

Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Stephan Scherer, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Fachanwalt für Steuerrecht, Bearbeitet von Prof. Dr. Joerg Andres, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Carl-Günther Benninghoven, Notar, Bastian Biermann, Rechtsanwalt, Dr. Iris Janina Bregulla-Weber, Rechtsanwältin, Dr. Holger Leve, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Fachanwalt für Familienrecht, Dr. Martin Feick, Rechtsanwalt, Dr. Thomas Fleischer, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Dr. Claus-Henrik Horn, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Prof. Dr. Christopher Keim, Notar, Dr. Rainer Kögel, Rechtsanwalt, Dr. Ben Koslowski, Rechtsanwalt, Dr. Jochen Kotzenberg, LL.M., Rechtsanwalt und Steuerberater, Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp, Prof. Dr. Rainer Lorz, LL.M., Rechtsanwalt, Martina Machulla, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht, Dr. Michael Malitz, Rechtsanwalt, Dr. Christian Oertzen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Dirk Oppelt, Notar, Mark Pawlytta, Rechtsanwalt, Dr. Philipp Alexander Pfeiffer, Rechtsanwalt, Oliver Ridder, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Fachanwalt für Familienrecht, Prof. Dr. Jörg Risse, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Jörg Ritter, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Ernst Sarres, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Fachanwalt für Familienrecht, Dr. Jochen Scheel, LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Dr. Gerhard Schlitt, Notar, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Norbert Schneider, Rechtsanwalt, Johan Schrader, Prof. Dr. Matthias Siegmann, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Ulf Sothen, M.B.A., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Lorenz Spall, Notar, Ingrid Stahl, Rechtsanwältin, Dr. Thomas Steinhauer, Notar, Dr. Thomas Wachter, Notar, und Dr. Roland Wiester, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht

5. Auflage 2018. Buch. LIX, 2402 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70864 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Erbrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

b) **Sittenwidrigkeit.** Schranken der Testierfreiheit können aus **Freiheitsrechten** der Bedachten und dem Schutz der **Familie**, Art. 6 GG, oder der **Religionsfreiheit**, Art. 4 GG, erwachsen.⁸ Auch die böswillige Benachteiligung naher Angehöriger zugunsten Familienfremder wird von der Rechtsordnung nicht gebilligt.⁹ Zu den Einzelheiten → § 7 Rn. 12, 13 und → § 15 Rn. 36–41. 14

c) **Unvererbliche Rechte.** Soweit der Erblasser eine konkrete Verteilung des Nachlasses anordnen will, muss die **Unvererblichkeit** bestimmter Rechtspositionen beachtet werden. Sie ergibt sich aus den Sonderregelungen der jeweiligen Rechtsgebiete. So kann etwa der **Nießbrauch** nicht übertragen werden, § 1059 BGB. Nur Liquidationsgesellschafter wird der Erbe eines BGB-Gesellschafters, sofern die Satzung der Personengesellschaft nichts anderes regelt, § 727 BGB. Regelmäßig scheidet die Vererbung nicht vermögensrechtlicher Ansprüche wie die **Mitgliedschaft** in einem Verein, § 38 BGB.¹⁰ Eingeschränkt ist die Vererblichkeit bei arbeitsrechtlichen Abfindungsansprüchen,¹¹ Sie müssen entstanden sein, was regelmäßig erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall ist. Die Urlaubsabgeltung wird nunmehr als vererblich behandelt.¹² Zu den unvererblichen Rechten wird insbesondere auf → § 4 Rn. 4 ff. verwiesen. 15

d) **Heimgesetz.** § 14 Abs. 1 HeimG verbot es dem Träger eines Heims, sich von Heimbewohnern bzw. Bewerbern um einen Heimplatz oder zu ihren Gunsten geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen. Das Gleiche galt für Beschäftigte und sonstige Mitarbeiter des Heims, § 14 Abs. 5 HeimG. Die Heimgesetze der nunmehr für die Gesetzgebung zuständigen Länder sehen entsprechende Regelungen vor. Ausnahmen gelten bei Leistungen, die nicht vom Heimvertrag gedeckt werden, für geringwertige Leistungen, Zuschüsse zum Bau des Heims, die freilich zurückzugewähren sind und für Sicherheitsleistungen. Das Verbot erstreckt sich in entsprechender Anwendung auch auf die **Organe** des Heimträgers, wenn das Heim von einer Kapitalgesellschaft getragen wird, sowie auf **Familienangehörige** der Heimleiter, Beschäftigten und sonstigen **Mitarbeiter**.¹³ Verstöße führen gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit der Verfügung. Zu den Einzelheiten → § 41 Rn. 50 ff. 16

e) **Höferecht.** Das **Anerbenrecht** dient dem Erhalt leistungsfähiger Landgüter, es ermöglicht den Übergang auf einen Erben mit **beschränkten Abfindungen** gegenüber den weichen Erben. Die Regelungen sind fakultativ,¹⁴ der Landwirt kann wählen, ob das Landgut dem jeweiligen Landesrecht unterstellt sein soll. Für die Beratung ist entscheidend, ob die Weiterführung des Landgutes beabsichtigt ist. Je nachdem gilt es, die Eintragung in die entsprechenden Verzeichnisse zu veranlassen oder die Streichung zu betreiben. Hinsichtlich der Rechtslage in den einzelnen Bundesländern sowie zur Regelung des Anerbenrechts wird auf § 43 verwiesen. 17

f) **Bindung durch letztwillige Verfügungen.** Der Erblasser kann seine testamentarische Verfügung jederzeit abändern oder widerrufen, § 2253 BGB. Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten sollten frühere letztwillige Verfügungen des Erblassers ausdrücklich widerrufen oder zum Umfang ihrer Fortgeltung Stellung genommen werden. 18

Formulierungsvorschlag

Hiermit widerrufe ich meine bisherigen Testamente und verfüge stattdessen wie folgt:

⁸ BVerfG Beschl. v. 21.2.2000 – 1 BvR 1937/97, FamRZ 2000, 945; BVerfG Beschl. v. 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, ZEV 2004, 241, OLG Saarbrücken Urt. v. 15.10.2014 – 5 U 19/13, DNotZ 2015, 691.

⁹ OLG Düsseldorf Urt. v. 20.7.1997 – 7 U 152/96, FamRZ 1997, 1506 (1507).

¹⁰ MüKoBGB/Arnold § 38 Rn. 59.

¹¹ Moll/Boewer MAH ArbR § 48 Rn. 383 ff.

¹² LAG Düsseldorf Urt. v. 15.12.2015 – 3 Sa 21/15, BeckRS 67518.

¹³ BayObLG Beschl. v. 9.2.2000 – 1 Z BR 139/99, ZEV 2000, 283; OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 29.1.2001 – 20 W 71/99, ZEV 2001, 364, VIII.

¹⁴ Palandt/Weidlich BGB EGBGB Art. 64 Rn. 2.

- 19 Zu den Einzelheiten der Widerruflichkeit wird auf → § 9 Rn. 4, 6 ff. hingewiesen. Anderes gilt jedoch beim **gemeinschaftlichen Testament**, → § 9 Rn. 29 ff. Mit Eheverträgen werden oft letztwillige Verfügungen oder Erbverträge verbunden. Bei verheirateten, verpartnerten oder verwitweten Erblassern muss daher besonders Augenmerk darauf gelegt werden, ob vorrangige letztwillige Verfügungen bestehen und eine Lösung von diesen Bindungen in Betracht kommt. Sofern kein Widerrufs- oder Änderungsvorbehalt vereinbart war,¹⁵ kann eine **Anfechtung** gem. §§ 2078, 2079 BGB greifen. Erfolg versprechend ist sie vor allem, falls durch eine Eheschließung, Lebenspartnerschaft oder einen Abkömmling Pflichtteilsberechtigte hinzukommen, die bei der Errichtung der Verfügung noch nicht vorhanden waren.¹⁶ Zu Lebzeiten beider Verfügenden kommt hinsichtlich der bindenden **wechselbezüglichen Verfügungen** im gemeinschaftlichen Testament ein einseitiger Widerruf durch notarielle Erklärung an den Ehegatten bzw. Lebenspartner in Betracht, §§ 2271 Abs. 1, 2296 BGB. Selbstverständlich ist lebzeitig stets eine einverständliche Aufhebung zulässig. Das gemeinschaftliche Testament kann, auch wenn es vor einem Notar errichtet wurde, durch ein eigenhändiges Aufhebungstestament widerrufen werden. Beim Vertrag ist die notarielle Form zu beobachten, § 2290 Abs. 4 BGB.
- 20 Verfügungsbeschränkungen können sich aus dem Erbrecht ferner ergeben, soweit der Erblasser Vermögen nur als Vorerbe besitzt. Der Vermögenserhalt kann durch **kaptatorische Verfügungen**, → § 15 Rn. 42, auch von der letztwilligen Verfügung zugunsten bestimmter Personen abhängen.
- 21 g) **Gesellschaftsrecht**. Gehören zum Nachlass Anteile an **Personengesellschaften**, sind vor dem Entwurf eines Testaments die Gesellschaftsverträge auf Nachfolgeregelungen zu überprüfen. Fehlen sie, wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Tod des persönlich haftenden Gesellschafters aufgelöst, § 727 BGB. Der Erbe oder die Erbengemeinschaft werden Gesellschafter der Liquidationsgesellschaft.¹⁷ Bei der OHG scheidet der verstorbene Gesellschafter gem. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB aus, die Erben erhalten den Abfindungsanspruch. Der Kommanditanteil und der Anteil des stillen Gesellschafters sind vererblich, §§ 177, 234 Abs. 2 HGB. Bei der Rechtsnachfolge in Gesellschaftsanteile der KG tritt bei mehreren Erben eine **Sondererbfolge** nach Quoten ein.¹⁸ Sieht der Gesellschaftsvertrag **qualifizierte Nachfolgeklauseln** vor, geht der Gesellschaftsanteil direkt an den vertraglich vorgesehenen Nachfolger über. Die Erben erhalten einen erbrechtlichen Ausgleichsanspruch, dessen Erfüllung möglichst testamentarisch geregelt werden sollte. Bei einer rechtsgeschäftlichen Eintrittsklausel geht auf die Erben nur der **Abfindungsanspruch** über.
- 22 Bei **Geschäftsanteilen** an Kapitalgesellschaften besteht weder eine erbrechtliche Sondernachfolge noch kann die Vererblichkeit ausgeschlossen werden.¹⁹ Die Satzung kann aber Abtretungsverpflichtungen oder die **Einziehung** des Geschäftsanteils vorsehen, wenn die satzungsgemäß vereinbarte Nachfolge nicht zustande kommt.²⁰ Auch das Aktienrecht geht selbst bei **vinkulierten Namensaktien** von der freien Vererblichkeit aus.²¹ Die Satzung kann die Einziehung vorsehen, § 237 Abs. 1 AktG, wenn vinkulierte Namensaktien aus dem Kreis der Berechtigten fallen.²² Auch ohne Einziehung steht die **Vinkulierung** der Auseinandersetzung der Miterben und der Erfüllung von Vermächtnissen entgegen.²³ Soll die Unternehmensbeteiligung nur einem Erben überlassen werden, können die Pflichtteilsansprüche der weichenden Erben den Bestand des Unternehmens gefährden.²⁴ Zur Problemstellung im Einzelnen und den Lösungsmöglichkeiten § 40.

¹⁵ MüKoBGB/Musielak § 2271 Rn. 31.

¹⁶ MüKoBGB/Musielak § 2271 Rn. 36.

¹⁷ MüKoBGB/Gerger § 2032 Rn. 50.

¹⁸ StRspr BGH Urt. v. 4.5.1983 – IVa ZR 229/81, NJW 1983, 2376.

¹⁹ Rowedder/Görner § 15 Rn. 130.

²⁰ Rowedder/Görner § 15 Rn. 133 ff.; Crezelius Rn. 324 ff.

²¹ MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 52.

²² MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 53.

²³ MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 53; OLG Düsseldorf Urt. v. 23.1.1987 – 7 U 244/85, ZIP 1987, 227 (230).

²⁴ Abele/Klinger/Maulbetsch Pflichtteilsansprüche § 5 Rn. 55.

4. Testierfähigkeit

a) **Minderjährige.** Grundsätzlich erkennt das BGB jeder natürlichen Person die Fähigkeit zu, über das eigene Vermögen letztwillig zu verfügen. Minderjährige müssen das 16. Lebensjahr vollendet haben, § 2229 Abs. 1 BGB. Der Mitwirkung des **gesetzlichen Vertreters** bedarf es zum Testieren nicht. Mit der Einschaltung eines **Notars** wird seine Beratung sichergestellt. Der Minderjährige kann sein Testament zur Niederschrift und durch Übergabe einer offenen Schrift errichten, § 2233 Abs. 1 BGB. Vor Vollendung des 16. Lebensjahrs können keine wirksamen letztwilligen Verfügungen getroffen werden. Der Grundsatz der höchstpersönlichen Errichtung, § 2064 BGB, lässt keine Vertretung durch gesetzliche Vertreter oder gerichtlich bestellte Pfleger zu. 23

b) **Geschäftsfähigkeit.** Als Sonderfall der Geschäftsfähigkeit ist die **Testierfähigkeit** in § 2229 Abs. 3 BGB geregelt. Der Erblasser muss in der Lage sein, den Inhalt seiner Anordnungen zu erfassen, und sich über die persönlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Bedachten ein Bild machen können. Er muss die sittliche Berechtigung seiner Verfügungen erkennen und frei von Einflüssen **Dritter** handeln können.²⁵ Störungen der Geistestätigkeit ergeben sich häufig im Alter bei arterio-sklerotischer **Demenz**, degenerativer Demenz oder Parkinson-Syndromen.²⁶ Auch Schwachsinn, hirnorganische Syndrome, Schizophrenieformen und manisch-depressives Irresein können die Testierfähigkeit aufheben.²⁷ Vorübergehende **Bewusstseinsstörungen** stehen den Störungen der Geistestätigkeit gleich.²⁸ Hierunter fallen die hochgradige Trunkenheit, Drogenrausch, Hypnose sowie bewusstseins-trübende körperliche und seelische Krankheitszustände, die den Erblasser die Bedeutung seiner Willenserklärung nicht mehr erkennen lassen. **Willensschwäche** schließt die Testierfähigkeit erst aus, wenn sie den Testator für vernünftige Erwägungen unzugänglich macht. Anregungen von Dritten darf er aufgreifen, sofern nur die Entscheidung darüber von ihm getroffen wird. Die Testierfähigkeit muss bis zur Unterschrift der letztwilligen Verfügung gegeben sein.²⁹ **Partielle Testierunfähigkeit** gibt es nicht,³⁰ jedoch können Wahnvorstellungen bezüglich bestimmter Personen Testierunfähigkeit begründen,³¹ wenn eine als Erbe in Betracht kommende Person im Mittelpunkt der **Wahnvorstellungen** steht. Wenn der Erblasser **psychopathische Züge**³² aufweist oder eine **querulatorische Veranlagung**³³ zeigt, verliert er nicht zwangsläufig seine Testierfähigkeit. Bezieht sich die krankhafte Störung nicht auf die für die Testamenterrichtung maßgeblichen Umstände und Personen, bleibt er testierfähig. Auch altersbedingte Minderungen der geistigen Leistungsfähigkeit mit vorübergehenden Zuständen der Desorientiertheit schließen die Testierfähigkeit nicht zwingend aus.³⁴ 24

Bei vaskulären Demenzen, insbesondere bei **Multiinfarkt-Demenzen**,³⁵ kann die Frage auftreten, ob der Erblasser in einem lichten Moment verfügt hat. Bei einer Arteriosklerose im letzten Stadium ist das regelmäßig zu verneinen.³⁶ Aus medizinischer Sicht wird auch eine lediglich kurzzeitige Verbesserung bei einer mittelschweren Demenz als kaum begründbar angezweifelt³⁷ Allerdings werden pauschale Einschätzungen dem Einzelfall nicht ge- 25

²⁵ BGH Urt. v. 1.7.1959 – V ZR 169/58, NJW 1959, 1822, stRspr; BayObLG Beschl. v. 9.3.2005 – 1 Z BR 112/04, ZEV 2005, 348; OLG München Beschl. v. 14.8.2007 – 31 Wx 16/07, FGPrax 2007, 274.

²⁶ Wetterling/Neubauer/Neubauer ZEV 1995, 46 ff.

²⁷ MüKoBGB/Hagena § 2229 Rn. 17.

²⁸ MüKoBGB/Hagena § 2229 Rn. 20.

²⁹ Staudinger/Baumann BGB § 2229 Rn. 52; IV 514/24, RGZ 111, 247 (252).

³⁰ BayObLG Beschl. v. 31.1.1991 – BReg. 1 Z 37/90, NJW 1992, 248.

³¹ OLG Celle Beschl. v. 28.4.2003 – 6 W 26/03, NJW-RR 2003, 1093; BayObLG Beschl. v. 22.10.1984, Rpfleger 1984, 467.

³² BayObLG Beschl. v. 22.2.2000 – 1 Z BR 147/99, NJW 2000, 1959 (1960).

³³ BayObLG Beschl. v. 18.12.1991 – BReg. 1 Z 45/91, FamRZ 1992, 724; OLG Köln Beschl. v. 17.8.2017 – 20 W 188/16, FD-ErbR 2017, 394739.

³⁴ BayObLG Beschl. v. 31.7.1997 – 1 Z BR 136/96, ZEV 1997, 510 (511).

³⁵ Wetterling/Neubauer/Neubauer S. 48.

³⁶ BayObLG Beschl. v. 28.12.1993 – 1 Z BR 85/93, ZEV 1994, 303 mAnm Jerschke.

³⁷ Wetterling/Neubauer/Neubauer S. 48.

recht.³⁸ War der Erblasser kurz vor und nach der Testamentserrichtung anhaltend testierunfähig, spricht der erste Anschein für die Testierunfähigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt.³⁹ Die Feststellungslast liegt bei dem, der sich auf den **lichten Moment** oder die ernsthaftige Möglichkeit eines solchen beruft.⁴⁰ Bei einem wechselhaften Krankheitsverlauf hingegen, insbesondere vorübergehenden Verwirrheitszuständen, trägt die Feststellungslast derjenige, der sich auf die Testierunfähigkeit beruft.⁴¹

- 26 c) **Lesefähigkeit.** Das eigenhändige Testament, § 2247 Abs. 4 BGB, sowie das notarielle Testament durch Übergabe einer Schrift, § 2231 Nr. 2 BGB, setzen zusätzlich die Lesefähigkeit des Erblassers voraus. Als leseunfähig gilt, wer Geschriebenes nicht zu entziffern vermag. Darunter fällt auch die Unfähigkeit, eine fremde Schrift oder **Schriftzeichen** zu lesen, wenn diese für die Testamentsurkunde verwendet wurden. Bei einem Testament durch Übergabe einer Schrift kann dieses Problem auftreten. Blinde gelten als leseunfähig, wenn sie nicht **Blindenschrift** lesen können.⁴² Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.⁴³ Auch hochgradige **Schwachsichtigkeit**⁴⁴ oder die Unfähigkeit, den Sinn des Geschriebenen zu erfassen, was bei **Rindenblindheit** vorkommen kann, können die Leseunfähigkeit iSd §§ 2233 Abs. 2, 2247 Abs. 4 BGB begründen.⁴⁵ Die Feststellungslast trägt, wer sich auf die Leseunfähigkeit beruft.⁴⁶ Ein ärztliches **Gutachten**, das eine schwere Sehbehinderung feststellt und von „rudimentären visuellen Wahrnehmungen“ spricht, gibt Veranlassung zu weiteren amtlichen Ermittlungen.⁴⁷ Geht ein Anerkennungsbescheid des Amtes für Versorgung und Familienförderung von der Blindheit des Erblassers aus und wird der Befund durch Auffälligkeiten im **Schriftbild** belegt, darf das Nachlassgericht die Leseunfähigkeit bejahen.⁴⁸ Verbleiben nach der Beweisaufnahme hingegen noch Zweifel, ist von der Leseunfähigkeit auszugehen.⁴⁹
- 27 d) **Betreuung.** Abweichend vom aufgehobenen Vormundschaftsrecht kennt das Betreuungsrecht keinen generellen Ausschluss der **Testierfähigkeit** mehr,⁵⁰ es verbleibt bei den allgemeinen Grenzen der §§ 104, 2229 Abs. 4 BGB. Bestehende **Entmündigungen** wurden durch Art. 9 § 1 BtG in Betreuungen umgewandelt. Stichtag war der 1.1.1992. Die Anordnung einer Betreuung führt weder zu einer Beweislastumkehr noch zu einer Vermutung gegen die Geschäftsfähigkeit.
- 28 e) **Beurteilungszeitpunkt.** Maßgeblich ist auf den Geisteszustand des Erblassers bei der Errichtung des Testaments abzustellen. Vorübergehende Störungen der **Geistestätigkeit** hindern die Testierfähigkeit nicht, wenn die freie Entschlussfähigkeit zeitweise vorhanden ist und die Tragweite des Testaments erkannt wird. Der **Errichtungszeitpunkt** hängt von der Testamentsform ab. Beim eigenhändigen Testament richtet er sich nach der Unterzeichnung der Schrift, beim öffentlichen Testament des Erblassers nach der **Beurkundung** der Übergabe der Schrift oder der Beurkundung der Niederschrift der mündlichen Erklärung.
- 29 f) **Beweislast.** Das Gesetz geht von der Testierfähigkeit jedes Testiermündigen aus. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bringt die **Amtsermittlungspflicht**, jetzt § 26 FamFG, gewisse Erleichterungen, die jedoch nicht überschätzt werden sollten. Die **Feststellungslast** liegt bei dem, der sich auf die fehlende Testierfähigkeit beruft.⁵¹ Wer die **Testierfähigkeit** er-

³⁸ *Schmoeckel* NJW 2016, 433.

³⁹ BayObLG Beschl. v. 7.9.2004 – 1 Z BR 73/04, BeckRS 2004, 09704.

⁴⁰ BayObLG Beschl. v. 28.12.1993 – 1 Z BR 85/93, FamRZ 1994, 1137.

⁴¹ BayObLG Beschl. v. 24.3.2005 – 1 Z BR 207/04, ZEV 2005, 345; OLG Jena Beschl. v. 4.5.2005 – 9 W 612/04, ZEV 2005, 343.

⁴² BayObLG Beschl. v. 25.3.1999 – 1 Z BR 48/89, FamRZ 2000, 322 (323).

⁴³ BayObLG aaO.

⁴⁴ OLG Schleswig Beschl. v. 28.8.1969, SchlHA 1970, 138.

⁴⁵ BayObLG Beschl. v. 27.6.1997 – 1 Z BR 240/96, NJW-RR 1997, 1438.

⁴⁶ OLG Hamburg Ur. v. 18.8.2015 – 2 U 21/13, ZErB 2016, 186.

⁴⁷ BayObLG Beschl. v. 10.1.1997 – 1 Z BR 222/96, FamRZ 1997, 1028.

⁴⁸ BayObLG Beschl. v. 25.3.1999 – 1 Z BR 48/99, FamRZ 2000, 322 (323).

⁴⁹ OLG Düsseldorf Ur. v. 4.2.2000 – 7 U 23/96, ZEV 2000, 316.

⁵⁰ BeckOK BGB/Müller § 1896 Rn. 40.

⁵¹ OLG Düsseldorf Beschl. v. 15.6.2015 – I-3 Wx 103/14, FamRZ 2015, 2088; *Klingelböffer* ZEV 1997, 92 (93).

folgreich in Zweifel ziehen will, darf sich nicht mit allgemeinen Hinweisen auf nachlassende Verstandeskräfte begnügen. Das Nachlassgericht wird nur dann zur Beweiserhebung veranlasst, wenn erhebliche Indizien für die Testierunfähigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt vortragen werden.⁵² Die Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten wird durch § 27 FamFG ausdrücklich geregelt. Für die Beratung kann es sich daher empfehlen, eine Begutachtung anzuregen, Zeugenaussagen zu sichern sowie eigene Wahrnehmungen durch Aktendossiers zu belegen. Zur Sachverhaltsermittlung ist das Nachlassgericht auf Krankenakten und Aussagen der behandelnden Ärzte angewiesen. Die **Schweigepflicht** der behandelnden Ärzte und der Geheimnisschutz bestehen nach dem Tod des Erblassers grundsätzlich fort.⁵³ Jedoch kann der ausdrücklich oder konkludent erklärte oder mutmaßliche Wille des Erblassers herangezogen werden. Die Rechtsprechung unterstellt, der **Nachweis der Testierfähigkeit** liege im wohlverstandenen Interesse des Erblassers, der ein Testament errichtet habe.⁵⁴ Auch die Vernehmung des beurkundenden Notars und des beratenden Rechtsanwalts kann geboten sein.⁵⁵ Zeugenaussagen von Laien zu privaten Kontakten mit dem Erblasser sind freilich vorsichtig zu bewerten, da zB bei Altersdemenz die Defizite überspielt werden können.⁵⁶ Hat das Nachlassgericht die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen ermittelt, erfolgt die weitere Aufklärung regelmäßig durch die Erhebung eines **Gutachtens** eines Arztes für Neurologie, Psychiatrie oder Rechtsmedizin.⁵⁷ Verbleiben trotz der Erschöpfung aller Beweismittel Zweifel, ist von der Testierfähigkeit auszugehen.⁵⁸ Ein Gutachten muss allerdings nicht eingeholt werden, wenn die Aussagen des behandelnden Arztes und sonstiger Zeugen praktisch keine Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit ergeben.⁵⁹ Bestehen andererseits erhebliche Bedenken bezüglich der Testierfähigkeit, widerlegt ein **Kurzgutachten** aus dem Betreuungsverfahren, das sich mit der Geschäftsfähigkeit nicht auseinandersetzt, die Zweifel nicht.⁶⁰ Ärztliche Bekundungen, die der Natur der Krankheit nach auf lediglich vorübergehende Störungen schließen lassen, beweisen die Testierunfähigkeit nicht. Insbesondere bei dem praktisch häufigsten Fall, der **Altersdemenz**,⁶¹ bestehen Schwierigkeiten, da eine ausführliche Begutachtung und Feststellung des **Krankheitsbilds** zu Lebzeiten vielfach unterbleibt. Zur Beweislast bei lichten Momenten und Leseunfähigkeit → Rn. 16 und 17.

5. Testierwille

Die Frage nach dem Testierwillen stellt sich nur, wenn das Schriftstück die formellen Voraussetzungen einer letztwilligen Verfügung erfüllt.⁶² Doch selbst bei einer Urkunde, die den Formerfordernissen eines Testaments entspricht, besteht lediglich eine widerlegbare Vermutung für den rechtsverbindlichen Testierwillen.⁶³ Dieser kann fehlen, wenn es zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gibt, dass es sich um einen bloßen **Entwurf** handelt. Bedenken können sich zB aus der Vergänglichkeit des gewählten Materials der Urkunde ergeben.⁶⁴ Maßgeblich sind dabei die Umstände des Einzelfalls; so wurde bei einer Verfügung mit Kreide auf einer **Schiefertafel** auf Grund der Lebensverhältnisse des Erblassers der Testier-

⁵² OLG Hamm Beschl. v. 12.11.1996 – 20 W 409/94, FGPrax 1997, 68; KG Beschl. v. 7.9.1999 – 1 W 4291/98, FamRZ 2000, 912.

⁵³ BGH Beschl. v. 4.7.1984 – IV a ZB 18/93, BGHZ 91, 392 (398).

⁵⁴ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 19.2.1997 – 20 W 409/94, FamRZ 1997, 1306 (1307); BGH Beschl. v. 4.7.1984 – IVa ZB 18/93, BGHZ 91, 392 (400).

⁵⁵ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 19.2.1997, FamRZ 1997, 1306 (1308); BayObLG Beschl. v. 31.7.1997 – 1 Z BR 136/96, ZEV 1997, 510 (511).

⁵⁶ BayObLG Beschl. v. 18.3.1997 – 1 Z BR 124/96, FamRZ 1997, 1511.

⁵⁷ OLG München Beschl. v. 11.6.2008 – 31 Wx 26/08, BeckRS 2008, 12050; *Klingelböffer* ZEV 1997, 92.

⁵⁸ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 21.12.1997 – 20 W 264/95, NJW-RR 1998, 870 (871).

⁵⁹ KG Beschl. v. 7.9.1999 – 1 W 4291/98, FamRZ 2000, 912.

⁶⁰ OLG Düsseldorf Urt. v. 14.8.2000 – 9 U 60/00, ZERB 2001, 29.

⁶¹ BayObLG Beschl. v. 19.11.1998 – 1 Z BR 93/98, FamRZ 1999, 819.

⁶² BayObLG Beschl. v. 8.11.1999 – 1 Z BR 38/99, NJWE-FER 2000, 91.

⁶³ BayObLG Beschl. v. 4.2.2000, ZEV 2000, 365 mAnm *Kroppenberg*.

⁶⁴ OLG Hamm Beschl. v. 27.11.2015 – 10 W 153/15, FamRZ 2016, 1500.

wille bejaht.⁶⁵ Zweifel veranlasste auch eine Verfügung auf einem gebrauchten **Briefumschlag**⁶⁶ sowie die Niederlegung des letzten Willens in einem **Notizbuch oder -zettel**.⁶⁷ Mehrere Verfügungen unterschiedlichen Inhalts, die vom gleichen Tag datieren, lassen nicht mit hinreichender Sicherheit den Schluss auf eine über einen bloßen Entwurf hinausgehende Testierabsicht zu.⁶⁸ Abgrenzungsschwierigkeiten treten regelmäßig bei Bestimmungen in Briefen auf. Maßgeblich ist, ob der Erblasser von anderweitig getroffenen oder lediglich beabsichtigten Verfügungen berichtet oder im Schreiben selbst verbindliche Anordnungen treffen will oder sich jedenfalls bewusst ist, dass das Schreiben als letztwillige Verfügung verstanden werden kann.⁶⁹ Da die **Briefform** nicht den üblichen Gepflogenheiten entspricht, sind an die Feststellung des Testierwillens strenge Anforderungen zu stellen. Dass in dem Brief auch andere Themen berührt werden, schließt den Testierwillen noch nicht aus.⁷⁰ Auch der Verfügung auf einer **Postkarte** wurde bei entsprechenden Umständen Testamentsqualität zugesprochen.⁷¹ Bestehen jedoch ernsthafte Zweifel am Testierwillen, wird das Testament nicht als gültig angesehen. Der Testierwille muss vom Erblasser selbst zum Ausdruck gebracht werden, es reicht nicht aus, wenn er sich aus einem in Bezug genommenen, nicht vom Erblasser herrührenden Schriftstück, erschließen lässt.⁷²

6. Verwahrung

- 31 Durch die amtliche Verwahrung, §§ 342 ff. FamFG, kann der Erblasser den Bestand und die **Eröffnung** seiner privatschriftlichen Verfügung sichern. Das öffentliche Testament kommt stets in amtliche Verwahrung, § 34 BeurkG. Durch das neugeschaffene zentrale Testamentsregister, § 78b BNotO, wird der Zugriff auf bestehende Verfügungen beschleunigt und gesichert. Die **Kosten** der amtlichen Verwahrung betragen gem. KV 12 100 GNotKG 75 EUR. Diese Festgebühr umfasst die Erteilung des Hinterlegungsscheins und die Übermittlung an das zentrale Testamentsregister gem. § 347 FamFG.⁷³ Die Rücknahme des notariellen oder Nottestaments gem. § 2249 BGB aus der amtlichen Verwahrung gilt unabhängig vom Willen⁷⁴ des Erblassers als Widerruf des Testaments. Sie kann, wie auch beim eigenhändigen Testament, nur durch den Erblasser selbst erfolgen, § 2256 BGB. Das **Nachlassgericht** eröffnet das Testament von Amts wegen, sobald es vom Tod des Erblassers erfährt, § 348 Abs. 1 FamFG. Zum Eröffnungstermin werden die gesetzlichen Erben und sonstigen Beteiligten, soweit tunlich, geladen, § 348 Abs. 2 FamFG. Für die Eröffnung entsteht eine Festgebühr von 100 EUR, KV 12101 GNotKG.

7. Herausgabepflichten

- 32 Jeder, der letztwillige Verfügungen im Besitz hat, ist verpflichtet, nicht nur das zeitlich letzte Testament, sondern sämtliche Papiere, die ihrem Inhalt nach letztwillige Verfügungen betreffen können,⁷⁵ beim Nachlassgericht abzuliefern, § 2259 BGB. Auch **Briefe**, **Widerrufe** oder **geschlossene Umschläge** mit entsprechender Aufschrift unterliegen der Herausgabe. Eine Vorsortierung verbietet sich auf Grund der Kompetenz des Nachlassgerichts zur verbindlichen Feststellung der Verfügungslage. Zur Erzwingung der Herausgabe kann das **Nachlassgericht Zwangsgeld oder Zwangshaft** festsetzen, § 35 Abs. 3 FamFG oder die Voll-

⁶⁵ RG Beschl. v. 17.2.1910 – IV 241/09, JW 1910, 291.

⁶⁶ BayObLG Beschl. v. 11.6.1991 – 1 Z BR 16/99, FamRZ 1992, 226 (227).

⁶⁷ BayObLG Beschl. 4.2.2000 – 1 Z BR 16/99, ZEV 2000, 365 (366); OLG München Beschl. v. 25.9.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596.

⁶⁸ BayObLG Beschl. v. 7.4.1989 – BReg. 1a Z 29/88, NJW-RR 1989, 1092.

⁶⁹ OLG Brandenburg Beschl. v. 9.9.1997 – 10 Wx 9/97, FamRZ 1998, 985 (986); OLG München Beschl. v. 31.3.2016 – 31 WX 413/15, ZEV 2016, 323.

⁷⁰ OLG Brandenburg aaO S. 987; BayObLG Beschl. v. 19.10.2000 – 1 Z BR 87/00, NJWE-FER 2001, 20; BayObLG Beschl. v. 2.8.2004 – 1 Z BR 56/04, BeckRS 2005, 06730.

⁷¹ KG Beschl. v. 22.7.1937 – 1 Wx 332/37, 1937, 2770.

⁷² OLG Hamm Beschl. v. 27.6.1991 – 15 W 116/91, FamRZ 1992, 356 (358).

⁷³ Wilsch FGPrax 2013, 47 (49).

⁷⁴ BayObLG Beschl. v. 15.12.2004 – 1 Z BR 103/04, FGPrax 2005, 72.

⁷⁵ Keidel/Zimmermann FamFG § 348 Rn. 12 ff.

streckung durch einen Gerichtsvollzieher betreiben. Den Erben steht nach der Eröffnung umgekehrt kein Anspruch gegen das Nachlassgericht auf Herausgabe der Verfügung zu, auch wenn sie sich auf **ideelle Interessen** berufen.⁷⁶ Zu weiteren Einzelheiten wird auf § 52 verwiesen.

8. Sonderregelungen nach dem ZGB

Siehe Voraufgabe § 5 Rn. 8, 9

33

9. Auslandsberührung

Will ein Erblasser mit ausländischer **Staatsbürgerschaft** oder ein deutscher Erblasser mit im Ausland belegenen Vermögen testieren, muss geklärt werden, welche Rechtsordnungen eine Rolle spielen können. Insbesondere bei **Grundvermögen** knüpfen viele Rechtsordnungen an die Belegenheit an, was zur Spaltung des Nachlasses führen kann. Vorsicht ist auch bei Verfügungen durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament geboten, da diese Formen von einigen Rechtsordnungen als unwirksam eingestuft werden. Für Erbfälle ab dem 17.8.2015 gelten die Kollisionsnormen der EuErbVO, die an den letzten regelmäßigen Aufenthalt anknüpft.⁷⁷ Die Verordnung ermöglicht dem Erblasser eine eingeschränkte Rechtswahl, Art. 22 Abs. 1 EuErbVO. Er kann sich für das Recht des Staates – oder eines der Staaten, bei mehrfacher Staatsangehörigkeit – entscheiden, dem er zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder zum Zeitpunkt seines Todes angehört. Gem. Art. 83 EuErbVO konnte diese Rechtswahl bereits vor deren Inkrafttreten wirksam vorgenommen werden.⁷⁸ Für **Ausländer** gilt gem. Art. 21 EuErbVO ebenfalls deutsches Recht, wenn sie zum Zeitpunkt ihres Todes ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, soweit sie nicht ausnahmsweise eine offensichtlich engere Bindung zu einem anderen Staat haben. Für die formalen Anforderungen an die **Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung** erfolgt die Anknüpfung über Art. 24 EuErbVO. Zum Kollisionsrecht wird im Übrigen auf § 33 verwiesen.

34

10. Steuerliche Gestaltungsaspekte

Beim Entwurf der letztwilligen Verfügung sind für die etwaige Bewertung der Vermögensgegenstände die Vorschriften des BewG heranzuziehen. Die sachbezogenen **Freibeträge, insbesondere die Regelungen zu begünstigungsfähigen Vermögen und Verschonungskonzept im Bereich des unternehmerischen Vermögens**, §§ 13–13d ErbStG, und die persönlichen Freibeträge für die Angehörigen, §§ 16, 17 ErbStG, sind zu beachten. Auch die doppelte Besteuerung beim **Berliner Testament** sollte besonders bei schon älteren Erblassern und großen Nachlässen nicht übersehen werden.⁷⁹ *Bei gleichgeschlechtlichen Paaren wird in der Beratung das Augenmerk auf der seit dem 1.10.2017 bestehenden Möglichkeit zur Eheschließung und zur Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe liegen, die künftig auch Adoptionen ermöglicht.* Hinsichtlich der Einzelheiten und Gestaltungsvarianten wird auf § 36 verwiesen.

35

II. Testamentsformen

1. Privatschriftliches Testament

a) **Eigenhändig und höchstpersönlich.** Diese Testierform steht nur dem volljährigen Erblasser offen, der zudem nicht durch körperliche Gebrechen in der **Schreib- und/oder Lesefähigkeit** beeinträchtigt sein darf, § 2247 Abs. 4 BGB. Die Testamentsurkunde muss vom Erblasser mit eigener Hand geschrieben und unterzeichnet sein. Lediglich beim gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten genügt die Unterzeichnung der vom anderen Gatten

36

⁷⁶ BayObLG Beschl. v. 4.8.2000 – 1 Z BR 105/00, FamRZ 2001, 126.

⁷⁷ Hausmann/Odersky/Odersky IPR § 15 Rn. 18.

⁷⁸ Herzog ErbR 2013, 2 (7).

⁷⁹ Troll/Gebel/Jülicher/Jülicher ErbStG § 15 Rn. 171.

geschriebenen Verfügung. Der Erblasser darf sich den Arm stützen lassen, die Buchstaben müssen jedoch von seinem Willen bestimmt sein.⁸⁰ Die **Schriftzüge** müssen individuell gestaltet sein, eine durchgepauste Handschrift genügt,⁸¹ nicht jedoch die Verwendung von **Blindenschrift**.⁸² Als eigenhändig gilt auch die Schrift, die der Erblasser mit dem Mund, dem Fuß oder mittels einer Prothese fertigt.⁸³ Der Urkundentext muss, notfalls mit Hilfe eines Sachverständigen, lesbar sein.⁸⁴ Bestehen nach dem Erscheinungsbild der Urkunde Zweifel an der Echtheit, hat das Nachlassgericht von Amts wegen ein Gutachten einzuholen⁸⁵. Sprechen keine besonderen Umstände gegen eine eigenhändige Errichtung, darf das Nachlassgericht Auffälligkeiten im Schriftbild durch den Vergleich mit anderen Schriftproben des Erblassers selbst prüfen.⁸⁶ Die Feststellungslast trägt, wer sich auf die Formgültigkeit beruft.⁸⁷ Die Unterschrift muss den **räumlichen Abschluss** der Verfügung bilden.⁸⁸ Zwischen den einzelnen Seiten des Testaments muss ein innerer Zusammenhang bestehen, sonst ist nur der unterzeichnete Teil formgültig.⁸⁹ Die Unterschrift muss aber nicht zeitgleich mit der Errichtung des Testaments erfolgen.⁹⁰ Die Unterschrift auf einem **Umschlag**, der die Verfügung enthält, kann als solcher verstanden werden. Etwa dann, wenn die Unterschrift auf dem Umschlag keine selbstständige Bedeutung als Adressenangabe besitzt und mit dem eingeschlossenen Text in Zusammenhang steht,⁹¹ wie zB durch die Aufschrift „Mein letzter Wille“.⁹² Ist der Umschlag allerdings mit Handlungsanweisungen versehen, zB „Nach meinem Tod unter Zeugen zu öffnen“, wird der Bezug auf die Verfügung nicht für ausreichend erachtet.⁹³ Auch bei einem offenen Umschlag wird der erforderliche Zusammenhang verneint.⁹⁴ Ferner soll der Erblasser mit Vor- und Familiennamen unterzeichnen, anderenfalls hängt die Gültigkeit von der eindeutigen Bestimmbarkeit der Urheberschaft ab. **Künstler- und Spitznamen** können ausreichen, ebenso die Unterzeichnung mit „euer Vater“.⁹⁵ Streitig ist, ob die Unterzeichnung mit den Anfangsbuchstaben „A.B.“ ausreicht.⁹⁶ In der Beratungspraxis ist auch zu beachten, dass handschriftlicher **Briefwechsel** letztwillige Bestimmungen enthalten kann, → Rn. 21. Die Verfügung muss höchstpersönlich erfolgen, weder gewillkürte noch gesetzliche Stellvertretung sind gestattet, § 2064 BGB.

- 37 b) **Ort und Datum**. Die Testamentsurkunde soll ferner angeben, wann und wo die Verfügung errichtet wurde. Insbesondere bei mehrfachen Verfügungen ist dieser Umstand für die Ermittlung des letzten Willens bedeutsam.⁹⁷ Aber auch beim Streit über die Testierfähigkeit kommt dem **Zeitpunkt** große Bedeutung zu.⁹⁸ Die Angabe des **Orts** ist maßgeblich zur Beurteilung der formellen Gültigkeit der Verfügung.

⁸⁰ BGH Beschl. v. 3.2.1967 – III ZB 15/66, BGHZ 47, 68 (71), NJW 1967, 1126; OLG Hamm Beschl. v. 11.9.2001, NJW 2002, 222.

⁸¹ BGHZ 47, 68.

⁸² *Schulze DNotZ* 1955, 629 (631).

⁸³ Palandt/*Weidlich* BGB § 2247 Rn. 6.

⁸⁴ KG Beschl. v. 20.3.1998 – 1 W 6045/96, ZEV 1998, 387.

⁸⁵ *Horn/Kroiß/Seitz* ZEV 2013, 24.

⁸⁶ BayObLG Beschl. v. 4.11.1997 – 1 Z BR 169/97, FamRZ 1998, 644.

⁸⁷ OLG Hamm Beschl. v. 2.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42.

⁸⁸ BayObLG Beschl. v. 22.7.1998 – 1 Z BR 229/97, NJW 1999, 1118 (1119).

⁸⁹ OLG Köln Beschl. v. 14.2.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035.

⁹⁰ BayObLG Beschl. v. 29.7.2004 – 1 Z BR 39/04, ZErB 2005, 25.

⁹¹ OLG Braunschweig Beschl. v. 8.2.2011 – 7 W 82/10, ZEV 2012, 40; OLG Rostock Beschl. v. 25.9.2013 – 3 W 30/13, NJOZ 2015, 9.

⁹² Soergel/*Harder* BGB § 2247 Rn. 29.

⁹³ OLG Düsseldorf Beschl. v. 8.11.1971 – 3 W 105/71, NJW 1972, 260.

⁹⁴ OLG Hamm Beschl. v. 14.3.1986, OLGZ 1986, 292.

⁹⁵ Palandt/*Weidlich* BGB § 2247 Rn. 10 mwN; MüKoBGB/*Hagen* § 2247 Rn. 26.

⁹⁶ Staudinger/*Baumann* BGB § 2247 Rn. 113 mwN.

⁹⁷ BayObLG Beschl. v. 12.7.2004 – 1 Z BR 49/04, ZErB 2005, 27.

⁹⁸ *Roth* ZEV 1997, 94.