

## I. Einführung

### Beratungscheckliste

- Persönliche Verhältnisse des Erblassers
  - Familienstand, ggf. Güterstand
  - Abkömmlinge
  - Staatsangehörigkeit
  - Vermögensbestand
- Form
  - privatschriftliches Testament (handschriftlich)
  - gemeinschaftliches Testament bei Ehegatten
  - öffentliches Testament
    - mündliche Erklärung
    - Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift
  - Nottestament
    - Bürgermeistertestament
    - Dreizeugentestament
    - Seetestament
- Inhalt
  - Erbinsetzung
    - Alleinerbe
    - Miterben
    - Ersatzerben
    - Vor- und Nacherben
  - Enterbung
  - Vermächtnisse
  - Auflagen
  - Teilungsanordnungen
- Grenzen und Modifikationen
  - Pflichtteilsrecht
  - Güterrechtlicher Zugewinnausgleich
  - Heimgesetz
  - Anerbenrechte
  - Gesellschaftsrecht
  - Unvererbliche Rechte
  - Sittenwidrigkeit
- Sicherung
  - Amtliche Verwahrung
  - Testamentsvollstreckung
- Auslandsberührung
  - Formelle und materielle Sonderregelungen
- Steuerliche Gestaltungsaspekte
  - Freibeträge
  - Bewertungsvorschriften

1

### 1. Praktische Bedeutung

In vielen Fällen wird die gesetzliche Erbfolge keine sachgerechte Vermögensnachfolge ermöglichen. Je nach Alter und Lebensumständen sind unterschiedliche Bedürfnisse der zu Bedenkenden zu beachten: Nichtehele Lebensgemeinschaften, das Nebeneinander von Abkömmlingen aus verschiedenen Ehen oder Partnerschaften, der Ausschluss geschiedener Gatten, aber auch die Versorgung behinderter Kinder erfordern Modifikationen des gesetzlichen Erbrechts. Besteht das Vermögen aus Handwerksbetrieben, Handelsgeschäften, Unternehmensbeteiligungen oder landwirtschaftlichem Besitz, dient die **gewillkürte Erbfolge** dem möglichst reibungslosen Generationswechsel.

2

- 3 Neben der Versorgung von Hinterbliebenen und der Steuerung des Schicksals des Nachlassvermögens kann die Förderung des Gemeinwohls zum Ziel der letztwilligen Verfügung werden. Darüber hinaus ist stets der Gesichtspunkt der Steuerminimierung im Auge zu behalten; aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ist der Mandant über die steuerlichen Folgen von Gestaltungsalternativen zu unterrichten.
- 4 Die praktisch bedeutendste Gestaltungsform, die der Gesetzgeber dem Erblasser zur Verfügung stellt, ist das Testament. Es erlaubt im Rahmen der Rechtsordnung eine weitgehende Einflussnahme auf den Erbgang. Um dem Zweck des Testaments gerecht zu werden, müssen der familiäre Hintergrund des Erblassers ermittelt, sein Vermögensbestand erfasst und bezüglich beider internationale Aspekte berücksichtigt werden, im Einzelnen → § 2.

## 2. Testament

- 5 a) **Formen.** Für die Gestaltung der gewillkürten Erbfolge durch Testament stellt das BGB unter Berücksichtigung von Art und Anlass der Errichtung zwei Formen zur Verfügung: das ordentliche und das außerordentliche Testament. Zu den **ordentlichen Testamenten** zählen gemäß § 2231 BGB das **eigenhändige Testament**, § 2247 BGB, und das **öffentliche Testament**, § 2232 BGB. Ehegatten und Lebenspartner können zudem ein gemeinschaftliches Testament, § 2265 BGB bzw. § 10 Abs. 4 LPartG, sowohl als eigenhändiges, § 2267 BGB, als auch als öffentliches Testament errichten. Das öffentliche Testament kann durch mündliche Erklärung zur Niederschrift vor dem Notar oder durch die Übergabe einer Schrift errichtet werden, § 2232 BGB. Ist der Erblasser minderjährig, leseunfähig oder körperlich beeinträchtigt, sind die Sondervorschriften des § 2233 BGB und die §§ 22 ff. des BeurkG zu beachten; diese sollen die zuverlässige Erfassung des Erblasserwillens sichern. In lebensbedrohlichen Lagen, in denen keine Möglichkeit besteht, ein ordentliches Testament zu errichten, kann der Erblasser – abgestuft nach Dringlichkeit – auf **außerordentliche Testamente**, die sog. Not- oder Seetestamente, zurückgreifen, §§ 2249 – 2252 BGB.
- 6 b) **Inhalt.** Die **Testierfreiheit** wird durch das Grundgesetz gewährleistet, Art. 14 Abs. 1 GG. Sie umfasst das Recht, selbst einen Nachfolger für das eigene Vermögen zu bestimmen oder es auf mehrere Erben nach eigenen Vorstellungen zu verteilen.<sup>1</sup> Eine verfassungsrechtliche Grenze bildet das **Pflichtteilsrecht** der Verwandten.<sup>2</sup> Im Rahmen der allgemeinen Gesetze wird sie durch die **Verbote** der § 138 BGB und § 134 BGB beschränkt. Zuletzt kann sie durch Rechtsgeschäfte des Erblassers oder die Vermögensgegenstände indirekt modifiziert sein. Unzulässig und unbeachtlich wäre jedoch die ausdrückliche vertragliche **Verpflichtung**, eine bestimmte Verfügung von Todes wegen zu errichten, nicht zu errichten oder eine bestehende Verfügung aufzuheben, § 2302 BGB. Nichts anderes gilt, wird eine solche Regelung in einem Prozessvergleich übernommen.<sup>3</sup> Die Nichtigkeit gem. § 2302 BGB ergreift den ganzen Vertrag, also auch die etwa in ihm enthaltene Verpflichtung zur Gegenleistung, es sei denn, es ist anzunehmen, dass der übrige Inhalt des Vertrages auch ohne den gem. § 2302 nichtigen Teil geschlossen worden wäre, § 139 BGB.
- 7 c) **Zwingende Rechtsfiguren.** Die letztwilligen Verfügungen sind an das Prinzip der **Gesamtrechtsnachfolge** gebunden, § 1922 BGB. Die Erbeinsetzung, § 1937 BGB, kann einen Alleinerben vorsehen oder mehrere Erben nach Bruchteilen bedenken. Erbfähig ist jede natürliche Person, die zum Zeitpunkt des Erbfalls zumindest gezeugt ist, und jede juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die zur Zeit des Erbfalls besteht, § 1923 BGB. Eine Ausnahme macht § 84 BGB für Stiftungen. Sie sind für Zuwendungen des Erblassers so zu behandeln, als hätten sie bereits vor dessen Tod existiert.<sup>4</sup> Eine Anerkennung einer Vorstiftung ähnlich der Vor-GmbH oder dem Vor-Verein folgt aus der Regelung aber nicht.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani GG Art. 14 Rn. 302.

<sup>2</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani GG Art. 14 Rn. 302; BVerfG 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, DNotZ 2006, 60 (61).

<sup>3</sup> OLG Zweibrücken 11.7.2014 – 2 U 32/13, ZErB 2015, 96.

<sup>4</sup> MüKoBGB/Leipold § 1923 Rn. 37.

<sup>5</sup> OLG Braunschweig 8.7.2020 – 3 W 19/20, ZEV 2020, 565; Schwalm ZStV 2021, 10.

Weitere Ausnahmen bezüglich juristischer Personen sind bei Auslandsberührung möglich, Art. 25 EGBGB. Die Erbeinsetzung muss höchstpersönlich erfolgen. Weder **Stellvertretung**, § 2064 BGB, noch die Auswahl des Erben durch einen Dritten werden gestattet, § 2065 BGB. Aus dem Testament muss erkennbar sein, wer Erbe werden soll. Eine – scheinbare – Ausnahme macht die Rechtsprechung<sup>6</sup> nur, wenn die Auswahl aus einem eng begrenzten Personenkreis erfolgt und nach sachlichen Kriterien, die die Bestimmung des Erben ermöglichen,<sup>7</sup> objektiv festliegt.

Die bei nicht rechtskundig beratenen Testatoren bevorzugte „Erbeinsetzung auf bestimmte Gegenstände“ („mein Sohn bekommt das Haus, meine Tochter die Wertpapiere“) ist vom Gesetz nicht vorgesehen.<sup>8</sup> Nur der Alleinerbe erwirbt das **Alleineigentum** an den einzelnen Nachlassgegenständen mit dem Erbfall, mehrere Erben erwerben den Nachlass stets gemeinschaftlich, § 2032 BGB. In diesen Fällen bleiben nur die Umdeutung oder Auslegung, §§ 140, 2084 BGB. Je nach Wert des zgedachten Nachlassgegenstandes kann eine Alleinerbeinsetzung gemeint sein. Erhalten mehrere Personen (etwa) gleichwertige Zuwendungen, kommt eine **Teilungsanordnung**<sup>9</sup> in Betracht, hierzu auch → § 16.

Will der Erblasser einen bestimmten Gegenstand oder ein Recht zuwenden, ohne den Bedachten zum Mitglied der Erbengemeinschaft zu machen, wählt er das Vermächtnis. Der Bedachte erhält lediglich einen Anspruch gegen den oder die Erben, § 1939 BGB. Zu den einzelnen Vermächtnisarten → § 13 Rn. 53 ff.

Die **Auflage** erlaubt die Begünstigung nicht rechtsfähiger oder noch nicht bestimmter Empfänger. Mit ihr kann der Erblasser dem Zuwendungsempfänger rechtsverbindliche Verpflichtungen auferlegen, § 1940 BGB, im Übrigen → § 14.

Umgekehrt dürfen die gesetzlichen Erben auch enterbt werden, sei es indirekt durch die Einsetzung anderer Erben, sei es ausdrücklich gem. § 1938 BGB. Die ausdrückliche **Enterbung** gem. § 1938 BGB hat zur Folge, dass der Enterbte auch beim Wegfall der Testamentserben nicht zum Zuge kommt.

Beschränkt ist der Erblasser seit der Abschaffung des Fideikommiss auch hinsichtlich der **Geltungsdauer** seiner letztwilligen Verfügungen. Testamentsvollstreckung, § 2210 S. 1 BGB, Vor- und Nacherbschaft, § 2109 BGB, sowie das aufgeschobene Vermächtnis, §§ 2161, 2162 BGB, kommen nach 30 Jahren zum Wegfall, sofern die Bedingung oder Befristung für die Nachfolge der Zuwendungsempfänger nicht in den Personen der Zuwendungsempfänger angelegt ist oder ungeborene Geschwister als (weitere) Nacherben oder Vermächtnisnehmer eingesetzt sind.

### 3. Schranken der Testierfreiheit

a) **Beschränkung durch das Pflichtteilsrecht.** Beim Entwurf der letztwilligen Verfügung muss die Erfüllbarkeit möglicher Pflichtteilsforderungen mitbedacht werden, soll dem Erben der Nachlass dauerhaft verbleiben. Pflichtteilsberechtig sind zunächst die Abkömmlinge und der Ehepartner, § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Eltern des Erblassers treten nur hinzu, wenn keine Abkömmlinge erster Ordnung vorhanden sind, §§ 2303 Abs. 2, 2309 BGB. Der Pflichtteilsanspruch beträgt die Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils, § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** lässt zudem die Wahl, neben dem kleinen Pflichtteil den güterrechtlichen Zugewinn geltend zu machen, § 6 LPartG, §§ 1931 Abs. 2, 1371 BGB. Wurde das Vermögen im Wesentlichen in der Ehe erwirtschaftet, kann dies die Relation zugunsten des Ehegatten/Lebenspartners verschieben. Zur Vermeidung der Auszehrung des Nachlasses oder von Liquiditätsempässen kann etwa ein lebzeitiger Pflichtteilsverzicht gem. § 2346 BGB gegen Abfindung ausgehandelt werden. Die gem. § 2331a BGB mögliche Stundung gewährt zwar seit der Erbrechtsreform jedem Erben das Recht auf Stundung, wegen der hohen materiellen Anforderungen bietet es aber nur bedingt Schutz.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> BGH 18.11.1954 – VI ZR 152/54, BGHZ 15, 199 = LM Nr. 1 zu § 2106.

<sup>7</sup> OLG Köln 9.7.2014 – 2 WX 188/14, NJW-RR, 2015, 7; Keim ZEV 2014, 72.

<sup>8</sup> Grüneberg/Weidlich BGB § 1937 Rn. 7.

<sup>9</sup> Grüneberg/Weidlich BGB § 2087 Rn. 6.

<sup>10</sup> Abele/Klinger/Maulbetsch Pflichtteilsansprüche § 7 Rn. 27 ff.

Zum Erhalt des gesetzlichen Pflichtteils gewähren §§ 2306, 2307 BGB dem mit Vermächtnissen, Auflagen, Testamentsvollstreckung oder Nacherbanordnungen beschwerten Erben das Recht, ohne Pflichtteilsverlust auszuschlagen, auch → § 29 Rn. 101 ff.

- 14 b) **Sittenwidrigkeit.** Schranken der Testierfreiheit können aus **Freiheitsrechten** der Bedachten und dem Schutz der **Familie**, Art. 6 GG, oder der **Religionsfreiheit**, Art. 4 GG, erwachsen.<sup>11</sup> Auch die böswillige Benachteiligung naher Angehöriger zugunsten Familienfremder wird von der Rechtsordnung nicht gebilligt.<sup>12</sup> Zu den Einzelheiten → § 7 Rn. 12, 13 und → § 15 Rn. 69–76.
- 15 c) **Unvererbliche Rechte.** Soweit der Erblasser eine konkrete Verteilung des Nachlasses anordnen will, muss die **Unvererblichkeit** bestimmter Rechtspositionen beachtet werden. Sie ergibt sich aus den Sonderregelungen der jeweiligen Rechtsgebiete. So kann etwa der **Nießbrauch** nicht übertragen werden, § 1059 BGB. Regelmäßig scheitert die Vererbung nicht vermögensrechtlicher Ansprüche wie die **Mitgliedschaft** in einem Verein, § 38 BGB.<sup>13</sup> Eingeschränkt ist die Vererblichkeit bei arbeitsrechtlichen **Abfindungsansprüchen**.<sup>14</sup> Sie müssen entstanden sein, was regelmäßig erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall ist. Die **Urlaubsabgeltung** wird nunmehr als vererblich behandelt.<sup>15</sup> Zu den unvererblichen Rechten wird insbesondere auf → § 4 Rn. 7 ff. verwiesen.
- 16 d) **Heimgesetz.** § 14 Abs. 1 HeimG verbietet es dem Träger eines Heims, sich von Heimwohnern bzw. Bewerbern um einen Heimplatz oder zu ihren Gunsten geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen. Das Gleiche galt für Beschäftigte und sonstige Mitarbeiter des Heims, § 14 Abs. 5 HeimG. Die Heimgesetze der nunmehr für die Gesetzgebung zuständigen Länder sehen entsprechende Regelungen vor. Das Verbot erstreckt sich in entsprechender Anwendung auch auf die **Organe** des Heimträgers, wenn das Heim von einer Kapitalgesellschaft getragen wird, sowie auf **Familienangehörige** der Heimleiter, Beschäftigte und sonstigen **Mitarbeiter**.<sup>16</sup> **Verbotszweck** ist die Verhinderung erbrechtlicher Verfügungen auf der Grundlage des durch die Heimunterbringung bestehenden Vertrauensverhältnisses. Daraus folgt, dass ein Verstoß nicht vorliegt, wenn die Erbeinsetzung in keinem **Zusammenhang** mit den zu erbringenden Betreuungsleistungen steht, sondern allein auf einer schon viele Jahre vor der Heimunterbringung und ohne jeden Zusammenhang hiermit entstandenen persönlichen Beziehung und „alter Verbundenheit“ beruht.<sup>17</sup> Gleiches gilt in Fällen fehlender **Kenntnis** des Heimträgers über seine Erbeinsetzung.<sup>18</sup> In solchen Konstellationen ist das Testament – sollten keine anderen Gründe für seine Nichtigkeit sprechen – stets wirksam.<sup>19</sup> Für einen Zusammenhang und/oder Kenntnis des Heimträgers streitet bei einer testamentarischen Zuwendung eine **Vermutung**.<sup>20</sup> Weitere Ausnahmen gelten für geringwertige Leistungen und Zuschüsse zum Bau des Heims, die freilich zurückzugewähren sind und für Sicherheitsleistungen. Verstöße führen gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit der Verfügung. Vgl. auch → § 41 Rn. 57 ff.
- 17 e) **Berufsmäßige Betreuer.** Der zum 1.1.2023 eingeführte § 30 BtOG führt nicht zur Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung zugunsten eines berufsmäßigen Betreuers. Er verbietet dem berufsmäßigen Betreuer lediglich die Annahme der Zuwendung und normiert

<sup>11</sup> BVerfG 21.2.2000 – 1 BvR 1937/97, FamRZ 2000, 945; BVerfG 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, ZEV 2004, 241; OLG Saarbrücken 15.10.2014 – 5 U 19/13, DNotZ 2015, 691; OLG Frankfurt a. M. 5.2.2019 – 20 W 98/18, ZEV 2019, 212.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf 20.7.1997 – 7 U 152/96, FamRZ 1997, 1506 (1507).

<sup>13</sup> MüKoBGB/Leuschner § 38 Rn. 48 f.

<sup>14</sup> MAH ArbR/Boewer § 48 Rn. 383 ff.; LAG Baden-Württemberg 15.12.2021 – 2 Sa 11/21, NZA-RR 2022, 124.

<sup>15</sup> LAG Düsseldorf 15.12.2015 – 3 Sa 21/15, BeckRS 2016, 67518; BAG 22.1.2019 – 9 AZR 45/16, NZA 2019, 826.

<sup>16</sup> BayObLG 9.2.2000 – 1 Z BR 139/99, ZEV 2000, 283; OLG Frankfurt a. M. 29.1.2001 – 20 W 71/99, ZEV 2001, 364.

<sup>17</sup> KG Berlin 12.1.2018 – 6 W 13/17, RNotZ 2018, 698.

<sup>18</sup> BayObLG 28.6.1991 – BReg. 1a Z 3/90, NJW 1992, 55.

<sup>19</sup> BGH 26.10.2011 – IV ZB 33/10, FamRZ 2012, 124.

<sup>20</sup> OLG Frankfurt a. M. 12.5.2015 – 21 W 67/14, NJW 2015, 2351.

damit erstmalig ein „Begünstigungsverbot“, § 30 Abs. 1 S. 2 BtOG.<sup>21</sup> Vom Begünstigungsverbot ausgenommen sind geringwertige Aufmerksamkeiten sowie Aufwandsentschädigung für Leistungen, die nicht bereits mit der Betreuervergütung abgegolten sind, § 30 Abs. 2 BtOG. Auf Antrag des Betreuers kann das Betreuungsgericht im Einzelfall eine **Ausnahmegenehmigung** erlassen und damit von dem Begünstigungsverbot befreien, soweit der Schutz des Betreuten dem nicht entgegensteht, § 30 Abs. 3 Satz 1 BtOG. Damit die Genehmigung wirksam ist, muss sie noch zu Lebzeiten des Erblassers erfolgen.<sup>22</sup> Die betreuungsgerichtliche Entscheidung ist in der Folge der für den beruflichen Betreuer zuständigen Stammbehörde mitzuteilen, § 30 Abs. 3 S. 2 BtOG.

f) **Höferecht.** Das **Anerbenrecht** dient dem Erhalt leistungsfähiger Landgüter, es ermöglicht den Übergang auf einen Erben mit **beschränkten Abfindungen** gegenüber den weichenenden Erben. Die Regelungen HöfeO sind fakultativ,<sup>23</sup> der Landwirt kann wählen, ob das Landgut dem jeweiligen Landesrecht unterstellt sein soll. Für die Beratung ist entscheidend, ob die Weiterführung des Landgutes beabsichtigt ist. Je nachdem gilt es, die Eintragung in die entsprechenden Verzeichnisse zu veranlassen oder die Streichung zu betreiben. Hinsichtlich der Rechtslage in den einzelnen Bundesländern sowie zur Regelung des Anerbenrechts wird auf → § 43 verwiesen.

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

#### Formulierungsvorschlag

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

Zu den Einzelheiten der Widerruflichkeit wird auf → § 9 Rn. 7 ff. hingewiesen. Anderes gilt jedoch beim **gemeinschaftlichen Testament**, → § 9 Rn. 42 ff. Mit Eheverträgen werden oft letztwillige Verfügungen oder Erbverträge verbunden. Bei verheirateten, verpartnerten oder verwitweten Erblassern muss daher besonders Augenmerk darauf gelegt werden, ob vorrangige letztwillige Verfügungen bestehen und eine Lösung von diesen Bindungen in Betracht kommt. Sofern kein Widerrufs- oder Änderungsvorbehalt vereinbart war,<sup>24</sup> kann eine **Anfechtung** gem. §§ 2078, 2079 BGB greifen. Erfolgversprechend ist sie vor allem, falls durch eine Eheschließung, Lebenspartnerschaft oder einen Abkömmling Pflichtteilsberechtigte hinzukommen, die bei der Errichtung der Verfügung noch nicht vorhanden waren.<sup>25</sup> Zu Lebzeiten beider Verfügenden kommt hinsichtlich der bindenden **wechselbezüglichen Verfügungen** im gemeinschaftlichen Testament ein einseitiger Widerruf durch notarielle Erklärung an den Ehegatten bzw. Lebenspartner in Betracht, §§ 2271 Abs. 1, 2296 BGB. Selbstverständlich ist leibzeitig stets eine einverständliche Aufhebung zulässig. Das gemeinschaftliche Testament kann, auch wenn es vor einem Notar errichtet wurde, durch ein eigenhändiges Aufhebungstestament widerrufen werden. Beim Vertrag ist die notarielle Form zu beobachten, § 2290 Abs. 4 BGB.

Verfügungsbeschränkungen können sich aus dem Erbrecht ferner ergeben, soweit der Erblasser Vermögen nur als Vorerbe besitzt. Der Vermögenserhalt kann durch **kaptatorische Verfügungen**, → § 15 Rn. 77–80, auch von der letztwilligen Verfügung zugunsten bestimmter Personen abhängen.

h) **Gesellschaftsrecht.** Gehören zum Nachlass Anteile an **Personengesellschaften**, sind vor dem Entwurf eines Testaments die Gesellschaftsverträge auf Nachfolgeregelungen zu überprüfen.

<sup>21</sup> Müller-Engels ErbR 2022, 666.

<sup>22</sup> BR-Drs. 564/20, 76; Begr. RegE, BT-Drs. 19/24445, 497.

<sup>23</sup> Grüneberg/Weidlich EGBGB Art. 64 Rn. 2.

<sup>24</sup> MüKoBGB/Musielak § 2271 Rn. 31.

<sup>25</sup> MüKoBGB/Musielak § 2271 Rn. 36.

- 24 Fehlen sie, wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR**) mit dem Tod eines Gesellschafters aufgelöst, § 727 Abs. 1 BGB. Der Erbe oder die Erbengemeinschaft werden Gesellschafter der Liquidationsgesellschaft.<sup>26</sup> Nach dem zum 1.1.2024 in Kraft tretenden Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (**MoPeG**) wird dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Das Ausscheiden eines Gesellschafters führt nicht länger zur Auflösung, sondern lediglich zum Ausscheiden aus der im Übrigen nur mit den verbleibenden Gesellschaftern fortbestehenden GbR, § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB idF des MoPeG, BGBl. I 3442. Die Fortsetzung der Gesellschaft wird damit der gesetzliche Regelfall.<sup>27</sup> Die Erben des verstorbenen GbR-Gesellschafters treten nicht in dessen Gesellschafterstellung ein und erwerben in Erbengemeinschaft lediglich den Anspruch auf ein Abfindungsguthaben, § 728 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB idF des MoPeG, BGBl. I 3443.<sup>28</sup> Die Gesellschafter haben aber die Möglichkeit, die dispositive Vorschrift des § 723 Abs. 1 Hs. 2 BGB idF des MoPeG, BGBl. I 3442 durch entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag zu ersetzen und damit den bislang geltenden gesetzlichen Regelfall herbeizuführen. Sofern der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorsieht, treten diese kraft Sondererbfolge unmittelbar, bei mehreren Erben *quotal*, in die Gesellschafterstellung ein, § 711 Abs. 2 BGB idF des MoPeG, BGBl. I 3440. Die Vorschriften über die Erbengemeinschaft finden insoweit keine Anwendung. Der Erbe kann die Umwandlung seines Anteils in einen Kommanditanteil beantragen, sofern die Gesellschaft die Voraussetzungen des § 107 HGB erfüllt, § 724 Abs. 1 BGB idF des MoPeG, BGBl. I 3442. Das Recht ist befristet, § 724 Abs. 3 BGB. Bei Ablehnung der anderen Gesellschafter steht dem Erben ein sofortiges Kündigungsrecht zu, § 724 Abs. 2 BGB idF des MoPeG, BGBl. I 3442. Letzteres steht dem Erben auch zu, wenn eine Fortführung der GbR als KG aus Rechtsgründen nicht möglich ist.
- 25 Für die Offene Handelsgesellschaft (**OHG**) gelten beim Tod eines Gesellschafters im Wesentlichen dieselben Regeln sowie die grundsätzliche Verweisung auf das Recht der rechtsfähigen Gesellschaft in § 105 Abs. 2 HGB idF des MoPeG, BGBl. I 3457.<sup>29</sup> Der verstorbene Gesellschafter scheidet gem. § 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB idF des MoPeG, BGBl. I 3461 aus, die Erben erhalten den Abfindungsanspruch. Durch das MoPeG erhalten eintretende Erben auch hier ein Antragsrecht auf Umwandlung des Gesellschaftsanteils in eine Kommanditbeteiligung, § 131 HGB idF des MoPeG, BGBl. I 3462.
- 26 § 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB idF des MoPeG, BGBl. I 3461, findet auch auf den Komplementär einer Kommanditgesellschaft (**KG**) Anwendung, § 161 Abs. 2 HGB. Danach führt der Tod eines Komplementärs mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur zu dessen Ausscheiden. Seine Erben werden also nicht Gesellschafter, vielmehr wächst der Anteil den übrigen Gesellschaftern zu. In den Nachlass fällt lediglich der Abfindungsanspruch, § 135 Abs. 1 HGB idF des MoPeG, BGBl. I 3463. Der Kommanditanteil und der Anteil des stillen Gesellschafters sind in Abweichung von § 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB idF des MoPeG, BGBl. I 3461, vererblich, §§ 177, 234 Abs. 2 HGB. Mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen wird die Gesellschaft mit den Erben des Kommanditisten bzw. stillen Gesellschafters fortgesetzt. Es tritt bei mehreren Erben eine **Sondererbfolge** (Singularsukzession) nach Erbquoten ein.<sup>30</sup> Das gilt für die Nachfolge in den Kommanditanteil ebenso wie bei der Nachfolge als Komplementär.<sup>31</sup> Sieht der Gesellschaftsvertrag **qualifizierte Nachfolgeklauseln** vor, geht der Gesellschaftsanteil direkt an den vertraglich vorgesehenen Nachfolger – vorausgesetzt der Benannte wird tatsächlich Erbe – über. Die übrigen Erben erhalten, sofern der Wert des Geschäftsanteils die dem Nachfolger zustehende Erbquote übersteigt, einen erbrechtlichen Ausgleichsanspruch, dessen Erfüllung möglichst testamentarisch geregelt werden sollte. Bei einer rechtsgeschäftlichen Eintrittsklausel geht auf die nicht eintretenden Erben nur der **Abfindungsanspruch** über.

<sup>26</sup> MüKoBGB/Gergen § 2032 Rn. 61.

<sup>27</sup> MüKoBGB/Leipold § 1922 Rn. 142.

<sup>28</sup> Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545.

<sup>29</sup> MüKoBGB/Leipold § 1922 Rn. 143.

<sup>30</sup> StRspr BGH 4.5.1983 – IVa ZR 229/81, NJW 1983, 2376.

<sup>31</sup> StRspr BGH 22.11.1956 – II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 191 ff.; NJW 1957, 180.

Bei **Geschäftsanteilen** an Kapitalgesellschaften besteht weder eine erbrechtliche Sonder- 27  
 nachfolge noch kann statutarisch oder durch Beschluss der Gesellschafterversammlung die  
 Vererblichkeit des Geschäftsanteils ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.<sup>32</sup> Vielmehr  
 geht der Geschäftsanteil mit dem Tode des Gesellschafters im Zuge der Gesamtnach-  
 folge auf den oder die Erben über, § 1922 BGB.<sup>33</sup> Von der nicht abdingbaren Vererblichkeit  
 des Anteils zu unterscheiden ist die Frage, ob die Erben auch auf Dauer Gesellschafter blei-  
 ben. So kann die Satzung **Abtretungsverpflichtung** vorsehen, wonach der Erbe den geerbten  
 Geschäftsanteil an bestimmte Personen abzutreten hat. In Betracht kommt auch die **Einzie-**  
**hung** des Geschäftsanteils, wenn die satzungsgemäß vereinbarte Nachfolge nicht zustande  
 kommt.<sup>34</sup> Auch das Aktienrecht geht selbst bei **vinkulierten Namensaktien** von der freien  
 Vererblichkeit aus.<sup>35</sup> Die Satzung kann die Einziehung vorsehen, § 237 Abs. 1 AktG, wenn  
 vinkulierte Namensaktien aus dem Kreis der Berechtigten fallen.<sup>36</sup> Auch ohne Einziehung  
 steht die **Vinkulierung** der Auseinandersetzung der Miterben und der Erfüllung von Ver-  
 mächtnissen entgegen.<sup>37</sup> Soll die Unternehmensbeteiligung nur einem Erben überlassen wer-  
 den, können die Pflichtteilsansprüche der weichenden Erben den Bestand des Unternehmens  
 gefährden.<sup>38</sup> Zur Problemstellung im Einzelnen und den Lösungsmöglichkeiten → § 40.

#### 4. Testierfähigkeit

a) **Begriff.** Die Testierfähigkeit ist eine spezielle Ausprägung der Geschäftsfähigkeit 28  
 (§§ 104 ff. BGB) auf dem Gebiet des Erbrechts<sup>39</sup> und meint die Fähigkeit, ein Testament  
 rechtswirksam zu errichten, abzuändern oder aufzuheben. Anders als bei der allgemeinen  
 Geschäftsfähigkeit, welche sich auf einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Kreis  
 von Angelegenheiten beschränken kann, gibt es keine beschränkte bzw. **partielle Testierfä-**  
**higkeit.**<sup>40</sup>

b) **Beurteilungszeitpunkt.** Maßgeblich ist auf den Geisteszustand des Erblassers bei der 29  
 Errichtung des Testaments abzustellen.<sup>41</sup> Das ist beim privatschriftlichen Testament der  
 Zeitpunkt der endgültigen Fertigstellung – idR der Abschluss mit der Unterschriftsleistung.  
 Beim öffentlichen Testaments ist die Erklärung des letzten Willens bzw. die Übergabe der  
 Schrift mit der Erklärung, dass diese Schrift den letzten Willen enthalte, sowie die Genehmi-  
 gung der Niederschrift und die Unterzeichnung durch den Erblasser maßgeblich.<sup>42</sup>

c) **Regelfall.** Grundsätzlich erkennt das BGB jeder natürlichen Person die Fähigkeit zu, über 30  
 das eigene Vermögen letztwillig zu verfügen.<sup>43</sup> Eine Einschränkung dieser Prämisse sieht der  
 Gesetzgeber gleichwohl aus Gründen des (Selbst-)Schutzes des Erblassers, aber auch zum  
 Schutz der gesetzlichen (Familien-)Erbfolge,<sup>44</sup> vor. § 2229 BGB spricht dem Testierwilligen die  
 Testierfähigkeit ausnahmsweise ab, wenn er noch nicht ein bestimmtes Mindestalter erreicht  
 hat, § 2229 Abs. 1 BGB, → Rn. 31, oder – altersunabhängig – wegen geistiger Insuffizienz nicht  
 in der Lage ist, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und  
 nach dieser Einsicht zu handeln, § 2229 Abs. 4 BGB, → Rn. 32 ff.

d) **Testierfähigkeit von Minderjährigen.** Minderjährige müssen das **16. Lebensjahr** voll- 31  
 endet haben, § 2229 Abs. 1 BGB. Vor Vollendung des 16. Lebensjahrs können sie keine

<sup>32</sup> Rowedder/Pentz/Görner § 15 Rn. 130.

<sup>33</sup> OLG Koblenz 19.1.1995 – 6 U 829/93, GmbHR 1995, 586.

<sup>34</sup> Rowedder/Pentz/Görner § 15 Rn. 133 ff.; Henssler/Strohn/Verse § 15 Rn. 27.

<sup>35</sup> MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 52.

<sup>36</sup> MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 40.

<sup>37</sup> MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 53; OLG Düsseldorf 23.1.1987 – 7 U 244/85, ZIP 1987, 227.

<sup>38</sup> Abele/Klinger/Maulbetsch Pflichtteilsansprüche § 5 Rn. 55.

<sup>39</sup> BGH 8.3.2017 – IV ZB 18/16, ZEV 2017, 278.

<sup>40</sup> BayObLG 31.1.1991 – Breg. 1 I 37/90, NJW 1992, 1438.

<sup>41</sup> BGHZ 30, 294, 297 ff., NJW 1959, 1822; BGH FamRZ 1958, 127; Staudinger/Baumann BGB § 2229 Rn. 52.

<sup>42</sup> MüKoBGB/Sticherling § 2229 Rn. 7.

<sup>43</sup> StRSpr BayObLG 20.9.1982 – BReg. 1 Z 79/82; BayObLG 11.4.1996 – 1 Z BR 163/95 = FamRZ 1996, 1438; OLG Frankfurt a. M. 22.12.1997 – 20 W 264-95, NJW-RR 1998, 870.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94; MüKoBGB/Sticherling § 2229 Rn. 1.

wirksamen letztwilligen Verfügungen errichten. Zwar bedarf der Minderjährige für die Errichtung seines Testaments nicht der **Zustimmung** seines gesetzlichen Vertreters, § 2229 Abs. 2 BGB, er ist aber in der Wahl der **Testamentsform** eingeschränkt. Er kann sein Testament nur zur Niederschrift und durch Übergabe einer offenen Schrift errichten, § 2233 Abs. 1 BGB. Auf diese Weise will der Gesetzgeber dem Umstand des abgesenkten Alterserfordernisses gegenüber der allgemeinen Geschäftsfähigkeit und der daraus folgenden besonderen Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen Rechnung tragen. Auch soll der Minderjährige nur im Schutz einer fachkundigen Beratung durch den **Notar** als staatliches Organ der vorsorgenden Rechtspflege letztwillig verfügen können und so vor übereilten und vorschnellen Entschlüssen oder Willensbeeinflussung bewahrt werden.<sup>45</sup> Ein gleichwohl vom Minderjährigen eigenhändig errichtetes Testament ist nichtig. Dieses wird mit Eintritt der Volljährigkeit auch nicht automatisch wirksam. Daran vermag auch die ausdrückliche formlose **Bestätigung** nichts zu ändern, da diese als Neuvornahme ihrerseits formgerecht erfolgen muss, § 141 BGB. Der Grundsatz der höchstpersönlichen Errichtung, § 2064 BGB, lässt keine **Vertretung** durch gesetzliche Vertreter oder gerichtlich bestellte Pfleger zu.

- 32 e) **Testierunfähigkeit infolge geistiger Insuffizienz.** Die Testierfähigkeit ist außerdem ausgeschlossen, wenn der Erblasser in Folge („wegen“) krankhafter Störung der Geistestätigkeit, Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegeben Willenserklärung einzusehen (Einsichtsfähigkeit) und nach dieser Einsicht zu handeln (Handlungsfähigkeit), § 2229 Abs. 4 BGB. Ein in diesem Zustand errichtetes Testament ist unwirksam.
- 33 Es ergibt sich damit ein **zweistufiges Beurteilungssystem**. Auf erster Stufe ist zu prüfen, ob eine geistige Störung vorlag. In der Folge ist zu prüfen, ob die festgestellte geistige Störung den Ausschluss der freien Willensbestimmung (Einsichts- und Handlungsfähigkeit in Bezug auf die letztwillige Verfügung) im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zur Folge hatte.
- 34 **Krankhafte Störungen der Geistestätigkeit oder Geistesschwäche** – eine mindere Form der Geistesstörung, die sich von dieser nur graduell unterscheidet<sup>46</sup> – sind alle geistig-seelischen Anomalien von einigem Gewicht, auch wenn sie nur vorübergehend bestehen.<sup>47</sup> Sie ergeben sich häufig im Alter bei arterio-sklerotischer Demenz,<sup>48</sup> degenerativer Demenz<sup>49</sup> oder Parkinson-Syndromen.<sup>50</sup> Auch Schwachsinn, hirnorganische Syndrome, Schizophrenieformen und manisch-depressives Irresein können die Testierfähigkeit aufheben.<sup>51</sup> Auch krankhafte **Wahnvorstellungen** (z. B. Eifersuchtswahn oder das sog. Capgras-Syndrom) bezüglich bestimmter Personen, wenn eine als Erbe in Betracht kommende Person im Mittelpunkt der Wahnvorstellungen steht.<sup>52</sup> Wenn der Erblasser **psychopathische Züge**<sup>53</sup> aufweist oder eine **querulatorische Veranlagung**<sup>54</sup> zeigt, verliert er nicht zwangsläufig seine Testierfähigkeit. Bezieht sich die krankhafte Störung nicht auf die für die Testamentserrichtung maßgeblichen Umstände und Personen, bleibt er testierfähig.<sup>55</sup> Auch altersbedingte Minderungen der geistigen Leistungsfähigkeit mit vorübergehenden Zuständen der Desorientiertheit schließen die Testierfähigkeit nicht zwingend aus.<sup>56</sup>

<sup>45</sup> Staudinger/Baumann BGB § 2233 Rn. 8.

<sup>46</sup> Burandt/Rojahn/Lauck § 2229 Rn. 11.

<sup>47</sup> Nieder/Kössinger/Kössinger § 7 Rn. 8.

<sup>48</sup> BGH 29.1.1958 – IV ZR 251/57, BeckRS 1958, 31372778; OLG Celle 7.1.2021, 6 U 22/20, NJW 2021, 1681.

<sup>49</sup> BayObLG 18.3.1997 – 1Z BR 124/96, FamRZ 1997, 1511; OLG Hamburg 28.1.2020 – 2 W 63/19, BeckRS 2020, 55915; OLG Hamm 26.10.2020 – 15 W 26/19, ErbR 2021, 558.

<sup>50</sup> KG 8.2.2021 – 19 W 10/20, ErbR 2021, 854; Wetterling/Neubauer/Neubauer ZEV 1995, 46 ff.

<sup>51</sup> MüKoBGB/Sticherling § 2229 Rn. 26; Wetterling, ErbR 2022, 285.

<sup>52</sup> BayObLG 22.10.1984 – BReg. 1 Z 53/84; BayObLG 24.10.2001 – 1Z BR 40/01, NJW-RR 2002, 1088; OLG Celle 28.4.2003 – 6 W 26/03, NJW-RR 2003, 1093.

<sup>53</sup> BayObLG 22.2.2000 – 1 Z BR 147/99, NJW 2000, 1959.

<sup>54</sup> BayObLG 18.12.1991 – BReg. 1 Z 45/91, FamRZ 1992, 724; OLG Köln 17.8.2017 – 20 W 188/16, FD-ErbR 2017, 394739.

<sup>55</sup> OLG Frankfurt 17.8.2017 – 20 W 188/16, FGPrax 2017, 273.

<sup>56</sup> BayObLG 31.7.1997 – 1 Z BR 136/96, ZEV 1997, 510.