

BGH: \* Ende der Wirksamkeit einer testamentarisch angeordneten Dauertestamentsvollstreckung

NJW 2008, 1157

## **\* Ende der Wirksamkeit einer testamentarisch angeordneten Dauertestamentsvollstreckung**

BGB §§ 2198, 2209, 2210

**1. Die Fortdauer der Testamentsvollstreckung über 30 Jahre hinaus unterliegt gem. § 2210 BGB einer zeitlichen Begrenzung.**

**2. Sind seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen und soll die Verwaltung des Nachlasses nach dem Willen des Erblassers über 30 Jahre hinaus bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern, verliert die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung ihre Wirksamkeit mit dem Tode des letzten Testamentsvollstreckers, der innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde.**

---

BGH, Urteil vom 5. 12. 2007 - IV ZR 275/06 (KG)

---

### **Zum Sachverhalt:**

Das Verfahren betrifft die Testamentsvollstreckung über den Nachlass des am 20. 7. 1951 verstorbenen ehemaligen Kronprinzen *Wilhelm Prinz von Preußen* (Erblasser), dem ältesten Sohn des 1941 verstorbenen ehemaligen Deutschen Kaisers *Wilhelm II.* Der Bekl. ist der älteste Sohn des am 25. 9. 1994 verstorbenen *Louis Ferdinand Prinz von Preußen*, der wiederum zweitältester Sohn des Erblassers war. Die Kl. begehren unter Berufung auf ihr Amt als Testamentsvollstrecker des Erblassers mit ihrer Klage die Herausgabe von Inventar einer vom Bekl. bewohnten Villa, das nach ihrer Behauptung zum Nachlass gehört. Der Bekl. tritt der Klage entgegen und beantragt widerklagend festzustellen, dass die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung des Erblassers über seinen Nachlass mit dem Tode seines zweiten Sohnes unwirksam geworden sei. Dem Streit der Parteien um die Dauer der Testamentsvollstreckung liegen zwei letztwillige Verfügungen des Erblassers aus den Jahren 1938 und 1950 zu Grunde. 1938 schloss dieser mit seinem zweiten Sohn unter Beteiligung von *Wilhelm II.* einen Erbvertrag. Darin wurde *Louis Ferdinand Prinz von Preußen* zum alleinigen Erben eingesetzt (§ 1 I 1) mit verschiedenen Vor- und Nacherbschaftsregelungen unter Einbeziehung der Grundsätze der „alten Hausverfassung des Brandenburg-Preußischen Hauses“; die Erbfolge nach dem Erblasser ist nach wie vor umstritten. Darüber hinaus ordnete der Erblasser zur Ausführung seines letzten Willens Testamentsvollstreckung an (§ 4). Er legte fest, wer als Testamentsvollstrecker zur Verwaltung des Nachlasses berufen sein sollte (§§ 5, 8 I Nr. 3), und traf diesbezüglich in § 8 II folgende Bestimmung: „Die Verwaltung der Testamentsvollstrecker soll solange bestehen, als es das Gesetz zulässt (BGB § 2210), also mindestens 30 Jahre nach dem Tode des Kronprinzen, mindestens bis zum Tode des Erben (Nacherben) und mindestens bis zum Tode der Testamentsvollstrecker oder ihrer Nachfolger.“ In dem 1950 errichteten Testament hielt der Erblasser den Erbvertrag von 1938 aufrecht. Unter Nr. 6 des Testaments bestimmte er jedoch Folgendes: „In Abänderung des Paragraphen 5 des Erbvertrags von 1938 werden als Testamentsvollstrecker für die Ausführung des Erbvertrags von 1938 und dieser letztwilligen Verfügung ernannt:

1. *C H Graf von H.*,
2. *Dr. H J*,
3. Rechtsanwalt *F* von *S.*

Zu Ersatztestamentsvollstreckern ernenne ich:

für den Testamentsvollstrecker zu 1: *K* von *S*,

für den Testamentsvollstrecker zu 2: Herrn *O M*,

für den Testamentsvollstrecker zu 3: Rechtsanwalt *R Graf von G.*

Sind ein oder mehrere Testamentsvollstrecker oder Ersatztestamentsvollstrecker fortgefallen oder erfolgt dies während der Dauer der Testamentsvollstreckerschaft, so soll der Präsident des Deutschen Bundesgerichts auf Vorschlag der noch vorhandenen Testamentsvollstrecker Ersatztestamentsvollstrecker ernennen.“

Die vom Erblasser persönlich ernannten Testaments- und Ersatztestamentsvollstrecker sind inzwischen alle weggefallen. Die derzeit amtierenden Testamentsvollstrecker – der Kl. zu 1 (Jahrgang 1940) seit 2004, der Kl. zu 2 (Jahrgang 1948) seit 1975 – wurden vom Präsidenten des BGH in ihr Amt berufen.

Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das BerGer. hat durch Teilurteil nur über die Widerklage entschieden und diese abgewiesen (KG, ZEV 2007, 335 = BeckRS 2006, 13920). Mit der hiergegen gerichteten Revision erstrebt der Bekl. insoweit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Das Rechtsmittel war erfolglos.

### **Aus den Gründen:**

[7]... I. Das BerGer. hat ausgeführt:

Entgegen der Auffassung des LG sei die Dauertestamentsvollstreckung nach dem am 20. 5. 1951 (gemeint: 20. 7. 1951) verstorbenen Erblasser nicht beendet. Der Erblasser habe wirksam die Fortdauer der Testamentsvollstreckung kumulativ bis zum Tode des Testamentsvollstreckers oder des Erben angeordnet, und zwar je nachdem, welches dieser Ereignisse zuletzt eintrete. Die Testamentsvollstreckung solle so lange andauern, wie irgend möglich. Jedenfalls der Beendigungsgrund „Tod des Testamentsvollstreckers“ sei bisher nicht eingetreten. Bei ihm komme es auf das Ableben des letzten bei Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 2210 S. 1 BGB amtierenden Testamentsvollstreckers an. Da der Kl. zu 2 bereits im Jahre 1975 – und damit vor Ablauf der 30-jährigen Frist am 20. 7. 1981 – durch Erklärung des Präsidenten des BGH zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden sei, bestehe die Dauertestamentsvollstreckung fort.

[8]II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

[9]1. Das BerGer. geht stillschweigend davon aus, dass einen Streit darüber, ob eine Testamentsvollstreckung beendet ist, das Prozessgericht und nicht das Nachlassgericht zu entscheiden hat. Damit befindet es sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 41, 23 [28] = NJW 1964, 1316).

[10]2. Die Annahme des BerGer., dass die im Erbvertrag angeordnete Testamentsvollstreckung nach dem Willen des Erblassers so lange wie irgend möglich andauern solle, und die vom BerGer. in Bezug genommene Würdigung des LG, § 8 II des Erbvertrags lasse keinen Zweifel daran, dass die Vertragsschließenden und insbesondere der Erblasser angestrebt hätten, das „Hausvermögen“ so lange wie irgend möglich als abgegrenzte Vermögensmasse rechtlich verselbstständigt zu halten, stehen im Einklang mit der Auslegung des Erbvertrags durch den Senat (vgl. BGHZ 140, 118 [129] = NJW 1999, 566).

[11]3. Das weitere Auslegungsergebnis des BerGer., nach dem der Erblasser in § 8 II des Erbvertrags die Fortdauer der Dauertestamentsvollstreckung bis zum Tod des Erben oder der Testamentsvollstrecker angeordnet habe, und zwar je nachdem, welches dieser Ereignisse zuletzt eintrete, ist – entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht – ebenfalls nicht zu beanstanden. Zwar kann ein Erblasser letztwillig verfügen, dass die Testamentsvollstreckung endet, wenn – alternativ – entweder der „Tod des Erben“ oder der „Tod des Testamentsvollstreckers“ eingetreten ist (vgl. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. V, ErbR, 1912, S. 29 Fußn. 61 i.V. mit S. 27 Fußn. 41). Zwingend ist dies jedoch nicht. Der Erblasser kann vielmehr das Ende der Testamentsvollstreckung nach § 2210 S. 2 BGB ebenso gut von einer Kombination der genannten Ereignisse abhängig machen, so dass ein Ende der Testamentsvollstreckung erst anzunehmen ist, wenn beide Bedingungen erfüllt sind (vgl. Crome, S. 29 Fußn. 61 i.V. mit S. 27 Fußn. 41). Wie vom BerGer. und von der Revisionserwiderung zutreffend gesehen, verlangt § 2210 S. 2 BGB einem Erblasser, der seinen Nachlass einer möglichst lange dauernden Testamentsvollstreckung unterwerfen will, zum

Zeitpunkt der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung nicht die Prognose ab, ob der vorgesehene Erbe den vorgesehenen Testamentsvollstrecker überlebt oder (eher) dem Testamentsvollstrecker das längere Leben beschieden sein wird.

[12]4. Dem BerGer. ist auch darin zu folgen, dass das Ereignis „Tod des Testamentsvollstreckers“ i.S. des § 2210 S. 2 BGB und somit das Ende der Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 S. 1 BGB so lange nicht eingetreten sind, wie der Kl. zu 2 noch lebt, der vom Präsidenten des BGH im Jahre 1975 und damit vor Ablauf der in § 2210 S. 1 BGB

1158 ▲▼

BGH: \* Ende der Wirksamkeit einer testamentarisch angeordneten Dauertestamentsvollstreckung (NJW 2008, 1157)

normierten Frist von 30 Jahren seit dem Erbfall am 20. 7. 1951 zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist.

[13]a) Das BerGer. geht zu Recht davon aus, dass die Fortdauer der Testamentsvollstreckung über 30 Jahre hinaus gem. § 2210 BGB einer zeitlichen Begrenzung unterliegt. Das ist auch einhellige Ansicht in der Literatur. Zwar könnte man bei isolierter Betrachtung des Wortlauts des § 2210 S. 2 BGB, wonach der Erblasser anordnen kann, dass die Verwaltung des Nachlasses bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern soll, i.V. mit den §§ 2198 I 1, 2199 II, 2200 I BGB, die dem Erblasser die Möglichkeit geben, durch einen Dritten, den jeweils amtierenden Testamentsvollstrecker oder das Nachlassgericht Testamentsvollstrecker-Nachfolger ernennen zu lassen (vgl. *Zimmermann*, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2004], § 2199 Rdnr. 1), zu der Ansicht gelangen, dass das BGB einem Erblasser erlaube, die Testamentsvollstreckung über seinen Nachlass gleichsam zu verewigen. Das würde jedoch dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 2210 BGB nicht gerecht, wie den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB zu entnehmen ist. Denn dort ist festgehalten:

„Was dann die Frage angehe, ob eine Testamentsvollstreckung, bei der die Verwaltung Selbstzweck sei, zeitlich beschränkt werden müsse, so würde die zeitliche Unbeschränktheit einer solchen Testamentsvollstreckung im grellen Widerspruche zu den Gründen stehen, aus welchen man bei der Nacherbschaft und dem Nachvermächtnis eine zeitliche Schranke für notwendig erachtet habe, da alle diese Gründe auch hier zuträfen. ... Der Erblasser würde ... ohne zeitliche Schranke in der Lage sein, ohne landesgesetzliche Genehmigung eine Stiftung oder, ohne den landesgesetzlichen Erfordernissen zu genügen, ein deutschrechtliches Familienfideikommiss ins Leben zu rufen“ (vgl. *Spahn*, in: *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, 1899, S. 308).

[14]Zweck und Entstehungsgeschichte des § 2210 BGB gehen somit eindeutig dahin, die Wirksamkeit der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung zeitlich zu begrenzen. Bei Festlegung dieser Grenzen darf zwar der einem Erblasser gesetzlich an die Hand gegebene, von ihm grundsätzlich voll ausschöpfbare Gestaltungsrahmen bei der Ernennung von Testamentsvollstrecker-Nachfolgern nicht außer Acht gelassen werden. Es findet sich aber kein Hinweis, dass ihm ausnahmsweise auch die Möglichkeit eröffnet werden soll, eine auf unbegrenzte Dauer angestrebte Testamentsvollstreckung umzusetzen.

[15]b) Wie diese Grenzziehung gem. § 2210 BGB bei vom Erblasser gewünschten zeitlichen Ausdehnungen einer Testamentsvollstreckung unter Beachtung seiner ihm gesetzlich eingeräumten Gestaltungsfreiheit vorzunehmen ist, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt.

[16]aa) Die herrschende Meinung stellt bei der Frage, wie lange eine Testamentsvollstreckung i.S. des § 2209 S. 1 BGB dauern könne, wenn sie nach dem Willen des Erblassers über 30 Jahre hinaus bis zum Tode des (Ersatz-)Testamentsvollstreckers dauern solle, in Anlehnung an § 2109 I 2 Nr. 1 BGB (Nacherbschaft) und § 2163 I Nr. 1 BGB (Vermächtnis) darauf ab, ob der (Ersatz-)Testamentsvollstrecker zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt habe. Wenn dies der Fall sei, könne sich seine Verwaltung über den in § 2210 S. 1 BGB genannten Zeitraum von 30 Jahren hinaus bis zu seinem Tode

erstrecken (§ 2210 S. 2 BGB); wenn nicht, ende die Testamentsvollstreckung spätestens mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall oder mit dem Tode des Erben oder des Nacherben (sog. Generationentheorie, vgl. *Kipp*, in: *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Abteilung: Das ErbR, 1./2. Aufl. [1911], S. 320; *Kipp/Coing*, ErbR, 14. Bearb. [1990], S. 396f.; *Frommhold*, Das ErbR des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, Anm. zu § 2210; *Ritgen*, in: *Planck*, BGB, 1./2. Aufl. [1902], § 2210 Anm. 2; *Staudinger/Herzfelder*, BGB, 1902, §§ 2209, 2210 Anm. 2; *Staudinger/Dittmann*, BGB, 10./11. Aufl. [1960], § 2210 Rdnr. 3; *Staudinger/Reimann*, BGB, Neubearb. 2003, § 2210 Rdnr. 11; *Holtz*, Die verwaltende Testamentsvollstreckung der §§ 2209 und 2210 BGB, 1907, S. 10f.; v. *Maercken*, Der Testamentsvollstrecker mit selbständigem Verwaltungsrecht (§ 2209 BGB), 1920, S. 32f.; *Erman/Hense*, BGB, 3. Aufl. [1962], Anm. zu § 2210; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 11. Aufl. [2004], § 2210 Rdnr. 3; *Bund*, JuS 1966, 60 [63f.]; *Lange*, JuS 1970, 101 [102, 105]; *Soergel/Siebert/Müller*, BGB, 10. Aufl. [1974], § 2210 Rdnr. 2; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl. [2002/2003], § 2210 Rdnr. 2; *Brandner*, in: MünchKomm, 1. Aufl. [1982], § 2210 Rdnr. 6; *Zimmermann*, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2004], § 2210 Rdnr. 6; *Offergeld*, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, 1995, S. 171; *Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 2210 Rdnr. 4; *Lenzen*, in: Deutscher Erbrechtskomm., 2003, § 2210 Rdnr. 1; *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4 [8, 11]; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl. [2007], § 2210 Rdnr. 3; *Schiemann*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 2. Aufl. [2007], § 2210 Rdnr. 1; *Heilmann*, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. [2007], § 2210 Rdnr. 3; *Hoeren*, in: *Schulze*, BGB, 5. Aufl. [2007], § 2210 Rdnr. 4; *Weidlich*, in: AnwKomm-BGB, 2. Aufl. [2007], § 2210 Rdnr. 6; *Lorz*, in: *Scherer*, Münch. Anwaltshdb. ErbR, 2. Aufl. [2007], § 19 Rdnr. 212).

[17]bb) Nach einer anderen in der Literatur vertretenen Auffassung muss der (Ersatz-)Testamentsvollstrecker, wenn die Verwaltung des Nachlasses bis zu seinem Tode dauern und eine Umgehung des Gesetzes verhütet werden sollen, vor Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall ernannt sein (sog. Amtstheorie, vgl. *Hoffmann*, in: RGRK, 1910, § 2210 Anm. 1; *Seyffarth*, in: RGRK, 3. Aufl. [1921], § 2210 Anm. 1; *Buchwald*, in: RGRK, 9. Aufl. [1940], § 2210 Anm. 1; *Kregel*, in: RGRK, 12. Aufl. [1975], § 2210 Rdnr. 2).

[18]cc) Nach einer weiteren im Schrifttum verbreiteten Ansicht müsse zur Verhinderung einer zeitlich unbegrenzten Testamentsvollstreckung verlangt werden, dass der (Ersatz-)Testamentsvollstrecker beim Erbfall bereits gelebt habe oder zumindest binnen 30 Jahren nach dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt worden sei (sog. Kombinationstheorie, vgl. *Palandt/Rechenmacher*, BGB, 17. Aufl. [1958], § 2210 Anm. 1; *Palandt/Keidel*, BGB, 20. Aufl. [1961], § 2210 Anm. 1; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 42. Aufl. [1983], § 2210 Anm. 1; *Finger*, in: AK-BGB, 1990, § 2210 Rdnr. 4; *Ebenroth*, ErbR, 1992, S. 430; *Lauer*, Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse, 1999, S. 143f.; *Reimann*, in: *Bengel/Reimann*, Hdb. der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. [2001], S. 374; *Mayer*, in: *Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich*, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. [2005], S. 158; *Jauernig/Stürner*, BGB, 12. Aufl. [2007], § 2210 Rdnr. 1; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 18. Aufl. [2007], S. 84f.).

[19]dd) Schließlich wird in der Literatur angenommen, dass zum Zweck der zeitlichen Begrenzung der Testamentsvollstreckung die in § 2210 S. 2 BGB zugelassene Verlängerung der Frist „bis zum Tode ... des Testamentsvollstreckers“ nur für den ersten Testamentsvollstrecker gelten könne (sog. Primattheorie, vgl. *Peiser*, Hdb. des TestamentsR, 1902, S. 226f., und 2. Aufl. [1907], S. 257 Fußn. 91; *Unzner*, in: *Planck*, BGB, 3. Aufl. [1908], § 2210 Anm. 3; *Flad*, in: *Planck*, BGB, 4. Aufl. [1930], § 2210 Anm. 3; *Kretzschmar*, Das ErbR des Deutschen Bürgerlichen

BGH: \* Ende der Wirksamkeit einer testamentarisch angeordneten Dauertestamentsvollstreckung (NJW 2008, 1157)

1159 ▲  
▼

Gesetzbuchs, 1910, S. 194; *Sasse*, Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser, 1997, S. 57f.; *O. Schmidt*, ZEV 2000, 438 [439]; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. [2003], S. 69f.; *Semmler*, Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers, 2006,

S. 141ff.). Vereinzelt wird darüber hinaus lediglich der vom Erblasser selbst namentlich bestimmte Ersatztestamentsvollstrecker (§ 2197 II BGB) noch in den Anwendungsbereich des § 2210 S. 2 BGB mit einbezogen (sog. Primatersatztheorie, vgl. *Zimmermann*, ZEV 2006, 508 [509]; *Reimann*, NJW 2007, 3034 [3037]).

[20]c) Nach § 2224 I 3 BGB kann ein Erblasser anordnen, dass bei Wegfall eines von mehreren Testamentsvollstreckern eine andere Person nach § 2198 I 1 BGB, § 2199 II BGB oder § 2200 I BGB zum (Ersatz-)Testamentsvollstrecker ernannt werden soll (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl. [2007], § 2224 Rdnr. 5; *Staudinger/Reimann*, BGB, Neubearb. 2003, § 2224 Rdnr. 38; *Zimmermann*, in: MünchKomm, § 2224 Rdnr. 21). Indem das BerGer. die Verewigung der Testamentsvollstreckung dadurch verhindert, dass es die Anwendung eines Testamentsvollstreckerergänzungsverfahrens nach den genannten Vorschriften nur bis zum Tode des letzten Testamentsvollstreckers für möglich hält, der bei Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 2210 S. 1 BGB im Amt war, schließt es sich der Amtstheorie an.

[21]aa) Das überzeugt schon deshalb, weil die Amtstheorie nicht nur dem Zweck des § 2210 BGB, die Wirksamkeit der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung zeitlich zu begrenzen, gerecht wird, sondern darüber hinaus die einzige Theorie ist, die sich zwanglos mit dem Wortlaut des § 2210 S. 2 BGB vereinbaren lässt. Soll danach bei entsprechender Anordnung des Erblassers die Verwaltung des Nachlasses „fortdauern“, kann es nur um die Weiterführung der vom (letzten) Testamentsvollstrecker noch innerhalb der 30-Jahres-Frist des § 2210 S. 1 BGB begonnenen Verwaltungstätigkeit gehen, welche dann mit dessen Tod (ebenfalls) ihr Ende findet. Infolgedessen kommt es entscheidend auf den (oder die) bei Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 2210 S. 1 BGB amtierenden Testamentsvollstrecker an.

[22]bb) Die von der herrschenden Meinung vertretene Generationentheorie, die für die Anwendbarkeit des § 2210 S. 2 BGB maßgeblich darauf abstellt, ob der (Ersatz-)Testamentsvollstrecker beim Tode des Erblassers schon gelebt hat, und sich dabei an den zur Nacherbschaft in § 2109 I 2 Nr. 1 BGB und zum Vermächtnis in § 2163 I Nr. 1 BGB getroffenen Regelungen („wenn ... ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt“) orientiert, kann demgegenüber zwar die Gesetzesmaterialien insoweit für sich in Anspruch nehmen, als dort zum Ausdruck gebracht ist, dass die zeitliche Unbeschränktheit einer Dauertestamentsvollstreckung „im grellen Widerspruche zu den Gründen stehen [würde], aus welchen man bei der Nacherbschaft und dem Nachvermächtnis eine zeitliche Schranke für notwendig erachtet habe“ und man einig sei, dass „die zeitliche Schranke in gleicher Weise zu bestimmen sei wie bei der Nacherbschaft“ (vgl. *Spahn*, in: *Achilles/Gebhard/Spahn*, S. 308). Auch kann sie sich möglicherweise darauf stützen, dass die Gesetzgebungskommission bei der Aufstellung der Normen – gemeint sind jedenfalls die später als §§ 2109 I, 2163 I BGB Gesetz gewordenen Vorschriften – „ein einheitliches Prinzip“ im Auge gehabt habe, nach welchem nach Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall nur Ereignisse berücksichtigt werden, „welche in der zur Zeit des Erbfalls lebenden Generation der Beteiligten eintreten“ (vgl. *Spahn*, in: *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. V, S. 237ff., bes. S. 240).

[23]Allerdings darf – mit dem BerGer. – nicht übersehen werden, dass § 2210 BGB in Wortlaut, Aufbau und Struktur deutlich von den §§ 2109, 2163 BGB abweicht. So kann dem Wortlaut des § 2210 S. 2 BGB nicht entnommen werden, dass die Verwaltung des Nachlasses nur dann über die 30-Jahres-Frist des § 2210 S. 1 BGB hinaus bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern kann, wenn dieser zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat. Systematisch kommt hinzu, dass § 2210 S. 3 BGB – ausdrücklich nur – die Vorschrift des § 2163 II BGB für entsprechend anwendbar erklärt; allein dieser Umstand schließt es aus, bei § 2210 BGB darüber hinaus zu einer entsprechenden Anwendbarkeit auch der §§ 2163 I Nr. 1, 2109 I 2 Nr. 1 BGB zu gelangen.

[24]Schließlich wurde der ursprüngliche Ansatz der Gesetzgebungskommission, die zeitliche Schranke bei der Dauertestamentsvollstreckung in gleicher Weise zu bestimmen wie bei der Nacherbschaft, im weiteren Verlauf der Beratungen nur zum Teil verwirklicht. Denn bei der später nochmals im Zusammenhang erfolgten Erörterung der §§ 2109 (damals § 1813), 2163 (damals §

1847h) und 2210 (damals § 1910c) BGB wurde lediglich bestimmt, dass es – wie dann in den §§ 2109 II, 2163 II und 2210 S. 3 BGB auch Gesetz geworden – bei juristischen Personen jeweils bei der 30-jährigen Frist sein Bewenden habe (vgl. *Gebhard*, in: *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 91f.). Damit hat die von der herrschenden Meinung in der Literatur bei natürlichen Personen geforderte zeitliche Koexistenz von Testamentsvollstrecker(n) und Erblasser keinen Eingang in die Vorschrift des § 2210 BGB gefunden.

[25]cc) Dasselbe gilt für die von der Primattheorie aufgestellte Voraussetzung, eine Verlängerung der 30-Jahres-Frist des § 2210 S. 1 BGB könne es nur für den ersten Testamentsvollstrecker geben. Auch für sie gibt es weder im Wortlaut noch in der Systematik des § 2210 BGB einen Anhalt. Die gegenteilige Argumentation, nach welcher sich aus den in § 2210 BGB enthaltenen Worten „des Testamentsvollstreckers“ und der fehlenden Verweisung auf § 2199 II BGB ergebe, dass nur der erste Testamentsvollstrecker und nicht ein Nachfolger gemeint sein könne (*Zimmermann*, ZEV 2006, 508 [509]), vermag nicht zu überzeugen. Denn in den §§ 2201–2209, 2211–2223, 2225–2227 BGB ist ebenfalls nur vom „Testamentsvollstrecker“ die Rede und eine Verweisung auf § 2199 II BGB nicht vorhanden; eine Verweisung auf die §§ 2197 II, 2198 I 1 und/oder 2200 I BGB existiert ebenfalls nicht. Jeder Nachfolger eines Testamentsvollstreckers hätte also, folgte man dieser Argumentation, keinerlei Aufgaben und Befugnisse (vgl. §§ 2203–2209, 2212 BGB), keinerlei Pflichten (vgl. §§ 2215–2218, 2220 BGB), haftete nicht (vgl. §§ 2219, 2220 BGB), könnte nicht kündigen (vgl. § 2226 BGB) und auch nicht entlassen werden (vgl. § 2227 BGB). Bereits das zeigt, dass trotz fehlender Verweisung auf die Vorschriften zur Ersatztestamentsvollstreckerbestimmung mit dem Wort „Testamentsvollstrecker“ nicht nur der erste Testamentsvollstrecker gemeint sein kann.

[26]Die Primattheorie beachtet darüber hinaus nicht hinreichend, dass mit den Nachfolgeregelungen der §§ 2198ff. BGB eine „Entpersonalisierung“ stattgefunden hat, indem die Möglichkeit der Nachfolgebestimmung durch außenstehende Dritte geschaffen und diese insoweit von der Person des Erblassers gerade abgekoppelt wurde – ein Umstand, der bei der Auslegung des § 2210 S. 2 BGB nicht unberücksichtigt bleiben kann.

[27]Der Entstehungsgeschichte des BGB lässt sich ein Beleg für die Richtigkeit der Primattheorie gleichfalls nicht entnehmen. In den Gesetzesmaterialien wird, soweit ersichtlich, nirgends ausschließlich nur auf

BGH: \* Ende der Wirksamkeit einer testamentarisch angeordneten Dauertestamentsvollstreckung (NJW 2008, 1157)

1160 ▲  
▼

den ersten Testamentsvollstrecker abgestellt. Schließlich ist auch nach dem Zweck des § 2210 BGB keine derart radikale, über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Beschränkung der Reichweite der mit ihm konfligierenden Normen der §§ 2198 I 1, 2199 II, 2200 I BGB geboten.

[28]dd) Aus denselben Gründen verdient auch die Primatersatztheorie keine Zustimmung. Hinzu kommt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Ersatztestamentsvollstreckern – je nach dem, ob sie nach § 2197 II, § 2198 I 1, § 2199 II oder § 2200 I BGB in ihr Amt gelangt sind – im BGB ersichtlich nicht vorgesehen ist. Der Erblasser kann daher beispielsweise einer ihm namentlich bekannten Person besonderes Vertrauen schenken und sie in einer letztwilligen Verfügung zum (Ersatz-)Testamentsvollstrecker ernennen, er kann aber auch einem ihm bekannten Dritten besonderes Vertrauen entgegenbringen und ihn durch letztwillige Verfügung zur Bestimmung der Person des (Ersatz-)Testamentsvollstreckers ermächtigen. Beides ist in gleicher Weise schutzwürdig (a. A. *Zimmermann*, ZEV 2006, 508 [509]).

[29]d) Die Wirksamkeit der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 S. 1 BGB ist mithin, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind und die Verwaltung des Nachlasses nach dem Willen des Erblassers gem. § 2210 S. 2 BGB bis zum Tode des Testamentsvollstreckers fort dauern soll, nach der Amtstheorie zu beurteilen. Da der Kl. zu 2 noch innerhalb von 30 Jahren

nach dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde, war somit auf Fortdauer der Testamentsvollstreckung zu erkennen.

[30]5. Ein Verstoß gegen das Übermaßverbot ist darin entgegen der Ansicht der Revision auch mit Blick auf den von ihr geltend gemachten Grundrechtsschutz aus Art. 14 I GG nicht zu erkennen. Zwar entspricht dem Recht des Erblassers zu vererben das Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben, so dass der begünstigte Erbe jedenfalls vom Eintritt des Erbfalls an den Schutz des Grundrechts genießt (*BVerfG*, NJW 2000, 2495 m. Nachw.). Durch die Anordnung einer erbrechtlich gestatteten zeitlichen Ausdehnung der Testamentsvollstreckung wird ihm jedoch keine von Art. 14 I GG geschützte Eigentumsposition entzogen. Eine Anwartschaft darauf, ohne eine solche Beschränkung Erbe zu werden, besteht nicht. Die Sicherung einer Mindestteilhabe am Nachlass sieht das Gesetz allein für Pflichtteilsberechtigte durch das Ausschlagungsrecht gem. § 2306 BGB vor. Für eine Absicherung anderer, nicht pflichtteilsberechtigter Erbbegünstigter gibt es – auch aus verfassungsrechtlicher Sicht – keine Grundlage.

[31]6. Das BerGer. hat entgegen der Ansicht der Revision schließlich keinen wesentlichen Prozessstoff außer Acht gelassen. Insbesondere hat es, wie seine Ausführungen auf S. 18 des Berufungsurteils und die dort in Bezug genommenen Ausführungen auf den S. 30ff. des landgerichtlichen Urteils zeigen, berücksichtigt, dass die Testamentsvollstrecker von 1981 bis zum Ableben des Vaters des Bekl. im Jahre 1994 ihr Amt (faktisch) nicht ausgeübt haben. Es hat diesen Umstand jedoch zu Recht als unerheblich bezeichnet, weil eine vom Erblasser angeordnete (Dauer-)Testamentsvollstreckung nicht dadurch beseitigt oder „verwirkt“ werden kann, dass eingesetzte Testamentsvollstrecker eine Zeit lang untätig bleiben.

---

#### **Anm. d. Schriftlg.:**

Die Entscheidung wird besprochen von *Zimmer*, NJW 2008, 1125 (in diesem Heft). – Zur Frist für die Dauertestamentsvollstreckung nach § 2210 BGB s. auch *Gottwald*, ZEV 2006, 293 (296); zu Vereinbarungen zwischen Testamentsvollstrecker und Erben über die vorzeitige Beendigung der Testamentsvollstreckung s. *Reimann*, NJW 2005, 789.