

## Erbrecht

Bearbeitet von  
Begründet von Prof. Dr. Rainer Frank, Seit der 5. Auflage fortgeführt von Prof. Dr. Tobias Helms

7. Auflage 2018. Buch. XXVII, 386 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 71132 9  
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilrecht > Erbrecht](#)

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' is written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**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.

GBO von Amts wegen mit einzutragen, sobald der Erbe auf Antrag des Testamentsvollstreckers (§ 82 GBO) oder auf eigenen Antrag im Wege der Grundbuchberichtigung (§§ 22 Abs. 1, 35 Abs. 1 GBO) eingetragen wird.

Schließt ein Erbe in Bezug auf den Nachlass ein Verpflichtungsgeschäft ab, so ist dieses selbstverständlich wirksam (§ 311a Abs. 1). Allerdings wird der Erbe oftmals seine Verpflichtung nicht erfüllen können, weil ihm gemäß § 2211 Abs. 1 die notwendige Verfügungsmacht fehlt. Verkauft der Erbe beispielsweise einen Nachlassgegenstand und stimmt der Testamentsvollstrecker der Verfügung nicht zu (§ 185), so haftet der Erbe gemäß § 311a Abs. 2 auf Schadensersatz statt der Leistung oder auf Aufwendungsersatz.

## V. Testamentsvollstreckung bei Rechtsnachfolge in einzelkaufmännische Unternehmen oder Gesellschaftsanteile

Gehört zum Nachlass ein einzelkaufmännisches Unternehmen, geraten erbrechtliche und handelsrechtliche Regelung miteinander in Konflikt; denn handelsrechtlich haftet bei einem einzelkaufmännischen Unternehmen auch der Erbe als Inhaber nach Maßgabe der §§ 27, 25 HGB stets persönlich und unbeschränkt. Würde ein solches Unternehmen von einem Testamentsvollstrecker fortgeführt, weil der Erbe nach Meinung des Erblassers zB noch zu jung oder geschäftlich unerfahren ist, so bestünde die Gefahr, dass niemand für die Geschäftsschulden persönlich haftet: Der Testamentsvollstrecker nicht, weil er nur mit Wirkung für und gegen den Erben handelt (§§ 2206, 2207), und der Erbe nicht, wenn er seine Haftung auf den Nachlass beschränkt hat (§ 1975).

Aus Gründen des Verkehrsschutzes muss sich im Ergebnis die Wertung des Handelsrechts durchsetzen (vgl. auch Art. 2 EGHGB). Zulässig ist eine Testamentsvollstreckung deshalb nur, wenn gewährleistet ist, dass entweder der Testamentsvollstrecker oder der Erbe persönlich haftet. Nach hL und Rechtsprechung (*Ebenroth* ErbR Rn. 689ff.; BGHZ 12, 100 (102)) kommen zwei Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht:

(1) Der Erbe wird als Inhaber des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen und erteilt dem Testamentsvollstrecker Prokura

oder Generalhandlungsvollmacht, so dass dieser das Geschäft im Namen des Erben leitet (**Vollmachtlösung**). Um den Erben zur Vollmachtserteilung anzuhalten, kann eine entsprechende Auflage angeordnet oder die Erbeinsetzung von der Vollmachtserteilung als Bedingung abhängig gemacht werden (*Ebenroth* ErbR Rn. 692 f. mwN auch zu krit. Gegenstimmen, die eine solche Auflage oder Bedingung für sittenwidrig halten). Die Vollmacht müsste außerdem unwiderruflich erteilt werden, weil der Erbe sie andernfalls jederzeit widerrufen und damit das Ziel des Erblassers vereiteln könnte.

- 22 (2) Die zweite Lösungsmöglichkeit besteht darin, dass nicht der Erbe, sondern der Testamentsvollstrecker als Inhaber des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen wird. Er führt dann das Unternehmen in eigenem Namen, aber für Rechnung des Erben fort (**Treuhandlösung**). Hierbei trägt der Testamentsvollstrecker allerdings ein nicht unerhebliches persönliches Risiko; er haftet den Gläubigern persönlich und ist auf Freistellungs- bzw. Regressansprüche gegen den Erben angewiesen (§§ 2218 Abs. 1, 670).

Welchen dieser beiden Wege ein Testamentsvollstrecker einschlägt, bleibt seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, soweit der Erblasser keine besondere Bestimmung getroffen hat (BGHZ 12, 100 (102)).

- 23 Ähnliche Fragen stellen sich, wenn der Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft, einer OHG oder einer KG zum Nachlass gehört. Wurde die Beteiligung des Erblassers mittels einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel vererblich gestellt, so erwerben die Erben die Beteiligung im Wege der Sondererbfolge (→ § 24 Rn. 18). Eine Auseinandersetzungsvollstreckung kommt in diesem Falle nicht in Betracht, weil der Gesellschaftsanteil als vom übrigen Nachlass abgespalten unmittelbar auf die Miterben in Höhe ihrer Erbquote übergeht und damit einer Auseinandersetzung entzogen ist. Problematisch ist die Verwaltungsvollstreckung: Wie beim einzelkaufmännischen Unternehmen, so kollidiert auch hier die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nach den Vorschriften des Erbrechts mit der unbeschränkbaren Haftung des Gesellschaftsrechts (§§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 2, 128 HGB). Als Lösung bieten sich wiederum die beiden bereits dargestellten Gestaltungsmöglichkeiten an: Entweder wird der Erbe persönlich haftender Gesellschafter und beauftragt den Testamentsvollstrecker unwiderruflich mit der Wahrnehmung seiner Rechte, oder der Testamentsvollstrecker tritt selbst in die Gesellschafterstellung ein und übt sie treuhänderisch für den Erben

aus (*OLG Düsseldorf ZEV* 2008, 142 (143) mAnm *Grunsky*). Wegen der personalistischen Struktur der Gesellschaft (Arbeits- und Haftungsgemeinschaft) kann der Testamentsvollstrecker allerdings bei beiden Lösungsalternativen Gesellschafterrechte anstelle des Erben nur dann wahrnehmen, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder alle Gesellschafter damit einverstanden sind. Aber auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag schweigt und es an einer Zustimmung der Gesellschafter fehlt, geht die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht etwa ins Leere. Sie erfasst nach der Rechtsprechung allerdings nicht die „Innenseite“ der Beteiligung (Stimmrecht, Geschäftsführung), wohl aber die „Außenseite“, dh die verkehrsfähigen vermögensrechtlichen Ansprüche auf Auseinandersetzungsguthaben und Gewinn (BGHZ 98, 48 (57); *BGH NJW* 1996, 1284 (1285)).

Geringere Probleme ergeben sich bei der Vererbung eines Kommanditanteils, da der Kommanditist schon gesellschaftsrechtlich nur beschränkt haftet (§ 171 Abs. 1 HGB). Der Kommanditanteil als solcher kann deshalb nach BGHZ 108, 187 der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterstellt werden, falls die übrigen Gesellschafter (im Gesellschaftsvertrag oder auch später) zugestimmt haben. 24

**beck-shop.de**  
**VI. Testamentsvollstreckerzeugnis**  
**DIE FACHBUCHHANDLUNG**

Auf Antrag hat das Nachlassgericht gemäß § 2368 Abs. 1 dem Testamentsvollstrecker ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen, mit dem er sich im Rechtsverkehr ausweisen kann. Auf dieses Testamentsvollstreckerzeugnis finden gemäß § 2368 Abs. 3 die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung. Es wird also gemäß § 2365 vermutet, dass der Ausgewiesene Testamentsvollstrecker ist und dass keine weiteren als die im Zeugnis angegebenen Beschränkungen oder Erweiterungen seiner Befugnisse bestehen. Vor allem aber werden Dritte im Vertrauen auf die Richtigkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß § 2368 Abs. 3 iVm §§ 2366, 2367 geschützt (**öffentlicher Glaube** des Testamentsvollstreckerzeugnisses; vgl. die entsprechenden Ausführungen zum Erbschein → § 16 Rn. 7 ff.). 25

## § 12. Gemeinschaftliches Testament

**Literatur:** *Kanzleiter*, Das Berliner Testament: immer aktuell und fast immer ergänzungsbedürftig, ZEV 2014, 225; *Nieder*, Die Feststellung der Wechselbezüglichkeit beim gemeinschaftlichen Testament, ZErB 2001, 120; *Wilhelm*, Wiederverheirathungsklausel, bedingte Erbeinsetzung und Vor- und Nacherbfolge, NJW 1990, 2857.

**Zur Übung:** Fall Nr. 3 im Anhang; *Heinrichsmeier*, Fußball, Briefmarken und postmoderne Kunst, JuS 2000, 49; *Helms/Zeppernick*, Gute Zeiten – Schlechte Zeiten, JURA 2003, 47; *Löhnig* Fälle FamR und ErbR Fall Nr. 5; *Odemer*, Examensprobleme zum Erbrecht, JA 2015, 981.

### I. Einführung

- 1 Nach § 2265 können **Ehegatten** gemeinschaftlich ihren letzten Willen erklären. Trotz der Gemeinschaftlichkeit der Errichtung verfügt jeder Ehegatte einseitig für den Fall seines Todes über sein Vermögen. Die eigentliche Problematik der §§ 2265 ff. liegt allerdings nicht so sehr im gemeinschaftlichen Testieren an sich als vielmehr darin, dass in einem gemeinschaftlichen Testament oft, wenn auch nicht notwendigerweise, sog. wechselbezügliche Verfügungen getroffen werden: Ein Ehegatte trifft seine letztwillige Verfügung nur deshalb, weil auch der andere in einer bestimmten Weise testiert (§ 2270). Wichtigster Fall ist das sog. Berliner Testament (§ 2269), in dem Ehegatten sich gegenseitig als Erben einsetzen und bestimmen, dass der gesamte Nachlass nach dem Tode des zuletzt Versterbenden an die Kinder fallen soll. Die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen hat hier notwendigerweise zur Folge, dass spätestens nach dem Tode des zuerst Versterbenden der Überlebende seine Verfügung zugunsten der Kinder nicht mehr ohne weiteres abändern kann. § 2271 Abs. 2 bestimmt deshalb, dass das Recht zum Widerruf grundsätzlich mit dem Tod des anderen Ehegatten erlischt. Hier liegt die Besonderheit des gemeinschaftlichen Testaments: Der überlebende Ehegatte bleibt möglicherweise jahrzehntelang an eine Verfügung von Todes wegen gebunden, die er trotz späterer besserer Einsicht oder veränderter Lebensumstände nicht mehr zu korrigieren vermag.

Neben Ehegatten haben auch **eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartner** die Möglichkeit, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. § 10 Abs. 4 S. 2 LPartG verweist ohne jede Einschränkung auf die §§ 2266–2272, so dass die folgenden Ausführungen zum gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten auch für ein gemeinschaftliches Testament von eingetragenen Lebenspartnern gelten.

Die Möglichkeit, im Zusammenwirken mit anderen testieren zu dürfen, ist keineswegs selbstverständlich. Wegen der Gefahr einer Beeinflussung des Erblasserwillens gibt es Rechtsordnungen, die ein gemeinschaftliches Testament strikt verbieten (zB Frankreich, Spanien, Italien). Außerdem wird eine Bindungswirkung letztwilliger Verfügungen wegen der damit verbundenen Beschränkung der Testierfreiheit im Ausland oft aus prinzipiellen Erwägungen abgelehnt.

Bindende letztwillige Verfügungen kennt das BGB nicht nur im Falle gemeinschaftlichen Testierens. Nach §§ 2274 ff. kann jeder unbeschränkt Geschäftsfähige vertragsmäßige, dh bindende Verfügungen von Todes wegen auch in einem Erbvertrag treffen. Erbverträge sind nicht auf Eheleute beschränkt. Anders als beim gemeinschaftlichen Testament tritt die Bindungswirkung sofort mit Abschluss des Erbvertrags ein (vgl. § 13).

## II. Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments

### 1. Beschränkung auf Ehegatten und eingetragene Lebenspartner

Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten (§ 2265) und eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 S. 1 LPartG) errichtet werden. Gemeinschaftliche Testamente von Nichtverheirateten bzw. „Nichtverpartnerten“ (zB Verlobten, eheähnlich Zusammenlebenden, Geschwistern) sind nichtig, können aber entgegen einer früher vom RG vertretenen Auffassung (RGZ 87, 33) grundsätzlich in wirksame Einzeltestamente **umgedeutet** werden (§ 140; vgl. *BGH NJW-RR* 1987, 1410; *OLG Hamm ZEV* 1996, 304 mAnm *Kanzleiter*). Voraussetzung hierfür ist, dass die umzudeutenden Verfügungen den Formerfordernissen eines Einzeltestaments genügen, was nicht der Fall ist, wenn ein Testierender die gemeinschaftliche Erklärung nur unterzeichnet, aber nicht eigenhändig ge-

geschrieben hat (§ 2267). Die Umdeutung der anderen, an sich formwirksamen Verfügung wird jedoch oft daran scheitern, dass diese Verfügung als wechselbezügliche (§ 2270) gewollt war, in ihrem Bestand also von einer wirksamen Gegenverfügung abhängig sein sollte (vgl. § 140 aE).

- 6 Eine spätere Eheschließung vermag ein nichtiges gemeinschaftliches Testament Nichtverheirateter nicht zu heilen. Ebenso wenig führt umgekehrt eine **Ehescheidung** notwendigerweise dazu, dass ein gültiges gemeinschaftliches Testament seine Wirksamkeit verliert. Zwar bestimmt § 2268 Abs. 1 iVm § 2077, dass ein gemeinschaftliches Testament mit der Ehescheidung grundsätzlich seinem ganzen Inhalt nach unwirksam wird. Dies gilt jedoch nach § 2268 Abs. 2 nur, soweit nicht ein anderer Wille der Verfügenden anzunehmen ist (Näheres *Rausch* FPR 2006, 141 (145 f.)). Die Auslegungsregel des § 2268 Abs. 1 gilt trotz des unklaren Gesetzeswortlauts („in den Fällen des § 2077“) ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments, also insbesondere auch dann, wenn die Ehegatten sich nicht gegenseitig zu Erben berufen haben.

## 2. Form

- 7 Ein gemeinschaftliches Testament kann als **eigenhändiges** oder **öffentliches** Testament, auch als **Nottestament**, also in jeder allgemein für Testamente vorgesehenen Form errichtet werden. § 2267 sieht allerdings für das **eigenhändige gemeinschaftliche Testament** eine **Formerleichterung** vor: Es genügt, wenn einer der beiden Ehegatten die Erklärung **eigenhändig** schreibt und unterschreibt, während der andere die Erklärung lediglich mitunterzeichnet. Unterschreibt nur ein Ehegatte, so stellt sich auch hier die Frage, ob eine Umdeutung in ein Einzeltestament möglich ist (*BayObLG* NJW-RR 2000, 1534 mAnm *Hobloch* JuS 2001, 186; *OLG Frankfurt a. M.* FamRZ 2012, 330). Dafür ist erforderlich, dass nach dem Willen des Testierenden seine Verfügung auch unabhängig vom „Beitritt“ des anderen Ehegatten gelten sollte (*OLG München* NJW-RR 2014, 838 f.).

### 3. Gemeinschaftlichkeit der Erklärung

Das Gesetz äußert sich nicht zu der Frage, wann die Erklärungen 8 der Eheleute als „gemeinschaftlich“ anzusehen sind. Nach Meinung des RG (RGZ 72, 204 (206)) sollte es auf die Einheitlichkeit der Urkunde ankommen (**objektive Theorie**). Nach der in reiner Form allerdings kaum vertretenen **subjektiven Theorie** ist nicht die Einheitlichkeit der Urkunde, sondern der Wille des Erblassers, gemeinschaftlich zu testieren, maßgebend. Herrschend ist heute die **eingeschränkte subjektive Theorie**, nach der es zwar genügt, wenn die Eheleute in getrennten Urkunden testieren; der Wille, gemeinsam zu testieren, muss aber „aus den beiderseitigen Urkunden selbst erkennbar sein“ (BGHZ 9, 113 (116); *OLG München* FamRZ 2012, 581 (582); *OLG München* ZEV 2008, 485 mAnm *Wellenhofer* JuS 2009, 88; *MüKoBGB/Musielak* Vor § 2265 Rn. 4 ff. mwN). Die praktische Bedeutung des Meinungsstreits liegt in der Anwendbarkeit der §§ 2270, 2271.

**Beispiel** (nach *BayObLG* FamRZ 1991, 1485): Die Ehefrau hatte in einem eigenhändigen Testament verfügt: „Hiermit bestätige ich, dass nach meinem Tod mein Mann alleiniger Erbe von unserem Hab und Gut, Hausbesitz, Inventar und Bargeld ist.“ Der Ehemann verfügte in getrennter Urkunde am gleichen Ort, zur gleichen Zeit und mit gleichem Wortlaut zugunsten seiner Frau. Beide Testamente wurden gemeinsam aufbewahrt.

Das Gericht vermisste im Wortlaut selbst einen ausreichenden Hinweis auf ein „gemeinschaftliches Rechtsgeschäft“, zB die Worte „wir“ oder „gemeinsam“ und verneinte daher die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen iSd §§ 2270, 2271.

Die subjektive Theorie kann schwerlich richtig sein, weil es ihr an einem Bezugspunkt mangelt, der es erlauben würde, die „Gemeinschaftlichkeit“ der Erklärung festzustellen. Schließlich kann in einem gemeinschaftlichen Testament jeder Ehegatte Verfügungen treffen, die völlig unabhängig von denen des anderen sind. Wie soll hier beim Testieren in getrennten Urkunden die Gemeinschaftlichkeit vom Willen her bestimmt werden? Da auch die objektive Theorie nicht befriedigt, weil sie formal nur auf die Einheitlichkeit der Urkunde abhebt, wird man richtigerweise der eingeschränkten subjektiven Theorie der Rechtsprechung und hL folgen müssen.



Machen die Ehegatten von der **Formerleichterung des § 2267 Gebrauch**, indem nur ein Ehegatte die Erklärung eigenhändig schreibt und unterschreibt und der andere Ehegatte lediglich mitunterzeichnet, können von vornherein keine Zweifel an ihrem Willen, gemeinschaftlich zu testieren, aufkommen.

### III. Berliner Testament

#### 1. Einheits- und Trennungsprinzip

- 9 In einem gemeinschaftlichen Testament, in dem sich Ehegatten gegenseitig als Erben einsetzen, wird oft bestimmt, dass nach dem Tod des Überlebenden der Nachlass an die gemeinsamen Kinder oder an einen sonstigen Dritten fallen soll.

**Beispiel:** „Wir, die Eheleute A und B setzen uns gegenseitig zu Erben ein. Nach dem Tod des Überlebenden soll der Nachlass an unsere Tochter T fallen.“

Zwei Auslegungen sind möglich:

- 10 (1) Der Wille der Testierenden kann darauf gerichtet sein, den überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Vermögens des Erstversterbenden als **Vorerben** und die Tochter T als Nacherbin iSd §§ 2100 ff. einzusetzen. Mit dem Tod des Überlebenden soll später der Nacherbfall eintreten. Zu diesem Zeitpunkt soll die Tochter dann außerdem den überlebenden Ehegatten bzgl. dessen eigenen Vermögens als Vollerbin beerben. Man spricht bei dieser Fallgestaltung von **Trennungsprinzip**, weil der überlebende Ehegatte Träger zweier getrennter Vermögensmassen ist, des eigenen (freien) Vermögens und des vom Verstorbenen erworbenen (gebundenen) Vermögens, bzgl. dessen er nur die Stellung eines Vorerben hat. Im Beispielsfall hieße das: Die Tochter T erhält das Vermögen ihrer Eltern in zwei getrennten Erbgingen, zum einen als Nacherbin des Erstversterbenden und zum anderen als Vollerbin des Überlebenden.
- 11 (2) Der Wille der Testierenden kann auch dahingehend verstanden werden, dass der erstversterbende Ehegatte den überlebenden als seinen **Vollerben** (nicht als seinen *Vorerben*) einsetzt, so dass das Erblasservermögen in der Hand des Überlebenden zu einer Einheit verschmilzt (**Einheitsprinzip**). Tochter T ist nach dem Tod des Erst-