</sup>

Von einer solchen Begrenzung der berechtigten gesetzlichen Erben ist 195  
gleichwohl Abstand zu nehmen. *Prima facie* könnten Zweifel bestehen, wenn  
eine der gelebten Familiengemeinschaft im Wesentlichen fremde, aber allein  
vorhandene verwandte Person des verstorbenen Ehegatten den Anspruch auf  
Zugewinnausgleich gegen den Überlebenden geltend machen können sollte.  
In dieser Hinsicht gilt es allerdings, unter Bezugnahme auf die Begründung  
und Rechtfertigung<sup>585</sup> des realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden,  
darauf hinzuweisen, dass es der güterrechtlichen Teilhabe ungeachtet  
des Auflösungsgrunds der Ehe bedarf. Bei entsprechender Betrachtung des  
Ausgleichsanspruchs als Vermögenswert, welcher demjenigen Ehegatten,  
welcher während der Ehe weniger erwirtschaftet hat, sowohl im Scheidungs-

---

<sup>581</sup> Dazu, dass testamentarische Erben kein Forderungsrecht erhalten sollen, siehe Rn. 232 ff.

<sup>582</sup> Kipp, 33. DJT, S. 328.

<sup>583</sup> Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 22.

<sup>584</sup> Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 22.

<sup>585</sup> Siehe Rn. 176 ff.

fall, aber auch bei Auflösung der Ehe durch den Tod zustehen muss, ist es nur konsequent, alle gesetzlichen Erben des Ausgleichsberechtigten in den Genuss der Frucht seiner in der Ehe erbrachten Leistungen in Form des Zugewinnausgleichs kommen zu lassen<sup>586</sup> – eben so, als sei der Anspruch bereits zu Lebzeiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten entstanden. In diesem Fall wäre der Vermögenswert nämlich auf alle gesetzlichen Erben übergegangen, sei es direkt, weil der Ausgleichsberechtigte die Forderung zu seinen Lebzeiten nicht geltend gemacht hat und diese damit einen Teil der Erbmasse bildet, oder aber indirekt, weil die Forderung geltend gemacht und damit das zu vererbende Vermögen um die Ausgleichszahlung erhöht wurde. Es sollte daher keine Begrenzung des Kreises der potenziell berechtigten gesetzlichen Erben vorgesehen werden. Hinzuweisen ist freilich darauf, dass nach dem vorliegenden Vorschlag neben dem überlebenden Ehegatten nur erbberechtigt die Verwandten der ersten Ordnung (also Abkömmlinge) sowie die Eltern des Erblassers seien sollen. Findet sich kein diesem Personenkreis Angehöriger, so entstünde mangels anspruchsberechtigter Person keine Forderung gegen den überlebenden Ehegatten.

#### bb) Die Begründung der Anspruchsberechtigung

- 196 Fraglich ist weiter, auf welche Weise die gesetzlichen Erben tatsächlich an der Zugewinnausgleichsforderung partizipieren könnten, folglich wie der „Übergangsmechanismus“ ausgestaltet sein sollte.

##### (1) Übergang nach § 1922 BGB?

- 197 Ein erster Impuls könnte dahingehen, einen Übergang des Forderungsrechts auf den Nachlass bzw. die Erben im Wege der Universalsukzession gem. § 1922 BGB anzunehmen.<sup>587</sup> Gerade vor dem Hintergrund der Anordnung des § 1378 Abs. 3 S. 1 BGB, dass die Ausgleichsforderung vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an vererblich ist, scheint eine entsprechende Handhabe naheliegend. Es ist jedoch selbige Vorschrift, welche einen solchen Übergang nach § 1922 BGB wiederum ausscheiden lässt. So wäre Voraussetzung für einen Übergang nach § 1922 BGB, dass die Ausgleichsforderung bereits zugunsten des ausgleichsberechtigten Ehegatten entstanden wäre und als Teil seiner Vermögensmasse übergehen könnte. Die Einführung eines realen Zugewinnausgleichs im Fall der Eheauflösung durch den Tod würde aber nichts daran än-

<sup>586</sup> Vgl. *Battes*, Eherecht, S. 427, aus dem Gedanken heraus, dass „der Zugewinn jedes Ehegatten auf einer gemeinsamen Leistung beruht [Herv. d. Verf.], [...]“.

<sup>587</sup> Vgl. etwa *Hagemeyer*, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 22.

dern, dass der Zugewinnausgleichsanspruch erst mit Beendigung des Güterstands (vgl. § 1378 Abs. 3 S. 1 BGB) entstünde. Da der Güterstand jedoch gerade durch den Tod beendet würde, könnte der Anspruch rein logisch nicht bereits zugunsten des (dann) verstorbenen Ehegatten entstanden sein und als Teil seines Vermögens übergehen.<sup>588</sup> Insofern ist auf die im Rahmen der Darstellung des Güterstands der Wahl-Zugewinnngemeinschaft erfolgten Ausführungen zu rekurrieren, wonach auch bei dieser *de lege lata* kein Zugewinnausgleichsanspruch gem. § 1922 BGB auf die Erben übergehen kann, da die Forderung gerade erst mit dem Tod des Ehegatten entsteht.<sup>589</sup>

Beachtung ist zudem den Ausführungen des BGH zu schenken. So wurde 198 in Bezug auf die Überlegung, die Beendigung der Zugewinnngemeinschaft und den Übergang des Ausgleichsanspruchs auf die Erben des Ehegatten, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, in einen Zeitpunkt zusammenfallen zu lassen und die damit einhergehende Möglichkeit eines Zugewinnausgleichsanspruchs der Erben des verstorbenen Ehegatten gegen den überlebenden Ehegatten bei gleichzeitigem Versterben der Ehegatten, unter der geltenden Rechtslage ausgeführt, dass „[man] ohne Zuhilfenahme juristischer Fiktionen [...] nämlich einräumen [müßte], daß bei dieser Auffassung der Zugewinnausgleichsanspruch erstmals in der Person der Erben entstünde, weil der Ehegatte selbst die Beendigung des Güterstands nicht erlebt hat. Das ist aber nach § 1378 III 1 BGB und den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen (§ 1922 I BGB) nicht möglich.“<sup>590</sup> Übertragen auf die vorliegende Frage, ob der Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* im Wege des § 1922 BGB übergehen könnte, würde dies bedeuten, dass es der Zuhilfenahme einer Fiktion, der „juristischen Sekunde“, bedürfte. Der Konstruktion nach würde in einer „juristischen Sekunde“ der Anspruch entstehen und sodann im Wege des § 1922 BGB übergehen können. Das Verwenden einer Fiktion geht jedoch zulasten der Rechtsklarheit. Dies wiegt umso schwerer, als es sich vorliegend um die Regelung des gesetzlichen Regelfalls handelt.<sup>591</sup> Sollte sich die Möglichkeit darbieten, die beabsichtigte Rechtsfolge – also einen Zugewinnausgleichsanspruch der Erben des verstorbenen Ehegatten – auf andere Art und Weise zu begründen, so wäre diese vorzuziehen. Es gilt daher zu untersuchen, auf welche alternative Weise ein entsprechendes Forderungsrecht der Erben des verstorbenen Ehegatten konstituiert werden

---

<sup>588</sup> Vgl. BGH, NJW 1995, 1832 f., juris Rn. 24; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 35; siehe auch zum Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, MüKo/Koch, Art. 7 WZGA, Rn. 2.

<sup>589</sup> Siehe Rn. 27.

<sup>590</sup> BGHZ 72, 85 (92) = NJW 1978, 1855 (1856), juris Rn. 16.

<sup>591</sup> Mit Blick auf weitere Komplikationen, welche ein Fallenlassen des Zugewinnausgleichsanspruchs in den Nachlass mit sich bringen würde, sei bereits auf Rn. 211 ff. verwiesen.

könnte. In Betracht kommt ein dem Güterrecht entspringendes Forderungsrecht zugunsten der Erben des verstorbenen Ehegatten.

(2) *Entstehung eines Forderungsrechts nach §§ 1371, 1378 BGB de lege ferenda*

199 Gangbar könnte das Einräumen eines Forderungsrechts über die Ausgestaltung der §§ 1371, 1378 BGB derart sein, dass neben der Möglichkeit eines Ausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten, das Entstehen einer Zugewinnausgleichsforderung zulasten des Ehegatten und zugunsten der Personen der gesetzlichen Erben vorgesehen würde. Insofern würde übereinstimmend mit den Ausführungen zum realen Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden<sup>592</sup> die Bestimmung der Ausgleichsforderung und deren Inhaberschaft dem Güterrecht entspringen.

(a) Keine Nachlassforderung

200 Naheliegend könnte erscheinen, ein Forderungsrecht zugunsten des Nachlasses zu begründen; die Zugewinnausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten also eine Nachlassforderung bilden zu lassen, welche lediglich nicht im Wege von § 1922 BGB übergeht, sondern nach dem Erbfall zugunsten der Erbengemeinschaft entsteht. Der Ausgleich wäre folglich vorab von dem überlebenden Ehegatten „in den Nachlass“ zu zahlen<sup>593</sup>, mit der Folge, dass anschließend die gesetzlichen Erben, also auch der überlebende Ehegatte selbst<sup>594</sup>, am Nachlass und mithin an der Ausgleichszahlung entsprechend ihrer Erbquoten partizipieren würden. Dem Gedanken nach, dass es sich bei einer Erbengemeinschaft um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt,<sup>595</sup> bei welcher der Schuldner eines zum Nachlass gehörenden Anspruchs gem. § 2039 S. 1 Hs. 1 BGB nur von seiner Verpflichtung durch Leistung an alle Miterben gemeinschaftlich frei wird<sup>596</sup>, wäre das Begleichen der vollständigen Ausgleichszahlung in den Nachlass zwar konsequent. Gleichwohl gilt es unter Berücksichtigung verschiedener Umstände von dieser Variante Abstand zu nehmen.

---

<sup>592</sup> Siehe Rn. 158.

<sup>593</sup> Kipp sprach mit Blick auf die Ausgleichsforderung im Todesfall von „Nachlassgegenstand“, 33. DJT, S. 328, 355; von einer Zahlung in den Nachlass geht auch Strätz aus, vgl. DNotZ 2001, 452 (454).

<sup>594</sup> Vgl. Kipp, 33. DJT, S. 355; Merzbacher, AcP 156 (1958), 1 (26).

<sup>595</sup> BeckOK/Lohmann, § 2032 BGB, Rn. 2; Staudinger/Löhnig, § 2032 BGB, Rn. 3, 10.

<sup>596</sup> BGH, NJW 2013, 166, juris Rn. 8; BeckOK/Lohmann, § 2039 BGB, Rn. 5.



So stünde der überlebende Ehegatte – wie im Fall des Ausgleichs zu seinen Gunsten – in dieser Konstellation zugleich auf Gläubigerseite (Teil der Erbengemeinschaft) sowie auf Schuldnerseite (Ausgleichspflichtiger). Gleichwohl gestaltet sich die vorliegende Konstellation anders, als oben im Rahmen der Ausführungen zu einem realen Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden dargestellt<sup>597</sup>. Sie wäre mit dem Fall einer Nachlassforderung in Gestalt eines Anspruchs gegen einen Miterben i. S. d. § 2039 BGB vergleichbar,<sup>598</sup> stark simplifiziert dargestellt also mit dem Beispiel, dass ein Erblasser gegen einen späteren Erben einen Anspruch, bspw. gem. § 433 Abs. 2 BGB auf Kaufpreiszahlung, innehat. Dieser Anspruch würde sodann im Erbfall in den Nachlass fallen und der Erbe, gegen den die Forderung bestünde, wäre zugleich Schuldner- (Kaufpreisschuldner) sowie Gläubigerseite (Teil der Erbengemeinschaft) angehörig. Vorliegend würde die Ausgleichsforderung allerdings noch nicht zugunsten des Ausgleichsberechtigten zu seinen Lebzeiten existieren und könnte folglich nicht in den Nachlass fallen, um anschließend anhand der erbrechtlichen Regelungen verteilt zu werden.<sup>599</sup> Das schadet jedoch insofern nicht, als auch solche Ansprüche zum Nachlass gehören, welche zugunsten der Erbengemeinschaft nach dem Erbfall entstanden sind.<sup>600</sup> Dies wäre bei einer wie der geforderten Ausgestaltung der §§ 1371, 1378 BGB der Fall. Mithin müsste der Überlebende in den Nachlass zahlen, um anschließend an dieser Leistung bei der Erbauseinandersetzung in Höhe seiner eigenen Erbquote zu partizipieren. Anders als in dem Fall, dass der überlebende Ehegatte ausgleichsberechtigt ist, erhält er hier nicht von „fremder“ Stelle (aus dem Vermögen bzw. dem Nachlass des Verstorbenen) eine Zahlung und wirkt sich die Schuldnerstellung nicht nur insofern aus, als diese Zahlung den Nachlass vermindert, an dem er im Folgenden als Teil der Erbengemeinschaft partizipieren wird. Er würde vorliegend eine Zahlung aus seinem eigenen Vermögen tätigen, von welcher er bei Erbauseinandersetzung anteilig seiner Erbquote Mittel zurückerhalten würde. Der Überlebende müsste also ggf. sein Eigenheim, ein Unternehmen oder eine Gesellschaftsbeteiligung veräußern, um die Mittel zu beschaffen, die Ausgleichzahlung in vollem Umfang leisten zu können, nur um dann anteilig seiner Quote Mittel zurückzuerhalten.

Misslich ist insofern, dass dem ausgleichspflichtigen Ehegatten regelmäßig nicht die Möglichkeit der Aufrechnung offenstehen würde. Eine solche könnte es ihm ermöglichen, nur einen Teil der Ausgleichsforderung auskehren zu

---

<sup>597</sup> Vgl. Rn. 136.

<sup>598</sup> Zur Behandlung des Anspruchs gegen den Miterben als Nachlassforderung i. S. d. § 2039 BGB siehe MüKo/Gergen, § 2039 BGB, Rn. 36.

<sup>599</sup> Vgl. Rn. 197 f.

<sup>600</sup> Burandt/Rojahn/Flechtner, § 2039 BGB, Rn. 3; MüKo/Gergen, § 2039 BGB, Rn. 3; BeckOGK/Rißmann/Szalai, § 2039 BGB, Rn. 10.



müssen und ihn dadurch davor schützen, Vermögenswerte veräußern zu müssen, um die Ausgleichszahlung in vollem Umfang leisten zu können. Es würde aber an einem aufrechenbaren Anspruch fehlen. Die gegen sich<sup>601</sup> als Ausgleichsschuldner bestehende anteilige Ausgleichsforderung wäre Teil des Nachlasses und damit Teil des gesamthänderischen Sondervermögens der Miterben.<sup>602</sup> Selbst wenn dem Ehegatten eine taugliche Forderung gegen die Erbengemeinschaft zustünde<sup>603</sup>, könnte er die Aufrechnung nicht einseitig erklären, da dies einer Verfügung über einen Nachlassgegenstand i. S. d. § 2040 Abs. 1 BGB entspräche.<sup>604</sup> Es käme grundsätzlich keine Kürzung des Anspruchs in Betracht.<sup>605</sup> Dem in Anspruch genommenen Miterben, also dem überlebenden Ehegatten, könnte unter Umständen einzig ein Zurückbehaltungsrecht unter den Voraussetzungen des § 273 Abs. 1 BGB hinsichtlich seines Erbauseinandersetzungsanspruchs gem. § 2042 BGB zu stehen.<sup>606</sup> Dabei wird regelmäßig aber zweifelhaft sein, ob Auseinandersetzungsanspruch und Zugewinnausgleichsanspruch in einem wie von § 273 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Verhältnis der Konnexität im Sinne eines inneren natürlichen Zusammenhangs zueinanderstehen.<sup>607</sup> Zudem würde ein Zurückbehaltungsrecht ihn nur temporär davor bewahren, den vollen Ausgleich leisten zu müssen. Sodann bliebe dem Ehegatten nur, den Einwand des Rechtsmissbrauchs zu erheben, falls die Miterbensschuld zweifelsfrei aus dem Miterbenanteil zu decken wäre.<sup>608</sup> Dies würde jedoch wohl nur äußerst selten der Fall sein. Denkbar wären Fälle, in denen das Anfangsvermögen des Verstorbenen einen Großteil dessen Vermögens ausgemacht hat. Ein hohes Anfangsvermögen (sei es auch aufgrund von § 1374 Abs. 2 BGB) schmälert den Zugewinn. Daher könnte, trotz vorhandener beträchtlicher Vermögenswerte beim Verstorbenen, der Überlebende ausgleichspflichtig sein. Sein (Miterben-)Erbteil erstreckt sich gleichwohl auf das gesamte Vermögen des Verstorbenen, mithin auch auf das Anfangsvermögen, weshalb die Miterbensschuld (die Ausgleichszahlung) zweifelsfrei aus dem Miterbenanteil gedeckt sein könnte. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist gleichwohl als *ultima ratio* zu betrachten. Insgesamt würde der überlebende ausgleichspflichtige Ehegatte nicht effektiv davor bewahrt, die volle Ausgleichszahlung leisten zu müssen. Die anschließende

---

<sup>601</sup> Zu beachten ist, dass der Miterbe als Nachlassschuldner wie ein außenstehender Dritter behandelt wird, MüKo/Gergen, § 2040 BGB, Rn. 25.

<sup>602</sup> Vgl. BeckOGK/Rißmann/Szalai, § 2039 BGB, Rn. 13.

<sup>603</sup> Zu beachten ist, dass sich diese Forderung gem. § 2040 Abs. 2 nicht nur gegen einen der Miterben richten dürfte.

<sup>604</sup> MüKo/Gergen, § 2040 BGB, Rn. 22; BeckOK/Lohmann, § 2040 BGB, Rn. 9.

<sup>605</sup> Vgl. BeckOGK/Rißmann/Szalai, § 2039 BGB, Rn. 11.

<sup>606</sup> Vgl. Dütz, NJW 1967, 1108 ff.; MüKo/Gergen, § 2040 BGB, Rn. 36.

<sup>607</sup> BeckOGK/Rißmann/Szalai, § 2039 BGB, Rn. 11.1.

<sup>608</sup> MüKo/Gergen, § 2040 BGB, Rn. 38.

Partizipation im Rahmen der Erbauseinandersetzung entsprechend seiner Erbquote würde ihn, wie aufgezeigt, nicht ausreichend schützen.

(b) Vom Nachlass losgelöste Ausgleichsforderung

Um den überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten effektiv davor zu bewahren, den vollen Ausgleich leisten zu müssen, sollten die §§ 1371, 1378 BGB daher so ausgestaltet werden, dass die Ausgleichspflicht den Überlebenden nur entsprechend der Erbquoten der neben ihm vorhandenen gesetzlichen Erben des Verstorbenen träfe. Mit anderen Worten gesagt und an der Rechtsprechung zur Bestimmung des Streitwerts bei Klagen gegen einen Miterben als Nachlassschuldner ausgerichtet, sollte die Forderung der Höhe nach abzüglich eines dem Erbanteil des Miterbenschuldners entsprechenden Betrags entstehen.<sup>609</sup> Dabei käme allerdings keine Zahlung des Ausgleichs in den Nachlass und eine anschließende Distribution anhand des gesetzlichen Erbrechts in Betracht. Ansonsten würde der Ausgleichspflichtige an dieser bereits um seine Quote anteilig verminderten Zahlungspflicht noch aufgrund seiner eigenen Erbquote partizipieren. 203

Den neben den Überlebenden tretenden gesetzlichen Erben sollte daher ein dem Güterrecht entspringender schuldrechtlicher Anspruch gegen den Überlebenden auf Zugewinnausgleich entsprechend ihrer Erbquoten entstehen, welcher ohne die Distribution mittels der Erbauseinandersetzung auskommt. Dieser Anspruch würde sich – dem Gedanken nach – dem System der §§ 1924 ff. BGB bedienen, um die Anspruchsberechtigung<sup>610</sup> und Anspruchshöhe zu klären, ohne aber den Ausgleich zuvor in den Nachlass zahlen zu lassen und damit das erbrechtliche Regime zur Anwendung zu berufen – es bestünde eine Akzessorietät zwischen Erb- und Zugewinnausgleichsquote: Das Güterrecht würde damit zwar Bezug auf das Erbrecht nehmen, der erbrechtliche Verteilungsmaßstab wäre aber nicht länger vom Güterrecht abhängig. Es würde insbesondere keine systemwidrige Vermengung<sup>611</sup> von Güter- und Erbrecht erfolgen. 204

Ferner würde es sich um keine Nachlassforderung i. S. d. § 2039 BGB handeln. Dieser Umstand vermag mit Blick darauf, dass es sich im umgekehrten 205

---

<sup>609</sup> MüKo/Gergen, § 2040 BGB, Rn. 38; zur Rechtsprechung hinsichtlich der Bestimmung des Streitwerts einer Klage gegen einen Miterben als Nachlassschuldner siehe BGH, LM ZPO § 6 Nr. 5 = NJW 1958, 1397, Ls.; NJW 1967, 443, Ls.

<sup>610</sup> Ähnlich wie dies *de lege lata* § 1371 Abs. 4 BGB handhabt, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 377, Rn. 37; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 58; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 39.

<sup>611</sup> Im Gegensatz zur zugewinnunabhängigen Pauschalierung nach § 1371 Abs. 1 BGB.

Fall bei der Ausgleichsforderung zugunsten des Überlebenden um eine Nachlassverbindlichkeit handeln würde, unstimmig anmuten. Zu beachten ist jedoch, dass der Forderung zugunsten des Ehegatten nur der Nachlass, mithin die Erbengemeinschaft, als Schuldner gegenüberstehen könnte. Der ausgleichspflichtige Ehegatte wäre verstorben, die Schuldnerstellung der Erbengemeinschaft damit zwingend über die Universalsukzession, § 1922 BGB, zu begründen. Hinsichtlich der Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten wäre die Gläubigerschaft der Erbengemeinschaft allerdings nicht zwingend über § 1922 BGB zu begründen. Vielmehr ist von einer solchen Konstellation – wie gesehen – Abstand zu nehmen, da die Forderung erst mit der Auflösung des Güterstands, also dem Tode, entstehen würde. Dann aber bliebe nur die Möglichkeit, dem Nachlass eine Forderung zuzusprechen, den Überlebenden also den Ausgleich „in den Nachlass“ zahlen zu lassen – welche, wie gesehen, ebenfalls abzulehnen ist – oder aber – wie hier vorgeschlagen –, den Anspruch unabhängig von der Distribution des Nachlasses über entsprechende Forderungsrechte der Berechtigten zu realisieren. Die Bestimmung der Gläubigerschaft ist im Fall des realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten flexibler, da ein Übergang nach § 1922 BGB nicht zwingend ist. Sie erlaubt daher eine Bestimmung der anspruchsberechtigten Person ohne den Umweg über den Nachlass.

- 206 **Beispiel:** *E und F waren im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet. Sie haben zwei Kinder, X und Y. E verstirbt untestiert. Dabei hätte E gegen F einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von € 100.000. Der Nachlass des E beträgt € 50.000.*
- 207 Die gesetzlichen Erbquoten würden  $\frac{1}{2}$  F,  $\frac{1}{4}$  X und  $\frac{1}{4}$  Y betragen. Dem Vorschlag zufolge würde festgestellt, in welcher Höhe der verstorbene Ehegatte einen Zugewinnausgleichsanspruch gegen den ausgleichspflichtigen Ehegatten gehabt hätte. Ausgerichtet an der Höhe dieses hypothetischen Anspruchs, erhielten die gesetzlichen Erben ein Forderungsrecht entsprechend ihrer gesetzlichen Erbquote. Vorliegend erhielten X als auch Y je einen schuldrechtlichen Anspruch in Höhe von € 25.000 ( $\frac{1}{4} \times € 100.00$ ) gegen F. Unabhängig davon würde die Erbmasse entsprechend den erbrechtlichen Regelungen aufgeteilt – € 25.000 F, je € 12.500 X und Y.
- 208 Würde der Umstand hingenommen, dass F den vollen Ausgleich in den Nachlass zahlen müsste, ergäbe sich: Der Nachlass würde sich auf € 150.000 erhöhen. Davon erhielte F € 75.000, X und Y je € 37.500. F erhielte also € 50.000 mehr, hätte dafür zuvor aber € 100.000 gezahlt. X und Y erhielten – rein wirtschaftlich betrachtet – wiederum je € 37.500.
- 209 Zu beachten ist freilich, dass der vorliegende Vorschlag den gesetzlichen Erben X und Y eine unmittelbar dingliche Berechtigung „nur“ über € 12.500

gewähren würde, während es sich hinsichtlich der € 25.000 um einen schuldrechtlichen Anspruch handeln würde.

Die Gegenüberstellung der Varianten zeigt, dass das Verwirklichen des realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden durch ein Entstehen schuldrechtlicher Ansprüche zugunsten der neben ihn tretenden gesetzlichen Erben entsprechend ihrer Erbquoten, rein wirtschaftlich betrachtet, der Leistung des vollen Ausgleichs in den Nachlass und anschließenden Erbbeteiligung des Überlebenden an seiner eigenen Ausgleichszahlung gleichzustellen wäre – es würde wirtschaftlich keinen Unterschied machen, ob der Überlebende in Höhe seiner Erbquote an der in den Nachlass entrichteten Ausgleichszahlung partizipiert oder schlicht Ansprüche gegen ihn entstehen, welche sich der Höhe nach an den Erbteilen der anderen Erben ausrichten. 210

(aa) Grundsätzliches zu der Ausgestaltung als vom Nachlass losgelöste Forderung

Ein solches Vorgehen würde dem Ehegatten entgegenkommen. Rein praktisch müsste er weniger finanzielle Mittel aufbringen, um die Ausgleichsforderung zu begleichen. Der Ehegatte könnte so weitaus häufiger im Stande sein, die Zahlung zu erbringen, ohne liquide Mittel beschaffen zu müssen (insb. ohne gezwungen zu sein, etwa sein Eigenheim oder ein Unternehmen zu veräußern) – immerhin würde seine Erbquote (dem vorliegenden Vorschlag entsprechend)  $\frac{1}{2}$  neben Abkömmlingen des Verstorbenen betragen. Im Ergebnis sähe sich der überlebende Ehegatte daher „nur“ der Hälfte der Ausgleichszahlung – was einem Viertel seines erwirtschafteten Zugewinnüberschusses entspricht – tatsächlich ausgesetzt. Dieses Ergebnis ist auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Überlebende – den Vergleich von Auflösung der Ehe durch Scheidung bzw. Tod konsequent zu Ende gedacht – gar nicht an der Ausgleichszahlung partizipieren und folglich auch nicht durch das Entstehen der Forderung nur zugunsten der gesetzlichen Erben anteilig ihrer Quoten entlastet werden dürfte. Im Scheidungsfall würde der Ausgleich nämlich vollumfänglich in das Vermögen des ausgleichsberechtigten Ehegatten abfließen. Der ausgleichspflichtige Ehegatte würde vor dem Hintergrund, dass er mit der Scheidung auch sein Ehegattenerbrecht verliert (vgl. § 1933 BGB), keine Möglichkeit haben, am gezahlten Zugewinn zu partizipieren. Daraus zu folgern, dass *de lege ferenda* das Forderungsrecht über den gesamten Zugewinnausgleich an die Erben fallen sollte, wäre jedoch unrichtig. Der Vergleich von Eheauflösung durch Scheidung bzw. Tod zur Begründung des „Ob“ eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten würde bei strikter Anwendung im „Wie“ den Umstand verkennen, dass der Ehegatte – bei gleichbleibendem Parameter der Auflösung der Ehe – mangels Scheidung 211

nicht sein Erbrecht verloren hätte. Der Vergleich muss vorliegend also um die (hypothetische) Erbberechtigung des überlebenden Ehegatten ergänzt werden. Resultat ist, dass die Entlastung des Überlebenden angezeigt ist.

- 212 Für separate Ansprüche der Erben spricht zudem die Erwägung, dass der Teil, den sich der Überlebende aus dem Nachlass in der Variante der vollständigen Entrichtung des Ausgleichs in den Nachlass „zurückholen“ könnte, wohl erbschaftssteuerpflichtig wäre, bzw. den Freibetrag (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, € 500.000) auffüllen würde. Er erhielte – rein wirtschaftlich betrachtet – folglich ggf. nicht einmal die Hälfte zurück.<sup>612</sup> Vom „Hälfte-Zurückerkhalten“ könnte sowieso nur im übertragenen Sinne die Rede sein, da die Ausgleichszahlung im Fall der Entrichtung an den Nachlass Teil des Sondervermögens würde. Der Ehegatte hätte damit nicht wirklich ein Recht an der Hälfte seiner getätigten Zahlung, sondern würde diese nur über die ihm an der Gesamthand (dem Nachlass im Ganzen) zustehenden Erbquote erzielen können. Ebenso würde der Ehegatte Schutz insofern erfahren, als er einem separaten schuldrechtlichen Anspruch gegenüber, welcher also gerade nicht dem gesamthänderischen Vermögen der Erbengemeinschaft und damit nicht den §§ 2039, 2040 BGB untersteht, Gestaltungsrechte, wie etwa eine Aufrechnung, erklären könnte. Hinzu käme, dass Nachlassgläubiger mangels Leistung der Ausgleichszahlung in den Nachlass keinen Zugriff auf die entrichtete Zahlung hätten, womit auch die neben den überlebenden Ehegatten tretenden gesetzlichen Erben bessergestellt wären. Bildet die Ausgleichsforderung keinen Teil des Nachlasses, hindern etwaige in Bezug auf diese entstehenden Streitigkeiten zwischen überlebendem Ehegatten und den neben diesen tretenden gesetzlichen Erben zudem nicht die Verwaltung bzw. Auseinandersetzung des Nachlasses.
- 213 Bei Entrichtung der Ausgleichszahlung in den Nachlass gilt es zudem zu beachten, dass sich wohl ein Wertungswiderspruch dergestalt ergäbe, dass die Ausgleichsforderung zugunsten eines Ehegatten mit der Annahme eines Erbteils als abgegolten gelten soll<sup>613</sup>, während bei Zahlung in den Nachlass Abkömmlinge, welche auf einen kleinen Erbteil gesetzt sind, von der Ausgleichsforderung profitieren würden.
- 214 Berücksichtigung muss in diesem Rahmen darüber hinaus der Umstand finden, dass eine Zahlung in den Nachlass, welche unweigerlich den Nachlasswert erhöhen würde, die Forderung eines Pflichtteilsberechtigten erhöhen würde.<sup>614</sup> Hätte der Verstorbene beispielsweise zwei Kinder und eines davon

<sup>612</sup> Dem könnte wohl durch Schaffung einer entsprechenden Norm im ErbStG begegnet werden.

<sup>613</sup> Siehe Rn. 161.

<sup>614</sup> Vgl. *Lange*, DNotZ 2010, 749 (759); mit Beispiel bezogen auf den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, siehe *Jünemann*, ZEV 2013, 353 (359).

zu Lebzeiten enterbt, so würde es regelmäßig nicht dem durch Enterbung kundgetanen Willen des Verstorbenen entsprechen, dass das nunmehr pflichtteilsberechtigte Kind qua seines Pflichtteilsanspruchs (welcher sich der Höhe nach an der Hälfte des gesetzlichen Erbteils am Wert des Nachlasses richtet, §§ 2303, 2311 BGB) mehr erhält, da der Nachlasswert durch Entrichtung des Zugewinnausgleichs angewachsen ist. Um diesen Willen zu berücksichtigen, wäre ebenso die Ausrichtung des Wortlauts der §§ 1371, 1378 BGB *de lege ferenda* an der Terminologie des gesetzlichen Erbrechts folgerichtig. Das Entstehen eines schuldrechtlichen Anspruchs, welcher ohne die Distribution über den Nachlass auskäme, würde nicht nur – wie auch im Fall der vollständigen Entrichtung der Ausgleichszahlung in den Nachlass – verhindern, dass ein enterbter Abkömmling direkt an der Ausgleichsforderung partizipieren würde, sondern auch – und insofern weitergehend als im Fall der Entrichtung in den Nachlass – dass ein Pflichtteilsberechtigter mittelbar durch Erhöhung der Erbmasse an der Ausgleichszahlung partizipieren würde.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass der hypothetische Ausgleichsanspruch des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten, von welchem ausgehend die Ansprüche der Anspruchsberechtigten gegen den Überlebenden entsprechend ihrer Erbquoten berechnet würden<sup>615</sup>, nicht auf den Wert des Nachlasses begrenzt wäre<sup>616</sup>. Der Nachlass des verstorbenen Ausgleichsberechtigten und die hypothetische Ausgleichsforderung würden völlig unabhängig voneinander bestehen. Natürlich ist im Nachlass das Vermögen vorhanden, welches Berechnungsgrundlage für den erzielten Zugewinn des Verstorbenen ist. Dieser Umstand rechtfertigt aber keine Begrenzung der Forderung auf den Nachlass – Ausgangspunkt ist der im Vermögen des Überlebenden vorhandene Zugewinnüberschuss. Mithin würde die hypothetische Forderung, vor Berechnung der sich gegen den überlebenden Ehegatten richtenden Einzelansprüche, der Höhe nach unter Anwendung der geltenden Vorschriften, wie etwa §§ 1374 Abs. 2, 1375 Abs. 2, 1378 Abs. 2 BGB, bestimmt und sich dabei verhalten, wie die Ausgleichsforderung im Scheidungsfall *de lege lata*. Die sich sodann ergebenden Ansprüche würden sich freilich gegen den Überlebenden und dessen Vermögen richten. 215

#### (bb) Das Verhältnis mehrerer Anspruchsgläubiger zueinander

Würde die Ausgleichsforderung damit nicht in den Nachlass fallen, fänden die §§ 2032, 2039 BGB in Ansehung der Forderung keine Anwendung. Es 216

---

<sup>615</sup> Zur Berechnung der Einzelansprüche ausgehend der hypothetischen Ausgleichsforderung des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten siehe sogleich Rn. 221.

<sup>616</sup> So hingegen regelmäßig der Ausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten, siehe oben Rn. 147.

bedarf daher die Frage der Klärung, in welchem Verhältnis mehrere Anspruchsgläubiger (und der Ehegatte) zueinanderstehen würden. Zu einer Mehrheit von Gläubigern würde es den statuierten Grundsätzen zufolge, nach welchen sich Anspruchsentstehung und -gläubigerschaft richten sollen, kommen, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte neben seinem Ehepartner mehr als einen weiteren gesetzlichen Erben hinterließe.

- 217 Zur rechtlichen Einordnung einer solchen Mehrheit von Gläubigern kämen Teilgläubigerschaft (§ 420 BGB), Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB) sowie Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB) in Betracht.

(α) Die Teilgläubigerschaft, § 420 BGB

- 218 Im Fall einer Teilgläubigerschaft gem. § 420 BGB haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern. Jeder Gläubiger hat eine eigene Forderung über den ihm gebührenden Teil. Im Umkehrschluss muss der Schuldner jedem Gläubiger auf den Teilbetrag leisten. Nachteil ist insofern, dass der Schuldner „mehrere“ Leistungen erbringen und, um richtig verteilen zu können, die interne Verteilung der Leistung zwischen den Gläubigern berücksichtigen muss.<sup>617</sup>

(β) Die Gesamtgläubigerschaft, § 428 BGB

- 219 Die Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB zeichnet sich dadurch aus, dass jeder Gläubiger gem. § 428 S. 1 BGB die ganze Leistung verlangen kann, der Schuldner aber nur verpflichtet ist, die Leistung einmal zu bewirken und dabei nach Belieben an jeden der Gläubiger (auch an einen anderen als denjenigen Gläubiger, der die Leistung gefordert oder (sogar) darauf geklagt hat<sup>618</sup>) leisten kann. Aus diesem Umstand ergibt sich insbesondere eine starke Bevorteilung des Schuldners und eine Gefahr für den einzelnen Gläubiger, an welchen nicht geleistet wurde. So muss nämlich der Schuldner nur an einen, von ihm auszusuchenden Gläubiger die ganze Leistung erbringen, während die übrigen Gläubiger, an welche nicht geleistet wurde, die Last und das Risiko der Durchsetzung ihrer Ausgleichsansprüche tragen.<sup>619</sup>

(γ) Die Mitgläubigerschaft, § 432 BGB

- 220 Gem. § 432 Abs. 1 S. 1 BGB kann in dem Fall, dass mehrere Gläubiger eine unteilbare Leistung zu fordern haben und sie keine Gesamtgläubiger

---

<sup>617</sup> Staudinger/*Looschelders*, Vor. §§ 420 ff. BGB, Rn. 82.

<sup>618</sup> *Looschelders*, SchR AT, § 54, Rn. 9; *Medicus/Lorenz*, SchR AT, S. 399, Rn. 7.

<sup>619</sup> *Looschelders*, SchR AT, § 54, Rn. 7; *Medicus/Lorenz*, SchR AT, S. 399, Rn. 8.



sind, der Schuldner nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich leisten, während jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern kann. Der Schuldner muss nur einmal, ohne Rücksichtnahme auf das Innenverhältnis der Gläubiger, leisten und gleichzeitig braucht kein Gläubiger zu fürchten, die Leistung werde ihn nicht erreichen, sondern bloß an einen seiner Mitgläubiger gehen.<sup>620</sup>

#### (δ) Die Anwendung auf den vorliegenden Vorschlag

Bei Annahme einer Teilgläubigerschaft erhielte jeder neben den überlebenden Ehegatten tretende gesetzliche Erbe des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten als Anspruchsberechtigter eine eigene Forderung, welche sich der Formel

$$A_{\text{Ehegatte}} \times E = A_{\text{Berechtigter}}$$

nach bestimmen würde. Dabei entspricht  $A_{\text{Ehegatte}}$  dem Betrag des vollständigen hypothetischen Ausgleichsanspruchs, welcher zulasten des überlebenden Ehegatten entstanden wäre, wäre die Ehe nicht durch den Tod, sondern zu Lebzeiten aufgelöst worden und  $E$  der gesetzlichen Erbquote des Anspruchsberechtigten.  $A_{\text{Berechtigter}}$  ergibt im Ergebnis den Betrag der dem Anspruchsberechtigten zustehenden Forderung.

Voraussetzung wäre jedoch, dass es sich bei der Ausgleichsforderung um eine teilbare Leistung handeln würde. Der Definition nach ist eine Leistung teilbar, wenn sie ohne inhaltliche Wesens- und Wertveränderung, insbesondere ohne Wertminderung (vgl. § 752 BGB) in mehreren gleichartigen Teilen erbracht werden kann.<sup>621</sup> Von einem rein tatsächlichen Blickwinkel aus betrachtet, wäre dies völlig unproblematisch, handelt es sich bei der Zugewinnausgleichsforderung doch um eine auf Geldzahlung gerichtete Forderung<sup>622</sup> und stellen Geldschulden gerade das wichtigste Beispiel der Teilbarkeit dar<sup>623</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass eine rein tatsächlich teilbare Leistung dann für (rechtlich) unteilbar gehalten wird, wenn das Verhältnis der Gläubiger untereinander der Teilung entgegensteht.<sup>624</sup> § 420 BGB ist von daher nicht anzuwenden, wenn die Gläubiger der Forderung eine Gesamthandsgemeinschaft bilden oder die Forderung eine solche einer Bruchteilsgemeinschaft ist.<sup>625</sup> Zu klären gilt es daher, ob bei einer Mehrheit von Ausgleichsanspruchsberechtigten mit

<sup>620</sup> *Medicus/Lorenz*, SchR AT, S. 399, Rn. 10.

<sup>621</sup> RGZ 155, 306 (313); MüKo/Heinemeyer, § 420 BGB, Rn. 4.

<sup>622</sup> BT-Drs. 1/3802, S. 59; BeckOGK/Preisner, § 1378 BGB, Rn. 5 ff.

<sup>623</sup> MüKo/Heinemeyer, § 420 BGB, Rn. 4; BeckOGK/Kreße, § 420 BGB, Rn. 4; für ein praktisches Beispiel siehe etwa BGH, NJW 2017, 3788, juris Rn. 20.

<sup>624</sup> Vgl. BGH, NJW 1958, 1723; *Medicus/Lorenz*, SchR AT, S. 400, Rn. 12.

<sup>625</sup> *Looschelders*, SchR AT, § 54, Rn. 5.



Blick auf den realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten vom Vorliegen einer Gesamthandsgemeinschaft oder Bruchteilsgemeinschaft auszugehen wäre.

223 Die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen finden sich in den §§ 741 ff. BGB. Ausgangspunkt der Anwendung der §§ 742 bis 758 BGB ist gem. § 741 BGB, dass ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht und sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Es müsste demnach „Gemeinschaftlichkeit“ in Bezug auf das Recht, hier also den Ausgleichsanspruch vorliegen – es würde sich um eine Forderungsgemeinschaft zu Bruchteilen<sup>626</sup> handeln. Voraussetzung ist insofern, dass mehrere Rechtsträger ein Recht (die ungeteilte Forderung) zu ideellen Bruchteilen innehaben;<sup>627</sup> jeder Teilhaber also ein durch Mitberechtigung der anderen beschränktes, mit ihr gleichartiges Recht an der ganzen, ungeteilten Forderung hat.<sup>628</sup> Eine solche Verbindung der Bruchteile der einzelnen Ausgleichsanspruchsberechtigten könnte bestehen, da die Bruchteile insofern zusammenhängen, als der eine die Höhe des anderen bestimmt. Sollte einer der Berechtigten nicht vorhanden sein (bspw. mit Blick auf § 1953 BGB), würde die Quote der anderen (da akzessorisch zur gesetzlichen Erbquote) ansteigen; im Umkehrschluss beschränkt die Mitberechtigung des einen die des anderen.

224 Das Recht „Ausgleichsforderung“ stünde den Anspruchsberechtigten allerdings nicht gemeinschaftlich i. S. d. § 741 BGB zu, wenn die Berechtigten das ganze Recht nicht zu Bruchteilen innehätten, sondern vielmehr eine reale Teilung der Forderung vorliegen sollte<sup>629</sup>. Gegen eine reale Teilung der Forderung (also Unterteilung der Forderung in selbstständige Forderungen, die auf einen Bruchteil lauten) scheint zunächst zu sprechen, dass der ausgleichspflichtige Ehegatte auch im Scheidungsfall nur einer Ausgleichsforderung ausgesetzt ist. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Konstruktion, die Höhe der realen Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* abzüglich eines auf den Ehegatten entfallenden Teils zu bestimmen, eine Entscheidung gegen die innere Verbindung der Gläubiger getroffen wurde, als die Forderung dadurch bereits in reale Anteile zerlegt wurde. So wird nämlich ein Anteil quasi an den Ehegatten verteilt, welcher sich durch Konfusion aufhebt. Diese bereits getroffene Teilung der Forderung wirkt inso-

---

<sup>626</sup> Zum Begriff siehe etwa MüKo/K. Schmidt, § 741 BGB, Rn. 42; zur rechtlichen Anerkennung der Möglichkeit einer Gemeinschaft an einer Forderung siehe BGH, NJW 2012, 3582 (3583 f.), juris Rn. 22.

<sup>627</sup> BeckOK/Gehrlein, § 741 BGB, Rn. 1.

<sup>628</sup> MüKo/K. Schmidt, § 741 BGB, Rn. 2, 42 f.

<sup>629</sup> Vgl. zur Abgrenzung von der Bruchteils-Gläubigerschaft (Gemeinschaft nach Bruchteilen) und der Teilgläubigerschaft, Hadding, FS Canaris, Bd. I, S. 382 ff.; MüKo/K. Schmidt, § 741 BGB, Rn. 43.

fern fort, als auch die auf die weiteren Gläubiger entfallenden Teile als selbstständige Forderungen zu verwirklichen sind. Mithin ist eine reale Teilung der Forderung zu befürworten, weshalb die Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB ausscheiden muss<sup>630</sup>.

Mit Blick auf die Anwendbarkeit des § 420 BGB bleibt damit zu prüfen, ob eine Gesamthandsgemeinschaft vorläge.<sup>631</sup> In diese Kategorie einzuordnen sind etwa das Vermögen der BGB-Gesellschaft, das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft sowie der Nachlass der Erbengemeinschaft (vgl. § 2033 Abs. 2 BGB).<sup>632</sup> Die Gesamthandsgemeinschaft zeichnet sich in erster Linie dadurch aus, dass es bei Gesamthandsvermögen keinen verfügbaren Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen gibt, sondern nur einen Anteil an der Gesamthand im Ganzen<sup>633</sup>. Das Gesamthandsvermögen soll gerade zusammengehalten werden, um die materielle Grundlage einer Gesellschaft oder Ehe oder die Interessen der Nachlassgläubiger zu sichern. Mangels Rechtserwerbs mehrerer durch Erbfall wäre keiner der dem BGB vertrauten Fälle einer Gesamthandsgemeinschaft einschlägig; insbesondere würde der Ausgleichsanspruch gerade nicht in den Nachlass fallen und damit keinen Teil des gesamthänderischen Sondervermögens der Erbengemeinschaft bilden. Die Interessen der Nachlassgläubiger wären insofern nicht als „Bündelungsinteresse“<sup>634</sup> maßgebend. Andere „Bündelungsinteressen“ sind ebenso nicht auszumachen, sodass auch kein neuer Fall der Gesamthandsgemeinschaft geschaffen werden müsste. Die Mehrheit der Ausgleichsanspruchsberechtigten wäre gerade nicht auf ein Gesamtvermögen angelegt, sondern würde sich primär bloß auf den Ausgleichsanspruch beziehen.

Mithin wäre bei einer Mehrheit von Ausgleichsanspruchsberechtigten in Bezug auf die Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten weder vom Vorliegen einer Gesamthands- noch Bruchteilsgemeinschaft auszugehen.

Es würde sich daher mit dem Zugewinnausgleichsanspruch im Todesfall zulasten des Ehegatten um eine teilbare Leistung handeln, weshalb § 420 BGB Anwendung finden würde. Die geschilderten Nachteile, welche § 420 BGB für den Schuldner mit sich bringt, sind in diesem Fall auch überschaubar. Da sich die auf den einzelnen Anspruchsberechtigten entfallende Quote akzessorisch zu der ihm gebührenden gesetzlichen Erbquote verhalten würde

<sup>630</sup> Vgl. BeckOGK/Fehrenbacher, § 741 BGB, Rn. 29.

<sup>631</sup> Medicus/Lorenz, SchR BT, S. 348, Rn. 2 f.

<sup>632</sup> BeckOK/Gehrlein, § 741 BGB, Rn. 2.

<sup>633</sup> Medicus/Lorenz, SchR BT, S. 348, Rn. 3.

<sup>634</sup> Vgl. Medicus/Lorenz, SchR BT, S. 348, Rn. 3.

und der überlebende Ehegatte selbst Teil der Erbengemeinschaft wäre<sup>635</sup>, wäre ihm die Quotelung bekannt.

- 228 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass es sich um eine Teilgläubigerschaft nach § 420 BGB handeln würde. Jeder Anspruchsberechtigte also ein selbstständiges Forderungsrecht erhalten würde.<sup>636</sup>
- 229 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die gesetzliche Ausgestaltung als Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB auf ein ganz ähnliches Ergebnis hinausliefe. In diesem Fall würde sich die Anspruchsinhaberschaft der neben den Ehegatten tretenden gesetzlichen Erben des ausgleichspflichtigen Ehegatten wie folgt ergeben: Würde der volle (ungeteilte) Ausgleichsanspruch betrachtet, müssten alle möglichen Anspruchsberechtigten (also gesetzlichen Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten) berücksichtigt werden, mithin auch der überlebende Ehegatte. Würde dieser nun mit den neben ihn tretenden Anspruchsberechtigten eine gesetzlich angeordnete Gesamtgläubigerschaft bilden, so würden sich Forderung und Schuld in der Person des überlebenden Ehegatten vereinigen. Dem Konzept der Gesamtgläubigerschaft nach könnte er als Schuldner sich selbst als den Gläubiger auswählen, an welchen die volle Leistung erbracht wird. Diesen Umstand, dass ein Schuldner, welcher gleichzeitig Gesamtgläubiger ist, Leistung an sich selbst gem. § 428 Abs. 1 S. 1 BGB wählen könnte und dies für ihn regelmäßig der günstigste Weg sein wird, hat das Gesetz zum Anlass genommen, der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers gem. § 429 Abs. 2 BGB Gesamtwirkung zuzuschreiben.<sup>637</sup> In der Folge der Konfusion würde unmittelbar Erfüllung eintreten, sodass die Forderungen aller Gesamtgläubiger im Außenverhältnis erlöschen würden.<sup>638</sup> Allerdings wären die übrigen Gesamtgläubiger (also die neben den überlebenden Ehegatten Tretenden) nach § 430 BGB ausgleichsberechtigt.<sup>639</sup> Dabei würde im Fall der vorgeschlagenen Konzeption der Ausgleich im Innenverhältnis quotael nach den zustehenden gesetzlichen Erbquoten bestimmt werden. Im Ergebnis bestünden daher Ausgleichsansprüche der übrigen Gläubiger gegen den Ehegatten im Innenverhältnis der Gesamtgläubigerschaft, welche (ggf. abweichend von der in § 430 Hs. 1 BGB festgeschriebenen Vermutung, dass die Gesamtgläubiger im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen berechtigt sind) auf die ihnen

---

<sup>635</sup> Sollte der überlebende Ehegatte enterbt sein, würde kein realer Zugewinnausgleich zu seinen Lasten entstehen, siehe dazu sogleich Rn. 233. Sollte er ausschlagen, wird ihm die Quotelung bekannt sein, obwohl er nicht Teil der Erbengemeinschaft wäre.

<sup>636</sup> Vgl. *Hadding*, FS Canaris, Bd. I, S. 383.

<sup>637</sup> *Erman/Böttcher*, § 429 BGB, Rn. 3; *Staudinger/Looschelders*, § 429 BGB, Rn. 4.

<sup>638</sup> *MüKo/Heinemeyer*, § 429 BGB, Rn. 3; *BeckOGK/Kreße*, § 429 BGB, Rn. 6.

<sup>639</sup> *Erman/Böttcher*, § 429 BGB, Rn. 3; *Staudinger/Looschelders*, § 429 BGB, Rn. 4.

quotaal zustehenden Teile der Gesamtforderung lauten würden.<sup>640</sup> Die im Innenverhältnis zustehende Ausgleichsforderung ließe sich damit ebenfalls entsprechend der oben im Rahmen der Teilschuld dargestellten Formel errechnen. Dies ist insofern auch folgerichtig, als die sich aus § 430 BGB ergebenden Ausgleichsforderungen der übrigen Gesamtgläubiger gegen den Ausgleichspflichtigen Teilforderungen i. S. v. § 420 BGB darstellen<sup>641</sup>. Schlussendlich liefe damit diese Handhabe ebenfalls auf (selbstständige) Teilforderungen der neben den überlebenden Ehegatten tretenden Anspruchsberechtigten gegen eben diesen hinaus, ohne dass der Ehegatte den vollen Betrag der Zugewinnausgleichsforderung aufbringen müsste (sein quotaler Anteil, welcher im Rahmen der Teilgläubigerschaft erst gar nicht in Ansatz gebracht würde, verbliebe bei ihm).

### cc) Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass es insgesamt angezeigt ist, einen realen Zugewinnausgleich auch zulasten des überlebenden Ehegatten zuzulassen. Dabei sollte der Ehegatte allerdings davor bewahrt werden, den vollen Ausgleich in den Nachlass zu zahlen. Aus diesem Grund ist der reale Zugewinnausgleich zulasten des Überlebenden als schuldrechtlicher Anspruch derart auszugestalten, dass

- anspruchsberechtigt alle neben den Ehegatten tretenden gesetzlichen Erben des verstorbenen Ehegatten sind,
- die Anspruchshöhe eines jeden Anspruchsberechtigten sich dabei akzessorisch am Verhältnis der zustehenden Erbquote bemisst,
- jeder Anspruchsberechtigte ein selbstständiges Forderungsrecht gegen den Ehegatten erhält.

Anspruchsinhaberschaft und Anspruchshöhe bestimmen sich zwar folglich anhand der Erbenstellung sowie Erbquote, dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die Forderung Teil des Nachlasses wird. Es handelt sich um keine Nachlassforderung. Erbrechtliche Vorschriften finden insoweit keine Anwendung und es kommt zu keiner systemwidrigen Vermengung von Erb- und Güterrecht.

<sup>640</sup> Da die gesetzliche Regelung vorsähe, dass sich die anteilige Berechtigung nach der zustehenden gesetzlichen Erbquote richten solle, würde bei unterschiedlichen Quoten § 430 Hs. 2 BGB greifen.

<sup>641</sup> BeckOGK/Krefe, § 430 BGB, Rn. 29; Staudinger/Looschelders, § 430 BGB, Rn. 4.

*d) Die Ausstrahlungswirkung der Änderung des Güterrechts*

232 Aufgrund des Umstands, dass es sich bei der Einführung eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten, wie auch hinsichtlich eines realen Zugewinnausgleichs zugunsten, um eine Änderung des Güterrechts handeln würde, ist zu klären, ob ein realer Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des Überlebenden auch neben die gewillkürte Erbfolge nach dem Verstorbenen treten würde. Darüber hinaus ist zu beleuchten, was bei Ausschlagung bzw. Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts gelten sollte.

aa) Kein realer Zugewinnausgleich zulasten des Ehegatten bei Enterbung

233 Wenn ein realer Zugewinnausgleichsanspruch grundsätzlich nicht zugunsten des Überlebenden neben dem gewillkürten Erbrecht in Betracht kommt<sup>642</sup>, dann auch nicht zulasten; folglich insbesondere nicht in Fällen, in denen der ausgleichspflichtige Ehegatte enterbt wurde. Insofern handelt es sich schlicht um die Fortwirkung der güterrechtlichen Konsequenz, welche das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten überhaupt erst erfordert. Dieses Ergebnis scheint gerade in Fällen der Enterbung nicht gleichermaßen auf den in der letztwilligen Verfügung kundgetanen Erblasserwillen zu stützen zu sein – würde das Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten doch grundsätzlich nicht mit dem durch Enterbung kundgetanen Willen, dem überlebenden Ehegatten möglichst wenig zukommen lassen zu wollen, kollidieren. Dieser Schein trägt jedoch. So stellt es bei der Enterbung des Ehegatten den Regelfall dar, dass sich die Ehegatten gegenseitig enterben, um – insbesondere in Fällen von Zweit- oder Drittehen – zu verhindern, dass es zu einer Vermischung der Vermögensstämme kommt.<sup>643</sup> Dann wird aber der Wille wiederum dahingehen, dass die Vermögensteilhabe der Ehegatten abschließend geregelt seien soll, mithin auch kein Vermögen aufgrund eines Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten den Stamm wechseln soll.<sup>644</sup> Insofern lässt sich

<sup>642</sup> Siehe Rn. 161.

<sup>643</sup> Vgl. Nieder/Kössinger/R. Kössinger, § 21 II., Rn. 18, 22; zudem ist zu beachten, dass in Deutschland mit Blick auf das Testierverhalten verheirateter Erblasser, sofern überhaupt testiert wird, eine klare Tendenz auszumachen ist, nach welcher regelmäßig nicht gegen den Ehegatten testiert, sondern diesem vielmehr eine zentrale erbrechtliche Stellung eingeräumt wird, Dutta, Warum Erbrecht?, Teil 2, S. 421, 453, unter Bezugnahme auf G. Metternich, Verfügungsverhalten von Erblassern, S. 68 ff., 80 ff.

<sup>644</sup> Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu dem Umstand, dass sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* der ausgleichsberechtigte Ehegatte im Fall der Enterbung den rechnerischen Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 2 BGB verlangen könnte. Insofern gestaltet sich die güterrechtliche Interessenlage anders, als dem überlebenden ausgleichsberechtigten Ehegatten seine güterrechtliche Teilhabe nicht im

auch vorliegend zur Ablehnung eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des Ehegatten bei Enterbung desselben auf den Erblasserwillen rekurrieren. Sollte entsprechendes gewollt sein, also Enterbung nebst Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten, könnte entsprechendes vereinbart werden, § 1408 BGB.

bb) Kein realer Zugewinnausgleich zulasten  
des überlebenden Ehegatten bei gewillkürter Erbeinsetzung

Ebenso sollte kein realer Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten entstehen, wenn dieser auf einen anderen als den gesetzlichen Erbteil oder gar als Alleinerbe eingesetzt ist. Insofern wird die Kehrseite der Medaille zu betrachten sein, auf welcher geschrieben steht, dass der überlebende Ehegatte keinen Zugewinnausgleich zu seinen Gunsten geltend machen können soll, wenn er auf eine geringe Erbquote gesetzt ist, weil anderes nicht mit dem Erblasserwillen zu vereinbaren wäre. Ist nun der Überlebende ausgleichspflichtig, allerdings als Alleinerbe eingesetzt, so würde sich eine Ausgleichspflicht nicht mit dem grundsätzlich kundgetanen Willen des Erblassers vertragen, dem überlebenden Ehegatten „alles“ zukommen lassen zu wollen.<sup>645</sup> Dieses Ergebnis müsste aber auch für den Fall gelten, dass der Überlebende nur auf eine andere als die gesetzliche Quote, aber nicht als Alleinerbe eingesetzt wurde. Es ist davon auszugehen, dass sich der testierende Ehegatte insofern Gedanken gemacht hat, wenn er entsprechendes testiert. Dementsprechend gilt auch: Der auf eine geringere als die gesetzliche Erbquote gesetzte Abkömmling würde keine Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten erhalten. Insofern handelt es sich um eine Reflexwirkung mit Blick auf den Umstand, dass auch der Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten mit Annahme eines kleinen Erbteils als abgegolten anzusehen ist.<sup>646</sup> Da sich diese gefundenen Ergebnisse je auf den Erblasserwillen zurückführen lassen und eine stringente Fortführung der gefundenen Linie im Rahmen des Ausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten bedeuten würde, wäre keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der geforderten güterrechtlichen Konsequenz auszumachen.

---

Wege des Erbrechts genommen werden, der ausgleichspflichtige Ehegatte aber durchaus vor dem Entstehen eines Ausgleichs zu seinen Lasten bewahrt werden können soll.

<sup>645</sup> Dieses Ergebnis verträgt sich insbesondere auch mit dem Umstand, dass zugunsten enterbter Abkömmlinge (was bei Alleinerbeinsetzung des anderen Ehegatten schließlich der Fall wäre) keine Ausgleichsforderung entstehen soll, siehe hierzu schließlich.

<sup>646</sup> Vgl. Rn. 161.

cc) Keine § 1371 Abs. 2, 3 BGB vergleichbare Regelung  
zugunsten der Anspruchsberechtigten eines Zugewinnausgleichsanspruchs  
zulasten des überlebenden Ehegatten

- 235 Einer § 1371 Abs. 2, 3 BGB entsprechenden Regelung bedürfte es nicht. Im Unterschied zum realen Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten sollte weder der ausschlagende Abkömmling, noch der enterbte Abkömmling eine Ausgleichsforderung erhalten. Muss es dem überlebenden Ehegatten aufgrund des güterrechtlichen Gefüges offenstehen, stets den realen Zugewinnausgleich nebst Pflichtteil fordern zu können (sei es, dass er enterbt wurde oder aber auf einen kleinen Erbteil gesetzt wurde und ausschlägt) – kann es mit anderen Worten nicht in der Macht eines Ehegatten stehen, den anderen Ehegatten durch ein einseitiges Rechtsgeschäft um seine güterrechtliche Teilhabe zu bringen – so fehlt es mit Blick auf die gesetzlichen Erben des Verstorbenen an einem solchen güterrechtlichen Gefüge. Die Einführung eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden (und damit zugunsten der gesetzlichen Erben des Ausgleichsberechtigten) gründet sich – anders als der reale Zugewinn zugunsten des Überlebenden – nicht in der Person der Erben selbst, sondern ist vielmehr das Resultat einer konsequenten Durchführung des güterrechtlichen Ausgleichsgedankens. Sollte der verstorbene Ausgleichsberechtigte seine Abkömmlinge enterbt haben, fehlt es damit an einer güterrechtlichen Motivation, den durch die Enterbung kundgemachten Willen des Erblassers – den Erben gerade nicht mehr zukommen lassen zu wollen – zu durchbrechen, indem die Möglichkeit eröffnet würde, den Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des Überlebenden nebst Pflichtteil geltend zu machen. Im Unterschied zum realen Zugewinnausgleich zugunsten des überlebenden Ehegatten wird der Erblasserwille zum Anlass genommen, einseitig durch letztwillige Verfügung den Zugewinnausgleich für Abkömmlinge verwehren zu können. Dieses Ergebnis ist aus zweierlei Gründen hinzunehmen: Einerseits wird es regelmäßig im Interesse des ausgleichspflichtigen Überlebenden sein, sich in Fällen, in denen alle übrigen gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausgeschlossen sind – also insbesondere für den Fall, dass der überlebende Ehegatte zum Alleinerben eingesetzt wird – keinen Forderungen ausgesetzt zu sehen bzw., sollten nicht alle weiteren gesetzlichen Erben enterbt worden sein, sich weniger Gläubigern ausgesetzt zu sehen. Andererseits gründet sich die Überlegung der güterrechtlichen Konsequenz, welche darin mündet, einen realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten vorzusehen, mitunter auf der Überlegung, dass der Ausgleichspflichtige im Fall der Scheidung auch den Ausgleich hätte entrichten müssen und damit den Nachlass des Ausgleichsberechtigten erhöht hätte.<sup>647</sup> Im

<sup>647</sup> Strätz, DNotZ 2001, 452 (454).

Fall einer Enterbung durch den Ausgleichsberechtigten (den jetzigen Erblasser) hätte der Enterbte aber auch nicht von dieser Erhöhung unmittelbar<sup>648</sup> profitiert. Selbes müsste dann für den Zugewinnausgleich im Todesfall gelten.

dd) Der reale Zugewinnausgleich bei Enterbung einzelner Abkömmlinge und Geltung der gesetzlichen Erbfolge im Übrigen

Sollte der Verstorbene nur einzelne Abkömmlinge enterbt oder die gesetzliche Erbfolge qua letztwilliger Verfügung angeordnet haben, würde aufgrund der Vergleichbarkeit<sup>649</sup> gelten, was auch im Fall der gesetzlichen Erbfolge gegolten hätte. Der reale Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des Überlebenden könnte (zugunsten der nicht enterbten Abkömmlinge) entstehen. 236

In dieser Konstellation ist zu berücksichtigen, dass sich die anteilige Quote der nicht enterbten Abkömmlinge ungeachtet des Vorhandenseins der enterbten Abkömmlinge bestimmen, der Anspruch der übrigen gesetzlichen Erben folglich anwachsen würde. Hätten etwa zwei vorhandene Abkömmlinge (mit Erbquoten von je  $\frac{1}{4}$  neben dem überlebenden Ehegatten) einst je einen Anspruch in Höhe eines Viertels ausgehend von dem verstorbenen Ehegatten hypothetisch zugestandenem Ausgleichsforderung erhalten, so erhielte im Fall der Enterbung das nicht enterbte Kind nun einen Anspruch in Höhe der Hälfte der hypothetischen Ausgleichsforderung, da es neben dem überlebenden Ehegatten der einzig andere vorhandene gesetzliche Erbe wäre. Diese Anhebung der Anspruchshöhe ist folgerichtig und sollte nicht etwa durch eine mit § 2310 BGB vergleichbare Regelung, nach welcher für die Feststellung der Ausgleichsanspruchsquote auch diejenigen mitgezählt würden, welche von der Erbschaft ausgeschlossen wurden, korrigiert werden. Denn auch in dem Fall, dass der Ausgleich vom Überlebenden vollständig in den Nachlass zu begleichen wäre, würde sich die Enterbung identisch auswirken. Der nunmehr neben dem Überlebenden alleinig vorhandene erbberechtigte Abkömmling würde eine Anhebung seiner Erbquote in gleichem Ausmaß und damit eine entsprechend größere Beteiligung am entrichteten Ausgleich erfahren. Es fehlt im Übrigen einer wie hinter § 2310 BGB stehenden Motivation. Soll § 2310 BGB gerade eine sachgerechte Nachlassplanung ermöglichen und verhindern, dass weder Erblasser noch etwaige Miterben die Pflichtteilsquoten einseitig verschieben können,<sup>650</sup> so ist der reale Zugewinnausgleich hingegen für die 237

---

<sup>648</sup> Mittelbar insofern, als der Nachlasswert, welcher Berechnungsgrundlage für die Pflichtteilsforderung ist, erhöht wäre.

<sup>649</sup> Im Fall der Enterbung greift gerade im Übrigen die gesetzliche Erbfolge.

<sup>650</sup> MüKo/Lange, § 2310 BGB, Rn. 1; BeckOGK/Szalai, § 2310 BGB, Rn. 2.



Ehegatten frei disponibel<sup>651</sup> und könnte anders als das Pflichtteilsrecht völlig verhindert werden.

- 238 Von einer der gesetzlichen Erbfolge vergleichbaren Lage wäre kongruent zu den Ausführungen zum Anspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten im Übrigen nicht auszugehen, wenn neben dem Ehegatten andere Dritte, welche keine gesetzlichen Erben sind, als Erben eingesetzt wären. Das würde auch dann gelten, wenn die Quoten an sich denen der gesetzlichen Erbfolge entsprächen. Ein realer Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten käme daher grundsätzlich auch dann nicht in Betracht, wenn der verstorbene Ehegatte letztwillige Anordnungen hinsichtlich Erbeinsetzungen, Vermächtnissen oder Quotelungen<sup>652</sup> getroffen hat. Die strikte Anwendung auf Fälle der gesetzlichen Erbfolge ermöglicht eine trennscharfe Abgrenzung der Konstellationen, in welchen ein realer Zugewinnausgleichsanspruch entstehen kann.

ee) Ausschlagung und Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts

- 239 Für den Fall, dass der überlebende ausgleichspflichtige Ehegatte sein gesetzliches Erbrecht ausschlagen sollte, müsste gelten, dass die Ausgleichspflicht bestehen bliebe. Anderenfalls könnte er durch einseitige Willenserklärung<sup>653</sup> das Institut des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall aushebeln. Mit seiner Ausschlagung würden die Erbquoten der gesetzlichen Erben anwachsen und damit akzessorisch auch das Forderungsrecht an der Ausgleichszahlung. Sollte neben dem Ehegatten ein Abkömmling erbberechtigt sein, so erhielte dieser in Folge der Ausschlagung eine Erbquote von 100%. Ihm

---

<sup>651</sup> Hierzu siehe Rn. 256 ff.

<sup>652</sup> Dem Gedanken nach ähnlich und übertragbar *Koch* in Bezug auf die Verpflichtung des Ehegatten nach § 1371 Abs. 4 BGB, vgl. *MüKo/Koch*, § 1371 BGB, Rn. 59. Zudem wäre die Grenze schwierig zu ziehen, wann noch so viel gesetzliche Erbfolge „übrig wäre“, dass ein realer Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des Ehegatten entstehen können sollte; siehe in ähnlicher Sache *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (106), welcher hinsichtlich Überlegungen zu einer Anwendung des § 1371 Abs. 4 BGB neben einem gewillkürten Erbrecht darauf hinweist, dass damit kaum zu meisternde Komplikationen einhergingen, da die gewillkürte Nachlassbeteiligung auf einem Testament beruhen kann, welches neben der Bestimmung der Erbteile Vermächtnisse, darunter Nießbrauchs- oder Rentenvermächtnisse, und Auflagen enthalten kann. Zudem greift der Ehegattenvoraus nur im Rahmen des gesetzlichen Ehegattenerbrechts. Dem Gedanken nach sind die Ausführungen übertragbar, da sowohl im vorliegend diskutierten Fall als auch den zitierten Fällen Geldansprüche der gesetzlichen Erben, welche auf das Vorliegen der gesetzlichen Erbfolge beschränkt sind, nicht neben die gewillkürte Erbfolge treten können.

<sup>653</sup> Bei der Ausschlagung der Erbschaft handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung, siehe *Lange*, ZEV 2023, 270 (271).

stünde damit auch der gesamte Ausgleichsanspruch zu. Dass der Ehegatte in diesem Fall den gesamten Ausgleich an den oder die gesetzlichen Erben als Anspruchsberechtigte entrichten müsste, ist nur konsequent. Mit der Ausschlagung würde sich der Ehegatte der Erbengemeinschaft und damit der Grundlage für seine Privilegierung – mit Blick auf das bloß anteilige Entstehen der Ausgleichsforderung zu seinen Lasten – entziehen. In diesem Fall erscheint es überdies nicht angezeigt, dem überlebendem Ehegatten trotz Ausschlagung die Möglichkeit zu eröffnen, den Pflichtteil zu fordern. Es fehlt an einem güterrechtlichen Motiv, da die Annahme bzw. Ausschlagung der Erbennstellung keinen Unterschied für die güterrechtliche Folge (das Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des Überlebenden) hätte.<sup>654</sup>

Gleichsam müsste die Ausgleichspflicht bestehen bleiben, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte kein gesetzlicher Erbe aufgrund des § 1933 BGB würde. § 1933 BGB schließt das Erbrecht des Ehegatten aus, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt (Alt. 1) oder ihr zugestimmt (Alt. 2) hatte. Gem. § 1933 S. 2 BGB greift der Ausschluss auch, wenn der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen und den Antrag gestellt hatte.<sup>655</sup> Würde die Ausgleichspflicht in diesen Konstellationen nicht bestehen bleiben, würde es einzig vom Zufall abhängen, ob eine Ausgleichspflicht bestünde oder nicht – entscheidend wäre, ob der ausgleichsberechtigte Ehegatte vor oder nach dem Scheidungsurteil versterben würde. Würde der Ausgleichsberechtigte nur einen Tag nach Rechtskraft versterben, so würde der entstandene Ausgleichsanspruch in den Nachlass fallen und der überlebende Ehegatte wäre ausgleichspflichtig. Es wäre wenig folgerichtig seine Ausgleichspflichtigkeit aufgrund des durch § 1933 BGB vorverlagerten Ausschlusses des gesetzlichen Ehegattenerbrechts entfallen zu lassen. So verfolgt § 1933 BGB gerade den (wenn auch umstrittenen) Zweck, den mutmaßlichen Willen des Antragstellenden zu verwirklichen, welcher dahingehen wird, dem (noch) Ehegatten kein Erbrecht zukommen lassen zu wollen.<sup>656</sup> Ihn also so zu behandeln, als wäre die Ehe bereits rechtskräftig geschieden. Vor diesem Hintergrund sollte dann aber gewiss nicht die mitunter wesentlichste Scheidungsfolge des Zugewinnausgleichs entfallen.

---

<sup>654</sup> Anders oben im Fall des Ausgleichsanspruchs zugunsten des Ehegatten und gewillkürter Erbinsetzung dessen, vgl. Rn. 163. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei gewillkürter Erbinsetzung des ausgleichspflichtigen Ehegatten kein Zugewinnausgleichsanspruch zu seinen Lasten entstehen würde und sich dies auch nicht durch eine Ausschlagung ändern würde. Es ist auch in diesem Fall kein güterrechtliches Motiv ersichtlich, welches es rechtfertigen würde, dem ausschlagenden Ehegatten die Möglichkeit zu eröffnen, den Pflichtteil zu fordern.

<sup>655</sup> Siehe zu § 1933 BGB oben Rn. 20 ff.

<sup>656</sup> BT-Drs. 7/650, 274; BT-Drs. 7/4361, 52, 112.

- 241 Soll der Zugewinn also grundsätzlich nur ausgeglichen werden, wenn der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe des anderen wird, wäre daneben ein rechnerischer Zugewinnausgleich auch dann durchzuführen, wenn der überlebende Ehegatte sein gesetzliches Erbrecht ausschlagen oder aber aufgrund des § 1933 BGB kein gesetzliches Erbrecht erhalten würde.

*e) Die Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs  
zulasten des überlebenden Ehegatten auf das Pflichtteilsrecht*

- 242 Das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden hätte keine weiteren Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht – weder auf das des überlebenden Ehegatten noch auf das anderer möglicher Berechtigter. Als dem Güterrecht entspringender schuldrechtlicher Anspruch, welcher keine Auswirkungen auf die Nachlasshöhe oder Erbquoten nehmen würde, gäbe es keine Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht zu befürchten. Insbesondere würde sich nicht die faktische Summe erhöhen, welche enterbte Abkömmlinge des Ausgleichsberechtigten erhielten, da der Ausgleich gerade nicht in den Nachlass entrichtet würde.

*f) Zwischenergebnis*

- 243 Festzuhalten bleibt damit, dass es nicht nur einen realen Zugewinnausgleich im Todesfall zugunsten, sondern auch zulasten des überlebenden Ehegatten zu fordern gilt. In vielen Gesichtspunkten würden sich der Ausgleichsanspruch zugunsten und der Ausgleichsanspruch zulasten ähnlich verhalten. So würde es sich in beiden Konstellationen um einen dem Güterrecht entspringenden schuldrechtlichen Anspruch handeln. Neben ein gewillkürtes Erbrecht sollte grundsätzlich kein realer Zugewinnausgleich treten. Schließlich wären als rein schuldrechtlicher Anspruch keine unvereinbaren Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht auszumachen.

**3. Die Folgefragen eines realen Zugewinnausgleichs  
bei Eheauflösung durch den Tod**

- 244 Sind damit das „Ob“ und das „Wie“ eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten neben einem güterstandsunabhängigen erhöhten gesetzlichen Ehegattenerbrecht behandelt, gilt es noch einzelne Folgefragen zu beleuchten, so insbesondere das Schicksal der Norm des § 1371 Abs. 4 BGB, die Grundsätze zur Verjährung der Ausgleichsforderung, die Möglichkeit des Ausschlusses bzw. der Modifikation des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall sowie die Hand-

habe von lebzeitigen ausgleichungspflichtigen Zuwendungen des Erblassers an später Zugewinnausgleichsberechtigte. Berücksichtigung soll daneben die Frage finden, wie Konstellationen zu handhaben wären, in welchen ein Minderjähriger einen Anspruch auf Zugewinnausgleich gegen seinen alleinsorgeberechtigten Elternteil innehätte. Darüber hinaus sollen Ausführungen rundum den Stichtag zur Wertermittlung sowie einen Auskunftsanspruch erfolgen. Abschließend wird noch auf die Regelung des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall im Rahmen des ErbStG eingegangen.

*a) Die Regelung des § 1371 Abs. 4 BGB de lege ferenda*

§ 1371 Abs. 4 BGB gewährt den sog. Ausbildungsanspruch der Stiefabkömmlinge.<sup>657</sup> Fällt das pauschalierte Viertel gem. § 1371 Abs. 1 BGB im Zuge der Entflechtung von Erb- und Güterrecht durch die Einführung eines güterstandsunabhängigen Ehegattenerbrechts nebst realem Zugewinnausgleich weg, ist zu fragen, welches Schicksal die auf § 1371 Abs. 1 BGB Bezug nehmende Vorschrift des § 1371 Abs. 4 BGB ereilen soll. Die Antwort auf diese Frage liegt in der Antwort auf die Frage, inwiefern es einen vergleichbaren Sinn und Zweck zu verfolgen gäbe – also einen Mechanismus vorzusehen, welcher mit Blick auf die Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehegatten zulasten der Erbquoten der Abkömmlinge berücksichtigt, dass einseitige Abkömmlinge, anders als gemeinsame Abkömmlinge, in aller Regel keine Aussicht darauf haben, den überlebenden Ehegatten zu beerben. 245

*aa) Der Bedarf einer entsprechenden Regelung*

Zunächst ist festzustellen, dass mit einer güterstandsunabhängigen Erbquote des überlebenden Ehegatten § 1371 Abs. 4 BGB die Grundlage entzogen würde, bezieht sich dieser doch ausdrücklich auf das pauschale Viertel nach § 1371 Abs. 1 BGB.<sup>658</sup> Zu beachten ist allerdings, dass die Erbquote des Ehegatten güterstandsunabhängig auf  $\frac{1}{2}$  neben Erben erster Ordnung angehoben werden soll. Dass diese Entwicklung angezeigt ist, wurde im Rahmen der Ausführungen zur güterstandsunabhängigen Anhebung der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten dargelegt.<sup>659</sup> Die Problematik, dass einseitige Abkömmlinge im Ergebnis weniger Teilhabe am Vermögen des verstorbenen Ehegatten erfahren als gemeinsame Abkömmlinge<sup>660</sup>, würde jedoch bestehen bleiben, da 246

<sup>657</sup> Siehe Rn. 31 ff.

<sup>658</sup> Ebenso *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (105).

<sup>659</sup> Siehe Rn. 75 ff.

<sup>660</sup> *Wahl*, verdeutlicht dies in FS Lehmann, S. 428 mit folgendem Beispiel: „Wenn ein Mann M aus erster Ehe drei Kinder A, B, C, aus zweiter Ehe ein Kind D hat, so

einseitige Abkömmlinge nach wie vor kein gesetzliches Erbrecht nach ihrem Stiefelternteil haben würden. Auch hätten sie keinen Unterhaltsanspruch gegen den Stiefelternteil, während dessen Leistungsfähigkeit zum Vorteil gemeinsamer Abkömmlinge durch seine Nachlassbeteiligung noch gestärkt wird.<sup>661</sup> Besonders deutlich würde sich dies in Fällen auswirken, in welchen der überlebende Ehegatte ausgleichsberechtigt ist und der Nachlass ausschließlich aus ausgleichspflichtigem Vermögen besteht. Zwar wurde im Laufe der vorliegenden Arbeit eine „Überbenachteiligung“ der Abkömmlinge in diesen Konstellationen abgelehnt und dafür plädiert, dass solche Konstellationen zugunsten des Ehegatten hinzunehmen sind.<sup>662</sup> Gleichwohl schließt dies nicht aus, einseitigen Abkömmlingen (mit Blick auf gemeinsame Abkömmlinge trägt weiterhin der Gedanke, dass diese später den bevorteilten Ehegatten beerben werden und eine Benachteiligung im ersten Erbfall damit hinzunehmen ist) einen Ausbildungsanspruch ähnlich dem geltenden § 1371 Abs. 4 BGB zu gewähren.<sup>663</sup> Ein solcher würde wohl auch durch die Zunahme an „Patchwork-Familien“ an Bedeutung gewinnen.<sup>664</sup>

#### bb) Die Verortung im Güter- oder Erbrecht

- 247 Entfällt die Pauschalierung, ist allerdings fraglich, auf was sich der Anspruch beziehen sollte – den realen Zugewinnausgleichsanspruch im Todesfall oder die erhöhte Erbquote. Folge dessen ist insbesondere auch, dass ein entsprechender Anspruch des einseitigen Abkömmlings *de lege ferenda* keinen Mischcharakter bestehend aus Güter- und Erbrecht mehr hätte. Er wäre vielmehr eindeutig dem Erb- oder dem Güterrecht zuzuordnen. Dabei würde ein Mischcharakter nur noch insofern fortbestehen, als Güter- oder Erbrecht mit einer unterhaltsrechtlichen Komponente korrelieren würden. Diese unterhaltsrechtliche Komponente des Anspruchs würde in erster Linie durch die spezielle Prüfung der Bedürftigkeit des Stiefabkömmlings einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen bilden und in dieser Funktion nicht einer eindeutigen Verortung des Anspruchs im Erb- oder Güterrecht entgegenstehen.<sup>665</sup>

---

bekommt seine Frau F  $\frac{1}{2}$  und die vier Kinder je  $\frac{1}{8}$ . Wird dann F beerbt, erbt D zu seinem  $\frac{1}{8}$  noch einmal die Hälfte, die F von M geerbt hatte. Im Ganzen beträgt seine Beteiligung am Vermögen des M dann  $\frac{3}{8}$ , also fünfmal so viel wie die seiner Halbschwester erster Ehe.“

<sup>661</sup> Dumoulin, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (105).

<sup>662</sup> Siehe Rn. 149 ff.

<sup>663</sup> Für die Einführung eines entsprechenden Anspruchs bei Anhebung der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten sprechen sich die Beschlüsse des 49. DJT, K 165 aus.

<sup>664</sup> Vgl. Zacher-Röder/Grimm-Hanke, FPR 2011, 264 (268).

<sup>665</sup> Siehe zum geltenden Recht ähnlich Soergel/Grziwotz, § 1371 BGB, Rn. 39; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 163.

Eine Zuordnung zum Güterrecht würde bedeuten, dass der Anspruch an die Zugewinnngemeinschaft und den realen Zugewinnausgleich im Todesfall geknüpft wäre. Dies ist allerdings aus verschiedenen Gründen abzulehnen: 248

Zunächst würde die Benachteiligung einseitiger Abkömmlinge *de lege ferenda* nicht primär aus der Einführung eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall herrühren. Zu beachten ist nämlich, dass es sich insofern um keinen Automatismus handeln würde, welcher in jedem Fall – völlig unabhängig davon, ob der ausgleichspflichtige oder ausgleichsberechtigte Ehegatte zuerst verstirbt – die über das Erbrecht gewährleistete Teilhabe des einseitigen Abkömmlings schmälern würde. Der reale Zugewinnausgleich im Todesfall könnte vielmehr sowohl zugunsten als auch zulasten des Ehegatten entstehen, weshalb eine Balance bestünde. Würde der Ausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten entstehen, würde dies nicht die Erbquote des Abkömmlings mindern. Jedoch würde der Nachlass wertmäßig geschmälert, was eine zusätzliche Beeinträchtigung einseitiger Abkömmlinge bedeuten könnte. Immerhin hat der einseitige Abkömmling anders als ein gemeinsamer Abkömmling keine Aussicht auf Partizipation an diesem Wertzuwachs beim Ehegatten durch ein gesetzliches Erbrecht in Bezug auf diesen. Andererseits würden einseitige Abkömmlinge durch den Wegfall der Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB und der Einführung eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall in den Fällen des Ausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten eine spürbare Besserstellung erfahren – so würde ihr Erbteil nicht durch die Pauschalierung gemindert, ganz im Gegenteil erhielten sie einen Zahlungsanspruch gegen den Ehegatten. Dieser Gedanke leitet über zum nächsten Punkt: in Fällen, in welchen der überlebende Ehegatte ausgleichspflichtig wäre, würde kein Ausgleichsanspruch zu seinen Gunsten bestehen, an welchen der Ausbildungsanspruch der einseitigen Abkömmlinge geknüpft werden könnte. Ein solcher käme bei einer Verortung im Güterrecht also nur in Fällen in Betracht, in welchen der Ehegatte ausgleichsberechtigt wäre. Das würde eventuell noch vor dem Hintergrund hinzunehmen sein, dass einseitige Abkömmlinge in dem Fall, dass der überlebende Ehegatte ausgleichspflichtig wäre, einen Ausgleichsanspruch gegen diesen hätten. Im Ergebnis ist allerdings anzuerkennen, dass es die Anhebung der Erbquote ist, welche zu der Benachteiligung einseitiger Abkömmlinge führen würde. Der Ausbildungsanspruch des einseitigen Abkömmlings sollte daher nicht im Güterrecht, sondern *de lege ferenda* im Erbrecht angesiedelt sein.<sup>666</sup> 249

---

<sup>666</sup> Anderes würde zu einem Wertungswiderspruch führen, da Ehegatten in einem anderen Güterstand als der Zugewinnngemeinschaft  $\frac{1}{2}$  erben würden, ohne der Belastung durch den Ausbildungsanspruch ausgesetzt zu sein, während der in Zugewinnngemeinschaft lebende Ehegatte  $\frac{1}{2}$  erben würde, aber dem Ausbildungsanspruch ausgesetzt wäre. Zu diesem Wertungswiderspruch im geltenden Recht mit Blick auf die Gütertrennung und § 1931 Abs. 4 BGB siehe BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 165.

## cc) Ein Vorschlag zur Ausgestaltung

250 In der Folge sollte mit Abkehr von der Pauschalierung hin zu einem realen Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod auch § 1371 Abs. 4 BGB gestrichen, allerdings im selben Atemzuge eine dem Regelungsgehalt des § 1371 Abs. 4 BGB im weitesten Sinne entsprechende Norm im Bereich des gesetzlichen Ehegattenerbrechts geschaffen werden. Verknüpfendes Element des wesentlichen Regelungsgehalts des § 1371 Abs. 4 BGB hin zu einem Ausbildungsanspruch im Erbrecht ist die fehlende gesetzliche Erbberechtigung von einseitigen Abkömmlingen und der damit einhergehende Kompensationsbedarf bei erhöhter gesetzlicher Erbquote des Ehegatten. Eine solche Norm sollte daher vorsehen, dass bei Vorhandensein gesetzlich erbberechtigter Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten, welche nicht aus der durch den Tod dieses Ehegatten aufgelösten Ehe stammen, der überlebende Ehegatte verpflichtet ist, wenn und soweit sie dessen bedürfen, die Mittel zu einer angemessenen Ausbildung aus der Hälfte seiner gesetzlichen Erbquote zu gewähren.<sup>667</sup> Dies würde eine Ausweitung des Anspruchs bedeuten, als dieser nicht mehr nur in Konstellationen der Zugewinnsgemeinschaft, sondern in jedem Güterstand Anwendung finden könnte.<sup>668</sup> Das wäre aber nur konsequent, da die Erbquote des Ehegatten güterstandsunabhängig angehoben werden soll. Der Umfang der Masse, aus welcher der Ehegatte die Ausbildungskosten zu gewähren hätte, könnte sich dabei am Umfang des § 1371 Abs. 4 BGB orientieren. Das heißt, die „Hälfte seiner gesetzlichen Erbquote“ wäre kein besonderer Erbteil, infolgedessen die Haftung des Ehegatten auf diesen gegenständlich beschränkt sei; es würde sich vielmehr um eine Erbfallschuld i. S. d. § 1967 Abs. 2 BGB handeln, welche der Höhe nach durch den Wert der Hälfte der gesetzlichen Erbquote begrenzt wäre.<sup>669</sup> Auch für die Wertberechnung der ausschlaggebenden Erbquote ließe sich an den zu § 1371 Abs. 4 BGB geltenden Grundsätzen festhalten. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wertberechnung wäre demnach, der gesetzlichen Wertung des § 2311 Abs. 1 BGB folgend, der Zeitpunkt des Erbfalls.<sup>670</sup> In diesem Rahmen ist zu beachten, dass nur maßgebend der Wert der Erbquote nach Abzug aller Nachlassverbindlichkeiten wäre.<sup>671</sup> Da der reale

---

<sup>667</sup> So im Ergebnis auch *Dumoulin*, DNotZ-Sonderheft 1973, 84 (105). Ebenfalls für eine Verallgemeinerung des § 1371 Abs. 4 BGB *Coing*, 49. DJT, A 44; *Dieckmann*, 49. DJT, K 26.

<sup>668</sup> Siehe auch *Löwenich*, Neugestaltung des gesetzlichen Erbrechts, S. 168.

<sup>669</sup> Vgl. *MüKo/Koch*, § 1371 BGB, Rn. 63 f.; *Staudinger/Thiele*, § 1371 BGB, Rn. 124.

<sup>670</sup> Vgl. *Erman/Budzikiewicz*, § 1371 BGB, Rn. 31; *Zacher-Röder/Grimm-Hanke*, FPR 2011, 264 (268).

<sup>671</sup> Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 379, Rn. 47; *BeckOK/Scheller/Sprink*, § 1371 BGB, Rn. 48.



Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten dem vorliegenden Vorschlag zufolge eine Erblasserschuld i. S. d. § 1967 Abs. 2 BGB, mithin eine Nachlassverbindlichkeit darstellen würde, wäre dieser vor Wertermittlung abzuziehen, sodass im Ergebnis kein Konkurrenzverhältnis zwischen den Ansprüchen bestünde. Der überlebende Ehegatte würde privilegiert, was insofern aber richtig wäre, als durch Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts der Wertberechnung auf den Zeitpunkt des Erbfalls das Risiko späterer Wertminderungen (etwa durch Verwaltungsmaßnahmen der Miterben oder eines Testamentsvollstreckers) allein der überlebende Ehegatte tragen würde<sup>672</sup>. Dass einseitigen Abkömmlingen im Fall eines Ausgleichsanspruchs zulasten des Ehegatten bereits ein Anspruch gegen eben diesen zustehen würde, könnte im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung berücksichtigt werden. Da der Anspruch an die Stellung des Ehegatten als gesetzlichen Erben knüpft, könnte sich der überlebende Ehegatte dem Ausbildungsanspruch – anders als dem Ausgleichsanspruch zu seinen Lasten – durch Ausschlagung seines Erbrechts entziehen.<sup>673</sup> Wie bereits im geltenden Recht würde der Anspruch nicht entstehen, sollte der überlebende Ehegatte aufgrund einer Verfügung von Todes wegen mit einer anderen Erbquote Erbe oder Vermächtnisnehmer werden bzw. der erbberechtigte Abkömmling aufgrund von Verfügung von Todes wegen als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht sein.<sup>674</sup> Grund ist insofern, dass gerade nur ein Ausgleich zugunsten der einseitigen Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten für die erhöhte Erbquote gewährt werden soll. Der Zweck des Anspruchs entspräche damit im weitesten Sinne dem des § 1371 Abs. 4 BGB, mit dem Unterschied, dass kein Ausgleich für die von § 1371 Abs. 1 BGB vorgesehene Pauschalierung zu gewähren wäre, sondern vielmehr für den Umstand, dass die Erbquote güterstandsunabhängig auf  $\frac{1}{2}$  gehoben werden soll.

### *b) Die Verjährung der Ausgleichsforderung*

Folgend soll untersucht werden, wie sich die Ausgleichsforderung hinsichtlich ihrer Verjährung verhalten würde. Die Situation *de lege ferenda* würde sich im Ausgangspunkt (jedenfalls im Fall des Ausgleichs zugunsten des Überlebenden) vergleichbar mit der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata* darstellen. In beiden Fällen wird ein rechnerischer Zugewinnausgleich nach dem Tod eines Ehegatten in Form eines dem Güterrecht entspringenden schuldrechtlichen Anspruchs durchgeführt. Aus dieser Vergleichbarkeit lässt

---

<sup>672</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 48; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 125.

<sup>673</sup> Ebenso im geltenden Recht, MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 60.

<sup>674</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1371 BGB, Rn. 38 f.; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 95, 100.



sich folgern, dass sich die Verjährungsfrist der Zugewinnausgleichsforderung *de lege ferenda* nach der allgemeinen Regelverjährung bestimmen und mithin gem. § 195 BGB drei Jahre betragen würde.<sup>675</sup> Der Beginn der Verjährungsfrist würde sich gem. § 199 Abs. 1 BGB bestimmen. Danach beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem „der Anspruch entstanden ist [Nr. 1] und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste [Nr. 2].“ *De lege lata* reicht für das Auslösen des Verjährungsbeginns im Rahmen der „güterrechtlichen Lösung“ nicht allein die Kenntnis vom Versterben des anderen Ehegatten aus; es ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem der Ausgleichsberechtigte zusätzlich Kenntnis von der letztwilligen Verfügung des Verstorbenen, welche den Ausschluss von der Erbfolge vorsieht, erlangt hat bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können.<sup>676</sup> Grund ist, dass die „güterrechtliche Lösung“ *de lege lata* nur eintritt (abgesehen vom Fall der Ausschlagung, dazu aber sogleich), wenn der Überlebende weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird, § 1371 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich der Regelung *de lege ferenda* ist der Umstand zu berücksichtigen, dass die güterrechtliche Ausgleichsforderung stets neben das gesetzliche Erbrecht treten würde. Die grundsätzliche Möglichkeit des Entstehens des Zugewinnausgleichsanspruchs wäre damit nicht abhängig vom Inhalt einer möglicherweise vorhandenen letztwilligen Verfügung. Es wäre vielmehr der gesetzliche Regelfall, dass der reale Ausgleichsanspruch bei Auslösung der Ehe durch den Tod entstehen und neben das gesetzliche Erbrecht treten würde. Zwar könnte der Inhalt einer letztwilligen Verfügung das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs sowohl zugunsten als auch zulasten des Überlebenden verhindern<sup>677</sup>, dieser Umstand ist aber nicht mit dem Fall *de lege lata* zu vergleichen, dass das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs gerade nur in Betracht kommt, wenn der Überlebende kein Erbe oder Vermächtnisnehmer wird. Wäre das Entstehen des Zugewinnausgleichsanspruchs im Todesfall der gesetzliche Regelfall, so müsste die Kenntnis vom Tod des anderen Ehegatten ausreichen, um die erste subjektive Voraussetzung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände, als erfüllt anzusehen. Der Überlebende (im Fall des Ausgleichsanspruchs zugunsten des Ehegatten) bzw. die Erben des Verstorbenen (im Fall des Ausgleichsanspruchs zulasten des Ehegatten) wüssten in diesem Zeitpunkt von dem Umstand, welcher den Ausgleichsanspruch auslöst – die Eheauflösung durch den Tod. Sollte sich dann aufgrund einer Verfü-

<sup>675</sup> Vgl. Erman/Budzikiewicz, § 1378 BGB, Rn. 20; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1378 BGB, Rn. 34.

<sup>676</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1378 BGB, Rn. 48; BeckOGK/Preisner, § 1378 BGB, Rn. 70.

<sup>677</sup> Vgl. Rn. 161, 232 ff.

gung von Todes wegen etwas anderes ergeben, so würde der Anspruch schlicht nicht existieren, es käme auf die Verjährung nicht an. Sollte der Anspruch trotz Vorliegen einer letztwilligen Verfügung hingegen bestehen, etwa weil die gesetzliche Erbfolge angeordnet wurde, so ändert dies nichts an dem Umstand, dass mit der Kenntnis vom Tod des anderen Ehegatten die Kenntnis über das Entstehen des Anspruchs vorliegen würde – im Ergebnis käme es daher auf die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen nicht an<sup>678</sup>. Zu beachten ist, dass die zweite subjektive Voraussetzung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB – die Kenntnis der Person des Schuldners – regelmäßig gegeben wäre, im Einzelfall vom Moment der Kenntniserlangung des anspruchsbegründenden Umstands aber divergieren und damit den Beginn der Verjährungsfrist hinausschieben könnte.

Hinsichtlich des von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorausgesetzten Kenntniselements ist hervorzuheben, dass es für den Beginn der Verjährungsfrist des Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des Überlebenden nicht auf das Vorliegen der Kenntnis bei allen Miterben ankäme. Zwar ist Voraussetzung für den Verjährungsbeginn von Nachlassforderungen, die erst mit dem Erbfall oder später entstehen, das Vorliegen des von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB statuierten subjektiven Elements bei sämtlichen Miterben.<sup>679</sup> Allerdings würde der vorgeschlagene reale Zugewinnausgleich zulasten des Überlebenden gerade nicht in den Nachlass fallen und keine Nachlassforderung darstellen.<sup>680</sup> Es käme daher einzig auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des einzelnen Anspruchsberechtigten an. 252

Festzuhalten ist damit, dass die dreijährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) 253 des realen Zugewinnausgleichs sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* gem. § 199 Abs. 1 BGB regelmäßig mit dem Schluss des Jahres zu laufen beginnen würde, indem Kenntnis von dem Tod des anderen Ehegatten erlangt wurde oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangt worden wäre.

Anderes würde nur für den Fall gelten, dass der überlebende Ehegatte testamentarischer Erbe würde, die Erbschaft aber ausschlagen sollte, um den rechnerischen Zugewinnausgleich geltend machen zu können. In diesem Fall wäre für den Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt der Ausschlagung abzustellen.<sup>681</sup> 254

---

<sup>678</sup> Aufgrund dessen würde die Verjährungshöchstfrist nach § 199 Abs. 4 BGB 10 Jahre betragen.

<sup>679</sup> BGH, ZEV 2007, 272 (273), juris Rn. 20; Holtmeyer, ZEV 2013, 53 (55 f.).

<sup>680</sup> Siehe Rn. 204 f.

<sup>681</sup> Vgl. NK/Heiß/Löhnig, § 1378 BGB, Rn. 25; BeckOGK/Preisner, § 1378 BGB, Rn. 70.

Erst in diesem Moment könnte der Ausgleichsanspruch entstehen<sup>682</sup>, mit anderen Worten: Bis zu diesem Zeitpunkt würde es schlicht an einem entsprechenden Ausgleichsanspruch, der verjähren könnte, fehlen.<sup>683</sup>

- 255 Da der reale Zugewinnausgleichsanspruch bei Eheauflösung durch den Tod *de lege ferenda* häufig im (Stief-)Eltern-Kind-Verhältnis bestehen wird, sei noch kurz auf § 207 BGB hingewiesen. Nach § 207 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a), b) BGB ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen dem Kind und seinen Eltern oder dem Ehegatten eines Elternteils bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes gehemmt.

*c) Der Ausschluss bzw. die Modifikation des realen Zugewinnausgleichs*

- 256 Mit Blick auf die vorgeschlagene Einführung eines realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod bleibt immer zu bedenken, dass den Ehegatten die Möglichkeit bliebe, Abweichendes zu vereinbaren und damit die Entstehung eines entsprechenden realen Zugewinnausgleichs zu verhindern.<sup>684</sup>

*aa) Qua Erbrecht*

- 257 Bevor auf die Möglichkeit eines Ausschlusses des realen Zugewinnausgleichs im Regime des Güterrechts, also durch Modifikation des gesetzlichen Güterstands mittels Ehevertrag gem. § 1408 BGB oder der Vereinbarung einer Gütertrennung gem. § 1414 BGB, näher eingegangen werden soll, ist zunächst noch einmal hervorzuheben, dass es grundsätzlich zu keinem Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs – weder zugunsten noch zulasten des überleben-

---

<sup>682</sup> Beachte, dass grundsätzlich kein realer Ausgleichsanspruch neben einem gewillkürten Erbrecht in Betracht kommen soll, vgl. Rn. 161.

<sup>683</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1378 BGB, Rn. 36; a.A. vgl. MüKo/Koch, § 1378 BGB, Rn. 49, *de lege lata* soll die Verjährung auch im Fall der Erlangung des rechnerischen Ausgleichs durch Ausschlagung der Erbschaft schon mit dem Schluss des Jahres zu laufen beginnen, in dem der Ehegatte verstorben ist und der Überlebende Kenntnis von seiner Ausgleichsberechtigung erlangt hat und nicht auf den Zeitpunkt der Ausschlagung hinausgeschoben werden, da die von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geforderte Kenntnis bereits vorher gegeben sei. Für die Konstellation *de lege ferenda* würde dies bedeuten, dass wiederum bereits die Kenntnis vom Tod ausreichen würde, da es für die Anspruchsberechtigung gerade nicht auf den testamentarischen Ausschluss ankommt. Für diese Ansicht kann wohl ins Feld geführt werden, dass die Ausschlagung rückwirkend wirkt (vgl. § 1953 Abs. 1 BGB), der Anspruch also quasi von Anbeginn bestanden hätte. Gleichwohl ist es überzeugender einen faktisch noch nicht bestehenden Anspruch auch noch nicht der Verjährung zu unterwerfen. Es ist mithin auf den Zeitpunkt der Ausschlagung abzustellen.

<sup>684</sup> Ähnlich Röthel, 68. DJT, A 55.

den Ehegatten – neben einem gewillkürten Erbrecht kommen würde.<sup>685</sup> Die Ehegatten könnten also schlicht abweichend der gesetzlichen Erbfolge testieren, um das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs zu verhindern. Dabei muss es sich nicht um ein gemeinschaftliches Testament i. S. d. § 2265 BGB handeln. Es reicht bereits ein Einzeltestament i. S. e. ordentlichen Testaments nach § 2231 BGB i. V. m. § 2232 BGB bzw. § 2247 BGB. Zu beachten ist jedoch, dass jedenfalls das Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des Überlebenden bei Enterbung oder Ausschlagung, gerade nicht entfallen soll, der Überlebende ganz im Gegenteil in der Lage sein soll, den Ausgleich herbeizuführen. Für einen vollständigen Ausschluss des Ausgleichsanspruchs im Todesfall wäre daher das Güterrecht zu bedienen. Es wäre mithin grundsätzlich der Ehevertrag gem. § 1408 BGB, welcher das richtige Instrument zur Modifikation bzw. zum vollständigen Ausschluss des Anspruchs darstellen würde.

#### bb) Qua Güterrecht

Es ist daher ist zu untersuchen, inwieweit es den Ehegatten offenstünde, das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall mittels ehevertraglicher Vereinbarung gem. § 1408 BGB zu modifizieren bzw. gänzlich zu unterbinden. 258

##### *(1) Die Wahl der Gütertrennung, § 1414 BGB*

Eine erste Möglichkeit würde sich insofern in der Vereinbarung der Gütertrennung i. S. d. § 1414 BGB finden. Mit Wahl der Gütertrennung würde erreicht, dass weder bei lebzeitiger Auflösung der Ehe, noch mit der Eheauflösung durch den Tod ein realer Zugewinnausgleich entstehen würde. Zu beachten ist zudem, dass die Vereinbarung der Gütertrennung für sich genommen regelmäßig nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu rechtfertigen vermag,<sup>686</sup> insofern also keine Unwirksamkeit und ein Rekurrieren auf die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere den Zugewinnausgleich, zu befürchten wären. 259

##### *(2) Die ehevertragliche Modifikation des gesetzlichen Güterstands, § 1408 BGB*

Die Wahl der Gütertrennung könnte Ehegatten jedoch regelmäßig zu weitreichend sein. Zu denken sei an den Wegfall des Zugewinnausgleichs im 260

<sup>685</sup> Siehe Rn. 161 bzw. Rn. 232 ff.

<sup>686</sup> BGH, NJW 2013, 457 (459), juris Rn. 26.

Scheidungsfall sowie der Verfügungsbeschränkungen gem. §§ 1365, 1369 BGB. Ebenso würde die Vereinbarung einer Gütertrennung zum Entfall der steuerlichen Begünstigung gem. § 5 Abs. 1 ErbStG<sup>687</sup> führen. Wird jedoch der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft nur modifiziert, würde es bei der steuerlichen Begünstigung bleiben.<sup>688</sup> Beachtung ist insofern § 5 Abs. 1 S. 2 ErbStG zu schenken, welcher ehevertraglichen Vereinbarungen ausdrücklich keinen Effekt gibt. Im Übrigen dient der Verweis von § 5 Abs. 1 ErbStG auf die hypothetische Ausgleichsforderung der Festsetzung der Rechengröße für die Bestimmung des steuerlichen Freibetrags; es kann mithin nicht darauf ankommen, ob der Zugewinnausgleich tatsächlich noch geltend gemacht werden kann.<sup>689</sup> Es gilt daher zu untersuchen, inwiefern der gesetzliche Güterstand mit Blick auf das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichs bei Beendigung der Ehe durch den Tod mittels Ehevertrags gem. § 1408 BGB modifizierbar wäre. *De lege lata* fristet der ehevertragliche Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Todesfall ein Schattendasein.<sup>690</sup> Mit Blick auf die Regelung *de lege ferenda* könnte aber ein gesteigertes Interesse an einem ehevertraglichen Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs bestehen, sei es um zu verhindern, dass in Fällen, in welchen absehbar ist, dass der eine Ehegatte deutlich mehr erwirtschaften wird als der andere und daher quasi das gesamte Endvermögen ausgleichspflichtig wäre, zugunsten der Erben verhindert werden soll, dass der Nachlass durch die Ausgleichsforderung aufgezehrt wird oder aber – und das wird der entscheidende Gedanke sein – um den überlebenden Ehegatten nicht dem Ausgleichsanspruch auszusetzen. Von Interesse sollen deshalb die Konstellationen sein, dass

1. ehevertraglich ein Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod vereinbart wird,
2. ehevertraglich ein Entstehen des realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod nur zugunsten des überlebenden Ehegatten vereinbart, der reale Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten also abbedungen wird.

261 Bevor auf die Konstellationen konkret eingegangen wird, soll zunächst abstrakt skizziert werden, welcher Maßstab an die Inhaltskontrolle von ehevertraglichen Vereinbarungen zu stellen ist.

---

<sup>687</sup> Zu den Auswirkungen der Einführung eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall auf § 5 ErbStG siehe unten Rn. 321 ff.

<sup>688</sup> Kapp/Ebeling/Curd, § 5 ErbStG, Rn. 46; Grund, MittBayNot 2008, 19 ff., plädiert sogar für die Anwendung der steuerlichen Begünstigung bei gänzlichem Ausschluss des Zugewinnausgleichs.

<sup>689</sup> Grund, MittBayNot 2008, 19 (20); siehe auch Moench/Weinmann/Weinmann, § 5 ErbStG, Rn. 10 ff.

<sup>690</sup> BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 60.

## (a) Die Inhaltskontrolle einer ehevertraglichen Vereinbarung

Im Ausgangspunkt gilt auch im Ehegüterrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, vgl. § 1408 BGB. Es ist daher das Recht der Ehegatten, „den von ihnen als unbillig oder unbefriedigend empfundenen Verteilungsergebnissen des gesetzlichen Güterstands durch eine eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Vermögenssphäre [zu] begegnen und in diesem Rahmen auch eigene ökonomische Bewertungen ihrer Beiträge zum Familienunterhalt vornehmen zu können.“<sup>691</sup> Da in ehevertraglichen Vereinbarungen regelmäßig Vorschriften abbedungen werden, welche dem Schutz des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten dienen, stellt sich die Frage nach rechtlichen Schranken.<sup>692</sup> War der BGH in seiner früheren Rechtsprechung hinsichtlich der Wirksamkeit von ehevertraglichen Vereinbarungen recht großzügig,<sup>693</sup> so hat sich dies infolge zweier Grundsatzentscheidungen des BVerfG gewandelt. Das BVerfG hatte in diesen Grundsatzentscheidungen betont, dass es im Bereich ehevertraglicher Vereinbarungen eines Schutzes vor unangemessenen Benachteiligungen bedarf.<sup>694</sup> Folge war die Verschärfung der Rechtsprechungslinie des BGH. Vor dem Hintergrund, dass betroffene Grundrechtspositionen (insb. Art. 2 Abs. 1 GG vs. Art. 3 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, 2, 4 GG) in einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügenden Weise in Ausgleich zu bringen sind, anstatt eine Grundrechtsposition ohne sachlichen Grund einseitig gegenüber einer anderen zu bevorzugen,<sup>695</sup> wurde eine zweistufige Inhaltskontrolle entwickelt.<sup>696</sup> Im Rahmen dieser soll die Parität der Vertragsparteien hochgehalten werden.

Auf erster Stufe der Inhaltskontrolle ist die sog. Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB heranzuziehen, während sich auf zweiter Stufe die sog. Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB anschließt.<sup>697</sup>

<sup>691</sup> BGH, NJW 2013, 457 (459), juris Rn. 20; siehe auch BGH, MittBayNot 1997, 231, juris Rn. 19: „Gemäß § 1408 BGB steht es Ehegatten grundsätzlich frei, ihren Güterstand durch Ehevertrag aufzuheben oder zu ändern. So können sie jederzeit den Zugewinnausgleich ganz oder teilweise ausschließen, eine andere Quote als gesetzlich vorgesehen oder eine andere Art der Teilung sowie andere Abweichungen von der gesetzlichen Regelung vereinbaren.“

<sup>692</sup> Stöhr, JuS 2022, 805 (806).

<sup>693</sup> BGH, NJW 1997, 192 f. = FamRZ 1997, 156 (157), juris Rn. 12 ff.; vgl. auch NJW 1991, 913, Ls. 1 = FamRZ 1991, 306.

<sup>694</sup> BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 f., juris Rn. 31 ff.; BVerfG, NJW 2001, 2248, juris Rn. 5 ff.

<sup>695</sup> BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 ff., juris Rn. 32 ff.; Stöhr, JuS 2022, 805 (806).

<sup>696</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935), juris Rn. 45 f.; siehe ausführlich zur Kontrolle von Ehevereinbarungen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung *Meider*, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft, S. 68 ff.

<sup>697</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935), juris Rn. 45 f.

(aa) Die Wirksamkeitskontrolle, § 138 Abs. 1 BGB

264 Die Wirksamkeitskontrolle zielt auf den Moment des Vertragsschlusses und erfordert für die Annahme von Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB das Vorliegen eines objektiven sowie subjektiven Elements.<sup>698</sup> Sollte eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auszumachen sein, so greifen die gesetzlichen Regelungen.<sup>699</sup>

265 In objektiver Hinsicht bedarf es einer evident einseitigen Lastenverteilung, ausschlaggebend ist dabei der Inhalt des verzichteten Rechts sowie das Gewicht dieses Verzichts.<sup>700</sup> Um dieses Element griffiger zu gestalten, wurde die sog. „Kernbereichslehre“<sup>701</sup> entwickelt. Diese nimmt eine Abstufung der gesetzlichen Scheidungsfolgen respektive derer Bedeutung für den jeweils Berechtigten vor. Die Abstufung gestaltet sich dabei wie folgt:<sup>702</sup>

1. Rangstufe (engster Kernbereich): Betreuungsunterhalt
2. Rangstufe: Krankheits- und Altersunterhalt; Versorgungsausgleich
3. Rangstufe: Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit
4. Rangstufe: Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt

Der Zugewinnausgleich ist nicht vom Kernbereich umfasst.<sup>703</sup>

266 Das Vorliegen des subjektiven Elements bestimmt sich dahingegen nach der Art und Weise des Zustandekommens des Ehevertrags samt der diesem unterliegenden Zwecke sowie Beweggründe, welche die Ehegatten zum Abschließen des Ehevertrags veranlasst haben.<sup>704</sup> Es muss sich gerade eine Störung der subjektiven Vertragsparität ausmachen lassen, welche auf der einseitigen Dominanz eines Ehepartners beruht, etwa durch die Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit.<sup>705</sup>

---

<sup>698</sup> MüKo/Münch, § 1408 BGB, Rn. 36 ff.; BeckOGK/Reetz, § 1408 BGB, Rn. 251.

<sup>699</sup> BGH, NJW 2013, 457 (458), juris Rn. 16; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1408 BGB, Rn. 62.

<sup>700</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (932 ff.), juris insb. Rn. 39 ff.; Stöhr, JuS 2022, 805 (807).

<sup>701</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (934), juris Rn. 39 ff.

<sup>702</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (934), juris Rn. 40 ff.; Stöhr, JuS 2022, 805 (807).

<sup>703</sup> BGH, NJW 2013, 457 (459), juris Rn. 21; MüKo/Münch, § 1408 BGB, Rn. 67.

<sup>704</sup> BGH, NJW 2013, 457 (458), juris Rn. 16; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1408 BGB, Rn. 54.

<sup>705</sup> BGH, NJW 2013, 380 (382), juris Rn. 24; NJW 2020, 3243 (3246), juris Rn. 29.

Die Untersuchung einer möglichen Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 Abs. 1 267  
BGB ist dabei anhand einer Gesamtschau der objektiven sowie subjektiven  
Kriterien vorzunehmen.<sup>706</sup>

(bb) Die Ausübungskontrolle, § 242 BGB

Anders als die Wirksamkeitskontrolle (§ 138 Abs. 1 BGB) stellt die Aus- 268  
übungskontrolle (§ 242 BGB) nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses  
ab. Sie berücksichtigt den Umstand, dass sich Verhältnisse nach Abschluss  
des Ehevertrags ändern können, die Wirksamkeitskontrolle daher für sich ge-  
nommen keinen angemessenen Interessenausgleich sicherstellen kann.<sup>707</sup> Hält  
die ehevertragliche Vereinbarung der Wirksamkeitskontrolle stand, ist daher  
die entscheidende Frage, welcher sich die Ausübungskontrolle widmet, ob es  
dem Ehegatten im Zeitpunkt der Eheauflösung gem. § 242 BGB verwehrt ist,  
sich auf den Inhalt des Ehevertrags zu berufen.<sup>708</sup> Voraussetzung eines rechts-  
missbräuchlichen Verhaltens ist insofern das Hervorrufen einer evident einsei-  
tigen Lastenverteilung, welche für den anderen Ehegatten unzumutbar<sup>709</sup> bzw.  
mit dem Gebot ehelicher Solidarität unvereinbar ist.<sup>710</sup>

(b) Kein inhaltlicher Verstoß ehevertraglicher Vereinbarungen bezüglich  
des realen Zugewinnausgleichs bei Eheauflösung durch den Tod

Unter Zugrundelegung der vom BGH entwickelten Grundsätze zur Inhalts- 269  
kontrolle von ehevertraglichen Vereinbarungen gilt es zu untersuchen, inwie-  
fern Vereinbarungen, den realen Zugewinnausgleich im Todesfall auszuschlie-  
ßen, mit diesen vereinbar wären.

(aa) Die prozessuale Geltendmachung einer möglichen Unwirksamkeit

Grundsätzlich wird die Unwirksamkeit einer ehevertraglichen Vereinbarung 270  
im Wege des Feststellungsantrags nach §§ 111 Nr. 9 FamFG, 112 Nr. 2  
FamFG, 261 Abs. 1 FamFG, 113 Abs. 5 FamFG i. V. m. § 256 ZPO verfolgt.<sup>711</sup>

<sup>706</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933); MüKo/Münch, § 1408 BGB, Rn. 42.

<sup>707</sup> Stöhr, JuS 2022, 805 (808).

<sup>708</sup> Dethloff, FamR, § 5 Rn. 35; MüKo/Münch, § 1408 BGB, Rn. 44; Schwab, FamR, Rn. 242.

<sup>709</sup> BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935), juris Rn. 46.

<sup>710</sup> BGH, NJW 2015, 52 (53), juris Rn. 23.

<sup>711</sup> Beachte, dass es für die Klärung der Rechtsfolgen der Ausübungskontrolle eines  
entsprechend ausdifferenzierten Feststellungsantrags bedarf, BeckOK/Scheller/Sprink,  
§ 1408 BGB, Rn. 76.



Da es sich allerdings gerade um eine Vereinbarung über den realen Zugewinnsausgleich im Todesfall handeln würde, mithin ein Ehegatte verstorben wäre, soll kurz erörtert werden, inwiefern sich auch dessen Erben dem Feststellungsantrag bedienen könnten. Insofern ist festzuhalten, dass nach § 261 Abs. 1 FamFG auch solche Verfahren Güterrechtssachen sind, die Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht betreffen, auch wenn Dritte an dem Verfahren beteiligt sind. Es bliebe damit bei der Normenkette und der Verweisung in die ZPO. Mit Blick auf § 256 ZPO läge auch ein Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden kann, vor. Bei einem solchen handelt es sich um die aus einem vorgetragenen Sachverhalt abgeleitete rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder von Personen zu Sachen.<sup>712</sup> Das insofern zu klärende Rechtsverhältnis zwischen Erben und überlebenden Ehegatten würde sich in der bestehenden oder aufgrund der ehevertraglichen Vereinbarung gerade nicht bestehenden Verpflichtung zur Ausgleichszahlung begründen. Eine Feststellungsklage in dieser Konstellation wäre zulässig, da nach der Rechtsprechung des BGH ein Drittrechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, wenn es zugleich für die Rechtsbeziehung der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung hat.<sup>713</sup> Ebenso würde regelmäßig ein Feststellungsinteresse im Sinne eines rechtlichen Interesses vorliegen, da das erstrebte Urteil geeignet wäre, die gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit zu beseitigen, welche dem Recht oder der Rechtslage – dem Bestehen des Zugewinnausgleichsanspruchs – droht.<sup>714</sup>

271 Im Grundsatz könnten daher sowohl der überlebende Ehegatte als auch die gesetzlichen Erben des Verstorbenen als Anspruchsberechtigte die Unwirksamkeit des Ehevertrags prozessual geltend machen.

(bb) Der beidseitige Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall

272 Es ist daher zu erörtern, inwiefern eine Unwirksamkeit der angeführten Konstellationen zu befürchten wäre: So zunächst, ob die ehevertragliche Vereinbarung eines Ausschlusses des realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Inhaltskontrolle von ehevertraglichen Vereinbarungen standhalten würde. Vorab sei gesagt, dass es sich bei dieser Konstellation nur um eine Modifizierung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft handeln würde und nicht um die Wahl der Gütertrennung. So blieben der Zuge-

<sup>712</sup> BGH, NZBau 2022, 20 (21), juris Rn. 25; NJW 2009, 751, juris Rn. 10; BeckOK/Bacher, § 256 ZPO, Rn. 3.

<sup>713</sup> BGH, NJW 2019, 3635 (3636), juris Rn. 18; NZA 2000, 1122, juris Rn. 7.

<sup>714</sup> Vgl. BGH, NJW 2015, 873 (875), juris Rn. 29; BeckOK/Bacher, § 256 ZPO, Rn. 20.

winnausgleich im Scheidungsfall als auch die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 ff. BGB erhalten. Es würde sich um keinen Fall des § 1414 S. 2 BGB handeln.

Mit Blick auf die Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB ist festzuhalten, dass der Zugewinnausgleich grundsätzlich nicht zum Kernbereich zählt, vielmehr eine „Kernbereichsferne“ besteht.<sup>715</sup> Es ist daher grundsätzlich keine Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB eines Ausschlusses des Zugewinnausgleichs für sich genommen zu befürchten.<sup>716</sup> Hinsichtlich des subjektiven Elements lässt sich keine abschließende Prognose treffen, kommt es doch gerade auf die Umstände des Zustandekommens des Vertrags und die verfolgten Zwecke sowie Beweggründe der Parteien an. Letztlich handelt es sich um eine Entscheidung im Einzelfall. Je nach Gestaltung des gesamten Ehevertrags wäre eine Sittenwidrigkeit zu bejahen, sollte sich in einer Gesamtbetrachtung das Bild abzeichnen, dass „das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt.“<sup>717</sup> Steht allerdings, wie zur Grundlage der Fragestellung gemacht, einzig der beidseitige Verzicht auf Zugewinnausgleich im Todesfall im Raume, so wird regelmäßig vor dem Hintergrund der Kernbereichsferne keine Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB zu begründen sein. 273

Auch hinsichtlich der Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB lässt sich nur schwer eine abschließende Prognose treffen, kommt es doch gerade auf die konkreten Umstände im Zeitpunkt der Eheauflösung an. Vor dem Hintergrund, dass der reale Zugewinnausgleich im Todesfall grundsätzlich mit dem gesetzlichen Erbrecht einhergeht, wird regelmäßig keine evident einseitige Lastenverteilung vorzufinden sein, welche für den überlebenden Ehegatten unzumutbar bzw. mit dem Gebot ehelicher Solidarität unvereinbar wäre. Dies geht darauf zurück, dass der Überlebende *de lege ferenda* im gesetzlichen Erbrecht eine Erbquote von  $\frac{1}{2}$  neben Verwandten erster Ordnung und  $\frac{3}{4}$  neben Eltern erhielte. Es kann nicht von einer einseitigen Lastenverteilung gesprochen werden, wenn dem Überlebenden mindestens die Hälfte des Nachlasses zustünde. Etwas anderes könnte sich nur in den Ausnahmefällen ergeben, in welchen es dem überlebenden Ehegatten möglich sein soll, trotz gewillkürter Erbfolge seinen rechnerischen Zugewinnausgleich geltend zu machen, also 274

---

<sup>715</sup> BGH, NJW 2013, 457 (459), juris Rn. 21; MüKo/Münch, § 1408 BGB, Rn. 67; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1408 BGB, Rn. 44.

<sup>716</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1408 BGB, Rn. 44; beachtet werden muss aber die mögliche „Infektionswirkung“ durch die Nichtigkeit anderer Vereinbarungen im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau, BeckOK/Scheller/Sprink, § 1408 BGB, Rn. 51.

<sup>717</sup> BGH, NJW 2013, 457 (459), juris Rn. 26.

insbesondere in dem Fall, dass er enterbt wurde. In diesem Fall könnte sich tatsächlich eine einseitige Lastenverteilung zulasten des überlebenden Ehegatten ergeben – erhält dieser gerade keinen Erbteil und keinen Zugewinnausgleich, könnten sich unter dem Aspekt der Versorgungssicherung Bedenken ergeben. Insofern ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es *de lege lata* nicht nur möglich ist, das pauschale Viertel i.S.d. § 1371 Abs. 1 BGB abzubedingen,<sup>718</sup> sondern auch den Zugewinnausgleich im Todesfall im Rahmen der „güterrechtlichen Lösung“ gem. § 1371 Abs. 2 BGB weitgehend zu modifizieren bzw. auszuschließen.<sup>719</sup> Es scheint keine unterschiedliche Behandlung angezeigt. Beide Fälle gestalten sich insofern gleich, als der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und zu Lebzeiten auf seinen rechnerischen Zugewinnausgleich im Todesfall verzichtet hat. Der reale Zugewinnausgleich *de lege ferenda* wäre daher nicht anders zu bewerten. Der BGH sieht im geltenden Recht selbst im Rahmen der Ausübungskontrolle nur einen sehr geringen Spielraum für eine Anpassung im Bereich des Zugewinnausgleichs.<sup>720</sup> Eine Korrektur im Wege der Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB dürfte daher im Regelfall ebenfalls nicht greifen.

- 275 Für die alleinige Vereinbarung des Ausschlusses des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall ist im Ergebnis daher anzunehmen, dass diese der ehevertraglichen Inhaltskontrolle am Maßstab der vom BGH entwickelten Kriterien standhalten würde.

(cc) Der Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden

- 276 Zu untersuchen bleibt, ob dies auch für den Fall gelten würde, dass die Ehegatten ehevertraglich ein Entstehen des realen Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod nur zugunsten des überlebenden Ehegatten vereinbaren, den realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten also abbedingen würden.

- 277 Beginnend ist festzustellen, dass die grundsätzliche Aufnahme einer entsprechenden Bedingung (bspw. „Ein rechnerischer Zugewinnausgleich im Fall der Eheauflösung durch den Tod soll nur vorgenommen werden, als der

<sup>718</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 21; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 57; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 133.

<sup>719</sup> Vgl. Langenfeld/Milzer/Milzer, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Kapitel 2, Rn. 38.

<sup>720</sup> BGH, NJW 2013, 457 (460 f.), juris Rn. 34 ff.; MüKo/Münch, § 1408 BGB, Rn. 67.

Überlebende von uns der Ausgleichsberechtigte ist“) in den Ehevertrag zulässig wäre.<sup>721</sup>

Hinsichtlich der Wirksamkeitskontrolle gilt grundsätzlich, was im Rahmen des beidseitigen Ausschlusses ausgeführt wurde. Wieder steht der Zugewinnausgleich in Rede. Dieser fällt nicht in den Kernbereich, sodass eine Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht zu befürchten wäre. Bereits *de lege lata* kann der Zugewinnausgleich nur für einen Ehegatten ausgeschlossen oder beschränkt werden, für den anderen Ehegatten aber unberührt bleiben.<sup>722</sup> Sollten die Ehegatten *de lege lata* den pauschalierten Zugewinnausgleich im Todesfall gem. § 1371 Abs. 1 BGB ausschließen, so wird regelmäßig bei ausdrücklicher Anordnung oder im Rahmen der Auslegung bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte davon ausgegangen, dass die Ehegatten neben den gesetzlichen Erbteil einen rechnerischen Zugewinnausgleich zugunsten des Überlebenden treten lassen wollten.<sup>723</sup> Eine solche Vereinbarung wird als zulässig angesehen.<sup>724</sup> Im Gegensatz zum beidseitigen Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs lässt sich an dieser Stelle darüber hinaus feststellen, dass das subjektive Element nie erfüllt sein wird. So soll gerade verhindert werden, dass der überlebende Ehegatte einen Ausgleich entrichten muss. Der Ausschluss geht vielmehr zulasten der *de lege ferenda* grundsätzlich Anspruchsberechtigten gesetzlichen Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten, da diese im Fall des zuerst Versterbens des Ausgleichsberechtigten nun keinen Anspruch erhielten. Dabei ist zu beachten, dass die Erben des Ausgleichsberechtigten durch das Zusprechen des realen Zugewinnausgleichsanspruchs im Todesfall nicht nachträglich auf die güterrechtliche Stufe des Ehegatten gehoben werden. Mit Blick auf die Wirksamkeitskontrolle, welche auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt, kann daher keine Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB auszumachen sein.

Mit Blick auf die Ausübungskontrolle ist ebenfalls auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Ehegatten im Wege des Erbrechts durch Testament oder Erbvertrag erreichen könnten, dass die gesetzlichen Erben gänzlich von der Vermögensteilhabe ausgeschlossen wären, indem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Insofern kann kein Raum für die Anwendung der Ausübungskontrolle bestehen.

<sup>721</sup> Vgl. zu Bedingungen in Eheverträgen in der Gestaltungspraxis *de lege lata*, BeckOGK/Reetz, § 1408 BGB, Rn. 68.

<sup>722</sup> Langenfeld/Milzer/Milzer, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Kapitel 2, Rn. 38.

<sup>723</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 23; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 62 f.

<sup>724</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 374, Rn. 21; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 71; Staudinger/Thiele, § 1371 BGB, Rn. 133.

280 Ein Ausschluss des Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden würde folglich den Grundsätzen der Inhaltskontrolle von ehevertraglichen Verfügungen ebenso standhalten wie der beidseitige Ausschluss des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall. Es müsste die Form des § 1410 BGB gewahrt werden.<sup>725</sup>

*d) Die Ausgleichung von lebzeitigen ausgleichspflichtigen Zuwendungen*

281 Ein weiterer Problemkreis stellt sich mit Blick auf die Ausgleichung von Zuwendungen des Erblassers an später Zugewinnausgleichsberechtigte.<sup>726</sup> Solche Zuwendungen können *de lege lata* im Bereich des Erbrechts bei der Verteilung des Nachlasses nach Maßgabe der §§ 2050 ff. BGB auszugleichen sein.<sup>727</sup> Bei der Einführung eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten könnten ausgleichspflichtige Zuwendungen aber auch mit Blick auf einen solchen Zugewinnausgleichsanspruch zu berücksichtigen sein.<sup>728</sup>

*aa) Die Ausgleichung zwischen mehreren Abkömmlingen*

282 Die §§ 2050 ff. BGB sehen vor, dass unter Umständen für bestimmte lebzeitige Zuwendungen eine Ausgleichungspflicht für Abkömmlinge als gesetzliche Erben besteht. Hinter dieser Regelung verbirgt sich der Gedanke des gleichgerechten Erblassers.<sup>729</sup> Das Gesetz geht im Grundsatz davon aus, dass bei fehlender anderweitiger Anordnung der Erblasser alle Abkömmlinge hinsichtlich bestimmter lebzeitiger Zuwendungen wertmäßig gleichgestellt haben möchte.<sup>730</sup> Fraglich ist, wie sich dieser Umstand mit Blick auf den realen Zu-

---

<sup>725</sup> Kaulbach, AcP 223 (2023), 123 (149).

<sup>726</sup> Zuwendungen zwischen den Ehegatten würden, soweit sie zu berücksichtigen sind, bereits bei Bestimmung der Höhe der (hypothetisch auf den verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten entfallenden) Ausgleichsforderung gem. § 1380 BGB erfasst.

<sup>727</sup> An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in der Literatur verschiedentlich Reformforderungen hinsichtlich der §§ 2050 ff. BGB laut geworden sind, die Ausgleichungspflicht auf sämtliche überobligationsmäßigen, den Rahmen üblicher Gelegenheitsgeschenke übersteigenden Vorempfänge zu erstrecken, vgl. etwa Kroppenberg, NJW 2010, 2609 (2611); Lange, DNotZ 2009, 732 (734); Röthel, 68. DJT, A 56 ff., A 109.

<sup>728</sup> Diesen Umstand führte der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts als „erhebliche Schwierigkeit“ gegen einen realen Zugewinnausgleich zulasten des Überlebenden an, BT-Drs. 2/224, S. 47.

<sup>729</sup> Staudinger/Löhnig, § 2050 BGB, Rn. 1; Röthel, 68. DJT, A 56 f.

<sup>730</sup> MüKo/Fest, § 2050 BGB, Rn. 1; BeckOGK/Rißmann, § 2050 BGB, Rn. 2.

gewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten auswirken könnte. Würde der Zugewinnausgleichsanspruch in den Nachlass fallen, wäre diese Frage schnell zu beantworten: Als Nachlassgegenstand würden die §§ 2050 ff. BGB greifen und damit die Ausgleichung unter den Abkömmlingen regeln. Nun soll der Zugewinnausgleichsanspruch nach dem vorliegenden Vorschlag jedoch gerade nicht in den Nachlass fallen. Eine direkte Anwendung der §§ 2050 ff. BGB würde folglich ausscheiden. Fraglich ist daher, ob bzw. wie ein Ausgleich zwischen den Abkömmlingen auf andere Weise herzustellen wäre.

*(1) Die Ausgleichung von lebzeitigen ausgleichspflichtigen Zuwendungen im Erbrecht*

Bevor auf einzelne Konstellationen näher eingegangen wird, soll in aller Kürze die Funktionsweise der §§ 2050 ff., insbesondere der §§ 2055, 2056 BGB geschildert werden. 283

Ausgleichungspflichtig bzw. -berechtigt sind gem. § 2050 BGB grundsätzlich nur Abkömmlinge des Erblassers, die gesetzliche Erben geworden sind.<sup>731</sup> § 2050 Abs. 1 BGB erklärt die sog. „Ausstattung“ für ausgleichungspflichtig, wenn nichts anderes vom Erblasser angeordnet wurde. Was grundsätzlich unter Ausstattung zu verstehen ist, richtet sich nach § 1624 Abs. 1 BGB.<sup>732</sup> Nach § 2050 Abs. 2 BGB sind Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbereitung zu einem Beruf insoweit zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben. Im Unterschied zu Abs. 1 kommt es insofern also gerade auf das Übermaß an.<sup>733</sup> Schließlich sind sonstige Zuwendungen unter Lebenden gem. § 2050 Abs. 3 BGB nur auszugleichen, sofern der Erblasser eine Ausgleichung bei der Zuwendung angeordnet hat. 284

Liegt eine ausgleichungspflichtige Zuwendung nach § 2050 BGB vor, wird die Ausgleichung nach der Regelung des § 2055 BGB durchgeführt, wobei dieser durch § 2056 BGB ergänzt wird. In einem ersten Schritt sind dabei die Anteile der an der Ausgleichung nicht beteiligten Miterben – hinsichtlich des vorliegenden Problemkreises wird dies stets der überlebende Ehegatte sein<sup>734</sup> – 285

<sup>731</sup> BeckOK/Lohmann, § 2050 BGB, Rn. 4f.; Staudinger/Löhnig, § 2050 BGB, Rn. 10, 14.

<sup>732</sup> Erman/Bayer, § 2050 BGB, Rn. 6; MüKo/Fest, § 2050 BGB, Rn. 14; Olzen/Loschelders, ErbR, Rn. 1033.

<sup>733</sup> MüKo/Fest, § 2050 BGB, Rn. 16, 29; Staudinger/Löhnig, § 2050 BGB, Rn. 29.

<sup>734</sup> Insofern ist zu beachten, dass zugewinnausgleichsberechtigt die gesetzlichen Erben des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten wären. Handelt es sich nicht

vorweg anhand der tatsächlichen Teilungsmasse zu ermitteln.<sup>735</sup> Anschließend ist der sog. Ausgleichsnachlass<sup>736</sup> zu bestimmen, indem der Wert aller ausgleichungspflichtigen Zuwendungen dem Teil des Nachlasses, welcher den ausgleichungsbeteiligten Miterben zusteht, hinzugerechnet wird.<sup>737</sup> Um den auf jeden Miterben entfallenden Erbteil zu bestimmen, ist der Ausgleichsnachlass mit der relativen Erbquote eines jeden Miterben zu multiplizieren.<sup>738</sup> Die relative Erbquote ergibt sich dabei aus dem Übertrag des Verhältnisses der tatsächlichen Erbquoten auf den Ausgleichsnachlass, wobei die Summe aller relativen Erbquoten den Ausgleichsnachlass vollständig aufzehrt.<sup>739</sup> Schließlich muss jedem Miterben, welcher eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat, der Wert der Zuwendung auf den Erbteil angerechnet werden.<sup>740</sup> Sollte jedoch der Wert der Zuwendung den Wert des zustehenden Erbteils übersteigen, ordnet § 2056 BGB an, dass der Mehrwert nicht herauszugeben ist (S. 1). Vielmehr findet die Teilung des Nachlasses in einem solchen Fall unter Außerachtlassung des Werts der Zuwendung sowie des Erbteils des Miterben statt (S. 2).

## (2) Die Darstellung der Problematik

- 286 Hinsichtlich der Frage, ob bzw. wie sich eine Ausgleichungspflicht zwischen Abkömmlingen auf den ihnen zustehenden Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten erstrecken könnte, sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.
- 287 Sollte die lebzeitig gemachte Zuwendung den zustehenden Erbteil des bedachten Abkömmlings nicht überschreiten und kann daher ein Ausgleich im Erbrecht nach § 2055 BGB erfolgen, so bedürfte es mit Blick auf die Höhe der zustehenden Zugewinnausgleichsforderung keiner Korrektur. Die ausgleichspflichtige Zuwendung würde vollständig im Rahmen der erbrechtlichen Auseinandersetzung ausgeglichen werden können.

---

um die gesetzliche Erbfolge, würde kein Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten entstehen. Da also gerade die gesetzliche Erbfolge zum Zuge kommen muss, würde es – mit Blick auf das vorliegende Problem des Verhältnisses der Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen im Rahmen des Erbrechts bzw. des realen Zugewinnausgleichs – immer der überlebende Ehegatte sein, dessen Erbteil vorweg zu bestimmen wäre.

<sup>735</sup> Brox/Walker, ErbR § 31, Rn. 26; BeckOGK/Rißmann, § 2055 BGB, Rn. 9.

<sup>736</sup> Zum Begriff siehe Brox/Walker, ErbR § 31, Rn. 26.

<sup>737</sup> Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 1035; BeckOGK/Rißmann, § 2055 BGB, Rn. 13.

<sup>738</sup> MüKo/Fest, § 2055 BGB, Rn. 7.

<sup>739</sup> Vgl. Brox/Walker, ErbR § 31, Rn. 26; BeckOGK/Rißmann, § 2055 BGB, Rn. 14.

<sup>740</sup> Staudinger/Löhnig, § 2055 BGB, Rn. 8; Olzen/Looschelders, ErbR, Rn. 1035.

Problematischer sind Fälle, in welchen der Ausgleich im Erbrecht nicht vollständig bewirkt werden könnte, da ein Miterbe, welcher durch die Zuwendung mehr erhalten hat, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, nach dem Grundsatz der Idealkollation ( $\neq$  Realkollation) weder zur Herausgabe des Vorempfangs noch zur Herauszahlung des Mehrbetrags verpflichtet wäre, § 2056 S. 1 BGB.<sup>741</sup> Ratio hinter dieser Regelung ist zweierlei: So zum einen, dass der vermutete Wille des Erblassers dahingeht, dass von ihm lebzeitig getätigte Zuwendungen nur mit dem sich aus § 2055 BGB ergebenden Auseinandersetzungsguthaben verrechnet, im Übrigen aber nicht an den Nachlass zurückgewährt werden, sondern bei den Empfängern verbleiben sollen.<sup>742</sup> Zum anderen wird es nur als billig erachtet, dass ein zu Lebzeiten mit einer Zuwendung Bedachter über die Verrechnung hinaus nicht mit Herausgabe- oder Ausgleichungspflichten für etwas belastet wird, was als endgültig zugewandt angesehen werden durfte.<sup>743</sup> Ist ein Fall des § 2056 S. 1 BGB gegeben, würde der Nachlass unter den übrigen Erben in der Weise geteilt, dass der Wert der Zuwendung und der Erbteil des (lebzzeitig begünstigten) Miterben außer Betracht blieben, § 2056 S. 2 BGB. Fraglich ist, ob es in diesen Konstellationen einen weitergehenden Ausgleich im Bereich des Zugewinnausgleichsanspruchs geben sollte.

Dagegen könnte angeführt werden, dass die lebzeitige Zuwendung aus vorhandenem Vermögen des Erblassers getätigt wurde und daher auch nur ein Ausgleich aus vorhandenem Vermögen, also dem tatsächlich Vererbten vorgenommen werden sollte. Zudem müsste die lebzeitige Zuwendung, um den gesetzlichen Erbteil eines Abkömmlings in einem solchen Maße zu überschreiten, dass der bedachte Abkömmling spürbar durch die Regelung, dass ein Mehrempfang nicht zurückzuzahlen ist, bessergestellt wäre, einen beträchtlichen Teil des Vermögens des Elternteils ausmachen. Bei so gewichtigen Zuwendungen könnte aber erwartet werden, dass, sollte eine Ausgleichung zwischen den Abkömmlingen gewünscht sein, eine solche durch Planung der Rechtsnachfolge von Todes wegen erfolgt.

Insbesondere die Argumentation, dass der Ausgleich nur aus dem tatsächlichen Vererbten zu vollziehen ist, greift jedoch zu kurz. Der Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten rührt von dem verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten her, auch wenn der Übergang bzw. die Begründung der Anspruchsinhaberschaft sich nicht über den Nachlass, sondern im Wege gesonderter gesetzlicher Anordnung bestimmt. Es handelt sich um einen

<sup>741</sup> Vgl. MüKo/Fest, § 2056 BGB, Rn. 1; BeckOGK/Rißmann, § 2056 BGB, Rn. 3; Röthel, 68. DJT, A 56.

<sup>742</sup> Brox/Walker, ErbR § 31, Rn. 26; MüKo/Fest, § 2056 BGB, Rn. 1; BeckOGK/Rißmann, § 2056 BGB, Rn. 2.

<sup>743</sup> MüKo/Fest, § 2056 BGB, Rn. 1; Staudinger/Löhnig, § 2056 BGB, Rn. 1.



unter Umständen beachtlichen Vermögenswert, welcher geeignet ist, eine leibzeitig getätigte, ausgleichungspflichtige Zuwendung aus- bzw. jedenfalls anzugleichen. Der gleichgerechte Elternteil ist darauf bedacht, dass nach seinem Tod, seine Abkömmlinge in gleichem Maße ausgestattet sind. Zu beachten ist darüber hinaus, dass ein Ausgleich mit Blick auf die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung über die §§ 2050 ff. BGB unstreitig stattgefunden hätte, würde die Zugewinnausgleichsforderung Nachlassgegenstand sein. In diesem Fall ist auch zu berücksichtigen, dass ein Fallen in den Nachlass diesen erhöht und damit eine vollständige Ausgleichung im Erbrecht unter Umständen ermöglicht hätte. Die Ausgliederung der Zugewinnausgleichsforderung aus dem Nachlass vermag folglich an dem grundsätzlichen Bedarf einer Ausgleichung nichts zu ändern.

### (3) *Der Vorschlag einer Regelung*

291 Es wird daher der folgende Regelungsvorschlag gemacht:

Sollte eine leibzeitige ausgleichungspflichtige Zuwendung nicht im Rahmen des Erbrechts über die §§ 2050 ff. BGB ausgeglichen werden können, insbesondere nicht, weil § 2056 S. 1 BGB Anwendung findet, so sind zur Korrektur der Höhe des jeweils zustehenden Zugewinnausgleichsanspruchs der Wert der leibzeitigen Zuwendung(en) sowie der Wert der den an der Ausgleichung im übrigen Beteiligten zustehenden Erbteile in Ansatz zu bringen. Dabei würde es in Manier des § 2055 BGB gelten, den Wert eines hypothetischen Ausgleichungsguthabens zu ermitteln, indem die ausgleichspflichtige Zuwendung (mit Blick auf die Ausgleichspflichtigkeit wäre auf die Grundsätze der §§ 2050 ff. zurückzugreifen) sowie die zustehenden Erbteile der Summe der bestehenden Zugewinnausgleichsansprüche<sup>744</sup> hinzugerechnet würden. Anschließend wäre dieses Guthaben mit den relativen Quoten (wobei das Verhältnis mehrerer zueinander gleichbleibt) zu multiplizieren. Auf die sich ergebenden Beträge wären schließlich die Zuwendungen bzw. Erbteile anzurechnen. Sollte der Wert der Zuwendung allerdings auch den zustehenden Zugewinnüberschussanteil übersteigen, so wäre in Anlehnung an die Regelung des § 2056 BGB so zu verfahren, dass der Anteil am Zugewinnüberschuss nur unter den übrigen Berechtigten verteilt würde, wobei der Wert der Zuwendung außer Betracht bliebe. Damit würde kein vollständiger Ausgleich herbeigeführt.

---

<sup>744</sup> Insofern kann das Rechnen regelmäßig um einiges abgekürzt werden, indem schlicht die Hälfte des gesamten Ausgleichsanspruchs genommen wird. Da auf den überlebenden Ehegatten eine gesetzliche Erbquote von  $\frac{1}{2}$  neben Ankömmlingen entfällt, können die Quoten der übrigen gesetzlichen Erben (welche die Höhe des jeweils zustehenden Zugewinnausgleichsanspruchs bestimmen) zusammengefasst zwangsläufig nur  $\frac{1}{2}$  betragen.

führt (vor dem Hintergrund des geltenden Prinzips der Idealkollation), aber immerhin eine Angleichung erreicht werden können.

#### (4) Die Anwendung des Regelungsvorschlags auf konkrete Beispiele

Um die Funktionsweise des unterbreiteten Regelungsvorschlags darzustellen, sollen im Folgenden verschiedene Beispiele behandelt werden. 292

**Beispiel 1:** *M und F sind im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet und haben zwei Kinder  $K_1$  und  $K_2$ . F verstirbt untestiert. Der Nachlass beträgt € 50.000. F hätte gegen M einen Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. € 200.000 gehabt. Zu Lebzeiten machte F dem  $K_1$  eine ausgleichspflichtige Zuwendung von € 10.000.* 293

Die Erbquoten würden M  $\frac{1}{2}$  und je Kind  $\frac{1}{4}$  betragen. Nach § 2050 BGB wäre die ausgleichungspflichtige Zuwendung zwischen den Abkömmlingen, welche als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, auszugleichen. Vorliegend würde M aus dem Nachlass  $\frac{1}{2}$  von € 50.000 mithin € 25.000 erhalten. Der Ausgleichungsnachlass würde sich über Hinzurechnung des Werts aller ausgleichungspflichtigen Zuwendungen auf den Teil des Nachlasses bestimmen, welcher den ausgleichungsbeteiligten Miterben zustünde. Im Beispiel müsste daher der unter den an der Ausgleichung beteiligten Kindern zu verteilende Nachlass von € 25.000 um den Wert der ausgleichungspflichtigen Zuwendung von € 10.000 erhöht werden. Es ergäbe sich ein Ausgleichungsnachlass von € 35.000. An diesem würden die Ausgleichungsbeteiligten sodann entsprechend ihrer relativen Erbquoten partizipieren (hier also  $\frac{1}{2}$ , da sie im Verhältnis 1:1 zueinanderstehen). Es stünde damit sowohl  $K_1$  als auch  $K_2$  eine Summe von  $\frac{1}{2}$  von € 35.000 mithin € 17.500 zu. Schließlich müsste der Wert der Zuwendung auf den Erbteil des  $K_1$  angerechnet werden. Auf die  $K_1$  zustehenden € 17.500 wären also die € 10.000 der Zuwendung anzurechnen, womit € 7.500 verblieben. In der Summe ergäben die auf  $K_1$  entfallenden € 7.500 und die auf  $K_2$  entfallenden € 17.500 die tatsächlich zur Auseinandersetzung vorhandenen € 25.000. In diesem Fall könnte die lebzeitige Zuwendung vollständig über die erbrechtliche Dimension ausgeglichen werden. Mit Blick auf den realen Zugewinnausgleich, welcher beiden Kindern gegen M zustünde, wäre mithin keine Korrektur vorzunehmen. Beide erhielten einen Anspruch von € 50.000 ( $\frac{1}{4} \times € 200.000$ ). Im Ergebnis hätte damit  $K_1$  € 10.000 (Zuwendung) + € 7.500 (Erbteil) + € 50.000 (Zugewinnausgleichsanspruch gegen M), in Summe also € 67.500, erhalten. Selbes Ergebnis würde sich für  $K_2$  errechnen: € 17.500 (Erbteil) + € 50.000 (Zugewinnausgleichsanspruch gegen M).

294 **Beispiel 2:** *Wie Beispiel 1, allerdings beträgt die Erbmasse € 20.000 und  $K_1$  hat eine lebzeitige ausgleichspflichtige Zuwendung über € 100.000 von F erhalten.*

Auf M entfiel als Erbteil  $\frac{1}{2}$  von € 20.000 mithin € 10.000. Als Ausgleichsnachlass ergäbe sich eine Summe von € 110.000 (€ 100.000 ausgleichspflichtige Zuwendung + € 10.000 zu verteilender Nachlass zwischen den Ausgleichsbeteiligten). Nach Multiplikation mit der relativen Erbquote von  $\frac{1}{2}$  stünde jedem Kind eine Summe von € 55.000 zu. Auf diese wäre nun die Zuwendung anzurechnen. Der Wert der Zuwendung überstiege jedoch den zustehenden Erbteil. Gem. § 2056 BGB wäre  $K_1$  allerdings nicht zur Auszahlung des Mehrbetrags (€ 55.000 – € 100.000 = € –45.000) verpflichtet.  $K_2$  erhielte den gesamten übrigen Nachlass von € 10.000. In diesem Fall würde kein Ausgleich über die erbrechtliche Auseinandersetzung erzielt werden können –  $K_1$  hätte € 100.000 (Zuwendung) erhalten, während  $K_2$  nur € 10.000 (Erbteil) zustehen würden. Würde nun keine Korrektur mit Blick auf den zustehenden Zugewinnausgleich vorgenommen, sondern schlicht an der akzessorisch zur Erbquote bestimmten Höhe der Ausgleichsforderung festgehalten, so würde das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Kindern aufrechterhalten, da sie je eine Forderung i. H. v. € 50.000 gegen M erhielten ( $\frac{1}{4}$  (Erbquote)  $\times$  € 200.000 (Zugewinnausgleichsanspruch, der F zugestanden hätte)). Es gilt daher, eine Korrektur der Höhe des Zugewinnausgleichsanspruchs vorzunehmen. Dabei würde sinngemäß § 2055 BGB gelten: Ausgleichungsguthaben bezogen auf den Zugewinnausgleich = € 210.000 (€ 50.000  $K_1$  zustehender Zugewinnausgleichsanspruch + € 50.000  $K_2$  zustehender Zugewinnausgleichsanspruch + € 100.000 Zuwendung an  $K_1$  + € 10.000 Erbteil  $K_2$ ). Die Multiplikation mit einer Quote von  $\frac{1}{2}$  ergäbe einen Wert von € 105.000 pro Kopf. Auf diese Summe wären sodann Zuwendung bzw. Erbteil anzurechnen.  $K_1$  hätte daher einen Anspruch i. H. v. € 5.000 (€ 105.000 – € 100.000 (Zuwendung)) gegen M, während  $K_2$  einen Anspruch i. H. v. € 95.000 (€ 105.000 – € 10.000 (Erbteil)) gegen M hätte. Im Ergebnis käme  $K_1$  damit auf € 100.000 + € 5.000, während auf  $K_2$  € 10.000 + € 95.000 entfielen – beide erhielten *summa summarum* Vermögenswerte i. H. v. € 105.000.

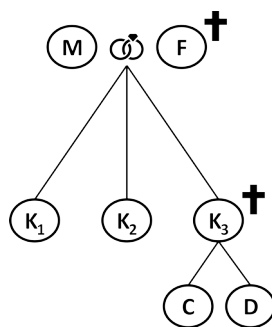
295 **Beispiel 3:** *Wie Beispiel 1, allerdings hätte F ein Zugewinnausgleichsanspruch über nur € 10.000 zugestanden. Der Nachlass beläuft sich auf € 20.000 und  $K_1$  hat eine lebzeitige ausgleichspflichtige Zuwendung von F i. H. v. € 100.000 erhalten.*

M erhielte wiederum als Erbteil  $\frac{1}{2}$  von € 20.000 mithin € 10.000. Der Ausgleichsnachlass würde wieder € 110.000 betragen (€ 100.000 ausgleichspflichtige Zuwendung + € 10.000 zu verteilender Nachlass zwischen den Ausgleichsbeteiligten). Nach Multiplikation mit der relativen Erbquote von  $\frac{1}{2}$  stünde jedem Kind eine Summe von € 55.000 zu. Auf diese wäre wie-

derum die Zuwendung anzurechnen. Da der Wert der Zuwendung jedoch den zustehenden Erbteil übersteigen würde und  $K_1$  gem. § 2056 BGB nicht zur Auszahlung des Mehrbetrags verpflichtet wäre, würde kein Ausgleich im Rahmen der erbrechtlichen Auseinandersetzung herzustellen sein. In der Folge von § 2056 S. 2 BGB erhielte  $K_2$  den gesamten übrigen Nachlass von € 10.000. Mit Blick auf den Zugewinnausgleich, ergäbe sich ein Ausgleichsguthaben von  $2 \times \frac{1}{4}$  (Erbquote eines jeden Abkömmlings)  $\times$  € 10.000 (Zugewinnausgleichsanspruch, welcher F zugestanden hätte) + € 100.000 (Zuwendung an  $K_1$ ) + € 10.000 (Erbteil  $K_2$ ) = € 115.000. Auf jeden Kopf entfielen damit € 57.500, von welchen der Wert der Zuwendung bzw. des Erbteils zu subtrahieren wären. Der Wert der Zuwendung von € 100.000 überstiege jedoch die auf  $K_1$  entfallende Summe von € 57.500. Unter Heranziehung des Telos von § 2056 BGB könnte  $K_1$  wiederum nicht zur Herauszahlung des Mehrerhalts verpflichtet sein.  $K_1$  erhielte vor diesem Hintergrund dann aber keine Ausgleichsforderung, sodass  $K_2$  eine Ausgleichsforderung i. H. v. € 5.000 gegen M zustünde. Im Ergebnis beliefe es sich hinsichtlich  $K_1$  auf die lebzeitige Zuwendung von € 100.000, während  $K_2$  nun einen Erbteil von € 10.000 sowie die Forderung gegen M über € 5.000 erhielte. Ein vollständiger Ausgleich könnte insofern nicht erzielt werden. Grund hierfür ist die konsequente Anwendung des §§ 2050 ff. BGB innewohnenden Gedankens des rein rechnerischen Ausgleichs, sprich der Idealkollation – derjenige, welcher über lebzeitige Vorempfänge mehr erhält, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, soll gerade keinen Herausgabe- oder weitergehenden Ausgleichungspflichten ausgesetzt werden. Es würde allerdings immerhin eine wirtschaftliche Angleichung erfolgen, soweit eine solche möglich wäre.

**Beispiel 4:** Abschließend soll eine Konstellation mit mehreren Beteiligten und verschiedenen Quoten sowie ausgleichspflichtigen Zuwendungen betrachtet werden.

M und F sind im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft verheiratet und haben drei Kinder  $K_1$ ,  $K_2$  und  $K_3$ .  $K_3$  ist bereits verstorben, hat selbst aber zwei Kinder C und D. F verstirbt untestiert. Der Nachlass beträgt € 80.000. F hätte gegen M einen Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. € 20.000 gehabt. Zu Lebzeiten machte F dem  $K_2$  eine ausgleichspflichtige Zuwendung von € 8.000 sowie der D i. H. v. € 12.000 ( $K_3$  war zu dieser Zeit schon verstorben).



296

Auf M entfielen als überlebender Ehegatte eine Erbquote von  $\frac{1}{2}$  und damit eine Summe von € 40.000. Der Ausgleichsnachlass beliefe sich auf € 60.000 (€ 40.000 (der den Ausgleichsbeteiligten zustehende Nachlass) +

€ 8.000 + € 12.000). Die Erbquoten würden im Ausgang neben M lauten:  $\frac{1}{3} K_1$ ;  $\frac{1}{3} K_2$ ;  $\frac{1}{3} C$ ;  $\frac{1}{3} D$  (es bestünde also ein Verhältnis von 2:2:1:1). Auf den Ausgleichsnachlass übertragen, ergäben sich relative Erbquoten von  $\frac{1}{3} K_1$ ;  $\frac{1}{3} K_2$ ;  $\frac{1}{3} C$ ;  $\frac{1}{3} D$ . D erhielte demnach € 60.000 x  $\frac{1}{3}$  mithin € 20.000. Da sie aber bereits zu Lebzeiten der F von dieser € 12.000 erhalten hat<sup>745</sup> und diese den ihr zustehenden Teil von € 20.000 übersteigen würden, bliebe sie gem. § 2056 BGB außer Betracht. Der Ausgleichsnachlass würde sich daher auf € 48.000 mindern und es ergäbe sich ein Teilungsverhältnis von 2:2:1. Die relativen Erbquoten der Berechtigten müssten an diesem Verteilungsschlüssel neu ausgerichtet werden. Es würde gelten:  $\frac{2}{5} K_1$ ;  $\frac{2}{5} K_2$ ;  $\frac{1}{5} C$ . Auf  $K_2$  würden demnach  $\frac{2}{5}$  von € 48.000 also € 19.200 entfallen. Auf jene wären € 8.000 aus der Zuwendung anzurechnen, sodass sich eine Summe von € 27.200 ergäbe.  $K_1$  erhielte die vollen € 19.200<sup>746</sup>, während C € 9.600 erhalten würde. Mit Blick auf den Zugewinnausgleich ergäbe sich: Das Ausgleichsguthaben würde € 70.000 umfassen (Zuwendungen von € 20.000 (€ 12.000 bzw. € 8.000), Erbteile von € 40.000 (€ 11.200 + € 19.200 + € 9.600) sowie die Summe aller quotalen Anteile der Anspruchsberechtigten am Zugewinnausgleich (€ 10.000)). Nun wäre auch wieder D zu berücksichtigen, sodass hinsichtlich der Quoten wieder gelten würde:  $\frac{1}{3} K_1$ ;  $\frac{1}{3} K_2$ ;  $\frac{1}{3} C$ ;  $\frac{1}{3} D$ . Für D würde das bedeuten, dass auf sie € 11.666 entfallen würden. Die Zuwendung von € 12.000 würde auch diesen Wert übersteigen, sodass D wiederum unberücksichtigt bliebe. In der Folge würde das Ausgleichsguthaben auf € 58.000 schrumpfen und würden sich die Quoten auf  $\frac{2}{5} K_1$ ;  $\frac{2}{5} K_2$ ;  $\frac{1}{5} C$  verschieben. Auf  $K_2$  entfielen damit € 23.200 abzüglich des Werts der Zuwendung von € 8.000 sowie seines Erbteils von € 11.200 mithin € 4.000. C stünden  $\frac{1}{5}$  x € 58.000 – € 9.600 = € 7.600 zu, während  $K_1$   $\frac{2}{5}$  x € 58.000 – € 19.200 = € 10.400<sup>747</sup> erhielte. Im Ergebnis erhielte  $K_1$  einen Erbteil von € 19.200 sowie einen Zugewinnausgleichsanspruch gegen M i. H. v. € 4.000,  $K_2$  einen Erbteil von € 11.200 sowie einen Zugewinnausgleichsanspruch gegen M i. H. v. € 4.000 zudem verbliebe der Wert der lebzeitigen Zuwendung von € 8.000 (beide hätten damit € 23.200 erhalten). C erhielte einen Erbteil von € 9.600 sowie einen Zugewinnausgleichsanspruch gegen M i. H. v. € 2.000. D verbliebe der Wert der lebzeitigen Zuwendung von € 12.000. Das anfangs ausge-

<sup>745</sup> Es greift nicht § 2053 Abs. 1 BGB, wonach eine Zuwendung, die ein entfernter Abkömmling vor dem Wegfall des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings von dem Erblasser erhalten hat, außer auf Anordnung hin nicht zur Ausgleichung zu bringen ist, da D die Zuwendung nach dem Tod des  $K_3$  erhalten hat.

<sup>746</sup> Zu beachten ist, dass  $K_1$  aufgrund der höheren Erbquote so viel mehr erhält als D, welche in letzter Konsequenz nur die lebzeitige Zuwendung behält.

<sup>747</sup> Das  $K_1$  und  $K_2$  nun im Rahmen des Zugewinnausgleichsanspruchs dieselbe Summe erhalten ist nur korrekt, da die Zuwendung an  $K_2$  bereits im Erbrecht ausgeglichen werden konnte.

machte Verhältnis von 2:2:1:1 zwischen den an der Ausgleichung Beteiligten wäre damit annähernd<sup>748</sup> erreicht – insgesamt hätten die Beteiligten inklusive etwaiger lebzeitiger ausgleichspflichtiger Zuwendungen, Erbteile sowie Zugewinnausgleichsansprüche gegen M erhalten: 23.200:23.200:11.600:12.000.

#### (5) Schlussfolgerung

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Endwerte in jedem Beispiel rein summarisch betrachtet ebenso Bestand hätten, würde der Zugewinnausgleichsanspruch als Nachlassgegenstand in den Nachlass fallen. Aus diesem Umstand sind scheinbar zwei Schlussfolgerungen zu ziehen, wovon jedoch nur eine zutrifft: 297

- So ist zunächst festzustellen, dass der gemachte Vorschlag zur Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen im Zusammenspiel des Erbrechts und eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten folgerichtig ist.
- Zudem könnte angenommen werden, dass der jedem der Beteiligten zustehende Wert schneller ermittelt werden könnte, würde der Zugewinnausgleich jedenfalls als Rechengröße von Beginn an dem Wert des Nachlasses hinzugerechnet werden, da es dann keines Zwischenschrittes hinsichtlich der Ausgleichung im Rahmen des Zugewinnausgleichs bedürfte. Würde das Ergebnis zwar in Summe richtig sein, also den Wert beziffern, welcher jedem Ausgleichungsbeteiligten insgesamt zustünde, hätte dieses Vorgehen allerdings zum Nachteil, dass der Wert der (vom Nachlass losgelösten) Zugewinnausgleichsforderung eines jeden Beteiligten nicht einzeln ausgewiesen werden könnte. Es würde sich daher zur einfacheren Handhabe nicht anbieten, den Zugewinnausgleich als Rechengröße ausnahmsweise in den Nachlass fallen zu lassen.

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass ausgleichungspflichtige Zuwendungen, welche der spätere Zugewinnausgleichsschuldner noch zu Lebzeiten des Zugewinnausgleichsberechtigten an die Abkömmlinge macht, im Verhältnis dieser untereinander nicht im Rahmen des realen Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des Überlebenden zu berücksichtigen wären. Diese wären nach dem Tod des überlebenden Ehegatten im Erbrecht zur Ausgleichung zu bringen. 298

---

<sup>748</sup> Ganz erreicht werden kann es nicht, da D den Mehrempfang nicht herauszugeben braucht.

bb) Die Ausgleichung zwischen den Abkömmlingen  
und dem überlebenden Ehegatten

- 299 Eine Ausgleichungspflicht der Abkömmlinge gegenüber dem überlebenden Ehegatten hinsichtlich lebzeitiger Zuwendungen des verstorbenen Ehegatten ist abzulehnen.
- 300 Mit Blick auf die erbrechtliche Dimension ergibt sich dies eindeutig aus dem Wortlaut des § 2050 BGB. So bezieht sich dieser ausdrücklich auf „Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen“.
- 301 Hinsichtlich des Zugewinnausgleichs wäre dies jedoch nicht ebenso eindeutig. Als stoßend könnte empfunden werden, dass sich das Endvermögen des verstorbenen Ehegatten durch die Zuwendung an den Abkömmling verringert und damit im Gegenzug sein Zugewinnausgleichsanspruch erhöht hätte. An diesem würde nun aber (auch) der durch die lebzeitige Zuwendung bedachte Abkömmling partizipieren. Der Abkömmling würden mithin in zweifacher Hinsicht begünstigt. Zum einen hätte er die lebzeitige Zuwendung erhalten, gleichzeitig stünde ihm aber auch ein höherer Zugewinnausgleichsanspruch gegen den Überlebenden zu, da die an ihn erfolgte Zuwendung das Endvermögen des verstorbenen Ehegatten vermindert hätte. Im Vergleich dazu sei auf den Fall des Zugewinnausgleichs bei lebzeitiger Auflösung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft hingewiesen. In diesem Fall würden die Person, der die Zuwendung (der Abkömmling) und der durch das verminderte Endvermögen erhöhte Zugewinnausgleichsanspruch (der ausgleichsberechtigten Ehegatte) zustünde, nicht zusammenfallen.
- 302 Diese Begünstigung wäre jedoch grundsätzlich hinzunehmen und nicht bei Berechnung der Höhe der Zugewinnausgleichsforderung<sup>749</sup> etwa dadurch zu korrigieren, dass die lebzeitig erhaltene Zuwendung für die Berechnung der Höhe der dem Abkömmling zustehenden Zugewinnausgleichsforderung dem Endvermögen des verstorbenen Ehegatten hinzuzurechnen wäre. Grund dafür ist zum einen, dass ein realer Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten nur in Fällen der gesetzlichen Erbfolge entstehen könnte. Dann aber sollte die vom Gesetz für Ausgleichungen im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts getroffene Entscheidung fortwirken, dass ausgleichsberechtigt und -pflichtig nur Abkömmlinge des Erblassers sind. Zum anderen

---

<sup>749</sup> In diesem Sinne vorgeschlagen von *Kaufmann* mit Blick auf das schweizerische Recht, genauer Art. 214 Abs. 1 ZGB a.F., welcher lautete: „Ergibt sich nach der Ausscheidung des Mannes- und Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen und im übrigen dem Ehemann oder seinen Erben.“, vgl. Schweizerische Juristen-Zeitung, VIII. Jahrgang (1912), Heft 15, S. 231 (232). Als Bedenken gegen einen realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten aufgenommen von BT-Drs. 1/3802, S. 60 bzw. BT-Drs. 2/224, S. 47.



spricht die Ratio des § 1375 Abs. 2 BGB gegen eine solche Ausgleichung zwischen Abkömmling und überlebendem Ehegatten. Sollte es sich bei der Zuwendung, welche das Endvermögen des verstorbenen Ehegatten mindert, um eine illoyale Vermögensminderung handeln, so würde diese dem Endvermögen hinzugerechnet und infolgedessen bei der Bestimmung der Höhe der auf den verstorbenen Ehegatten hypothetisch entfallenden Zugewinnausgleichsforderung, an welcher sich wiederum der auf die Abkömmlinge entfallende Teil bestimmen würde, berücksichtigt. Sollte es sich allerdings um keine illoyale Vermögensminderung handeln – wie etwa Ausstattungen, welche Eltern ihren Kindern zukommen lassen, womit sie einer sittlichen Pflicht nachkommen, solange die Ausstattungen nicht im Übermaß erfolgen<sup>750</sup> –, wäre die Zuwendung nicht im Rahmen von § 1375 Abs. 2 BGB relevant. Dann sollte diese gesetzliche Wertung aber Bestand haben mit der Folge, dass die erhaltene Zuwendung nicht im Verhältnis zum überlebenden Ehegatten zum Ausgleich zu bringen wäre. Eine Ausgleichungspflicht für Zuwendungen, welche ein Abkömmling zu Lebzeiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten von diesem erhalten hat, im Verhältnis zum überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten ist folglich abzulehnen.

Wie sich Zuwendungen des überlebenden Ehegatten an einen Abkömmling nach Entstehen der Zugewinnausgleichsforderung auf die Höhe dieser auswirken können, soll unten im Zusammenhang mit der Stundung der Zugewinnausgleichsforderung erörtert werden.<sup>751</sup> 303

*e) Der Minderjährige als Berechtigter eines Zugewinnausgleichsanspruchs gegen den alleinsorgeberechtigten Elternteil*

Im Grundsatz muss es jedem Zugewinnausgleichsberechtigten – unabhängig davon, ob es sich um einen Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten oder zulasten des Ehegatten handelt – offenstehen, darüber zu entscheiden, ob er den Anspruch geltend macht. Die Geltung jenes Grundsatzes könnte allerdings fraglich sein, wenn es sich bei dem Anspruchsberechtigten um ein minderjähriges Kind des überlebenden Ehegatten handeln würde. Grundsätzlich wird ein Anspruch des Kindes durch den bzw. die Sorgeberechtigten geltend gemacht, § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB, haben diese doch gem. § 1626 Abs. 1 BGB die Personen- und Vermögenssorge für das minderjährige Kind inne. Zu beachten ist jedoch, dass die Ehe in der hier zugrunde gelegten Fallkonstellation durch den Tod beendet worden wäre und damit gem. § 1680 Abs. 1 BGB dem überlebenden Elternteil (also dem ausgleichspflichtigen Ehegatten) die elter- 304

<sup>750</sup> OLG Frankfurt, NZFam 2021, 734 (738), juris Rn. 54; MüKo/Koch, § 1375 BGB, Rn. 55; Staudinger/Thiele, § 1375 BGB, Rn. 26.

<sup>751</sup> Siehe Rn. 392.



liche Sorge allein zustünde. Der im Vermögen des Kindes befindliche Ausgleichsanspruch würde sich also gegen den Inhaber der Vermögenssorge richten. Aufgrund dieses Umstands könnte mit Blick auf die Geltendmachung des Anspruchs die Vertretungsmacht des Elternteils kraft Gesetzes (§ 1629 Abs. 2 S. 1 i.V.m. §§ 1824 Abs. 2, 181 BGB) ausgeschlossen sein, mit der Folge, dass eine Pflegschaft gem. § 1809 BGB erforderlich würde und der Elternteil den Sachverhalt gem. § 1809 Abs. 2 BGB dem Familiengericht anzuzeigen hätte.<sup>752</sup> Sollte kein gesetzliches Vertretungsverbot vorliegen, könnte gleichwohl bei einem erheblichen Interessengegensatz dem Elternteil die Vermögenssorge in dieser Angelegenheit nach §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1789 Abs. 2 S. 3, 4 BGB gerichtlich zu entziehen und ein Pfleger (§ 1809 BGB) zu bestellen sein.<sup>753</sup> Folgend soll daher untersucht werden, inwiefern davon auszugehen ist, dass die Vertretungsmacht kraft Gesetzes ausgeschlossen oder aber ein so erheblicher Interessengegensatz auszumachen wäre, dass dem überlebenden Elternteil die Vermögenssorge zu entziehen wäre. Die Untersuchung erfolgt dabei anhand eines Vergleichs zu einer dem geltenden Recht bekannten Situation, in welcher ein Minderjähriger einen Anspruch gegen den alleinsorgeberechtigten Elternteil innehat. Als konkretes Beispiel soll der Fall dienen, dass einem minderjährigen Kind ein Pflichtteilsanspruch gegen den alleinsorgeberechtigten Elternteil als Alleinerben zusteht. Die Vergleichbarkeit der Fälle rührt aus dem Charakteristikum beider her, dass der Minderjährige einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den alleinsorgeberechtigten Elternteil innehat. Folgend soll zunächst dargestellt werden, wie diese Fallkonstellation im Rahmen des Pflichtteilsrecht im geltenden Recht gehandhabt wird. Daran anschließend wird untersucht, inwiefern jene Grundsätze für die vorliegend in Frage stehende Konstellation eines Zugewinnausgleichsanspruchs übertragbar wären.

#### aa) Die Darstellung einer vergleichbaren Konstellation im geltenden Recht – Der Pflichtteilsanspruch eines Minderjährigen

- 305 Verstirbt ein Elternteil und richtet sich der Pflichtteilsanspruch eines Minderjährigen gegen den gem. § 1680 BGB nunmehr alleinsorgeberechtigten Elternteil, so kann dieser grundsätzlich darüber entscheiden, ob der Anspruch geltend gemacht oder sichergestellt werden soll oder ob nichts unternommen

<sup>752</sup> MüKo/Huber, § 1629 BGB, Rn. 45; BeckOK/Veit, § 1629 BGB, Rn. 64; beachte auch, dass die schuldhaftige Verletzung der Anzeigepflicht zur Schadensersatzpflicht nach §§ 280, 1664, 1794 BGB führen kann, vgl. MüKo/Schneider, § 1809 BGB, Rn. 58; BeckOGK/Schöpfung, § 1809 BGB, Rn. 66.

<sup>753</sup> Vgl. OLG Koblenz, FamRZ 2017, 969, juris Rn. 4; MüKo/Huber, § 1629 BGB, Rn. 62.

wird.<sup>754</sup> Insofern ist der Elternteil insbesondere nicht kraft Gesetzes nach § 1629 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 1824 Abs. 2, 181 BGB von der gesetzlichen Vertretung des Kindes ausgeschlossen. Grund ist, dass die Entscheidung darüber, ob der Pflichtteilsanspruch geltend gemacht werden soll, kein Rechtsgeschäft i. S. d. § 181 BGB darstellt.<sup>755</sup> Hinsichtlich der Frage, ob in dieser Konstellation aber von einem so erheblichen Interessengegensatz auszugehen ist, welcher es erfordert, dem Elternteil die Vertretung<sup>756</sup> nach § 1629 Abs. 2 S. 3, § 1789 Abs. 2 S. 3, 4 BGB zu entziehen und einen Pfleger zu bestellen<sup>757</sup>, wird ausgeführt, dass dies regelmäßig nicht der Fall sei.<sup>758</sup> So gilt mit Blick auf den Entscheidungsmaßstab grundsätzlich § 1789 Abs. 2 BGB, welcher – übertragen auf die vorliegende Konstellation – festschreibt, dass die Entziehung nur erfolgen soll, wenn das Interesse des Kindes zu dem Interesse des Elternteils in erheblichem Gegensatz steht. Ein solcher erheblicher Gegensatz ist der Definition nach gegeben, wenn das eine Interesse nur auf Kosten des anderen Interesses durchgesetzt werden kann und die Gefahr besteht, dass die sorgeberechtigten Eltern das Kindesinteresse nicht genügend berücksichtigen werden.<sup>759</sup> Es müssen zudem im konkreten Einzelfall besondere Anhaltspunkte für einen entsprechenden Interessengegensatz vorliegen.<sup>760</sup> Berücksichtigung muss bei dem Eingriff des Familiengerichts in das Elternrecht der Grundsatz der Ver-

---

<sup>754</sup> BayObLGZ 1963, 132, Ls. 1; *Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, § 9, Rn. 98; *Staudinger/Herzog*, § 2317 BGB, Rn. 114; *BeckOGK/Reisnecker*, § 2317 BGB, Rn. 74.

<sup>755</sup> BayObLGZ 1963, 132 (133 f.); *Staudinger/Herzog*, § 2317 BGB, Rn. 114; *MüKo/Lange*, § 2317 BGB, Rn. 14; *BeckOGK/Reisnecker*, § 2317 BGB, Rn. 74.

<sup>756</sup> Der Begriff der Vertretung ist hierbei weit zu verstehen. Er ist nicht auf die tatsächliche Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Eltern beschränkt, sondern kann auch die Entscheidung darüber umfassen, ob Ansprüche überhaupt geltend gemacht werden sollen, *MüKo/Huber*, § 1629 BGB, Rn. 57; siehe auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 717 f., Rn. 41.

<sup>757</sup> Zu beachten ist, dass die Vertretungsmacht des Elternteils erst mit der Entziehung entfällt und nicht bereits mit Auftreten des Interessenkonflikts, vgl. BGH, NJW 2021, 1875 (1878), Rn. 31; *MüKo/Huber*, § 1629 BGB, Rn. 60.

<sup>758</sup> BayObLGZ 1963, 132 (134); *BeckOGK/Reisnecker*, § 2317 BGB, Rn. 75; dafür, von einem entsprechenden Interessenkonflikt bei einem „erwähnenswerten“ Pflichtteilsanspruch auszugehen, *Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, § 9, Rn. 100; *Horn*, ZEV 2013, 297 (300).

<sup>759</sup> Vgl. noch zu § 1796 BGB a. F.: OLG Frankfurt, FamRZ 2018, 827 = BeckRS 2017, 148984, Rn. 16; OLG Hamburg, FamRZ 2013, 1683 = BeckRS 2013, 8728, Rn. 20; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 51 = BeckRS 2004, 4339, Ls. 1; *MüKo/Huber*, § 1629 BGB, Rn. 58; kritisch *MüKo/Spickhoff*, § 1796 BGB a. F., 8. Aufl. 2020, Rn. 5, wonach es genügen müsse, „wenn auf Grund der Interessenverschränkung die Gefahr besteht, der Vormund werde im Konfliktfall das Mündelwohl nicht mit der gebotenen Zielstrebigkeit verfolgen.“

<sup>760</sup> BGH, NJW 1979, 345 (347); OLG Frankfurt, FamRZ 2018, 827 (828), juris Rn. 16; *MüKo/Huber*, § 1629 BGB, Rn. 58.

hältnismäßigkeit sowie der Gesichtspunkt des Familienfriedens, welcher dafür sprechen kann, Ansprüche gegen die Eltern nicht geltend zu machen, finden.<sup>761</sup> Mit Blick auf die Konstellation des Pflichtteilsanspruchs des Minderjährigen wird gegen das regelmäßige Vorliegen einer solch erheblichen Interessenkollision insbesondere angeführt, dass der Anspruch gegen den Elternteil aufgrund der Hemmung nach § 207 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a) BGB nicht verjährt, bevor das Kind das 21. Lebensjahr vollendet hat.<sup>762</sup> Zu beachten ist, dass, sollte dem Sorgeberechtigten die Vermögenssorge nicht entzogen werden, dieser bei einem Erwerb von mehr als € 15.000 ein Vermögensverzeichnis beim Familiengericht gem. § 1640 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB einzureichen hat.<sup>763</sup>

306 Abseits der Entscheidung, ob der Anspruch geltend gemacht oder sichergestellt werden soll, oder ob nichts unternommen wird, ist insbesondere ein Blick auf die Möglichkeit des Abschlusses eines Erlassvertrags sowie der Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs zu werfen. Der Abschluss eines Erlassvertrags durch den Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen in dessen Name kommt aufgrund von § 1629 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 1824 Abs. 2, 181 BGB nicht in Betracht.<sup>764</sup> Folge eines Verstoßes gegen § 181 BGB ist die schwebende Unwirksamkeit des Geschäfts analog § 177 BGB.<sup>765</sup> Dahingegen ergeben sich keine Komplikationen, wenn es um die Erfüllung des Anspruchs geht. Insofern handelt es sich nämlich um die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit i. S. d. § 181 BGB.<sup>766</sup>

307 Sollte ein Pfleger bestellt worden sein, so beschränkt sich dessen Aufgabe auf die Sicherung des Pflichtteilsanspruchs; der Pfleger hat den Anspruch nicht durchzusetzen und zu vollstrecken, es sei denn, der Pflichtteilsanspruch kann nicht in anderer Weise als durch die Durchsetzung gesichert werden.<sup>767</sup>

<sup>761</sup> MüKo/Huber, § 1629 BGB, Rn. 58; siehe auch Burandt/Rojahn/Horn, § 2317 BGB, Rn. 33.

<sup>762</sup> BeckOGK/Reisnecker, § 2317 BGB, Rn. 75 f.; Grüneberg/Weidlich, § 2317 BGB, Rn. 4.

<sup>763</sup> BeckOGK/Reisnecker, § 2317 BGB, Rn. 79; zum Ausschluss der Inventarisierungspflicht nach § 1640 Abs. 2 Nr. 1 BGB siehe etwa MüKo/Huber, § 1640 BGB, Rn. 10; Staudinger/Heilmann, § 1640 BGB, Rn. 11.

<sup>764</sup> BeckOGK/Reisnecker, § 2317 BGB, Rn. 80; siehe auch BeckOK/Müller-Engels, § 2317 BGB, Rn. 8.

<sup>765</sup> OLG München, NJW-RR 2022, 166, juris Rn. 22; beachte im Übrigen, dass der Erlassvertrag keineswegs rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral für den Vertretenen wäre, weshalb es sich um keine Willenserklärungen handeln würde, welche vom Anwendungsbereich des § 181 BGB ausgenommen sind, zur Bereichsausnahme siehe BGHZ 59, 236 = NJW 1972, 2262, juris Rn. 11 f.; BeckOGK/Krafka, § 181 BGB, Rn. 270 ff.

<sup>766</sup> Staudinger/Herzog, § 2317 BGB, Rn. 115; BeckOGK/Reisnecker, § 2317 BGB, Rn. 80.

<sup>767</sup> BayObLGZ 1988, 385 (389), zudem Ls. 1; Burandt/Rojahn/Horn, § 2317 BGB, Rn. 33; BeckOK/Müller-Engels, § 2317 BGB, Rn. 9.

Schließlich ist es also dem Kind selbst überlassen, seinen Pflichtteilsanspruch nach Erreichen der Volljährigkeit geltend zu machen. Der überlebende Elternteil hat das Kind bei Eintritt der Volljährigkeit auf das Ende der Verjährungshemmung und seinen noch bestehenden Pflichtteilsanspruch hinzuweisen, andernfalls haftet er gem. § 1664 BGB<sup>768</sup> aufgrund einer Verletzung der Pflicht zur Vermögenssorge, die insoweit noch nachwirkt.<sup>769</sup> 308

bb) Übertrag der Grundsätze zur Stellung des Minderjährigen  
als Pflichtteilsberechtigter auf einen Zugewinnausgleichsanspruch

Im Ausgangspunkt laufen die Konstellationen vor dem Hintergrund gleich, dass dem überlebenden Elternteil mit dem Tod des anderen Elternteils gem. § 1680 Abs. 1 BGB die elterliche Sorge alleinig zusteht und das Kind einhergehend mit dem Tod des anderen Elternteils einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den überlebenden Elternteil, seinen nunmehr alleinig Sorgeberechtigten, erlangt. Es ergeben sich daher viele Parallelen, insbesondere wäre der Elternteil nicht aufgrund der §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 2, 181 BGB an der Entscheidung gehindert, ob der gegen ihn bestehende Zugewinnausgleichsanspruch des Kindes geltend gemacht oder sichergestellt werden soll, oder ob nichts unternommen wird. Wie in der dargestellten Situation des Pflichtteilsanspruchs läge kein Anwendungsfall der §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 2, 181 BGB vor, da diese Entscheidung kein Rechtsgeschäft i. S. d. § 181 BGB darstellen würde. Fraglich ist, ob regelmäßig von einem erheblichen Interessengegensatz auszugehen wäre, welcher es erfordern würde, dem Elternteil die Vertretung nach §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1789 Abs. 2 S. 3, 4 BGB zu entziehen und einen Pfleger zu bestellen. Im Grundsatz würden auch hier starke Parallelen zu der obig dargestellten Konstellation bestehen. Ein Unterschied bestünde jedoch insofern, als im Fall des Zugewinnausgleichsanspruchs – jedenfalls zu dessen Bestimmung – auch Vermögen relevant wäre, welches einzig aus der Sphäre des überlebenden Elternteils stammen würde (dessen Anfangs- und insbesondere Endvermögen) und daher – anders als der für den Pflichtteilsanspruch ausschlaggebende Nachlasswert – leichter anfällig für Manipulationen wäre. Diese Manipulationsgefahr ließe aber pauschal keine andere Bewertung des vorliegend in Rede stehenden möglichen Interessengegensatzes aufgrund der Anspruchsrichtung zu – der Interessenkonflikt würde unverändert im Bestehen des Anspruchs des Kindes gegen den alleininsorgeberechtigten Elternteil wurzeln. Bestehende Manipulations- und Verschleierungsrisiken erfordern 309

<sup>768</sup> Dazu, dass § 1664 BGB als selbständige Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche des Kindes gegen die Eltern fungieren kann, siehe BGH, FamRZ 2021, 518, Ls. 1; FamRZ 2019, 1620 (1621), juris Rn. 12; MüKo/Huber, § 1664 BGB, Rn. 1; BeckOK/Veit, § 1664 BGB, Rn. 2.

<sup>769</sup> BeckOK/Müller-Engels, § 2317 BGB, Rn. 9.

vielmehr eine Möglichkeit des Anspruchsberechtigten, die Höhe der Ausgleichsforderung im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe durch den Tod bestimmen zu können, mithin einen Auskunftsanspruch innezuhaben<sup>770, 771</sup>

310 Würde demnach keine Entziehung der Sorgeberechtigung erfolgen, wäre gleichermaßen die Pflicht zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses nach § 1640 BGB beim Familiengericht zu beachten. § 1640 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet diese Pflicht für Vermögen an, welches das Kind von Todes wegen erwirbt, wobei § 1640 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB gleiches für Vermögen anordnet, welches das Kind sonst anlässlich eines Sterbefalls erwirbt. § 1640 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst dabei, was dem Kind als Erbe zufällt sowie die dem Kind als Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigtem zustehenden Ansprüche.<sup>772</sup> § 1640 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB erfasst hingegen den sonstigen Erwerb anlässlich eines Sterbefalls, also etwa Renten und Schadensersatzansprüche (§ 844 BGB).<sup>773</sup> Da der Zugewinnausgleich nicht im Wege des § 1922 BGB auf das Kind übergehen würde (in diesem Fall wäre der Erwerb eindeutig § 1640 Abs. 1 S. 1 BGB zuzuordnen), wäre fraglich, ob es sich um einen Fall des S. 1 oder S. 2 handeln würde. Betrachtet man die dem jeweiligen Satz zugeordneten Vermögenspositionen, ist festzustellen, dass S. 1 nur erfasst, was unmittelbar in Zusammenhang mit dem Erbrecht zusteht. Der Zugewinnausgleichsanspruch in der vorgeschlagenen Konzeption als dem Güterrecht entspringender schuldrechtlicher Anspruch, welcher sich nur zur Bestimmung von Anspruchsinhaberschaft und Anspruchshöhe am Erbrecht orientiert, würde daher S. 2 zuzuordnen sein. Unabhängig von der Zuordnung bestünde jedenfalls eine Pflicht zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses – allerdings nur, wenn der Erwerb gem. § 1640 Abs. 2 Nr. 1 BGB den Wert von € 15.000 übersteigen würde. Ist ein Verzeichnis einzureichen und wird dieser Pflicht nicht oder nur ungenügend nachgekommen, so kann das Familiengericht gem. § 1640 Abs. 3 BGB anordnen, dass das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

311 Mit Blick auf die Möglichkeit des Schlusses eines Erlassungsvertrags<sup>774</sup> sowie der Erfüllung der Ausgleichsforderung ist auf die Ausführungen zum Pflicht-

<sup>770</sup> Siehe hierzu Rn. 316 ff.

<sup>771</sup> Zu bedenken wäre auch, dass der Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten grundsätzlich *ex lege* auf dessen Tod gestundet sein soll, vgl. unten Rn. 335 ff. Dieser Umstand müsste in der Interessenabwägung einbezogen werden und würde dafür streiten, keine erhebliche Interessenkollision anzunehmen, soll der Anspruch doch gerade nicht zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten fällig sein.

<sup>772</sup> LG Bochum, Rpfleger 1994, 418; BeckOGK/Kerscher, § 1640 BGB, Rn. 11.

<sup>773</sup> Staudinger/Heilmann, § 1640 BGB, Rn. 8; MüKo/Huber, § 1640 BGB, Rn. 5.

<sup>774</sup> Zur grundsätzlichen Möglichkeit des Abschlusses eines Erlassungsvertrags (§ 397 BGB) mit Blick auf die Ausgleichsforderung siehe MüKo/Koch, § 1378 BGB, Rn. 71; BeckOGK/Preisner, § 1378 BGB, Rn. 32.

teilsanspruch zu rekurrieren. Der Abschluss eines Erlassvertrags durch den Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen in dessen Name käme mithin aufgrund von § 1629 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 1824 Abs. 2, 181 BGB nicht in Betracht, während die Erfüllung des Anspruchs möglich wäre. Es ergäben sich insofern keine Unterschiede.

Der Anspruch gegen den Elternteil würde aufgrund der Hemmung nach § 207 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a) BGB nicht verjähren, bevor das Kind das 21. Lebensjahr vollendet hat.<sup>775</sup> 312

Festzuhalten bleibt damit, dass zur Handhabe der Zugewinnausgleichsanspruchsberechtigung eines minderjährigen Kindes gegen seinen allein sorgeberechtigten Elternteil auf die entwickelten Grundsätze zur Handhabe des Pflichtteilsanspruchs eines Minderjährigen zurückgegriffen werden könnte. Konkret würde dies insbesondere bedeuten, dass der Elternteil grundsätzlich darüber entscheiden könnte, ob der Anspruch geltend gemacht würde oder nicht, es also dem Kind selbst überlassen bliebe, seinen Ausgleichsanspruch nach Erreichen der Volljährigkeit geltend zu machen<sup>776</sup>. Zu untersuchen bleibt, in welcher Form dem Minderjährigen<sup>777</sup> (bzw. generell den Anspruchsberechtigten eines Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten) ein Auskunftsanspruch gegen den Überlebenden an die Hand zu geben wäre und wie ein solcher geltend zu machen wäre. 313

#### *f) Der Stichtag für die Wertermittlung und der Auskunftsanspruch*

Ausgangspunkt für den Stichtag der Ermittlung des Werts von Anfangs- und Endvermögen ist § 1376 BGB. So führt § 1376 Abs. 1 BGB aus, dass der Berechnung des Anfangsvermögens der Wert zugrunde gelegt wird, den das beim Eintritt des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt, das dem Anfangsvermögen hinzuzurechnende Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hatte. Für das Endvermögen normiert § 1376 Abs. 2 BGB, dass der Berechnung der Wert zugrunde gelegt wird, den das bei Beendigung des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt, eine dem Endvermögen hinzuzurechnende Vermögensminderung in dem Zeitpunkt hatte, in dem sie eingetreten ist. Im Grundsatz wäre daher maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Endvermögens bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Todes tag, wird in diesem Moment doch der Güterstand beendet. Vor diesem Hintergrund scheint es nahezuliegen, den in § 1371 Abs. 2 BGB gebrauchten 314

<sup>775</sup> Siehe hierzu auch Rn. 255.

<sup>776</sup> Zu beachten ist jedoch wiederum, dass der Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten *ex lege* auf dessen Tod gestundet sein soll, vgl. unten Rn. 335 ff.

<sup>777</sup> Siehe hierzu Rn. 320.

Verweis auf die §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB schlicht zu übernehmen, wäre damit doch § 1376 BGB erfasst. Zu beachten ist jedoch, dass im Rahmen von § 1371 Abs. 2 BGB herrschend vertreten wird, dass die Stichtagsvorverlegungen der §§ 1384, 1387 BGB aufgrund einer Fehlvorstellung des Gesetzgebers nicht in den Verweis aufgenommen wurden und die sich daraus ergebende unbeabsichtigte Regelungslücke durch entsprechende Anwendung der Normen zu schließen ist.<sup>778</sup> Konkret geht es um Konstellationen, in welchen vor dem Tod eines Ehegatten ein Verfahren i. S.d § 1384 bzw. § 1387 BGB rechts-hängig geworden ist und sich dieses sodann durch den Tod des Ehegatten erledigt hat. Die §§ 1384, 1387 BGB haben den Schutz der Ausgleichsforderung, welche über die Dauer eines Rechtsstreits in Bezug auf die Beendigung des Güterstands gefährdet ist, vor Augen.<sup>779</sup> Da diese Gefährdung nicht rückwirkend durch den Tod eines Ehegatten im Prozess entfällt, ist es überzeugend, den Stichtag i. S. d. §§ 1384, 1387 BGB vorzuverlegen, allerdings nur, wenn der Scheidungsantrag oder der Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft zum Erfolg geführt hätte – wäre es andernfalls doch nicht zur Beendigung der Zugewinnngemeinschaft unter Lebenden gekommen.<sup>780</sup>

- 315 Wird § 1371 BGB, wie in der vorliegenden Arbeit vorgeschlagen, abgeändert, sollte jene Änderung zum Anlass genommen werden, auch den Verweis auf die Vorschriften der §§ 1373 ff. BGB um §§ 1384, 1387 BGB zu ergänzen.
- 316 Unabhängig vom Zeitpunkt der Feststellung des Werts des Vermögens ist von entscheidender Bedeutung, wie es den Beteiligten ermöglicht wird, die Vermögensmassen des jeweils anderen bestimmen zu können. Im geltenden Recht gibt § 1379 BGB jedem Ehegatten ein Instrument in Form eines Auskunftsanspruchs an die Hand, um selbständig die für die Existenz und Höhe einer Ausgleichsforderung entscheidenden Rechenoperationen vornehmen zu können. Insofern kann der Ehegatte mittels des sich aus § 1379 BGB ergebenden Anspruchs Auskunft über das Anfangs-, Trennungs- und Endvermögen in Form der Vorlage von Belegen (Abs. 1 S. 2), der Vorlage eines Bestandsverzeichnisses (Abs. 1 S. 3 i. V.m. § 260) sowie der Wertermittlung von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten (Abs. 1 S. 3 Alt. 2) verlangen.<sup>781</sup>

<sup>778</sup> BGH, NJW 1987, 1764, Ls.; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 46, BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 94.1; Plate, Auflösung der Ehe durch den Tod, S.161 f.

<sup>779</sup> MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 46; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1384 BGB, Rn. 1; Erman/Budzikiewicz, § 1387 BGB, Rn. 1.

<sup>780</sup> BGH, FamRZ 2004, 527 (528), juris Rn. 14; MüKo/Koch, § 1371 BGB, Rn. 46; Staudinger/Thiele, § 1384 BGB, Rn. 7.

<sup>781</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 350 f., Rn. 48; MüKo/Koch, § 1379 BGB, Rn. 1 f.



Dabei steht es jedem Ehegatten unabhängig von der voraussichtlichen Stellung als Zugewinnausgleichsberechtigtem oder -pflichtigem offen, Auskunft zu verlangen.<sup>782</sup> Der Auskunftsanspruch steht *de lege lata* bei Auflösung der Ehe durch den Tod im Falle der „güterrechtlichen Lösung“ sowohl dem überlebenden Ehegatten als auch den Erben des Verstorbenen zu. Das letztere nach geltendem Recht selbst keinen Ausgleichsanspruch erhalten können, schadet insofern nicht, als der Erbe ein Interesse daran hat, in Erfahrung bringen zu können, in welcher Höhe er mit einer Inanspruchnahme auf Zugewinnausgleich durch den überlebenden Ehegatten rechnen muss.<sup>783</sup> 317

Soll der Zugewinn *de lege ferenda* bei Auflösung der Ehe durch den Tod sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten ausgeglichen werden, so bedarf es des Auskunftsanspruchs insbesondere auch mit Blick auf die Berechtigten eines Zugewinnausgleichs zulasten des überlebenden Ehegatten. Ihnen muss es ermöglicht werden, in Erfahrung zu bringen, ob ein Zugewinnausgleichsanspruch zugunsten des verstorbenen Ehegatten bestanden hätte, um festzustellen, ob ihnen ein Anspruch gegen den überlebenden Ehegatten zusteht. Da es sich bei den Anspruchsberechtigten zugleich um gesetzliche Erben des Verstorbenen handeln würde und diesen bereits nach geltendem Recht der Auskunftsanspruch zustehen kann, bedürfte es keiner personellen Erweiterung des Anwendungsbereichs im eigentlichen Sinne, wenn gleich § 1371 BGB n.F. – wie bereits § 1371 Abs. 2 BGB im geltenden Recht – auf § 1379 BGB verweisen sollte. Es ist festzuhalten, dass *de lege ferenda* neben das Interesse des Erben, in Erfahrung bringen zu können, in welcher Höhe mit einer Inanspruchnahme auf Zugewinnausgleich durch den überlebenden Ehegatten zu rechnen ist, das Interesse des Zugewinnausgleichsberechtigten treten würde, in Erfahrung bringen zu können, ob zugunsten seiner selbst ein Anspruch gegen den überlebenden Ehegatten besteht. 318

Die Verjährung des Anspruchs würde sich als Hilfsanspruch wie im geltenden Recht grundsätzlich nach den Vorschriften richten, welche für den Ausgleichsanspruch gem. § 1378 BGB gelten.<sup>784,785</sup> Zu beachten ist schließlich, dass Verstöße gegen die Erfüllung der Auskunftspflicht die allgemeinen Rechtsfolgen der Nicht- bzw. Schlechterfüllung auslösen können, insbesondere also Schadensersatzansprüche gem. § 280 BGB.<sup>786</sup> 319

<sup>782</sup> BGH, NJW 2018, 950, Ls. 1; MüKo/Koch, § 1379 BGB, Rn. 3.

<sup>783</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 2017, 787, juris Rn. 16; MüKo/Koch, § 1379 BGB, Rn. 17.

<sup>784</sup> Zur Verjährung des Ausgleichsanspruchs siehe oben Rn. 251 ff., aber auch unten Rn. 390.

<sup>785</sup> Vgl. BGH, NJW 2018, 950, Ls. 2, juris Rn. 23; BeckOGK/Preisner, § 1379 BGB, Rn. 105; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1379 BGB, Rn. 48.

<sup>786</sup> Vgl. BeckOGK/Preisner, § 1379 BGB, Rn. 104; MüKo/Koch, § 1379 BGB, Rn. 31.



320 Sollte es sich im Fall eines Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten bei dem Anspruchsberechtigten um ein minderjähriges Kind handeln, dessen gesetzlicher Vertreter der ausgleichspflichtige Ehegatte ist, ist fraglich, wie das Kind den Auskunftsanspruch geltend machen könnte. Wie oben dargestellt<sup>787</sup>, könnte der überlebende Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen den Zugewinnausgleichsanspruch zwar erfüllen, da es sich insofern um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln würde (vgl. § 181 BGB).<sup>788</sup> Mit Blick auf das Verlangen nach Auskunft gem. § 1379 BGB und dessen Erfüllung wird jedoch anzunehmen sein, dass der Elternteil nach § 181 BGB (§§ 1629 Abs. 2, 1824 Abs. 2 BGB) von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen wäre.<sup>789</sup> Zu beachten ist insofern, dass es im Rahmen eines Auskunftsanspruchs nicht nur um die bloße Erfüllung der Verpflichtung geht – welche als solche vom Verbot des Selbstkontrahierens ausdrücklich gem. § 181 BGB ausgenommen ist –, sondern auch um deren Festlegung und Abgrenzung.<sup>790</sup> In diesem Fall wäre eine Pflegschaft (§ 1809 Abs. 1 BGB) erforderlich.<sup>791</sup> Der überlebende Elternteil hätte gem. § 1809 Abs. 2 BGB die Erforderlichkeit der Pflegschaft dem Familiengericht unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) anzuzeigen.<sup>792</sup> Sollte durch die schuldhaftes Verletzung der Mitteilungspflicht ein Schaden entstehen, kommt eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280, 1664 BGB in Betracht.<sup>793</sup>

#### *g) Steuerrechtliche Erwägungen*

321 Kurz sollen die Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall im Rahmen des ErbStG thematisiert werden. Dabei gilt es vor allem aufzuzeigen, dass die Zugewinnausgleichsforderung nicht zum steuerpflichtigen Erwerb gem. §§ 3, 7 ErbStG zählen würde.

322 *De lege lata* gilt gem. § 5 Abs. 2 ErbStG, dass bei Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten oder eines Lebenspartners oder Ausgleich des Zugewinns nach § 1371 Abs. 2 BGB die Ausgleichsforderung (§ 1378 BGB) nicht zum Erwerb

<sup>787</sup> Siehe oben Rn. 311.

<sup>788</sup> Vgl. Staudinger/*Herzog*, § 2317 BGB, Rn. 115; BeckOGK/*Reisnecker*, § 2317 BGB, Rn. 80.

<sup>789</sup> Vgl. zu dem Fall eines minderjährigen Pflichtteilsberechtigten im Rahmen des § 2314 BGB BeckOGK/*Reisnecker*, § 2317 BGB, Rn. 80.

<sup>790</sup> Vgl. Staudinger/*Herzog*, § 2317 BGB, Rn. 115.

<sup>791</sup> Vgl. BeckOGK/*Amend-Traut/Bongartz*, § 1629 BGB, Rn. 48; MüKo/*Huber*, § 1629 BGB, Rn. 45.

<sup>792</sup> Vgl. BeckOGK/*Amend-Traut/Bongartz*, § 1629 BGB, Rn. 48; Burandt/*Rojahn/Horn*, § 2317 BGB, Rn. 32.

<sup>793</sup> Erman/*Roth*, § 1809 BGB, Rn. 15; BeckOGK/*Schöpfung*, § 1809 BGB, Rn. 66.

im Sinne der §§ 3, 7 ErbStG gehört. Diese Regelung deklaratorischer Natur<sup>794</sup> würde auch einen realen Zugewinnausgleichsanspruch bei Eheauflösung durch den Tod *de lege ferenda* erfassen. So würde die Ausgleichsforderung nicht kraft Rechtsgeschäfts als freigebige Leistung zugewendet, sondern von Gesetzes wegen mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstands entstehen. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte hätte *de lege ferenda* gerade einen Rechtsanspruch auf den Zugewinnausgleich nach Familienrechtsgrundsätzen, weshalb die Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs keinen Erwerb i. S. d. §§ 3, 7 ErbStG darstellen würde.<sup>795</sup> Nichts anderes könnte für den Fall gelten, dass ein Abkömmling ausgleichsberechtigt, der überlebende Ehegatte mithin Ausgleichsschuldner, wäre. Vor dem Hintergrund, dass die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB aufgegeben würde, könnte § 5 Abs. 2 ErbStG dahingehend allgemeiner gefasst werden, dass die Zugewinnausgleichsforderung – unabhängig vom Grund der Eheauflösung – nicht zum Erwerb i. S. d. §§ 3, 7 ErbStG gehören würde.

Vor demselben Hintergrund wäre zudem § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG anzupassen. 323  
Dessen Regelungsgehalt zufolge gilt beim überlebenden Ehegatten oder beim überlebenden Lebenspartner der Betrag, den er nach Maßgabe des § 1371 Abs. 2 BGB als Ausgleichsforderung geltend machen könnte, nicht als Erwerb im Sinne des § 3 ErbStG, wenn der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten oder den Tod eines Lebenspartners beendet und der Zugewinn nicht nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird. Die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG hat vor Augen, dass es ungerecht wäre, Erbteil oder Vermächtnis des überlebenden Ehegatten in vollem Umfang der Erbschaftssteuer zu unterwerfen, da der überlebende Ehegatte (im geltenden Recht) im Rahmen der „erbrechtlichen Lösung“ pauschal für seine zu unterstellende Miterwirtschaftung des Erblasservermögens abgefunden wird.<sup>796</sup> Raum für eine entsprechende Regelung bestünde *de lege ferenda* allerdings nur, insoweit kein realer Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod stattfinden würde – also etwa in Fällen der gewillkürten Erbfolge<sup>797</sup>. Anderenfalls käme es zu einer steuerlichen „Überbegünstigung“, da der Ausgleich gerade tatsächlich durchgeführt würde. Als Beispiel diene die folgende Konstellation:

<sup>794</sup> BFH, NJW 1994, 150 (151), juris Rn. 9; Meincke/Hannes/Holtz/Hannes/Holtz, § 5 ErbStG, Rn. 48.

<sup>795</sup> Vgl. Kapp/Ebeling/Curdt, § 5 ErbStG, Rn. 59.

<sup>796</sup> Meincke/Hannes/Holtz/Hannes/Holtz, § 5 ErbStG, Rn. 1; Muscheler, ErbR I, Rn. 1494.

<sup>797</sup> Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG im Rahmen der gewillkürten Erbfolge siehe Grund, MittBayNot 2008, 19 (21); Meincke/Hannes/Holtz/Hannes/Holtz, § 5 ErbStG, Rn. 1; Kamps, ErbR 2021, 585; BeckOGK/Kuhn, § 1371 BGB, Rn. 51.

- 324 *M und F leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. F verstirbt und hat in ihrem Testament M zu  $\frac{3}{4}$  eingesetzt und ein Kind zu  $\frac{1}{4}$ . M hätte ein Zugewinnausgleichsanspruch zugestanden.*
- 325 Da M nicht gesetzlicher Erbe würde, entstünde auch kein realer Zugewinnausgleichsanspruch. In der Folge der Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 1 BGB wäre der von den  $\frac{3}{4}$  Erbteil umfasste Betrag i. H. d. hypothetisch bestehenden Ausgleichsforderung nicht als Erwerb i. S. d. § 3 ErbStG anzusehen. Würde F in dem Beispiel allerdings nicht testieren und M damit gesetzlicher Erbe, so würde eine Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG (also der steuerlichen Begünstigung dadurch, dass der Betrag im Erbteil, der auf den Ausgleichsanspruch entfiel, nicht als Erwerb i. S. d. § 3 ErbStG gilt) zu einer „Überbegünstigung“ führen. Der Zugewinnausgleich würde neben der gesetzlichen Erbfolge durchgeführt und wäre als solcher bereits gem. § 5 Abs. 2 ErbStG nicht steuerpflichtig.
- 326 Im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts könnte der Gedanke des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG mithin nur für den Fall gelten, dass der Zugewinnausgleich im Todesfall ehevertraglich ausgeschlossen<sup>798</sup> worden wäre und deshalb nicht neben das gesetzliche Erbrecht treten würde, es folglich zu keiner doppelten Steuerentlastung kommen könnte. Ein solches würde mit einer entsprechenden Formulierung des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG zu erreichen sein, welche die steuerliche Begünstigung nur vorsieht, wenn der reale Zugewinnausgleich im Todesfall nicht stattfindet – unabhängig vom Grund des Ausbleibens des Ausgleichs.
- 327 Schließlich könnte zu überlegen sein, ob die Steuerentlastung des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG *de lege ferenda* auch den Zugewinnausgleichsanspruchsberechtigten, also etwa den Abkömmlingen zugutekommen sollte, wenn diese zugewinnausgleichsberechtigt gewesen wären, der reale Zugewinnausgleich aber nicht durchgeführt würde, weil der verstorbene Ehegatte etwa testiert hätte. Gegen eine etwaige personelle Erweiterung sprechen jedoch Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG. So soll zwecks zutreffender Erfassung der steuerlichen Bereicherung im Erbfall nur der Betrag steuerfrei bleiben, welchen der überlebende Ehegatte bei güterrechtlicher Abwicklung der Zugewinnngemeinschaft tatsächlich als Ausgleichsforderung hätte geltend machen können.<sup>799</sup> Den Anspruchsberechtigten eines realen Ausgleichsanspruchs im Fall der Eheauflösung durch den Tod stünde es allerdings nicht offen die Zugewinnngemeinschaft güterrechtlich abzuwickeln, da sie gerade nie Teil der ehelichen Gemeinschaft waren. Nur der ausgleichsberechtigte Elternteil wäre dazu zu

<sup>798</sup> Zur Anwendbarkeit der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 ErbStG bei Ausschluss des Zugewinnausgleichs siehe Rn. 260.

<sup>799</sup> Kapp/Ebeling/Curdt, § 5 ErbStG, Rn. 45; Meincke/Hannes/Holtz/Hannes/Holtz, § 5 ErbStG, Rn. 1.

Lebzeiten in der Lage gewesen. Hätte dieser die Zugewinnsgemeinschaft zu Lebzeiten abgewickelt, mithin den Zugewinnausgleich erhalten, so hätten die nun Anspruchsberechtigten den Wert des Ausgleichs auf erbrechtlichem Wege erhalten, also als steuerpflichtigen Erwerb von Todes wegen i.S.d. § 3 ErbStG. Aus diesem Umstand ist die Wertung zu ziehen, dass es nicht angezeigt wäre, § 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG *de lege ferenda* in personeller Hinsicht zu erweitern.

#### 4. Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich damit, dass ein realer Zugewinnausgleich im Todesfall 328 neben dem gesetzlichen Ehegattenerbrecht sowohl zugunsten als auch zu Lasten des längerlebenden Ehegatten zu fordern ist. Es wurde aufgezeigt mit welchen Folgen ein solcher Zugewinnausgleich einhergehen würde. Offen gelassen wurde bisher allerdings, wie unbilligen Härten entgegnet werden könnte. Dieser Frage widmet sich daher der folgende Abschnitt.

### III. Die Stundung des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall

Abgesehen von der unter Umständen schwierigen Berechnung der Ausgleichsforderung, ist das Hauptproblem vieler Autoren mit einem realen Zugewinnausgleich im Todesfall vor allem die wirtschaftliche Auswirkung auf den überlebenden Ehegatten bzw. die Gefahr, dass dieser Vermögensgegenstände „verschleudern“ oder gar sein Eigenheim oder ein Unternehmen veräußern müsste, um die Mittel zu beschaffen, die gegen ihn bestehenden Ausgleichsansprüche begleichen zu können.<sup>800</sup> Diese Misere ereilt ihn zudem zu einer Zeit der Zäsur, einer Zeit der Unsicherheit – einer Zeit, in welcher der Überlebende seinen Ehegatten verloren hat. Gerade deshalb könnte jedoch auch angenommen werden, dass die Anspruchsberechtigten eines gegen den überlebenden Ehegatten bestehenden Ausgleichsanspruchs auf dessen Geltendmachung regelmäßig verzichten würden. Gute Gründe für eine Nichtgeltendmachung ließen sich schnell ausfindig machen, so insbesondere die Pietät oder aber die Achtung des Familieninteresses, sei es in materieller („Mein Vater könnte mich nur ausbezahlen, wenn er das Familienheim verkauft. Er würde in der jetzigen Situation auf dem Immobilienmarkt keine akzeptable Bleibe finden.“) oder in ideeller Hinsicht („Das würde ihm das Herz brechen.“).<sup>801</sup> Den überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten auf diese Hoff-

<sup>800</sup> Siehe zu den Bedenken oben Rn. 182 ff.

<sup>801</sup> Die Beispiele sind einer Aufzählung von Hilbig-Lugani über Gründe für die Nichtgeltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs entlehnt, vgl. Hilbig-Lugani, FS Coester-Waltjen, S. 116.

nung zu verweisen, scheint derweil zu kurz zu greifen. Vor diesem Hintergrund formulierte Muscheler einst: „Es wäre eine ungebührliche Härte, den Überlebenden nach dem Tod seines Gatten auch noch mit Zugewinnausgleichsansprüchen der Erben zu belasten.“<sup>802</sup> An dieser Stelle kann das Rechtsinstrument der Stundung ansetzen.

### **1. Die Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs gem. § 1382 BGB *de lege lata***

330 Als Billigkeitskorrektiv hinsichtlich Erfüllungsschwierigkeiten fungiert im Recht des Zugewinnausgleichs § 1382 BGB. Dass dieser im Grundsatz auch auf einen realen Zugewinnausgleich im Todesfall Anwendung finden muss, scheint evident. Bevor mögliche Modifikationen der Anwendung des § 1382 BGB im Hinblick auf die Anwendung im Rahmen des realen Zugewinnausgleichs zugunsten bzw. zulasten des überlebenden Ehegatten im Todesfall untersucht werden, soll zunächst der Aufbau und die Funktionsweise des § 1382 BGB *de lege lata* erörtert werden.

#### *a) Allgemeines*

331 § 1382 BGB enthält eine besondere Art der richterlichen Vertragshilfe,<sup>803</sup> als ein richterliches Eingriffsrecht gewährt wird<sup>804</sup>. Als Billigkeitskorrektiv bezieht sich die Stundung gem. § 1382 BGB nicht etwa auf den Umfang der Forderung, sondern auf den Zeitpunkt der Erfüllung.<sup>805</sup> Das Familiengericht kann die im Grundsatz gem. §§ 1378 Abs. 3, 271 BGB sofort fällige Ausgleichsforderung, soweit sie nicht vom Schuldner bestritten wird, stunden, wenn die sofortige Zahlung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers zur Unzeit erfolgen würde, § 1382 Abs. 1 S. 1 BGB. Zu beachten ist, dass die Stundung grundsätzlich nur in Ausnahmefällen möglich ist.<sup>806</sup> Grund dafür ist, dass der Zugewinnausgleich auf dem Gedanken des gemeinsam erwirtschafteten Vermögensausgleichs beruht.<sup>807</sup> Zu beachten ist ferner,

---

<sup>802</sup> Muscheler, ErbR I, Rn. 1497.

<sup>803</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 367, Rn. 102; MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 3; Krumm, NJ 2023, 58.

<sup>804</sup> MüKo/Finkenauer, § 313 BGB, Rn. 142.

<sup>805</sup> Erman/Budzikiewicz, § 1382 BGB, Rn. 1 f.; MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 1; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 1.

<sup>806</sup> OLG Brandenburg, BeckRS 2020, 35749, Rn. 36; Staudinger/Thiele, § 1382 BGB, Rn. 13.

<sup>807</sup> OLG Hamm, NJW 2015, 357 (359), juris Rn. 51; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 9.

dass die Stundung nicht nur zu einer Problemverschiebung führen darf – es gilt: Sollten die geltend gemachten Probleme auch nach Ende der Stundung immer noch gegeben sein, darf keine Stundung stattfinden.<sup>808</sup> Die Stundung wird mit richterlichem Akt vollzogen. Die gestaltende Wirkung der Entscheidung tritt mit deren Rechtskraft ein, es bedarf keiner Vollstreckung.<sup>809</sup> Sollte eine Forderung gestundet werden, so wird deren Fälligkeit bei bestehenbleibender Erfüllbarkeit hinausgeschoben.<sup>810</sup>

### *b) Die Zahlung zur Unzeit*

Voraussetzung der Stundung ist zuvorderst das Bestehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs sowie ein Stundungsantrag.<sup>811</sup> War zentrales Merkmal des § 1382 Abs. 1 S. 1 BGB einst das „besonders hart treffen“, so ist dies seit dem UÄndG<sup>812</sup> die – der Formulierung nach einer Entscheidung des BVerfG<sup>813</sup> entnommene – „sofortige Zahlung zur Unzeit“.<sup>814</sup> Damit sind auch andere als wirtschaftliche Belange zu berücksichtigen, insbesondere Dauer und Grund des Scheiterns der Ehe oder das Verhalten der Ehegatten im wirtschaftlichen oder auch persönlichen Bereich.<sup>815</sup> Entscheidend ist ein zeitliches Moment, in welchem die Belastung des Ausgleichsschuldners begründet liegt und dieses durch das Hinausschieben der Fälligkeit beseitigt oder zumindest gemildert wird.<sup>816</sup> Dabei genügen Zahlungsschwierigkeiten an sich bzw. das Unvermögen, die Forderung aus laufenden Einkünften bedienen zu können, nicht – es bedarf Belastungen, welche über die üblichen Probleme der Güterstandsbeendigung hinausgehen.<sup>817</sup> Von einer Zahlung zur Unzeit ist auszugehen, wenn der Schuldner gezwungen wäre, Gegenstände zu veräußern, welche seine Lebens- oder Existenzgrundlage bilden, wie etwa ein Unternehmen oder eine Gesellschaftsbeteiligung, oder der Ausgleichsschuldner zu einer im Fälligkeitszeitpunkt völlig unökonomischen Verwertungshandlung gezwungen wäre.<sup>818</sup> Als

<sup>808</sup> *Krumm*, NJ 2023, 58 (60).

<sup>809</sup> *MüKo/Koch*, § 1382 BGB, Rn. 4; *BeckOGK/Preisner*, § 1382 BGB, Rn. 70.

<sup>810</sup> BGH, NJW 1998, 2060 (2061), juris Rn. 10; *MüKo/Krüger*, § 271 BGB, Rn. 22.

<sup>811</sup> *Krumm*, NZFam 2016, 776 f.

<sup>812</sup> Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften vom 20. Februar 1986, BGBl. 1986, I Nr. 9, S. 301.

<sup>813</sup> BVerfG, NJW 1981, 108 f., juris Rn. 21.

<sup>814</sup> *BeckOK/Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 4.

<sup>815</sup> BT-Drs. 10/2888, S. 16 f.; *BeckOK/Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 4.

<sup>816</sup> OLG Hamm, NJW 2015, 357 (358), juris Rn. 51.

<sup>817</sup> *Krumm*, NZFam 2016, 776 (778); *ders.*, NJ 2023, 58 (59).

<sup>818</sup> OLG Hamm, NJW 2015, 357 (358 f.), juris Rn. 51; *BeckOK/Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 5.

Interpretationshilfe kann zudem § 2331a BGB<sup>819</sup> herangezogen werden,<sup>820</sup> welcher ausdrücklich die Aufgabe des Familienheims sowie die Veräußerung eines Wirtschaftsguts, welches die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet, als unbillige Härte nennt. Mit Blick auf die eine Stundung begründende Umstände kommen auch persönliche Gründe wie etwa eine Erkrankung in Betracht.<sup>821</sup> Wie ausdrücklich in § 1382 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt, können zudem die Belange gemeinsamer Kinder eine Stundung rechtfertigen, wenn sich die Wohn- und Lebensverhältnisse nachhaltig verschlechtern würden.

- 333 Weiteres Element der „Unzeit“ ist die Berücksichtigung des Gläubigerinteresses und dessen Abwägung mit den Interessen des Schuldners.<sup>822</sup> Zwar stellt die Stundung gem. § 1382 BGB *de lege lata* die Ausnahme dar, gleichwohl besteht kein Rangverhältnis zwischen den Interessen des Ausgleichgläubigers und jenen des Schuldners.<sup>823</sup> Es ist vielmehr eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei welcher alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.<sup>824</sup> Dabei steht den zuvor genannten Interessen des Schuldners auf Gläubigerseite grundsätzlich das Interesse an der sofortigen Zahlung entgegen. Dieses kann umso schwerer wiegen, wenn Trennungs- oder Scheidungsfolgen zu bewältigen sind oder während der Ehe bereits Nachteile hingenommen wurden.<sup>825</sup>

## 2. Die Anwendung des § 1382 BGB auf die Ausgleichsforderung zugunsten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda*

- 334 Dem überlebenden Ehegatten, welcher ausgleichsberechtigt ist, muss es im Grundsatz offenstehen, seinen Ausgleichsanspruch sofort geltend zu machen. Den Erben kann nur ähnlich der Situation in der „güterrechtlichen Lösung“ *de lege lata* die Stundung unter Antragserfordernis offenstehen. Diese Möglichkeit bliebe *de lege ferenda* natürlich unbenommen. Eine Stundung wird aller-

---

<sup>819</sup> § 2331a BGB regelt die Stundungsmöglichkeit des Erben hinsichtlich etwaiger bestehender Pflichtteilsansprüche.

<sup>820</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 3; MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 6; Staudinger/*Thiele*, § 1382 BGB, Rn. 14.

<sup>821</sup> MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 8; BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 6; Staudinger/*Thiele*, § 1382 BGB, Rn. 16.

<sup>822</sup> *Krumm*, NZFam 2016, 776 (778); BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 9; Staudinger/*Thiele*, § 1382 BGB, Rn. 19.

<sup>823</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 367 f., Rn. 103; MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 14, P/W/W/*Weinreich*, § 1382 BGB, Rn. 5; a.A. *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 1514; *Krumm*, NZFam 2016, 776 (778).

<sup>824</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S. 367 f., Rn. 103; MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 14.

<sup>825</sup> *Krumm*, NZFam 2016, 776 (778); *ders.*, NJ 2023, 58 (60).



dings nur in eng zu fassenden Ausnahmefällen in Betracht kommen. Regelmäßig werden nämlich keine schwer zu gewichtenden Interessen der Erben vorliegen, welche das Interesse des überlebenden ausgleichsberechtigten Ehegatten an einer sofortigen Zahlung des Ausgleichs überwiegen könnten. Das Interesse des überlebenden Ehegatten an sofortiger Zahlung ist insbesondere umso schutzwürdiger, als während der Ehe das dingliche Gefälle an der Errungenschaft hingenommen wurde. Würde der Ausgleichsanspruch gegen Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft geltend gemacht, so könnten nur ökonomische Interessen der Miterben an einer Vermeidung der Schmälerung des Werts des Nachlasses berücksichtigt werden.<sup>826</sup> Einzig in dem Fall, dass Miterben als Gesamtschuldner in Anspruch genommen würden, könnten auch persönliche Interessen der einzelnen Miterben zu berücksichtigen sein.<sup>827</sup> Mit Blick auf ökonomische Gründe gilt es zu berücksichtigen, dass der Erbe seine Haftung auf den Nachlass beschränken kann. Bezogen auf persönliche Gründe des Erben ist zu beachten, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte dem Erben geringere Rücksicht schuldet als seinem zum Ausgleich verpflichteten Ehepartner.<sup>828</sup> Ungeachtet der Erfolgsaussichten eines Stundungsantrags könnte der Antrag von jedem einzelnen der (Mit-)Erben – welche dem Ausgleichsanspruch des Überlebenden gegenüberstünden – gestellt werden, vgl. § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn die Mitwirkung der anderen nicht rechtzeitig zu erreichen wäre.<sup>829</sup> § 1382 BGB würde in der Konstellation des Ausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten folglich unverändert Anwendung finden, wobei eine Stundung jedoch die absolute Ausnahme darstellen dürfte.

### **3. Die Anwendung des § 1382 BGB auf die Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* – eine Stundung *ex lege*?**

Fraglich ist, ob und – falls ja – wie die Möglichkeit der Stundung der Ausgleichsforderung in dem Fall, dass der Überlebende ausgleichspflichtig ist, Anwendung finden könnte.<sup>830</sup> Das „Ob“ ist wohl schnell zu beantworten: 335

<sup>826</sup> BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 34.

<sup>827</sup> BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 34.

<sup>828</sup> MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 10; hinsichtlich der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung siehe auch Staudinger/Thiele, § 1382 BGB, Rn. 18.

<sup>829</sup> Vgl. BGH, NJW 1955, 1335; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 3.

<sup>830</sup> Einen ähnlichen Rechtsmechanismus sah bereits Kipp in seinen Vorschlägen zu einem neuen gesetzlichen Güterstand vor, 33. DJT, S. 328; siehe ferner Rebstein-Metzger, 36. DJT, S. 574; den Vorschlag der gesetzlichen Stundung für „sehr beachtlich“ erklärend Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 23.



Wenn die Ausgleichsforderung auf Antrag der Erben in dem Fall gestundet werden könnte, in welchem der Überlebende ausgleichsberechtigt wäre, dann müsste dies auch für den Fall gelten, in welchem der Überlebende ausgleichspflichtig wäre. Das „Wie“ gestaltet sich jedoch schwieriger in der Beantwortung. Beachtung ist dem Umstand zu schenken, dass Bezugspunkt des Billigkeitskorrektivs des § 1382 BGB gerade der Zeitpunkt der Erfüllung ist. Vor dem Hintergrund, dass der überlebende Ehegatte sich mit dem Tod seines Ehepartners eines fundamentalen und gravierenden Einschnitts konfrontiert sieht, wäre der Zeitpunkt der Erfüllung regelmäßig von einer ganz besonderen Dynamik gezeichnet. Es soll daher untersucht werden, ob es angezeigt sein könnte, einen Schritt weiterzugehen, indem die Ausgleichsforderung im Todesfall *ex lege* gestundet wäre, den Regelungsgehalt des § 1382 BGB im Gefüge des realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden also so auszugestalten, dass die Stundung der Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten zum gesetzlichen Regelfall würde. In diesem Fall müsste festgelegt werden auf welchen Zeitpunkt die Forderung gestundet wäre. An dieser Stelle könnte es sich anbieten, die Ausgleichsforderung auf den Zeitpunkt des Todes des Überlebenden zu stunden. Sollte dies der Fall sein, so gilt es zu ergründen, wie ein solches rechtstechnisch umzusetzen wäre bzw. mit welchen Auswirkungen es einhergehen würde.

#### *a) Der dogmatische Ausgangspunkt der Überlegungen*

336 Dogmatischer Ausgangspunkt der Überlegungen zu einer Stundung *ex lege* der den überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten treffenden Forderung ist zum einen der bereits erörterte § 1382 BGB, zum anderen das Rechtsinstitut der „gesetzlichen Verteilung“ im Rahmen des niederländischen gesetzlichen Ehegattenerbrechts. Letzteres mag zunächst überraschend anmuten, geht es doch vorliegend primär um eine Regelung in Bezug auf den güterrechtlichen Zugewinnausgleich im Todesfall und nicht um die Ausgestaltung der gesetzlichen Erbfolge. Als Inspirationsquelle soll die „gesetzliche Verteilung“ im niederländischen Ehegattenerbrecht jedoch nicht hinsichtlich der Ausgestaltung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts dienen. Sie soll abstrakt herangezogen werden, um den Rechtsmechanismus, auf den Tod des überlebenden gestundete Geldansprüche entstehen zu lassen<sup>831</sup>, zu ergründen. Aus diesem Grund ist es auch unschädlich, dass die Regelung zum gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten in den Niederlanden als „faktisches“ Alleinerbrecht im Rahmen der Überlegungen zu der Erbquote des Ehegatten nach deutschem Recht *de*

<sup>831</sup> Vor diesem Hintergrund sind zudem die Überlegungen *Stöckers* (vgl. oben Rn. 96) zum Alleinerbrecht des Ehegatten und den damit einhergehenden Erbersatzansprüchen der Abkömmlinge mit in die Überlegung einzubeziehen.

*lege ferenda* als zu weitreichend abgelehnt wurde. Vorliegend soll gerade nicht der gesamte Nachlass dem Ehegatten überstellt werden, sondern sich lediglich dem System der auf den Tod des Überlebenden gestundeten schuldrechtlichen Ansprüche bedient werden. Mit anderen Worten: Es ist zu weitreichend als gesetzliches Erbrecht dem überlebenden Ehegatten den gesamten Nachlass zu überstellen und den Abkömmlingen „nur“ schuldrechtliche Ansprüche in Höhe ihrer Erbteile gegen den überlebenden Ehegatten zu gewähren, welche im Regelfall auf dessen Tod gestundet sind. Im Rahmen des realen Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des Überlebenden gilt es allerdings keine gleich weitreichenden Folgen zu befürchten, da das Erbrecht der Abkömmlinge samt sich aus Art. 14 GG ergebender Erbrechtsgarantie gerade nicht berührt wird.

Von Interesse ist der Vergleich insofern, als sich mit Blick auf die von Gesetzes wegen gestundeten schuldrechtlichen Ansprüche ähnliche Problemkreise bzw. Argumente ergeben können. So steht beispielsweise hinter der gesetzlichen Verteilung im niederländischen Recht die Überlegung, dass der Fortführung der bisherigen Lebensführung des überlebenden Ehegatten eine immense Bedeutung und Schutzwürdigkeit zukommt.<sup>832</sup> Eine solche Schutzwürdigkeit, welche der Fortführung der bisherigen Lebensführung gebührt, lässt sich auch in der Konstellation eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden wiederfinden, ist doch in beiden Konstellationen das auslösende Moment der Verlust des Ehegatten durch den Tod.

Schließlich ist im Rahmen der dogmatischen Begründung auch dem 100-jähriges Jubiläum feiernden Vorschlag Kipps Beachtung zu schenken. So sah Kipp bereits 1924 im Rahmen seiner Vorschläge zu einem Zugewinnausgleich auch im Fall der Auflösung des Güterstands durch den Tod vor, dass zum Schutze des überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten ein Rechtsmechanismus greifen sollte, nach welchem der den Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten zustehende Ausgleichsanspruch im Grundsatz auf den Tod des überlebenden Ehegatten gestundet sein sollte.<sup>833</sup>

Die der „gesetzlichen Verteilung“ des niederländischen Rechts bzw. des einst von Kipp unterbreiteten Vorschlags zur Ausgestaltung der Zugewinngemeinschaft zugrunde liegenden Mechanismen dem Gedanken nach auf einen realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten *de lege ferenda* übertragen, würde in einem auf den Tod des überlebenden Ehegatten gestundeten, auf Geldzahlung gerichteten Ausgleichsanspruch münden. In der Folge würde die Ausnahme der Stundung – jedenfalls für die Konstellation

<sup>832</sup> Vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 11.

<sup>833</sup> Kipp, 33. DJT, S. 328; diesem Vorschlag anschließend Munk, 33. DJT, S. 372 f.; ferner aufgegriffen von Rebstein-Metzger, 36. DJT, S. 574, sowie Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 23.

des realen Zugewinnausgleichs im Todesfall zulasten des überlebenden Ehegatten – zur (gesetzlichen) Regel. Es ist daher zu untersuchen, ob zu prognostizieren ist, dass die Interessen des Ausgleichschuldners (des überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten) die Interessen der Ausgleichsgläubiger (die gesetzlichen Erben des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten) so regelmäßig überwiegen würden, dass es angezeigt wäre, den Anspruch *ex lege* zu stunden.

340 Gegen eine Stundung *ex lege* scheint zunächst zu sprechen, dass die Stundung *de lege lata* nur in Ausnahmefällen zum Zuge kommt, da der Zugewinnausgleich auf dem Gedanken des gemeinsam erwirtschafteten Vermögensausgleichs fußt. Dieser Gedanke kann allerdings nur dann fruchtbar gemacht werden, wenn Ausgleichsgläubiger derjenige ist, welcher als Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft den geringeren Zugewinn erzielt und während der Ehe die Auswirkungen des dinglichen Gefälles erfahren hat. Vor diesem Hintergrund käme etwa eine Stundung *ex lege* der Ausgleichsforderung zugunsten des überlebenden Ehegatten nicht in Betracht. Im Fall des Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten ist Ausgleichsgläubiger allerdings niemand, welcher Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft war und als Teil derer zu der Vermögensbildung beigetragen hat. Folglich steht einer Stundung *ex lege* des Ausgleichsanspruchs zulasten des Überlebenden *de lege ferenda* nicht entgegen, dass die Stundung *de lege lata* den Ausnahmefall darstellt.

341 Mit Blick auf die Interessenabwägung ist Folgendes festzustellen: Sollte die Stundung zur gesetzlichen Regel werden, würde das Gesetz davon ausgehen, dass die Zahlung den überlebenden Ehegatten in der Vielzahl aller Fälle zur Unzeit treffen würde. Es würde also prognostiziert, dass die Schuldnerinteressen die Gläubigerinteressen in aller Regel überwiegen. *De lege lata* gründet sich das Gläubigerinteresse in dem Interesse der sofortigen Zahlung des Zugewinnausgleichs, vor dem Hintergrund, dass zugunsten des geschiedenen ausgleichsberechtigten Ehegatten ein dringendes Bedürfnis nach güterrechtlicher Teilhabe streitet. Erneut ist mit Blick auf die Stundung *ex lege* darauf zu verweisen, dass Ausgleichsgläubiger nicht derjenige wäre, welcher Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft war, womit das Interesse an sofortiger Zahlung nicht zusätzlichen Halt in güterrechtlichen Prinzipien finden würde.

342 Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass eine etwaige Stundung mögliches Konfliktpotential zwischen überlebendem Ehegatten und Anspruchsberechtigten, mithin den gesetzlichen Erben des Verstorbenen, entschärfen würde. So würde Familienfrieden, welcher gerade im Fall des Todes eines Ehepartners besonders notwendig ist<sup>834</sup>, gewahrt. Darüber hinaus würde durch

---

<sup>834</sup> Vgl. Wahl, FS Lehmann, S. 425.

die Wandlung von einer besonderen Art der richterlichen Vertragshilfe hin zum gesetzlichen Regelfall präventiv eine Belastung der Familiengerichte verhindert. Durch die mitunter schwierige Situation, in welche sich der überlebende Ehegatte versetzt sähe, müsste er einen gegen ihn bestehenden realen Zugewinnausgleichsanspruch sofort begleichen, wäre nämlich zu erwarten, dass das Bearbeiten von Stundungsanträgen zum „täglichen Geschäft“ würde.

Auch die extreme Ausnahmesituation, in welcher sich ein Mensch befindet, der seinen Ehepartner durch den Tod verloren hat und der Umstand, dass gerade das zeitliche Element der Fälligkeit ausschlaggebend ist im Rahmen der Stundung, sprechen vor dem Hintergrund der schwächeren Interessenposition der Anspruchsberechtigten im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu lasten des Ehegatten im Todesfall für eine Stundung *ex lege* des Ausgleichsanspruchs. 343

Um den Kreis zur eingangs erwähnten Schutzwürdigkeit des überlebenden Ehegatten zu schließen: Es ist ein Vorrang anzuerkennen, welcher der Fortführung der bisherigen Lebensführung des überlebenden Ehegatten gebührt.<sup>835</sup> Dieser Vorrang ist nur vollständig zu verwirklichen, indem der Ausgleichsanspruch zu lasten des überlebenden Ehegatten grundsätzlich auf dessen Tod *ex lege* gestundet würde und nicht nur für einen bemessenen Zeitraum (etwa drei oder fünf Jahre). Nach einer solchen Zeit könnte zwar der emotionale Einschnitt überwunden sein. Die Potentiale hinsichtlich familiärer Konflikte sowie der gezwungenen Veräußerung eines wirtschaftlichen Guts, welches Teil der Lebensgrundlage bildet, bestünden gleichsam fort und sind im Allgemeinen schwerer zu gewichten als das Interesse der Anspruchsberechtigten an sofortiger Zahlung. 344

*b) Das Verhältnis der Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs zu lasten des überlebenden Ehegatten ex lege und der Antragsstundung des Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten*

Soll folglich der Zugewinnausgleichsanspruch zu lasten des überlebenden Ehegatten *ex lege* gestundet sein, ist zu fragen, ob dieser Umstand damit vereinbar wäre, dass den Anspruchsberechtigten eines Zugewinnausgleichsanspruchs zu lasten des überlebenden Ehegatten nur die Möglichkeit der Stellung eines Stundungsantrags eröffnet würde. Eine Vereinbarkeit wäre jedenfalls dann abzulehnen, wenn eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vorläge. Von einer Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG wird ausgegan- 345

---

<sup>835</sup> Ebenso die Gesetzesbegründung zur gesetzlichen Verteilung im niederländischen Recht, vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 11.

gen, wenn wesentlich Gleiches ungleich bzw. wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird.<sup>836</sup>

346 Zur Prüfung einer möglichen Ungleichbehandlung ist eine Vergleichsgruppe derart zu bilden, dass ausgehend eines gemeinsamen Oberbegriffs eine Ausgangsgruppe, also der Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung, einer Referenzgruppe, also dem Gegenstand, welcher mit der Ausgangsgruppe zu vergleichen ist, gegenübergestellt wird.<sup>837</sup> Ausgangsgruppe wären vorliegend die Anspruchsgläubiger eines Zugewinnausgleichsanspruchs im Todesfall zulasten des überlebenden Ehegatten, während Referenzgruppe der überlebende Ehegatte als Anspruchsgläubiger eines Zugewinnausgleichsanspruchs im Todesfall zu seinen Gunsten wäre. Der gemeinsame Oberbegriff, hinsichtlich dessen es das Vergleichspaar zu überprüfen gilt, fände sich in der Fälligkeit des Zugewinnausgleichsanspruchs bei Auflösung der Ehe durch den Tod. Fraglich ist, ob es sich insofern um „im Wesentlichen gleiche Sachverhalte“<sup>838</sup> handeln würde. Sollte dies der Fall sein, so wäre eine Ungleichbehandlung nicht von der Hand zu weisen, immerhin würde der Anspruch zugunsten des Überlebenden sofort fällig, während der Anspruch zulasten des Überlebenden *ex lege* gestundet wäre. In diesem Fall bedürfte es der Klärung der Frage, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt wäre.

347 An der Voraussetzung des im Wesentlichen gleichen Sachverhalts fehlt es, wenn die Bestimmungen „verschiedenen rechtlichen Ordnungsbereichen zugehörig sind und in anderen systematischen Zusammenhängen stehen“<sup>839</sup>. Vorliegend würde es sich in beiden Sachverhalten um Konstellationen des Zugewinnausgleichs im Todesfall handeln. Es bestünde mithin sowohl eine Zugehörigkeit zum selben rechtlichen Ordnungsbereich als auch eine enge systematische Verknüpfung. Die Konstellationen des Zugewinnausgleichs im Todesfall zugunsten und zulasten des überlebenden Ehegatten wären daher als im Wesentlichen gleiche Sachverhalte einzustufen. Aufgrund der unterschiedlichen Handhabung hinsichtlich der Fälligkeit des Anspruchs wäre das Vorliegen einer Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG zu bejahen. Diese ginge auf eine entsprechende Gesetzesausgestaltung zurück und wäre damit auch rechtlich relevant.<sup>840</sup>

<sup>836</sup> BVerfGE 49, 148 (165), juris Rn. 39; 98, 365 (385), juris Rn. 63; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 3 GG, Rn. 10 ff.; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 622.

<sup>837</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 615 ff.; Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 788 f.

<sup>838</sup> BVerfGE 130, 151 (175), juris Rn. 95; BGH, NJW 2019, 2031, juris Rn. 13.

<sup>839</sup> BVerfGE 133, 1 (21), juris Rn. 63 f.; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 3 GG, Rn. 11.

<sup>840</sup> Zur rechtlichen Relevanz Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 615; Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 787 f.

Es ist folglich zu prüfen, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein könnte. Mit Blick auf diese Frage ist nach der Rechtsprechung zwischen Rechtfertigungsmaßstäben zu differenzieren, wobei der anzulegende Maßstab davon abhängt, welcher Art und Natur die soeben festgestellte rechtliche Ungleichbehandlung ist. Insofern führt das BVerfG aus: „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. [...] Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen [...]“.<sup>841</sup> Konkret soll eine strengere Bindung des Gesetzgebers insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, oder sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann.<sup>842</sup> Entsprechendes wäre mit Blick auf die Anspruchsberechtigten eines Ausgleichsanspruchs zulasten des Ehegatten einzig aufgrund des Umstands, dass diese einen bloß gestundeten Anspruch erhielten, nicht auszumachen. Dann aber dürfte kein qualifizierter Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit anzulegen sein. Vielmehr wäre im Sinne einer Willkürprüfung darauf zu rekurren, dass offenkundig sein müsste, dass sich für die in Frage stehende gesetzliche Regelung und die durch sie bewirkte Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund finden ließe.<sup>843</sup> Mit Blick auf diesen sachlichen Grund gilt, dass eine Ungleichbehandlung durch einen hinreichend gewichtigen Grund gerechtfertigt sein kann<sup>844</sup>, wobei als Differenzierungsgrund jede vernünftige Erwägung in Betracht kommt.<sup>845</sup> Ist es „grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselben Rechtsfolgen knüpft“, vorausgesetzt, die Auswahl ist „sachlich vertretbar“ bzw. nicht „sachfremd“,<sup>846</sup> so ergibt sich im Umkehrschluss, dass bei sachlicher Vertretbarkeit an bestimmte (vergleichbare) Sachverhalte auch unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden können. Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf die vorliegende Frage zu berücksichtigen, dass im Fall des

<sup>841</sup> BVerfGE 129, 49 (68 f.), juris Rn. 64 f.

<sup>842</sup> BVerfGE 129, 49 (69), juris Rn. 65; 88, 87 (96), juris Rn. 35; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 795 f.

<sup>843</sup> BVerfGE 116, 135 (161), juris Rn. 89; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 3 GG, Rn. 23.

<sup>844</sup> BVerfGE 100, 138 (174), juris Rn. 129; 148, 217 (246), juris Rn. 113.

<sup>845</sup> Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 3 GG, Rn. 19.

<sup>846</sup> BVerfGE 90, 145 (196), juris Rn. 182; 94, 241 (260), juris Rn. 54; 103, 242 (258), juris Rn. 43; BVerfGE 124, 178 (184), juris Rn. 21; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 3 GG, Rn. 19.

Zugewinnausgleichs zugunsten des Überlebenden der Anspruchsberechtigte derjenige wäre, welcher selbst Teil der durch den Tod aufgelösten ehelichen Lebensgemeinschaft war und als solcher das dingliche Gefälle an der Errungenschaft zu Lebzeiten hingenommen bzw. die Vermögensbildung des anderen mit gefördert hat. Es bestünde ein dringendes Bedürfnis, den dem Zugewinnausgleich zugrunde liegenden Gedanken des gemeinsam erwirtschafteten Vermögensausgleichs bzw. der güterrechtlichen Teilhabe zu verwirklichen.<sup>847</sup> Im Fall des Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden wären die Anspruchsberechtigten jedoch die gesetzlichen Erben des verstorbenen ausgleichsberechtigten Ehegatten. Diese waren nie Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft und haben nicht zur Vermögensbildung der Ehegatten beigetragen. Allein der Umstand, dass aufgrund güterrechtlicher Konsequenz auch ein Zugewinnausgleich zulasten des Überlebenden möglich sein soll, würde die Anspruchsberechtigten nicht nachträglich auf die Stufe des verstorbenen Ehegatten heben. Beachtung müssen auch die unterschiedlichen Lebenslagen finden. Das den Zugewinnausgleich auslösende Moment ist der Tod eines Ehegatten. Dieser Umstand wird den überlebenden Ehegatten regelmäßig deutlich einschneidender treffen als die Erben. Der überlebende Ehegatte verliert die Person, welche zentrale Bedeutung für seine Lebensgestaltung hatte, er ist insofern besonders schützenswert. Auch mit Blick auf die Haftungsfrage ließe sich ein Grund für die Verschiedenheit in der Behandlung der Ansprüche finden. Da sich der Anspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten gegen den Nachlass richten würde, könnten die Erben ihre Haftung begrenzen. Der Anspruch zulasten des überlebenden Ehegatten träfe diesen jedoch unmittelbar bezogen auf sein persönliches Vermögen – eine Haftungsbeschränkung käme nicht in Betracht. Mithin läge eine Mehrzahl sachlicher und durchgreifender Gründe für die Ungleichbehandlung der Sachverhalte vor, sodass im Ergebnis eine Rechtfertigung anzunehmen und damit eine verfassungswidrige Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG zu verneinen wäre. Der Umstand, dass der Ausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten nicht *ex lege* gestundet würde, wäre folglich mit dem Umstand, dass der Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten *ex lege* gestundet würde, zu vereinbaren.

---

<sup>847</sup> Selbe Schlussfolgerung ließe sich auch aus den Ausführungen *Röthels* bzw. *Rauschers* bezogen auf einen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten ziehen. So führt *Röthel* aus, dass es insbesondere zugunsten des Überlebenden einer gleichgerechten Teilhabe bedarf, da dieser während des Güterstands nicht dinglich am Zugewinn berechtigt war, vgl. *Röthel*, 68. DJT, A 54. Ähnlich führt *Rauscher* aus, dass ein Zugewinnausgleich zulasten nicht gleichermaßen zwingend erscheint wie die Durchführung eines Zugewinnausgleichs zugunsten des überlebenden Ehegatten, *Rauscher*, Reform Bd. II/1, S. 75.



Im Ergebnis sind es mithin Argumente bzw. Erwägungen, die übergeordnet 349 gegen den realen Zugewinnausgleich im Todesfall zulasten des überlebenden Ehegatten an sich angeführt werden können, welche die der Stundung *ex lege* zugrunde liegende Dogmatik prägen. Werden diese Argumente in der Diskussion um die Einführung eines realen Zugewinnausgleichs insbesondere durch den Gedanken der güterrechtlichen Konsequenz aufgewogen, so können sie sich nun im Rahmen der Stundung voll entfalten und damit bewirken, dass die wirtschaftlich belastenden Auswirkungen eines realen Zugewinnausgleichs im Todesfall zulasten des Ehegatten „eingefangen“ werden.

### c) Die Behandlung einzelner (Sonder-)Fälle

Wird damit anerkannt, dass die Interessen des überlebenden Ehegatten jene 350 der Anspruchsberechtigten in aller Regel überwiegen würden, so würde dies freilich nicht ohne Ausnahmen<sup>848</sup> gelten. Es ist daher auszuloten, in welchen Konstellationen der Ehegatte nicht schutzwürdig wäre und daher das Interesse der Anspruchsberechtigten an sofortiger Zahlung überwiegen könnte. In diesen Fällen käme eine Stundung als Regelfall nicht in Betracht, bzw. wäre die einst *ex lege* gestundete Forderung vorzeitig fällig zu stellen.

#### aa) Das Zusammentreffen von überlebendem Ehegatten und gemeinsamen Abkömmlingen

Zunächst sei der Fall zu beleuchten, dass der Ehegatte mit gemeinsamen 351 Abkömmlingen als gesetzlichen Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten und damit Anspruchsberechtigten zusammentrifft. Dabei würde es sich wohl eher um den Regelfall als einen Sonderfall handeln. Gleichwohl soll auch diese Konstellation kurz behandelt werden, um ein möglichst vollständiges Bild zu geben.

Gemeinsamen Abkömmlingen wäre es zuzumuten, ihre Ansprüche zu Leb- 352 zeiten des ausgleichspflichtigen Ehegatten im Grundsatz<sup>849</sup> nicht geltend machen zu können. Eine lebzeitige Fälligkeit der Ansprüche vorzusehen, scheint insbesondere vor dem Hintergrund der dem Zugewinnausgleich zulasten des

---

<sup>848</sup> Siehe bereits *Hagemeyer*, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 23, wo es heißt: „Der von mehreren Seiten [unter Verweis auf *Kipp*, 33. DJT, S. 328 und *Rebstein-Metzger*, 36. DJT, S. 574] gemachte Vorschlag, eine gesetzliche Stundung der Zugewinnsschuld bis zum Tode oder der Wiederverheiratung des Zugewinnsschuldners eintreten zu lassen, erscheint sehr beachtlich. Allerdings wird eine Anordnung der Sicherung und – bei wichtigem Grund – auch der Aufhebung der Stundung durch den Vormundschaftsrichter vorzusehen sein.“.

<sup>849</sup> Vgl. die folgende Diskussion zu den Sonderfällen, in denen die vorzeitige Fälligkeit des Anspruchs eintritt.



überlebenden Ehegatten zugrunde liegenden Rechtfertigung der zu fordernden güterrechtlichen Konsequenz nicht erforderlich. Stöcker sah für seine einst vorgeschlagenen *ex lege* gestundeten Erbersatzansprüche hinsichtlich gemeinsamer Abkömmlinge keine Sicherungsmechanismen vor, mit der Begründung, dass es „keineswegs eine typische Eigenart älterer Witwen [ist], das sog. Familienvermögen zu verjubeln.“<sup>850</sup> Mag dieses Phänomen noch immer seine Richtigkeit haben, trägt es den Verzicht auf Sicherungsmechanismen – wie insbesondere die vorzeitige Fälligkeit – rechtsdogmatisch doch nicht allein. Es ist um folgenden Gedanken zu ergänzen: Die Ansprüche der Abkömmlinge gründen sich nicht etwa auf einem Versorgungsgedanken zugunsten ihrer oder einem in der Person ihrer selbst begründetem Recht. Es ist vielmehr der Umstand, dass das Güterrecht im Todesfall einen Zugewinnausgleichsanspruch vorsehen muss, dies aber konsequenterweise nicht nur zugunsten des Ehegatten geschehen kann. Die Ausgleichsforderung gemeinsamer Abkömmlinge sollte daher grundsätzlich nicht zu Lebzeiten fällig gestellt werden können.

#### bb) Das Zusammentreffen von überlebendem Ehegatten und einseitigen Abkömmlingen

353 Fraglich ist, ob es in der Konstellation, in welcher ein einseitiger Abkömmling des ausgleichsberechtigten Ehegatten Anspruchsberechtigter wäre, einer vorzeitigen Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs bedürfte. So sah auch Stöcker im Rahmen seines Vorschlags zu einem Alleinerbrecht des Ehegatten vor, dass die Erbersatzansprüche einseitiger Abkömmlinge sofort fällig sein sollten.<sup>851</sup> Er rekurrierte dabei auf ein soziotypisches Phänomen, nach welchem einseitige Abkömmlinge häufig keine engere Verbindung zu ihrem Stiefelternteil aufbauen würden – insbesondere dann nicht, wenn sie sich bereits in einem höheren Alter befinden. Der Stiefelternteil könnte regelmäßig weniger Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen des Kindes nehmen als ein Elternteil<sup>852</sup> und etwa so weit gehen, sein Vermögen zu Lebzeiten auf seine eigenen Abkömmlinge zu verteilen, um den Ausgleichsanspruch des einseitigen Abkömmlings zu vereiteln. Dies würde den Anspruch des einseitigen Abkömmlings regelmäßig erheblich gefährden. So sieht beispielsweise das niederländische Recht im Rahmen der „gesetzlichen Verteilung“ i. S. d. Art. 4:13 BW ein „Wilsrecht“<sup>853</sup> gem. Art. 4:21 BW zugunsten des einseitigen Ab-

<sup>850</sup> Stöcker, FamRZ 1970, 444 (451).

<sup>851</sup> Vgl. Stöcker, FamRZ 1970, 444 (451).

<sup>852</sup> Vgl. Stöcker, FamRZ 1970, 444 (451) unter Bezugnahme auf Wahl, FS Lehmann, S. 428.

<sup>853</sup> Siehe zur Bedeutung der „Wilsrechten“ oben in der Darstellung des niederländischen gesetzlichen Erbrechts, Rn. 92.

kömmings vor und bringt diesem damit einen gewissen Schutz entgegen. Es könnte daher überlegt werden im Fall der Anspruchsberechtigung eines einseitigen Abkömmlings, auf eine Stundung *ex lege* zu verzichten und dem überlebenden Ehegatten nur die Möglichkeit eines Stundungsantrags ähnlich dem geltenden § 1382 BGB bzw. eines Leistungsverweigerungsrechts entsprechend § 1381 BGB an die Hand zu geben.

Eine solche Handhabe würde allerdings auf eine unterschiedliche Behandlung von gemeinsamen und einseitigen Abkömmlingen zugunsten letzterer hinauslaufen. Die Situation ist im weitesten Sinne mit der bei Schaffung des BGB diskutierten Möglichkeit vergleichbar, einseitige Abkömmlinge, die im Erbfall mit dem überlebenden Ehegatten des Elternteils sowie aus dieser Ehe hervorgegangenen gemeinsamen Abkömmlingen konkurrieren, besser als die gemeinsamen Abkömmlinge zu stellen. So wurde ausgeführt: „Der Gesetzgeber müsse Sorge tragen, ihnen [scil. den einseitigen Abkömmlingen] das Erbtheil ihrer Eltern möglichst zu erhalten. Gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern dürfe man dem überlebenden Ehegatten vielleicht ein weiteres Erbrecht einräumen, da bei dessen Tode das Vermögen zum Theile wieder an diese Kinder falle. Das Stiefkind verliere aber vollständig denjenigen Theil des Nachlasses, welcher dem Ehegatten ausgekehrt werde; und das würde als große Unbilligkeit empfunden werden.“<sup>854</sup> Freilich steht vorliegend nicht in Rede, die Erbtheile von gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlingen unterschiedlich zu bemessen. Gleichwohl liefe der Umstand, den Zugewinnausgleichsanspruch eines einseitigen Abkömmlings sofort fällig zu stellen, auf eine Ungleichbehandlung hinaus. Beide Ungleichbehandlungen rühren letztlich aus dem Umstand der fehlenden Blutsverwandtschaft her. Im Ergebnis haben sich die Schöpfer des BGB aber gegen solch eine unterschiedliche Behandlung für das Erbrecht ausgesprochen. Das damals angeführte Argument, dass eine unterschiedliche Behandlung von einseitigen und gemeinsamen Abkömmlingen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Verständlichkeit des Rechts führen und der Gerechtigkeit widersprechen würde,<sup>855</sup> trägt auch hinsichtlich der Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs. Insbesondere mit Blick auf den überlebenden Ehegatten, welchem die Stundung gerade ermöglichen soll, seinen Lebensstandard der gelebten Ehe aufrechtzuerhalten, scheint es nicht gerechtfertigt, einseitige Abkömmlinge hinsichtlich der Fälligkeit besserzustellen als gemeinsame. Handele es sich nur um einen einseitigen Abkömmling, welcher mit dem Überlebenden sowie gemeinsamen Abkömmlingen zusammenträfe, könnte wohl noch argumentiert werden, dass der Anspruch dieses einen einseitigen Abkömmlings den Lebensstandard des Überlebenden nicht in größerem Ausmaß gefährden würde, bestünde der An-

<sup>854</sup> *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht, Prot. S. 7427.

<sup>855</sup> *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht, Prot. S. 7428.

spruch doch nur anteilig seiner Erbquote. Wären allerdings keine gemeinsamen Abkömmlinge vorhanden und würde der einseitige Abkömmling allein neben dem überlebenden Ehegatten erben, so beliefe sich sein Anspruch auf die Hälfte des Zugewinnausgleichsanspruchs. Entgegengesetzt der für die Bevorzugung einseitiger Abkömmlinge angeführten Prämisse, dass der überlebende Ehegatte dem einseitigen Abkömmling nicht so wohlgesonnen und rücksichtsvoll gegenüber sei, wie er es gemeinsamen Abkömmlingen gegenüber wäre, ließe sich an dieser Stelle anführen, dass das Stiefkind wohl nicht so wohlgesonnen und rücksichtsvoll seinem Stiefelternteil gegenüber wäre und den dann zu Lebzeiten fällig gewordenen Anspruch ungeachtet der Lebenslage des überlebenden Ehegatten geltend machen würde. Die „Entfernung“ in der familiären Nähebeziehung sollte nicht die der Stundung *ex lege* zugrunde liegenden dogmatischen Erwägungen und Argumente zugunsten einer sofortigen Fälligkeit der Ansprüche von einseitigen Abkömmlingen durchbrechen.

- 355 Nichts anderes ergibt sich aus einem Vergleich mit dem niederländischen Recht. Zwar will das niederländische Recht den Erbenspruch einseitiger Abkömmlinge im Rahmen der „gesetzlichen Verteilung“ abgesichert wissen. Allerdings kann der einseitige Abkömmling zum einen „nur“ die Übertragung eines Gegenstandes verlangen, welcher ggf. mit einem Nießbrauch belastet ist – der Anspruch wird also gerade nicht fällig –, zum anderen ist im Fall des niederländischen Rechts der gesamte Erbenspruch des einseitigen Abkömmlings gefährdet und er hat keine Aussicht darauf, den überlebenden Stiefelternteil aufgrund gesetzlicher Erbfolge zu beerben.<sup>856</sup> Vorliegend erhielte der einseitige Abkömmling aber seinen Erbteil (natürlich nur im ersten Erbfall). Gefährdet wäre einzig sein Anspruch auf Zugewinnausgleich, welcher ihm *de lege lata* nicht einmal zusteht. Vielmehr wird sein Erbteil *de lege lata* sogar durch die Pauschalierung gemindert. Die Stellung des einseitigen Abkömmlings *de lege ferenda* wäre folglich eine Besserstellung im Vergleich zur Rechtslage *de lege lata*. Im Ergebnis sollte damit keine unterschiedliche Behandlung zwischen einseitigen (oder sonstigen gesetzlichen Erben) und gemeinsamen Abkömmlingen vorgesehen werden. In beiden Fällen sollte die Ausgleichsforderung auf den Tod des überlebenden Ehegatten gestundet sein.

#### cc) Die Wiederheirat des überlebenden Ehegatten

- 356 Im Fall der Wiederheirat des überlebenden (ausgleichspflichtigen) Ehegatten treten Dritte hinzu, welche den Zugewinnausgleichsanspruch der gesetzlichen Erben des verstorbenen, (ausgleichsberechtigten) Ehegatten gefährden und in der Praktikabilität enorm einschränken können. Zu denken sei etwa an

<sup>856</sup> Vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 12.

den Fall, dass der neuangeheiratete Ehegatte den geringeren Zugewinn erzielen und die Ehe durch den Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten geschieden würde. In diesem Fall stünde dem überlebenden Ehegatten ein Zugewinnausgleichsanspruch zu, welcher mit den aus erster Ehe resultierenden (gestundeten) Ansprüchen der gesetzlichen Erben des zuerst verstorbenen Ehegatten zusammentreffen würde. Beide Ansprüche würden sich gegen den Nachlass des zweitversterbenden Ehegatten richten. Als aus erster Ehe resultierender und auf den ersten Ehepartner zurückzuführenden Anspruch, sollten die Anspruchsberechtigten ihres Anspruchs immerhin insoweit sicher sein, dass er nicht durch das Hinzutreten Dritter beeinträchtigt werden könnte. Die mit der Wiederheirat vollständig „*ad acta*“ gelegte Erstehe sollte in diesem Moment vollständig abgewickelt werden (können). Auch scheint der überlebende Ehegatte ab dem Moment der Wiederheirat nicht mehr gleichsam schutzwürdig. Er begibt sich in andere, seine wirtschaftlichen Bedürfnisse prägende Lebensverhältnisse.<sup>857</sup> Der mit der Stundung verfolgte Zweck, dem Überlebenden die Aufrechterhaltung eines den Lebensverhältnissen in der durch den Tod geschiedenen Ehe entsprechenden Lebensstandards zu ermöglichen, erübrigt sich bei Wiederheirat weitestgehend. Konsequenz ist, dass der Ausgleichsanspruch der gesetzlichen Erben bei Wiederheirat des überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten fällig gestellt werden sollte.<sup>858</sup>

Die Ansprüche im Fall der Wiederheirat fällig zu stellen, würde auch nicht die gem. Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Eheschließungsfreiheit des überlebenden Ehegatten verletzen. Es könnte sich zwar ereignen, dass ein überlebender ausgleichspflichtiger Ehegatte von einer Wiederheirat absehen würde, um nicht die Fälligkeit der gegen ihn bestehenden Ausgleichsforderungen herbeizuführen. Gleichwohl ist zu bedenken, dass die Stundung den Überlebenden gerade davor schützen soll, die Forderungen schon mit dem Tod des anderen 357

---

<sup>857</sup> Der Gedanke entspringt dem Recht über den Unterhalt des geschiedenen Ehegatten, genauer gesagt dessen Beendigung bei Wiederheirat, vgl. § 1586 BGB. Er kann insofern im übertragenen Sinne herangezogen werden, als sich der Zweck des nachehelichen Unterhalts sowie der Zweck der vorliegend diskutierten Stundungsmöglichkeit *ex lege* je in der Ermöglichung der Aufrechterhaltung eines den Lebensverhältnissen in der (durch den Tod) geschiedenen Ehe entsprechenden Lebensstandards erschöpft, vgl. BeckOGK/Kleinbauer, § 1586 BGB, Rn. 1; MüKo/Maurer, § 1586 BGB, Rn. 1.

<sup>858</sup> Bei Wiederheirat sollte gleichsam der von Kipp vorgeschlagene gestundete Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten fällig gestellt werden, siehe 33. DJT, S. 328. Selbes gilt für den von Stöcker vorgesehene Erbersatzanspruch, mit der Begründung, dass an der neuen Ehe die Nachwirkungen der Erblasserehe zwangsläufig ihre Grenzen finden, vgl. FamRZ 1970, 444 (451). Zu beachten ist jedoch, dass Stöcker von dieser Position in JZ 1973, 15 (16), Fn. 8 wieder abgerückt ist. Schließlich sieht ebenfalls das niederländische Recht im Rahmen der „gesetzlichen Verteilung“ gem. Art. 4:13 BW ein „*Wilsrecht*“ gem. Art. 4:19 BW der Abkömmlinge für den Fall der Wiederheirat des Überlebenden vor.

Ehegatten begleichen zu müssen. Die Stundung kommt dem Überlebenden gerade zugute, weil prognostiziert wird, dass seine Interessen, die der Anspruchsgläubiger regelmäßig überwiegen werden. Wie aufgezeigt würde sich der Überlebende jedoch mit der Wiederheirat in andere, seine wirtschaftlichen Bedürfnisse prägende Lebensverhältnisse begeben, mithin seine Schutzwürdigkeit verlieren, sodass es gerechtfertigt wäre, die Ansprüche ab diesem Augenblick fällig zu stellen. Beachtung sei an dieser Stelle noch den Ausführungen Stöckers gewidmet. So führte dieser unter Bezugnahme auf den Vorschlag Firschings zu einem Alleinvorerbrecht des Ehegatten, bei welchem der Nacherbfall mit Wiederheirat eintreten sollte, aus, dass Beschränkungen der erbrechtlichen Position des überlebenden Ehegatten für den Fall der Wiederheirat im Rahmen des Intestaterbrechts nach der Auslegung, welche das BVerfG<sup>859</sup> dem Art. 6 GG gegeben hat, nicht mit der Eheschließungsfreiheit vereinbar wären.<sup>860</sup> Bedenken dieser Art bestünden vorliegend nicht, da nicht die erbrechtliche Position des Ehegatten durch dessen Wiederheirat beschränkt bzw. in Teilen aufgehoben werden soll, sondern einzig der aus dem Güterrecht resultierende, gegen ihn bereits bestehende (und zu seiner Entlastung gestundete) Ausgleichsanspruch mangels fortbestehender Schutzwürdigkeit fällig werden würde. Die Intensität der drohenden „Sanktion“ der Wiederheirat wäre deutlich niedriger, als in dem Fall, dass die Stellung als gesetzlicher Allein- bzw. Vorerbe aufgehoben würde. Eine Verletzung der Eheschließungsfreiheit würde insofern nicht zu befürchten sein.<sup>861</sup>

- 358 In Anschauung der Argumente für die Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs zu Lebzeiten bei Wiederheirat des überlebenden Elternteils wäre diese Regelung nicht nur im Verhältnis „gemeinsamer anspruchsberechtigter Abkömmling – überlebender ausgleichspflichtiger Ehegatte“ anzuwenden, sondern allgemein im Verhältnis „anspruchsberechtigter gesetzlicher Erbe des ausgleichsberechtigten Ehegatten – überlebender ausgleichspflichtiger Ehegatte“.

<sup>859</sup> Stöcker bezieht sich auf BVerfGE 31, 58 – den sog. „Spanier-Beschluss“, in welchem das BVerfG die Bedeutung der Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG besonders betont, vgl. nur Ls. 1: „Das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet jedermann – auch einem Ausländer – die Freiheit, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen (Eheschließungsfreiheit).“.

<sup>860</sup> Stöcker, JZ 1973, 15 (16).

<sup>861</sup> Beachte auch, dass es sich bei der Wiederheirat einer verwitweten Person um kein typisches Phänomen, sondern vielmehr um die klare Ausnahme handelt. So lag dem statistischen Landesamt Baden-Württemberg zufolge, auf alle Eheschließenden betrachtet, der Anteil verwitweter Personen, die eine neue Ehe eingingen, im Jahre 2019 bei 1 %, vgl. Brachat-Schwarz/Binder, Statistisches Monatsheft Baden-Württemberg, 1/2021, 14 (19 f.), abrufbar unter: <https://www.statistik-bw.de/Service/Veroeff/Monatshefte/20210102>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; vgl. auch Zimmermann, RabelsZ (80) 2016, 39 (86), Fn. 274.

Zu fragen ist ferner, ob es an einer Schutzwürdigkeit des Ehegatten gleichsam dann fehlen könnte bzw. ob eine besondere Schutzwürdigkeit der Interessen der Ausgleichsberechtigten auszumachen wäre, wenn der überlebende Ehegatte zwar nicht wieder heiraten, aber eine gefestigte nichteheliche Lebensgemeinschaft eingehen würde.<sup>862</sup> Auch in diesem Fall begäbe sich der überlebende Ehegatte in andere, nicht nur seine wirtschaftlichen, sondern auch emotionalen Bedürfnisse prägende Lebensverhältnisse. So ist entscheidend für die Annahme einer ehelichen Gemeinschaft nach dem BVerfG die Vereinbarung einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft und darüber hinausgehend die gemeinsame Planung und Gestaltung der Lebensführung, die zu einer familienähnlichen inneren Bindung der Partner führt.<sup>863</sup> Die Schutzwürdigkeit könnte insofern tatsächlich abzuspitzen sein. Problematisch ist jedoch, dass äußerst fraglich wäre, wann von einer solch gefestigten nichtehelichen Lebensgemeinschaft auszugehen wäre. Zu beachten ist dabei, dass es trennscharfer Kriterien bedürfte, um ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu schaffen, aber auch um den Eingriff (die Auslösung der vorzeitigen Fälligkeit) im Verhältnis zur Wiederheirat nicht zu niederschwellig zu gestalten. In der Literatur wird immer wieder über die Knüpfung von rechtlichen Folgen an die Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft diskutiert, wie etwa die Schaffung eines gesetzlichen Erbrechts zugunsten des nichtehelichen Lebensgefährten<sup>864</sup>. Einzug in das Gesetz hat ein solches Konstrukt gleichwohl noch

<sup>862</sup> Auch für diesen Fall macht *Zimmermann* in Anlehnung an die „*Wilsrechten*“ im niederländischen Recht Gefahren für die Erbrechte der Abkömmlinge des Erblassers aus, vgl. *Zimmermann*, *RabelsZ* (80) 2016, 39 (86), Fn. 274.

<sup>863</sup> Vgl. BVerfGE 82, 6 (13), juris Rn. 25; 87, 234 (264), juris Rn. 92; *Grziwotz*, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 1. Teil, Rn. 34 ff.

<sup>864</sup> Für eine etwaige erbrechtliche Berücksichtigung *Rauscher*, *Reform Bd. II/1*, S. 229 ff., 289 f.; *Scherpe/Yassari/Scherpe*, *Legal Status of Cohabitants*, S. 592 f.; für das schweizerische Recht *Keller*, *Die faktische Lebensgemeinschaft im Erbrecht*, S. 154 ff., 183; mit Blick auf das Erbschaftssteuerrecht *Elden*, *NZfAm* 2021, 405 (409 f.); gegen ein gesetzliches Erbrecht des nichtehelichen Lebensgefährten *Grziwotz/Wellenhofer*, *FamRZ* 2020, 1989 (1991), schließen allerdings eine der österreichischen Regelung (§ 748 Abs. 1 ABGB, „Außerordentliches Erbrecht des Lebensgefährten“, für den Fall des unverheirateten Erblassers ohne gesetzliche Erben zu Gunsten des Lebensgefährten nach dreijähriger häuslicher Gemeinschaft) entsprechende Vorschrift nicht vollständig aus; Beschlüsse des 57. DJT, Beschluss Nr. 11 a, b, I 235 f. = NJW 1988, 2998, gesetzliches Erbrecht eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird ganz überwiegend abgelehnt (121:5:4), spricht sich jedoch – wenngleich nicht mit entsprechend deutlicher Mehrheit – für eine dem Voraus entsprechende Regelung aus (84:30:16); gegen eine Institutionalisierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Allgemeinen *Coester-Waltjen*, *NJW* 1988, 2085 (2090); siehe ferner etwa *Goetz*, *FamRZ* 1985, 987 ff.; *Krings*, *FPR* 2001, 7 ff.; *MüKo/Leipold*, § 1931 BGB, Rn. 8; *Strätz*, *FamRZ* 1998, 1553 (1564 f.); *Unverfehrt*, *Schweizerische Reformbestrebungen für eine erbrechtliche Besserstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*; mit Blick auf Neuerungen im brasilianische Recht *Schäfer*, *ZEV* 2010, 238 sowie

nicht gehalten. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft hat insbesondere keine der gültigen Ehe vergleichbaren Wirkungen<sup>865</sup>. Sie führt im Rahmen des deutschen Rechts ein Schattendasein.<sup>866</sup> Es finden sich nur vereinzelt gesetzgeberische Verweise auf die eheähnliche Gemeinschaft, so etwa in § 1766a BGB<sup>867</sup> oder § 20 SGB XII. Solange aber ein gesetzlicher Rahmen im deutschen Recht fehlt, sollte vorliegend nicht losgelöst ein Tatbestand geschaffen werden, welcher Rechtsfolgen an die Eingehung eines Rechtskonstrukts knüpft, welches in so gut wie allen anderen Bereichen des deutschen Rechts keine Rechtsfolgen mit sich bringt. Es gilt vielmehr zu fordern, den rechtlichen Diskurs um die Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft weiter zu befeuern und voranzutreiben. Dies würde den Rahmen dieser Dissertation jedoch vorliegend aufgrund der Komplexität dieses Themenbereichs überschreiten. Vorliegend ist damit festzuhalten, dass die Forderungen der Anspruchsberechtigten nicht vorzeitig aufgrund der Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft fällig würden.

360 Im Ergebnis sollte es daher bei der statusorientierten vorzeitigen Fälligkeit im Zeitpunkt der Wiederheirat des überlebenden Ehegatten bleiben.

#### dd) Besonders schwerwiegende Interessen der Anspruchsgläubiger

361 Der Klärung bedarf ebenfalls, wie besonders schwerwiegender Interessen der Anspruchsgläubiger Rechnung getragen werden könnte. So ist etwa *de lege lata* bei der Stundung gem. § 1382 BGB im Rahmen der Interessenabwägung regelmäßig den Interessen der Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten (also in Fällen, in denen der Ausgleichsanspruch bereits zu Lebzeiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten entstanden und mit dessen Tod auf die Erben übergegangen ist) Vorrang zu gewähren, wenn der Verstorbene ihnen unterhaltspflichtig gewesen war und sie nach dessen Tod die Zahlung zur Deckung des Lebensunterhalts sofort benötigen.<sup>868</sup> Sollte der Zugewinnausgleich

---

*Schmidt*, FamRZ 2017, 1117 ff.; mit Blick auf das israelische Recht *Wohlgemuth*, NZFam 2019, 325 (328 f.); hinsichtlich des italienischen Rechts *Enßlin*, NZFam 2020, 93 (94 f.); mit Blick auf das Familienrecht, insb. Ausgleichsregelungen, siehe *Dethloff*, 67. DJT, A 35 ff., A 131 ff.

<sup>865</sup> Weber/*Fuchs*, Rechtswörterbuch, „Nichteheliche Lebensgemeinschaft“.

<sup>866</sup> Vgl. *Grziwotz*, MDR 2018, 833 ff.

<sup>867</sup> Beachte in diesem Zusammenhang auch BVerfG, NZFam 2019, 473, insb. juris Rn. 97 ff.

<sup>868</sup> MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 17; beachte in diesem Zusammenhang, dass sich die Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten nicht darauf berufen können, dass eine Stundung den Interessen des Verstorbenen zuwidergelaufen wäre. Es kommt vielmehr auf die eigenen Vermögens- und Lebensumstände an, siehe *Staudinger/Thiele*, § 1382 BGB, Rn. 22.



im Todesfall wie vorgesehen zum Regelfall werden, könnte in dieser Konstellation *de lege ferenda* nichts anderes gelten. Das würde gleichwohl nicht bedeuten, dass der Anspruch zulasten des überlebenden Ehegatten nicht *ex lege* gestundet sein könnte. Um die Interessen der Anspruchsberechtigten in der vorliegenden Konstellation zu schützen, wäre diesen ein Antragsrecht auf Aufhebung der Stundung einzuräumen.<sup>869</sup> Zur Begründung dieses Antrags müssten die Anspruchsberechtigten sodann darlegen, inwiefern sie unterhaltsberechtigt gewesen waren und die sofortige Zahlung zur Deckung ihres Lebensunterhalts benötigen. Diametral zur Rechtslage *de lege lata* würde folglich kein Antragsrecht des Ausgleichsschuldners auf Stundung bestehen; *de lege ferenda* könnte vielmehr ein Antrag (§ 23 FamFG) seitens eines Ausgleichsberechtigten gestellt werden, welcher gerade nicht auf Stundung, sondern auf Aufhebung der Stundung bzw. sofortige Fälligkeit abzielen würde. Einhergehend damit würde die Darlegungslast auf den Ausgleichsberechtigten übergehen. Dem Gedanken nach würde eine solche Regelung dem § 1382 Abs. 6 BGB folgen, welcher vorsieht, dass das Familiengericht eine rechtskräftige Stundungsentscheidung auf Antrag aufheben oder ändern kann, wenn sich die Verhältnisse nach der Entscheidung wesentlich geändert haben. *De lege ferenda* käme es mangels vorangegangener Entscheidung nicht auf die wesentliche Änderung der Verhältnisse an. Es wäre vielmehr begründet darzulegen, dass die vom Gesetz getroffene Prognose, dass die Interessen des Schuldners die des Gläubigers überwiegen werden, im konkreten Fall unzutreffend ist. Hieran wären hohe Anforderungen zu stellen, da die Stundung *de lege ferenda* grundsätzlich Regelfall wäre und es sich damit um eine Ausnahmeregelung handeln würde. Es kämen mithin nur besonders schwerwiegende Interessen in Betracht.

Neben dem gegebenen Beispiel der Unterhaltsberechtigung könnten hier 362 auch Konstellationen Berücksichtigung finden, in welchen sich der Überlebende den Anspruchsberechtigten gegenüber schwere Verfehlungen zuschulden hat kommen lassen; also etwa Handlungen, welche eine Entziehung der elterlichen Sorge oder des Pflichtteilsrechts rechtfertigen würden<sup>870</sup>. Würde es sich bei den Anspruchsberechtigten nicht um gemeinsame Abkömmlinge handeln, so wären diese Maßstäbe nicht direkt anwendbar, schließlich bestünde regelmäßig keine elterliche Sorge<sup>871</sup>, noch eine Pflichtteilsberechtigung. Gleichwohl könnte – soweit übertragbar – auf diese Maßstäbe zurückge-

---

<sup>869</sup> Vgl. auch Hagemeyer, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S. 23, dem Mechanismus der gesetzlichen Stundung zustimmend, aber die Möglichkeit der Aufhebung der Stundung aus wichtigem Grunde fordernd.

<sup>870</sup> Stöcker sah in diesen Fällen vor, dass die von ihm einst vorgeschlagenen *ex lege* gestundeten Erbersatzansprüchen gemeinsamer Abkömmlinge vorzeitig fällig werden sollten, vgl. FamRZ 1970, 444 (451).

<sup>871</sup> Hingewiesen sei allerdings auf § 1687b BGB.



griffen werden. Sollte sich der überlebende Ehegatte nämlich einer solch schweren Verfehlung schuldig machen, so entfielen unter Umständen seine Schutzwürdigkeit, sodass dem Interesse des Ausgleichsberechtigten an sofortiger Zahlung Vorrang einzuräumen sein könnte. Folglich wäre die Forderung im Grundsatz *ex lege* gestundet, könnte aber in Folge der Antragsstellung auf Aufhebung der Stundung vorzeitig fällig werden.

### ee) Sicherheitsleistung

363 Als „mildere“ Alternative zur Antragsstellung auf Aufhebung der Stundung sei auch auf den Gedanken des § 1382 Abs. 3 BGB hingewiesen, welcher auf Antrag die Möglichkeit der familiengerichtlichen Anordnung zur Sicherheitsleistung durch den Schuldner einräumt. Diese Möglichkeit müsste im Interesse der Gläubiger auch *de lege ferenda* fortbestehen.<sup>872</sup> Wäre die von Gesetzes wegen angeordnete Stundung also mangels besonders schwerwiegender Interessen nicht aufzuheben, so könnte jedoch in Fällen, in welchen das Familiengericht ein hohes Ausfallrisiko zulasten des Gläubigers ausmacht, welches anhand der Seriosität des Ausgleichsverpflichteten und einer Verhaltensprognose, für die sein bisheriges Verhalten indiziell wirkt, zu bestimmen wäre,<sup>873</sup> eine Sicherheitsleistung angeordnet werden. Hierunter könnten insbesondere verschwenderisches oder in Benachteiligungsabsicht vorgenommenes Handeln fallen. Die Anordnungsmöglichkeit einer Sicherheitsleistung kann dem Schuldner unter dem Gesichtspunkt zugemutet werden, dass letztlich sein eigenes Verhalten für die Entscheidung des Familiengerichts ausschlaggebend ist.<sup>874</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass im geltenden Recht die Leistung der Sicherung – sollte diese auf Antrag hin angeordnet worden sein – Wirksamkeitsvoraussetzung für die Stundung ist.<sup>875</sup> *De lege ferenda* würde sich dieser Umstand dahingehend auswirken, dass die einst gestundete Ausgleichsforderung fällig würde, sollte auf Antrag hin eine Sicherheitsleistung angeordnet werden und der Ausgleichsschuldner diese nicht leisten.

364 Um es einem Ausgleichsberechtigten zu ermöglichen, rechtzeitig einen Antrag auf Sicherheitsleistung zu stellen, sollte über die Möglichkeit hinaus gem. § 1379 BGB Auskunft über die Vermögenssituation des überlebenden

<sup>872</sup> Ähnlich auch in *Kipps* Vorschlag, wenn es heißt: „Die Stundung kann von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.“, 33. DJT, S. 328.

<sup>873</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 23; Staudinger/Thiele, § 1382 BGB, Rn. 28.

<sup>874</sup> Vgl. BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 47; Staudinger/Thiele, § 1382 BGB, Rn. 28.

<sup>875</sup> Erman/Budzikiewicz, § 1382 BGB, Rn. 15; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 368, Rn. 106; MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 22; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 18; a.A. Staudinger/Thiele, § 1382 BGB, Rn. 27, welcher eine entsprechende Tenorierung für erforderlich hält.

Ehegatten bei Beendigung des Güterstands zur Bestimmung des Bestehens und der Höhe eines Zugewinnausgleichsanspruchs verlangen zu können<sup>876</sup>, ein Auskunftsanspruch gegen den überlebenden ausgleichspflichtigen Ehegatten während der Stundungszeit eingeräumt werden. Ein solcher wäre insbesondere deshalb von Relevanz, da der aus § 1379 BGB resultierende Auskunftsanspruch stichtagsbezogen ist, also Vermögensveränderungen, die nach dem für die Berechnung des Endvermögens maßgeblichem Stichtag (§§ 1376 Abs. 2, 1384, 1387 BGB) eintreten, nicht erfasst<sup>877</sup>. Auf das Auskunftsverlangen hin sollte der überlebende Ehegatte verpflichtet sein, dem Anspruchsteller Auskunft über sein derzeitiges Vermögen zu erteilen. Alle für die Berechnung der eigentlichen Ausgleichsforderung erforderlichen Informationen könnte der Ausgleichsberechtigte bereits über den ihm zustehenden Auskunftsanspruch gem. § 1379 BGB in Erfahrung bringen. Mit Blick auf diese Überlegung sollte im Rahmen eines Auskunftsanspruchs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten während der Stundungszeit nur berechtigt sein, Auskunft zu verlangen, wer zugewinnausgleichsberechtigt wäre. Einem Auskunftsverlangen während der Stundungszeit könnte folglich regelmäßig ein Auskunftsverlangen nach § 1379 BGB vorausgegangen sein. Zur Voraussetzung des Auskunftsanspruchs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten sollte vor dem Hintergrund, dass ein Antrag auf Sicherheitsleistung insbesondere in Fällen verschwenderischen oder von Benachteiligungsabsicht gezeichneten Handelns in Betracht kommt, wobei sich an den Begrifflichkeiten des § 1375 Abs. 2 BGB orientiert werden sollte, gemacht werden, dass der Zugewinnausgleichsberechtigte Verdachtsmomente in Form konkreter Anhaltspunkte darbringen müsste, welche ein etwaiges Handeln des überlebenden Ehegatten nahelegen. Insofern würde sich an der Rechtsprechung des BGH<sup>878</sup> zum Auskunftsbegehren des Ehegatten bezüglich illoyaler Vermögensminderungen im Rahmen des § 1379 BGB orientiert werden.

Es würde sich mithin um einen den Antrag auf Sicherheitsleistung vorbereitenden Auskunftsanspruch gegen den überlebenden Ehegatten handeln. Der aus § 1379 BGB resultierende Auskunftsanspruch und der soeben dargestellte Auskunftsanspruch würden unterschiedliche Ziele verfolgen. Während § 1379 BGB es ermöglichen soll, bei Beendigung des Güterstands die Existenz und Höhe einer Ausgleichsforderung zu bestimmen, soll der Auskunftsanspruch während der Stundungszeit der Ausgleichsforderung es den Berechtigten ermöglichen, Maßnahmen zur Sicherung ihres Anspruchs vorzubereiten. 365

---

<sup>876</sup> Siehe hierzu oben Rn. 316 ff.

<sup>877</sup> Siehe etwa MüKo/Koch, § 1379 BGB, Rn. 13; Staudinger/Thiele, § 1379 BGB, Rn. 11.

<sup>878</sup> BGH, NJW 2012, 3635 (3637), juris Rn. 38 ff.

ff) Bestimmungen bzw. Vereinbarungen über den Fälligkeitszeitpunkt

366 Zu überlegen wäre außerdem, ob der Ausgleichsberechtigte in einer Verfügung von Todes wegen den Zeitpunkt der Fälligkeit der Ausgleichsforderung bestimmen können sollte. So verhält es sich etwa im Rahmen der „gesetzlichen Verteilung“ im niederländischen Recht. Gem. Art. 4:13 Abs. 3 S. 3 BW kann ein Ehegatte in seiner letztwilligen Verfügung den Zeitpunkt der Fälligkeit der den Abkömmlingen zustehenden Ansprüche bestimmen.<sup>879</sup> Würde ein solches Recht dem Ehegatten hinsichtlich der Fälligkeit des realen Zugewinnausgleichsanspruchs im Todesfall *de lege ferenda* eingeräumt, könnte dieser die Stellung des überlebenden Ehegatten durch einseitige, letztwillige Verfügung herabsetzen. Muss dies hinsichtlich der erbrechtlichen Stellung aufgrund der Testierfreiheit möglich sein (zu bedenken ist auch, dass der überlebende Ehegatte sogar enterbt werden könnte), ist mit Blick auf die Aufhebung der Stundungswirkung jedoch anders zu entscheiden. Ein Ehegatte sollte nicht durch einseitige, letztwillige Verfügung die dem überlebenden Ehegatten qua Gesetz eingeräumte güterrechtliche Position beeinträchtigen können. Ähnlich dem Umstand, dass dem überlebenden Ehegatten nicht durch einseitige, letztwillige Verfügung das Recht genommen werden könnte, *de lege ferenda* den Zugewinnausgleich im Todesfall geltend machen zu können<sup>880</sup>, sollte dem ausgleichsberechtigten Ehegatten nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, den Fälligkeitszeitpunkt in einer letztwilligen Verfügung vorverlegen zu können.

367 Kurz sei auf die Frage eingegangen, ob die Stundung *ex lege* bzw. § 1382 BGB umfassend durch Ehevertrag abbedungen werden können sollte. Eine vollständige Abbedingung des § 1382 BGB würde dazu führen, dass sich die Ehegatten im Voraus des Schutzes vor groben Unbilligkeiten entledigen würden.<sup>881</sup> Eine solche Aufgabe des Schutzes vor schweren Erschütterungen der eigenen wirtschaftlichen Existenz kann die Rechtsordnung eines Sozialstaates allerdings nicht billigen.<sup>882</sup> Bezüglich des geltenden Rechts wird daher zu Recht ganz herrschend vertreten, dass ein Ausschluss des § 1382 BGB nicht nur regelmäßig sittenwidrig ist,<sup>883</sup> sondern § 1382 BGB zwingendes Recht

<sup>879</sup> Siehe auch *Kolkman*, welcher Probleme im niederländischen Recht herausarbeitet, welche mit dem Zulassen der Möglichkeit der testamentarischen Modifizierung der gesetzlichen Regelung einhergehen, Reid/De Waal/Zimmermann/*Kolkman*, *Intestate Succession in the Netherlands*, 224 (243).

<sup>880</sup> Siehe Rn. 162 f.

<sup>881</sup> BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 22.

<sup>882</sup> MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 45.

<sup>883</sup> So aber *Dölle*, FamR I, S. 830 unter Bezugnahme auf „den „ordre public“: die guten Sitten und die Grundprinzipien unserer Rechtsordnung.“; RGRK/*Finke*, § 1382 BGB, Rn. 24.

darstellt und nicht durch Ehevertrag abbedungen werden kann.<sup>884</sup> Zu beachten ist jedoch, dass es den Ehegatten ungeachtet dessen offensteht, ehevertragliche Vereinbarungen insbesondere über die Fälligkeit der Ausgleichsforderung zu treffen.<sup>885</sup>

*De lege ferenda* würden die angeführten Argumente hinsichtlich eines umfänglichen Ausschlusses des § 1382 BGB in gleichem Maße durchgreifen, weshalb ebenfalls von zwingendem Recht auszugehen wäre. Fraglich ist jedoch, ob die Ehegatten die von Gesetzes wegen angeordnete Stundung des Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag abbedingen könnten. Ein dahingehendes Interesse der Ehegatten könnte etwa in Konstellationen von Zweit- oder Drittehen bestehen, in welche ein oder beide Ehegatten einseitige Abkömmlinge eingebracht haben und diese nach ihrem Tod möglichst günstig gestellt wissen möchten. Insofern wird dem Regelungsgehalt des § 1382 BGB *de lege ferenda* die Möglichkeit der Disposition nicht abzusprechen sein. Solange die Antragsmöglichkeit der Stundung als Kerngehalt des § 1382 BGB erhalten bliebe, sollte von der Stundung *ex lege* durch Ehevertrag abgewichen werden können. Durch die Möglichkeit der Stellung des Stundungsantrags würde der überlebende ausgleichspflichtige Ehegatte hinreichend vor schweren Erschütterungen der eigenen wirtschaftlichen Existenz geschützt, sodass er auf den weitergehenden Schutz, welchen er durch die von Gesetzes wegen angeordnete Stundung der Ausgleichsforderung erfahren würde, verzichten können sollte. 368

#### gg) Verbraucherinsolvenz

Schließlich gilt es den Fall zu bedenken, dass gegen den überlebenden Ehegatten ein Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet würde. In diesem Fall würden die Ausgleichsforderungen der Anspruchsberechtigten als fällig gelten gem. § 304 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 41 Abs. 1 InsO. 369

#### hh) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist damit, dass der Ausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten grundsätzlich *ex lege* auf dessen Tod zu stunden wäre. Nur im Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten sollte der Ausgleichsanspruch vorzeitig fällig werden. Darüber hinaus sollte, um den Inte- 370

---

<sup>884</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 17; MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 45; BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 22; Staudinger/*Thiele*, § 1382 BGB, Rn. 49.

<sup>885</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 17; BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 22.

ressen der Anspruchsberechtigten hinreichend Rechnung zu tragen, insbesondere in Fällen, in denen der Verstorbene den nun Anspruchsberechtigten unterhaltspflichtig gegenüber war und diese auf die sofortige Zahlung zur Deckung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind oder bei Vorliegen ähnlich besonders schwerwiegender Interessen, den (oder dem) Anspruchsberechtigten die Möglichkeit eröffnet werden, einen Antrag auf Aufhebung der Stundung zu stellen. In diesem Rahmen wäre begründet darzulegen, dass die Gläubigerinteressen die Schuldnerinteressen im konkreten Einzelfall überwiegen, um so eine vorzeitige Fälligkeit herbeiführen zu können.

*d) Keine güterrechtliche Inkonsequenz und  
keine bloße Problemverschiebung*

371 Eine Stundung *ex lege* des Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten auf dessen Tod verstieße nicht gegen die geforderte güterrechtliche Konsequenz, da der Anspruch grundsätzlich entstehen, nur dessen Fälligkeit hinausgeschoben würde. Es stünde dem überlebenden Ehegatten frei, die Forderung jederzeit zu begleichen.<sup>886</sup> Vor diesem Hintergrund sei zudem angemerkt, dass es dem überlebenden Ehegatten mögliche wäre, etwa eine Aufrechnung gegen eine gegen ihn bestehende Forderung zu erklären. Insofern ist nämlich zu beachten, dass nur die Gegenforderung durchsetzbar sein muss.<sup>887</sup> Auf die Fälligkeit der Hauptforderung kommt es gerade nicht an; diese muss nur wirksam und erfüllbar sein.<sup>888</sup>

372 Auch würde eine Stundung *ex lege* nicht nur zu einer Problemverschiebung führen. Denn wird der Anspruch nach dem Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten gegen dessen Nachlass geltend gemacht, so stellt sich die Ausgangslage anders dar. Als Beispiel diene das zu Lebzeiten bewohnte Eigenheim des Ausgleichspflichtigen. Ihn träfe es um Längen härter, dieses zu Lebzeiten veräußern zu müssen, um die gegen ihn bestehenden Ausgleichsforderungen zu befriedigen, als dessen Erben. Diese werden im Regelfall<sup>889</sup> nicht mehr selbst in dieser Immobilie leben und werden diese auch nicht abfinanziert haben. Hinzu tritt der Umstand, dass bei einer Mehrheit von Erben die Immo-

---

<sup>886</sup> Ein solches Vorgehen könnte vor allem dann in Erwägung zu ziehen sein, wenn abzusehen ist, dass einseitige Abkömmlinge einen Ausbildungsanspruch (siehe dazu Rn. 245 ff.) gegen den überlebenden Ehegatten erhalten könnten, im Fall des Begleichens der Ausgleichsforderung ein Ausbildungsanspruch allerdings an der Bedürftigkeit scheitern würde.

<sup>887</sup> BeckOK/Dennhardt, § 387 BGB, Rn. 28; Looschelders, SchR AT, § 18, Rn. 6.

<sup>888</sup> BeckOK/Dennhardt, § 387 BGB, Rn. 29; Looschelders, SchR AT, § 18, Rn. 7.

<sup>889</sup> Unter Berücksichtigung des wahrscheinlichen Alters der Abkömmlinge im Erbfall (35 Jahre und älter, siehe oben Fn. 255) und des Umstandes, dass es sich um den zweiten Erbfall handelt, das Alter also noch höher liegen dürfte.

lie regelmäßig ohnehin im Rahmen der Nachlassauseinandersetzung veräußert werden müsste. Der Umstand, dass der zu verteilende Nachlass durch die nunmehr fälligen Ansprüche geschmälert wird, stellt im Übrigen keine unzumutbare Belastung für die Erben oder Nachlassgläubiger dar.<sup>890</sup> Ohne die Stundung wären die Ansprüche bereits zu Lebzeiten des ausgleichspflichtigen Erblassers fällig gewesen und hätten das Vermögen bei Geltendmachung geschmälert oder wären – wie im Fall der Stundung – als Passiva im Vermögen des Erblassers vorhanden. Die Belastung der Erben ergibt sich letztlich als Folge des (notwendigen) Entstehens eines realen Zugewinnausgleichs zulasten des Überlebenden.

*e) Die Sicherung der Position der Anspruchsgläubiger*

Wären die Ansprüche der Ausgleichsberechtigten grundsätzlich auf den Tod des überlebenden Ehegatten gestundet, so stellt sich die Frage nach der Sicherung der Position der Gläubiger. Als Sicherungsmechanismen kämen etwa Verfügungsbeschränkungen ähnlich wie in der Vor- und Nacherbschaft in Betracht. Je nach Ausgestaltung könnte eine solche Handhabe den überlebenden Ehegatten jedoch empfindlich in seiner Testierfreiheit treffen. Ebenso würde der überlebende Ehegatte auch hinsichtlich lebzeitiger Verfügungen erheblich eingeschränkt.<sup>891</sup> Zu bedenken ist insofern, dass die Stundung *ex lege* nicht zu einer verkappten (nicht befreiten) Vor- und Nacherbschaft dergestalt führen soll, dass der überlebende ausgleichspflichtige Ehegatte ähnlich einem Vor-erben, das Vermögen, welches er aufgrund der Stundung zu Lebzeiten „behalten darf“, zusammenhalten muss, damit die Anspruchsberechtigten im Zeitpunkt der Fälligkeit ihrer Forderungen geltend machen und befriedigt wissen können. Aus diesem Grund ist Coing zuzustimmen, wenn er mit Blick auf die Frage der Sicherung von schuldrechtlichen Ausgleichsansprüchen, welche *ex lege* gestundet seien sollen, die Befürchtung hegt, dass Verfügungsbeschränkungen zu einer der Vor- und Nacherbschaft vergleichbaren Konstellation führen könnten, was aufgrund damit einhergehender Nachteile nicht wünschenswert ist.<sup>892</sup> Es ergäben sich schwierige Verwaltungsspannungen zwischen Kindern und überlebendem Ehegatten, welche soweit reichen könnten,

<sup>890</sup> So aber gegen den Stundungsvorschlag *Kipps* in BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 47 angeführt.

<sup>891</sup> Insbesondere soll es dem überlebenden Ehegatten möglich sein, zu Zwecken seines eigenen Unterhalts sein Vermögen zu verwenden. Insofern bestanden Bedenken im Regierungsentwurf zu einem Gesetze über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, inwiefern ein gestundeter Ausgleichsanspruch den überlebenden Ehegatten tatsächlich entlasten würde, vgl. BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 47.

<sup>892</sup> *Coing*, 49. DJT, K93.

dass der überlebende Ehegatte unter die „Oberaufsicht“<sup>893</sup> der Kinder gestellt würde. Es wäre daher von Sicherungsmechanismen in Form von Verfügungsbeschränkungen mit Blick auf die gestundete Ausgleichsforderung abzusehen.

374 Fraglich ist, ob die Anspruchsgläubiger hinsichtlich des gestundeten Anspruchs Schutz über § 1390 BGB erfahren könnten.<sup>894</sup> § 1390 BGB dient zwar im geltenden Recht der Sicherung der Ausgleichsforderung, allerdings nur für die Fälle, in welchen diese gegen den Ausgleichsschuldner nicht durchsetzbar ist, weil die Ausgleichsforderung aufgrund illoyaler Vermögensminderungen, welche gem. § 1378 Abs. 2 S. 2 BGB zu einer Erhöhung der Kappungsgrenze führen, den Wert des bei Beendigung des Güterstands vorhandenen Vermögens des ausgleichspflichtigen Ehegatten übersteigt. Die beeinträchtigenden Verfügungen müssen also bereits vor Beendigung des Güterstands vorgenommen worden sein. § 1390 BGB findet mithin insbesondere keine Anwendung, wenn die Ausgleichsforderung nicht beigetrieben werden kann, weil der ausgleichspflichtige Ehegatte nach Beendigung des Güterstands sein Vermögen in Benachteiligungsabsicht gemindert hat.<sup>895</sup> § 1390 BGB könnte folglich nicht als Sicherungsmechanismus zugunsten der Anspruchsberechtigten der gestundeten Ausgleichsforderung dienen, da die die Gläubiger beeinträchtigenden Vermögensminderungen nach Beendigung des Güterstands vorgenommen würden.

375 Der Gedanke des § 1390 BGB, das Risiko des Ausfalls der Ausgleichsforderung auf Dritte zu verlagern, sofern und soweit diese von einem dolos handelnden Ehepartner unentgeltlich erwarben,<sup>896</sup> sollte jedoch zum Schutz der Anspruchsberechtigten der *ex lege* gestundeten Forderung fruchten können. Eine solche Ausweitung des Regelungsgehalts des § 1390 würde nicht den Ehegatten treffen (*e contrario* vielmehr verdeutlichen, dass der überlebende Ehegatte grundsätzlich frei zu Lebzeiten verfügen kann), sondern den Dritten, welcher unentgeltlich erwarb. In diesem Umstand würde sich der aus den §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822, 988 BGB ergebende Rechtsgedanke der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs realisieren.<sup>897</sup>

---

<sup>893</sup> Stöcker, FamRZ 1970, 444 (450), gebraucht diese Formulierung mit Blick auf die Nachteile der Ausgestaltung eines gesetzlichen Ehegattenerbrechts als Vor- und Nacherbschaft.

<sup>894</sup> Zwar nicht im Hinblick auf die Stundung, aber sehr wohl im Rahmen der Überlegungen zu einem realen Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod thematisierend und eine Ausweitung der Vorschrift befürwortend, Kaulbach, AcP 223 (2023), 123 (149).

<sup>895</sup> BeckOGK/Szalai, § 1390 BGB, Rn. 14; Staudinger/Thiele, § 1390 BGB, Rn. 3.

<sup>896</sup> MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 1; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1390 BGB, Rn. 1; Staudinger/Thiele, § 1390 BGB, Rn. 1.

<sup>897</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 1.



Zum Inhalt müsste in Anlehnung an § 1390 BGB gemacht werden, dass die 376  
Anspruchsberechtigten eines von Gesetzes wegen gestundeten Ausgleichsanspruchs von einem Dritten den Ersatz des Werts einer diesem von dem ausgleichspflichtigen Ehegatten gewährten unentgeltlichen Zuwendung verlangen könnten, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte die unentgeltliche Zuwendung an den Dritten in der Absicht gemacht hat, die Ausgleichsberechtigten zu benachteiligen.

Voraussetzung wäre mithin einerseits die unentgeltliche Zuwendung nach 377  
Entstehen des Zugewinnausgleichsanspruchs und andererseits die Benachteiligungsabsicht. Im Sinne der Folgerichtigkeit des Rechts sollten sich beide Begriffe an den in §§ 1390, 1375 Abs. 2 BGB verwendeten Begriffen orientieren. Demnach wären unter dem Begriff der unentgeltlichen Zuwendung alle Zuwendungen zu verstehen, für die nach den Ansichten und Absichten der Parteien kein Äquivalent gewährt wird oder zumindest kein ausreichendes, wobei gemischte Schenkungen nur hinsichtlich ihres Schenkungsteils erfasst sind.<sup>898</sup> Eine unentgeltliche Zuwendung, welche einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zunehmenden Rücksicht nachkommt, würde den Anspruch nicht begründen können.<sup>899</sup> Es bedürfte vielmehr einer Benachteiligungsabsicht. Von einer solchen wäre in Übereinstimmung mit §§ 1390, 1375 Abs. 2 BGB auszugehen, wenn die Absicht, die Rechte der ausgleichsberechtigten Person zu schmälern, das bestimmende, wenn auch nicht das einzige, Motiv des ausgleichspflichtigen Ehegatten wäre.<sup>900</sup> Sollten andere Motive genau so gewichtig sein, so bestünde kein Raum für einen etwaigen Anspruch der Anspruchsberechtigten.<sup>901</sup>

Wie gem. § 1390 Abs. 1 S. 2 BGB würde der Dritte dem Ausgleichsberechtigten nach Bereicherungsrecht haften. Es würde sich ebenfalls um eine 378  
Rechtsfolgenverweisung auf den Umfang der Haftung, also auf die §§ 818 ff. BGB, handeln.<sup>902</sup> Der Dritte könnte sich damit insbesondere auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen. Um einen entsprechenden Anspruch nicht ausufern zulassen, sollte sich zudem an der Wertung des § 1375 Abs. 3 BGB orientiert und vorgesehen werden, dass der Anspruch gegen den Dritten nur in Ansehung von unentgeltlichen Zuwendungen besteht, welche in den letzten zehn Jahren vor Fälligkeit des Anspruchs vorgenommen

---

<sup>898</sup> MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 8; § 1375 BGB, Rn. 49; BeckOGK/Szalai, § 1390 BGB, Rn. 8.

<sup>899</sup> Vgl. BeckOK/Scheller/Sprink, § 1390 BGB, Rn. 3; Staudinger/Thiele, § 1390 BGB, Rn. 6.

<sup>900</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 10; § 1375 BGB, Rn. 58 ff.; Staudinger/Thiele, § 1390 BGB, Rn. 8; § 1375 BGB, Rn. 30 ff.

<sup>901</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 10; § 1375 BGB, Rn. 59.

<sup>902</sup> Vgl. Erman/Budzikiewicz, § 1390 BGB, Rn. 10; MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 5.



wurden. Um den Dritten im Fall mehrerer Anspruchsberechtigter nicht mehreren entsprechenden Ansprüchen auszusetzen, sollte trotz der mit Blick auf den Ausgleichsanspruch bestehenden Teilgläubigerschaft und den damit einhergehenden selbstständigen Forderungsrechten vorgesehen werden, dass die Anspruchsberechtigten den Anspruch gegen den Dritten nur gemeinsam geltend machen können. Dem Gedanken nach wird damit eine ähnliche Beziehung zwischen den Teilgläubigern geschaffen wie etwa im Bereich des Rücktritts, vgl. § 351 BGB.

379 Abseits einer entsprechenden Schutznorm verbliebe den Anspruchsgläubigern jedenfalls ein Restschutz über das Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz – AnfG).<sup>903</sup> Nach diesem können Rechtshandlungen eines Schuldners, die seine Gläubiger benachteiligen, außerhalb des Insolvenzverfahrens unter Umständen angefochten werden, § 1 AnfG. Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger berechtigt, der einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder wenn anzunehmen ist, dass sie nicht dazu führen würde, § 2 AnfG. Dass der Schuldner, welcher die benachteiligenden Rechtshandlungen vorgenommen hat, im Fälligkeitszeitpunkt der Forderungen der Anspruchsgläubiger regelmäßig verstorben sein wird, ist unschädlich. Insbesondere sind gem. § 4 Abs. 1 AnfG unentgeltliche Leistungen des Schuldners anfechtbar, es sei denn, diese sind früher als vier Jahre vor der Anfechtung vorgenommen worden.

380 Zusammenfassend ist mit Blick auf die Sicherung der Position der Anspruchsgläubiger damit festzuhalten: Die Ansprüche wären durch den Eintritt der vorzeitigen Fälligkeit in den zuvor behandelten Sonderfällen, für den Fall der mit Benachteiligungsabsicht vorgenommenen Schenkung sowie durch die Möglichkeit einen Antrag auf Sicherheitsleistung zu stellen, abgesichert.

381 Zu folgern, dass in allen übrigen Fällen der Mehrwert der den Nachkommen zustehenden Ausgleichsforderung dann aber fragwürdig wäre, da der Überlebende grundsätzlich frei über sein Vermögen verfügen und den Stamm seines Vermögens etwa für seinen eigenen Unterhalt einsetzen können sollte, wäre verfehlt.<sup>904</sup> Zu bedenken ist, dass der Wert des geschuldeten Ausgleichs bezogen auf den Vermögensstamm des Überlebenden – selbst unter der Prämisse, der gesamte Vermögensstamm würde aus ausgleichspflichtigem Ver-

<sup>903</sup> Vgl. zum geltenden Recht bei Unanwendbarkeit des § 1390 BGB, MüKo/Koch, § 1390 BGB, Rn. 3; Staudinger/Thiele, § 1390 BGB, Rn. 3.

<sup>904</sup> So aber BT-Drs. 1/3802, S. 60; BT-Drs. 2/224, S. 47.

mögen bestehen – regelmäßig<sup>905</sup> „nur“ die Hälfte der Hälfte, also ein Viertel betragen wird. So besteht der Ausgleich nämlich nur in Höhe der Hälfte des Zugewinnüberschusses und soll der Ausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten abzüglich der auf ihn entfallenden Hälfte entstehen. In vielen Fällen wird daneben noch Anfangsvermögen (bzw. nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert erworbenes Vermögen) vorhanden sein, welches dem überlebenden Ehegatten vorbehalten bliebe. Der gestundeten Forderung damit ihren Mehrwert abzuspochen, weil der überlebende Ehegatte keinen Beschränkungen unterworfen wäre, wäre folglich unbegründet. Im Regelfall wird die Aussicht auf Erfüllung bestehen. Dem überlebenden Ehegatten ist mit Blick auf verschwenderisches Handeln ein Vertrauensvorschuss zu gewähren. Kann ein solches dem Gesetz zugrunde liegendes Vertrauen begründet nicht entgegengebracht werden, bliebe die Möglichkeit der Antragstellung auf Sicherheitsleistung oder im Extremfall auf vorzeitige Fälligkeit.

Mit Blick auf die Sicherung bzw. den Erhalt des Geldwerts der Forderung ist über die Möglichkeit der Verzinsung oder Wertsicherung nachzudenken. 382

#### *f) Die Verzinsung und Wertsicherung der gestundeten Forderung*

Gem. § 1382 Abs. 2 BGB ist eine gestundete Forderung vom Schuldner zu verzinsen, wobei das Familiengericht gem. § 1382 Abs. 4 BGB über die Höhe und Fälligkeit der Zinsen nach billigem Ermessen entscheidet. Mit Blick auf die *ex lege* gestundete Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten ist hinsichtlich der Verzinsung jedoch fraglich, ob es einer solchen bedürfte. So gilt es folgende Umstände zu berücksichtigen: 383

Durch die Stundung würde den Anspruchsberechtigten eine Last auferlegt, welche es in jedem Fall in einem solchen Maße aufzufangen gelte, als die gestundete Forderung zwar nominal, nicht aber real wertbeständig wäre<sup>906</sup>. Insofern würde sich eine Verzinsung durchaus anbieten. Gleichwohl käme bei einer Stundung von Gesetzes wegen freilich keine Ermessensentscheidung des Familiengerichts über die Höhe und den Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinsen in Betracht. Vielmehr müsste das Gesetz auch insoweit Regelungen vorsehen. 384

Die Fälligkeit der Zinsschuld sollte mit der Fälligkeit des Anspruchs einhergehen, immerhin wäre der Anspruch im Grundsatz auf den Tod des Ehe- 385

---

<sup>905</sup> Eine Ausnahme findet sich in den Fällen, in welchen der überlebende Ehegatte seine Stellung als gesetzlicher Erbe ausschlagen würde und ihn damit die Ausgleichspflicht in vollem Umfang treffen würde. Ferner gilt es Fälle zu beachten, in welchen die Forderung auf die Summe des vorhandenen Vermögens lauten sollte, etwa weil das Anfangsvermögen negativ war, siehe hierzu oben Rn. 184.

<sup>906</sup> Vgl. insofern zum geltenden § 1382 BGB, MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 21.

gatten gestundet und damit unter Umständen über Jahrzehnte hinweg nicht durchzusetzen.

- 386 Problematischer würde sich die Bestimmung eines Zinssatzes erweisen. Mit Blick auf die Höhe der Zinsen dient bereits *de lege lata* der gesetzliche Zinssatz gem. § 246 BGB (4% p.a.) als Orientierungspunkt,<sup>907</sup> wobei das Gericht an diesen nicht gebunden ist.<sup>908</sup> Der gesetzliche Zinssatz kann etwa unterschritten werden, wenn die bankübliche Verzinsung, welche in der Regel in Ermangelung anderweitiger Umstände als angemessen anzusehen ist<sup>909</sup>, geringer ist.<sup>910</sup> Der gesetzliche Zinssatz kann allerdings auch überschritten werden, etwa in Fällen, in welchen der Ausgleichsgläubiger das Geld unternehmerisch nutzbringend eingesetzt hätte.<sup>911</sup> Vor dem Hintergrund, dass in einer gesetzlich festgeschriebenen Regelung jedoch nicht die Umstände jedes Einzelfalls berücksichtigt werden können, da eine abstrakte Regelung getroffen werden muss, welche geeignet ist, die Vielzahl aller Fälle zu einem sachgerechten Ergebnis zu leiten, vermag es nahe zu liegen, den gesetzlichen Zinssatz festzuschreiben. Damit läge die Verzinsung allerdings regelmäßig (weit!) über der banküblichen Verzinsung<sup>912</sup>. Ein solch horrender Zinssatz würde unter Umstände zu einem extremen Ansteigen der Forderungssumme führen können. Da die Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten auf dessen Tod gestundet wäre, könnten sich Zinslaufzeiten von Jahrzehnten ergeben. Eine Forderung würde so ihren Wert (bei 4% p.a.) in 20 Jahren in etwa verdoppelt haben. Ein solches Ergebnis kann aber nicht mit einer Stundung von Gesetzes wegen einhergehen. Zwar könnte der überlebende Ehegatte als Ausgleichschuldner die Verzinsung des Anspruchs verhindern, indem er die Forderung erfüllen würde – würde die Stundung gerade nur die Fälligkeit hinausschieben, nicht aber die Erfüllbarkeit tangieren – doch soll die Stundung ihn gerade davor bewahren, den Ausgleich zu Lebzeiten entrichten zu müssen. Der der Verzinsung grundsätzlich immanente Gedanke der Stärkung der Zahlungsmoral des Schuldners ginge insofern vorliegend

<sup>907</sup> KG, ErbR 2013, 30 (31), juris Rn. 43; *Krumm*, NZFam 2016, 776 (779).

<sup>908</sup> Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 14; *Krumm*, NZFam 2016, 776 (779); BeckOGK/*Preisner*, § 1382 BGB, Rn. 43; Staudinger/*Thiele*, § 1382 BGB, Rn. 26.

<sup>909</sup> BeckOGK/*Preisner*, § 1382 BGB, Rn. 43; BeckOK/*Scheller/Sprink*, § 1382 BGB, Rn. 17.

<sup>910</sup> MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 21.

<sup>911</sup> MüKo/*Koch*, § 1382 BGB, Rn. 21.

<sup>912</sup> 2022 betrug der Kapitalmarktzinssatz in Deutschland 1,14%, 2023 waren es 2,43%, vgl. die durch die EZB sowie Macrobond erhobene und durch die Österreichische Nationalbank veröffentlichte Statistik „Entwicklung des Kapitalmarktzinssatzes in Deutschland in den Jahren von 1975 bis 2023“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/201419/umfrage/entwicklung-des-kapitalmarktzinssatzes-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

fehl und kann nicht fruchtbar gemacht werden.<sup>913</sup> Es sollte daher *de lege ferenda* von einer gesetzlichen Verzinsung abgesehen werden.

Gerade vor dem Hintergrund, dass die Forderung allerdings unter Umständen über Jahrzehnte hinweg gestundet sein könnte, sollte jedoch ein Mechanismus zur Geldwertsicherung vorgesehen werden. Als solcher bietet sich die Koppelung des Forderungsbetrags an den vom Statistischen Bundesamt festgelegten Verbraucherpreisindex an. Sollte sich der vom Statistischen Bundesamt festgelegte Verbraucherpreisindex (2020 = 100)<sup>914</sup> ab Entstehen der gestundeten Ausgleichsforderung verändern, so würde sich der Forderungsbetrag entsprechend ändern, wobei die Anpassung auf den Zeitpunkt der Fälligkeit oder der vorzeitigen Erfüllung der gestundeten Forderung erfolgen würde.<sup>915</sup> Dabei sind die Zeitpunkte, auf welche die Anpassung erfolgen würde, so zu erklären, dass der grundsätzliche Fall die Anpassung auf den Zeitpunkt der Fälligkeit wäre, da die Berechtigten ab diesem Moment ihre Forderung durchsetzen könnten und es damit an einem Grund fehlen würde, eine weitere Wertkorrektur vorzunehmen. Sollte die Forderung trotz Fälligkeit schlicht nicht geltend gemacht werden, so ist nicht einzusehen, warum der Geldwert weiter gesichert werden sollte. Würde der überlebende Ehegatte die Forderung hingegen vor eintretender Fälligkeit erfüllen, so muss auf den Zeitpunkt der Erfüllung abgestellt werden. Immerhin wäre dies der tatsächliche Zeitpunkt, in welchem die Schuld getilgt würde, also auch der Geldwert zu bemessen wäre.

Ein Konflikt mit dem Preisklauselgesetz würde insofern nicht bestehen, als dieses ausweislich seines Wortlauts nur auf vertraglich vereinbarte Preisklauseln Anwendung findet.<sup>916</sup>

Um den beteiligten Parteien etwas Flexibilität hinsichtlich der Wertsicherung einzuräumen, sollte die Regelung dispositives Recht darstellen, sodass die Möglichkeit eröffnet würde, über die Höhe der Wertsicherung eine Vereinbarung zu treffen, insbesondere also auch gänzlich darauf zu verzichten.<sup>917</sup>

---

<sup>913</sup> Vgl. in diese Richtung zum geltenden Recht Erman/*Budzikiewicz*, § 1382 BGB, Rn. 14; *Krumm*, NZFam 2016, 776 (779).

<sup>914</sup> Abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/_inhalt.html), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

<sup>915</sup> Vgl. zur ähnlichen Formulierung einer Geldwertsicherungsklausel mit Blick auf die Anpassung eines Geldvermächtnisses an die Kaufkraftentwicklung, *Roth*, NJW-Spezial 2022, 487.

<sup>916</sup> § 1 Abs. 1 PrKG lautet: „Der Betrag von Geldschulden darf nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten [Herv. d. Verf.] Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind.“, vgl. auch *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 913 (917 f.).

<sup>917</sup> Ähnlich sieht das niederländische Recht im Rahmen der gesetzlichen Verteilung vor, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Höhe der Zinsen, welche einen Infla-

Mit Blick auf die Form einer solchen Vereinbarung ist zu beachten, dass *de lege lata* die Ehegatten ab Entstehen der Ausgleichsforderung formlos Vereinbarungen über die Verzinsung treffen können.<sup>918</sup> Konsequenterweise dürfte *de lege ferenda* nichts anderes für entsprechende Vereinbarungen ab Entstehen der Ausgleichsforderung zwischen den Anspruchsberechtigten und dem überlebenden Ehegatten gelten.

*g) Die Auswirkungen der Stundung ex lege  
auf die Verjährung der Ausgleichsforderung*

390 Im geltenden Recht ist umstritten, wie sich die Stundung hinsichtlich der Verjährung des Ausgleichsanspruchs<sup>919</sup> auswirkt. Ausgangspunkt ist § 205 BGB, welcher amtlich überschrieben ist mit: „Hemmung der Verjährung bei Leistungsverweigerungsrecht“; im Wortlaut aber gedruckt ist: „Die Verjährung ist gehemmt, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.“ Passt die Norm also ihrer Überschrift nach, so setzt der Wortlaut doch eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger voraus. An einer solchen fehlt es jedoch bereits *de lege lata* hinsichtlich der Antragsstundung, da die Stundung durch gestaltende richterliche Entscheidung ergeht.<sup>920</sup> Nichts anderes kann gelten, wenn der Anspruch von Gesetzes wegen gestundet wäre. Auch in diesem Fall würde es an einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung fehlen. Zum geltenden Recht wird unter Verweis darauf, dass im Stundungsantrag eine entsprechende Mitwirkungshandlung liege, vertreten, § 205 BGB analog anzuwenden.<sup>921</sup> Ist eine solche Analogie bereits aufgrund des eindeutigen Wortlauts äußerst problematisch, wäre sie im Fall einer Stundung *ex lege* jedenfalls mangels Antrags und somit fehlender Mitwirkungshandlung abzulehnen. Andere Stimmen wollen im Stundungsantrag regelmäßig ein Anerkenntnis sehen und daher § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Anwendung bringen, nach welchem die Verjährung sogar neu zu laufen beginnen würde.<sup>922</sup> Diese

---

tionsausgleich erreichen sollen, mit Blick auf die gestundeten Geldansprüche der Kinder treffen können, vgl. Kamerstuk, 17141 Nr. 21, 14.05.1997, S. 12. Sollte nichts vereinbart werden, gilt der gesetzliche Zinssatz, soweit dieser Prozentsatz sechs übersteigt, Art. 4:13 Abs. 4 BW.

<sup>918</sup> MüKo/Koch, § 1382 BGB, Rn. 46; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 22.

<sup>919</sup> Zu den Grundlagen der Verjährung der Zugewinnausgleichsforderung bei Auflösung der Ehe durch den Tod, ungeachtet der Stundung, siehe Rn. 251 ff.

<sup>920</sup> BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 5; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 2; Staudinger/Thiele, § 1382 BGB, Rn. 3.

<sup>921</sup> Erman/Budzikiewicz, § 1382 BGB, Rn. 16.

<sup>922</sup> BeckOK/Scheller/Sprink, § 1382 BGB, Rn. 2.

Ansicht hat für sich, dass die Stundung nur zulässig für unbestrittene oder rechtskräftige Ansprüche ist. Es liegt daher nahe, sollte der Ausgleichsschuldner nicht die Forderung bestreiten, sondern nur die Stundung beantragen, im Stundungsantrag ein Anerkenntnis zu sehen.<sup>923</sup> Mangels Antrags kommt eine derartige Handhabe *de lege ferenda* allerdings ebenfalls nicht in Betracht. Überzeugend ist es hingegen, anzunehmen, dass die Verjährung überhaupt erst mit Ablauf der Stundung beginnt.<sup>924</sup> Wirkung der Stundung ist das Hinausschieben der Fälligkeit. Ein Anspruch ist i. S. d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB – mithin im verjährungsrechtlichen Sinne – allerdings regelmäßig erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit als entstanden anzusehen.<sup>925</sup> Die Verjährung beginnt daher *de lege lata* erst mit Ablauf der gerichtlich angeordneten Stundung.<sup>926</sup> *De lege ferenda* würde dies bedeuten, dass die Verjährung des Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten erst mit Ablauf der von Gesetzes wegen angeordneten Stundung beginnen würde.

*h) Keine Auswirkung der Stundung ex lege  
auf den Auskunftsanspruch gem. § 1379 BGB*

Die Stundung *ex lege* des Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten würde keinen Effekt auf den Auskunftsanspruch aus § 1379 BGB haben, sondern diesen unberührt lassen. Es müsste dem Anspruchsberechtigten eines Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten gerade vor dem Hintergrund, dass die Forderung unter Umständen aufgrund der Stundung über Jahrzehnte hinweg nicht durchsetzbar wäre, möglich sein, mit Auflösung der Ehe in Erfahrung zu bringen, auf welche Summe sich der Anspruch beliefe. 391

---

<sup>923</sup> BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 6.

<sup>924</sup> BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 5.1.

<sup>925</sup> BGHZ 53, 222 = NJW 1970, 938 (939), juris Rn. 23; BGH, NJW 2015, 1818 (1819), juris Rn. 22; BGH, GRUR 2022, 1839 (1840), juris Rn. 20; MüKo/Grothe, § 199 BGB, Rn. 4; BeckOK/Henrich, § 199 BGB, Rn. 4; Pohlmann, Jura 2005, 1 (3); zu beachten ist, dass dies nicht im Widerspruch zu den Ausführungen hinsichtlich der Wahrung der güterrechtlichen Konsequenz im Fall einer Stundung *ex lege* stünde. Der Begriff der Anspruchsentstehung würde für die Zwecke des Verjährungsbeginns schlicht anders verstanden als in § 1378 Abs. 3 BGB (der geltenden Fassung). Dies ändert nichts daran, dass der Anspruch der Sache nach aber schon mit Eheauflösung (dem Tod des Ehegatten) entstünde, „in der Welt wäre“.

<sup>926</sup> BeckOGK/Preisner, § 1382 BGB, Rn. 5.1.

*i) Die Minderung der Zugewinnausgleichspflicht  
bei Unterhaltsleistung während der Stundungszeit*

392 Sollte der überlebende ausgleichspflichtige Ehegatte während der Zeit der Stundung Leistungen bzw. Zuwendungen an einen Ausgleichsberechtigten vornehmen, ist schließlich zu überlegen, inwiefern solche die Zugewinnausgleichspflicht mindern könnten. Mit Blick auf Leistungen, welche der Überlebende ohne rechtliche Verpflichtung tätigt, scheint es keine Gründe zu geben, welche eine Minderung der Ausgleichspflicht begründen könnten, nimmt er diese doch gerade freiwillig vor. Anderes könnte jedoch mit Blick auf Zahlungen gelten, zu welchen er rechtlich verpflichtet ist – also insbesondere Unterhaltsleistungen.<sup>927</sup> Die Gewähr eines realen Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten würde zwar in erster Linie nicht der Sicherung bzw. dem Unterhalt der Abkömmlinge des ausgleichsberechtigten Ehegatten dienen, sondern wäre die Folge güterrechtlicher Konsequenz. Gleichwohl gilt es folgenden Gedanken zu berücksichtigen: Die Ausgleichsforderung gegen den Überlebenden wäre trotz Stundung erfüllbar. Der überlebende Ehegatte könnte daher seine Schuld begleichen und damit unter Umständen die Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Person erübrigen. Sollte der Überlebende aber nicht auf die Ausgleichsschuld leisten, sondern Unterhaltszahlungen tätigen, zu welchen er von Gesetzes wegen verpflichtet ist, sollte dies nicht zu seinem Nachteil gereichen. Seine Ausgleichsschuld sollte sich in einem solchen Fall entsprechend der erbrachten Unterhaltszahlungen mindern, als die Leistung auf die Schuld die Bedürftigkeit des Ausgleichsberechtigten erübrigt hätte.

#### 4. Zwischenergebnis

393 Festzuhalten ist damit, dass der Zugewinnausgleichsanspruch zulasten des überlebenden Ehegatten *ex lege* auf dessen Tod gestundet werden sollte. Zu beachten sind die Sonderfälle, in welchen es zu einer vorzeitigen Fälligkeit des Anspruchs kommen könnte. Um die Vorschrift des § 1382 BGB, welcher seine Relevanz für die Fälle einer lebzeitigen Auflösung der Ehe behalten und darüber hinaus in den Fällen eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten im Todesfall Bedeutung erlangen würde, nicht zu überladen, sollten für die vorgeschlagenen Regelungen neue Normen (§§ 1382a, 1382b, 1382c BGB n.F.) geschaffen werden.

---

<sup>927</sup> Eine Minderung der Zugewinnausgleichslast in Fällen der Unterhaltsleistung sah auch *Kipp* vor, vgl. 33. DJT, S. 328, 355 f. Der Gedanke wurde sodann in BT-Drs. 2/224, S. 47 aufgegriffen, letztlich aber gegen einen realen Zugewinnausgleich zulasten des überlebenden Ehegatten angeführt, da man ablehnend dem Gedanken gegenüberstand, die Ausgleichsforderung könne sich nach dem Tod des Erstversterbenden noch verringern.

#### IV. Das Leistungsverweigerungsrecht wegen grober Unbilligkeit, § 1381 BGB

Neben die Stundung des Ausgleichsanspruchs tritt im geltenden Recht als weiteres Billigkeitskorrektiv § 1381 BGB. Anders als im Rahmen der Stundung wird nicht an dem zeitlichen Moment angesetzt. Gem. § 1381 BGB kann der Ausgleichsschuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern,<sup>928</sup> soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre. § 1381 Abs. 2 BGB gibt Aufschluss darüber, welcher Maßstab für die grobe Unbilligkeit anzulegen ist. So bestimmt dieser, dass grobe Unbilligkeit insbesondere dann vorliegen kann, wenn der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat. Der BGH setzt den Maßstab im Einzelfall grundsätzlich hoch an, wenn er formuliert, dass ein Ausschluss des Zugewinnausgleichsanspruchs unter Heranziehung von § 1381 BGB nur in Betracht kommt, wenn die Gewährung des Ausgleichsanspruchs „dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde“.<sup>929</sup> Die Anwendung des § 1381 BGB kann aufgrund dieser hohen qualitativen Schwelle nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen.<sup>930</sup> Mit Blick auf die Rechtslage *de lege ferenda* würde dies insbesondere bedeuten, dass mit Blick auf den Ausgleichsanspruch zulasten des Überlebenden keine grobe Unbilligkeit allein aufgrund dessen angenommen werden könnte, dass der überlebende Ehegatte ausgleichspflichtig, also Ansprüchen ausgesetzt wäre. Diese Rechtsfolge wäre gerade gesetzlich vorgesehen. Insgesamt verbliebe vor dem Hintergrund der vorgeschlagenen Stundung *ex lege* des Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten wohl nur ein sehr enger Anwendungsbereich für § 1381 BGB. Ungeachtet dessen wären ähnlich *de lege lata* stets die Umstände des Einzelfalls entscheidend.<sup>931</sup> Es bedürfte keiner Modifikation des § 1381 BGB.

---

<sup>928</sup> Zu beachten ist, dass keine Erhöhung zugunsten des Ausgleichsberechtigten über § 1381 BGB herbeigeführt werden kann, vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 106 (108), juris Rn. 31; *Kogel*, NJW 2022, 1580.

<sup>929</sup> BGH, NZFam 2022, 161 (163), juris Rn. 29, 31; NJW 2013, 3645 (3646), juris Rn. 16; NJW 1980, 1462, juris Rn. 16; *Kogel*, NJW 2022, 1580.

<sup>930</sup> MüKo/Koch, § 1381 BGB, Rn. 11; BeckOGK/Preisner, § 1381 BGB, Rn. 14.

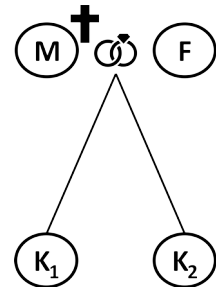
<sup>931</sup> Vgl. MüKo/Koch, § 1381 BGB, Rn. 11 f.; *Reinken*, FamFR 2013, 412; BeckOK/Scheller/Sprink, § 1381 BGB, Rn. 7.



## C. Anwendungsbeispiele

395 Um die tatsächliche Auswirkung und Handhabe eines so konzipierten Zugewinnausgleichs im Todesfall auch im Zusammenspiel mit dem güterstandsunabhängig erhöhten Erbrecht des Ehegatten zu veranschaulichen, soll im Folgenden eine Handvoll Beispiele dargestellt werden.

396 **Beispiel 1:** *M und F sind im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet. Sie haben zwei Kinder, K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub>. M verstirbt untestiert, dabei hätte M ein Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. € 120.000 zugestanden. Der Nachlass beträgt € 60.000. F heiratet nach dem Tod des M nicht erneut und testiert auch nicht.*



Dem Vorschlag der Arbeit zufolge erhielten K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> als gesetzliche Erben des M je ein selbstständiges Forderungsrecht entsprechend ihrer Erbquoten (je  $\frac{1}{4} \times € 120.000 = \text{je } € 30.000$ ) sowie ihren Erbteil von je  $\frac{1}{4}$  (je € 15.000). Die Ausgleichsforderungen wären jedoch auf den Tod der F gestundet. Stirbt F nun, würden K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> qua gesetzlicher Erbfolge Erben der F zu gleichen Teilen, § 1924 Abs. 4 BGB. Das Vermögen der F (€ 600.000, als Passiva wären die bestehenden Ausgleichsansprüche vorhanden) würde in Gänze nach dem Grundsatz der Universalsukzession gem. § 1922 BGB auf die Erbengemeinschaft bestehend aus K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> übergehen. Die auf den Tod der F gestundeten Ansprüche würden fällig, aber nicht durch Konfusion erlöschen, da sich die jeweiligen Ansprüche in den Privatvermögen von K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> befinden und gegen den Nachlass als Sondervermögen richten würden.<sup>932</sup> Wirtschaftlich betrachtet, stünden jedem € 300.000 zu (je Forderungen über € 30.000 sowie je einen Erbteil von  $\frac{1}{2}$  bezogen auf den Nachlass von € 600.000, wobei die jeweiligen Forderungen vom Nachlasswert vor Auseinandersetzung abzuziehen wären). Im konkreten Beispiel erhielten K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> damit so viel, wie ihnen auch ohne Ausgleichsforderung zugestanden hätte, was auf den Umstand zurückzuführen ist, dass K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> die einzigen Mitglieder der Erbengemeinschaft bezogen auf den Nachlass der F wären und beiden über dieselbe Summe eine Zugewinnausgleichsforderung gegen den Nachlass zustünde. Das soeben geschilderte Beispiel stellt sich im Ergebnis, wirtschaftlich betrachtet, übrigens nicht anders als *de lege lata* dar. *De lege lata* erhielten K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> im ersten

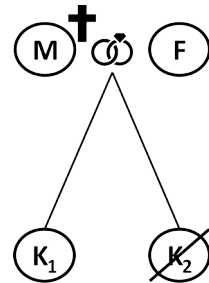
<sup>932</sup> Zu beachten ist, dass, sollte K<sub>2</sub> kein gemeinsamer, sondern ein einseitiger Abkömmling der F sein und von dieser enterbt worden sein, K<sub>1</sub> Alleinerbe der F würde, womit sein aus der Ehe M-F resultierender Ausgleichsanspruch durch Konfusion erlöschen würde. Für die Berechnung des Werts des Pflichtteils des K<sub>2</sub> würde der Anspruch als Passiva gleichwohl als fortbestehend gelten, vgl. BGH, NJW 1987, 1260, Ls. 3; MüKo/Lange, § 2311 BGB, Rn. 9; BeckOK/Müller-Engels, § 2311 BGB, Rn. 5.

Erbfall ebenfalls € 15.000 (je  $\frac{1}{4} \times € 60.000$ ; aufgrund der Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB erhielt F  $\frac{1}{2}$ ) und im zweiten Erbfall ebenfalls € 300.000 ( $\frac{1}{2} \times € 600.000$ ). Das Entstehen eines realen Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten würde sich folglich in diesem Fall aufgrund der Stundung *ex lege* wirtschaftlich nicht auswirken.

**Beispiel 2:** Wie oben Beispiel 1, allerdings hat M den K<sub>2</sub> enterbt.

397

Ist K<sub>2</sub> enterbt, so gilt es zunächst zu beachten, dass K<sub>2</sub> selbst keinen Ausgleichsanspruch erhalten und darüber hinaus für die Bestimmung der Ausgleichsquote des K<sub>1</sub> nicht berücksichtigt würde. Da die Erbquoten  $\frac{1}{2}$  F und  $\frac{1}{2}$  K<sub>1</sub> betragen würden, erhielte K<sub>1</sub> einen gestundeten Ausgleichsanspruch i. H. v. € 60.000 ( $\frac{1}{2} \times € 120.000$ ) sowie einen Erbteil von € 30.000 ( $\frac{1}{2} \times € 60.000$ ). F erhielte einen Erbteil von ebenfalls € 30.000. K<sub>2</sub> würde als enterbter Abkömmling lediglich einen Pflichtteilsanspruch i. H. v. € 7.500 ( $\frac{1}{8} \times € 60.000$ ) erhalten. Verstirbt nun F, ohne zu testieren, würden K<sub>1</sub> und K<sub>2</sub> eine Erbengemeinschaft bilden, wobei beide Erben zu je  $\frac{1}{2}$  wären (je € 300.000). K<sub>1</sub> könnte in diesem Fall die nunmehr fällige Ausgleichsforderung über € 60.000 gegen den Nachlass der F geltend machen. Damit erhielte K<sub>1</sub> aus dem Nachlass



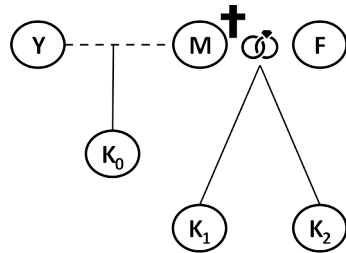
der F: € 60.000 (Ausgleichsforderung) +  $\frac{(\text{€ } 600.000 - \text{€ } 60.000)}{2}$  (Erbteil) =

€ 330.000, während K<sub>2</sub> € 270.000 erhielte. Im Vergleich dazu *de lege lata*: Im ersten Erbfall würden F  $\frac{1}{2}$  und K<sub>1</sub> je  $\frac{1}{2}$ , also € 30.000 erhalten, während K<sub>2</sub> auf einen Pflichtteilsanspruch i. H. v.  $\frac{1}{8}$ , also € 7.500 gesetzt wäre. Rein wirtschaftlich betrachtet, verhielten sich die Rechtslagen *de lege lata* und *ferenda* damit im ersten Erbfall gleich. Im zweiten Erbfall würden *de lege lata* sowohl K<sub>1</sub> als auch K<sub>2</sub> je € 300.000 erben. *De lege ferenda* erhielte K<sub>1</sub> rein wirtschaftlich betrachtet jedoch € 330.000, während K<sub>2</sub> € 270.000 erhielte. An dieser Stelle würde sich folglich die Enterbung des K<sub>2</sub> augenscheinlich erneut auswirken: K<sub>1</sub> wäre nicht nur im ersten Erbfall durch die Enterbung auf den Pflichtteil gesetzt, auch müsste er sich im zweiten Erbfall mit weniger begnügen. Der Schein, dass es sich dabei um eine doppelte Auswirkung der Enterbung handeln würde, trägt jedoch. So würde sich die Enterbung lediglich im ersten Erbfall auswirken, nämlich in der Weise, dass K<sub>2</sub> als enterbter Abkömmling keine Anspruchsberechtigung erhielte, was in der Konsequenz darin münden würde, dass nur K<sub>1</sub> eine gestundete Forderung erhalten hätte, welche er nun mit dem Tod der F (also dem zweiten Erbfall) geltend machen könnte. Die scheinbare Auswirkung der Enterbung im zweiten Erbfall würde also aus der Stundung herrühren. Dabei würde es sich aber um keine doppelte Auswirkung handeln, da sich dasselbe Ergebnis ergäbe, würde die Forderung

des  $K_1$  nicht gestundet. In diesem Fall würde F bereits zu Lebzeiten € 60.000 an  $K_1$  leisten, womit der Nachlass um € 60.000 geschmälert wäre. Im Ergebnis würden  $K_1$  und  $K_2$  daher Erben zu je  $\frac{1}{2}$  von € 540.000, was sich wiederum auf € 270.000 beliefe (wobei  $K_1$  bereits € 60.000 erhalten hätte, insgesamt also wiederum € 330.000). Knackpunkt wäre daher nicht die Stundung an sich, sondern vielmehr der Umstand, dass ein enterbter Abkömmling nicht ausgleichsberechtigt wäre. Dass dies aber in letzter Konsequenz richtig wäre, da die vom Erblasser durch Enterbung kundgetane Motivation, dem enterbten Abkömmling möglichst wenig Teilhabe am Vermögen einzuräumen, mangels güterrechtlicher Motive, welche eine Durchbrechung dieses Willens rechtfertigen könnten, nicht zu durchbrechen wäre, wurde oben bereits gezeigt<sup>933</sup> und würde sich an dieser Stelle schlicht auswirken.

398 **Beispiel 3:** *Wie oben Beispiel 1, allerdings hat M einen vorehelichen Sohn  $K_0$ .*

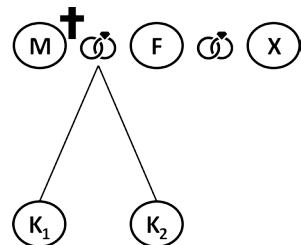
In diesem Fall erhielten  $K_0$ ,  $K_1$  und  $K_2$  je eine gestundete Ausgleichsforderung über € 20.000 ( $\frac{1}{3} \times € 120.000$ ). Nach dem Tod der F würden  $K_1$  und  $K_2$  die gesetzlichen Erben der F. Die Ausgleichsforderungen würden fällig.  $K_0$  würde kein Erbe, könnte aber die mit dem Tod der F fällig gewordene Ausgleichsforderung gegen den Nachlass der F geltend machen (zu beachten ist insofern, dass die Forderung des  $K_0$  nicht aufgrund dessen, dass es sich um einen einseitigen Abkömmling handelt, vorzeitig fällig würde).



399 **Beispiel 4:** *Wie oben Beispiel 1, allerdings heiratet F nach dem Tod des M erneut. Sie lebt mit dem X ebenfalls in Zugewinnngemeinschaft.*

400 **Beispiel 4.1:** *F stirbt zuerst und hat den höheren Zugewinn erzielt.*

In diesem Fall würden  $K_1$  und  $K_2$  eine Erbengemeinschaft mit X bilden. Die Ausgleichsansprüche von  $K_1$  und  $K_2$  (resultierend aus der Ehe M-F) könnten gegen den Nachlass geltend gemacht werden. Aufgrund der Ausgleichspflicht der F stünde X ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen den Nachlass der F zu. Es hätten also sowohl  $K_1$  sowie  $K_2$  einen Ausgleichsanspruch (resultierend aus der Ehe M-F) als auch X (resultierend aus der Ehe F-X) gegen den Nachlass der F. Grundsätzlich würden im vorliegenden Beispiel die Ansprüche von  $K_1$  und  $K_2$  mit



<sup>933</sup> Siehe Rn. 235.

dem des X zusammentreffen, ggf. den gesamten Nachlass aufzehren. Zu beachten ist jedoch, dass die Ansprüche, welche auf erster Ehe fußen mit Wiederheirat fällig würden. Mit Blick auf das Beispiel würde dies bedeuten, dass  $K_1$  und  $K_2$  ihre Ansprüche in Folge der Wiederheirat gegen F schon zu deren Lebzeiten geltend machen könnten.

**Beispiel 4.2:** *F stirbt zuerst und hat den niedrigeren Zugewinn erzielt.*

401

In diesem Szenario würden  $K_1$ ,  $K_2$  und X wiederum eine Erbengemeinschaft bilden.  $K_1$  und  $K_2$  könnten ihre aus der Ehe M-F resultierenden Ausgleichsansprüche bereits zu Lebzeiten der F geltend machen, würden dies doch mit der Wiederheirat der F fällig werden. Mit dem Tod der F erhielten sie gegen X je einen Anspruch auf Zugewinnausgleich, welcher auf den Tod des X gestundet wäre.

**Beispiel 4.3:** *X stirbt zuerst und hat den höheren Zugewinn erzielt.*

402

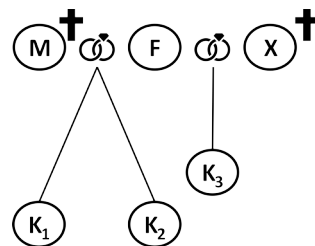
$K_1$  und  $K_2$  könnten wiederum ab Wiederheirat (F-X) ihre aus der Ehe M-F resultierenden Ansprüche gegen F geltend machen. Ein Zugewinnausgleich im Todesfall mit Blick auf die Ehe F-X würde sich erübrigen. F wäre zwar grundsätzlich anspruchsberechtigt, mangels anderweitiger gesetzlicher Erben des X würde sie allerdings Alleinerbin, was zur Konfusion von Anspruch und Verbindlichkeit führen würde. Hätte X in dieser Konstellation einen Abkömmling (irrelevant ob gemeinsamer oder einseitiger), so würden dieser und F eine Erbengemeinschaft bilden. Auf beide würde eine Erbquote von  $\frac{1}{2}$  entfallen. F könnte ihren vollen Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen, insbesondere käme es nicht zur Konfusion von Anspruch und Verbindlichkeit. Es würde sich um eine „Standard-Konstellation“ des Zugewinnausgleichs im Todesfall zugunsten des Überlebenden handeln.

**Beispiel 4.4:** *X stirbt zuerst und hat den niedrigeren Zugewinn erzielt.*

403

$K_1$  und  $K_2$  könnten wiederum ab Wiederheirat (F-X) ihre aus der Ehe M-F resultierenden Ansprüche gegen F geltend machen. Ein Zugewinnausgleich im Todesfall im Verhältnis F-X würde sich erübrigen. Mangels gesetzlicher Erben des X gäbe es niemanden der anspruchsberechtigt wäre.

**Abwandlung 1 des Beispiels 4.4:** Hätte X unter diesen Umständen allerdings einen gemeinsamen Abkömmling mit F, so würde dieser im Todesfall des X mit F eine Erbengemeinschaft bilden.  $K_3$  erhielte einen gestundeten Ausgleichsanspruch gegen F anteilig seiner Erbquote ( $\frac{1}{2}$ ). Dadurch, dass die Ansprüche von  $K_1$  und  $K_2$  bereits mit Wiederheirat fällig geworden wären, würde verhindert, dass bei Tod der F nun sowohl die Ansprüche von  $K_1$

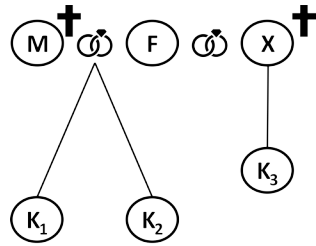


404

und  $K_2$  aus der Ehe M-F als auch der Anspruch des  $K_3$  aus der Ehe F-X fällig werden würden. Mit dem Tod der F würde nunmehr nur der Anspruch des  $K_3$  fällig. Da es sich bei allen Kindern um Abkömmlinge der F handelt, würden alle drei zu gleichen Teilen erben, § 1924 Abs. 4.

405 **Abwandlung 2 des Beispiels 4.4:** Handelt

es sich in derselben Konstellation um keinen gemeinsamen, sondern einen einseitigen Abkömmling des X, so würde dieser mit dem Tod des X eine Erbengemeinschaft mit F bilden. Er erhielte einen gestundeten Ausgleichsanspruch gegen F anteilig seiner Erbquote ( $\frac{1}{2}$ ). Würde F nun sterben, würde  $K_3$ , da er kein Abkömmling der F ist, keine Erbengemeinschaft mit  $K_1$  und  $K_2$  bilden. Er könnte einzig seinen nun fälligen Ausgleichsanspruch gegen den Nachlass der F geltend machen.



Resümee und Regelungsvorschlag

Abschließend sollen die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst und der unterbreitete Vorschlag zu einem gesetzlichen Ehegatten-  
erbrecht *de lege ferenda* nebst realem Zugewinnausgleich im Todesfall in eine  
normative Form gegossen werden.

A. Änderungen des Erbrechts

Das gesetzliche Ehegattenerbrecht soll eine Stärkung erfahren, indem die  
gesetzliche Erbquote des Ehegatten auf ½ neben Verwandten der ersten Ord-  
nung und auf ¼ neben den Eltern gehoben wird. Sowohl die Geschwister als  
auch die Großeltern des Erblassers sollen künftig kein gesetzliches Erbrecht  
in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten haben. Der Güterstand soll  
keinen Einfluss mehr auf die Erbquote haben. Um einseitigen Abkömmlingen  
einen Ausgleich für die güterstandsunabhängige Anhebung der Erbquote des  
Ehegatten zu gewähren, soll ein Ausbildungsanspruch vorgesehen werden.  
§ 1931 BGB wäre demnach wie folgt abzuändern:

§ 1931 n.F. Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten	§ 1931 a.F. Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten
(1) <sup>1</sup> Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung <i>zur Hälfte oder neben Eltern zu drei Viertel</i> der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. <sup>2</sup> <i>Ist ein Elternteil des Erblassers bereits verstorben, erhält der Ehegatte auch dessen Anteil.</i>	(1) <sup>1</sup> Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung <i>zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte</i> der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. <sup>2</sup> <i>Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.</i>
(2) Sind weder Verwandte der ersten Ordnung noch <i>Eltern</i> vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.	(2) Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch <i>Großeltern</i> vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.
(3) Die Vorschrift des § 1371 bleibt unberührt.	

<p><i>(4) Sind erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten vorhanden, welche nicht aus der durch den Tod dieses Ehegatten aufgelösten Ehe stammen, so ist der überlebende Ehegatte verpflichtet, diesen Abkömmlingen, wenn und soweit sie dessen bedürfen, die Mittel zu einer angemessenen Ausbildung aus der Hälfte des ihm nach Absatz 1 zustehenden Erbteils zu gewähren.</i></p>	<p>(3) Die Vorschrift des § 1371 bleibt unberührt.</p> <p><i>(4) Bestand beim Erbfall Gütertrennung und sind als gesetzliche Erben neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers berufen, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen; § 1924 Abs. 3 gilt auch in diesem Falle.</i></p>
<p><b>§ 1932 n.F. Voraus des Ehegatten</b></p> <p>(1) Ist der überlebende Ehegatte neben Eltern gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke als Voraus. Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der ersten Ordnung gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm diese Gegenstände, soweit er sie zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt.</p> <p>(2) Auf den Voraus sind die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften anzuwenden.</p>	<p><b>§ 1932 a.F. Voraus des Ehegatten</b></p> <p>(1) Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke als Voraus. Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der ersten Ordnung gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm diese Gegenstände, soweit er sie zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt.</p> <p>(2) Auf den Voraus sind die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften anzuwenden.</p>

B. Änderungen des Güterrechts

408      Zentrale Änderung des Güterrechts, genauer gesagt des Rechts der Zugewinnsgemeinschaft, wäre, dass der Zugewinnausgleich im Todesfall umgestaltet würde. Die derzeit in § 1371 Abs. 1 BGB vorgesehene Pauschalierung soll der Durchführung eines realen Zugewinnausgleichs sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten weichen. Der Ausgleichsanspruch zugunsten des überlebenden Ehegatten würde sich gegen den Nachlass richten. Sollte der überlebende Ehegatte ausgleichspflichtig sein, wären anspruchsberechtigt die neben den überlebenden Ehegatten tretenden gesetzlichen Erben des verstorbenen Ehegatten. Im Fall mehrerer Anspruchsberechtigter soll jeder ein selbstständiges Forderungsrecht entsprechend seiner gesetzlichen Erbquote erhalten. Es würde sich insbesondere nicht um eine Nachlassforderung handeln. Im Fall der gewillkürten Erbfolge sollte es nur dem ausgleichsberechtigten Ehegatten offenstehen, die Erbschaft auszuschlagen und stattdessen einen Zugewinnausgleich nebst Pflichtteil herbeizuführen.

Diese Option bestünde nicht zugunsten Anspruchsberechtigter im Fall des Ausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehegatten. Eine Unterscheidung zwischen kleinem und großem Pflichtteil wäre nicht mehr zu machen.

§ 1371 n.F. Zugewinnausgleich im Todesfall	§ 1371 a.F. Zugewinnausgleich im Todesfall
<p>(1) <sup>1</sup>Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der <i>Zugewinn nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1384, 1387, 1390 ausgeglichen, wenn der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe des anderen wird.</i> <sup>2</sup><i>Dasselbe gilt für den Fall, dass der überlebende Ehegatte sein gesetzliches Erbrecht ausschlägt oder sein gesetzliches Erbrecht aufgrund von § 1933 ausgeschlossen ist.</i><sup>934</sup></p> <p>(2) Wird der überlebende <i>ausgleichsbererechtigte</i> Ehegatte nicht Erbe und steht ihm auch kein Vermächtnis zu, so kann er Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1384, 1387, 1390 verlangen.</p> <p>(3) Schlägt der überlebende <i>ausgleichsbererechtigte</i> Ehegatte <i>eine gewillkürte</i> Erbschaft aus, so kann er neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde; dies gilt nicht, wenn er durch Vertrag mit seinem Ehegatten auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat.</p>	<p>(1) Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der <i>Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Falle einen Zugewinn erzielt haben.</i></p> <p>(2) Wird der überlebende Ehegatte nicht Erbe und steht ihm auch kein Vermächtnis zu, so kann er Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen; <i>der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten.</i></p> <p>(3) Schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus, so kann er neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde; dies gilt nicht, wenn er durch Vertrag mit seinem Ehegatten auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat.</p> <p>(4) <i>Sind erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten, welche nicht aus der durch den Tod dieses Ehegatten aufgelösten Ehe stammen, vorhanden, so ist der überlebende Ehegatte verpflichtet, diesen Abkömmlingen, wenn und soweit sie dessen bedürfen, die Mittel zu einer angemessenen Ausbildung aus dem nach Absatz 1 zusätzlich gewährten Viertel zu gewähren.</i></p>

<sup>934</sup> Mit Blick auf Abs. 2 bedürfte es dieser Anordnung nicht für den Fall des Zugewinnausgleichs zugunsten des überlebenden Ehegatten. Allerdings soll sich der ausgleichspflichtige Überlebende einerseits nicht durch Ausschlagung seines gesetzlichen



<p><b>§ 1378 n.F. Ausgleichsforderung</b></p> <p>(1) Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu.</p> <p>(2) <sup>1</sup>Wird der Güterstand durch den Tod aufgelöst und hat der überlebende Ehegatte den niedrigeren Zugewinn erzielt, so richtet sich die sich aus Absatz 1 ergebende Ausgleichsforderung gegen den Nachlass des anderen. <sup>2</sup>Hat hingegen der überlebende Ehegatte den höheren Zugewinn erzielt, so ist als anspruchsberechtigt jeder neben den überlebenden Ehegatten tretende gesetzliche Erbe des ausgleichsberechtigten Ehegatten anzusehen. <sup>3</sup>Ein Anspruchsberechtigter erhält eine Forderung entsprechend seiner gesetzlichen Erbquote am Wert der dem verstorbenen Ehegatten hypothetisch zugestandenen Ausgleichsforderung gegen den überlebenden Ehegatten. <sup>4</sup>Hat im Falle der Ausgleichspflicht des überlebenden Ehegatten ein Anspruchsberechtigter eine ausgleichungspflichtige Zuwendung i. S. d. § 2050 BGB von dem verstorbenen Ehegatten zu dessen Lebzeiten erhalten und findet auf diese im Rahmen der Durchführung der Ausgleichung nach § 2055 BGB die Vorschrift des § 2056 BGB Anwendung, so gelten die §§ 2050, 2051, 2052 Alt. 1, 2053, 2055 bis 2057 sinngemäß in Ansehung der jeweils zustehenden Zugewinnausgleichsforderung.<sup>935</sup></p>	<p><b>§ 1378 a.F. Ausgleichsforderung</b></p> <p>(1) Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu.</p> <p>(2) <sup>1</sup>Die Höhe der Ausgleichsforderung wird durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstands vorhanden ist. <sup>2</sup>Die sich nach Satz 1 ergebende Begrenzung der Ausgleichsforderung erhöht sich in den Fällen des § 1375 Absatz 2 Satz 1 um den dem Endvermögen hinzuzurechnenden Betrag.</p> <p>(3) <sup>1</sup>Die Ausgleichsforderung entsteht mit der Beendigung des Güterstands und ist von diesem Zeitpunkt an vererblich und übertragbar. <sup>2</sup>Eine Vereinbarung, die die Ehegatten während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist, für den Fall der Auflösung der Ehe über den Ausgleich des Zugewinns treffen, bedarf der notariellen Beurkundung; § 127a findet auch auf eine Vereinbarung Anwendung, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird. <sup>3</sup>Im Übrigen kann sich kein Ehegatte vor der Beendigung des Güterstands verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen.</p>
---	---

Erbrechts der Ausgleichspflicht entziehen können und andererseits auch dann ausgleichspflichtig sein, wenn sein gesetzliches Erbrecht aufgrund von § 1933 BGB ausgeschlossen wäre (vgl. oben Rn. 239 f.), weshalb es dieser Anordnung bedarf.

<sup>935</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass diese nachträgliche Korrektur der Anspruchshöhe nicht mit dem Umstand konfliktieren würde, dass die eigentliche Ausgleichsforderung mit Auflösung der Ehe (also dem Tod) entstünde. Die Höhe des Zugewinnüberschusses, von welchem ausgehend die Einzelansprüche berechnet würden, würde also bereits mit dem Tod des ersten Ehegatten festgestellt werden. Es fände lediglich eine nachträgliche Korrektur der (gestundeten) Einzelansprüche statt.

<p>(3) <sup>1</sup>Die Höhe der Ausgleichsforderung wird durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstands vorhanden ist. <sup>2</sup>Die sich nach Satz 1 ergebende Begrenzung der Ausgleichsforderung erhöht sich in den Fällen des § 1375 Absatz 2 Satz 1 um den dem Endvermögen hinzuzurechnenden Betrag.</p> <p>(4) <sup>1</sup>Die Ausgleichsforderung entsteht mit der Beendigung des Güterstands und ist von diesem Zeitpunkt an vererblich und übertragbar. <sup>2</sup>Eine Vereinbarung, die die Ehegatten während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist, für den Fall der Auflösung der Ehe über den Ausgleich des Zugewinns treffen, bedarf der notariellen Beurkundung; § 127a findet auch auf eine Vereinbarung Anwendung, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird. <sup>3</sup>Im Übrigen kann sich kein Ehegatte vor der Beendigung des Güterstands verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen.</p>	
---	--

Die Stundungsvorschrift des § 1382 BGB bliebe unverändert, würde sie 409  
 doch Bedeutung in den Fällen der lebzeitigen Auflösung der Ehe sowie dem  
 Fall der Eheauflösung durch den Tod bei Überleben des ausgleichsberechtig-  
 ten Ehegatten erlangen. Alle vorgeschlagenen Änderungen hinsichtlich einer  
 Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs zulasten des überlebenden Ehe-  
 gatten *ex lege* in die Norm des § 1382 BGB einzuarbeiten, würde diese über-  
 laden. Es wird daher vorgeschlagen, die folgenden §§ 1382a, 1382b und  
 1382c BGB n.F. einzuführen.

#### § 1382 Stundung<sup>936</sup>

410

- (1) <sup>1</sup>Das Familiengericht stundet auf Antrag eine Ausgleichsforderung, soweit sie vom Schuldner nicht bestritten wird, wenn die sofortige Zahlung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers zur Unzeit erfolgen würde. <sup>2</sup>Die sofortige Zahlung würde auch dann zur Unzeit erfolgen, wenn sie die Wohnverhältnisse oder sonstigen Lebensverhältnisse gemeinschaftlicher Kinder nachhaltig verschlechtern würde.

<sup>936</sup> Entspricht dem Wortlaut der derzeit geltenden Fassung und soll nur der Vollständigkeit halber abgedruckt werden.

- (2) Eine gestundete Forderung hat der Schuldner zu verzinsen.
- (3) Das Familiengericht kann auf Antrag anordnen, dass der Schuldner für eine gestundete Forderung Sicherheit zu leisten hat.
- (4) Über Höhe und Fälligkeit der Zinsen und über Art und Umfang der Sicherheitsleistung entscheidet das Familiengericht nach billigem Ermessen.
- (5) Soweit über die Ausgleichsforderung ein Rechtsstreit anhängig wird, kann der Schuldner einen Antrag auf Stundung nur in diesem Verfahren stellen.
- (6) Das Familiengericht kann eine rechtskräftige Entscheidung auf Antrag aufheben oder ändern, wenn sich die Verhältnisse nach der Entscheidung wesentlich geändert haben.

411 § 1382a n. F. *Stundung der Ausgleichsforderung zulasten des Ehegatten bei Eheauflösung durch den Tod*

- (1) <sup>1</sup>Ergibt sich nach Anwendung der Vorschriften der §§ 1371 Abs. 1, 1378 n. F. eine Ausgleichsforderung zulasten des überlebenden Ehegatten, so wird diese grundsätzlich erst fällig mit dem Tode jenes Ehegatten. <sup>2</sup>Die Stundung endet vorzeitig bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten.
- (2) <sup>1</sup>Das Familiengericht kann auf Antrag anordnen, dass der Schuldner für eine gestundete Forderung Sicherheit zu leisten hat. <sup>2</sup>Über Art und Umfang der Sicherheitsleistung entscheidet das Familiengericht nach billigem Ermessen. <sup>3</sup>Wem ein gestundeter Anspruch auf Zugewinnausgleich gegen den überlebenden Ehegatten zusteht, kann während der Stundungszeit von dem Ehegatten Auskunft über dessen Vermögen verlangen, wenn konkrete Anhaltspunkte für verschwenderisches oder durch Benachteiligungsabsicht motiviertes Verhalten vorliegen.
- (3) Sollte sich der vom Statistischen Bundesamt festgelegte Verbraucherindex (2020 = 100) ab Entstehen der gestundeten Ausgleichsforderung verändern, ändert sich der Forderungsbetrag entsprechend, wobei die Anpassung auf den Zeitpunkt der Fälligkeit oder der vorzeitigen Erfüllung der gestundeten Forderung erfolgt.
- (4) Das Familiengericht kann die Stundung auf Antrag aufheben, wenn ein besonders schwerwiegendes Interesse des Anspruchsberechtigten an sofortiger Zahlung dargelegt wird.
- (5) § 1379 BGB bleibt unberührt.

412 § 1382b n. F. *Den Anspruchsberechtigten beeinträchtigende unentgeltliche Zuwendungen*

- (1) <sup>1</sup>Hat der Ehegatte zur Zeit der Stundung einem Dritten gegenüber eine unentgeltliche Zuwendung in der Absicht vorgenommen, den Ausgleichsberechtigten zu benachteiligen, kann der Ausgleichsberechtigte mit Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs von dem Dritten Ersatz des Wertes der unentgeltlichen Zuwendung verlangen. <sup>2</sup>Der Ersatz des Wertes des Erlangten erfolgt nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. <sup>3</sup>Der Dritte kann die Zahlung durch Herausgabe des Erlangten abwenden.

- (2) Die Verjährungsfrist des Anspruchs beginnt mit Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs.
- (3) Sind mehrere zugewinnausgleichsberechtigt, können sie einen sich aus Abs. 1 ergebenden Anspruch nur gemeinsam geltend machen.
- (4) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn seit der unentgeltlichen Zuwendung mehr als zehn Jahre vergangen sind.

*§ 1382c n. F. Minderung der Ausgleichspflicht*

413

Ist der ausgleichspflichtige Ehegatte zur Zeit der Stundung des gegen ihn bestehenden Ausgleichsanspruchs zur Unterhaltszahlung gegenüber einem Ausgleichsberechtigten verpflichtet, so mindert sich seine Ausgleichsschuld um die erbrachte Unterhaltszahlung, als eine Leistung auf die Ausgleichspflicht die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten erübrigt hätte.

## C. Änderungen des Erbschaftsteuerrechts

Mit Blick auf das Erbschaftsteuerrecht ist besonders § 5 ErbStG ins Auge zu fassen. Dieser müsste dahingehend angepasst werden, dass auch die reale Zugewinnausgleichsforderung bei Auflösung der Ehe durch den Tod, sowohl in den Fällen des Anspruchs zugunsten als auch zulasten des Ehegatten, steuerfrei wäre. Gleichwohl dürfte der Regelungsgehalt des § 5 Abs. 1 ErbStG nicht völlig verloren gehen, da dieser auch Fälle der gewillkürten Erbfolge erfasst. Um eine doppelte Steuerbegünstigung (die Ausgleichsforderung an sich wäre steuerfrei und zusätzlich würde die Regelung des Abs. 1 greifen) zu vermeiden, kann dieser aber nur in den Fällen Anwendung finden, in welchen kein realer Zugewinnausgleich im Todesfall stattfindet.

### **§ 5 ErbStG n.F. Zugewinngemeinschaft**

(1) <sup>1</sup>Wird der Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 6 des Lebenspartnerschaftsgesetzes) durch den Tod eines Ehegatten oder den Tod eines Lebenspartners beendet und der Zugewinn nicht nach § 1371 Abs. 1 oder 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs *n.F.* ausgeglichen, gilt beim überlebenden Ehegatten oder beim überlebenden Lebenspartner der Betrag, den er nach Maßgabe des § 1371 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs *n.F.* als Ausgleichsforderung geltend machen könnte, nicht als Erwerb im Sinne des § 3. <sup>2</sup>Bei der Berechnung dieses Betrags bleiben von den Vorschriften der §§ 1373

### **§ 5 ErbStG a.F. Zugewinngemeinschaft**

(1) <sup>1</sup>Wird der Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 6 des Lebenspartnerschaftsgesetzes) durch den Tod eines Ehegatten oder den Tod eines Lebenspartners beendet und der Zugewinn nicht nach § 1371 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeglichen, gilt beim überlebenden Ehegatten oder beim überlebenden Lebenspartner der Betrag, den er nach Maßgabe des § 1371 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Ausgleichsforderung geltend machen könnte, nicht als Erwerb im Sinne des § 3. <sup>2</sup>Bei der Berechnung dieses Betrags bleiben von den Vorschriften der §§ 1373

<p>bis 1383 und 1390 des Bürgerlichen Gesetzbuchs abweichende güterrechtliche Vereinbarungen unberücksichtigt.<sup>3</sup>Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet keine Anwendung.<sup>4</sup>Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch Ehevertrag oder Lebenspartnerschaftsvertrag vereinbart, gilt als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstands (§ 1374 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) der Tag des Vertragsabschlusses.<sup>5</sup>Soweit das Endvermögen des Erblassers bei der Ermittlung des als Ausgleichsforderung steuerfreien Betrags mit einem höheren Wert als dem nach den steuerlichen Bewertungsgrundsätzen maßgebenden Wert angesetzt worden ist, gilt höchstens der dem Steuerwert des Endvermögens entsprechende Betrag nicht als Erwerb im Sinne des § 3.<sup>6</sup>Sind bei der Ermittlung der Bereicherung des überlebenden Ehegatten oder des überlebenden Lebenspartners Steuerbefreiungen berücksichtigt worden, gilt die Ausgleichsforderung im Verhältnis des um den Wert des steuerbefreiten Vermögens geminderten Werts des Endvermögens zum ungeminderten Wert des Endvermögens des Erblassers nicht als Erwerb im Sinne des § 3.</p> <p>(2) Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beendet und der Zugewinn ausgeglichen, gehört die Ausgleichsforderung (§ 1378 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) nicht zum Erwerb im Sinne der §§ 3 und 7.</p> <p>(3) Wird der Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft (§ 1519 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) beendet und der Zugewinn ausgeglichen, so gehört die Ausgleichsforderung (Artikel 12 Absatz 1 des Abkommens vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft) nicht zum Erwerb im Sinne der §§ 3 und 7.</p>	<p>bis 1383 und 1390 des Bürgerlichen Gesetzbuchs abweichende güterrechtliche Vereinbarungen unberücksichtigt.<sup>3</sup>Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet keine Anwendung.<sup>4</sup>Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch Ehevertrag oder Lebenspartnerschaftsvertrag vereinbart, gilt als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes (§ 1374 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) der Tag des Vertragsabschlusses.<sup>5</sup>Soweit das Endvermögen des Erblassers bei der Ermittlung des als Ausgleichsforderung steuerfreien Betrags mit einem höheren Wert als dem nach den steuerlichen Bewertungsgrundsätzen maßgebenden Wert angesetzt worden ist, gilt höchstens der dem Steuerwert des Endvermögens entsprechende Betrag nicht als Erwerb im Sinne des § 3.<sup>6</sup>Sind bei der Ermittlung der Bereicherung des überlebenden Ehegatten oder des überlebenden Lebenspartners Steuerbefreiungen berücksichtigt worden, gilt die Ausgleichsforderung im Verhältnis des um den Wert des steuerbefreiten Vermögens geminderten Werts des Endvermögens zum ungeminderten Wert des Endvermögens des Erblassers nicht als Erwerb im Sinne des § 3.</p> <p>(2) Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft <i>in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten oder eines Lebenspartners beendet oder wird der Zugewinn nach § 1371 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs</i> ausgeglichen, gehört die Ausgleichsforderung (§ 1378 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) nicht zum Erwerb im Sinne der §§ 3 und 7.</p> <p>(3) Wird der Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft (§ 1519 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) beendet und der Zugewinn ausgeglichen, so gehört die Ausgleichsforderung (Artikel 12 Absatz 1 des Abkommens vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft) nicht zum Erwerb im Sinne der §§ 3 und 7.</p>
---	--

## D. Ergebnis

Die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten sollte nicht länger 415 von dem Güterstand abhängig sein, in welchem die Ehegatten gelebt haben. Im Zuge dieser Änderung sollte eine güterstandsunabhängig erhöhte gesetzliche Erbquote des Ehegatten von  $\frac{1}{2}$  neben Verwandten der ersten Ordnung bzw.  $\frac{3}{4}$  neben den Eltern des Erblassers vorgesehen werden. Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod aufgelöst, würde, soweit angezeigt, die güterrechtliche Teilhabe über einen realen Ausgleich des Zugewinns verwirklicht – dies sowohl zugunsten als auch zulasten des überlebenden Ehegatten. Auf diese Weise kann den systematisch-dogmatischen Unstimmigkeiten des geltenden Rechts begegnet und der güterrechtliche Gedanke konsequent durchgeführt werden.

## Literaturverzeichnis

- Alebrand*, Heinrich: Die Errungenschaftsgemeinschaft in der Reform des ehelichen Güterrechts, in: JZ 1955, 573–575.
- Barišić*, Manuela/*Consiglio*, Valentina Sara: Frauen auf dem deutschen Arbeitsmarkt – Was es sie kostet, Mutter zu sein, Studie der Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2020, abrufbar unter: [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user\\_upload/200616\\_Kurzexpertise\\_MotherhoodLifetimePenaltyFINAL.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/200616_Kurzexpertise_MotherhoodLifetimePenaltyFINAL.pdf), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Bärmann*, Johannes: Das neue Ehegüterrecht, in: AcP Bd. 157 (1958/59), 145–214.
- Battes*, Robert: Die Änderung erbrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der Reform des Scheidungsrechts, in: FamRZ 1977, 433–440.
- Battes*, Robert: Eherecht, Berlin/Heidelberg 2018.
- Battes*, Robert: Zur Stellung des überlebenden Ehegatten nach der niederländischen Erbrechtsreform, S. 17–30 in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, hrsg. von Söllner, Alfred, München 2005.
- Beck-online.GROSSKOMMENTAR: *Gsell*, Beate/*Krüger*, Wolfgang/*Lorenz*, Stephan/*Reymann*, Christoph (Gesamthrg.), § 181 BGB, Stand 01.10.2024; §§ 420, 429, 430 BGB, Stand 01.09.2024; § 741 BGB, Stand 01.07.2024; §§ 1363, 1371 BGB, Stand 01.08.2024; §§ 1378, 1379, 1381, 1382 BGB, Stand 01.11.2024; § 1390 BGB, Stand 01.08.2024; § 1408 BGB, Stand 01.11.2022; § 1519 BGB, Art. 12 WZGA, Stand 01.11.2024; § 1586 BGB, Stand 01.08.2024; § 1601 BGB, Stand 01.08.2024; § 1629 BGB, Stand 01.09.2024; § 1640 BGB, Stand 01.08.2024; § 1809 BGB, Stand 01.01.2023; §§ 1931, 1934 BGB, Stand 01.08.2024; §§ 2039, 2050, 2055, 2056 BGB, Stand 01.08.2024; §§ 2303, 2306 BGB, Stand 01.11.2024; § 2310 BGB, Stand 01.08.2024; § 2317 BGB, Stand 01.09.2024, München (zit.: BeckOGK/*Bearb.*, §, Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar BGB: *Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman (Hrsg.), 71. Edition, Stand 01.08.2024, München (zit.: BeckOK/*Bearb.*, § BGB, Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO: *Vorwerk*, Volker/*Wolf*, Christian (Hrsg.), 54. Edition, Stand 01.09.2024, München (zit.: BeckOK/*Bearb.*, § ZPO, Rn.).
- Beisenherz*, Thorn: Die erbrechtlichen Folgen von Scheidung und Ehekrise, Berlin 2008.
- Bengel*, Manfred: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.07.1994 – IV ZR 294/93, in: ZEVI 1994, 360–361.
- Berent*, Margarete: Die Zugewinnstgemeinschaft der Ehegatten, Breslau 1915.
- Bergmann*, Alexander (Begr.)/*Henrich*, Dieter/*Dutta*, Anatol/*Ebert*, Hans-Georg: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, Stand: 06.04.2023; Südafrika, Stand: 1.9.2020, Frankfurt a. M. (zit.: Henrich/Dutta/Ebert/*Bearb.*, Land, S.).

- Bergscheider*, Ludwig: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 9: Erbrecht (§§ 1922–2385), §§ 27–35 BeurkG, in: FamRZ 2011, 268.
- Bernitt*, Carmen Christina: Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht, Tübingen 2010.
- Boehmer*, Gustav: Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge (BGB §§ 1924–1936), Berlin 1938.
- Bosch*, Friedrich Wilhelm: Ist das geltende Ehegatten-Erbrecht bei kinderloser Ehe reformbedürftig? Mit Ausblicken auf die Rechtslage bei Vorhandensein von Kindern des Erblassers und auf die Erbfolge in Fällen einer „nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, in: FamRZ 1983, 227–239.
- Brachat-Schwarz*, Werner/*Binder*, Sascha: Geben sich Paare wieder häufiger das „Ja-Wort“?, in: Statistisches Monatsheft Baden-Württemberg, 1/2021, 14–22, abrufbar unter: <https://www.statistik-bw.de/Service/Veroeff/Monatshefte/20210102>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Braga*, Sebold: Das Ehegattenerbrecht nach § 1931 Abs. IV BGB, in: FamRZ 1972, 105–117.
- Braga*, Sebold: Das ehегüterrechtliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten, in: FamRZ 1957, 334–342.
- Braun*, Johann: Zur Auslegung der §§ 1365, 1369 BGB, S. 119–139 in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, hrsg. von Heinrich, Christian, München 2004 (zit.: *Braun*, FS Musielak).
- Brox*, Hans (Begr.)/*Walker*, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 30. Auflage, München 2024.
- Buchholz*, Stephan: Gestaltungsprobleme des Ehegattenerbrechts – Teilungsprinzip oder Nutzungsprinzip, in: MDR 1990, 375–380.
- Budzikiewicz*, Christine/*Herr*, Thomas/*Wever*, Reinhardt: Reformbedarf im Güterrecht und Nebengüterrecht – Stellungnahme der Reformkommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V., in: FamRZ 2021, 255–260.
- Bühler*, Martin: Zur Reform des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten neben Abkömmlingen, in: DNotZ 1975, 5–17.
- Bundesministerium der Justiz: Eckpunktepapier für die Verantwortungsgemeinschaft vom 2. Februar 2024, PDF abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Verantwortungsgemeinschaft.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Verantwortungsgemeinschaft.html?nn=110490), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Kindesbetreuung Kompakt, 2022, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/228470/dc2219705eeb5b8b9c117ce3f7e7bc05/kindertagesbetreuung-kompakt-ausbaustand-und-bedarf-2022-data.pdf>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Stief- und Patchworkfamilien in Deutschland – Monitor Familienforschung, Ausgabe 31, 2013, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/stief-und-patchworkfamilien-in-deutschland-96024>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.



- Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter*: Erbrecht, 4. Auflage, München 2022. (zit.: *Burandt/Rojahn/Bearb.*).
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Die Lebensgemeinschaft – Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung?, in: NJW 1988, 2085–2090.
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Zusammenprall der EuErbVO mit deutschen Prinzipien, S. 181–204 in 10 Jahre EuErbVO, hrsg. von Garber, Thomas/Lugani, Katharina, Wien 2023.
- Coing, Helmut*: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln? Gutachten A für den 49. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags, Düsseldorf 1972, Band I (Gutachten), München 1972 (zit.: *Coing*, 49. DJT, A).
- Damrau, Jürgen*: Der Minderjährige im Erbrecht, Bonn 2019 (zit.: *Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, §, Rn.).
- Dethloff, Nina*: Der deutsch-französische Wahlgüterstand Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts?, in: RabelsZ 76 (2012), 509–539.
- Dethloff, Nina*: Familienrecht Ein Studienbuch, 33. Auflage, München 2022.
- Dethloff, Nina*: Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß? Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Band I (Gutachten), München 2008 (zit.: *Dethloff*, 67. DJT, A).
- Deutsche Bank: Erben und Vererben Erfahrungen, Erwartungen und Pläne – eine repräsentative Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank, veröffentlicht 2018, abrufbar unter: [https://www.deutsche-bank.de/dam/deutschebank/de/shared/pdf/Studie\\_final.pdf](https://www.deutsche-bank.de/dam/deutschebank/de/shared/pdf/Studie_final.pdf), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Deutscher Juristentag: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags, Heidelberg 1924, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Berlin/Leipzig 1925, Reprint 2022 (zit.: 33. DJT).
- Deutscher Juristentag: Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentags, Frankfurt a. M. 1950, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Tübingen 1951 (zit.: 38. DJT).
- Deutscher Juristentag: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags, Düsseldorf 1972, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, München 1972 (zit.: 49. DJT).
- Deutscher Juristentag: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentags, Mainz 1988, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, München 1988 (zit.: 57. DJT).
- Deutscher Juristentag: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, München 2010 (zit.: 68. DJT).
- Deutscher Rechtspflegertag: Ergebnisse und Beschlüsse des 25. Deutschen Rechtspflegertags 1983 in Hannover, in: RpfBl 1983, 50–58.

- Dickhut-Harrach*, Hans-Jürgen von: Erbrecht und Erbrechtsgestaltung eingetragener Lebenspartner, in: FamRZ 2001, 1660–1670.
- Dickhut-Harrach*, Hans-Jürgen von: Neuerungen im Erbrecht eingetragener Lebenspartner, in: FamRZ 2005, 1139–1143.
- Dieckmann*, Albrecht: Referat und Thesen, K 8–K 34 in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags, Düsseldorf 1972, Band II.1 (Sitzungsberichte), München 1972.
- Dieckmann*, Albrecht: Zum Erbrechtsverlust gem. § 1933 BGB (oder wie sich eine Norm im Laufe der Zeit wandeln kann), S. 473–493 in: Perspektiven des Familienrechts – Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hofer, Sibylle/Klippel, Diethelm/Walter, Uwe, Bielefeld 2005 (zit.: *Dieckmann*, FS Schwab, 2005).
- Diederichsen*, Uwe: Teilhabegerechtigkeit in der Ehe, in: FamRZ 1992, 1–12.
- Doering-Striening*, Gudrun/*Hauß*, Jörn/*Schürmann*, Heinrich: Elternunterhalt 2020 – quo vadis?, in: FamRZ 2020, 137–144.
- Dölle*, Hans: Familienrecht – Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Band I, Karlsruhe 1964 (zit.: *Dölle*, FamR I, S.).
- Dörner*, Heinrich: Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme, in: ZEV 2010, 221–228.
- Dörner*, Heinrich: EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, in: ZEV 2012, 505–513.
- Duden: Das Herkunftswörterbuch: Etymologie der deutschen Sprache, 6. Auflage, Berlin 2020.
- Duden: Zitate und Aussprüche, 5. Auflage, Berlin 2019.
- Dumoulin*, Franz Josef: Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht – Änderungsvorschläge aus der Sicht eines Notars, in: DNotZ-Sonderheft 1973, 84–107.
- Dutta*, Anatol: Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa, in: FamRZ 2011, 1829–1840.
- Dutta*, Anatol: Europäische Güterrechtsverordnungen und deutsche Durchführungsgesetzgebung, in: FamRZ 2019, 1390–1400.
- Dutta*, Anatol: Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Tübingen 2014.
- Dütz*, Wilhelm: Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB bei Erbauseinandersetzungen, in: NJW 1967, 1005–1111.
- Ebeling*, Jürgen: Rechnerische Ermittlung der erbschaftssteuerfreien Zugewinnausgleichsförderung, in: ZEV 2006, 19–21.
- Eccher*, Bernhard: Die österreichische Erbrechtsreform, Wien 2017.
- Elden*, Erkan: Nichteheliche Lebensgemeinschaft im Steuerrecht, insbesondere im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, in: NZFam 2021, 405–410.
- Endriss*, Dorothee: Der Miterbe als Nachlassgläubiger, Baden-Baden 2003.

*Enßlin*, Reinhart: Entwicklungen im italienischen Familienrecht, in: NZFam 2020, 93–96.

Europäische Kommission: Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance – Impact Assessment, SEC(2009) 411 final, Brüssel 14.10.2009, PDF abrufbar unter: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a4cf0490-a41e-415f-b404-7e22b3f97f58>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024 (zit.: SEC(2009) 411 final, S.).

*Ferid*, Murad: Zwei Gesichtspunkte zur „erbrechtlichen Lösung“ des Zugewinnausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, in: FamRZ 1957, 70–73.

*Ferid*, Murad/*Firsching*, Karl (Begr.)/*Hausmann*, Rainer (Hrsg.): Internationales Erbrecht, 6. Band, 125. Ergänzungslieferung, München 12/2023 (zit.: *Ferid/Firsching/Hausmann/Bearb.*, Land, Rn.).

*Firsching*, Karl: Zur Reform des deutschen Erbrechts, in: JZ 1972, 449–456.

*Fischer-Czermak*, Constanze: Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, S. 27–42 in: Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, hrsg. von Rabl, Christian/Zöchling-Jud, Brigitta, Wien 2015 (zit.: Rabl/Zöchling-Jud/*Fischer-Czermak*, Das neue Erbrecht, S.).

*Frank*, Alina: Ausgewählte Rechtsprobleme der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnngemeinschaft, Baden-Baden 2016.

*Frank*, Rainer/*Helms*, Tobias: Erbrecht, 7. Auflage, München 2018 (zit.: *Frank/Helms*, ErbR, S.).

*Freytag*, Alexander: Das Pflichtteilsrecht nach dem BGB und ZGB im Vergleich, in: ZRP 304–306.

*Freytag*, Alexander: Neuordnung des gesetzlichen Erbrechts, in: ZRP 1991, 106–110.

*Frieser*, Andreas: Referat und Thesen, L 49–90 in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Band II.1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), München 2011.

*Gernhuber*, Joachim: Probleme der Zugewinnngemeinschaft, in: NJW 1991, 2238–2244.

*Gernhuber*, Joachim (Begr.)/*Coester-Waltjen*, Dagmar: Familienrecht, 7. Auflage, München 2020 (zit.: *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S., Rn.).

*Goetz*, Stephan: Erbrechtliche Ansprüche außerhalb des Familienerbrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über eine künftige Erbrechtsreform, in: FamRZ 1985, 987–991.

*Griem*, Jürgen: Die Auswirkungen des „Güterstandes des ideellen Miteigentums“ auf das Ehegattenerbrecht unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft, Marburg 1994 (zit.: *Griem*, Auswirkungen des Güterstandes des ideellen Miteigentums, S.).

- Gruber*, Urs Peter: Plädoyer gegen die Anpassung beim gesetzlichen Ehegatten-erbrecht, in: IPRax 2023, 435–440.
- Grund*, Thomas: Erbschaftsteuerliche Grenzen der Modifizierung der Zugewinnge-meinschaft – Wegfall der steuerlichen Vergünstigung nach § 5 Abs 1 ErbStG bei umfassendem Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag?, in: MittBayNot 2008, 19–22.
- Grüneberg*, Christian et al.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 82. Auflage, München 2023 (zit.: *Grüneberg/Bearb.*, §, Rn.).
- Grunewald*, Barbara/*Maier-Reimer*, Georg/*Westermann*, Peter Harm (Hrsg.): Erman Kommentar mit Nebengesetzen, 15. Auflage 2017; 17. Auflage 2023, Köln (zit.: *Erman/Bearb.*, §, Rn.).
- Grziwotz*, Herbert: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – Rechte und Pflichten beim nichtehelichen Zusammenleben, in: MDR 2018, 833–839.
- Grziwotz*, Herbert: Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 5. Auflage, München 2014.
- Grziwotz*, Herbert/*Wellenhofer*, Marina: Rechtliche Regelungen für nichteheliche Le-bensgemeinschaften? – Überlegungen zu einem Regelungsvorschlag – Stellung-nahme der Reformkommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V., in: Fam-RZ 2020, 1989–1992.
- Hadding*, Walther: Zur Abgrenzung von Gläubigermehrheiten und Bruchteilsgemein-schaft, S. 379–402 in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 1, hrsg. von Heldrich, Andreas, München 2007 (zit.: *Hadding*, FS Canaris, Bd. I).
- Hagemeyer*, Maria Johanna: Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Fami-lienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) erforderlichen Gesetzesänderungen, II. Teil, im Auftrage des Bundes-justizministeriums ausgearbeitet von Oberlandesgerichtsrätin Dr. Hagemeyer, Köln 1951 (zit.: *Hagemeyer*, Denkschrift im Auftrag des Bundesjustizministeriums II, S.).
- Hausmann*, Rainer/*Odersky*, Felix: Internationales Privatrecht in der Notar- und Ge-staltungspraxis, 4. Auflage, München 2021.
- Henrich*, Dieter/*Schwab*, Dieter: Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Bielefeld 2001.
- Hilbig-Lugani*, Katharina: Der Pflichtteilsberechtigte in der Restschuldbefreiung Schuldnerautonomie v. Gläubigerinteressen, S. 111–122 in: Zwischenbilanz Fest-schrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, hrsg. von Hilbig-Lugani, Katharina/Jakob, Dominique/Mäsch, Gerald/Reuß, Philipp M./Schmid, Christoph, Bielefeld 2015 (zit.: *Hilbig-Lugani*, FS Coester-Waltjen).
- Hoischen*, Nicola: Der deutsch-französische Wahlgüterstand in der notariellen Praxis, in: RNotZ 2015, 317–341.
- Holler*, Tim Philipp: Wandlungen des Ehegattenerbrechts, Berlin 2020.
- Holtmeyer*, Jan: Die Verjährung von Ansprüchen im Recht der Erbengemeinschaft, in: ZEV 2013, 53–59.

- Horn*, Claus-Henrik: Testamentsgestaltung für Eltern von minderjährigen Kindern, in: ZEV 2013, 297–303.
- Jäger*, Torsten: Der neue deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnungsgemeinschaft – Inhalt und seine ersten Folgen für die Gesetzgebung und Beratungspraxis, in: DNotZ 2010, 804–826.
- Jamme*, Christoph/*Matuschek*, Stefan: Handbuch der Mythologie, Darmstadt 2014 (zit.: Jamme/Matuschek/*Bearb.*, Handbuch der Mythologie).
- Jarass*, Hans D./*Kment*, Martin/*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 18. Auflage, München 2024 (zit.: Jarass/Pieroth/*Bearb.*, Art., Rn.).
- Jauernig*, Othmar/*Stürner*, Rolf (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage, München 2023 (zit.: Jauernig/*Bearb.*, §, Rn.).
- Jeremias*, Christoph/*Schäper*, Eva: Zugewinnausgleich nach § 1371 BGB bei Geltung ausländischen Erbrechts, Zu OLG Stuttgart, 8.3.2005 – 8 W 96/04, in: IPRax 2005, 521–526.
- Jooste-Jacobs*, Nele/*Urlicher*, Jonas: Das australische Erbrecht: Überblick zum materiellen Recht und zum Nachlassverfahrensrecht, in: ZEV 2023, 497–503.
- Jünemann*, Matthias: Der neue Güterstand der Wahl-Zugewinnungsgemeinschaft: Familienrechtliche Grundlagen und erbrechtliche Wirkungen, in: ZEV 2013, 353–361.
- Jung*, Jost H.: Gedanken zur Reform des Ehegattenerbrechts, in: Rpfleger 1984, 165–175.
- Junker*, Abbo: Internationales Privatrecht, 5. Auflage, München 2022.
- Kaiser*, Dagmar: Das Lebenspartnerschaftsgesetz – Zur Gleichstellung homosexueller Partnerschaften aus familienrechtlicher Sicht, in: JZ 2001, 617–625.
- Kamps*, Heinz-Willi: Die Begünstigung der Zugewinnungsgemeinschaft im ErbStG Teil I: Beendigung im Todesfall, in: ErbR 2021, 585–589.
- Kapp*, Reinhard/*Ebeling*, Jürgen: Erbschaftssteuer- und Schenkungsgesetz Kommentar, 99. Lieferung, 1/2024, Köln (zit.: Kapp/Ebeling/*Bearb.*, §, Rn.).
- Kaufmann*, J.: Das Verhältnis von Art. 214 Abs. 1 ZGB zum Erbrecht, in: Schweizer Juristenzeitung, VIII. Jahrgang (1912), Heft 15, S. 231–233.
- Kaulbach*, Ann-Marie: Gestaltungsfreiheit im Erbrecht Pflichtteilsrecht und Testiervertrag auf dem Prüfstand, Frankfurt a. M. 2012.
- Kaulbach*, Ann-Marie: Unterhalt und Pflegevermächtnis statt Pflichtteil, in: AcP Bd. 223 (2023), 123–156.
- Keller*, Tomie: Die faktische Lebensgemeinschaft im Erbrecht: Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht, Bern 2018.
- Kingreen*, Thorsten/*Poscher*, Ralf: Grundrechte Staatsrecht II, 39. Auflage, Heidelberg 2023.
- Kipp*, Theodor: Vorschläge zu der Frage: Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, S. 325–331 in: Verhandlungen

- des 33. Deutschen Juristentags, 1924 Heidelberg, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Berlin/Leipzig 1925, Reprint 2022.
- Kipp*, Theodor (Begr.)/*Coing*, Helmut: Erbrecht, 14. Bearbeitung, Tübingen 1990.
- Kipp*, Theodor/*Wolff*, Martin: Das Familienrecht, 1. Auflage, Marburg 1912.
- Kirchhoff*, Guido: Das Verbot von Wertsicherungsklauseln im neuen Preisklauselgesetz, in: DNotZ 2007, 913–924.
- Klenner*, Christina: Wer „ernährt“ wen? Auf der Suche nach einem neuen Leitbild, in: WSI Mitteilungen 3/2013, 210–212.
- Kletečka*, Andreas/*Schauer*, Martin: ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § 744 ABGB, Stand 02.01.2022, Wien (zit.: *Kletečka/Schauer/Bearb.*, §, Rn.).
- Klingelhöffer*, Hans: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: ZEV 2010, 385–388.
- Klump*, Hans-Hermann: Vererblichkeit von Zugewinnausgleichsansprüchen, ZEV 1995, 263.
- Knur*, Alexander: Probleme der Zugewinnngemeinschaft, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln/Opladen 1959 (zit.: *Knur*, Probleme der Zugewinnngemeinschaft).
- Knur*, Alexander: Reform des Ehegüterrechts und Gleichberechtigung von Frau und Mann, Deutscher Notartag 1952, hrsg. von der Gemeinschaft des deutschen Notariats, München/Berlin 1952.
- Koch*, Elisabeth: Der Zugewinnausgleich im Todesfall und das Europäische Nachlasszeugnis, in: DNotZ 2020, 414–418.
- Kogel*, Walter: Der Rettungsanker der groben Unbilligkeit beim Zugewinn, in: NJW 2022, 1580–1582.
- Kogel*, Walter: Strategien beim Zugewinnausgleich, 7. Auflage, München 2022.
- Kolkman*, Wilbert D.: Intestate Succession in the Netherlands, S. 224–246 in: Comparative Succession Law: Volume II: Intestate Succession, hrsg. von Reid, Kenneth/Waal, Marius de/Zimmermann, Reinhard, Oxford 2015.
- Kowalczyk*, Barbara: Zugewinnngemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I – III BGB, Hamburg 2018.
- Kreyenfeld*, Michaela/*Heintz-Martin*, Valerie: Stieffamilien in Deutschland: Ein soziodemographischer Überblick, Expertise im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2013.
- Krings*, Günter: Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine rechtliche Ordnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, in: FPR 2001, 7–12.
- Kroppenberg*, Inge: Erbrechtliche Herausforderungen des demographischen Wandels, in: ErbR 2010, 206–216.
- Kroppenberg*, Inge: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? Überlegungen zum zivilrechtlichen Gutachten des 68. Deutschen Juristentags in Berlin, in: NJW 2010, 2609–2613.

- Krug*, Walter: § 1371 I BGB – Ist die erbrechtliche Pauschallösung gerecht und zeitgemäß?, in: FPR 2007, 164–170.
- Krumm*, Carsten: Alles auf einmal und sofort? Zur gerichtlichen Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs, in: NJ 2023, 58–61.
- Krumm*, Carsten: Stundung des Zugewinnausgleichsanspruchs, in: NZFam 2016, 776–780.
- Kühne*, Gunther: Zur Reform des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, in: JR 1972, 221–226.
- Künzl*, Reinhard: Heilung schwebend unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte eines Ehegatten?, in: FamRZ 1988, 452–460.
- Künzle*, Hans Rainer: Bericht über das Seminar „Reform des Erbrechts in Europa“ vom 13./14. Mai 2022 in Luzern mit Referenten aus 12 Ländern, abrufbar unter: <https://www.kendris.com/de/news-insights/2022/09/04/reform-des-erbrechts-europa/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Lange*, Heinrich: Der Bundesgerichtshof und die erb- und güterrechtliche Lösung des § 1371 BGB, in: NJW 1965, 369–373.
- Lange*, Heinrich: Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge – 2. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1938.
- Lange*, Heinrich: Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnungsgemeinschaft, in: NJW 1957, 1381–1387.
- Lange*, Heinrich: Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten, in: NJW 1958, 288–290.
- Lange*, Knut Werner: Bedarf es einer Reform des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten und des eingetragenen Lebenspartners?, in: DNotZ 2010, 749–762.
- Lange*, Knut Werner: Bedarf es einer Reform des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten/Lebenspartners und des Systems der Ausgleichung und Abkömmlingen?, L 23–L 47 in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Band II.1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), München 2011.
- Lange*, Knut Werner: Das Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, in: DNotZ 2009, 732–743.
- Lange*, Knut Werner: Die Irrtumsanfechtung bei Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, in: ZEV 2023, 270–275.
- Langenfeld*, Gerrit (Begr.)/*Milzer*, Lutz: Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 9. Auflage, München 2024 (zit.: *Langenfeld/Milzer/Bearb.*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Kapitel, Rn.).
- Leipold*, Dieter: Ist der Wegfall des Zugewinnausgleichs bei Vorversterben des Ehegatten mit dem geringeren Zugewinn verfassungsgemäß?, in: NJW 2011, 1179–1182.
- Leipold*, Dieter: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? Gedankensplitter zu einem großen Thema, in: JZ 2010, 802–811.
- Leipold*, Dieter: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, in: AcP Bd. 180 (1980), 160–238.

- Liebermann*, Lukas: Das Erbstatut im Zusammenspiel mit anderen Statuten, S. 105–134 in: 10 Jahre EuErbVO, hrsg. von Garber, Thomas/Lugani, Katharina, Wien 2023.
- Looschelders*, Dirk: Anwendbarkeit des § 1371 Abs. 1 BGB nach Korrektur einer ausländischen Erbquote wegen Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* Zu OLG Düsseldorf, 19.12.2008 – I-3 Wx 51/08, in: IPRax 2009, 505–509.
- Looschelders*, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2023.
- Löwenich*, Adalbert: Neugestaltung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, insbesondere des Ehegattenerbrechts, Köln 1997.
- Luijten*, Emilius Adrianus Antonius: Die Reform des Erbrechts in den Niederlanden, in: RNotZ 2003, 119–123.
- Lüscher*, Kurt: Widersprüchliche Mannigfaltigkeit – Ehe, Familie und Verwandtschaft im aktuellen gesellschaftlichen und erbrechtlichen Kontext heute, in: ZEV 2004, 2–8.
- Mansel*, Heinz-Peter: Zum Verhältnis von Vorfragen und Substitution – Am Beispiel einer unterhaltsrechtlichen Vorfrage des iranischen Scheidungsrechts, S. 353–371 in: Die richtige Ordnung Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, hrsg. von Baetge, Dietmar/Hein, Jan von/Hinden, Michael von, Tübingen 2008 (zit.: *Mansel*, FS Kropholler).
- Mecke*, Christoph-Eric: Güterrechtliche Grundsatzfragen: Zur Legitimation und Dogmatik güterrechtlicher Teilhabe im Zeichen gesellschaftlichen Wandels und europäischer Harmonisierungsbestrebungen, in: AcP Bd. 211 (2011), 886–929.
- Meder*, Stephan: Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft: Wandel der Rollenbilder und fortschreitende Individualisierung im Güterrecht, Halle a.d. Saale 2010.
- Medicus*, Dieter (Begr.)/Lorenz, Stephan: Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Auflage, München 2021.
- Medicus*, Dieter (Begr.)/Lorenz, Stephan: Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Auflage, München 2018.
- Meincke*, Jens Peter/Hannes, Frank/Holtz, Michael: Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz Kommentar, 18. Auflage, München 2021 (zit.: Meincke/Hannes/Holtz/Bearb., §, Rn.).
- Mertens*, Hans-Georg: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970, Reprint 2010.
- Merzbacher*, Friedrich: Die Zugewinngemeinschaft: Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts, in: AcP Bd. 156 (1958), 1–28.
- Metternich*, Gabriele: Verfügungsverhalten von Erblassern: eine empirische Untersuchung als Beitrag zur Rechtstatsachenforschung und Reformdiskussion auf dem Gebiet des Erbrechts, Frankfurt a. M. 2010.
- Michael*, Lothar/Morlok, Martin: Grundrechte, 8. Auflage, Baden-Baden 2023.
- Mitglieder des Bundesgerichtshofes (Hrsg.): Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesge-



- richtshofes, Band IV, 1. Teil, §§ 1297–1563, 12. Auflage, Berlin/New York 1984 (zit.: RGRK/*Bearb.*, §, Rn.).
- Moench, Dietmar (Begr.)/Weinmann, Norbert: ErbStG Kommentar, Lieferung 101, 2/2024 Freiburg (zit.: Moench/Weinmann/*Bearb.*, §, Rn.).
- Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 5: Erbrecht, Berlin 1899 (zit.: *Mugdan*, Materialien zum Erbrecht).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina (Hrsg.), Band 1, 9. Auflage 2021; Band 2, 9. Auflage 2022; Band 3, 9. Auflage 2022; Band 7, 9. Auflage 2024; Band 9, 9. Auflage 2022; Band 10, 9. Auflage 2024, 8. Auflage 2020, 5. Auflage 2010; Band 11, 9. Auflage 2022; Band 12, 9. Auflage 2024, München (zit.: *MüKo/Bearb.*, §, Rn.).
- Munk, Marie: Vorschläge zu der Frage: Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, S. 339–344 in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags, 1924 Heidelberg, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Berlin/Leipzig 1925, Reprint 2022.
- Muscheler, Karlheinz: Erbrecht, Band I, Tübingen 2010 (zit.: *Muscheler*, ErbR I, Rn.).
- Neidinger, Rico/*Rupp*, Caroline Sophie: § 1933 BGB – Verfassungsbedenken, Verfahrensfragen, Verbesserungsmöglichkeiten, in: ZfPW 2020, 239–256.
- Nieder, Heinrich (Begr.)/*Kössinger*, Reinhard/*Kössinger*, Winfried: Handbuch der Testamentsgestaltung – Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemeasures, 6. Auflage, München 2020 (zit.: *Nieder/Kössinger/Bearb.*).
- Nomos Kommentar: BGB Familienrecht Band 4: §§ 1297–1921, hrsg. von Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Schilling, Roger/Sanders, Anne in Verbindung mit dem deutschen Anwaltverein, 4. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *NK/Bearb.*, §, Rn.).
- Offen, Jörg: Von der Verwaltungsgemeinschaft des BGB von 1896 zur Zugewinnngemeinschaft des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957, Frankfurt a. M. 1994.
- Olshausen, Eberhard von: Die Konkurrenz von Güterrecht und Erbrecht bei Auflösung der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten, Kiel 1968.
- Olzen, Dirk/*Looschelders*, Dirk: Erbrecht, 7. Auflage, Berlin/Boston 2023.
- Ovidius Naso, Publius/*Fink*, Gerhard (Hrsg.): Metamorphosen, Düsseldorf/Zürich 2004.
- Papantoniou, Nik.: Die Auswirkungen des Zugewinnausgleichs auf das Erbrecht, in: FamRZ 1988, 683–687.
- Peart, Nicola/*Vines*, Prue: Intestate Succession in Australia and New Zealand, S. 349–369 in: Comparative Succession Law: Volume II: Intestate Succession, hrsg. von Reid, Kenneth/Waal, Marius de/Zimmermann, Reinhard, Oxford 2015.
- Peters, Eva-Maria: Defizite des gesetzlichen Güterstandes – Gefahren der Zugewinnngemeinschaft im Abwicklungsstadium, Hamburg 2005.

- Peuckert, Rüdiger*: Zur aktuellen Lage der Familie, S. 36–56 in: Handbuch Familie, hrsg. von Ecarius, Jutta, Wiesbaden 2007.
- Pintens, Walter*: Die Europäisierung des Erbrechts, in: ZEuP 2001, 628–648.
- Pintens, Walter*: Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts – Teil 2, in: FamRZ 2003, 417–425.
- Plate, Nicole*: Die Auflösung der Ehe durch den Tod – Die erb- und güterrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten in Deutschland und der Schweiz, Bielefeld 2000.
- Pohlmann, Petra*: Verjährung, in: Jura 2005, 1–8.
- Pötzsch, Olga*: Datenreport 2021 der Bundeszentrale für politische Bildung „Kinderlosigkeit“, hrsg. vom Statistischen Bundesamt, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/zahlen-und-fakten/datenreport-2021/familie-lebensformen-und-kinder/329596/kinderlosigkeit/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 18. Auflage, Köln 2023 (zit.: P/W/W/Bearb., §, Rn.).
- Rauscher, Thomas*: Familienrecht, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2008.
- Rauscher, Thomas*: Neuordnung des gesetzlichen Erbrechts, in: ZRP 1992, 272.
- Rauscher, Thomas*: Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Band 2, 1. Teilband, Reformvorschläge gesetzliches Erbrecht, Regensburg 1993 (zit.: *Rauscher*, Reform Bd. II/1).
- Rebstein-Metzger, Rosa Emilie* „Emmy“: Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 Abs. 1 Satz 2 RVerf. Einer Änderung? Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag, S. 540–591 in Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentags, Lübeck 1931, Berlin/Leipzig 1930.
- Reinicke, Dietrich*: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten, in: NJW 1958, 121–123.
- Reinken, Werner*: Einzelprobleme beim Leistungsverweigerungsrecht des Zugewinnausgleichspflichtigen nach § 1381 BGB, in: FamFR 2013, 412–414.
- Rieck, Jürgen*: Senioren aus Deutschland in Kanada Teil 2, in: NZFam 2018, 198–205.
- Rieck, Jürgen (Begr.)/Lettmaier, Saskia*: Ausländisches Familienrecht, 24. Ergänzungslieferung März 2023, München 2023.
- Ring, Gerhard/Olsen-Ring, Line*: Dänemark: Neues Erbgesetz, in: ZEV 2008, 76–77.
- Roth, Wolfgang*: Geldvermächtnisse in der Praxis, in: NJW-Spezial 2022, 487.
- Röthel, Anne*: Erbrecht, 18. Auflage, München 2020.
- Röthel, Anne*: Familie und Vermögen im Erbrecht Aktualisierung von Erbfolge, Pflichtteil und Besteuerung, in: JZ 2011, 222–228.
- Röthel, Anne*: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, hrsg.

- von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Band I (Gutachten), München 2010.
- Röthel*, Anne: Kritisches zur Zugewinnngemeinschaft, S. 486–496 in: Gründen und Stiften – Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, hrsg. von Saenger, Ingo, Baden-Baden 2009 (zit.: *Röthel*, FS Werner).
- Röthel*, Anne: Plädoyer für eine echte Zugewinnngemeinschaft – Bemerkungen anlässlich des Regierungsentwurfs zur Änderung des Zugewinnausgleichs, in: FPR 2009, 273–276.
- Röthel*, Anne: Reformbedarf im Erbrecht – aus der Sicht der Wissenschaft, in: ErbR 2011, 167–173.
- Ruby*, Gerhard: Die Gütergemeinschaft beim Tod eines Ehegatten, in: ZEV 2017, 72–77.
- Sakka*, Samy: Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das europäische Nachlasszeugnis, in: MittBayNot 2018, 4–9.
- Sauer*, Hans-Jürgen: Die Zugewinnngemeinschaft – ein Güterstand der Gütertrennung, Marburg 1968.
- Schäfer*, Dierk: Brasilien: Erbrecht des nichtehelichen Lebenspartners, in: ZEV 2010, 238.
- Scherer*, Stephan (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Auflage, München 2024 (zit.: *Scherer/Bearb.*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht).
- Scherpe*, Jens/*Yassari*, Nadjma: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005.
- Schimansky*, Annika: Reform des niederländischen Erbrechts, in: ZEV 2003, 149–152.
- Schmid*, Klaus: Die Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1990.
- Schmidt*, Jan Peter: Das gesetzliche Erbrecht von Ehegatten und nichtehelichen Lebenspartnern in Brasilien – neue Entwicklungen in vergleichender Perspektive, in: FamRZ 2017, 1117–1120.
- Schubert*, Werner: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht Teil 1: Eingehung und Wirkungen der Ehe, Eheverträge, Berlin/New York 1983 (zit.: *Schubert*, Familienrecht Bd. 1).
- Schubert*, Werner: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht Teil 3: Anlagen und Abänderungsanträge zum Familienrechtsentwurf, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Familienrechtliche Vorlagen 1875–1877, Berlin/New York 1983 (zit.: *Schubert*, Familienrecht Bd. 3).
- Schürmann*, Heinrich: Das Angehörigen-Entlastungsgesetz, in: FF 2020, 48–60.
- Schwab*, Dieter: Der Zugewinnausgleich in der Krise, S. 1079–1093 in: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends – Fest-

schrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, hrsg. von Köbler, Gerhard/Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang, München 2000 (zit.: *Schwab*, FS Söllner).

*Schwab*, Dieter: Familienrecht, München 2023.

*Shakespeare*, William: Mr. William Shakespeares comedies, histories, & tragedies, Published according to the true originall copies, hrsg. von Iaggard, Isaac/Blount, Ed., London 1623, als E-Book abrufbar unter: <https://www.proquest.com/eebo/docview/2240890297/99846615?parentSessionId=9QX0TBVWlapWVIZQbus18P18ugRFh3UVo2w0ibjXDbg%3D&sourcetype=Books>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

*Simon*, Walter: Der Verlust des Ehegattenerbrechts durch § 1933 BGB: die gesetzgeberische Problematik, Einzelfragen, Gesamtbetrachtung, Freiburg im Breisgau 2004.

*Soergel*, Hans Theodor (Begr.)/*Siebert*, Wolfgang (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 17/1: Familienrecht 1 §§ 1297–1586 BGB, 13. Auflage 2013; Band 21: Erbrecht 1 §§ 1922–2063 BGB, 13. Auflage 2002, Stuttgart (zit.: *Soergel/Bearb.*, §, Rn.).

*Sonnekus*, Jean C.: The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System, in: ZEuP 2005, 71–87.

*Spegele*, Christoph: Nach der Reform des gesetzlichen Güterrechts durch das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts: Besteht Bedarf für eine erneute Reform?, Frankfurt a. M. 2011.

Statistik: „Anzahl der Ehelösungen ohne Scheidungen und Ehescheidungen in Deutschland in den Jahren 1950 bis 2023“, erhoben durch das Statistische Bundesamt, veröffentlicht durch das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, Juni 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1334688/umfrage/anzahl-der-eheloesungen-und-ehescheidungen-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Anzahl der Ehepaare mit und ohne Kinder/n im Haushalt in Deutschland von 1996 bis 2023“, erhoben und veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt, April 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2153/umfrage/anzahl-der-ehepaare-mit-und-ohne-kinder-in-deutschland-seit-1996/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Anzahl der Familien mit Kindern im Haushalt in Deutschland nach Kinderanzahl (ohne Altersbeschränkung) im Jahr 2023“, erhoben und veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt, April 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3051/umfrage/anzahl-der-familien-in-deutschland-nach-kinderzahl/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Durchschnittliches Heiratsalter von Männer und Frauen in Deutschland von 1991 bis 2023“, erhoben und veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt, Juni 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/180321/umfrage/durchschnittliches-alter-bei-der-eheschliessung-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Durchschnittliches Sterbealter in Deutschland nach Geschlecht in den Jahren 1956 bis 2023“, erhoben und veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt,

August 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1013295/umfrage/durchschnittliches-sterbealter-in-deutschland-nach-geschlecht/?locale=de>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Entwicklung des Kapitalmarktzinssatzes in Deutschland in den Jahren von 1975 bis 2023“, erhoben durch die EZB sowie Macrobond, veröffentlicht durch die Österreichische Nationalbank, 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/201419/umfrage/entwicklung-des-kapitalmarktzinssatzes-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Erwerbstätigenquote von Männern und Frauen mit minderjährigen Kindern im Haushalt in Deutschland von 2009 bis 2019“, erhoben und veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt, 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/972869/umfrage/erwerbstaetigenquote-von-maennern-und-frauen-mit-minderjaehrigen-kindern/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Familien nach Lebensform und Kinderzahl in Deutschland“, Statistisches Bundesamt, Stand 02.04.2024, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Tabellen/2-1-familien.html>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Geburtenrate“, Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, für das Jahr 2022 abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/_inhalt.html), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024; für das Jahr 2023 abrufbar unter: <https://www.bib.bund.de/DE/Presse/Mitteilungen/2024/2024-03-20-Geburtenrate-faellt-auf-den-tiefsten-Stand-seit-2009.html>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Haben Sie ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen?“, erhoben durch TNS Infratest, veröffentlicht durch das Deutsche Forum für Erbrecht, August 2007, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2313/umfrage/testament-oder-erbvertrag-vorhanden/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Haben Sie ein Testament?“, erhoben und veröffentlicht durch YouGov, August 2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1330068/umfrage/anteil-der-deutschen-mit-testament/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Lebenserwartung von Männern und Frauen bei der Geburt in Deutschland laut Sterbetafeln 1871/81 bis 2021/2023“, erhoben und veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt, August 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185394/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Verhältnis ungewollter und gewollter Kinderlosigkeit nach Altersgruppen im Jahr 2020“, erhoben und veröffentlicht durch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Oktober 2021, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1331200/umfrage/verhaeltnis-ungewollter-und-gewollter-kinderlosigkeit-nach-alter/>, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistik: „Welche der folgenden Familienformen wird in den kommenden 20 Jahren in Deutschland an Bedeutung gewinnen/verlieren?“, erhoben durch forsa und veröffentlicht durch eltern.de, Januar 2016, abrufbar unter: <https://de.statista.com/>

statistik/daten/studie/501364/umfrage/relevanz-verschiedener-familienformen-in-den-naechsten-20-jahren-in-deutschland/, zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

Statistisches Bundesamt: Verbraucherpreisindex, abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/_inhalt.html), zuletzt abgerufen am: 19.10.2024.

*Staudinger*, Julius von (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 397–432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearbeitung 2022; §§ 1297–1352; Anh 1297 ff. (Verlöbnis, Eheschließung, Aufhebung, Faktische Lebensgemeinschaft), Neubearbeitung 2023; §§ 1363–1407 (Eheliches Güterrecht 1 – Gesetzliches Güterrecht), Neubearbeitung 2017; §§ 1601–1615n (Unterhaltspflicht), Neubearbeitung 2022; §§ 1638–1683 (Vermögenssorge, Kindesschutz, Sorgerechtswechsel), Neubearbeitung 2020; Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922–1966 (Erbfolge), Neubearbeitung 2017; §§ 1967–2063 (Rechtsstellung des Erben), Neubearbeitung 2020; §§ 2303–2345 (Pflichtteil, Erbunwürdigkeit), Neubearbeitung 2021; Berlin (zit.: *Staudinger/Bearb.*, §, Rn.).

*Steffen*, Erich: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, in: DRiZ 1972, 263–267.

*Steinbach*, Anja: Stieffamilien, S. 571–600 in: Handbuch Familiensoziologie, hrsg. von Arránz Becker, Oliver/Hank, Karsten/Steinbach, Anja, Wiesbaden 2023.

*Steiner*, Anton: Reform des österreichischen Erbrechts und ihre Auswirkungen auf die deutsche kautelarjuristische Praxis, in: ZEV 2016, 131–133.

*Stierstorfer*, Sabine: Das erste einheitliche Güterrecht – Der Entwurf der Verwaltungsgemeinschaft für das BGB 1900 und seine Diskussion in der Rechtswissenschaft, Berlin 2010.

*Stöcker*, Hans A.: Der Ausbau des Ehegattenerbrechts, in: FamRZ 1970, 444–452.

*Stöcker*, Hans A.: Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, in: FamRZ 1971, 609–618.

*Stöcker*, Hans A.: Ist unser Erbrecht sozial?, in: JZ 1973, 15–17.

*Stöhr*, Alexander: Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen, in: JuS 2022, 805–809.

*Strätz*, Hans-Wolfgang: Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, in: FamRZ 1998, 1553–1567.

*Strätz*, Hans-Wolfgang: Reform der gesetzlichen Erbfolge, in: DNotZ 2001, 452–459.

*Süß*, Rembert: Der deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft als erbrechtliches Gestaltungsmittel, in: ZErB 2010, 281–286.

*Süß*, Rembert: Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mahnkopf: Folgen für das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten in internationalen Ehen und neue Gestaltungsmöglichkeiten EuGH v. 1.3.2018 – Rs. C-558/16, in: DNotZ 2018, 742–757.

*Süß*, Rembert/*Ring*, Gerhard: Eherecht in Europa, 4. Auflage, Bonn 2021 (zit.: *Süß/Ring/Bearb.*, Land, Rn.).

- Teubner*, Markus: Wie viele Stieffamilien gibt es in Deutschland?, S. 23–50 in: Stieffamilien in Deutschland, hrsg. von Bien, Walter/Hartl, Angela/Teubner, Markus, Wiesbaden 2002.
- Thierfelder*, Hans: Die wesentlichen Bedenken gegen den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, in: FamRZ 1959, 389–392.
- Ulmer*, Eugen: Korreferat, B 31–B 51 in: Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentags, Frankfurt a. M. 1950, Tübingen 1951.
- Ulmer*, Kurt: Verbietet das Wesen der Ehe den güterrechtlichen Zugewinnausgleich beim Tode des Ausgleichsberechtigten?, in: FamRZ 1958, 251–252.
- Ulmer*, Kurt: Über die Notwendigkeit einer Fristverlängerung für das Inkrafttreten der Normen des Gleichberechtigungsgesetzes betr. den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, in: FamRZ 1958, 113–115.
- Unverfehrt*, Andreas: Schweizerische Reformbestrebungen für eine erbrechtliche Besserstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften: neue Impulse für den deutschen Gesetzgeber, Berlin 2018.
- Urbach*, Stefan: Unzulänglichkeiten der Zugewinnngemeinschaft – Reformvorschlag für den gesetzlichen Ehegüterstand der Bundesrepublik Deutschland anhand fremder Rechtssysteme, Frankfurt a. M. 1990.
- Viefhues*, Wolfram: Die Bedeutung des Angehörigen-Entlastungsgesetzes für den Elternunterhalt, in: ZAP 2020, 345–348.
- Wahl*, Eduard: Die Erhöhung des Ehegatten-Erbrechts um ein Viertel als Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod und die erbrechtliche Stellung ersterer Kinder, S. 419–436 in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, hrsg. von Nipperdey, H. C., I. Band, Berlin, Tübingen, Frankfurt a. M. 1956; (zit.: *Wahl*, FS Lehmann).
- Weber*, Johannes: Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des § 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung, in: NJW 2018, 1356–1358.
- Weber*, Klaus: Rechtswörterbuch, 31. Edition, Stand 01.10.2023, München 2023 (zit.: *Weber/Bearb.*, Rechtswörterbuch).
- Westermann*, Peter Harm: Erbrechtsreform und Gesellschaftsrecht, S. 893–904 in: Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag, hrsg. von Altmeyden, Holger, München 2011 (zit.: *Westermann*, FS Roth).
- Wieruszowski*, Alfred Ludwig: Vorschläge zu der Frage: Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, S. 331–339 in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags, 1924 Heidelberg, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Berlin/Leipzig 1925, Reprint 2022.
- Williams*, Ronel Anneli: Maintenance of the surviving spouse in South Africa: the challenges faced by the executor, 2020 Pretoria.
- Windel*, Peter A.: Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, Heidelberg 1998.

- Wirtz, Wilm Bodo*: Die erbrechtliche Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren, Berlin 2003.
- Wohlgemuth, Arno*: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (jedu'im ba-zibur) des israelischen Rechts, in: NZFam 2019, 325–334.
- Zacher-Röder, Hannelore/Grimm-Hanke, Ursula*: Der Unterhaltsanspruch im Todesfall, in: FPR 2011, 264–268.
- Zimmermann, Reinhard*: Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, in: RabelsZ 80 (2016), 39–92.
- Zimmermann, Reinhard*: Intestate Succession in Germany, S. 182–223 in: Comparative Succession Law: Volume II: Intestate Succession, hrsg. von Reid, Kenneth/Waal, Marius de/Zimmermann, Reinhard, Oxford 2015.
- Zimmermann, Reinhard*: Kulturelle Prägung des Erbrechts?, in: JZ 2016, 321–332.
- Zopfs, Jannpeter*: Die Verfassungswidrigkeit des einseitigen Erbausschlusses in § 1933 BGB, in: ZEV 1995, 309–313.



## Stichwortverzeichnis

- Abstammung** 85, 87 f.
- Alleinerbe** 33, 72 f., 79, 188
- faktischer Alleinerbe 71, 76
- Alleinerbeinsetzung** 81 f., 153 f., 175
- Anfangsvermögen** 50, 52, 63, 98, 111, 130 f., 140, 191, 193 f., 229
- Angehörigen-Entlastungsgesetz** 70, 86
- Anrechnung** 103, 109 f.
- Anwartschaft auf Zugewinnausgleich** 49, 123, 129
- Aufhebbarkeit der Ehe** 32
- Ausbildung** 38, 162, 242 f.
- Anspruch der Stiefabkömmlinge/einseitigen Abkömmlinge 38, 159 ff., 163, 241
  - Bedürftigkeit 38
  - Kosten 87, 162
  - Leistungserhalt 70
- Auseinandersetzung** 89, 98, 103, 110, 112, 123, 144, 178 f., 181 ff., 236
- Erb-/Nachlassauseinandersetzung 139, 141, 225
- Auseinandersetzungsanspruch** 140
- Auseinandersetzungsguthaben** 179
- Auslegung** 175, 216
- Ausschlagung** 29, 39, 114 ff., 121, 156 f., 163 ff., 167
- Ausstattung** 42, 177, 187
- Aussteuer** 42
- Bedürftigkeit** 160, 234, 247
- Aufbesserung der erbrechtlichen Position des überlebenden Ehegatten 50, 61 f.
  - Prüfung 163
  - Reformbedürftigkeit 99
- Beendigung** 52
- der Ehe 47, 168
  - des Güterstands *siehe* Güterstandsbeendigung
- Benachteiligungsabsicht** 220 f., 226, 228, 246
- Bereicherung**
- Haftung nach Bereicherungsrecht 227, 246
  - steuerliche 198, 248
  - Wegfall 227
- Blutsverwandtschaft** 68, 213
- Bonner Quart** 23, 57, 97, 104
- Bruchteilsgemeinschaft** 147 ff.
- Eheauflösung** 23, 46, 50, 55, 98 f., 101, 106, 110 f., 123 f., 136, 143, 158, 164, 166, 171, 173 f., 197 f., 245
- Ehegattenschenkung** 110
- Ehezeit** 129
- Eigentum** 75, 77 f.
- Eigentumsgarantie** 57
- Ein-Kind-Familie** 53
- Eintrittsprinzip** 29
- Endvermögen** 50, 98, 133, 168, 186 f., 191, 193 f., 221, 244 f., 248
- Entflechtung von Güter- und Erbrecht** 24, 110, 114, 159
- Erbengemeinschaft** 89, 102 f., 105, 112, 138 ff., 142, 144, 149 f., 157, 203, 236, 239 f.
- Sondervermögen 107, 140, 149
- Erblasserschuld** 106 f., 112, 120, 163
- Erblasserwille** 81 ff., 113 f., 153 f.
- Erbrechtsgarantie** 57, 134, 205

- Errungenschaft 41, 43, 47, 60, 100, 125, 203
- Errungenschaftsgemeinschaft 41, 54, 124 f.
- Gesamthandsklage** 107 f., 112
- Gesamthandsgemeinschaft 138, 147 ff.
- Gesamtschuldklage 108, 112
- Gleichheitssatz 55, 209 f.
- Gradualsystem 29
- Gütergemeinschaft 34, 36, 149
- Güterrechtliche Konsequenz 101, 104, 111, 114, 122 ff., 129, 152 ff., 210 ff., 224, 234
- Güterrechtliche Teilhabe 56, 100 f., 105, 114 f., 249
- Güterstandsabhängigkeit 33, 40, 45 f., 53, 64, 66, 69
- Güterstandsbeendigung 22, 34 f., 37, 49, 57, 59, 100, 108, 110, 137, 193 f., 196 f., 221, 226, 244 f.
- Gütertrennung 34, 36, 53, 94 f., 100, 129, 166 ff., 172, 242
- als gesetzlicher Güterstand 44
  - gütertrennungsähnliche Ausgestaltung der Zugewinnsgemeinschaft 46 f., 52
  - in Verbindung mit einer Zugewinnbeteiligung/Zugewinnsgemeinschaft 41 ff., 97, 135
  - mit Ausgleich des Zugewinns 44
- Halbteilungsgrundsatz** 24
- Horizontalisierungstendenz 71
- Hypothetische Ausgleichsforderung 99, 142, 145, 147, 155, 168
- Idealkollation** 179, 181, 183
- Kappungsgrenze** 108, 131, 226
- Kernbereichslehre 170 ff.
- Konfusion 106 f., 109, 148, 236, 239
- Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner** 48, 55 f.
- Leistungsverweigerungsrecht 213, 232, 235
- Linienssystem 29
- Mahnkopf** 59
- Miterbennachlassgläubiger 105 ff.
- Nacherbe/Nacherbfall 80, 82 f., 118, 225
- Nachlassforderung 138 f., 141, 165, 242
- Nichteheliche Lebensgemeinschaft 217 f.
- Parentelsystem** 29, 75, 85, 93
- Patchworkfamilie 132 f., 160
- Pauschalierung/Pauschalierter Zugewinnausgleich 23 ff., 36 ff., 51, 53 f., 56 ff., 65, 94, 97, 99 f., 105, 113, 132 f., 159 ff., 175, 214, 237, 242
- Prinzip** 44, 49, 206
- der Familienerbfolge 29
  - der Idealkollation *siehe* dort
  - der Selbstverantwortlichkeit der Generationen 70
  - der Teilung der Errungenschaft 41
  - der Verwandtenerbfolge 29
  - der Zugewinnbeteiligung/des Zugewinnausgleichs 51, 123 f.
  - Eintrittsprinzip *siehe* dort
  - Repräsentationsprinzip *siehe* dort
  - Teilhabeprinzip *siehe* dort
- Qualifikation** 58 f., 105 f., 110
- Realkollation** 179
- Reform 21, 43 f., 51, 71, 113
- des niederländischen Rechts 75, 79
  - des österreichischen Rechts 89
  - Reformbedarf 25, 51, 99
- Repräsentationsprinzip 29
- Rollenbild 58, 125, 128
- Scheidungsfolgen** 170, 202
- Schenkung 228
- gemischte 227

- Sozialhilferegress 86
- Stammessystem 29
- Status der Ehe 24
- Steuer
  - Begünstigung 168, 198
  - Entlastung 198
  - Erbschaft 144, 197, 247 f.
  - Freibetrag 168
  - Steuerfrei 62, 104, 198
  - Steuerpflichtig 103 f., 144, 196, 198 f.
  - Steuerrecht 103
- Stiefabkömmling/kind 38, 159 f., 166, 213 f.
- Stiefelternteil 77 f., 132, 160, 166, 212, 214
- Stieffamilie 132 f.
- Substitution 59 f.
- Teilhabeprinzip 123
- Trennungsfolgen 202
- Trennungsvermögen 194
- Ungleichbehandlung 56, 207 ff., 213
- Verfassungsrecht 55 ff., 60, 119 f., 123, 132, 208 f.
- Verfassungswidrigkeit 32, 210
- Verfügungsbeschränkung 49, 129, 168, 173, 225
- Verjährung 163 ff., 195, 232 f., 247
- Vermögensstamm 130, 152, 228
- Verwandte 22, 30 f., 66 f., 85, 93
  - der ersten Ordnung 24, 33, 85, 117, 128, 173, 241 f., 249
  - der zweiten Ordnung 24, 85, 88, 128, 242
- Verwandtenerbrecht/-erbfolge 22, 24, 27, 29, 31, 75, 93
- Vollerbe 30, 81
- Vorerbe 30, 80 f., 83, 216
- Wahl-Zugewinnngemeinschaft 34, 36 f., 137, 248
- Wandel 21
  - des Familien- und Haushaltswesens 30, 90
- Zweitehe 63, 111, 152, 223