

Handbuch der Erbfolge- Gestaltung

Von Dr. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach
Notar in Köln

 Carl Heymanns Verlag 2011

§ 23 Vor- und Nacherbschaft

| Übersicht | Rdn. | Rdn. | |
|--|------|--|----|
| I. Grundlagen | 1 | 2. Gesamthandsvermögen in der Vorerbschaft | 44 |
| 1. Erben auf Zeit | 1 | 3. Befreiung von Beschränkun- gen | 53 |
| 2. Trennungsprinzip | 3 | 4. Beschränkungen, von denen nicht befreit werden kann ... | 60 |
| 3. Gestaltungsziele | 6 | a) Überblick | 60 |
| 4. Typische Fallgruppen | 7 | b) Unentgeltliche Verfügun- gen | 62 |
| 5. Formulierungsbeispiel (Ein- zeltestament) | 8 | c) § 2115 | 64 |
| 6. Gefahr: Die unregelte Erb- folge nach dem Längstleben- den | 10 | V. Vorausvermächtnisse für den Vorerben | 66 |
| 7. Unternehmen in der Vorerb- schaft | 13 | 1. Vorausvermächtnis für den al- leinigen Vorerben | 66 |
| II. Das Anwartschaftsrecht des Nacherben | 14 | 2. Vorausvermächtnis für den Mitvorerben | 69 |
| 1. Allgemeines | 14 | 3. Vorausvermächtnis, das der Nacherbfolge unterliegt | 70 |
| 2. Nacherbe als befristeter Erbe | 15 | 4. Das Vorausvermächtnis als In- strument zur Befreiung des Vorerben über die Grenzen des § 2136 hinaus | 71 |
| 3. Nacherbe als bedingter Erbe | 17 | a) Diverse Wege | 71 |
| 4. Anwartschaftsrecht des Er- satznacherben | 19 | b) Das auflösend bedingte oder befristete Vorausver- mächtnis. | 75 |
| 5. Vollständiger Ausschluss von Veräußerlichkeit und Vererb- lichkeit? | 20 | VI. Gestaffelte Nacherbfolge | 81 |
| 6. Übertragung | 22 | VII. Ermächtigung des Vorerben, die Nacherbschaft zu beseitigen .. | 84 |
| III. Die Rechtsstellung des Vorerben im Überblick | 26 | 1. Grundsätzliche Zulässigkeit .. | 84 |
| 1. Außenverhältnis | 26 | 2. Auswahl eines Erben | 87 |
| 2. Innenverhältnis | 27 | 3. Recht zur anderweitigen Ver- teilung | 91 |
| 3. Dingliche Surrogation | 33 | VIII. Wegfall des Vorerben oder des Nacherben | 93 |
| 4. Erweiterungen und zusätzliche Einschränkungen der gesetzli- chen Verfügungsfreiheit | 34 | 1. Allgemeines | 93 |
| 5. Vorerbengemeinschaft und ihre Auseinandersetzung | 36 | 2. Ausschlagung durch den Nacherben | 97 |
| 6. Erbengemeinschaft aus Vor- erben und Vollerben; Einset- zung des Nacherben auf einen Bruchteil | 39 | IX. Nacherbfolge und Erbschein .. | 99 |
| IV. Beschränkungen des Vorerben | 41 | | |
| 1. Grundsätze | 41 | | |

| | Rdn. | | Rdn. |
|---|------|--|------|
| X. Nacherbfolge und Grundbuch | 102 | | |
| 1. Allgemeines | 102 | b) Nachweis der Unrichtig- | |
| 2. Namentliche Bezeichnung der Nacherben | 104 | keit | 109 |
| 3. Löschung des Nacherbenvermerks | 107 | XI. Nacherbfolge und Erbschaftsteuer | 112 |
| a) Zustimmung aller Nacherben und Ersatznacherben | 107 | 1. Allgemeines | 112 |
| | | 2. Besonderheiten, wenn Nacherbfall nicht der Tod des Vorerben ist | 117 |

Literatur: *Beck*, Grenzen der Teilungsanordnung – Teilungsanordnung und Nacherbfolge, DNotZ 1961, 565; *Buß*, Das Nacherbenrecht in der Immobilierzwangsversteigerung, 2004; *Dressler*, Vor- und Nacherbschaft im Höferecht, AgrarR 2001, 265; *Friederich*, Rechtsgeschäfte zwischen Vorerben und Nacherben; *Gantzer*, Rechtsgeschäfte zur Aufhebung der Vor- und Nacherbschaft und ihre Form, MittBayNot 1993, 67; *Haegeler*, Rechtsfragen zu Vor- und Nacherbschaft, Rpfleger 1971, 121; *Hartmann*, Die Beseitigung der Nacherbschaftsbeschränkung durch Geschäft zwischen Vor- und Nacherben, ZEV 2009, 107; *Kessel*, Eingriffe in die Vorerbschaft, MittRhNotK 1991, 137; *Ludwig*, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, Diss. Saarbrücken 1996; *Schiedermaier*, Die Übertragung der Rechte des Nacherben, AcP 139, 129; *Zawar*, Gedanken zum bedingten oder befristeten Rechtserwerb im Erbrecht, NJW 2007, 2353.

Literatur zu II.: *Becher*, Kein Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben, NJW 1969, 1463; *Haegeler*, Zur Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts eines Nacherben, Rpfleger 1967, 161; *Kempe*, Die Anwartschaft des Nacherben und des Ersatznacherben, NJW 1961, 1797; *J. Mayer*, Der verhinderte Nacherbe, MittBayNot 1994, 111; *Musielak*, Zur Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts eines Nacherben, ZEV 1995, 5; *Raape*, Der Ersatznacherbe und der Erbe eines Nacherben (§ 2108 II BGB), DNotZ 1935, 626; *S. Schmidt*, Die Nachfolge in das Anwartschaftsrecht des Nacherben und die Erteilung des Erbscheins nach Eintritt des Nacherbfalls, BWNotZ 1996, 139; *Weckesser*, Die Anwartschaft des Nacherben, Ersatzerben und Ersatznacherben, Diss. Mannheim 1985; *Wübber*, Anwartschaftsrechte im Erbrecht und ihre kautelarjuristische Ausgestaltung, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1998.

Literatur zu III. 3.: *Martinek*, Der Kommanditanteil als Nachlaßsurrogat – ein neuer Konflikt zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht? ZGR 1991, 74; *Maurer*, Fragen des (Eigen-)Erwerbs von Nachlaßgegenständen durch den Vor- oder Nacherben, DNotZ 1981, 223; *Roggendorff*, Surrogationserwerb bei Vor- und Nacherbfolge, MittRhNotK 1981, 29; *Strauch*, Mehrheitlicher Rechtsersatz. Ein Beitrag zur »dinglichen Surrogation« im Privatrecht, 1972; *Wolf*, Dingliche Surrogation und Wertersatz bei der Nacherbschaft – BGH, NJW 1977, 1631, JuS 1981, 14.

Literatur zu IV.: (Gesamthandsvermögen in der Vorerbschaft): *Custodis*, Zur Berechtigung des Vorerben, über Gesamtgutsgegenstände zu verfügen – Nacherbfolge bei Beendigung zweigliedriger Gesamthandsgemeinschaften, in FS Rheinisches Notariat (1998), 163; *Dillmann*, Verfügungen während der Vorerbschaft, RNotZ 2002, 2; *Edelmann*, Beschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB bei Verfügungen über Gegenstände eines Gesamthandsvermögens, Diss. Mainz 1975; *Kanzleiter*, ZEV 1996, 66 (Anmerkung zu BayObLG ZEV 1996,

64); *Köster*, Die Stellung des als Vorerben eingesetzten überlebenden Ehegatten bei nicht fortgesetzter Gütergemeinschaft, DNotZ 1953, 246; *Neuschwander*, Unentgeltliche Verfügungen des befreiten Vorerben? BWNotZ 1977, 85; *Prolss*, Die Stellung des Vorerben bei beendeter Gütergemeinschaft, JZ 1970, 95; *Pyszka*, Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben und des Testamentsvollstreckers, Diss. München 1989; *Schaub*, Nacherbenvermerk bei Grundstücken im Gesamthandsvermögen, ZEV 1998, 372; *Schmid*, Gesamthandsgemeinschaft und Nacherbfolge, BWNotZ 1996, 144; *K. Schmidt*, Nacherbenschutz bei Vorerbschaft an Gesamthandsanteilen, FamRZ 1976, 683; *S. Schmidt*, Vor- und Nacherbfolge im Recht der Personengesellschaften, BWNotZ 1983, 102; *Spellenberg*, Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen zum Nachteil des Erben oder Pflichtteilsberechtigten, FamRZ 1974, 350; *Staudenmaier*, Zur Verfügungsmacht des Vorerben bei beendeter Gütergemeinschaft, NJW 1965, 380; *Stimpel*, Der Gesellschafter als Vorerbe des verstorbenen einzigen Mitgeschafters einer offenen Handelsgesellschaft, in: FS Rowedder (1994), 477; *Webrstedt*, Der »unfreie« befreite Vorerbe, MittRhNotK 1999, 103; *Wolf*, Schutz der Nachlaßgläubiger bei auflösend bedingter Vollerbschaft und Vorerbschaft, in: FS v. Lübtow (1991), 325.

Literatur zu V.: *Flad*, Wann und wie erwirbt der Nacherbe ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis? DGWR 1937, 233; *Heider*, Die Befugnis des Vorerben zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlassgegenstände, ZEV 1995, 1; *Kanzleiter*, Ermächtigung des Vorderben zu Schenkungen aus dem Nachlass? in: FS Schippel (1996), 287; *Ludwig*, Gegenständliche Nachlasspaltung bei Vor- und Nacherbschaft – Bemerkungen zum Beschluss des OLG Düsseldorf v. 14.6.1999 – 3 Wx 104/99, DNotZ 2001, 102; *Mayer, J.*, Der superbefreite Vorerbe? Möglichkeiten und Grenzen der Befreiung des Vorerben, ZEV 2000, 1; *Müller, G.*, Möglichkeiten der Befreiung des Vorerben über § 2136 BGB hinaus, ZEV 1996, 179; *Nolting, J.*, Die Befreiung des Vorerben über die Grenzen des § 2136 BGB hinaus, 2003 (zugl. Diss. Bielefeld 2001); *Reimann*, Das Herausgabevermächtnis als Alternative zur Nacherbfolgeanordnung, MittBayNot 2002, 4; *Sonntag*, Zur Rechtsnatur des Vorausvermächtnisses an den Vorerben, ZEV 1996, 450; *Wingarter*, Die Erweiterung der Befugnisse des befreiten Vorerben, 2000; *Wübben*, ZEV 2000, 30 (Anm. zu OLG Düsseldorf ZEV 2000, 29).

Literatur zu VII.: *Brox*, Bestimmung des Nacherben oder des Gegenstands der Zuwendung durch den Vorerben, in: FS Bartholomeyczik (1973), 41; *Frank*, Die Nacherbeneinsetzung unter Vorbehalt anderweitiger Verfügungen des Vorerben, MittBayNot 1987, 231; *Herrmann*, Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, dass der Vorerbe nicht letztwillig anders verfügt, AcP 155, 434; *Mayer, N.*, Ermächtigung des Erben zur Beseitigung der Nacherbschaft, ZEV 1996, 104; Formulierungsbeispiele bei *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, Rn. 219 sowie *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Formularteil, Rn. 49 (für Ehegattenverfügung).

Literatur zu IX.: *Köster*, Vor- und Nacherbschaft im Erbscheinsverfahren, Rpfleger 2000, 90 und 133; MüKo/J. *Mayer*, § 2362; *S. Schmidt*, Die Nachfolge in das Anwartschaftsrecht des Nacherben und die Erteilung des Erbscheins nach Eintritt des Nacherbfalls, BWNotZ 1966, 139; *Staudinger/Avenarius*, § 2100 Rn. 98 ff.

Literatur zu X.: *Bergermann*, Vor- und Nacherbfolge im Grundbuch, MittRhNotK 1972, 743; *Bokelmann*, Nachweis des Erbrechts des Nacherben für Grundbucheintragung, Rpfleger 1974, 1; *Ludwig*, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996; *Schaub*, Nacherbenvermerk bei Grundstücken im Gesamthandsvermögen, ZEV 1998, 372.

I. Grundlagen

1. Erben auf Zeit

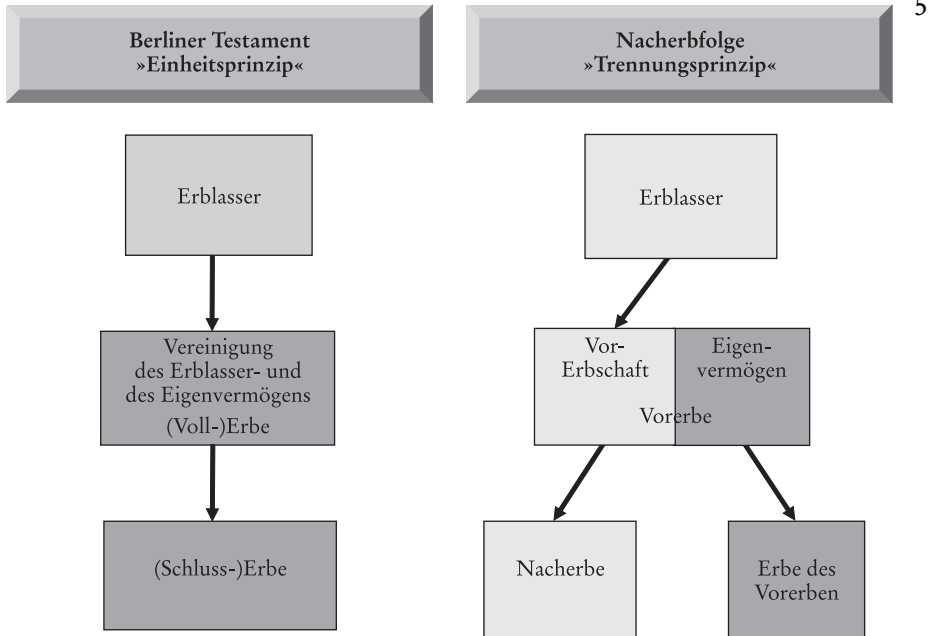
- 1 Das Gesetz sagt in § 2100 BGB: »Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)«. Die Einsetzung von Vor- und Nacherben bedeutet also die zeitlich hintereinander geschaltete Einsetzung zweier Erben nach demselben Erblasser. Auch der Nacherbe ist als solcher nicht Erbe des Vorerben, sondern des Erblassers. Konstruktiv liegt die Einsetzung eines Erben unter auflösender Befristung oder Bedingung (Vorerbe) und, nachgeschaltet, die Einsetzung eines anderen Erben unter aufschiebender Befristung oder Bedingung (Nacherbe) vor.¹ Die Nacherbfolge ist deutschrechtlicher Herkunft. Dem römischen Recht war eine Erbenstellung auf Zeit fremd (»*semel heres, semper heres*«).
- 2 Der Vorerbe ist bis zum Eintritt des »Nacherbfalls« **kraft Universalsukzession Erbe** des Erblassers. Allerdings stellt die Erbschaft in der Hand des Vorerben ein Sondervermögen dar. Mit dem Nacherbfall übernimmt der Nacherbe die Stellung des Erben: »Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an«, so formuliert es § 2139. Der Erblasser kann den Zeitpunkt oder das Ereignis, mit dem der Nacherbfall eintritt, also die Erbschaft auf den Nacherben übergeht, frei bestimmen. Bestimmt er hierüber nichts, so ist Nacherbfall der Tod des Vorerben (§ 2106 Abs. 1).

2. Trennungsprinzip

- 3 Beim Vorerben entstehen zwei getrennte Vermögensmassen: Die **Vorerbmasse** und das **Eigenvermögen**. Nur über das Eigenvermögen kann der Vorerbe Verfügungen von Todes wegen treffen, nicht über die Vorerbmasse. Die Vorerbmasse geht vielmehr mit dem Nacherbfall ohne weiteres, und durch den Vorerben nicht mehr beeinflussbar, auf den Nacherben über. Die Trennung bedeutet zugleich Schutz vor vollstreckungsrechtlicher Verwertung durch Eigengläubiger des Vorerben.
- 4 Die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge als Gestaltungstyp für Ehegatten- oder Lebenspartnerverfügungen hat ihren Gegenpol im Gestaltungstyp des **Berliner Testaments** nach der Auslegungsregel des § 2269 (siehe Grafik). Im Berliner Testament manifestiert sich das **Einheitsprinzip**: Die Partner setzen sich gegenseitig zu Vollerben ein, wodurch sich der Nachlass des Erstversterbenden

¹ *Zawar* NJW 2007, 2353; *ders.*, DNotZ 1986, 515, 519; *Palandt/Edenhofer*, Einf. v. § 2100, Rn. 1.

und der des Längstlebenden in einer Person vereinigen. Dieser einheitliche Nachlass geht sodann auf den Schlusserben über. Gläubigern des Längstlebenden ist damit der Zugriff auch auf Vermögensgegenstände eröffnet, die vom Erstversterbenden stammen.



3. Gestaltungsziele

Gestaltungsziele der Vor- und Nachbarschaft:

- **Trennungsfunktion**
 - Separation des Eigenvermögens von der Vorerbschaft
- **Zuweisungsfunktion**
 - Getrennte Zuweisung von Nachlasssubstanz und -nutzungen möglich
- **Schutzfunktion**
 - Erhaltung der Nachlass**substanz** für den Nacherben
 - Speziell: Familienbindung
 - Schutz vor Zugriff von Eigengläubigern des Vorerben (insbesondere auch: des Sozialhilfeträgers) auf die Nachlasssubstanz.
- **Ausschlussfunktion**
 - Ausschluss der Weitervererbung durch den Vorerben

- z.B. Ausschluss des geschiedenen Ehegatten
- z.B. Ausschluss von Schwiegerkindern
- **Pflichtteilsreduktionsfunktion**
 - Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil gemeinsamer Abkömmlinge nach dem Letztversterbenden wird (anders als beim Berliner Testament) nicht erhöht
 - Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil einseitiger Kinder des Vorerben wird nicht erhöht.

4. Typische Fallgruppen

- 7 Vor- und Nacherbfolge ist voll der juristischen Feinheiten und für den Laien – insbesondere den Beteiligten, der mit ihr leben muss – nicht ohne fachmännischen Beistand handhabbar. Ungeachtet dessen ist die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge in manchen praktisch wichtigen Fallgruppen ein unverzichtbares Gestaltungsinstrument. Auf andere Fallgruppen sollte sie aber nicht ohne Not ausgeweitet werden. Insbesondere sollte sie nicht zur Standardgestaltung bei Ehegatten- oder Lebenspartner-Verfügungen werden. Die typischen Fallgruppen der Vor- und Nacherbfolge ergeben sich aus der folgenden Übersicht.
- **Ehegatten- oder Partnerverfügung**, wenn **einseitige Kinder** vorhanden sind (Alternative: Herausgabevermächtnis, § 28 Rdn. 95 ff.):
 - Gegenseitige Erbeinsetzung zu (i.d.R. befreiten) Vorerben, wenn beide Partner einseitige Kinder haben.
 - Hat nur einer der Partner einseitige Kinder, braucht nur dieser durch Nacherbschaft beschränkt zu werden, der andere kann Vollerbe sein.
 - Steht Pflichtteilsreduzierung im Vordergrund, wäre ein Vorausvermächtnis an den Vorerben kontraproduktiv, weil pflichtteilerhöhend.
 - **überschuldeter Erbe** (§ 69)
 - **behinderter Erbe** (§ 70)
 - **Geschiedenentestament** (§ 65)
 - **Wiederverheiratungsklausel** (§ 42)
 - **Auswahl** des Unternehmensnachfolgers durch den Vorerben.

5. Formulierungsbeispiel (Einzeltestament)

- 8 **Fall:** Witwer W möchte seine Ehefrau F durch Einsetzung zur Vorerbin absichern, sein Grundeigentum aber den gemeinschaftlichen Kindern Kurt und Klara erhalten. Über das Grundeigentum soll F deshalb nicht verfügen können, wohl aber über das bewegliche Vermögen.

Formulierungsbeispiel: Anordnung von Vor- und Nacherbfolge im Einzeltestament 9

- I. Ich widerrufe vorsorglich alle meine früheren Verfügungen von Todes wegen.
- II. Ich setze meine Frau F zu meiner Vorerbin ein. Sie ist von den für einen Vorerben geltenden gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit.
- III. Zu Nacherben setze ich unsere Kinder Kurt und Klara je zur Hälfte ein. Die Nacherbfolge tritt mit dem Tode der Vorerbin ein. Die Nacherbenanwartschaftsrechte sind nicht vererblich und nicht übertragbar. Ersatznacherben sind die Abkömmlinge der Nacherben, unter sich entsprechend den Regeln gesetzlicher Erbfolge in der ersten Ordnung.
- IV. Die Nacherben sind zugleich Ersatzerben.
- V. Als Vorausvermächtnis und demnach frei von den Beschränkungen der Nacherbfolge vermache ich meiner Frau F mein gesamtes bewegliches Vermögen. Der Nacherbfolge unterliegt also nur mein Grundeigentum.

6. Gefahr: Die unregelte Erbfolge nach dem Längstlebenden

Bei der Abfassung von gemeinschaftlichen Verfügungen, in denen sich die Erblasser gegenseitig zu Vorerben und einen Dritten zum Nacherben einsetzen, darf eine Bestimmung darüber, wer **Erbe des Längstlebenden** sein soll – d.h. auf wen das Eigenvermögen des Längstlebenden übergehen soll – nicht vergessen werden. Denn es ist umstritten, ob hier mangels einer ausdrücklichen Bestimmung § 2102 Abs. 1 – wonach der Nacherbe im Zweifel auch Ersatzerbe ist – anwendbar ist. Im Vordringen befindet sich allerdings die bejahende Auffassung.² 10

Beispiel: Die kinderlosen Eheleute Friederike und Friedrich besitzen ein Hausgrundstück zu je $\frac{1}{2}$ Miteigentumsanteil. Sie verfügen: »Wir setzen uns gegenseitig zu Vorerben ein. Nacherbe ist Pia, das Patenkind Friederikes.« Friedrich verstirbt, einige Zeit darauf auch Friederike. Nun meldet sich die Nichte Nora der Friederike und beansprucht in ihrer Eigenschaft als einzige Verwandte Friederikes deren Nachlass, u.a. also Friederikes $\frac{1}{2}$ Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück. Demgegenüber meint Pia, mit Friederikes Tod Alleineigentümerin des gesamten Hausgrundstücks geworden zu sein: Zur einen Hälfte als (Nach-)Erbin Friedrichs, zur anderen als Erbin Friederikes.

² Für Anwendbarkeit des § 2102 Abs. 1 KG FamRZ 1987, 413 = NJW-RR 1987, 451; MüKo/Leipold, § 2102 Rn. 3 (anders noch 2. Aufl.); Staudinger/Avenarius, § 2102 Rn. 3; Nebelsen-v. Stryk DNotZ 1988, 147. A.A. OLG Karlsruhe FamRZ 1970, 255; OLG München HRR 1937, Nr. 1094 = JFG 15, 246.

Letzteres leitet Pia aus § 2102 Abs. 1 her: Als Nacherbin Friederikes sei sie schließlich auch deren Ersatzerbin.

- 11 Jedoch ist die Nacherbfolge nach Friederike **gegenstandslos**, weil Friedrich vorverstorben ist; die Bedingung, unter der Pia zur Nacherbin Friederikes eingesetzt worden ist, ist mit dem Tode Friedrichs ausgefallen. Pia ist nur Nacherbin Friedrichs geworden, nicht Nacherbin Friederikes. Damit entfällt nach der herkömmlichen Meinung eine Voraussetzung für die Anwendung des § 2102 Abs. 1. Doch werden die Eheleute in derartigen Fällen regelmäßig beabsichtigen, über den Nachlass beider bereits verbindlich zu verfügen, und deshalb die Ersatzberufung wollen.³ Daher dürfte § 2102 Abs. 1 entsprechend anzuwenden sein. Im Übrigen bleibt auch nach der überkommenen Meinung möglich, den Willen Friederikes, für den Fall ihres Überlebens Pia zu ihrer Erbin einzusetzen, der Verfügung von Todes wegen aufgrund individueller Auslegung zu entnehmen.⁴ Insoweit kann die Verfügung in solchen Fällen etwa folgendermaßen lauten:
- 12 **Formulierungsbeispiel:** Vor- und Nacherbfolge mit Regelung der Erbfolge nach dem Längstlebenden
- I. **Wir setzen uns gegenseitig zu Vorerben ein. Der Vorerbe ist von allen Beschränkungen befreit, von denen nach dem Gesetz Befreiung erteilt werden kann. Nacherbfall ist der Tod des Vorerben.
Nacherbe eines jeden von uns ist das Patenkind der Ehefrau, nämlich Elisabeth. Das Nacherbenanwartschaftsrecht ist nicht vererblich und nicht übertragbar. Ersatznacherbe ist ...**
 - II. **Erbe des Längstlebenden von uns – und für den Fall, dass wir kurz hintereinander aus gleichem Anlass versterben, eines jeden von uns – ist das vorgenannte Patenkind der Ehefrau, nämlich Elisabeth, ersatzweise ...**

7. Unternehmen in der Vorerbschaft

- 13 Gehört ein Einzelunternehmen zum Nachlass, stehen die unternehmerischen Entscheidungsbefugnisse und die sonstigen unternehmerischen Rechte und Pflichten dem Vorerben zu. Insbesondere entscheidet der Vorerbe allein und

3 *Staudinger/Avenarius*, § 2102 Rn. 3. *Soergel/Harder*, § 2102 Rn. 7 wendet sich zwar gegen die Annahme einer Ersatzberufung, dies jedoch für den Fall, dass die Auslegung ergibt, dass in dem Testament *nur* über das Vermögen des zuerst Versterbenden verfügt werden sollte.

4 Vgl. auch die Darstellung des Streitstandes bei *Nieder/Kössinger*, § 8 Rn. 61 f.

ohne Mitwirkungsrechte des Nacherben, ob er das Einzelunternehmen fortführen oder zur Abwendung der unbeschränkten Haftung einstellen will (§§ 27, 25 Abs. 1 HGB).⁵ Führt der Vorerbe das Unternehmen fort, kann er sich ohne Mitwirkung des Nacherben in das Handelsregister eintragen lassen. Entsprechendes gilt, wenn sich ein Gesellschaftsanteil im Nachlass befindet. Zur Rechtsstellung des Vorerben als Gesellschafter einer Personengesellschaft § 61 Rdn. 88–96.

II. Das Anwartschaftsrecht des Nacherben

1. Allgemeines

Der Nacherbe erhält mit dem Erbfall bereits ein **Anwartschaftsrecht** – d.h. eine rechtlich abgesicherte Vorstufe zur Erbenstellung – an der Erbschaft als ganzer (nicht an den einzelnen Nachlassgegenständen). Das Anwartschaftsrecht kann nach dem Willen des Erblassers vererblich sein. 14

2. Nacherbe als befristeter Erbe

In den Fällen, in denen die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben eintreten soll – hier ist der Nacherbe also, da der Tod gewiss ist, aufschiebend⁶ befristeter Erbe –, ist das Anwartschaftsrecht im Zweifel **vererblich**, § 2108 Abs. 2 Satz 1. Es soll im Zweifel also durch den Tod des Nacherben vor dem Nacherbfall nicht rückwirkend entfallen, sondern dem Verkehr gegenüber ein **sicheres Vermögensrecht** darstellen.⁷ Nach h.M. geht diese Vorschrift der Auslegungsregel des § 2069 – wonach nur die Abkömmlinge berufen wären – vor.⁸ Der gemäß § 2069 hypothetisch ergänzte Wille reiche regelmäßig nicht aus, der Anwartschaft die ihr von Rechts wegen verliehene Vererblichkeit zu nehmen. Der Gesetzgeber habe sich bewusst dafür entschieden, den § 2069 zugrunde liegenden Fideikommißgedanken zugunsten des eingesetzten Nacherben zu verdrängen.⁹ 15

Fall: Erblasser E setzt seine Frau zur Vorerbin und seine beiden Kinder S und T zu Nacherben ein. Besondere Bestimmungen über die Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts hat E nicht getroffen. E verstirbt. Zwei Jahre nach E verstirbt der Sohn S und hinterlässt Ehefrau und zwei Kinder. Eine Ver- 16

⁵ *Bengel/Reimann* in Beck'sches Notar- Handbuch, C., Rn. 64.

⁶ Abgestellt auf den *Vorerben* liegt hier dessen Einsetzung unter einer *auflösenden* Befristung vor.

⁷ *Staudinger/Avenarius*, § 2108 Rn. 8.

⁸ *Lange/Kuchinke*, § 28 II. 4., Fn. 43 m.w.N.

⁹ *Staudinger/Avenarius*, § 2108 Rn. 16 unter Hinweis auf Mot. V, 89, Prot. V, 81, 82, 614.