

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

**Ulrich Wilke**

# **Willensherrschaft und Nachlassbindung**

Band 20



Wolfgang Metzner Verlag

Band 20

---

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

**Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht**

Herausgegeben von  
Professor Dr. Anatol Dutta  
Professor Dr. Tobias Helms  
Professor Dr. Martin Löhnig  
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der  
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht  
und Staatsangehörigkeitsrecht.  
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

---

Ulrich Wilke

# Willensherrschaft und Nachlassbindung



Wolfgang Metzner Verlag

---

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2017

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-96117-008-1

ISSN 2191-284X

*Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

# Inhalt

Vorwort	5
Literaturverzeichnis	6
<b>§ 1 Einleitung</b>	<b>22</b>
A. Problemaufriss	22
B. Gegenstand der Arbeit	24
C. Methodische Herangehensweise	26
<b>§ 2 Rechtsinstitute zur Nachlassbindung</b>	<b>28</b>
A. Nacherbschaft, „fideikommissarische Substitution“	30
I. Begriff und Funktion	30
II. Ursprünge	31
1. Römisches Recht	32
2. Ausgestaltung im BGB	34
3. Das deutsch-rechtliche Familienfideikommiss	36
a. Ursprünge	37
b. Verbot der Familienfideikommiss	39
B. Testamentsvollstreckung, Verwaltungs-/Dauervollstreckung	41
I. Begriff und Funktion	41
II. Ursprünge	42
1. Grundlegende Entwicklungslinien	42
2. Insbesondere: Die Verwaltungs- oder Dauertestamentsvollstreckung	46
3. Fazit	49
III. Zeitliche Grenzen	51
1. § 2210 S. 1 BGB: Dreißig Jahre	51
2. Ausnahmen des § 2210 S. 2 BGB	52
3. Ausgestaltung durch die Rechtsprechung	53
C. Familienstiftung	56
I. Errichtung einer Familienstiftung	57
II. Begriff der Familienstiftung im Sinne der Erbersatzsteuer	59
III. Beschränkung der Perpetuierungsmöglichkeiten	60

1.	Auswirkungen des Fideikomissverbots	61
2.	Zeitliche Begrenzung	64
3.	Erbsatzsteuer als funktionale <i>rule against perpetuities</i> ?	65
a.	Funktionsweise der Erbsatzsteuer	65
b.	Wirkung der Erbsatzsteuer	66
<b>§ 3</b>	<b>Vergleichbare Rechtsinstitute anderer Rechtsordnungen</b>	<b>69</b>
A.	Frankreich	70
I.	Die <i>substitution fidéicommissaire</i>	72
1.	Historischer Überblick	72
2.	Gedankengut der Revolution von 1789	74
II.	Darstellung der einschlägigen Normkomplexe	77
1.	Verbot der <i>substitution</i> gemäß Art. 896 Cc a.F.	77
2.	Ausnahmen: <i>les substitutions permises</i>	78
3.	Art. 896 Cc n.F.	79
4.	Abgrenzung: <i>La fiducia</i>	82
B.	Der anglo-amerikanische Rechtskreis	82
I.	Geschichte des <i>trust</i>	84
II.	Funktionsweise des <i>trust</i>	86
III.	Grenzen des <i>trust</i> – die <i>rule against perpetuities</i>	87
1.	Funktionsweise	87
2.	Ausnahme: Zuwendungen an eine wohltätige Organisation	91
IV.	Entwicklungsrichtungen	91
1.	England	92
2.	United States of America	93
3.	Besteuerung des <i>trust</i> in den USA	95
a.	Federal Estate and Gift Tax	96
b.	Insbesondere: die „Generation-Skipping Transfer Tax“	96
<b>§ 4</b>	<b>Zwecke und Motive für Willens- und Vermögensperpetuierung</b>	<b>99</b>
A.	Rechtstatsächliche Umstände	99
B.	Perpetuierung des „Familienvermögens“	101
C.	Status- und Machtperpetuierung	103
D.	Analyse der Machtausübung durch den Erblasser	104
I.	Was ist Macht?	106
II.	Macht im Rahmen der <i>Luhmann</i> ’schen Systemtheorie	110
1.	Zur Einführung in die Systemtheorie	110
2.	Macht als symbolisch generalisiertes Kommunikationsmedium	112

III.	Machttheoretische Analyse der Nachlassbindung	114
1.	Die letztwillige Verfügung als Kommunikation	115
2.	Codierung transmortaler Macht	116
a.	Spezifika des Machtcodes in der Familie	116
b.	Transmortalität	118
c.	Machtausübung bei nachlassbindenden Anordnungen	120
(1)	Fideikommissarische Substitution, Vor- und Nacherbschaft, <i>trust</i>	120
(2)	Dauertestamentsvollstreckung	121
(3)	Machtausübung bei Errichtung einer Familienstiftung	122
3.	Durch die Nachlassbindung vermittelte politisierte Macht	123
4.	Bedeutung für die normative Begrenzung der Nachlassbindung	124
<b>§ 5</b>	<b>Rechtliche Rahmenbedingungen der Machtausübung</b>	<b>127</b>
A.	Rechtsvergleichende Zusammenführungen: Liberalisierung der Nachlassbindung	128
I.	Systematisierung	128
II.	Liberalisierung und Folgen	129
B.	Ordnungspolitische Erklärungsversuche	133
I.	Ökonomische Erklärungsversuche	134
II.	Familiaristische Erklärungsversuche	140
III.	Private Erbrechtssetzung	142
1.	Schaffung einer eigenen Nachfolgeregelung	142
2.	Verfügungen zugunsten gemeinnütziger und wohltätiger Zwecke	145
IV.	Ordnungspolitisches Instrumentarium: Die Erbschaftsteuer	146
1.	Struktur der Erbschaftsteuer	147
2.	Wirkung der Erbschaftsteuer	148
3.	Zweckmäßige und folgerichtige Ausgestaltung der Erbersatzsteuer	152
V.	Fazit	154
C.	Individualrechtlicher Ansatz	155
I.	Grundgesetzliche Rahmenbedingungen	157
1.	Individualgrundrecht	158
2.	Institutsgarantie	159



3.	Insbesondere: die Testierfreiheit	160
a.	Testierfreiheit und Familie	161
b.	Testierfreiheit und Eigentum	162
c.	Testierfreiheit und Persönlichkeitsentfaltung	164
	(1) Testierfreiheit auch als „funktionales Persönlichkeitsrecht“ (Goebel)	165
	(2) Testierfreiheit als „Privatautonomie von Todes wegen“ (Kroppenberg)	166
4.	Fazit	169
II.	Funktionsanalyse	171
1.	Verfassungsrechtlich gesicherte Teilhabe: das Pflichtteilsrecht	172
a.	Pflichtteilsrechtliche Implikationen bei Errichtung einer Stiftung	174
b.	Pflichtteilsrecht des beschränkten oder belasteten Erbens (§ 2306 BGB)	174
2.	Sittenwidrige Verfügungen	175
III.	Erklärungsmodell	179
1.	Zusammenführungen	179
2.	Materialisierungen	181
a.	Ausgangspunkt: Materialisierung im Vertragsrecht	183
b.	Kontextualisierung – Personalisierung – Typisierung	185
	(1) Transmortales Moment als Spezifikum der Nachlassbindung	186
	(2) Kontextualisierung im System Familie (= Personalisierung)	189
	(3) Typisierende Regeln der untersuchten Rechtsordnungen	192
3.	Fazit	194
a.	Regelungsvorschlag für die Dauertestamentsvollstreckung	196
b.	Abgrenzungen	198
	(1) Postmortaler Achtungsanspruch	198
	(2) Urheberrecht	199
	<b>§ 6 Zusammenfassung</b>	<b>202</b>
A.	Machtregulierende Grenzen der Nachlassbindung	202
B.	Wesentliche Ergebnisse	203
C.	Summary	208
D.	Sommaire	209

## § 1 Einleitung

### A. Problemaufriss

Die „Herrschaft aus dem Grabe“ ist zum Ausdruck für eine – häufig missbilligte – Machtausübung der Erblasser<sup>1</sup> über den Tod hinaus geworden. Sie beschreibt Situationen, in denen es den Testierenden möglich ist, durch die „Bindung“ des Vermögens Einfluss auf die Geschicke nachfolgender Generationen zu nehmen. Will der Erblasser seinem Willen über den Tod hinaus Geltung verschaffen, muss er Mittel und Wege finden, die Einflussnahme seiner Erben zu beschränken. In Frage kommen solche Rechtsinstitute, welche die Verfügungsbefugnis des Erben einschränken oder ausschließen (wie etwa bei der Vor- und Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung des deutschen Rechts), sowie Gestaltungen, bei denen den materiell Bedachten keine Positionen als Erben eingeräumt werden (so zum Beispiel bei der Errichtung einer inländischen Familienstiftung). Diese Einflussnahme wird häufig im Konflikt mit den Interessen der letztwillig bedachten Personen stehen, die an einem „ungebundenen“ Vermögen interessiert sind, über das sie die volle Verfügungsgewalt besitzen. Das Bürgerliche Gesetzbuch normiert – ebenso wie die rechtlichen Normen anderer Rechtsordnungen – zum Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen im Erbrecht zeitliche Grenzen, welche grundsätzlich die Bindung des Nachlasses beschränken. Daneben bestehen Möglichkeiten, außerhalb genuin erbrechtlicher Instrumente den Nachlass „ewig“ zu binden, etwa durch Errichtung einer inländischen Familienstiftung. Der gesamte Komplex der postmortalen Nachlassbindung gerät so in den Fokus. Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Individualisierung in der Betrachtung (rechtlicher) Beziehungen und der damit einhergehenden Betonung von Selbstbestimmung und -verwirklichung stellt sich die Frage, warum es einem Erblasser ermöglicht werden soll, sein Vermögen für die Dauer mehrerer Generationen an seinen Willen zu binden. Die Untersuchung der Rechtfertigung einer solchen Bindung erlaubt ebenso Rückschlüsse auf die Punkte, an denen die Nachlassbindung ihr rechtfertigendes Element verliert und beendet werden sollte.

Das primäre Problem wurde traditionell häufig in der durch den Willen des Erblassers erfolgenden Schaffung von Wirtschaftsgütern gesehen, die außerhalb des all-

---

<sup>1</sup> Auf geschlechtsneutrale Formulierungen wurde zur besseren Lesbarkeit verzichtet, es sind im Text jedoch stets beide Geschlechter gemeint.

gemeinen Wirtschaftsverkehrs stehen (sog. *res extra commercium*). Eine solche Befreiung von den allgemeinen Regeln des Wirtschaftsverkehrs stehe nicht im Einklang mit den Regeln der freien Marktwirtschaft und behindere den Handel.<sup>2</sup> Es wird sich allerdings zeigen, dass diese Sichtweise schon bei Aufkommen der ersten marktwirtschaftlichen Theorien nicht unbestritten war und mit der zunehmenden Mobilität von Vermögenswerten und der veränderten Zusammensetzung von Nachlässen weiter an Überzeugungskraft verloren hat. Daneben impliziert jedoch bereits der Begriff der „*Herrschaft* aus dem Grabe“, dass es sich bei der Nachlassbindung immer auch um eine bestimmte Form der Machtausübung handelt. Diese Machtausübung manifestiert sich zwar in der Bindung des Vermögens an den Willen des Erblassers, besteht aber auch davon losgelöst schon in der transmortal wirkenden Möglichkeit des Erblassers, über die folgenden Generationen bestimmen zu können. Nachlassbindung muss sich deshalb generell als eine zulässige Form der Machtausübung rechtfertigen lassen. Die leitende These dieser Arbeit wird daher sein, dass Nachlassbindung zweigliedrig verstanden werden muss. Zum einen bewirkt sie naturgemäß die Akkumulation von Vermögen in der Hand weniger und kann damit potentiell über eine volkswirtschaftliche und ordnungspolitische Relevanz verfügen. Zum anderen stellt Nachlassbindung eine Form der interpersonalen Machtausübung zwischen Erblasser und den nachfolgenden Generationen dar. Diese Vorstellung zieht sich durch die rechtshistorischen Grundlagen und findet sich in verschiedenen Rechtsordnungen gleichermaßen. Bereits die Entstehungsgeschichte der Institute, die eine Nachlassbindung erlauben, sowie die Diskussion um die Begrenzung der Nachlassbindung sind von Erwägungen geprägt, welche auch die Machtausübung des Erblassers beleuchten.

Stellt sich die postmortale Vermögensbindung als Machtpotential dar, ist zu untersuchen, ob und wie diese Macht rechtlich wirkt, wie ihr rechtlich zu begegnen ist bzw. wie das Machtgefälle zwischen Erblasser und Erben ausgeglichen werden kann. Dabei geraten auch die Erben als „Machtunterworfenen“ in den Blick. Die Frage hat eine verfassungsrechtliche Dimension, soweit die Nachlassbindung sich als ein Baustein in einem System aus Freiheitsgewährleistung und Freiheitsbeschränkungen darstellt. Die eigentliche Regulierung von Macht bleibt jedoch dem einfachen Recht vorbehalten. Die Nachlassbindung findet ihre Grenze dann dort, wo sich die Machtunterworfenheit der nachfolgenden Generation im Hinblick auf die Beziehung zwischen Erblasser und Erbe nicht mehr rechtfertigen lässt. Vor diesem Hintergrund lassen sich auch die Unterschiede zur Familienstiftung erklären, bei der die materiell Begünstigten von vornherein enterbt werden.

---

<sup>2</sup> *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, Livre V, Ch. IX, „les substitutions gênent le commerce“.

## B. Gegenstand der Arbeit

Die Diskussion um die Begrenzung der Nachlassbindung ist so alt wie deren Möglichkeit selbst. In der Sache geht es um den Ausgleich der Interessen zwischen Erblasser und Erben. Dabei spielt zunächst (vordergründig) das Interesse der Erbengeneration an der Nutzung, Teilhabe und eigenständigen Verwaltung des Nachlasses eine Rolle, die durch die Nachlassbindung (teilweise) eingeschränkt sein können. Gleichzeitig ist die Nachlassbindung Ausdruck eines über diese Interessen hinausgehenden Konflikts zwischen den Generationen, bei dem es um Fremd- und Selbstbestimmung geht und somit um Machtausübung seitens des Erblassers. Es ist das Anliegen dieser Arbeit, aufzuzeigen, wie diese Macht wirkt und wie unterschiedliche Rechtsordnungen mit ihr umgehen.

Dass Nachlassbindung auch eine Art „Bevormundung“ der nachfolgenden Generation sein kann, deutet sich bereits in Bezeichnungen wie der „Herrschaft aus dem Grabe“ an. Die umfassende rechtswissenschaftlich-fundierte Auseinandersetzung mit dieser Thematik ist bislang jedoch ausgeblieben, vielmehr wird der Begriff als „Schlagwort“ gebraucht.

Einzelne Monographien haben das Thema in der jüngeren Zeit indes ausschnittsweise beleuchtet. Zuletzt hat *Dutta* mit seiner Habilitationsschrift eine umfassende Arbeit zu den Funktionen des Erbrechts abgeliefert.<sup>3</sup> Er geht dabei von diesem Blickwinkel aus auch verschiedentlich auf die Nachlassbindung ein und zeigt eindrücklich die Wirkungen „privater Erbrechtssetzung“ auf. Dieser Aspekt beschreibt zutreffend die Gefahr, die von der Nachlassbindung auf die Gesamtgesellschaft und die Rechtsordnung ausgehen kann.<sup>4</sup> Eine explizite Auseinandersetzung mit dem Beziehungsgeflecht zwischen den Generationen und der Machtausübung des Erblassers zur Ausfüllung der verschiedenen Erbrechtsfunktionen fehlt hingegen.

Auf das interpersonale Beziehungsgeflecht zwischen Erblasser und Erben hat *Kroppenberg* mit ihrer Habilitationsschrift<sup>5</sup> ansatzweise einen Blick geworfen, wenn sie im Rahmen ihrer Idee von einer „Privatautonomie von Todes wegen“ leibzeitige (vertragliche) Erklärungsmodelle als nicht tauglich für das Erbrecht erklärt und stattdessen für eigenständige Erklärungsmodelle für das transmortale Geschehen plädiert.<sup>6</sup> Sie fokussiert damit die Transmortalität und die Asynchronizität des erbrechtlichen Erklärungsgeschehens. Eine weiter gehende Analyse der erbrechtlich vorzufindenden Beziehungen unter diesem Blickwinkel nimmt Sie jedoch nicht vor. Konkrete Schlussfolgerungen ihres Modells fehlen daher.

---

<sup>3</sup> *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014.

<sup>4</sup> Siehe zu diesem Aspekt unten, § 5 B. III.

<sup>5</sup> *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008.

<sup>6</sup> Siehe dazu unten, § 5 C. I. 3. c. (2).

Diese finden sich auch nicht bei *Sasse*, der die „Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser“ bereits 1997 untersucht hat, sich allerdings nicht auf die Erblasser-Erben-Beziehung stützt, sondern insbesondere die einzelnen Rechtsinstitute zur Nachlassbindung aufarbeitet und historisch nachzeichnet.<sup>7</sup> Auch *Gutmann*<sup>8</sup> und in der Folge *Blomberg*<sup>9</sup> liefern keine Analyse der Nachlassbindung anhand der zwischen den Generationen bestehenden Konflikte und Machtpotentialen. Beide Autoren haben zwar den Begriff des „Zwangs“ untersucht. *Gutmann* hat die Ergebnisse seiner abstrakten Analyse hierzu auch am Beispiel erbrechtlicher Potestativbedingungen erprobt. Diese bilden allerdings typischerweise nicht den Fall der Nachlassbindung ab, bei der die Verfügung für den Erben gerade *mit der Zeit* lästiger wird. Zwang und die diesem von *Gutmann* gegenübergestellte Freiwilligkeit sind zudem nur zwei extreme Pole eines Spektrums, das in verschiedenen zwischenmenschlichen Beziehungen vielfältige Facetten aufweist und in dem Macht in entsprechend vielfältiger Weise wirken kann. *Goebel*<sup>10</sup> hingegen beleuchtet zwar die subjektive Komponente des erbrechtlichen Geschehens beim Erblasser mit seiner Idee der Todesverarbeitung und Persönlichkeitsentfaltung.<sup>11</sup> Die Beziehung zur nachfolgenden Generation wird aber nicht in dem Sinne in den Blick genommen, in dem sie bei der Nachlassbindung von Interesse ist.

Vor diesem Hintergrund stellt diese Arbeit anknüpfend an die erwähnten Vorleistungen insbesondere eine Analyse der Machtbeziehungen, die bei der Nachlassbindung transmortal wirken, zur Verfügung. Ziel ist einerseits die Abgrenzung zwischen den gesamtwirtschaftlich bemerkbaren Auswirkungen dieser Macht und denen, die nur die Beziehung zwischen den individuellen Mitgliedern zweier Generationen betreffen. Andererseits soll auch im Rahmen historischer und rechtsvergleichender Analyse ein Gesamtbild der transmortal wirkenden Macht aufgezeigt, deren Legitimationsgrundlage dargestellt und insgesamt untersucht werden, wo das Recht regulierend eingreifen könnte, um eine Balance zwischen den Generationen zu finden. Die Arbeit kann dabei auf in der zivilrechtlichen Literatur vorhandene Ideen von „(Rechts-)Macht“ zurückgreifen, wird daneben aber auch rechtssoziologische Analysen vornehmen.

---

<sup>7</sup> *Sasse*, Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser, 1997.

<sup>8</sup> *Gutmann*, Freiheit als Rechtsbegriff, 2001.

<sup>9</sup> *Blomberg*, Freiheit und Bindung des Erblassers, 2011.

<sup>10</sup> *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, 2004.

<sup>11</sup> Näher unten, § 5 C. I. 3. c. (1).

## C. Methodische Herangehensweise

In der Betrachtung der Frage, inwieweit der Erblasser bestimmen kann, was nach seinem Tode mit seinem Vermögen passiert, sind neben den gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen auch die rechtshistorischen Grundlagen in den Blick zu nehmen. Zunächst werden daher bei der Darstellung verschiedener Rechtsinstitute Veränderungen im Recht mit den Änderungen der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen verknüpft und gleichbleibende Leitideen herausgearbeitet (§ 2). Diese Leitideen finden sich allein schon aufgrund der gemeinsamen oder ähnlichen Wurzeln auch in anderen Rechtsordnungen, jedoch mit unterschiedlicher Konnotation. Der Vergleich mit den entsprechenden Mechanismen ausländischer Rechtsordnungen anhand der traditionellen Methoden der Privatrechtsvergleichung<sup>12</sup> führt daher zu einer Fokussierung auf die wesentlichen Aspekte der Nachlassbindung (§ 3). Dabei soll für die Zwecke dieser Arbeit der Begriff der „Nachlassbindung“ als Oberbegriff für den Entzug der freien Verfügungsbefugnis über den Nachlass verstanden werden, der die Aspekte der Machtperpetuierung und (sekundär) der Vermögensbindung umfasst. „Perpetuierung“<sup>13</sup> hingegen bedeutet im Folgenden den einseitig verfügten Ausschluss dieser Verfügungsbefugnis und deren Wirkungen für eine längere Dauer über den Tod hinaus.

Die Regeln zur Ermöglichung und Begrenzung der Nachlassbindung werden in ihrer Tragweite nur verständlich, wenn der Grund für ihre Schaffung in den vorherrschenden Motiven der Erblasser sowie die Funktionsweise der Machtausübung innerhalb interpersonaler Beziehungen betrachtet werden. Dem intertemporalen und internationalen Vergleich folgt daher eine Beschreibung der Erblassermotive im historischen und aktuellen Kontext und der Nachlassbindung als Möglichkeit der Machtausübung im Rahmen einer Machttheorie (§ 4).

Darauf aufbauend können schließlich die rechtlichen Regeln zur Nachlassbindung daraufhin analysiert werden, ob und wie sie die tatsächliche Wirkung der Machtausübung durch den Erblasser reglementieren. Dabei können – anknüpfend an die gesamtgesellschaftliche und interpersonale Wirkung der Nachlassbindung – ordnungspolitisch und individualrechtlich motivierte Regeln identifiziert werden. Spätestens an diesem Punkt wird der wesentliche Unterschied zwischen erbrechtlichen Instituten und der Errichtung einer Familienstiftung deutlich, bei der eine direkte Machtbeziehung zwischen Erblasser und Erben nicht besteht. Hierbei kann die Abschöpfung bzw. Umverteilung des Nachlasses im Wege der Erbschaftbesteuerung an Bedeutung gewinnen. Die im Übrigen in den Vordergrund geratende Machtbeziehung zwischen Erblasser und Erben erfordert eine Analyse der grundrechtlichen

---

<sup>12</sup> Siehe *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 3.

<sup>13</sup> Von lat. *perpetuitas*, ununterbrochene Fortdauer.

Rahmenbedingungen und dabei insbesondere der Testierfreiheit. Letztlich führt der Fokus auf individuellen Rechten und die Individualisierung der Machtbeziehung dazu, dass – einem Leitgedanken des modernen Privatrechts folgend – auch erbrechtliche Beziehungen material „gerecht“ erscheinen sollten. Im Zusammenhang mit der Nachlassbindung sollte dies dazu führen, dass die Bedachten tatsächlich frei über die Annahme der Bindung entscheiden können und ihr nur solange unterliegen, wie sich die Machtausübung des Erblassers auf eine ausreichende Legitimationsgrundlage stützen kann. Die spezifisch erbrechtliche Problematik liegt hierbei in dem transmortalen Moment, das eine „Verhandlung“ über die Bindung nicht erlaubt. An deren Stelle treten vielmehr typisierende erbrechtliche Regeln, welche die Ausformung der Machtbeziehung zu Lebzeiten im Rahmen der einzelnen Familie berücksichtigen (§ 5).

## § 2 Rechtsinstitute zur Nachlassbindung

Einer näheren Darstellung bedürfen zunächst die Instrumente im deutschen Recht, mit denen eine Nachlassbindung erzielt werden kann, also derjenigen vom Recht zur Verfügung gestellten Institute, die es dem Erblasser erlauben, über den Zeitpunkt seines Todes hinaus bestimmte Gegebenheiten und (Vermögens-)Situationen zu perpetuieren. Die Institute ermöglichen es dem Erblasser, solche Einflüsse, welche die Durchsetzung seines Willens oder den Bestand seines Vermögens beeinträchtigen könnten, möglichst weitgehend auszuschließen.<sup>14</sup>

Im deutschen Erbrecht kommen insbesondere zwei Institute zur Perpetuierung von (Vermögens-)Interessen in Betracht: die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft (unten A.) und die Testamentsvollstreckung (unten B.). Häufig kommt auch eine Kombination dieser Anordnungen vor, um den Interessen des Erblassers Genüge zu tun und eine besonders starke Bindung an den Erblasserwillen zu erreichen.

Daneben existieren weitere Vorschriften, die im weitesten Sinne mit der Möglichkeit der Willens- oder Vermögensperpetuierung zusammenhängen. Es handelt sich dabei um den Ausschluss der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft (§ 2044 Abs. 2 BGB)<sup>15</sup> und das aufgeschobene Vermächtnis (§§ 2162 f. BGB)<sup>16</sup>. Einen solch umfangreichen Effekt wie die Einsetzung eines Nacherben oder die (dauerhafte) Anordnung von Testamentsvollstreckung auf die Stellung des (Vor-)Erben

---

<sup>14</sup> Siehe etwa *Grunsky*, in: MünchKommBGB, § 2100 Rn. 3; *W. Zimmermann*, in: MünchKommBGB, vor § § 2197 ff. Rn. 2; *Leipold*, ErbR Rn. 668 sowie 789; *Muscheler*, ErbR II Rn. 2476 sowie 2701; *M. Schmidt*, in: Erman, § 2109 Rn. 1.

<sup>15</sup> Gemäß § 2044 Abs. 2 BGB bestehen auch bei der Anordnung eines Auseinandersetzungsverbots einer Erbengemeinschaft die von der Testamentsvollstreckung und der Vor- und Nacherbschaft bekannten zeitlichen Grenzen. Danach besteht grundsätzlich eine dreißigjährige Grenze (§ 2044 Abs. 2 S. 1 BGB), die aber wiederum in den Fällen, in denen an ein Ereignis in der Person eines Miterben angeknüpft wird oder bei gleichzeitiger Anordnung der Nacherbfolge oder eines Vermächtnisses durchbrochen wird (§ 2044 Abs. 2 S. 2 BGB). Ist eine juristische Person Miterbin, bewendet es bei der dreißigjährigen Frist (§ 2044 Abs. 2 S. 3 BGB). Das Verbot der Auseinandersetzung wirkt nur schuldrechtlich: Die Miterben können sich einstimmig darüber hinwegsetzen, ohne dass sie rechtliche Nachteile befürchten müssten (vgl. § 137 BGB, dazu BayObLG DNotZ 1983, 320, 324; *Schlüter*, in: Erman, § 2044 Rn. 2). Zudem ist auch ohne Verstoß gegen schuldrechtliche Bindungen eine Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 2044 Abs. 1 S. 2, 749 Abs. 2 BGB).

<sup>16</sup> Auch ein unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins ausgesetztes Vermächtnis wird ohne Rücksicht auf Eintritt des Termins nach dreißig Jahren unwirksam (§ 2162 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt, wenn der Bedachte noch nicht gezeugt ist oder noch nicht bestimmt werden kann (§ 2162 Abs. 2 BGB). Nach § 2163 Abs. 1 BGB bestehen die von der Anordnung der Nacherbschaft bekannten Rückausnahmen. Bei juristischen Personen, in denen das nach § 2163 Abs. 1 BGB relevante Ereignis eintreten soll, bleibt es wiederum bei den dreißig Jahren (§ 2163 Abs. 2 BGB).



haben diese Normen hingegen nicht.<sup>17</sup> Die hier interessierenden Fragen werden daher auch in geringerer Intensität tangiert, sodass die genannten Normkomplexe für die weitere Betrachtung außer Betracht gelassen werden können.

Funktional betrachtet<sup>18</sup> gehört auch die Möglichkeit der Errichtung einer Privat- oder Familienstiftung zu den Instrumenten der Nachlassbindung (unten C.). Ihrer Funktion nach ist sie ähnlich, aber nicht denselben Regeln unterworfen wie die erbrechtlichen Institute. Der wesentliche Unterschied zur erbrechtlichen Nachlassbindung besteht darin, dass hier keine natürliche Person, sondern die Stiftung als (Allein-)Erbe eingesetzt wird, mithin also eine umfassende Enterbung der Angehörigen stattfindet. Die durch die Familienstiftung Begünstigten stehen in keinem erbrechtlich vermittelten Verhältnis zum Erblasser, sondern sind Destinatäre der Stiftung. Auf diesen Unterschied wird im Hinblick auf die Machtstrukturen zurückzukommen sein.<sup>19</sup>

Daneben gibt es die Möglichkeit der „Unternehmensperpetuierung“, also den im Gesellschaftsrecht zu verortenden Versuch, durch gesellschaftsvertragliche Regelungen eine Weiterführung wirtschaftlicher Unternehmen im Interesse des Erblassers zu gestalten.<sup>20</sup> Durch die heute sehr häufig anzutreffende Bindung von Vermögen in „unsterblichen“ Kapitalgesellschaften ist das Vermögen freigestellt von erbrechtlichen Regelungen.<sup>21</sup> Bei stärker personalisierten Personen(handels-)gesellschaften sind neben den erbrechtlichen Fragen im Wesentlichen gesellschaftliche Regeln zu beachten, sodass die hier interessierenden erbrechtlichen Fragen in den Hintergrund treten.<sup>22</sup> Die Implikationen der Nachlassbindung bei im Nachlass

---

<sup>17</sup> Siehe *W. Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2210 Rn. 1.

<sup>18</sup> Schon in den Materialien ist die Rede davon, dass eine Testamentvollstreckung ohne zeitliche Schranke dem Erblasser erlauben würde, ohne Beachtung der landesgesetzlichen Bestimmungen eine (Familien-)Stiftung oder ein Familienfideikommiss zu errichten, siehe Prot. V, S. 308.

<sup>19</sup> Dazu im Detail unten, § 4 D. III. 2. c. (3).

<sup>20</sup> Siehe hierzu im Einzelnen grundlegend *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973; *Michalski*, Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, 1980.

<sup>21</sup> *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 99; *Papantoniou*, AcP 173, 385, 388. Vererblich sind hingegen die Gesellschaftsanteile an Kapitalgesellschaften (für die GmbH § 15 Abs. 1 GmbHG). Zwar kann die Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen als solche nicht ausgeschlossen werden, die Nachfolge in die Stellung als Gesellschafter kann jedoch beschränkt und ausgestaltet werden, was sich insbesondere in der GmbH gegen die „Überfremdung“ durch Erbfolge empfiehlt, siehe *Michalski*, Perpetuierung, S. 213 ff.

<sup>22</sup> Anteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer Personen(handels)gesellschaft sind grds. unvererblich und der Tod eines Gesellschafters führt zur Auflösung der Gesellschaft (§ 727 Abs. 1 BGB für die GbR) bzw. zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB für die oHG, über § 161 Abs. 2 HGB für den Komplementär einer KG), durch sogenannte gesellschaftsrechtliche „Nachfolgeklauseln“ (vgl. § 139 HGB) kann eine Vererblichkeit aber herbeigeführt werden, dazu im Überblick *Kipp/Coing*, ErbR, § 91 IV 8b; *Lange/Kuchinke*, ErbR, S. 127 ff. Detailliert *Michalski*, Perpetuierung, S. 151 ff.; *Reuter*, Perpetuierung, S. 316 ff. Maßgebliche Gestaltungen sind hier vor allem von der Überlegung geleitet, wie das Unternehmen vor Zersplitterung zu bewahren ist, die durch die Abfindung weichender Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten und die Zahlung

befindlichen Gesellschaftsanteilen sollen daher für diese Arbeit nicht betrachtet werden.<sup>23</sup>

## A. Nacherbschaft, „fideikommissarische Substitution“

### I. Begriff und Funktion

Die Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB), historisch als „fideikommissarische Substitution“ bezeichnet, ermöglicht es dem Erblasser, insbesondere im Rahmen eines gewillkürten „Familienerbrechts“, für eine gewisse Dauer die Erbfolge in seinen Nachlass festzulegen.<sup>24</sup> Das deutsche Recht ermöglicht dies dadurch, dass es die Anordnung der Nacherbschaft nicht auf eine bestimmte Anzahl von Nacherbfällen beschränkt.<sup>25</sup> Die Wirkung des Eintritts der Nacherbfolge (§ 2139 BGB) kann daher auch gestaffelt erfolgen, sodass ein Nacherbe zugleich Vorerbe für den zweiten Nacherben sein kann. Den Eintritt der Nacherbfolge knüpft das Gesetz zwar an den Tod des Vorerben (§ 2106 BGB), kann vom Erblasser jedoch auch an Fristen (im Rahmen des § 2109 BGB) oder Bedingungen geknüpft werden.<sup>26</sup>

Dem Vorerben ist grundsätzlich die volle Verfügungsfreiheit an den Nachlassgegenständen eingeräumt, Beschränkungen ergeben sich jedoch aus den §§ 2113 bis 2115 BGB (§ 2112 BGB). Diese Einschränkungen haben ihren Zweck darin, die Stellung des Nacherben nicht zu beeinträchtigen und verhindern eine wirtschaftliche Entwertung der Nacherbfolge, indem der Nachlass im Wesentlichen erhalten wird.<sup>27</sup> Weitgehend ist so auch eine gegenständliche Erhaltung der Nachlassgegenstände möglich. Darüber hinausgehende Beschränkungen der Verfügungsfreiheit kann der Erblasser wegen § 137 BGB nicht mit dinglicher Wirkung anordnen, er kann dem Vorerben jedoch die Verfügungsgewalt über den Nachlass durch die

---

der Erbschaftsteuer (siehe aber §§ 13a, 13b ErbStG) entsteht. Die rechtliche Beurteilung ist indes geprägt vom Gegeneinander des Erb- und Gesellschaftsrechts.

<sup>23</sup> Problematisch ist etwa die Testamentsvollstreckung über einen Gesellschaftsanteil. Die dauerhafte Fremdverwaltung scheitert nach h.M. an den Grundsätzen der handels- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsordnung. Zur Lösung werden sogenannte Treuhand- oder Vollmachtsmodelle vorgeschlagen. Zum Ganzen siehe etwa instruktiv *Bisley*, DStR 2013, 1037 ff.; *Kirchdörfer/Lorz*, Unternehmensnachfolge, Rn. 97 ff. Zur Dauertestamentsvollstreckung über einen Kommanditanteil BGHZ 108, 187.

<sup>24</sup> „Private Erbrechtssetzung“, siehe zu diesem Begriff im Detail *Dutta*, Warum Erbrecht?, S. 4 f., allerdings begrenzt *Dutta* den Begriff auf die *dauerhafte* Regelung der Vermögensweitergabe bei einer *unbestimmten* Anzahl von Erbfällen, siehe a.a.O. S. 3 – damit sind die Fälle der einfachen Nacherbfolge nicht erfasst; in der französischen Literatur findet sich für dieses Phänomen das Schlagwort des privatautonomen Schaffens eines „*ordre successif*“.

<sup>25</sup> Anders die romanischen Rechtsordnungen, siehe dazu noch unten bei Fn. 644.

<sup>26</sup> *Grunsky*, in: MünchKommBGB, § 2100 Rn. 14; *Muscheler*, ErbR II Rn. 2473.

<sup>27</sup> *Grunsky*, in: MünchKommBGB, § 2113 Rn. 1.

gleichzeitige Anordnung von Testamentsvollstreckung entziehen (§ 2211 Abs. 1 BGB).<sup>28</sup>

Die so skizzierte Stellung des nicht befreiten Vorerben wird von manchen als *Treuhänderstellung*<sup>29</sup>, anderenorts als *nießbrauchsähnlich*<sup>30</sup> beschrieben. Dies ist insoweit zutreffend, als dass der nicht befreite Vorerbe wie der Nießbraucher im Ergebnis weitestgehend auf die Nutzziehung beschränkt ist.<sup>31</sup> Zu beachten ist jedoch die Entscheidung des historischen Gesetzgebers, die noch im Entwurf vorhandene entsprechende Anwendung der Nießbrauchsvorschriften auf das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe nicht in das BGB zu übernehmen.<sup>32</sup> Mit dem Gedanken des Nießbrauchs verträgt es sich auch nicht, dass dem Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalls der Nachlass zur freien Verfügung zusteht.<sup>33</sup>

## II. Ursprünge

Die Ursprünge der „fideikommissarischen Substitution“ reichen bis ins Römische Recht, in dem sie noch als – zunächst unklagbares – Universalvermächtnis bestand (1.). Das BGB rationalisierte die „fideikommissarische Substitution“ zur Vor- und Nacherbschaft (2.). Dabei schaffte es allerdings die Familienfideikommisse deutscher Prägung nicht ab. Dieses auf dem römischen „Fideikommiss“ beruhende Rechtsinstitut blieb lange Zeit ein Instrument zur dauerhaften Vermögens- und Machtakkumulation (3.).

---

<sup>28</sup> Dillmann, RNotZ 2002, 2, 4. Zur Testamentsvollstreckung unten *sub*B.

<sup>29</sup> Litzenburger, in: Bamberger/Roth (2. Aufl.), § 2100 Rn. 35; Weidlich, in: Palandt, § 2100 Rn. 11; Kipp/Coing, ErbR § 49 I.

<sup>30</sup> Siehe Grunsky, in: MünchKommBGB, § 2100 Rn. 3 f. Tatsächlich können die Wirkungen der Vor- und Nacherbschaft weitestgehend auch mit einem Nießbrauchsvermächtnis (§ 1089 BGB) erzielt werden, der Vorerbe als Nießbraucher hat dann allerdings keine Verfügungsmacht über den Nachlass. Eine zusätzliche Ernennung des Nießbrauchers zum Testamentsvollstrecker, wie von Avenarius, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 2100-2146 Rn. 21 als Kompensation für den nur schuldrechtlichen Anspruch vorgeschlagen, mag jedoch im Hinblick auf die Erblasserinteressen zu weit gehen. Bei Zweifeln ist auch die Vermeidung eines zweiten erbschaftsteuerbaren Erbfalls (vgl. § 6 ErbStG) ein gewichtiges Indiz für den Nießbrauch am Nachlass, siehe Avenarius, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 2100-2146 Rn. 22; Grunsky, in: MünchKommBGB, § 2100 Rn. 13; Muscheler, ErbR II Rn. 2483. Im Einzelfall wird sich die Abgrenzung daran orientieren müssen, inwiefern der Erblasser dem Vorerben Verfügungsbefugnisse einräumen wollte. In diesem Sinne auch BGH LM § 2100 BGB Nr. 2; KG DR 1941, 594; BayObLG FamRZ 1981, 403; im Ansatz ähnlich auch schon RG WarnR 1927, Nr. 57. Insbesondere die gestaffelte Erbfolge wird sich so jedoch nicht ohne Weiteres verwirklichen lassen.

<sup>31</sup> Siehe Grunsky, in: MünchKommBGB, § 2100 Rn. 3.

<sup>32</sup> Siehe noch unten *sub* § 2 A. II. 2.

<sup>33</sup> Grunsky, in: MünchKommBGB, § 2112 Rn. 1.