DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Erbrecht unter
Mitwirkung des Ausschusses Anwaltsnotariat

zur Frage des Bedürfnisses, in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung treffen zu können

(BMJV-Aktenzeichen: I A 1 – 3480- 12 460/2015)

Stellungnahme Nr.: 51/2015 Berlin, im September 2015

Mitglieder des Ausschusses Erbrecht:

- RA Prof. Dr. Andreas Frieser, Bonn (Vorsitzender, Berichterstatter)
- RA Dr. Christian von Oertzen, Frankfurt
- RA Dr. Stephan Scherer, Mannheim
- RAin Dr. Anna Katharina Gollan, LL.M., Berlin
- RAin Dr. Stephanie Herzog, Würselen (Berichterstatterin)
- RA Dr. Daniel Lehmann, München
- RA Richard Lindner, Karlsruhe (Berichterstatter)
- RA Dr. Hubertus Rohlfing, Hamm (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

- RAin Christine Martin

Mitwirkende des Ausschusses Anwaltsnotariat

- RAuN Günter Schmaler, Emden (Vorsitzender)
- RAuN Kay-Thomas Pohl, Berlin

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

- RAin Tanja Brexl

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 (0)30 726152-0
Fax: +49 (0)30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de
www.anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltkammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Deutscher Notarverein e. V.
- Deutscher Richterbund e. V.
- Deutscher Steuerberaterverband e.V.
- Deutsches Forum für Erbrecht e.V.
- Deutscher Juristinnenbund e.V.
- Verband Deutscher Anwaltsnotare e.V.
- ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Europäische Kommission, Vertretung in Deutschland
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften und des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
- Ausschuss Erbrecht im Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der AG Erbrecht im Deutschen Anwaltverein
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktionen der Zeitschriften AnwBl, BWNotZ, DNotZ, ErbR, FamRZ, FF, Juris, Juve, MittBayNot, NJW, NotBZ, RNotZ, Rpfleger, ZEV, ZErb
- Bundesgerichtshof, Bibliothek

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der DAV ist der Auffassung, dass die Erweiterung der Möglichkeit, bindende Verfügungen von Todes wegen zu errichten, noch weiterer Prüfung bedarf. In die Prüfung sollte die Frage nach weiteren änderungsbedürftigen Regelungen des materiellen Erbrechts einbezogen werden. Eine punktuelle Fragestellung herauszugreifen, erscheint dem DAV nicht geboten.

I. Fragen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat den DAV mit Schreiben vom 21. Mai 2015 um Stellungnahme zu der Frage gebeten, ob es ein Regelungsbedürfnis gebe, in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung zu treffen. Hintergrund dieser Anfrage ist eine Anregung des Deutschen Notarvereins im Rahmen der Diskussion des (damaligen) Entwurfs eines *Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften* (Gesetz v. 29. Juni 2015, BGBl Teil I 2015 Nr. 26 03.07.2015 S. 1042, siehe dazu DAV-Stellungnahme Nr. 32/2014). Das BMJV bat, folgende Fragen zu beantworten:

1. *Besteht in der Praxis ein Bedürfnis, in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung zu treffen?*

2. *Welche Vor- und Nachteile hätte eine gesetzliche Regelung, die den Vertragspartnern eines Erbvertrags bzw. den Testatoren eines gemeinschaftlichen Testaments diese Möglichkeit eröffnet?*

II. Antworten des Deutschen Anwaltvereins

1. Gegen die Ausweitung spricht:

1.1. Die Ausweitung steht der Tendenz **im europäischen Rechtsraum** entgegen, widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden.

Das römische Recht verwarf Verträge über das Erbrecht, weil ihm die vertragliche Beschränkung der Testierfreiheit als eine unzulässige und unsittliche Bindung in einer Angelegenheit persönlicher Entschließungsfreiheit erschien. Dieser Tradition folgend, sind Erbverträge in fast allen europäischen Staaten bis heute weitgehend unzulässig, vergleiche Staudinger-Kanzleiter, Vorbemerkung zu §§ 2274 ff., Rn. 1, Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rn. 247 mit Verweis auf Rn. 276 ff. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches entschied sich dafür, den Erbvertrag in das Gesetz aufzunehmen und ihn nicht nur Ehegatten vorzubehalten, sondern den Kreis der Vertragsschließenden nicht zu beschränken, vergleiche Ebenroth, Rn. 247, Staudinger-Kanzleiter, aaO.

In mehreren europäischen Rechtsordnungen, insbesondere des romanischen Rechtskreises, wird die Bindungswirkung von Verfügungen von Todes wegen nicht anerkannt. Es besteht die Gefahr, dass die vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügungen von Todes wegen als nichtig angesehen werden, so beispielsweise in Frankreich.

1.2. **Der deutsche Gesetzgeber** hat die Zulässigkeit von vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügungen beschränkt auf die Erbeinsetzung, das Vermächtnis und die Auflage, mit Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung auch auf die Rechtswahl, §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB. Die Bindungswirkung von Verfügungen bezieht sich aber nur auf solche mit Zuwendungscharakter, nicht aber auf sonstige Verfügungen, die zu einer Beschränkung des Erben führen, wie z.B. die Testamentsvollstreckung, das Auseinandersetzungsverbot oder die Teilungsanordnung. Die Einbeziehung der Rechtswahl war geboten, um durch die Wahl des deutschen Erbrechts die Bindungswirkung vertragsmäßiger Verfügungen zu erhalten.

Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches hat es ausdrücklich abgelehnt, die Bindungswirkung auf die Bestimmung des Testamentsvollstreckers zu

erstrecken mit der Begründung, „*dass dem Vollstrecker eine Vertrauensstellung eingeräumt werden soll, in Ansehung deren wegen des möglichen Wechsels der Verhältnisse und der Gesinnung des Ernennenden der Widerruf jederzeit offen bleiben muss*“ (Protokolle V, Seite 334).

Der Vorschlag des Deutschen Notarvereins bezieht sich darauf, „*bindende Anordnungen zu einer Testamentsvollstreckung*“ zu treffen. Der Begriff der Testamentsvollstreckung selbst ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd. Das Gesetz spricht stets von dem „*Testamentsvollstrecker*“. Es wäre ein Systembruch, nunmehr die Testamentsvollstreckung als solche in das Gesetz aufzunehmen. Ob dieser „Bruch“ erforderlich bzw. wünschenswert ist, bedarf intensiver Abwägung. Zu erörtern wäre überdies, ob sich die Bindungswirkung beziehen soll auf die Testamentsvollstreckung als solche oder auf die Person des Testamentsvollstreckers. Bei einer bindenden Anordnung auch der Person müssten dem Gebundenen wohl auch stets die Ernennungsrechte entzogen werden.

Eine zwingende Notwendigkeit, eine Testamentsvollstreckung mit Bindungswirkung anzuordnen, ist nicht ersichtlich.

Das vom Deutschen Notarverein angeführte Beispiel 2 trägt die Notwendigkeit nicht. Vielfach ist es überhaupt nicht möglich, dass ein Unternehmen durch einen Testamentsvollstrecker fortgeführt werden darf, so beispielsweise im Bereich des Personengesellschaftsrechts. Sofern die Testierenden anschließend ihren Wohnsitz nach Frankreich verlegen, führt dies dazu, dass das französische Erbrecht als das Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt anzuwenden ist, dass eine derartige Bindungswirkung geradezu als nichtig ansehen würde. Diesem Ergebnis könnte nur durch eine Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechts bei Fortbestand der deutschen Staatsangehörigkeit abgeholfen werden.

Die im Beispiel 1 betonte Sicherheit bei der Fortdauer der Testamentsvollstreckung kann derzeit schon dadurch herbeigeführt werden, dass ein Bedingungszusammenhang zwischen der Anordnung der Testamentsvollstreckung und sonstigen Zuwendungen, beispielsweise einer Erbeinsetzung, herbeigeführt wird.

2. Für die vorgeschlagene Ausweitung spricht allerdings:

Die nicht in § 2270 Abs. 3 BGB genannten Verfügungen können frei widerrufen werden, auch wenn sie in einem gemeinschaftlichen Testament angeordnet werden und die Testierenden eine Bindung ausdrücklich wünschen. Sie können (sogar) vom längerlebenden Ehepartner nachträglich getroffen werden, soweit keine inhaltliche Beeinträchtigung entsprechend der Regelung in § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt (BGHZ 82, 274). Weitere Konsequenz der fehlenden Aufnahme in den Katalog des § 2270 Abs. 3 BGB ist, dass die Anordnung der Testamentsvollstreckung durch Nichtigkeit oder den Widerruf einer von ihr abhängigen Anordnung nicht berührt wird. Umgekehrt kann der überlebende Ehegatte die von ihm (nicht vom erstverstorbenen Ehepartner) getroffene Anordnung einer Testamentsvollstreckung widerrufen, auch den Testamentsvollstrecker auswechseln.

Aus den Entscheidungen des BGH in NJW 2011, 1733 und ZEV 2013, 36 ergeben sich ebenfalls keine Hinweise für eine Vertragsmäßigkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst. Nur soweit die Testamentsvollstreckung eine vertragsmäßige Verfügung zugunsten des Vertragserben absichern soll, kann ihre Beschränkung oder ihr Wegfall dessen Stellung nachteilig i.S.d. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB verändern.

Die oben geschilderte Differenzierung (bindende Verfügung mit Zuwendungscharakter und nicht bindende ohne diesen Charakter) ist nicht nachvollziehbar. Das Interesse des erstversterbenden Ehepartners, sein Vermögen nur im Zusammenhang mit einer Testamentsvollstreckung auf die gemeinsamen Kinder als Schlusserben übergehen zu lassen, kann ebenso gewichtig sein wie die Bindung an ein (wirtschaftlich und inhaltlich möglicherweise unbedeutendes) Vermächtnis. Der Ehegatte kann, fehlt die Möglichkeit der Bindung, nicht sicherstellen, dass er gem. § 2271 Abs. 1 BGB vom Widerruf der betreffenden Anordnung durch den anderen erfährt; er kann nicht entsprechend disponieren.

Für die Erweiterung des Katalogs in § 2270 Abs. 3 BGB (dann aber möglicherweise auch auf Teilungsanordnungen) spricht die Überlegung, dass die Eheleute sich bei ihren gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen häufig von einem „Gesamtplan“ leiten lassen und nicht einzusehen ist, dass einzelne Bestandteile dieses Plans, mögen sie auch wirtschaftlich von hoher Bedeutung sein, widerruflich sein sollen, andere nicht. Davon unbenommen ist selbstverständlich wie bisher für jede einzelne

Verfügung selbständig festzulegen, ob sie vertragsmäßig bzw. wechselbezüglich und damit bindend sein soll oder nicht. Es bliebe dem Erblasser also die gestalterische Freiheit, die Anordnung der Testamentsvollstreckung und / oder die Bestellung einer bestimmten Person als Testamentsvollstrecker der Bindungswirkung zu unterwerfen oder nicht. Hiervon müsste er dann aber auch – wie grundsätzlich bei jeder Verfügung mit Bindungswirkung – möglichst bewusst Gebrauch machen.

Im Falle des Erbvertrages mag es genügen, in § 2278 Abs. 2 BGB das Tatbestandsmerkmal „*die Bestimmung des Testamentsvollstreckers*“ oder „*die Anordnung der Testamentsvollstreckung*“ aufzunehmen, wobei noch zu erörtern wäre, ob die vertragsmäßige Anordnung der Testamentsvollstreckung im Erbvertrag als einzige vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen im Erbvertrag ausreicht.

Im Falle eines gemeinschaftlichen Testamentes unterliegen der Bindungswirkung nur wechselbezügliche Verfügungen. Es werden daher zumindest zwei Verfügungen von Todes wegen benötigt, die in dem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zueinander stehen, von denen die eine die Bestimmung des Testamentsvollstreckers ist. Es wäre noch zu erörtern, mit welchen wechselbezüglichen Verfügungen, die allesamt Zuwendungscharakter haben, die Bestimmung des Testamentsvollstreckers oder die Anordnung der Testamentsvollstreckung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen kann.

Auch die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB müsste gegebenenfalls angepasst werden, die sich bislang nur auf die wechselbezüglichen Verfügungen mit Zuwendungscharakter bezieht.

3. Fazit

Die Ausweitung des Katalogs in § 2270 Abs. 3 BGB bedarf also der intensiven Diskussion. Diese sollte eingebunden werden in einen Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis über weitere änderungsbedürftige Regelungen des materiellen Erbrechts. Auch wenn gerade für das Erbrecht das Gebot gilt, auf Änderungen möglichst zu verzichten, haben Erwägungen in der Vergangenheit gezeigt, dass Änderungsbedarf gesehen und diskutiert werden muss. Eine punktuelle Fragestellung herauszugreifen, erscheint dem DAV nicht geboten.