

Testamentsauslegung

Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen

von

Dr. Claus-Henrik Horn, Dr. Ludwig Kroiß

1. Auflage

Testamentsauslegung – Horn / Kroiß

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62960 0

Juristen – durchaus Begünstigungen als „*Auflage*“ bezeichnet werden, bei denen es sich aber nach individueller Auslegung allein auf Basis der Testamentsurkunde um ein Vermächtnis handeln soll. Überraschend wenige gerichtliche Entscheidungen sind zur Abgrenzung eines Erben bzw. vielmehr eines Vermächtnisnehmers zu einem Auflagenbegünstigten ergangen.¹²⁹

2. Rechtliche Hintergründe

a) **Begriff und rechtliche Wirkung.** Durch eine Auflage legt der Erblasser einem Erben oder Vermächtnisnehmer eine Verpflichtung auf, ohne dass die begünstigte Person ein Recht auf Leistung erhält (§ 1940 BGB).¹³⁰ Dass der Begünstigte keinen Anspruch auf die Leistung hat, ist die Besonderheit und das Abgrenzungsmerkmal einer Auflage gegenüber dem Vermächtnis.¹³¹ Die Auflage gewährt dem Begünstigten nur eine **Leistungspflicht ohne Erfüllungsanspruch**.¹³² Ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer bzw. auch eine Erbengemeinschaft werden in dem gewollten Umfang beschwert, ohne „*andererseits zugleich*“ den Begünstigten „*zu berechtigen*“.¹³³ Weil durch die Auflage kein Recht für den Begünstigten entsteht, fasst das Gesetz sie nicht unter den Begriff der Zuwendung.¹³⁴

Eine Begünstigung durch eine Auflage ist im Zweifel **nicht vererblich**.¹³⁵ Die Auflage kann mit **wechselbezüglicher bzw. vertragsmäßiger Wirkung** angeordnet werden (§ 2270 Abs. 3; § 2278 Abs. 2 BGB).

b) **Abmilderung des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes und gerichtliche Kontrolle.** Gem. § 2065 Abs. 2 BGB muss der Erblasser seinen **Erben** höchstpersönlich bestimmen.¹³⁶ Eine Abmilderung besteht bei einem **Zweckvermächtnis** mit einem Bestimmungsrecht (§§ 2151, 2156 BGB). Ein Dritter hat seine Entscheidung nach *billigem Ermessen* zu treffen, was gem. §§ 315 bis 319 BGB der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.¹³⁷

Durch eine **Zweckauflage** gem. § 2193 Abs. 1 BGB kann die Bestimmung des Bedachten nochmals abgemildert¹³⁸ und in das *freie Belieben* eines Dritten oder des Beschwernten gestellt werden;¹³⁹ lediglich der Zweck muss von dem Erblasser letztwillig bestimmt werden. Die von einem Dritten zu treffende Auswahlentscheidung unterliegt lediglich insoweit einer gerichtlichen Kontrolle, ob sie „*den vom Erblasser bestimmten Zweck offensichtlich verfehlt oder auf Arglist beruht*“.¹⁴⁰

c) **Durchsetzung bzw. Vollziehung.** Die Durchsetzung kann nur der **Vollziehungsberechtigte** gem. § 2194 BGB erzwingen, also ein Erbe oder derjenige, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwernten unmittelbar zustattenkommen würde. Sofern die Vollziehung im **öffentlichen Interesse** liegt, kann auch die zuständige **Behörde** die Vollziehung verlangen (§ 2194 S. 2 BGB). Nur wenn der Erbe Auflagenbegünstigter ist, kann er selbst für sich die Vollziehung der Auflage verlangen.¹⁴¹ Der Erblasser kann durch die Anordnung einer **Testamentsvollstreckung** die Umsetzung der Auflage sicherstellen (§ 2203 BGB).¹⁴²

¹²⁹ FG Nürnberg DStRE 2010, 1363; OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 1307; BayObLG ZEV 2003, 241; OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30 186 019; KG ZEV 1998, 306; BGH NJW 1993, 2168.

¹³⁰ OLG Koblenz NJW-RR 1986, 1039, 1040; Bamberger/Roth/Müller-Christmann § 1940 Rn. 2; NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 2; Olzen Rn. 370.

¹³¹ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30 186 019 – Besprechung durch Frieser in ZFE 2002, 262; NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 2; MünchKommBGB/Leipold § 1939 Rn. 2.

¹³² Burandt/Rojahn/Große-Boymann § 1940 Rn. 1; Palandt/Weidlich § 1940 Rn. 1.

¹³³ KG ZEV 1998, 306.

¹³⁴ Vgl. § 2279 Abs. 1 und § 2065 Abs. 2 i. V. m. § 2192 BGB.

¹³⁵ Groll/Trisch B V Rn. 7.

¹³⁶ Ggf. abhängig durch Potestativbedingungen, s. dazu 12.

¹³⁷ Damrau/Linnartz § 2156 Rn. 6; NK-BGB/J. Mayer § 2193 Rn. 10.

¹³⁸ Schwarz ZEV 2011, 292, 294; Bamberger/Roth/Müller-Christmann § 2193 Rn. 1; Lange/Kuchinke § 30 II 3 b.

¹³⁹ MünchKommBGB/Schlichting § 2193 Rn. 7; Schwarz ZEV 2011, 292, 294.

¹⁴⁰ BGH NJW 1993, 2168, 2169; Burandt/Rojahn/Burandt § 2193 Rn. 3.

¹⁴¹ Str., so aber OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 1307, 1308; MünchKommBGB/Leipold § 2194 Rn. 3.

¹⁴² MAH-Erbrecht/Schlitt § 13 Rn. 22; NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 2; Vorwerk ZEV 1998, 297.

- 55 d) **Gegenstand.** Der Gegenstand einer Auflage kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen,¹⁴³ also mithin „*alles, wozu man sich schuldrechtlich verpflichten kann*“.¹⁴⁴ Auflagen haben oftmals keinen vermögensrechtlichen Inhalt,¹⁴⁵ sondern einen höchstpersönlichen Charakter; oftmals treffen sie nur einen ganz bestimmten Beschwerten.¹⁴⁶
- 56 e) **Abgrenzung zur Erbeinsetzung.** Für eine Erbeinsetzung in Abgrenzung zu einer Auflage spricht,¹⁴⁷ wenn der Erblasser dem Bedachten seinen Nachlass überantworten, ihn also für die Verbindlichkeiten haften lassen und ihn als seinen Rechtsnachfolger ansehen wollte.¹⁴⁸ Eine vermeintliche Erbeinsetzung eines Erbnunfähigen kann auch in eine Auflage **umgedeutet** werden, mit dem Inhalt, dass ein Rechtsträger zwar Erbe wird, aber mit der Verwendungsaufgabe, den Nachlass zweckgebunden einzusetzen, beschwert ist.¹⁴⁹
- 57 **Beispiele:**
Der Verstorbene hat seinen Hund zu seinem Erben eingesetzt. Da dieser als Sache gem. § 90 a BGB nicht erbfähig ist, kann beispielsweise derjenige, der den Hund laut Testament pflegen sollte, im Wege der Auslegung Erbe sein, aber mit der Auflage beschwert, den Nachlasswert dem Hund zu Gute kommen zu lassen.
Auch wenn etwa ein Verstorbener die juristische Fakultät oder eine Krankenhausabteilung zum Erben eingesetzt hat, kann als Erbe die dahinter stehende juristische Person, hier die Universität oder das Krankenhaus angesehen werden, aber mit der Pflicht der zweckgebundenen Verwendung.
- 58 f) **Abgrenzung zum unverbindlichen Wunsch und zur Bedingung.** Im Gegensatz zu einem bloßen Wunsch, einem **Rat** oder einer **Empfehlung** des Erblassers begründet die Auflage eine rechtliche Verpflichtung,¹⁵⁰ eine Leistungspflicht.¹⁵¹ Diese stehen im Gegensatz zur Auflage im freien Belieben des Erben oder Vermächtnisnehmers.¹⁵² Aber auch mit den Worten „*ich hoffe*“ oder „*ich wünsche*“ kann eine Auflage angeordnet werden.¹⁵³
Statt als Auflage kann eine letztwillige Anordnung auch als **Bedingung** ausgelegt werden, von der die testamentarische Begünstigung abhängig ist.¹⁵⁴

3. Abgrenzungskriterien

- 59 a) **Gegen eine Auflage.** Das entscheidende Abgrenzungskriterium besteht in der Frage, ob der Begünstigte selber seinen Anspruch gegen den Beschwerten durchsetzen können soll, also einen **klagbaren Anspruch** hat.¹⁵⁵ Das ist bei einem Vermächtnisanspruch der Fall (§ 2174 BGB). Es muss sich auch um einen **Vermögensvorteil** im weitesten Sinne handeln.¹⁵⁶
- 60 Zugunsten eines Vermächtnisses kann sprechen, wenn innerhalb einer notariellen Urkunde, in dem etwa die Eltern letztwillig verfügt haben, der Begünstigte auf sein Erb- bzw. Pflichtteilsrecht gem. §§ 2346 ff. BGB verzichtet hat. Es wäre unbillig, wenn der Verzichtende auf eine Tätigkeit eines Vollziehungsberechtigten angewiesen wäre. Auch wenn in dem Testament beispielsweise verfügt ist, dass der Erbe erst nach Erfüllung einer Zahlungsver-

¹⁴³ Vgl. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹⁴⁴ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30 186 019; OLG Koblenz NJW-RR 1986, 1039, 1040; Beispiele bei Burandt/Rojahn/*Große-Boymann* § 1940 Rn. 3; MünchKommBGB/*Leipold* § 1940 Rn. 4 ff.; sehr ausführlich und mit Hinweisen zu Fundstellen von Mustern: NK-BGB/J. Mayer Vorb. §§ 2192–2196 Rn. 8 ff.

¹⁴⁵ Bamberger/Roth/*Müller-Christmann* § 1940 Rn. 4.

¹⁴⁶ OLG Frankfurt BeckRS 2001, 30 186 019.

¹⁴⁷ Vgl. zur Abgrenzung auch BayObLG ZEV 2003, 241, 241.

¹⁴⁸ NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 8.

¹⁴⁹ BayObLG NJW 1988, 2742 (Tiere); OLG Köln NJW 1986, 2199 (medizinische Fakultät); NK-BGB/J. Mayer § 1940 8 f.; Burandt/Rojahn/*Große-Boymann* § 1940 Rn. 2.

¹⁵⁰ *Edenfeld* ZEV 2004, 141; MünchKommBGB/*Leipold* § 1940 Rn. 3; Groll/*Trisch* B V Rn. 15.

¹⁵¹ Bamberger/Roth/*Müller-Christmann* § 1940 Rn. 3.

¹⁵² NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 8.

¹⁵³ NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 8 unter Zitierung von RG Recht 1918 Nr. 731 und Staudinger/*Otte* § 1940 Rn. 8.

¹⁵⁴ MünchKommBGB/*Leipold* § 1940 Rn. 3; NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 8; Soergel/*Dieckmann* Vorb. § 2192 Rn. 5; Damrau/*Seiler* § 1940 Rn. 4; vgl. BGH NJW-RR 2009, 1455.

¹⁵⁵ MünchKommBGB/*Leipold* § 1940 Rn. 2; NK-BGB/J. Mayer § 1940 Rn. 2, 8; Damrau/*Seiler* § 1940 Rn. 2; Staudinger/*Otte* § 1940 Rn. 9 unter Verweis auf RG WarnR 1917 Nr. 148; LZ 1918, 268.

¹⁵⁶ Soergel/*Dieckmann* Vor § 2192 Rn. 5.

pflichtung gegenüber einem Dritten, was vom Wortlaut her als Auflage bezeichnet war, das Grundbuch berichtigen lassen darf, ist davon auszugehen, dass der Erblasser den vermeintlichen Auflagenbegünstigten mit einem klagbaren Anspruch ausstatten wollte.

Eine Erblasserin hatte ihre Erben im Hinblick auf ihren Grundbesitz mit der „*Auflage*“ 61 beschwert, an ihre Enkelkinder „*einen 25% Anteil eines eventuellen Verkaufserlöses zu gleichen Teilen auszuzahlen*“. Das FG Nürnberg¹⁵⁷ ging im Gegensatz zu dem eindeutigen Wortlaut wie selbstverständlich von einem Vermächtnis aus, verneinte jedoch eine Erbentstellung der Enkelkinder.

Das OLG Frankfurt¹⁵⁸ sprach sich bei folgendem Zusatz, welcher der Bestimmung der 62 Alleinerbin folgte, gegen die Annahme einer Auflage aus: „*Mit ihrem Tod soll ihr Anteil an dem Hause in Köln (...) an die Linie M. fallen.*“ So sei bereits ein Anteil an einem Haus „*per se ein recht ungewöhnlicher Gegenstand einer Auflage.*“ Bedeutsam war für das OLG Frankfurt aber Folgendes:

„Entscheidend ist jedoch, dass der letztwilligen Verfügung nicht entnommen werden kann, dass die Linie M. beim Tod der Erblasserin keinen Anspruch auf die Verschaffung des Anteils an dem Hause haben soll, was aber das Spezifikum der Auflage ausmacht.“

b) Zugunsten einer Auflage. Ein Indiz gegen die Annahme eines Vermächtnisses und damit für eine Auflage liegt vor, wenn der Erblasser den **Zugriff Dritter verhindern** wollte.¹⁵⁹ 63 So sollte eine Begünstigte in einem Fall des KG¹⁶⁰ nicht selber berechtigt sein, damit ihr Ehemann und dessen Familie nicht an die Leistung herankämen. Soll eine Leistung etwa von Gläubigern des Begünstigten **nicht pfändbar** sein, spricht dies für eine Auflage. Auch der Vollziehungsanspruch des Vollziehungsberechtigten ist mangels Vermögenswert nicht pfändbar, aber vererblich (§ 2194 BGB).¹⁶¹ In dem Fall des KG hat der Erbe u. a. eine Immobilie mit der „*Verpflichtung*“ erhalten, seine Schwester an den Mieterlösen bzw. einem späteren Verkaufserlös zu beteiligen.

Ist von einem Erblasser die **Verwirklichung eines Zwecks** erstrebt, deutet dies auf eine 64 Auflage hin.¹⁶² So kann eine Begünstigung durch die Bewertung als Auflage gerettet werden, wenn sie andernfalls etwa mangels Bestimmtheit als Vermächtnis unwirksam wäre. So hatte ein Erblasser zwei Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und weiter bestimmt: „*Das Grundstück (...) soll gemeinnützigen Zwecken gewidmet werden. Es soll einer gemeinnützigen Organisation übertragen werden. Die Bestimmung der Organisation soll durch (Name eines Miterben) innerhalb von einem Jahr nach meinem Tod erfolgen.*“ Da der Kreis der von der Erblasserin begünstigten Organisationen nicht abgrenzbar und überschaubar ist, kam laut BGH¹⁶³ ein Vermächtnis i. S. von § 2151 BGB nicht in Betracht und er stellte ein zulässiges Zweckvermächtnis gem. § 2193 Abs. 1 BGB fest. In diesem Fall war eine Behörde nach § 2194 S. 2 BGB vollziehungsberechtigt, da dies im öffentlichen Interesse stand.

Hat der Erblasser die zu begünstigende Person nicht genau umschrieben, indiziert dies eine Auflagenbegünstigung und kein Vermächtnis.¹⁶⁴

¹⁵⁷ DStRE 2010, 1363.

¹⁵⁸ BeckRS 2001, 30186019.

¹⁵⁹ MünchKommBGB/Leipold § 1940 Rn. 2; vgl. Staudinger/Otte § 1940 Rn. 1, 9.

¹⁶⁰ ZEV 1998, 306.

¹⁶¹ Palandt/Weidlich § 2194 Rn. 1; NK-BGB/J. Mayer Vorb. §§ 2192–2196 Rn. 6.

¹⁶² Langel/Kuchinke § 30 I.

¹⁶³ NJW 1993, 2168, 2169 unter Verweis auf RGZ 96, 15, 17.

¹⁶⁴ Damrau/Seiler § 1940 Rn. 2; Staudinger/Otte § 1940 Rn. 9 unter Verweis auf RGZ 75, 380; 88, 336; 96, 19.

§ 6 Abgrenzung Teilungsanordnung zu Vorausvermächtnis

Übersicht

	Rn.
I. Praxisrelevanz	1
II. Rechtliche Unterschiede	2–7
1. Grundsätzliches	2
2. Erwerb	3
3. Ausschlagung	4
4. Bindungswirkung	5
5. Beschwerden	6
6. Haftung und Insolvenz	7
III. Formulierungsbeispiele	8–12
IV. Prüfungsreihenfolge und Abgrenzungskriterien	13–26
1. Grundsätzliche Vorgehensweise	13–19
2. Ausnahmen	20–24
a) Unabhängiger Berufungsgrund	20–22
b) Zusätzliche Begünstigung	23/24
3. Übernahmerecht	25/26
V. Feststellungs- und Beweislast	27

Literatur: *Gergen*, Begünstigung und Begünstigungswille als Abgrenzung zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, ZErB 2006, 362; *Klinger/Roth*, Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, NJW-Spezial 2008, 263; *Loritz*, Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, NJW 1988, 2697; *Scherer*, Haftungsrisiken im Erbrecht, NJW 2011, 2491; *Schlüter*, Abgrenzungsfragen: Vermächtnis – Teilungsanordnung – Erbeinsetzung, ErbR 2011, 233; *Siegmann*, „Überquotale“ Teilungsanordnung und Teilungsversteigerung, ZEV 1996, 47; *Sommer/Kerschbaumer*, „Echte“ und „überquotale“ Teilungsanordnungen – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte, ZEV 2004, 13.

I. Praxisrelevanz

- 1 Die Praxisrelevanz der Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis belegt eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen. **Streitig** ist nicht, welcher Erbe welchen Gegenstand erhält, sondern welchen **wirtschaftlichen Wert** vom Nachlass die einzelnen Beteiligten erhalten. Zumeist fragt es sich,
- ob ein Erbe einen Gegenstand zusätzlich zu seinem Erbteil erhält,
 - ob er diesen auf seinen rechnerischen Erbteil anrechnen muss, oder
 - ob der Begünstigte einen Ausgleich an andere Erben bezahlen muss, wenn der ihm zugewiesene Gegenstand einen höheren Wert aufweist, als ihm von seinem wirtschaftlichen Erbteil her anhand der Erbquote gebührt.

*Scherer*¹ weist auf Haftungsrisiken für den Anwalt bei der Konzipierung von letztwilligen Verfügungen in diesem Zusammenhang hin. Im Unterschied zu der Fallgruppe „*Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen*“,² bei der sich die Erbquoten nach dem Wert der zugewiesenen Vermögensgegenstände richten, sind die letztwilligen Verfügungen der in diesem Kapitel besprochenen Fallgruppe zweischrittig aufgebaut: Der Erblasser hat zunächst die Personen seiner Erben einschließlich der **Erbquoten** und **dann die Zuweisungen** von einzelnen Vermögensgegenständen an einzelne Erben verfügt. Zumeist hat er festgelegt, dass die Erben zu gleichen Teilen bzw. zu bestimmten Erbquoten ihn beerben sollen oder zumindest die Erben benannt.³ Der BGH hatte so über einen Fall zu urteilen, in dem beide Kinder „*grundsätzlich gleichgestellt*“ sein sollten.⁴

¹ NJW 2011, 2491, 2492.

² S. dazu § 5 Rn. 35 bis 44.

³ OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 532; OLG Braunschweig ZEV 1996, 69.

⁴ BGH FamRZ 1987, 475.

Sofern den **gesetzlichen Erben** Gegenstände zugewiesen werden, kann von dem grundsätzlichen Erfordernis dieser Fallgruppe, dass letztwillig auch Erben und Erbquoten bestimmt wurden, unter Umständen abgesehen werden.⁵ Dann sind die gesetzlichen Erbquoten anzunehmen, innerhalb derer einzelnen gesetzlichen Erben einzelne Gegenstände zugewiesen wurden.

Es ist auch möglich, dass in einem Testament die Erben nebst Quoten bestimmt werden und in einer **späteren Verfügung** den Erben Gegenstände zugewiesen werden.

II. Rechtliche Unterschiede

1. Grundsätzliches

Die Frage, ob es sich um ein Vorausvermächtnis oder eine Teilungsanordnung handelt, wirkt sich vor allem **wirtschaftlich** aus. Dennoch bestehen zwischen beiden Instituten erhebliche rechtliche Unterschiede, welche im Einzelfall bedeutender als die wirtschaftliche Komponente sein können.

2. Erwerb

Mit der Teilungsanordnung bestimmt der Erblasser, welche Gegenstände die Erben im Rahmen der Erbauseinandersetzung erhalten (§ 2048 BGB).⁶ Sofern die Erben sich nicht über eine vorzeitige Teilerbauseinandersetzung einigen, erhält der Begünstigte den Gegenstand erst mit Beendigung der Erbengemeinschaft. Da die **Teilungsanordnung nur schuldrechtlich** wirkt, können sich die Erben über sie einvernehmlich hinwegsetzen.⁷ Das Vorausvermächtnis, bei dem dem Erben etwas zusätzlich zugewandt wird,⁸ muss hingegen gegenüber den Erben geltend gemacht werden (§ 2174 BGB; gegenüber Miterben mit der Gesamthandsklage gem. § 2059 Abs. 2 BGB), was vorbehaltlich einer abweichenden Anordnung sofort nach dem Erbfall erfolgen kann (§ 2176 BGB). Dies hat zur Folge, dass der durch ein Vorausvermächtnis Begünstigte den Gegenstand u.U. früher als ein Erbe erhält, wenn der Erblasser eine Teilungsanordnung verfügt hat.⁹

Der Vermächtnisanspruch **verjährt** nach drei Jahren (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB); der Erbauseinandersetzungsanspruch und damit die Teilungsanordnung sind unverjährbar. Die Teilungsanordnung beeinflusst weder die Erbquoten noch den wirtschaftlichen Erbteil des Begünstigten (Ausnahme: § 2049 BGB). Ein **Vorausvermächtnis** erhält der Erbe **zusätzlich zu seinem Erbteil**, da das Vermächtnis mangels abweichender Anordnungen nicht auf den Erbteil anzurechnen ist.¹⁰

3. Ausschlagung

Die Teilungsanordnung kann nicht separat ausgeschlagen (oder abgelehnt) werden; sie steht und fällt mit der Erbeinsetzung.¹¹ Die Ausschlagung ist nur zusammen mit der Erbeinsetzung möglich (Frist: § 1944 BGB). Das Vorausvermächtnis kann isoliert ausgeschlagen werden (§ 2180 BGB); hierzu besteht keine Frist (vorbehaltlich § 2307 BGB).¹²

4. Bindungswirkung

Das Vorausvermächtnis kann im **Ehegattentestament** und im **Erbvertrag** mit bindender Wirkung verfügt werden (§§ 2270 Abs. 3, 2271 BGB bzw. §§ 2278 Abs. 2, 2289 BGB). Teil-

⁵ Vgl. OLG München ZEV 2007, 383.

⁶ Zu den Arten: *Schlüter* ErbR 2011, 233, 235.

⁷ *Krug/Daragan/Krug* § 5 Rn. 125.

⁸ *Schlüter* ErbR 2011, 233, 235.

⁹ *Bonefeld/Wachter/Maulbetsch* § 10 Rn. 10.

¹⁰ *Scherer* NJW 2011, 2491, 2492.

¹¹ *Damrau/Rißmann* § 2048 Rn. 22.

¹² *BGH* NJW 2011, 1353.

lungsanordnungen sind dagegen stets frei widerruflich (§§ 2253, 2299 BGB). Folglich genießt der durch ein Vermächtnis Begünstigte den Schutz gegen spätere lebzeitige anderweitige Verfügungen durch § 2288 BGB.¹³

5. Beschwerden

- 6 Das Vorausvermächtnis unterliegt nicht der **Testamentsvollstreckung**, sofern diese sich nicht explizit auf das Vermächtnis bezieht. Ebenso unterliegt das Vermächtnis im Zweifel nicht der **Nacherbenbeschränkung** (§ 2110 Abs. 2 BGB). Auch bei dem Erbschaftsverkauf wird im Zweifel das Vermächtnis nicht mitverkauft (§ 2373 BGB); die Teilungsanordnung geht indes auf den Erbschaftsverkäufer über (arg. § 2373 BGB).

6. Haftung und Insolvenz

- 7 Der Vermächtnisnehmer hat mit seiner Forderung einen besseren Rang (§ 1991 BGB i. V.m. § 327 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 1992 BGB). Nach Vermächtnisvollzug droht nur noch eine Anfechtung nach § 5 AnfG oder nach § 322 InsO. Der durch Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstand zählt hingegen zu dem haftenden Nachlass.

III. Formulierungsbeispiele

- 8 Im Zusammenhang mit Vorausvermächtnissen und Teilungsanordnungen kommen – je nach Regelungsziel – die nachfolgenden Formulierungen in Betracht.

Ziel: Die Kinder sollen wertmäßig gleich gestellt werden, aber die beiden bedeutenden Gegenstände sollen zwecks Konfliktreduzierung zugeordnet werden.

Zu meinen Erben setze ich meine Kinder A und B zu gleichen Teilen ein. Ich verfüge folgende Teilungsanordnungen: A erhält das Haus in Düsseldorf und B die Gewerbeimmobilie in Köln, und zwar jeweils unter Anrechnung auf ihren jeweiligen Erbteil. Falls so ein Kind durch den ihm zugewiesenen Gegenstand wertmäßig höher als nach seinem rechnerischen Erbteil begünstigt wird, so hat dieses Kind an das andere Kind einen Ausgleich zu zahlen. Dabei sind die Wertverhältnisse per Todestag maßgebend.

- 9 **Ziel:** Eine wertmäßige Gleichstellung der Kinder ist dem Testierenden gleichgültig; es sollen den Kindern einzelne Gegenstände zugeordnet werden, wobei ein etwaiger Wertüberschuss im Vergleich zur Erbquote nicht auszugleichen ist.¹⁴

Ich setze A, B und C zu meinen Erben zu gleichen Erbteilen ein. Meine folgenden Nachlassgegenstände weise ich meinen Erben durch folgende Teilungsanordnungen zu: A erhält die Immobilie in Düsseldorf, B die Immobilie in Traunstein und C die Immobilie in Osnabrück. Falls dadurch einer meiner Erben wertmäßig mehr erhält, als es seiner Erbquote entspricht, so wird ihm dieser Überschuss als Vorausvermächtnis zugewandt, so dass ein Ausgleich zwischen den Erben nicht stattfindet. Das Vorausvermächtnis wird unter der Bedingung der Annahme der Erbschaft angeordnet und fällt erst bei Auseinandersetzung des Nachlasses an.

- 10 **Ziel:** Unabhängig und wertmäßig zusätzlich zu dem Erbteil soll ein Kind einen Gegenstand erhalten.

¹³ Analog bei Ehegattentestamenten.

¹⁴ Nieder/Kössinger/Kössinger § 15 Rn. 234, der gleichwohl von der Kombination von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis u. a. wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen abrät.

Ich setze A und B zu meinen Erben zu jeweils $\frac{1}{2}$ ein. A erhält als Vorausvermächtnis, also zusätzlich und nicht unter Anrechnung auf den Erbteil, meinen gesamten Schmuck.

Ziel: Die drei Kinder sollen wertmäßig gleichgestellt sein. C soll aber die Möglichkeit haben, sofort nach dem Erbfall und nicht erst bei der Gesamterbauseinandersetzung gewisse Gegenstände zu seiner freien Verfügung zu erhalten. Auch soll C die Möglichkeit haben, die Erbschaft auszuschlagen, aber dennoch den zugewiesenen Gegenstand erhalten. 11

A, B und C beerben mich zu gleichen Teilen. Durch ein Vorausvermächtnis erhält C mein Mehrfamilienhaus in Traunstein. Dieses hat er sich auf seinen Erbteil von $\frac{1}{3}$ anrechnen zu lassen. Er kann auch diesen Gegenstand beanspruchen, wenn er die Erbschaft ausschlägt. Die Annahme der Erbschaft ist mithin keine Bedingung für das Vorausvermächtnis.

Ziel: Die beiden Kinder sollen wertmäßig gleichgestellt sein. Tochter B soll das Recht eingeräumt werden, einen Gegenstand faktisch zu erwerben, und zwar gegen Anrechnung des Verkehrswertes des Gegenstandes im Zeitpunkt des Erbfalls auf ihren hälftigen Erbanteil.¹⁵ 12

A und B setze ich jeweils zu einer Erbquote von 50% zu meinen Erben ein. B ist berechtigt, bei der Auseinandersetzung meinen Getränkehandel zum Verkehrswert zu übernehmen. Das Übernahmerecht ist von B durch Erklärung gegenüber A innerhalb von drei Monaten nach meinem Ableben und Kenntnis vom Inhalt des Testaments auszuüben. Übt sie dieses Übernahmerecht aus, so hat sie sich den Verkehrswert per Todestag auf ihren hälftigen Erbanteil anrechnen zu lassen.

IV. Prüfungsreihenfolge und Abgrenzungskriterien

1. Grundsätzliche Vorgehensweise

Sofern in einer letztwilligen Verfügung, die Erbeinsetzungen und Zuweisungen von Gegenständen beinhaltet, nicht eindeutig bestimmt ist, welche Rechtsfolgen durch die Zuweisungen ausgelöst werden sollen, ist **zunächst von einer Teilungsanordnung auszugehen**. Sodann ist festzustellen, ob durch die Zuweisungen eine **objektive Wertverschiebung** gegenüber dem wirtschaftlichen Wert des Erbteils, der sich aufgrund der Erbquote und dem Gesamtnachlasswert berechnet, eintritt (objektives Merkmal).¹⁶ Die Zuweisung weicht dann von der testamentarischen Quotierung ab. Ist keine objektive Wertverschiebung festzustellen, ist von einer Teilungsanordnung auszugehen (vorbehaltlich der beiden, im Weiteren beschriebenen Ausnahmen). 13

Kommt es zu einer Wertverschiebung, wird dies als **überquotale Teilungsanordnung** bezeichnet.¹⁷ Für die Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ist darauf abzustellen, ob der Erblasser den Begünstigten auch tatsächlich oberhalb seines rechnerischen Erbteils **wertmäßig begünstigen** wollte, wozu der **Begünstigungswille** erforderlich ist.¹⁸ Dies kann auch der hypothetische Erblasserwille ergeben.¹⁹ Unter Berufung und im Gleichklang mit der älteren BGH-Rechtsprechung²⁰ skizziert und löst das OLG Koblenz²¹ die Thematik wie folgt: 14

¹⁵ Vgl. Beck'sches Formularbuch Erbrecht/Kössinger E. II.2

¹⁶ BGH NJW-RR 1992, 772, 774; NRW-RR 1990, 1220; BFH BeckRS 2009, 25 015 463 = BFH/NV 2009, 1653; *Olzen* Rn. 364.

¹⁷ Etwa BGH FamRZ 1987, 475 = BeckRS 1987, 30 853 721; eine „wertverschiebende Teilungsanordnung“ gibt es nicht, so u. a. BGH NJW-RR 1990, 391, 392; *Sommer/Kerschbaumer* ZEV 2004, 13; *Loritz* NJW 1988, 2697, 2705.

¹⁸ OLG Koblenz NJW-RR 2005, 1601; *Schlüter* ErBR 2011, 233, 239; *Rudolf* § 2 Rn. 31.

¹⁹ Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 1998, 1619, 1623; *Burandt/Rojahn/Flechtner* § 2048 Rn. 24.

²⁰ BGH NJW 1982, 43; NJW 1985, 51; NJW 1990, 391; NJW-RR 1992, 772; NJW-RR 1990, 1220; NJW 1962, 343.

²¹ OLG Koblenz NJW-RR 2005, 1601.

„In einer solchen Lage stellt sich die Frage, ob der Mehrbetrag (Mehrwert) zusätzlich zu dem Erbteil zugewendet sein soll (vgl. BGH WM 1984, 1006 = FamRZ 1985, 62). Ist dies der Fall, dann handelt es sich (jedenfalls wegen des Mehrwerts) nicht (nur) um eine Teilungsanordnung, sondern (auch) um ein Vorausvermächtnis. Ist der Verfügung von Todes wegen eine entsprechende (zusätzliche) Zuwendung aber nicht zu entnehmen, oder ist dem Erblasser eine solche im Hinblick auf die von ihm eingegangenen erbrechtlichen Bindungen sogar verwehrt, dann kann es sich nur um eine Teilungsanordnung handeln.“

Folglich kommen folgende Alternativen in Betracht:

- Teilungsanordnung mit einer Ausgleichspflicht (sog. **echte Teilungsanordnung**) oder
 - Teilungsanordnung mit einem Vorausvermächtnis hinsichtlich der Differenz zwischen dem Wert des zugewiesenen Gegenstandes und dem Wert des Erbteils gemäß der Erbquote (sog. **überquotale Teilungsanordnung**).
- 15 Welche der beiden Alternativen vorliegt, entscheidet sich danach, ob der Erblasser **Begünstigungswillen** hatte (subjektives Merkmal).²² Es kommt darauf an, ob der Erblasser demjenigen, dem er einen Gegenstand zugewiesen hat, bewusst und gewollt gegenüber den übrigen Miterben einen **wirtschaftlichen Vorteil** neben dem eigentlichen Erbteil zuwenden wollte.²³ Bejahendenfalls ist von einem Vorausvermächtnis auszugehen, zumindest hinsichtlich des Mehrwertes, also der Differenz zwischen Wert des Erbteils und dem Wert des zugewiesenen Gegenstandes.²⁴ Die wertmäßige Begünstigung spricht laut BGH²⁵ bereits für ein Vermächtnis, genügt aber alleine nicht.²⁶ Ein Indiz für das Vorliegen des Begünstigungswillens liegt vor, wenn dem Erblasser bei Testamentserrichtung ein objektiver Vermögensvorteil bekannt war.²⁷ Laut BGH²⁸ ist in der Regel auch bei einem entgeltlichen Vertrag von dem Begünstigungswillen auszugehen, also wenn der Begünstigte sich zu Gegenleistungen verpflichtet hat.
- 16 Andernfalls, also vor allem wenn das Testament zu dieser Frage schweigt,²⁹ ergibt die **ergänzende Auslegung** eine **Teilungsanordnung mit einer Ausgleichspflicht** zulasten des mit dem Gegenstand begünstigten Miterben und zugunsten der übrigen Miterben.³⁰ Die Ausgleichspflicht braucht weder ausdrücklich noch konkludent angeordnet sein.³¹ So führt das OLG Braunschweig aus:³²

„Unter diesen Umständen hat die Verfügung in ergänzender Auslegung des Erblasserwillens den Inhalt, daß der Kläger der Beklagten aus seinem sonstigen Vermögen eine entsprechende Ausgleichszahlung zu erbringen hat, wenn er durch die Anordnungen der Mutter zur Zeit des Erbfalls einen zusätzlichen Vermögensvorteil erhalten würde.“

Für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs ist der **Verkehrswert am Todestag** maßgebend.

- 17 Umstritten ist, ob der begünstigte Miterbe verpflichtet ist, den **Ausgleich** zu zahlen, oder er ihn nur freiwillig zu leisten hat. Wenn keine **Verpflichtung** besteht und der begünstigte Miterbe sich weigert, einen Ausgleich aus seinem Eigenvermögen zu zahlen, so ist die Teil-

²² BGH NJW-RR 1990, 1220; FamRZ 1987, 475; NJW 1985, 51; *Klinger/Roth* NJW-Spezial 2008, 263; *Sommer/Kerschbaumer* ZEV 2004, 13, 15; *Gergen* ZErB 2006, 362; *Scherer* NJW 2011, 2491, 2492; *Olzen* Rn. 362; *Bonefeld/Wachter/Maulbetsch* § 10 Rn. 10.

²³ *Burandt/Rojahn/Flechtner* § 2048 Rn. 21.

²⁴ BFH BeckRS 2011, 94 379 Tz. 46 = *MittBayNot* 2011, 433; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 532, 533; BGH NJW-RR 1992, 772, 774; *Nieder/Kössinger/Kössinger* § 15 Rn. 223.

²⁵ BGH NJW 1995, 721, 721.

²⁶ BGH NJW 1962, 343, 344.

²⁷ LG Krefeld BeckRS 2010, 5508 = ZErB 2010, 186; *Palandt/Weidlich* § 2048 Rn. 7; *MünchKommBGB/Ann* § 2048 Rn. 17.

²⁸ NJW 1962, 343, 344.

²⁹ BGH NJW-RR 1990, 391, 392; OLG Koblenz FamRZ 2006, 292; LG Krefeld BeckRS 2010, 5508; *Palandt/Weidlich* § 2048 Rn. 7.

³⁰ OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 532, 533; BGH NJW-RR 1990, 1220; *Schlüter* ErbR 2011, 233, 239.

³¹ LG Krefeld BeckRS 2010, 5508 = ZErB 2010, 186.

³² BeckRS 1994, 30 843 726.