

Testamentsauslegung

Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen

Bearbeitet von

Von Dr. Claus-Henrik Horn, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Dr. Ludwig Kroiß, Leitender
Oberstaatsanwalt, und Bernhard Schmid, Rechtsanwalt und Steuerberater

Teil 3. Auslegung von einseitigen Verfügungen

§ 9 Abgrenzung Erbe zu Vermächtnis und zu Auflage

Übersicht

	Rn.
I. Praxisrelevanz	1/2
II. Rechtslage	3–13
1. Erwerb und Ausschlagung	3–7
2. Verbindlichkeiten	8
3. Erlangung der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses	9–11
4. Rechtslage vor dem Erbfall für Begünstigte	12
5. Grundsatz der Höchstpersönlichkeit	13
III. Formulierungsbeispiele	14/15
1. Erbeinsetzung	14
2. Vermächtnis	15
IV. Abgrenzungskriterien	16–50
1. Grundsätzliches	16
2. Kriterien zugunsten einer Erbeinsetzung	17–19
3. Kriterien zugunsten einer Vermächtnisaussetzung	20
4. Gegenständliche Erbeinsetzung (Verteilungstestament)	21–47
a) Grundsätzliches	21–23
b) Fragliche gewollte Erbenstellung des Begünstigten	24–32
c) Fraglicher Gesamtverfügungswille	33/34
d) Zeitpunkt der Vorstellungen des Erblassers	35–37
e) Erbquoten der Bedachten	38–44
f) Einfluss auf spätere, ggf. unbedachte Änderungen	45–47
5. Lebzeitige „Erfüllung“ eines Vermächtnisses	48/49
6. Schwarzgeld	50
V. Optionen bei Zuwendung des Pflichtteils	51/52
VI. Feststellungs- und Beweislast	53
VII. Abgrenzung zur Auflage	54–69
1. Praxisrelevanz	54
2. Rechtslage	55–62
a) Begriff und rechtliche Wirkung	55/56
b) Abmilderung des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes und gerichtliche Kontrolle	57
c) Durchsetzung bzw. Vollziehung	58
d) Gegenstand	59
e) Abgrenzung zur Erbeinsetzung	60
f) Abgrenzung zum unverbindlichen Wunsch und zur Bedingung	61/62
3. Abgrenzungskriterien	63–69
a) Gegen eine Auflage	63–66
b) Zugunsten einer Auflage	67–69

I. Praxisrelevanz

Über kein anderes erbrechtliches Begriffspaar irren sich weite Teile der Bevölkerung so ¹ konsequent und folgenschwer wie über die rechtliche Bedeutung einer *Erbeinsetzung* und einer *Vermächtnisaussetzung*. Ausdrücke mit dem Wortstamm „vererben“ und „vermachen“ werden als Substantiv und als Verb unterschiedslos oder gar nicht gebraucht.¹ Lt. KG² werden „Erbe“, „Vermächtnis“ und Legat“ in weiten Kreisen der Bevölkerung als

¹ Palandt/Weidlich § 2087 Rn. 2 mwN; auch BayObLG NJW-RR 2002, 1302; OLG Köln Rpfleger 1992, 199 = DNotZ 1993, 133 (134); BayObLG FamRZ 1995, 835; vgl. Lange ErbR § 35 Rn. 41.

² KG ErbR 2018, 389 (390).

Synonyme betrachtet. Dieser Irrtum zieht erhebliche Rechtsfolgen mit sich, da Testierende selber und vor allem ohne rechtliche Beratung ihren letzten Willen handschriftlich fixieren können (§ 2247 Abs. 1 BGB). Nach dem Erbfall stellt sich oftmals die Frage, wie der von einem Laien verfasste letzte Wille erbrechtlich zu bewerten ist. Die bloße Bezeichnung ist nicht allein entscheidend.³ Jedoch ist in der Praxis immer wieder festzustellen, dass auch von Rechtsanwälten oder Notaren vorformulierte Testamente und Erbverträge auslegungsbedürftig sind. Vereinzelt werden sogar in von Juristen konzipierten Verfügungen Gegenstände verteilt, ohne einen Erben zu berufen. Diese „Verteilungstestamente sind besonders praxisrelevant; man spricht von der vom deutschen Erbrecht nicht vorgesehenen⁴ gegenständlichen Erbeinsetzung.

2 Der Gesetzgeber hat das **Verwechslungsproblem** gesehen und durch die gesetzliche Auslegungsregel § 2087 BGB (→ § 8 Rn. 113) normiert, dass die Wortwahl nicht unbedingt ausschlaggebend ist. Demzufolge ist im Zweifel derjenige Erbe, dem der Erblasser sein Vermögen oder davon einen Bruchteil zugewendet hat. Die Zuwendung einzelner Gegenstände stellt im Zweifel ein Vermächtnis dar. Zweifel liegen dann vor, wenn durch einfache Auslegung der wahre Erblasserwille nicht festgestellt werden kann; Abgrenzungskriterien werden in diesem Kapitel geschildert. Bei nachfolgenden Bezeichnungen kann sowohl eine Erbeinsetzung als auch eine Vermächtnisaussetzung gemeint sein, wobei zusätzlich zur Auflage nach § 1940 BGB abzugrenzen ist:

- „*herauszugeben*“⁵
- „*Alles übrige gehört meiner Frau*“⁶
- Der Bedachte ist zur freien Verfügung über den Nachlass befugt und Dritte sollen bei dessen Tod den vorhandenen Rest erhalten.⁷
- „*Restbetrag meines Vermögens*“⁸
- „*... und was noch übrig bleibt*“⁹

Praxistipp:

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Abgrenzung von „Erbe“ zu „Vermächtnis“ sollte der Berater dem Mandanten anfangs diese Unterschiede genau erläutern. Dies trägt außerordentlich zu dem erforderlichen rechtlichen Verständnis des Mandanten bei. Bei der Beschreibung der Funktionsweise der Erbengemeinschaft bietet sich als „Bild“ die BGB-Gesellschaft an, hinsichtlich derer die meisten Nichtjuristen über ein Grundverständnis verfügen. Oftmals sind Mandanten der Auffassung, sie könnten etwa direkt von der Bank Zahlung von dem nachlasszugehörigen Konto in Höhe ihrer Erbquote verlangen.

II. Rechtslage

1. Erwerb und Ausschlagung

3 Auf den **Erben** als Rechtsnachfolger gehen gem. § 1922 BGB durch **Vonselbsterwerb** (= Universalsukzession) in der Sekunde des Todes das gesamte Vermögen und die Verbindlichkeiten des Erblassers über, auch wenn einzelne Positionen erst später bekannt werden oder entstehen (§§ 1922, 1967 BGB). Der Erbe erhält seine Rechtsstellung automatisch und ohne einen besonderen Übertragungsakt. Dabei verschmilzt bei dem Alleinerben der Nachlass mit dem Eigenvermögen des Erben. Bei mehr als einem Erben gilt Entsprechendes für die **Miterben** (§§ 2032 Abs. 1, 2058 BGB), jedoch mit der Ausnahme, dass es sich bei der

³ OLG Karlsruhe ErbR 2015, 499 (500); NK-BGB/Horn/J. Mayer § 1939 Rn. 4.

⁴ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 4.

⁵ Ggf. Erbeinsetzung: OLG Rostock OLGE 30, 222 (223).

⁶ Ggf. Erbeinsetzung: BayObLG NJW-RR 2005, 525.

⁷ Ggf. Bedachter Erbe und Dritte Vermächtnisnehmer: LG Bremen DNotZ 1956, 149.

⁸ Ggf. Erbeinsetzung: BayObLG FamRZ 1990, 1399 (1400).

⁹ Ggf. Erbeinsetzung: OLG München BeckRS 2010, 16654.

ungeteilten Erbengemeinschaft um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt; der jeweilige durch die Erbquote bestimmte Teil stellt Sondervermögen des Miterben neben dessen Eigenvermögen dar.

Dagegen verfügt der **Vermächtnisnehmer** gem. § 1939 BGB über einen **schuldrechtlichen Anspruch** (§ 2174 BGB),¹⁰ welcher sich gegen den Erben oder bei einem Untervermächtnis gegen einen Vermächtnisnehmer richtet (§ 2147 BGB). Dieser Anspruch muss vom Vermächtnisnehmer geltend gemacht werden. Der Vermächtnisnehmer im Gegensatz zum Erben ist nicht dinglich am Nachlass beteiligt bzw. berechtigt und muss selbst tätig werden. Eine Ausnahme dazu bildet der mit einem Vorausvermächtnis begünstigte Vorerbe; ein solches Vermächtnis wirkt dinglich. Sind keine anderen Verfügungen getroffen, entsteht das Vermächtnis, fällt also an, mit dem Erbfall (§ 2176 BGB). In der Regel ist es dann auch fällig, wobei die Fälligkeit auch auf einen Zeitpunkt nach dem Anfall verfügt werden kann.

Im Gegensatz zum Vermächtnisnehmer ist es dem **Erben** nicht möglich, nur bestimmte Gegenstände zu fordern. Er kann die Erbschaft lediglich insgesamt **ausschlagen**. Ist ein Erbe durch letztwillige Verfügung eingesetzt und gleichzeitig gesetzlicher Erbe, so kann er auch nur aus dem testamentarischen bzw. erbvertraglichen Berufungsgrund ausschlagen und die Erbschaft aus gesetzlichem Berufungsgrund annehmen (§ 1948 Abs. 1 BGB).¹¹ Bei der Ausschlagung sind weitere Besonderheiten zu beachten: Sie ist innerhalb von 6 Wochen zu erklären (§ 1944 BGB bzw. 6 Monate bei speziellen Auslandstatbeständen). Diese hat in öffentlich beglaubigter Form oder zur Niederschrift des Nachlassgerichts zu erfolgen (§ 1945 BGB). Eine bedingte bzw. befristete Ausschlagung ist unzulässig (§ 1947 BGB).

Sind dem **Vermächtnisnehmer** mehrere Gegenstände vermacht, kann er **einzelne Gegenstände** durch Geltendmachung annehmen bzw. durch Erklärung gegenüber dem Erben ausschlagen. Nach Geltendmachung hat der Erbe den Gegenstand zu übereignen (§§ 873, 925, 929 ff. BGB) oder das Recht abzutreten (§ 398 BGB).¹² Da es sich bei dem Vermächtnisanspruch um einen schuldrechtlichen Anspruch handelt, unterliegt dieser der **3-jährigen Regelverjährung** (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Ist der Vermächtnisanspruch auf Übereignung eines Grundstücks gerichtet, beträgt die Verjährung 10 Jahre (§ 196 BGB).¹³ Wenn der Vermächtnisnehmer auch pflichtteilsberechtigt ist, kann die Erklärung der Ausschlagung des Vermächtnisses erforderlich werden (§ 2307 BGB), besonders bei der Belastung durch ein Untervermächtnis oder durch Auflagen (§ 2307 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Ausschlagung eines Vermächtnisses ist nicht fristgebunden.¹⁴

Ein Vermächtnisgegenstand kann mehreren Begünstigten vermacht worden sein. Es ist dann durch Auslegung¹⁵ zu erforschen, ob ein **gemeinschaftliches Vermächtnis** iSd §§ 2157 ff. BGB oder mehrere selbstständige Vermächtnisse angeordnet sind.

2. Verbindlichkeiten

Auf den Erben gehen mit dem Erbfall sämtliche Verbindlichkeiten des Erblassers über, so dass der Erbe grundsätzlich auch mit seinem Eigenvermögen für die geerbten Verbindlichkeiten haftet. Durch **Einreden**, auch im Zusammenhang mit der Nachlassverwaltung und -insolvenz, kann der Erbe aber sein Eigenvermögen vor dem Zugriff von Gläubigern des Erblassers schützen (§§ 1970–2017 BGB). Dieses Risiko besteht bei dem Vermächtnisnehmer nicht. Dieser hat aber nach der Auslegungsregel¹⁶ § 2165 Abs. 1 BGB „*im Zweifel*“ lediglich solche Belastungen zu übernehmen, die an dem vermachten Gegenstand haften. Erfasst sind aber nur dingliche Belastungen.¹⁷ Hintergrund: Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Erblasser den vermachten Gegenstand mit seinen im Zeitpunkt des Erbfalls beste-

¹⁰ Burandt/Rojahn/*Burandt* § 2174 Rn. 4.

¹¹ § 1948 Abs. 2 BGB sieht ein entsprechendes Wahlrecht bei gleichzeitiger Berufung durch Testament und durch Erbvertrag vor.

¹² MüKoBGB/*Rudy* § 2174 Rn. 16.

¹³ OLG München ZEV 2018, 35 (37); aA *Damrau* ZErB 2015, 333.

¹⁴ BGH NJW 2011, 1353.

¹⁵ *Hölscher* ErbR 2016, 244; vgl. OLG Hamm ErbR 2016, 269 = BeckRS 2016, 3143.

¹⁶ *Damrau/Tanck/Linnartz* § 2165 Rn. 1.

¹⁷ Burandt/Rojahn/*Burandt* § 2165 Rn. 4.

henden rechtlichen und tatsächlichen Eigenschaften zuwenden will.¹⁸ §§ 2166 bis 2168a BGB sehen genauere Regeln vor, wenn etwa Grundstücke oder Schiffe vermacht sind, auf denen eine **Hypothek**, eine **Grundsuld** oder eine **Rentenschuld** lasten. Diese Regeln stellen aber sicher, dass der Vermächtnisnehmer nicht über den Wert des vermachten Gegenstandes hinaus, also mit seinem Eigenvermögen, haftet. Dies ist hingegen bei einem Erben möglich, wenn er nicht die zahlreichen Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung nutzt.

3. Erlangung der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses

- 9 Der Miterbe kann seinen **Auseinandersetzungsanspruch** aus § 2042 BGB erst geltend machen, wenn die Nachlassverbindlichkeiten gem. § 2046 BGB berichtigt sind und Teilungsbereitschaft besteht.¹⁹ So kann er durch andere Miterben „ausgehungert“ werden, indem sie sich einer einvernehmlichen (Teil-)Auseinandersetzung widersetzen. Durch eine Klage ist in der Praxis kaum möglich, eine Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen.
- 10 Da es sich bei einem Vermächtnisanspruch um eine Nachlassverbindlichkeit gem. §§ 1967 ff. BGB handelt, kommt der Vermächtnisnehmer früher in den Genuss der unbeschränkten Verfügungsfreiheit über die letztwillige Begünstigung als ein Erbe. So steht ihm ein klagefähiger Anspruch zu.

Praxistipp:

Da Miterben sich gegenseitig blockieren können, indem einzelne Miterben nicht an der Auseinandersetzung mitwirken, kann durch letztwillige Verfügung Vorsorge getroffen werden. Eine Person kann sowohl als Miterbe als auch als Vorausvermächtnisnehmer bedacht werden. Da das Vermächtnis klagefähig ist, wird es in der Regel auch von zerstrittenen Erbengemeinschaften erfüllt. Es sollte dann aber geregelt sein, ob der bedachte Miterbe sich den Wert des Vorausvermächtnisses auf seinen Erbteil anrechnen zu lassen hat.

- 11 Das Vermächtnis muss grundsätzlich bis zur völligen Ausschöpfung des Nachlasses erfüllt werden,²⁰ wobei als Grenze bei der Nachlassinsolvenz § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO und vor allem der nach Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten und Schulden des Erblassers verbleibende Nachlasswert zu beachten ist (§§ 1972, 1992, 2060, 2306, 2318, 2322 BGB). Der Anspruch des Vermächtnisnehmers ist nachrangig zu anderen Nachlassverbindlichkeiten, vor allem zu Pflichtteilsansprüchen, aber vorrangig vor den Ansprüchen des Erben.²¹

4. Rechtslage vor dem Erbfall für Begünstigte

- 12 Vor dem Erbfall sind Erbe und Vermächtnisnehmer insoweit gleichgestellt, dass sie beide **nicht über ein Anwartschaftsrecht**, sondern nur über eine mehr oder minder begründete tatsächliche Aussicht auf einen künftigen Anspruch verfügen.²² Geringfügige Abweichungen bestehen indes bei dem **Erbschaftsvertrag** gem. § 311b Abs. 4, 5 BGB.

5. Grundsatz der Höchstpersönlichkeit

- 13 Der Erblasser muss höchstpersönlich bestimmen, wer sein Erbe sein soll (§ 2065 Abs. 2 BGB).²³ Er darf die Auswahl nicht einem Dritten überlassen.²⁴ Zumindest muss er genaue Kriterien vorgeben, wonach ein Dritter – ausgestattet mit dem erforderlichen Sachverhalt – ohne eigenes Ermessen den Erben bestimmen kann.²⁵ Das Gesetz ist bei dem Vermächtnis-

¹⁸ MüKoBGB/Rudy § 2165 Rn. 1.

¹⁹ Burandt/Rojahn/Flechtnner § 2042 Rn. 17.

²⁰ BGH NJW 1993, 850.

²¹ Vgl. Burandt/Rojahn/Burandt § 2174 Rn. 4.

²² MüKoBGB/Rudy § 2174 Rn. 24.

²³ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 15.

²⁴ BGH NJW 1955, 100.

²⁵ BGH NJW 1955, 100 (101); BayObLG ZEV 2001, 22; Damrau/Tanck/Seiler-Schopp/Rudolf § 2065 Rn. 20.

nehmer bei Weitem nicht so streng: So kann bei einem Auswahlvermächtnis gem. § 2151 BGB nach dem Erbfall ein Dritter die Person des zu begünstigenden Vermächtnisnehmers bestimmen, nachdem der Erblasser eine Personengruppe vorgegeben hat. Das sog. Supervermächtnis²⁶ nutzt die Freiheiten im Vermächtnisrecht im Gegensatz zur Erbeinsetzung.

III. Formulierungsbeispiele

1. Erbeinsetzung

Um spätere Auslegungserfordernisse zu vermeiden, ist der von dem Mandanten geäußerte Wille über seine postmortale Nachfolge durch Wahl der zutreffenden, vom Gesetz vorgegebenen Gestaltungsmittel umzusetzen. Eine **Erbeinsetzung** kann wie folgt formuliert werden:

Ich setze zu meinem unbeschränkten Alleinerben A ein.

A soll mich zu $\frac{1}{4}$ und B zu $\frac{3}{4}$ beerben.

Zu meinem alleinigen Vorerben bestimme ich A; Nacherben sollen B und C zu gleichen Teilen sein. Der Nacherbfall tritt mit dem Tod des Vorerben ein.

2. Vermächtnis

Vermächtnisse können durch nachfolgende Formulierungen ausgesetzt werden:

Ich vermache A meine sämtlichen im Zeitpunkt meines Erbfalls bei der Stadtsparkasse Düsseldorf geführten Konten und Depots, und zwar mit den per Erbfall bestehenden Guthaben bzw. Wertpapieren. Dieser mit dem Erbfall entstehende Anspruch ist drei Monate nach dem Erbfall fällig.

Im Wege eines Vermächtnisses erhält B meine Uhr mit den beiden Diamanten.

C setze ich ein Vermächtnis mit einer Quote von 20% des Wertes meines Nachlasses im Zeitpunkt meines Ablebens aus (Auskunftsansprüche und Bewertung entsprechend dem Pflichtteilsrecht).

Meinen Vermächtnisnehmer D beschwere ich mit dem Untervermächtnis, wonach meine Ehefrau eine monatliche, nicht wertgesicherte Rentenzahlung von 2.000 EUR erhält.

IV. Abgrenzungskriterien

1. Grundsätzliches

Die individuelle Auslegung letztwilliger Verfügungen geht stets der gesetzlichen Auslegungsregel § 2087 BGB vor, die erst dann anwendbar ist, wenn kein zweifelsfreier Erblasserwille festgestellt werden kann.²⁷ Die Verwendung der Begriffe Erbe und Vermächtnis

²⁶ Keim ZEV 2016, 6; Muster bei BeckOF Vertrag/Wälzholz Form. 5.1.4.1.1.

²⁷ BGH ZEV 2000, 195 (196); OLG München ZEV 2017, 634 (639); ZErB 2010, 299; OLG Naumburg FamRZ 2007, 943 = BeckRS 2007, 3672; BayObLG FGPrax 2005, 126; OLG Celle ZErB 2002, 331; Burandt/Rojahn/Czubayko § 2087 Rn. 2; MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 1; NK-BGB/Krafka § 2087 Rn. 2.

stellt gerade bei von Laien formulierten Testamentstexten höchstens ein Indiz für die tatsächlich beabsichtigten Rechtsfolgen dar.²⁸ Falsch verwendete Wortbedeutungen sind der Auslegung zugänglich, wenn der Erblasser mit dem Begriff „erben“ die Zuwendung eines Vermächtnisses bzw. umgekehrt mit dem Begriff „vermachen“ eine Erbeinsetzung verbindet.²⁹ Diese Frage ist vielmehr nach dem „sachlichen Inhalt“ der letztwilligen Verfügung zu beurteilen.³⁰ So hat das BayObLG³¹ festgestellt:

„Die bloße Bezeichnung der testamentarisch Bedachten als Erben ist nicht entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob eine Erbeinsetzung (§ 1937 BGB) oder Vermächtnisse (§ 1939 BGB) vorliegen. Ob ein Bedachter Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, beurteilt sich vielmehr nach dem auszulegenden sachlichen Inhalt der letztwilligen Verfügung.“

2. Kriterien zugunsten einer Erbeinsetzung

- 17 Für eine Erbeinsetzung sprechen Formulierungen wie „*alles, was ich habe*“ oder „*mein Hab und Gut*“.³² So eindeutig ist es nicht stets. Der BGH hat in seinem Beschl. v. 12.7.2017³³ zu den wesentlichen Entscheidungskriterien festgestellt, dass es bei der Entscheidung,

„ob eine Person als Erbe eingesetzt ist, wesentlich darauf an[kommt], wer nach dem Willen des Erblassers den Nachlass regeln und die Nachlassschulden, zu denen auch die Bestattungskosten zählen, zu tilgen hat und ob der Bedachte unmittelbare Rechte am Nachlass oder nur Ansprüche gegen andere Bedachte erwerben soll (...).“

- 18 So ist durchaus eine Erbeinsetzung anzunehmen, wenn der Bedachte
- die Nachlassabwicklung übernehmen bzw. regeln soll,³⁴
 - die wirtschaftliche Stellung des Erblassers fortsetzen soll,³⁵
 - die Nachlassschulden zu tilgen hat,³⁶
 - eine starke Stellung erhalten soll,³⁷
 - Erbschaftsteuern zu tilgen hat,³⁸
 - unmittelbar Rechte am Nachlass erhalten soll,³⁹
 - die Beerdigung⁴⁰ und die Grabpflege übernehmen soll, da der Erblasser nach der Lebenserfahrung will, dass dies von den eingesetzten Erben wahrgenommen wird,⁴¹
 - die Bestattungskosten übernehmen soll,⁴²
 - den gesamten übrigen Nachlass erhalten soll,⁴³

²⁸ Dem folgend OLG Karlsruhe ErbR 2015, 499 (500).

²⁹ OLG München ZErB 2016, 286 (287).

³⁰ KG ErbR 2018, 389 (390); OLG Karlsruhe ErbR 2015, 499 (500).

³¹ FGPrax 2005, 126 (127); vgl. BayObLG NJW-RR 2002, 1302.

³² Damrau/Tanck/Sticherling § 2087 Rn. 15.

³³ BGH ZEV 2017, 629 (632); vgl. BeckOGK BGB/Gierl § 2087 Rn. 12.

³⁴ OLG Hamburg ZEV 2016, 384 (385); OLG München ZEV 2010, 299; OLG Celle MDR 2003, 89; BayObLG ZEV 1997, 162 = NJW-RR 1997, 517 (518); NJW-RR 2002, 1232; ZEV 2001, 240 (241).

³⁵ OLG München ZEV 2010, 299; BayObLG NJW-RR 2001, 656 (656); OLG Celle ZErB 2002, 331; BayObLGZ 1965, 457 (460); ZEV 2001, 240 (241).

³⁶ OLG Hamburg ZEV 2016, 384 (385); BayObLG FamRZ 2004, 567 = BeckRS 2003, 7711; OLG Celle ZErB 2002, 331; OLG Düsseldorf MittBayNot 1995, 400 (401).

³⁷ OLG Hamburg ZEV 2016, 384 (385); NK-BGB/Horn/J. Mayer § 1939 Rn. 4.

³⁸ BayObLG ZEV 2001, 240 (241).

³⁹ BayObLG FamRZ 2004, 567; NJW-RR 2002, 1232.

⁴⁰ BayObLG ZEV 2001, 240 (241).

⁴¹ OLG Hamburg ZEV 2016, 384 (385); Palandt/Weidlich § 2087 Rn. 2; vgl. BayObLG DNotZ 2003, 870 (871).

⁴² OLG Celle MDR 2003, 89.

⁴³ BayObLG NJWE-FER 2001, 182.

- für den Erblasser eine Vertrauensperson war, indem er ihm Vollmacht/Patientenverfügung erteilt oder das Originaltestament gegeben hat bzw.⁴⁴
- den Restbetrag des Vermögens des Erblassers erhält.⁴⁵

Es kommt nicht entscheidend darauf an, dass dem Erben nach Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten, darunter auch Vermächtnisse und Auflagen, überhaupt ein wirtschaftlicher Vorteil verbleiben soll.⁴⁶ So kann der Erblasser seinen Erben mit dem Universalvermächtnis beschwert haben, nach dem ein Dritter den nach Erbfallabwicklung verbleibenden Wert erhält.⁴⁷ Auch wenn ein von mehreren Bedachter nur einen Gegenstand erhält, der „deutlich hinter dem Wert der den anderen Kindern zugedachten Gegenstände zurückbleibt“, kann dieser Miterbe sein.⁴⁸ Ein eindeutiger Wortlaut geht – wie immer – einem davon abweichenden Auslegungsergebnis vor.

3. Kriterien zugunsten einer Vermächtnisaussetzung

- Es deutet auf eine Begünstigung durch ein Vermächtnis hin, wenn der Begünstigte
- den zugewiesenen Gegenstand ungeschmälert von Nachlassverbindlichkeiten erhalten soll,⁴⁹
 - nur Ansprüche gegen andere Personen und damit nicht unmittelbar Rechte am Nachlass erhalten soll,⁵⁰
 - lediglich auf schuldrechtliche Ansprüche gegen die Erben hinsichtlich einzelner Gegenstände verwiesen werden soll,⁵¹
 - reine Geldansprüche erhält⁵² bzw. nicht das nahezu ganze Vermögen darstellende Geldbeträge bekommt,⁵³
 - Mieter ist und eines der Häuser „*erben*“ soll, wenn noch weiteres erhebliches Vermögen vorhanden ist,⁵⁴
 - nicht an der Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses beteiligt sein soll,
 - von einem Dritten bestimmt werden musste⁵⁵ bzw.
 - ein gutes Dutzend Geldbeträge erhält, da es nach der Lebenserfahrung fernliegt, so viele Personen zu dinglichen Teilhabern am Nachlass zu machen.⁵⁶

Einzelfall:

Hat der Erblasser durch letztwillige Verfügung einer Person etwa das in einem Land belegene Vermögen als „*Alleinerbe*“ zugewiesen und besteht in einem anderen Land ebenfalls Vermögen, über das nicht letztwillig verfügt wurde, kann es sich um ein Vorausvermächtnis gem. § 2150 BGB handeln. Das entschied das OLG Hamm⁵⁷ für die Einsetzung zum Alleinerben eines Kindes für das in Österreich belegene Vermögen, das den größten Teil des Nachlasses ausmachte. So habe die Erblasserin mit dem Testament nicht ihren Nachlass erschöpfend regeln wollen. Es sei daher die gesetzliche Erbfolge eingetreten. Bei Annahme eines Vermächtnisses hinsichtlich des österreichischen Vermögens wäre die Durchsetzung für das begünstigte Kind einfacher als bei Annahme einer Erbengemeinschaft mit Teilungsanordnung.

⁴⁴ Damrau/Tanck/Sticherling § 2087 Rn. 7.

⁴⁵ BayObLG FamRZ 1986, 604.

⁴⁶ BayObLG NJW-RR 2002, 1232 (1232); OLG Schleswig BeckRS 2011, 28746.

⁴⁷ BeckOK BGB/Litzenburger § 2087 Rn. 5.

⁴⁸ OLG München FamRZ 2007, 943 = BeckRS 2009, 26402; hierzu Besprechung von Burandt ZFE 2010, 240.

⁴⁹ BeckOK BGB/Litzenburger § 2087 Rn. 5; vgl. BGH DNotZ 1972, 500; BayObLG NJW-RR 2002, 875.

⁵⁰ BayObLG FamRZ 2004, 567 = BeckRS 2003, 7711 = Rpfleger 2003, 652.

⁵¹ BayObLG NJW-RR 2001, 656 (656) = ZEV 2001, 240 (241); OLG Düsseldorf MittBayNot 1995, 400 (401).

⁵² BayObLG NJW-RR 1998, 1230; vgl. FamRZ 1986, 835 = BeckRS 2009, 27989 für Geldsumme bzw. Bankguthaben.

⁵³ OLG München ZErB 2016, 286 (287); NJW-RR 2011, 157.

⁵⁴ BayObLG ZEV 1996, 393.

⁵⁵ BeckOGK BGB/Gierl § 2087 Rn. 14; Staudinger/Otte § 2087 Rn. 15.

⁵⁶ OLG München ZErB 2016, 286 (287).

⁵⁷ OLG Hamm FGPrax 2011, 301.

4. Gegenständliche Erbeinsetzung (Verteilungstestament)

- 21 a) **Grundsätzliches.** Bei Laien sehr beliebt ist es, nicht entsprechend den Vorgaben des Gesetzes Erben zu berufen und Vermächtnisse auszusetzen, sondern lediglich Vermögensgegenstände oder Vermögensgruppen zu benennen und einzelnen Bedachten zuzuweisen. Eine solche möglicherweise gewollte gegenständliche Erbeinsetzung sieht das Gesetz nicht vor und ist unzulässig.⁵⁸

Beispiel:

Der Nachlasswert besteht zu 90 % aus einem Einfamilienhaus und zu 10 % aus Geld- und Wertpapiervermögen; das übrige Vermögen ist praktisch wertlos. Der Erblasser kann umgangssprachlich wie folgt verfügt haben:

Alternative 1: A erhält mein Einfamilienhaus.

Alternative 2: X, Y und Z vermache ich mein Einfamilienhaus. Meinen Fernseher vererbe ich an F.

- 22 Die Zuweisung erfolgt oft wahllos durch Verwendung der Wortstämme *erben* und *vermachen* bzw. durch umgangssprachliche Formulierungen, aus denen nach dem allgemeinen Sprachverständnis hervorgeht, dass die bedachte Person den Gegenstand erhalten soll. Für den *Zweifelsfall* hält das Gesetz auch für diese Fälle eine Auslegungsregel bereit: § 2087 Abs. 2 BGB nimmt bei der Zuwendung einzelner Gegenstände an einen Bedachten an, dass dieser Erbe sein soll – sogar, wenn er so bezeichnet ist. Diese Auslegungsregel kann zur Konsequenz haben, dass es entweder gar keinen Erben gibt oder dass die gesetzliche Erbfolge gilt. Dann hätten die gesetzlichen Erben die Arbeit mit der Nachlassabwicklung, könnten aber Gefahr laufen, wertmäßig alles an die Vermächtnisnehmer herauszugeben. Die Berufung zum Erben setzt nicht notwendig voraus, dass ihm ein mehr oder weniger großer oder sogar der größte Teil des Nachlasses verbleibt.⁵⁹ Ausweislich ihres Wortlautes greift die Auslegungsregel § 2087 Abs. 2 BGB schließlich nur in Zweifelsfällen ein.⁶⁰ Die sich im Rahmen der individuellen Auslegung stellende Frage ist die, ob der Erblasser nicht mit einem solchen Verteilungstestament die Einsetzung eines Erben verfolgt hat.

Hinweis:

In dem zunächst anstehenden Schritt der Prüfung kann noch offen bleiben, ob der Begünstigte Allein- oder Miterbe ist und ob im Falle einer Miterbschaft den im Testament nicht angesprochenen Rest die gesetzlichen Erben erhalten.

- 23 Der BGH hat sich in seinem Beschl. v. 12.7.2017⁶¹ geäußert, welcher Grundsatz innerhalb der individuellen Auslegung heranzuziehen ist, der zur Nichtanwendbarkeit der Zweifelsregelung des § 2087 Abs. 2 BGB führt:

„Eine Erbeinsetzung kann trotz Zuwendung nur einzelner Gegenstände anzunehmen sein, wenn der Erblasser sein Vermögen vollständig den einzelnen Vermögensgegenständen nach verteilt hat, wenn er dem Bedachten die Gegenstände zugewendet hat, die nach seiner Vorstellung das Hauptvermögen bilden, oder nur Vermächtnisnehmer vorhanden wären und nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser überhaupt keine Erben berufen und seine Verwandten oder seinen Ehegatten als gesetzliche Erben ausschließen wollte (Senat v. 19.1.2000 – IV ZR 157/98, ZEV 2000, 195 unter I.2.b.aa mwN).“

- 24 b) **Fragliche gewollte Erbenstellung des Begünstigten.** aa) *Grundsatz.* Zentral ist: Es ist nicht anzunehmen, dass der Erblasser mit seinem Testament keinen Erben berufen woll-

⁵⁸ Otte NJW 1987, 3164; OLG Stuttgart ZErB 2018, 248 (250).

⁵⁹ BGH ZEV 2017, 629 (632) mit zust. Anm. *Leipold*.

⁶⁰ Burandt/Rojahn/Czubayko § 2087 Rn. 2; Palandt/Weidlich § 2087 Rn. 1.

⁶¹ BGH ZEV 2017, 629 (631); ebenso OLG München ZEV 2017, 634 (639), KG ErbR 2018, 389 (390); ErbR 2016, 594 (595).

te.⁶² Daher ist durch Auslegung zu erforschen, ob die mit einem Gegenstand bedachte Person auch (Mit-)erbe sein soll. Es hat eine Abgrenzung zu der Stellung eines Vermächtnisnehmers zu erfolgen. Der BGH⁶³ stellte folgenden Grundsatz auf, nach dem zu entscheiden ist, ob der Begünstigte (Mit-)Erbe ist:

„... bei der Entscheidung, ob eine Person als Erbe eingesetzt ist, [kommt es] wesentlich darauf an, wer nach dem Willen des Erblassers den Nachlass regeln und die Nachlassschulden, zu denen auch die Bestattungskosten zählen, zu tilgen hat und ob der Bedachte unmittelbare Rechte am Nachlass oder nur Ansprüche gegen andere Bedachte erwerben soll (...).“

Entscheidend ist auch, ob der Erblasser durch die bedachte Person seine wirtschaftliche Stellung fortgesetzt wissen wollte, also diese sein Rechtsnachfolger sein sollte.⁶⁴ Zugunsten der Bewertung als Erbe spricht, wenn der Bedachte auch den Nachlass zu regeln hatte.⁶⁵ Konkreter stellt sich die Frage, ob der Erblasser dem Bedachten unmittelbar die materielle Rechtszuständigkeit und die Abwicklung des Nachlasses, insbesondere die dazu erforderliche Verfügungsbefugnis, übertragen wollte.⁶⁶ 25

Entscheidend sind in diesem Zusammenhang auch die Wertverhältnisse. Wer den mit Abstand wertvollsten Nachlassgegenstand erhält, wird auch Erbe sein sollen.⁶⁷ Hierzu der BGH.⁶⁸ 26

„Ebenso begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, die Zuwendung des wertmäßigen Hauptnachlassgegenstands, etwa eines Hausgrundstücks, als Erbeinsetzung des Bedachten anzusehen, wenn der Nachlass dadurch im Wesentlichen erschöpft wird oder der objektive Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat (...).“

In diesem Prüfungsschritt ist zu diskutieren, ob der Bedachte eine Erbenstellung erhalten sollte, mit der er dinglich am Nachlass beteiligt ist und damit auch Pflichten (Befriedigung von Nachlassgläubigern) zu erfüllen hat. Stets ist in Betracht zu ziehen, dass mit der Auslegungsregel § 2287 Abs. 2 BGB die gesetzliche Erbfolge gilt und der Bedachte „nur“ Vermächtnisnehmer ist. Schließlich sind grundsätzlich der mit dem wertmäßigen Hauptgegenstand des Nachlasses Bedachte als Erbe und die mit wertmäßig geringer anzusetzenden Gegenständen Bedachten als Vermächtnisnehmer anzusehen.⁶⁹ Ist einer Person die Hälfte des Nachlasswertes und mehreren Personen die andere Hälfte zugewiesen, spricht nach *Otte*⁷⁰ vieles für die Alleinerbeinsetzung der einen Person. Ein Indiz für eine Erbenstellung besteht, wenn der Erblasser die Begünstigungen ganz am Anfang seines Testamentes gesetzt hat; es sei wahrscheinlich, dass ein Erblasser seine Erben an hervorgehobener Stelle im Testament benennt.⁷¹ Weist ein Erblasser zwar gegenständlich, aber erschöpfend einer Person zu, findet die Auslegungsregel § 2287 Abs. 2 BGB keine Anwendung.⁷² 27

Einzelfälle:

(1) Bei dem Teil, über den nicht letztwillig verfügt wurde, kann es sich auch um den bedeutenden Nachlasswert handeln: So beschloss das OLG München,⁷³ dass die gesetzliche Erbfolge eintritt, wenn der

⁶² BGH ZEV 2000, 195; KG ErbR 2018, 389 = BeckRS 2018, 1576 Rn. 12; OLG Brandenburg NJW-RR 2009, 14; BayObLG NJW-RR 1999, 1021.

⁶³ BGH ZEV 2017, 629 (632); vgl. MüKoBGB/Rudy § 2287 Rn. 8; BeckOGK BGB/Gierl § 2087 Rn. 12.

⁶⁴ OLG München FamRZ 2011, 68 = BeckRS 2010, 18492; OLG Köln FamRZ 1989, 549; BayObLG NJW-RR 1997, 517 (518); Dt. ErbRK/Große-Wilde § 2087 Rn. 16.

⁶⁵ OLG München ZEV 2017, 634 (639).

⁶⁶ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 8.

⁶⁷ OLG Naumburg BeckRS 2016, 104279 Rn. 17.

⁶⁸ BGH ZEV 2017, 629 (631 f.); vgl. auch OLG Düsseldorf FGPrax 2016, 272.

⁶⁹ OLG Brandenburg NJW-RR 2009, 14; MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 9; vgl. Dt. ErbRK/Große-Wilde § 2087 Rn. 16.

⁷⁰ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 21.

⁷¹ OLG München ZEV 2016, 286 (288).

⁷² OLG Düsseldorf ErbR 2015, 386.

⁷³ OLG München FGPrax 2010, 244.

Erblasser nur über einen geringen Teil seines Nachlasses verfügt und eine Erbeinsetzung durch spätere gesonderte Verfügung beabsichtigt hat, zu der er aber nicht mehr gekommen ist. Eine ergänzende Auslegung der bestehenden Verfügung sei aufgrund des Fehlens einer planwidrigen Lücke nicht möglich.

(2) In die gleiche Richtung zielte nochmals das OLG München⁷⁴ in einem späteren Beschluss: Die Erblasserin hatte nur über ihre wertlose Wohnungseinrichtung zugunsten einer Dame verfügt, der sie auch Kontovollmacht über den Tod hinaus erteilt hat. Das Gericht bewertete diese Begünstigung mit der Auslegungsregel § 2087 Abs. 2 BGB als Vermächtnis; im Übrigen, also besonders hinsichtlich des Geldvermögens, trat gesetzliche Erbfolge ein.

(3) Das OLG München⁷⁵ betont in einem weiteren Beschluß die Selbstverständlichkeit, dass der Begriff „erben“ im Zusammenhang mit der Begünstigung durch ein Auto nicht gegen die Annahme eines Vermächtnisses spricht. Dem Senat zufolge indizieren konkrete Geldbeträge ein Vermächtnis. Hinzu kam, dass es lt. OLG München nach der Lebenserfahrung fernliegend sei, dass ein Erblasser ein gutes Dutzend zu Miterben machen möchte.

(4) Wird einem Verein das „Grundstück“ und das „Sparkassenbuch“ „vermachtet“ und erhält eine weitere Person das Inventar, so gilt nach dem OLG Bremen⁷⁶ der Verein als Alleinerbe.

(5) Die Auslegung als Alleinerbeinsetzung einer Person begründete das OLG Düsseldorf⁷⁷ damit, dass sie den wesentlichen Teil erhielt und der Erblasser für diese Begünstigung das Verb „erben“ anstatt wie bei den anderen Begünstigungen „erhalten“ verwendet hat.

(6) Aus der Bezeichnung als „Haupterbe“, der zudem bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat, kann nicht geschlossen werden, dass dieser sogleich Alleinerbe ist. In dem Fall des KG⁷⁸ hatte der Erblasser 10 weitere Personen mit Quoten von 5 bis 20 % begünstigt.

28 *bb) Mehrere Bedachte.* Bei mehreren Bedachten ist festzustellen, ob diese auch alle Erben werden sollten oder einer bzw. einige Erbe und andere Vermächtnisnehmer. Nachfolgende Konstellationen kommen bei **bei mehreren Bedachten** in Betracht:

- Es können mehrere Personen mit diesem einen Vermögensgegenstand (oft die einzige nachlasszugehörige Immobilie) begünstigt worden sein.
- Es kann beispielsweise A das Haus und B das Geld- und Wertpapiervermögen zugewiesen worden sein.

29 Entsprechend ist für jeden Bedachten gesondert zu prüfen, ob jeder namentlich Bedachte auch eine Erbenstellung erhalten sollte.⁷⁹ So können die Werte sehr unterschiedlich sein. Damit alle Begünstigten als Erben anzusehen sind, ist erforderlich, dass die Zuwendungen gleichstufig erfolgt sind.⁸⁰ Die Erbeinsetzung wird auch dadurch indiziert, dass die Begünstigten im Testament räumlich vor der Verteilung der Gegenstände an sie als „Erben“ bezeichnet werden; dies spricht aber nicht dafür, dass alle zu gleichen Teilen erben sollen.⁸¹ Sie müssen rechtlich auf gleicher Stufe stehen, wobei insbesondere auch die Motive des Erblassers zu beachten sind. Keiner darf der Hauptbedachte sein.⁸² Wer einen verhältnismäßig geringwertigen Nachlassgegenstand erhält, kann in Einklang mit § 2287 Abs. 2 BGB Vermächtnisnehmer sein. Das Werteverhältnis der zugewandten Einzelgegenstände zum Nachlasswert ist bei einem auslegungsbedürftigen Testamentswortlaut das wesentliche Kriterium für die Frage, ob der Begünstigte Erbe oder Vermächtnisnehmer ist.⁸³

30 **Grundsatz nach OLG Stuttgart:**⁸⁴ Hat der Erblasser sein gesamtes Vermögen einzelnen Bedachten zugewiesen und diese zudem als Erben bezeichnet, ist von einer Erbeinsetzung nach Quote auszugehen. Im Fall der erschöpfenden Zuwendung nach Vermögensgruppen sind die **Erbquoten anhand des wirtschaftlichen Wertverhältnisses** der zugewandten Vermö-

⁷⁴ OLG München ZErb 2010, 299.

⁷⁵ OLG München ZErb 2016, 286 (287).

⁷⁶ OLG Bremen ErbR 2015, 449.

⁷⁷ OLG Düsseldorf ErbR 2018, 50 = BeckRS 2018, 129494 Rn. 14.

⁷⁸ KG BeckRS 2018, 1576.

⁷⁹ BeckOGK BGB/Gierl § 2087 Rn. 22.

⁸⁰ BeckOK BGB/Litzenburger § 2087 Rn. 17.

⁸¹ OLG Stuttgart ZErb 2018, 248 (250).

⁸² Nieder/Kössinger Testamentsgestaltung-HdB/R. Kössinger § 8 Rn. 9.

⁸³ Burandt/Rojahn/Czubayko § 2087 Rn. 8.

⁸⁴ OLG Stuttgart ZErb 2018, 249 (251).

gensgruppen zum Gesamtnachlass zu ermitteln, wobei regelmäßig auf die Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen ist.

Einzelfälle:

(1) Das OLG München⁸⁵ hatte über einen Fall zu urteilen, in dem der Erblasser eine Person mit seinem Grundstück und vier andere Personen mit seinem wertmäßig überwiegender Geldvermögen begünstigt hat. Der Wertanteil des Grundstücks am Gesamtnachlasswert belief sich auf 22,5 %. Das Nachlassgericht hatte einen Alleinerbschein zugunsten des mit dem Grundstück Bedachten erlassen. Das OLG München stellte indes eine Erbeinsetzung zu gleichen Teilen fest: Aufgrund der Wertverhältnisse liege die Feststellung einer Alleinerbschaft des Grundstücksbegünstigten „fern“. Den Mehrwert zwischen dem rechnerischen Erbteil und dem Grundstückswert bewertete das Gericht als Vorausvermächtnis, so dass sich keine Ausgleichspflicht unter den Miterben ergab (§ 2150 BGB).⁸⁶

(2) Das OLG München⁸⁷ kritisierte an der nachlassgerichtlichen Entscheidung, dass es bei drei Begünstigten eine Erbenstellung angenommen habe. So wäre anzudenken, dass die „Besitzanteile des Wohnhauses“, „Besitzanteile an Waldstücken“ und „Geldbetrag iHv 10.000“ Vermächtnisse sein könnten. Erben könnten dann die drei durch das Geldvermögen Begünstigten sein.

(3) Das OLG Düsseldorf⁸⁸ hob eine erstinstanzliche Entscheidung auf, wonach 5 Personen Erben zu jeweils 18,44 % und 3 weitere Personen Erben zu jeweils 2,5933 % seien. Stattdessen stellte es für die 5 Personen Quoten von jeweils 20 % fest. Nur diese Personen seien in dem Testament als „Erben“ bezeichnet worden.

Gelangt der Ausleger in diesem Prüfungsschritt zum Ergebnis, dass sämtliche namentlich Begünstigten keine Erben sein sollen, sondern Vermächtnisnehmer, tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Das kann theoretisch auch dann der Fall sein, wenn den gesetzlichen Erben wirtschaftlich nichts oder verhältnismäßig fast nichts verbleibt. 31

cc) Sonderfall bei ausschließlich bedachten gesetzlichen Erben: Hat der Erblasser Gegenstände unter seinen **gesetzlichen Erben** aufgeteilt, so kann auch angenommen werden, dass er keine Erbeinsetzung hat treffen wollen, sondern **nur Teilungsanordnungen** verfügt hat, ggf. in Verbindung mit Vorausvermächtnissen.⁸⁹ Das AG Warstein⁹⁰ löste einen solchen Fall, indem es die gesetzliche Erbfolge und Vorausvermächtnisse zugunsten der gesetzlichen Erben durch Testament annahm. 32

c) Fraglicher Gesamtverfügungswille. Die Frage nach dem Gesamtverfügungswillen ist eröffnet, wenn im vorherigen Prüfungsschritt festgestellt werden konnte, dass dem bzw. den Bedachten eine Erbenstellung zukommen soll. Zudem müsste der Nachlass durch die Vermögenszuweisung noch nicht erschöpft sein.⁹¹ Festzustellen ist dann in diesem weiteren Prüfungsschritt, ob andere Personen – in aller Regel gem. § 2088 Abs. 1 BGB die gesetzlichen Erben – neben den namentlich genannten Personen erben sollen.⁹² Dann würde eine Kombination von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge vorliegen.⁹³ Kann mithin Gesamtverfügungswille festgestellt werden, erben das nicht verteilte Vermögen nicht die gesetzlichen Erben, sondern die namentlich mit den anderen Vermögensgegenständen Bedachten. 33

Andere, nicht im Testament benannte Personen sind dann keine Erben, wenn der Erblasser bei Testamentserrichtung mit Gesamtverfügungswillen gehandelt hat. Mit Gesamtverfügungswillen hat der Erblasser gehandelt, wenn er mit der letztwilligen Verfügung **seine Nachfolge von Todes wegen abschließend regeln wollte**.⁹⁴ Darauf deutet recht eindeutig hin, wenn sinngemäß verfügt ist, dass die gesetzlichen Erben oder andere Personen nichts bekommen sollen,⁹⁵ sie vom Wortlaut her ausdrücklich (und nicht konkludent) enterbt 34

⁸⁵ OLG München ZEV 2007, 383.

⁸⁶ OLG München ZEV 2007, 383 (385).

⁸⁷ OLG München FGPrax 2017, 278 (279).

⁸⁸ OLG Düsseldorf ErbR 2018, 509 (510) = BeckRS 2018, 13326.

⁸⁹ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 25.

⁹⁰ AG Warstein BeckRS 2010, 30 819.

⁹¹ Damrau/Tanck/Sticherling § 2087 Rn. 19 ff.

⁹² Vgl. OLG München NJW-RR 2011, 157.

⁹³ Damrau/Tanck/Sticherling § 2087 Rn. 21.

⁹⁴ Vgl. OLG Naumburg BeckRS 2016, 104279 Rn. 33.

⁹⁵ BeckOK BGB/Litzenburger § 2087 Rn. 13 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf BeckRS 2007, 2206.

werden. Gleiches gilt, wenn der Erblasser etwa zunächst sein per Testamentserrichtung vorhandenes Vermögen aufgelistet und dies dann verteilt hat.⁹⁶ Hat der Erblasser also deutlich gemacht, dass andere Personen als die ausdrücklich bedachten Personen von der Rechtsnachfolge ausgeschlossen sein sollen, kann dies dem OLG Düsseldorf⁹⁷ zufolge für die Bewertung der begünstigten Personen als ausschließliche Erben ausreichend sein. Denkbar sind auch Formulierungen wie „*alle anderen bekommen nichts*“ oder bei dem Wunsch, „*keine Erbengemeinschaft entstehen*“ zu lassen.⁹⁸

Einzelfälle:

(1) Gegen einen Gesamtverfügungswillen spricht es nach dem KG,⁹⁹ wenn der Erblasser nur die Grundbesitzverteilung an seine Kinder regelt und nicht sein nicht völlig unerhebliches Festgeld- und Wertpapiervermögen erwähnt. Die beiden Kinder, die den Grundbesitz erhalten sollten, hatten argumentiert, dass auch nur sie das Festgeld- und Wertpapiervermögen erhalten sollen und nicht auch das dritte Kind. Das KG tendierte dazu, in den für das Immobilienvermögen betreffenden Einzelzuwendungen Vermächtnisse zu sehen.

(2) Wirtschaftlich hatte der Erblasser seiner Ehefrau 78 % und seinem einseitigen Kind 22 % zugewiesen. Das KG¹⁰⁰ erkannte auf eine Alleinerbeinsetzung der Ehefrau. Dafür sprächen die überwiegenden Zuwendungen an den Ehegatten und die gegenseitige testamentarische Gleichbehandlung der Ehegatten.

35 d) **Zeitpunkt der Vorstellungen des Erblassers.** Auch in diesem Zusammenhang gilt der Grundsatz, dass die Vorstellungen des Erblassers über die voraussichtliche Zusammensetzung seines Nachlasses und den Wert der einzelnen Gegenstände **im Zeitpunkt der Testamentserrichtung** maßgeblich sind.¹⁰¹ Es sind daher auch die Vorstellungen des Erblassers über die weitere Entwicklung seines Vermögens einzubeziehen,¹⁰² mithin auch Änderungen in der Vermögenszusammensetzung oder Wertverschiebungen, die der Erblasser bereits bei Testamentserrichtung in seine Überlegungen einbezogen hat.¹⁰³

36 Der Erblasser muss durch die Zuweisung seines Hauptvermögens an einen oder an mehrere Bedachte zur Annahme des Gesamtverfügungswillens seinen Nachlass **hat erschöpfen wollen**.¹⁰⁴ Der Gesamtverfügungswille ist auch dann festzustellen, wenn der Wert der Vermögensgegenstände, die nicht letztwillig ausdrücklich verteilt wurden, im Vergleich zu dem Wert der verfügbaren Gegenstände zu vernachlässigen ist. In diesem Fall erhalten der Bedachte bzw. die Bedachten auch die nicht im Testament ausdrücklich genannten Gegenstände.¹⁰⁵ *Rudy*¹⁰⁶ und *Litzenburger*¹⁰⁷ sprechen sich dafür aus, dass den Bedachten auch die nicht verfügbaren Gegenstände zufallen, wenn die angesprochenen Vermögensgegenstände 90 % des Nachlasswertes ausmachen. *Roth*¹⁰⁸ spricht von einer „80 %-Rechtsprechung“. *Otte*¹⁰⁹ zufolge kann der mit mehr als $\frac{3}{4}$ des Nachlasswertes Bedachte als Alleinerbe anzusehen sein, wenn der Rest an mehrere Personen verteilt wurde. Lt. OLG München¹¹⁰ sei es nicht abschließend geklärt, ab welcher Wertrelation eine Alleinerbeinsetzung angenommen werden kann. Entscheidend ist auch hier der Einzelfall; es können auch 77 % ausreichen.¹¹¹

⁹⁶ KG ErbR 2016, 598 (599).

⁹⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 769 = BeckRS 2007, 2206.

⁹⁸ BeckOK BGB/*Litzenburger* § 2087 Rn. 13.

⁹⁹ KG ErbR 2016, 594 (595).

¹⁰⁰ KG ErbR 2016, 595 (597).

¹⁰¹ BGH NJW 1997, 392 (393); FamRZ 1972, 563; OLG München ZEV 2017, 634 (639); OLG Brandenburg NJW-RR 2009, 14; BayObLG FamRZ 2005, 1202 (1203); BeckOK BGB/*Litzenburger* § 2087 Rn. 14; Damrau/Tanck/*Sticherling* § 2087 Rn. 14.

¹⁰² KG ErbR 2016, 598 (599); vgl. Staudinger/*Otte* § 2087 Rn. 26 f.

¹⁰³ BayObLG NJW-RR 1995, 1096 (1097).

¹⁰⁴ Staudinger/*Otte* § 2087 Rn. 26.

¹⁰⁵ MüKoBGB/*Rudy* § 2087 Rn. 9.

¹⁰⁶ MüKoBGB/*Rudy* § 2087 Rn. 9 mwN.

¹⁰⁷ BeckOK BGB/*Litzenburger* § 2087 Rn. 13; ebenso *Schlüter* ErbR 2011, 233 (234).

¹⁰⁸ *Roth* NJW-Spezial 2017, 615.

¹⁰⁹ Staudinger/*Otte* § 2087 Rn. 22.

¹¹⁰ OLG München ZErB 2016, 286 (288).

¹¹¹ BGH ZEV 2000, 195 (196); 84 %; OLG Hamburg ZEV 2016, 384 = BeckRS 2016, 6250: 74 % reichten nicht; BayObLG RPfleger 2000, 217: 88,5 %; BayObLG NJWE-FER 1999, 156: 77 %; OLG Celle MDR

Tatsächlich wird man durch einen Mindestprozentsatz keinen allgemeingültigen Grundsatz aufstellen können. Sicherlich wird man ab 90 % von einer Art tatsächlichen Vermutung sprechen können, dass die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen ist. Bei der Auslegung von Testamenten kommt es aber nur auf den Einzelfall an. Dort kann eine Nuance, etwa durch eine Zeugenaussage, schon den Ausschlag für eine Entscheidung geben. Oft unterläuft der Fehler, das Auslegungsergebnis vor allem an einer einzigen gerichtlichen Entscheidung festzumachen. Richtigerweise lassen sich nach Auswertung unzähliger Entscheidungen nur Grundsätze für die Auslegung entnehmen.

Ein besonderes Entscheidungskriterium zugunsten der Annahme einer Erbenstellung ist, ob ein Bedachter oder mehrere Bedachte **das von dem Erblasser selbst genutzte Haus** oder Teileigentum (Eigentumswohnung) erhalten sollen.¹¹² Eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen nimmt die Tatsache auf, dass für weite Teile der Bevölkerung ihre Immobilie eine zentrale Stellung einnimmt. Viele haben jahrzehntelang sich die Immobilie erspart, die der Altersversorgung dient. Lt. OLG München¹¹³ würden ältere Erblasser ihr Haus erfahrungsgemäß als ihr Kernvermögen betrachten. Die mit dem Haus begünstigte Person könnte als alleinige Rechtsnachfolgerin zu betrachten sein, zumal sie mit der Auszahlung des Pflichtteils beschwert wurde.

Einzelfälle:

(1) Das OLG Hamburg¹¹⁴ sah die Verfügung über 70 % des Nachlasswertes (an sein Kind) nicht als ausreichendes Indiz für den Erblasserwillen, das gesetzliche Erbrecht seiner Ehefrau auszuschließen. Deswegen bewertete es die 70 %-Begünstigung seines Kindes mit § 2087 Abs. 2 BGB als Vermächtnis.

(2) Das OLG Schleswig¹¹⁵ sprach sich gegen eine Alleinerbeinsetzung der Person aus, die der Erblasser „als Erbin meiner Wohnung“ bezeichnet hatte. Die Wohnung machte 78 % vom Gesamtnachlasswert aus. Erschwerend wäre hinzugekommen, dass die Erblasserin zwei Testamentvollstrecker eingesetzt hatte. Für das Konto- und das Bausparkassenguthaben galt die gesetzliche Erbfolge.

e) **Erbquoten der Bedachten.** Ist festgestellt worden, dass die Bedachten Miterben sind, stellt sich die Frage nach den Erbquoten. Die Erbquoten müssen unabhängig davon bestimmt werden, ob man in dem Zwischenauslegungsschritt zum Ergebnis gekommen ist, dass für einen nicht verteilten Nachlassrest die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Als Erstes sind die Quoten der namentlich Bedachten zu bestimmen. Bei einem nicht verteilten Nachlassrest, den die gesetzlichen Erben erhalten, ist dann die Gruppe der namentlich bedachten Erben und der Gruppe der gesetzlichen ins Verhältnis zu setzen; so sind die Erbquoten zu bilden. Im Erbschein wird nicht ausgewiesen, zu welcher Gruppe ein Miterbe gehört.

Beispiele:

1. Der Erblasser hat A seine Immobilie in Köln und B seine Immobilie in Düsseldorf zugewiesen. Die Auslegung hat ergeben, dass beide Erben sein sollen und dass der Erblasser mit Gesamtverfügungswillen gehandelt hat, dass also die beiden Bedachten auch das Geldvermögen mit einem Wert von ca. 10 % erhalten sollen. Wie ist zwischen A und B das Geldvermögen wirtschaftlich aufzuteilen? Was, wenn eine Immobilie einen ungewöhnlichen Wertzuwachs verzeichnen konnte? Was ist, wenn der Erblasser später unverhofft geerbt hat?

2. Der Erblasser hat A seine Immobilie und B sein Geld- und Wertpapiervermögen testamentarisch zugewiesen. Die Auslegung hat ergeben, dass beide auch eine Erbenstellung erhalten sollten und dass hinsichtlich des Nachlassrestes von 30 % die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Zu welchen Anteilen teilen sich A und B die verbleibenden 70 % auf?

Zur Rechtstechnik: Es kommt bei der gegenständlichen Erbeinsetzung (= Verteilungstestament) die **Einsetzung von Miterben** gem. § 2032 Abs. 1 BGB in Verbindung mit **Teilungs-**

2003, 89: 83–84 %; vgl. Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp Testamentsauslegung und -anfechtung-Hdb/*Dommermühl* § 2 Rn. 21.

¹¹² BGH NJW-RR 2005, 1460 (1461); OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 769 = BeckRS 2007, 2206; BayObLG NJW-RR 2002, 1302; BayObLG NJW-RR 1997, 517 (518); BayObLG FamRZ 2005, 1933 (1934); OLG München ZEV 2017, 634 (639).

¹¹³ OLG München FGPrax 2017, 278 (279).

¹¹⁴ OLG Hamburg ZEV 2016, 384 (385).

¹¹⁵ OLG Schleswig NJOZ 2016, 410 = FamRZ 2016, 406 = BeckRS 2015, 17224.

anordnungen gem. § 2048 BGB in Betracht.¹¹⁶ So haben die einzelnen Bedachten innerhalb der Erbauseinandersetzung einen Anspruch hinsichtlich des ihnen jeweils zugewiesenen Gegenstandes,¹¹⁷ aber nicht schon zuvor, da das Gesetz eine gegenständlich beschränkte Teilerbauseinandersetzung nicht vorsieht (nur einvernehmlich möglich).¹¹⁸ Es kann auch in Betracht zu ziehen sein, dass ein Miterbe einen zugewiesenen Gegenstand als Vorausvermächtnis erhält, dann wohl unter Anrechnung auf seinen rechnerischen Erbanteil.

- 40 **Zur Feststellung der Erbquoten:** Die Erbquoten ergeben sich idR aus dem Verhältnis der Werte der zugewiesenen Gegenstände.¹¹⁹ War Gesamtverfügungswille festzustellen, sind diese Erbquoten auch für das im Testament nicht erwähnte Vermögen maßgeblich.¹²⁰ Dies erfolgt auch unter Heranziehung des § 2089 BGB.¹²¹
- 41 Für die Erbquoten ist grundsätzlich die Vorstellung des Erblassers **bei Testamenterrichtung** darüber maßgeblich, wie sich sein Nachlass darstellen wird und welchen Wert jeweils die Gegenstände haben.¹²² Dies sei nach *Groll*¹²³ „*allgemein*“ so und gilt vor allem, wenn es dem Erblasser auf eine bestimmte Beteiligung am Nachlass ankam.¹²⁴ In einem solchen Fall sind zunächst die **Erbquoten anhand des wirtschaftlichen Wertverhältnisses** der zugewandten Vermögensgruppen bzw. -gegenstände zum Gesamtnachlass zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung zu ermitteln.¹²⁵ Nach Auslegung kann es aber auch auf die Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls ankommen.¹²⁶ Das ist der Fall, wenn – wie regelmäßig – es dem Erblasser darauf angekommen ist, den Bedachten jeweils die zugewandten Gegenstände zukommen zu lassen.¹²⁷ Dieses Vorgehen ist zwar umständlich und führt nicht ohne Weiteres zu genauen Bruchteilen, mache die Auslegung dem BGH zufolge aber nicht fehlerhaft.¹²⁸ § 2091 BGB ist nicht anzuwenden,¹²⁹ denn bei der gegenständlichen Verteilung hat der Erblasser verschiedene hohe Erbquoten in Kauf genommen.¹³⁰ Hat der Erblasser aber einen Gegenstand an mehrere Bedachte zugewiesen, ist ohne weitere Anordnungen von einer Erbeinsetzung zu gleichen Teilen auszugehen.
- 42 Ergibt die Auslegung, dass der Erblasser auf die Vermögensverhältnisse **im Zeitpunkt seines Erbfalls** abstellen¹³¹ oder dass der Erblasser einen Gegenstand einem Bedachten ohne Wertausgleich zukommen lassen wollte,¹³² ist nicht auf die Wertverhältnisse per Testamenterrichtung abzustellen.¹³³ Dann sind für die Ermittlung der Erbquoten die Werte zur Zeit des Erbfalls maßgebend.¹³⁴ Andernfalls würden sich Ausgleichsansprüche der anderen Erben ergeben, die die Durchführung der Erbeinsetzung mit Teilungsanordnung gefährden oder sogar unmöglich machen würden.¹³⁵

¹¹⁶ OLG Hamm BeckRS 2010, 19846; OLG Stuttgart ZErB 2018, 249 (251); Staudinger/Otte § 2087 Rn. 24.

¹¹⁷ BayObLG Recht 1913 Nr. 1476, zit. bei Staudinger/Otte § 2087 Rn. 24.

¹¹⁸ OLG Hamm BeckRS 2010, 19846.

¹¹⁹ KG ErbR 2016, 594 (595); Damrau/Tanck/Sticherling § 2087 Rn. 18.

¹²⁰ MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 11.

¹²¹ Damrau/Tanck/Sticherling § 2087 Rn. 20.

¹²² BGH FamRZ 1972, 561 (563); OLG München FamRZ 2011, 68 = BeckRS 2010, 18492; BayObLG NJW-RR 1997, 517 (518).

¹²³ Groll ErbR-HdB/Groll B III Rn. 13.

¹²⁴ BGH NJW 1997, 392 (393); BayObLG FamRZ 2004, 312; Dt. ErbRK/Große-Wilde § 2087 Rn. 17.

¹²⁵ BGH NJW 1997, 392 (393); BGH FamRZ 1990, 396; BayObLG FamRZ 2004, 312; NK-BGB/Krafka § 2087 Rn. 5.

¹²⁶ MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 11.

¹²⁷ OLG Stuttgart ZErB 2018, 249 (251) unter Verweis auf OLG Düsseldorf NotBZ 2013, 389 = BeckRS 2013, 13089.

¹²⁸ BGH NJW 1997, 392 (393).

¹²⁹ MüKoBGB/Rudy § 2287 Rn. 11.

¹³⁰ OLG München FamRZ 2010, 758 = BeckRS 2009, 26402.

¹³¹ BGH NJW 1993, 1005 (1007); BGH NJW 1997, 392.

¹³² OLG Düsseldorf NotBZ 2013, 389 = BeckRS 2013, 13098; MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 11.

¹³³ BayObLG FGPrax 2005, 162 (163).

¹³⁴ BeckOK BGB/Litzenburger § 2087 Rn. 19.

¹³⁵ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 30.

Letztlich kommt es darauf an, ob der Erblasser die Bedachten in einem ganz bestimmten Verhältnis am Wert des Nachlasses beteiligen oder den Bedachten möglichst die zugewandten Gegenstände sichern wollte.¹³⁶ 43

Einzelfall zu unbestimmten Erbquoten:

Unterschiedliche Erbquoten stellte das OLG Karlsruhe¹³⁷ bei einem Testament fest, in dem drei Personen wie folgt mit dem „Nachlass von uns beiden“ bedacht wurden: „erstens ein bedeutender Betrag“ an die Person A, „zweitens ein großer Teil“ an Person B und „drittens ein Teil“ an Person C. A und B waren demzufolge Erben zu je $\frac{2}{5}$ und C zu $\frac{1}{5}$.

Hat der Erblasser über Gegenstände, die er testamentarisch oder erbvertraglich Personen zugewiesen hat, bereits lebzeitig verfügt, ist die letztwillige Verfügung insoweit gegenstandslos und damit unwirksam (arg. § 2169 Abs. 1 Hs. 1 BGB).¹³⁸ Etwas anderes gilt nur, wenn der Erblasser eine dem Wert des Gegenstandes entsprechende Erbquote, unabhängig vom Vorhandensein dieses Gegenstandes, hätte zuwenden wollen.¹³⁹ 44

Praxistipp:

Der Gesetzgeber hat mit § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG den sog. quotenlosen Erbschein eingeführt, wenn alle potenziellen Miterben zustimmen. Dieser erspart während des Erbscheinsverfahrens die Diskussion über die „richtigen“ Quoten.

f) Einfluss auf spätere, ggf. unbedachte Änderungen. Sofern sich die Wertverhältnisse bei Testamentserrichtung durch späteren Vermögenserwerb geändert haben, verbleibt es zwar bei den sich aus den ursprünglichen Vermögenswerten ergebenden Erbquoten.¹⁴⁰ Es können sich jedoch Ausgleichspflichten unter den Erben ergeben.¹⁴¹ Ist eine zugewiesene Immobilie wesentlich mehr wert als im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, hat der so Begünstigte einen Ausgleich an die anderen Bedachten zu zahlen. Sind dem Testament Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Erblasser die Bedachten auf sein Vermögen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung beschränken wollte, so gilt für das nach Testamentserrichtung erworbene Vermögen § 2088 BGB.¹⁴² 45

Indes sind Änderungen dann zu berücksichtigen, wenn der Erblasser diese bereits bei der Testamentserrichtung in seine Überlegungen einbezogen hat. Folglich sind auch die tatsächlichen Vorstellungen des Erblassers über die weitere Entwicklung seines Vermögens und die voraussichtliche Zusammensetzung seines Nachlasses in der Auslegung einzubeziehen.¹⁴³ Zum Beleg der Willensrichtung des Erblassers können auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände herangezogen werden, soweit diese auf die Willensrichtung bei Testamentserrichtung schließen lassen. Stattdessen kann die Auslegung ergeben, dass dem Willen des Erblassers zufolge die Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend sind.¹⁴⁴ 46

Sollte der Erblasser nach Testamentserrichtung – auch unerwartet – erhebliches, weiteres Vermögen erwerben, so ändert dies nichts an der ursprünglichen Erbenstellung eines zu einem früheren Zeitpunkt Bedachten.¹⁴⁵ Es stellt sich nur die Frage, ob der ursprünglich Bedachte auch das unerwartet hinzugekommene Vermögen erhalten soll. Mit einem solchen 47

¹³⁶ Staudinger/Otte § 2087 Rn. 29 unter Hinweis auf BGH NJW 1997, 392.

¹³⁷ OLG Karlsruhe NJW-RR 2011, 874.

¹³⁸ MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 12; dies gilt entsprechend, wenn der Erblasser auch schon bei der Verfügung nicht Eigentümer des Gegenstandes war, so BayObLG FamRZ 2002, 1293.

¹³⁹ MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 12.

¹⁴⁰ BGH NJW 1997, 392 (393); FamRZ 1972, 561.

¹⁴¹ Vgl. BGH NJW 1997, 392 (393); Staudinger/Otte § 2087 Rn. 31.

¹⁴² Staudinger/Otte § 2087 Rn. 27.

¹⁴³ BayObLG FamRZ 2005, 1202 (1203).

¹⁴⁴ BGH NJW 1997, 392 (393); vgl. NJW 1993, 1005 (1007).

¹⁴⁵ BayObLG FamRZ 1986, 835.

Fall der möglichen ergänzenden Testamentsauslegung hatte der BGH sich in seinem Beschl. v. 12.7.2017¹⁴⁶ zu beschäftigen. Vereinfacht: Bei Testamentserrichtung hatte die Erblasserin ihr Haus und damit ihren Hauptvermögensgegenstand der Großnichte ihres vorverstorbenen Ehemannes zugewiesen. Diese gegenständliche Begünstigung wird als Alleinerbeinsetzung anzusehen sein. Nun erwarb die Erblasserin unerwartet später erhebliches Vermögen, indem ein Kriegskamerad ihres Vaters sie zu seiner Alleinerbin berufen hatte. Der Bruder der Erblasserin beruft sich nun auf die gesetzliche Erbfolge. Großnichte und Bruder haben jeweils einen auf sich selbst lautenden Erbschein beantragt. Der BGH ließ die Entscheidung offen, da die Vorinstanz noch tatsächliche Feststellungen zu treffen hatte. Der Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung sei nur dann eröffnet, wenn eine ungewollte Regelungslücke festgestellt sei.¹⁴⁷ Das sei nicht stets so. Wenn der Erblasser durch Zuwendung eines Gegenstands den Nachlass erschöpfen und gleichzeitig den Bedachten als Alleinerben einsetzen wollte, sei „im Einzelfall zu prüfen, ob die durch Auslegung ermittelte Erbeinsetzung nach dem Regelungsplan des Erblassers auch einen nachfolgenden, unvorhergesehenen Vermögenserwerb erfassen sollte (...).“

Praxistipp:

Je nach Veränderung des Nachlasses seit Testamentserrichtung und den seinerzeitigen Vorstellungen des Erblassers kann auch eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen sein.¹⁴⁸

5. Lebzeitige „Erfüllung“ eines Vermächnisses

- 48 Wenn hingegen der zugewiesene Gegenstand **dem letztwillig Bedachten lebzeitig geschenkt** wird, dann bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder wird die Schenkung angerechnet und reduziert so die Erbquote oder lässt sie gar entfallen. Der Entfall ist anzunehmen, wenn es dem Erblasser auf die Begünstigung durch eben diesen Gegenstand ankam.¹⁴⁹ Andernfalls kann eine solche Schenkung auf die nach Maßgabe der Werte per Testamentserrichtung zu ermittelnden Erbquoten keinen Einfluss haben, wenn der Erblasser eine bestimmte Beteiligung am Nachlass erreichen wollte.¹⁵⁰ Es bleibt dann bei den verfügbaren oder sich aus der Verfügung ergebenden Erbquoten, jedoch wird sich das lebzeitig beschenkte Kind den Wert der Schenkung auf seinen rechnerischen Erbanteil anrechnen zu lassen haben.¹⁵¹ Wenn dieser geschenkte Gegenstand den wesentlichen Vermögensgegenstand darstellte, wird dessen Erbstellung von der lebzeitigen Übertragung nicht betroffen.¹⁵²
- 49 Das OLG Köln¹⁵³ hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem die Ehegatten neben ihrer gegenseitigen Alleinerbeinsetzung verfügt hatten, dass die Kinder Schlusserben werden, ein Kind durch Vorausvermächtnis die Immobilie erhält und die anderen Kinder durch Untervermächtnis eine Abfindung. Nun hatte die längerlebende Ehefrau einem Kind lebzeitig die Immobilie geschenkt. Das Gericht entschied, dass der beschenkte Miterbe gleichwohl die Untervermächtnisse gem. §§ 2174, 2186, 2147 S. 1, 2279 Abs. 1, 1939 BGB zu erfüllen hat, und zwar entgegen §§ 2186, 2176, 2169 Abs. 1, 2171 Abs. 1 BGB. So würde sich aus ergänzender Auslegung ergeben, dass das Untervermächtnis nicht bei lebzeitiger Erfüllung untergehen sollte.

¹⁴⁶ BGH ZEV 2017, 629 mit zust. Anm. *Leipold*; Vorinstanz OLG Düsseldorf ZEV 2017, 143 mAnm *Otte*.

¹⁴⁷ BGH ZEV 2017, 629 Rn. 15.

¹⁴⁸ MüKoBGB/*Rudy* § 2087 Rn. 12.

¹⁴⁹ BGH NJW 1997, 392 (393).

¹⁵⁰ Damrau/Tanck/*Sticherling* § 2087 Rn. 23; MüKoBGB/*Rudy* § 2087 Rn. 12.

¹⁵¹ BGH MittBayNot 1997, 42 (43); Damrau/Tanck/*Sticherling* § 2087 Rn. 23.

¹⁵² BayObLG NJW-RR 1997, 517; Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp Testamentsauslegung und -anfechtung-Hdb/*Dommermühl* § 2 Rn. 26.

¹⁵³ OLG Köln ZErB 2014, 203.

6. Schwarzgeld

Bei der Auslegung sind auch Vermögenswerte, die unter Umgehung des deutschen Steuerrechts im Ausland gebildet worden sind, zu berücksichtigen. Problematisch kann sein, inwieweit sich im Hinblick auf die Andeutungstheorie Anhaltspunkte in dem Testament zu dem Schwarzgeld befinden.¹⁵⁴ Das BayObLG¹⁵⁵ hatte ein Testament auszulegen, in dem Immobilien einzelnen Miterben zugeordnet wurden und darüber hinaus verfügt war, dass „*meine Conten bei der Sparkasse*“ eine Begünstigte zu 1/2 und zwei Begünstigte zu je 1/4 erhalten. Das Gericht legte „*Conten*“ in der Art und Weise aus, dass damit auch das Schwarzgeldkonto in der Schweiz gemeint war. Demzufolge ergab die einfache Auslegung, dass sich die Erbeinsetzung auf das gesamte Geldvermögen bezog, die Immobilienzuweisungen wurden aber wegen § 2087 Abs. 2 BGB als Vorausvermächtnisse angesehen (§ 2150 BGB).¹⁵⁶ Die Erbquoten bezogen sich mithin auch auf das Schwarzgeldvermögen, zumal dem Erblasser und den Beteiligten dessen Existenz bekannt war.¹⁵⁷

V. Optionen bei Zuwendung des Pflichtteils

Hat der Erblasser verfügt, dass er einer Person den Pflichtteil zuwendet, so ist dies gem. § 2304 BGB im Zweifel **nicht als Erbeinsetzung** zu sehen. Diese Vorschrift ist eine Ausnahme von der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB, wonach die Zuwendung des gesamten Vermögens oder eines Bruchteils als Erbeinsetzung anzusehen ist, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist. Tatsächlich kann mit der Zuwendung des Pflichtteils oder einer sinngemäßen Verfügung eine Erbeinsetzung, ein Geldvermächtnis in Höhe des Pflichtteilsanspruchs oder die Beschränkung auf den gesetzlichen Pflichtteil gemeint sein.¹⁵⁸ Für die Abgrenzung von dem gesetzlichen Pflichtteil und Vermächtnis kommt es nach dem BGH darauf an, ob der Erblasser die Abkömmlinge begünstigen oder ihnen nur belassen wollte, was er ihnen nach dem Gesetz nicht entziehen konnte.¹⁵⁹ Zunächst müsste aber feststehen, dass keine Erbeinsetzung gemeint sei. Allerdings hat die Differenzierung mit der Erbrechtsreform 2010 stark an Bedeutung verloren, da seitdem für beide Ansprüche die dreijährige Verjährungsfrist gilt.¹⁶⁰

Einstweilen wird **einer nicht pflichtteilsberechtigten Person der „Pflichtteil“ zugewendet**, was etwa bei Stiefkindern oder Geschwistern der Fall sein kann. Eine Auslegung in eine Erbeinsetzung bzw. eher in eine Vermächtnisaussetzung ist dann anzudenken. § 2304 BGB hilft nicht weiter.¹⁶¹ Der BGH¹⁶² erkannte in diesem Fall auf ein Vermächtnis: Die Ehegatten hatten sich gegenseitig und alle Kinder, so auch das einseitige Kind des vorverstorbenen Ehemannes, zu Schlusserben berufen. Innerhalb einer Pflichtteilsstrafklausel war verfügt, dass bei Pflichtteilsgeltendmachung im ersten Erbfall dieses Kind „*auch nach dem Tode meiner Frau nur den Pflichtteil erhalten*“ soll. Es würde deutlich, dass das Kind „*etwas*“ bekommen sollte. Den Umfang des Vermächtnisses ließ der BGH offen und verwies zurück. Besonders, wenn dem Erblasser bewusst war, dass der betreffenden Person kein Pflichtteilsrecht zusteht, wird ein Vermächtnis anzunehmen sein.¹⁶³ Solche Fälle indizieren, ein Vermächtnis anzunehmen.¹⁶⁴ In Betracht kann ein Vermächtnis in Höhe des Pflichtteils bei Unterstellung der Abstammung von dem Erblasser¹⁶⁵ oder der gleiche Betrag

¹⁵⁴ Vgl. *Schaub* ZEV 2011, 501 (503).

¹⁵⁵ BayObLG ZEV 2003, 331.

¹⁵⁶ BayObLG ZEV 2003, 331 (334); vgl. MüKoBGB/*Rudy* § 2087 Rn. 9, 10.

¹⁵⁷ MüKoBGB/*Leipold* § 2084 Rn. 15.

¹⁵⁸ *Damrau/Tanck/Sticherling* § 2087 Rn. 16.

¹⁵⁹ BGH ZEV 2004, 374.

¹⁶⁰ Unterschiede bei *Burandt/Rojahn/Horn* § 2304 Rn. 14 f.

¹⁶¹ NK-BGB/*Bock* § 2304 Rn. 14.

¹⁶² BGH NJW-RR 1991, 706 (707).

¹⁶³ BeckOK BGB/*G. Müller* § 2304 Rn. 18.

¹⁶⁴ NK-BGB/*Bock* § 2304 Rn. 14; *Burandt/Rojahn/Horn* § 2304 Rn. 26.

¹⁶⁵ OLG Schleswig ZEV 2013, 501 (502); OLG Celle ZERB 2010, 86.

kommen, den das Kind aufgrund seines Pflichtteilsanspruchs im ersten Erbfall erhalten hat.¹⁶⁶

VI. Feststellungs- und Beweislast

- 53 Für die Feststellungs- und Beweislast gilt die gesetzliche Auslegungsregel § 2087 BGB, so dass derjenige, der sich auf abweichendes Auslegungsergebnis beruft, feststellungs- bzw. beweisbelastet ist. Nach § 2087 Abs. 2 BGB wird etwa vermutet, dass derjenige, dem ein Einzelgegenstand zugewiesen wurde, Vermächtnisnehmer ist.¹⁶⁷ Auch wenn der Gegenstand nahezu das gesamte Vermögen des Erblassers darstellt, trägt der Begünstigte die Feststellungs- bzw. Beweislast für seine Alleinerbstellung.¹⁶⁸ Allerdings ist der Wert des Gegenstandes in einem solchen Fall ein starkes Indiz für die Einsetzung als Alleinerbe.¹⁶⁹ Dieses Indiz ist indes entkräftet, wenn der letztwilligen Verfügung zufolge der Begünstigte nicht die Nachlassverbindlichkeiten tilgen und nicht den Nachlass regeln muss sowie weder die Beerdigungskosten noch die Grabpflege zu übernehmen hat.¹⁷⁰ Hat der Erblasser durch Zuwendung einzelner Gegenstände bestimmten Personen nahezu sein gesamtes Vermögen verteilt, so spricht dies für eine Erbeinsetzung.¹⁷¹ Wenn zwischen den verteilten Gegenständen ein erheblicher Wertunterschied besteht, liegt es nahe, den Hauptbegünstigten als Erben und die anderen, mit verhältnismäßig geringen Werten Bedachten als Vermächtnisnehmer aufzufassen.¹⁷² Bei der Begünstigung durch einen Bruchteil stellt § 2087 Abs. 1 BGB die widerlegbare Vermutung zugunsten einer Erbeinsetzung zu einer Quote auf. Wer sich hingegen auf ein Quotenvermächtnis beruft, ist feststellungs- bzw. beweisbelastet.

VII. Abgrenzung zur Auflage

1. Praxisrelevanz

- 54 Sowohl in handschriftlichen als auch in notariellen Testamenten wird eine Begünstigung einstweilen entweder unreflektiert als „Auflage“, „Verpflichtung“ oder gar nicht bezeichnet. Es stellt sich dann zumeist die Frage, ob der Erblasser die sich sehr stark voneinander unterscheidenden rechtlichen Wirkungen eines Vermächtnisses gem. §§ 1939, 2147 ff. BGB oder die einer Auflage nach §§ 1940, 2192 bis 2196 BGB erzielen wollte. Auffällig ist, dass in älteren notariellen Testamenten – trotz der Konzipierung durch einen speziell geschulten Juristen – durchaus Begünstigungen als „Auflage“ bezeichnet werden, bei denen es sich aber nach individueller Auslegung allein auf Basis der Testamentsurkunde um ein Vermächtnis handeln soll. Überraschend wenige gerichtliche Entscheidungen sind zur Abgrenzung eines Erben bzw. vielmehr eines Vermächtnisnehmers zu einem Auflagenbegünstigten ergangen.¹⁷³

2. Rechtslage

- 55 a) **Begriff und rechtliche Wirkung.** Durch eine Auflage erlegt der Erblasser einem Erben oder Vermächtnisnehmer eine Verpflichtung auf, ohne dass die begünstigte Person ein Recht auf Leistung erhält (§ 1940 BGB).¹⁷⁴ Dass der Begünstigte keinen Anspruch auf die Leistung

¹⁶⁶ Angedacht: BGH NJW-RR 1991, 706 (707); vgl. Palandt/Weidlich § 2269 Rn. 13.

¹⁶⁷ OLG München FamRZ 2011, 68 = BeckRS 2010, 18492.

¹⁶⁸ NK-BGB/Krafka § 2087 Rn. 14.

¹⁶⁹ Vgl. OLG Naumburg FamRZ 2007, 943 = BeckRS 2007, 3672; OLG München FamRZ 2008, 725 = BeckRS 2006, 13 714; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz § 2087 Rn. 2.

¹⁷⁰ BayObLG NJW-RR 2003, 656; OLG München NJW-RR 2007, 1162 (1163).

¹⁷¹ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz § 2087 Rn. 3.

¹⁷² Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz § 2087 Rn. 3 mwN aus der Rspr.

¹⁷³ FG Nürnberg DStRE 2010, 1363; OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 1307; OLG Karlsruhe BayObLG ZEV 2003, 241; OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30186019; KG ZEV 1998, 306; BGH NJW 1993, 2168.

¹⁷⁴ OLG Koblenz NJW-RR 1986, 1039 (1040); BeckOK BGB/Müller-Christmann § 1940 Rn. 2; NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 2; Olzen/Looschelders ErbR Rn. 375.

hat, ist die Besonderheit und das Abgrenzungsmerkmal einer Auflage gegenüber dem Vermächtnis.¹⁷⁵ Die Auflage gewährt dem Begünstigten nur eine **Leistungspflicht ohne Erfüllungsanspruch**.¹⁷⁶ Ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer bzw. auch eine Erbengemeinschaft werden in dem gewollten Umfang beschwert, ohne „*andererseits zugleich*“ den Begünstigten „*zu berechtigen*“.¹⁷⁷ Weil durch die Auflage kein Recht für den Begünstigten entsteht, fasst das Gesetz sie nicht unter den Begriff der Zuwendung.¹⁷⁸

Eine Begünstigung durch eine Auflage ist im Zweifel **nicht vererblich**.¹⁷⁹ Die Auflage 56 kann mit **wechselbezüglicher** bzw. **vertragsmäßiger Wirkung** angeordnet werden (§ 2270 Abs. 3 BGB; § 2278 Abs. 2 BGB).

b) Abmilderung des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes und gerichtliche Kontrolle. Gem. 57 § 2065 Abs. 2 BGB muss der Erblasser seinen **Erben** höchstpersönlich bestimmen.¹⁸⁰ Eine Abmilderung besteht bei einem **Zweckvermächtnis** mit einem Bestimmungsrecht (§§ 2151, 2156 BGB). Ein Dritter hat seine Entscheidung nach *billigem Ermessen* zu treffen, was gem. §§ 315 bis 319 BGB der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.¹⁸¹ Durch eine **Zweckauflage** gem. § 2193 Abs. 1 BGB kann die Bestimmung des Bedachten nochmals abgemildert¹⁸² und in das *freie Belieben* eines Dritten oder des Beschwerden gestellt werden;¹⁸³ lediglich der Zweck muss von dem Erblasser letztwillig bestimmt werden. Die von einem Dritten zu treffende Auswahlentscheidung unterliegt lediglich insoweit einer gerichtlichen Kontrolle, ob sie „*den vom Erblasser bestimmten Zweck offensichtlich verfehlt oder auf Arglist beruht*“.¹⁸⁴

c) Durchsetzung bzw. Vollziehung. Die Durchsetzung kann nur der **Vollziehungsberechtigte** gem. § 2194 BGB erzwingen, also ein Erbe oder derjenige, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerden unmittelbar zustattenkommen würde. Sofern die Vollziehung im **öffentlichen Interesse** liegt, kann auch die zuständige **Behörde** die Vollziehung verlangen (§ 2194 S. 2 BGB). Nur wenn der Erbe Auflagenbegünstigter ist, kann er selbst für sich die Vollziehung der Auflage verlangen.¹⁸⁵ Der Erblasser kann durch die Anordnung einer **Testamentsvollstreckung** die Umsetzung der Auflage sicherstellen (§ 2203 BGB).¹⁸⁶ 58

d) Gegenstand. Der Gegenstand einer Auflage kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen,¹⁸⁷ also mithin „*alles, wozu man sich schuldrechtlich verpflichten kann*“.¹⁸⁸ Auflagen haben oftmals keinen vermögensrechtlichen Inhalt,¹⁸⁹ sondern einen höchstpersönlichen Charakter; oftmals treffen sie nur einen ganz bestimmten Beschwerden.¹⁹⁰ 59

e) Abgrenzung zur Erbeinsetzung. Für eine Erbeinsetzung in Abgrenzung zu einer Auflage spricht,¹⁹¹ wenn der Erblasser dem Bedachten seinen Nachlass überantworten, ihn also für die Verbindlichkeiten haften lassen und ihn als seinen Rechtsnachfolger ansehen wollte.¹⁹² 60

¹⁷⁵ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30186019; NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 2; MüKoBGB/Leipold § 1939 Rn. 2.

¹⁷⁶ Burandt/Rojahn/Große-Boymann § 1940 Rn. 1; Palandt/Weidlich § 1940 Rn. 1.

¹⁷⁷ KG ZEV 1998, 306.

¹⁷⁸ Vgl. § 2279 Abs. 1 und § 2065 Abs. 2 iVm § 2192 BGB.

¹⁷⁹ Groll ErbR-HdB/Trisch B V Rn. 7.

¹⁸⁰ Ggf. abhängig durch Potestativbedingungen, → § 12.

¹⁸¹ Damrau/Tanck/Linnartz § 2156 Rn. 6; NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 2193 Rn. 10.

¹⁸² Schwarz ZEV 2011, 292 (294); BeckOK BGB/Müller-Christmann § 2193 Rn. 1; Langel/Kuchinke ErbR § 30 II 3 b.

¹⁸³ MüKoBGB/Rudy § 2193 Rn. 7; Schwarz ZEV 2011, 292 (294).

¹⁸⁴ BGH NJW 1993, 2168 (2169); Burandt/Rojahn/Burandt § 2193 Rn. 3.

¹⁸⁵ Str., so aber OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 1307 (1308); MüKoBGB/Leipold § 2194 Rn. 3.

¹⁸⁶ MAH ErbR/Schlitt § 13 Rn. 24; NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 2; Vorwerk ZEV 1998, 297.

¹⁸⁷ Vgl. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹⁸⁸ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30 186 019; OLG Koblenz NJW-RR 1986, 1039 (1040); Beispiele bei Burandt/Rojahn/Große-Boymann § 1940 Rn. 3; MüKoBGB/Leipold § 1940 Rn. 4 ff.; sehr ausführlich und mit Hinweisen zu Fundstellen von Mustern: NK-BGB/Kroiß/J. Mayer Vorb. §§ 2192–2196 Rn. 8 ff.

¹⁸⁹ BeckOK BGB/Müller-Christmann § 1940 Rn. 4.

¹⁹⁰ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30186019.

¹⁹¹ Vgl. zur Abgrenzung auch BayObLG ZEV 2003, 241 (241).

¹⁹² NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 9.

Wird eine nicht rechtsfähige Vereinigung oder Einrichtung zum Erben berufen, so kann die Begünstigung durch Auslegung gerettet werden: Durch Auslegung wird dann der Rechtsträger zum Erben bestimmt, der durch die Auflage nach § 1940 BGB die Begünstigung dem gewollten Zweck zukommen lassen muss.¹⁹³ Die eigentlich unwirksame Begünstigung der „Bezirksgruppe“ löste das OLG Schleswig¹⁹⁴ durch eine „wohlwollende Auslegung“ nach § 2084 BGB: Der Verein, zu dem die Bezirksgruppe gehört, könne den Nachlass treuhänderisch für die Bezirksgruppe verwalten und dieser Geld sukzessiv zukommen lassen.

Einzelfälle:

(1) Der Verstorbene hat seinen Hund zu seinem Erben eingesetzt. Da dieser als Sache gem. § 90a BGB nicht erbfähig ist, kann beispielsweise derjenige, der den Hund laut Testament pflegen sollte, im Wege der Auslegung Erbe sein, aber mit der Auflage beschwert, den Nachlasswert dem Hund zu Gute kommen zu lassen.

(2) Auch wenn etwa ein Verstorbener die juristische Fakultät oder eine Krankenhausabteilung zum Erben eingesetzt hat, kann als Erbe die dahinter stehende juristische Person, hier die Universität oder das Krankenhaus angesehen werden, aber mit der Pflicht der zweckgebundenen Verwendung.

(3) Der Erblasser hatte verfügt, dass eine benannte Person sein Testamentsvollstrecker werden soll und dass er eine „Stiftung zu Gunsten X1, Stadt 1,“ wünsche. Das OLG Düsseldorf¹⁹⁵ sprach sich zugunsten einer Erbeinsetzung der Stiftung und damit gegen die gesetzliche Erbfolge mit Beschwerde einer Auflage zugunsten der Stiftung aus. Gegen eine Auflage spreche schon die Berufung eines Testamentsvollstreckers, udem lasse sich dem Testament „einen zur Annahme einer Erbeinsetzung der Stiftung drängenden Gedankengang des Erblassers deutlich erkennen“.

- 61 f) **Abgrenzung zum unverbindlichen Wunsch und zur Bedingung.** Im Gegensatz zu einem bloßen Wunsch, einem **Rat** oder einer **Empfehlung** des Erblassers begründet die Auflage eine rechtliche Verpflichtung,¹⁹⁶ eine Leistungspflicht.¹⁹⁷ Diese stehen im Gegensatz zur Auflage im freien Belieben des Erben oder Vermächtnisnehmers.¹⁹⁸ Aber auch mit den Worten „*ich hoffe*“ oder „*ich wünsche*“ kann eine Auflage angeordnet werden.¹⁹⁹
- 62 Statt als Auflage kann eine letztwillige Anordnung auch als **Bedingung** ausgelegt werden, von der die testamentarische Begünstigung abhängig ist.²⁰⁰ So ist es dem Bedachten freigestellt, ob er sich entsprechend der Bedingung verhält.²⁰¹ Wenn nicht, löst er die auflösende Bedingung aus und verliert die Erbenstellung. Bei einer Auflage ist er dagegen zur Befolgung verpflichtet, wenn er die beschwerte Erbschaft nicht rechtzeitig ausgeschlagen hat.

3. Abgrenzungskriterien

- 63 a) **Gegen eine Auflage.** Das entscheidende Abgrenzungskriterium besteht in der Frage, ob der Begünstigte selber seinen Anspruch gegen den Beschwerden durchsetzen können soll, also einen **klagbaren Anspruch** hat.²⁰² Das ist bei einem Vermächtnisanspruch der Fall (§ 2174 BGB). Es muss sich auch um einen **Vermögensvorteil** im weitesten Sinne handeln.²⁰³
- 64 Zugunsten eines Vermächtnisses kann sprechen, wenn innerhalb einer notariellen Urkunde, in der etwa die Eltern letztwillig verfügt haben, der Begünstigte auf sein Erb- bzw. Pflichtteilsrecht gem. §§ 2346 ff. BGB verzichtet hat. Es wäre unbillig, wenn der Verzicht-

¹⁹³ BayObLG NJW 1988, 2742 (Tiere); OLG Köln NJW 1986, 2199 (medizinische Fakultät); NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 9 f.; Burandt/Rojahn/Große-Boymann § 1940 Rn. 2.

¹⁹⁴ OLG Schleswig BeckRS 2017, 132055 Rn. 36.

¹⁹⁵ OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 19172 Rn. 28 f.

¹⁹⁶ Edensfeld ZEV 2004, 141; MüKoBGB/Leipold § 1940 Rn. 3; Groll ErbR-HdB/Trisch B V Rn. 15.

¹⁹⁷ BeckOK BGB/Müller-Christmann § 1940 Rn. 3.

¹⁹⁸ NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 8.

¹⁹⁹ NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 8 unter Hinweis auf RG Recht 1918 Nr. 731 und Staudinger/Otte § 1940 Rn. 8.

²⁰⁰ MüKoBGB/Leipold § 1940 Rn. 3; NK-BGB/Kroiß/J. Mayer § 1940 Rn. 9; Soergel/Dieckmann Vorb. § 2192 Rn. 5; vgl. BGH NJW-RR 2009, 1455.

²⁰¹ Damrau/Tanck/Seiler-Schopp § 1940 Rn. 4.

²⁰² MüKoBGB/Leipold § 1940 Rn. 2; NK-BGB/Kroiß § 1940 Rn. 2, 8; Damrau/Tanck/Seiler-Schopp § 1940 Rn. 2; Staudinger/Otte § 1940 Rn. 9 unter Verweis auf RG WarnR 1917 Nr. 148; LZ 1918, 268.

²⁰³ Soergel/Dieckmann Vor § 2192 Rn. 5.

de auf eine Tätigkeit eines Vollziehungsberechtigten angewiesen wäre. Auch wenn in dem Testament beispielsweise verfügt ist, dass der Erbe erst nach Erfüllung einer Zahlungsverpflichtung gegenüber einem Dritten, was vom Wortlaut her als Auflage bezeichnet war, das Grundbuch berichtigen lassen darf, ist davon auszugehen, dass der Erblasser den vermeintlichen Auflagenbegünstigten mit einem klagbaren Anspruch ausstatten wollte.

Eine Erblasserin hatte ihre Erben im Hinblick auf ihren Grundbesitz mit der „*Auflage*“ 65 beschwert, an ihre Enkelkinder „*einen 25 % Anteil eines eventuellen Verkaufserlöses zu gleichen Teilen auszuzahlen*“. Das FG Nürnberg²⁰⁴ ging im Gegensatz zu dem eindeutigen Wortlaut wie selbstverständlich von einem Vermächtnis aus, verneinte jedoch eine Erbenstellung der Enkelkinder.

Das OLG Frankfurt²⁰⁵ sprach sich bei folgendem Zusatz, welcher der Bestimmung der 66 Alleinerbin folgte, gegen die Annahme einer Auflage aus: „*Mit ihrem Tod soll ihr Anteil an dem Hause in Köln (...) an die Linie M. fallen.*“ So sei bereits ein Anteil an einem Haus „*per se ein recht ungewöhnlicher Gegenstand einer Auflage.*“ Bedeutsam war für das OLG Frankfurt aber Folgendes: „*Entscheidend ist jedoch, dass der letztwilligen Verfügung nicht entnommen werden kann, dass die Linie M. beim Tod der Erblasserin keinen Anspruch auf die Verschaffung des Anteils an dem Hause haben soll, was aber das Spezifikum der Auflage ausmacht.*“

b) Zugunsten einer Auflage. Ein Indiz gegen die Annahme eines Vermächtnisses und damit für eine Auflage liegt vor, wenn der Erblasser den **Zugriff Dritter verhindern** wollte.²⁰⁶ 67 So sollte eine Begünstigte in einem Fall des KG²⁰⁷ nicht selber berechtigt sein, damit ihr Ehemann und dessen Familie nicht an die Leistung herankämen. Soll eine Leistung etwa von Gläubigern des Begünstigten **nicht pfändbar** sein, spricht dies für eine Auflage. Auch der Vollziehungsanspruch des Vollziehungsberechtigten ist mangels Vermögenswert nicht pfändbar, aber vererblich (§ 2194 BGB).²⁰⁸ In dem Fall des KG hat der Erbe ua eine Immobilie mit der „*Verpflichtung*“ erhalten, seine Schwester an den Mieterlösen bzw. einem späteren Verkaufserlös zu beteiligen.

Ist von einem Erblasser die **Verwirklichung eines Zwecks** erstrebt, deutet dies auf eine 68 Auflage hin:²⁰⁹ So kann eine Begünstigung durch die Bewertung als Auflage gerettet werden, wenn sie andernfalls etwa mangels Bestimmtheit als Vermächtnis unwirksam wäre. So hatte ein Erblasser zwei Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und weiter bestimmt: „*Das Grundstück (...) soll gemeinnützigen Zwecken gewidmet werden. Es soll einer gemeinnützigen Organisation übertragen werden. Die Bestimmung der Organisation soll durch (Name eines Miterben) innerhalb von einem Jahr nach meinem Tod erfolgen.*“ Da der Kreis der von der Erblasserin begünstigten Organisationen nicht abgrenzbar und überschaubar ist, kam laut BGH²¹⁰ ein Vermächtnis i. S. von § 2151 BGB nicht in Betracht und er stellte eine zulässige Zweckauflage gem. § 2193 Abs. 1 BGB fest. In diesem Fall war eine Behörde nach § 2194 S. 2 BGB vollziehungsberechtigt, da dies im öffentlichen Interesse stand.

Hat der Erblasser die zu begünstigende Person nicht genau umschrieben, indiziert dies 69 eine Auflagenbegünstigung und kein Vermächtnis.²¹¹

²⁰⁴ FG Nürnberg DStRE 2010, 1363.

²⁰⁵ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30186019.

²⁰⁶ MüKoBGB/Leipold § 1940 Rn. 2; vgl. Staudinger/Otte § 1940 Rn. 1, 9.

²⁰⁷ KG ZEV 1998, 306.

²⁰⁸ Palandt/Weidlich § 2194 Rn. 1; NK-BGB/Kroiß/J. Mayer Vorb. §§ 2192–2196 Rn. 6.

²⁰⁹ Lange/Kuchinke ErbR § 30 I.

²¹⁰ BGH NJW 1993, 2168 (2169) unter Verweis auf RGZ 96, 15 (17).

²¹¹ Damrau/Tanck/Seiler-Schopp § 1940 Rn. 2; Staudinger/Otte § 1940 Rn. 9 unter Verweis auf RGZ 75, 380; 88, 336; 96, 19.