

Reimann · Bengel · Dietz · Sammet

Testament und Erbvertrag

Handbuch · Mustertexte · Kommentar

Begründet von

Ottmar Dittmann · Wolfgang Reimann · Manfred Bengel

Herausgegeben von

Wolfgang Reimann · Florian Dietz · Sebastian Sammet

Bearbeitet von

Florian Dietz, Hans Hammann, Barbara Jakob, Julian Klinger, Peter Limmer,
Wolfgang Reimann, Christian Reiter, Christoph Röhl, Sebastian Sammet,
Robert Sieghörtner, Felix Ungerer, Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg

8. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2024

Autorenverzeichnis

Dr. Florian Dietz

Notar, Bamberg

Dr. Reinhard Geck

Rechtsanwalt, Notar a.D. und Steuerberater, Hannover

Dr. Hans Hammann

Rechtsanwalt, Reutlingen

Dr. Barbara Jakob, LL.M. (Trinity College Dublin)

Rechtsanwältin, Plattling

Dr. Julian Klinger

Rechtsanwalt, München

Prof. Dr. Peter Limmer

Notar, Würzburg

Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Notar a.D., Regensburg

Dr. Christian Reiter

Rechtsanwalt, Steuerberater, München

Dr. Christoph Röhl

Notar, Hauzenberg

Dr. Sebastian Sammet

Notar, Höchstädt an der Donau

Prof. Dr. Robert Sieghörtner, LL.M. (Sydney), EMBA (Münster)

Notar, Gräfenberg

Lorenz Spall

Notar, Landau in der Pfalz

Dr. Felix Ungerer

Notar, Stuttgart

Prof. Dr. Wolfgang Voit

Professor an der Philipps-Universität Marburg

Dr. Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg

Notar, Bamberg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII
Verzeichnis der Muster und Checklisten	XXXI

Abschnitt 1 Systematischer Teil	1
--	----------

Kapitel 1 Zivilrechtliche Grundlagen und ausgewählte Fragen	1
--	----------

A. Die Grundlagen des Rechts der Verfügungen von Todes wegen	9
I. Allgemeines	9
II. Erbfall – Erblasser – Erbschaft – Erbe	11
III. Zugehörigkeit zur Erbschaft – Aktivvermögen	15
IV. Zugehörigkeit zur Erbschaft – Passivvermögen	25
V. Die Testierfreiheit und ihre Grenzen	27
VI. Die Formstrenge im Recht der Verfügungen von Todes wegen	35
VII. Grundzüge und ausgewählte Probleme des Pflichtteilsrechts	39
VIII. Pflichtteilsklauseln	87
IX. Zuwendungsverzicht, § 2352 BGB	115
B. Beurkundungsverfahren	137
I. Beurkundung	137
II. Zuständigkeiten	139
III. Beurkundungs- und Mitwirkungsverbote	139
IV. Die Errichtung der Niederschrift	145
V. Belehrungsvorschriften	159
VI. Zentrales Testamentsregister	164
VII. Behandlung der Urkunde	165
C. Das erbrechtliche Instrumentarium	171
I. Erbeinsetzung	171
II. Nacherbfolgeanordnung	174
III. Vermächtnis	177
IV. Auflage	179
V. Teilungsanordnung, Erbteilungsverbot	179
VI. Testamentsvollstreckung	180
VII. Nießbrauch	196
VIII. Schiedsvereinbarungen und Schiedsklauseln in der erbrechtlichen Gestaltung	204
IX. Erbschaftsverträge gem. § 311b Abs. 5 BGB	206
X. Bankverfügung und Bausparvertrag im Erbrecht	213
XI. Lebensversicherung und Erbrecht	221
XII. Stiftungen – Trust	224
XIII. Die taktische Ausschlagung	250
D. Ausgewählte Fragen der materiellen Gestaltung	259
I. Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen und ihr Einfluss auf die Gestaltungspraxis	259
II. Güterrecht und familienbezogene Testamentsgestaltung	270
III. Verfügungen von Todes wegen bei Unternehmern	302
IV. Testamentsgestaltung bei freiberuflichen Praxen	330
V. Letztwillige Verfügungen zugunsten des Heimträgers oder von Heimmitarbeitern, Betreuern, Beamten oder sonstigen Beschäftigten im öffentlichen Dienst	333
VI. Gestaltung der Verfügungen von Todes wegen bei behinderten Abkömmlingen	342

Kapitel 2	Grundzüge des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts	350
A.	Rechtsquellen	351
I.	Auszüge aus der EuErbVO	351
II.	Auszüge aus dem EGBGB	357
III.	Auszüge aus dem EGBGB a.F.	359
IV.	Auszüge aus der EuGüVO	361
V.	Auszüge aus der EuPartVO	364
VI.	Auszüge aus dem Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 05.10.1961	368
B.	Gegenstand des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts	370
C.	Testierfähigkeit	371
D.	Das auf die Form einer Verfügung von Todes wegen anwendbare Recht	372
E.	Anknüpfung des Erbstatuts nach vorrangigen Staatsverträgen	374
I.	Vorbemerkung	374
II.	Deutsch-türkischer Konsularvertrag vom 28.05.1929	374
III.	Deutsch-sowjetischer Konsularvertrag vom 25.04.1958	375
IV.	Deutsch-iranisches Niederlassungsabkommen vom 17.02.1929	376
F.	Anknüpfung des Erbstatuts	377
I.	Intertemporales Recht	377
II.	Aufenthaltsprinzip	378
III.	Anknüpfungzeitpunkt	379
IV.	Umfang der Statute nach Art. 21 EuErbVO und nach Art. 24 ff. EuErbVO	379
V.	Mehrrechtsstaaten	380
VI.	Rück- und Weiterverweisung (sog. renvoi)	381
VII.	Besondere Regelungen	382
VIII.	Ordre Public	383
IX.	Gesetzesumgehung	386
X.	Bestimmung des Erbstatuts durch Rechtswahl	387
XI.	Vorfragen	389
XII.	Nachlassspaltung	389
G.	Anknüpfung des Erbstatuts nach früherem EGBGB	392
I.	Staatsangehörigkeitsprinzip (Art. 25 Abs. 1 EGBGB a.F.)	392
II.	Anknüpfungzeitpunkt	392
III.	Rück- und Weiterverweisung (sog. renvoi)	392
IV.	Vorrang des Einzelstatuts (Art. 3a Abs. 2 EGBGB a.F.)	393
V.	Ordre public	393
VI.	Bestimmung des Erbstatuts durch Rechtswahl	393
VII.	Nachlassspaltung	394
H.	Gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge	394
I.	Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente bzw. von Erbverträgen in ausländischen Rechtsordnungen	394
II.	Behandlung des gemeinschaftlichen Testaments nach EuErbVO	397
III.	Behandlung des Erbvertrags nach EuErbVO	399
I.	Nacherbschaft	399
J.	Testamentsvollstreckung	400
K.	Pflichtteil	401
L.	Lebzeitige Rechtsgeschäfte mit Todesbezug	402
I.	Erbverzicht	402
II.	Schenkung von Todes wegen	402
III.	Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	404
IV.	Vertrag über den Nachlass eines lebenden Dritten	405
V.	Testiervertrag	405
VI.	Trans- bzw. postmortale Vollmacht	406
VII.	Einzelne ausländische Rechtsinstitute	407
M.	Lebenspartnerschaften	409
N.	Abgrenzung zu anderen Statuten	410
I.	Abgrenzung zum Güterstatut	410
II.	Abgrenzung zum Gesellschaftsstatut	411

III.	Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut	414
IV.	Abgrenzung zum Unterhaltsstatut	416
O.	Handeln unter falschem Recht	416
P.	Testaments- und Erbvertragsgestaltung	417
I.	Pflichtenstellung des Rechtsberaters	417
II.	Praktische Handhabung eines internationalen Testaments- bzw. Erbvertragsfalles	420
III.	Formulierungsbeispiele	423
Kapitel 3	Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts sowie der erbrechtlichen Bezüge des Einkommensteuerrechts	427
A.	Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts	428
I.	Grundprinzipien	428
II.	Die Besteuerung dem Grunde nach	434
III.	Einfluss des ehelichen Güterrechts auf die Erbschaftsteuer	453
IV.	Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erwerben von Todes wegen	455
V.	Wertermittlung	457
VI.	Steuerbefreiungen außerhalb der Verschonung von Betriebsvermögen	475
VII.	Steuervergünstigungen von Betriebsvermögen	478
VIII.	Berücksichtigung früherer Erwerbe	487
IX.	Steuerklasse, Freibeträge, Steuersätze	489
X.	Steuerfestsetzung und Steuererhebung	496
B.	Einkommensteuerrechtliche Bezüge des Erbrechts	503
I.	Erbfall und Erbauseinandersetzung im Überblick	503
II.	Rechtsnachfolge in die Person des Erblassers	504
III.	Einkommensteuerrechtliche Behandlung der Erbengemeinschaft bis zur Auseinandersetzung	506
IV.	Einkommensteuerrechtliche Behandlung der Erbauseinandersetzung	509
V.	Erwerbe aufgrund eines Vermächtnisses oder eines Pflichtteilsanspruchs	511
Abschnitt 2	Formularerteil	513
Kapitel 4	Checklisten	513
A.	Einseitiges Testament	513
B.	Gemeinschaftliches Testament	515
C.	Erbvertrag	516
D.	Erbeinsetzung	517
E.	Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft	518
F.	Erblasseranordnungen über die Erbauseinandersetzung	519
G.	Vermächtnis	520
I.	Allgemeines	520
II.	Grundstücksvermächtnis	521
III.	Wohnungsrechtsvermächtnis	522
IV.	Nießbrauchsvermächtnis	523
V.	Vermächtnis über Renten, wiederkehrende Leistungen	523
VI.	Pflegevermächtnis zur Sicherung der Altersbetreuung eines nahestehenden Angehörigen	524
VII.	Pflegevergütungsvermächtnis: »Wer mich pflegt, der erbt!«	524
VIII.	Quotenvermächtnis	525
H.	Auflage	525
I.	Testamentsvollstreckung	526
J.	Vergütung des Testamentsvollstreckers	527
K.	Pflichtteilklauseln	528
L.	Zuwendungsverzicht	528
Kapitel 5	Formulare	530
A.	Vorbemerkung	531

Inhaltsverzeichnis

B.	Formeller Aufbau	532
I.	Einzeltestament	532
II.	Erbvertrag	538
III.	Gemeinschaftliches Testament	540
C.	Auflösende Bedingung, Rücktrittsrecht, Änderungsvorbehalt	541
D.	Rechtswahl	542
E.	Widerruf, Rücktritt	543
I.	Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments nach §§ 2271, 2296 Abs. 2 BGB	543
II.	Rücktritt vom Erbvertrag	543
F.	Vorschläge zur materiellen Gestaltung	543
I.	Einzeltestament	543
II.	Erbvertrag, gemeinschaftliches Testament	554
III.	Wiederverheirathungsklauseln	560
IV.	Verfügungen von Todes wegen bei landwirtschaftlichen Anwesen	563
V.	Erbvertrag in Verbindung mit Vertrag unter Lebenden	564
VI.	Verfügungen von Todes wegen des Unternehmers	567
VII.	Behindertenerbvertrag	573
VIII.	Verfügungsunterlassungsvertrag in Verbindung mit Erbvertrag	577
IX.	Gegenständig beschränkter Pflichtteilsverzicht	578
X.	Pflichtteilsverzicht der Kinder für den 1. Sterbefall bei Ehegatten	578
XI.	Vertrag unter künftigen Erben, Verzicht auf Geltendmachung des Pflichtteils	579
XII.	Zuwendungsverzicht	580
XIII.	Erbvertragsvertrag unter künftigen Erben	580
XIV.	Nachlassvertrag	581
XV.	Erbverzichtsangebot gegenüber Kindern	581

Abschnitt 3 Kommentarteil	583
----------------------------------	-----

Kapitel 6 Errichtung und Aufhebung eines Testaments, §§ 2229-2264 BGB	583
Vorbemerkung zu §§ 2229 ff.	583
§ 2229 BGB Testierfähigkeit Minderjähriger, Testierunfähigkeit	599
§ 2230 BGB (weggefallen)	617
§ 2231 BGB Ordentliche Testamente	617
§ 2232 BGB Öffentliches Testament	623
§ 2234–2246 BGB (weggefallen)	646
§ 2247 BGB Eigenhändiges Testament	646
§ 2248 BGB Verwahrung des eigenhändigen Testaments	671
§ 2249 BGB Nottestament vor dem Bürgermeister	673
§ 2250 BGB Nottestament vor drei Zeugen	680
§ 2251 BGB Nottestament auf See	687
§ 2252 BGB Gültigkeitsdauer der Nottestamente	689
§ 2253 BGB Widerruf eines Testaments	691
§ 2254 BGB Widerruf durch Testament	695
§ 2255 BGB Widerruf durch Vernichtung oder Veränderungen	697
§ 2256 BGB Widerruf durch Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung	706
§ 2257 BGB Widerruf des Widerrufs	711
§ 2258 BGB Widerruf durch ein späteres Testament	714
§ 2258a BGB (aufgehoben)	719
§ 2258b BGB (aufgehoben)	719
§ 2259 BGB Ablieferungspflicht	719
§ 2260 BGB (aufgehoben)	723
§ 2261 BGB (aufgehoben)	723
§ 2262 BGB (aufgehoben)	723
§ 2263 BGB Nichtigkeit eines Eröffnungsverbots	723
§ 2263a BGB (aufgehoben)	724

§ 2264 BGB	(aufgehoben)	724
Kapitel 7	Gemeinschaftliches Testament, §§ 2265-2273 BGB	725
Vorbemerkung zu §§ 2265 ff.	725
§ 2265 BGB	Errichtung durch Ehegatten	754
§ 2266 BGB	Gemeinschaftliches Nottestament	760
§ 2267 BGB	Gemeinschaftliches eigenhändiges Testament	762
§ 2268 BGB	Wirkung der Ehenichtigkeit oder -auflösung	779
§ 2269 BGB	Gegenseitige Erbeinsetzung	789
§ 2270 BGB	Wechselbezügliche Verfügungen	846
§ 2271 BGB	Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen	878
§ 2272 BGB	Rücknahme aus amtlicher Verwahrung	926
§ 2273 BGB	(aufgehoben)	930
Kapitel 8	Erbvertrag, §§ 2274-2302 BGB	931
Vorbemerkung zu §§ 2274 ff.	931
§ 2274 BGB	Persönlicher Abschluss	956
§ 2275 BGB	Voraussetzungen	958
§ 2276 BGB	Form	964
§ 2277 BGB	(aufgehoben)	980
§ 2278 BGB	Zulässige vertragsmäßige Verfügungen	980
§ 2279 BGB	Vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen; Anwendung von § 2077	1002
§ 2280 BGB	Anwendung von § 2269	1011
§ 2281 BGB	Anfechtung durch den Erblasser	1016
§ 2282 BGB	Vertretung, Form der Anfechtung	1037
§ 2283 BGB	Anfechtungsfrist	1041
§ 2284 BGB	Bestätigung	1047
§ 2285 BGB	Anfechtung durch Dritte	1051
§ 2286 BGB	Verfügungen unter Lebenden	1055
§ 2287 BGB	Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen	1068
§ 2288 BGB	Beeinträchtigung des Vermächtnisnehmers	1128
§ 2289 BGB	Wirkung des Erbvertrags auf letztwillige Verfügungen; Anwendung von § 2338	1140
§ 2290 BGB	Aufhebung des Erbvertrags	1165
§ 2291 BGB	Aufhebung durch Testament	1176
§ 2292 BGB	Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament	1180
§ 2293 BGB	Rücktritt bei Vorbehalt	1185
§ 2294 BGB	Rücktritt bei Verfehlungen des Bedachten	1195
§ 2295 BGB	Rücktritt bei Aufhebung der Gegenverpflichtung	1200
§ 2296 BGB	Vertretung, Form des Rücktritts	1213
§ 2297 BGB	Rücktritt durch Testament	1221
§ 2298 BGB	Gegenseitiger Erbvertrag	1224
§ 2299 BGB	Einseitige Verfügungen	1234
§ 2300 BGB	Anwendung der §§ 2259 und 2263; Rücknahme aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung	1240
§ 2300a BGB	(aufgehoben)	1249
§ 2301 BGB	Schenkung von Todes wegen	1249
§ 2302 BGB	Schutz der Testierfreiheit	1268
Kapitel 9	Pflichtteil, §§ 2303-2338 BGB [nicht kommentiert]	1275
§ 2303 BGB	Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils	1275
§ 2304 BGB	Auslegungsregel	1275
§ 2305 BGB	Zusatzpflichtteil	1275
§ 2306 BGB	Beschränkungen und Beschwerden	1275
§ 2307 BGB	Zuwendung eines Vermächtnisses	1275
§ 2308 BGB	Anfechtung der Ausschlagung	1276
§ 2309 BGB	Pflichtteilsrecht der Eltern und entfernteren Abkömmlinge	1276
§ 2310 BGB	Feststellung des Erbteils für die Berechnung des Pflichtteils	1276

Inhaltsverzeichnis

§ 2311 BGB	Wert des Nachlasses	1276
§ 2312 BGB	Wert eines Landguts	1276
§ 2313 BGB	Ansatz bedingter, ungewisser oder unsicherer Rechte; Feststellungspflicht des Erben. .	1277
§ 2314 BGB	Auskunftspflicht des Erben	1277
§ 2315 BGB	Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil	1277
§ 2316 BGB	Ausgleichspflicht	1277
§ 2317 BGB	Entstehung und Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs	1278
§ 2318 BGB	Pflichtteilslast bei Vermächtnissen und Auflagen	1278
§ 2319 BGB	Pflichtteilsberechtigter Miterbe	1278
§ 2320 BGB	Pflichtteilslast des an die Stelle des Pflichtteilsberechtigten getretenen Erben.	1278
§ 2321 BGB	Pflichtteilslast bei Vermächtnisausschlagung	1278
§ 2322 BGB	Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen	1278
§ 2323 BGB	Nicht pflichtteilsbelasteter Erbe.	1279
§ 2324 BGB	Abweichende Anordnungen des Erblassers hinsichtlich der Pflichtteilslast.	1279
§ 2325 BGB	Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Schenkungen	1279
§ 2326 BGB	Ergänzung über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils	1279
§ 2327 BGB	Beschenkter Pflichtteilsberechtigter	1279
§ 2328 BGB	Anspruch gegen den Beschenkten	1279
§ 2329 BGB	Anspruch gegen den Beschenkten	1280
§ 2330 BGB	Anstandsschenkungen	1280
§ 2331 BGB	Zuwendungen aus dem Gesamtgut	1280
§ 2331a BGB	Stundung	1280
§ 2332 BGB	Verjährung	1280
§ 2333 BGB	Entziehung des Pflichtteils.	1281
§ 2334 BGB	(weggefallen)	1281
§ 2335 BGB	(weggefallen)	1281
§ 2336 BGB	Form, Beweislast, Unwirksamwerden	1281
§ 2337 BGB	Verzeihung	1281
§ 2338 BGB	Pflichtteilsbeschränkung	1281
Stichwortverzeichnis		1283

bindung mit § 2256 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegenden Pflichten aktenkundig machen. Die Personen, an die der Erbvertrag zurückgegeben wurde, sind mit den in § 12 Absatz 2 Satz 1 und 2 genannten Angaben zu bezeichnen. Der Notar hat den Vermerk zu unterschreiben. Auf Antrag aller Beteiligten ist diesen die in der Urkundensammlung verwahrte beglaubigte Abschrift einer Verfügung von Todes wegen auszuhändigen. Wird bei einer Verfügung von Todes wegen vor deren Registrierung im Zentralen Testamentsregister die Aushändigung der Urschrift zum Zwecke des Widerrufs durch Vernichtung verlangt, so sind die Absätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass der Vermerk zur Urkundensammlung zu nehmen ist.

h) Meldung der Rücknahme von Erbverträgen an das Testamentsregister

Nach § 4 Abs. 3 ZTRV ist die Rücknahme des Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung der Registerbehörde unter Angabe des Datums der Rückgabe zu melden.¹⁰²⁴ Die Registerbehörde vermerkt die Rücknahme in den betroffenen Verwahrdatensätzen. 406

C. Das erbrechtliche Instrumentarium

I. Erbeinsetzung

1. Grundsatz

Mit dem Tod des Erblassers geht dessen Vermögen im Wege der Universalsukzession auf den oder die Erben über (§ 1922 Abs. 1 BGB).¹⁰²⁵ Macht der Erblasser von seiner Testierfreiheit Gebrauch, muss die Bezeichnung »Erbe« nicht wörtlich verwendet sein, wenngleich dies – vor allem im notariellen Testament – sinnvoll und geboten ist. Nach der allgemeinen Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB ist die Bezeichnung »Erbe« dann nicht erforderlich, wenn der Erblasser sein Vermögen dem »Bedachten« zugewendet hat; verfügt der Erblasser nur über Einzelgegenstände, die aber das gesamte oder nahezu gesamte Vermögen ausmachen, kommt entgegen § 2087 Abs. 2 BGB ebenfalls eine Erbeinsetzung in Betracht.¹⁰²⁶ 407

Nach § 2065 Abs. 2 BGB kann der Erblasser »die Bestimmung der Person, die die Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem anderen überlassen«. Die Vorschrift gilt für jede Form der Erbeinsetzung, also für den Vollerben, den Ersatzerben (§ 2096 BGB) und auch den Nacherben (§ 2100 BGB). Die Rechtslage unterscheidet sich von der Zuwendung von Einzelvermögensgegenständen durch Vermächtnis oder Auflage. Dort ermöglichen die §§ 2151 ff. BGB bzw. § 2193 BGB weitgehend Drittbestimmungen. Die **Person des Bedachten** muss vom Erblasser in der letztwilligen Verfügung selbst *bestimmt* sein. Aus § 2065 Abs. 2 BGB folgt nach der Rechtsprechung des BGH¹⁰²⁷ nicht, dass der Bedachte in der Verfügung abschließend und namentlich *bezeichnet* sein muss; der letzte Wille kann hiernach inhaltlich auch dann bestimmt sein, wenn der Bedachte namentlich noch nicht benannt ist, sofern der Erblasser die für die Bezeichnung maßgebenden sachlichen Kriterien in der Verfügung festgelegt hat. Zulässig ist danach die Anordnung, dass ein Dritter aus einem bestimmten eng begrenzten Personenkreis (z.B. eheliche Kinder) den etwa für den Betrieb eines Unternehmens Geeignetsten als Erben bezeichnen kann.¹⁰²⁸ Bei der Bezeichnung des Eben darf dem Dritten kein Ermessen eingeräumt werden, ein Beurteilungsspielraum ist unschädlich. Zulässig ist es, einen Nacherben bzw. einen Ersatzerben für den Fall, dass der Nacherbfall bzw. Ersatzfall mit dem Tod des Erstbedachten eintritt, unter der Bedingung einzusetzen, dass der Erbe (Vorerbe) nicht selbst letztwillig anders über seinen Nachlass verfügt hat.¹⁰²⁹ 408

¹⁰²⁴ Vgl. *Bormann* ZEV 2011, 628, 630.

¹⁰²⁵ Vgl. auch Beck'sches Notarhandbuch/*Dietz* § 17 Abschnitt D Rn. 112 ff.; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Schere*, Teil B 1. und 2. Abschnitt.

¹⁰²⁶ BayObLGZ 1965, 77, 84 f.; OLG Düsseldorf ZEV 1995, 410, 411; Staudinger/*Otte* § 2087 Rn. 20.

¹⁰²⁷ BGHZ 15, 199, 203; vgl. auch *Karczewski* ZEV 2018, 192, 196.

¹⁰²⁸ RGZ 159, 299; BGH LM Nr. 2 zu § 2065; OLG Hamm DNotZ 1951, 369.

¹⁰²⁹ BGHZ 2, 35; BayObLGZ 1965, 463; OLG Hamm DNotZ 1967, 316.

409 Die Frage, ob es zulässig ist, diejenigen Personen zu seinen Erben einzusetzen, die ein anderer, z.B. der Erbe oder der Vorerbe, als seine Erben beruft¹⁰³⁰, ist also unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit zu entscheiden. Das OLG Hamm¹⁰³¹ hat zutreffend angenommen, dass die letztwillige Verfügung des Erblassers inhaltlich bestimmt sei. Sie gibt klare Auskunft darüber, wer Ersatzerbe werden soll, auch wenn die **Willensentscheidung eines anderen** zwischengeschaltet wurde. Die Situation ist vergleichbar mit einer Verfügung, in der die künftigen Adoptivkinder des überlebenden Ehegatten bedacht werden; diese letztwillige Anordnung verstößt nicht gegen § 2065 Abs. 2 BGB, auch wenn dieser in der Auswahl der zu Adoptierenden frei ist.¹⁰³² Tatsächlich will § 2065 Abs. 2 BGB nur vermeiden, dass die Erbeinsetzung »prolongiert« wird, weil der Erblasser selbst unentschlossen ist oder sich noch nicht entschieden hat. Diese innere Entscheidungssituation des Erblassers wird sich aber kaum objektiv verifizieren lassen. Das OLG Hamm stellt fest, dass bei derartigen Gestaltungen der Erblasser selbst die erforderliche Bestimmung des Erben trifft, und lediglich dessen konkrete Bestimmung davon abhängig macht, ob und in welcher Form der zunächst betroffene Erbe selbst testiert. Auch die Literatur ist überwiegend der Meinung, dass die *Dieterle*-Klausel zulässig sei.¹⁰³³ Unter der Maxime des sichersten Weges wird die Gestaltungspraxis nach Alternativlösungen suchen. Diese liegen im Einbau von Bedingungen¹⁰³⁴ und bei der Nacherbfolgeanordnung im bedingten Herausgabevermächtnis.¹⁰³⁵

2. Alleinerbe

410 Der Erblasser kann jemanden zum alleinigen Erben berufen. Dann wird dieser *ipso jure* Träger aller Rechte und Pflichten des Erblassers, soweit dessen Rechtspositionen vererblich sind.¹⁰³⁶

3. Ersatzerbe

411 Der Erblasser kann für den Fall, dass der als Erbe Berufene vor dem Erbfall durch Ableben oder nach dem Eintritt des Erbfalls, vor allem durch Ausschlagung wegfällt, eine Ersatzperson bestimmen (Ersatzerbe). Tut er dies nicht, so kann gleichwohl eine Ersatzerbenberufung kraft (widerlegbarer) Vermutung gegeben sein. Gem. § 2069 BGB sind im Zweifel die Abkömmlinge bedachter Abkömmlinge (auch Adoptivkinder und Stiefkinder)¹⁰³⁷ Ersatzerben. Im Wege der Testamentsauslegung kann sich auch bei Wegfall naher Angehöriger eine Ersatzerbenberufung deren Abkömmlinge ergeben.¹⁰³⁸ Die Ersatzerbenberufung ist wichtig, auch bei Anordnung von Nacherbfolge. Der Nacherbe ist zwar im Zweifel mangels ausdrücklicher Regelung im Testament auch Ersatzerbe (§ 2102 Abs. 1 BGB); verstirbt jedoch der Nacherbe nach Eintritt des Vorerbfall, bevor der Nacherbfall eintritt, so ist § 2108 Abs. 2 BGB zu beachten: Anstelle des Nacherben treten seine Erben die Nacherbschaft an, das Nacherbenrecht gilt in diesem Fall also als vererblicher Bestandteil des Vermögens des benannten Nacherben;¹⁰³⁹ dabei handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung. Die gesetzliche Auslegungsregel der §§ 2069, 2102 BGB greift dann nicht Platz, wenn im Wege der einfachen Auslegung des Erblasserwillens eine abweichende Ersatzerbenberufung ermittelt werden

1030 So *Dieterle* BWNNotZ 1971, 17.

1031 OLG Hamm ZEV 2019, 276 m. Anm. *Reimann*; a.A. für die Nacherbfolge OLG Frankfurt ZEV 2001, 316 m. Anm. *Otte* = DNotZ 2001, 143 m. Anm. *Kanzleiter*.

1032 BayObLGZ 1965, 457; *Immel* NJW 1966, 1222.

1033 *Staudinger/Otte* BGB § 2065 Rn. 47; MünchKomm BGB/*Leipold* § 2065 Rn. 23; *Ivo* DNotZ 2002, 260.

1034 *Kanzleiter* DNotZ 2001, 349; *Lange* ErbR 2020, 324.

1035 *Reimann* MittBayNot 2000, 1.

1036 Vgl. oben Kap. 1 Rdn. 23 ff.

1037 BayObLGZ 1959, 493, 497; OLG Frankfurt ZEV 1995, 457, 458 m. Anm. *Skibbe*.

1038 RGZ 99, 82, 84 ff.; BayObLG ZEV 1996, 191; *Nieder* ZEV 1996, 241 ff.

1039 *Grüneberg/Weidlich*, § 2108 Rn. 2.

kann.¹⁰⁴⁰ Grundsätzlich bestehen auch im Falle des Eintritts der Ersatzerbfolge die Beschwerden durch Vermächtnisse, Auflagen und Ausgleichspflichten fort (§§ 2161, 2192, 2051 Abs. 2 BGB).

4. Mehrere Erben

Der Erblasser kann mehrere Personen zu Miterben i.H.d. von ihm bestimmten Quoten berufen. 412 Er nimmt dann das Entstehen einer Erbengemeinschaft gem. § 2032 Abs. 1 BGB in Kauf. Er kann die Erben und die Erbquoten abweichend vom Gesetz bestimmen und ergänzende Anordnungen für die Verwaltung und Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft treffen.

Das Gesetz enthält Regelungen für die Erbengemeinschaft, ihre **Verwaltung** und ihre **Auseinandersetzung**. Die gesetzliche Regelung passt, wenn überhaupt, nur für die Erbengemeinschaft, die aus dem überlebenden Ehegatten und den mit dem Erblasser gemeinsamen Abkömmlingen besteht, nicht aber für heterogene Erbengemeinschaften, bei welchen der überlebende Ehegatte nicht mehr mit den Abkömmlingen des Verstorbenen verwandt ist. Die §§ 2032 bis 2057a BGB vermitteln keinen sinnvollen Rahmen für eine sachgerechte Verwaltung von komplexen Vermögenswerten. Auch die Vorschriften über die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft entsprechen nicht den wirtschaftlichen Anforderungen komplexer Verhältnisse. Die gesetzliche Regelung entbehrt all jener Bestandteile, die ein modernes Gesellschaftsrecht für die Verwaltung gemeinschaftlichen Vermögens oder das Wohnungseigentumsgesetz für die Eigentümergemeinschaften bereithalten.¹⁰⁴¹ Ergänzende Anordnungen sind also sinnvoll, wenn der Erblasser mehrere Personen als seine Nachfolger wünscht. Diese ergänzenden Anordnungen können vielfältiger Art sein, bei Unternehmen etwa die Vorgabe der gesellschaftsrechtlichen Struktur, die ergänzende Anordnung von Testamentsvollstreckung oder bspw. der Einbau von Stiftungen.

Unterlässt der Erblasser die quotenmäßige Bestimmung, so sind die Erben grundsätzlich zu unter sich gleichen Teilen berufen (§ 2091 BGB). Der **Einzel Erbteil** steht dem Miterben selbständig zu. Zu unterscheiden hiervon ist der **gemeinschaftliche Erbteil**. Dieser verbindet die in ihm zusammengefassten Miterben untereinander (§ 2093 BGB). Nach außen sind die Unterbruchteile eines gemeinschaftlichen Erbteils wiederum selbständige Erbteile. Für das Innenverhältnis gelten dann jedoch die §§ 2089 bis 2092 BGB.

Korrespondierend zur Erhöhung des gesetzlichen Erbteils bei **Wegfall** eines gesetzlichen Erben vor dem Erbfall (§ 1935 BGB) hat der Gesetzgeber für den Fall, dass einer der eingesetzten Miterben vor oder nach dem Erbfall wegfällt, Anwachsung an die übrigen Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile angeordnet (§ 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Wegfallen kann begründet sein im Vorversterben des Bedachten, in der Ausschlagung, der Erbuwürdigkeitserklärung, im Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) und auch im Erbverzicht.¹⁰⁴² Die **Folge der Anwachsung** ist, dass für die Belastung mit Vermächtnissen und Auflagen sowie sonstigen Beschwerden mit Ausgleichspflichten der angewachsene Teil sowie der ursprüngliche Erbteil als selbständige Erbteile behandelt werden (§ 2095 BGB). Im Übrigen werden angewachsene und ursprüngliche Erbteile als **ein** Erbteil angesehen. Allerdings kann der Erblasser zum einen die Anwachsung ausschließen (§ 2094 Abs. 3 BGB) und zum anderen ist auch die Regel, dass für bestimmte Teilbereiche angewachsener und originärer Erbteil als selbständige Erbteile zu behandeln ist, disponibel. Der Anwachsungsregelung der §§ 2094, 2095 BGB geht allerdings die Ersatzerbeneinsetzung, auch die stillschweigende und vor allem die gem. § 2069 BGB, vor. Dies bedeutet, dass bei Wegfall eines Kindes des Erblassers dessen Kinder zunächst gem. § 2069 BGB als Ersatzerben berufen sind. Eine Anwachsung gem. § 2094 BGB an die weiteren Kinder des Erblassers kommt dann regelmäßig nicht infrage. Gleich-

1040 *Lange/Kuchinke* § 27 VII 2.

1041 *Eberl-Borges*, Die Erbaueinandersetzung, 2000, S. 31; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 120 ff.; *Henrich/Schwab/Reimann*, Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, 2001, S. 41 f.

1042 Vgl. *Grüneberg/Weidlich* § 2094 Rn. 2.

wohl ist es empfehlenswert, klare Ersatzerb- und klare Anwachsungsregelungen in der Verfügung von Todes wegen vorzusehen.

5. Schlusserbe

- 416 Der Begriff »Schlusserbe« ist gesetzlich nicht bestimmt. Er hat sich in der Rechtspraxis herausgebildet. Unter »Schlusserbe« ist der Erbe des Letztversterbenden von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag zu verstehen. Grundsätzlich kann aber von der Verwendung des Begriffs »Schlusserbe« nicht auf eine Vor- und Nacherbfolge geschlossen werden.

II. Nacherbfolgeanordnung

1. Grundsatz

- 417 Mit der Nacherbfolgeanordnung kann der Erblasser den »Erben des Erben« für den Nachlass bestimmen, den er selbst vererbt hat. Die Nacherbfolgeanordnung ist insbesondere in den Fällen von Bedeutung, in welchen verhindert werden soll, dass bestimmte Personen am Nachlass des Erblassers partizipieren. Dies kann etwa ein geschiedener Ehegatte über die gemeinsamen Kinder als Erbeserbe sein. Ebenso kann der Erblasser bspw. mit einer Nacherbfolge erreichen, dass sein Vermögen zwar zunächst dem länger lebenden Ehegatten zufällt, dieses allerdings bei dessen Todesfall wiederum von seinen Erben, etwa »einseitigen« Kindern, ferngehalten wird. Vorerbe und Nacherbe sind jeweils Erben des Erblassers. Auf den Nacherben geht nur die Erbschaft des Erblassers über, nicht jedoch unbedingt das eigene Vermögen des Vorerben. Über dieses verfügt der Vorerbe unabhängig vom Willen des Erblassers. Die Nacherbfolge tritt, soweit der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, mit dem Tod des Vorerben ein (§ 2106 Abs. 1 BGB). Der Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge kann jedoch vorverschoben werden, er kann auch durch Bedingung und Befristung beeinflusst werden. Ebenso kann die Vorerbschaft als solche aufschiebend oder auflösend bedingt sein.
- 418 Gem. § 2108 Abs. 2 BGB ist das **Nacherbenanwartschaftsrecht** grundsätzlich vererblich und veräußerlich.¹⁰⁴³ Die Übertragung bedarf entsprechend § 2033 BGB, das Verpflichtungsgeschäft entsprechend § 2371 BGB, der notariellen Beurkundung. Unvererblichkeit ist die Ausnahme. Jedoch kann der Erblasser die Vererblichkeit (und damit auch die Veräußerlichkeit) ausschließen.¹⁰⁴⁴ Der Ausschluss wird in der Regel vorliegen, wenn der Erblasser ausdrücklich einen Ersatznacherben bestimmt hat.¹⁰⁴⁵ Wird ein Ersatznacherbe hingegen kraft gesetzlicher Auslegungsregel (§ 2069 BGB) berufen, so soll dies nach h.M. nicht reichen, um der Anwartschaft die Vererblichkeit (und Veräußerlichkeit) zu nehmen, weil das dispositive Recht des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB Vorrang vor der Auslegungsregel des § 2069 BGB genießt.¹⁰⁴⁶
- 419 Soweit ein **Unternehmen** in den Nachlass fällt, hat der Vorerbe das alleinige Entscheidungsrecht, ob er das Geschäft fortführen will oder durch Einstellung gemäß den §§ 27 Abs. 2, 25 Abs. 1 HGB die unbeschränkte persönliche Haftung abwendet. Der Nacherbe hat insoweit keine Mitwirkungsrechte. Wenn der Vorerbe das Handelsgeschäft fortführt, kann er sich alleine als Firmeninhaber in das Handelsregister eintragen lassen. Entsprechendes gilt, wenn eine Beteiligung an einer **Personengesellschaft** zum Nachlass gehört. Soweit eine Eintritts- oder Fortsetzungsklausel gesellschaftsvertraglich vereinbart ist, entscheidet ebenfalls der Vorerbe alleine, ob er hiervon Gebrauch machen will oder nicht. Rückt er in die Gesellschafterstellung ein, wird der Vorerbe Gesellschafter. Ihm

1043 Staudinger/*Avenarius* § 2100 Rn. 73; RGRK-BGB/*Kregel* § 2033 Rn. 8; Grüneberg/*Weidlich* § 2108 Rn. 2 ff.; BGHZ 87, 367, 369.

1044 H.M.; Grüneberg/*Weidlich* § 2108 Rn. 4; RGZ 170, 163; a.A. im Hinblick auf den Ausschluss der Veräußerlichkeit: Staudinger/*Avenarius* § 2108 Rn. 9 und § 2100 Rn. 76.

1045 Kritisch *Lange/Kuchinke* § 25 VII 3 und § 28 VII 1.

1046 Staudinger/*Avenarius* § 2108 Rn. 16 m.w.N.; a.A. BayObLGZ 1993, 334, 348 f. = MittBayNot 1994, 149, 150 f.; hierzu kritisch *J. Mayer* MittBayNot 1994, 111; OLG Braunschweig FamRZ 1995, 443, 444; vgl. ausführlich hierzu *Nieder* ZEV 1996, 241, 244 f.

gebühren die Gewinnanteile, die während der Vorerbschaft anfallen.¹⁰⁴⁷ Als Gesellschafter kann er alle Gesellschafterrechte ausüben (bspw. austreten oder kündigen). Desgleichen kann er Änderungen des Gesellschaftsvertrages mitbeschließen, sofern dies nicht gegen das Verbot der unentgeltlichen Verfügung gem. § 2113 Abs. 2 BGB verstößt.¹⁰⁴⁸

Da der Nacherbe Erbe des Erblassers ist, kann der Erblasser nicht dem Vorerben das Recht einräumen, den **Nacherben zu bestimmen** (§ 2065 Abs. 2 BGB). Eine derartige Verfügung ist dem in § 2104 Satz 1 BGB geregelten Fall gleichzusetzen.¹⁰⁴⁹ Zulässig ist es jedoch, einen **Nacherben** unter der (aufschiebenden oder auflösenden) **Bedingung** einzusetzen, dass der Vorerbe nicht selbst letztwillig anders über den Nachlass verfügt.¹⁰⁵⁰ Hier steht erst mit dem Tod des »Vorerben« (rückwirkend) fest, dass er Vollerbe gewesen ist. Der Nacherbenvermerk kann daher erst nach dem Tod des »Vorerben« gelöscht werden. Problematisch ist die Ermächtigung des Vorerben, beliebig anderweitig letztwillig über den Nachlass zu verfügen, ebenso wie die Ermächtigung des Vorerben, aus mehreren zu Nacherben bestimmten Personen denjenigen auszuwählen, der den Nachlass des Erblassers als »Schlusserbe« erhalten soll. Zur Frage, ob der Erblasser zu Nacherben diejenigen Personen bestimmen kann, die gewillkürte Erben des Vorerben werden, s. Rdn. 409.

Eine Nacherbeneinsetzung auf einzelne Nachlassgegenstände (**gegenständliche Nacherbeneinsetzung**) ist unzulässig.¹⁰⁵¹ Der Erblasser hat aber die Möglichkeit, bezüglich derjenigen Gegenstände, über die der Vorerbe wie ein Vollerbe frei verfügen kann, ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) zu seinen Gunsten anzuordnen, ggf. beschwert mit einem Nachvermächtnis (§ 2191 BGB).

2. Nicht befreiter Vorerbe

Soweit der Erblasser keine speziellen Regelungen trifft und auch im Wege der Auslegung nichts anderes ermittelbar ist, ist der Vorerbe von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB nicht befreit. So kann der Vorerbe über Grundbesitz (§ 2113 BGB) sowie über Hypothekenforderungen, Grund- und Rentenschulden (§ 2114 BGB) nicht ohne Zustimmung des Nacherben verfügen. Bezüglich der Anlegung von Geld ist er gebunden (§ 2119 BGB). Auf Verlangen des Nacherben sind Wertpapiere zu hinterlegen (§ 2116 BGB) und ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände anzulegen. Der Vorerbe ist verpflichtet, dem Nacherben über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu geben (§ 2127 BGB). Im Ergebnis gebühren ihm nur die **Erträge** der Erbschaft. Über diese kann er unter Lebenden, aber auch durch Testament frei verfügen. Der Nacherbe wird, soweit sich Grundbesitz im Nachlass befindet, durch den Nacherbenvermerk, welcher von Amts wegen einzutragen ist (§ 51 GBO), gesichert.

3. Befreiter Vorerbe

Gem. § 2136 BGB kann der Erblasser den Vorerben von einigen der Beschränkungen und Verpflichtungen aus den §§ 2113 ff. BGB befreien. Strikt vermutet wird diese Befreiung bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest (§ 2137 BGB). Eine völlige Befreiung hingegen ist nicht möglich. So kann der Erblasser den Vorerben nicht vom Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2113 Abs. 2 BGB)¹⁰⁵² befreien, von der Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 2115 BGB) und von der Pflicht zur Vorlage des Verzeichnisses der Nachlassgegenstände (§ 2121 BGB).¹⁰⁵³ Auch vom Surrogationsgrundsatz des § 2111 BGB kann der Vorerbe nicht befreit werden. Soweit einzelne

1047 BGH NJW 1990, 514, 515.

1048 BGHZ 78, 177, 182 ff.; *Reimann* Hereditare Bd. 7 (2017), 65, 80 ff.

1049 OLG Hamm ZEV 1995, 376.

1050 Grüneberg/*Weidlich* § 2065 Rn. 6; sehr weitgehend BGHZ 59, 220, 222 f.; kritisch hierzu: Münch-KommBGB/*Lieder* § 2100 Rn. 15 und *Frank* MittBayNot 1987, 231.

1051 Grüneberg/*Weidlich* § 2087 Rn. 1; *Otte* NJW 1987, 3164.

1052 Dazu *Heider* ZEV 1995, 1.

1053 Vgl. auch *Müller* ZEV 1996, 179.

Gegenstände nicht dem Nacherbenrecht unterliegen sollen, sind sie als Vorausvermächtnis dem Vorerben zuzuwenden. Die Befreiung des Vorerben ist im Grundbuch einzutragen (§ 51 GBO) und im Erbschein anzugeben (§ 2363 BGB).

- 424 Ob die Befreiung auf **einzelne Nachlassgegenstände beschränkt** werden kann, ist streitig.¹⁰⁵⁴ Die sichere Gestaltungsmöglichkeit ist angesichts fehlender obergerichtlicher Rechtsprechung der Weg über das Vorausvermächtnis, eventuell gekoppelt mit einem Nachvermächtnis (§ 2191 BGB), oder die Beschwerung des Nacherben mit der Pflicht, bestimmten Verfügungen des Vorerben zuzustimmen.¹⁰⁵⁵ Der Vorerbe kann sein Recht auf den Nacherben übertragen und umgekehrt der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben. Im Falle der letzteren Verfügung führt dies zwar dazu, dass der Vorerbe Vollerbe wird; allerdings ergeben sich Probleme, wenn ein Ersatznacherbe berufen ist.¹⁰⁵⁶

4. Der superbefreite Vorerbe

- 425 Fraglich ist, ob man durch testamentarische Anordnungen den Vorerben noch zusätzlich freistellen kann. Die Auswirkungen einer Nacherbfolgeanordnung sind gravierend: Sie nehmen dem Vorerben, auch wenn er von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit ist, die Möglichkeit, Gegenstände des Nachlassvermögens zu verschenken und eigenständig zu vererben. Wegen dieser Konsequenz wird die Nacherbfolgeanordnung in vielen Fällen als für den Erstbedachten als zu belastend empfunden. Die Möglichkeiten, den Vorerben noch freier zu stellen, als das Gesetz dies vorsieht, sind gering.¹⁰⁵⁷ Es ist zu unterscheiden zwischen Lösungen, die mit der Nacherbfolgeanordnung arbeiten und solchen, die sie ersetzen.

Zur ersten Gruppe gehören

- ein die Nacherbschaft begleitendes Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben,
- die auflösend bedingte Nacherbschaft, die es dem Vorerben ermöglichen soll, in weiterem Umfang selbst zu verfügen,
- die aufschiebend bedingte Nacherbeneinsetzung, die mit anderen Mitteln Ähnliches zu erreichen versucht,
- das den Nacherben belastende Zustimmungsvermächtnis und
- die Einsetzung des Vorerben zum Mittestamentsvollstrecker.

Zur zweiten Gruppe gehören

- die Einsetzung des Erstbedachten zum Nießbraucher, ggf. auch zum Testamentsvollstrecker, und
- das Herausgabevermächtnis auf den Todesfall des Erstbedachten.

- 426 Als **Alternative** kann vor allem das **Herausgabevermächtnis**, das den Erstbedachten bzw. dessen Erben verpflichtet, alles, was aus dem Nachlass des Erblassers stammt, an die Zweitbedachten herauszugeben, in Betracht kommen. Wegen der geringen »Regelungsdichte« des Vermächtnisses¹⁰⁵⁸ ist das Herausgabevermächtnis regelmäßig nur mit detaillierten begleitenden Anordnungen sinnvoll.¹⁰⁵⁹
- 427 Beim Vorausvermächtnis bleibt zu überlegen, ob nicht zur Steuerung der Rechtsnachfolge ein **Nachvermächtnisnehmer** bezüglich des Vorausvermächtnisgegenstandes bestimmt werden sollte (§ 2191 BGB). Ein **Zustimmungsvermächtnis** bleibt problematisch, weil es keine Wirkung vor Eintritt des

1054 Bejahend: MünchKommBGB/*Lieder* § 2136 Rn. 13; NK-BGB/*Gierl* § 2136 Rn. 12; RGRK-BGB/*Johannsen* § 2136 Rn. 8; *Muscheler*, Hereditare 3 (2013), S. 159, 176; verneinend: *Staudinger/Avenarius* § 2136 Rn. 3.

1055 *Staudinger/Avenarius* § 2136 Rn. 7.

1056 Vgl. *Nieder* ZEV 1996, 241; *Neukirchen* RNotZ 2018, 357, 360.

1057 Vgl. *Kanzleiter*, FS Schippel 1996, 288; *J Mayer* ZEV 2000, 1; *Wingarter*, Die Erweiterung der Befugnisse des befreiten Vorerben, Diss. Regensburg 2000; *Nolting*, Die Befreiung des Vorerben über die Grenzen des § 2136 BGB hinaus, Diss. Bielefeld 2003.

1058 *J. Mayer*, ZEV 2000, 1, 8.

1059 *Reimann* MittBayNot 2002, 4; *Hölscher* ZEV 2009, 213.

Nacherbfalles entfaltet.¹⁰⁶⁰ Einzelzustimmungsvermächtnisse dieser Art werden mit diesem Vorbehalt möglich sein und nicht gegen § 2136 BGB verstoßen. Beim generellen Zustimmungsvermächtnis ist dies fraglich. Eine **Freistellung des befreiten Vorerben vom Schenkungs- und Vererbungsverbot** ist unwirksam; die Rechtsprechung¹⁰⁶¹ legt derartige Anordnungen regelmäßig als Vollerbschaft des Vorerben aus.¹⁰⁶²

Als Alternative zur Nacherbfolgeanordnung kommt auch die Einsetzung des Zweitbedachten zum Vollerben infrage. Dieser kann dann mit einem **Nießbrauch** zugunsten des als »Vorerben« Vorgeesehenen belastet werden. Diese Alternative kann aus steuerlichen Gründen geboten sein. Der Erblasser kann dann aber nicht von der Möglichkeit der Nichtvererblichkeit des Nacherbenrechts und der Ersatznacherbenregelung Gebrauch machen, weil der Nachlass mit dem Erbfall bereits auf den als »Nacherben« Vorgeesehenen übergeht. 428

III. Vermächtnis

1. Grundsatz

Neben der Erbeinsetzung ist das Vermächtnis der wichtigste vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Gestaltungstyp: Jedem Vermächtnisnehmer steht ein schuldrechtlicher Anspruch (§ 2174 BGB) gegenüber dem Beschwerten (gesetzlicher oder gewillkürter Erbe oder Vermächtnisnehmer, § 2147 BGB) zu. Das Vermächtnis unterscheidet sich von der Erbeinsetzung dadurch, dass der Gläubiger (Vermächtnisnehmer) nicht am Nachlass dinglich beteiligt ist. Gleichwohl kann in der Zuwendung einzelner Gegenstände auch eine Erbeinsetzung gesehen werden, wenn diese Gegenstände nach der Vorstellung des Erblassers praktisch den gesamten Nachlass ausmachen und der Bedachte nach dem Willen des Erblassers dessen wirtschaftliche Stellung fortsetzen sollte.¹⁰⁶³ Das Vermächtnis ist interessant, weil bei ihm der Grundsatz der Eigenbestimmtheit der letztwilligen Anordnung (§ 2065 BGB) teilweise durchbrochen ist. Beim Zweckvermächtnis kann der Bestimmungsberechtigte den Gegenstand, die Bedingungen der Leistung sowie die Zeit der Fälligkeit feststellen und die Auswahl der Person des Empfängers in den Grenzen der §§ 2151 und 2152 BGB dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen. Dies kann bei der Bestimmung des Unternehmensnachfolgers von Bedeutung sein. 429

Auch beim Vermächtnisnehmer kommt der **Ersatzberufung** große Bedeutung zu. Nach § 2190 BGB kann ein Ersatzvermächtnisnehmer ähnlich dem Ersatzerbenrecht bestimmt werden. Fehlt eine klare Anordnung des Erblassers, greift die Auslegungsregel des § 2069 BGB Platz. Sofern dies nicht gewünscht wird, ist eine Ersatzvermächtnisnehmerberufung in der Verfügung von Todes wegen auszuschließen. Auch Nachvermächtnisse sind möglich (§ 2191 BGB). 430

2. Besondere Vermächtnisarten

Unter **Quotenvermächtnis** versteht man die Zuwendung eines Bruchteils des Nachlasswertes. Es ist ein echtes Vermächtnis.¹⁰⁶⁴ Soweit der Bedachte jedoch eine echte Mitbeteiligung an der Erbschaft erhalten soll, liegt Erbeinsetzung vor.¹⁰⁶⁵ 431

Betrifft das Vermächtnis einen bestimmten Gegenstand (**Stückvermächtnis**), der im Zeitpunkt der Abfassung der Verfügung von Todes wegen zum Vermögen des Erblassers gehört, so ist § 2169 Abs. 1 BGB zu beachten: Im Zweifel ist danach anzunehmen, dass der Erblasser ein **Verschaffungsvermächtnis** nicht gewollt hat. Gehört also der vermachte Gegenstand im Zeitpunkt des Erbfalls 432

1060 BayObLGZ 1966, 271, 274 f.; Soergel/Wolf § 2147 Rn. 13; RGRK-BGB/Johannsen § 2147 Rn. 6.

1061 OLG Oldenburg DNotZ 1956, 195; OLG Bremen DNotZ 1956, 159.

1062 Vgl. auch Staudinger/Avenarius § 2136 Rn. 11; MünchKommBGB/Lieder § 2136 Rn. 2.

1063 BayObLGZ 1965, 457, 460; Grüneberg/Weidlich § 2087 Rn. 2.

1064 BGH MDR 1978, 649.

1065 Lange/Kuchinke § 27 II 2 und § 29 II 2.

nicht mehr dem Erblasser, weil er ihn nach Testamenterrichtung und vor dem Erbfall veräußert hat, so ist die Vermächtnisanordnung im Zweifel nicht wirksam. Hat der Erblasser eine Gegenleistung für die Veräußerung des Gegenstandes erlangt oder einen Anspruch auf Gegenleistung, so stellt sich die Frage, ob anstelle des Gegenstandes der Anspruch auf die Gegenleistung, diese selbst oder ihr Wert vermacht sein sollten. Nur für den Fall des Forderungsvermächtnisses (§ 2173 BGB) soll im Zweifel anstelle der nicht mehr bestehenden vermachten Forderung die vom Schuldner erbrachte Leistung vermacht sein. Darüber hinaus kennt das Vermächtnisrecht eine allgemeine Surrogationsregel nicht. § 2169 Abs. 3 BGB ist nicht entsprechend anwendbar. Es ist allenfalls möglich, im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung den Erlös als vermacht anzusehen.¹⁰⁶⁶

- 433 **Vorausvermächtnis** (§ 2150 BGB) ist die Zuwendung einzelner Gegenstände oder einer Mehrheit von solchen an den Erben oder Miterben neben seiner Erbeinsetzung. Es ist abzugrenzen von der Teilungsanordnung gem. § 2048 BGB.
- 434 Wichtig kann beim Vorausvermächtnis das **Nachvermächtnis** (§ 2191 BGB) sein, da es dem Erblasser ermöglicht, das Schicksal des Vorausvermächtnisgegenstandes über den Tod des Vorausvermächtnisnehmers zu beeinflussen. Wendet der Erblasser denselben Gegenstand in zeitlicher Reihenfolge nacheinander verschiedenen Personen dergestalt zu, dass der erste Vermächtnisnehmer (nicht der Erbe, es sei denn es handelt sich um ein Vorausvermächtnis) bei Eintritt eines Termins oder einer Bedingung dem Dritten (Nachvermächtnisnehmer) den Gegenstand herauszugeben hat, so liegt ein Nachvermächtnis gem. § 2191 BGB vor. Die Vorschriften über die Nacherbschaft werden weder unmittelbar noch analog angewandt, mit Ausnahme der in § 2191 Abs. 2 BGB ausdrücklich aufgeführten Bestimmungen. Das Nachvermächtnis ist stets ein aufschiebend bedingtes oder betagtes Vermächtnis (§ 2177 BGB). Es fällt dem Nachvermächtnisnehmer nicht mit dem Erbfall, sondern erst mit dem vom Erblasser bestimmten Zeitpunkt bzw. mit dem Tod des Vorvermächtnisnehmers an (§§ 2191 Abs. 2, 2106 Abs. 1 BGB). Demzufolge findet vom Erbfall bis zum Anfall des Nachvermächtnisses § 2179 BGB Anwendung, welcher auf die Normen des allgemeinen Teils verweist, die für die unter aufschiebender Bedingung geschuldete Leistung gelten. Dem Nachvermächtnisnehmer steht ab Erbfall und endend mit Anfall des Nachvermächtnisses eine Anwartschaft zu. Diese ist jedoch nicht dem Anwartschaftsrecht des Nacherben vergleichbar, da § 2108 BGB gem. § 2191 Abs. 2 BGB nicht unmittelbar auf das Nachvermächtnis anwendbar ist.

3. Anfall und Fälligkeit

- 435 Zwischen Anfall und Fälligkeit ist zu differenzieren. Der Vermächtnisanspruch (Anfall), mithin die Forderung des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Beschwerten, wird mit dem Erbfall existent (§ 2176 BGB).¹⁰⁶⁷ Ausnahmen regeln die §§ 2177 bis 2179 BGB. Demzufolge fällt das Vermächtnis bei aufschiebender Bedingung oder bei Befristung erst mit Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunktes an. Vom Anfall ist die Fälligkeit zu unterscheiden. Soweit vom Testator nichts anderes bestimmt ist, ist mit dem Anfall des Vermächtnisses dieses auch fällig. Jedoch kann der Erblasser eine spätere Fälligkeit anordnen. Soweit Anfall und Fälligkeit auseinanderfallen, ist klarzustellen, inwieweit der Vermächtnisnehmer nach dem Anfall bis zur Fälligkeit eine Sicherung seines Anspruches verlangen kann (z.B. Auffassungsvormerkung bei Grundstücken). Auch die Frage, wem die Zinsen zustehen und wer Verwendungen auf den Vermächtnisgegenstand zu tragen hat, ist zweckmäßigerweise zu regeln.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ BGHZ 22, 357, 360 ff.

¹⁰⁶⁷ BGH NJW 1961, 1915, 1916.

¹⁰⁶⁸ Vgl. *Reimann* MittBayNot 2002, 4.

4. Vormerkungsfähigkeit

Bei Grundstücksvor- und -nachvermächtissen stellt sich die Frage der Vormerkbarkeit des Nachvermächtisnehmeranspruchs. Nach der h.M.¹⁰⁶⁹ wird grundsätzlich dem Nachvermächtisnehmer die Sicherungsmöglichkeit durch Eintragung einer Vormerkung zugebilligt. Soweit eine Vormerkung eingetragen ist, hat der Vorvermächtisnehmer gegenüber dem durch Aufassungsvormerkung gesicherten Nachvermächtisnehmer analog §§ 2124 ff., 2120 BGB die Ansprüche des Vorerben gegen den Nacherben.¹⁰⁷⁰

IV. Auflage

Die Auflage begründet für den Begünstigten kein Recht; sie ist demzufolge keine Zuwendung von Todes wegen (§§ 1940, 2192 bis 2196 BGB). Mit der Auflage wird eine bestimmte Verpflichtung gegenüber dem Vollziehungsberechtigten zugunsten des Auflagebegünstigten begründet. Eine Verpflichtung zur Errichtung einer bestimmten Verfügung von Todes wegen oder Unterlassung einer solchen kann nicht wirksam begründet werden (§ 2302 BGB analog).¹⁰⁷¹ Der Begünstigte selbst hat keinen Anspruch auf die Leistung (§ 328 BGB). Beschwer werden kann mit der Auflage sowohl der Erbe als auch ein Vermächtnisnehmer. Klassische Beispiele für eine Auflage sind Bestimmungen über Errichtung und Art des Grabdenkmals, Grabpflege, Versorgung von Haustieren oder schuldrechtliche Veräußerung und Leistungsverbote. Auch kann die Art der Bestattung durch Auflage geregelt werden. Dies empfiehlt sich jedoch regelmäßig deshalb nicht, weil das Testament zu einem Zeitpunkt eröffnet wird, zu welchem die Beerdigung des Erblassers längst durchgeführt ist. Solche Verfügungen des Erblassers sollten also nicht im Testament, sondern durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden. Eine Auflage kann aus verschiedenen Gründen unwirksam sein (z.B. wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB oder Verbotswidrigkeit der angeordneten Leistung, §§ 2192, 2171 BGB).

V. Teilungsanordnung, Erbteilungsverbot

Ohne weitere Bestimmungen durch den Erblasser erfolgt die Auseinandersetzung des Nachlasses gem. § 2042 BGB nach den Grundsätzen für die Auseinandersetzung einer Bruchteilsgemeinschaft. Bei einer Erbengemeinschaft kann jeder Miterbe die Auseinandersetzung jederzeit verlangen, der Anspruch richtet sich gegen alle anderen Miterben. Er ist unverjährbar (§§ 2042 Abs. 2, 758 BGB).

Der Erblasser kann durch **Teilungsanordnung** Bestimmungen über die Auseinandersetzung treffen (§ 2048 BGB). Durch Teilungsanordnungen kann der Erblasser vermeiden, dass langfristig gewachsene Vermögenswerte zerschlagen werden.¹⁰⁷² Derartige Auseinandersetzungs- bzw. Teilungsanordnungen können in einem Testament oder einem Erbvertrag getroffen werden. Sie nehmen jedoch an der erbvertraglichen Bindungswirkung (§ 2278 Abs. 2 BGB) nur teil, wenn sie zugleich Vermächtnisse oder Auflagen beinhalten. Teilungsanordnungen bewirken keinen unmittelbaren mit dem Erbfall eintretenden Übergang des Eigentums an den zugewiesenen Gegenständen. Eine Teilungsanordnung wirkt vielmehr nur schuldrechtlich zwischen den Miterben, die Höhe der Erbteile und deren Wert bleiben dabei unberührt. Jeder Miterbe hat einen Anspruch auf Einhaltung dieser Anordnung, aber durch gemeinsame Vereinbarung können die Erben sich über die Teilungsanordnung hinwegsetzen.¹⁰⁷³ Ist Testamentsvollstreckung angeordnet, dann ist der Testamentsvollstrecker Adressat des Teilungsbegehrens der Miterben, weil die Erben selbst nicht verfügungsbefugt sind. Er ist verpflichtet, die Auseinandersetzung gemäß der Teilungsanordnung des Erblassers zu bewirken (§§ 2204

1069 BayOblG Rpfleger 1981, 190.

1070 *Maur* NJW 1990, 1161.

1071 BayOblG FamRZ 1986, 608; jedoch kommt die Umdeutung in die Anordnung einer Vor- und Nacherbenschaft in Betracht, vgl. OLG Schleswig ZEV 2015, 471, 473.

1072 *Ebenroth* Rn. 789.

1073 *Grüneberg/Weidlich* § 2048 Rn. 4.

Abs. 1, 2048 BGB) und ist dabei unabhängig von den Weisungen der Erben. Das Einverständnis der Erben, Verfügungen entgegen der Teilungsanordnung vorzunehmen, hebt die Teilungsanordnung des Erblassers nicht auf. Dadurch werden lediglich Schadensersatzansprüche der Erben gegen den Testamentsvollstrecker vermieden, weil er entgegen seiner Verpflichtungen aus §§ 2203, 2204 BGB gehandelt hat. Das Einverständnis ist bis zur Vornahme der Verfügung frei widerruflich.¹⁰⁷⁴

- 440 Die Teilungsanordnung ist vom **Vorausvermächtnis** abzugrenzen. Beim Vorausvermächtnis ist der gesamte Nachlass mit dem Vermächtnis belastet und der Bedachte selbst mitbeschwert. Das Vorausvermächtnis nimmt im Gegensatz zur Teilungsanordnung an der Bindungswirkung von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament teil. Ob eine ausgleichungspflichtige Teilungsanordnung oder ein begünstigendes Vorausvermächtnis gewollt ist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹⁰⁷⁵ Klärstellungen in Testament und Erbvertrag sind zweckmäßig.
- 441 Der Erblasser kann gem. § 2044 Abs. 1 BGB durch letztwillige Verfügung den Ausschluss der Auseinandersetzung, also ein **Erteilungsverbot**, verfügen. Eine Anordnung, wonach die Auseinandersetzung trotz übereinstimmenden Willens aller Erben nicht vorgenommen werden soll, stellt eine Auflage zulasten aller Miterben dar.¹⁰⁷⁶ Der Auseinandersetzungsausschluss durch den Erblasser wirkt allerdings nur schuldrechtlich. Die Verfügungsmacht der Miterben bleibt unberührt, falls sich die Erben einvernehmlich über das Teilungsverbot hinwegsetzen, sofern nicht zur Absicherung Testamentsvollstreckung angeordnet ist. In der Anordnung der Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) liegt regelmäßig ein Erteilungsverbot.¹⁰⁷⁷

VI. Testamentsvollstreckung

- 442 Besondere Bedeutung für die Testamentsgestaltung hat die Testamentsvollstreckung, gibt sie doch dem Erblasser die Möglichkeit, in gewissen Grenzen über eine Person seines Vertrauens auch über den Tod hinaus Einfluss auf den Nachlass auszuüben.¹⁰⁷⁸

1. Grundsatz

- 443 Testamentsvollstreckung ist anzuordnen, wenn sie die Realisierung des letzten Willens fördert. Eine Verwaltungsvollstreckung ist – anders als die Abwicklungsvollstreckung – auf die nachhaltige Nutzbarmachung des verwalteten Vermögens und auf die Erzielung von Erträgen (für die Erben) gerichtet, und zwar auch in der Regel unter Ausschluss der Erben. Bei entsprechender Gestaltung stellte sie eine Art fürsorglicher Bevormundung des Erben dar, durch den Ausschluss der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Erben einerseits und durch Ausschluss des Zugriffs der Eigengläubiger des Erben auf den Nachlass (§ 2214 BGB) andererseits. Durch eine Verwaltungsvollstreckung kann ein großes Vermögen, auch ein Unternehmen, für lange Zeit zusammengehalten werden. Der Erblasser kann durch die Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung einen geschäftsuntüchtigen Erben, einen unerwünschten Vormund bzw. Betreuer und unerwünschte familienrechtliche Beschränkungen (§ 1365 BGB, Gütergemeinschaft des Erben, Betreuungs- bzw. Familiengericht) ausschließen. Durch die Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker, etwa der Witwe, kann ihr in vermögensrechtlicher Beziehung die Stellung eines Familienoberhauptes gegeben werden. Gegenüber einer familienrechtlichen Anordnung nach § 1638 BGB hat die Anordnung der Testamentsvollstreckung den Vorteil, dass sie weniger schroff erscheint, die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft nach § 1809 BGB entbehrlich macht und über das Volljährigkeitsdatum hinaus angeordnet werden kann.

¹⁰⁷⁴ OLG München MittBayNot 2019, 166 m. Anm. *Reimann*.

¹⁰⁷⁵ BGH FamRZ 1987, 475, 476.

¹⁰⁷⁶ BGHZ 40, 115, 117.

¹⁰⁷⁷ *Reimann* DNotZ 2016, 769.

¹⁰⁷⁸ Vgl. dazu im Einzelnen: Staudinger/*Dutta* §§ 2197 ff.

2. Arten der Testamentsvollstreckung

Die §§ 2197 bis 2228 BGB ermöglichen es dem Erblasser, dem Testamentsvollstrecker umfassende Aufgaben zuzuweisen oder ihn aber mit der Abwicklung einzelner Aufgaben zu betrauen. Die Verwaltungsvollstreckung, die auch in der Form der Dauervollstreckung gem. § 2210 BGB mit den dort genannten Ausnahmen für höchstens dreißig Jahre möglich ist, ermächtigt den Testamentsvollstrecker den Nachlass in Besitz zu nehmen und zu verwalten sowie über Nachlassgegenstände zu verfügen. Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers verdrängt diejenige des Erben. Bei der Abwicklungsvollstreckung ist es Aufgabe des Testamentsvollstreckers, einzelne Vermächtnisse oder Auflagen zu erfüllen (§ 2203 BGB) oder aber die Auseinandersetzung unter den Erben zu bewirken (§ 2204 BGB). Bei der Nacherbenvollstreckung (§ 2222 BGB) nimmt der Testamentsvollstrecker die Rechte des Nacherben bis zum Eintritt der Nacherbfolge wahr. Die Nacherbenvollstreckung beschwert also nicht den Vorerben, sondern den Nacherben. Daneben kann auch der Vorerbe zusätzlich durch eine Verwaltungs- oder Abwicklungsvollstreckung beschwert sein.

3. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstrecker ist Träger eines privaten Amtes, das ihm vom Erblasser übertragen ist und das er kraft eigenen Rechtes, also unabhängig vom Willen des Erben, und im eigenen Namen, aber – im Rahmen der letztwilligen Anordnung des Erblassers – doch im Interesse anderer, vor allem der Erben, ausübt.¹⁰⁷⁹ Gleichwohl bleibt der Erbe Eigentümer der zum Nachlass gehörenden Gegenstände und Träger der in den Nachlass fallenden Rechte. Ein abstraktes Handeln »für den Nachlass« ist nicht möglich. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist derjenigen eines gesetzlichen Vertreters angenähert. Er hat sich – wie ein Vertreter – als solcher zu bezeichnen, will er vermeiden, dass er aus den Rechtsgeschäften, die er als Testamentsvollstrecker vornimmt, persönlich haftet. Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers schließt diejenige des Erben aus (§§ 2205 Satz 2, 2211 BGB). Die Anordnung der Testamentsvollstreckung enthält also eine Beschränkung der Rechtsstellung des Erben (vgl. §§ 2306, 2338 Abs. 1 Satz 2, 2376 BGB). Der Testamentsvollstrecker kann allerdings ohne Mitwirkung der Erben nicht unentgeltlich verfügen, auch nicht teilentgeltlich (§ 2205 Satz 3 BGB).

Zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben besteht ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, kein vertragliches oder vertragsähnliches.¹⁰⁸⁰ Aufgrund des gesetzlichen Verpflichtungsverhältnisses zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben ist es diesem möglich, seinen Rechtsanspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung gegen den Testamentsvollstrecker im Zivilprozess, also nicht im nachlassgerichtlichen Verfahren, durchzusetzen. Der Erbe kann vom Testamentsvollstrecker jederzeit verlangen, dass dieser seine Befugnisse nicht überschreite.¹⁰⁸¹

Der Testamentsvollstrecker leitet seine Rechtsmacht vom Erblasser ab, nicht vom **Nachlassgericht**; das gilt auch dann, wenn dieses auf Ansuchen des Erblassers gem. § 2200 BGB die Ernennung ausspricht. Der Testamentsvollstrecker unterliegt daher nicht der Aufsicht des Nachlassgerichts (wie etwa der Vormund der Aufsicht des Familiengerichts, §§ 1802, 1861 f. BGB), und zwar selbst dann nicht, wenn der Erblasser dies anordnet. Der Aufgabenkreis des Nachlassgerichts beruht auf öffentlichem Recht. Er kann daher vom Erblasser weder erweitert noch eingengt werden. Insbesondere kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht einer weitergehenden Aufsicht des Nachlassgerichts unterwerfen. Dies bedeutet nicht, dass das Nachlassgericht keinerlei Funktionen bei der Testamentsvollstreckung hätte. Annahme und Ablehnung des Amtes sind dem Nachlassgericht gegenüber zu erklären (§ 2202 BGB). Es stellt auch das Testamentsvollstreckerzeugnis aus (§ 2368 BGB i.V.m. §§ 354, 352 ff. FamFG). So kann es den Testamentsvollstrecker ernennen, wenn es

1079 Amtstheorie, h.M. in Rechtsprechung und Literatur; Staudinger/*Dutta* Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rn. 19 f., m.w.N.

1080 BGHZ 69, 235; Grüneberg/*Weidlich* Einf. vor § 2197 Rn. 2.

1081 BGHZ 25, 275, 283.

vom Erblasser darum ersucht wurde (§ 2200 BGB). Ist die Ernennung einem Dritten überlassen, erfolgt die Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2198 BGB). Es kann auf Antrag eines Beteiligten Anordnungen des Erblassers außer Kraft setzen, wenn ihre Befolgung den Nachlass erheblich gefährden würde (§ 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB). Es entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten unter mehreren Testamentsvollstreckern (§ 2224 BGB), jedoch nicht durch eine eigenständige Meinung, sondern nur durch das Votum für die eine oder andere Position. Die Kündigung des Amtes durch den Testamentsvollstrecker erfolgt gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2226 BGB). Die wichtigste Funktion des Nachlassgerichtes ist aber das Entlassungsrecht aus wichtigem Grund gem. § 2227 BGB. Durch dieses Recht hat das Nachlassgericht einen mittelbaren Einfluss auf die Testamentsvollstreckung.

Auch **familienrechtliche Beschränkungen** des Erben gelten i.d.R. nicht für den Testamentsvollstrecker. § 1365 BGB gilt nicht für den Testamentsvollstrecker, wenn der Erbe im gesetzlichen Güterstand lebt. Einschränkungen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ergeben sich auch nicht aus der Gütergemeinschaft des Erben. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Testamentsvollstrecker sein Recht vom Erblasser, nicht vom Erben ableitet. Beruhen Verfügungen des Testamentsvollstreckers – z.B. bei Auseinandersetzung – nicht nur auf der letztwilligen Anordnung, sondern auch auf besonderen Vereinbarungen mit den Beteiligten, kommen jedoch die familienrechtlichen Beschränkungen zur Geltung.

Will der Erblasser, dass der Testamentsvollstrecker einer **Kontrolle** unterliegt, muss er diese durch letztwillige Anordnungen selbst einführen, etwa durch die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker, die Beteiligung der Erben an den Entscheidungsprozessen oder durch die Bindung der Testamentsvollstrecker bei bestimmten Entscheidungen an die Mitwirkung Außenstehender, etwa eines Wirtschaftsprüfungsunternehmens.¹⁰⁸²

Hat der Erblasser eine **trans- oder postmortale Vollmacht** an einen Dritten erteilt, kann es zu einer unerwünschten Konkurrenz zwischen der Verfügungsmacht des Bevollmächtigten und derjenigen des Testamentsvollstreckers kommen.¹⁰⁸³ Es bestehen keine Bedenken dagegen, dass jemand sowohl die Stellung eines Testamentsvollstreckers als auch die eines Bevollmächtigten oder Generalbevollmächtigten aufgrund einer ihm vom Erblasser über dessen Tod hinaus erteilten Vollmacht innehat.¹⁰⁸⁴ Er kann als Bevollmächtigter u.U. – wenn die Vollmacht (z.B. Generalvollmacht) dies gestattet – auch unentgeltlich Geschäfte vornehmen oder Rechtsgeschäfte mit sich selbst, wenn er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, was er als Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht kann (§ 2205 Satz 3 BGB).

Auch eine **Interimsvollmacht** an den künftigen Testamentsvollstrecker ist sinnvoll, damit der Nachlass bis zum Amtsbeginn handlungsfähig bleibt. Die Vollmacht kann dadurch verstärkt werden, dass der Erblasser die Erben durch Auflage verpflichtet, die Vollmacht beizubehalten.

4. Die möglichen Aufgaben eines Testamentsvollstreckers

- 446 Der Erblasser wird also zunächst zu überprüfen haben, welche Ziele er mit seiner Verfügung von Todes wegen durchsetzen möchte. Sodann wird er prüfen müssen, was von diesen Zielen von den Erben und Vermächtnisnehmern selbst realisiert werden kann. Schließlich wird er zu entscheiden haben, ob er sich damit abfinden soll, dass einzelne der von ihm an sich verfolgten Ziele mit den Erben und Vermächtnisnehmern nicht durchgesetzt werden können oder ob er Dritte damit betrauen soll, die verbleibenden Restziele zu verwirklichen. Die Entscheidung hierüber wird davon abhängen, welches Gewicht der Erblasser den einzelnen Zielen zuweist. Er wird insbesondere entscheiden müssen, ob die von ihm verfolgten Ziele die mit einer Testamentsvollstreckung stets verbundene Beschränkung

¹⁰⁸² Vgl. dazu *Reimann*, FamRZ 1995, 588.

¹⁰⁸³ Vgl. dazu ausführlich Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Zinger Handbuch der Testamentsvollstreckung [HbTV] § 1 Rn. 35 ff.

¹⁰⁸⁴ BGH DNotZ 1963, 305; vgl. BayObLG-Rp 1995, 59.

der Erben rechtfertigen. Hierbei sind die Besonderheiten des Nachlasses (z.B. Unternehmen, Auslandsbesitz etc.) wie auch familiäre Bedürfnisse zu berücksichtigen.

Die unter diesen Gesichtspunkten durchzuführende **Analyse der Sachlage** und der **Regelungsziele** 447 wird zu einer Definition der Aufgaben des Testamentsvollstreckers führen. Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers können kurzfristiger oder längerfristiger Art sein. Im ersten Fall wird das gesetzliche Regelbild der Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203, 2204 BGB) im Vordergrund stehen, bei längerfristigen Aufgaben die Verwaltungs- und Dauervollstreckung (§§ 2205, 2209 BGB).

Dem eher **kurzfristigen Bereich** ist die fachmännische Organisation der Nachlassabwicklung zuzu- 448 ordnen. Dazu gehören:

- die Erfüllung von Vermächtnis und Auflagen,
- die Auseinandersetzung des Nachlasses,
- die Konstituierung des Nachlasses unmittelbar in der Zeit nach dem Ableben des Erblassers, um Differenzen zwischen Nachlassbeteiligten, insbesondere über die Einzelzuweisung von Gegenständen und über Bewertungsfragen, zu vermeiden und
- bei Unternehmen auch die Auswahl eines Unternehmensnachfolgers aus einer Mehrheit von Erben oder Vermächtnisnehmern, die Festlegung der Unternehmensstruktur und die Einsetzung einer funktionierenden Geschäftsführung für die zum Nachlass gehörenden Unternehmen.

Dem eher **längerfristigen Bereich** sind zuzuordnen: 449

- Eine geschäftsführende Tätigkeit des Testamentsvollstreckers in der Erbengemeinschaft,
- die Einflussnahme auf künftige Entscheidungen in der Verwaltung des Nachlasses, vor allem bei Nachlassunternehmungen,
- bei Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen deren eigenverantwortliche Verwaltung, also die eigentliche unternehmerische Tätigkeit,
- die Beschränkung des Erben in seinen Zugriffsmöglichkeiten auf den Nachlass, also nicht die aktive Aufgabenzuweisung an den Testamentsvollstrecker, sondern eine Tätigkeit im »defensiven« Bereich,
- die nachhaltige Abschirmung des Nachlasses gegen die Eigengläubiger des Erben (§ 2214 BGB) und
- die Nacherbenvollstreckung gem. § 2222 BGB.

Je nach Art der erforderlichen Testamentsvollstreckung sind dann die Intensität der Aufgaben und die Art der Abwicklung, auch ihre Dauer, festzulegen. Auch die Frage, ob der Testamentsvollstrecker alleine oder mit anderen agieren soll, ist zu entscheiden.

Dem Testamentsvollstrecker können dabei auch **andere Aufgaben** zugewiesen werden, die jedem 450 Dritten überantwortet werden können. Der Testamentsvollstrecker kann also zusätzlich

- Vormund oder Betreuer von Nachlassbeteiligten sein,
- trans- oder postmortaler Bevollmächtigter des Erblassers werden,
- Bestimmungsrechte jeder Art nach den §§ 315 ff. BGB ausüben,
- Schiedsgutachter und Schiedsrichter sein,
- im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich Sonderfunktionen haben, etwa als Geschäftsführer oder Aufsichtsrat bei einer Gesellschaft oder
- Stiftungsorgan sein.

5. Die Rechtsstellung des Verwaltungsvollstreckers (Dauervollstreckers) im Besonderen

Für alle Fälle, in denen einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nach § 2209 451 BGB übertragen ist, gilt nach Satz 2 die Auslegungsregel, dass der Testamentsvollstrecker in der **Eingehung von Verbindlichkeiten** für den Nachlass nicht beschränkt sein soll, wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (in diesem Falle bleibt es bei der Regel des § 2206 BGB). Das gilt bei Dauervollstreckung auch schon während der Zeit, zu der die dem Testamentsvollstrecker sonst zugewiesenen Aufgaben noch nicht erledigt sind. Das Gesetz hat die **Verpflichtungsbefugnis**

des Verwaltungsvollstreckers erweitert, weil eine länger dauernde Verwaltung es mit sich bringt, dass der Testamentsvollstrecker immer wieder neue Geschäfte abschließen muss.

Bei Anordnung einer Verwaltung nach § 2209 BGB ist der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht verpflichtet, die **Erträge** des Nachlasses alljährlich an den Erben auszuliefern, er kann sie vielmehr auch thesaurieren.¹⁰⁸⁵ Ein Anspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker auf Aushändigung von Nutzungen wird sich aber auch dann, wenn der Erblasser hierüber nichts bestimmt hat, vielfach aus dem Willen des Erblassers oder aus dem Grundsatz der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses ergeben, aber auch daraus, dass die Erbenstellung nicht völlig ihres wirtschaftlichen Inhalts beraubt werden darf. Gehört ein Unternehmen oder eine Unternehmensbeteiligung zum Nachlass, wird der Testamentsvollstrecker im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet sein, dem Erben die auf das Unternehmen bzw. die Beteiligung entfallende Steuer aus den Nachlasserträgen zur Verfügung zu stellen.

Die Übertragung der Verwaltungsvollstreckung kann, wie sich schon aus § 2338 BGB ergibt, auch nur einen **Teil des Nachlasses**, insbesondere einen **Erbeil**, einen **Vermächtnisgegenstand** oder **einzelne Nachlassgegenstände** betreffen (§ 2208 Abs. 1 S. 2 BGB), z.B. ein Landgut oder ein Handelsgeschäft.

Bei einer Mehrheit von Erben setzt die Anordnung der Verwaltungsvollstreckung für einzelne Nachlassgegenstände voraus, dass für diese die Auseinandersetzung ausgeschlossen oder aufgehoben ist. Das **Verbot der Auseinandersetzung** ist aber in diesem Fall regelmäßig als vom Erblasser gewollt anzunehmen.¹⁰⁸⁶

Die Bestimmung des § 2209 BGB ermöglicht eine lange dauernde Beschränkung des Erben und die Ausschließung des Zugriffs seiner Privatgläubiger auf den Nachlass (§§ 2211, 2214 BGB; § 863 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Der pflichtteilsberechtigten Erbe kann sich gegen die Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung dadurch wehren, dass er die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt (§ 2306 BGB), im Übrigen – bei vorhandenem Grunde – die letztwillige Verfügung anfechtet (§ 2078 BGB). § 2306 BGB gefährdet alle Verfügungen von Todes wegen, in denen Testamentsvollstreckung angeordnet ist (vgl. Rdn. 458).

6. Vermögen mit Auslandsbezug

- 452 Kaum ein Nachlass von Gewicht ist ausschließlich nach deutschem Recht zu verwalten. Ausländische Wertpapiere, Grundbesitz im Ausland, Beteiligungen in anderen Ländern einerseits, aber auch in der Bundesrepublik Deutschland lebende Angehörige ausländischer Staaten führen dazu, dass ausländisches Recht in verstärktem Umfang in eine Testamentsvollstreckung hineinspielt. Der Testamentsvollstrecker, der eine derartige international-rechtlich orientierte Testamentsvollstreckung übernehmen soll, wird mit besonderer Vorsicht und Umsicht prüfen, ob er – und ggf. mit welchem Berater und gegen welches Honorar – die Testamentsvollstreckung übernehmen wird.

Die vor dem Erbfall durchzuführende Aufbereitung des Nachlasses ist hier besonders wichtig, insbesondere durch das Einbringen ausländischen Besitzes in eine Holding o.ä. Auf jeden Fall ist sicherzustellen, dass nach Übernahme der Testamentsvollstreckung durch juristische Beratung der ordnungsgemäße Ablauf gewährleistet ist. Der vorgesehene Testamentsvollstrecker sollte dafür Sorge tragen, dass **als Ersatz begleitende Vollmachten** nach ausländischem Recht, sofern dort möglich, erteilt werden, die bei Eintritt des Erbfalls die Handlungsfähigkeit des Nachlasses im Ausland gewährleisten.¹⁰⁸⁷

Bei Auslandsberührung sind **zwei Fallkonstellationen denkbar**: Entweder ein ausländischer Testamentsvollstrecker wird im Rahmen eines in Deutschland gelegenen Nachlasses tätig oder ein nach deutschem Recht Ernannter muss im Rahmen seiner Fähigkeiten im Ausland handeln. Weil sich nach dem jeweils geltenden Erbstatut auch die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung und die

1085 RG JR 1929 Nr. 1652; BGH Rpfleger 1986, 434; BGH FamRZ 1988, 279.

1086 Reimann DNotZ 2016, 769.

1087 Sieghörtner ZEV 1999, 462; Staudinger/Dutta Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rn. 199 ff.

Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers richten, ist zu klären, nach welcher Rechtsordnung sich die erbrechtlichen Folgen bestimmen.¹⁰⁸⁸ Bis zum Anwendungsbeginn der **Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO)** am 17.08.2015 wurde diese Frage allein durch die Kollisionsnormen des deutschen IPR gelöst. Nach Art. 25 und 26 EGBGB a.F. war die Staatsangehörigkeit des Verstorbenen zum Zeitpunkt seines Todes maßgeblich für die Erbfolge. Erbrechtliche Regelungen in Staatsverträgen gingen gem. Art. 3 Nr. 1 EGBGB a.F. diesen Vorschriften jedoch vor.

Für Erbfälle ab dem 17.08.2015 gelten die EuErbVO und das Internationale Erbrechtsverfahrensgesetz vom 29.06.2015.¹⁰⁸⁹ Da die Kollisionsnormen der Verordnung gem. Art. 20 EuErbVO universell ausgestaltet sind, gilt – vorbehaltlich erbrechtlicher Regelungen in Staatsverträgen – auch für **Kollisionsfälle mit Drittstaaten** das anwendbare Recht vorrangig nach der Verordnung.¹⁰⁹⁰ Nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Ergibt sich aus den Umständen, dass der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat hatte, gilt das Aufenthaltsprinzip ausnahmsweise nicht, Art. 21 Abs. 2 EuErbVO. Nach Art. 22 EuErbVO kann jedoch für die Rechtsnachfolge von Todes wegen auch das Recht des Staates gewählt werden, dem der Erblasser zum Zeitpunkt der Rechtswahl angehört. Kaum eine andere Rechtsordnung verleiht dem Testamentsvollstrecker ähnlich starke Befugnisse wie die deutsche Rechtsordnung.¹⁰⁹¹ Ist also nach Ansicht des Erblassers Testamentsvollstreckung für die Abwicklung des Nachlasses notwendig, um den Nachlass sinnvoll zu verwalten und erhalten zu können, sollte frühzeitig diese Möglichkeit der beschränkten Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO in Betracht gezogen werden, um die Anwendung des deutschen Rechts sicherzustellen. Aufgrund der einheitlichen Geltung des Erbstatuts, unabhängig von Art und Belegenheit des Vermögens, Art. 23 Abs. 1 EuErbVO, kommt es regelmäßig zu keiner Nachlassspaltung mehr.

Wenn das deutsche Erbrecht Anwendung findet, hat der eingesetzte Testamentsvollstrecker im In- und Ausland, zumindest in den Staaten der EU, in denen die EuErbVO gilt, die vollen Funktionen, die er nach den §§ 2197 ff. BGB hat. Im Geltungsbereich der Verordnung erfolgt der Nachweis der Testamentsvollstreckung und der Befugnisse des Testamentsvollstreckers für den Gesamtnachlass durch das Europäische Nachlasszeugnis (Art. 62–73 EuErbVO). Dennoch kann es im Ausland zu **Akzeptanzproblemen** kommen, wodurch die Handlungsfähigkeit des deutschen Testamentsvollstreckers stark eingegrenzt werden kann. Die Testamentsvollstreckung substituierende Vollmachten sind daher besonders wichtig.¹⁰⁹² Die Anerkennung von post- und transmortalen Vollmachten im Ausland ist allerdings ebenfalls nicht gesichert.¹⁰⁹³

7. Steuerrechtliche Aufgaben

Die steuerrechtlichen Aufgaben des Testamentsvollstreckers werden zunächst durch die Steuergesetze definiert. § 34 Abs. 3 AO begründet ein Pflichtverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und der Finanzverwaltung.¹⁰⁹⁴ Damit trifft ihn die Verpflichtung, die mit dem Nachlass zusammenhängenden Steuern zu entrichten und an ihrer Erhebung mitzuwirken. Hierunter fallen die noch fällige Einkommen- und Kirchensteuer des Erblassers sowie betriebliche Steuern bei einem in den Nachlass fallenden Unternehmen. Von dieser Verpflichtung kann der Erblasser den Testamentsvoll-

1088 BGH NJW 1963, 46; BayObLG FamRZ 2000, 573; 1990, 669.

1089 BGBl. I S. 1042.

1090 Vgl. hierzu die Länderberichte in Bengel/Reimann/Holtz/Röhl HbTV § 10.

1091 Vgl. die Länderübersicht in Länderberichte in Bengel/Reimann/Holtz/Röhl HbTV § 10.

1092 Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Sieghörtner HbTV § 10 Rn. 164.

1093 Vgl. *Holler/Kreisner* ErbR 2022, 120; *Kamps* ErbR 2022, 24; *Börner* ZEV 2005, 146; *Reimann* ZEV 2015, 510, 514.

1094 BFH BStBl. II 1970, 826.

strecker den Finanzbehörden gegenüber nicht wirksam befreien. Jedoch ist Steuerschuldner nicht der Nachlass, sondern der Erbe.¹⁰⁹⁵

Der **Testamentsvollstrecker haftet** gem. § 69 AO im Rahmen des Steuerpflichtverhältnisses dafür, dass durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung seiner Pflichten Steuern nicht erhoben werden konnten oder zu Unrecht Steuern erstattet wurden. Es kann daher ein besonderer Haftungsbescheid gegen ihn erlassen werden (§ 191 Abs. 1 Satz 1 AO). Des Weiteren hat der Testamentsvollstrecker eine Anzeige- und Berichtigungspflicht bei erkennbar falschen Steuerbescheiden (§ 153 Abs. 1 AO, strafbewehrt durch § 370 AO). Dies gilt auch, wenn der Testamentsvollstrecker Miterbe ist und ihm als Erbe ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 101 AO zustehen würde, denn der Testamentsvollstrecker erfüllt mit einer Anzeige nach § 153 AO keine persönliche, sondern eine allen Beteiligten obliegende Verpflichtung.¹⁰⁹⁶

Nach § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG hat der Testamentsvollstrecker die **Erbschaftsteuererklärung** abzugeben. Auf der anderen Seite ist auch ihm der Steuerbescheid bekanntzugeben. Eine wirksame Bekanntgabe ist nur ihm gegenüber möglich, § 32 Abs. 1 Satz 1 ErbStG.¹⁰⁹⁷

Wenn der **Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers** beschränkt ist, erstreckt sich die Erklärungspflicht nur auf die Personen, für die er eingesetzt ist und nur auf die von ihm zu verwaltenden Teile des Nachlasses.¹⁰⁹⁸ Hinsichtlich der Personen, denen infolge des Erbfalls schuldrechtliche Ansprüche erbrechtlicher Natur gegen den Erben zustehen (Vermächtnisse, Pflichtteilsansprüche), besteht keine Pflicht des Testamentsvollstreckers zur Abgabe der Steuererklärung. Anders ist es z.B., wenn auch hinsichtlich des Vermächtnisses Testamentsvollstreckung angeordnet ist.¹⁰⁹⁹ Fällt eine Lebensversicherungssumme mit dem Tod an einen Bezugsberechtigten und nicht in den Nachlass, hat der Testamentsvollstrecker insoweit keine Erbschaftsteuererklärung abzugeben. Das ist Sache des Empfängers.¹¹⁰⁰ Für die Bezahlung der Steuer haftet der Testamentsvollstrecker (§ 32 Abs. 1 Satz 2 ErbStG). Bei der Erstellung der Erklärung ist auf den richtigen Wertansatz zu achten, der oftmals vom Wertansatz im Nachlassverzeichnis abweichen kann.¹¹⁰¹ Neben den Aufgaben, die sich aus den Steuergesetzen ergeben, hat der Testamentsvollstrecker auch steuerrechtliche Pflichten, die sich aus seinem Verhältnis zum Erben, vor allem aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB), ergeben.

8. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung

- 456 Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist von der Ernennung des Testamentsvollstreckers zu unterscheiden. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Ernennung des Testamentsvollstreckers durch den Erblasser werden regelmäßig zusammenfallen (§ 2197 BGB). Lediglich bei der Ernennung des Testamentsvollstreckers durch einen vom Erblasser hierzu ermächtigten Dritten (§§ 2198, 2199 BGB) oder durch das vom Erblasser ersuchte Nachlassgericht (§ 2200 BGB) müssen beide Voraussetzungen getrennt vorliegen. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch den Erblasser und das Ersuchen auf Ernennung durch Dritte oder das Nachlassgericht schließt begrifflich die Anordnung der Testamentsvollstreckung ein. Bei bloßer Anordnung der Testamentsvollstreckung wird man unter Umständen im Wege der Auslegung ein Ersuchen des Nachlassgerichtes nach § 2200 BGB annehmen können (§§ 2084, 133 BGB). Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist prinzipiell Sache des Erblassers selbst (§ 2065 Abs. 1 BGB). Eine **Vertretung im Willen** scheidet insoweit völlig aus. Die §§ 2198 bis 2200 BGB ermöglichen es nur, Dritten die Bestim-

¹⁰⁹⁵ BFH BStBl. II 1974, 100; *Kapp* DStR 1985, 725, 728.

¹⁰⁹⁶ Tipke/Kruse/Seer § 101 AO Rn. 3; § 153 AO Rn. 3.

¹⁰⁹⁷ BFH NJW 1991, 3302, 3303.

¹⁰⁹⁸ BFH NJW 1991, 3303.

¹⁰⁹⁹ BFH NJW-RR 1999, 1594.

¹¹⁰⁰ Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Holtz HbTV § 8 Rn. 61.

¹¹⁰¹ Vgl. auch Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Holtz HbTV § 8 Rn. 42 ff.

mung der Person des Testamentsvollstreckers zu übertragen, der Dritte kann aber nicht ermächtigt werden, die Entscheidung darüber, ob und wie lange eine Testamentsvollstreckung zu erfolgen hat, zu treffen. Da eine Vertretung bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung nach § 2064 BGB grundsätzlich unzulässig ist, kann der Erblasser auch nicht einen anderen ermächtigten, die von ihm, dem Erblasser, getroffene Verfügung über die Testamentsvollstreckung abzuändern oder aufzuheben.

Die **Ernennung des Testamentsvollstreckers** erfolgt »durch Testament« (§ 2197 BGB). Das Testament braucht keine weiteren Verfügungen, insbesondere keine Erbeinsetzung, zu enthalten; es kann sich auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Berufung des Testamentsvollstreckers beschränken und es im Übrigen bei der gesetzlichen Erbfolge oder bei der Anordnung gegenständlicher Vermächtnisse belassen. Testamentsvollstreckung ist also sowohl bei gewillkürter als auch bei gesetzlicher Erbfolge möglich. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann wie jede andere einseitige letztwillige Verfügung vom Erblasser jederzeit gem. §§ 2253 ff. BGB widerrufen werden. Die Testamentsvollstreckung kann auch in einem gemeinschaftlichen Testament (§§ 2265 ff. BGB) angeordnet werden, jedoch ohne den Charakter einer wechselbezüglichen Verfügung i.S.v. § 2270 Abs. 1 BGB erhalten zu können (§ 2270 Abs. 3 BGB). Sie kann daher von demjenigen Ehegatten, der den Testamentsvollstrecker ernannt hat, jederzeit gem. §§ 2253 ff. BGB widerrufen werden.¹¹⁰² Auch in einem Erbvertrag kann Testamentsvollstreckung angeordnet werden, allerdings nur durch einseitige, nicht durch vertragsmäßige Verfügung (§§ 2299 Abs. 1, 2278 Abs. 2 BGB). Eine solche Verfügung kann wie eine testamentarische Verfügung jederzeit widerrufen werden. Ist die Ernennung des Testamentsvollstreckers vertragsmäßig ausgestaltet, kann eine solche, an sich unwirksame Verfügung, allenfalls in eine jederzeit widerrufliche Anordnung der Testamentsvollstreckung umgedeutet werden. Eine Ernennung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist nicht möglich.

Die **Wirksamkeit der Ernennung** des Testamentsvollstreckers setzt in erster Linie voraus, dass die Verfügung von Todes wegen, in der sie enthalten ist, rechtswirksam ist. Dies ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen.

Die Wirksamkeit kann jedoch durch die **mangelnde Testierfreiheit** des Erblassers beeinträchtigt werden, wenn er durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament gebunden ist. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers enthält eine Beschränkung des Erben (§§ 2306 Abs. 1 Satz 1, 2376 Abs. 1 BGB). Sie kann daher gegenüber einem Vertragserben (§§ 1941 Abs. 2, 2278 Abs. 1 BGB) grundsätzlich nur in dem Erbvertrag selbst oder durch Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) oder durch gemeinschaftliches Testament (§ 2292 BGB) verfügt werden; durch einseitige Verfügung des Erblassers nur dann, wenn eine solche in dem Erbvertrag vorbehalten war, oder mit Zustimmung des Vertragserben, oder in den Ausnahmefällen der §§ 2293 ff. BGB (Rücktritt) und 2289 Abs. 2 BGB (Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht).¹¹⁰³ 457

Ist die **nachträgliche Anordnung** der Testamentsvollstreckung hiernach unwirksam, so wird sie auch nicht dadurch wirksam, dass der Bedachte sich mit ihr vor oder nach dem Erbfall einverstanden erklärt. Die formlose Zustimmung des Vertragsgegners eines Erbvertrages oder des vertragsmäßig Bedachten genügen nicht, um einer Verfügung von Todes wegen, die das Recht des in einem früheren Erbvertrag vertraglich Bedachten beeinträchtigen würde, Wirkung zu verleihen.¹¹⁰⁴ Ernennet jedoch der Erblasser in einem Erbvertrag zulasten des vertragsmäßig berufenen Erben gleichzeitig einseitig einen Testamentsvollstrecker, so ist diese Ernennung wirksam, wenn der Vertragserbe zugleich Partner des Erbvertrages ist; in seiner vorbehaltlosen Genehmigung der Urkunde ist die konkludente Zustimmung zur Testamentsvollstreckeranordnung zu sehen.¹¹⁰⁵ Wenn in einem gemeinschaftlichen Testament der eine Ehegatte durch eine wechselbezügliche Verfügung einen Erben eingesetzt hat, so

1102 Zur Auswechslung der Person des Ernannten vgl. OLG Köln ZEV 2014, 329; OLG Hamm ZEV 2001, 271 m. Anm. *Reimann*; KG FamRZ 1977, 485; DNotI Gutachten Nummer 183591.

1103 Ausführlich *Reimann*, in: FS Kanzleiter 2010, 319 ff.

1104 OLG Hamm DNotZ 1974, 627, 630.

1105 OLG Hamm OLGZ 1976, 20, 23.

kann er – da insoweit ein teilweiser Widerruf der Erbeinsetzung vorläge – diesen Erben nach dem Tode des anderen Ehegatten nicht mehr durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers beschränken, es sei denn¹¹⁰⁶

- das gemeinschaftliche Testament enthält einen entsprechenden Vorbehalt,
- es ist ausnahmsweise nach den besonderen Umständen des Falles anzunehmen, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers laufe dem früher erklärten übereinstimmenden (objektiven) Willen der Ehegatten nicht zuwider,
- es liegt einer der Ausnahmefälle der §§ 2294, 2336, 2338 BGB vor.

Ist hiernach die Ernennung eines Testamentsvollstreckers für einen Teil der letztwilligen Verfügungen wegen eines entgegenstehenden früheren wechselbezüglichen Testaments unwirksam, so ist doch die Ernennung nicht ohne Weiteres im Übrigen wirksam; vielmehr ist zu prüfen, ob die Teilstreckung dem Willen des Erblassers entspricht (§ 2085 BGB). Ist die Anordnung einer Testamentsvollstreckung durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament ausgeschlossen, kann der überlebende Ehegatte den Zweck, den die Anordnung der Testamentsvollstreckung verfolgt hätte, bis zu einem gewissen Grad – die Erben können widerrufen! – durch die Erteilung einer Vollmacht über den Tod hinaus oder auftragsähnliche Maßnahmen erreichen.

- 458 Die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann auch durch das **Pflichtteilsrecht** blockiert werden. Der pflichtteilsberechtigte Erbe kann gem. § 2306 Abs. 1 BGB die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Das gesamte Gefüge der letztwilligen Anordnung kommt damit ins Wanken. § 2306 BGB gefährdet alle Verfügungen von Todes wegen, in denen Testamentsvollstreckung angeordnet ist, wenn nicht mit dem pflichtteilsberechtigten Erben vorab ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht (§ 2346 BGB) vereinbart oder ein Erbschaftsvertrag (§ 311b Abs. 4, 5 BGB) abgeschlossen wurde.

9. Die Ernennung des Testamentsvollstreckers

- 459 Der Erfolg einer Testamentsvollstreckung hängt wesentlich von der Person des Testamentsvollstreckers ab.

Im Idealfall sollte der Testamentsvollstrecker folgenden Anforderungen genügen:

- volles Vertrauen des Erblassers;
- menschliche Qualifikation, um mit den zu erwartenden persönlichen Schwierigkeiten fertig werden zu können;
- ausreichende Kenntnis der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge in seiner Aufgabe;
- ein Alter, das die Aufgabenerfüllung während der gesamten Dauer der Testamentsvollstreckung erwarten lässt;
- ausreichende Zeit.¹¹⁰⁷

Entsprechend dem Grundgedanken des § 2065 Abs. 1 BGB geht das Gesetz (§ 2197 BGB) davon aus, dass der **Erblasser** den Testamentsvollstrecker selbst **ernennt**. Der Erblasser kann gem. § 2197 Abs. 2 BGB für den Fall, dass der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen.

Der Erblasser kann die Bestimmung, wer Testamentsvollstrecker (Ersatz- bzw. Nachfolgetestamentsvollstrecker) sein soll, anderen – wenn auch nur nach Maßgabe der §§ 2198 bis 2200 BGB – überlassen. Die entsprechende Verfügung – Übertragung des Bestimmungsrechts auf einen Dritten – muss in dem Testament, in dem die Testamentsvollstreckung angeordnet ist, oder in einer anderen wirksamen Verfügung von Todes wegen enthalten sein. Sie ist in anderer Form auch dann nicht

1106 KG DNotZ 1967, 438, 439.

1107 Vgl. *Kapp* BB 1981, 115; *Hartmann* Testamentsvollstreckung, Nießbrauch und Vorerbschaft zur Sicherung der Nacherbfolge des Einzelunternehmers in Zivil- und Steuerrecht, 14.

zulässig, wenn die Testamentsvollstreckung selbst in einem Testament angeordnet ist. Das Gesetz gibt **drei Möglichkeiten der Fremdbestimmung** des Testamentsvollstreckers, nämlich

- durch einen Dritten, der seinerseits vom Erblasser bestimmt wird (§ 2198 BGB),
- durch den Testamentsvollstrecker selbst, wenn dieser ermächtigt ist, einen Mitvollstrecker oder einen Nachfolgevollstrecker zu ernennen (§ 2199 BGB),
- durch das Nachlassgericht, wenn der Erblasser im Testament dieses um die Ernennung ersucht, sei es ausdrücklich, sei es konkludent (§ 2200 BGB).

Ernennungsberechtigter Dritter i.S.v. § 2198 BGB kann jeder sein, der als Testamentsvollstrecker ernannt werden kann. Darüber hinaus kann auch der Alleinerbe selbst ermächtigt werden, die Person des Testamentsvollstreckers zu bestimmen (RGZ 92, 68, 72). Bestimmungsberechtigter Dritter i.S.v. § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB kann nicht der das Testament beurkundende Notar sein. Denn dieser erhält durch das Gestaltungsrecht nach Abs. 1 einen rechtlichen Vorteil, was durch § 7 BeurkG ausgeschlossen werden soll.¹¹⁰⁸ Die Erklärung über die Ernennung des Dritten ist in öffentlich beglaubigter **Form** abzugeben (§ 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Ernennung durch das Nachlassgericht gem. § 2200 BGB bedarf keiner Form.

10. Wer kann Testamentsvollstrecker werden?

Die §§ 2197 bis 2228 BGB enthalten nur eine einzige materiellrechtliche Einschränkung der Fähigkeit, Testamentsvollstrecker zu sein: § 2201 BGB bestimmt, dass die Ernennung des Testamentsvollstreckers unwirksam ist, wenn er zu der Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach § 1910 BGB zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat. Weitere Verhinderungsgründe sind nicht vorgeschrieben. Somit kann prinzipiell jede sonstige inländische oder ausländische Person Testamentsvollstrecker sein. Auch juristische Personen können Testamentsvollstrecker sein (s. § 2210 Satz 3 BGB), z.B. eine Treuhand-GmbH oder eine Gemeinde. Gleiches gilt – obwohl keine juristische Person – wegen §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB für OHG und KG und auch für die BGB-Gesellschaft.

Aus der Natur der Sache heraus kann man **weitere Einschränkungen** ableiten, die neben § 2201 BGB stehen:

Eine **Behörde** kann nicht Testamentsvollstrecker sein, da auf diese Weise der gesetzlich festgesetzte Wirkungsbereich durch privatrechtliche Erklärungen erweitert würde. Allerdings kann der Inhaber eines bestimmten Amtes zum Testamentsvollstrecker ernannt werden, z.B. der jeweilige Vorstand einer Behörde, der jeweilige Notar einer bestimmten Notarstelle¹¹⁰⁹ etc.

Das **Nachlassgericht** kann nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt werden. Auch eine Umdeutung in die Berufung des jeweiligen Nachlassrichters kommt nicht in Betracht, da es dem Erblasser nicht gestattet sein kann, den an sich zuständigen Amtsrichter durch Ernennung zum Testamentsvollstrecker auszuschalten.¹¹¹⁰

Der **Alleinerbe** kann grundsätzlich nicht alleiniger Testamentsvollstrecker sein (RGZ 77, 177, ständige Rechtsprechung). Der Alleinerbe kann jedoch zu einem von mehreren Testamentsvollstreckern ernannt werden, zumindest dann, wenn sie nach § 2224 Abs. 1 Satz 1 BGB das Amt gemeinschaftlich führen.¹¹¹¹ Der Alleinerbe kann alleiniger Testamentsvollstrecker sein, wenn er nur für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschränkungen zu sorgen oder einen Vermächtnisgegenstand zu verwalten hat (§ 2223 BGB); diese Art der Testamentsvollstreckung beschränkt nicht den Erben, sondern nur den Vermächtnisnehmer.

¹¹⁰⁸ Reimann DNotZ 1994, 664.

¹¹⁰⁹ BayObLGZ 20, 55.

¹¹¹⁰ Staudinger/Dutta § 2197 Rn. 81.

¹¹¹¹ RGZ 163, 57, ständige Rechtsprechung.

Ein **Miterbe** kann zum Testamentsvollstrecker bestellt werden, weil er dadurch Rechte erlangt, die er als Erbe nicht hat (§§ 2033 Abs. 2, 2038 bis 2040, 2203 ff. BGB).¹¹¹²

Auch **sämtliche Miterben** können zu Testamentsvollstreckern ernannt werden, und zwar unabhängig davon, ob neben ihnen noch ein weiterer Testamentsvollstrecker bestellt wird oder ob sie als Testamentsvollstrecker und Miterben identisch sind; im ersten Fall gilt für die gemeinsame Verwaltung § 2224 BGB, für das Verhalten der Miterben zueinander § 2038 BGB.¹¹¹³

Der **alleinige Vorerbe** kann grundsätzlich – abgesehen vom Fall der Vermächtnisvollstreckung gem. § 2223 BGB – ebensowenig wie der alleinige Vollerbe zum einzigen Testamentsvollstrecker ernannt werden, auch nicht zu dem Zweck, die Rechte des Nacherben gem. § 2222 BGB auszuüben.¹¹¹⁴ Er kann jedoch zu einem von mehreren Testamentsvollstreckern oder Nacherbenvollstreckern ernannt werden, insbesondere, wenn der Erblasser anordnet, dass der Wegfall des erstbestellten Mitvollstreckers nicht den Übergang des Amtes auf den Vorerben allein, sondern die Bestellung eines anderen Mitvollstreckers zur Folge hat.¹¹¹⁵ Er kann wegen § 2214 BGB allerdings Erbentestamentsvollstrecker sein, wenn sich das Amt auf die sofortige Erfüllung eines Vermächtnisses bezieht.¹¹¹⁶

Ebenso kann ein **Mitvorerbe** zum Testamentsvollstrecker und zugleich zum Nacherbenvollstrecker berufen werden, wenn die Testamentsvollstreckung durch ein Kollegium ausgeübt wird.¹¹¹⁷

Der **Nacherbe** oder einer von mehreren Nacherben kann zu einem den Vorerben beschränkenden Testamentsvollstrecker ernannt werden.¹¹¹⁸

- 464 Ein **Vermächtnisnehmer** kann Testamentsvollstrecker sein, auch der Nießbraucher. Auch ein Pflichtteilsberechtigter kann Testamentsvollstrecker sein, da es wegen § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht zu einem Interessenkonflikt kommen kann.
- 465 Problematisch ist es immer, den **gesetzlichen Vertreter** – die Eltern (§§ 1626 ff. BGB), den Vormund (§ 1773 ff. BGB), den Betreuer (§ 1814, 1815 BGB) oder den Pfleger (§ 1809 ff. BGB) – zum Testamentsvollstrecker zu ernennen.¹¹¹⁹ Nach Auffassung des BGH¹¹²⁰ besteht ein *erheblicher* Interessengegensatz i.S.v. § 1796 Abs. 2, 1796 BGB nicht, obwohl bei einer derartigen Doppelfunktion ein Interessengegensatz typischerweise gegeben ist. Im Rahmen einer konkret-individuellen Betrachtung ist jedoch zu prüfen, ob ein erheblicher Interessengegensatz vorliegt und ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist.¹¹²¹ Sofern es sich bei den Angelegenheiten nicht um Rechtsgeschäfte handelt, ist zu prüfen, ob besondere Umstände im Sinne der neueren Rechtsprechung des der Oberlandesgerichte Bamberg, Düsseldorf und Nürnberg vorliegen, die eine Pflegschaft aufgrund tatsächlicher Verhinderung rechtfertigen.¹¹²² Dem Erblasser ist es verwehrt, verbindlich zu bestimmen, dass in

1112 BGH DNotZ 1959, 480.

1113 Vgl. Grüneberg/*Weidlich* § 2197 Rn. 5; Staudinger/*Dutta* § 2197 Rn. 82; *Muscheler* ErbR II Rn. 2750.

1114 H.M., vgl. Staudinger/*Dutta* § 2197 Rn. 83; a.M. *Rohlf* DNotZ 1971, 518, 527 ff.; zur Zulässigkeit des Alleinerben s. ausführlich *Muscheler* ErbR II Rn. 2751 und *Adams* Interessenkonflikte des Testamentsvollstreckers, 84 ff.; *dies.* ZEV 2009, 244.

1115 BayObLGZ 20 A 242.

1116 BGH ZEV 2005, 204; *Adams*, Interessenkonflikte des Testamentsvollstreckers, 1997, 90.

1117 BayObLGZ 1976, 67.

1118 BayObLG NJW 1959, 1920, 1922.

1119 S. hierzu ausführlich Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/*Klinger* HbTV § 5 Rn. 439a f.

1120 BGH ZEV 2008, 330 m. Anm. *Muscheler*; im gleichen Sinne OLG Zweibrücken ZEV 2007, 333; abw. – vor der Rechtsprechung des BGH: OLG Hamm FamRZ 1993, 1122; OLG Nürnberg ZEV 2002, 158.

1121 S. a. OLG München RFamU 2022, 518 m. Anm. *Klinger*.

1122 S. OLG Bamberg FamRZ 2015, 152; OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 678; OLG Nürnberg NJW 2016, 720; s.a. Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/*Klinger* HbTV § 5 Rn. 439a f. und *Muscheler* ZEV 2008, 332.

einem derartigen Fall der Testamentsvollstrecker Ergänzungspfleger sein soll.¹¹²³ Der Erblasser hat jedoch ein Benennungsrecht nach § 1811 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, wenn er die Eltern nach § 1638 BGB von der Vermögenssorge ausschließt. Soll die Ergänzungspflegschaft vermieden werden, kann der Erblasser für den Fall der Verhinderung gem. § 2199 Abs. 1 BGB den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen Mitvollstrecker zu ernennen, der dann die Aufgaben erledigt, an denen er als gesetzlicher Vertreter verhindert ist.¹¹²⁴

Der postmortal wie auch der transmortal **Bevollmächtigte**, und auch der Generalbevollmächtigte, 466 kann Testamentsvollstrecker sein.¹¹²⁵

§ 27 BeurkG schränkt die Wirksamkeit der Ernennung des **Urkundsnotars** ein, also des Notars, 467 der die Verfügung von Todes wegen beurkundet.¹¹²⁶ § 27 BeurkG statuiert durch die Verweisung auf § 7 BeurkG ein Mitwirkungsverbot. Missachtet der Notar die §§ 27, 7 BeurkG, beurkundet er also seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker, ist die Beurkundung insoweit unwirksam. Dies gilt sogar dann, wenn die Ernennung in einem öffentlichen Testament des Erblassers erfolgte, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift gem. § 2232 Satz 1, 2. Alt. BGB errichtet wurde, und der Notar keine Kenntnis von der Ernennung hatte. Die Ernennung ist also immer dann unwirksam, wenn dem Notar im Rahmen des Beurkundungsverfahrens ein rechtlicher Vorteil verschafft wird, unabhängig von dessen Wissen. Der Beschluss des BGH vom 23.02.2022 hat insofern Rechtssicherheit gebracht, dass die §§ 7, 27 BeurkG eine Ernennung des Notars nur im Beurkundungsverfahren verbieten, aber eben nicht vor einer Beeinflussung der Beteiligten durch den Notar in die Richtung schützen sollen.¹¹²⁷ Wünscht der Erblasser den Urkundsnotar gleichwohl als Testamentsvollstrecker, so ist er darauf angewiesen, ihn in einem separaten Ergänzungstestament zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, das entweder privatschriftlich verfasst oder von einem anderen Notar protokolliert ist.¹¹²⁸ Die Ablieferung des privatschriftlichen Ergänzungstestamentes gemeinsam mit dem notariell beurkundeten in einem Umschlag gem. § 34 Abs. 1 BeurkG gefährdet die Wirksamkeit der Ernennung, allerdings darf eine prozedurale Vorschrift nicht die Testierfreiheit des Erblassers einengen.¹¹²⁹ Wird das Ergänzungstestament notariell beurkundet, gilt für den Sozium das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG, eine gleichwohl durchgeführte Beurkundung ist aber wirksam, auch wenn er an der Testamentsvollstreckervergütung aufgrund des Sozietätsvertrages partizipieren sollte.¹¹³⁰ Daneben stellt sich allerdings die Frage nach der Wahrung der Unparteilichkeit (§ 14 BNotO). Nach dem BGH wird dem Notar durch das Anscheinsgebot in § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO auch außerhalb von spezifischen Tätigkeitsverboten und -beschränkungen auferlegt, jegliches Verhalten zu vermeiden, durch das der Anschein der Abhängigkeit oder der Parteilichkeit entstehen könnte.¹¹³¹

Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sind geeignete Testamentsvollstrecker, nicht 468 nur wegen ihrer fachlichen Eignung, sondern auch wegen ihrer beruflichen Verschwiegenheitspflicht und ihres Versicherungsschutzes.¹¹³² Rechtsanwälte ist die Erbringung von Rechtsdienstleistungen aufgrund der BRAO generell erlaubt (§ 3 Abs. 1 BRAO). Die Befugnis des Rechtsanwaltes zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen ist unbegrenzt.¹¹³³ Die übrigen Berufsordnungen zahlreicher

1123 OLG Schleswig DNotZ 2008, 67.

1124 Reimann MittBayNot 1994, 6; Kirchmer MittBayNot 1997, 205; Bonefeld ZErB 2007, 2, 4.

1125 BGH DNotZ 1963, 305.

1126 BGH NJW 2022, 1450 m. Anm. Zimmer; Keim DNotZ 2023, 338.

1127 Ausführlich zu den Möglichkeiten und rechtlichen Grenzen der Ernennung des Notars Keim DNotZ 2023, 338.

1128 Vgl. Staudinger/Dutta § 2197 Rn. 90 ff.

1129 OLG Bremen ZEV 2016, 273; Litzemberger ZEV 2016, 275; Reimann MittBayNot 2016, 350.

1130 BGH DNotZ 1987, 768 m. Anm. Reimann.

1131 BGH BeckRS 2022, 38004.

1132 Vgl. im Detail Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Sandkühler HbTV § 11.

1133 Krenzler § 3 Rn. 44.

freier Berufe wie zum Beispiel § 3 Patentanwaltsordnung PatAnwO, § 3 Nr. 1 StBerG, § 2 Abs. 2 WPO sowie § 1 BNotO sehen Einschränkungen vor, die aber der Übernahme einer Testamentsvollstreckung nicht entgegenstehen. Probleme ergeben sich auch für die Angehörigen der steuerberatenden Berufe, die Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer nach dem BGH-Urteil vom 11.11.2004, I ZR 182/02,¹¹³⁴ ergangen zu einem Steuerberater als Testamentsvollstrecker, nicht mehr, da der BGH die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker nicht als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ansieht.¹¹³⁵

Probleme ergeben sich aber dort, wo ein Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ein einzelkaufmännisches **Unternehmen** führen oder die Vollhaftung in einer Personengesellschaft in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker (auch treuhänderisch) übernehmen soll. Dies ist ihm berufsrechtlich verwehrt, es sei denn, die Übernahme der persönlichen Haftung hat nur transitorischen Charakter. Besondere Abgrenzungsnotwendigkeiten werden sich, falls ein Rechtsanwalt, ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer mit der Testamentsvollstreckung beauftragt werden soll, beim Erbringen von Berufsdiensten ergeben, insbesondere ist zu regeln, ob bei derartigen Berufsdiensten eine Selbstmandatierung möglich ist (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB) und wie sie im Rahmen der Vergütung zu berücksichtigen sind.

- 469 **Kreditinstituten** ist die Übernahme von Testamentsvollstreckungen erlaubt (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG). Damit kommt es auf die Frage, ob die Durchführung einer Testamentsvollstreckung als Rechtsdienstleistung i.S.d. RDG anzusehen ist,¹¹³⁶ nicht mehr an. § 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG erfasst nur solche Tätigkeiten, die im Rahmen der Testamentsvollstreckung selbst anfallen. Berät hingegen der spätere Testamentsvollstrecker den späteren Erblasser bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung, ist diese Tätigkeit nicht erlaubnisfrei nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG. Der Testamentsvollstrecker überschreitet auch dann die Grenzen der zulässigen Rechtsdienstleistung, wenn die Erbringung der Rechtsdienstleistung, konkret also die Durchführung der Testamentsvollstreckung, unmittelbaren Einfluss auf die Erfüllung einer anderen Leistungspflicht des Testamentsvollstreckers hat, die die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährdet, § 4 RDG. Eine solche Unvereinbarkeit kommt für Banken und Sparkasse insb. in Betracht bei der Abwicklungsvollstreckung: Diese ist gerichtet auf die Übergabe des Nachlasses an den oder die Erben und/oder die Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft, § 2204 BGB. Banken und Sparkassen haben dagegen ein natürliches Interesse daran, das in der Regel bereits vor dem Erbfall bei ihnen angelegte Vermögen des Erblassers ungeteilt in ihrer Verwaltung zu halten und etwa bei anderen Banken angelegtes Vermögen im Rahmen der Testamentsvollstreckung an sich zu ziehen. Konflikte sind insb. dann unvermeidlich, wenn zum Beispiel ein oder mehrere Mitglieder einer Erbengemeinschaft in einer selbständigen Geschäftsbeziehung zu der jeweiligen Bank oder Sparkasse stehen. Haben beispielsweise der Erblasser und sein Ehepartner einen Kredit zur Hausfinanzierung aufgenommen, der im Zeitpunkt des Todes noch nicht zurückgezahlt ist, und wird der Erblasser von den überlebenden Ehegatten und den gemeinsamen Kindern beerbt, kollidieren die Pflicht der Bank zu unveränderten Bereitstellung des Kredites mit einer festen Laufzeit einerseits mit der andererseits bestehenden Pflicht, als Testamentsvollstrecker gem. § 2204 BGB den Nachlass auseinanderzusetzen und zu diesem Zweck vorab Nachlassverbindlichkeiten zu berichtigen.¹¹³⁷ Eine vergleichbare Konfliktlage ergibt sich, wenn zum Nachlass Anteile an einer Handelsgesellschaft gehören, die ihrerseits mit der zu Testamentsvollstreckerin ernannten Bank in einer Geschäftsbeziehung steht. Hier kollidieren die Rechtspflichten des Testamentsvollstreckers, den Nachlass auseinanderzusetzen und zu diesem Zweck ggf. auch Gesellschaftsanteile zu verwerten, mit der Konsequenz, dass es dann zu massiven Liquidationsengpässen bis hin zur Gefährdung der Existenz der Handelsgesellschaft kommen kann, während die Bank umgekehrt eigentlich als

1134 ZEV 2005, 123 m. Anm. *Stracke*.

1135 A.A. h.M., vgl. Nachweise bei *Stracke* ZEV 2005, 125.

1136 So der BGH Urt. v. 11.11.2004, I ZR 213/01, ZEV 2005, 122 gegen die h.M., vgl. Rdn. 468.

1137 *Krenzler* RDG § 85 Rn. 110 f.

Kreditgeberin der Handelsgesellschaft gerade an dem Erhalt von deren Liquidität interessiert ist.¹¹³⁸ Banken und Sparkassen müssen daher sorgfältig prüfen, ob sie im Einzelfall das Amt als Testamentsvollstrecker annehmen können oder verpflichtet sind, ihre eigentlichen Bankgeschäfte im Hinblick auf den Nachlass zu beenden oder zu beschränken.

Probleme können sich für Kreditinstitute durch das **Substitutionsverbot** gem. §§ 2218 Abs. 1, 664 BGB ergeben, dieses ist gem. § 2222 BGB zwingend. Allerdings kann der Erblasser gem. § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB die Übertragung der Ausführung des Auftrags an Dritte gestatten; die Übertragung des Amtes als solche widerspricht dem höchstpersönlichen Charakter der Testamentsvollstreckung und ist also nicht zulässig. Kreditinstitute müssen die Testamentsvollstreckung nicht zwingend durch ihre Organe ausüben, es kann auch Dritten Durchführungsvollmacht erteilt werden.¹¹³⁹ Werden Dritte, also nicht nur Mitarbeiter der Kreditinstitute, mit der Durchführung einzelner Maßnahmen betraut, wie etwa die Erstellung des Nachlassverzeichnisses, stellt sich die Frage, ob es sich um Auslagen handelt, die über die Vergütung nach § 2221 BGB hinaus dem Erben in Rechnung gestellt werden kann. Im Zweifel ist dies nicht der Fall, da der Erblasser bei der Beauftragung einer Bank davon ausgeht, dass diese einen umfassenden Apparat zur Erledigung der regelmäßig anfallenden Arbeiten (außer Rechtsstreitigkeiten und Steuerangelegenheiten) hat.

Bei einem **Verstoß des Testamentsvollstreckers gegen die Vorschriften des RDG**, zum Beispiel wegen § 4 RDG, verletzt er zugleich ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB. Der zugrunde liegende Vertrag und im Zweifel darauf gegründete Vollmachten sind unwirksam.¹¹⁴⁰ Der Vergütungsanspruch gem. § 2221 BGB entfällt. Rechtsanwälte verstoßen mit der Durchführung von Testamentsvollstreckungen nicht gegen das RDG, sind aber an ihre berufsrechtlichen Pflichten insbesondere aus der BRAO und der BORA gebunden. Übrige Berufsträger und Unternehmen verstoßen dann mit der Durchführung von Testamentsvollstreckungen gegen das RDG, wenn sie außerhalb der Testamentsvollstreckung andere Leistungspflichten haben, die die ordnungsgemäße Erbringung der mit der Testamentsvollstreckung verbundenen Rechtsdienstleistung gefährdet.

Die Möglichkeiten eines wirksam ernannten Testamentsvollstreckers, sein Amt auszuüben, können auch durch **Gesellschaftsvertrag** eingeschränkt sein. So kann etwa die Satzung einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch Nichtgesellschafter ausschließen oder – auch für bestimmte Personen oder Personengruppen oder für bestimmte Beschlussgegenstände – beschränken. Ein Testamentsvollstrecker, der aufgrund einer derartigen Beschränkung nicht in der Lage ist, in der Gesellschaft mitzuwirken, bleibt aber Testamentsvollstrecker, seine Befugnisse beschränken sich dann auf die »Außenseite« bzw. die Beschlussgegenstände, für die er zugelassen ist. Auch sein allgemeines Verwaltungsrecht (§ 2205 Satz 1 BGB) besteht uneingeschränkt.¹¹⁴¹

Soll der **Geschäftsführer einer GmbH** zum Testamentsvollstrecker ernannt werden, ist zu berücksichtigen, dass er dann gem. § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bei der Beschlussfassung über seine Entlastung kein Stimmrecht hat. Es lebt dann das Stimmrecht des Gesellschafternachfolgers wieder auf.¹¹⁴² Will man dies vermeiden, muss der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthalten, wonach in derartigen Fällen das Stimmrecht des Gesellschafternachfolgers vollständig ruht.¹¹⁴³

¹¹³⁸ Krenzler Rn. 113.

¹¹³⁹ Grunsky/Theiss WM 2006, 1561; a.A. J. Mayer MittBayNot 2005, 366; vgl. auch Zimmermann ZERB 2007, 278.

¹¹⁴⁰ Grüneberg/Ellenberger § 134 Rn. 21; BGH NJW 2002, 2305; BGH NJW 2005, 2088.

¹¹⁴¹ Reimann ZEV 2010, 521, 522.

¹¹⁴² BGH NJW 1969, 851.

¹¹⁴³ Reimann GmbHR 2011, 1289, 1300; ders. ZEV 2014, 521, 523.

11. Mehrere Testamentvollstrecker

- 473 Der Erblasser kann mehrere Testamentvollstrecker ernennen (§ 2197 BGB).¹¹⁴⁴ Er kann auch einen Dritten oder das Nachlassgericht ersuchen, mehrere Testamentvollstrecker zu ernennen (§§ 2198, 2200 BGB). Er kann auch den Testamentvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker zu ernennen (§ 2199 BGB). Der Erblasser kann Anordnungen für die Amtsführung mehrerer Testamentvollstrecker nur durch Verfügung von Todes wegen treffen. Soweit diese Anordnungen von der gesetzlichen Regelung abweichen, sind sie im Testamentvollstreckerzeugnis (§§ 354, 352a FamFG) zu vermerken. Wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, führen mehrere Testamentvollstrecker das Amt gemeinschaftlich; Meinungsverschiedenheiten entscheidet das Nachlassgericht (§ 2224 Abs. 1 Satz 1, 3 BGB). Diese Regelung gilt für das Innen- wie für das Außenverhältnis. Dies bedeutet, dass die Testamentvollstrecker eine Rechtshandlung nur vornehmen dürfen und können, wenn alle Vollstrecker einig sind. Die Testamentvollstrecker können ihre Aufgaben gleichwohl nach bestimmten Gebieten unter sich aufteilen, jedoch hat eine solche Vereinbarung nur interne Wirkung.¹¹⁴⁵ Die Testamentvollstrecker können sich gegenseitig oder einem Dritten Vollmacht erteilen, ohne dass sich an ihrer Haftung nach § 2219 BGB hierdurch etwas ändern würde. Eine Generalvollmacht können die Vollstrecker nur widerruflich für einen bestimmten Kreis von Geschäften erteilen und nur dann, wenn kein Verbot des Erblassers entgegensteht.¹¹⁴⁶ Der Erblasser kann die wechselseitige Bevollmächtigung einschränken und ausschließen.

12. Ende der Testamentvollstreckung

- 474 Die Dauer der Testamentvollstreckung richtet sich prinzipiell nach den Anordnungen des Erblassers. Allerdings ist die Laufzeit einer Testamentvollstreckung auf dreißig Jahre begrenzt, mit den Ausnahmen des § 2210 Satz 2 und 3 BGB.¹¹⁴⁷

Bei einer längerfristig geplanten Testamentvollstreckung sollte beachtet werden, dass die **Erträge des Nachlasses**, auch wenn sie, wie bei Unternehmen weitgehend notwendig und üblich, nicht ausgeschüttet werden, aus dem Nachlass »herauswachsen«, insbesondere wenn sie im Verhältnis zum ursprünglichen Nachlass erheblich sind. Dies kann nicht nur zu einem Zugriff von Eigengläubigern des Erben (trotz § 2214 BGB) führen, sondern auch zu einer Beendigung der Testamentvollstreckung.¹¹⁴⁸ Die Folge wäre eine »Doppelzuständigkeit«: Der Testamentvollstrecker könnte nur den ursprünglichen Nachlass (incl. »normale« Erträge) verwalten, für den Rest der Erträge des ursprünglichen Nachlasses wäre der Erbe zuständig.

Wird eine langfristige Kontrolle der Erben für notwendig erachtet, sollte zumindest die Möglichkeit offenbleiben, die erbrechtliche Lösung durch eine gesellschafts- oder stiftungsrechtliche zu ersetzen.

Als **Gründe für die Beendigung** des Testamentvollstrecker-Amtes hebt das *Gesetz* hervor:

- Den Tod des Vollstreckers nach dem Erbfall, die Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit oder die Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers für ihn (§§ 2225, 2201 BGB); stirbt der »Testamentvollstrecker« vor dem Erbfall, so ist seine Ernennung unwirksam,
- die Kündigung durch den Vollstrecker gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2226 BGB),
- die Entlassung des Testamentvollstreckers durch das Nachlassgericht (§ 2227 BGB).

¹¹⁴⁴ S. hierzu ausführlich *Kretschmann* Die Mehrheit von Testamentvollstreckern nach § 2224 BGB, Diss. 2023; *ders.* ZEV 2022, 383; ZEV 2023, 193.

¹¹⁴⁵ BGH NJW 1967, 2400, 2401.

¹¹⁴⁶ *Staudinger/Dutta* BGB, § 2218 Rn. 15; *Molitoris* Die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentvollstrecker, Diss. Regensburg 2005.

¹¹⁴⁷ Zur Beendigung des Testamentvollstreckeramts und der Testamentvollstreckung insgesamt s. *Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Klinger* HbTV § 8 Rn. 1 ff.

¹¹⁴⁸ BGH NJW 1984, 2570; BGHZ 91, 132; BGH DNotZ 1987, 116.

Das Amt endet aber auch in folgenden weiteren, vom Gesetz nicht förmlich geregelten Fällen:

- Bei einer Abwicklungsvollstreckung (nicht bei der Dauervollstreckung) durch die vollständige Erledigung aller dem Vollstrecker zugewiesenen Aufgaben – wozu regelmäßig die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers und die Bewirkung der Auseinandersetzung unter mehreren Erben gehört (§§ 2203, 2204 BGB) –,
- Ist der Testamentsvollstrecker zur Verteilung des Nachlasses und Errichtung einer Stiftung bestellt, so endet sein Amt mit der Erledigung dieser Aufgaben.¹¹⁴⁹
- Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt auch dann, wenn die Erben vereinbaren, die Auseinandersetzung solle unterbleiben, die Erbengemeinschaft also für immer oder auf Zeit fortzusetzen, und der Testamentsvollstrecker keine weiteren Aufgaben hat bzw. alle übrigen Aufgaben bereits erfüllt wurden.¹¹⁵⁰
- Ist der Testamentsvollstrecker nur für den Vorerben bestellt, so endet sein Amt mit der Aushändigung der Erbschaft an den Nacherben.
- Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt auch, wenn der Nachlass erschöpft ist.¹¹⁵¹
- Ergeben sich für den Nachlass nachträglich Rückerstattungsansprüche, so lebt die scheinbar beendete Testamentsvollstreckung wieder auf.¹¹⁵²
- Die Testamentsvollstreckung erlischt mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins, bis zu dem die Testamentsvollstreckung angeordnet war. Eine Verwaltungsvollstreckung endet, von Sonderfällen abgesehen, spätestens dreißig Jahre nach dem Erbfall (§ 2210 BGB). Hat der Erblasser angeordnet, dass ein Erbteil bis zum Tode des Ehemannes der Erbin durch einen Testamentsvollstrecker verwaltet werden soll, so endet sie im Zweifel auch bei Scheidung der Ehe.¹¹⁵³
- Die Nacherbenvollstreckung (§ 2222 BGB) endet mit dem Eintritt des Nacherbfalles.
- Die Testamentsvollstreckung erlischt partiell, nämlich hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände, bei Freigabe nach § 2217 BGB oder bei wirksamer Veräußerung durch den Testamentsvollstrecker oder einen vom Erblasser über den Tod hinaus Bevollmächtigten; solche Gegenstände scheiden aus dem Nachlass aus und unterliegen dann nicht mehr dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers.

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt dagegen nicht von selbst,

- wenn die Erben mit dem Testamentsvollstrecker die Beendigung seines Amtes vereinbaren, der Testamentsvollstrecker jedoch – auch aus rechtlicher Unkenntnis – nicht gem. § 2226 BGB kündigt,
- wenn sich der Testamentsvollstrecker in der irrigen Meinung, seine Aufgaben seien erledigt, lange Zeit nicht mehr um sein Amt gekümmert hat.

In diesen Fällen kann aber eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers bestehen, sein Amt niederzulegen.¹¹⁵⁴

Auch ist die **Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens oder der Nachlassverwaltung** kein Grund zur Beendigung der Testamentsvollstreckung; jedoch ruhen während der Dauer dieser Verfahren die Aufgaben und Befugnisse des Vollstreckers. Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens leben sie wieder auf.

1149 KG OLGE 34, 299, 300.

1150 BayObLGZ 1953, 357, 362; OLG München DNotZ 1936, 810, 811; OLG Hannover JR 1950, 693, 694 m. Anm. *Hartung*.

1151 KG OLGE 37, 259.

1152 OLG München NJW 1951, 74.

1153 RG SeuffA 66 Nr. 72.

1154 BGH NJW 1962, 912, 913.

Fraglich ist, welche Relevanz **Vereinbarungen zwischen den Erben und Testamentsvollstrecker** über die Beendigung haben.¹¹⁵⁵ Solche Vereinbarungen machen jedenfalls eine Kündigung durch den Testamentsvollstrecker nach § 2226 BGB erforderlich.¹¹⁵⁶

Es ist immer zu prüfen, ob nur das Amt des konkreten Testamentsvollstreckers erloschen ist und die Testamentsvollstreckung insgesamt fortbesteht oder aber, ob mit dem Erlöschen des Amtes des Testamentsvollstreckers auch die **Testamentsvollstreckung insgesamt beendet** ist. Im Wesentlichen wird für die Beurteilung dieser Frage die Verfügung von Todes wegen maßgebend sein. Einen Streit darüber, ob die Testamentsvollstreckung beendet oder das Amt eines bestimmten Testamentsvollstreckers erloschen ist, kann nur das Prozessgericht, nicht das Nachlassgericht entscheiden.¹¹⁵⁷

VII. Nießbrauch

1. Überblick

- 475 Das Recht des Nießbrauches ist in den §§ 1030 ff. BGB geregelt. Der Nießbrauch ist eine von drei im BGB geregelten Arten der Dienstbarkeiten. Die Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht, das auf die Nutzung einer Sache oder eines Rechtes gerichtet ist.¹¹⁵⁸ Der Nießbrauch kann bestellt werden an Sachen (§§ 1030 ff. BGB), an Rechten (§§ 1068 ff. BGB) sowie an Vermögen oder an einer Erbschaft (§§ 1085 ff. BGB). Den Nießbrauch ergänzende Regelungen enthalten § 22 Abs. 2 HGB (Recht zur Firmenfortführung), § 102 Abs. 2 VVG (Eintritt in Rechte und Pflichten aus einer Betriebshaftpflichtversicherung) sowie § 30 Abs. 1 Nr. 4 WpÜG (Zurechnung des Stimmrechtes an den Nießbraucher). Die in der Praxis häufige Bestellung eines Nießbrauches an einem Grundstück grenzt sich bspw. von einer Grunddienstbarkeit dadurch ab, dass der Nießbrauch ein umfassendes Nutzungsrecht am Grundstück darstellt, von dem einige Nutzungen ausgenommen werden können (§ 1030 Abs. 2 BGB), während die Grunddienstbarkeit ein Nutzungsrecht nur »in einzelnen Beziehungen« am Grundstück gewährt, § 1018 BGB.¹¹⁵⁹
- 476 Wegen des **sachenrechtlichen Typenzwanges** sind die Regelungen über die Entstehung und Beendigung des Nießbrauchs, die Unübertragbarkeit (§ 1059 BGB),¹¹⁶⁰ Unpfändbarkeit (§ 1059b BGB) sowie über die Unvererblichkeit (§ 1061 Satz 1 BGB) zwingend, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung zulässt.¹¹⁶¹ Der Nießbrauch begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer bzw. Inhaber einerseits und Nießbraucher andererseits. Die daraus entstehenden Rechte und Pflichten sind trotz des sachenrechtlichen Typenzwanges grundsätzlich auch mit dinglicher Wirkung abänderbar.¹¹⁶² Dabei darf der Wesenskern des Nießbrauches nicht verändert werden, insb. dürfen die Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch nicht überschritten werden.¹¹⁶³
- 477 Der Nießbrauch kann durch Rechtsgeschäft (z.B. Aufhebung, § 875 BGB und § 1064 BGB), Tod oder Erlöschen des Berechtigten (§ 1061 BGB),¹¹⁶⁴ Eintritt einer auflösenden Bedingung i.S.v. 158 Abs. 2 BGB oder einer vereinbarten Endfrist, § 163 BGB **beendet** werden. Ferner endet der Nießbrauch durch völligen Untergang der Sache,¹¹⁶⁵ durch Konsolidation bei beweglichen Sachen und

1155 Bengel/Reimann/Holtz/Röhl/Klinger HbTV § 8 Rn. 130 ff.

1156 Reimann NJW 2005, 789.

1157 BGHZ 41, 23, 28 = NJW 1964, 1316, 1319 = DNotZ 1965, 98, 99.

1158 MünchKommBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 1; Soergel/Stürner, Vorbem. § 1018 Rn. 1.

1159 MünchKommBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 9.

1160 § 1059a BGB regelt Tatbestände, die keine Übertragung des Nießbrauchs selbst beinhalten.

1161 §§ 926 Abs. 1 Satz 2, 1031, 1062, 1059a Abs. 1 Nr. 1 BGB.

1162 BayObLGZ 1977, 81, 84 ff.; MünchKommBGB/Pohlmann § 1030 Rn. 20.

1163 BayObLG, DNotZ 1973, 299, 300; MünchKommBGB/Pohlmann § 1030 BGB Rn. 21.

1164 Ausnahmsweise geht der Nießbrauch bei Erlöschen des Berechtigten über, § 1059a BGB.

1165 Unter Umständen setzt sich der Nießbrauch aber an die Stelle der Sache tretenden Versicherungsforderung fort, § 1046 BGB.