

## Ehegattentestament und Erbvertrag

von  
Prof. Dr. Bernd Wegmann

4., überarbeitete und aktualisierte Auflage

Ehegattentestament und Erbvertrag – Wegmann

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Testamente und Erbverträge](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 58704 7

• **Erteilung einer Vollmacht an den Testamentsvollstrecker.** Der als „Testamentsvollstrecker“ auserwählten Person kann Vollmacht dazu erteilt werden, nach dem Tod des Erblassers für eine bestimmte Dauer das Unternehmen im Namen und auf Rechnung des Erben zu führen.<sup>152</sup> Dabei kann die Vollmacht entweder bereits im Testament erteilt werden oder der Erbe kann (im Wege der Auflage oder Bedingung) zu ihrer Erteilung verpflichtet werden.

• **Umgründung in eine GmbH.** Im Wege der Auflage kann der Erbe verpflichtet werden, das einzelkaufmännische Unternehmen in eine GmbH umz gründen oder nach § 56a Umwandlungsgesetz umzuwandeln und den Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer zu bestellen.<sup>153</sup>

*bb) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaft und persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft.* Die neuere Rechtsprechung und Literatur<sup>154</sup> akzeptieren eingeschränkt die Möglichkeit einer Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen von persönlich haftenden Gesellschaftern. Danach gilt:

(1) **Außenseite der Beteiligung:** Anerkannt wird das Bedürfnis des Erblassers, die Verfügungsmöglichkeit des Erben nach § 2211 BGB und den Zugriff der Eigengläubiger des Erben auf die zum Nachlass gehörende Gesellschaftsbeteiligung einzuschränken. Soweit die Testamentsvollstreckung die sogenannte „Außenseite“ der Beteiligung betrifft, wird sie deshalb als **zulässig** angesehen. Dies bewirkt, dass die **Beteiligung** selbst und die aus ihr fließenden **vermögensmäßigen Rechte** (Gewinnanspruch und eventueller Anspruch auf ein Liquidationsguthaben) **nicht der Verfügung des Erben** unterliegen, sondern dass darüber nur durch den Testamentsvollstrecker verfügt werden kann (§ 2211 BGB). Auf diese **vermögensmäßigen Rechte** können Eigengläubiger des Erben **nicht zugreifen** (§ 2214 BGB).<sup>155</sup>

(2) **Innenseite der Beteiligung:** Zur sogenannten „Innenseite der Beteiligung“ gehören mit der Gesellschafterstellung verbundene Mitwirkungsrechte, insbesondere das Stimmrecht in der Gesellschaftsversammlung. Ob eine angeordnete Testamentsvollstreckung auch die Innenseite der Gesellschaft erfasst und inwieweit, hängt von dem **Gesellschaftsvertrag** und den **Mitgesellschaftern** ab.

Wird die Anordnung der Testamentsvollstreckung im **Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich zugelassen** oder **stimmen die Gesellschafter nach dem Erbfall dem nicht zu**, so erfasst eine angeordnete Testamentsvollstreckung die **Innenseite der Beteiligten nicht**. Der Erbe nimmt also selbst das Stimmrecht in der Gesellschaftsversammlung wahr und übt Geschäftsführungsfunktionen aus.<sup>156</sup>

In diesem Fall kann dem Testamentsvollstrecker nur entweder durch den Erblasser selbst im Testament eine postmortale Vollmacht zur Ausübung der Mitwirkungsrechte eingeräumt werden oder der Erbe durch eine Auflage verpflichtet werden, eine solche Vollmacht zu erteilen; in jedem Fall muss der Gesellschafter ergänzend verpflichtet werden, sich einer eigenen Stimmrechtsausübung zu enthalten.<sup>157</sup>

Wenn der **Gesellschaftsvertrag** die Anordnung der Testamentsvollstreckung gestattet oder alle **Mitgesellschafter** zustimmen, erfasst die Testamentsvollstreckung m.E. (str!) auch die Innenseite der Beteiligung,<sup>158</sup> allerdings mit einer Einschränkung: Der Testamentsvollstrecker ist nicht berechtigt, Verbindlichkeiten zu begründen, die nicht aus dem Nachlassvermögen erfüllt werden können, sondern aus dem sonstigen Vermögen des Erben erfüllt werden müssten. Er ist beispielsweise nicht berechtigt, bei Nachträgen zum Gesellschaftsvertrag mitzuwirken und den Gesellschaftsbeitrag des Gesellschafters zu erhöhen, wenn die Erhöhung nicht aus dem Nachlassvermögen erbracht werden kann. Ebensowenig kann er die Forderung des Erben nach Umwandlung seiner Stellung in die eines Kommanditisten verhindern. Dies ergibt sich aus § 2206 BGB.<sup>159</sup>

*cc) Kommanditbeteiligung.* Seit dem Urteil des BGH aus dem Jahr 1989 ist anerkannt, dass die Testamentsvollstreckung an einer Kommanditbeteiligung grds. zulässig ist.<sup>160</sup> Uneingeschränkt erfasst die Testamentsvollstreckung nur die **Außenseite** der Gesellschaftsbeteiligung. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung erfasst die Innenseite der Beteiligung nur dann, wenn sie entweder im **Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder nach dem Tod sämtliche Gesellschafter zustimmen**.<sup>161</sup> Auch hier gilt: selbst wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung die Innenseite der Beteiligung mit umfasst, kann der Testamentsvollstrecker durch eigene Ausübung der Mitwirkungsrechte den Erben nicht mit seinem Vermögen außerhalb des Nachlasses verpflichten.<sup>162</sup> War der Erbe oder Vermächtnisnehmer schon Kommanditist, wurde lange vertreten, dass wegen der „Einheit der Gesellschaftsbeteiligung“ die Testamentsvollstreckung ausscheide.<sup>163</sup>

Nach einer jüngeren BGH-Entscheidung schließt das Zusammentreffen von eigenen und ererbten Anteil die Testamentsvollstreckung aber nicht mehr aus.<sup>164</sup>

*dd) GmbH.* Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist grundsätzlich auch ohne vorherige oder nachträgliche Zustimmung der Mitgesellschafter zulässig.<sup>165</sup> Probleme ergeben sich bei der Ausübung des Stimmrechts durch den Testamentsvollstrecker, wenn nach der Satzung der Gesellschaft das Stimmrecht nur von dem Ge-

sellschafter persönlich ausgeübt werden darf.<sup>166</sup> Dann erstreckt sich seine Stellung nicht auf die Ausübung des Stimmrechts. In solchen Fällen kann der Erbe nur durch eine Auflage verpflichtet werden, das Stimmrecht nach der Weisung des Testamentsvollstreckers auszuüben.

**b) Konkretes Muster.** Angeordnet wird die Testamentsvollstreckung wegen der Beteiligung an einer oHG. Zum Nachlass gehört noch weiteres Vermögen. Die Testamentsvollstreckung beschränkt sich auf die oHG. Die Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf einzelne Nachlassgegenstände ist nach § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB zulässig.

Da der Gesellschaftsvertrag nach dem Sachverhalt keine Bestimmung über die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung enthält, ergreift die angeordnete Testamentsvollstreckung automatisch nur die Außenseite der Beteiligung. Damit der Testamentsvollstrecker auch die „Innenseite der Beteiligung“ verwalten kann, wird ihm eine postmortale Vollmacht bereits durch den Erblasser erteilt. Damit der Erbe diese nicht ohne wichtigen Grund widerrufen kann und sich unabhängig von der Vollmacht nicht selbst um die Ausübung der mit der Beteiligung verbundenen Rechte kümmern kann, wird ihm im Weg der Auflage der Widerruf der Vollmacht und die eigene Stimmrechtsausübung untersagt, es sei denn, dass ein wichtiger Grund vorliegt.

Da nach dem Gesellschaftsvertrag auch die Stimmrechtsausübung durch den Testamentsvollstrecker problematisch sein kann, wird hilfsweise der Erbe angewiesen, das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung nach den Weisungen des Testamentsvollstreckers auszuüben.

Der Testamentsvollstrecker wird durch den Erben benannt. Wenn der benannte Testamentsvollstrecker das Amt nicht annimmt oder später wegfällt, wird das Benennungsrecht einer Person des Vertrauens übertragen (§ 2198 BGB), statt das Nachlassgericht um die Ernennung des Testamentsvollstreckers zu ersuchen (§ 2200 BGB).

Der Testamentsvollstrecker hat hier nicht nur verwaltende Funktion, sondern auch die Aufgabe, den Nachfolger an die verantwortliche Verwaltung der Beteiligung heranzuführen, damit diese nach dem Ende der Testamentsvollstreckung nicht im wesentlichen unvorbereitet<sup>167</sup> selbst die Verwaltung übernimmt.

**c) Ergänzende lebzeitige Gestaltungen.** Wenn beabsichtigt ist, dass der Testamentsvollstrecker auch Gesellschafterrechte „der Innenseite“ der Beteiligung geltend macht, sollte – zusammen mit den Mitgesellschaftern im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung – generell oder für einen bestimmten Einzelfall die Testamentsvollstreckung

142        B. Erläuterungen 2. Muster: Erbvertrag mit Pflichtverzicht  
für zulässig erklärt werden und die Stimmrechtsausübung durch  
den Testamentsvollstrecker zugelassen werden.

## § 3 Verfügungen der Ehefrau

1. Erbeinsetzung. Die Ehefrau setzt ihre Tochter Sibylle zu ihrer alleinigen und ausschließlichen Erbin ein, ersatzweise, wenn diese vorverstorben ist, deren Abkömmlinge zu unter sich gleichen Teilen nach Stämmen. Sollte Sibylle ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorben sein, erbt ersatzweise der Ehemann.

2. Vermächtnis. Der Erbe wird durch folgendes Vermächtnis belastet: Sollte zum Zeitpunkt des Todes der Ehefrau der Ehemann noch leben, ist diesem der hälftige Miteigentumsanteil der Ehefrau an der Eigentumswohnung in der Jagdstraße 10 in 80338 München frei von Belastungen in Abteilung II und III des Grundbuchs zu übereignen. Das Vermächtnis ist mit dem Tod der Ehefrau zu erfüllen. Die Kosten der Vermächtniserfüllung trägt der Vermächtnisnehmer.

3. Vermögenssorge. Wenn die Tochter Sibylle der Ehefrau Erbin wird und noch minderjährig ist, erstreckt sich dann, wenn der geschiedene erste Ehemann der Ehefrau noch lebt, dessen Vermögenssorge nicht auf das Vermögen, das Sibylle von der Ehefrau erbt. Als Pfleger zur Verwaltung des Vermögens, das Sibylle beim Tod der Ehefrau erwirbt, wird dann, wenn der Ehemann die Ehefrau überlebt, dieser benannt, sonst der Bruder der Ehefrau Erich Maier, geboren am 28. 12. 1959.

4. Nacherbfolge. Wenn Sibylle Erbin wird, wird die Nacherbfolge angeordnet. Die Nacherbfolge tritt beim Tod der Vorerbin ein. Nacherben von Sibylle sind der Bruder der Ehefrau, Erich Kuhn bzw., wenn dieser vorverstorben ist, dessen Abkömmlinge zu unter sich gleichen Teilen nach Stämmen. Der Vorerbe ist von den Beschränkungen und Verpflichtungen der §§ 2113 ff. befreit, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Die Anordnung der Nacherbfolge ist wie folgt auflösend bedingt: Wenn Sibylle heiratet oder Kinder hat, wird sie ab dem Zeitpunkt der Verehelichung bzw. ab dem Zeitpunkt der Geburt ihres ersten Kindes Vollerbin.

### Erläuterungen

- |  |   |
|--|---|
| 1. Vorbemerkung                                      | 3. Erbfolge beim Tod des einseitigen Kindes |
| 2. Sorgerecht/Vermögenssorge für Kinder Geschiedener |   |

## 1. Vorbemerkung

Die Tochter wird zur alleinigen Erbin eingesetzt. Dem Ehemann wird nur vermächtnisweise ein hälftiger Miteigentumsanteil an einer Eigentumswohnung zugewendet. Eine „Versorgung“ des Ehemanns ist hier aufgrund dessen eigener Vermögensverhältnisse nicht erforderlich. Durch § 2 Abs. 2 b des Erbvertrags wird sichergestellt, dass die gesamte Eigentumswohnung beim Tod des Ehemanns, wenn dieser nach der Ehefrau verstirbt, auf deren Tochter übergeht.

Die Bestimmungen in § 3 Abs. 3 und 4 werden getroffen, weil die Ehefrau **geschieden** ist. Daraus ergeben sich **zwei Probleme**, das **Sorgerecht** für die Tochter, wenn die Ehefrau verstirbt, solange die Tochter minderjährig ist, und der **Erbanfall**, wenn die Tochter nach der Mutter verstirbt.

## 2. Sorgerecht/Vermögenssorge für Kinder Geschiedener

Kraft Gesetzes steht beim Tod eines von mehreren gemeinsam Sorgeberechtigten die elterliche Sorge für minderjährige Kinder nach dem Tod dem überlebenden Elternteil alleine zu bzw. ist sie ihm (wenn der Verstorbene alleinige Sorgeberechtigter war) übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht (§ 1680 BGB). Gegen den generellen Vorrang des Sorgerechts des geschiedenen Ehegatten kann sich die Ehefrau grds. nicht schützen. Damit hat der **geschiedene Ehegatte die Personen- und Vermögenssorge** zu übernehmen (§ 1626 S. 2 BGB). In den Fällen, in denen das Sorgerecht für den überlebenden Elternteil dem Wohl des Kindes nach Ansicht des Sorgeberechtigten widerspricht, kann dies im Testament (möglichst unter Angabe der Gründe, z.B. Verletzung der Unterhaltpflicht, Nichtausübung des Umgangsrechts) angegeben werden und ein Antrag aufgenommen werden, die Übertragung des Sorgerechts zu unterlassen. Wenn das Vormundschaftsgericht diesem Antrag entspricht, muss für das Kind ein Vormund bestellt werden. Die Benennung kann in dem Testament erfolgen. Dann soll das Vormundschaftsgericht grundsätzlich die benannte Person zum Vormund bestellen.

Obwohl dem geschiedenen Ehegatten die Stellung als vorrangig Sorgeberechtigter von den Ausnahmefällen abgesehen nicht entzogen werden kann, kann das **Vermögenssorgerecht** aber entscheidend **beschränkt werden**: Nach § 1638 BGB kann ein Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmen, dass das von ihm vererbte Vermögen nicht von dem Sorgeberechtigten verwaltet wird. Zur Ver-

waltung dieses Vermögens ist nach § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB ein Pfleger zu bestellen. Der Pfleger kann in der **letztwilligen Verfügung** des Erblassers benannt werden (§ 1917 Abs. 1 BGB). Hier wird der zweite Ehemann zum Pfleger für das Nachlassvermögen bestimmt, ersatzweise ein Bruder der Ehefrau.

### 3. Erbfolge beim Tod des einseitigen Kindes

Wenn Sibylle verstirbt, ist ihr **Vater** und sind dessen weiteren Abkömmlinge (z.B. aus einer nachfolgenden Ehe des Vaters) – neben dem mütterlichen Verwandten zu Hälften – **gesetzliche Erben** der 2. Ordnung und sind die Eltern ihres Vaters gesetzliche Erben der 3. Ordnung. Wenn ihre Mutter **verhindern** will, dass beim Tod von Sibylle das von ihr ererbte Vermögen an diese Personen fällt, muss sie die **Vor- und Nacherbfolge** anordnen.

Im konkreten Muster erfolgt dies. Sibylle wird aber Vollerbin, wenn sie heiratet und Kinder hat. Zwar führt die Heirat alleine nicht dazu, dass das gesetzliche Erb- und auch das Pflichtteilsrecht des Vaters erlischt, sondern erst die Geburt von Kindern (§ 1930 BGB). Damit Sibylle über das ererbte Vermögen aber frei testamentarisch verfügen kann, entfällt die Anordnung der Nacherbfolge auch bei einer bloßen Verehelichung von Sibylle.

## § 4 Rechtsnatur der Verfügungen

Von den Verfügungen des Ehemanns sind nur die in § 2 Abschn. 2. und von den Bestimmungen der Ehefrau sind nur die in § 3 Abschn. 2. erbvertraglich bindend, d.h. einseitig grundsätzlich unwiderruflich vereinbart. Die weiteren Bestimmungen sind jeweils einseitig testamentarisch getroffen.

### Erläuterungen

Zwingend erforderlich ist es, dass Verfügungen, die der **Versorgung** eines Ehegatten dienen, **erbvertraglich bindend** getroffen werden. Im vorgestellten Muster handelt es sich dabei um die Vermächtnisse nach § 2 Abs. 2a)aa) und cc) des Ehemanns. Da sich die Ehegatten wegen der ihnen zur Hälften gehörenden Eigentumswohnung in München gegenseitig bedenken wollen, wird auch insoweit die erbvertragsmäßige bindende Verfügung gewählt.

## § 6 Rücktritt von erbvertraglichen Verfügungen

145

Die anderen Verfügungen sind einseitig testamentarisch getroffen, also jederzeit widerruflich.

### § 5

#### Abänderungsbefugnis bzgl. erbvertraglicher Verfügungen

Nach dem Tod eines Ehegatten ist der überlebende Ehegatte zu Änderungen bezüglich derjenigen Verfügungen, die erbvertraglich bindend getroffen wurden, nicht berechtigt.

Er kann ohne weiteres, wie bereits zu Lebzeiten beider Ehegatten, einseitige testamentarische Verfügungen aufheben oder abändern.

#### Erläuterungen

Der Ausschluss der Abänderungsbefugnis im ersten Absatz zweckt für den Fall, dass die Ehefrau vor dem Ehemann verstirbt, dass die Eigentumswohnung in München auf die Tochter der Ehefrau übergeht.

### § 6

#### Rücktritt von erbvertraglichen Verfügungen

Die Beteiligten wurden darauf hingewiesen, dass sie sich den einseitigen Rücktritt von erbvertraglichen Verfügungen der Urkunde vorbehalten können.

Ein solcher Vorbehalt soll nicht erfolgen.

#### Erläuterungen

Durch den Vorbehalt eines Rücktrittsrechts nach § 2293 BGB könnten die Ehegatten die Bindungswirkung für die erbvertraglich getroffenen Bindungen lockern und ihnen nur die eingeschränkte Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2270, 2271 BGB) zuweisen: Der lebzeitige Rücktritt wäre möglich (§ 2296 Abs. 2 BGB). Beim Tod eines Ehegatten könnte sich der Überlebende von der erbvertraglichen Bindung befreien, indem er das ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2298 Abs. 2 BGB).

Da dadurch der Vorteil des Erbvertrags gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament wieder zunichte gemacht würde, wird hier darauf verzichtet.

## § 7 Ausschluss der Anfechtung

Alle einseitigen und erbvertraglichen Verfügungen sind unbeschadet des gegenwärtigen und künftigen Vorhandenseins pflichtteilsberechtigter Personen getroffen.

Erläuterungen: Siehe oben Erl. zu 1. Muster, Grundfall, § 8.

## § 8 Pflichtteilsverzicht

Der Notar wies die Beteiligten auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht hin.

Die Beteiligten verzichten gegenseitig auf das ihnen beim Tod des anderen Vertragsteils jeweils zustehende Pflichtteilsrecht. Der Verzicht wird ausdrücklich auf Pflichtteils- und Pflichtteilsverzichtsansprüche beschränkt und erfasst das gesetzliche Erbrecht nicht.

### Erläuterungen

Unterstellt wird hier, dass das Vermögen, das jeder der Ehegatten seinem Kind zuwenden will, wesentlich wertvoller ist als das Vermögen, das dem Ehegatten durch Vermächtnisse zugewendet wird. Der Ehegatte hat dann, wenn der Wert seines Vermächtnisses weniger beträgt als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, die Möglichkeit, die Ergänzung des Pflichtteils nach § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB zu fordern oder das Vermächtnis auszuschlagen und stattdessen den Pflichtteil zu verlangen.

Um der letztwilligen Verfügung Bestandskraft auch gegenüber dieser Möglichkeit zu verschaffen, verzichten die Ehegatten gegenseitig auf ihren Pflichtteilsanspruch nach § 2303 Abs. 2 BGB.

Von Bedeutung ist, dass die Beteiligten hier im Güterstand der Gütertrennung leben – dann ist der Pflichtteilsverzicht hinreichend. Würden sie statt dessen im gesetzlichen Güterstand leben, müsste berücksichtigt werden, dass ein Ehegatte eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlagen kann und stattdessen neben dem sog. „kleinen Pflichtteil“ auch den Zugewinnausgleich nach §§ 1373ff. BGB verlegen kann. Er wird so tätig werden, wenn das Erbe oder Vermächtnis, bezogen auf das Gesamtvermögen des Erblassers relativ geringfügig ist. Der Pflichtteilsverzicht reicht in einem solchen Fall nicht als Schutz für den „Haupterben“, er müsste den Zuge-