
Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

Herausgeber:

Dr. Reinhard Geck, RA/Notar aD/StB,
Hannover
Prof. Dr. Karlheinz Muschelner,
Bochum
Prof. Dr. Christoph Karczewski, RiBGH,
Karlsruhe

Prof. Dr. Christopher Keim, Notar,
Ingelheim
Prof. Dr. Frank Hannes, RA/FAStR/StB,
Bonn
Christine Meßbacher-Hönsch,
Vizepräs. BFH, München
Prof. Dr. Michael Fischer, Erlangen

ZEV Sonderheft

28. Jahrgang 2021
1. April 2021
Seite 1 – 68

Begründet von: Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar aD, Fürth; Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Notar aD, Regensburg

Mitbegründer und ehemalige Herausgeber: Prof. Dr. Georg Crezelius, München; Prof. Dr. Jürgen Damrau, RA, Konstanz;
Prof. Dr. Gerrit Langenfeld †, Notar aD, Konstanz; Prof. Dr. Jens Peter Meincke, Köln; Prof. Dr. Detlev J. Piltz, RA/FAStR, Bonn;
Dr. Gerhard Schlichting, RiBGH aD, Hemmingen; Hermann-Ulrich Viskorf, Vizepräs. BFH aD, München

Beirat: Dr. Gülsen Erkis, Mönchengladbach; Dr. Hellmut Götz, RA/FAStR/StB, Freiburg; Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln; Dr. Claus-Henrik Horn, RA/FAErBR, Düsseldorf; Prof. Dr. Norbert Joachim, RA/FAErBR/FAVerKR, Hannover; Bernhard Klinger, RA/FAErBR, München; Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Präs. LG; Prof. Dr. Knut Werner Lange, Bayreuth; Dr. Daniel Lehmann, RA, München; Prof. em. Dr. Dres. h.c. Dieter Leipold, Freiburg; Dr. Norbert Mayer, Notar, Regensburg; Dr. Michael Messner, RA/Notar/FAStR/FAErBR, Hannover; Dr. Gabriele Müller-Engels, RA, Würzburg; Dr. Christian von Oertzen, RA/FAStR, Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Gerhard Otte, Bielefeld; Gerhard Ruby, RA/FAErBR, Villingen-Schwenningen; Dr. Bernhard Schaub, Notar, München; Prof. Dr. Stephan Scherer, RA/FAErBR/FAStR, Mannheim; Dr. Andreas Schindler, LL.M., RA, Villingen-Schwenningen; Dr. Stephan Viskorf, RA/StB, München; Dr. Eckhard Wälzholz, Notar, Füssen; Dr. Johannes Weber, LL.M., Notar, Freiburg; Dr. Dietmar Weidlich, Notar, Roth; Prof. Dr. Maximilian Werkmüller, LL.M., RA, Düsseldorf; Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Zimmermann, Vizepräs. LG aD, Passau

Grußwort

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Leserinnen und Leser,

mit der vorliegenden Sonderausgabe, die Beiträge der „Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge – ZEV“ vereinigt, halten Sie ein besonderes Heft in Händen. Es handelt sich um ein Unikat, das aktuelle Autorenbeiträge aus dem Märzheft der ZEV und wichtige Gerichtsentscheidungen umfasst, die in den letzten Jahren in der ZEV zum Bereich der Testamentsvollstreckung erschienen sind. Dieses Rechtsinstitut ist ja ein besonders beliebtes Mittel, um dem Willen eines Erblassers über einen längeren Zeitraum Geltung zu verschaffen.

Die vorliegende Sonderausgabe deckt zahlreiche Problemfelder ab, die in den letzten Jahren in Rechtsprechung und Literatur behandelt wurden. Die hier abgedruckten Beiträge und Gerichtsentscheidungen zeigen einige wesentliche Rechtsentwicklungen in diesem Bereich auf, ua mit Bezügen zum Insolvenz-, zum Sozial- und zum Steuerrecht.

Wir freuen uns, Ihnen dieses besondere Heft überreichen zu können. Es ist ein hervorragender Einstieg, um sich mit den Problemen rund um das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung auseinanderzusetzen, das auch künftig eine wichtige Rolle in der ZEV spielen wird.

Es zeigt sich: Keine andere Zeitschrift deckt die für das Recht der Vermögensnachfolge wichtigen Themen in der Breite und Tiefe so umfassend ab wie die ZEV.

Bernd Riegel, Rechtsanwalt, Verantwortlicher Redakteur der ZEV

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Prof. Dr. Christoper Keim
Erbvertragliche Bindung und Austausch des Testamentsvollstreckers
(aus ZEV 2021, 129)

Dr. Stephan Schmidl
Insolvenzvermeidende Sanierungspflichten des Testamentsvollstreckers
(aus ZEV 2021, 135)

Praxisforum

Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Zimmermann
Der superbefreite und superermächtigte Testamentsvollstrecker - Teil 1
(aus ZEV 2021, 141)

Dr. Julian Klinger
Die aufschiebend bedingte Testamentsvollstreckung
(aus ZEV 2021, 148)

Dr. Michael Bonefeld
Die Vergütung des Testamentsvollstreckers bei Großnachlässen: ein Vorschlag für die Praxis
(aus ZEV 2021, 153)

Rechtsprechung

Ernennung eines Testamentsvollstreckers

Testamentarische Bestellung eines Testamentsvollstreckers
(OLG Rostock v. 30.7.2019 – 3 W 19/19)
(aus ZEV 2020, 156)

Verstoß gegen gemeinschaftliches Testament bei Austausch der Person des Testamentsvollstreckers
(OLG Schleswig v. 4.11.2019 – 3 Wx 12/19
mAnm *Dr. Michael Knittel*)
(aus ZEV 2020, 158)

Testament

Keine Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments trotz fehlender Verwaltungsanweisungen für den Testamentsvollstrecker
(BGH v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18 mAnm *Prof. Dr. Maximilian Zimmer*)
(aus ZEV 2020, 41)

Vermächtnis

Vollzug einer Auflassung und Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks bei Ausschlagung eines Vermächtnisses
(OLG Nürnberg v. 4.11.2020 – 15 W 3330/20
mAnm *Dr. Wolfgang Litzemberger*)
(aus ZEV 2021, 171)

Entlassung des Testamentsvollstreckers

Keine einseitige Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht durch den Erblasser
(BGH, Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16)
(aus ZEV 2017, 412)

Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers
(OLG München v. 9.7.2020 – 31 Wx 455/19
mAnm *Prof. Dr. Wolfgang Reimann*)
(aus ZEV 2020, 554)

Entlassung eines Testamentsvollstreckers wegen übermäßiger Entnahme der Vergütung
(OLG Hamburg v. 28.8.2019 – 2 W 66/19)
(aus ZEV 2020, 38)

Einschränkung der Dispositionsbefugnisse des Erblassers bzgl. der Entlassungsgründe eines Testamentsvollstreckers
(OLG Hamburg v. 18.4.2019 – 2 W 4/19)
(aus ZEV 2020, 290)

Handels- und Gesellschaftsrecht

Nachweis einer GbR-Nachfolge im Grundbuch bei Testamentsvollstreckung
(KG v. 15.9.2020 – 1 W 1340/20)
(aus ZEV 2020, 712)

Veräußerung und Belastung von Grundstücken durch den für einen als Testamentsvollstrecker eingesetzten Kaufmann handelnden Prokuristen (OLG Köln v. 9.12.2019 – 2 Wx 346/19 mAnm Prof. Dr. Wolfgang Reimann) (aus ZEV 2020, 175)

57

Sozialrecht

Überleitbarkeit des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung gegen den Testamentsvollstrecker beim Behindertentestament (LSG Nordrhein-Westfalen v. 18.10.2018 – L 9 SO 383/17 mAnm Dr. Jens Tersteegen) (aus ZEV 2019, 417)

59

Einkommenssteuer

Aufteilung des Werbungskostenabzugs für auf mehrere Einkunftsarten entfallende Testamentsvollstreckergebühren (BFH v. 8.11.2017 – IX R 32/16) (aus ZEV 2018, 107)

63

Bewertungsrecht

Unterzeichnung einer Feststellungserklärung nach § 153 BewG durch den Testamentsvollstrecker (FG Hamburg v. 3.3.2020 – 3 K 218/19) (aus ZEV 2020, 727)

65

Umsatzsteuer

Umsatzsteuerpflicht für einmalige unternehmerische Tätigkeit als Testamentsvollstrecker (FG Rheinland-Pfalz v. 14.2.2013 – 6 K 1914/10) (aus ZEV 2013, 696)

67

Finanzverwaltung

Haftung der Geldinstitute, wenn sie beim Vorhandensein ausländischer Erben Nachlasswerte an den inländischen Testamentsvollstrecker aushändigen (LfSt Bayern v. 11.1.2021 – S 3812.2.1 – 31/8 St 34) (aus ZEV 2020, 200)

68

ISSN 0945-4969

ZEV-Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht

Redaktion: Verantwortlich für den Textteil: Rechtsanwalt Bernd Riegel; Stellvertretung: Rechtsanwalt Johannes Kippenberg, LL.M.; Sekretariat: Saskia Stumpf, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Telefon: (089) 3 81 89-479, Telefax: (089) 3 81 89-468, E-Mail: zev@beck.de. ZEV im Internet: <http://www.zev.de>.

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren

Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9,

80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (089) 3 81 89-687, Telefax (089) 3 81 89-589. Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (089) 3 81 89-609, Telefax (089) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling.

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (089) 3 81 89-0, Telefax: (089) 3 81 89-398, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Monatlich.

Bezugspreis 2021: Jährlich Normalpreis: € 375,- (inkl. MwSt.); Einzelheft € 35,- (inkl. MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitel und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter: Telefon: (089) 3 81 89-750, Telefax: (089) 3 81 89-358, E-Mail: kundenservice@beck.de

Abbestellungen: Müssen 6 Wochen vor Jahresschluß erfolgen.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Bezahlers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezahler innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: HOLZMANN DRUCK GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2, 86825 Bad Wörishofen.



chbeck.de/nachhaltig

Erbvertragliche Bindung und Austausch des Testamentsvollstreckers

Prof. Dr. Christopher Keim*

Nach deutschem Erbrecht hat der Testamentsvollstrecker die Verfügungsbefugnis über den Nachlass, sodass ihm eine erhebliche Machtposition zukommen kann. Eine Testamentsvollstreckung kann aber nicht erbvertraglich bindend oder wechselbezüglich angeordnet werden. Es fragt sich, ob der erbvertraglich gebundene Erbe berechtigt ist, die Person des Testamentsvollstreckers auszuwechseln, oder ob er daran gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB gehindert ist.

1. Gesetzliche Vorgaben zu Wechselbezüglichkeit und Vertragsmäßigkeit

Wechselbezügliche Verfügungen können gem. § 2270 Abs. 3 BGB in einem Ehegattentestament nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und seit 2015 auch die Wahl des anzuwendenden Rechts¹ sein. Dasselbe gilt nach § 2278 Abs. 2 BGB auch für vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag. Anderen als den dort genannten Anordnungen, wie zB Testamentsvollstreckung, Pflichtteilsentziehung, Enterbung und Auseinandersetzungsverbot, kommt *keine bindende Wirkung* zu. Daher kann zB der überlebende Ehegatte die in einem gemeinschaftlichen Testament vorgesehene Testamentsvollstreckung über den Nachlass des Längerlebenden nach dem Tod des anderen Ehegatten *aufheben*, da er damit die Rechtsstellung des Schlusserven *erweitert*, indem er ihn von den Beschränkungen durch die Testamentsvollstreckung befreit.² Umgekehrt kann jedoch keine Testamentsvollstreckung zu Lasten eines wechselbezüglich Bedachten *nachträglich einseitig angeordnet* werden, weil damit seine Erbenstellung erheblich beeinträchtigt wird. Er verliert insbesondere die Verfügungsbefugnis über den Nachlass, § 2211 BGB.³

2. Beeinträchtigung durch Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers?

Nach wie vor umstritten und nicht geklärt ist jedoch, inwieweit ein *einseitiger Austausch der Person des Testamentsvollstreckers* eine unzulässige Beeinträchtigung des Vertragserven iSv § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB darstellt. Teilweise wird

die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers ohne Weiteres für zulässig gehalten, weil sie nicht zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung des wechselbezüglich oder vertraglich eingesetzten Erben führe.⁴ Nach anderer Auffassung ist die Auswechslung des Testamentsvollstreckers grds. zulässig, ausnahmsweise aber nicht, wenn die Ehegatten an die Person des Testamentsvollstreckers bestimmte Vorstellungen geknüpft haben.⁵ Die *Rechtsprechung* stellt den Inhalt des Erbvertrags als Vergleichsmaßstab für nachfolgende testamentarische Verfügungen in den Vordergrund und bemisst danach, ob im Fall eine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben auszumachen ist.⁶ Der *BGH* hatte in einem Urteil betreffend den Nachlass in Sachen Hohenzollern aus dem Jahr 2011 diese Auffassung bekräftigt und die anderen Meinungen ausdrücklich abgelehnt.⁷

3. Beschluss des OLG Schleswig vom 4.11.2019

Das *OLG Schleswig* hatte mit Beschluss vom 4.11.2019 entschieden, dass die nachträglich einseitig verfügte Auswechslung des Testamentsvollstreckers durch den überlebenden Ehegatten jedenfalls dann gegen das zugrunde liegende gemeinschaftliche Testament verstößt, wenn dort eine unentgeltliche Testamentsvollstreckung vorgesehen war und der überlebende Ehegatte nunmehr einen Testamentsvollstrecker einsetzt, dem eine Vergütung zustehen soll.⁸

In dem Fall hatten die Ehegatten ein notariell beurkundetes gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie ihre drei Kinder zu je 1/3 als Erben nach dem Tod eines jeden von ihnen einsetzten. Der überlebende Ehegatte erhielt alle Haushaltsgegenstände. Die Bestimmungen des Testaments sollten wechselbezüglich sein. Der Ehemann (E) benannte eines der Kinder zum Testamentsvollstrecker, die Ehefrau (F) für den Fall ihres Vorversterbens E und sonst das eine Kind. Der Testamentsvollstrecker sollte alle Aufgaben unentgeltlich ausführen. Nach dem Tod des E errichtete F ein notariell beurkundetes Testament, in dem sie eine externe Testamentsvollstreckerin einsetzte. F ordnete eine Testamentsvollstreckervergütung nach den Empfehlungen des deutschen Notarvereins an. Für den Fall, dass die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers unwirksam wäre, sollte die Anordnung der Testamentsvollstreckung als aufgehoben gelten. Es kam nun Streit darüber auf, ob die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers wirksam war.

* Der Autor ist Notar in Ingelheim am Rhein.

1 Bei Rechtswahlen jedoch nur für Erbfälle ab dem 17.8.2015, vgl. Änderung der §§ 2270 Abs. 3 u. 2278 Abs. 2 BGB durch Art. 16 des Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften v. 29.6.2015, BGBl. I 2015, 1042 (1059).

2 Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2271 Rn. 14.

3 BGH v. 14.2.1962 – V ZR 92/60, NJW 1962, 912; Zimmer ZEV 2015, 450.

4 Musielak in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 17; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2289 Rn. 19.

5 Braun in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2271 Rn. 40.

6 BGH v. 8.1.1958 – IV ZR 219/57, BGHZ 26, 204, NJW 1958, 498; v. 6.4.2011 – IV ZR 232/09, ZEV 2011, 306 (308) mAnm Reimann; v. 17.7.2012 – IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36; KG v. 23.11.2009 – 8 U 144/09, ZEV 2010, 40 mAnm Zimmermann.

7 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (308).

8 OLG Schleswig v. 4.11.2019 – 3 Wx 12/19, ZEV 2020, 158 mAnm Knittel.

Das OLG Schleswig bejahte zunächst eine Anwendbarkeit der Grundsätze über die Bindungswirkung eines Erbvertrags gem. § 2289 BGB bzgl. der Auswechslung des Testamentsvollstreckers auch auf das gemeinschaftliche Ehegattentestament.

Aus der mit dem Austausch der Person verbundenen Vergütungsregelung ergebe sich eine Beeinträchtigung des Schlusserben. Im gemeinschaftlichen Testament sei ausdrücklich verfügt worden, dass der Testamentsvollstrecker – sei es der überlebende Ehemann, sei es der Sohn – die Aufgabe unentgeltlich ausüben solle. Der im späteren Testament eingesetzte Testamentsvollstrecker sollte dagegen eine Vergütung erhalten. Mit der Anordnung der Vergütung werde ein Anspruch des Testamentsvollstreckers gegen den Nachlass begründet. Gegen diesen und damit auch gegen die Erben als Gesamtschuldner richte sich sein Vergütungsanspruch. Es sei zwar streitig, ob eine rechtliche Beeinträchtigung des Vertragserben vorliegen müsse oder bereits eine bloß wirtschaftliche Beeinträchtigung ausreiche.⁹ In der Vergütungsregelung liege jedoch eine rechtliche Belastung des Schlusserben, da die Erben gesamtschuldnerisch zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet seien. Dies sei vergleichbar mit der nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unstrittig¹⁰ nicht zulässigen nachträglichen Anordnung eines Vermächtnisses.¹¹

Dies führe zum Wegfall der Testamentsvollstreckung insgesamt. Das gemeinschaftliche Testament enthalte auch keine stillschweigend eingeräumte Befugnis, dass bei Wegfall des ursprünglichen Testamentsvollstreckers das Nachlassgericht befugt sein solle, einen Testamentsvollstrecker zu benennen. Dies ergebe sich schon daraus, dass auch ein vom Nachlassgericht benannter Testamentsvollstrecker diese Funktion nur entgeltlich wahrnehmen könne. Die Auswahl eines vergütungspflichtig tätigen Testamentsvollstreckers wäre mit der ursprünglichen Anordnung unvereinbar. Unbedenklich wirksam bleibe hingegen die ersatzweise Anordnung des gänzlichen Wegfalls der Testamentsvollstreckung, da diese die Stellung der Schlusserben nicht schwäche, sondern stärke.¹¹

4. Zutreffender Ansatz der Rechtsprechung

Dem Begründungsansatz der Rechtsprechung, wie ihn der BGH insbesondere in seinem Urteil vom 6.4.2011¹² formuliert und bestätigt hat, ist grds. zuzustimmen. Auszugehen ist zunächst von den §§ 2278 Abs. 2 und 2270 Abs. 3 BGB, nach denen die Testamentsvollstreckung selbst *nicht erbvertraglich bindend oder wechselbezüglich* ausgestaltet sein kann. Unwirksam kann daher eine Änderung der Testamentsvollstreckung nur insoweit sein, als sie die Erbenstellung des bindend eingesetzten Vertragserben oder auch eines bindend eingesetzten Vermächtnisnehmers iSd § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB *beeinträchtigt*. Aus der Natur des Erbvertrags als einer „wirklich vertraglichen letztwilligen Verfügung“¹³ ergibt sich, dass Vertragserblasser in ihrer Testierfreiheit nur so weit beschränkt sind, als sie sich durch den Vertrag gegenüber den Vertragserben als Vertragspartner gebunden haben. Der *Bindungsumfang* ist ggf. im Auslegungsweg zu ermitteln.¹⁴

Dem erbvertraglich gebundenen Erblasser sind danach nur solche späteren testamentarischen Verfügungen untersagt, die den Vertragserben in seiner im Erbvertrag nach Inhalt und Umfang von den Parteien formulierten Rechtsstellung beeinträchtigen. Auf bloß wirtschaftliche Aspekte darf dabei nicht abgestellt werden, dies wäre mit dem Wesen des Erbvertrags unvereinbar.¹⁵ Denn § 2289 Abs. 1 BGB will das *Recht des vertraglichen Bedachten, nicht dessen wirtschaftlichen Erwerb* schützen. Eine weitergehende Einschränkung der Testierfreiheit als durch die im Zusammenhang mit der Erbeinsetzung vertraglich begründeten Rechte scheidet auch nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers aus.¹⁶

5. Folgerungen für die Frage der Bindung an die Person des Testamentsvollstreckers

5.1 Andeutungen im BGH-Urteil vom 6.4.2011

Bei der Beantwortung der Frage, welche Konsequenzen sich aus diesem Begründungsansatz für eine mögliche Bindungswirkung des in einem Erbvertrag eingesetzten Testamentsvollstreckers ergeben, gehen die Auffassungen allerdings auseinander. In seinem Urteil aus dem Jahr 2011¹⁷ führte der BGH aus:

Der historische Gesetzgeber habe zwar eine Bindung in Ansehung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers für nicht statthaft gehalten, weil dem Testamentsvollstrecker eine Vertrauensstellung eingeräumt werden solle und deswegen in Ansehung des Wechsels der Verhältnisse und der Gesinnung des Ernennenden ein Widerruf jederzeit offen bleiben müsse.¹⁸ Die Parteien hätten indes die alleinige Herrschaft über den Vertragsinhalt. Mithin verbleibe ihnen die Möglichkeit, 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.¹⁹

Im entschiedenen Fall bestand die Besonderheit darin, dass der Erbe selbst Mitvollstrecker war und später lediglich die anderen Testamentsvollstrecker teilweise ausgetauscht worden waren. Der BGH verneinte eine Beeinträchtigung durch Auswechseln der anderen Mitvollstrecker und sah die Möglichkeit, dass andere Vollstrecker nur gegen eine Vergütung tätig werden könnten, allenfalls als unbeachtliche wirtschaftliche Beeinträchtigung an, wobei es im entschiedenen Fall auf Letzteres nicht ankam, da sich im konkreten Fall die Vergütungspflicht nicht geändert hatte.²⁰ Demgegenüber begründete das OLG Schleswig die rechtliche Beeinträchtigung der Erben genau damit, dass die neu eingesetzten Testamentsvollstrecker im Gegensatz zu den bisher vorgesehenen nur gegen Vergütung tätig werden sollten.²¹

9 BGH (Fn. 3), NJW 1958, 498; Weidlich (Fn. 2), § 2289 Rn. 2.

10 OLG Schleswig (Fn. 8), ZEV 2020, 158 (160).

11 OLG Schleswig (Fn. 8), ZEV 2020, 158.

12 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306.

13 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

14 BGH (Fn. 6), NJW 1958, 498; (Fn. 6), ZEV 2011, 306; Musielak (Fn. 4), § 2289 Rn. 2.

15 BGH (Fn. 6) NJW 1958, 498 (499).

16 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (308); Jacobs/Schubert, Die Beratung des BGB, § 2289 S. 1792 unter Verweis auf Prot. I, 1003; Mot. V, 332.

17 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

18 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309); Mot. V, 334.

19 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

20 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

21 OLG Schleswig (Fn. 8), ZEV 2020, 158.

5.2 Interpretation des Urteils durch die Literatur

Weidlich geht in seinem Besprechungsaufsatz²² zu der BGH-Entscheidung aus 2011 in Anlehnung an Reimann²³ von einer grundsätzlichen Bindung an die Person des Testamentsvollstreckers aus.

Nach dem Wortlaut des § 2197 Abs. 1 BGB erfolge die Beschränkung des Erben durch einen bestimmten Testamentsvollstrecker. Ob der Erblasser die Person einseitig neu bestimmen könne, sei danach zu beurteilen, ob und inwieweit die Vertragsparteien ggf. stillschweigend jedem Vertragspartner einen einseitigen Änderungsvorbehalt eingeräumt hätten.²⁴ Dies sei eine Frage der Auslegung des Erbvertrags im Einzelfall. Die durch diese Betrachtungsweise verursachte Einbuße an Rechtsicherheit müsse hingegenommen werden.

Von diesem Ansatz ist auch das OLG Stuttgart in einem Beschluss aus dem Jahr 1978 ausgegangen.²⁵ In dem entschiedenen Fall wurde im Erbvertrag ein Vorbehalt dahingehend aufgenommen, dass der Erblasser nachträglich einseitig nur eine bestimmte Person zum Testamentsvollstrecker ernennen dürfe. In einem späteren Testament hatte er für den Fall seines Vorversterbens andere Personen als Testamentsvollstrecker eingesetzt.

Zwar gebe es eine gewissermaßen „abstrakte“ Testamentsvollstreckung, bei der der Person des Testamentsvollstreckers keine besondere Bedeutung zukomme, so das OLG Stuttgart. Gesetzlicher Regelfall sei aber die auf eine bestimmte Person bezogene Testamentsvollstreckung gem. § 2197 Abs. 1 BGB. Auf eine solche sei der Vorbehalt beschränkt worden.²⁶ Die Berufung eines anderen Testamentsvollstreckers stelle eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung des Vertragserben dar.²⁷

6. Vereinbarkeit mit dem numerus clausus der wechselbezüglichen und erbvertraglichen Verfügungen in §§ 2270 Abs. 3 und 2278 Abs. 2 BGB

6.1 Beeinträchtigung des Vertragserben durch Einsetzung eines bestimmten Testamentsvollstreckers?

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Beeinträchtigung des Vertragserben iSd § 2289 Abs. 1 BGB vorliegt, ist von den §§ 2270 Abs. 3 und 2278 Abs. 2 BGB auszugehen: Danach kann eine Testamentsvollstreckung und damit auch die Bestimmung einer bestimmten Person zum Testamentsvollstrecker *nicht bindend oder wechselbezüglich* angeordnet werden. Der BGH und auch die vorgenannten Autoren gehen aber davon aus, eine gewisse Bindung könne dadurch erreicht werden, dass man eine Beschränkung des Vertragserben idR nur durch die Einsetzung dieses *konkreten* Testamentsvollstreckers zulassen könne, sodass die Auswechslung eine neue Beschränkung enthalte und damit gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB eine unerlaubte Beeinträchtigung seiner Rechtsposition darstelle. In der

Tat spricht der Wortlaut sämtlicher Vorschriften über die Testamentsvollstreckung für diese Auslegung, da dort nie vom *abstrakten Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung*, sondern immer vom *Testamentsvollstrecker als Person* die Rede ist. Dies würde die Interpretation von Reimann und Weidlich stützen, die damit *die Testamentsvollstreckung und die Einsetzung des Testamentsvollstreckers sozusagen als eine einheitliche, nicht trennbare Beschränkung des Vertragserben* betrachten.

6.2 Rechtsfolgen einer unzulässigen Auswechslung

Aber selbst auf der Grundlage dieser Auffassung wäre eine bindende oder wechselbezügliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung immer an die Beeinträchtigung einer in §§ 2270 Abs. 3 und 2278 Abs. 2 BGB genannten Verfügung gekoppelt, da die Testamentsvollstreckung selbst gerade keine bindende Wirkung haben kann. Eine Änderung der Person des Testamentsvollstreckers wäre also nur insofern unwirksam, als sie die *Rechtsposition des bindend eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmers wirklich schmälern* würde. Dabei dürfen auf der Grundlage dieser Auffassung *keine wirtschaftlichen oder persönlichen Beeinträchtigungen* berücksichtigt werden.²⁸

Sieht man die Testamentsvollstreckung und die Person des Testamentsvollstreckers als eine einheitliche Beschränkung der Erbenstellung, so kann bei einer unzulässigen Abänderung der Person durch den Erblasser nur die *Testamentsvollstreckung insgesamt wegfallen* oder aber ein im Erbvertrag vorgesehener *Ersatztestamentsvollstrecker* zum Zuge kommen. Die Möglichkeit einer noch weitergehenden Bindung an die Person des Testamentsvollstreckers in der Weise, dass die unzulässige Auswechslung *überhaupt keine Wirkungen* hätte und die Benennung des alten Testamentsvollstreckers unverändert Bestand hätte, würde dagegen dem eindeutigen Wortlaut der §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB widersprechen, denn die Beseitigung der Testamentsvollstreckung als einer Beschränkung muss als *Verbesserung der Rechtsstellung des Erben* gestattet sein. Durch den Austausch geht aber der Wille des Erblassers dahin, eine Beschränkung des Vertragserben durch diesen Testamentsvollstrecker jedenfalls nicht mehr zu wollen. *Die Aufhebung einer Beschränkung ist ihm aber immer gestattet*. Soweit der BGH in seinem Urteil aus dem Jahre 2011 ausdrücklich die Möglichkeit gewährt, die Rechtsstellung eines Vertragserben auf die Person des Testamentsvollstreckers auszudehnen, dass beim Auswechseln dieser Person die Rechte des Testamentsvollstreckers beeinträchtigt werden, könnte nur die einschränkende og Interpretation mit §§ 2270 Abs. 3 und 2278 Abs. 2 BGB (halbwegs) in Einklang stehen.

7. Konkrete Beeinträchtigung gem. § 2289 Abs. 1 BGB maßgebend

Indessen steht nach dem ausdrücklichen Obersatz des BGH und der Obergerichte der *Inhalt des Erbvertrags als Ver-*

22 MittBayNot 2011, 453; ders. MittBayNot 2020, 599 (600).

23 Reimann in FS Kanzleiter, 2010, 319 (326); ähnl. J. Mayer/Röhl in Reimann/Bengel/Dietz, Testament u. Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 43.

24 Weidlich MittBayNot 2011, 453 (455 ff.).

25 OLG Stuttgart v. 25.10.1978 – 8 W 256/78, OLGZ 1979, 49.

26 So OLG Stuttgart (Fn. 25), OLGZ 1979, 49.

27 So auch Meyding ZEV 1994, 98 (100).

28 BGH (Fn. 6), BGHZ 26, 204 (214).

gleichmaßstab für nachfolgende Verfügungen im Vordergrund und bemisst die Wirksamkeit der späteren letztwilligen Verfügung danach, ob im konkreten Fall eine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben auszumachen ist.²⁹ Vergleicht man aber die Rechtsstellung des erbvertraglich begünstigten Erben oder Vermächtnisnehmers vor und nach einer bloßen Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers, so bleiben seine Rechte grds. gleich. Es liegt *keine rechtliche Beeinträchtigung* vor.

Eine rechtliche Untrennbarkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung einerseits und der Bestimmung einer konkreten Person als Testamentsvollstrecker andererseits ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil das Gesetz selbst zwischen der Anordnung einer Testamentsvollstreckung und der Person des Testamentsvollstreckers differenziert: So beziehen sich zB die Bestimmungsrechte durch Dritte in § 2198 BGB und durch den Testamentsvollstrecker selbst in § 2199 BGB bzgl. eines möglichen Nachfolgers immer nur auf die Person des Testamentsvollstreckers. Dagegen kann einem Dritten oder auch dem Testamentsvollstrecker nicht überlassen werden, ob Testamentsvollstreckung überhaupt angeordnet sein soll, da dies § 2065 BGB widersprechen würde.³⁰ Wenn der Testamentsvollstrecker stirbt, so erlischt gem. § 2225 BGB auch nur dessen Amt, während dies nicht unbedingt zu einer Beendigung der Testamentsvollstreckung selbst führt,³¹ da zB auch stillschweigend ein Ersatztestamentsvollstrecker benannt sein kann.³²

Es ist also stets zu fragen, ob durch die konkrete Änderung der in der bindenden Verfügung bereits angeordneten Testamentsvollstreckung die *Rechtsposition des erbvertraglich Bedachten in irgendeiner Weise beeinträchtigt* wird. Erst wenn diese Frage zu bejahen ist, kommt es darauf an, ob sich ggf. aus der Auslegung des ursprünglichen Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments ein *Änderungsvorbehalt* ergibt, der diese Beeinträchtigung gestattet. Ist die erste Frage bereits zu verneinen, kommt es für die Zulässigkeit der Änderung der Person des Testamentsvollstreckers auf die Auslegung des ursprünglichen Erbvertrags nicht an.³³ Mangels einer Beeinträchtigung des Vertragserben ist sie vielmehr ohne Weiteres zulässig.

8. Beispielfälle

8.1 Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers

Eine Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers *beeinträchtigt* den Vertragserben, da dadurch *in seine Rechtsmacht eingegriffen* wird (§§ 2211 ff. BGB).³⁴ Es kann sein, dass der erbvertraglich gebundene Erblasser die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers mit ei-

ner Erweiterung seiner Befugnisse verbindet. Doch auch hier ist zunächst davon auszugehen, dass die Beeinträchtigung lediglich durch die *Erweiterung der Befugnisse* erfolgt, nicht aber durch die *Bestimmung des neuen Testamentsvollstreckers*. § 2208 Abs. 1 BGB geht von der eigenständigen Möglichkeit des Erblassers aus, die Rechte des Testamentsvollstreckers auch abweichend von den §§ 2203–2206 BGB zu bestimmen. Es handelt sich damit um eine eigenständige Erblasseranordnung, die von der Benennung einer Person eines Testamentsvollstreckers zu unterscheiden ist. Erweist sich die Anordnung der Erweiterung der Rechte des Testamentsvollstreckers wegen der unzulässigen Beeinträchtigung eines Vertragserben gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB als unwirksam, so handelt es sich daher um eine *teilweise Unwirksamkeit des Testaments*. Die Wirksamkeit der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers ist damit nach § 2085 BGB zu beurteilen, im Zweifel bleibt sie damit aufrechterhalten, es sei denn, dass anzunehmen ist, dass der Erblasser sie ohne die unwirksame Erweiterung der Rechte nicht getroffen hätte. Auch wenn man im Einzelfall aufgrund der sprachlichen Einheit beider Änderungen eine einheitliche Verfügung annehmen würde, so müsste man von einer *Teilbarkeit* ausgehen, sodass nach hM die *Auslegungsregel des § 2085 BGB zumindest entsprechend anwendbar* wäre.³⁵ Eine völlig andere Frage ist allerdings, ob der neu bestimmte Testamentsvollstrecker bereit ist, nach dem Erbfall das Amt auch ohne die Erweiterung seiner Rechte anzunehmen.

8.2 Erhöhung der Testamentsvollstreckervergütung

Es fragt sich, ob, wie vom OLG Schleswig³⁶ angenommen, die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers den Erben bereits dann iSd § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB beeinträchtigt, wenn der neu eingesetzte Testamentsvollstrecker im Gegensatz zum ursprünglich Bestimmten eine *Vergütung* erhalten soll. Entgegen der vom BGH obiter dictum geäußerten Meinung³⁷ stellt die *nachträgliche Anordnung einer Vergütungspflicht eine rechtliche Beeinträchtigung des Vertragserben* iSd § 2289 Abs. 1 BGB dar. Die Erben sind gesamtschuldnerisch zur Erfüllung des Vergütungsanspruchs verpflichtet. Die Neuregelung führt damit zu einer rechtlichen Belastung des Nachlasses, vergleichbar mit einer nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unzulässigen nachträglichen Anordnung eines Vermächtnisses.³⁸ Es handelt sich dabei auch nicht um eine rein wirtschaftliche Beeinträchtigung, wobei sich ohnehin die Frage stellt, inwieweit eine rein wirtschaftliche Beeinträchtigung ohne eine rechtliche denkbar ist.³⁹ Praktisch ist ein solcher Fall schwer vorstellbar, da Wertveränderungen in der Zuordnung von Nachlassvermögen stets

29 BGH (Fn. 6), BGHZ 26, 204 (214); ZEV 2011, 306 (309); KG (Fn. 6), ZEV 2010, 40; OLG Düsseldorf v. 17.6.1994 – 3 Wx 218/94, ZEV 1994, 302; OLG Hamm v. 6.11.2000 – 15 W 188/00, ZEV 2001, 271 (272).

30 Zimmermann in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 2198 Rn. 2.

31 Zimmermann (Fn. 30), § 2225 Rn. 1.

32 Zimmermann (Fn. 30), § 2225 Rn. 8.

33 So auch Muscheler/Metzler DNotZ 2011, 779 (784); Kanzleiter (Fn. 4), § 2289 Rn. 10.

34 RGZ 139, 41; BGH (Fn. 3), NJW 1962, 912; OLG Hamm v. 18.9.1995 – 15 W 248/95, MittBayNot 1996, 44 mAnm Reimann; OLG München v. 3.6.2008 – 34 Wx 29/08, ZEV 2008, 340 (341); J. Mayer/Röhl (Fn. 23), § 2289 Rn. 38.

35 Leipold in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 2085 Rn. 10; BGH (Fn. 3), NJW 1962, 912.

36 OLG Schleswig (Fn. 8), ZEV 2020 158.

37 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

38 OLG Schleswig (Fn. 8), ZEV 2020, 158 (160).

39 Knittel ZEV 2020, 162.

auch im Zusammenhang mit der Einräumung, Erweiterung, Reduzierung oder Aufgabe von Rechten bzw. Verpflichtungen zu sehen sind.⁴⁰

Allerdings ist hiervon die *Benennung des neuen Testamentsvollstreckers* zu unterscheiden. Der Testamentsvollstrecker kann gem. § 2221 BGB eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Das Gesetz sieht folglich die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers als eigenständige Anordnung des Erblassers an. Durch diese Anordnung allein werden aber die Erbenrechte nicht eingeschränkt oder sonst beeinträchtigt.⁴¹ Die Anordnung der Testamentsvollstreckung wird durch die isolierte Aufrechterhaltung des Personenwechsels ohne die Vergütung nicht unbedingt sinnlos. Dem neuen Testamentsvollstrecker gelingt es uU nämlich, mit den Erben eine Vergütungsvereinbarung zu schließen, sodass er doch bereit ist, das Amt anzunehmen.⁴²

8.3 Ernennung zusätzlicher Testamentsvollstrecker

Jedoch dürfte dann eine *Beeinträchtigung* vorliegen, wenn der Kreis der Testamentsvollstrecker *nachträglich erweitert* wird. Die angemessene Gebühr für die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nach § 2221 BGB lässt sich weder durch eine Teilung noch eine Vervielfältigung des Regelsatzes nach der Zahl der bestellten Testamentsvollstrecker ermitteln. Die Gebühr eines jeden Testamentsvollstreckers ist vielmehr *funktionsbezogen unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Aufgaben* festzulegen.⁴³ Da die Bestellung mehrerer Testamentsvollstrecker damit zwangsläufig zu *höheren Gesamtkosten für den Nachlass* führen wird,⁴⁴ dürfte eine erbvertragliche Bindung dem entgegenstehen.⁴⁵ Anders ist dies allerdings, wenn sich aus der Auslegung des Erblasserwillens etwas anderes ergibt, was im Rahmen eines stillschweigenden Änderungsvorbehalts bei unerheblichen Mehrkosten für den Nachlass gegeben sein kann.⁴⁶ Gleiches dürfte anzunehmen sein, falls nach der ursprünglichen Regelung eine Ernennung der Testamentsvollstrecker nach den §§ 2198 ff. BGB durch Dritte oder das Nachlassgericht erlaubt war, da ohne nähere Vorgaben des Erblassers danach auch die Berufung mehrerer Personen möglich und damit vom Erblasserwillen gedeckt ist.⁴⁷

8.4 Sonderfall: Der Erbe als Mitvollstrecker

Der Erblasser kann gem. § 2224 BGB mehrere Testamentsvollstrecker berufen. Da ein Alleinerbe sich nicht selbst beschränken kann, kann er zwar grds. nicht zum alleinigen Testamentsvollstrecker bestimmt werden.⁴⁸ Möglich

ist aber eine Ernennung zum Mitvollstrecker, da dann eine Beschränkung seiner Rechtsstellung als Alleinerbe gegeben ist, weil er bei der Verwaltung des Nachlasses und der Verfügung über Nachlassgegenstände auf die Mitwirkung des anderen Mitvollstreckers angewiesen ist.⁴⁹ Zu Recht hat der BGH *keine Beeinträchtigung der Erbenstellung in der Auswechslung der Mitvollstrecker* gesehen, da seine Testamentsvollstreckerstellung davon unberührt blieb.⁵⁰ Anders ist dies, wenn der *Erbe selbst als Testamentsvollstrecker durch eine andere Person ersetzt* wird. Allerdings kann für die Beurteilung, ob eine Beeinträchtigung vorliegt, nicht auf den Verlust des Testamentsvollstreckeramts abgestellt werden, da dieses ja gem. §§ 2270 Abs. 3, 2278 BGB gerade nicht bindend ausgestaltet werden kann. Die *Beeinträchtigung seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass*, die ihm durch die Testamentsvollstreckung auferlegt worden ist, wird aber größer, wenn er nicht mehr im Gremium der Testamentsvollstrecker mitbestimmen darf. Auch wenn der gebundene Erblasser die *Zahl der Testamentsvollstrecker erhöht und gleichzeitig eine Erhöhung der Gesamtvergütung ausdrücklich ausschließt*, liegt darin eine unzulässige Beeinträchtigung, denn der Einfluss des Miterbentestamentsvollstreckers schwindet in diesem Fall. Eine Gegen Ausnahme ist aber wiederum dann gegeben, wenn der Erblasser trotz zusätzlicher Testamentsvollstrecker ausdrücklich das Stimmgewicht des Erben unberührt lässt.

8.5 Persönliche Nähe zum Erben

Das KG hatte eine messbare Beeinträchtigung des Vertragserben angenommen, falls beim neuen Testamentsvollstrecker im Gegensatz zum bisher Bestellten die persönliche familiäre Nähebeziehung zum Erben fehle.⁵¹ Derartige persönliche Beziehungen lassen sich jedoch nicht als Beeinträchtigung von Rechten in rechtliche Kategorien des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB fassen, sodass der BGH diese Sichtweise zu Recht abgelehnt hat.⁵² Anders kann dies aber sein, wenn bei einer *Dauertestamentsvollstreckung* gem. § 2209 BGB deren Dauer ausnahmsweise nicht an die Lebenszeit des Erben, sondern die des Testamentsvollstreckers gekoppelt sein soll und ein jüngerer Testamentsvollstrecker bestimmt wird. Es liegt auf der Hand, dass die *längere Dauer* auch eine *stärkere Beschränkung der Erbenrechte* zur Folge hat.

9. Kautelarjuristische Folgerungen

Da der BGH offensichtlich die Zulässigkeit der Veränderung der Person des Testamentsvollstreckers nach der Auslegung des ursprünglichen Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments beurteilt, besteht eine gewisse *Rechtsunsicherheit*.⁵³ Aufgrund einer möglichen Bindungswirkung des in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag eingesetzten Testamentsvollstreckers könnte Anlass bestehen,

40 Knittel ZEV 2020, 162.

41 Tamoj ErbR 2020, 584 (585); Weidlich MittBayNot 2020, 599 (601).

42 Tamoj ErbR 2020, 584 (585).

43 Weidlich MittBayNot 2011, 453 (457).

44 Reimann DStR 2002, 2008; OLG Karlsruhe v. 21.12.2000 – 9 U 203/99, ZEV 2001, 286 (287).

45 Reimann (Fn. 23), 319 (326).

46 Weidlich MittBayNot 2011, 453 (457).

47 Weidlich MittBayNot 2011, 453 (457).

48 Weidlich MittBayNot 201, 453 (457); zu Ausnahmen s. BGH v. 26.1.2005 – IV ZR 296/03, ZEV 2005, 204.

49 Zimmermann (Fn. 30), § 2197 Rn. 11.

50 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

51 KG v. 2.2.1977 – 1 W 3453/76, FamRZ 1977, 485; (Fn. 6), ZEV 2010, 40.

52 BGH (Fn. 6), ZEV 2011, 306 (309).

53 Weidlich MittBayNot 2011, 453 (458).

uU die Befugnis der Auswechslung eines Testamentsvollstreckers ausdrücklich zu gestatten oder den Personenkreis möglicher Testamentsvollstrecker einzuschränken. Dies ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da die Einschränkung der Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers nach der hier geäußerten Interpretation der Rechtsprechungsansicht nicht von der Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB erfasst sein kann (s.o. 6.2). Die Bindungswirkung kann auf der Grundlage der hiesigen Auslegung der Auffassung des BGH nur so ausgestaltet werden, dass eine Beschränkung der Rechtsstellung des Vertragserben nur insofern möglich ist, als er gerade und nur durch diesen Testamentsvollstrecker beschränkt werden darf. Im Falle einer unzulässigen, davon nicht gedeckten Auswechslung der Person der Testamentsvollstrecker würde die Testamentsvollstreckung dann völlig wegfallen oder ein Ersatztestamentsvollstrecker zum Zuge kommen. Nach hier vertretener Auffassung wäre eine gewisse Bindung nur dadurch zu erreichen, dass die *Testamentsvollstreckung selbst auflösend bedingt*⁵⁴ durch die Benennung einer anderen Person zum Testamentsvollstrecker angeordnet würde. Um diese Einschränkung sicher zu gestalten, könnte folgendermaßen formuliert werden:

Dem überlebenden Ehegatten ist eine Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers nur gestattet, soweit es sich um einen gemeinsamen Abkömmling handelt. Sollte der überlebende Ehegatte eine andere Person zum Testamentsvollstrecker be-

⁵⁴ Reimann (Fn. 23), 319 (329).

nennen, so fällt die Testamentsvollstreckung gänzlich weg. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist durch eine solche abweichende Anordnung auflösend bedingt.

Hinweis: Bei Vorliegen eines bindenden Erbvertrags oder eines wechselbezüglich bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments sollte, falls man die Änderung der Person des Testamentsvollstreckers beabsichtigt, auf eine Beteiligung der Schlusserben hingewirkt werden, um eine Nichtigkeitsfolge nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB sicher zu vermeiden. Es handelt sich dabei gegenüber dem Erblasser um einen teilweisen Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB, der gem. §§ 2352 S. 3, 2348 BGB zu beurkunden ist.⁵⁵

10. Fazit

Der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers beeinträchtigt grds. nicht die Rechtsposition eines bindend eingesetzten Vertragserben. Anders kann dies nur sein, wenn die Auswechslung untrennbar mit einer sonstigen Anordnung verbunden wird, die seine Rechtsstellung schmälert. Der Fortbestand der Testamentsvollstreckung selbst kann aber durch einen Bedingungs Zusammenhang an die Benennung einer bestimmten Person als Testamentsvollstrecker geknüpft werden.

⁵⁵ Wegerhoff in MüKoBGB, 8. Aufl., § 2352 Rn. 4; Weidlich (Fn. 2), § 2352 Rn. 2.

Insolvenzvermeidende Sanierungspflichten des Testamentsvollstreckers

Dr. Stephan Schmidl*

Muss der Testamentsvollstrecker sich nachhaltig um die Nachlasssanierung bemühen oder darf er, zB bei Liquiditätsproblemen, einfach „die Flinte ins Korn werfen“ und die Nachlassinsolvenz beantragen? Gibt es insolvenzvermeidende Sanierungspflichten des Testamentsvollstreckers und wenn ja, welche Maßstäbe wären zu beachten? Auf diese Fragen will der Beitrag Antworten geben, wobei er von einer Abwicklungs- oder Dauervollstreckung für den gesamten Nachlass ausgeht.

1. Einführung

Rechtsprechung und Schrifttum schweigen zu den eingangs genannten Fragen.¹ Daher soll mit Grundsatzurteilen des RG und des BGH begonnen werden, insbesondere zur Frage, *wem § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB dient*: dem aus der Ver-

gangenheit kommenden mutmaßlichen Erblasserwillen oder dem aktuellen objektiven Nachlassinteresse.

2. Rechtsprechung, Gesetz und der falsche Weg der HM bei § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB

Bereits das RG hatte im Jahr 1930 festgestellt, dass der Testamentsvollstrecker „stets im Interesse des Nachlasses zu handeln“ hat und hierbei zu „besonderer Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt verpflichtet“ ist.² Seit einem Grundsatzurteil des BGH aus dem Jahr 1957³ muss der Testamentsvollstrecker sein Verwaltungshandeln auch gegen den Willen des Erben am objektiven Nachlassinteresse ausrichten, es sei denn, es gibt *Vorgaben des Erblassers* nach § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB. Und diese stehen wiederum unter dem Vorbehalt der fehlenden Nachlassgefährdung, die der Testamentsvollstrecker ggf. mittels eines Antrags nach § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB und mit Hilfe des Gerichts beseitigen muss.⁴ Maßstab für das Vorliegen einer Nachlassgefährdung ist dabei ebenfalls und allein das objekti-

* Der Autor ist RA sowie zertifizierter Testamentsvollstrecker in Traunstein.

¹ Eine juris-Abfrage v. 8.10.2020 zu „Testamentsvollstrecker – Sanierung“ und „Testamentsvollstrecker – Sanierungspflichten“ ergab keine unmittelbar einschlägige Rechtsprechung oder Literatur.

² RG v. 20.10.1930 – VI 763/29, RGZ 130, 131 (135 f.).

³ BGH v. 2.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, NJW 1957, 1916.

⁴ BayObLG v. 30.9.1999 – 1Z BR 142/98, ZEV 1999, 485.