

Dr. Peter Limmer
Notar

Marktplatz 21
97070 Würzburg
Telefon 09 31 / 355 760
Telefax 09 31 / 355 762 25
email: limmer@notare-marktplatz.de
internet: <http://www.dnoti.de> bzw. www.notarinstitut.de

Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)

Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)

VI. Ausgewählte Fragen der materiellen Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

Fall: Die geschiedene Frau F hat zwei minderjährige Kinder A und B, die sie zu ihren Erben einsetzen möchte. Sie bittet den Notar um eine Gestaltung, bei der in jedem Fall verhindert wird, daß der geschiedene Ehegatte vermögen erhält.

1. Verfügung von Todes wegen bei kinderlosen Ehegatten

Bei kinderlosen Ehegatten ist zunächst die Versorgung des überlebenden Ehegatten erster und meist wichtigster Interessenschwerpunkt. Die Ehegatten wünschen häufig, daß der überlebende Ehegatte sich nicht mit den Verwandten des Verstorbenen auseinandersetzen muß. Außerdem

besteht in manchen Fällen auch das Interesse, zukünftige gemeinschaftliche Abkömmlinge zu bedenken, wobei bei der Gestaltung die Freiheit des überlebenden Partners eine große Rolle spielt; Vertragstypisch wird dabei zwischen jungen noch kinderlosen Ehegatten und älteren Ehegatten unterschieden, bei denen keine Kinder mehr zu erwarten sind¹.

a) Kinderlose junge Ehegatten

Bei jüngeren Ehegatten, bei denen noch nicht ausgeschlossen ist, daß gemeinschaftliche Abkömmlinge geboren werden, bestehen zum Teil unterschiedliche Interessenlagen, je nach dem ob das Vermögen von den Ehegatten gemeinsam erwirtschaftet wurde und daher der überlebende Ehegatte möglichst ungeschmälert in den Genuß dieses Vermögens gelangen soll, oder ob ein Ehepartner von seiner Familie ein größeres Vermögen erlangt hat. In diesem Fall besteht u. U. ein Interesse des Ehegatten mit dem größeren Vermögen, dieses im Rahmen seiner Familie zu erhalten. Hierbei muß insbesondere geprüft werden, inwieweit in Rechtsgeschäften unter Lebenden Rückübertragungsansprüche für den Fall des Vorversterbens ohne eigene Abkömmlinge aufgenommen wurden, die dazu führen, daß diese Vermögensgegenstände vom Erben an den damaligen Schenker zurückübertragen werden müssen. Häufig werden derartige Ansprüche im Immobilienbereich durch Rückauflassungsvormerkungen gesichert, so daß die schenkenden Verwandten bereits außerhalb des Erbrechts abgesichert sind².

Wurde das Vermögen von den Ehegatten weitgehend gemeinsam erwirtschaftet oder ist nur ein kleines eigenes Vermögen vorhanden, dann wird der Interessenlage in erster Linie eine gegenseitige Erbeinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechen. Zu klären bleibt die weitere Frage, ob bereits zu diesem Zeitpunkt eine Schlußerbeneinsetzung und wenn ja, welche, vorgenommen werden oder ob der überlebende Ehegatte vollständige Freiheit im Hinblick auf den Nachlaß erhalten soll. Im letzteren Fall wäre die gegenseitige Erbeinsetzung ausreichend. Wünschen die Beteiligten bereits zu Lebzeiten zugunsten etwaiger Abkömmlinge Bindungswirkung, bietet sich eine Schlußerbeneinsetzung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge an, wobei im Regelfall der Einheitslösung der Vorzug gegeben wird, bei der der überlebende Ehegatte zunächst Vollerbe wird und die Bindungswirkung nur über die Wechselbezüglichkeit (vgl. oben) erreicht wird. Die generelle Schlußerbeneinsetzung der „Abkömmlinge“ hat den Vorteil, daß in vielen Fällen das Testament

¹ Nieder, Rn. 1035, 1038

dann nicht geändert werden muß, wenn neue Abkömmlinge geboren werden. Andererseits kann im Hinblick auf die völlig unbekannt entwickelte der noch nicht geborenen Abkömmlinge eine gemilderte Form der Bindungswirkung zu empfehlen sein. Beim gemeinschaftlichen Ehegattentestament kann dies durch eine Freistellungsklausel (siehe oben) und beim Ehegattenerbvertrag durch einen Änderungsvorbehalt (siehe oben) erreicht werden.

Stammt das wesentliche Vermögen aus der Familie eines Ehegatten und soll diese familiäre Bindung erhalten bleiben, ist beim gemeinschaftlichen Ehegattentestament zu erwägen, ob die Trennungslösung mit Vor- und Nacherbschaft zugunsten der Abkömmlinge und ersatzweise zugunsten bestimmter Verwandter des verstorbenen Ehegatten angeordnet wird. Die Vorerbschaft führt zu einer Trennung der Ehegattenvermögen und ermöglicht die Steuerung in die zweite Generation. Eine weitere Alternative könnte darin liegen, daß dem überlebenden Ehegatten nur ein Nießbrauchsvermächtnis am gesamten Nachlaß oder an bestimmten Vermögensgegenständen eingeräumt wird und als Vollerben die Abkömmlinge ersatzweise die Verwandten des verstorbenen Ehegatten eingesetzt werden. Soll die Stellung des überlebenden Ehegatten durch eine Erbeinsetzung gestärkt werden, könnte sich ein Vermächtnis zugunsten der Verwandten des verstorbenen Ehegatten empfehlen, das sofort beim Tod des Erblassers fällig wird und den familiengebundenen Vermögensgegenstand betrifft.

Seltener dürfte das Interesse bei jungen Ehegatten darin liegen, daß der überlebende Ehegatte bereits im Hinblick auf die Verwandten des verstorbenen Ehepartners gebunden sein soll. Ist dies gewünscht, dann kann bereits eine gesetzliche Schlußerbeneinsetzung für den Tod des überlebenden Ehegatten getroffen werden, nach der entweder jeweils die gesetzlichen Erben des Ehemannes und der Ehefrau je zur Hälfte nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge eingesetzt werden oder in dem bestimmte Verwandte als Schlußerben bestimmt werden.

Gestaltungsübersicht:

- * Vollständige Regelungsfreiheit des überlebenden Ehegatten: gegenseitige Erbeinsetzung im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag, keine Regelung der Schlußerbfolge;

² Vgl. Jerschke, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl., AV Rn. 224 ff.; Langenfeld, Grundstückszuwendungen, 3. Aufl., S. 153 ff.; Weser, ZEV 195, 353 ff.

- * Schlußerbeneinsetzung der Abkömmlinge ohne Bindungswirkung: gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag, Einsetzung von Schlußerben, beim gemeinschaftlichen Testament Schlußerbeneinsetzung einseitig ohne Bindungswirkung; beim Erbvertrag Einsetzung der Schlußerben ohne erbvertragliche Bindung;
- * Schlußerbeneinsetzung mit begrenzter Änderungsmöglichkeit: gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag, Änderungsvorbehalt in bestimmten Grenzen (z. B. wertverschiebende Anordnungen etc.);
- * Vorhandensein von familiär gebundenen Vermögen: gegenseitige Erbeinsetzung in Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament, Schlußerben die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, ersatzweise bestimmte sonstige Verwandten (Eltern, Geschwister etc), keine Änderungsmöglichkeit;
- * Familiäre Bindung eines bestimmten Vermögensgegenstandes: gegenseitige Erbeinsetzung, Grundstücksvermächtnis zugunsten der gemeinsamen Abkömmlinge, ersatzweise der Eltern des Ehemannes, ersatzweise sonstiger dritter Verwandter, u. U. Untervermächtnis zugunsten der Ehefrau (z. B. Wohnungsrecht);
- * Vermögen stammt aus der Familie eines Ehegatten: gemeinschaftliches Testament mit Vor- und Nacherbfolge (Trennungslösung vgl. oben), vermögender Ehegatte setzt seine Ehefrau zu seiner Vorerbin ein, Nacherben sind gemeinschaftliche Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, ersatzweise die Eltern (weitere Ersatzerbeinsetzung denkbar); der Nacherbfall tritt ein mit dem Tod des Vorerben oder bei seiner Wiederverheiratung, eventuell Vorausvermächtnis zugunsten der Ehefrau bezüglich bestimmter Vermögensgegenstände oder Wohnungsrecht.

b) Testament von älteren kinderlosen Ehegatten

Bei älteren Eheleuten, bei denen mit Abkömmlingen nicht mehr gerechnet werden kann, wird in der Regel die vollständige Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten gewünscht. Häufig wird allerdings auch bereits eine Regelung für den Tod des Letztversterbenden gewünscht, indem bestimmte Verwandte beider Ehegatten bereits bedacht werden sollen. Auch in diesem

Zusammenhang ist die Bindungswirkung des überlebenden Ehegatten zu klären, insbesondere ist an einen eingeschränkten Änderungsvorbehalt, der den Verwandten bestimmte Mindestanteile sichert, aber im übrigen dem überlebenden Ehegatten einen gewissen Gestaltungsspielraum gibt, zu denken.

Gestaltungsmöglichkeiten:

- * Regelung beider Erbfälle, weitgehende Freiheit des überlebenden Erblassers: gegenseitige Erbeinsetzung durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag, Schlußerbeneinsetzung jeweils zur Hälfte die Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau, die nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge berufen wären, wenn beide gleichzeitig versterben würden; Schlußerbeneinsetzung ist jeweils einseitig getroffen bzw. ohne erbvertragliche Bindung und kann jederzeit aufgehoben oder geändert werden;
- * Regelung beider Erbfälle mit begrenzter Änderungsmöglichkeit des überlebenden Ehegatten: gegenseitige Erbeinsetzung durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag; Schlußerbeneinsetzung der Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau je zur Hälfte, eingeschränkter Änderungsvorbehalt, wonach der überlebende Ehegatte über den halben Erbanteil seiner Verwandten anders verfügen kann.

2. Letztwillige Verfügung bei Ehegatten mit Kinder aus unterschiedlichen Verbindungen

Haben beide Ehegatten Kinder aus anderen Ehen, besteht die Problematik, daß zum einen der erstversterbende Ehegatte seinen Ehegatten versorgt wissen will, daß zum anderen aber ausgeschlossen werden soll, daß der überlebende Ehegatte Verfügungen zum Nachteil seiner eigenen Kinder zugunsten der fremden Kinder trifft³. Bei dieser Fallgestaltung ist zum einen die Frage zu klären, ob die Abkömmlinge jeweils nur als Erben des leiblichen Elternteils behandelt oder ob beim Schlußerbfall eine gleichmäßige Verteilung des gesamten Ehegattenvermögens auf alle Abkömmlinge wie bei gemeinsamen Abkömmlingen vorgenommen werden soll⁴. Außerdem muß die Frage der Bindungswirkung und die Verfügungsmöglichkeit des überlebenden Ehegatten gegen die Sicherung der eigenen Kinder abgewogen werden.

³ Vgl. Nieder, Rn. 1036; von Olshausen, DNotZ 1979, 707 ff.

⁴ Vgl. Langenfeld, NJW 1987, 1577, 1583

Sollen selbständige Erbfälle stattfinden, bietet sich die gegenseitige Erbeinsetzung mit Trennungslösung (Vor- und Nacherbschaft) an oder der überlebende Ehegatte erhält am Nachlaß des Versterbenden nur ein Nießbrauchsvermächtnis, Erben werden dann die eigenen leiblichen Kinder. Soll dagegen eine Regelung erreicht werden, die der bei gemeinsamen Abkömmlingen entspricht, bietet sich die Einheitslösung an, bei der dann die Frage der Bindungswirkung der Schlußerbeneinsetzung geklärt werden muß. Bei der Einheitslösung bestehen zwei Probleme⁵: Zum einen müssen beim Erbfall des vorversterbenden Ehegatten dessen Abkömmlinge davon abgehalten werden, Pflichtteilsansprüche geltend zu machen. Hier bieten sich die üblichen Pflichtteilssanktionsklauseln an (vgl. oben). Ein weiteres Problem kann daraus resultieren, daß die jeweiligen Nachlässe des erstversterbenden und des letztversterbenden Ehegatten soweit voneinander abweichen, daß aufgrund der Zusammensetzung der Nachlässe der gesetzliche Erbe nach dem Letztversterbenden einen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsrestanspruch hat, der die gleichmäßige Verteilung verhindern würde⁶. Insbesondere wenn beim Letztversterbenden nur ein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, stünde diesem Erben als Pflichtteilsanspruch bereits der hälftige Gesamtnachlaß zu, der sich seinerseits wieder aus dem Nachlaß des Ehemannes und der Ehefrau zusammensetzt. Es ist daher bei der Testamentsplanung auch sehr genau das Wertverhältnis beider Nachlässe im Hinblick auf eventuelle Pflichtteilsrechte zu überprüfen und ggf., wenn eine derartige Situation zu befürchten ist, durch entsprechende Klauseln abzusichern. Hier könnte zum einen die Trennungslösung eine wirksame Gestaltungsmaßnahme darstellen. Soll es bei der Einheitslösung bleiben, wird in der Literatur folgende Gestaltung vorgeschlagen: Der Ehegatten, dessen Kinder eine Benachteiligung durch ein Pflichtteilsverlangen des nach der überlebenden Ehegatten pflichtteilsberechtigten Kindes droht, setzt seinen Kindern für den Fall seines Vorversterbens sofort mit seinem Tode anfallende Vermächtnisse in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile aus, deren Fälligkeit aber bis zum Tode des überlebenden Ehegatten aufgeschoben ist. Außerdem wird dieses Vermächtnis unter die auflösende Bedingung gestellt, daß das Kind des anderen Ehegatten auf den ihm zustehenden Pflichtteil verzichtet, und zwar entweder zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten oder nach dessen Tod durch formlosen Erlaßvertrag bzw. daß dieses seinen Pflichtteilsanspruch verjähren läßt⁷.

⁵ Vgl. Nieder, Rn. 1040

⁶ Vgl. Berechnungsbeispiel bei von Olshausen, DNotZ 1979, 707, 708 f.

⁷ Vgl. den Vorschlag bei von Olshausen, DNotZ 1979, 707, 719; Nieder, Rn. 1040

3. Das Geschiedenen-Testament⁸

a) Auswirkungen der Scheidung auf letztwillige Verfügungen

Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, ist unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder wenn sie vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist (§ 2077 Abs. 1 S. 1). Nach § 2077 Abs. 3 ist eine solche Verfügung nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde. § 2268 Abs. 1 bestimmt, daß in den Fällen des § 2077 ein gemeinschaftliches Testament insgesamt unwirksam ist, also auch hinsichtlich der Verfügungen zugunsten Dritter und der nicht wechselbezüglichen Verfügungen. § 2279 Abs. 2 erweitert diese Regelung insoweit, als die Unwirksamkeit auch eine Zuwendung erfaßt, die von den Ehegatten in ihrem Ehevertrag zugunsten eines Dritten gemacht wurden. Bei diesen Vorschriften handelt es sich allerdings nur um Auslegungsregeln und nicht um eine widerlegliche Vermutung⁹. Für die Ermittlung des hypothetischen Willens der Ehegatten ist allein auf den Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung abzustellen. Spätere Umstände können für die Ermittlung des hypothetischen Willens nur insoweit herangezogen werden, als sie Rückschlüsse darauf zulassen, wie der Erblasser testiert hätte, wenn er die Auflösung der Ehe vorausbedacht hätte¹⁰. Ein Aufrechterhaltungswille kann daher nur angenommen werden, wenn der Erblasser zu der Verfügung nicht durch die Erwartung des Fortbestandes der Ehe bestimmt worden ist¹¹. Bei wechselbezüglichen Verfügungen bzw. zumindest Gegenseitigkeit der Verfügung besteht in der Regel ein Indiz gegen den Aufrechterhaltungswillen¹².

Da nach der h. M. den genannten Regelungen nur eine Auslegungsfunktion zukommt, und es in der Praxis schwer vorhersehbar ist, welche Umstände letztendlich für die Auslegung herangezogen werden und zu welchen Ergebnissen diese führen, sind in jedem Fall klarstellende Anord-

⁸ Literatur: Damrau, Minderjährige Kinder aus geschiedenen Ehen als Erben, ZEV 1998, 90; Dieterle, Das Geschiedenen-Testament, BWNotZ 1971, 170; Reinmann, Erbrechtliche Überlegungen aus Anlaß der Ehescheidung, ZEV 1995, 329; ders., Zur Kongruenz von ehevertraglicher Regelung und erbrechtlicher Gestaltung, FS Schippel (1996), 301; Nieder, Das Geschiedenen-Testament und seine Ausgestaltung, ZEV 1994, 156; Wagner, Das Geschiedenen-Testament - eine sinnvolle erbrechtliche Gestaltungsform, ZEV 1997, 469

⁹ BayObLG, ZEV 1995, 331; BayObLG NJW-RR 1993, 12; BGH FamRZ 1960, 28; Soergel/Damrau, § 2077 RdNr. 2; Reimann, FS Schippel, S. 311; a. A allerdings Muscheler, DNotZ 1994, 733 ff, der der Auffassung ist, es handele sich um einen dispositiven Rechtssatz

¹⁰ BGH FamRZ 1961, 366; BayObLG FamRZ 1993, 362; BayObLG ZEV 1995, 331

¹¹ OLG Hamm OLGZ 1992, 272, 277

¹² Vgl. OLG Hamm OLGZ 1992, 272; Palandt/Edenhofer, § 2268 Rn. 2; RGRK-Johannsen, § 2268 Rn. 2; Dieterle, BWNotZ 1970, 171

nungen zweckmäßig¹³. Die Maßnahmen, die zu treffen sind, entsprechen denen bei getrennt lebenden Ehegatten, so daß auf unten verwiesen werden kann (siehe unten b).

Auf Lebensversicherungen und sonstigen Rechtsgeschäften unter Lebenden ist nach h. M. § 2077 nicht entsprechend anzuwenden¹⁴. Insofern sind besondere Maßnahmen, insbesondere der Widerruf des Bezugsrechts veranlaßt. Zu beachten ist dabei, daß nach § 13 Abs. 2 ALB die Einräumung und Aufhebung einer Drittberechtigung am Lebensversicherungsvertrag erst mit deren schriftlichen Anzeige an den Vorstand des Versicherers wirksam wird. Trotz der Auslegungsregel des § 332, genügt die Änderung der Bezugsberechtigung in einer Verfügung von Todes wegen nicht¹⁵.

b) Getrennt lebende Ehegatten

Bei Trennung tritt die Auslegungsregel des § 2077 Abs. 1 S. 2 BGB nur ein, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Die Zustimmung ist nach Auffassung der BGH eine Prozeßhandlung und muß im Scheidungsverfahren dem Gericht gegenüber erklärt werden¹⁶. Ungeklärt ist dabei noch, in welcher Form die Zustimmung zu erklären ist¹⁷. Hat nur der überlebende Ehegatte die Scheidung beantragt, so bleibt sein gesetzliches Erbrecht erhalten¹⁸. Ebenso wie bei geschiedenen Ehegatten handelt es sich auch insoweit nur um Auslegungsregeln, so daß auch in diesen Fällen klarstellende Anordnungen zweckmäßig sind. Sind die Voraussetzungen nicht gegeben oder sollen Auslegungsunsicherheiten beseitigt werden, dann sind ja nach erbrechtlicher Situation verschiedene Maßnahmen zu prüfen¹⁹. Besteht kein Testament, sollte ein enterbendes Testament verfügt werden. Ein begünstigtes Testament sollte widerrufen werden, beim gemeinschaftlichen Testament ist der Widerruf durch notariell

¹³ So zu Recht Reimann, FS Schippel, 311

¹⁴ BGH NJW 1987, 3113; Tappmeier, DNotZ 1987, 715

¹⁵ BGHZ 81, 95; BGH NJW 1981, 2245; BGH NJW 1993, 3133; Nieder, ZEV 1994, 156, 157 f.; Tappmeier, DNotZ 1987, 715

¹⁶ BGHZ 111, 329, 331 = NJW 1990, 2382; BGH NJW 1995, 1082

¹⁷ Herrschende Meinung wohl formlos: BayObLG NJW-RR 1996, 651; OLG Frankfurt OLGZ 1990, 215; OLG Stuttgart OLGZ 1993, 263; OLG Zweibrücken NJW 1995, 609; strenger vgl. OLG Zweibrücken OLGZ 1983, 160

¹⁸ An der Verfassungsmäßigkeit dieses einseitigen Erbrechtsausschluß zweifelt Zopfs ZEV 1995, 309

beurkundete Widerrufserklärung notwendig. Ist beim Ehegattenerbvertrag der Rücktritt vorbehalten, kann sich der Erblasser vom Erbvertrag durch Rücktritt befreien. Ist kein Rücktrittsvorbehalt enthalten, so kann jeder Ehegatten seine Verfügung in dem Ehegattenerbvertrag wegen Motivirrtum gem. § 2078 Abs. 2 durch notariell zu beurkundende und dem anderen Ehegatten zuzustellende Anfechtungserklärung anfechten²⁰. Pflichtteilsansprüche lassen sich nur durch einen notariell beurkundeten Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrag verhindern. Kommt es zu einer Scheidungsvereinbarung, empfiehlt es sich, daher auch die erbrechtliche Situation zu regeln und alle bisher getroffenen gemeinschaftlichen Testamente und Erbverträge aufzuheben und einen Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrag zu vereinbaren. In der Regel ist in diesem Rahmen der Erbverzicht dem Pflichtteilsverzicht vorzugswürdig²¹.

c) Die Problematik des Geschiedenen Testamentes

Die Interessenlage bei geschiedenen Ehepartnern ist in der Regel dergestalt, daß unter allen Umständen verhindert werden soll, daß der geschiedene Ehepartner in welcher Form auch immer am Vermögen des anderen Ehegatten beteiligt wird. Sind gemeinsame Abkömmlinge vorhanden, besteht die Problematik, daß beim vorversterben der gemeinschaftlichen Kinder der geschiedene Ehepartner wiederum als gesetzlicher Erbe der Kinder am Nachlaß partizipiert bzw. Pflichtteilsansprüche geltend machen kann, die sich wertmäßig auch aus dem Nachlaß des verstorbenen Ehepartners zusammensetzen²². Gestaltungen, die dies verhindern sollen, werden unter den Begriff des Geschiedenen Testamentes diskutiert.

d) Sicherung durch Anordnung der Nacherbfolge

Soll das weitere Schicksal von Vermögenswerten über den Tod des Erben hinaus gesteuert werden, wird in der Regel die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge gewählt. Hierdurch wird verhindert, daß kraft Erbfolge das vom Erblasser stammende Vermögen über die Kinder als Erben

¹⁹ Vgl. Reimann, ZEV 1995, 329; ders. FS Schippel (1996), 301

²⁰ BayObLG FamRZ 1983, 1275; BayObLG NJW-RR 1990, 200; Nieder, ZEV 1994, 157;

²¹ Reimann, ZEV 1995, 329

an den geschiedenen Ehegatten fällt. Durch die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge wird ein Sondervermögen geschaffen, das vom eigenen Vermögen des (Vor-)Erben getrennt ist und - da es zur Testierbefugnis des Vorerben regelmäßig entzogen ist - nicht an dessen Erben fallen und als Sondervermögen auch nicht zur Berechnung von Pflichtteilsansprüchen der pflichtteilsberechtigten Angehörigen des Erben herangezogen werden kann. Außerdem können wegen der §§ 2112 ff. BGB auch bei einer Verfügung unter Lebenden Nachlaßgegenstände nur beschränkt auf den anderen Ehegatten übertragen werden.

Als Nacherben kann der Erblasser die zukünftigen Abkömmlinge seiner Kinder oder deren gesetzliche Erben einsetzen, wobei allerdings ausdrücklich der andere Elternteil ausgenommen werden muß, dessen Abkömmlinge, die nicht aus der Ehe mit dem Erblassers stammen und dessen Verwandte aufsteigender Linie (ausgeschlossener Personenkreis)²³. Nachteil dieser Lösung ist, daß die eigenen Erben langfristig gebunden werden und insbesondere keine eigenen letztwilligen Verfügungen, z. B. zugunsten ihrer eigenen Ehepartner treffen können. Dies ist deshalb unerwünscht, da es nicht um den Schutz der Nacherben geht, sondern nur um die Steuerung des Nachlasses am Ehegatten vorbei. Die Interessenlage geht daher in der Regel dahin, den eigenen Erben möglichst viel Gestaltungsfreiheit zu lassen²⁴. Hierfür werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen:

- * Der Erblasser bestimmt, daß diejenigen Personen Nacherben sein sollen, die der Vorerbe von Todes wegen zu seinen Erben bestimmt. Bei dieser Klausel ist allerdings umstritten, ob sie gegen § 2065 Abs. 2 verstößt, ob es also ausschließlich vom Willen des Vorerben abhängt, wer Erbe wird. Die h. M. läßt allerdings diese Anordnung zu und sieht keinen Verstoß gegen § 2065 Abs. 2²⁵. Bei dieser Gestaltung muß allerdings geregelt werden, daß für den Fall, daß der Vorerbe den geschiedenen Ehegatten des Erblassers oder Personen die zum ausgeschlossenen Personenkreis gehören, ganz oder teilweise als Erben einsetzt, hilfsweise eine bedingte Anordnung getroffen wird, etwa in der Weise, daß die Erbschaft bzw. „der freie Anteil“ den gesetzlichen Erben des Vorerben mit Ausnahme des anderen El-

²² Vgl. Dieterle, BWNNotZ 1971, 14 ff.; Nieder, ZEV 1994, 156, 158; ders. Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn. 1045; Langenfeld, Das Ehegattentestament, Rn. 341 ff.; Wagner, ZEV 1997, 369; Reimann, ZEV 1995, 329, 330

²³ Vgl. Nieder, ZEV 1994, 157, 158; Langenfeld, Das Ehegattentestament, Rn. 342; Dieterle, BWNNotZ 1971, 170

²⁴ Vgl. Wagner, ZEV 1997, 370

²⁵ So Staudinger/Otte, § 2065 BGB Rn. 16; Palandt/Edenhofer, § 2065 BGB Rn. 7; Nieder, ZEV 1994, 156, 158; Dieterle, a. a. O.; MünchKomm-Leipold, § 2065 BGB Rn 14, der allerdings verlangt, daß der Erblasser in seiner Verfügung die überhaupt in Betracht kommenden Personen selbst bezeichnet; ablehnend Soergel/Loritz, § 2065 BGB Rn. 14; vgl. auch Wagner, ZEV 1997, 369, 370

ternteils und dessen Angehörigen oder den übrigen gewillkürten Erben des Vorerben zufallen soll.

- * Unabhängig von dieser nicht unumstrittenen Regelung wird als zulässig erachtet, daß der Erblasser bestimmte Nacherben einsetzt, diese aber unter der auflösenden bzw. aufschiebenden Bedingung, daß der Vorerbe nicht anderweitig letztwillig verfügt. Diese Lösung wird von der h. M. ohne weiteres anerkannt²⁶. Die bedingte Vorerbschaft führt zur Vollerbschaft, sofern der Vorerbe eine Verfügung über sein Vermögen trifft. In diesem Fall kann sich allerdings beim Tod des „Vorerben“ herausstellen, daß im Falle der Vollerbschaft der geschiedene Ehegatte über sein Pflichtteilsrecht nach seinem Kind an dem Vermögen des Erblassers partizipiert.
- * Die Nacherbfolge kann auch nur bedingt angeordnet werden für den Fall, daß Nachlaßgegenstände des Erblassers nach dem Tod des Erben im Wege der Erbfolge oder aufgrund eines Vermächtnisses auf den geschiedenen Ehegatten, dessen Abkömmlinge, die nicht aus der Ehe mit dem Erblasser stammen, oder auf seine Verwandte aufsteigender Linie übergehen würden oder Grundlage für die Berechnung des Pflichtteils der ausgeschlossenen Person wären²⁷. Diese aufschiebende Bedingung führt aber auch dazu, daß die Schutzvorschriften des §§ 2113 ff. BGB gelten²⁸.

Es empfiehlt sich außerdem, die nach § 2108 Abs. 2 BGB grundsätzlich gegebene Vererblichkeit und die nach dem Erbfall mögliche Übertragungsfähigkeit²⁹ der Anwartschaft des Nacherben auszuschließen, damit nicht der geschiedene Ehegatte und dessen Lebenskreis über den Nacherben doch noch an dem Vermögen des Erblassers teilnehmen. Der Ausschluß kann auch teilweise, nämlich soweit der geschiedene Ehegatte und dessen Angehörige zum Zuge kommen, angeordnet werden. Ein derartiger Ausschluß ist nach der Rechtsprechung des BGH³⁰ sinnvoll. Der Umstand allein, daß der Nacherbe ein Abkömmling des Erblassers ist, genügt noch nicht, um annehmen zu können, der Erblasser habe die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft nicht gewollt.

²⁶ RG JW 1910, 820; BGHZ 2, 35; BGHZ 59, 220; BayObLGZ 1982, 331; BayObLG FamRZ 1991, 1488; OLG Oldenburg FamRZ 1991, 862; Staudinger/Otte, § 2065 BGB Rn. 19; MünchKomm-Leipold, § 2065 BGB Rn. 9; Soergel/Loritz, § 2065 BGB Rn. 19

²⁷ Dieterle, BWNotZ 1971, 18; Nieder, ZEV 1994, 156, 158

²⁸ Nieder, a. a. O.

²⁹ RGZ 170, 168; Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2108 BGB Rn. 7; Palandt/Edenhofer, § 2108 BGB Rn. 6

Die zeitliche Schranke des § 2109 BGB ist zu beachten.

Da sich die Nacherbenbestimmung nicht gegen den Vorerben, sondern gegen den geschiedenen Ehegatten des Erblassers richtet, wird dieser den Vorerben von allen Beschränkungen im Rahmen des gesetzlich Zulässigen freistellen. Soll eine weitere Freistellung zu Lebzeiten erreicht werden, wäre daran zu denken, anzuordnen, daß für den Fall, daß der Vorerbe über Gegenstände, die der Vor- und Nacherbfolge unterliegen, zu Lebzeiten zugunsten anderer Personen als des geschiedenen Ehepartners bzw. des ausgeschlossenen Personenkreises verfügt, er diese als Vorausvermächtnis erhält, die nicht der Vor- und Nacherbfolge unterliegen. Es handelt sich dabei also um ein Vorausvermächtnis der Nachlaßgegenstände unter der Bedingung, daß hierüber zu Lebzeiten eine Verfügung getroffen worden ist. Bei dieser Gestaltung ist fraglich, ob sie nicht dem Grundgedanken der Vor- und Nacherbfolge widerspricht und ob sie nicht als Vollerbeneinsetzung gewertet wird, verbunden mit einem Vermächtnis hinsichtlich des Teils des Nachlasses, über den der zunächst Berufene bis zu seinem Tod nicht verfügt hat³¹.

e) Sicherung durch auflösend bedingte Erbeinsetzung

Der Erblasser kann den Erben auch nur auflösend bedingt zum Erben einsetzen und als Bedingung die Veräußerung (unter Lebenden) eines Nachlaßgegenstandes an den anderen Elternteil (bzw. dessen Angehörige) festsetzen. Eine solche Gestaltung ist für alle Beteiligten sehr einschneidend und wegen der Schwierigkeiten, die der gutgläubige Erwerb Dritter mit sich bringen kann, nicht zweckmäßig. Trotz des Grundsatzes der Testierfreiheit ist es zulässig, als (auflösende) Bedingung auch eine letztwillige Zuwendung des Erben an den geschiedenen Ehegatten festzusetzen³².

Allerdings kann eine derartige testamentarische Verwirkungsklausel als Anordnung der Nacherbfolge oder als aufschiebend bedingte Pflicht des Erben zur Herausgabe des Zugewendeten an einen Vermächtnisnehmer aufzufassen sein³³. Sofern eine echte bedingte Erbeinsetzung gewollt ist, sollte dies in der Verfügung von Todes wegen klargelegt werden.

f) Sicherung durch Aussetzung von Vermächtnissen

³⁰ NJW 1963, 1150

³¹ OLG Bremen DNotZ 1956, 149

³² Staudinger/Otte, § 2074 BGB Rn. 43

³³ BayObLG NJW 1962, 1060

Als zweite Lösung, die die Nachteile der Vor- und Nacherbfolge vermeidet, wird in der Literatur die Aussetzung von aufschiebend bedingten (Herausgabe-)Vermächtnissen vorgeschlagen³⁴. Der Erblasser kann seine Erben mit einem beim Tod des Erben anfallenden Sachvermächtnis beschweren, wonach diejenigen Vermögensgegenstände, die ursprünglich zum Nachlaß gehört haben, sowie Surrogate (§ 2111) herauszugeben sind. Hierdurch wird sichergestellt, daß das Vermögen des Erblassers nicht an den geschiedenen Ehegatten, dessen Abkömmlinge, die nicht aus der Ehe mit dem Erblasser stammen, und die Verwandten aufsteigender Linie als Erben des Erben oder als Pflichtteilsberechtigte fällt.

Als Vermächtnisnehmer können diejenigen Personen eingesetzt werden, die als mögliche Nacherben genannt wurden.

Die Vermächtnisse werden aufschiebend bedingt angeordnet, wenn durch den Tod der beschwerten Erben Nachlaßgegenstände aus dem ihnen vom Erblasser zugewendeten Vermögen mittelbar an dessen geschiedenen Ehegatten, dessen Abkömmlinge aus anderen Verbindungen oder seine Verwandten aufsteigender Linie fallen oder sie zur Grundlage der Pflichtteilsberechnung des geschiedenen Ehegatten werden³⁵.

Nach § 2151 BGB kann der Erblasser durch ein Vermächtnis mehrere Personen in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtnis erhalten soll. Der Kreis der möglichen Vermächtnisnehmer muß allerdings soweit beschränkt sein, daß ein sicherer Anhalt für die Bestimmung des Bedachten gegeben ist³⁶. Da es sich bei der vorgeschlagenen Gestaltung erst beim Tod des Erben herausstellt, ob das Vermächtnis anfällt, kann der Erbe die Bestimmung i. S. v. § 2153 BGB nicht vornehmen; dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Lebenden und kann nicht durch Verfügung von Todes wegen realisiert werden. Das Bestimmungsrecht ist, da nicht übertragbar, auch nicht vererblich, es erlischt also mit dem Tod des Berechtigten³⁷. Es kann also nur ein Dritter das Bestimmungsrecht erhalten. Der Dritte kann auch ein eventuell vom Erben eingesetzter Testaments-

³⁴ Dieterle, BWNotZ 1971, 19; Nieder, ZEV 1994, 157, 159; Langenfeld, Das Ehegattentestament, Rn. 342

³⁵ Nieder, ZEV 1994, 159

³⁶ RGZ 96, 15; Staudinger/Otte, § 2151 BGB Rn. 3; MünchKomm-Schlichting, § 2151 BGB Rn. 7; Palandt/Edenhofer, § 2151 BGB Rn. 1

³⁷ Staudinger/Otte, § 2151 BGB Rn. 9; MünchKomm-Schlichting, § 2151 BGB Rn. 13; Erman/M. Schmidt, § 2151 BGB Rn. 3; Palandt/Edenhofer, § 2151 BGB Rn. 1

vollstrecker sein³⁸. Kommt es nicht zur Bestimmung, sind die Bedachten Gesamtgläubiger (§ 2151 Abs. 3 S. 1 BGB).

Nach § 2153 BGB kann der Erblasser den mit dem Vermächtnis Beschweren oder einen Dritten ermächtigen, unter Zugrundelegung der im Vermächtnis genannten ideellen Beteiligung die Vermächtnisgegenstände unter den Bedachten real aufzuteilen. Der Erbe selbst scheidet aus den gleichen Gründen als Bestimmungsberechtigter aus wie bei § 2151 BGB. Kommt es nicht zur Bestimmung, so haben die mehreren Bedachten abweichend von § 2151 Abs. 3 S. 1 BGB den Vermächtnisanspruch nicht als Gesamtgläubiger, sondern als Bruchteilsgläubiger zu gleichen Teilen.

Die in § 2151 BGB und dem § 2153 BGB gegebenen Möglichkeiten können kombiniert werden³⁹. Der Erblasser kann also sowohl die Auswahl der endgültigen Vermächtnisnehmer aus einem von ihm bezeichneten Kreis wie die Verteilung der Gegenstände einem Dritten überlassen. Kommt es entgegen dem Willen des Erblassers nur zur Bestimmung, so kann nur § 2151 Abs. 3 S. 1 BGB anwendbar sein, da die Voraussetzung des § 2153 Abs. 2 S. 1 BGB (Bestimmtheit der Vermächtnisnehmer) noch nicht gegeben ist.

Die Anordnung vorstehender Vermächtnisse hindert den Erben nicht, die Nachlaßgegenstände durch Vertrag unter Lebenden an den anderen Elternteil zu übertragen. Das Vermächtnis kann insofern durch eine Strafklausel ergänzt werden, wonach der Nachlaß einzeln oder im ganzen im Fall der Veräußerung an den geschiedenen Ehegatten des Erblassers einem Dritten vermacht sein soll⁴⁰. Ein gleichwohl vom Erben vorgenommene Einigung wäre wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung des Vermächtnisses wirksam, da er als dinglich Berechtigter verfügt hätte. Er ist jedoch dem Vermächtnisnehmer wegen Verletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses zum Schadensersatz verpflichtet. Seinen Willen, daß nichts durch Rechtsgeschäft unter Lebenden aus dem Nachlaß an den geschiedenen Ehegatten gelangen solle, kann der Erblasser außerdem durch entsprechende Auflagen und Anordnung der Testamentsvollstreckung sicherstellen.

g) Kombination von Nacherbfolge und bedingten Vermächtnissen

³⁸ Dieterle, BWNNotZ 1971, 19

³⁹ RGZ 30, 287; 96, 17; Staudinger/Otte, § 2153 BGB Rn. 1; MünchKomm-Schlichting, § 2153 BGB Rn. 2; Palandt/Edenhofer, § 2153 BGB Rn. 1; Soergel/M. Wolf, § 2153 BGB Rn. 1, 5

⁴⁰ Staudinger/Otte, § 2074 BGB Rn. 44, 53

*Nieder*⁴¹ schlägt darüber hinaus eine Kombination beider Lösung vor, und zwar dergestalt, daß die Nacherbfolge nur für die Situation und Zeiträume gewählt wird, in denen die Gefährdung besonders groß ist, also die Lebenszeit des geschiedenen Ehegatten. Für diese Zeit sollte daher die Nacherbfolge gewählt werden. Für den Zeitpunkt danach, würde sich die Vermächtnislösung anbieten.

h) Sonstige Bestimmungen

Der Erblasser, der minderjährige Kinder, die zugleich vom geschiedenen Ehegatten abstammen, zu Erben einsetzt oder mit Vermächtnissen bedenkt, kann dem geschiedenen Partner zusätzlich das Verwaltungsrecht gem. § 1638 BGB entziehen; das Vormundschaftsgericht hat dann eine Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB anzuordnen, wobei der Erblasser die Person des Pflegers durch letztwillige Verfügung benennen kann.⁴² Das Verwaltungsrecht des anderen Elternteils ist ebenfalls ausgeschlossen, soweit ein Testamentsvollstrecker als Verwaltungsvollstrecker zuständig ist. Der ehemalige Ehegatte kann jedoch hier als gesetzlicher Vertreter seines Kindes dessen Erbrechte geltend machen. Auch eine Kombination Entzug des Verwaltungsrechts und Testamentsvollstreckung ist zulässig⁴³

Fraglich ist, ob der Ausschluß des Verwaltungsrechts dem geschiedenen Ehegatten bei minderjährigen Kindern auch das Recht nimmt, für das als Erbe vorgesehene Kind die Erbschaft (mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) auszuschlagen. Nach der einen Ansicht soll dies der Fall sein⁴⁴; begründet wird diese Ansicht mit der Erwägung, wenn die Eltern schon von der Verwaltung ausgeschlossen werden könnten, müsse dies erst Recht für die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung gelten. Die h. M.⁴⁵ geht dahin, daß die Eltern von der Vertretung bei der Annahme oder der Ausschlagung der Zuwendung nicht ausgeschlossen werden können; die Eltern seien hier als (persönliche) Vertreter des minderjährigen Bedachten, nicht als Vermögensverwalter tätig. Diese Ansicht verdient den Vorzug. Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses ist bei aller wirtschaftlicher Bedeutung Ausschluß eines persönlichen Rechtes des Erben. Ist der Erbe minderjährig, ist er hinreichend dadurch geschützt, daß die Ausschlagung vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden muß.

⁴¹ ZEV 1994, 156, 159

⁴² Dieterle, BWNotZ 1971, 16; Nieder, ZEV 1994, 156, 159; Damrau, ZEV 1998, 90

⁴³ Damrau, ZEV 1998, 90, 91

⁴⁴ RGRK-Schäffler, § 1638 Rn. 7

4. Testamentsgestaltung bei Überschuldung des Erben⁴⁶

a) Allgemeines

In der Praxis werden verschiedene Lösungen der Gestaltung bei überschuldeten potentiellen Erben diskutiert. Zum einen wird auf § 2338 BGB hingewiesen, nach dem bei überschuldeten Abkömmlingen als Ausnahme von § 2306 Abs. 1 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die gesetzlichen Erben des Abkömmlings als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer eingesetzt und ggf. nach § 2338 Abs. 1 S. 2 BGB Testamentvollstreckung angeordnet werden können. Nach ganz h. M. gilt diese Vorschrift nicht gegenüber den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers⁴⁷. Bei überschuldeten Ehegatten wird allerdings ebenfalls eine Kombination von § 2115 BGB (Anordnung der Nacherbfolge) mit § 2214 BGB (Anordnung der Testamentvollstreckung) empfohlen⁴⁸. Außerdem wird teilweise noch die Zuwendung eines Nießbrauchsvermächtnisses an den Überschuldeten diskutiert, wobei die Gestaltung allerdings seit einer Entscheidung des BGH unsicher geworden ist.

b). Kombination von Nacherbfolge und Testamentvollstreckung

Ähnlich wie bei dem sog. Behindertentestament⁴⁹ wird als wohl wichtigste und in der Praxis wohl zuverlässigste Möglichkeit die Kombination des Vollstreckungsschutzes zugunsten des Nacherben nach § 2115 BGB und das Zugriffsverbot auf die der Testamentvollstreckung unterliegende Nachlaßgegenstände nach § 2214 BGB empfohlen.

aa) Schutzwirkung der Testamentvollstreckung

⁴⁵ KG OLG 32, 13; OLG Karlsruhe OLGZ 65, 260; Palandt/Diederichsen, § 2638 BGB Rn. 4

⁴⁶ Schrifttum: Engelmann, Möglichkeiten des Erblassers, einem Hinterbliebenen Vermögenswerte letztwillig zuzuwenden, ohne damit den Eigengläubigern des Hinterbliebenen Zugriffsmöglichkeiten zu eröffnen, DissJur Köln 1997; Flick, Gemeinschaftliches Testament bei überschuldeten Ehegatten, BWNotZ 1979, 53; Keim, Die unergiebig Pfändung des Pflichtteilsanspruchs - Konsequenzen für die Testamentsgestaltung, ZEV 1998, 127; Schlieper, Vor- und Nacherbschaft oder Nießbrauchsvermächtnis - Zur zweckmäßigen Gestaltung der Verfügung von Todes wegen, MittRhNotK 1995, 249

⁴⁷ Vgl. MünchKomm-Frank, § 2338 BGB Rn. 2; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB Rn. 16

⁴⁸ Vgl. Nieder, S. 797; Flick, BWNotZ 1979, 53; Nieder, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, 2. Halbband, S. 730

⁴⁹ Vgl. Nieder, a. a. O., Rn. 1048

Nach § 2214 BGB können sich Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände halten. Zwar sind entsprechende Vollstreckungsmaßnahmen nicht von vornherein nichtig, so daß der Testamentsvollstrecker, der dies nicht dulden will, mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung aktiv gegen sie einschreiten muß. Der Schutz geht aber weiter als der des § 2115 BGB, da er nicht bloß die Veräußerung und die Überweisung, also die Verwertung von Nachlaßgegenständen verbietet, sondern jede Vollstreckungsmaßnahme schlechthin, auch eine solche, die erst ab dem Ende der Verwaltung wirksam werden soll. Eine dem § 2214 BGB zuwiderlaufende Vollstreckung ist in allen Fällen unzulässig⁵⁰. Auch im Privatkonkurs des Erben besteht keine Möglichkeit der Konkursgläubiger auf den Nachlaß zuzugreifen, weil § 13 KO in diesem Fall nicht eingreift⁵¹. Das Pfändungsverbot reicht allerdings nicht in jeder Hinsicht. Der Anspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2217 Abs. 1 BGB auf Überlassung von Nachlaßgegenständen, deren er zur Erfüllung seiner Testamentsvollstreckerobliegenheit offenbar nicht bedarf, ist pfändbar⁵².

Nach der h. M. ist auch der Anspruch der Erben auf Herausgabe von Nachlaßerträgen pfändbar⁵³. Das Reichsgericht hatte allerdings entschieden, daß eine Regelung zulässig und wirksam ist, nach der der jährliche Reinertrag eines Erbteils bei Testamentsvollstreckung für unabtretbar und unpfändbar erklärt wird. Für den Fall, daß gleichwohl abgetreten oder gepfändet würde, sollten in dem betreffenden Fall die Beträge an die Testamentsvollstrecker fallen mit der Auflage, dieselben zur Naturalverpflegung des Sohnes und seiner Familie zu verwenden⁵⁴. Diese Entscheidung wird allerdings in der Literatur weitgehend abgelehnt⁵⁵.

Unabhängig von dieser Streitfrage besteht allerdings Einigkeit, daß sich bei Anordnung der Testamentsvollstreckung die Verwendung von Nachlaßerträgen grundsätzlich nach

⁵⁰ Vgl. bereits RG LZ 1916, 1473; Staudinger/Reimann, § 2214 Rn. 4; MünchKomm-Brandner, § 2214 BGB Rn. 3; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 95 f.

⁵¹ Vgl. MünchKomm-Brandner, a. a. O.; Muscheler, a. a. O.; Staudinger/Reimann, a. a. O.

⁵² Vgl. MünchKomm-Brandner, a. a. O., § 2214 BGB Rn. 4; Staudinger/Reimann, a. a. O., Rn. 7; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 40; zum Inhalt des Freigabeanspruchs vgl. Muscheler, Die Freigabe von Nachlaßgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1996, 401 ff.

⁵³ MünchKomm-Brandner, a. a. O., Staudinger/Reimann, a. a. O.; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, a. a. O.

⁵⁴ RG LZ 1919, 877

den Anordnungen des Erblassers richtet⁵⁶. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der Erbe Herausgabe der Nutzungen vom Testamentsvollstrecker nur dann verlangen kann, wenn das den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht⁵⁷.

Allerdings wird die Frage, inwieweit bei einem sog. Behindertentestament im Hinblick auf die Nachlaßerträge einschränkende Verwaltungsanordnungen mit einem weitreichenden Thesaurierungsgebot zulässig sind, diskutiert. Zum Teil wird im Zusammenhang mit dem Behindertentestament die Auffassung vertreten, daß dem Erben auch entgegen einer anderslautenden Anordnung des Erblassers die Früchte des Nachlasses zustehen, da die Einbehaltung oder die Auskehrung an Dritte keine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses sei⁵⁸. Auch *Krampe*⁵⁹ weist darauf hin, daß nach der bisherigen Rechtsprechung bei der Anordnung von Verwaltungsbestimmungen dem Erblasser zwar eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zukomme. Dies gelte grundsätzlich auch, wenn Gläubigerinteressen dadurch benachteiligt würden. Auch *Nieder*⁶⁰ hat unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts⁶¹ die Auffassung vertreten, daß der Testamentsvollstrecker auf jeden Fall dem Vorerben aus den erzielten Erträgen soviel herauszugeben habe, wie dieser für seinen angemessenen Unterhalt und die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten benötigt. Auch der BGH hatte, ohne die Frage im einzelnen zu entscheiden, zumindest darauf hingewiesen, daß bei der Frage der Auskehrung der Nutzungen der Testamentsvollstrecker bei Vor- und Nacherbschaft sowohl die Interessen des Nacherben an Substanzerhaltung, als auch die Interessen des Vorerben nach den ihm gebührenden Nutzungen berücksichtigt werden müßten⁶². In der Tendenz kann man wohl dennoch feststellen, daß maßgeblich der Erblasserwille für die Frage der Nutzungsverteilung bleibt. Insofern wird man auch *Staudinger/Reimann*⁶³ zustimmen müssen, daß jedenfalls eine Bestimmung des Erblassers, daß dem Erben die Reinerträge nur in Form einer Naturalverpflegung zuzuwenden seien, zulässig sei

⁵⁵ Soergel/Dieckmann, § 2338 Rn. 12; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB Rn. 48; MünchKomm-Frank, § 2338 BGB Rn. 15; Palandt/Edenhofer, § 2338 BGB Rn. 4; zustimmend allerdings Muscheler, S. 99 f.; wohl auch Erman/Schlüter, § 2338 BGB Rn. 4

⁵⁶ MünchKomm-Brandner, § 2216 BGB Rn. 15; BayObLG ZEV 1995, 366; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 134; MünchKomm-Brandner, § 2209 BGB Rn. 12

⁵⁷ BGH FamRZ 1986, 900; BGH FamRZ 1988, 279

⁵⁸ So Otte, JZ 1990, 1027, 1028

⁵⁹ AcP 1991, 526

⁶⁰ NJW 1994, 1264, 1266

⁶¹ RG LZ 1918, 1267

⁶² BGH FamRZ 1988

und auch gegenüber den Gläubigern wirkt. Auch das OLG Bremen⁶⁴ war der Auffassung, daß der Erblasser die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers so regeln kann, daß der Bedachte von den Erträgen des Nachlasses weitgehend ausgeschlossen wird, soweit dies im wohlverstandenen Interesse des Erben liegt.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, daß damit beim Alleinerben ein weitgehender Schutz vor den Gläubigern erreicht werden kann. Bei Miterben gilt allerdings, daß der Eigengläubiger eines Miterben dessen Erbteil zusammen mit dem Anspruch auf Auseinandersetzung pfänden kann⁶⁵. Die Erbteilspfändung kann auch ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers im Grundbuch eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks als Verfügungsbeschränkung eingetragen werden⁶⁶. Hat aber der Erblasser die Auseinandersetzung für bestimmte Zeit ausgeschlossen, so kann auch der Eigengläubiger eines Miterben auch nach Pfändung des Erbteils vom Testamentsvollstrecker nicht die vorzeitige Auseinandersetzung verlangen⁶⁷.

Für die Dauer der Testamentsvollstreckung ist also durch diese Regelungen weitgehend der Zugriff der Gläubiger des Erblassers auf den Nachlaß versperrt. Der Erblasser kann nach § 2210 BGB die Testamentsvollstreckung für 30 Jahre anordnen. Er kann aber auch anordnen, daß die Verwaltung bis zum Tod des Erben fort dauern soll (§ 2210 BGB 2. Hs.).

In diesem Fall der Anordnung der Testamentsvollstreckung besteht also Schutz gegen Gläubiger des Erben bis zu seinem Tode. Der Schutz endet aber dann, wenn die Gläubiger sich bei dieser Lösung nach dem Tod des Erben aus dem Nachlaß befriedigen können, die Eigenschulden des Erben sind dabei Bestandteil seines Nachlasses und das Zugriffsverbot endet mit der Testamentsvollstreckung⁶⁸. Deshalb wird in der Praxis in diesen Fällen immer eine Kombination der Testamentsvollstreckung mit der Vor- und Nacherbschaft empfohlen.

⁶³ § 2209 Rn. 20 BGB; zustimmend Nieder, Münchener Vertragshandbuch, a. a. O., S. 734

⁶⁴ FamRZ 1984, 213

⁶⁵ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2215 BGB Rn. 8; Soergel/Damrau, § 2214 BGB Rn. 2; MünchKomm-Brandner, § 2214 BGB Rn. 4; vgl. auch BGH NJW 1984, 2464

⁶⁶ MünchKomm-Brandner, a. a. O.; Soergel/Damrau, a. a. O.; Staudinger/Reimann, a. a. O.

⁶⁷ Vgl. Soergel/Damrau, § 2214 BGB Rn. 2; § 2204 BGB Rn. 15; Staudinger/Reimann, § 2215 Rn. 9; MünchKomm-Brandner, § 2214 BGB Rn. 4; a. A. Enztaler, Rpfleger 1988, 94

bb) Anordnung einer Nacherbschaft

Ein wichtiges Instrument der Vermögenslenkung durch erbrechtliche Verfügung ist die Einsetzung eines Vor- und eines Nacherben. Der Nacherbe ist nicht Erbe des Vorerben, sondern des Erblassers. Der Vorerbe ist deshalb zur Sicherung des Erbrechts des Nacherben in seiner Verfügungsmacht beschränkt. Dies hat auch erhebliche Konsequenzen für die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger.

Bei der Vor- und Nacherbschaft wird der Vollstreckungsschutz durch § 2115 BGB ergänzt durch die Vorschriften der § 773 ZPO und § 128 KO bzw. § 83 Abs. 2 Insolvenzordnung. Nach § 2115 BGB ist eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch Konkursverwalter erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Wirkung dieser Regelung liegt darin, daß die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung begründeten Pfandrechte für die Dauer der Vorerbschaft wirksam sind; dies gilt auch für die Beschlagnahmewirkung der Konkursöffnung gem. §§ 1, 6 KO⁶⁹. Die Rechtswirkungen sind wie im Fall des § 2113 BGB durch den Eintritt des Nacherbfalles auflösend bedingt und bleiben daher als vollwirksam bestehen, wenn der Nacherbfall ausfällt. Nach § 773 ZPO soll lediglich keine Veräußerung oder Beweissicherung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Die Vorschrift verbietet damit die Zwangsvollstreckung von Eigengläubigern des Vorerben in den Nachlaß nicht allgemein, sondern in bezug auf Nachlaßgegenstände nur die Veräußerung. Im übrigen steht der Nachlaß, der bis zum Eintritt des Nacherbfalles allein dem Vorerben zusteht, den Zugriff seiner Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung offen. Zulässig sind danach bloß sichernde Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, deren Beseitigung der Nacherbe bei Eintritt der Nacherbfolge verlangen kann⁷⁰. Auch im Konkurs des Vorerben gehört die Vorerbschaft zwar zur Konkursmasse. Das Verfügungsrecht des Konkursverwalters ist jedoch gem. § 2115 BGB eingeschränkt.

⁶⁸ So zu Recht Engelmann, Möglichkeiten des Erblassers, einem Hinterbliebenen Vermögenswerte letztwillig zuzuwenden, ohne damit den Eigengläubigern des Hinterbliebenen Zugriffsmöglichkeiten zu eröffnen, Diss. Jur Köln 1998, S. 147, bisher noch unveröffentlicht

⁶⁹ Vgl. Staudinger/Behrends/Avenarius, 13. Bearbeitung 1996, § 2115 BGB Rn. 2; MünchKomm-Grunsky, 3. Aufl., § 2215 BGB Rn. 10; Palandt/Edenhofer, § 2115 BGB Rn. 4

⁷⁰ Vgl. Soergel/Harder, § 2115 BGB Rn. 10; Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2115 BGB Rn. 2

Wird über einen Erbschaftsgegenstand, der der Nacherbfolge unterliegt, im Wege der Zwangsvollstreckung oder sonst im Sinne von § 2115 S. 1 BGB verfügt, dann wird diese Verfügung bei Eintritt der Nacherbfolge im Grundsatz ganz oder teilweise unwirksam, sofern und soweit das Recht des oder der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dementsprechend ordnet § 773 S. 1 ZPO an, daß ein solcher Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung nicht veräußert oder überwiesen werden soll, wenn diese Verfügung im Nacherbfall unwirksam würde. Der Nacherbe kann seine Rechte nach Maßgabe des § 771 ZPO mit der Widerspruchsklage wahren⁷¹. § 773 ZPO begründet daher ein bereits vor dem Nacherbfall vorgezogenes Verwertungsverbot⁷².

Anders als bei der Testamentsvollstreckung ist also der Schutz durch die Vor- und Nacherbschaft nur begrenzt, sichert aber vor allem für den Zeitpunkt nach dem Tod des Erben. Vollstreckungsmaßnahmen von Privatgläubigern des Vorerben an Erbschaftsnutzungen sind ebenfalls uneingeschränkt wirksam; insofern gilt § 2115 BGB nicht. Insbesondere kann bei einem Nachlaßgrundstück Zwangsverwaltung angeordnet werden⁷³.

Sind mehrere Erben eingesetzt und ist einer dieser überschuldet, so wirkt § 2115 BGB im Hinblick auf den Erbteil nicht. Das gegen die Gläubiger des Vorerben gerichtete Verwertungsverbot des § 2115 BGB erfaßt nur die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sachen und Rechte, nicht aber den Miterbenanteil, über den der Miterbe aber auch verfügen könnte⁷⁴. Dementsprechend können die Gläubiger auch den Erbanteil eines Miterben nach § 859 Abs. 2 ZPO bis zur Auseinandersetzung pfänden⁷⁵. Auch eine Verwertung (§§ 844, 857 ZPO) ist zulässig, allerdings nur mit der Maßgabe, daß das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigt wird⁷⁶. Die angeordnete Pfändung des Vorerbteils erlischt allerdings mit Eintritt des Nacherbfalles, da der Nacherbe nicht Schuldner des Pfändungsgläubigers wird (§§ 2100, 2139, 2144 Abs. 1 BGB).

⁷¹ Vgl. auch BGHZ 110, 178 = NJW 1990, 1238

⁷² Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2115 BGB Rn. 16

⁷³ MünchKomm-Grunsky, § 2115 BGB Rn. 3; Soergel/Harder, § 2115 BGB Rn. 10; Palandt/Edenhofer, § 2115 BGB Rn. 4; Erman/Schmidt, § 2115 BGB Rn. 3

⁷⁴ Vgl. MünchKomm-Grunsky, § 2112 BGB Rn. 2; § 2100 BGB Rn. 18; Staudinger/Behrends, § 2112 BGB Rn. 10

⁷⁵ Vgl. zur ähnlichen Problematik beim Behindertentestament van de Loo, NJW 1990, 2852, 2853; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1705; Staudinger/Behrends, § 2100 Rn. 48

⁷⁶ Stöber, a. a. O., Rn. 1705; van de Loo, a. a. O.

c). Pflichtteilsrechtliche Grenzen

Sowohl bei der Anordnung der Nacherbfolge als auch der Anordnung der Testamentsvollstreckung nach § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ist zu beachten, daß diese Beschränkungen nur wirksam sind, wenn der dem Erben hinterlassene Erbteil größer ist als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils. Die gesamte Testamentsgestaltung ist also in Gefahr, wenn der dem Pflichtteilsberechtigten zugewendete Erbteil gleich oder kleiner als sein Pflichtteil ist⁷⁷. Lediglich im Anwendungsbereich des § 2338 BGB kann eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht bei überschuldeten Abkömmlingen angeordnet werden.

Übersteigt der dem Hinterbliebenen zugewendete Erbteil den Pflichtteil, so hat der Erbe nach § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ein Wahlrecht: Er kann entweder den höheren Erbteil samt Beschränkungen und Beschwerungen annehmen oder die Erbschaft ausschlagen und den vollen Pflichtteil verlangen. Auch in diesem Fall kann die Testamentskonstruktion durch den Pflichtteilsberechtigten gefährdet werden, dieser geht allerdings das Risiko ein, daß dann sein Pflichtteil durch seine Gläubiger gepfändet wird.

d). Nießbrauchsvermächtnis

In der Praxis wurde bei überschuldeten Erben die Gestaltung der Zuwendung eines Nießbrauchsvermächtnisses an den Überschuldeten mit gleichzeitigem Ausschluß der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs⁷⁸ diskutiert. Seit der BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1974⁷⁹ ist diese Lösung allerdings problematisch, da der BGH dort entschieden hat, daß Gegenstand der Pfändung der Nießbrauch selbst und nicht der obligatorische Anspruch auf seine Ausübung ist.

e). Enterbung

Denkbar ist auch die Lösung, den überschuldeten Ehemann nicht zum Erben einzusetzen, sondern andere Personen als Erben einzusetzen und den Überschuldeten nur mit bestimmten Vermögensgegenständen vermächtnisweise zu bedenken, die nicht pfändbar sind (z. B.

⁷⁷ Vgl. auch BGHZ 120, 96 = NJW 1993, 1005 = DNotZ 1993, 810

⁷⁸ Vgl. Nieder, in Münchener Vertragshandbuch, a. a. O.

dingliches Wohnungsrecht nach § 1093 BGB, sofern die Überlassung seiner Ausübungsbefugnis nicht ausdrücklich gestattet ist).

⁷⁹ BGHZ 62, 133 = DNotz 1974, 433

5. Vertragsmuster

Heute, den

erschien vor mir,

,

Notar in ,

in meinen Amtsräumen in :

Frau , geb. ,

wohnhaft:

Familienstand nach Angabe ,

mir, Notar, persönlich bekannt.

Die Erschienene erklärte, ein Testament errichten zu wollen.

Nach meiner, aus der Verhandlung gewonnenen Überzeugung ist sie voll geschäftsfähig.

Einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament, an das sie bei ihren letztwilligen Verfügungen gebunden wäre, hat sie nach Angabe bisher noch nicht errichtet. Es war weder gesetzlich geboten, noch von der Beteiligten gewünscht worden, Zeugen oder einen zweiten Notar hinzuzuziehen.

Die Erschienene erklärte sodann mir, dem Notar, ihren letzten Willen mündlich zur Beurkundung, wie folgt:

I.

Ich wurde am in als Tochter von , letztere geb. am , geboren.

Ich war in erster und einziger Ehe verheiratet mit

Diese Ehe wurde mit rechtskräftigen Urteil vom geschieden.

Aus dieser Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen:

A, geboren am und

B, geboren am

Weitere Abkömmlinge habe und hatte ich nicht, weder eheliche, nichteheliche noch adoptierte.

Etwaige frühere Verfügungen von Todes wegen werden hiermit ihrem gesamten Inhalt nach widerrufen.

Sämtliche Verfügungen in diesem Testament gelten ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder zukünftige Pflichtteilsberechtigte.

II.

Ich setze zu meinen alleinigen und ausschließlichen Erben meine Kinder, A und B, je zur Hälfte ein, ersatzweise deren Abkömmlinge nach Stämmen, weiter ersatzweise die genannten Erben gegenseitig.

Die eingesetzten Erben sollen jedoch nur Vorerben sein. Von den gesetzlichen Beschränkungen eines Vorerben sind sie befreit, soweit das Gesetz eine Befreiung zuläßt.

Als Nacherben bestimme ich meine Eltern, X und Y je zur Hälfte. Abweichend von anders lautenden gesetzlichen Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregelungen und anderer gesetzlicher Bestimmungen wird zum Ersatznacherben bestimmt: der Überlebende meiner Eltern allein, weiter ersatzweise der Bruder meiner Mutter, wohnhaft in:

Die Nacherbenanwartschaft ist nicht vererblich und nur auf den Vorerben übertragbar. Durch eine Verfügung über die Nacherbenanwartschaft zugunsten des Vorerben sind zugleich die angeordneten Ersatznacherbfolgen auflösend bedingt.

Die Nacherbfolge ist hinsichtlich jedes eingesetzten Vorerben je hinsichtlich seines Anteils auflösend bedingt. Sie erlischt jeweils entweder mit Eheschließung des jeweiligen Vorerben oder wenn dem Vorerben ein Kind geboren wird, mit dem Tage der Geburt.

Mit Eintritt eines der vorgenannten Ereignisses wird der Vorerbe Vollerbe.

III.

Mir steht für meine Kinder, A und B, das alleinige Sorgerecht für die Person und das Vermögen zu.

Für den Fall, daß ich vor Volljährigkeit meiner vorgenannten Kinder versterbe, benenne ich hiermit durch letztwillige Verfügung gem. § 1777 Abs. 3, § 1776 BGB

geboren am ,

wohnhaft:

und als Mitvormund gem. § 1797 BGB

geboren am ,

wohnhaft:

Für die Entscheidung von Meinungsverschiedenheit zwischen den Vormündern und für die Verteilung von Geschäften setze ich keine Vorgaben fest.

Als besonderen Grund, welcher die Bestellung von Mitvormündern und damit das Abweichen vom gesetzlichen Leitbild der Einzelvormundschaft (§ 1775 BGB) rechtfertigt, gebe ich an: das Erfordernis gegenseitiger Kontrolle im Interesse der Mündel.

Sollte eine der vorgenannten Personen dieses Amt nicht ausüben können oder wollen, benenne ich ersatzweise die jeweils andere Person allein.

Die Bestellung eines Gegenvormundes schließe ich aus und befreie den Vormund von allen Beschränkungen, soweit es zulässig ist.

Ich befreie ihn insbesondere von der Verpflichtung, Inhaber- und Orderpapiere zu hinterlegen oder bei Buchforderungen gegen den Bund oder ein Land einen beschränkenden Vermerk in das Bundes- und Landesschuldenbuch eintragen zu lassen.

Auch von der Verpflichtung, während der Dauer des Amtes Rechnung zu legen, soll er befreit sein.

IV.

Ich wurde vom Notar auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht hingewiesen, ebenso darauf, daß Drittbegünstigungen auf den Todesfall (z. B. bei Sparkonten und Lebensversicherungen) durch diese Urkunde unberührt bleiben. Soweit Beteiligungen an Gesellschaften zum Nachlaß gehören, können die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages dem gewünschten Erfolg entgegenstehen.

Mir ist bekannt, daß ich das Testament jederzeit auch durch privatschriftliche Verfügung von Todes wegen widerrufen kann.

V.

Ich trage die Kosten dieses Testaments und bitte um Erteilung einer beglaubigten Abschrift.

Der Notar ist berechtigt, eine beglaubigte Abschrift für seine Urkundensammlung zu fertigen.

Das Testament wird beim Amtsgericht verwahrt.

Vorgelesen vom Notar, von der Beteiligten

genehmigt, und eigenhändig unterschrieben:

