

## Erbrecht

BGB, FamFG, ZPO, BeurkG, GBO, EGBGB, EStG, ErbStG, EuErbVO

Bearbeitet von

Herausgeber: Prof. Dr. Wolfgang Burandt, Rechtsanwalt, und Dieter Rojahn, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Die Autoren des Kommentars: Argiris Balomatis, Rechtsanwalt, Dr. Attila Bangha-Szabo, Rechtsanwalt, Christian Braun, Notar, Prof. Dr. Peter Bräutigam, Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht, Ulrike Czubayko, Rechtsanwältin und Notarin sowie Fachanwältin für Erbrecht und Fachanwältin für Familienrecht, Dr. Slavko Djordjevic, Dr. Thomas Egerland, Notar, Ursula Flechtner, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Erbrecht, Dr. Susanne Frank, Notarin, Susanne Franke, LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Erbrecht, Walter Gierl, Richter am Oberlandesgericht, Dr. Hellmut Götz, Rechtsanwalt, Steuerberater und Fachanwalt für Steuerrecht, Dr. Tamara Große-Boymann, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Erbrecht, Monika Hähn, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Heribert Heckschen, Notar, Dr. Claus-Henrik Horn, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Dr. Norbert Joachim, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht und Fachanwalt für Verkehrsrecht, Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Leitender Oberstaatsanwalt, Dr. Dietmar Kurze, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Martin Lang, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Franz-Georg Lauck, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Jürgen E. Milatz, Rechtsanwalt, Steuerberater und Fachanwalt für Steuerrecht, Dr. Oleg A. Mosgo, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Gabriele Müller-Engels, Rechtsanwältin und Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht, Dr. Damian Wolfgang Najdecki, Notar, Stephan Neubauer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht, Dr. Beate Paintner, Rechtsanwältin, Gerhard Ruby, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Ümit Savas, Rechtsanwalt, Herbert Schons, Rechtsanwalt und Notar, Stefan Schmuck, Dr. Bettina Schütz-Gárdén, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Dennis Solomon, und Finn Zwißler, Rechtsanwalt

3. Auflage 2019. Buch. XXIV, 2056 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72100 7

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

[Recht > Zivilrecht > Erbrecht > Testamente, Erbverträge](#)

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 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

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.

lerdings das Aneignungsrecht des Belegenheitsstaates unter den genannten Voraussetzungen Vorrang vor dem Erbrecht des deutschen Staates. Gilt ausländisches Erbrecht, so ist für Erbfälle ab dem 17.8.2015 die Regelung in § 32 IntErbRVG iVm Art. 33 EuErbVO zu beachten, wonach im Einzelfall ein Fiskus Aneignungsrecht bestehen kann (vergleiche dazu *Dutta* ZEV 2015, 493).

§ 1936 S. 1 aF, der für Erbfälle bis zum 31.12.2009 gilt (Art. 229 § 23 IV EGBGB), knüpfte an die Zugehörigkeit des Erblassers zu einem Bundesland an. Da es eine Staatsangehörigkeit in den einzelnen Bundesländern seit 1934 nicht mehr gibt, war auf die Niederlassung des Erblassers in einem Bundesland abzustellen. Der Begriff der Niederlassung ist weiter zu fassen als der des Wohnsitzes. Niederlassung ist der Ort, an dem der Erblasser einen Unterschlupf zu nicht nur vorübergehendem Verweilen hatte (*Ermann/Schlüter*, 11. Aufl. 2004, Rn. 4).

**3. Rechtsfolgen.** Liegen die Voraussetzungen des § 1936 vor, so erbt ein Bundesland oder der Bund. Das Bundesland oder der Bund wird auf privatrechtlicher Basis **Gesamtrechtsnachfolger** des Erblassers. Der gesetzliche Erbe tritt in alle Rechte und Pflichten des Erblassers ein. Ist in einem **Gesellschaftsvertrag** einer KG oder OHG eine Fortsetzungsklausel mit den Erben enthalten, so gilt dies für den Staat als Erben regelmäßig nicht, weil dies nicht dem Willen der Gesellschafter entspricht (*MüKoBGB/Leipold* Rn. 22). Hatte der Erblasser eine **Lebensversicherung** abgeschlossen und als Bezugsberechtigte seine Erben ohne nähere Bezeichnung bestimmt, so ist § 160 IV VVG zu berücksichtigen. Ist der Staat nur Miterbe, so fällt das Bezugsrecht nur den anderen Erben an. Ist jedoch kein anderer Erbe vorhanden, wird der Staat also gesetzlicher Alleinerbe, so geht auch die Versicherungssumme als Bestandteil des Nachlasses auf den Staat über.

Auf den Staat als gesetzlichen Erben gehen die **Nachlassverbindlichkeiten** über. Der Bund bzw. das Bundesland muss die Beschränkung der Haftung, wie üblich, herbeiführen. Ihm kann allerdings keine Inventarfrist gesetzt werden, er ist jedoch den Nachlassgläubigern gegenüber verpflichtet, Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu geben (§ 2011). Der Staat kann sich immer auf die Beschränkung der Haftung berufen, auch dann, wenn der entsprechende Vorbehalt in dem Urteil fehlt (§ 780 II ZPO).

**4. Entsprechende Anwendung.** Fällt Vereinsvermögen oder Stiftungsvermögen nach §§ 46, 88 an den Staat, so gilt § 1936 entsprechend.

**5. Verfahren.** Das Erbrecht als gesetzlicher Erbe wird nach § 1964 durch Beschluss des Nachlassgerichts deklaratorisch festgestellt. In diesem Zusammenhang sind die Regelungen aus § 1964 BGB zu berücksichtigen.

## § 1937 Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung

**Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen.**

**1. Normzweck.** Die gesetzliche Regelung stellt klar, dass jeder Erblasser seinen Erben durch eine Verfügung von Todes wegen selbst bestimmen kann. Hierdurch wird die **Testierfreiheit** des Erblassers, die ein bestimmendes Element der sich aus Art. 14 I 1 GG ergebenden Erbrechtgarantie ist (BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040)) und über die das BGB keine allgemeinen Vorschriften enthält, im BGB verankert. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit § 1938, in dem die Enterbung geregelt ist und § 1941, der die vertragliche Erbeinsetzung ermöglicht, dass die gewillkürte Erbfolge Vorrang vor der gesetzlichen Erbfolge hat. Die gesetzliche Erbfolge tritt nur dann ein, wenn der Erblasser nicht durch eine Verfügung von Todes wegen die Erbfolge für den Fall seines Todes abweichend geregelt hat. Schließlich wird der Begriff der einseitigen Verfügung von Todes wegen hier erläutert.

**2. Begriffsbestimmung.** Das Gesetz verwendet die Begriffe einseitige Verfügung von Todes wegen, Testament und letztwillige Verfügung.

**a) Verfügung von Todes wegen.** Dies ist der **Oberbegriff** für Testamente (§§ 2064 ff.) und Erbverträge (§§ 1941, 2274 ff.). Testamente sind dabei nach § 1937 einseitige Verfügungen von Todes wegen. Verfügungen von Todes wegen sind Anordnungen des Erblassers, die erst mit dem Tod des Erblassers überhaupt Wirkung entfalten sollen und die in erbrechtlichen Formen erfolgten. Diese Einschränkung scheint erforderlich, vor dem Hintergrund, dass der Erblasser über seinen Nachlass auch durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden so verfügen kann, dass die Rechtswirkungen erst mit seinem Tod eintreten (vgl. § 2301).

**b) Verfügung.** Der Begriff Verfügung wird hier vom Gesetzgeber nicht im allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Sprachgebrauch (§ 185) verwendet. Als Verfügung wird also hier nicht ein Rechtsgeschäft bezeichnet, das unmittelbar darauf gerichtet ist, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es zu verändern oder zu übertragen. Vielmehr bedeutet Verfügung hier rechtsgeschäftliche **Anordnung** (Palandt/*Weidlich* Rn. 2). Dass die Verfügung als letztwillige Verfügung bezeichnet wird, erklärt sich daraus, dass ein Testament den letzten Willen des Erblassers enthält. Der Erblasser kann seine einseitige letztwillige Verfügung bis zu seinem Tod jederzeit frei widerrufen (§ 2253). Hat er die Anordnungen nicht widerrufen, so gibt das Testament tatsächlich das wieder, was der letzte Wille des Erblassers war.

**c) Testament.** Die Begriffe Testament und letztwillige Verfügung werden vom Gesetz in § 1937 gleichgesetzt. Diese Gleichstellung der Begriffe wird allerdings im Gesetz nicht streng durchgehalten. So wird in § 2253 eine einzelne in einem Testament enthaltene Anordnung als Verfügung bezeichnet. Der Begriff

letztwillige Verfügung macht zum einen deutlich, dass die Anordnungen erst mit dem Tod des Erblassers Wirksamkeit erlangen und die Rechtslage zu Lebzeiten des Erblassers völlig unberührt lassen. Zum anderen wird daraus deutlich, dass der Erblasser seine Anordnungen bis zu seinem Tode frei widerrufen kann. Einen besonderen Grund für den Widerruf seiner Anordnungen braucht er nicht (§ 2253), jedes Testament und jede einzelne in dem Testament enthaltene Anordnung ist jederzeit durch den Erblasser frei widerruflich. Auch das gemeinschaftliche Testament von Ehegatten (§ 2265) und Lebenspartnern (§ 10 IV LPartG) gehört hierher. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass hier die **Widerrufsmöglichkeit** eingeschränkt ist, da das gemeinschaftliche Testament eine Bindungswirkung entfaltet. Es kann zwar zu Lebzeiten beider Testierenden jederzeit durch ein neues gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden (MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn. 3) und von jedem Ehegatten auch allein nach den Regelungen über den Rücktritt vom Erbvertrag widerrufen werden (§ 2271 I), nach dem Tod des Erstversterbenden ist der Überlebende allerdings dann, wenn keine abweichende Regelung in dem Testament enthalten ist, gebunden. In dem Testament enthaltene wechselbezügliche Verfügungen der Ehegatten können nach dem Tod des Erstversterbenden nicht mehr frei widerrufen werden (§ 2271 II).

- 6 d) **Erbvertrag.** In einem Erbvertrag können vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen getroffen werden (§ 2278). Der vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag sind binden. Sie können von dem Erblasser nur ausnahmsweise nach §§ 2290–2292 aufgehoben werden, ansonsten hat der Erblasser die Möglichkeit, vom Erbvertrag beim Vorliegen eines Grundes nach §§ 2293–2295 zurückzutreten. Soweit ein Erbvertrag jedoch einseitige Verfügungen von Todes wegen enthält, sind diese wie testamentarisch Verfügungen zu behandeln und können auch jederzeit einseitig durch den Erblasser widerrufen werden (§ 2299 II).
- 7 3. **Inhalt.** Der Inhalt von letztwilligen Verfügung ist in den §§ 1937–1941 nicht **abschließend** geregelt (OLG Frankfurt a. M. NJW 1950, 607). Im Erbrecht aber auch bspw. im Familienrecht gibt es weitere Anordnungen, die zulässigerweise in ein Testament aufgenommen werden können. Ein Testament muss auch nicht zwingend eine Erbeinsetzung oder eine Enterbung enthalten. Der Erblasser kann sich darauf beschränken, Vermächtnisse oder Auflagen anzuordnen oder sonstige Anordnungen zu treffen.
- 8 a) **Einsetzung von Erben.** Der Erblasser kann in der letztwilligen Verfügung einen oder mehrere Erben bestimmen. Er selbst kann also seine/seinen **Gesamtrechtsnachfolger** benennen. Insoweit, wie in dem Testament Regelungen enthalten sind, gilt die gesetzliche Erbfolge nicht. Hat der Erblasser zB einen Erben nur auf einen Bruchteil seines Nachlasses eingesetzt, so tritt nur in dem Umfang, wie das Testament eine Regelung enthält, gewillkürte Erbfolge ein. IÜ greift die gesetzliche Erbfolge (§ 2088 I) ein.
- 9 Im Einzelfall kann es schwierig sein, festzustellen, ob eine Person gewillkürter Erbe oder gesetzlicher Erbe des Erblassers ist. Hat der Erblasser in sein Testament einen Hinweis auf die gesetzliche Erbfolge aufgenommen, so muss durch Auslegung (vgl. § 2066) ermittelt werden, ob der Erblasser damit seine gesetzlichen Erben als testamentarische Erben einsetzen oder ob er lediglich klarstellen wollte, dass insoweit, wie die Anordnung greift, die gesetzliche Erbfolge gelten soll. Bedeutsam wird dies insbes. bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen, soweit sie Bindungswirkung entfaltet haben bzw. entfalten können. Hier hängt von der Beantwortung der Frage, ob gewillkürte Erbfolge oder gesetzliche Erbfolge vorliegt, ab, ob die letztwillige Verfügung noch widerrufen und abgeändert werden kann. Hat der Erblasser in seinem Testament einer Person den Pflichtteil zugewendet, so ist dies im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen (§ 2304).
- 10 Der Erblasser kann Verwandte aber auch nicht verwandte Personen zu Erben einsetzen, auch zu Ersatzern (§ 2096) oder Nacherben (§ 2100). Ob der Erblasser eine Erbeinsetzung vorgenommen oder ein Vermächtnis angeordnet bzw. eine Auseinandersetzungsanordnung getroffen hat, ist durch Auslegung zu ermitteln.
- 11 Eine Erbeinsetzung auf bestimmte **Gegenstände** sieht das BGB grds. nicht vor. Eine Ausnahme gilt jedoch bspw. dann, wenn in Gesellschaftsverträgen Nachfolgeklausel enthalten sind und so eine Sonderrechtsnachfolge eintritt.
- 12 Der Erblasser kann letztwillige Verfügungen nur hinsichtlich seines **eigenen Nachlasses** treffen. Auch dann, wenn der Erblasser eine Person zum Nacherben eingesetzt hat, weicht er hiervon nicht ab. Der Nacherbe wird Erbe des Erblassers, nicht des Vorerben (§ 2100).
- 13 Der Erblasser muss keine **Begründung** für die getroffene letztwillige Verfügung geben. Er ist grds. frei darin, wen er mit welchem Erbeil zu seinem Erben einsetzt oder wen er von der Erbfolge ausschließt. Grenzen ergeben sich für den Erblasser dann, wenn er deshalb nicht mehr frei testieren kann, weil eine andere letztwillige Verfügung bereits Bindungswirkung erlangt hat (gemeinschaftliches Testament § 2271 I, II, Erbvertrag § 2289 I). Die Freiheit des Erblassers kann weiter durch gesetzliche Verbote (§ 134) oder durch die guten Sitten (§ 138) beschränkt sein.
- 14 b) **Sonstige erbrechtliche Anordnungen.** Außer der Einsetzung eines Erben (§ 1937) oder der Enterbung von gesetzlichen Erben (§ 1938) sind vielfältige andere erbrechtliche Anordnungen im Rahmen einer letztwilligen Verfügung möglich. Inhalt der letztwilligen Verfügung kann der Widerruf eines Testaments (§§ 2253, 2254) sein. Hatte der Erblasser einen Erbvertrag geschlossen, so kann er durch ein Testament eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder einer Auflage angeordnet wurde, unter den Voraussetzungen des § 2291 aufheben. Ein zwischen Ehegatten oder Lebenspartnern geschlossener Erbvertrag kann durch ein gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden (§ 2292).
- 15 Das Testament des Erblassers kann die Anordnung eines Vermächtnisses (§ 1939) und/oder einer Auflage (§ 1940) enthalten. Der Erblasser kann im Wege des Vermächtnisses oder einer Auflage die Erben

damit belasten, dass sie mit einem Dritten, zB einem Testamentsvollstrecker, eine verjährungsverlängernde Vereinbarung nach § 202 II BGB treffen (*Meyer ZEV* 2010, 2 (7); *Schaal/Grigas BWNotZ* 2008, 2 (23)).

Der Erblasser kann Bestimmungen dazu treffen, was mit dem Nachlass nach seinem Tod geschehen soll, so kann er die Anordnung des Ausschlusses der Auseinandersetzung des Nachlasses (§ 2044) oder eine Teilungsanordnung (§§ 2048, 2049) treffen. Der Erblasser kann in einem Testament Testamentsvollstreckung anordnen und einen Testamentsvollstrecker ernennen (§ 2197).

Den Pflichtteilsberechtigten kann in dem Testament durch den Erblasser der Pflichtteil entzogen werden (§§ 2333, 2336 I). In diesem Fall muss in dem Testament nach § 2336 II der sog. Kernsachverhalt angegeben werden, der die Pflichtteilsentziehung rechtfertigt (BGH ZEV 2011, 370). Dies ist verfassungsgemäß (BVerfG ZEV 2005, 388), da dadurch gewährleistet ist, dass das Pflichtteilsrecht nur dann im Verhältnis zur Testierfreiheit des Erblassers zurücktritt, wenn schon in dem Testament hinreichende Gründe für die Pflichtteilsentziehung benannt sind, die dann gerichtlich überprüft werden können.

Ein (ausländischer) Erblasser hatte bis zum 16.8.2015 die Möglichkeit für sein in Deutschland gelegenes unbewegliches Vermögen, also das Immobilienvermögen, in Form einer letztwilligen Verfügung das **deutsche Recht** zu wählen (Art. 25 II EGBGB). Ab dem 17.8.2015 gilt Art. 22 II EuErbVO, der insoweit eine abweichende Regelung trifft.

**c) Sonstige Anordnungen.** Durch eine letztwillige Verfügung kann eine Stiftung gegründet (§ 83) oder die Klärung von Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht angeordnet (§ 1066 ZPO) werden. Möglich sind aber auch andere Anordnungen, wie die Erteilung von Vollmachten, zB einer Auflassungsvollmacht oder der Vollmacht zur Eintragung eines Nießbrauchs- oder Wohnungsrechts. Der Widerruf der Bezugsberechtigung für eine Lebensversicherung wird erst mit schriftlicher Anzeige an den Versicherer wirksam (13 III ALB). Die Vorlage eines Testaments, in dem entsprechende Anordnung getroffen sind, genügt nach dem Tod des Erblassers den Anforderungen nicht (BGH Urt. v. 14.7.1993 – IV ZR 242/92, NJW 1993, 3134, 2.LS). In dem Widerruf des Bezugsrechts kann allerdings eine Rücknahme des Schenkungsangebots des Erblassers an den Begünstigten liegen, mit der Folge, dass ein Rechtserwerb des Bezugsberechtigten letztlich verhindert wird (Palandt/*Grüneberg* § 332 Rn. 3).

Häufig werden **familienrechtliche Anordnungen** getroffen. So ist die Ernennung eines Vormunds oder die Ausschließung bestimmter Personen von der Vormundschaft durch die Eltern in Form einer letztwilligen Verfügung möglich (§§ 1777 III, 1782 II). Hat der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung angeordnet, dass die Vermögenssorge der Eltern oder eines Elternteils für das an ein minderjähriges Kind vererbte Vermögen ausgeschlossen ist (§ 1638), so ist dieser Elternteil bzw. es sind beide Elternteile nicht vermögenssorgeberechtigt. Sind beide Elternteile von der Vermögenssorge ausgeschlossen, so muss für das Kind umgehend ein Pfleger bestellt werden. Ist nur ein Elternteil ausgeschlossen, so verwaltet das Vermögen der andere allein (§ 1638 III).

Aufgenommen werden können ferner Anordnungen über die Art der Bestattung oder das Schicksal des Leichnams. Diese sind aber regelmäßig keine Verfügungen von Todes wegen (*MüKoBGB/Leipold* Rn. 43).

Der Erblasser kann in eine letztwillige Verfügung eine **Schiedsklausel** aufnehmen. Allerdings ist die Anordnung nur insoweit wirksam, wie dem Erblasser nach den Vorschriften des materiellen Rechts auch die Anordnungskompetenz zusteht. Diese steht ihm nur für solche Bereiche zu, die auch innerhalb der Verfügungsmacht des Erblassers liegen (BGH Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115 Rn. 23 mwN). Daher sind Anordnungen des Erblassers dazu, dass der Streit über den Pflichtteilsanspruch durch ein Schiedsgericht entschieden werden soll, unwirksam (BGH aaO, Rn. 26). Gleiches gilt für das Verfahren auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers (BGH Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 Rn. 11) und für Erbscheinsverfahren (*Lange ZEV* 2017, 1; Palandt/*Weidlich* Rn. 9).

**4. Wirksamkeit.** Letztwillige Verfügungen sind nichtig, wenn sie nicht den Vorschriften über ihre Errichtung sowie den **Formvorschriften** genügen (vgl. Palandt/*Weidlich* Rn. 11). Insbesondere sind sie dann nichtig, wenn der Erblasser das Testament nicht persönlich errichtet hat (§ 2064) oder wenn er nicht persönlich die Person oder den Gegenstand der Zuwendung bestimmt oder die Wirksamkeit des Testamentes von der Entscheidung einer dritten Person abhängig gemacht hat (§ 2065).

Letztwillige Verfügungen können auch nach § 138 wegen **Sittenwidrigkeit** nichtig sein. So wurde geprüft, ob das Testament sittenwidrig war, wenn der Erblasser die Zuwendung als Entgelt für sexuelle Dienste zugunsten einer Geliebten errichtet hatte (OLG Düsseldorf Beschl. v. 22.8.2008 – 3 Wx 100/08, JuS 2009, 184; BayObLG FamRZ 2002, 915; vgl. aber auch *Armbrüster* NJW 2002, 2763). Behinderten-testamente mit Pflichtteilsverzicht und der Anordnung einer nichtbefreiten Vor- und Nacherbfolge mit dauerhafter Testamentsvollstreckung sind nicht sittenwidrig (BGH Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, NJW 2011, 1586, BGH ZEV 2017, 267). Dies gilt auch bei dem Vorhandensein großer Vermögen bei den Eltern des behinderten Kindes (OLG Hamm Urt. v. 27.10.2016 – 10 U 13/16, ZEV 2017, 158). Auch bei Ebenbürtigkeitsklauseln adliger Familien in Erbverträgen (BVerfG NJW 2000, 2495; 2004, 2008) wurde die Sittenwidrigkeit geprüft. Gleiches gilt bei **Wiederverheirathungsklausel** (*Münch ZEV* 2008, 571; *Lanzenfeld ZEV* 2007, 453). Ist der überlebende Ehegatte im Testament als Alleinerbe eingesetzt, tritt aber mit sofortiger Wirkung Nacherbfolge zu Gunsten der Abkömmlinge ein, wenn der überlebende Ehegatte wieder heiratet (vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten Nieder/Kössinger Testamentsgestaltung § 14 Rn. 119; *Völzmann RNotZ* 2012, 1 ff.), so kann an eine Sittenwidrigkeit einer solchen testamentarischer Regelung gedacht werden (so OLG Saarbrücken Urt. v. 15.10.2014 – 5U 19/13, DNotZ 2015, 691; *Lan-*

genfeld ZEV 2007, 453; zust. Staudinger/Otte § 2074 Rn. 59; aA Völmann RNotZ 2012, 1 ff.). Der überlebende Ehegatte verliert hier mit sofortiger Wirkung mit der Eheschließung seine Stellung als Alleinerbe und damit den Nachlass. Pflichtteilsansprüche kann der überlebende Ehegatte im Regelfall nicht mehr geltend machen, weil ihm Pflichtteilsansprüche nur dann zustehen, wenn er innerhalb der sechswöchigen Ausschlagungsfrist die Erbschaft ausschlägt (Nieder/Kössinger Testamentsgestaltung § 14 Rn. 125). Die Ausschlagungsfrist ist regelmäßig zum Zeitpunkt der neuen Eheschließung abgelaufen. Ist der überlebende Ehegatte wirtschaftlich auf den Nachlass angewiesen, so kann die Wiederverheirathungsklausel einen unzumutbaren Druck auf den überlebenden Ehegatten dahin ausüben, dass er auf die Schließung der neuen Ehe verzichtet. In einem solchen Fall liegt es nahe, von einer Sittenwidrigkeit der Wiederverheirathungsklausel auszugehen (so auch Langenfeld ZEV 2007, 453 (455, 456)). **Pflichtteilstrafklauseln** dürften demgegenüber wirksam sein. Sie dienen dazu, die Abkömmlinge des Erstversterbenden davon abzuhalten, nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils ihren Pflichtteil zu verlangen. Verhalten sich die Abkömmlinge entsprechend der Pflichtteilstrafklausel, so werden sie Erben des Letztversterbenden, ansonsten steht ihnen nach dem Tod des Erstversterbenden und dann, wenn sie auch von dem überlebenden Ehegatten abstammen, nach dem Tod des überlebenden Ehegatten ein Pflichtteilsanspruch zu. Mehr als einen Pflichtteilsanspruch haben die Abkömmlinge auch nach Art. 6 GG nicht, so dass eine Sittenwidrigkeit nicht anzunehmen ist (Langenfeld ZEV 2007, 453 (456)).

- 24 Die Erbeinsetzung des **Betreuers** ist nur dann sittenwidrig, wenn dieser seine Vertrauensstellung ausgenutzt und Einfluss auf die Verfügung des Erblassers genommen hat (OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1189; zum Vorsorgebevollmächtigten OLG München Beschl. v. 12.5.2015 – 31 Wx 81/15, NJW-RR 2015, 1034 Rn. 50, 51; BayObLG FamRZ 2003, 713).
- 25 Eine letztwillige Verfügung kann wegen des Verstoßes gegen ein **gesetzliches Verbot** (§ 134) nichtig sein. So ist ein Testament, das gegen § 14 HeimG bzw. die entsprechenden Regelungen aus den Landesheimgesetzen verstößt, nichtig (BVerfG NJW 1998, 2964). Bis auf Thüringen haben alle Bundesländer bis Anfang 2013 das HeimG des Bundes durch landesrechtliche Vorschriften abgelöst (zu den einzelnen Landesgesetzen *Ludyga* NZS 2013, 201 (202)). § 14 HeimG verbietet es dem Träger eines **Heims**, also dem Betreiber aber auch dem Leiter, dem Personal und sonstigen Mitarbeitern, über das vereinbarte Entgelt hinaus sich Geld oder geldwerte Leistungen von oder zu Gunsten von Bewohnern oder einem Bewerber versprechen oder gewähren zu lassen. **Verboten ist jede Zuwendung durch letztwillige Verfügung, selbst dann, wenn das Testament schon vor dem Einzug in das Heim durch den Erblasser errichtet wurde** (KG FamRZ 1998, 1542). Voraussetzung für das Eingreifen von § 14 HeimG ist, dass die Verfügung von Todes wegen im Einvernehmen zwischen dem Bewohner und dem Bedachten erfolgt. Dies ist der Fall, wenn der aus dem Heim Bedachte Kenntnis von der Zuwendung hatte und andererseits der Erblasser von der Kenntnis des Bedachten weiß. Das Einvernehmen muss nicht ausdrücklich hergestellt werden, es genügt, wenn sich dieses konkludent aus den Gesamtumständen ergibt (BayObLG ZEV 2004, 506 (507)). Für ambulante Pflegedienste gilt § 14 HeimG allerdings nicht. Aber auch ein Testament zugunsten eines solchen Pflegedienstes kann sittenwidrig sein, wenn der Pflegedienst seine Stellung und ein persönliches Vertrauensverhältnis zu dem Testierenden dazu eingesetzt hat, den Testierenden übermäßig zu beeinflussen (*Ludyga* NZS 2013, 201 (206)).
- 26 **Annahmeverbote** von Belohnungen für Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst erfassen auch Zuwendungen aus letztwilligen Verfügungen. Auch Zivildienstleistende unterfallen diesen Regelungen (vgl. Palandt/Weidlich Rn. 14).

### § 1938 Enterbung ohne Erbeinsetzung

**Der Erblasser kann durch Testament einen Verwandten, den Ehegatten oder den Lebenspartner von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen, ohne einen Erben einzusetzen.**

- 1 **1. Voraussetzungen.** Der Erblasser kann durch Testament oder durch eine einseitige Verfügung in einem Erbvertrag seine gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließen (OLG München NJW-RR 2006, 82). Er kann also, als Ausfluss der Testierfreiheit, ein **Negativtestament** errichten.
- 2 **a) Enterbung.** Dazu ist es nicht erforderlich, dass der Erblasser einen bestimmten anderen Erben einsetzt. Es genügt, wenn er anordnet, dass ein bestimmter oder alle Verwandten, der Ehegatte oder der Lebenspartner nicht Erben werden soll. Der Staat kann als Erbe nicht durch ein Negativtestament ausgeschlossen werden, da er in § 1938 nicht genannt ist. Will der Erblasser verhindern, dass der Staat sein Erbe wird, so muss er eine andere Person als seinen Erben einsetzen. Hat der Erblasser alle Verwandten und auch seinen Lebenspartner/Ehegatten durch Negativtestament von der Erbfolge ausgeschlossen, so erbt der Staat.
- 3 **b) Erklärung.** Die Enterbung muss nicht eindeutig in dem Testament erklärt werden. Eine stillschweigende Enterbung ist möglich, wenn der Ausschließungswille eindeutig zum Ausdruck kommt (OLG Hamm ZEV 2012, 314; OLG München ZEV 2001, 153 (154)). In dem Fall ist dann durch Auslegung des Testaments zu ermitteln, welchen Willen der Erblasser hatte. Wendet der Erblasser einem seiner gesetzlichen Erben nur den Pflichtteil zu, so wird darin üblicherweise eine Enterbung dieses Pflichtteilsberechtigten liegen, da die Zuwendung eines Pflichtteils nach § 2304 regelmäßig nicht als Erbeinsetzung zu werten ist. Entzieht der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil, so ist auch darin regelmäßig eine Enterbung zu sehen (BayObLG FamRZ 1996, 826 (828)). Es kann sich allerdings im Wege der Auslegung des Testamentes ergeben, dass der eingesetzte Erbe durch die Pflichtteilsentziehung ledig-



lich von der Ausschlagung der Erbschaft abgehalten werden soll (BayObLG FamRZ 2000, 1459). Sind in einem gemeinschaftlichen Testament Regelungen für den Tod des Letztversterbenden getroffen worden, so kann im Wege der Auslegung daraus nicht geschlossen werden, dass die nicht bedachten Schlusserben auch nach dem Erstversterbenden von der Erbfolge ausgeschlossen sind (OLG München Beschl. v. 19.12.2012 NJW-RR 2013, 329). In der bloßen Einsetzung von gesetzlichen Erben als Ersatzerben kann im Einzelfall eine stillschweigende Enterbung liegen (BGH NJW-RR 2006, 948). Schöpft der Erblasser durch die Anordnung von Vermächtnissen seinen Nachlass komplett aus, liegt daher darin keine Enterbung durch ein negatives Testament (BayObLG MDR 1979, 847). Möglich ist neben einem vollständigen Ausschluss von der Erbfolge auch ein teilweiser oder bedingter Ausschluss (Palandt/*Weidlich* Rn. 2). Hat der Erblasser einen seiner gesetzlichen Erben auf einen Bruchteil des Nachlasses eingesetzt und über einen weiteren Bruchteil des Nachlasses nicht wirksam verfügt, so ist es letztlich eine Frage der Auslegung des Testamentes, ob der auf den Bruchteil eingesetzte Erbe nach § 2088 an dem nicht verteilten weiteren Nachlasses als gesetzlicher Erbe partizipiert. Ergibt sich aus der Einsetzung auf den Bruchteil zugleich die Beschränkung des Erben auf diesen Bruchteil, so ist er iÜ von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen (Palandt/*Weidlich* § 2088 Rn. 2; OLG Hamm ZEV 2012, 211).

Hat der Erblasser zwar in seinem Testament einen Erben eingesetzt, war diese Einsetzung des Erben allerdings **unwirksam**, so fragt es sich, ob die gesetzlichen Erben durch die unwirksame Einsetzung des Erben enterbt sind. Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass dann, wenn die Erbeinsetzung entfällt, auch die damit korrespondierende Enterbung der gesetzlichen Erben wegfällt (OLG Hamm Beschl. v. 2.12.2011 – 15 W 603/10, ZEV 2012 266 (267); MüKoBGB/*Leipold* Rn. 7). Etwas anderes kann sich allerdings im Rahmen der Testamentsauslegung ergeben. Hat bspw. der Erblasser unwirksam eine karitative Einrichtung zu seinem Erben benannt, so stellt allein die Tatsache, dass eine solche Organisation das gesamte Vermögen des Erblassers nach dessen Willen bekommen sollte, ein Indiz dafür dar, dass die gesetzlichen Erben in jedem Fall enterbt sind (OLG München ZEV 2001, 153 (154)). Hat der Erblasser von mehreren Kindern ein Kind nicht bedacht und auf den Erbteil dieses Kindes einen entfernten Verwandten zum Erben eingesetzt, so wird von einer stillschweigenden Enterbung dieses Kindes auch für den Fall auszugehen sein, dass der entfernte Verwandte nicht wirksam zum Erbe eingesetzt ist (MüKoBGB/*Leipold* Rn. 7). Hat der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil entzogen und ist diese Pflichtteilsentziehung nach § 2333 BGB unwirksam, so wird sich regelmäßig aus dem Testament im Wege der Auslegung ergeben, dass eine Enterbung des Pflichtteilsberechtigten gewollt ist, da dieser nicht einmal den Pflichtteil aus dem Nachlass erhalten sollte (Palandt/*Weidlich* Rn. 2).

Begründen muss der Erblasser seine Verfügung nicht.

**2. Rechtsfolgen.** Eine konkrete Regelung dazu, wie sich die Enterbung eines gesetzlichen Erben auf die Erbfolge auswirkt, enthält das Gesetz nicht. Allerdings ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 1938, dass dann, wenn ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen ist, iÜ die gesetzliche Erbfolge ohne den enterbten gesetzlichen Erben gilt. Der enterbte Verwandte, Ehegatte oder Lebenspartner wird so behandelt, als habe er den Erbfall nicht erlebt (Bamberger/*Roth/Müller-Christmann* Rn. 6). An die Stelle eines Verwandten der ersten bis dritten Ordnung treten dessen Abkömmlinge, es sei denn, auch diese sind enterbt. Regelmäßig erstreckt sich die Wirkung der Enterbung nicht auf die Abkömmlinge, durch Auslegung kann sich allerdings etwas anderes ergeben (OLG Brandenburg MDR 1995, 1238; BayObLG FamRZ 1990, 1265; MüKoBGB/*Leipold* Rn. 4). Wird mit der Enterbung ein Ziel verfolgt, das nur erreicht werden kann, wenn auch die Abkömmlinge von der Enterbung erfasst werden, so ist das Testament in diese Richtung auszulegen. Eine sog. Pflichtteilstrafklausel, nach der ein Kind dann, wenn es nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils seinen Pflichtteil verlangt, auch nach dem Tod des letztversterbenden Elternteils nur seinen Pflichtteil verlangen kann, entfaltet nur dann volle Wirkung, wenn die Enterbung auch die Abkömmlinge des Kindes erfasst. Hat der Erblasser seine gesetzlichen Erben „mit Anhang“ von der Erbfolge ausgeschlossen, so sind zumindest alle Abkömmlinge von der Erbfolge mit ausgeschlossen (so BayObLG FamRZ 1990, 1265). Wurde der Ehegatte bzw. Lebenspartner enterbt, so entfällt sein Anspruch auf den Voraus nach § 1932 und die Erbteile der anderen gesetzlichen Erben erhöhen sich.

Soweit ein Abkömmling, ein Ehegatte/Lebenspartner oder aber ein oder beide Elternteile des Erblassers enterbt wurden, steht diesen nach § 2303 BGB ein Pflichtteilsanspruch zu.

## § 1939 Vermächtnis

**Der Erblasser kann durch Testament einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden (Vermächtnis).**

**1. Begriff.** Durch die Zuwendung eines Vermächtnisses kann der Erblasser dem Bedachten einen **Vermögensvorteil** verschaffen, ohne ihn zum Erben zu machen. Die Zuwendung eines Vermächtnisses ist also von der Erbeinsetzung abzugrenzen. Dabei ist der Umfang dessen, was dem Einzelnen von dem Erblasser zugewendet wird, kein entscheidendes Kriterium. Zwar ist nach § 2087 I von einer Erbeinsetzung auszugehen, wenn der Erblasser einer Person sein ganzes Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens zugewendet hat, doch kann sich durch Auslegung des Testamentes etwas anderes ergeben (Palandt/*Weidlich* § 2087 Rn. 1). Der Erblasser kann die Zuwendung eines Bruchteils seines Vermögens oder sogar des ganzen Vermögens auch so gewollt haben, dass der Bedachte nicht der Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers iSv § 1922 wird, sondern lediglich gegen die gesetzlichen Erben (oder einen anderen

Vermächtnisnehmer § 2147) einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses haben soll. Entscheidend ist also, ob der Erblasser wollte, dass der Bedachte trotz seiner Beteiligung als Außenstehender behandelt wird, der zwar Werte aus dem Nachlass bekommt, der aber in die Abwicklung des Nachlasses nicht einbezogen werden und keine Nachlassverbindlichkeiten tilgen soll (Nieder/Kössinger Testamentsgestaltung § 8 Rn. 5). § 1939 enthält nur die Grundregel, die Einzelheiten ergeben sich aus §§ 2147ff. Beschwerden kann der Erblasser mit dem Vermächtnis einen oder alle seiner Erben aber auch einen anderen Vermächtnisnehmer (§ 2147). Der Erblasser kann Vermächtnisse anordnen, die den Wert des Nachlasses vollständig ausschöpfen. Der pflichtteilsberechtigte Erbe hat nach § 2306 die Möglichkeit die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. Angeordnet werden kann ein Vermächtnis durch jede Verfügung von Todes wegen, also durch ein Einzeltestament, ein gemeinschaftliches Testament und auch durch Erbvertrag. Ob ein Vermächtnis, eine Erbeinsetzung oder eine Teilungsanordnung gemeint ist, muss in Zweifelsfällen durch Auslegung der Verfügung von Todes wegen ermittelt werden.

- 2 **2. Gegenstand.** Der Erblasser kann dem Erben im Wege des Vermächtnisses einen Vermögensvorteil zuwenden. Gegenstand eines Vermächtnisses kann jeder Vermögensvorteil sein, also alles, was Inhalt eines Anspruchs bzw. Inhalt einer Leistung sein kann. Eine Vermögensmehrung im Sinne einer wirtschaftlichen Besserstellung ist dazu nicht erforderlich (OLG Hamm FamRZ 1994, 1210 (1212); MüKoBGB/Leipold Rn. 6).
- 3 **a) Sachen und Rechte.** Gegenstand eines Vermächtnisses kann eine Sache aber auch ein Recht sein. Da eine wirtschaftliche Besserstellung des Begünstigten durch die Zuwendung des Vermächtnisses nicht eintreten muss, können auch Sachen, wie bspw. Erinnerungsstücke, im Wege des Vermächtnisses zugewendet werden (MüKoBGB/Leipold Rn. 6). Häufig werden Nutzungsrechte, Nießbrauchsrechte (BGH WM 1977, 416), Wohnungsrechte oder Altenteile (OLG Hamm FamRZ 1994, 1210 (1212)) vermacht. Vermacht werden können aber auch Forderungsrechte, wie bspw. das Recht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Anerkennung oder Sicherung einer Schuld. Vermacht werden kann auch der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit, auf Stundung oder auf Verzicht auf die Ausübung von Gestaltungsrechten oder Einreden, wie bspw. die Einrede der Verjährung (Meyer ZEV 2010, 2 (7)). Das Vermächtnis ist zwar von Seiten des Erblassers immer eine freigebige Zuwendung. Dies bedeutet aber nicht, dass der Erblasser nicht eine Gegenleistung für den dem Begünstigten vermachten Gegenstand anordnen kann. So kann Gegenstand eines Vermächtnisses bspw. ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages sein, wobei der Vertrag dann selbst entgeltlich oder unentgeltlich sein kann. Angeordnet werden kann bspw. das Recht zur Übernahme eines Grundstücks zu einem bestimmten Preis, unabhängig davon, ob der Preis dem Grundstückswert entspricht oder nicht (BGH NJW 2001, 2883).
- 4 **b) Zugehörigkeit zum Nachlass.** Der Erblasser kann im Rahmen seiner Testierfreiheit nur über sein eigenes Vermögen verfügen. Daher kann er grds. auch nur solche Gegenstände vermachen, die zum Zeitpunkt des Erbfalls zu seinem Nachlass gehören (§ 2169 I). Der Erblasser kann jedoch auch ein Verschaffungsvermächtnis anordnen (§ 2170 I). Dann ist der Beschwerter mit der Pflicht zur Beschaffung des nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes belastet. Der Bezug zum Vermögen des Erblassers ergibt sich daraus, dass der Gegenstand mit Mitteln des Nachlasses beschafft werden muss (MüKoBGB/Leipold Rn. 9).  
Gehört der vermachte Gegenstand deshalb nicht mehr zum Nachlass, weil der Erblasser diesen zu Lebzeiten bereits an einen Dritten veräußert hat, so wird im Regelfall das Vermächtnis unwirksam, es entfällt also (BGH NJW 1959, 2252 (2253)). Die Auslegung kann jedoch ergeben, dass der Vermächtnisnehmer den noch im Nachlass befindlichen Erlös für den vermachten aber veräußerten Gegenstand im Wege des Vermächtnisses erhalten soll (BGH NJW 1957, 421).
- 5 Hatte der Erblasser dem mit dem Vermächtnis Bedachten den Vermächtnisgegenstand bereits zu **Lebzeiten** unentgeltlich übertragen, so kommt es für die Frage, ob der Vermächtnisnehmer dennoch einen Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses hat, darauf an, ob ein Stückvermächtnis oder ein Gattungsvermächtnis vorliegt. Beim Stückvermächtnis entfällt der Anspruch auf die Leistung wegen Unmöglichkeit. Beim Gattungsvermächtnis tritt keine Unmöglichkeit ein, hier kommt es darauf an, ob das Vermächtnis unter der stillschweigenden Bedingung steht, dass es nicht schon unter Lebenden willentlich erfüllt wurde (OLG Frankfurt a.M. ZEV 1997, 295).
- 6 **c) Bestimmung des Gegenstandes.** Grundsätzlich gilt, dass der Erblasser die Bestimmung des Gegenstandes seiner Zuwendung nicht einem Dritten überlassen kann (§ 2065 II). Dieser Grundsatz wird allerdings für Vermächtnisse eingeschränkt und durchbrochen. Hier lässt es das Gesetz zu, dass je nach dem Inhalt des Vermächtnisses und der darauf anzuwendenden Regelungen der Beschwerter, der Bedachten oder auch ein Dritter im Umfang der gesetzlichen Regelungen (§§ 2151, 2154, 2155, 2156) den vermachten Gegenstand bestimmt.
- 7 **3. Rechtsfolgen.** Der mit dem Vermächtnis Bedachte erhält grds. mit dem Erbfall (§§ 2176, 2177) das Recht, von dem mit dem Vermächtnis Beschwerter die Leistung des vermachten Gegenstandes zu verlangen (§ 2174). Dem Bedachten steht gegenüber dem Beschwerter ein **schuldrechtlicher Anspruch** auf Erfüllung des Vermächtnisses zu. Der vermachte Gegenstand geht also nicht automatisch mit dem Tod des Erblassers dinglich auf den Bedachten über. Ist bspw. der Anspruch auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück oder Grundstücksrecht vermacht, so ist dieser durch Einigung und Eintragung im Grundbuch zu erfüllen. Ferner kann der Erblasser dem Vermächtnisnehmer nur einen Anspruch auf Erlass einer Forderung zuwenden, er kann jedoch nicht durch eine testamentarische Verfügung im Wege

eines Vermächtnisses den Erlass der Forderung selbst mit dem Erbfall herbeiführen (MüKoBGB/Leipold Rn. 4).

Der Begünstigte kann das Vermächtnis durch eine formlose empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Beschwerten (§ 2180 II), nicht aber gegenüber dem Nachlassgericht, annehmen oder ausschlagen (§§ 2176, 2180). Nach einer Annahme kann das Vermächtnis nicht mehr **ausgeschlagen** werden (§ 2180). Eine Ausschlagungsfrist sieht das Gesetz nicht vor. Nur dann, wenn ein Pflichtteilsberechtigter mit einem Vermächtnis bedacht ist, hat der beschwerte Erbe die Möglichkeit, dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2307 II eine angemessene Frist zur Erklärung der Annahme des Vermächtnisses zu setzen. Läuft die Frist ab, ohne dass der Pflichtteilsberechtigte sich erklärt hat, so gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen.

**4. Sonstige Vermächtnisse.** Das Gesetz kennt noch das Vorausvermächtnis (§ 2050), das Wahlvermächtnis (§ 2154), Gattungsvermächtnis mit dem Unterfall Quotenvermächtnis (§ 2155, dazu *Rotb NJW Spezial* 2017, 39), Zweckvermächtnis (§ 2156), gemeinschaftliches Vermächtnis (§ 2157) Verschaffungsvermächtnis (§ 2170), Forderungsvermächtnis (§ 2173), Untervermächtnis (§ 2186), Ersatzvermächtnis (§ 2190), Nachvermächtnis (§ 2191) und die gesetzlichen Vermächtnisse.

**a) Vorausvermächtnis.** Das Vorausvermächtnis ist dadurch gekennzeichnet, dass es einem Erben selbst zugewendet wird. Kennzeichnend für das Vorausvermächtnis ist, dass es dem Erben als Vermächtnisnehmer zusätzlich zu seinem Erbteil als Vermögensvorteil zugewendet wird. Er muss sich das Vermächtnis nicht auf seinen Erbteil anrechnen lassen (Palandt/*Weidlich* § 2150 Rn. 1).

**b) Gesetzliche Vermächtnisse.** Die Ansprüche auf den Voraus (§ 1932) und den Dreißigsten (§ 1969) werden als gesetzliche Vermächtnisse bezeichnet, weil auch sie einen Anspruch auf Leistung aus dem Nachlass aber keine Erbenstellung gewähren und die Vorschriften über die Vermächtnisse im Gesetz für entsprechend anwendbar erklärt sind.

## § 1940 Auflage

**Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage).**

**1. Begriff.** Die Auflage ist eine Anordnung von Todes wegen, durch die der Erblasser einen Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet, ohne dass der Begünstigte durch diese Anordnung ein Recht auf die Leistung bekäme. Die Auflage ist abzugrenzen von dem Vermächtnis. Sie unterscheidet sich von dem Vermächtnis dadurch, dass das Vermächtnis dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Vermögensvorteil zugewendet wird und der Bedachte das Recht erhält, diesen im eigenen Interesse einzuziehen. Die Auflage gewährt dem Begünstigten demgegenüber nur eine **Leistungspflicht ohne Erfüllungsanspruch** (MüKoBGB/Leipold Rn. 2; Palandt/*Weidlich* Rn. 1). Abzugrenzen ist die Auflage auch hinsichtlich Anordnungen bezüglich einer Testamentsvollstreckung und von zu befolgenden Verwaltungsanordnungen nach § 2016 II. Ordnet der Erblasser die Verpflichtung zur Erhaltung des angelegten Kapitals gegenüber dem Erben an, so ist von einer Auflage auszugehen, soll der Erbe jedoch über das zugewendete Geldvermögen nicht verfügen können, so ist eine solche Bestimmung als Anordnung einer Testamentsdauervollstreckung auszulegen (BayObLG FamRZ 1996, 636). § 1940 enthält nur die Grundregel, die Einzelheiten ergeben sich aus §§ 2192 ff.

**2. Anwendungsbereich.** Da die Auflage keinen Begünstigten hat, der Rechte durchsetzen kann, eignet sie sich insbes. für die Begünstigung von Erbbunfähigen. Als solche kommen nicht rechtsfähige Personengemeinschaften, Institutionen und insbes. Tiere in Betracht. Darüber hinaus kann der Erblasser mit der Auflage eigennützige, fremdnützige und nicht auf seine Person bezogene Zwecke für die Zeit nach seinem Tod verfolgen, ohne dafür jemandem ein Recht oder eine bestimmte Begünstigung zuwenden zu müssen. Er kann dadurch auf das Verhalten der bedachten Personen über seinen Tod hinaus Einfluss nehmen, ihnen also Pflichten auferlegen und sie auch zur Förderung seiner Ziele veranlassen. Verstärken kann er dies noch dadurch, dass er die Erfüllung der Auflage zur Bedingung für eine Zuwendung an den Begünstigten macht.

**3. Inhalt.** Gegenstand einer Auflage kann **jede Verpflichtung** zu einer Leistung sein, die Leistung muss keinen Vermögenswert haben. Inhalt kann also jedes aktive Tun oder jedes Unterlassen sein, das Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann (BGH Urteil vom 24.6.2009 – IV ZR 202/07, DNotZ 2010, 201 Rn. 20). Zulässig ist die Verpflichtung von Miterben, eine Gesellschaft zur Fortführung des Unternehmens zu gründen. Zulässig ist auch die Anordnung, das Unternehmen des Erblassers fortzuführen oder die Anordnung, als Erbe persönlich haftender Gesellschafter einer bestehenden OHG zu werden und zu bleiben (BGH aaO, Rn. 20). Auch Verhaltensweisen, die keiner anderen Person zugutekommen, können Gegenstand einer Auflage sein. So kann bspw. die Aufstellung einer Büste, eines Grabmals, die Pflege eines Grabes oder eines Gartens oder die Öffnung einer privaten Sammlung für Publikum Gegenstand einer Auflage sein. Es kann die Zuwendung eines bestimmten Geldbetrages an ein Tierheim in Form eines Vermächtnisses von der Erfüllung der Auflage abhängig gemacht werden, dass dieses Tierheim den Hund des Erblassers aufnimmt und lebenslang pflegt (MAH ErbR/*Stabl* § 14 Rn. 9). Auch die Verteilung von Andenken aus dem Nachlass des Erblassers, die keinen besonderen Wert haben, kann im Wege der Auflage angeordnet werden, etwa die Verteilung von Jagdtrophäen des Erblassers an seine Jagdfreunde (MAH ErbR/*Stabl* § 14 Rn. 16).



- 4 **4. Rechtsfolgen.** Der Begünstigte hat keinen **Anspruch** gegen den Beschwerten auf Erfüllung der Auflage. Er kann einen solchen nicht klageweise durchsetzen. Wird die Auflage nicht erfüllt, steht dem Begünstigten auch kein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Beschwerten zu (Palandt/*Weidlich* Rn. 1). Die Vollziehung der Auflage können die in § 2194 Genannten verlangen. Ist der durch die Auflage Begünstigte selbst Miterbe, so hat er das Recht auf Vollziehung der zu seinen Gunsten angeordneten Auflage nach § 2194 (OLG Karlsruhe NJW 2004, 1307) des Testamentsvollstreckers nach §§ 2203, 2208 II.

### § 1941 Erbvertrag

(1) Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen, Vermächtnisse und Auflagen anordnen sowie das anzuwendende Erbrecht wählen (Erbvertrag).

(2) Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer kann sowohl der andere Vertragsschließende als ein Dritter bedacht werden.

- 1 **1. Begriff.** Der Erbvertrag ist eine letztwillige Verfügung, die in Vertragsform errichtet wird. Im Gegensatz zu testamentarischen Verfügungen, die jederzeit bis zum Tod des Erblassers von diesem frei widerrufen werden können (§§ 2253, 2271), entfalten vertragsmäßige Verfügungen im Sinne von § 2278 in einem Erbvertrag **Bindungswirkung**. Nachträgliche Verfügungen von Todes wegen des Erblassers sind unwirksam, soweit sie das Recht des Vertragserben beeinträchtigen. An einer solchen Bindung des Erblassers an eine letztwillige Verfügung schon zu Lebzeiten kann ein berechtigtes Interesse bestehen, etwa dann, wenn dadurch eine sichere Basis für eine an den Erblasser noch zu seinen Lebzeiten zu erbringenden Gegenleistung geschaffen werden soll. Der Erbvertrag ist abzugrenzen von dem gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten (§ 2265) stellt letztlich eine Zwischenform zwischen dem Einzeltestament und dem Erbvertrag dar. Es erlaubt wechselbezügliche Verfügungen (§ 2270), die allerdings erst mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten Bindungswirkung erlangen (§ 2271 II 1). Abzugrenzen ist der Erbvertrag auch von dem Erbverzichtsvertrag. Ein Erbverzichtsvertrag nach § 2246 ist kein Erbvertrag, da er keine Verfügung von Todes wegen enthält (Palandt/*Weidlich* Rn. 4). Auch Hofübergabeverträge (§§ 7, 17 HöfeO) sind keine Erbverträge sondern Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die allerdings wegen der in ihr enthaltenen Regelung der vorweggenommenen Erbfolge Auswirkungen auf das Erbrecht haben und daher einer Verfügung von Todes wegen gleichzusetzen sind (BGH NJW 1962, 447). § 1941 enthält nur die Grundregel, die Einzelheiten ergeben sich aus §§ 2274 ff.
- 2 **2. Inhalt.** Kennzeichnend für einen Erbvertrag ist, dass zumindest eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen in dem Vertrag enthalten ist. Fehlt es daran, liegt kein Erbvertrag vor (Palandt/*Weidlich* § 2278 Rn. 1). Welchen Inhalt die vertragsmäßigen Verfügungen haben können, ergibt sich aus §§ 1941 I, 2278 II. Andere Verfügungen als die Einsetzung eines Erben sowie die Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen können vertragsmäßig nicht erfolgen. Die reine Ausschließung eines gesetzlichen Erben von der Erbfolge entsprechend einem Negativtestament (§ 1938) ist als vertragsmäßige Verfügung im Gesetz nicht genannt. Daher kann die reine Ausschließung eines gesetzlichen Erben von der Erbfolge nur als einseitige Verfügung von Todes wegen getroffen werden (OLG München NJW-RR 2006, 82). Die vorgenannten zulässigen vertragsmäßigen Verfügungen in dem Erbvertrag sind jedoch nicht zwingend auch insgesamt vertragsmäßig getroffen. Da das Gesetz jedem einzelnen Vertragsschließenden in § 2299 das Recht zugesteht, in einem Erbvertrag auch jede Verfügung einseitig zu treffen, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die jeweils getroffene Verfügung vertragsmäßig oder einseitig ist (BGHZ 26, 204, 208). Es können alle Verfügungen, die Inhalt eines Testaments sein können, also z. B. die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder familienrechtliche Anordnungen (→ § 1937 Rn. 19, 20), in den Erbvertrag aufgenommen werden (§ 2299), diese aber, soweit nicht eine Erbeinsetzung oder die Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage erfolgt, nicht als vertragsmäßig bindende, mit der Folge, dass sie wie testamentarische Verfügungen widerrufen werden können (§ 2278 II). Diese einseitigen Verfügungen müssen auch nicht vertraglich durch den anderen Teil angenommen werden.
- 3 **3. Rechtsfolgen.** Der Vertrag hat einen rein erbrechtlichen Charakter. Es handelt sich also nicht um einen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag, da in dem Erbvertrag keine Verpflichtungen übernommen werden. Der Erbvertrag enthält auch keine Verpflichtung zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen. Der Erbvertrag enthält bereits die Verfügung von Todes wegen (MüKoBGB/*Leipold* Rn. 4). Der Erbvertrag ist auch dann, wenn er nur Zuwendungen an Dritte enthält, was möglich und zulässig ist, kein Vertrag zu Gunsten Dritter (BGHZ 12, 115). Er ist schon zu Lebzeiten der Vertragsparteien bindend. Er kann nur im Rahmen der §§ 2290 bis 2292 aufgehoben werden, ein Rücktritt vom Erbvertrag ist nur aus den Gründen der §§ 2293 bis 2295 möglich. Ist der Erbvertrag zwischen Ehegatten, Lebenspartnern oder Verlobten geschlossen worden, so gilt im Fall der Scheidung § 2077 (§ 2279; vgl. dazu OLG München DNotZ 2006, 132). Eingeschränkt wird die bindende Wirkung des Erbvertrages durch die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit der Anfechtung des Erbvertrages wegen Irrtums (§§ 2281, 2078) sowie der Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages wegen der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§§ 2281, 2079).