



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 30 September 2015

zur Frage, ob Erblässern künftig die Möglichkeit eröffnet werden soll, in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung zu treffen

Mitglieder des Ausschusses Familien- und Erbrecht:

Rechtsanwältin Ulrike Börger, Vorsitzende
Rechtsanwalt Armin Abele, Berichterstatter
Rechtsanwalt Jan Christoph Berndt
Rechtsanwältin Karin Susanne Delerue
Rechtsanwältin Brigitte Hörster
Rechtsanwältin Gabriele Küch
Rechtsanwältin Karin Meyer-Götz
Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens
Rechtsanwältin Beate Winkler

Rechtsanwältin Kristina Trierweiler, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Familienminister/Familiensenatoren der Länder
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bund Deutscher Rechtspfleger e.V.
Bundesnotarkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Familiengerichtstag e.V.
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
Deutscher Juristinnenbund e.V.
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
Redaktionen der NJW, FPR, FamRZ, FuR, ZFE, Kind-Prax, FamRB

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 - 11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zur Frage, ob in der Praxis ein Bedürfnis besteht, in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung zu treffen sowie zu der Frage, welche Vor- und Nachteile eine gesetzliche Regelung hätte, die den Vertragspartnern eines Erbvertrages bzw. den Testatoren eines gemeinschaftlichen Testaments diese Möglichkeit eröffnet, wie folgt Stellung:

1. Bedürfnis, in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung treffen zu können

Bevor aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer zum Bedürfnis einer bindenden bzw. wechselbezüglichen Anordnung der Testamentsvollstreckung eingegangen wird, soll zunächst kurz die Rechtslage und bestehende Gerichtspraxis zu der aufgeworfenen Fragestellung dargestellt werden.

a. Rechtslage und Rechtspraxis

Nach § 2278 Abs. 2 BGB können in einem Erbvertrag andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächnisse und Auflagen vertragsmäßig nicht getroffen werden. Die Vorschrift für den Erbvertrag findet ihr rechtliches Pendant für das gemeinschaftliche Ehegattentestament in § 2270 Abs. 3 BGB. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann deshalb die Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Erbvertrag weder erbvertraglich bindend vereinbart noch wechselbezüglich in einem Ehegattentestament angeordnet werden.

Das vom Deutschen Notarverein in seinem Vorschlag gebildete Beispiel 1 beinhaltet das sog. „Württembergische Modell“. Beim Württembergischen Modell soll der länger lebende Ehegatte auf Lebenszeit die Nutzungen am Vermögen des Erstversterbenden erhalten. Hierzu werden dessen Erben - zumeist die gemeinsamen oder auch einseitigen Kinder des Erstversterbenden - mit einem Nießbrauchvermächtnis zugunsten des überlebenden Ehegatten beschwert. Gegenstand des Nießbrauchs kann entweder der gesamte Nachlass, Bestandteile davon oder auch die Erbteile der Kinder sein, wenn sie alleine oder neben dem länger lebenden Ehegatten zu Erben eingesetzt werden. Zur Stärkung und Sicherung der Rechtsposition des überlebenden Ehegatten wird dieser in der Regel zugleich als Testamentsvollstrecker bezüglich des Nachlasses des Erstversterbenden eingesetzt, damit er über den Nachlass verfügen kann.

De lege lata wäre der überlebende Ehegatte im Beispielsfall 1, wie vom Deutschen Notarverein mitgeteilt, nicht davor geschützt, dass er vom erstversterbenden Ehegatten als Testamentsvollstrecker (heimlich) ausgetauscht wird, wodurch sich seine Rechtsposition erheblich verschlechterte. Er könnte keine Verfügungen mehr über Nachlassgegenstände vornehmen, wie z. B. eine in den Nachlass gefallene Wohnung verkaufen, in der er wohnt, um sich etwa eine altersgerechte Ersatzwohnung anschaffen zu können.

Entgegen des Wortlauts des Gesetzes wird in der Rechtsprechung eine Erbvertragsmäßigkeit bzw. Wechselbezüglichkeit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung für möglich gehalten. In zwei relativ aktuellen Entscheidungen hat sich der BGH (NJW 2011, 1733; ZEV 2013, 36) mit der Frage befasst, ob die Auswechslung eines Testamentsvollstreckers als eine den Vertragserben beeinträchtigende Verfügung angesehen werden kann und dabei die Möglichkeit der erbvertraglichen Bindung grundsätzlich bejaht. Die Frage der Beeinträchtigung des Vertragserben durch Auswechslung des Testamentsvollstreckers lässt sich nach dem BGH nicht ohne vorherige Ermittlung des Inhalts des Erbvertrags beantworten. Erst durch einen Vergleich mit der darin festgelegten Rechtsstellung des Vertragserben könne festgestellt werden, ob die spätere letztwillige Verfügung die vertragsmäßige Zuwendung mindere, beschränke, belaste oder gegenstandslos mache. Wenn dies der Fall sei, müsse eine Bindungswirkung angenommen werden. Der vereinbarte Bindungsumfang sei im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dem Vertragserblasser seien nur solche späteren testamentarischen Verfügungen untersagt, die den Vertragserben in seiner im Erbvertrag nach Inhalt und Umfang formulierten Rechtsstellung beeinträchtigen. Auf bloße wirtschaftliche Aspekte dürfe nicht abgestellt werden, da dies mit dem Wesen des Erbvertrages unvereinbar wäre.

Sowohl ältere Rechtsprechung aber auch große Teile der Literatur halten die bindende Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht für möglich. In seiner Entscheidung vom 6. April 2011 stellt der BGH den bestehenden Meinungsstreit ausführlich dar und setzt sich mit den widerstreitenden Argumenten auseinander. Wesentliches Kriterium für die Frage der Vertragsmäßigkeit und damit der Bindungswirkung ist nach Ansicht des BGH, ob im konkreten Fall eine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben festgestellt werden könne. Dies gelte auch bei der Fragestellung nach den beeinträchtigenden Wirkungen, wenn ein Testamentsvollstrecker ausgetauscht werde. Eine völlige Abkopplung vom Vertragsinhalt und seinen Bindungen sei nicht möglich. Zwar habe der historische Gesetzgeber eine Bindung in Ansehung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers für nicht statthaft gehalten, weil dem Testamentsvollstrecker eine Vertrauensstellung eingeräumt werde und deswegen in Ansehung des Wechsels der Verhältnisse und der Gesinnung des Ernennenden ein Widerruf jederzeit offen bleiben müsse (vgl. Motive V S. 334), die Vertragsparteien hätten aber die alleinige Herrschaft über den Vertragsinhalt. Deshalb stünde es ihnen frei, die Rechtsstellung eines Vertragserben auf die Person des Testamentsvollstreckers so auszudehnen, dass bei einem Auswechseln dieser Person seine - vertraglich so festgelegten Rechte - beeinträchtigt werden könnten.

Da der überlebende Ehegatte beim Württembergischen Modell zu seiner eigenen Absicherung zugleich Testamentsvollstrecker in eigener Sache ist, liegt es nahe, dass bei einer Auswechslung seiner Person als Testamentsvollstrecker die Rechtsprechung darin einen Bruch der vertraglich vereinbarten Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten sähe und deshalb eine Bindungswirkung bezüglich der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Testamentsvollstrecker annähme. Im Zweifel würde also von der Rechtsprechung im Beispielfall 1 bereits jetzt eine bindende Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Testamentsvollstrecker angenommen werden.

Die Rechtsprechung des BGH hat in der Literatur Kritik erfahren. Im Wesentlichen werden zwei Argumente vorgebracht. Zum einen werde durch die Rechtsprechung des BGH der begrenzende Gehalt des § 2278 Abs. 2 BGB missachtet. Aus diesem ergäbe sich, dass die Reichweite der Bindungswirkung nicht im freien Belieben der Vertragsparteien stünde (Muscheler/Metzler, DNotZ 2011, 779 ff.). Zum anderen leide dadurch die Rechtssicherheit, da keine absoluten und allgemeinen Maßstäbe gesetzt würden (z. B. Auswechseln der Person des Testamentsvollstreckers ist immer bzw. ist nie Beeinträchtigung). Da sich nicht allgemeingültig beantworten lasse, wann eine Bindung besteht und wann nicht, könnte eine Flut von Prozessen die Folge sein (z. B. Litzenger, FD-ErbR 2011, 317926; Großkommentar BeckOnline § 2289 BGB Rn. 40).

b. Bedürfnis für eine bindende/wechselbezügliche Testamentsvollstrecker-anordnung

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht ein Bedürfnis, in einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testament eine Testamentsvollstreckung bindend bzw. wechselbezüglich anordnen zu können.

Wie das vom Deutschen Notarverein gewählte Beispiel des Württembergischen Modells zeigt, kann die Person und Auswahl des Testamentsvollstreckers in einer letztwilligen Verfügung von großer Bedeutung für die Erbvertragsparteien/testierenden Ehegatten sein, weil die jeweiligen Vertragspartner/Ehegatten zur Verstärkung ihrer eigenen Rechtsposition selber zum Testamentsvollstrecker bestimmt werden. Wie die gegenseitige Erbeinsetzung auch, sollte deshalb die gegenseitige Benennung zum Testamentsvollstrecker kraft Gesetzes Vertrauensschutz genießen können.

Nießbrauchsgestaltungen wie das Württembergische Modell haben bei der Erstellung von gemeinschaftlichen letztwilligen Ehegattenverfügungen durch die Erbschaftsteuerreform 2009 deutlich an Attraktivität gewonnen und sind wieder vermehrt anzutreffen. Hintergrund dieses Trends ist, dass der Wert des Nießbrauchs erbschaftsteuerlich beim Tod des Erstversterbenden vom Erwerb von Todes wegen des Erben abgezogen werden kann. Vor der Reform wurde der auf den Wert des Nießbrauchs entfallende Teil der Erbschaftsteuer nur auf den Tod des überlebenden Ehegatten gestundet und nicht vom Erwerb des Erben abgezogen. Es ist deswegen davon auszugehen, dass sich die Praxis zunehmend mit der Fragestellung der Bindungswirkung einer Testamentsvollstreckeranordnung zu beschäftigen haben wird.

Aber auch in anderen Fallkonstellationen besteht das Bedürfnis, entweder die Person des Testamentsvollstreckers verbindlich festlegen oder zumindest dessen Qualifikationen und Eigenschaften verbindlich vorgeben zu können. Gerade im Bereich der Nachfolge in (Familien-) Unternehmen ist es aus Gründen der Planungssicherheit und Kontinuität in der Unternehmensführung unerlässlich, in letztwilligen Verfügungen verbindliche Vorgaben machen zu können, wer Testamentsvollstrecker über ein in den Nachlass fallendes Unternehmen oder eine Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers wird bzw. werden kann und wer nicht. Wenn die letztwillig Begünstigten minderjährig oder aus anderen Gründen zur Unternehmensführung nicht geeignet sind, führt regelmäßig kein Weg an der Anordnung einer Testamentsvollstreckung vorbei. Wäre die Anordnung der Testamentsvollstreckung in diesen Fällen beliebig und einseitig änderbar, weil nicht vertraglich vereinbar, geriete jedes Konzept einer Unternehmensnachfolge bei Ehegattentestamenten oder Erbverträgen in Gefahr und könnte unterlaufen werden.

Auch zum Schutz von Erbengemeinschaften oder einzelner (Mit-)Erben wird ein Bedürfnis gesehen, eine Testamentsvollstreckung bindend anordnen zu können. In der Regel sind die Motive der Testierenden bzw. letztwillig Verfügenden für eine Testamentsvollstreckung so stark, dass bei bestehender Wahlfreiheit eine Bindung gewählt würde, um die damit verfolgten Zwecke und Ziele sicherzustellen.

2. Vor- und Nachteile einer gesetzlichen Regelung, die den Vertragspartnern eines Erbvertrages bzw. den Testatoren eines gemeinschaftlichen Testaments die Möglichkeit einer bindenden Testamentsvollstreckeranordnung ermöglicht

Aus Sicht der Bunderechtsanwaltskammer sind nur Vorteile ersichtlich, sollte eine ausdrückliche Regelung im Gesetz aufgenommen werden, wonach eine Testamentsvollstreckung erbvertraglich bzw. wechselbezüglich sein kann.

a. Rechtssicherheit

Vorteil der ausdrücklichen Gestattung einer bindenden Testamentsvollstreckeranordnung wäre zunächst die dadurch gewonnene Rechtssicherheit. Die Rechtsprechung, die ohnehin bereits eine Bindung für möglich erachtet, müsste sich nicht mehr über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen. Die dogmatischen Bedenken der Literatur wären gegenstandslos.

b. Planungssicherheit und größerer Gestaltungsspielraum

Die ausdrückliche Gestattung einer bindenden Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Gesetz eröffnet eine bessere Planungssicherheit und einen größeren Gestaltungsspielraum in der Nachfolgeplanung als es aktuell der Fall ist, da dann die Testamentsvollstreckung von den Testierenden nicht nur in Einzelverfügungen, sondern auch in gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügungen verbindlich geregelt werden kann.

c. Rechtsbewusstsein

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht weiter den Vorteil darin, dass bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die ohnehin bereits von der Rechtsprechung praktizierte Möglichkeit der Bindung einer Testamentsvollstreckung, diese besser ins Bewusstsein der letztwillig Verfügenden und auch der juristischen Berater gerückt wird. Es bietet weniger Überraschungspotenzial, wenn die Möglichkeit der Bindungswirkung bzw. Wechselbezüglichkeit einer Testamentsvollstreckeranordnung ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben ist. Es ist zu erwarten, dass in einer gemeinsamen letztwilligen Verfügung eher Angaben zur Wechselbezüglichkeit bzw. erbvertraglichen Bindung in puncto Anordnung einer Testamentsvollstreckung gemacht werden, zumindest bei juristischer Beratung, wenn dies ausdrücklich im Gesetz verankert ist.

Nicht verkannt werden darf, dass die Möglichkeit des Eintritts einer Bindungswirkung, insbesondere bei wechselbezüglichen Ehegattentestamenten bei juristischen Laien häufig nicht bekannt ist. Dieses bereits bestehende Problem ist aber allgemeiner Natur und hängt nicht davon ab, ob die Anordnung der Testamentsvollstreckung wechselbezüglich bzw. erbvertraglich bindend sein kann oder nicht. Größere Probleme bei der Auslegung als sie ohnehin bereits in der täglichen Rechtspraxis bestehen, werden nicht gesehen. Insoweit wird auch nicht eine zusätzliche Prozessflut bei einer entsprechenden gesetzlichen Klarstellung erwartet.

d. Nachteile

Gravierende Nachteile sind nicht ersichtlich. Wer sich gegen eine bindende oder wechselbezügliche Anordnung der Testamentsvollstreckung entscheiden möchte, kann dies nach wie vor tun. Durch eine Gesetzesänderung wird, wie ausgeführt, allenfalls die Aufmerksamkeit, insbesondere der juristischen Berater, gestärkt auf diesen Punkt gelenkt, so dass eher erwartet werden kann, dass diese Problematik ausdrücklich in gemeinsamen letztwilligen Verfügungen angesprochen wird.

Wechselbezügliche Verfügungen bzw. erbvertragliche Verfügungen sind für sich genommen weder vor- noch nachteilhaft. Es muss immer im Einzelfall entschieden werden, ob eine Bindungswirkung oder Wechselbezüglichkeit sinnvoll ist oder nicht. Aufgabe des Gesetzgebers kann es nur sein, eine entsprechende Wahlmöglichkeit zu eröffnen und das Augenmerk darauf zu lenken.

Dass andere ausländische Rechtsordnungen vertragliche Bindungen oder wechselbezügliche Testamente nicht kennen, ist ein ebenfalls bereits bestehendes allgemeines „Problem“ des deutschen Erbrechts, nicht aber ein spezielles, das durch eine gesetzliche Klarstellung der Möglichkeit der Vertragsmäßig- bzw. Wechselbezüglichkeit einer Testamentsvollstreckeranordnung hervorgerufen würde.

Die vom historischen Gesetzgeber als notwendig erachtete Flexibilität bei Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers können sich die Testierenden dadurch wahren, dass entsprechende Öffnungsklauseln in der letztwilligen Verfügung vorgesehen werden oder eine Bestimmung aufgenommen wird, dass entsprechende Anordnungen nicht wechselbezüglich oder erbvertraglich sein sollen. Die letztwillig Verfügenden hätten es also selbst in der Hand, flexibel zu bleiben, wenn sie dies wünschen oder dies aufgrund des Lebenssachverhalts sinnvoll ist. Ob die letztwillig Verfügenden von der Bindungsmöglichkeit Gebrauch machen oder sie umgekehrt ausschließen, bleibt ihnen überlassen.

3. Fazit

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt es, wenn eine gesetzliche, die höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigende Regelung eingeführt würde, wonach eine Testamentsvollstreckung erbvertraglich vereinbart bzw. wechselbezüglich angeordnet werden kann.

Bei Aufnahme einer entsprechenden gesetzlichen Neuerung sollte zugleich eine Klarstellung erfolgen, ob und wann im Zweifel von einer Wechselbezüglichkeit der Testamentsvollstreckeranordnung in einem Ehegattentestament auszugehen ist und wann nicht. Die Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB wäre entsprechend zu ergänzen. Zumindest bei einer gegenseitigen Einsetzung zum Testamentsvollstrecker sollte im Zweifel davon ausgegangen werden, dass diese wechselbezüglich erfolgt.
