

### **Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Dokumentnummer: 1238#**

**letzte Aktualisierung: 25. Januar 2001**

### **BGB §§ 312, 2287, 2113, 185**

#### **Vorweggenommene Teilerbauseinandersetzung zu Lebzeiten des Erblassers**

#### **Sachverhalt:**

Die 87-jährige künftige Erblasserin ist Alleineigentümerin eines Hausgrundstücks, dessen Bodenwert ca. 200.000,- DM beträgt. Das aufstehende Gebäude ist nach Angabe der beteiligten „ohne großen Wert“. Zum Vermögen der künftigen Erblasserin gehören im übrigen im wesentlichen Ersparnisse in Höhe von ca. 50.000,- DM. Eine Miteigentumshälfte hat die Eigentümerin aufgrund gemeinschaftlichen Testaments von ihrem vorverstorbenen Ehemann als Vorerbin geerbt. Als Nacherben sind im gemeinschaftlichen Testament die gemeinsamen Kinder S und T eingesetzt. Diese sollten auch Schlusserben des Letztversterbenden sein. Die Tochter T ist unter Hinterlassung ihres Ehemanns und zweier volljähriger Kinder bereits vorverstorben.

Sohn S möchte nunmehr das Haus auf eigene Kosten bewohnbar machen und selbst beziehen. Die Mutter möchte das Haus jedoch zu ihren Lebzeiten nicht mehr übertragen. S möchte sicherstellen, dass er das Hausgrundstück nach dem Tod der Mutter zu bereits jetzt festzulegenden Bedingungen aus dem Nachlass übernehmen kann. Der Ehemann der vorverstorbenen Tochter T und deren Kinder wären bereit, an einer solchen Vereinbarung mitzuwirken. Offenbar ist jedoch noch unklar, ob auch die künftige Erblasserin zustimmen würde. Sie fragen nun an, ob eine Vereinbarung, wie sie S hier wünscht, wirksam geschlossen werden könnte.

Hierzu nehmen wir wie folgt Stellung:

#### **1. „Vorweggenommene teilweise Erbauseinandersetzung“ in Ansehung des nacherbengebundenen Miteigentumsanteils**

Man könnte im vorliegenden Fall an eine vertragliche Bindung unter künftigen Miterben denken, also gleichsam eine vorweggenommene Erbauseinandersetzung. Dem könnte aber § 312 BGB entgegenstehen. Soweit allerdings der Anteil „auseinanderzusetzen“ ist, der von der Erblasserin lediglich als Vorerbin gehalten wird, geht es u. E. von vorneherein nicht um den Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Denn auch die Nacherben erben nicht vom Vorerben, sondern vom Erblasser, hier also dem vorverstorbenen Ehemann der Vorerbin. Insoweit bildet § 312 Abs. 1 BGB vorliegend keine Schranke. Da § 312 Abs. 2 BGB als Ausnahme zu Abs. 1 dessen Anwendbarkeit voraussetzt, schadet es hier u. E. nicht, daß

eventuell der Witwer der Tochter der Erblasserin an der Vereinbarung zu beteiligen wäre, da er als Erbe in Betracht kommt. Da hier ohnehin Bereitschaft zur Mitwirkung besteht, gibt es nach unserer Einschätzung keinen zwingenden Anlaß dafür, zunächst (durch Auslegungsvertrag oder durch Übertragung der eventuellen Nacherbenanwartschaft auf die eigenen Kinder) dafür zu sorgen, daß der Witwer an der Vereinbarung nicht teilnehmen „muß“.

## **2. „Vorweggenommene teilweise Erbauseinandersetzung“ in Ansehung des anderen Miteigentumsanteils**

Die vorgenannten Argumente greifen selbstverständlich gerade nicht für den Miteigentumsanteil, der der Schlußerfolge unterliegt. Insofern könnte eine Vereinbarung über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten vorliegen. Dabei wird zunächst davon ausgegangen, daß die Erblasserin nicht an der Vereinbarung mitwirkt (zum Fall der Mitwirkung siehe unten Ziff. 2. und 3.).

### **a) Betroffensein des Nachlasses oder nur eines Nachlassgegenstands im Sinne von § 312 Abs. 1 BGB?**

Läge der Tatbestand des § 312 Abs. 1 BGB nicht vor, so wären aus systematischen Gründen ohne weiteres die Maßgaben des § 312 Abs. 2 BGB in persönlicher Hinsicht nicht zu beachten, da Abs. 2 als Ausnahmegesetz zu Abs. 1 dessen Tatbestandsmäßigkeit voraussetzt (siehe schon oben). In Rechtsprechung und Literatur wird die Auffassung vertreten, § 312 Abs. 1 BGB sei nicht einschlägig, wenn von dem Rechtsgeschäft lediglich ein einzelner Nachlassgegenstand betroffen ist (vgl. etwa BGHZ 26, 320, 329; DNotZ 1960, 382; Staudinger/Wufka, BGB, 13. Bearb. 1995, Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, 60. Auflage 2001, Rn. 3, je zu § 312; Kaufhold, Vereinbarungen über den Nachlass oder einzelne Nachlassgegenstände ohne Mitwirkung des künftigen Erblasser, ZEV 1996, 454, 455). Zum Teil wird die Einschränkung gemacht, dass § 312 BGB in diesem Fall auch dann einschlägig sei, wenn der Gegenstand bzw. die Gegenstände den Nachlass erschöpfen bzw. durch die Aufzählung von Einzelgegenständen verschleiert werden soll, dass eine Beteiligung am Nachlass beabsichtigt ist (so etwa OGH NJW 1949, 623; MüKo-Thode, BGB, 3. Auflage 1995, Rn. 9; Kaufhold, a.a.O., 455; anders Staudinger/Wufka, a.a.O., Rn. 11; vgl. nunmehr auch Kulke, ZEV 2000, 298). Für die Beurteilung dieser Umstände soll es auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankommen (vgl. etwa Kaufhold, a.a.O., 455).

Nun könnte man im Anschluss daran argumentieren, der vorgesehene Vertragsschluss beziehe sich auf die Miteigentumsanteile am Hausgrundstück und damit konkrete Nachlassgegenstände, wobei das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verzeichnende Vorhandensein nicht unerheblichen Barvermögens nicht zu einer Gleichsetzung mit dem Nachlass als solchem veranlassen kann. Dann wäre schon der Anwendungsbereich des § 312 Abs. 1 BGB nicht eröffnet, nach dem Gesagten besondere Maßgaben nach § 312 Abs. 2 BGB also nicht zu beachten.

Allerdings waren und sind die bisher in Rechtsprechung und Literatur unter dem Gesichtspunkt „einzelner Nachlassgegenstand“ behandelten Fälle insoweit anders gelagert, als es dort um Verpflichtungen ging, die entweder den künftigen Alleinerben als solchen treffen sollten oder – übertragen auf den Fall mehrerer Erben – gleichsam am Ergebnis einer Auseinandersetzung, nämlich dem alleinigen Eigentum des Verpflichteten,

ansetzten. Mit anderen Worten erscheint uns nicht ohne weiteres aufgrund der höchst-richterlichen Rechtsprechung als gesichert, dass in einem Fall wie hier („vorweggenommene Auseinandersetzung“) als Gegenstand des Rechtsgeschäfts nicht der Nachlass als solcher, sondern ein Einzelgegenstand angesehen würde.

Für eine solche Betrachtungsweise, die zur Anwendbarkeit des § 312 Abs. 1 BGB führte, könnte auch sprechen, dass die Intention des § 312 Abs. 2 BGB regelmäßig darin erblickt wird, dass „vorweggenommene Erbauseinandersetzungen“ schon vor dem Tod des Erblassers ermöglicht werden sollen, aber eben auf den genannten Personenkreis beschränkt (vgl. nur Limmer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament & Erbvertrag, 3. Auflage 2000, E Rn. 234; Wiedemann, Abfindungs- und Wertfestsetzungsvereinbarungen unter zukünftigen Erben, NJW 1968, 769, 771; Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rn. 5; Kaufhold, a.a.O., 456). Daraus könnte man im Umkehrschluss ableiten, dass vorweggenommene Auseinandersetzungen im übrigen (also unter Personen, die nicht zu den künftigen gesetzlichen Erben zählen) im Grundsatz vom Gesetz missbilligt werden.

Entgegensetzen könnte man andererseits, dass der Zweck der Verbotsnorm hier nicht ohne weiteres als berührt anzusehen sein mag. Der Telos der Norm ist dabei ein mehrfacher (vgl. etwa Limmer, a.a.O., Rn. 234). Einerseits sollen Verträge, die mit dem Tod einer Person „spekulieren“, wegen ihrer sittlichen Verwerflichkeit nicht akzeptiert werden. Weiter wird die Testierfreiheit des Erblassers bei Kenntnis der Vereinbarung als gefährdet angesehen. Schließlich soll der künftige Erbe vor einer unbedachten Verschleuderung des nachmaligen Vermögens geschützt werden. Letzteren Aspekt stellt die jüngere Rechtsprechung des BGH in den Vordergrund (NJW 1995, 448). Zumal bei Beteiligung (in welcher rechtlichen Ausgestaltung auch immer) des Erblassers und der Intention der „Ordnung der Verhältnisse“ für den Fall, dass einer der künftigen Erben bereits Investitionen in den Nachlassgegenstand tätigt (wie dies hier möglicherweise angestrebt wird), könnte man nun erwägen, dass die Verwerflichkeit eliminiert wird und der Verschleuderungsaspekt in den Hintergrund tritt, da wegen der Betroffenheit eines konkreten Vermögensgegenstands eine zwar einschneidende, aber ohne weiteres überschaubare Verpflichtung eintritt (vgl. Limmer, a.a.O., Rn. 240).

In jüngerer Zeit setzt sich etwa *Schwarz* (Vorweggenommene Erbfolge und Erbschaftsvertrag, BWNotZ 1995, 139) eingehend mit einer Konstellation auseinander, in der eine ähnliche Interessenlage wie hier zum Ausdruck kommt. Es geht dabei um eine Vereinbarung des Inhalts, dass sich einzelne Miterben verpflichten, nach dem Tod des Erblassers keine Ansprüche gegenüber dem anderen Miterben in Ansehung eines bestimmtem Grundstücks zu stellen, da sie ihrerseits bereits zu Lebzeiten (ohne Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmung) Grundbesitz erhalten haben. *Schmidt* hält dies im Rahmen von § 312 Abs. 2 BGB für zulässig. Doch sind seine Ausführungen für die Klärung des Problems, ob § 312 Abs. 1 BGB bei einer „vorweggenommenen Teilerbauseinandersetzung“ wegen des Betroffenseins eines einzelnen Nachlassgegenstands einschlägig ist, deshalb letztlich nicht ergiebig, weil ohne weiteres die Voraussetzungen des § 312 Abs. 2 BGB unterstellt wurden. Was die hier entscheidende Frage nach dem Anwendungsbereich des § 312 Abs. 1 BGB angeht, könnte man den Ausführungen *Schmidts* zunächst stellenweise die unausgesprochene Annahme entnehmen, dass die fragliche Vereinbarung als eine solche über den Nachlass insgesamt anzusehen ist. Sodann wird aber gerade mit Abs. 1 argumentiert, wonach nach der Rechtsprechung (s.o.) ein Vertrag über Einzelgegenstände möglich sein soll. Dass dann aber von einer durch § 312 Abs. 2 BGB eröffneten Regelungsmöglichkeit

(ausdrücklich auch im Zusammenhang mit gewillkürter Erbfolge, was sich u. E. in dem Fall über den Wortlaut des § 312 Abs. 2 BGB hinwegsetzt, wenn gerade andere Personen bedacht sind als solche, die zum Kreise der gesetzlichen Erben zählen) gesprochen wird, erscheint insofern wiederum inkonsequent, als dann, wenn die Prämisse zuträfe, dass hier im Sinne von § 312 Abs. 1 BGB keine Nachlassberührung vorläge, auch der Ansatz dafür fehlte, überhaupt noch auf die Ausnahmvorschrift des § 312 Abs. 2 BGB zurückgreifen zu müssen.

*Blomeyer* (Die vorweggenommene Auseinandersetzung der in gemeinschaftlichem Testament bedachten Kinder nach dem Tod eines Elternteils, FamRZ 1974, 421, 423) spricht sich allerdings für Fälle wie hier dafür aus, daß § 312 Abs. 1 BGB nicht als Hinderungsgrund anzusehen sein kann, und zwar mit Hinweis auf die Auslegung der Vorschrift als unanwendbar bei Betroffensein nur eines Nachlaßgegenstands. *Blomeyer* teilt demnach die oben unsererseits vorgetragenen Bedenken ausdrücklich nicht.

*Blomeyer* berücksichtigt allerdings nicht, daß „Auseinandersetzungsvereinbarungen“ unterschiedliche Reichweite haben können. So ist zunächst an ein bloßes Übernahmerecht in Ansehung eines Erbschaftsgegenstands zu denken, mit dem letztlich die jeweilige wertmäßige Beteiligung der in Betracht kommenden Erben nicht geändert werden soll. Es kann sich jedoch auch um den gegenteiligen Extremfall handeln, daß das Übernahmerecht mit einem Verzicht des Übernehmers auf sämtliche weiteren Ansprüche verbunden ist, unabhängig davon, wie sich der Nachlaß dann nach Eintritt des Erbfalls zusammensetzt. In diesem Fall ist insbesondere der vom BGH in den Vordergrund gestellte Gesetzeszweck zumindest aus Sicht des Übernehmers (!) unmittelbar berührt. In der Sache wird dabei (auch) über die Beteiligung am Nachlaß insgesamt verfügt. Es liegt also jedenfalls in einer solchen Konstellation nach unserer Auffassung nahe, daß nicht von einer Betroffenheit eines Einzelgegenstands gesprochen werden kann. Die Rechtslage kann somit unter dem Gesichtspunkt des § 312 Abs. 1 BGB nicht als gesichert angesehen werden. Insbesondere verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise.

#### **b) Persönliche Voraussetzungen des § 312 Abs. 2 BGB**

Möglicherweise könnte aber über § 312 Abs. 2 BGB eine Vereinbarung getroffen werden. Unter den Begriff der künftigen gesetzlichen Erben fallen all diejenigen Personen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem solchen Verhältnis zum Erblasser stehen, dass sie nach §§ 1924 ff. BGB gesetzliche Erben werden *könnten* (BGH NJW 1956, 1152; Staudinger/Wufka, a.a.O., Rn. 20; MüKo-Thode, a.a.O., Rn. 13; Kaufhold, a.a.O., 456; kritisch Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, 1973, S. 90). Dies allerdings trifft auf die potentiellen Schlußerben zu, so dass man jedenfalls aufgrund des § 312 Abs. 2 BGB in Ansehung des fraglichen Miteigentumsanteils zur Möglichkeit einer Vereinbarung kommen wird.

#### **c) Verbleibende Risikofaktoren**

Vollständig abgesichert ist der potentielle Übernehmer des Hausgrundstücks nach unserer Einschätzung durch eine „vorweggenommene Erbauseinandersetzung“ nur, wenn nicht einer der Vertragsbeteiligten seine Erbschaft ausschlägt und in diesem Fall eine nicht an der vorgesehenen Vereinbarung beteiligte Person an seine Stelle tritt. Denn der Fall des zwischenzeitlichen Versterbens einer an der Vereinbarung beteiligten Person kann u. E. ohne weiteres über § 1922 BGB gelöst werden. Mit anderen Worten würde

der Vertrag beispielsweise auch eventuelle Erben des Sohnes der vorverstorbenen Tochter binden, falls auch dieser bis zum Eintritt des Todes der Erblasserin noch vorversterben sollte.

Keine Gesamtrechtsfolge zwischen Ausschlagendem und Nächstberufenem findet aber im Rahmen des § 1953 BGB statt. Würde der Sohn der Vorverstorbenen also ausschlagen und zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin Kinder haben, auf die sich die Ausschlagung nicht erstrecken soll, so wären diese Mitglieder der Erbengemeinschaft, die sich in Ansehung des Hausgrundstücks auseinander zu setzen hätte, jedoch wären sie nicht an die getroffene vorweggenommene Auseinandersetzungsvereinbarung gebunden. Darauf wären die Beteiligten vom Notar bei Beschreitung dieses Weges hinzuweisen.

#### d) § 310 BGB

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß § 310 BGB hier nach unserer Auffassung kein Problem darstellt, da auch insoweit Verträge über Einzelgegenstände nicht als erfaßt angesehen werden (vgl. nur Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rn. 4 m.w.N.). Zumal es im Rahmen des § 310 BGB nicht um die spezifische Berührung eines „Nachlasses“ geht, können auch die von uns vorgetragenen Bedenken zur Anwendbarkeit des § 312 Abs. 1 BGB an dieser Stelle keine Rolle spielen.

## 2. Vertrag zugunsten Dritter als Lösungsansatz

Gesetzlicher Ansatzpunkt für die hier gewünschten Ziele gänzlich ohne Notwendigkeit der Beachtung des § 312 BGB könnte jedoch § 328 BGB sein. Diskutiert wird in der Literatur zunächst der Fall, dass einer von mehreren künftigen Erben mit einem anderen aus diesem Kreis als Versprechensempfänger eine Vereinbarung zugunsten eines Dritten trifft, der nicht zu den von § 312 Abs. 2 BGB genannten Personen zählt (vgl. etwa Daniels, a.a.O., S. 92 f. m. w. N.). Als unproblematisch zulässig werden Verträge zwischen künftigen Miterben zugunsten eines weiteren künftigen Miterben als Dritten angesehen (Daniels, a.a.O., S. 92). Darum geht es hier aber nicht.

Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 328 BGB weist etwa *Kaufhold* (a.a.O., 457) weiter darauf hin, dass der Tatbestand des § 312 Abs. 1 BGB nicht einschlägig sei, wenn der Erblasser als Versprechensempfänger eines Vertrags zugunsten Dritter (Übernehmer des fraglichen Nachlassgegenstands) mitwirke. Unter diesem Gesichtspunkt hat auch der BGH bereits über die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen vor dem Tod des Erblassers entschieden (WM 1976, 744). Dabei ging es um eine Verpflichtung des potentiellen Alleinerben gegenüber dem Erblasser, dasjenige an einen Dritten herauszugeben, was dieser erhalten hätte, wenn er Miterbe geworden und die Auseinandersetzung (offenbar in einer bestimmten Weise) betrieben worden wäre. Der BGH hat § 312 BGB insofern nicht einmal erwähnt und ohne weiteres die Wirksamkeit und Kondiktionsfestigkeit angenommen, da im Verhältnis von Versprechensempfänger und Dritten ein wirksamer Vertrag bestanden habe. Dies entspricht auch der Auffassung von *Nieder*, der - grundsätzlich einleuchtend - annimmt, in einem solchen Fall sei kein „Dritter“ im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB vorhanden, da der Erblasser selbst am Rechtsgeschäft beteiligt sei (Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 1174, 1175).

Im Rahmen eines solchen Konstrukts ist es für den Übernehmer aber entscheidend, dass im Valutaverhältnis zum Versprechensempfänger eine wirksame schuldrechtliche causa vor-

handen ist, die auch die Erben bindet, wie dies im Rahmen der Schenkung auf den Todesfall ein geläufiges Problem darstellt. Wirkte die Erblasserin hier als Versprechensempfängerin mit, müsste also ohnehin zur Absicherung des Übernehmers ein Vertragsverhältnis begründet werden, welches für die Zeit nach dem Tod der Erblasserin zum Behaltendürfen des Hauses als Alleineigentümer berechtigt.

### **3. Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall zwischen Erblasserin und Übernehmer unter Mitwirkung der übrigen künftigen Erben**

Zumal die Einordnung eines Vertrags zwischen den künftigen Mitgliedern der Erbengemeinschaft zugunsten eines Dritten, der wiederum Mitglied der künftigen Erbengemeinschaft wäre, dogmatisch nicht unproblematisch erscheint, wäre vor diesem Hintergrund (oben 2. a. E.) als Alternative der Abschluss eines Vertrages zwischen Mutter und Sohn, gerichtet auf die Übertragung des Hausgrundstücks und befristet auf den Todesfall der Mutter (eine zusätzliche Überlebensbedingung dürfte hier nicht gewünscht sein, was auch dazu führte, dass § 2301 BGB nicht einschlägig ist), verbunden mit der jeweiligen Zustimmung (die dann aber wohl durch eine Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. BGB an die Auszahlung einer „Abfindung“ in bestimmter Höhe geknüpft ist) der anderen Beteiligten zu denken. Hinzu kommt das begriffliche Problem, dass mit Blick auf die Miteigentumshälfte, die der Nacherbenbindung unterliegt, „Erblasser“ der bereits verstorbene Großvater ist, so dass insofern im Sinne des vorgenannten rechtlichen Ansatzes der Erblasser nicht als Versprechensempfänger fungieren kann.

Auf die Möglichkeit des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden (wenngleich nicht auf den Todesfall) weist etwa auch *Blomeyer* (a.a.O., S. 422) für die Konstellation hin, daß Ehegatten bindend mehrere Kinder als Schlußerben eingesetzt haben und nach dem Tod eines Ehegatten die Übertragung von Grundbesitz an einen der Schlußerben erfolgen soll. Er schlägt (neben der vorweggenommenen Erbauseinandersetzung im obengenannten Sinne) eine Vereinbarung zwischen potentiellm Erblasser und „Übernehmer“ vor, mit der zugunsten der oder des übrigen Erben als Drittem(n) im Sinne von § 328 BGB ein Ausgleichsanspruch begründet wird.

#### **a) Übertragung des Miteigentumsanteils, der der „Schlusserbfolge“ unterliegt**

Hinsichtlich der Miteigentumshälfte, die der „Schlusserbfolge“ unterliegt, wird man wegen § 2069 BGB von der Erbenstellung der Kinder der vorverstorbenen Schwester des potentiellen Übernehmers ausgehen können. Die wohl überwiegende Auffassung geht davon aus, dass auch die Erbeinsetzung, die aufgrund dieser Vorschrift angenommen wird, als wechselbezüglich anzusehen ist, so dass im Ergebnis eine analoge Anwendbarkeit der Schutzbestimmung des § 2287 BGB unterstellt werden kann (vgl. etwa Palandt-Edenhofer, a.a.O., Rn. 3 zu § 2287).

Allerdings kann der in dieser Weise als Erbe Eingesetzte auf den Schutz dieser Vorschrift verzichten, indem er (in Kenntnis der letztwilligen Verfügung) dem Rechtsgeschäft zustimmt. Umstritten ist lediglich, ob hierfür notarielle Form erforderlich ist (vgl. etwa Palandt-Edenhofer, a.a.O., Rn. 8; Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., Rn. 16, je zu § 2287; Nieder, a.a.O., Rn. 1188). Wenn damit unter Mitwirkung der durch § 2287 BGB geschützten Personen auch eine Schenkung unter Lebenden wirksam erfolgen kann, so muss dies auch für den Fall gelten, in dem der Vertrag auch darauf gerichtet ist, dass die Zustimmenden einen Ausgleich in Geld erhalten, auf welchem rechtstechnischen Wege auch immer dies geschieht. Auch kann es nach unserer Einschätzung kei-

nen entscheidenden Unterschied gegenüber dem Fall der sofortigen Übertragung machen, dass die Übertragungspflicht hier auf den Tod der Erblasserin befristet ist.

Problematisch und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt ist aber wiederum das Szenario, dass zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin nicht (bzw. nicht nur) die an der jetzt vorgesehenen Vereinbarung mitwirkenden Personen Miterben werden, etwa wenn nunmehr auch noch ein Enkel der Erblasserin unter Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt oder ausschlägt. Die Auffassung, dass bei Zustimmung der Personen, die nach Sachlage zum Zeitpunkt der Zuwendung Erben würden, die Beinträchtigungsabsicht nach § 2287 BGB entfällt, die Zuwendung damit also auch bei nachträglichen Entwicklungen, die zu einer anderen Zusammensetzung der nachmaligen Erbengemeinschaft führen, wirksam bzw. ohne die Folgen des § 2287 BGB bleibt (Kanzleiter, „Umverteilung“ des Nachlasses mit Zustimmung des Vertragserben und Eintritt der Ersatzerbfolge, ZEV 1997, 261, 266), ist in der Literatur nicht unwidersprochen geblieben (vgl. hierzu Nieder, a.a.O., Rn. 1188, m. w. N.). In diesem Punkt verbliebe somit eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Sicherheitshalber sollte u. E. schließlich auch zum Ausdruck gebracht werden, dass jeweils auf Pflichtteilergänzungsansprüche (gegenständlich beschränkt auf das Anwesen, soweit dessen Wert die eventuell zu zahlende Abfindung übersteigt) verzichtet wird.

#### **b) Nacherbengebundener Miteigentumsanteil**

Zu klären ist noch die Rechtslage hinsichtlich der von der Nacherbfolge erfassten Miteigentumshälfte unter dem Gesichtspunkt der Übertragung unter Lebenden auf den Todesfall. Anerkanntermaßen kann der Vorerbe mit Zustimmung des oder der Nacherben wirksam über Nachlassgegenstände – auch zugunsten einzelner Nacherben – verfügen, was sich schon aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz „volenti non fit iniuria“ ergibt (vgl. statt vieler Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Auflage 1997, Rn. 3478).

Auch ist anerkannt, dass insoweit zustimmungsbefugt grundsätzlich die zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts berufenen Nacherben, nicht etwa auch Ersatznacherben, hinsichtlich derer der Ersatzerbfall noch nicht eingetreten ist, sind (Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 3519). Dies wird aus dem Wortlaut des § 2120 BGB und aus dem regelmäßig anzunehmenden Erblasserwillen gefolgert (RGZ 145, 316, 320; BGHZ 40, 115, 119). „Der Ersatznacherbe hat noch keine Rechte und Pflichten in Bezug auf den Nachlass und kann daher mit Zustimmung des Nacherben vorgenommene und damit endgültig wirksame Verfügungen des Vorerben nicht verhindern“ (Nieder, a.a.O., Rn. 601).

Daraus könnte man für den vorliegenden Fall, in dem eben gerade noch nicht unmittelbar „vollwirksam“ verfügt werden, sondern der Eigentumsübergang nicht mehr zu Lebzeiten der Erblasserin stattfinden soll, folgern, dass die Zustimmung eines eventuell noch eintretenden Ersatznacherben erforderlich würde. Angesprochen ist damit wiederum der Fall des Versterbens auch eines der Kinder der vorverstorbenen Tochter unter Hinterlassung von Abkömmlingen vor Eintritt des Todes der Erblasserin. Leider konnten wir auch zu dieser Frage der Erforderlichkeit der Ersatznacherbenzustimmung im Falle des auf den Tod des Erblassers befristeten Rechtsgeschäfts unter Lebenden keine ausdrücklichen Stellungnahmen ausfindig machen.