

7. Gestaltungsempfehlungen

Da die Vor- und Nacherbschaft häufig einen langen Zeitraum umfasst, innerhalb dessen sich die tatsächlichen Verhältnisse und Erwartungen, die bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen vorlagen, ändern können, empfiehlt es sich, bei der Gestaltung der Verfügung vorsorglich folgende Punkte zu regeln:

a) Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts

Gemäß § 2108 Abs. 2 BGB ist das Nacherbrecht im Zweifel vererblich. Will der Erblasser dies nicht, sollte er eine entsprechende Anordnung treffen, da anderenfalls sein Wille nur im Wege der Auslegung ermittelt werden kann. Geht es dem Erblasser darum, dass das hinterlassene Vermögen im Stamm bleiben soll, empfiehlt es sich, die Vererblichkeit auszuschließen.

Muster: Vererblichkeit der Nacherbschaft

Die Nacherbenanwartschaft ist nicht vererblich/ist nur vererblich an (...).

b) Angaben zur Veräußerlichkeit

Das Anwartschaftsrecht ist grundsätzlich veräußerlich. Die Vorschriften über die Erbteilsübertragung (§ 2033 Abs. 1 BGB) sind entsprechend anwendbar. Um die bei Vor- und Nacherbschaft meist erwünschte Familienbindung zu erreichen, ist der Ausschluss der Veräußerlichkeit (neben dem Ausschluss der Vererblichkeit) dann unverzichtbar und deshalb anzuordnen.

Muster: Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts

Die Nacherbenanwartschaft ist nicht veräußerlich mit Ausnahme der Veräußerung an den Vorerben/die anderen Nacherben. In diesem Fall entfällt auch jede ausdrückliche oder stillschweigende Ersatznacherbeneinsetzung.⁹⁷

c) Ersatzerbeneinsetzung

Insbesondere im Hinblick auf den möglichen Wegfall des Nacherben ist es empfehlenswert, eine – eventuell mehrstufige – Ersatzerbenbenennung zu treffen. Damit kann insbesondere die Anwendung gesetzlicher Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregelungen (zB § 2069 BGB) verhindert werden. Zusätzlich kann dann auch noch ausdrücklich die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft ausgeschlossen werden, da strittig ist, ob und wie sich die ausdrückliche oder stillschweigende Ersatznacherbenberufung auf die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft auswirkt.⁹⁸

Muster: Bestimmung eines Ersatzerben bei der Vor- und Nacherbfolge

Abweichend von anderslautenden gesetzlichen Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregelungen und anderen gesetzlichen Bestimmungen wird zum alleinigen und ausschließlichen Ersatznacherben bestimmt (...).

Die Angabe der Namen der schon feststehenden Nacherben ist empfehlenswert, denn anderenfalls genügt die eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen zur nicht zur

⁹⁷ Kössinger/Najdecki/Zintl Testamentsgestaltung-HdB § 1 Rn. 160.

⁹⁸ BayObLG NJW-RR 1994, 460; Grüneberg/Weidlich BGB § 2108 Rn. 4 mwN.

Grundbuchberichtigung nach dem Tod des Vorerben und es ist ein Erbschein vorzulegen (§ 35 GBO).⁹⁹

8. Steuerliche Gesichtspunkte

- 57 Bei der Vor- und Nacherbschaft wird der Erblasser zunächst vom Vorerben und mit Eintritt des Nacherbfalls vom Nacherben beerbt. Entgegen dieser zivilrechtlichen Rechtslage bestimmt das Steuerrecht, dass der Nacherbe den Nachlass als vom Vorerben stammend versteuert. Zur steuerlichen Behandlung der Vor- und Nacherbschaft → § 50 Rn. 92 ff.

9. Vor- und Nacherbschaft im Unternehmensbereich

- 58 Im Unternehmensbereich wird Vor- und Nacherbschaft kritisch betrachtet wegen der Verfügungsbeschränkungen, denen der Vorerbe unterliegt (§§ 2113 ff. BGB), sowie wegen der Kontroll- und Sicherungsrechte des Nacherben (§§ 2121–2123 und 2127–2129 BGB). Gemäß § 2111 Abs. 1 BGB stehen dem Vorerben die Nutzungen zu. Das bedeutet beim Einzelkaufmännischen Unternehmen, dass sich der Umfang der Nutzungen nach dem Reingewinn aufgrund der jährlichen Handels-¹⁰⁰ oder Steuerbilanz¹⁰¹ bestimmt. Der Erblasser kann dem Vorerben-Einzelkaufmann Einschränkungen der Bewertungs- und Bilanzierungsspielräume auferlegen (durch Vermächnisse oder Auflagen).¹⁰² Bei Anteilen an einer Personengesellschaft steht dem Vorerben der auf den Anteil gemäß Gesellschaftsvertrag entfallende ausschüttbare und entnahmefähige Gewinn, bezogen auf die Nutzungszeit (nicht Fälligkeit) zu. Darüber hinaus stand dem Vorerben unabhängig vom Gewinn der Gesellschaft nach § 122 HGB aF das Recht zur Entnahme von jährlich 4 % seines Kapitalanteils zu.¹⁰³ Dies wurde als nicht mehr zeitgemäß bewertet und im Zuge des MoPeG abgeschafft.¹⁰⁴ Der Erblasser kann dem Vorerben (durch Vermächnis oder Auflage) im Verhältnis zum Nacherben auch den nicht entnahmefähigen Gewinn zuwenden. Bei Kapitalgesellschaften stehen nach herrschender Meinung Bezugsrechte auf neue Aktien und Anteilsrechte auf Grund einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nicht dem Vorerben zu, sondern fallen in den Nachlass (wenn der Erblasser nicht anders verfügt hat).¹⁰⁵ Der einzelkaufmännische Vorerbe entscheidet selbständig, ob der das Geschäft fortführt (evtl. Schadensersatzpflicht gemäß §§ 2130 ff. BGB). Bei der Personengesellschaft übt der Vorerbe das Wahlrecht aus § 139 HGB aus. Bei einer Kapitalgesellschaft kann der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben den Anteil veräußern, auch wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören.¹⁰⁶
- 59 Zur Bestimmung des Unternehmensnachfolgers (→ § 10 Rn. 19). Eine Möglichkeit besteht darin, den Ehegatten zum Vorerben und sämtliche in Frage kommenden Abkömmlinge zu Nacherben einzusetzen mit der Bestimmung, dass der Vorerbe durch die Errichtung eines eigenen Testaments die dadurch auflösend bedingte Nacherbschaft beseitigen und selbst unbeschränkter Vollerbe werden kann, wenn er in seinem eigenen Testament einen der als Nacherben benannten Abkömmlinge als Unternehmensnachfolger zu seinem Alleinerben oder Vermächtnisnehmer des Unternehmens einsetzt. Zum Drittbestimmungsvermächnis (→ § 10 Rn. 20).

⁹⁹ OLG Köln MittRhNotK 1988, 44.

¹⁰⁰ Grüneberg/Weidlich BGB § 2111 Rn. 9.

¹⁰¹ Staudinger/Avenarius BGB § 2111 Rn. 41: Handelsbilanz und Steuerbilanz als Kontrollmaßstab.

¹⁰² OLG München FamRZ 2010, 1196 (1199); Grüneberg/Weidlich BGB § 2111 Rn. 9.

¹⁰³ Das gilt nicht für den Vorerben-Kommanditisten; s. iÜ hierzu näher MüKoBGB/Lieder § 2111 Rn. 35 ff., etwa zur Behandlung von Gewinnentnahmebeschränkungen, Bildung von Rücklagen und Steuern.

¹⁰⁴ BeckOK HGB/Klimke HGB § 122 Rn. 2.

¹⁰⁵ Grüneberg/Weidlich BGB § 2111 Rn. 9; Staudinger/Avenarius BGB § 2111 Rn. 40.

¹⁰⁶ MüKoBGB/Lieder § 2113 Rn. 6 mwN; das gilt auch für Beteiligung an Gesamthandsvermögen, Grüneberg/Weidlich BGB § 2113 Rn. 3; MüKoBGB/Lieder § 2113 Rn. 11 f.

10. Prozessuales, Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Bei Prozessführung durch den Vorerben ist § 326 ZPO zu beachten: Der Vorerbe ist **60** uneingeschränkt aktiv und passiv prozessführungsbefugt, auch wenn er in seiner Verfügungsbefugnis nach §§ 2113 ff. BGB beschränkt ist, da die Prozessführung keine Verfügung über das streitbefangene Recht ist. Der Nacherbe wird durch § 326 ZPO geschützt: Nur das günstige Urteil wirkt ihm gegenüber (§ 326 Abs. 1 ZPO), das ungünstige Urteil wirkt gegen den Nacherben nur dann, wenn der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand verfügen konnte, § 326 Abs. 2 ZPO.

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Vorerben wirken gegen den Nacherben nur im Rahmen des § 2215 BGB, sofern dieser nicht auf Duldung mitverklagt und verurteilt ist. Der Nacherbe hat die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage (§§ 773, 771 ZPO). Soweit gegen den Nacherben vollstreckt werden kann, ist dies nur nach Eintritt des Nacherbfalls möglich (§ 728 Abs. 1 ZPO). Bei der Zwangsversteigerung darf der Nacherbenvermerk bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt werden.¹⁰⁷

In der Insolvenz des Vorerben kann der Insolvenzverwalter bei unbeweglichen Gegen- **61** ständen die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung betreiben (§ 165 InsO). Der Nacherbe kann sich wiederum nach §§ 773 S. 2, 771 ZPO wehren. Der Insolvenzverwalter kann jedoch nach der InsO Nachlassgegenstände veräußern.

11. DDR – ZGB

Das ZGB kannte die Vor- und Nacherbfolge nicht. Die Anordnung der Vor- und **62** Nacherbfolge in Testamenten, die vor Inkrafttreten des ZGB am 1.1.1976 erfolgt ist, blieb wirksam. Die Verfügungsbeschränkungen galten jedoch nicht, wenn der Erbfall erst nach dem 1.1.1976 eintrat, § 8 Abs. 2 S. 2 EGZGB. Der Vorerbe konnte jedoch nicht anderweitig letztwillig verfügen.

Hat ein Erblasser (vor oder) während der Geltung des ZGB eine Vor- und Nacherbfolge angeordnet, ist jedoch erst nach dem Beitritt verstorben, ist die Anordnung der Nacherbschaft gleichwohl wirksam. Bei einem Erbfall vor dem Beitritt bleibt es bei dem ZGB, selbst wenn der Nacherbfall erst nach dem Beitritt erfolgt.¹⁰⁸

Eine infolge Anwendung des ZGB unwirksame Vor- und Nacherbfolge kann uU so ausgelegt werden, dass der als Vorerbe Eingesetzte Vollerbe ist, jedoch belastet mit einem Quotenvermächtnis zugunsten des Nacherben.¹⁰⁹

12. Vor- und Nacherbschaft beim belasteten pflichtteilsberechtigten Erben

Ist der pflichtteilsberechtigte Erbe bei einer Erbschaftsquote von nicht mehr als der Hälfte des **63** gesetzlichen Erbteils mit einer Vor- und Nacherbschaft (oder mit Testamentsvollstreckung, Vermächtnis, Auflage oder Teilungsanordnung) belastet, entfällt diese nach § 2306 BGB nF nicht mehr; der belastete pflichtteilsberechtigte Erbe kann die Erbschaft annehmen und den Zusatzpflichtteil (§ 2305 BGB) verlangen. Dann bleibt es bei der Vor- und Nacherbfolge. Er kann auch ausschlagen und erwirbt so den vollen Pflichtteil. Auf diese Möglichkeiten ist der Erblasser bei der Planung einer Vor- und Nacherbschaft hinzuweisen § 2306 BGB nF ist der gesetzliche Fall einer cautela socini (Einzelheiten → § 17 Rn. 37).

¹⁰⁷ BGH NJW 2000, 3358; § 44 Abs. 1 ZVG.

¹⁰⁸ Staudinger/Avenarius BGB Vorb. 39 bis 42 zu §§ 2100–2146 BGB.

¹⁰⁹ KG ZEV 1996, 349.

III. Ersatzerbfolge und Anwachsung

- 64 Fällt bei einer Verfügung von Todes wegen einer von mehreren eingesetzten Erben vor dem Erbfall weg, kann entweder
- eine andere Person an die Stelle des Weggefallenen treten (Ersatzerbfolge, § 2096 BGB),
 - der Erbteil des Weggefallenen den Anteil der übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile erhöhen (Anwachsung, § 2094 BGB) oder
 - gesetzliche Erbfolge eintreten.
- Zum Wegfall des Bedachten kann es kommen durch
- Vorversterben oder fehlende Erbfähigkeit (§ 1923 Abs. 1 und 2 BGB),
 - Erbverzicht (§ 2346 BGB),
 - Erbunwürdigkeit (§ 2344 BGB),
 - Erbausschlagung (§ 1953 BGB),¹¹⁰
 - Nichterleben einer aufschiebenden Bedingung (§ 2074 BGB),
 - Eintritt einer auflösenden Bedingung vor dem Erbfall,
 - Zuwendungsverzichtsvertrag (§ 2352 BGB, Vorversterbensfiktion) oder
 - wirksame Anfechtung oder Nichtigkeit der Erbeinsetzung.

1. Ersatzerbfolge

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

a) Vorrang der individuellen Auslegung

- 66 Die gesetzliche Auslegungsregel des § 2069 BGB (die Abkömmlinge des nach Errichtung des Testaments weggefallenen Abkömmlings sind im Zweifel Ersatzerben, -auflagenbegünstigte, -vermächtnisnehmer) kommt erst zur Anwendung, wenn sich im Wege der **vorrangigen individuellen Auslegung** der Verfügung von Todes wegen nicht klären lässt, was der Erblasser für den Fall des Wegfalls des Bedachten tatsächlich wollte (→ § 8 Rn. 10).¹¹¹

Bei der Auslegung der Verfügung von Todes wegen ist deswegen zunächst festzustellen, ob diese überhaupt eine **planwidrige Regelungslücke** enthält oder ob der Erblasser mit der Möglichkeit, dass der Bedachte wegfällt zwar gerechnet hat, aber bewusst auf eine Regelung verzichtet hat.¹¹² Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Erblasser verfügt hat, dass „Ersatzerbenbestimmungen nicht getroffen werden“.¹¹³

Nur wenn eine planwidrige Regelungslücke vorhanden ist, kann diese im Wege der individuellen Auslegung oder mit Hilfe der Auslegungsregel des § 2069 BGB geschlossen werden. Der Vorrang der individuellen Auslegung ist insbesondere dann zu beachten, wenn zugleich die Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbfolge in Frage steht, da die Auslegungsregeln des § 2069 und des § 2270 Abs. 2 BGB nicht gemeinsam angewendet werden können (sogenanntes Kumulationsverbot).¹¹⁴

¹¹⁰ Verlangt der Ausschlagende den Pflichtteil, soll § 2069 BGB nicht gelten, da der Stamm sonst doppelt bedacht würde (BGH NJW 1960, 1899; OLG München Rpfleger 2007, 26). Zwar würde beim Vollerben der nachrückende Abkömmling intern die Pflichtteilslast allein tragen und nicht nur anteilig (§ 2320 BGB). Beim pflichtteilsberechtigten Nacherben käme jedoch § 2320 BGB nicht zur Anwendung.

¹¹¹ Grüneberg/Weidlich BGB § 2069 Rn. 1.

¹¹² Burandt/Rojahn/Czubayko BGB § 2069 Rn. 3.

¹¹³ BayObLG FamRZ 2005, 1127; Burandt/Rojahn/Czubayko BGB § 2069 Rn. 3.

¹¹⁴ OLG München MittBayNot 2007, 226.

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

b) Ergänzende Testamentsauslegung bei Wegfall des eingesetzten Erben

Handelt es sich bei dem weggefallenen Bedachten nicht um einen Abkömmling des 67 Erblassers, kann § 2069 BGB nicht analog angewendet werden,¹¹⁵ denn die Auslegungsregel ist Ausprägung einer allgemeinen Lebenserfahrung, die bei einer nur in der Seitenlinie verwandten Person oder anderen nahen Verwandten oder sonst nahestehenden Personen fehlt.¹¹⁶

Im Wege der individuellen Auslegung ist in diesen Fällen zu klären, ob gleichwohl die Berufung eines Ersatzerben in Betracht kommt oder ob gesetzliche Erbfolge eintritt. Maßgeblich ist dafür, ob nach der (feststellbaren) Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung anzunehmen ist, dass er die Ersatzerbeneinsetzung gewollt hätte, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte.¹¹⁷

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

aa) Näheverhältnis. Allgemeine Voraussetzung für die Annahme einer Ersatzerbenstellung 68 ist zunächst, dass der ursprünglich Bedachte ein enges Verhältnis zum Erblasser hatte, denn nur eine solche, **einem Abkömmling im Sinne des § 2069 BGB vergleichbare Stellung** des Weggefallenen kann überhaupt Anlass dafür sein, eine Ersatzerbenberufung im Wege der ergänzenden Auslegung anzunehmen. Andernfalls würde bereits der zur Formwahrung erforderliche Anhalt im Testament selbst fehlen.¹¹⁸

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

- die Geschwister,¹¹⁹
- das Stief- oder Geschwisterkind,¹²⁰
- der nichteheliche Sohn des vorverstorbenen Ehemanns,¹²¹
- der Ehegatte,¹²²
- der Lebensgefährte,¹²³
- sonstige Verwandte,¹²⁴ zB Cousine,¹²⁵
- letztlich jede Person, zu der der Erblasser „enge“ Beziehungen unterhielt.¹²⁶

bb) Stammesgedanke oder persönliche Verbundenheit. Eine ergänzende Auslegung 69 gemäß dem Rechtsgedanken des § 2069 BGB erfordert zusätzlich, dass sich aus der übrigen letztwilligen Verfügung oder auch aus außerhalb des Testaments liegenden Umständen ergibt, dass die Zuwendung dem Bedachten als **Ersten des Stammes** und nicht nur persönlich gegolten hat.¹²⁷

¹¹⁵ BayObLGZ 1988, 165; MüKoBGB/Leipold § 2069 Rn. 39; Staudinger/Otte BGB § 2069 Rn. 29 f.

¹¹⁶ OLG München ZErB 2017, 199.

¹¹⁷ OLG München FGPrax 2013, 177 f.

¹¹⁸ OLG München FamRZ 2014, 514; BayObLG FamRZ 1991, 865; KG FamRZ 2011, 928 f.

¹¹⁹ BayObLG NJW-RR 1992, 73; FamRZ 2004, 569; FamRZ 2005, 68.

¹²⁰ BayObLG Rpfleger 1974, 345.

¹²¹ BayObLG FamRZ 2005, 840.

¹²² BayObLGZ 88, 165; FamRZ 2000, 58; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1996, 261; Grüneberg/Weidlich BGB § 2069 Rn. 10; KG DNotZ 1976, 564: Erstreckung auf Tochter der weggefallenen Geliebten.

¹²³ BayObLG FamRZ 2001, 516, jedenfalls bei tiefgreifender und auf Dauer angelegter Beziehung, zu Recht str., OLG Hamm FamRZ 1976, 552; BayObLG FamRZ 1991, 865.

¹²⁴ OLG Hamm OLGZ 1992, 23.

¹²⁵ OLG München ZErB 2017, 199.

¹²⁶ BayObLGZ 1988, 165.

¹²⁷ BGH NJW 1973, 240 (242); BayObLGZ NJOZ 2005, 1070 (1073); OLG München FamRZ 2010, 1846; ZErB 2017, 199; jetzt auch OLG Düsseldorf ZEV 2018, 140.

Ein wesentliches Indiz in die Richtung einer Ersatzerbfolge kann es deswegen sein, wenn mehrere Bedachte – entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge – in der Verfügung von Todes wegen gleichmäßig bedacht worden sind (Stammesdenken),¹²⁸ wobei es nicht zwangsläufig auf die rechtliche, sondern auch auf die wirtschaftliche Betrachtung ankommen kann.¹²⁹

Beispiel:

Der kinderlose Erblasser setzt die drei Kinder seiner Schwester zu je $\frac{1}{3}$ als seine Erben ein. Weitere Anordnungen trifft er nicht.

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

Umgekehrt spricht ein besonders enges Verhältnis des Erblassers zum Bedachten eher dafür, dass die Erbeinsetzung dem Bedachten (nur) persönlich gegolten hat.¹³⁰

Beispiel:

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

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

c) Ersatzerbfolge bei Vor- und Nacherbfolge

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

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

Nach der Rechtsprechung schließt auch eine ausdrückliche Ersatznacherbenberufung nicht die Anwendung von § 2069 BGB aus.¹³¹ Ob der infolge der Anwendung des § 2069 BGB Bedachte oder der vom Erblasser eingesetzte Ersatznacherbe zum Zuge kommt, unterliegt nach dieser Rechtsprechung der individuellen Auslegung. In der Literatur wird deshalb bei der Testierung ein ausdrücklicher Ausschluss der gesetzlichen Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregeln empfohlen.¹³²

Zur Höhe des Erbteils mehrerer nebeneinander eingesetzter Ersatzerben oder gegenseitig als Ersatzerben eingesetzter Erben vergleiche § 2098 BGB (Auslegungsregel). Erlebt der eingesetzte Nacherbe zwar den Erbfall, aber nicht den Nacherbfall, ist sein Nacherbenanwartschaftsrecht vererblich, wenn kein anderer Erblasserwille anzunehmen ist (§ 2108 Abs. 2 BGB). Falls der Erblasser diese Vererblichkeit nicht will, muss er sie ganz eindeutig erklären („zu Ersatznacherben bestimme ich weder die Abkömmlinge noch die Erben des Nacherben, sondern“) weil die Einsetzung von Ersatznacherben nach hM noch nicht ohne weiteres den Ausschluss der Vererblichkeit bedeutet – Anordnung kann auch für andere Fälle als des Wegfalls durch Tod getroffen sein.¹³³

¹²⁸ OLG München FamRZ 2011, 1692 f.

¹²⁹ OLG München ZErB 2017, 199, wo von drei Cousins nur eine als Erbin (die anderen als Vermächtnisnehmerinnen) eingesetzt worden war, der Nachlass aber in wirtschaftlicher Hinsicht allen Bedachten zu $\frac{1}{3}$ zukommen sollte.

¹³⁰ OLG München FamRZ 2016, 2154.

¹³¹ BayObLG ZEV 1995, 25; übersehen von KG ErbR 2025, 487 mAnm Muscheler.

¹³² Mayer MittBayNot 1994, 111 (114); Nieder ZEV 1996, 241 (243).

¹³³ RGZ 142, 171 (174); 169, 38 (39); BayObLG NJW-RR 1994, 460; Grüneberg/Weidlich BGB § 2108 Rn. 6; s. auch BayObLG ZEV 2001, 440: keine Vererblichkeit bei zweifelsfreier Ersatznacherbenbestimmung.

2. Anwachsung

Falls ein Wille des Erblassers, die Ersatzerbfolge anzuordnen, nicht festzustellen ist, ist zu prüfen, ob der Erblasser die Anwachsung gewollt hat. Ein derartiger Wille des Erblassers wird vermutet, wenn er in seiner Verfügung von Todes wegen den gesamten Nachlass an die eingesetzten Erben verteilt hat (§ 2094 Abs. 1 BGB). 71

Die Wirkung der Anwachsung besteht darin, dass der Erbteil des weggefallenen Erben den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile anwächst. Der vergrößerte Erbteil wird als ein Erbteil behandelt, der anwachsende Teil kann also nicht isoliert ausgeschlagen oder angenommen werden. Ist der anwachsende Erbteil jedoch mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, gilt er „in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen“ als besonderer Erbteil (§ 2095 BGB). Der Empfänger der Anwachsung erleidet also keinen Nachteil. Er kann zwar nicht isoliert ausschlagen, braucht aber die zugewachsenen Beschwerungen nur mit dem angewachsenen Erbe zu erfüllen. 72

Ob sich die Anwachsung im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag wechselbezüglich oder vertragsmäßig vollzieht, ist umstritten. Im Ergebnis hängt dies davon ab, ob die Anwachsung Ergebnis einer (individuellen) Testaments- oder Vertragsauslegung ist (dann wechselbezüglich/vertragsmäßig) oder sich allein aufgrund Gesetzes (dann nicht wechselbezüglich oder vertragsmäßig) vollzieht.¹³⁴

3. Gesetzliche Erbfolge

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

§ 378 ZGB der DDR entsprach der Regelung des BGB.

IV. Das Vermächtnis

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

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

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

1. Abgrenzung zur Erbeinsetzung

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

¹³⁴ OLG München ErbR 2021, 141; Krätzsche ZERB 2025, 265 f.; aA OLG Nürnberg FamRZ 2017, 1624; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2023, 857 (stets wechselbezüglich oder vertragsmäßig).

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

Die Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes ist nach der Auslegungsregel im Zweifel keine Erbeinsetzung, selbst wenn der Bedachte als Erbe bezeichnet ist (§ 2087 Abs. 2 BGB). Sie kann Erbeinsetzung, Vermächtnis, Teilungsanordnung oder Auflage bzw. eine Erbeinsetzung des (zum Beispiel mit einem Nießbrauch) Bedachten unter gleichzeitiger Anordnung der Vorerbschaft dieses Erben hinsichtlich des einzelnen Vermögensteils sein (→ § 10 Rn. 27).¹³⁵

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

78 Ergibt die Auslegung, dass mehrere Personen Erben sein sollen, ist die Zuwendung einzelner Gegenstände an diese Erben als **Teilungsanordnung** (§ 2048 S. 1 BGB) oder **Vorausvermächtnis** (§ 2150 BGB) zu qualifizieren. Die Zuwendung eines Grundstücks ist meist ein Hinweis auf die Erbenstellung, weil es in der Regel einen wesentlichen Teil des Nachlasses darstellt.¹³⁶ Falls das Grundstück jedoch wertmäßig keinen wesentlichen Teil darstellt, ist die Zuwendung ein Vermächtnis.¹³⁷ Das Wertverhältnis zugewendeter Gegenstände zum Wert des gesamten Nachlasses ist ein wesentliches Kriterium bei der Ermittlung des Erblasserwillens, wobei grundsätzlich die **Wertvorstellungen des Erblassers** zur Zeit der Testamentserrichtung maßgeblich sind (Zeitpunkt des Erbfalls, wenn der Erblasser Gegenstände unabhängig von deren Wertänderungen ohne Ausgleichszahlung zuwenden wollte, siehe auch → § 9 Rn. 4).¹³⁸

Die **Zuwendung einer Geldsumme** ist in der Regel nur ein Vermächtnis¹³⁹ (beachte aber die oben genannten Wertgesichtspunkte), selbst wenn der Bedachte als Erbe bezeichnet ist. Die **Einsetzung nach Vermögensgruppen** (Geld/Wertpapiere/Grundstücke) ist in der Regel (Mit-)Erbeinsetzung.¹⁴⁰

2. Der Beschwerter

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

Der **Wegfall des Beschwerten** lässt das Vermächtnis unberührt, es sei denn, der Erblasser wollte nur eine bestimmte Person verpflichten (§ 2161 BGB). Beschwerter ist dann derjenige, dem der Wegfall des unmittelbar Beschwerten zustattenkommt (§ 2161 BGB). **Der Beschwerter haftet** nach den allgemeinen Regeln zur Erbenhaftung. Er kann jedoch die Einrede der Überschwerung des Nachlasses durch Vermächtnisse (oder Auflagen) gemäß § 1992 BGB nach Maßgabe der §§ 1990, 1991 BGB geltend machen, ohne dass es sich um einen dürftigen Nachlass handeln müsste bzw. Nachlassseparation durch Nachlassinsolvenz oder Nachlassverwaltung herbeigeführt werden müsste. Voraussetzung ist, dass die Erbenhaftung noch beschränkbar ist (§§ 1994, 2005, 2013 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Erbe muss sich

¹³⁵ BayObLGZ 1965, 457.

¹³⁶ BayObLG FamRZ 1999, 1392 (1394); FamRZ 2003, 119; FamRZ 1997, 1177 (1178); FamRZ 2000, 60 (61); NJW-RR 2000, 1174 mwN.

¹³⁷ OLG München ZErB 2016, 286 zur Auslegung, wenn zwei Häuser auf einem ungeteilten Grundstück zugewiesen werden und weiteres Vermögen vorhanden ist.

¹³⁸ BGH NJW 1997, 392; Voraussetzung ist, dass der Gegenstand im Wesentlichen beim Erbfall noch vorhanden ist. Wird der Gegenstand bereits vor dem Erbfall an den Bedachten verschenkt, kann sich die Erbquote reduzieren. Zu den Ausnahmen s. Grüneberg/Weidlich BGB § 2087 Rn. 5.

¹³⁹ BayObLGZ 1960, 259; 65, 460; FamRZ 2002, 1745; BayObLGZ 1998, 76 (81).

¹⁴⁰ BGH FamRZ 1972, 561; BayObLGZ 1966, 416; BayObLGZ 1977, 163; FamRZ 2005, 310.