

Handbuch der Erbfolge- Gestaltung

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

 Carl Heymanns Verlag 2011

Teil 4 Das Verfahren der Gestaltung

§ 13 Arten der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen

Übersicht	Rdn.		Rdn.
I. Verfügung von Todes wegen . . .	1	VI. Übersicht: Errichtungsarten (ohne konsularische Errichtung)	26
II. Erbvertrag	4	VII. Eigenhändige oder notarielle Errichtung?	27
III. Ordentliche Testamente	5	1. Eingeschränkte Wahlmöglichkeit	27
1. Öffentliches Testament	5	2. Eigenhändige Errichtung	28
a) Öffentliches Einzeltestament	5	3. Notarielle Errichtung	29
b) Öffentliches gemeinschaftliches Testament	7	4. Die Schutzfunktion notarieller Beurkundung	30
2. Eigenhändiges Testament	8	5. Fazit	32
a) Eigenhändiges Einzeltestament	8	VIII. Kostenvergleich: Eigenhändige und notarielle Errichtung	33
b) Gemeinschaftliches eigenhändiges Testament	10	1. Einzeltestament	35
IV. Nottestamente	11	2. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag	36
1. Die Arten der Nottestamente	12	3. Ehe- und Erbvertrag	37
2. Gemeinsamkeiten	13	4. Sachverhaltsvarianten	41
3. Bürgermeistertestament	16		
4. Dreizeugentestament	18		
5. Seetestament	23		
V. Konsularische Errichtung	24		

Literatur: *Armbrüster/Preuß/Renner*, § 1, Rn. 109 ff.; *Assenmacher/Matthias*, Kostenordnung; *von der Beck*, Norminhalt und Formstrenge im Recht der Nottestamente, Diss. Münster 1994; *Geimer*, Konsularisches Notariat, DNotZ 1978, 3; *Hecker/Müller-Chorus*, Handbuch der konsularischen Praxis; *Hoffmann/Glietsch*, Konsulargesetz (Loseblatt); *Kappeßer*, Die Nottestamente des BGB, 1995; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, Kostenordnung; *J. Mayer*, Zur wirksamen Errichtung eines Nottestaments, ZEV 2002, 140; *Notarkasse München*, Streifzug durch die Kostenordnung; *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung; *Schmidt/Schmidt*, Die Nottestamente: Bürgermeister-Testament und Drei-Zeugen-Testament, JuS 1996, 598; *Seiler*, Das Dreizeugentestament gem. § 2250 Abs. 2 BGB, ZErB 2002, 114; *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger.

Literatur zu VIII.: *Bentgen*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments, Diss. Köln 1991; *Boehmer*, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 1938, 264; *Burkart*, Das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB – Seine Problematik und seine Zukunft, in: FS v. Lübtow (1991), 253; *Görgens*, Die Bindung des Richters an das Gesetz und die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments, Diss. Bochum 1975; *Görgens*, Überlegungen zur Weiterentwicklung des eigenhändigen Testaments des § 2247 BGB, JR 1979, 357; *Grundmann*, Favor Testamenti – Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten, AcP 187 (1987), 429; *Haegele*, Das eigenhändige Testament in Rechtsprechung, Schrifttum und Praxis, JurBüro 1968, 343; *Hawlitzky*, Das eigenhändige Testament!, DNotZ 1935, 715; *Herold*, Was in Privattestamenten häufig falsch gemacht wird, GrundE 1985, 709; *Pötzsch*, Hat das privatschriftliche Testament noch eine Daseinsberechtigung? NJ 1951, 361; *Singer*, Abschaffung des eigenhändigen Testaments? DNotZ 1934, 482; *Steden*, Formfreie und formbedürftige Änderungen des eigenhändigen Testaments, Diss. Mainz 1971; *Stumpf*, Postscripta im eigenhändigen Testament, FamRZ 1992, 1131; *Vogels*, Inwieweit sind die Testamentsformen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erneuerungsbedürftig? ZAKDR 1935, 635; *Vogels*, Das eigenhändige Testament nach dem Gesetz vom 31. Juli 1938, JW 1938, 2161; *Werner*, Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, DNotZ 1972, 6; *Weyer*, Das eigenhändige Testament – Gedanken und Erfahrungen eines Nachlaßrichters, DNotZ 1935, 348; *Wingarter*, Die eigenhändige letztwillige Verfügung im Spannungsverhältnis zwischen Form und der Verwirklichung des Erblasserwillens, Diss. Würzburg 1998.

I. Verfügung von Todes wegen

- 1 »Verfügung von Todes wegen« ist jedes Rechtsgeschäft, mit dem der Erblasser Anordnungen über das **Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode** trifft. Auch die Beseitigung solcher Anordnungen durch Widerruf eines Testaments oder einzelner testamentarischer Bestimmungen oder durch Rücktritt von einem Erbvertrag ist Verfügung von Todes wegen.¹ Rechtswirkungen zu Lebzeiten können demgegenüber nur durch Rechtsgeschäft unter Lebenden herbeigeführt werden. Ein Rechtsgeschäft unter Lebenden kann allerdings auch Wirkungen über den Tod hinaus oder überhaupt erst nach dem Tode herbeiführen.² Die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als Verfügung von Todes wegen bestimmt den Anwendungsbereich der dafür geltenden Bestimmungen, etwa über Höchstpersönlichkeit, Anfechtbarkeit oder Testierfähigkeit³ und ist deshalb von großer praktischer Bedeutung. Nicht Verfügung von Todes wegen ist beispielsweise die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen durch den Erb-

1 *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 1937–1941, Rn. 2.

2 Zur Frage, ob und inwieweit Rechtsgeschäfte unter Lebenden auch in Verfügungen von Todes wegen vorgenommen werden können, ausführlich *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 17 ff.

3 *Staudinger/Otte*, Vorbem. Zu §§ 1937–1941, Rn. 2.

lasser oder ein mit ihm zu schließender Erbverzichts-, Pflichtteilsverzichts- oder Zuwendungsverzichtsvertrag.⁴

Das Gesetz kennt zwei Arten der Verfügungen von Todes wegen: 2

- Die **einseitige** Verfügung von Todes wegen. Das Gesetz nennt sie Testament oder »letztwillige Verfügung« (§ 1937).⁵ Auch das *gemeinschaftliche* Testament fällt hierunter; die gesetzliche Systematik ordnet es deshalb in den mit »Testament« überschriebenen Abschnitt (§§ 2064 ff.) ein.
- Den **Erbvertrag**, § 1941. Er wird gesetzessystematisch in einem eigenen Abschnitt (§§ 2274) behandelt.

Mit »Verfügung von Todes wegen« ist hier also (ebenso z.B. in §§ 83, 1944 Abs. 2 3 Satz 2, 1948 Abs. 1 BGB, Art. 25 Abs. 2 EGBGB, § 46 KostO) das Rechtsgeschäft als übergreifende Einheit gemeint, nicht die einzelne erbrechtliche Anordnung (wie Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage usw.). Allerdings ist die Terminologie bereits innerhalb des BGB nicht konsistent. So bedeutet beispielsweise »letztwillige Verfügung« im Sinne des § 2077 oder der erbrechtlichen Anfechtungsvorschriften (§§ 2078 ff.) die Einzelanordnung.

II. Erbvertrag

Ein Erbvertrag kann **nur** zur Niederschrift eines Notars und bei gleichzeitiger 4 Anwesenheit beider Teile geschlossen werden, §§ 2276 Abs. 1 Satz 1. Die möglichen Errichtungsarten sind die gleichen wie beim öffentlichen Testament (Erklärung, Übergabe offener oder verschlossener Schrift, unten Rdn. 5–6). Für die Erklärung des anderen Vertragsschließenden gelten diese drei Errichtungsarten entsprechend, § 33 BeurkG. Auch der Erbvertrag kann nach Wegfall des Mündlichkeitserfordernisses (unten Rdn. 6) nonverbal erklärt werden. Näher zum Erbvertrag § 38; zum Vergleich mit dem gemeinschaftlichen Testament § 40.

4 *Staudinger/Otte*, a.a.O.

5 Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist vor terminologischer Unsicherheit nicht gefeit, wie BGHZ 24, 204, 207 zeigt, wo es heißt: »Erbvertrag und Testament sind beides letztwillige Verfügungen ...« (!).

III. Ordentliche Testamente

1. Öffentliches Testament

a) Öffentliches Einzeltestament

- 5 In »ordentlicher Form« kann ein Testament gemäß § 2231 als öffentliches oder eigenhändiges errichtet werden. »Öffentlich« wird ein Testament **zur Niederschrift eines Notars** errichtet, § 2231 Nr. 1. Diese Errichtungsart kennt drei Varianten (näher § 15): Der Erblasser kann
- dem Notar seinen letzten Willen erklären, oder
 - dem Notar eine *offene* Schrift mit der Erklärung übergeben, dass sie seinen letzten Willen enthalte, oder
 - dem Notar eine *verschlossene* Schrift mit der gleichen Erklärung übergeben.
- 6 Bei allen drei Errichtungsarten braucht die Erklärung des Erblassers, anders als früher, nicht mündlich zu erfolgen. Der Gesetzgeber hat das Mündlichkeits-erfordernis für die ordentlichen Testamentsformen und für den Erbvertrag im Jahre 2002 abgeschafft.⁶ Daher ist eine **nonverbale** Erklärung durch Gebärden, Zeichen oder auf andere Weise, selbst durch Wimpernschlag, ausreichend (§ 15 Rdn. 48)⁷ Dies wirkt sich besonders bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen eines Behinderten aus (§ 17). Näher zum Einzeltestament § 36.

b) Öffentliches gemeinschaftliches Testament

- 7 Für das öffentliche gemeinschaftliche Testament gilt das vorstehend für das öffentliche Einzeltestament Gesagte entsprechend. Insbesondere stehen alle drei Errichtungsvarianten für das öffentliche Einzeltestament auch für das öffentliche gemeinschaftliche Testament zur Verfügung. Näher zum gemeinschaftlichen Testament § 38.

2. Eigenhändiges Testament

a) Eigenhändiges Einzeltestament

- 8 Ein »ordentliches« Testament kann gemäß § 2231 Nr. 2 als eigenhändiges Testament durch eine vom Erblasser nach § 2247 abzugebende Erklärung errichtet werden. Die zwingenden Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments

6 Durch das OLGVertrÄndG vom 23.7.2002, BGBl. I 2850, 2858.

7 Näher v. *Dickhuth-Harrach*, Testament durch Wimpernschlag, FamRZ 2003, 293.

sind auf ein Minimum reduziert: Das Testament muss eigenhändig geschrieben und eigenhändig unterschrieben sein. Die Angaben von Zeit und Ort der Errichtung sind demgegenüber nur Soll-Erfordernisse, § 2247 Abs. 2; vgl. zur Zeitangabe ferner Abs. 5 und zur Form der Unterschrift Abs. 3.

Das BGB in seiner ursprünglichen Fassung verlangte bei einem privatschriftlichen Testament in § 2231 Nr. 2 zwingend die eigenhändige Orts- und Tagesangabe.⁸ Beim gemeinschaftlichen Testament musste daneben auch die Anchlussklärung des anderen Ehegatten die eigenhändige Orts- und Tagesangabe zwingend enthalten, so § 2267 Satz 2 BGB in seiner ursprünglichen Fassung. Diese rigiden Formvorschriften und die darauf beruhende Rechtsprechung (in exemplarischer Schärfe sah das KG im Februar 1938 ein Testament auf einem Briefbogen mit Ortsvordruck als nichtig an⁹) wurden in den dreißiger Jahren zum Politikum, das sogar *Hitler* beschäftigte: *Picker* zufolge¹⁰ hat *Hitler* berichtet, er habe Anfang Mai 1938 ein handschriftliches Testament auf einem amtlichen Briefbogen des Reichskanzlers mit vorgedruckter Ortsangabe gemacht. Danach sei ihm eine Entscheidung des Kammergerichts (wahrscheinlich die vorgenannte) bekannt geworden, wonach eine vorgedruckte Ortsangabe ein Testament nichtig mache. Das sei »ein absoluter Rechtschwindel«, der habe beseitigt werden müssen.¹¹ Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.7.1938¹² (Testamentsgesetz) schuf legislatorische Abhilfe. Orts- und Zeitangabe waren keine zwingenden Erfordernisse mehr.

b) Gemeinschaftliches eigenhändiges Testament

Für das gemeinschaftliche eigenhändige Testament gilt die **Formerleichterung** des § 2267. Im Übrigen gelten die Ausführungen zum eigenhändigen Einzeltestament entsprechend.

IV. Nottestamente

Die **außerordentlichen** oder »Nottestamente« gibt es – wie die ordentlichen Testamente – als Einzeltestament oder als gemeinschaftliches Testament (arg.

⁸ Dazu *Boehmer*, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 1938, 264. Grundlegend kritisch gegenüber den damaligen Formerfordernissen *Fritz v. Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935; *ders.*, Rechtsform und Rechtsformalismus, JW 1938, 625.

⁹ KG JW 1938, 680, Beschluss vom 3.2.1938; hierzu *Boehmer* ZAKDR 1938, 264 ff.

¹⁰ *Picker*, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier, Taschenbuchausgabe, 2. Aufl. 1981, 157 f.

¹¹ Näher zu den Zusammenhängen – die im Kern nicht ideologisch waren – v. *Dickhuth-Harrach*, »Gerechtigkeit statt Formalismus«, 1986, 334 f.

¹² RGBl. I, 973.

§ 2266¹³). Einen »Not-Erbvertrag« kennt das Gesetz nicht.¹⁴ Praktisch sind die außerordentlichen Testamente weniger bedeutsam.¹⁵

1. Die Arten der Nottestamente

- 12 – Das Testament bei **Todesbesorgnis** zur Niederschrift des Bürgermeisters unter Hinzuziehung von zwei Zeugen, § 2249. Sachlich zuständig ist auch der durch Gemeindeordnung gesetzlich bestimmte Vertreter des Bürgermeisters, § 2249 Abs. 5.¹⁶
- Das Testament an einem **abgesperrten Ort**, § 2250 Abs. 1. Es ist möglich entweder in der Form des § 2249 (Bürgermeistertestament) oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen.
- Das Testament bei **so naher Todesgefahr**, dass voraussichtlich auch ein Bürgermeistertestament nicht mehr möglich ist. Es ist zu errichten vor drei Zeugen, § 2250 Abs. 2.
- Das während einer Seereise außerhalb eines inländischen Hafens mögliche **Seetestament**, § 2251. Es folgt ebenfalls den Regeln des Dreizeugentestaments, setzt aber keine Notlage voraus.

2. Gemeinsamkeiten

- 13 Gemeinsames Merkmal aller außerordentlichen Testamente ist ihre zeitlich begrenzte Wirksamkeit: Ein außerordentliches Testament wird ungültig, wenn seit der Errichtung **drei Monate** verstrichen sind und der Erblasser noch lebt, § 2252 Abs. 1 (vgl. aber für einen Sonderfall beim Seetestament § 2252 Abs. 3).
- 14 Allen außerordentlichen Testamentsformen kommt die **Formerleichterung** des § 2249 Abs. 6 zugute (vgl. §§ 2250 Abs. 3 Satz 2, 2251), wonach gewisse Formverstöße der Wirksamkeit der Beurkundung nicht entgegenstehen. Nach herrschender, aber sehr umstrittener Meinung können nach Abs. 6 (in Anlehnung an dessen Wortlaut) nur Verstöße gegen die Vorschriften über das Abfassen der Niederschrift (z.B. Unterschrift der Zeugen), nicht jedoch Verstöße gegen materielle Vorschriften über den Errichtungsakt (z.B. Pflicht zur Aufnahme

13 Auch ein gemeinschaftliches Seetestament ist möglich, obwohl § 2266 auf § 2251 nicht verweist. Die Verweisung ist überflüssig, weil die Voraussetzungen des § 2251 auch in der Person des zweiten Testators, der sich mit an Bord des Schiffes befindet, ohne weiteres gegeben sind.

14 *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1901, Dritter Band, 318; v. *Dickhuth-Harrach* in: FS Gerhard Otte (2005), 55, 65 m.w.N.

15 Siehe aber OLG München ZErB 2009, 253.

16 *Palandt/Edenhofer*, § 2249 Rn. 4.

einer Niederschrift überhaupt – und zwar zu Lebzeiten des Erblassers¹⁷ – und deren Genehmigung durch den Erblasser) unschädlich sein.¹⁸

Ohne Bedeutung ist dieser Meinungsstreit im Bereich der beurkundungsrechtlichen Soll-Vorschriften. Sie sind in Abs. 6 nicht angesprochen, ihre Verletzung führt vielmehr schon nach allgemeinen Regeln nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung.¹⁹ 15

3. Bürgermeistertestament

Auf das Bürgermeistertestament finden weitgehend die Vorschriften des **Beurkundungsgesetzes** Anwendung (§ 2249 Abs. 1), insbesondere hinsichtlich der Niederschrift und der Prüfungs- und Belehrungspflicht des § 17 BeurkG. Der Bürgermeister tritt an die Stelle des Notars (so wörtlich Abs. 1 Satz 4, 2. Halbsatz). Auf die übrigen Nottestamente findet das BeurkG nur in geringerem Umfang Anwendung (§§ 2250 Abs. 3, 2251; beispielsweise wird § 17 BeurkG hier nicht in Bezug genommen). 16

Das Bürgermeistertestament ist **öffentliches** Testament mit der erhöhten Beweiskraft des § 415 ZPO und der grundbuchlichen Wirkung einer öffentlichen Urkunde i.S.d. § 35 GBO.²⁰ Als öffentliches Testament kann es in allen Formen errichtet werden, die für ein solches zur Verfügung stehen, insbesondere auch durch Übergabe einer – offenen oder verschlossenen – Schrift (§§ 2249 Abs. 1 Satz 4, 2232). 17

4. Dreizeugentestament

Das Dreizeugentestament ist in zwei Sachverhaltskonstellationen zulässig. Erstens dann, wenn der Erblasser sich an einem Ort aufhält, der infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist, § 2250 Abs. 1 (Beispiel: Bergunfall²¹). Zweitens, wenn sich der Erblasser in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 (Bürgermeistertestament) nicht mehr möglich ist, § 2250 Abs. 2. 18

17 *Staudinger/Baumann*, § 2249 Rn. 38 m.w.N.

18 Vgl. *MüKo/Hagen*, § 2249 Rn. 32; *Staudinger/Baumann*, § 2249 Rn. 32, jeweils m.w.N.

19 *MüKo/Hagen*, § 2249 Rn. 32.

20 *Staudinger/Baumann*, § 2249 Rn. 6.

21 Die Einführung des dem heutigen § 2250 Abs. 2 BGB entsprechenden § 24 Abs. 2 TestG ging auf österreichischen Wunsch zurück, vgl. BGHZ 54, 89, 94 und *Lange/Kuchinke*, § 21 IV 3. Zumeist werden allerdings gerade bei Unfällen im Gebirge nicht drei Zeugen zugegen sein, *Lange/Kuchinke* a.a.O.

»Nahe Todesgefahr« muss entweder objektiv oder nach der subjektiven Einschätzung aller drei Zeugen bestehen.²² Der nahen Todesgefahr steht die Gefahr dauernder Geschäftsunfähigkeit gleich.²³

- 19 Auch beim Dreizeugentestament ist eine Niederschrift Wirksamkeitsvoraussetzung, § 2250 Abs. 3 Satz 1. Sie kann aber von einem beliebigen Dritten gefertigt werden, braucht also nicht von einem Zeugen zu stammen.²⁴ Die Niederschrift muss die Bezeichnung des Erblassers und der Zeugen sowie die Erklärungen des Erblassers enthalten, §§ 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB, § 9 BeurkG. Sie muss in Gegenwart aller²⁵ Zeugen dem Erblasser vorgelesen, von ihm genehmigt und von ihm und den Zeugen eigenhändig unterschrieben werden, § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 BeurkG und § 2249 Abs. 1 Satz 5. Das Vorlesen kann durch einen Dritten, muss also nicht durch einen Zeugen erfolgen.²⁶
- 20 Als Errichtungsform sieht das Gesetz ausschließlich die mündliche Erklärung vor (§ 2250 Abs. 1). Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle, anders als bei den ordentlichen Testamentsformen (oben Rdn. 5–7), das Mündlichkeitserfordernis also nicht abgeschafft. Behinderte, die nicht sprechen können, sind demnach vom Dreizeugentestament ausgeschlossen. Stimmen in der Literatur nehmen das Ergebnis hin,²⁷ obwohl die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen dieses faktische Testierverbot unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 19.1.1999²⁸ zu § 2233 kaum weniger stark sind als diejenigen gegen das früher für die ordentlichen Testamentsformen geltende Mündlichkeitserfordernis.²⁹ Daher muss dem sprechunfähigen Erblasser die Möglichkeit zuerkannt werden, ein Nottestament durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift zu errichten, wobei die dafür notwendige Erklärung nonverbal erfolgen kann.³⁰ Vermag der Erblasser seinen Namen nicht zu schreiben, besteht das Pro-

22 BGHZ 3, 372 (noch zum Testamentgesetz ergangen); OLG München ZErb 2009, 253; *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 17.

23 BGH a.a.O.; OLG München a.a.O.

24 *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 25.

25 BGHZ 54, 89; *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 26.

26 *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 26 gegen KG DNotZ 1942, 338.

27 *Palandt/Edenhofer*, § 2250 Rn. 6; *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 37; *MüKo/Hagena*, § 2250 Rn. 13.

28 BVerfGE 99, 41 = DNotZ 1999, 409 m. Anm. *Rossak* = FamRZ 1999, 985 = NJW 1999, 1853.

29 *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2250 Rn. 16; vgl. auch *Voit* in *Reimann/Bengel/Mayer*, § 2250 Rn. 7.

30 *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2250 Rn. 16. Darüber hinaus muss es dem Erblasser insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 3 GG entgegen § 2250 Abs. 3 Satz 4 Halbs. 1 möglich sein, die Schrift in einer Sprache zu übergeben, die er beherrscht, aber nicht die Zeugen, *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2250 Rn. 17.

blem nicht: Gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 ist § 2249 Abs. 1 Satz 6 entsprechend anwenden. Die Feststellung der Angabe oder Überzeugung in der Niederschrift ersetzt dann die Unterschrift des Erblassers.

Die drei Zeugen sind – in ihrer Gesamtheit – selbst die Urkundsperson.³¹ Aus diesem Grunde gelten für sie gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 – neben den für Zeugen einschlägigen Sollvorschriften des § 26 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 BeurkG – die Vorschriften insbesondere des § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und des § 7 BeurkG, deren Verletzung die Unwirksamkeit zur Folge hat (wobei sich die Unwirksamkeit in § 7 auf die Zuwendung an den Bedachten beschränkt, »insoweit«).³² Das Dreizeugentestament ist Privaturkunde,³³ so dass im Grundbuchverfahren (§ 35 GBO) ein Erbschein erforderlich ist. 21

Das Dreizeugentestament kann **nicht** durch Minderjährige errichtet werden (str.).³⁴ Grund ist, dass keine dem Minderjährigenschutz dienende Belehrung und Beratung gesichert ist.³⁵ § 17 BeurkG findet – anders als beim Bürgermeistertestament – keine, auch keine entsprechende Anwendung. § 2250 Abs. 3 verweist, im Gegensatz zu § 2249 Abs. 1 Satz 4, nicht auf § 17 BeurkG. 22

5. Seetestament

Das Seetestament ist ein Dreizeugentestament, das die Besonderheit aufweist, dass eine Notlage irgendwelcher Art nicht zu bestehen braucht. Ausreichend für seine Zulässigkeit ist es, dass der Erblasser sich während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens befindet, § 2251. An Bord eines Schiffes in einem ausländischen Hafen ist das Seetestament zulässig. Der Erblasser kann auch Besatzungsmitglied des Schiffes sein. Ist er ständig auf Seereisen, kann sich die Gültigkeitsdauer des Seetestaments wegen § 2252 Abs. 3 auf Jahrzehnte erstrecken.³⁶ Ein Bedürfnis für die Zulässigkeit von Seetestamenten ist zweifelhaft, weil der Erblasser bei einer Notlage auf See die Möglichkeit hat, ein »normales« Dreizeugentestament zu errichten.³⁷ 23

31 BGHZ 54, 89, 93; BayObLG ZEV 1995, 341, 342.

32 Vgl. den Fall BayObLG ZEV 1995, 341 sowie BGHZ 115, 169, 176.

33 *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 36 und § 2251 Rn. 10, jeweils m.w.N.; *Voit in Reimann/Bengel/Mayer*, § 2250 Rn. 6; *MüKo/Hagera*, § 2250 Rn. 1.

34 *MüKo/Hagera*, § 2250 Rn. 2; *Staudinger/Baumann*, § 2233 Rn. 20.

35 So die zutreffende Begründung von *Staudinger/Baumann* a.a.O.

36 *Staudinger/Baumann*, § 2252 Rn. 8.

37 *Staudinger/Baumann*, § 2251 Rn. 3.

V. Konsularische Errichtung

- 24 Testamente und Erbverträge können auch vor einem deutschen Konsularbeamten im Rahmen seiner auswärtigen Amtstätigkeit errichtet werden.³⁸ Von Konsularbeamten aufgenommene Urkunden stehen den von einem inländischen Notar aufgenommenen gleich, § 10 Abs. 2 Konsulargesetz. Testamente und Erbverträge sollen die Konsularbeamten nur beurkunden, wenn die **Erblasser Deutsche** sind, § 11 Abs. 1 Satz 1 Konsulargesetz. Für das Verfahren gilt das Beurkundungsgesetz mit einigen Abweichungen, vgl. allgemein § 10 Abs. 3 Konsulargesetz und speziell für Verfügungen von Todes wegen § 11 Konsulargesetz.³⁹
- 25 Für die **besondere amtliche Verwahrung** (§§ 344 Abs. 1–3, 346 f. FamFG) ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig, § 11 Abs. 2 Satz 1 Konsulargesetz. Der Erblasser kann jederzeit die Verwahrung bei einem anderen Amtsgericht verlangen, § 11 Abs. 2 Satz 2 Konsulargesetz. Schließen die Beteiligten die besondere amtliche Verwahrung eines konsularisch errichteten Erbvertrages aus, verbleibt dieser nicht in der Verwahrung des beurkundenden Konsularbeamten, sondern wird entweder den Beteiligten **ausgehändigt** (§ 10 Abs. 3 Nr. 4 Konsulargesetz) oder auf Verlangen eines Vertragspartners an das Amtsgericht Schöneberg zur einfachen amtlichen Verwahrung übersandt.⁴⁰ Die Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg ergibt sich insoweit aus § 10 Abs. 3 Nr. 4 Satz 2 Konsulargesetz. Die Möglichkeit, diese einfache Verwahrung bei einem anderen Amtsgericht zu verlangen, sieht das Konsulargesetz nicht vor.

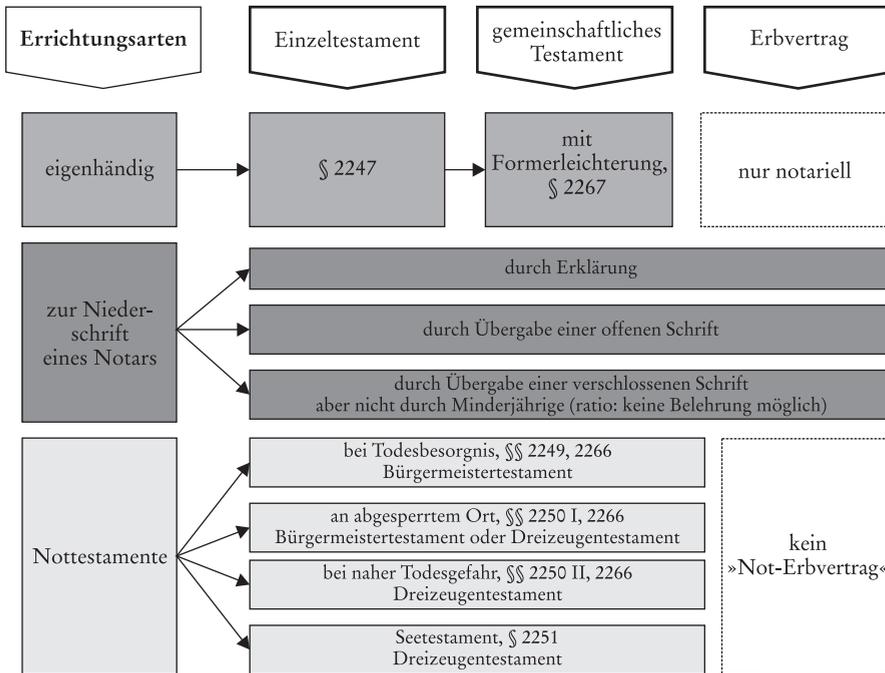
38 Einschlägig ist das Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz) vom 11.9.1974, BGBl. I S. 2317. Es ist teilweise abgedruckt bei *Winkler*, § 1 BeurkG, Rn. 44 und *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, § 1 BeurkG, Rn. 129 f.

39 Zum konsularischen Verfahren bei Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, Vorbem. zu §§ 27–35 BeurkG, Rn. 17 ff. und § 34 BeurkG Rn. 24 ff. Vgl. ferner *Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner*, § 45 BeurkG Rn. 12 ff. bezüglich Aushändigung der Urschrift. Vgl. ferner *Geimer DNotZ* 1978, 3, 18 ff.

40 *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, § 34 BeurkG Rn. 25.

VI. Übersicht: Errichtungsarten (ohne konsularische Errichtung)

26



VII. Eigenhändige oder notarielle Errichtung?

1. Eingeschränkte Wahlmöglichkeit

Ein Vergleich zwischen eigenhändiger und notarieller Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ist nur eingeschränkt möglich. Denn bei weitem nicht jeder Erblasser hat überhaupt die Wahl zwischen den beiden Errichtungsarten. Das gilt vor allem für Personen, die gemeinschaftlich testieren wollen. Ein gemeinschaftliches Testament können nur Ehegatten (§ 2265) oder eingetragene Lebenspartner (§ 10 Abs. 4 LPartG) errichten. Wer nicht zu diesen Personengruppen gehört, dem steht für gemeinschaftliches Testieren nur der Erbvertrag – und damit die notarielle Beurkundung (§ 2276) – zur Verfügung. Insbesondere die nach Millionen zählende Bevölkerungsgruppe nichtehelicher Lebenspartner ist auf den Erbvertrag angewiesen. Das Gleiche gilt für alle Erblasser, die eine bereits mit Errichtung der Verfügung einsetzende erbrechtliche Bindung – einseitig oder mehrseitig – begründen wollen.

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 Unrichtigkeit	109
2. Namentliche Bezeichnung der Nacherben	104	XI. Nacherbfolge und Erbschaftsteuer	112
3. Löschung des Nacherbenvermerks	107	1. Allgemeines	112
a) Zustimmung aller Nacherben und Ersatznacherben	107	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 Immobilizarzwangsversteigerung, 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; *Prölss*, 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 Vorerben 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

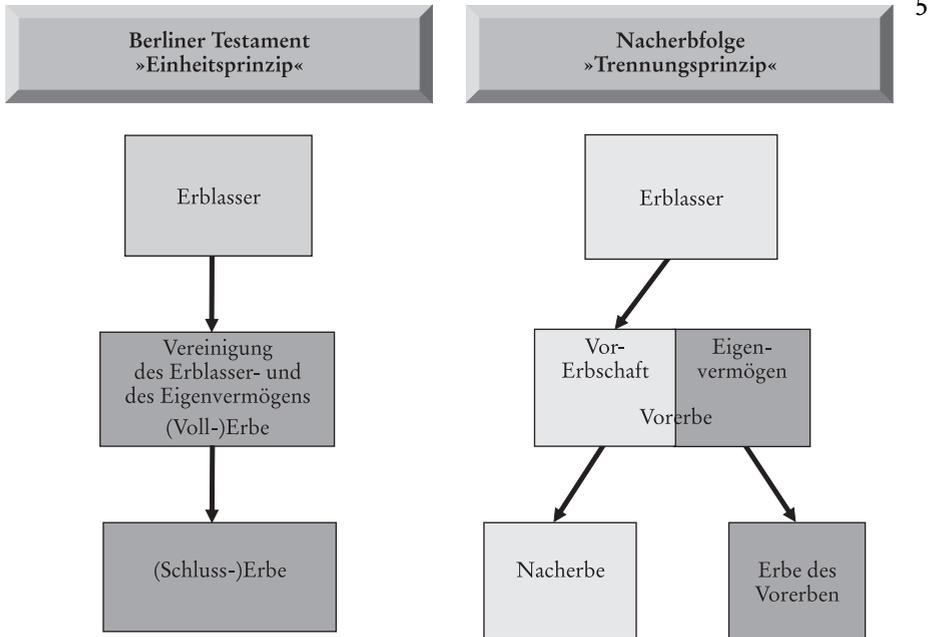
- 1 Das Gesetz sagt in § 2100 BGB: »Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)«. Die Einsetzung von Vor- und Nacherben bedeutet also die zeitlich hintereinander geschaltete Einsetzung zweier Erben nach demselben 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 ungerichtete 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.