

Sockelvermächtnis mit aufgesetztem Supervermächtnis als Gestaltungsalternative zum klassischen Supervermächtnis (Teil 1)

Von Rechtsanwalt und Notar, FA für Erbrecht, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht Dr. Ansgar Beckervordersandfort und Merle Bock, LL.M., beide Münster

Mit dem sog. Supervermächtnis möchte man zum einen die Vorteile des sog. Berliner Testaments gewährleisten, namentlich die umfassende Nutzung des von beiden Ehegatten stammenden Vermögens durch den längerlebenden Ehegatten und dessen damit einhergehende Versorgung¹ Zum anderen kommt aber gerade bei größeren Vermögen, bei denen im ersten Erbfall der Ehegatten-freibetrag nicht nur unwesentlich überschritten wird,² die steuerliche Überlegung hinzu, die Erbschaftsteuerfreibeträge weiterer potenzieller Erben (insbesondere der gemeinsamen Kinder und gegebenenfalls Enkel) nicht durch deren Enterbung leerlaufen zu lassen, sondern ebenfalls (möglichst) umfassend auszuschöpfen.³ Dabei soll auch die Kumulation des gesamten Erblasservermögens beim überlebenden Ehegatten vermieden werden, um die Nachteile der Erbschaftsteuerprogression abzumildern.⁴

A. Gestaltungsmodell des sog. Supervermächtnisses

Um diese vorgenannten Interessen miteinander zu vereinigen, wurde das Gestaltungsmodell des sog. Supervermächtnisses entwickelt,⁵ welches maßgeblich auf einer Kombination einer Drittbestimmung des konkreten Vermächtnisnehmers i.S.v. § 2151 Abs. 1 BGB mit einem Zweckvermächtnis i.S.v. § 2156 BGB basiert.⁶ Zusätzlich zur Gestaltung der Erbenstellung nach dem Berliner Testament wird dabei der überlebende Ehegatte zugleich als Bestimmungsberechtigter wie auch als Beschwerter eines Vermächtnisses eingesetzt, das den im ersten Erbfall enterbten Kindern als Abfindung für diese Enterbung wie auch dazu dienen soll, deren Erbschaftsteuerfreibeträge auszunutzen.⁷

Im Folgenden werden Zulässigkeit und Grenzen des Supervermächtnisses im Einzelnen beleuchtet. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob eine Gestaltung derart möglich ist, dass der überlebende Ehegatte entscheiden kann, ob überhaupt und in welcher Höhe (bis zur Grenze des Erbschaftsteuerfreibetrages) Zuwendungen erfolgen.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich über diese Fragen des klassischen Supervermächtnisses hinaus (Abschnitt B. und C.) damit, dass die (nahezu) unbegrenzte Freiheit, die das Supervermächtnis verspricht, das Interesse der Beteiligten an einer vorhersehbaren und kalkulierbaren Nachlassplanung aus den Augen zu verlieren droht. Um sowohl den testierenden (Ehegatten-)Erblassern als auch ihren Abkömmlingen einen sicheren Hafen der Zuwendung zu bieten, wird daher die Gestaltungsalternative eines Sockelvermächtnisses mit zusätzlichem Supervermächtnis erörtert und in einem abschließenden Formulierungsvorschlag handhabbar gemacht (Abschnitt D. und E.).

B. Zivilrechtliche Beurteilung des Supervermächtnisses

I. Kein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB

§ 2065 BGB regelt die materielle Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen und ergänzt damit die in § 2064 BGB enthaltene formelle Höchstpersönlichkeit.⁸ § 2065 Abs. 2 BGB bezweckt sicherzustellen, dass die Entscheidung über das Schicksal des Nachlasses nicht von Personen getroffen wird, die sich der Verantwortung für die Verwendung dieses Vermögens gar nicht als Inhaber desselben bewusst werden konnten.⁹

Von diesem Grundsatz enthalten die §§ 2151 bis 2156 BGB weitreichende Ausnahmen. Deren Zweck und Berechtigung ergibt sich in systematischer Zusammenschau mit § 2065 Abs. 2 BGB. Sie beruhen auf der gegenüber der Erbenstellung geringeren Bedeutung des Vermächtnisses und darauf, dass kein entgegenstehendes Interesse der Nachlassgläubiger zu berücksichtigen ist, da der Vermächtnisnehmer selbst nur Nachlassgläubiger ist.¹⁰

Die Möglichkeiten in den §§ 2151 und 2152 BGB, den Bedachten durch einen Dritten bestimmen zu lassen, lassen sich mit den Möglichkeiten des § 2153 BGB zur Festlegung der Anteile der Vermächtnisnehmer am Vermächtnis und den §§ 2154 bis 2156 BGB kombinieren, bei denen ein Dritter den konkreten Vermächtnisgegenstand bestimmt.¹¹

Schließlich kann der Bestimmungsberechtigte gemäß § 2181 BGB den Zeitpunkt der Vermächtniserfüllung bestimmen. Unter Berücksichtigung des in § 271 Abs. 2 BGB bestimmten Grundsatzes kann der Beschwerter bei einer bloßen Anordnung des § 2181 BGB das Vermächtnis zu seinen Lebzeiten

1) Langenfeld, JuS 2002, 351; Mayer, DStR 2004, 1409, 1414.

2) Demgegenüber sieht Mayer, DStR 2004, 1409, 1414, ein Supervermächtnis und ähnliche Gestaltungen bei kleinen und mittleren Vermögen, die die Ehegattenfreibeträge nicht oder nur unwesentlich überschreiten, als „überkonstruiert“ an.

3) Bredemeyer, ZErb 2017, 343, 347; Schmidt, BWNotZ 1998, 97.

4) Kanzleiter, in: FS Brambring, 2011, 225, 226.

5) Grundlegend Schmidt, BWNotZ 1998, 97; Langenfeld, JuS 2002, 351;

Ebeling, ZEV 2000, 87; Everts, ZErb, 2004, 373; Mayer, DStR 2004, 1409.

6) DNotI-Report 2010, 3, 4.

7) DNotI-Report 2010, 3, 4; Schmidt, BWNotZ 1998, 97, 101.

8) Otte, in: Staudinger, Neubearb. 2013, § 2065 BGB Rn 1 f.

9) Otte, in: Staudinger, Neubearb. 2013, § 2065 BGB Rn 2; DNotI-Report 2010, 3.

10) Rudy, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2151 Rn 2.

11) Keim, ZEV 2016, 6, 7; Rudy, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2151 Rn 2; Schmidt, BWNotZ 1998, 97, 101; Weidlich, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2151 Rn 1. Einen tabellarischen Überblick zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten geben Horn/Mayer in: Kroiß/Horn/Mayer, Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 2151 BGB Rn 22.

erfüllen, der Vermächtnisnehmer die Erfüllung aber nicht vor dem Tod des Beschwerten verlangen.¹²

II. Anforderungen der §§ 2151 ff. BGB

1. Anforderungen an die Bestimmung des Bedachten gemäß § 2151 BGB

Gemäß § 2151 Abs. 1 BGB kann der Erblasser mehrere Personen mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtnis erhalten soll.

Nach dem Wortlaut muss der Erblasser jedenfalls „mehrere“ bestimmen. Dies erfordert, dass der Personenkreis, aus dem der Bedachte kommen soll, vom Erblasser hinreichend genau bestimmt sein muss und nicht völlig in das Belieben des Bestimmungsberechtigten gestellt werden darf.¹³ Dabei darf auch die Zahl der zu diesem Kreis gehörenden Personen nicht zu weit ausgedehnt werden, da sich aus der systematischen Zusammenschau mit § 2151 Abs. 3 BGB ergibt, dass sie Gesamtgläubiger sind, wenn die Bestimmung nicht erfolgt.¹⁴

Dem Kreis der Mehreren können auch der Erbe, der Beschwerte und selbst der Bestimmungsberechtigte angehören, wenn dies in letzterem Fall zweifellos dem Willen des Erblassers entspricht.¹⁵

Zu beachten ist, dass die nach § 2151 Abs. 1 BGB auswählbaren Personen überwiegend als auflösend bedingte Vermächtnisnehmer angesehen werden.¹⁶ Wird eine Bestimmung aus ihrem Kreis nicht vorgenommen, so sind sie nach § 2151 Abs. 3 BGB Gesamtgläubiger des Vermächtnisses. Nimmt man an, dass es sich bei der Bestimmung, wer von ihnen Vermächtnisnehmer werden soll, um eine auflösende Bedingung handelt, so sind sie Vorvermächtnisnehmer und der oder die letztlich Bestimmte(n) Nachvermächtnisnehmer. Soweit ersichtlich wird bislang jedoch nicht diskutiert, wie sich dies im Rahmen von § 6 Abs. 4 ErbStG auswirkt.¹⁷ Eine solche streng dogmatische Auffassung könnte jedoch eine Möglichkeit für die Finanzverwaltungen sein, die gewählte Konstruktion anzugreifen und § 6 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 und 2 ErbStG anzuwenden, was jedenfalls zu einer ungünstigen doppelten Besteuerung führen würde.

Weiterhin statuiert § 2151 Abs. 3 S. 2 BGB das Recht eines jeden der mehreren Bedachten, beim Nachlassgericht zu beantragen, dass dieses dem Bestimmungsberechtigten eine Frist zur Abgabe der Bestimmungserklärung setzt. Unterbleibt eine fristgerechte Bestimmung, so werden die Mehreren nach § 2151 Abs. 3 S. 1 BGB ebenfalls Gesamtgläubiger. Aus dieser Rechtsfolge ergibt sich, dass es sich bei dem Recht, die Bestimmung zu fordern, nicht um ein klagbares Recht handelt.¹⁸ Dementsprechend wird zu Recht angenommen, dass der Erblasser in seiner

letztwilligen Verfügung dem Bestimmungsberechtigten eine die Anrufung des Gerichts ausschließende Bestimmungsfrist einräumen und sogar das aus § 2151 Abs. 2 S. 2 BGB folgende Recht ausschließen kann, indem er anordnet, dass derjenige vom Vermächtnis ausgeschlossen wird, der einen Antrag bei Gericht stellt.¹⁹ Letzteres hätte aber negative erbschaftsteuerliche Folgen nach § 6 Abs. 4 ErbStG.²⁰

Eine gerichtliche Überprüfung der Ausübung der Bestimmung beschränkt sich darauf zu klären, ob eine wirksame Bestimmungserklärung vorliegt und ob der Bestimmungsberechtigte nicht arglistig oder sittenwidrig gehandelt hat.²¹

2. Anforderungen an die Anteilsbestimmung gemäß § 2153 BGB

Die Bestimmung der Anteile mehrerer Bedachter am Vermächtnisgegenstand richtet sich, wie sich schon aus dem Wortlaut des § 2153 BGB ergibt, nach § 2151 BGB. Es handelt sich lediglich um einen Unterfall des Bestimmungsvermächtnisses.²²

3. Anforderungen an das Zweckvermächtnis gemäß § 2156 BGB

Im Hinblick auf die Bestimmung des Vermächtnisgegenstandes eröffnet § 2156 BGB den größten Gestaltungsspielraum. Danach kann der Erblasser, wenn er nur den Zweck des Vermächtnisses bestimmt hat, die Bestimmung des Gegenstandes, der Bedingungen der Leistung und deren Zeit dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen.²³ Die Bestimmung des Zwecks setzt dabei voraus, dass der Erblasser diesen in seiner letztwilligen Verfügung so genau bezeichnet, dass sich aus dem dadurch bestimmten Grund der Zuwendung hinreichende Anhaltspunkte für die Ausübung des billigen Ermessens ergeben.²⁴ Zulässig soll es insbesondere sein, als Zweck des Vermächtnisses „eine Abfindung vom elterlichen Vermögen“²⁵ festzusetzen oder den „Erbchaftsteuerfreibetrag auszunutzen“.²⁶

Demgegenüber vertritt vor allem *Kanzleiter* eine restriktivere Auffassung.²⁷ Er sieht die gerichtliche Kontrollmöglichkeit, ob die Leistungsbestimmung „billigem Ermessen“ entspricht, als zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Zweckvermächtnisses an.²⁸ Dies schränke die Zwecke insofern ein, als dass sie so konkret sein müssten, dass ihre genaue Bestimmung an die gerichtlich überprüfbare Grenze des billigen Ermessens stoße.²⁹ Zur Begründung verweist *Kanzleiter* auf die Entstehungsgeschichte des § 2156 BGB, der erst durch die 2. Kommission als Ausnahme zu § 2065 Abs. 2 BGB in den Entwurf

12) *Ebeling*, ZEV 2000, 87, 88.

13) *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2151 Rn 1.

14) *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2151 Rn 1.

15) *Rudy*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2151 Rn 3; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2151 Rn 1.

16) *Rudy*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2151 Rn 7; *Schmidt*, BWNNotZ 1998, 97, 99; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2151 Rn 1; a.A. *Hölscher*, ZEV 2015, 676, 677 ff. m.w.N.

17) Zu § 6 Abs. 4 ErbStG i.Ü. in Teil 2 unter C.II.

18) I.E. ebenfalls *Keim*, ZEV 2016, 6, 10; *Schmidt*, BWNNotZ 1998, 97, 99; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2151 Rn 3.

19) *Keim*, ZEV 2016, 6, 10; *Piltz*, ZEV 2005, 469, 471; a.A. hinsichtlich des Ausschlusses: *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 232.

20) Dazu in Teil 2 unter C.II.

21) *Keim*, ZEV 2016, 6, 10.

22) *Lange*, Erbrecht, 2. Aufl. 2017, § 29 Rn 119.

23) BGH, Urt. v. 22.9.1982 – IV a ZR 26/81, NJW 1983, 277, juris Rn 19; BGH, Urt. v. 29.2.1984 – Iva ZR 188/82, NJW 1984, 2570, juris Rn 36; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2156 Rn 1.

24) *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2156 Rn 1.

25) Als alternative Hilfsbegründung am Schluss: BGH, Urt. v. 22.9.1982 – IV a ZR 26/81, NJW 1983, 277, juris Rn 19; dem folgend: *Schmidt*, BWNNotZ 1998, 97, 100; kritisch hingegen: *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 230.

26) *Schmidt*, BWNNotZ 1998, 97, 100; *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

27) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 228 ff.; anschließend *Orte*, in: Staudinger, Neubearb. 2013, § 2156 BGB Rn 2; *Lange*, Erbrecht, 2. Aufl. 2017, § 29 Rn 123a.

28) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 229.

29) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 229.

des BGB eingefügt wurde.³⁰ Weiterhin zieht er einen Umkehrschluss aus der Diskussion in der 2. Kommission, die eine gerichtliche Überprüfung im Rahmen der Bestimmung des Vermächtnisnehmers nach § 2151 Abs. 1 BGB ablehnte, weil diesbezüglich eine Entscheidung nach billigem Ermessen gerade nicht möglich sei.³¹

Weiterhin zieht *Kanzleiter* den Schluss, dass die gerichtliche Kontrolle der Ausübung des „billigen Ermessens“ nach §§ 2156 S. 2 BGB i.V.m. 315 Abs. 3 S. 2 BGB nicht ausgeschlossen werden könne.³² Dies gelte gleichermaßen für Umgehungen etwa durch die Anordnung, dass die Stellung als Vermächtnisnehmer bedingt ist durch das Nichtfordern der gerichtlichen Bestimmung.³³

Im Hinblick auf die Zwecke, den Kindern eine Abfindung für die Enterbung zu gewähren und deren Erbschaftsteuerfreibeträge auszunutzen, folgert *Kanzleiter* anhand der genannten Erwägungen, dass diese Zwecke „wohl kaum“ hinreichend konkret bestimmt seien.³⁴ Denn selbst wenn man Gesichtspunkte wie die Höhe des Pflichtteils, die Höhe des gesetzlichen Erbteils, den Wert und die Zusammensetzung des Nachlasses sowie die eigenen Interessen des Erben berücksichtige, so könne (fast) jede Entscheidung im Bereich dieser Gesichtspunkte „billigem Ermessen“ entsprechen.³⁵ Eine sinnvolle gerichtliche Prüfung sei dementsprechend gerade nicht möglich, sondern das Bestimmungsrecht könne nahezu willkürlich ausgeübt werden – was letztlich der Intention des Supervermächtnisses entspreche.³⁶

Die gerichtliche Kontrollmöglichkeit des Zweckvermächtnisses sieht *Kanzleiter* nicht nur im Hinblick auf dessen Bestimmtheitsanforderungen als problematisch an. Er sieht darin darüber hinaus auch die Gefahr begründet, dass der Familienfrieden zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern erheblich gestört werden kann, wenn die Kinder die Bestimmung hinterfragen und es gar zu einem gerichtlichen Verfahren kommt.³⁷

Gegen die Auffassung von *Kanzleiter* hat sich nunmehr *Keim* gewandt.³⁸ Er verweist darauf, dass außerhalb des Erbrechts der dem Bestimmungsberechtigten zur Verfügung stehende Spielraum allein durch die Billigkeit begrenzt werde, ohne dass ein Zweck angegeben werden müsste und es dem Gericht dennoch zugemutet werde, die Ermessensentscheidung des Bestimmungsberechtigten zu überprüfen.³⁹ Er hebt dabei hervor, dass die Zweckbestimmung gerade nicht so konkret erfolgen müsse, dass nur eine einzige richtige Leistungsbestimmung möglich ist.⁴⁰ Im Hinblick auf den Zweck der Ausnutzung der Erbschaftsteuerfreibeträge hebt er hervor, dass die gesetzlich geregelten steuerlichen Freibeträge dem Bestimmungsberechtigten gerade einen Rahmen vorgeben, sodass völlig willkürliche Verteilungen per se verhindert würden.⁴¹

Im letzterem Punkt könnte man *Keim* durchaus zustimmen. Im Übrigen vermögen seine Argumente aber nicht vollends zu überzeugen. Zum einen bleibt es dabei, dass § 2156 BGB eine Ausnahme zu § 2065 Abs. 2 BGB darstellt, weshalb an die Vorgaben für den Zweck zur Leistungsbestimmung und an die gerichtliche Kontrollmöglichkeit durchaus strengere Anforderungen zu stellen sein könnten als bei einer Leistungsbestimmung aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung. Zum anderen kann sich das Gericht im Rahmen der Bestimmung der Leistung nach §§ 315 ff. BGB jedenfalls bei gegenseitigen Verträgen an der vom anderen Vertragsteil geschuldeten Leistung orientieren. Im Erbrecht gibt es aber grundsätzlich keine solche Gegenleistung.

Um weiterhin mit Blick auf die restriktive Auffassung von *Kanzleiter* das Risiko, dass die Ausnutzung des Erbschaftsteuerfreibetrages und die Gewährung einer Abfindung für die Enterbung nach dem Berliner Testament als Zweckangabe nicht hinreichend bestimmt sein könnten, zu minimieren, können dem überlebenden Ehegatten sowie der gerichtlichen Kontrollinstanz für die Ausübung des billigen Ermessens weitere Maßstäbe an die Hand gegeben werden. Dazu ließe sich etwa im Hinblick auf die wertmäßige Höhe einer Zuwendung und der Zuwendungen insgesamt ein Grundsatz aufstellen und für den Fall, dass davon abgewichen wird, ein Begründungserfordernis festlegen. Allerdings mindert dies natürlich die Flexibilität des überlebenden Ehegatten.

Unabhängig von den konkreten Anforderungen an den Zweck ist als Einschränkung des § 2156 BGB jedenfalls zu beachten, dass der Erblasser dem Bedachten selbst die Bestimmung nach § 2156 BGB nicht überlassen kann.⁴² Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 2156 BGB, sowie in systematischer Zusammenschau mit dem Grundsatz des § 2065 Abs. 2 BGB.⁴³ Im Zusammenhang mit der Bestimmung des Vermächtnisnehmers nach § 2151 BGB bedeutet dies, dass die dort gegebene Möglichkeit, den Bestimmungsberechtigten selbst als potenziellen Vermächtnisnehmer einzusetzen, bei einer Kombination mit einem Zweckvermächtnis wohl nicht möglich ist. Auch dies wird im Rahmen des Supervermächtnisses bislang soweit ersichtlich nicht diskutiert. Dies mag daran liegen, dass der überlebende Ehegatte als Alleinerbe im Rahmen des Supervermächtnisses grundsätzlich nicht zum Kreis der auswählbaren Vermächtnisnehmer gehört. Denkbar ist es jedoch, dass dieser ausdrücklich oder konkludent als (Nach-)Vermächtnisnehmer eingesetzt wird, um die Folge des § 2151 Abs. 3 BGB zu vermeiden. Dies sollte (auch aus steuerlichen Gründen) unbedingt vermieden werden.

4. Ausübung des Bestimmungsrechts
Die Bestimmung erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung,⁴⁴ wobei der Erklärungsempfänger je nach Ausgestaltung des Vermächtnisses der Beschwerde oder der Ver-

30) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 228.

31) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 229.

32) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 232.

33) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 232.

34) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 232.

35) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 229.

36) *Kanzleiter*, in: FS Brambring, 2011, 225, 229.

37) *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225, 229.

38) *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

39) *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

40) *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

41) *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

42) BGH, Urt. v. 24.4.1991 – IV ZR 156/90, NJW 1991, 1885, juris Rn 12 f. m.w.N.; *Schmidt*, BWNNotZ 1998, 97, 100; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2156 Rn 1.

43) BGH, Urt. v. 24.4.1991 – IV ZR 156/90, NJW 1991, 1885, juris Rn 13.

44) *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 315 Rn 11.

mächtnisnehmer ist, vgl. §§ 2151 Abs. 2, 2153 Abs. 1 S. 2, 2154 Abs. 1 S. 2, 2155 Abs. 2, 2156 S. 2 i.V.m. 315 Abs. 2, 318 Abs. 1 BGB. Sie ist unwiderruflich und muss hinreichend bestimmt sein.⁴⁵

Aus diesen Anforderungen an die Ausübung des Bestimmungsrechts sowie aus dem Wortlaut der einschlägigen Normen, der jeweils nur „die Bestimmung“ nennt und der (teilweise angeordneten) Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle folgt, dass die Ausübung des Bestimmungsrechts nur einmal und abschließend erfolgen kann.

Der längerlebende Ehegatte muss daher eine umfassende Entscheidung treffen und kann im Laufe der Zeit nicht mit Blick auf eingetretene oder nunmehr zu erwartende Veränderungen der Umstände reagieren und nachjustieren. Die mit der Gestaltung eines Supervermächtnisses angestrebte Freiheit und flexible Dispositionsbefugnis des längerlebenden Ehegatten ist daher bei näherem Hinsehen weitaus kleiner als sie auf den ersten Blick erscheinen mag.

5. Bestimmung des Wertes auf null oder gegen null?

Vor dem Hintergrund der angestrebten Flexibilität des überlebenden Ehegatten stellt sich die Frage, ob der Umfang des Vermächtnisses wertmäßig auf null festgelegt werden könnte. Zur Beantwortung dieser Frage sind unterschiedliche Konstellationen in den Blick zu nehmen.

§ 2151 BGB geht schon dem Wortlaut nach davon aus, dass der Vermächtnisgegenstand feststeht und allein im Hinblick auf die Bestimmung des Vermächtnisnehmers der Erblasser lediglich eine Vorauswahl trifft. Im Rahmen des § 2151 BGB ist es daher selbstverständlich, dass diejenigen aus dem Kreis der Bedachten, die letztlich nicht ausgewählt werden, leer ausgehen. (Mindestens) eine Person erhält aber den Vermächtnisgegenstand.

Im Rahmen des § 2156 BGB gilt aufgrund des Wortlauts und wegen der systematischen Zusammenschau mit § 2065 Abs. 1 BGB ebenfalls der Grundsatz, dass nur der Erblasser selbst das Vermächtnis anordnen und damit über das „Ob“ des Vermächtnisses entscheiden kann.⁴⁶ Bei der Festlegung der Ausschöpfung der Erbschaftsteuerfreibeträge als Zweck ist allerdings zu beachten, dass der Wert des Vermächtnisses durch die Höhe des Erbschaftsteuerfreibetrages im Zeitpunkt des Erbfalls begrenzt ist. Dieser kann aufgrund von Schenkungen zu Lebzeiten des Erblassers voll ausgeschöpft sein. In diesem Fall wäre die Festlegung des Vermächtnisses auf null die einzige zweckentsprechende Bestimmung.⁴⁷

Weiterhin ergibt sich aus der Kombination von §§ 2151 Abs. 1 und 2156 BGB, dass eine Regelung, die es dem beschwerten

Bestimmungsberechtigten erlaubt, das Vermächtnis auf einen Wert von Null zu reduzieren, also faktisch das „ob“ des Vermächtnisses zu bestimmen, mit § 2156 BGB vereinbar ist.⁴⁸ Dies gilt allerdings nur insofern, als dass einer der Bedachten einen (dem Zweck entsprechenden) Vermächtnisgegenstand erhält. Denn in diesem Fall ist eben wie im Grundfall des § 2151 BGB nur einer der Bedachten als Vermächtnisnehmer ausgewählt worden.⁴⁹

Von den Besonderheiten der wertmäßigen Bestimmung auf null abgesehen wird man im Übrigen nicht davon ausgehen können, dass etwa bei einem sehr niedrigen Betrag eine Umgehung der Anordnung des „ob“ des Vermächtnisses durch den Erblasser vorliegt. Zwar ist in diesem Fall der Bestimmungsberechtigte faktisch der Nutznießer des leerlaufenden Vermächtnisses, was zu einem Interessenkonflikt führt. Diesen Interessenkonflikt nimmt § 2156 BGB aber gerade in Kauf, indem er ausdrücklich anordnet, dass die Bestimmung dem Beschwererten überlassen werden kann. Eine solche faktische Reichweite beim Zweckvermächtnis spricht allerdings neben den von *Kanzleiter* angeführten Argumenten für eine zwingende gerichtliche Kontrollmöglichkeit.⁵⁰

III. Dinglicher Arrest

Eine Problematik und ein Risiko des Supervermächtnisses liegen darin begründet, dass mit dem Erbfall grundsätzlich unmittelbar ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den beschwerten Erben nach § 2174 BGB entsteht. Dieser Anspruch kann dinglich durch Arrest gemäß § 916 ZPO gesichert werden, was ein Risiko für den Ehegatten als Vermächtnisschuldner darstellt.⁵¹ Die in der ausstehenden Bestimmungsentscheidung durch den Beschwererten oder den Dritten liegende Bedingung hindert den dinglichen Arrest nicht.⁵² Abhilfe ließe sich zwar durch eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, ein Untervermächtnis diesbezüglich oder sogar eine Wirksamkeitsbedingung schaffen.⁵³ Die steuerliche Anerkennungsfähigkeit solcher Konstruktionen ist jedoch offen.⁵⁴ Gerade, wenn das Vermächtnis unter der Wirksamkeitsbedingung stehen soll, dass die Sicherung des Anspruchs nicht geltend gemacht wird, könnte dies ein verstecktes Nachvermächtnis begründen, das unter § 6 Abs. 4 ErbStG fällt.⁵⁵ Schließlich dürfte die Gefahr des dinglichen Arrests wegen der einschränkenden Voraussetzung des Arrestgrundes in § 917 Abs. 1 ZPO zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten ohnehin nicht besonders hoch sein.⁵⁶

In der nächsten Ausgabe wird insbesondere die steuerliche Wirksamkeit des Supervermächtnisses untersucht. Zudem wird ein konkreter Formulierungsvorschlag für eine Kombination aus einem klassischen Freibetragsvermächtnis als mindestens zu zahlendem Sockelvermächtnis und einem flexiblen Supervermächtnis vorgestellt.

45) *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 315 Rn 11.

46) *Lange*, Erbrecht, 2. Aufl. 2017, § 29 Rn 123; *Rudy*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2151 Rn 2.

47) Anders ist dies aber bereits, wenn zu dem Zweck der Ausnutzung der Erbschaftsteuerfreibeträge noch ein anderer Zweck hinzutritt, bspw. die Abfindung für die Enterbung, da der hinzukommende Zweck eine anderweitige Wertfestsetzung rechtfertigen kann. Aus diesem Grund sollte der Vermächtniswert ausdrücklich auf die Höhe der Erbschaftsteuerfreibeträge begrenzt sein.

48) *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

49) *Keim*, ZEV 2016, 6, 9.

50) So wohl auch *Lange*, Erbrecht, 2. Aufl. 2017, § 29 Rn 123.

51) *Mayer*, DSr 2004, 1409, 1412; *Keim*, ZEV 2016, 6, 11.

52) *Mayer*, DSr 2004, 1409, 1412; *Keim*, ZEV 2016, 6, 11.

53) *Mayer*, DSr 2004, 1409, 1413; *Horn/Mayer*, in: Kroiß/Horn/Mayer, Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 2151 Rn 25.

54) *Mayer*, DSr 2004, 1409, 1413.

55) Näher zu § 6 Abs. 4 ErbStG in Teil 2 unter C.II.

56) *Keim*, ZEV 2016, 6, 11.