Handbuch des Fachanwalts Erbrecht

Bearbeitet von
Dr. Andreas Frieser, Ernst Sarres, Wolfgang Stückemann, Dr. Ursula Tschichoflos

5. Auflage 2013. Buch. 1708 S. Gebunden
ISBN 978 3 472 08353 5

Recht > Zivilrecht > Erbrecht

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

und der Testamentsvollstrecker können den Verstoß nur mit Hilfe der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO rügen.

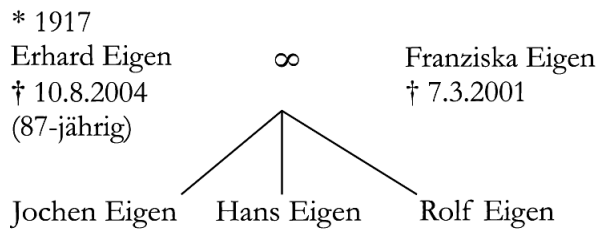
– Für den Fall, dass der Rechtsstreit erst nach dem Tod des Erblassers anhängig gemacht werden soll, ist § 1958 zu beachten, der es verbietet, einen gegen den Nachlass gerichteten Anspruch vor der Annahme der Erbschaft gegen den Erben gerichtlich geltend zu machen. Will der Gläubiger nicht warten, bis die Annahme/Ausschlagung erklärt wird, muss er beim Nachlassgericht die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragen, gegen den er die Klage dann zu richten hat (vgl §§ 1961, 1960 III).
– Ist der Rechtsstreit bereits zu Lebzeiten des Erblassers anhängig gemacht worden und stirbt er nun, ohne durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten zu werden, während des laufenden Verfahrens, so wird dieses bis zur Aufnahme durch den Rechtsnachfolger unterbrochen, § 239 I ZPO. Nach § 239 V ZPO ist der Erbe vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung des Rechtsstreits nicht verpflichtet. Da es sich bei dieser Vorschrift um eine Regelung zum Schutz des vorläufigen Erben handelt, kann er darauf verzichten und den Rechtsstreit auch während des Schwebezustandes aufnehmen. In einer derartigen Handlung ist meist die Annahme der Erbschaft zu sehen. War der Erblasser aber durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten, so wird der Prozess durch den Tod des Erblassers nicht unterbrochen; vielmehr kann der Bevollmächtigte nach § 246 I ZPO beantragen, das Verfahren auszusetzen. Die Aussetzung dauert dann längstens bis zur Annahme der Erbschaft durch den Erben (§§ 246 II, 239 V ZPO), wobei dieser, wie oben dargestellt, auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Verfahrensaufnahme betreiben kann.

C. Streit um die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung

I. Die Beteiligten und ihre Interessen

1. Ausgangsfall

274 Erhard Eigen und seine Frau Franziska, aus deren Ehe drei Kinder hervorgegangen sind, errichten am 22.3.1999 ein Ehegattentestament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen. Erben des Längerlebenden sollen die drei aus der Ehe hervorgegangenen Kinder sein. Der Überlebende soll nach dem Tod des Erstversterbenden »frei und ungehindert verfügen« dürfen. Am 7.3.2001 verstirbt Franziska Eigen. Die Kinder kümmern sich nicht um ihren erkrankten Vater, der in einem städtischen Pflegeheim untergebracht werden muss. Er beginnt eine Beziehung mit der Pflegerin Paula Prüm, die er mit notariellem Testament vom 7.8.2004 als seine Alleinerbin einsetzt. Am 10.8.2004 verstirbt Erhard Eigen kurz nach seinem 87. Geburtstag.



Ehegattentestament vom 22.3.1999

Notarielles Testament vom 7.8.2004

2. Handelnde Personen: Erben und weichende Erben

a) Enttäuschte Familienangehörige

275 Aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments würden die Kinder des Erhard Eigen diesen als Erben zu je ⅓ Anteil beerben. Sie wären von der Erbfolge ausgeschlossen, falls die letztwillige Verfügung vom 7.8.2004 wirksam ist. Würde Frau Prüm Alleinerbin sein, stünden den Kindern gem § 2303 Pflichtteilsansprüche in Höhe des hälftigen gesetzlichen Erbteils, mithin iHv je ⅙, zu. Das wirtschaftliche Interesse der Kinder besteht folglich in der Differenz zwischen der Erbquote von ⅓ und der Pflichtteilsquote von ⅙. Nachdem der Pflichtteilsanspruch immer Bargeldanspruch ist, würden die Kinder, falls sich ihre Enterbung als wirksam herausstellt, auch gegenständlich vom Nachlass ausgeschlossen. Sie würden beispielsweise, falls Erhard Eigen Grundvermögen hinterlässt, keinen Anspruch auf Einräumung einer Mitberechtigtenposition haben.

276 In der Praxis fällt dieser Umstand häufig stark ins Gewicht: Der enterbte Pflichtteilsberechtigte empfindet es als erhebliche Beeinträchtigung, ja Demütigung, durch einen – bisweilen völlig fremden – Außenstehenden vom »Familienbesitz« ausgeschlossen zu werden.

277 Das Interesse der in dieser Form Beeinträchtigten richtet sich deshalb darauf, das notarielle Testament zu Fall zu bringen. Angriffe gegen das Testament werden, grundsätzliche Entschlossenheit zur Auseinandersetzung vorausgesetzt, schon dann geführt, wenn sich auch nur eine vage Aussicht eröffnet, gegen das Testament erfolgreich vorzugehen.

b) Der durch die letztwillige Verfügung Begünstigte

278 Ansatzpunkte für eine einvernehmliche Regelung resultieren in derartigen Konstellation im Wesentlichen daraus, dass für den durch die letztwillige Verfügung Bedachten, der nicht gesetzlicher Erbe ist, ein Streit um das Erbe ein solcher um »Alles oder Nichts« ist.

279 Die Lebensgefährtin des Erblassers kommt als Pflichtteilsberechtigte nicht in Betracht. Sie kann nur dann Rechte gegen den Nachlass erfolgreich durchsetzen, wenn die notarielle Verfügung vom 7.8.2004 als wirksam anerkannt wird.

280 Nicht selten hat der Bedachte auch gegen eine »Übermacht« insofern anzukämpfen, als sich die ansonsten möglicherweise zerstrittene Verwandtschaft (auch diejenige, die nicht erben würde), gegen den »Eindringling« zusammenschließt. Zwingend ist dies freilich nicht: Gerade wenn sich der Erblasser auf Dauer von seiner Familie abgewandt hat, ist es denkbar, dass der **Informationsvorsprung** auf Seiten desjenigen ist, den der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung bedacht hat. Häufig ist auch aufgrund lebzeitiger Zuwendungen die wirtschaftliche Stellung des letztwillig Bedachten so, dass er sich eine langwierige Auseinandersetzung leisten kann. Die Frage, wer einen Informationsvorsprung besitzt, wer über eine gut gefüllte »Kriegskasse« verfügt, ist jedenfalls dann entscheidend, wenn die Beteiligten ihre Aussichten für den Fall eines Streites »bis zum bitteren Ende« abwägen. Häufig ist die Frage des Scheins entscheidender als diejenige des Seins.

281 Wer zu erkennen gibt, dass er aus persönlichen oder wirtschaftlichen Gründen eine Auseinandersetzung nicht durchstehen kann oder will, verliert von vornherein an **Glaubwürdigkeit** und damit an **Durchsetzungskraft**. Er muss seine Interessen häufig zu einem geringeren Preis verkaufen, als dies aufgrund der objektiven Gegebenheiten notwendig wäre. Dies zeigt, dass die Frage der **psychologischen Einschätzung** der gegnerischen Position häufig über den Erfolg im Rahmen der Erbauseinandersetzung entscheidet.

II. Rechtliche Grundlagen[164]

1. Bindung an Verfügungen in einem Ehegattentestament?

a) Wechselbezügliche Verfügungen

Falls die Kinder keine erfolgreichen Angriffe gegen das notarielle Testament führen können, hat dieses als »späteres Testament« iSd § 2258 das frühere Testament des Erblassers aufgehoben, nach dem es mit den Verfügungen des Erblassers im Ehegattentestament in Widerspruch steht. Die entscheidende Frage lautet: War der Erblasser an die Verfügungen des Ehegattentestaments gebunden? War ihm der Widerruf der Einsetzung seiner Kinder als Schlusserben möglich? **282**

Mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ist der überlebende Partner an wechselbezügliche Verfügungen gebunden. Diese **Bindungswirkung** hindert ihn, solche Verfügungen zu widerrufen oder abweichend letztwillig neu zu testieren, wie sich aus § 2271 II S 1 ergibt.[165] Als wechselbezüglich gelten Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, die – wie häufig formuliert wird – »miteinander stehen und fallen«.[166] Wenn beide Ehegatten bestimmte Verfügungen nur deshalb getroffen haben, weil auch der andere entsprechend verfügte und vor diesem Hintergrund nach dem Willen der Eheleute eine »**innere Abhängigkeit**«[167] **aus dem »Zusammenhang des Motivs«**[168] anzunehmen ist, besteht »Wechselbezüglichkeit« iSd § 2270. Ob wechselbezügliche Verfügungen vorliegen, muss durch **Auslegung** nach den allgemein für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Grundsätzen[169] ermittelt werden. Abzustellen ist auf den übereinstimmenden Willen beider Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung.[170] Das Nachlassgericht (im Rahmen des Feststellungsprozesses: das Prozessgericht) ist verpflichtet, die letztwillige Verfügung nach **283**

– ihrem Wortlaut,
– allen Nebenumständen,
– der allgemeinen Lebenserfahrung und
– den Umständen außerhalb der Testamentsurkunde

zu würdigen. In diesem Zusammenhang muss, ggf durch Beweisaufnahme, ermittelt werden, wie die Ehegatten selbst die Situation einschätzten, wie ihre **Vermögensverhältnisse** und wie die **Beziehungen der Beteiligten** zueinander waren.[171]

Die **Auslegungsregel** des § 2270 II greift nur dann ein, wenn die Auslegung und die eben genannten Umstände zu keinem eindeutigen Ergebnis führen.[172] Ist der Schlusserbe **284**

164 Vgl zur Unterscheidung zwischen Schlusserben- und Nacherbeneinsetzung in einem Berliner Testament iSd Unterscheidung zwischen Einheits- und Trennungslösung: Palandt/Edenhofer, § 2269 Rn 5 ff; Soergel – Wolf § 2269 Rn 15, dort insb zur »Zweifelsregel« des § 2269; BGHZ 22, 364; BGH WM 1993, 41; BGH LM Nr 1 zu § 2100; BGH NJW 1983, 277; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 136; BayObLG RPfleger 1988, 314; BayObLG 1966, 61; 417; KG DNotZ 1955, 411; OLG Hamm OLGZ 1968, 468.

165 Palandt/*Edenhofer*, § 2270 Rn 2 und § 2271 Rn 9–16.

166 Palandt/*Edenhofer*, § 2270 Rn 2.

167 Palandt/*Edenhofer*, § 2270 Rn 2.

168 KG FamRZ 1977, 485; OLG Stuttgart FamRZ 1977, 274; BayObLG 1987, 23.

169 Palandt/*Edenhofer* § 2270 Rn 4 unter Bezugnahme auf die Ausführungen zu § 2084 Rn 1.

170 Palandt/*Edenhofer*, vor § 2265 Rn 12.

171 Die Vermögensverhältnisse der Ehegatten spielen häufig eine nicht unwesentliche Rolle. War nur einer der Ehegatten vermögend, so dass dieser aus den Verfügungen seines Partners keinen Vermögensvorteil zu erwarten hatte, kann dies ein erheblicher Anhaltspunkt dafür sein, dass er nicht daran interessiert war, seine eigene Verfügung von der seines Partners abhängig sein zu lassen: BayObLG FamRZ 1995, 251; OLG Hamm NJW-RR 1995, 777; OLG Brandenburg FamRZ 1999, 1541.

172 Palandt/*Edenhofer*, § 2270 Rn 7.

weggefallen, ist auf den Ersatzerben die Auslegungsregel des § 2370 II nur dann anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen entsprechenden Erblasserwillen zweifelsfrei feststellen lassen.[173] Bleiben Zweifel, ist Wechselbezüglichkeit gem § 2270 in zwei Konstellationen zu vermuten:
– Wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedacht haben.
– Wenn der eine Ehegatte durch den anderen bedacht worden ist und der Bedachte für den Fall seines Überlebens eine Verfügung zugunsten von Personen getroffen hat, die mit dem Partner verwandt sind oder ihm nahe standen.

285 Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Nachdem die Eheleute sich gegenseitig zu Alleinerben und die Kinder als Schlusserben eingesetzt haben, ist die Erbeinsetzung des länger lebenden Partners durch seine verstorbene Ehefrau als wechselbezüglich zur Einsetzung der Kinder als Schlusserben anzusehen, es sei denn, die Auslegung führte zu einem anderen Ergebnis.

286 Nach § 2271 II S 1 erlischt mit dem Tod des erstversterbenden Partners das **Recht zum Widerruf** der aufeinander bezogenen Verfügungen. Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Konstellationen folgt aus der analogen Anwendung des § 2289,[174] dass die vom länger lebenden Ehegatten getroffenen Verfügungen insoweit unwirksam sind, als sie die Rechte des oder der im Ehegattentestament Bedachten **beeinträchtigen**.[175]

b) Befreiung von der Bindung

287 Immer zu prüfen ist, ob nicht eine **Befreiung von der Bindung** eingetreten ist oder herbeigeführt werden kann.

288 Berufen sich im Ausgangsfall die Kinder darauf, der überlebende Vater habe nicht zu Lasten der Kinder und zugunsten seiner Lebensgefährtin verfügen können, muss diese prüfen, ob
– die Behauptung, es liege ein Verstoß gegen eine wechselbezügliche Verfügungen vor, zutrifft;
– ob sie die aus § 2271 II S 1 iVm § 2289 resultierende Bindung beseitigen kann
– oder der Erblasser bereits entsprechende Vorsorge getroffen hatte.

289 Als Reaktion auf das »Angriffssignal« (Berufung auf § 2271 II S 1) wird der durch die letztwillige Verfügung Bedachte alle Argumente ins Feld führen, die gegen die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen sprechen. Zu prüfen hat der Anwalt des Bedachten aber auch, ob nicht die Möglichkeit besteht, durch **Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments** die Bindungswirkung zu beseitigen. Verfügungen des überlebenden Ehegatten können Dritte nach dessen Tod anfechten, wenn ihnen die Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments oder einzelner der im Testament enthaltener Verfügungen »zustatten« kommen würde, § 2080. Häufigster Fall der Anfechtung nach dem Tod des länger lebenden Ehepartners ist derjenige des § 2079. Geht der überlebende Ehegatte eine **neue Ehe** ein, kann der neue Ehegatte unter Berufung auf §§ 2281, 2079 das gemeinschaftliche Testament der Eheleute insoweit angreifen, dass ihm der gesetzliche Erbteil zufällt.[176] Auf diesen Zug könnte im Schachspiel der erbrechtlichen Auseinandersetzung mit einem

173 BGH NJW 2002, 1126; OLG München FGPrax 2007, 88.
174 MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn 15; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 1995, 265.
175 Palandt/*Edenhofer*, § 2271 Rn 16 f vgl auch BGH NJW 1978, 423; unwirksam sind nachträgliche Verfügungen wie: Einsetzung eines Nacherben, Beschwerung mit einem Vermächtnis: BGH FamRZ 1964, 592; NJW 1978, 423; Wertverschiebungen zu Lasten des Bedachten infolge neuer Teilungsanordnung ohne Ausgleichungspflicht: BGHZ 82, 274; nachträgliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung: OLG Köln FamRZ 1990, 1402.
176 Palandt/*Edenhofer*, § 2271 Rn 32; RGZ 132, 1; KG FamRZ 1968, 219.

Gegenzug geantwortet werden: Das Anfechtungsrecht des neu hinzugekommenen Pflichtteilsberechtigten – hier: des zweiten Ehegatten – kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn der zweitverstorbene Ehepartner das Recht, die Verfügung aus demselben Grund anzufechten, durch **Fristablauf** (oder Bestätigung) verloren hatte: §§ 2283, 2285.[177]

290 Dem Bedachten steht gegebenenfalls eine andere Variante zur Verfügung: eine **Abänderungsklausel** im Ehegattentestament. Grundsätzlich können Ehegatten die Bindungswirkung ihrer Verfügungen beschränken oder ausschließen, sie können sich ein freies Widerrufsrecht einräumen.[178] An die Abänderungsklausel muss der Anwalt des Bedachten nicht nur denken, wenn sich diese schon aus dem Wortlaut des Ehegattentestaments ergibt. Die Ermächtigung, von Verfügungen des Ehegattentestaments abzuweichen, muss nicht unmittelbar aus dem Testamentstext hervorgehen, sie kann sich auch aus einer **Auslegung** der Verfügung der Ehegatten ergeben.[179] Allerdings obliegt es demjenigen, der sich auf eine stillschweigende oder durch ergänzende Testamentsauslegung zu ermittelnde Abänderungsbefugnis beruft, die für diese Auslegung maßgeblichen Umstände darzutun. Haben die Eheleute die Abänderung ausdrücklich erwähnt, ist durch Auslegung festzustellen, wie weit die Freiheit des überlebenden Ehegatten reichen sollte. Der Änderungsvorbehalt muss sich auf die Befugnis zu **abweichenden letztwilligen Verfügungen** beziehen. Eine Bestimmung, wonach der Überlebende frei und ungehindert verfügen darf, ist, wenn nicht andere Auslegungskriterien hinzukommen, idR nur als **Ermächtigung zu freien Verfügungen unter Lebenden anzusehen**.[180]

291 Die Verteidigungsstrategie des von der Lebensgefährtin des Erblassers beauftragten Rechtsanwalts lässt sich wie folgt zusammenfassen: Er wird sich gegen die Auslegung der Verfügungen im Ehegattentestament als wechselbezüglich wenden. Er wird ferner geltend machen, dass selbst dann, wenn Wechselbezüglichkeit und damit die Bindungswirkung angenommen werden müsste, es dem Erblasser ausdrücklich gestattet war, von der Verfügung zugunsten der Kinder abzuweichen. Die Kinder wiederum werden dem entgegen halten, dass die Klausel ihrem Vater nicht das Recht eingeräumt hat, von der Schlusserbeneinsetzung abzuweichen, es vielmehr einer weiteren und hinreichend präzisen Einräumung des Rechts, eine anders lautende letztwillige Verfügung zu errichten, bedurft hätte.

292 **Muster**

An das

Amtsgericht

Nachlassgericht

In dem Nachlassverfahren des am 10.8.2004 verstorbenen Erhard Eigen widersprechen wir dem Antrag der Frau Paula Prüm, einen Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin ausweist, aus den nachfolgenden Gründen:

1. Der Erblasser war aufgrund der Bindung, die durch das Ehegattentestament vom 22.3.1999 eingetreten war, nicht in der Lage, zugunsten der Antragstellerin wirksam zu

177 BayObLG NJW-RR 1989, 587; KG FamRZ 1968, 219; vgl auch für die Anfechtung einseitiger Verfügungen des überlebenden Ehegatten: Palandt/*Edenhofer*, § 2271 Rn 32 aE; Zweifel an der Anwendbarkeit des § 2285 äußert MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn 41.

178 Vgl Palandt/*Edenhofer*, § 2271 Rn 19; BGHZ 2, 35; KG OLGZ 1977, 457; zur nachträglichen Einräumung der Abänderungsbefugnis, die sich nur aus einer Verfügung von Todes wegen ergeben kann: Palandt/*Edenhofer*, § 2271 Rn 20 f.

179 Zurückhaltend: BayObLG FamRZ 1991, 1488.

180 BayObLG FamRZ 1985, 209.

verfügen. Der Erblasser hatte mit seiner am 7.3.2001 verstorbenen Ehefrau ein »Berliner Testament« iSd § 2269 errichtet, in dem die Eheleute sich gegenseitig als Erben eingesetzt hatten; Erben des Längerlebenden und damit Schlusserben sollten die gemeinsamen Kinder sein.

Beweis: Beiziehung der Akten des Nachlassverfahrens 7 IV 395/01

Wie sich bereits unter Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 II[181] (vgl zur Einordnung als solcher: *Palandt/Edenhofer* § 2270 Rn 7) ergibt, waren die Verfügungen der Eheleute voneinander abhängig, sie sind also als wechselbezüglich anzusehen, mit dem Ergebnis, dass ein Widerruf nach dem Tod des erstversterbenden Ehepartners nicht mehr möglich war, § 2271 I S 1 iVm § 2289.

2. Die Antragstellerin hat außergerichtlich mit den Rechtsfolgen der Bindungswirkung des Berliner Testaments konfrontiert eingewandt, das wesentliche Vermögen stamme vom Erblasser. Dieser habe deshalb keinen Grund gehabt, seine Verfügungen von denjenigen seiner Ehefrau abhängig zu machen. Dabei verkennt die Antragstellerin, dass die Eheleute das während der über 30-jährigen Ehezeit erwirtschaftete Vermögen stets als ihr »gemeinsames« ansahen, unabhängig von der rechtlichen Zuordnung bzw der Eintragung im Grundbuch. Dies kann die Schwester des Erblassers, mit der er häufig über seine Absichten und seine Einstellungen zur vorverstorbenen Ehefrau sprach, bestätigen.

Beweis: Zeugnis der Frau Anna Schweigmüller, Hohensteinerstraße 4, 81234 München

Die Antragsgegner haben in der Zwischenzeit selbst einen Erbscheinsantrag gestellt, dem entsprechend den obigen Darlegungen stattzugeben ist.

3. Die Antragstellerin hat unter Berufung auf § 2078 II das Ehegattentestament umfassend angefochten, wie sich aus ihrer, dem Gericht vorliegenden Anfechtungserklärung vom 29.11.2004 ergibt. Sie hat sich darauf berufen, der Erblasser hätte seine Kinder nicht als Schlusserben eingesetzt, falls er gewusst hätte, dass diese sich im Alter nicht um ihn kümmerten.

Abgesehen davon, dass der behauptete Anfechtungsgrund nicht vorliegt, muss die Anfechtung schon deshalb unbeachtlich bleiben, weil der Erblasser das angebliche Recht zur Anfechtung durch Fristablauf verloren hatte (§§ 2283, 2285). Der Kontakt zwischen dem Erblasser und den Antragsgegnern beschränkte sich seit mindestens 2 Jahren auf gelegentliche Besuche und den Austausch von Glückwunschkarten zu Geburtstagen und Feiertagen. Der Erblasser hätte mithin zu Lebzeiten in Kenntnis des vermeintlichen Anfechtungsgrundes die Anfechtung erklären können, hat dies aber innerhalb der Jahresfrist des § 2283 nicht getan. Im Übrigen kann aus dem spärlichen Kontakt nicht auf ein schlechtes Verhältnis geschlossen werden. Hierzu wird noch ergänzend vorzutragen sein, falls das Gericht Zweifel an der Verfristung des Anfechtungsrechts haben sollte.

Rechtsanwalt

2. Testierfähigkeit

293 Der Erblasser ist testierfähig im Sinne des § 2229, wenn er im Stande ist, den Inhalt des Testaments von sich aus zu bestimmen und auszudrücken. Er muss in der Lage sein, sich ein klares Urteil über die Tragweite seiner Anordnungen zu bilden, insbesondere über

181 Vgl zur Einordnung als solcher: Palandt/*Edenhofer*, § 2270 Rn 7.

deren Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen deren sittliche Berechtigung sprechen. Er muss frei von den Einflüssen Dritter handeln können.[182]

Enterbte Verwandte behaupten oft vorschnell, die für sie negative letztwillige Verfügung sei nur darauf zurückzuführen, dass der Erblasser nicht mehr Herr seiner Sinne gewesen sei, und er deshalb die vom Gesetz geforderte freie Willensbetätigung nicht mehr habe ausüben können.[183] Ein Anwalt darf keine Scheu haben, anerkannte Spezialisten zu befragen oder diese nach Abstimmung mit dem Mandanten mit einem Privatgutachten zu beauftragen. Der Anwalt muss derartigen Behauptungen nachgehen, sollte aber *die* kritische Haltung an den Tag legen, mit der er im Rahmen einer etwaigen Auseinandersetzung bei Gericht rechnen muss. Streitigkeiten, in deren Mittelpunkt Fragen der Testierfähigkeit stehen, sind langwierig und kostenaufwendig, beides nicht zuletzt bedingt durch die notwendige Einschaltung von Gutachtern. Deshalb gilt: Der leichtfertig erhobene Vorwurf fehlender Testierfähigkeit kann dem Mandanten teuer zu stehen kommen, insb wenn er im Rahmen eines Feststellungsprozesses mit der Kostenfolge des § 91 I ZPO erhoben wird.

294 In der obigen Skizze (Rz 274) sind das Sterbedatum, das Datum der Errichtung des notariellen Testaments und das Geburtsjahr des Erblassers hervorgehoben. Zwischen Testamentserrichtung und Tod liegen nur wenige Tage, der Testierende war hochbetagt. Die Frage, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (noch) testierfähig war, muss dementsprechend mit den Kindern erörtert werden.

295 Der Anwalt muss sich vor Augen halten, dass der die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung Angreifende die Unwirksamkeitsgründe **darlegen und beweisen** muss. Der Erblasser ist bis zum Beweis des Gegenteils als testierfähig anzusehen.[184] Dies bedeutet, dass der Sachverhaltsaufklärung noch größere Bedeutung zukommt, als in praktisch allen übrigen Erbschaftsstreitigkeiten. Der Anwalt muss sich minutiös schildern lassen, worauf der Mandant seine Behauptung stützt, der Erblasser sei nicht mehr in der Lage gewesen, wirksam einen rechtsgeschäftlich relevanten Willen zu bilden. Wichtig sind das Verhalten des Erblassers und sein Zustand zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung, die Krankheitsgeschichte, Beobachtungen von Freunden, Nachbarn, Bekannten, ja außenstehenden Personen, die zum Erblasser Kontakt hatten.

▶ **Praxis-Tipp:**

Im Mittelpunkt aller Überlegungen stehen aber die Fragen:
- Wie werden unabhängige Zeugen, in einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung befragt, reagieren?
- Was werden die Krankenhausärzte aussagen, was der Hausarzt?
- Liegt eine notarielle letztwillige Verfügung vor: Warum sollte dem Notar verborgen geblieben sein, dass der Erblasser testierunfähig war?

182 BGH NJW 1959, 1822; BayObLG NJW-RR 1998, 870; *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, 46; Cording, Beweismittel zur Klärung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, 23; vgl. auch *Cording/Foerster*, DNotZ 2006, 329; *Zimmer*, NJW 2007, 1713.

183 Unvernunft (allein) reicht aber für die Annahme der Testierunfähigkeit nicht aus: *»… im Übrigen muss ein Erblasser seine letztwilligen Verfügungen nicht durch vernünftige und von Dritten nachvollziehbare Gründe rechtfertigten. Es ist allein sein Wille entscheidend. Dies folgt aus der vom Gesetz grundsätzlich gewährleisteten Testierfreiheit.«*, OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635.

184 BayObLG NJW-RR 1996, 1160; BGH FamRZ 1958, 127.

296 Die Aussagen der **Zeugen**, die kraft Amtsstellung oder fachlicher Autorität besonderes Gewicht haben – Ärzte, Notare, Richter, Rechtsanwälte – sind für den Ausgang des Verfahrens von entscheidender Bedeutung. Es hat idR wenig Sinn, mit Äußerungen von Verwandten, wonach der Erblasser zeitlich und örtlich desorientiert gewesen sei, die Wirksamkeit eines **notariellen Testaments** zu bekämpfen. Der Notar muss seiner Pflicht nachkommen und vor der Beurkundung, die Testierfähigkeit des Erblassers überprüfen, er vermerkt in aller Regel gem § 28 Beurkundungsgesetz seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Urkundsniederschrift. Erfolgreiche Angriffe gegen ein notarielles Testament empfehlen sich deshalb idR nur, wenn erwartet werden kann, dass die behandelnden Ärzte das Angriffsziel mit medizinisch fundierten Aussagen unterstützen können und werden. Der Anwalt muss aber auch selbst über ein Mindestmaß an **medizinischen Grundkenntnissen** verfügen, um vor oder während des Verfahrens die »richtigen« Fragen stellen zu können.[185]

297 Ihm muss bekannt sein, dass Zeugen, die beruflich an der Testamentserrichtung mitgewirkt oder in ihrer Stellung als Ärzte mit dem Testator zu tun hatten, grundsätzlich berechtigt sind, das Zeugnis zu verweigern. Die **Schweigepflicht** besteht nach dem Tod des Erblassers fort.[186] Mit dieser Erkenntnis darf sich der Anwalt aber nicht begnügen. Er muss wissen, dass nicht etwa der Erbe oder derjenige, der das Testament angreift, über den Geheimnisschutz disponieren darf. Die Frage, ob eine **Befreiung vom Geheimnisschutz** besteht, hängt allein vom Willen des Erblassers ab, der auch konkludent erklärt sein kann.[187] Es muss abgewogen werden, ob der Erblasser unter Berücksichtigung seiner Interessen und Belange auf eine Geheimhaltung verzichten würde. Das Gericht hat, ggf auf Veranlassung des Anwalts, dem aussageunwilligen Geheimnisträger vor Augen zu halten, dass idR der Wille des Erblassers dahin geht, Zweifel an der Testierfähigkeit aufzuklären.[188]

▶ **Praxis-Tipp:**

Es wäre mithin ein grober Fehler, wenn der Anwalt Angriffe gegen ein Testament deshalb unterließe, weil die einzigen Personen, die konkret zur Testierunfähigkeit aussagen können, der Schweigepflicht unterliegen.

298 In Ausnahmefällen können die Grundsätze über den Anscheinsbeweis weiterhelfen. Dieser kommt in Frage, wenn die Testierunfähigkeit vor und nach der Testamentserrichtung festgestellt wurde.[189] In diesem Fall wird aber derjenige, der das Testament verteidigt, auf ein »lichtes Intervall« zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung setzen. Die ernsthafte Möglichkeit eines solchen Intervalls reicht zur Erschütterung des ersten Anscheins aus. Das Vorliegen des »lichten Moments« muss derjenige beweisen, der sich auf dieses beruft.[190]

299 Im Streit um die Testierfähigkeit spielen **gutachterliche Feststellungen** eine erhebliche Rolle. Der Anwalt sollte darauf drängen, dass der **ärztliche Sachverständige** (in aller Regel ein Psychiater) von Anfang an bei der Vernehmung derjenigen Personen, die Kontakt zum Erblasser hatten, anwesend ist, wie dies auch die Rechtsprechung fordert.[191] Der Sachverständige hat sein Gutachten auf Antrag mündlich zu erläutern (§ 15 FGG iVm

185 Vgl *Frieser*, Die anwaltliche Praxis in Erbschaftssachen, Rn 144 ff; s. a. den Aufsatz von *Wetterling/Neubauer/Neubauer* zur psychiatrischen Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, 46.
186 BGH NJW 1984, 2893 (fortdauernde Schweigepflicht des Arztes); BayObLG NJW 1966, 1664 (Rechtsanwalt); BayObLG NJW 1986, 332 (Steuerberater).
187 BGH NJW 1984, 2893.
188 BGHZ 91, 392; BayObLG NJW-RR 1991, 1287; Palandt/*Edenhofer* § 2358 Rn 5 f.
189 OLG Köln NJW-RR 1991, 1412.
190 BayObLG ZEV 1994, 303. Zum lichten Intervall (psychiatrisch sehr fragwürdig) vgl auch BayObLG FamRZ 2006, 68.
191 BGH NJW 1962, 1770.

§§ 402, 397 ZPO). Das Gericht hat Zweifeln am Gutachten nachzugehen und muss bei groben Mängeln ein Obergutachten einholen.[192]

Das Gericht hat bei Zweifeln an der Geschäfts- bzw Testierfähigkeit den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, § 2358 I, § 12 FGG. Hierzu sind umfangreiche und sorgfältige Ermittlungen erforderlich. Es müssen die Verhaltensweisen des Erblassers aufgeklärt werden, die Bedenken gegen seine Geschäftsfähigkeit hervorrufen. Sodann ist Klarheit über die tatsächlichen Umstände (den medizinischen Befund) zu schaffen. Im Anschluss daran ist zu überprüfen, welche Schlüsse hieraus für die Beurteilung der Testierunfähigkeit zu ziehen sind. In der Regel ist das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, dem das Gericht die notwendigen und zuvor durch Zeugenvernehmung beschafften ärztlichen Unterlagen zur Ermittlung der Anknüpfungstatsachen unterbreitet.[193]

Es müssen nicht alle Zeugen gehört werden, zu denen der Erblasser in (mehr oder weniger losem) Kontakt stand. Dies gilt insbesondere für Personen, die Äußerungen oder sonstige Verhaltensweisen des Erblassers nicht richtig medizinisch einzuschätzen vermögen.[194] Das Einsichtsrecht der am Verfahren Beteiligten erstreckt sich nicht nur auf die Prozessakten, sondern auch auf sonstige Urkunden, die im Verfahren, insbesondere als Beweismittel, verwertet werden, auch auf Krankenakten.[195]

Muster **300**

An das

Amtsgericht

– Nachlassgericht –

In dem Nachlassverfahren

des am 10.8.2004 verstorbenen Erhard Eigen beantragen wir, den Chefarzt der Universitätsklinik Erlangen, Herrn Prof. Dr. Peter Huber, zur Frage zu vernehmen, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung der notariellen Verfügung am 7.8.2004 noch in der Lage war, die Bedeutung und Tragweite seiner Anordnungen einzusehen und nach dieser Einsichtsfähigkeit zu handeln.

Begründung

1. Ausweislich des anliegend beigegebenen Arztberichtes litt der Erblasser an einem hirnorganischen Psychosyndrom. Er wurde während der letzten zwei Jahre vor seinem Tod wiederholt ambulant und zweimal (jeweils für vierzehn Tage) stationär in der Universitätsklinik behandelt. Wie sich aus dem Arztbericht ergibt, stellten die Ärzte bei der Anamnese fest, dass der Erblasser zeitlich und örtlich desorientiert war und auch einfache Fragen (nach Alter, Wohnort etc) nicht oder nur mit Schwierigkeiten beantworten konnte.

Der Errichtung des Testaments war die zweite der eben genannten stationären Behandlungen unmittelbar vorausgegangen. Der Erblasser war ausweislich des Entlassungsberichtes, der den Antragsgegnern nicht vorliegt, von dessen Vorhandensein sie aber wissen, nur »bedingt« wiederhergestellt. Er musste Medikamente einnehmen, die seine Wahrnehmungs- und Einsichtsfähigkeit erheblich einschränkten.

192 BGHZ 53, 258; BayObLG RPfleger 1988, 67.
193 OLG Hamm FamRZ 1997, 1026.
194 OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635.
195 OLG Düsseldorf OLGR 2001, 120.

Der Zeuge Prof. Huber hat, von den Antragsgegnern auf die fehlende Testierfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments angesprochen, erklärt, er werde sich nicht äußern, auch nicht im Rahmen einer gerichtlichen Befragung, weil er sich an seine »Schweigepflicht« gebunden fühle. Es besteht deshalb Anlass, den Zeugen darauf hinzuweisen, dass zwar die Schweigepflicht nicht schlechthin mit dem Tod entfällt, jedoch auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers abzustellen ist. Diesem Willen entspricht es im allgemeinen, und auch im vorliegenden Fall, Zweifel über die Testierfähigkeit auszuräumen (vgl BGH NJW 1984, 2893).

2. Wir beantragen weiter, das Pflegepersonal zu vernehmen, insb die Krankenschwestern Ingrid Bauer und Roswitha Müller. Die Zeuginnen können bestätigen, dass sich der Erblasser während seines Klinikaufenthalts unmittelbar vor Errichtung des notariellen Testaments die meiste Zeit in einem Dämmerzustand befand und nicht in der Lage war, mit dem an das Krankenbett gerufenen Notar eine Unterhaltung zu führen. Dieser Zustand hielt bis zur Entlassung an und konnte sich in den wenigen Tagen bis zum Notartermin nicht gebessert haben.

Beweis: Zeugnis der beiden oben genannten Zeuginnen, zu laden über die Universitätsklinik Erlangen; Einholung eines Sachverständigengutachtens

Rechtsanwalt

3. Verstoß gegen § 2065

301 Eine häufig unterschätzte Möglichkeit, eine dem Mandanten unliebsame letztwillige Verfügung zu Fall zu bringen, stellen die in § 2065 geregelten Unwirksamkeitsgründe dar. Die vom Gesetz geforderte **Höchstpersönlichkeit** der Testamentserrichtung hat zur Folge, dass eine letztwillige Verfügung nur dann gültig ist, wenn der Erblasser weder die Bestimmung über die Gültigkeit der Verfügung (§ 2065 I), noch die Bestimmung der Person des Zuwendungsempfängers oder des Gegenstands der Zuwendung (§ 2065 II) einem Dritten überlassen hat.

302 Nicht immer liegt die Anwendbarkeit des § 2065, die Frage, ob diese Vorschrift zur Nichtigkeitsfolge führt, auf der Hand. Am ehesten ist dies noch dann der Fall, wenn der Testator sich an einen **Dritten** wendet und diesem Ermessensspielraum einräumt. Ist dieser Spielraum darauf gerichtet, die Gültigkeit des Testaments zu bestätigen oder in Frage zu stellen, wird jeder, der aus dem Testament Rechte herleitet oder es für unwirksam hält, die letztwillige Verfügung auf den Prüfstand des § 2065 stellen. Anderes sieht es schon aus, wenn es um die **Auswahl** des Bedachten geht. Testamente, in denen die Erbeinsetzung von bestimmten **Qualifikationen** des Erben abhängig gemacht wird, sind nicht selten.

303 Insb bei der Auswahl eines Unternehmensnachfolgers finden sich oft Formulierungen wie: der Nachfolger solle der »am besten Geeignete« oder der »wirtschaftlich Tüchtigste« sein. Grundsätzlich muss der Erblasser die als Erbe vorgesehene Person nicht individuell, aber doch so eindeutig bestimmen, dass »jede Willkür eines Dritten«[196] ausgeschlossen ist. Die Auswahl kann einem Dritten überlassen werden, sofern das Testament so genaue Hinweise enthält, dass die Auswahlentscheidung von jeder mit genügender Sachkunde ausgestatteten Person erfolgen kann, ohne dass deren Ermessen an die Stelle des Ermessens des Erblassers gesetzt wird.[197] Gibt der Erblasser so **genaue Kriterien** vor, dass die Auswahl aus einem eng

196 Palandt/*Edenhofer* § 2065 Rn 9.
197 BGHZ 15, 199; BGH NJW 1965, 2201.

begrenzten Personenkreis erfolgt und sich die »geeignetste Person« gleichsam aufdrängt, müssen Bemühungen, das Testament über § 2065 »zu kippen«, scheitern.[198]

304 Ein Gespür für problematische Fälle, für Fallkonstellationen, die dem Anwendungsbereich des § 2065 unterworfen werden können, obwohl man nicht auf den ersten Blick an das Auswahlermessen eines Dritten denkt, gewinnt man, wenn man sich zunächst einige von den Gerichten entschiedene Fälle vor Augen führt.

305 Unwirksam sind Verfügungen wie:
- »Mein Testamentsvollstrecker hat das Recht, zu entscheiden, welches meiner beiden Testamente gelten soll.«[199]
- »Mein Testamentsvollstrecker bestimmt, wann der Nacherbfall eintritt.«[200]
- »Der überlebende Ehepartner kann entscheiden, ob er es bei den Anordnungen des Ehegattentestaments belässt oder diese widerruft.«[201]
- »Mein Vorerbe trifft die Auswahl des Nacherben unter den würdigsten meiner Verwandten.«[202]
- »Hoferbe ist dasjenige meiner Enkelkinder, das am besten für die Landwirtschaft geeignet ist.«[203]
- »Mein Erbe ist irgendeine Blindenanstalt in Köln oder Umgebung.«[204]

306 Wirksam sind dagegen folgende Verfügungen:
- »Meine Ehefrau kann entscheiden, ob sie die Erbeinsetzung annimmt oder nicht.«[205]
- »Erbe soll derjenige meiner beiden Großneffen sein, den meine Nichte als den Geeignetsten erachtet, unter den heutigen schwierigen Verhältnissen das Gut zu bewirtschaften und in sozialem Geiste zu wirken.«[206]
- »Mein Rechtsnachfolger ist derjenige aus dem Kreis meiner Nichten und Neffen, der als erster eine betriebs- oder volkswirtschaftliche Ausbildung absolviert und praktische Erfahrungen in der Wirtschaft in Form eines mehrjährigen Betriebspraktikums oder zumindest einer Banklehre sammelt.«

307 In den nicht seltenen Fällen der Auswahlentscheidung ist die Bandbreite der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen groß: ob man Vorgaben nur dann als zulässig ansieht, wenn für die Auswahl ganz klare Kriterien genannt sind,[207] oder fordert, dass der Personenkreis, aus dem der Bedachte ausgewählt werden soll, so klein sein müsse, dass der Auswählende ihn unschwer übersehen kann,[208] mag dahinstehen.

198 *Hayer*, ZEV 1995, 247.
199 LG Leipzig JW 1922, 629.
200 BGHZ 15, 199.
201 RGZ 79, 32.
202 LG München I FamRZ 1998, 1261.
203 BGH NJW 1965, 2201.
204 LG Bonn Rechtspfleger 1998, 63.
205 Palandt/*Edenhofer* § 2065 Rn 4: Es ist zulässig, die Wirksamkeit einer Verfügung der Entscheidung des Erben zu unterstellen, nachdem dieser über die Ausschlagung frei entscheiden kann; vgl aber die Bedenken von MüKoBGB/*Leipold* § 1942 Rn 7: Der Erblasser darf die gesetzliche Ausschlagungsfrist weder verkürzen noch verlängern oder für die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung einen anderen Inhalt oder eine andere Form als das Gesetz vorschreiben; großzügiger: *Staudinger – Otte* § 1942 Rn 5, § 2065 Rn 18.
206 RGZ 159, 296.
207 Zu unbestimmt: »Neigung, allgemeine Fähigkeiten und Charaktereigenschaften«, OLG Celle RdL 1955, 137.
208 Unzulässig: Auswahl des Hoferben aus 19 Nachkommen von Geschwistern des Erblassers, OLG Hamm RdL 1961, 45.

Praxis-Tipp:

Entscheidend ist, dass in diesen Fällen der Anwalt sich ohne weiteres einen Überblick über den Meinungsstand verschaffen und die jeweils für den Mandanten günstige Position begründen muss.[209]

308 Problematisch sind die Fälle der Erbeinsetzung unter einer Bedingung. **Bedingte Verfügungen** sind grundsätzlich zulässig; Bedingung kann auch das Tun und/oder Unterlassen des Bedachten oder eines Dritten sein, wenn es sich auf den Gegenstand einer Zuwendung auswirkt.[210] Wie weit die Möglichkeit der Einflussnahme eines Dritten durch Einschaltung einer Bedingung geht, zeigt die Zulässigkeit der folgenden Formulierung:[211]

»Zu meinen Erben setzte ich diejenigen Kinder ein, die mein überlebender Ehegatte als Adoptivkinder in sein Heim aufnimmt.«

309 Unbedenklich ist es auch, eine Person unter der Bedingung einzusetzen, dass sie bestimmte Handlungen vornimmt oder nicht vornimmt. Kriterium für die Abgrenzung von unzulässigen Bedingungen soll das Motiv des Erblassers sein: die Bedingung soll dann zur Nichtigkeit führen, wenn der Erblasser hinsichtlich seiner Entscheidung **unentschlossen** war, zulässig soll sie dagegen sein, wenn er für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts einen **bestimmten Willen** gehabt hat. Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass das vom Bundesgerichtshof aufgestellte Kriterium der »Unentschlossenheit« zur Abgrenzung wenig geeignet ist.[212] Im Schwebezustand, der durch die Bedingung herbeigeführt wird, manifestiert sich in aller Regel die noch nicht abgeschlossene Willensbildung des Erblassers. Aber auch durch ein anderes Kriterium, nämlich dasjenige der »**Interessiertheit**«, wird die Frage nicht beantwortet, inwieweit sich der Erblasser einer eigenen Willensentscheidung entzogen hat.[213]

310 Wer im Rahmen des § 2065 für oder gegen die Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung argumentiert, muss die von der Rechtsprechung mittlerweile herausgearbeiteten Sonderfallgruppen kennen:

– Änderungsermächtigung bei **Nacherbfolge**[214] Die herrschende Meinung hält die Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, dass der Vorerbe nicht anderweitig verfügt, für zulässig.[215]
– Entscheidung durch **Schiedsrichter** oder Schiedsgutachter[216] Wenn der Schiedsrichter an die Stelle eines ordentlichen Gerichts tritt und nicht den Erblasserwillen ersetzt, liegt kein Verstoß gegen § 2065 vor.
– Anordnung eines **Losentscheides** zur Feststellung des Erben wird als zulässig angesehen.[217]

311 Die Entscheidung über die Wirksamkeit oder Nichtigkeit ist im Einzelfall schwierig. Sie hängt oft am »seidenen Faden«. Streiten die Parteien über die Reichweite des § 2065, ist es deshalb gerechtfertigt, eher als in vielen anderen Fällen weit auszuholen und über den Einzelfall hinaus unter Bezugnahme auf von der Rechtsprechung bereits entschiedene Fälle, aber auch unter Aufarbeitung der wissenschaftlichen, ja rechtshistorischen Diskus-

209 Vgl die Rechtsprechungs- und Literaturhinweise bei Palandt/*Edenhofer*, § 2065 Rn 9 ff.
210 *Staudinger – Otte* § 2065 Rn 13.
211 BayObLG NJW 1966, 622; OLG Köln RPfleger 1984, 236.
212 *Staudinger – Otte* § 2065 Rn 14.
213 Für dieses Kriterium: *Staudinger – Otte* § 2065 Rn 14.
214 Palandt/*Edenhofer*, § 2065 Rn 8 aE; BGHZ 59, 220; s. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 6: »Streit zwischen Vorerbe und Nacherbe«.
215 Krit: MüKoBGB/*Leipold* § 2065 Rn 10.
216 BayObLGZ 39, 79; *Soergel – Loritz* § 2065 Rn 9.
217 *Staudinger – Otte* § 2065 Rn 12; aA MüKoBGB/*Leipold* § 2065 Rn 14.

sion die eigene Position zu stärken. Wie weit dies gehen kann, zeigt das folgende Muster zur Verteidigung der Klausel:

Musterformulierungen: 312

»Meiner Ehefrau wird überlassen, unter meinen vier Kindern die Geeignetste oder den Geeignetsten zur Unternehmensfortführung auszuwählen.«

Im Schriftsatz vom 4.5.1998 hat die Antragsgegnerin die Auffassung vertreten, die Auswahlklausel verstoße wegen der Unbestimmtheit des Auswahlermessens gegen § 2065 II.

Diese Auffassung ist unzutreffend.

Nachdem es um wirtschaftlich und persönlich einschneidende, ja bedeutende Fragen geht, ist es gerechtfertigt, sich näher mit Sinn und Zweck der Regelung des § 2065 und dessen rechtshistorischer Einordnung zu befassen:

§ 2065 ergänzt in materieller Hinsicht die formelle Regelung des § 2064: Während § 2064 ein Vertretungsverbot anordnet (»Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten.«), betrifft § 2065 die inhaltliche Seite der Testamentserrichtung: Der Erblasser darf die Entscheidung darüber, ob seine letztwillige Verfügung gelten soll oder nicht, keinem Dritten überlassen. Die Gesetzesverfasser verwiesen darauf, es sei dem Erblasser untersagt, aus »Unentschlossenheit oder Verantwortungsscheu« einen eigenen Entschluss über Geltung und Inhalt seiner Verfügungen durch die Willensentscheidung eines Dritten zu ersetzen, diesem zu gestatten, den Erblasserwillen erst zu »schaffen« (Mot. V 35, 41). Damit folgte der Gesetzgeber keineswegs einem allgemein anerkannten Grundsatz des Naturrechts, auch keinem Prinzip, das etwa die Zeiten überdauert hätte. Wie *Zimmermann* (»Quos Titius voluerit«, höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder »Power of appointment« 1991, S 10 ff) gezeigt hat, haben verschiedene Rechtsordnungen zu verschiedenen Zeiten den Grundsatz der Selbstentscheidung hochgehalten oder im Gegensatz dazu die Privatautonomie des Erblassers betont, dem es auch gestattet sein müsse, sich der Hilfe oder der Entscheidungsbefugnis Dritter zu bedienen. Dies geht etwa aus der Bestimmung des § 2086 des Sächsischen Gesetzbuches hervor:

»Der Erblasser kann die Person des Bedachten oder den Gegenstand seiner Verfügung von dem Willen eines oder mehrerer bestimmter Dritter abhängig machen.«

Dem entspricht es, dass die Rechtsprechung von der reichsgerichtlichen Judikatur über diejenige des Bundesgerichtshofs in weitgehendem Umfang dem Erblasserwillen auch dann zum Erfolg verholfen hat, wenn eine der denkbaren Auslegungen eine Willensdelegation als möglich ansah. So hat das Reichsgericht der Einsetzung der Nichte des Erblassers als Nacherbin unter der Bedingung, dass die Ehefrau des Erblassers nicht anderweitig verfüge, als zulässig angesehen: Der Erblasser habe mit der erteilten Ermächtigung nur eine in das Unterlassen des Erben gestellte Bedingung gesetzt, von deren Eintritt der Anfall an die eingesetzte Nacherbin abhängig sein sollte. Auch eine in das Tun oder Unterlassen des Bedachten selbst gestellte Bedingung ist zulässig, wie sich aus § 2065 ergibt (RGZ 95, 278). Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 15, 201) bestätigt: § 2065 verlange nur, dass die willkürliche Entscheidungsbefugnis eines Dritten ausgeschlossen werde. Dies bedeute für die Frage, inwieweit der Erblasser durch die Anordnung von Bedingungen die Selbstentscheidung delegieren könne:

»Die Frage, welche an das Tun oder Unterlassen eines Dritten geknüpfte Bedingungen nach § 2065 zulässig sind, entscheidet sich danach, was der Erblasser damit, dass er die

Bedingung setzte, bezweckt hat. Sie ist unzulässig, wenn er hinsichtlich der von ihm selbst zu treffenden Entscheidung unentschlossen war und die Bedingung von ihm nur als Mittel genutzt wird, um den Entschluss dem Bedachten oder dem Dritten zu überlassen.«

Enthält ein Testament unklare Anordnungen, muss zunächst versucht werden, den erklärten Willen des Erblassers im Wege der Auslegung festzustellen. Dies gilt auch und gerade im Rahmen des § 2065 (MüKoBGB/*Leipold* § 2065 Rn 3). Der Grundsatz der Privatautonomie gebietet es nach Auslegungsergebnissen zu suchen, die dem Willen des Erblassers zur Umsetzung verhelfen, und nicht – wie der Schriftsatz vom 4.5.1998 es versucht, der Nichtigkeit anheim zu geben. Anders formuliert: die Darlegungslast liegt bei demjenigen, der dem Testament des Erblassers die Wirksamkeit versagt. Plakativ formuliert (vgl *Wubbe*, Der Wille des Erblassers bei Iav. D. 32, 100, 1, in: Festgabe für Max Kaser 1986, S 371):

»Hauptanliegen der Jurisprudenz war es wohl immer, dem Verstorbenen seinen letzten Willen zu erfüllen.«

Dies muss dazu führen, dass die vorliegende Klausel, in der der Witwe des Erblassers die Auswahl des Erben aus dem Kreis ihrer Kinder überlassen wird, wirksam ist. Hierbei wird nicht verkannt, dass idR der Bedachte testamentarisch so bestimmt werden soll, dass der Dritte nicht eigenes Ermessen an die Stelle der Auswahlentscheidung des Erblassers setzt. Es ist jedoch ohne weiteres möglich, die Witwe des Erblassers als unter der Auflage als Erbin eingesetzt anzusehen, dass sie die Erbschaft dem für die Fortführung des Unternehmens am geeignetsten erscheinenden Kind überträgt. Dass die Witwe mit erheblichen Macht- und Kontrollbefugnissen versehen sein sollte, zeigen die übrigen Klauseln des Testaments, insb auch die gegenständliche Zuwendung des beweglichen und unbeweglichen Privatvermögens des Erblassers. Dass dieses im Verhältnis zur Gesellschaftsbeteiligung nur einen geringen Bruchteil des Vermögens ausmacht, spielt keine Rolle. Wichtig ist, dass der Erblasser seiner Witwe die Befugnis einräumen wollte, nach Inbesitznahme des gesamten Vermögens darüber zu entscheiden, wer die Geschäfte der Firma fortführt. Dies kann die Antragstellerin nur, wenn sie bei der Auswahl weite Freiheit genießt. Dieses Auswahlermessen wiederum kann der Erblasser dem Bedachten durch Anordnung einer Auflage iSd § 2193 vorgeben. Nach dieser Vorschrift, kann die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten überlassen werden.

Rechtsanwalt

313 Das vorstehende Beispiel zeigt, dass durch die Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen der Anwendungsbereich des § 2065 unterlaufen bzw eingeschränkt werden kann. Mit einem Vermächtnis können beispielsweise mehrere Begünstigte in der Weise bedacht werden, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von ihnen das Vermächtnis erhalten soll, §§ 2151 f. Bei einem Vermächtnis an mehrere kann dem Beschwerten oder einem Dritten das Recht übertragen werden, zu bestimmen, was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll, § 2153. Beim Vermächtnis und bei der Auflage kann dem Beschwerten oder einem Dritten die Auswahl unter mehreren vom Erblasser angegebenen Gegenständen übertragen werden, §§ 2154, 2192. Darüber hinaus kann bei Vermächtnissen und Auflagen, deren Zweck vom Erblasser festgelegt ist, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen werden, §§ 2156, 2192.

Praxis-Tipp:

Geht das Gericht von einem Verstoß gegen § 2065 aus, muss nicht zwangsläufig die gesamte letztwillige Verfügung nichtig sein. Der mit § 2065 und der möglichen Nichtigkeitsfolge konfrontierte Anwalt muss an § 2085 denken.

Die **teilweise Unwirksamkeit** einer vom mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser ohne die unwirksame Verfügung die restlichen Verfügungen des Testaments nicht getroffen hätte. Dies gilt auch und gerade für die Fälle des § 2065. Erfolgte die Erbeinsetzung unter einer **auflösenden Bedingung**, kann diese idR sachlich und logisch vom übrigen Regelungsgehalt des Testaments abgegrenzt werden. Die Nichtigkeitsfolge bezieht sich danach nur auf die Bedingung, der übrige Inhalt des Testaments bleibt wirksam.[218] **314**

4. Sittenwidrigkeit

Auch hier muss der Anwalt genau unterscheiden zwischen einer auf persönlicher Enttäuschung gründenden Empörung und der möglichen Durchsetzbarkeit der Interessen seiner Mandanten. Sittenwidrig können letztwillige Verfügungen sein: **315**

– wenn der Erblasser seine nächsten Angehörigen übergangen hat. **316**

Der Erblasser kann jedoch grundsätzlich über sein Vermögen verfügen, wie es ihm beliebt. Es verstößt deshalb nicht gegen § 138, unter **Übergehung der nächsten Familienangehörigen** einen Freund oder ein nicht-eheliches Kind zum Universalerben einzusetzen.[219] Nur in Ausnahmefällen, nämlich wenn der Erblasser durch die Ausschließung der Angehörigen von der Erbfolge Druck auf deren **Entschließungsfreiheit** ausüben wollte, kann sein letzter Wille gem § 138 nichtig sein. Die in der Kommentarliteratur[220] genannten Fälle (zB Abhängigmachen der Erbeinsetzung von der Ehelosigkeit des Bedachten) zeigen bereits den Ausnahmecharakter eines derartigen Vorwurfs.

– wenn der Erblasser seine(n) Geliebte(n) bedacht hat. **317**

Es reicht nicht aus, dass zwischen dem Verfügenden und dem Bedachten eine außereheliche Liebesbeziehung bestanden hat. Sittenwidrigkeit kommt nur dann in Betracht, wenn die Zuwendung ausschließlich den Zweck hatte, die **geschlechtliche Hingabe** zu belohnen oder zu fördern.[221] Eine Vermutung, dass die Zuwendung an den Partner einer außerehelichen Beziehung eine Belohnung für die Aufrechterhaltung sexueller Beziehungen darstellt, besteht, entgegen der Rechtsprechung bis Anfang der 70er Jahre, nicht.[222]

– wenn der Erblasser einem behinderten Kind Zuwendungen gemacht hat, um diese dem Zugriff des Trägers der Sozialhilfe zu entziehen. **318**

Derartige Verfügungen unterliegen zwar Bedenken,[223] sind aber nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht sittenwidrig,[224] nachdem nach »allgemeiner Rechtsüberzeugung« Eltern ihrem **behinderten Kind** nicht einen über dem Pflichtteil hinausgehenden Erbteil hinterlassen müssen.[225] Zulässig ist es auch, das behinderte Kind zum Vorerben zu berufen und Testamentsvollstreckung (§§ 2209, 2210 S 2) anzuordnen, um so den Sozial-

218 *Staudinger – Otte* § 2065 Rn 45.
219 BayObLG NJW 1990, 2056; OLG Hamm OLGZ 1979, 425.
220 Palandt/*Heinrichs*, § 138 Rn 49 ff.
221 BGHZ 12, 262.
222 BGH FamRZ 1971, 638.
223 *Goebel*, FamRZ 1997, 656.
224 BGHZ 111, 39; 123, 369; VG Lüneburg NJW 2000, 1885.
225 *Nieder*, NJW 1994, 1264.

hilfeträger von den Nachlassgegenständen fernzuhalten (§ 2214). In dieser Fallgestaltung ist es üblich, den Testamentsvollstrecker anzuweisen, bestimmte Leistungen aus den Erträgnissen dem Behinderten zu erbringen, ohne dass der Sozialhilfeträger die Erträgnisse nach den §§ 88, 89, 76 ff BSHG für sich verwenden könnte.[226]

Zuwendungen an Betreuer, dessen Angehörige oder eine Person, die den Erblasser aufgrund einer Vorsorgevollmacht oder medizinisch betreut hat, verstoßen nicht per se gegen die guten Sitten. Allein die im weiteren Sinne »amtliche Funktion« des Begünstigten reicht also nicht, um eine letztwillige Zuwendung zu Gunsten des Betreuers als sittenwidrig im Sinne des § 138 erscheinen zu lassen. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die ein Sittenwidrigkeitsurteil rechtfertigen.[227] Maßgeblich sind die Umstände, die zur Errichtung der letztwilligen Verfügung geführt haben, sowie die Absichten und Motive der Beteiligten. »Entlastend« kann wirken, dass der Betreuer auf ausdrücklichen Wunsch des Erblassers bestellt worden und mit ihm im Rahmen einer Lebensgemeinschaft verbunden war.[228] In einem anderen Fall[229] hatte der Betreuer das Vertrauen des Betreuten enttäuscht und seine Rechtsmacht ausgenutzt, eine leicht beeinflussbare Person ohne reifliche Überlegung über erhebliche Vermögenswerte verfügen zu lassen. Er hatte sich (bzw seine Angehörigen) begünstigen lassen. Die Verfügung war bei einem nur dem Betreuer bekannten Notar errichtet worden. In diesem Fall ergab die Gesamtwürdigung der Umstände die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung.

5. Zuwendung an Personen in besonderer Stellung oder an Angehörige bestimmter Berufsgruppen (Heimgesetz, BAT)

▶ **Praxis-Tipp:**

In allen Fällen, in denen Begünstigter einer letztwilligen Verfügung ein **Angehöriger des öffentlichen Dienstes** oder ein **Mitarbeiter des Heimes** ist, in dem der Erblasser zuletzt wohnte, muss der Anwalt an Nichtigkeitsgründe denken, die sich aus speziellen gesetzlichen Vorschriften ergeben.

319 Eine letztwillige Verfügung kann wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sein, wenn

320 – dem Leiter, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern einer Heimeinrichtung Vermögensvorteile durch die letztwillige Verfügung zufließen.

Das Verbot der Annahme von Vermögensvorteilen iSd **§ 14 Heimgesetz**[230] führt nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur[231] zur Nichtigkeit der

226 *Van de Loo*, NJW 1990, 2852; Ob der Sozialhilfeträger auch das Ausschlagungsrecht gem § 90 I 1 BSHG auf sich überleiten kann, ist umstritten. Verneinend mit der Begründung, es handele sich bei diesem um ein Gestaltungsrecht und nicht um einen Anspruch: *Kuchinke*, FamRZ 1992, 362 f; **aA:** die hM, vgl *Nieder*, NJW 1994, 1265 mwN, insb Fn 4.

227 Vgl *Schwab*, FamRZ 1990, 681, 688; *Damrau/Zimmermann*, Betreuung und Vormundschaft, 2. Auflage, § 1908i Rn 10; *Müller*, ZEV 1998, 219, 223.

228 So lag der Fall BayObLG FamRZ 1998, 702.

229 OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1198.

230 Das Heimrecht wrude im Rahmen der großen Förderalismusreform in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG den Ländern zugeordnet, es sind bereits (Stand Ende 2009) landesrechtliche Regelungen in Kraft getreten. Anstelle des HeimG gilt in Baden-Württemberg seit dem 1.7.2008 das Landesheimgesetz vom 10.6.2008 (LHeimG BW), in Nordrhein-Westfalen seit dem 9.12.2008 das Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz-WTG), im Saarland seit dem 19.6.2009 das Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS) vom 6.5.2009 und in Schleswig-Holstein seit dem 1.8.2009 das Selbstbestimmungsstärkungsgesetz (SbStG) vom 17.7.2009, vgl. hierzu *Spall* MittBayNot 2010, 10.

231 BGHZ 110, 237; OLG München ZEV 1996, 148; Palandt/*Heinrichs*, § 134 Rn 19.

Verfügung. Dieses Verbot gilt auch für Zuwendungen von Heimbewerbern[232] und von Eltern und Kindern von Heimbewohnern,[233] es erfasst auch Kleinstheime, gilt aber nicht für die Betreuung innerhalb der Familie.[234] Es gilt nicht für private Pflegepersonen, nicht für ambulante Pflegedienste[235] und für Betreuer.[236] Letztwillige Verfügungen sind aber nicht unwirksam, wenn der Bedachte von diesen nicht unterrichtet war, vielmehr erst nach dem Tod des Erblassers von ihnen erfährt, wobei sich allerdings der Heimträger das Wissen des Heimpersonals zurechnen lassen muss.[237]

– **Angestellte des öffentliches Dienstes sowie Beamte** dürfen gem § 10 BAT, § 43 Beamtenrechtsrahmengesetz bzw § 70 Bundesbeamtengesetz Zuwendungen, die nicht hauptsächlich in der privaten Sphäre begründet sind, nicht annehmen. **321**

Gegen die Einordnung als Verbotsgesetz hat sich der Bundesgerichtshof ausgesprochen und die anders lautende Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm verworfen.[238]

6. Verstoß gegen Formvorschriften

In aller Regel lässt sich auf den ersten Blick feststellen, ob Angriffe gegen das Testament im Hinblick auf etwaige Formbedenken möglich sind. Aber auch hier gilt: Juristische Phantasie eröffnet weitergehende Angriffsmöglichkeiten als zunächst Erfolg versprechend erscheint. Genannt seien folgende praxisrelevanten Fallgestaltungen: **322**

a) Bei eigenhändigen Testamenten

– **Minderjährige Leseunfähige** können kein eigenhändiges Testament errichten, § 2247 IV. **323**
– Zweifel am Testierwillen sind angebracht, wenn der letzte Wille als **Brief** formuliert ist oder Umstände vorliegen, die auf einen Entwurf hindeuten.[239]
– An der Voraussetzung der **»eigenhändigen Unterschrift«** iSd § 2247 Abs I kann gezweifelt werden, wenn ein Dritter an der Niederschrift mitwirkt **(»Schreibhilfe«)**. Solange der Schriftzug noch vom Willen des Erblassers abhängig bleibt, ist das Erfordernis der Eigenhändigkeit gewahrt.[240]
– **Zusätze** in Maschinenschrift machen die Anordnung des Erblassers ungültig, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser nicht ohne die unwirksame Ergänzung verfügt hätte, § 2085.[241] Unwirksamkeit ist auch anzunehmen, wenn die maschinenschriftlichen Zusätze von derartiger Bedeutung sind, dass der verbleibende, wirksam errichtete Text nicht ausreicht, um den letzten Willen des Erblassers nachvollziehbar zu machen.[242]

---

232 BGH NJW-RR 1995, 1272.
233 LG Flensburg NJW 1993, 1866; OLG Düsseldorf ZEV 1997, 1541.
234 BayObLG NJW-RR 1999, 1454.
235 OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 22.
236 BayObLG NJW 1998, 2369.
237 BayObLG NJW 1992, 56; 1993, 1173.
238 BGH ZEV 2000, 202 gegen OLG Hamm NJW-RR 1999, 494; vgl auch BayOlbLG NJW 1995, 3260. Die unterschiedlichen Auffassungen haben praktische Bedeutung, wenn man sich vor Augen hält, dass aufgrund gesetzlicher oder tarifvertraglicher Regelungen die Vorschriften des BAT auch bei Beschäftigungsverhältnissen gelten, bei denen die Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht sofort erkennbar ist (etwa bei Sparkassenangestellten).
239 BayObLG RPfleger 1980, 189; BayObLG NJW 1970, 2300.
240 BGHZ 47, 78.
241 BayObLG FamRZ 1986, 726; großzügig OLG Hamm NJW 2003, 2391: Zur Ermittlung von Schlusserben, die im Testament als in »beigefügter Liste aufgeführte Verwandte« bezeichnet werden, kann eine maschinenschriftliche Liste verwertet werden.
242 *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn 1076; vgl aber die in der vorhergehenden Fn zitierte Entscheidung des OLG Hamm.

– Die **Bezugnahme** auf nicht den Voraussetzungen des § 2247 I unterliegende Schriftstücke, etwa einen Maschinen geschriebenen Text kann zur Unwirksamkeit führen. Dies gilt nur dann nicht, wenn der wesentliche Wille des Erblassers (Erbeinsetzung, Begünstigter, Gegenstand der Zuwendung, Quote) aus dem Testament selbst hervorgeht, die Bezugnahme also nur der Erläuterung oder Auslegung dient.[243]
– Die **Unterschrift** muss den Text **abschließen**. Die Rechtsprechung fordert den »räumlichen Abschluss« durch die Unterschrift, um nachträglichen Zusätzen von fremder Hand vorzubeugen.[244] Wird die Unterschrift neben den Text oder auf ein neues Blatt der Urkunde gesetzt, weil unter den Anordnungen des Erblassers kein Raum mehr ist, lassen die Gerichte das Erscheinungsbild der gesamten Urkunde entscheiden. Ergibt der Gesamteindruck, dass der Text von der Unterschrift gedeckt ist, wird das Testament als wirksam angesehen.[245] Die **Selbstbenennung** des Erblassers am Anfang der Urkunde stellt keine Unterschrift iSd § 2247 I dar.[246]

324 Dagegen kann die Namensunterschrift auf dem **Testamentsumschlag** das Formerfordernis erfüllen, wenn der Gesamteindruck ergibt, dass es sich bei der Unterschrift auf dem Umschlag um die äußere Fortsetzung und den Abschluss der im Umschlag vorhandenen Erklärungen des Erblassers handelt.[247]

325 Bei allen eben genannten Zweifelsfällen gilt: Ein äußerlich formgültiges Testament begründet die tatsächliche Vermutung, dass es formwirksam vom Erblasser errichtet wurde.[248] Gelingt es dem Angreifer, diese Vermutung zu erschüttern, ist derjenige, der sich auf das Testament beruft, nach allgemeinen Grundsätzen für die Einhaltung der Wirksamkeitsvoraussetzungen **beweispflichtig**, er muss insb die Echtheit der Unterschrift, die eigenhändige Errichtung des Textes und den Testierwillen des Erblassers beweisen.[249] Die Beweismittel müssen die volle Überzeugung des Gerichts von den zu beweisenden Tatsachen begründen. Bleiben nach Durchführung aller Ermittlungen (im Erbscheinverfahren: § 2358 iVm §§ 12, 15 FGG) Zweifel an der Echtheit der letztwilligen Verfügung, ist diese nicht für die Erbfolge maßgeblich; das Nachlassgericht wird aufgrund der umstrittenen letztwilligen Verfügung keinen Erbschein erteilen.[250]

b) Bei öffentlichen Testamenten iSd § 2232

326 Eine von einem Notar beurkundete Verfügung von Todes wegen ist insoweit unwirksam, als sie dem Notar selbst, seinem jetzigen oder früheren Ehegatten oder näher verwandten Personen einen **Vorteil** bringt (§ 7 BeurkG). Bedacht ist der Notar bzw eine der im Gesetz als ihm nahe stehend bezeichneten Personen, wenn sich eine **unmittelbare Begünstigung** als Folge der letztwilligen Verfügung ergibt.[251] Erlangt der Notar in irgendeiner Weise durch die letztwillige Verfügung einen Vorteil, muss akribisch geprüft werden, ob dieser nur als »ideeller« anzusehen ist, mit der Folge, dass die Nichtigkeitsfolge nicht eingreift, oder ob dem Notar ein »rechtlicher Vermögensvorteil« zugewendet wurde.[252] Unwirksam ist auch eine Verfügung, in der der Notar zum **Testamentsvollstrecker** ernannt wird (§ 27 BeurkG). Ein Verstoß gegen die §§ 7, 27 BeurkG liegt dagegen nicht vor, wenn ein Sozius

243 BGH WM 1980, 1039; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 1413.
244 BayObLGZ 1981, 79.
245 BayObLG FamRZ 1986, 728.
246 BayObLG NJW-RR 1986, 494; 1989, 9.
247 RGZ 110, 166; BayObLG NJW-RR 1989, 9.
248 BayObLG 1970, 2300.
249 BayObLG FamRZ 1985, 837; NJW-RR 1988, 389; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn 1087.
250 BayObLG NJW-RR 1988, 389.
251 MüKoBGB/*Burkhart* § 27 BeurkG Rn 8.
252 Vgl die Beispielsfälle bei MüKoBGB/*Burkhart* § 27 BeurkG Rn 9.

des Notars Testamentsvollstrecker wird, selbst dann nicht, wenn der Notar an der Vergütung aufgrund entsprechender Vereinbarungen im Sozietätsvertrag beteiligt ist.[253]

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch ein möglicher Verstoß gegen **§ 45 BRAO**: Die Vorschrift führt als Verbotsgesetz iSd § 134[254] zur Nichtigkeit der notariell beurkundeten Verfügung. § 45 BRAO hindert den Anwalt(-snotar) an der Übernahme eines Mandats, in dem er selbst oder sein Sozius (§ 45 III BRAO) zuvor mit der Rechtssache oder der Angelegenheit befasst war. § 45 II BRAO untersagt dem Rechtsanwalt die Übernahme des Mandats, wenn er zuvor gegen den Träger des zu verwaltenden Vermögens tätig geworden ist. Allerdings ist die Beurkundung des Testaments allein keine Rechtsanwaltstätigkeit gegen den Nachlass.[255] **327**

Muster **328**

An das

Amtsgericht

Nachlassgericht

In dem Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragen wir, den Antrag aus den nachfolgenden Gründen zurückzuweisen:

Die Übernahme des Testamentsvollstreckeramtes durch den Antragsteller, Herrn Notar Dr. Rasche, verstößt gegen § 45 II Nr 1 BRAO, seine Einsetzung als Testamentsvollstrecker ist gem § 134 unwirksam. Der Antragsteller hat nicht nur als Notar das Testament vom 6.10.2000 beurkundet. Er hat im Rahmen des Erbverzichtsvertrages, den die Erblasserin mit dem von uns vertretenen Antragsgegner am 31.7.2004 abgeschlossen hatte, die Erblasserin anwaltlich vertreten. Dies ergibt sich aus dem anliegend beigegebenen Schreiben des Antragstellers vom 1.7.2004.

Darüber hinaus liegen in der Person des Antragstellers Gründe für seine Entlassung gem § 2227 vor. Es ist nicht gewährleistet, dass er sein Amt unparteiisch ausüben wird (vgl Palandt/*Edenhofer* § 2227 Rn 5). Er hat sich in dem vorgenannten Schreiben überaus kritisch, ja abfällig über den Antragsgegner geäußert.

Rechtsanwalt

Der Notar muss dem Erblasser die gesamte Niederschrift der letztwilligen Verfügung **vorlesen**. Diese Pflicht bezieht sich auch auf ein Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und das ihr beigefügt wird, §§ 9 I S 3, 13 I BeurkG. Karten, Zeichnungen oder Abbildungen, auf die in der Urkunde verwiesen wird, sind ihr förmlich beizufügen, § 9 I S 3 BeurkG. Verletzt der Notar diese Beurkundungspflichten, liegt ein unheilbarer Formfehler vor,[256] der zur Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung führt. **329**

Errichten schreibbehinderte, schrift- und leseunkundige, blinde, stumme, taube oder taubstumme Personen eine letztwillige Verfügung, ist zu prüfen, ob die speziellen gesetzlichen Regelungen beachtet wurden: § 2233, §§ 22 ff BeurkG.[257] **330**

253 BGH NJW 1997, 946.
254 *Feuerich/Braun*, Bundesrechtsanwaltsordnung, § 45 Rn 36.
255 BGH NJW 1997, 946.
256 BayObLG RPfleger 1979, 458.
257 Vgl die tabellarische Übersicht bei *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn 1073, dort auch zu den Voraussetzungen der Testamentserrichtung durch Sprachunkundige; vgl *Stahl*, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 5 Rn 34 ff.

331 Die folgende Tabelle[258] zeigt, welche Sondervorschriften bei **behinderten Personen** beachtet werden müssen:

Testiermöglichkeiten	Eigenhändiges Testament	Gemeinschaftliches Testament	Notarielles Testament	Notarielles Testament durch Übergabe einer offenen Schrift	Notarielles Testament durch Übergabe einer verschlossenen Schrift
Volljähriger Erblasser	x	Ex	x	x	x
Minderjähriger Erblasser	–	–	x	x	–
Blinde, die die Blindenschrift lesen können	–	–	x	x	x
Taube Erblasser	x	Ex	x	x	x
Stumme Erblasser	x	Ex	–	x	x
Schreibunfähige Erblasser	–	–	Zx	Zx	Zx
Schreib- und sprechunfähige Erblasser	–	–	xx (ZV)	–	–
Leseunfähige Erblasser	–	–	Zx	–	–
Leseunfähige Stumme	–	–	–	–	–
Taube, Stumme oder Taubstumme ohne schriftliche Verständigungsmöglichkeit	–	–	–	Vx	Vx

x = zulässige Verfügungsform

– = unzulässige Verfügungsform

E = verheiratete Erblasser

Z = Beiziehung eines Zeugen oder zweiten Notars erforderlich

V = Beiziehung einer Vertrauensperson des Erblassers erforderlich

xx = zulässig, aber noch nicht gesetzlich geregelt

7. Anfechtung

332 Ist der Mandant entschlossen, das Testament anzugreifen, muss der Anwalt alle in Betracht kommenden **Anfechtungsmöglichkeiten** prüfen. Es sind dies bei einseitigen Testamenten

258 *Stahl*, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 5 Rn 38.

neben der **Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten**, § 2079, insb die in § 2078 geregelten **Irrtumsfälle**.

333 Fälle des **Inhalts- und Erklärungsirrtums**[259] sind in der Praxis selten. Auch wenn bisweilen ein Irrtum über die rechtliche Tragweite behauptet wird, lässt sich ein solcher selten schlüssig darlegen, geschweige denn beweisen. Am ehesten kann ein solcher Irrtum bei der Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages eine Rolle spielen.[260] Fälle des **Verschreibens oder Versprechens** (letzteres nur denkbar bei einem öffentlichen Testament) spielen praktisch keine Rolle.

▶ **Praxis-Tipp:**

Es wird häufig die Behauptung aufgestellt, der Erblasser hätte, falls er diesen oder jenen Umstand gekannt oder bedacht hätte, anders testiert. Der mit diesem Vorbringen konfrontierte Anwalt tut gut daran, auf den »Filter« hinzuweisen, der sich aus der Rechtsprechung der Obergerichte ergibt: nur **besonders schwerwiegende Umstände**, die gerade diesen Erblasser unter Berücksichtigung seiner Vorstellungen mit Sicherheit dazu gebracht hätten, anders zu testieren, begründen einen **Motivirrtum** iSd § 2078 II.[261] Es reicht also nicht jede Fehlvorstellung aus, um einen relevanten Irrtum anzunehmen. Bedeutsame Umstände iSd § 2078 II können sich auf die Vergangenheit und Gegenwart, die Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts in der Zukunft beziehen.[262]

334 Nicht leichtfertig übergangen, genauso wenig aber ohne weiteres zum Anlass für eine Anfechtung genommen werden darf die Schilderung des Mandanten, der Erblasser habe in der Erwartung testiert, dass **künftige Unstimmigkeiten** zwischen ihm und den in der letztwilligen Verfügung Bedachten ausblieben. Zwar begründet diese Erwartung grundsätzlich einen Anfechtungsgrund.[263] Dem Anfechtenden obliegt es aber nachzuweisen, dass die Fehlvorstellung mindestens mitbestimmend für die letztwillige Verfügung gewesen ist. Die **Kausalität** fehlt, wenn der Erblasser auch ohne die irrige Vorstellung in der vorliegenden Weise testiert hätte.[264] Änderte beispielsweise der Erblasser trotz eingetretener Zwistigkeiten nach der Testamentserrichtung seine letztwillige Verfügung nicht, ergibt sich idR hieraus, dass die getroffene Verfügung seinem Willen (weiter) entspricht.[265] Demjenigen, der sich auf die Irrtumsanfechtung beruft, muss in einem solchen Fall der Nachweis gelingen, dass der Erblasser nur aus Nachlässigkeit oder Passivität oder im Hinblick auf seinen schlechten Gesundheitszustand den Widerruf oder die Neuerrichtung seines Testaments unterließ.[266]

335 Schwierig ist der Umgang mit sog »**unbewussten Vorstellungen**«. Darunter werden in die Zukunft gerichtete Erwartungen des Erblassers verstanden, die ihm als so selbstverständlich erschienen, dass sie nur in seinem Unterbewusstsein vorhanden waren, er sie aber als Grundlage seiner Verfügungen ansah. Klassischer Beispielsfall für eine derartige Vorstellung ist die Erwartung des Erblassers, die **Ehe** mit seinem als Erben eingesetzten Partner werde **harmonisch** verlaufen.[267] Tritt diese Erwartung nicht ein, kann dies die Anfechtung nach **§ 2078 II** begründen.[268] Auch hier gilt aber das eben genannte Korrektiv der Kausalität.

---

259 Vgl zu diesen Palandt/*Edenhofer*, § 2078 Rn 3.
260 Vgl hierzu BayObLG NJW-RR 1997, 1027; OLG Hamm OLGZ 1966, 497.
261 BGH NJW-RR 1987, 1412.
262 Vgl die Beispielsfälle bei Palandt/*Edenhofer*, § 2078 Rn 4 ff.
263 BGH NJW 1963, 246; BGH FamRZ 1973, 539.
264 Palandt/*Edenhofer*, § 2078 Rn 9.
265 BayObLG FamRZ 1995, 246.
266 OLG Köln FamRZ 1990, 1038; BayObLG FamRZ 1990, 211.
267 BayObLG FamRZ 1990, 322.
268 BGH WM 1983, 567; OLG Hamm FamRZ 1994, 849.

336 Eine eigene Fallgruppe bilden die im Vertrauen auf den Fortbestand der **politischen Verhältnisse** in der ehemaligen DDR errichteten letztwilligen Verfügungen. Zwar kann bei Testamenten, denen Fehlvorstellungen über die politische und geschichtliche Entwicklung zugrunde lagen, ein Anfechtungsgrund gegeben sein, etwa wenn der Erblasser annahm, sein Vermögen in der ehemaligen DDR habe keinen wirtschaftlichen Wert, es sei nicht realisierbar.[269] Es ist jedoch eine starke Neigung der Rechtsprechung zu konstatieren, auf der Wiedervereinigung beruhende Veränderungen, auch Wertsteigerungen, als erst nach dem Tod eingetretene künftige Tatsachen anzusehen, die nicht als bestimmend für die letztwillige Verfügung anzusehen seien.[270]

▶ **Praxis-Tipp:**

Bei der Anfechtung wegen **Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten** iSd § 2079 ist ebenfalls das Korrektiv der Ursächlichkeit besonders sorgfältig zu prüfen. Fälle, in denen der Erblasser bei der Wiederverheiratung nicht sah oder nicht sehen wollte, dass er bereits mit seinem ersten Ehepartner ein Testament errichtet hatte, und die ihm bereits zu Lebzeiten mögliche Anfechtung unterließ, sind nicht selten. Eine weitere häufig vorkommende Fallgruppe des § 2079 darf nicht außer Acht gelassen werden: Der Pflichtteilsberechtigte war im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments noch gar nicht geboren. Immer zu prüfen ist, ob der neu hinzugekommene Berechtigte tatsächlich **übergangen** wurde. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn er weder enterbt noch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht wurde.[271] Hat aber der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten bewusst von der Erbfolge ausgeschlossen, besteht kein Anfechtungsrecht gem § 2079.

337 Besondere Bedeutung kommt der Regelung in § 2079 S 2 zu: Ist anzunehmen, dass der Erblasser die gleiche Verfügung getroffen hätte, falls er gewusst hätte, dass der anfechtungswillige Berechtigte zum Kreis der Pflichtteilsgläubiger gehört, scheidet die Anfechtung aus.[272] Auch hier ist auf die **tatsächliche Entwicklung** abzustellen. Zwar lässt sich aus dem Umstand, dass der Erblasser beispielsweise nach Wiederverheiratung sein Testament nicht geändert hat, nicht zwingend der Schluss ziehen, er habe schon bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung beabsichtigt, einen etwaigen zweiten Ehegatten zu übergehen. Die unterlassene Änderung kann aber ein Mosaikstein sein, der neben anderen Umständen belegt, dass der Erblasser eine Testamentsänderung absichtlich nicht vorgenommen hat.[273]

338 Bei allen in Betracht kommenden Anfechtungen sind **Form- und Fristfragen** zu beachten. Diese spielen gerade bei den eben referierten Fällen des § 2079 häufig eine entscheidende Rolle. Beim Ehegattentestament können Verfügungen des überlebenden Ehegatten erst nach dessen Tod von Dritten angefochten werden. Der neue Ehegatte des Zuletztverstorbenen kann – wie oben gezeigt – als neu hinzugekommener Pflichtteilsberechtigter das Anfechtungsrecht nicht mehr wirksam ausüben, wenn sein Partner das Recht, die Verfügung aus eben diesem Grunde – Wiederverheiratung – anzufechten, durch Fristablauf

269 Vgl die bei Palandt/*Edenhofer*, § 2078 Rn 6 zitierten Beispielsfälle.
270 Vgl *Meyer*, ZEV 1994, 12.
271 BayObLG 1993, 389; weitergehend MüKoBGB/*Leipold* § 2079 Rn 6: Übergehen liegt auch vor, wenn das Pflichtteilsrecht des Anfechtenden bei Testamentserrichtung noch nicht bestand, eine Zuwendung zwar erfolgte, diese jedoch nicht vor dem Hintergrund der Stellung als pflichtteilsberechtigter Erbe vorgenommen wurde.
272 BGH NJW 1981, 1735.
273 BGHZ 80, 295.

oder Bestätigung verloren hatte.[274] Dies gilt jedoch nicht für die Anfechtung einseitiger Verfügungen des überlebenden Ehegatten.[275]

339 **Anfechtungsberechtigter** ist gem § 2080 I jeder, dem die Vernichtung der Verfügung unmittelbar zustatten kommt. Die Anfechtung erfolgt **formlos**, und zwar bei einer Erbeinsetzung, Enterbung, Testamentsvollstreckerernennung oder Aufhebung solcher Verfügungen gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2081 I), sonst gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 143 I, IV). Die Anfechtung ist **innerhalb eines Jahres** ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes zu erklären, § 2082.

340 **Erbvertragliche Verfügungen** kann der Erblasser zu Lebzeiten seines Partners durch **höchstpersönliche, notariell beurkundete Erklärung**, die dem anderen Vertragsschließenden in Ausfertigung zugehen muss, anfechten, §§ 2282, 130. Für **Dritte** gilt nach dem Erbfall: Gegen die Erbeinsetzung, die Enterbung, die Testamentsvollstreckerernennung und die Aufhebung solcher Verfügungen ist das **Nachlassgericht Anfechtungsadressat** (§ 2081 I), sonst der Anfechtungsgegner. Dasselbe gilt analog bei vertragsmäßigen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten.[276]

III. Übersicht über Unwirksamkeitsgründe

341 Die nachfolgenden Gründe,[277] die ein Testament oder einen Erbvertrag unwirksam machen können, muss der Anwalt kennen und sowohl in der Position desjenigen, der gegen ein Testament vorgeht, als auch als Vertreter des Mandanten, der eine letztwillige Verfügung verteidigt, anzuwenden in der Lage sein.

	Gründe für die Unwirksamkeit	Voraussetzungen/ Besonderheiten	Fragen
1.	Bindung an früher abgeschlossenen Erbvertrag, § 2289 II S 1 oder Ehegattentestament, § 2271 I S 2	• Wirksamkeit des Erbvertrages	• Wurde im Erbvertrag ein (ggf stillschweigend vereinbarter) Änderungsvorbehalt geregelt? • Hat der Vertragspartner formgerecht in die Abänderung eingewilligt (§§ 2290 IV, 2276)? • Enthält das Ehegattentestament einen (stillschweigenden) Änderungsvorbehalt? • Befreiung von der Bindung durch den anderen Ehegatten (beispielsweise durch Zustimmung)?
		• Bindung besteht nur bei vertragsmäßigen Verfügungen iSd § 2299 bzw wechselbezüglichen Verfügungen iSd § 2270.	• Formgerechter Widerruf des Ehegattentestaments (§§ 2270 I S 1, 2296 II)?

274 Palandt/*Edenhofer*, § 2271 Rn 32; BayObLG FamRZ 1992, 1102.
275 BGH FamRZ 1956, 83.
276 BGH NJW 1962, 1913.
277 Vgl *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, S. 253 ff (S 197 ff).

	Gründe für die Unwirksamkeit	Voraussetzungen/ Besonderheiten	Fragen
2.	Testierunfähigkeit, § 2229 IV (Erbvertrag: § 2275 I iVm §§ 2, 104 Nr 2)	• Testierunfähig ist, wer nicht in der Lage ist, sich ein klares Urteil über die Tragweite seiner Anordnungen zu bilden, insb über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen, und nach diesem Urteil frei von den Einflüssen etwaiger Dritter zu handeln (BGH NJW 1959, 1822; BayObLG FamRZ 1986, 728; OLG Köln FamRZ 1991, 1356).	• Berufen sich Auskunftspersonen auf Zeugnisverweigerungsrecht? In diesem Fall: Hinweis auf mutmaßlichen Willen des Erblassers, die für die Wirksamkeit des Testaments sprechenden Umstände aufzuklären.
		• Feststellungslast trifft denjenigen, der Testierunfähigkeit behauptet.	• Kann nachgewiesen werden, dass der Erblasser dar an gehindert war, sich ein klares Urteil über die Tragweite seiner Anordnungen zu bilden?
		• Klärung der Testierfähigkeit erfordert meist ein Gutachten eines Sachverständigen (Psychiater).	• Gibt es Zeugen für die Testierunfähigkeit?
3.	Verstoß gegen die guten Sitten gem § 138	• Maßgeblich ist nicht die Auffassung des Gerichts, sondern objektive Maßstäbe.	• Können Umstände nachgewiesen werden, die die Zurücksetzung nahestehender Personen als sittenwidrig qualifizieren? (Beispiele: familienfeindliche Gesinnung; Druck auf die Entscheidungsfreiheit)
		• Zu beurteilen ist die Sittenwidrigkeit nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung.	
		• Von sittenwidrigen Bedingungen ist auszugehen, wenn durch diese unzulässiger Druck auf die Entschließungsfreiheit des Bedachten genommen werden sollte.	• Beim Geliebtentestament: Lässt sich beweisen, dass die Zuwendung ausschließlich die geschlechtliche Hingabe belohnen oder den Bedachten zur Fortsetzung des geschlechtlichen Verhältnisses veranlassen sollte?

	Gründe für die Unwirksamkeit	Voraussetzungen/ Besonderheiten	Fragen
4.	Verstoß gegen das Verbot der Drittbestimmung iSd § 2065	• Gilt nicht bei Vermächtnissen und Auflagen (§§ 2151, 2152, 2156, 2192, 2193); gilt nicht bei Erbauseinandersetzungen (§ 2048 S 2) sowie bei der Drittbestimmung des Testamentsvollstreckers (§§ 2198 ff)	• Bei Auswahlermessen: Hat der Erblasser dem Dritten Vorgaben gemacht, die die Bezeichnung des Erben jedem mit ausreichender Sachkunde Ausgestatteten erlauben, ohne dass dieser eigenes Ermessen einsetzen müsste? • Kann die Verfügung nach Auslegung als wirksam aufrechterhalten werden? (zB der Auswahlberechtigte gilt als unter der Auflage eingesetzt, unter bestimmten Voraussetzungen das Erbe weiterzugeben.) • Liegt der anerkannte Ausnahmefall vor, wonach ein Nacherbe unter der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung eingesetzt wurde, dass der Vorerbe nicht anders verfügt (BGHZ 59, 229)?
5. a)	Gesetzesverstoß iSd § 134 Strafrechtliche Vorschriften: Finanzierung einer verfassungswidrigen Partei, §§ 84, 85 StGB, Wählerbestechung iSd § 108b StGB, Vorteilsgewährung iSd § 333 StGB.		
b)	Heimgesetz	§ 14 HeimG gilt nur, wenn die Zuwendung dem Bedachten bekannt war, aber auch für Zuwendungen von Heimbewerbern.	• Ist Kenntnis des Bedachten von der Verfügung nachweisbar?
c)	Verstoß gegen die Annahme von Vergünstigungen gem § 10 BAT bzw § 43 Beamtenrechtsrahmengesetz oder § 70 Bundesbeamtengesetz	Nichtigkeit setzt dienstbezogene Begünstigung im Testament voraus.	• Sind die Vorschriften einschlägig, wurde beispielsweise die Geltung tarifvertragsrechtlicher Vorschriften vereinbart? • Ist ein Dienstbezug erkenn- und beweisbar?

	Gründe für die Unwirksamkeit	Voraussetzungen/ Besonderheiten	Fragen
6.	Anfechtung wegen Irrtums (Inhalts-, Erklärungs- bzw Motivirrtum) oder wegen Drohung	• Vorrang der Auslegung • Zu prüfen: Hätte der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung abgegeben oder nicht?	• Lässt sich der Irrtum nachweisen? • Hat sich der Erblasser über zukünftige Entwicklungen geirrt, etwa die Vorstellung, seine Beziehungen zu den Bedachten würden weiter gut bleiben? • Kann die Kausalität des Irrtums nachgewiesen werden? • Lagen besonders schwerwiegende Umstände vor, die den Erblasser mit Sicherheit dazu bestimmt hätten, anders zu testieren, hätte er die Umstände bzw die Entwicklung gekannt?