

## Bemerkungen zur cautela Socini

Von Dr. Hanspeter Daragan, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Bremen

Der Beitrag<sup>1</sup> behandelt die Frage, was der Erblasser<sup>2</sup> mit einer cautela Socini erreichen kann. Und was es stattdessen gibt.

### 1. Einführung

In immer neuen Varianten schreibt das Leben die Geschichte eines Erblassers, der seine beiden Kinder gleichmäßig bedenken möchte. Aus je eigenen Gründen möchte er aber auch, dass sie das Erbe nicht verwalten, jedenfalls nicht sofort, sondern dass das ein Testamentsvollstrecker erledigt. Er weiß, dass eines seiner Kinder sich fragen wird, ob der Testamentsvollstrecker postume Hilfe oder Bevormundung ist. Je nachdem, wie es antwortet, wird es das Erbe samt Testamentsvollstrecker annehmen oder ausschlagen und seinen Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil wiederum kann den Nachlass ruinieren. Zumindest wird er ihn erheblich schmälern.

Das ist dem Erblasser Anlass, seinen Rechtsberater<sup>3</sup> zu fragen, was sich machen lässt. Dann wird ihm gesagt werden, dass er mit dem Kind einen Pflichtteilsverzicht vereinbaren kann, der ihn allerdings jetzt schon Geld kostet. Winkt der Erblasser ab, wird er erfahren, dass er nur noch die Möglichkeit hat, dem Kind eine Zuwendung zu machen, die seinem Pflichtteil gleichkommt, aber frei von Testamentsvollstreckung ist.

Die Zuwendung kann ein Vermächtnis sein.<sup>4</sup> Aber es hilft nur weiter, wenn sich im Vermögen des Erblassers Gegenstände von ausreichendem Wert befinden, mit denen es erfüllt werden kann. Sonst hat es den gleichen Geldabfluss zur Folge wie der Pflichtteil. Da der Erblasser sein Vermögen nicht so passend strukturiert hat, bleibt nur eine Erbeinsetzung. Sie kann dem Kind wahlweise angeboten werden und bindet, wird der Erblasser auch erfahren, das Kind in eine Erbengemeinschaft mit allen Rechten und Pflichten ein. Es kann zwar jederzeit die Auseinandersetzung der Gemeinschaft verlangen oder gegen Abfindung ausscheiden. Aber das braucht Zeit. Und abgerechnet wird nicht nach dem Wert des Nachlasses im Erbfall, wie beim Pflichtteil, sondern nach dem Wert bei Abschluss der Auseinandersetzung oder dem Ausscheiden. Vielleicht können auch die anderen Kinder eine Zerschlagung des Nachlasses verhindern. Wer weiß.

So mit Sachverstand ausgestattet macht sich der Erblasser ans Werk. Er ist, um der einfacheren Darstellung willen, erbrechtlich alleinstehend, hat also keinen Ehegatten oder Lebenspartner, der auch pflichtteilsberechtigt ist. Auch ist er erbrechtlich ungebunden, sodass er ohne Weiteres ein Testament machen kann. Darin möchte er seine Kinder vor die Wahl zwischen einem mit Testamentsvollstreckung belasteten Erbe und dem Pflichtteil stellen.

### 2. Die cautela Socini

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts konnte ein Elternteil seinem Kind einen Erbeil zuwenden, der den Pflichtteil überstieg, aber mit Beschränkungen oder Belastungen versehen war,

und hinzufügen, wenn das Kind diesen Erbeil nicht annehme, solle es nur den Pflichtteil bekommen.<sup>5</sup> Diese Erbeinsetzung ist mit dem Namen des italienischen Juristen *Marianus Socinus des Jüngeren* verbunden. Er hat sie zwar nicht erfunden, wohl aber für ihre Verteidigung und Verbreitung gewirkt.<sup>6</sup>

Mit Inkrafttreten des BGB ist die Urform der cautela Socini durch § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB alter Fassung<sup>7</sup> gegenstandslos<sup>8</sup> und durch § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB alter Fassung überflüssig geworden.<sup>9</sup> Darauf hat *Kipp*<sup>10</sup> schon sehr früh hingewiesen. Auch nach § 2306 Abs. 1 BGB aktueller Fassung kann ein pflichtteilsberechtigter Erbe entscheiden, ob er einen mit Testamentsvollstreckung belasteten Erbeil, annimmt oder ob er ihn ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Rechtlich gesehen kann der Erblasser mit dieser cautela Socini also nur wiederholen, was bereits im Gesetz steht.

Aber die Gestaltungspraxis hat die klassische cautela Socini fortentwickelt.<sup>11</sup> Nunmehr soll der Erblasser seinem Kind auch die Wahl zwischen einem belasteten Erbeil und einem unbelasteten Erbeil einräumen können. Die Höhe der Erbeile kann beliebig sein. Aber damit das Kind die Kröte in Gestalt der Belastung schluckt, wird ihm ein belasteter Erbeil angeboten, der seinen Pflichtteil übersteigt, und ein unbelasteter Erbeil, der seinem Pflichtteil gleichkommt.

#### a) Zuwendung von zwei Erbeilen

Bei einem Wahlvermächtnis (§ 2154 BGB) wird, wie bei der Wahlschuld des Schuldrechts (§ 262 BGB),<sup>12</sup> eine Forderung mit alternativen Leistungsgegenständen zugewendet, verbunden mit dem Recht des Bedachten oder eines Dritten, einen der Leistungsgegenstände zu wählen und den Anspruch darauf festzulegen.<sup>13</sup>

1) Er ist Herrn Prof. Dr. Jürgen Damrau zum 80. Geburtstag gewidmet.

2) Oder einer Erblasserin.

3) Oder seine Rechtsberaterin.

4) Kanzleitner, DNotZ 1993, 780, 785.

5) Dazu RG v. 12.6.1893 – Rep. VI. 60/93, RGZ 31, 199.

6) *Kipp in Enneccerus/Kipp, Erbrecht*, 2. Aufl., S. 403, Fn 6.

7) § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB aF sah vor, dass bestimmte Beschränkungen oder Belastungen einer Erbeinsetzung unwirksam waren, wenn der Erbeil gleich oder kleiner war als der Pflichtteil.

8) Dazu BGH v. 28.10.1991 – IV ZR 221/91, BGHZ 120, 96. Ablehnend Kanzleitner, DNotZ DNotZ 1993, 780.

9) Nach Ferid/Cieslar (in Staudinger, 12. Aufl., § 2306 BGB Fn 3) und Coing (in *Kipp/Coing, Erbrecht*, 13. Aufl., S. 448) ist die cautela Socini in § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB fortgeführt worden.

10) *Kipp in Enneccerus/Kipp, Erbrecht*, 2. Aufl., S. 403, Fn 6.

11) Vgl. J. Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 3. Aufl., S. 554 Fn 11.

12) *Grüneberg in Palandt*, 77. Aufl., § 262 BGB Rn 1.

13) Vgl. *Linnartz in Damrau/Tanck, Praxiskommentar Erbrecht*, 3. Aufl., § 2154 BGB Rn 1 f.

Eine damit vergleichbare Wahlerbeinsetzung ist mit § 2065 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Denn hier bleibt es bei der Regel, dass der Erblasser selbst den Gegenstand der Zuwendung bestimmen muss; er kann das keinem Dritten überlassen, auch nicht dem Bedachten. Daher kann er dem Erben ein Wahlrecht nur einräumen, wenn er ihn zu mehreren Erbteilen einsetzt<sup>14</sup> und ihm gestattet, einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen (§ 1951 Abs. 3 BGB). Darauf hat bereits *Otte* hingewiesen.<sup>15</sup> Deshalb muss eine Wahlerbeinsetzung, sei es durch Auslegung nach § 2084 BGB, sei es durch Umdeutung nach § 140 BGB, so verstanden werden, dass der Erblasser nicht eine Erbeinsetzung mit alternativem Inhalt macht, sondern zwei Erbteile zuwendet, zwischen denen der Erbe wählen kann.

### b) Pflichtteil bei Ausschlagung beider Erbteile

Überwiegend wird heute angenommen, dass die fortentwickelte cautela Socini nicht unter § 2306 Abs. 1 BGB fällt.<sup>16</sup> Dem ist zu widersprechen.

Der zu zwei Erbteilen eingesetzte Erbe soll nur einen Erbteil bekommen, nicht beide. Deshalb muss eine der Erbeinsetzungen bedingt sein, weil der Erbe diesen Erbteil nur bekommen soll, wenn er den anderen ausschlägt.

Ein Erbteil kann bedingt zugewendet werden, wie die §§ 2074 und 2075 BGB zeigen. Zulässig ist auch eine Potestativbedingung, die in den Willen des Bedachten gelegt ist. Sie darf nur nicht auf eine Vertretung im Willen hinauslaufen. Erlaubt sind daher solche Potestativbedingungen, bei denen der Erblasser seinen Willen vollständig gebildet und in seine Überlegungen das mögliche, wenn auch willensabhängige künftige Ereignis einbezogen hat. Dem ist genügt, wenn er eine Verfügung für den Fall der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft oder der Beanspruchung des Pflichtteils trifft.<sup>17</sup>

Im Ausgangsfall will der Erblasser erreichen, dass seine Kinder ihre größeren belasteten Erbteile annehmen. Deshalb wendet er ihnen diese Erbteile unbedingt zu. Den kleineren unbelasteten Erbteil hingegen soll jedes Kind nur bekommen, wenn es den größeren Erbteil ausschlägt. Die Ausschlagung des größeren Erbteils ist also Voraussetzung dafür, dass der kleinere Erbteil überhaupt anfällt. Daher ist diese Erbeinsetzung aufschiebend bedingt. Sie hat für jedes Kind eine konstruktive Vor- und Nacherbfolge zur Folge.<sup>18</sup> Für den kleineren Erbteil sind die Kinder daher Nacherben. Vorerben sind die gesetzlichen Erben des Erblassers. Zu ihnen gehören die Kinder nicht. Das folgt aus § 2100 BGB, wonach ein und dieselbe Person für dieselbe Zuwendung nicht zugleich Vorerbe und Nacherbe sein kann.

Jedes Kind kann beide Erbteile ausschlagen, ohne seinen Pflichtteil einzubüßen: Den größeren Erbteil kann es nach § 2306 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1946 BGB ausschlagen, weil es durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist. Den kleineren Erbteil kann es nach § 2306 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 2142 Abs. 1 BGB ausschlagen, weil es dafür Nacherbe ist.<sup>19</sup> Dass es den Nacherbfall selbst herbeiführen kann, ändert daran nichts. Denn maßgebend für die Erbenstellung sind die Verhältnisse im Erbfall.<sup>20</sup> Sie bleiben unverändert, wenn der Nacherbfall eintritt, da ihm keine Rückwirkung auf den Erbfall zukommt (§ 2139 BGB).

### 3. Bedingte Testamentsvollstreckung

Der Erblasser kann sein Ziel jedoch auf andere Weise erreichen: Er setzt jedes Kind mit zwei Erbteilen ohne Wenn und Aber, also unbedingt, ein. Die Höhe der Erbteile kann er beliebig wählen. Aber da er seine Kinder insgesamt in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile bedenken möchte, wird er jeden der Erbteile zweckmäßigerweise nach den Pflichtteilen bestimmen. Für jeden der vier Erbteile ordnet er Testamentsvollstreckung an, aufschiebend bedingt dadurch, dass das Kind beide Erbteile annimmt. Schlägt es einen Erbteil aus, behält es den anderen frei von Testamentsvollstreckung.

Im Unterschied zur cautela Socini ist also nicht eine der Erbeinsetzungen bedingt. Bedingt ist die Testamentsvollstreckung. Die beiden Erbteile hingegen werden unbedingt zugewendet.

Eine Testamentsvollstreckung kann nach allgemeiner Meinung bedingt angeordnet werden.<sup>21</sup> Die Bedingung kann auch eine Potestativbedingung sein, die in den Willen des Beschwererten gestellt ist. § 2065 BGB ist genügt, wenn der Erblasser selbst über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers entschieden hat und die Potestativbedingung nicht zu einer Vertretung im Willen führt. So verhält sich das hier.<sup>22</sup>

Dass jedes Kind beide Erbteile annehmen kann, die dann der Testamentsvollstreckung unterliegen, oder dass es einen Erbteil ausschlagen und den anderen Erbteil frei von Testamentsvollstreckung behalten kann, bedarf keiner weiteren Begründung. Von Interesse ist nur, ob ein Kind auch beide Erbteile ausschlagen und den Pflichtteil verlangen kann. Das hängt davon ab, ob es für seine beiden Erbteile im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist.

Ob generell eine Beschränkung auch bei einer bedingten Testamentsvollstreckung vorliegt, kann dahinstehen. Hier ist jeder Erbe durch die aufschiebend bedingt angeordneten Testamentsvollstreckungen konkret<sup>23</sup> nicht beschränkt. Denn das Wirksamwerden der Testamentsvollstreckungen ist in seinen Willen gestellt. Er kann sie vermeiden, indem er einen Erbteil ausschlägt. Dann bleibt ihm ein freier Erbteil, der dem Pflichtteil gleichwertig ist, wie § 2305 BGB erkennen lässt. Dass der Erbe ausschlagen muss, um den gleichwertigen Erbteil zu bekom-

14) Dazu *Leipold* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., § 1951 BGB Rn 1.

15) In *Staudinger*, § 2306 BGB Rn 36 (September 2014).

16) *Baumann/Karsten*, *RNotZ* 2010, 95, 97; *Keim*, *NJW* 2008, 2072, 2075. *Zweifelfnd J. Mayer*, *ZEV* 2010, 2, 4 und in *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 3. Aufl., S. 556 Fn 123 mwN. *Differenzierend Lange* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., § 2306 BGB Rn 30. *Ohne Stellungnahme Weidlich* in *Palandt*, 77. Aufl., § 2306 BGB Rn 8.

17) Vgl. zum Ganzen *Leipold* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., § 2065 BGB Rn 12 f mwN.

18) *Dieckmann* in *Soergel*, 13. Aufl., § 2306 BGB Rn 6; *Kuchinke* in *Lange/Kuchinke*, 5. Aufl., *Erbrecht*, S. 880 Fn 88; *Lange* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., § 2306 BGB Rn 10; *Riedel* in *Damrau/Tanck*, 3. Aufl., § 2306 BGB Rn 11.

19) So auch schon *BGH* v. 28.10.1991 – IV ZR 221/91, *BGHZ* 120, 96, 100 f. *Eine Verwirkungsklausel, durch die einem Erben der ihm zugeordnete Erbteil entzogen und stattdessen einem anderen zugewendet werden soll, stellt im allgemeinen eine (aufschiebend bedingte) Nacherbeneinsetzung dar und fällt daher unter § 2306 BGB.*

20) *Lange* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., § 2306 BGB Rn 6; *Riedel* in *Damrau/Tanck*, 3. Aufl., § 2306 BGB Rn 5.

21) *Pars pro toto*: *Damrau* in *Soergel*, 13. Aufl., § 2197 BGB Rn 15, § 2198 BGB Rn 1.

22) *Das zur bedingten Erbeinsetzung Gesagte gilt hier entsprechend.*

23) Dazu *Lange* in *MüKo BGB*, 7. Aufl., § 2306 BGB Rn 6.

men, bedeutet keine unzumutbare Belastung.<sup>24</sup> Denn ein Erbe, der das ihm zugedachte Erbe nicht haben möchte, muss immer ausschlagen, damit er seinen Pflichtteil verlangen kann.<sup>25</sup> Bei Gleichwertigkeit von Erbteil und Pflichtteil muss die Ausschlagung zur Voraussetzung dafür gemacht werden können, dass der pflichtteilsberechtigten Erbe den gleichwertigen Erbteil anstelle des Pflichtteils bekommt. Daher liegt keine Beschränkung im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB vor. Das Kind, das beide Erbteile ausschlägt, büßt demzufolge nicht nur seine Erbteile ein, sondern auch seinen Pflichtteil.

Um die Dinge zu vereinfachen, kann der Erblasser zudem Testamentsvollstreckung für seinen gesamten Nachlass anordnen. Auch diese Anordnung muss aufschiebend bedingt erfolgen. Bedingung für diese Anordnung ist, dass alle Erbteile der Testamentsvollstreckung unterliegen. Solange diese Gesamtestamentsvollstreckung wirksam ist, lässt der Erblasser die Testamentsvollstreckungen für die Erbteile zweckmäßigerweise ruhen.

#### 4. Die neue Klausel

Auf ihren Kern beschränkt,<sup>26</sup> lautet die neue Klausel also so:

Zu meinen alleinigen Erben für mein ganzes derzeitiges und künftiges Vermögen setze ich meine Kinder A und B ein. Jedem Erben wende ich zwei Erbteile von je einem Viertel

##### Auf einen Blick

Wird ein Kind mithilfe einer cautela Socini zum Erben mit einem Wahlrecht zwischen einem mit Testamentsvollstreckung belasteten Erbteil und einem unbelasteten Erbteil eingesetzt, ist es mit zwei Erbteilen bedacht. Für einen Erbteil ist das Kind im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt. Für den anderen ist es Nacherbe im Sinne von § 2306 Abs. 2 BGB. Daher kann es beide Erbteile ausschlagen und seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen.

Das ist anders, wenn der Erblasser das Kind mit zwei Erbteilen unbedingt einsetzt, und für beide Erbteile Testamentsvollstre-

zu. Für jeden der Erbteile ordne ich Testamentsvollstreckung an. Jede dieser Testamentsvollstreckungen ist dadurch aufschiebend bedingt, dass der Erbe beide Erbteile annimmt. Schlägt er einen Erbteil aus, unterliegt der Erbteil, den er behält, keiner Testamentsvollstreckung.

Außerdem ordne ich Testamentsvollstreckung für meinen gesamten Nachlass an. Diese Anordnung ist dadurch aufschiebend bedingt, dass alle Erbteile der Testamentsvollstreckung unterliegen. Solange die Testamentsvollstreckung für meinen gesamten Nachlass wirksam ist, ruhen die Testamentsvollstreckungen für die Erbteile.

24) Dadurch hat sich das Argument in den Gesetzesmaterialien (wiedergegeben vom BGH (v. 28.10.1991 – IV ZR 221/91, BGHZ 120, 96, 101) erledigt, dem Pflichtteilsberechtigten, dem nicht mehr als die Hälfte hinterlassen werde, könne man nicht dazu nötigen, gegen die Beschränkung seiner Erbportion unter Abgabe einer besonderen Erklärung zu reagieren.

25) Die Gegenmeinung (Ferid/Cieslar in Staudinger, 12. Aufl., § 2306 BGB Rn 34 mwN) überzeugt nicht. Denn auch der ausdrücklich als Nacherbe Eingesetzte ist bedingt eingesetzt, wenn der Nacherbfall vom Eintritt einer Bedingung abhängt (vgl. § 2106 Abs. 1 BGB). Er ist also auch dann als Erbe eingesetzt und nicht von der Erbfolge ausgeschlossen.

26) Damit kann es bei der Testamentsgestaltung selbstverständlich nicht sein Bewenden haben. Notwendig sind unter anderem die Einsetzung von Ersatzerben und die Konkretisierung der Testamentsvollstreckung. Außerdem muss der ausschlagende Erbe von einer gegebenenfalls eintretenden gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden.

ckung anordnet, die dadurch aufschiebend bedingt ist, dass das Kind beide Erbteile annimmt. Schlägt es einen Erbteil aus, unterliegt der Erbteil, den es behält, keiner Testamentsvollstreckung. Schlägt es beide Erbteile aus, verliert es seine Erbteile und seinen Pflichtteilsanspruch ein. Zudem kann der Erblasser, aufschiebend bedingt dadurch, dass alle Erbteile der Testamentsvollstreckung unterliegen, Testamentsvollstreckung für seinen gesamten Nachlass anordnen. Solange diese Gesamtestamentsvollstreckung wirksam ist, lässt er die Testamentsvollstreckungen für die einzelnen Erbteile zweckmäßigerweise ruhen.