

# Nachlassrecht

Krätzschel / Falkner / Döbereiner

12., überarbeitete und aktualisierte Auflage 2022

ISBN 978-3-406-77874-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

das streitbefangene Recht ist. Der Nacherbe wird durch § 326 ZPO geschützt: Nur das günstige Urteil wirkt ihm gegenüber (§ 326 Abs. 1 ZPO), das ungünstige Urteil wirkt gegen den Nacherben nur dann, wenn der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand verfügen konnte, § 326 Abs. 2 ZPO.

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Vorerben wirken gegen den Nacherben nur im Rahmen des § 2215 BGB, sofern dieser nicht auf Duldung mitverklagt und verurteilt ist. Der Nacherbe hat die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage (§§ 773, 771 ZPO). Soweit gegen den Nacherben vollstreckt werden kann, ist dies nur nach Eintritt des Nacherbfalls möglich (§ 728 Abs. 1 ZPO). Bei der Zwangsversteigerung darf der Nacherbenvermerk bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt werden.<sup>99</sup>

In der Insolvenz des Vorerben kann der Insolvenzverwalter bei unbeweglichen Gegenständen die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung betreiben (§ 165 InsO). Der Nacherbe kann sich wiederum nach §§ 773 S. 2, 771 ZPO wehren. Der Insolvenzverwalter kann jedoch nach der InsO Nachlassgegenstände veräußern.

## 10. DDR – ZGB

Das ZGB kannte die Vor- und Nacherbfolge nicht. Die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge in Testamenten, die vor Inkrafttreten des ZGB am 1.1.1976 erfolgt ist, blieb wirksam. Die Verfügungsbeschränkungen galten jedoch nicht, wenn der Erbfall erst nach dem 1.1.1976 eintrat, § 8 Abs. 2 S. 2 EGZGB. Der Vorerbe konnte jedoch nicht anderweitig verfügen.

Hat ein Erblasser (vor oder) während der Geltung des ZGB eine Vor- und Nacherbfolge angeordnet, ist jedoch erst nach dem Beitritt verstorben, ist die Anordnung der Nacherbschaft gleichwohl wirksam. Bei einem Erbfall vor dem Beitritt bleibt es dem ZGB, selbst wenn der Nacherbfall erst nach dem Beitritt erfolgt.<sup>100</sup>

Eine infolge Anwendung des ZGB unwirksame Vor- und Nacherbfolge kann uU so ausgelegt werden, dass der als Vorerbe Eingesetzte Vollerbe ist, jedoch belastet mit einem Quotenvermächtnis zugunsten des Nacherben.<sup>101</sup>

## 11. Vor- und Nacherbschaft beim belasteten pflichtteilsberechtigten Erben

Ist der pflichtteilsberechtigte Erbe bei einer Erbschaftsquote von nicht mehr als der Hälfte des gesetzlichen Erbteils mit einer Vor- und Nacherbschaft (oder mit Testamentsvollstreckung, Vermächtnis, Auflage oder Teilungsanordnung) belastet, entfällt diese nach § 2306 BGB nF nicht mehr; der belastete pflichtteilsberechtigte Erbe kann die Erbschaft annehmen und den Zusatzpflichtteil (§ 2305 BGB) verlangen. Dann bleibt es bei der Vor- und Nacherbfolge. Er kann auch ausschlagen und erwirbt so den vollen Pflichtteil. Auf diese Möglichkeiten ist der Erblasser bei der Planung einer Vor- und Nacherbschaft hinzuweisen § 2306 BGB nF ist der gesetzliche Fall einer cautela socini (Einzelheiten → § 17 Rn. 37).

## III. Ersatzerbfolge und Anwachsung

Fällt bei einer Verfügung von Todes wegen einer von mehreren eingesetzten Erben vor dem Erbfall weg, kann entweder

- eine andere Person an die Stelle des Weggefallenen treten (Ersatzerbfolge, § 2096 BGB),
- der Erbteil des Weggefallenen den Anteil der übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile erhöhen (Anwachsung, § 2094 BGB) oder
- gesetzliche Erbfolge eintreten.

<sup>99</sup> BGH NJW 2000, 3358; § 44 Abs. 1 ZVG.

<sup>100</sup> Staudinger/Avenarius BGB Vorb. 39 bis 42 zu §§ 2100–2146 BGB.

<sup>101</sup> KG ZEV 1996, 349.

Zum Wegfall des Bedachten kann es kommen durch

- Vorversterben oder fehlende Erbfähigkeit (§ 1923 Abs. 1 und 2 BGB),
- Erbverzicht (§ 2346 BGB),
- Erbunwürdigkeit (§ 2344 BGB),
- Erbausschlagung (§ 1953 BGB),<sup>102</sup>
- Nichterleben einer aufschiebenden Bedingung (§ 2074 BGB),
- Eintritt einer auflösenden Bedingung vor dem Erbfall,
- Zuwendungsverzichtsvertrag (§ 2352 BGB, Vorversterbensfiktion) oder
- wirksame Anfechtung oder Nichtigkeit der Erbeinsetzung.

## 1. Ersatzerbfolge

- 65 Die Ersatzerbfolge, die der Anwachsung vorgeht (§ 2099 BGB), tritt ein, wenn der Erblasser sie angeordnet hat oder der Gesetzgeber im Zweifel einen derartigen Willen des Erblassers annimmt (§§ 2069, 2102, 2097 BGB). Der Ersatzerbe ist der unmittelbare erste Erbe des Erblassers.

### a) Vorrang der individuellen Auslegung

- 66 Die gesetzliche Auslegungsregel des § 2069 BGB (die Abkömmlinge des nach Errichtung des Testaments weggefallenen Abkömmlings sind im Zweifel Ersatzerben, –auflagenbegünstigte, –vermächtnisnehmer) kommt erst zur Anwendung, wenn sich im Wege der **vorrangigen individuellen Auslegung** der Verfügung von Todes wegen nicht klären lässt, was der Erblasser für den Fall des Wegfalls des Bedachten tatsächlich wollte (→ § 8 Rn. 10).<sup>103</sup>

Bei der Auslegung der Verfügung von Todes wegen ist deswegen zunächst festzustellen, ob diese überhaupt eine **planwidrige Regelungslücke** enthält oder ob der Erblasser mit der Möglichkeit, dass der Bedachte wegfällt zwar gerechnet hat, aber bewusst auf eine Regelung verzichtet hat.<sup>104</sup> Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Erblasser verfügt hat, dass „Ersatzerbenbestimmungen nicht getroffen werden“<sup>105</sup>

Nur wenn eine planwidrige Regelungslücke vorhanden ist, kann diese im Wege der individuellen Auslegung oder mit Hilfe der Auslegungsregel des § 2069 BGB geschlossen werden. Der Vorrang der individuellen Auslegung ist insbesondere dann zu beachten, wenn zugleich die Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbfolge in Frage steht, da die Auslegungsregeln des § 2069 und des § 2270 Abs. 2 BGB nicht gemeinsam angewendet werden können (sogenanntes Kumulationsverbot).<sup>106</sup>

Blieben Zweifel im Rahmen der individuellen Auslegung, greift § 2069 BGB mit der Folge ein, dass der Abkömmling des Bedachten als Ersatzerbe bedacht ist.

### b) Ergänzende Testamentsauslegung bei Wegfall des eingesetzten Erben

- 67 Handelt es sich bei dem weggefallenen Bedachten nicht um einen Abkömmling des Erblassers, kann § 2069 BGB nicht analog angewendet werden,<sup>107</sup> denn die Auslegungsregel ist Ausprägung einer allgemeinen Lebenserfahrung, die bei einer nur in der Seitenlinie

<sup>102</sup> Verlangt der Ausschlagende den Pflichtteil, soll § 2069 BGB nicht gelten, da der Stamm sonst doppelt bedacht würde (BGH NJW 1960, 1899; OLG München Rpfleger 2007, 26). Zwar würde beim Vollerben der nachrückende Abkömmling intern die Pflichtteilslast allein tragen und nicht nur anteilig (§ 2320 BGB). Beim pflichtteilsberechtigten Nacherben käme jedoch § 2320 BGB nicht zur Anwendung.

<sup>103</sup> Grüneberg/Weidlich § 2069 Rn. 1.

<sup>104</sup> Burandt/Rojahn/Czubayko § 2069 Rn. 3.

<sup>105</sup> BayObLG FamRZ 2005, 1127; Burandt/Rojahn/Czubayko § 2069 Rn. 3.

<sup>106</sup> OLG München MittBayNot 2007, 226.

<sup>107</sup> BayObLGZ 1988, 165; MüKoBGB/Leipold § 2069 Rn. 37; Staudinger/Otte BGB § 2069 Rn. 29f.

verwandten Person oder anderen nahen Verwandten oder sonst nahestehenden Personen fehlt.<sup>108</sup>

Im Wege der individuellen Auslegung ist in diesen Fällen zu klären, ob gleichwohl die Berufung eines Ersatzerben in Betracht kommt oder ob gesetzliche Erbfolge eintritt. Maßgeblich ist dafür, ob nach der (feststellbaren) Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung anzunehmen ist, dass er die Ersatzerbeneinsetzung gewollt hätte, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte.<sup>109</sup>

Nach der Rechtsprechung kommt es zunächst darauf an zu klären, in welchem Verhältnis der Erblasser zum weggefallenen Bedachten stand.

**aa) Näheverhältnis.** Allgemeine Voraussetzung für die Annahme einer Ersatzerbenstellung ist zunächst, dass der ursprünglich Bedachte ein enges Verhältnis zum Erblasser hatte, denn nur eine solche, **einem Abkömmling im Sinne des § 2069 BGB vergleichbare Stellung** des Weggefallenen kann überhaupt Anlass dafür sein, eine Ersatzerbenberufung im Wege der ergänzenden Auslegung anzunehmen. Andernfalls würde bereits der zur Formwahrung erforderliche Anhalt im Testament selbst fehlen.<sup>110</sup>

Als nahe Angehörige oder sonst nahestehende Person sind von der Rechtsprechung angesehen worden

- die Geschwister,<sup>111</sup>
- das Stief- oder Geschwisterkind,<sup>112</sup>
- der nichteheliche Sohn des vorverstorbenen Ehemanns,<sup>113</sup>
- der Ehegatte,<sup>114</sup>
- der Lebensgefährtin,<sup>115</sup>
- sonstige Verwandte,<sup>116</sup> zB Cousine,<sup>117</sup>
- letztlich jede Person, zu der der Erblasser „enge“ Beziehungen unterhielt.<sup>118</sup>

**bb) Stammesgedanke oder persönliche Verbundenheit.** Eine ergänzende Auslegung gemäß dem Rechtsgedanken des § 2069 BGB erfordert zusätzlich, dass sich aus der übrigen letztwilligen Verfügung oder auch aus außerhalb des Testaments liegenden Umständen ergibt, dass die Zuwendung dem Bedachten als **Ersten des Stammes** und nicht nur persönlich ergolten hat.<sup>119</sup>

Ein wesentliches Indiz in die Richtung einer Ersatzerbfolge kann es deswegen sein, wenn mehrere Bedachte – entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge – in der Verfügung von Todes wegen gleichmäßig bedacht worden sind (Stammesdenken),<sup>120</sup> wobei es auf nicht zwangsläufig auf die rechtliche, sondern auch auf die wirtschaftliche Betrachtung ankommen kann.<sup>121</sup>

<sup>108</sup> OLG München ZErb 2017, 199.

<sup>109</sup> OLG München FGPrax 2013, 177 f.

<sup>110</sup> OLG München FamRZ 2014, 514; BayObLG FamRZ 1991, 865; KG FamRZ 2011, 928 f.

<sup>111</sup> BayObLG NJW-RR 1992, 73; FamRZ 2004, 569; FamRZ 2005, 68.

<sup>112</sup> BayObLG Rpfleger 1974, 345.

<sup>113</sup> BayObLG FamRZ 2005, 840.

<sup>114</sup> BayObLGZ 88, 165; FamRZ 2000, 58; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1996, 261; Grüneberg/Weidlich § 2069 Rn. 10; KG DNotZ 1976, 564: Erstreckung auf Tochter der weggefallenen Geliebten.

<sup>115</sup> BayObLG FamRZ 2001, 516, jedenfalls bei tiefgreifender und auf Dauer angelegter Beziehung, zu Recht str., OLG Hamm FamRZ 1976, 552; BayObLG FamRZ 1991, 865.

<sup>116</sup> OLG Hamm OLGZ 1992, 23.

<sup>117</sup> OLG München ZErb 2017, 199.

<sup>118</sup> BayObLGZ 1988, 165.

<sup>119</sup> BGH NJW 1973, 240 (242); BayObLGZ NJOZ 2005, 1070 (1073); OLG München FamRZ 2010, 1846; Zerb 2017, 199; jetzt auch OLG Düsseldorf ZEV 2018, 140.

<sup>120</sup> OLG München FamRZ 2011, 1692 f.

<sup>121</sup> OLG München ZErb 2017, 199, wo von drei Cousins nur eine als Erbin (die anderen als Vermächtnisnehmerinnen) eingesetzt worden war, der Nachlass aber in wirtschaftlicher Hinsicht allen Bedachten zu 1/3 zukommen sollte.

**Beispiel:**

Der kinderlose Erblasser setzt die drei Kinder seiner Schwester zu je 1/3 als seine Erben ein. Weitere Anordnungen trifft er nicht.

Stirbt eines der drei Kinder vor dem Erbfall, ist die gleichmäßige Beteiligung aller Erben am Nachlass ein Indiz dafür, dass Ersatzerbfolge angeordnet ist.

Umgekehrt spricht ein besonders enges Verhältnis des Erblassers zum Bedachten eher dafür, dass die Erbeinsetzung dem Bedachten (nur) persönlich gegolten hat.<sup>122</sup>

**Beispiel:**

Der kinderlose Erblasser ist Taufpate und Trauzeuge eines der drei Kinder seiner Schwester, er setzt dieses zum Alleinerben ein.

Hier liegt eine besonders enge Beziehung des Erblassers zum eingesetzten Erben vor. Diese besondere persönliche Verbundenheit kann dann eher dagegensprechen, dass im Falle des Vorversterbens des eingesetzten Erben dessen Abkömmlinge an seine Stelle treten sollten.

**c) Ersatzerbfolge bei Vor- und Nacherbfolge**

- 70 Wegen der Einzelheiten zur Vor- und Nacherbfolge → § 10 Rn. 13 ff.

Die Anordnung der Nacherbfolge gilt im Zweifel zugleich als Ersatzerbeneinsetzung (§ 2102 BGB) und schließt ebenfalls die Anwachsung aus.

Nach der Rechtsprechung schließt eine ausdrückliche Ersatznacherbenberufung nicht die Anwendung von § 2069 BGB aus.<sup>123</sup> Ob der infolge der Anwendung des § 2069 BGB Bedachte oder der vom Erblasser eingesetzte Ersatznacherbe zum Zuge kommt, unterliegt nach dieser Rechtsprechung der individuellen Auslegung. In der Literatur wird deshalb bei der Testierung ein ausdrücklicher Ausschluss der gesetzlichen Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregeln empfohlen.<sup>124</sup>

Zur Höhe des Erbteils mehrerer nebeneinander eingesetzter Ersatzerben oder gegenseitig als Ersatzerben eingesetzter Erben vergleiche § 2098 BGB (Auslegungsregel). Erlebt der eingesetzte Nacherbe zwar den Erbfall; aber nicht den Nacherbfall, ist sein Nacherbenanwartschaftsrecht vererblich, wenn kein anderer Erblasserwille anzunehmen ist (§ 2108 Abs. 2 BGB). Falls der Erblasser diese Vererblichkeit nicht will, muss er sie ganz eindeutig erklären („zu Ersatznacherben bestimme ich weder die Abkömmlinge noch die Erben des Nacherben, sondern .....“) weil die Einsetzung von Ersatznacherben nach hM noch nicht ohne weiteres den Ausschluss der Vererblichkeit bedeutet – Anordnung kann auch für andere Fälle als des Wegfalls durch Tod getroffen sein.<sup>125</sup>

**2. Anwachsung**

- 71 Falls ein Wille des Erblassers, die Ersatzerbfolge anzuordnen, nicht festzustellen ist, ist zu prüfen, ob der Erblasser die Anwachsung gewollt hat. Ein derartiger Wille des Erblassers wird vermutet, wenn er in seiner Verfügung von Todes wegen den gesamten Nachlass an die eingesetzten Erben verteilt hat (§ 2094 Abs. 1 BGB).
- 72 Die Wirkung der Anwachsung besteht darin, dass der Erbteil des weggefallenen Erben den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile anwächst. Der vergrößerte Erbteil wird als ein Erbteil behandelt, der anwachsende Teil kann also nicht isoliert ausgeschlagen oder angenommen werden. Ist der anwachsende Erbteil jedoch mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, gilt er „in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen“ als besonderer

<sup>122</sup> OLG München FamRZ 2016, 2154.

<sup>123</sup> BayObLG ZEV 1995, 25.

<sup>124</sup> Mayer MittBayNot 1994, 111 (114); Nieder ZEV 1996, 241 (243).

<sup>125</sup> RGZ 142, 171 (174); 169, 38 (39); BayObLG NJW-RR 1994, 460; Grüneberg/Weidlich § 2108 Rn. 6; S. auch BayObLG ZEV 2001, 440: keine Vererblichkeit bei zweifelsfreier Ersatznacherbenbestimmung.

Erbteil (§ 2095 BGB). Der Empfänger der Anwachsung erleidet also keinen Nachteil. Er kann zwar nicht isoliert ausschlagen, braucht aber die zugewachsenen Beschwerungen nur mit dem angewachsenen Erbe zu erfüllen.

### 3. Gesetzliche Erbfolge

Falls ein Wille des Erblassers weder zur Ersatzerbfolge noch zur Anwachsung festzustellen ist, tritt hinsichtlich des Erbteils des Weggefallenen gesetzliche Erbfolge ein. 73

§ 378 ZGB der DDR entspricht der Regelung des BGB.

## IV. Das Vermächtnis

### 1. Grundsätze

§ 1939 BGB definiert das Vermächtnis als Zuwendung eines Vermögensvorteils durch den Erblasser an einen anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen. Es begründet für den Bedachten mit dem Erbfall das Recht, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern (**§ 2174 BGB Anspruchsgrundlage**); durch dingliches Vollzugsgeschäft ist der Gegenstand auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen. 74

Auch die Erbeinsetzung wird vom Gesetz als Zuwendung bezeichnet (§ 2087 Abs. 1 BGB). Die Auflage wird nicht als Zuwendung bezeichnet, sondern als Verpflichtung des Erben oder Vermächtnisnehmers zu einer Leistung, ohne dem anderen ein Recht auf die Leistung einzuräumen (§ 1940 BGB).

Das Vermächtnis beruht auf einer Verfügung von Todes wegen oder auf Gesetz (§ 1932 BGB – Voraus; § 1969 BGB – Dreißigster).

Bei der **Abgrenzung des Vermächtnisses** (durch Verfügung von Todes wegen) **zur Erbeinsetzung** kommt es nach den allgemeinen Grundsätzen nicht (allein maßgeblich) darauf an, welche Worte der Erblasser verwendet hat, sondern auf den Willen des Erblassers. Die Einsetzung auf ein Vermächtnis liegt vor, wenn der Erblasser den Bedachten nicht unmittelbar am Nachlass beteiligen und ihn nur auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben verweisen wollte. 75

**Zur Abgrenzung von der Erbeinsetzung** (→ § 10 Rn. 4). 76

Die Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes ist nach der Auslegungsregel im Zweifel keine Erbeinsetzung, selbst wenn der Bedachte als Erbe bezeichnet ist (§ 2087 Abs. 2 BGB). Sie kann Erbeinsetzung, Vermächtnis, Teilungsanordnung oder Auflage bzw. eine Erbeneinsetzung des (zum Beispiel mit einem Nießbrauch) Bedachten unter gleichzeitiger Anordnung der Vorerbschaft dieses Erben hinsichtlich des einzelnen Vermögensteils sein (→ § 10 Rn. 27).<sup>126</sup>

Schließlich kann der im Testament als „Erbe“ Eingesetzte, der alle Gegenstände an andere herausgeben soll, in Wirklichkeit **Testamentsvollstrecker** (und zusätzlich eventuell Vermächtnisnehmer oder Miterbe) sein, während die letztlich Bedachten Erben sind. 77

Ergibt die Auslegung, dass mehrere Personen Erben sein sollen, ist die Zuwendung einzelner Gegenstände an diese Erben als **Teilungsanordnung** (§ 2048 S. 1 BGB) oder **Vorausvermächtnis** (§ 2150 BGB) zu qualifizieren. Die Zuwendung eines Grundstücks ist meist ein Hinweis auf die Erbenstellung, weil es in der Regel einen wesentlichen Teil des Nachlasses darstellt.<sup>127</sup> Falls das Grundstück jedoch wertmäßig keinen wesentlichen Teil darstellt, ist die Zuwendung ein Vermächtnis.<sup>128</sup> Das Wertverhältnis zugewandeter Gegenstände zum Wert des gesamten Nachlasses ist ein wesentliches Kriterium bei der Ermitt-

<sup>126</sup> BayObLGZ 1965, 457.

<sup>127</sup> BayObLG FamRZ 1999, 1392 (1394); FamRZ 2003, 119; FamRZ 1997, 1177 (1178); FamRZ 2000, 60 (61); NJW-RR 2000, 1174 mwN.

<sup>128</sup> OLG München ZErB 2016, 286 zur Auslegung, wenn zwei Häuser auf einem ungeteilten Grundstück zugewiesen werden und weiteres Vermögen vorhanden ist.

lung des Erblasserwillens, wobei grundsätzlich die **Wertvorstellungen des Erblassers** zur Zeit der Testamentserrichtung maßgeblich sind (Zeitpunkt des Erbfalls, wenn der Erblasser Gegenstände unabhängig von deren Wertänderungen ohne Ausgleichszahlung zuwenden wollte.<sup>129</sup>

Die **Zuwendung einer Geldsumme** ist in der Regel nur ein Vermächtnis<sup>130</sup> (beachte aber die oben genannten Wertgesichtspunkte), selbst wenn der Bedachte als Erbe bezeichnet ist. Die **Einsetzung nach Vermögensgruppen** (Geld/Wertpapiere/Grundstücke) ist in der Regel (Mit-)Erbeneinsetzung.<sup>131</sup>

## 2. Der Beschwerzte

- 79 Beschwerter ist die Person, die zur Erfüllung des Vermächtnisses verpflichtet ist. Dies kann nur ein Erbe (jeglicher Art: Alleinerbe, Miterbe, Vorerbe, Nacherbe, gesetzlicher oder testamentarischer Erbe) oder ein Vermächtnisnehmer (**Untervermächtnis**) sein (§ 2147 S. 1 BGB). Die Beschwerung kann auf Testament, Erbvertrag oder Gesetz beruhen. Der Pflichtteilsberechtigte, der nur den gesetzlichen Pflichtteil erhält, der Testamentsvollstrecker, der Auflagenbegünstigte, der Erbserbe oder der Erbe eines Vermächtnisnehmers können nicht mit einem Vermächtnis beschwert werden.

Der **Wegfall des Beschwerzten** lässt das Vermächtnis unberührt, es sei denn, der Erblasser wollte nur eine bestimmte Person verpflichten (§ 2161 BGB). Beschwerzt ist dann derjenige, dem der Wegfall des unmittelbar Beschwerzten zustattenkommt (§ 2161 BGB). **Der Beschwerzte haftet** nach den allgemeinen Regeln zur Erbenhaftung. Er kann jedoch die Einrede der Überschwerung des Nachlasses durch Vermächtnisse (oder Auflagen) gemäß § 1992 BGB nach Maßgabe der §§ 1990, 1991 BGB geltend machen, ohne dass es sich um einen dürftigen Nachlass handeln müsste bzw. Nachlassseparation durch Nachlassinsolvenz oder Nachlassverwaltung herbeigeführt werden müsste. Voraussetzung ist, dass die Erbenhaftung noch beschränkbar ist (s. §§ 1994, 2005, 2013 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Erbe muss sich diese Haftungsbeschränkung im Urteil vorbehalten lassen (§ 780 ZPO). Ein Vermächtnis muss grundsätzlich bis zur völligen Ausschöpfung des Nachlasses erfüllt werden.<sup>132</sup> Der **Vermächtnisnehmer ist jedoch Nachlassgläubiger minderen Ranges**: Erblasserschulden und Pflichtteilsansprüche gehen ihm vor. Andere Vermächtnisse und Auflagen stehen im Rang gleich, wenn der Erblasser nichts anderes angeordnet hat (§§ 1980 Abs. 1 S. 3, 1990, 1991 Abs. 4 BGB; §§ 317, 322, 327 InsO).

Mehrere Erben haften im Außenverhältnis als Gesamtschuldner (§§ 2058, 431 BGB). Im Innenverhältnis ist nach dem Verhältnis der Erbteile auszugleichen, es sei denn, der Erblasser hat nur einen oder einzelne Miterben beschwert oder etwas anderes bestimmt (§ 2148 BGB).

Für den mit einem **Untervermächtnis** beschwerten Vermächtnisnehmer gilt nicht § 1967 Abs. 2 BGB. Er haftet nur im Umfang des ihm selbst zugewendeten Vermächtnisses (§ 2187 BGB). Diese Einrede kann auch noch nach Annahme des Vermächtnisses erhoben werden. § 2188 BGB sieht eine Minderung des Untervermächtnisses vor. Über § 2187 BGB gelten die §§ 1992, 1990 ff. BGB entsprechend.

<sup>129</sup> BGH NJW 1997, 392; Voraussetzung ist, dass der Gegenstand im Wesentlichen beim Erbfall noch vorhanden ist. Wird der Gegenstand bereits vor dem Erbfall an den Bedachten verschenkt, kann sich die Erbquote reduzieren. Zu den Ausnahmen siehe Grüneberg/Weidlich § 2087 Rn. 5.

<sup>130</sup> BayObLGZ 1960, 259; 65, 460; FamRZ 2002, 1745; BayObLGZ 1998, 76 (81).

<sup>131</sup> BGH FamRZ 1972, 561; BayObLGZ 1966, 416; BayObLGZ 1977, 163; FamRZ 2005, 310.

<sup>132</sup> BGH FamRZ 1993, 422.

### 3. Vermächtnisnehmer

Vermächtnisnehmer kann jede natürliche oder juristische Person sein. Über § 1923 Abs. 2 80 BGB hinaus kann auch eine noch nicht erzeugte Person als Vermächtnisnehmer bedacht werden (§ 2178 BGB).

Bis zur Zeugung, die in 30 Jahren erfolgen muss, gelten die Regeln für das aufschiebend bedingte Vermächtnis (§§ 2179, 2162 Abs. 2 BGB). Das Vermächtnis ist unwirksam, wenn **der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt** (§ 2160 BGB). Dies gilt nicht, wenn ein **Ersatzvermächtnisnehmer** ausdrücklich oder über § 2069 BGB berufen ist (§ 2190 BGB). Bei mehreren Bedachten desselben Gegenstandes erfolgt mangels eines Ersatzvermächtnisnehmers **Anwachsung** (§ 2158).

Ein **Nachvermächtnis** liegt vor, wenn der Vermächtnisgegenstand zunächst einem Vorvermächtnisnehmer und ab einem bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis dann einem Nachvermächtnisnehmer zufallen soll. Das Nachvermächtnis ist nicht vom Erben, sondern vom Vorvermächtnisnehmer zu erfüllen (§ 2191 Abs. 1 BGB). Der Unterschied zum Untervermächtnis besteht darin, dass das Nachvermächtnis denselben, das Untervermächtnis einen anderen Gegenstand im Verhältnis zum Vor- bzw. Hauptvermächtnis betrifft.

§ 2191 Abs. 2 BGB erklärt einige Vorschriften der Vor- und Nacherbschaft für entsprechend anwendbar. Die für das Untervermächtnis geltenden Bestimmungen der §§ 2186–2189 BGB sind auf das Nachvermächtnis entsprechend anwendbar.

Der Nachvermächtnisnehmer wird nicht durch Verfügungsbeschränkungen, wie bei der Nacherbfolge geschützt, sondern lediglich durch § 2179 BGB. Die **Anwartschaft des Nachvermächtnisnehmers** wird also lediglich durch Arrest oder einstweilige Verfügung geschützt, wenn man wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht bejaht, nicht einmal das (§§ 916 Abs. 2, 936 ZPO). Ein Anspruch auf Eintragung einer **Vormerkung** besteht nur, wenn ein solcher mitvermachtet wurde.<sup>133</sup> Vor dem Erbfall kommt eine Sicherung durch eine unter Lebenden vereinbarte Verfügungsunterlassungsverpflichtung in Betracht, die auch durch Vormerkung sicherbar ist.

Im Gegensatz zur Erbenbestimmung (§ 2065 Abs. 2 BGB) genügt zur **Bestimmung des Vermächtnisnehmers**, dass der Erblasser einen hinreichend genau bestimmten, überschaubaren Personenkreis benennt; wobei die Bestimmung dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen werden kann (§ 2151 BGB). Die **Bestimmung erfolgt** durch eine formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Begünstigten durch den Beschwerten oder gegenüber dem Beschwerten durch den Dritten (in keinem Fall also gegenüber dem Nachlassgericht, § 2151 Abs. 2 BGB).

Damit eignet sich das Vermächtnis besser als die Erbeinsetzung, um die **Unternehmensnachfolge** zu regeln, wenn die Person des Nachfolgers vom Erblasser aus mehreren in Betracht kommenden Personen noch nicht festgelegt werden kann oder soll.

Dass das Unternehmen möglicherweise der wertvollste Nachlassgegenstand oder der einzige Nachlassgegenstand ist, schadet nicht. Ein derartiges **Universalvermächtnis** wird von der herrschenden Meinung anerkannt. Voraussetzung ist lediglich, dass der Wille des Erblassers, das Unternehmen im Vermächtniswege zuzuwenden, ohne Zweifel feststellbar ist.<sup>134</sup>

Ist der Erbe selbst Vermächtnisnehmer, handelt es sich um ein **Vorausvermächtnis** (§ 2150 BGB). Ob das Vorausvermächtnis ohne Anrechnung auf den Erbteil bleibt oder anzurechnen ist (dann wohl eher eine Teilungsanordnung), ist letztlich eine Auslegungsfrage. Der Wille des Erblassers ist hier entscheidend.

<sup>133</sup> BayObLG Rpfleger 1981, 190; OLG Hamm MDR 1984, 402.

<sup>134</sup> MüKoBGB/Rudy § 2151 Rn. 8; aA Menz DB 1966, 1719: Umgehung von § 2065 BGB.



#### 4. Der Gegenstand des Vermächtnisses

- 81 **Vermögensvorteil.** Der Gegenstand der Zuwendung muss ein **Vermögensvorteil** sein (§ 1939 BGB), was weit auszulegen ist. Liegt kein Vermögensvorteil vor, ist zu prüfen, ob eine Auflage oder eine Testamentsvollstreckung hinsichtlich eines einzelnen Nachlassgegenstandes angeordnet ist.

##### Vermächtnisarten

- 82 • **Stückvermächtnis** (§ 2169 BGB):  
Als Regelfall des Vermächtnisses wird hier ein bestimmter Nachlassgegenstand zugewendet.  
Gehört der Gegenstand nicht zum Nachlass, ist das Vermächtnis im Zweifel unwirksam (§ 2169 Abs. 1 BGB). Besteht bei Untergang etc des vermachten Gegenstandes ein Ersatz, ist durch (ergänzende) Testamentsauslegung zu ermitteln, ob dieser an die Stelle des vermachten Gegenstandes tritt.<sup>135</sup> **Gewährleistungspflichten** bestehen im Zweifel nicht (Umkehrschluss aus §§ 2182, 2183 BGB).  
Der Vermächtnisnehmer kann im Zweifel nicht die Beseitigung einer auf dem Vermächtnisgegenstand ruhenden **dinglichen Belastung** fordern (§ 2165 Abs. 1 BGB).
- 83 • **Gattungsvermächtnis** (§ 2155 BGB):  
Der Gegenstand der Zuwendung ist nur der Gattung nach bestimmt. Im Gegensatz zu § 243 Abs. 1 ist nicht eine Sache mittlerer Art und Güte, sondern eine, die den Verhältnissen des Bedachten entspricht, zu leisten (§ 2155 Abs. 1 BGB).  
Die Bestimmung kann dem Beschwerten, dem Bedachten oder einem Dritten zustehen (§ 2155 Abs. 2 BGB). Der Beschwerte **bestimmt**, wenn die getroffene Bestimmung „offenbar“ nicht den Verhältnissen des Bedachten entspricht (§§ 2182f. BGB). Die **Rechts- und Sachmängelhaftung** folgt den Regeln des Kaufvertrags (§§ 2182ff. BGB). Die Regelung für das Gattungsvermächtnis ist auch auf das (auf den Nachlass) beschränkte Gattungsvermächtnis anzuwenden, jedoch ohne Rechts- und Sachmängelhaftung.  
Der häufigste Fall des Gattungsvermächtnisses ist das **Geldvermächtnis** auf eine feste Summe oder auf einen Bruchteil des Nachlasses (**Quotenvermächtnis**).
- 84 • **Forderungsvermächtnis** (§ 2173):  
Beim Vermächtnis einer dem Erblasser zustehenden **Geldforderung** gilt im Zweifel die vor dem Erbfall zur Erfüllung gezahlte Summe als vermacht, auch wenn sie sich nicht mehr im Nachlass befindet (§ 2173 S. 2 BGB). Anders jedoch beim **Sparbuch**, bei dem regelmäßig die Zuwendung der verbrieften Forderung in ihrer beim Erbfall noch bestehenden Höhe gemeint ist.<sup>136</sup> Dies gilt nicht nur beim Sparbuch, sondern generell für die Zuwendung von **Guthaben auf Konten mit wechselndem Bestand**, also auch **Girokonten**,<sup>137</sup> wenn der Erblasser Beträge abhebt und verbraucht.
- 85 • **Wahlvermächtnis** (§ 2154 Abs. 1 S. 1 BGB):  
Dabei ordnet der Erblasser an, dass der Bedachte nur den einen oder den anderen von mehreren Gegenständen erhalten solle. Das Wahlrecht kann dem Beschwerten, dem Bedachten oder einem Dritten zustehen und begründet eine Wahlschuld im Sinne von §§ 262ff., 2154 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB.
- 86 • **Zweckvermächtnis** (§ 2156 BGB):  
Der Erblasser bestimmt den Zweck, der so umgrenzt sein muss, dass der Bestimmungsberechtigte (der Beschwerte oder ein Dritter, nicht der Bedachte)<sup>138</sup> den Inhalt der Leis-

<sup>135</sup> BGHZ 22, 357.

<sup>136</sup> OLG Koblenz FamRZ 1998, 579; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1317 mit Nachweis zu streitigen Einzelfragen.

<sup>137</sup> MüKoBGB/Rudy § 2173 Rn. 5.

<sup>138</sup> BGH NJW 1991, 1885.