

Der Betreute als Erbe oder (künftiger) Erblasser

Diplomarbeit

an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),

Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen

Fachbereich Rechtspflege

vorgelegt von Nicole Plaschnick

aus Leipzig

Meißen, 2. Juli 2021

Gender Erklärung

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Diplomarbeit bei personenbezogenen Bezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern, die sich zugleich auf Frauen, Männer und Diverse beziehen generell nur die Sprachform des generischen Maskulinums angewendet. Dies soll jedoch keinesfalls eine Geschlechterdiskriminierung oder eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes zum Ausdruck bringen. Deshalb wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die ausschließliche Verwendung der männlichen Form geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.

Inhaltsverzeichnis

Gender Erklärung	II
Inhaltsverzeichnis	III
A. Einleitung	1
B. Der Betreute als Erbe	2
I. Der Betreute als Alleinerbe	2
1. Die Annahme der Erbschaft	2
2. Die Ausschlagung der Erbschaft	3
3. Die Anfechtung von Annahme und Ausschlagung	4
II. Der Betreute als Mitglied einer Erbengemeinschaft	6
1. Die Entstehung der Erbengemeinschaft	6
2. Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft	7
3. Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft	10
III. Die Vor - und Nacherbschaft	11
1. Die allgemeine Rechtslage des Vorerben und des Nacherben	11
2. Die Rechtsstellung des Betreuten als Vorerbe	12
3. Die Rechtsstellung des Bereuten als Nacherbe	13
4. Das Behindertentestament als besonderer Fall der Vor- und Nacherbschaft	15
IV. Die Testamentsvollstreckung	16
1. Die Allgemeine Voraussetzungen und Folgen, sowie betreuungsrechtliche Besonderheiten der Testamentsvollstreckung	16
2. Die Verhältnisse und Rechte zwischen dem betreuten Erben, dessen Vertreter, dem Betreuer und dem Testamentsvollstrecker	17
3. Einzelne Problemfälle der Testamentsvollstreckung	18
a) Der Betreuer ist zugleich Testamentsvollstrecker des Betreuten oder es besteht eine sonstige Nähebeziehung zwischen den beiden Parteien	18
b) Der unter Betreuung stehende Testamentsvollstrecker	19
C. Der Betreute als (künftiger) Erblasser	20
I. Die Testamentserrichtung	20
1. Die Errichtung eines einseitigen Testaments	20
2. Die Besonderheiten der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments im Vergleich zur Errichtung eines einseitigen Testaments	25

II. Der Testamentswiderruf	27
1. Der Widerruf eines einseitigen Testaments	27
2. Die Besonderheiten des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments im Vergleich zum Widerruf eines einseitigen Testaments	29
3. Der Widerruf des Widerrufs eines Testaments	33
III. Die Testamentsanfechtung	34
1. Allgemeine Voraussetzungen und Wirkungen der Testamentsanfechtung	34
2. Die Anfechtung des gesamten Testaments oder einzelner Verfügungen durch den (künftigen) Erblasser oder dessen Betreuer	35
D. Der Betreute als Erbvertragspartei	37
I. Der Abschluss des Erbvertrages	37
II. Die Durchbrechung der erbrechtlichen Bindungswirkung durch Aufhebung, Rücktritt oder Anfechtung	38
E. Der Betreute als Erbverzichtsvertragspartei	41
I. Der Abschluss des Erbverzichts	41
II. Die Aufhebung des Erbverzichts	43
F. Fazit	43
Literaturverzeichnis	V
Eidesstattliche Versicherung	VII

A. Einleitung

Rund 1,3 Millionen Menschen stehen derzeit in Deutschland unter rechtlicher Betreuung. Dabei stellt das Erbe der Betreuten sowie das Erbrecht einen wichtigen Teil der Betreuertätigkeit dar, da sie häufig als Vertreter der Betreuten beteiligt sind. Ein aktuelles Beispiel für die Relevanz und Bedeutung des Erbrechts im Betreuungsverfahren ist der Fall des OLG Celle vom 07.01.2021.¹ Ein 85-jähriger Mann erlitt einen schweren Schlaganfall und war anschließend nicht mehr in der Lage, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen. Daraufhin richtete das AG Hannover eine rechtliche Betreuung, unter anderem mit den Aufgabenkreisen Gesundheits- und Vermögensangelegenheiten, ein. Wenige Monate später errichtete der Betreute ein notarielles Testament, indem er seine Betreuerin und eine weitere Person, die er durch die Betreuerin kannte, als Erben bestimmte. Nachdem der Betreute verstarb, beantragte die Betreuerin einen Erbschein. Dieser Antrag wurde sodann zurückgewiesen und ein Nachlasspfleger für die unbekanntenen Erben bestellt. Daraufhin erhoben die vermeintlichen testamentarischen Erben die Feststellungsklage bezüglich ihres Erbschaftsanspruches. In der gerichtlichen Verhandlung wurde aufgrund der ausgewerteten medizinischen Unterlagen festgestellt, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments aufgrund § 2229 Abs. 4 BGB nicht mehr testierfähig gewesen sei, obwohl der Notar sich bei Errichtung von der Testierfähigkeit überzeugt hatte. Mithin sei das Testament nichtig. Ungeachtet dessen sei das Testament zugleich als sittenwidrig (§ 138 BGB) anzusehen, da die Betreuerin die von Hilfslosigkeit und Einsamkeit geprägte Situation des Betreuten zu ihrem eigenen Vorteil ausgenutzt habe. Im Ergebnis sei gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Ein anderer Fall ist, wenn es während der Betreuung zu einem Todesfall in der Familie des Betreuten kommt. Der Betreuer steht sodann vor einer Vielzahl von Herausforderungen, da er den Betreuten grundsätzlich vertritt (§ 1902 BGB) und somit auch für die Geltendmachung der den Betreuten als Erben zustehenden Ansprüche verantwortlich ist. Es stellt sich zudem die Frage, ob der Betreuer das Erbe für den Bereuten ausgeschlagen soll oder wie er den Betreuten schützt, wenn sich später herausstellt, dass der Nachlass überschuldet ist. Außerdem sind zuvor gegebenenfalls zuvor betreuungsgerichtliche Genehmigungen einzuholen, weil der Betreuer andernfalls nicht agieren kann. Da der Betreute aber seit der Reform des

¹ OLG Celle Ur. v. 07.01.2021 – 6 U 22/20, veröffentlicht unter www.juris.de.

Betreuungsrechtes im Jahre 1992 nicht mehr als entmündigt gilt, kann er unter Umständen auch selbst seine Rechte als Erbe geltend machen.

Diese Beispiele zeigen einen kleinen Einblick darauf, dass wenn an einem Erbfall ein Betreuer als Erbe oder künftiger Erblasser beteiligt ist, daraus häufig Besonderheiten resultieren. Dabei muss stets differenziert werden, ob der Betreute geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist. Davon ist abhängig, ob eine zwingende Vertretung des Betreuten durch den Betreuer (§ 1902 BGB) erforderlich ist, oder ob der Betreute noch selbst agieren kann. Besonders im Hinblick auf eventuell erforderliche betreuungsgerichtliche Genehmigungen, aber auch aus dem Grund, dass der Betreuer den Betreuten nicht bei allen Geschäften vertreten kann, spielt die Geschäftsfähigkeit eine besondere Rolle. Da jedoch kein Nachweisverfahren existiert, durch das die Geschäftsfähigkeit isoliert festgestellt werden kann, ergeben sich dadurch weitere Problemfälle. Hinzu kommt, dass sich die Geschäftsfähigkeit einer Person stets ändern kann, sodass auch ein sonst geschäftsunfähiger Betreuer in klaren Momenten durchaus geschäftsfähig sein kann.

Diese Diplomarbeit beschäftigt sich mit den Besonderheiten, welche sich derzeit für den Betreuten als Erben oder Erblasser ergeben und welche Rolle dabei dessen Geschäftsfähigkeit einnimmt. Des Weiteren sollen die in diesen Zusammenhang ergebenden weiteren Probleme aufgezeigt und eventuelle Lösungsansätze dargestellt werden. Im Hinblick auf den Umfang der Thematik wird im Folgenden von der Darstellung der Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten und der separaten Darstellung des Erbscheinsverfahrens abgesehen, da die Schwerpunkte in den anderen Bereichen liegen.

B. Der Betreute als Erbe

I. Der Betreute als Alleinerbe

1. Die Annahme der Erbschaft

Mit dem Tode des Erblassers geht die Erbschaft als Ganzes auf den Erben über (§ 1922 Abs. 1 BGB), ohne dass es dazu einer Annahme bedarf. Dieser Grundsatz der Universalsukzession stellt einen Von-Selbst-Erwerb kraft Gesetzes dar (§§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1 BGB). Der Erbe hat jedoch die Möglichkeit der Ausschlagung (§§ 1942 Abs. 1, 1943 ff. BGB), solange er sie nicht bereits in irgendeiner Form angenommen hat (§ 1943 BGB). Die Annahme ist eine einseitige, formlose, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, welche nicht unter eine Bedingung gestellt

werden kann (§ 1947 BGB). Sobald der Erbfall eingetreten ist, kann der Erbe die Erbschaft annehmen (§ 1946 BGB). Es bedarf aber nicht zwingenderweise einer ausdrücklichen Annahmeerklärung, es genügt das fruchtlose verstreichen der Ausschlagungsfrist (§ 1943 Hs. 2 BGB). Im Übrigen kann der Erbe auch durch konkludentes Verhalten anzeigen, dass er die Erbschaft annehmen will. Die Annahme kann nur durch einen voll geschäftsfähigen Erben erfolgen, andernfalls ist sie unwirksam. Der geschäftsfähige Betreute ist somit zur Annahme berechtigt und kann auch nicht durch einen Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) daran gehindert werden. Ist der Betreute hingegen geschäftsunfähig, kann die Annahme nur durch seinen Betreuer erfolgen. Der Betreuer bedarf hierfür lediglich den entsprechenden Aufgabenkreis, denn eine betreuungsgerichtliche Genehmigung ist nicht erforderlich (§ 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB im Umkehrschluss)².

Bei der Annahme durch konkludentes Verhalten ist die Geschäftsfähigkeit des Betreuten ebenso ausschlaggebend, sodass bei einem geschäftsfähigen Betreuten sein eigenes Verhalten entscheidend ist und bei einem geschäftsunfähigen Betreuten das Verhalten seines Betreuers. Bei der fiktiven Annahme der Erbschaft durch Ablauf der Ausschlagungsfrist kommt es auf den Zeitpunkt an, in welchem der geschäftsfähige Betreute beziehungsweise der Betreuer des geschäftsunfähigen Erben mit entsprechendem Aufgabenkreis von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt.³ Da aber grundsätzlich das Nachlassgericht nicht von Amts wegen den Erben ermittelt, werden Unklarheiten über die Geschäftsfähigkeit des betreuten Erben erst im Erbscheinsverfahren weiter untersucht.

2. Die Ausschlagung der Erbschaft

Die Ausschlagung der Erbschaft ist eine einseitige, amtsempfangsbedürftige, bedingungsfeindliche (§ 1947 BGB), form- und fristgebundene Willenserklärung. Sie ist zur Niederschrift des Nachlassgerichtes nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (§§ 1945 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1, Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 8 ff. BeurkG) oder in öffentlich beglaubigter Form (§§ 1945 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2, 129 BGB) gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1945 Abs. 1 Hs. 1 BGB) zu erklären. Die Abgabe der Ausschlagungserklärung ist durch einen Vertreter möglich. Ein gewillkürter Vertreter bedarf einer öffentlich beglaubigten Vollmacht (§ 1945 Abs. 3 S. 1 BGB), welche bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist beim

² OLG Koblenz Beschl. v. 16.07.2007 – 5 W 535/07, veröffentlicht unter www.juris.de.

³ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 1943 BGB Rn. 3.

Nachlassgericht eingereicht werden muss (§ 1945 Abs. 3 S. 2 BGB). Der Betreuer benötigt als gesetzlicher Vertreter des geschäftsfähigen Erben zur wirksamen Ausschlagung eine betreuungsgerichtliche Genehmigung (§§ 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB). Abweichend von § 1831 Abs. 1 BGB kann die Genehmigung ebenso wie die öffentlich beglaubigte Vollmacht des gewillkürten Vertreters bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist nachgewiesen werden (§ 1945 Abs. 3 S. 2 BGB analog). Der Fristablauf der Ausschlagungsfrist, welche im Normalfall nur sechs Wochen beträgt (§ 1944 Abs. 1 BGB) ist ab dem Genehmigungsantrag, über die Rechtskraft (§ 40 Abs. 2 FamFG), bis zu ihrem Wirksamwerden (§ 40 Abs. 1 FamFG) durch Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses gegenüber dem Betreuer gehemmt (§ 1944 Abs. 2 S. 3, 206 BGB).⁴ Der Betreuer muss sodann die Genehmigung selbst beim Nachlassgericht einreichen, da angesichts § 40 Abs. 1 FamFG die bloße Übermittlung durch das Betreuungsgericht nicht genügen würde. Ist der Betreute geschäftsfähig, so hat er auch die Möglichkeit, das Erbe selbst, mithin ohne Genehmigung des Betreuungsgerichtes, auszuschlagen.

Liegt ein sogenannter Auslandsfall gemäß § 1944 Abs. 3 BGB vor, die beträgt die Ausschlagungsfrist sechs Monate und beginnt, wenn der geschäftsfähige betreute Erbe Kenntnis vom Erbanfall und dem Berufungsgrund erlangt (§ 1944 Abs. 2 S. 1 BGB). Ist er aufgrund einer Verfügung von Todes wegen als Erbe berufen, so beginnt die Frist nicht vor Eröffnung der Verfügung (§ 1944 Abs. 2 S. 2 BGB). Ist der betreute Erbe geschäftsunfähig, so kommt es, wie bereits festgestellt, auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung seines Vertreters an, sowie auch auf dessen Aufenthaltsort zu diesem Moment (§ 1944 Abs. 3 BGB), denn dann ist die Vertretung ein Muss und nicht nur eine Option.

Die Ausschlagung ist möglich, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 1946 BGB) und der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat (vgl. § 1943 BGB). Gemäß § 1953 Abs. 1, 2 BGB wirkt die Ausschlagung auf den Zeitpunkt des Ersterbfalls zurück und der Erbnachlass fällt nun denjenigen Personen an, die beim Erbfall die Nächstberufenen waren.

3. Die Anfechtung von Annahme und Ausschlagung

Die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft sind anfechtbar, wobei sowohl die fiktive Annahme, als auch die Annahme mittels Abgabe einer Willenserklärung (§ 1956 BGB) angefochten werden können. Mögliche Anfechtungsgründe ergeben

⁴ OLG Saarbrücken Beschl. v. 17.02.2011 – 5 W 245/10-91, veröffentlicht unter www.juris.de.

sich aus §§ 119, 123 BGB und müssen bei einem geschäftsfähigen Betreuten in dessen Person und bei einem geschäftsunfähigen Betreuten in der Person des Betreuers vorliegen (§ 166 Abs. 1 BGB).⁵ Dabei kann ein Irrtum über das Bestehen der Ausschlagungsfrist einen beachtlichen Irrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 BGB darstellen⁶, während eine fehlerhafte Vorstellung über den Wert des Nachlasses oder einzelner Nachlassgegenstände keine Anfechtungsgründe sind.⁷ Die Anfechtung erfolgt, wie die Ausschlagung, gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1955 S. 1 BGB), zu dessen Protokoll oder in notariell beglaubigter Form (§§ 1955 S. 2, 1945 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Die Anfechtungsfrist beträgt im Normalfall sechs Wochen (§ 1954 Abs. 1 BGB), außer es handelt sich um einen Auslandsfall gemäß § 1954 Abs. 3 BGB, dann beträgt die Frist sechs Monate. Dabei wird, wie bei der Ausschlagung, auf den Aufenthaltsort des geschäftsfähigen betreuten Erben beziehungsweise des Betreuers des geschäftsunfähigen Erben im Zeitpunkt der Kenntniserlangung abgestellt. Zudem wird aber auch auf den Betreuer abgestellt, wenn er eher als der geschäftsfähige Erbe Kenntnis erlangt.⁸

Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage der Drohung aufhört beziehungsweise in dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Anfechtungsgrundes durch den Anfechtungsberechtigten geschäftsfähigen Erben beziehungsweise den Betreuer des geschäftsunfähigen Erben (§ 1954 Abs. 2 S. 1 BGB). Ist für den geschäftsunfähigen Erben noch kein gesetzlicher Vertreter mit ausreichendem Aufgabenkreis bestellt, so wird der Fristablauf so lange gehemmt, bis die Bestellung des Betreuers wirksam geworden ist (§§ 1954 Abs. 2 S. 2, 210 Abs. 1 S. 2 BGB). Wenn der neu bestellte Betreuer sodann Kenntnis von dem Anfechtungsgrund erlangt, beginnt eine sechswöchige Frist unabhängig von dem Vorliegen von § 1954 Abs. 3 BGB (Auslandsfall) zu laufen.⁹ Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit Annahme oder Ausschlagung 30 Jahre verstrichen sind (§ 1954 Abs. 4 BGB).

Da die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung gilt (§ 1957 Abs. 1 BGB), ist sie gemäß § 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB genehmigungsbedürftig durch das Betreuungsgericht. In der Zeit des Genehmigungsverfahrens ist der Fristablauf

⁵ MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1954 BGB Rn. 20.

⁶ OLG Hamm Beschl. v. 10.06.1985 – 15 W 131/85, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁷ OLG Stuttgart Urt. v. 29.01.2009 – 19 U 150/08, veröffentlicht unter www.juris.de; OLG Düsseldorf Beschl. v. 05.09.2008 – I-3 Wx 123/08, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁸ MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1954 BGB Rn. 22.

⁹ MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1944 BGB Rn. 25, 26; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1954 BGB Rn. 23.

gehemmt (§ 1954 Abs. 2 S. 2, 206 BGB). Die Anfechtung der Ausschlagung gilt hingegen als Annahme (§ 1957 Abs. 1 BGB), sodass in diesem Fall keine Genehmigung erforderlich ist.

II. Der Betreute als Mitglied einer Erbengemeinschaft

1. Die Entstehung der Erbengemeinschaft

Eine Erbengemeinschaft entsteht kraft Gesetzes mit dem Erbfall, wenn ein Erblasser mehrere Erben hinterlassen hat (§ 2032 Abs. 1 BGB). Der Nachlass geht ungeteilt auf die Erbengemeinschaft über. Er wird gemeinschaftliches Vermögen der Erben. Infolgedessen bilden die Erben eine Gesamthandsgemeinschaft, welche allerdings weder eine juristische Person noch rechtsfähig ist. Obwohl die Rechtsfähigkeit weithin umstritten ist, wird sie aufgrund der ständigen Rechtsprechung verneint. Die neuere Rechtsprechung zur BGB-Gesellschaft, wonach diese aktiv und passiv rechtsfähig ist, kann aufgrund fehlender Vergleichbarkeit nicht auf die Erbengemeinschaft angewendet werden.¹⁰ Wegen des Fehlens der eigenen Rechtspersönlichkeit ist die Erbengemeinschaft in gleicher Weise weder partei- noch prozessfähig, die Partei wird deshalb durch die einzelnen Miterben dargestellt. Rechtsgeschäfte können auch nur mit einzelnen oder mehreren Miterben abgeschlossen werden.¹¹ Ferner ist die Erbengemeinschaft nicht insolvenzfähig. Das Insolvenzverfahren kann nur über den Nachlass stattfinden (§ 315 ff. InsO), wobei jeder Miterbe, ob einzeln oder gemeinsam, antragsberechtigt ist (§ 317 Abs. 1, 2 InsO).

Vom gesamten Nachlass steht jedem Miterben nur ein Anteil zu, über welchen er verfügen kann (§ 2033 Abs. 1 S. 1 BGB). An dem Anteil an einzelnen Nachlassgegenständen kann der Miterbe hingegen nicht frei verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB), möglich ist nur eine gemeinschaftliche Verfügung aller Miterben (§ 2040 Abs. 1 BGB). Der Anteil der einzelnen Miterben bestimmt sich grundsätzlich nach der Erbquote, er kann aber auch durch den Erblasser selbst bestimmt werden. Die Übertragung des Miteigentumsanteils erfolgt in der Regel durch Abschluss eines Erbschafts Kaufvertrages als Verpflichtungsgeschäft und der Übertragung gemäß § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB als Erfüllungsgeschäft. Beide Geschäfte bedürfen der notariellen Beurkundung (§§ 2371, 2033 Abs. 1 S. 2 BGB). Steht ein Miteigentümer unter Betreuung und ist geschäftsunfähig, so kann dieser nicht selbst

¹⁰ BGH Beschl. v. 16.03.2004 – VIII ZB 114/03, veröffentlicht unter www.juris.de (1194).

¹¹ BGH Urt. v. 11.09.2002 – XII ZR 187/00, veröffentlicht unter www.juris.de.

den Erbteil übertragen, vielmehr muss er durch seinen Betreuer vertreten werden. Der Betreuer bedarf hierfür gemäß §§ 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 1 BGB einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Handelt es sich um eine Schenkung des Erbteils an einen Dritten, kann keine betreuungsgerichtliche Genehmigung erteilt werden, da der Betreuer wegen §§ 1908i Abs. 2, 1804 BGB keine Schenkungen vornehmen darf. Mit der Übertragung des Erbteils des verfügenden Miterben geht dieser auf den Erbteilserwerber über und dieser tritt in die vermögensrechtliche Stellung des Anteilseigentümers in der Miterbengemeinschaft ein. Für Nachlassverbindlichkeiten haften in diesem Fall aber der veräußernde Miterbe und der Anteilserwerber als Gesamtschuldner aufgrund von § 2036 BGB.¹²

Veräußert ein Miterbe seinen Anteil, so steht es den anderen Miterben zu, binnen 2 Monaten ihr Vorkaufsrecht bezüglich des Erbteils auszuüben (§ 2034 Abs. 1, 2 S. 1 BGB). Das Vorkaufsrecht besteht nicht, wenn der Miterbe seinen Anteil verschenkt. Strittig ist, ob der Betreuer zur Ausübung des Vorkaufrechtes einer Genehmigung gemäß §§ 1908i Abs. 1, 1812 BGB bedarf, denn durch die Ausübung des Vorkaufrechtes wird ein neuer Kaufvertrag begründet, wodurch der Betreute eine Leistung verlangen kann. Diese durch die herrschende Meinung vertretene Ansicht gilt nicht, wenn ein Grundstück zum Erbteil gehört, denn dann ist eine betreuungsgerichtliche Genehmigung gemäß §§ 1908i Abs. 1, 1821 Nr. 5 BGB erforderlich. Das Gleiche betrifft den Fall, wenn der Erbteil ein Erwerbsgeschäft umfasst, dann ist eine betreuungsgerichtliche Genehmigung gemäß §§ 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB erforderlich. Weitere Schwierigkeiten ergeben sich wenn der Betreuer und betreute Mitglieder in derselben Erbengemeinschaft sind. Für bestimmte Handlungen der Auseinandersetzung ist in diesen Fällen durch das Betreuungsgericht ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen (§§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB).¹³ Im Übrigen hat der Betreuer ein Vermögensverzeichnis zu erstellen und beim Betreuungsgericht einzureichen (§§ 1908i, 1802 BGB) sowie jährlich die Rechnung über die ungeteilte Erbengemeinschaft abzulegen.

2. Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft

Zur Verwaltung gehören alle Handlungen, die der Erhaltung, Nutzung und Mehrung des Nachlasses dienen.¹⁴ Grundsätzlich steht die Verwaltung des Nachlasses den Erben gemeinschaftlich zu (§ 2038 Abs. 1 S. 1 BGB). Da die

¹² Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 184.

¹³ OLG München Beschl. v. 17.07.2015 – 34 Wx 179/15, veröffentlicht unter www.juris.de.

¹⁴ MüKoBGB/*Gergen*, 8. Aufl. 2020, § 2038 BGB Rn. 14.

Erbengemeinschaft nicht wie eine Gesellschaft einen Geschäftsführer hat, gestaltet sich die Verwaltung und die Abwicklung oft schwierig. Die Miterben können das Rechtsverhältnis untereinander abweichend von §§ 2038, 2040 BGB regeln, mittels Abschlusses eines Verwaltungsvertrages. So können sie einen oder mehreren Miterben oder auch den Betreuer eines Miterben die Vollmacht erteilen, den Nachlass zu verwalten. Der bloße Abschluss des Verwaltungsvertrages ist genehmigungsfrei, macht der Betreuer jedoch von der Bevollmächtigung Gebrauch, so bedarf er einer Genehmigung gemäß §§ 1908i Abs. 1, 1812 BGB.

Haben die Erben die Verwaltung nicht abweichend vom Gesetz geregelt, gelten die gesetzlichen Vorschriften gemäß §§ 2038 ff. BGB. Der Verwaltungsbegriff umfasst sowohl das Innenverhältnis, wie die Beschlussfassung zur Veräußerung eines Nachlassgrundstückes, als auch das Außenverhältnis, wie die Durchführung des Beschlusses durch Kaufvertragsschluss und anschließender Übereignung. Sind Verfügungen zugleich Verwaltungsmaßnahmen, ist der § 2038 BGB einschlägig für das Innenverhältnis und die Verpflichtungsgeschäfte des Außenverhältnisses. Für die Verfügungsgeschäfte des Außenverhältnisses gilt § 2040 BGB. Dabei können die Verwaltungsmaßnahmen des § 2038 BGB noch in drei Gruppen gegliedert werden, die im Folgenden einzeln dargestellt werden.

Maßnahmen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind, benötigen einer Stimmrechtsmehrheit der Miterben, welche sich nach der Größe der Erbteile bemisst (§§ 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Betreute wird durch seinen Betreuer im Abstimmungsverfahren vertreten (§ 1902 BGB). Der geschäftsfähige Betreute kann aber auch selbst am Verfahren teilnehmen. Er wird nicht durch seinen Betreuer verdrängt. Bei unterschiedlichen Stimmenabgaben des Betreuten und des Betreuers gilt lediglich die Stimme des geschäftsfähigen Betreuten. Ausnahmsweise gilt die Stimme des Betreuers, wenn gemäß § 1903 BGB ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist. Für die bloße Stimmenabgabe benötigt der Betreuer keine betreuungsgerichtliche Genehmigung¹⁵, auch dann nicht, wenn ein Miterbe zugleich der Betreuer eines anderen Miterben ist. Der Betreuer nimmt sodann in zwei Funktionen an der Abstimmung teil, es liegt kein Fall des §§ 1908i Abs. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB oder §§ 1908i Abs. 1, 1812, 1821, 1822 BGB¹⁶ vor. Auch bei pflichtwidrigem Handeln des Betreuers ist der Beschluss gültig. Es bestehen dann allenfalls gemäß § 1833 BGB Regressansprüche gegen

¹⁵ *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 316.

¹⁶ BGH Urt. v. 22.09.1969 – II ZR 144/68, veröffentlicht unter www.juris.de.

ihn. Ist die Stimme des betreuten Miterben zur Beschlussfassung nicht notwendig, da durch die anderen Miterben bereits eine Mehrheitsbildung erfolgt, bedarf es auch keiner Mitwirkung durch den Betreuer.¹⁷

Maßnahmen, die die ordnungsgemäße Verwaltung übersteigen und den gesamten Nachlass wesentlich verändern, gehören zur nichtordnungsgemäßen Verwaltung und erfordern stets Einstimmigkeit (§ 2038 Abs. 1 S. 1 BGB). Da alle Miterben verpflichtet sind, an einer ordnungsgemäßen Verwaltung mitzuwirken (§ 2038 Abs.1 S. 2 Hs. 1 BGB), sind sie berechtigt, sollte keine Meinung gebildet werden können, eine Klage auf Zustimmung zu erheben. Da der Betreuer der Aufsicht des Betreuungsgerichtes unterliegt, können andere Miterben sich auch an dieses wenden und beantragen, dem Betreuer eine entsprechende Weisung zu erteilen. In speziellen Fällen, in denen sich der Betreuer als ungeeignet erweist, kann auch dessen Entlassung erfolgen (§ 1908 b BGB).¹⁸

Maßnahmen, welche zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehören und keinen Aufschub dulden, stellen die Notverwaltung der Erbengemeinschaft dar. Zu dieser ist jeder Miterbe allein berechtigt (§ 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB). Dieses Notverwaltungsprivileg wirkt sich aber nicht unmittelbar auf das Betreuungsrecht aus, sodass der Betreuer des unter Betreuung stehenden Miterben trotzdem immer noch zuvor eine betreuungsgerichtliche Genehmigung benötigt. Folglich kann ein Betreuer faktisch keine Notverwaltungsmaßnahmen ergreifen, da üblicherweise das Genehmigungsverfahren zu lange dauert.

Die Verfügungsgeschäfte im Außenverhältnis müssen zwingend alle Miterben gemeinschaftlich treffen (§ 2040 Abs. 1 BGB). Eine Ausnahme bilden nur die Verfügungen, die die Notverwaltung und ordnungsgemäße Verwaltung betreffen. Des Weiteren kann jeder Miterbe, auch der geschäftsfähige betreute Miterbe oder der Betreuer des geschäftsfähigen oder geschäftsunfähigen Miterben, die Ansprüche, die zum Nachlass gehören, allein gelten machen und die Leistung an die Erbengemeinschaft verlangen (§ 2039 BGB). Die Miterben haften vor der Teilung für die Nachlassverbindlichkeiten gesamtschuldnerisch (§§ 2058, 421 BGB). Jeder Miterbe hat das Recht, bis zu Teilung seine Haftung mittels Einrede gemäß § 2039 Abs. 1 BGB auf den Erbanteil zu beschränken und somit nicht mit seinem Eigenvermögen zu haften. Gegebenenfalls obliegt diese Aufgabe auch dem Betreuer des unter Betreuung stehenden Miterben, eine derartige Erklärung

¹⁷ MüKoBGB/*Gergen*, 8. Aufl. 2020, § 2038 BGB Rn. 39.

¹⁸ *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 328.

abzugeben. Nach der Teilung haften die Miterben gesamtschuldnerisch auch mit ihrem Privatvermögen. Eine Beschränkung der Haftung ist hier nicht mehr möglich, außer es liegt ein Fall des § 2060 BGB vor.

3. Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft

Jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen, außer es liegt ein Ausschluss- oder Aufschiebungsgrund gemäß §§ 2043 bis 2045 BGB vor (§ 2042 Abs. 1 BGB). Die Auseinandersetzung umfasst alle zur Gemeinschaftsaufhebung gehörenden Vorgänge, so auch die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten (§ 2046 BGB), die Verteilung des Überschusses (§ 2047 BGB) und die Abwicklung sonstiger Rechtsbeziehungen. Sie wird durch Festlegung eines schuldrechtlichen Auseinandersetzungsplanes und den dinglichen Vollzug von diesen durchgeführt. Die Teilungsanordnung kann schuldrechtlich durch die Miterben durch Vertrag vereinbart werden, auch abweichend von eventuellen Anordnungen des Erblassers (§ 2048 BGB). Der Betreuer bedarf dafür einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gemäß §§ 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB, auch wenn es sich nur um eine Teilauseinandersetzung handelt. Sind der Betreuer und der Betreute Mitglieder der gleichen Erbengemeinschaft, liegt grundsätzlich ein Vertretungsausschluss nach §§ 1908i Abs. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB vor. Es muss ein Ergänzungsbetreuer gemäß § 1899 Abs. 4 BGB bestellt werden.¹⁹ Bei mehreren Betreuten sind auch mehrere Ergänzungsbetreuer zu bestellen. Nur wenn eine Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regelungen erfolgt, ist keine Genehmigung erforderlich, da in diesem Fall lediglich eine Erfüllung von Verbindlichkeiten erfolgt.²⁰ Sollten die Miterben keine Einigung erzielen, so kann jeder Miterbe von den anderen die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regeln verlangen (§§ 2042 Abs. 2, 752, 753, 2046, 2047, 2048 BGB). Sind alle Miterben Abkömmlinge des Erblassers, muss gegebenenfalls der Ausgleich gemäß §§ 2050 ff. BGB durchgeführt werden. Da die Verwertung eine Verfügung über die Nachlassgegenstände darstellt, muss jeder Miterbe mit der Verfügung einverstanden sein (§ 2040 BGB). Wenn ein Miterbe sich weigert die Zustimmung zu erteilen, so kann er gerichtlich zur Abgabe der Zustimmung verpflichtet werden. Ebenso kann ein Vermittlungsverfahren nach § 363 ff. FamFG vor dem Notar versucht werden. Bei Beteiligung eines Betreuers ist für die Einigung eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich.²¹ Hat

¹⁹ OLG München Beschl. v. 17.07.2015 – 34 Wx 179/15, veröffentlicht unter www.juris.de.

²⁰ MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 BGB Rn. 10 (Fußnote 24).

²¹ MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 BGB Rn. 10.

der Erblasser die Testamentsvollstreckung angeordnet, sind keine Genehmigungen erforderlich. Dies gilt auch dann, wenn ein Miterbe unter Betreuung steht, da für den Testamentsvollstrecker, welcher die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regelungen vornimmt, die §§ 1812, 1821, 1822 BGB nicht gelten.

III. Die Vor - und Nacherbschaft

1. Die allgemeine Rechtslage des Vorerben und des Nacherben

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung die Vor- und Nacherbschaft anordnen (§ 2100 BGB). Das Vermögen des Erblassers geht als Ganzes zunächst auf den Vorerben und ab einem bestimmten Zeitpunkt auf den Nacherben über. Der Vorerbe und der Nacherbe sind zeitlich nacheinander die Erben des Erblassers. Sie bilden keine Erbengemeinschaft. Meist wird als Übergangszeitpunkt der Tod des Vorerben festgelegt, so auch die gesetzliche Vermutung (§ 2106 Abs. 1 BGB). Der Erblasser kann aber auch jeden anderen Zeitpunkt wählen. Spätestens mit Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall wird die Nacherbeneinsetzung unwirksam (§ 2109 Abs. 1 S. 1 BGB). Ausnahmen bestehen nur gemäß § 2109 Abs. 1 S. 2 BGB.

Der Vorerbe erhält auf Antrag einen Erbschein mit Nacherbenvermerk durch das Nachlassgericht erteilt (§ 2363 BGB). Der Nacherbe erhält dagegen zunächst nur eine Bescheinigung, welche ihn als Nacherben ausweist. Daneben kann sich der Nacherbe auch eine Ausfertigung des Erbscheins des Vorerben ausstellen lassen (§ 357 Abs. 2 FamFG). Ist der Vor- oder Nacherbe geschäftsunfähig, so wird dieser durch seinen Betreuer gemäß § 1902 BGB bei der Antragsstellung vertreten. Mit dem Eintritt des Nacherbfalls muss nach herrschender Meinung der frühere Erbschein des Vorerben aufgrund Unrichtigkeit eingezogen werden (§ 2361 BGB). Der Nacherbe beziehungsweise dessen Betreuer ist dann dazu berechtigt, sich auf Antrag einen neuen gewöhnlichen Erbschein ausstellen zu lassen.²² Im Grundbuch ist die Nacherbfolge dagegen von Amts wegen einzutragen (§ 51 GBO), wovon das Grundbuchamt durch den vorzulegenden Erbschein Kenntnis erlangt (§ 35 GBO). Der Nacherbe kann zwar auf die Eintragung in notarieller Form verzichten, ist dann aber nicht mehr vor dem gutgläubigen Erwerb eines Dritten geschützt. Der Betreuer des Nacherben kann den Verzicht nicht erklären, weil dieser einer Schenkung gleichsteht, welche aufgrund §§ 1908i Abs. 1, 1804 BGB verboten ist.

Der Eintritt des Nacherbfalls ist durch den Vorerben, dessen Erben oder den

²² OLG Köln Beschl. v. 27.12.2002 – 2 Wx 36/02, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKoBGB/Grziwotz, 8. Aufl. 2020, § 2361 BGB Rn. 6.

Nacherben den Nachlassgläubigern und dem Nachlassgericht mitzuteilen (vgl. § 2146 BGB). Steht einer der Beteiligten unter Betreuer, so kann diese Pflicht dessen Betreuer zufallen. Der Vorerbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten (§ 1967 Abs. 2 BGB) bis zum Eintritt des Nacherbfalls allein, wie wenn er Vollerbe wäre. Mit Eintritt des Nacherbfalls wird der Nacherbe der Vollerbe des Erblassers und haftet mit der Masse, die er durch den Nacherbfall erlangt, mit den gegen den Vorerben bestehenden Ersatzansprüchen aus §§ 2130 bis 2134, 2138 Abs. 2 BGB und mit seinem Eigenvermögen²³ für die Nachlassverbindlichkeiten (§ 2144 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Der Vorerbe haftet nach der Maßgabe des § 2145 BGB fort.

2. Die Rechtsstellung des Betreuten als Vorerbe

Mit dem Erbfall wird der Vorerbe Inhaber des Vermögens des Erblassers (§ 1922 BGB). Zugleich hört er mit dem Eintritt des Nacherbfalls auf, Erbe zu sein (§ 2139 BGB). Der Vorerbe kann über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände grundsätzlich frei verfügen, jedoch wird diese Verfügungsfreiheit durch die Vorschriften der §§ 2113, 2114, 2115 BGB eingeschränkt (§ 2112 BGB). Dies soll den Nacherben davor schützen, dass die Erbschaft durch den Vorerben geschmälert wird. Der Betreuer des Vorerben bedarf gegebenenfalls betreuungsgerichtliche Genehmigungen, falls er eine Verfügung vornimmt, die im Allgemeinen eine Genehmigung erfordert (vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1812, 1813, 1821, 1822, 1907 BGB). Der Erlös der Verfügung fällt dabei in die Vermögensmasse des Nachlasses. Sofern es sich um eine Nutzung des Nachlasses handelt, fällt der Erlös in das Privatvermögen des Vorerben (§ 2111 Abs. 1 S. 1 BGB). Dabei gilt, dass sich das Vorerbschaftsvermögen nicht mit dem Privatvermögen des Vorerben verbindet, es stellt eine gesonderte Vermögensmasse dar. Verfügungen des Vorerben über ein Grundstück oder auch Schenkungen sind zwar vorerst wirksam, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, mit dem Eintritt des Nacherbfalls werden sie jedoch insoweit unwirksam, als durch sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden würde (vgl. § 2113 Abs. 1 BGB).

Von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB sowie weiteren in § 2136 BGB genannten Beschränkungen und Verpflichtungen, kann der Erblasser den Vorerben durch letztwillige Verfügung befreien. In der Folge wäre der Vorerbe nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung verpflichtet und hätte zum Beispiel die Möglichkeit, ein Grundstück frei zu veräußern und dessen Erlös zu verbrauchen (§§ 2136, 2137

²³ Roth/Hannes/Mielke, Vor- und Nacherbschaft, 2010, § 7 Rn. 2.

BGB).²⁴ In gleicher Weise gilt diese Befreiung auch für den Betreuer des Vorerben. Er unterliegt aber weiterhin den betreuungsrechtlichen Vorschriften. Die Stellung als befreiter Vorerbe ist in den Erbschein aufzunehmen (§ 2336 BGB) und in das Grundbuch einzutragen (§ 51 GBO). Eine Befreiung von dem Schenkungsverbot gemäß § 2113 Abs. 2 BGB kann nach § 2136 BGB nicht erfolgen, sodass auch ein befreiter Vorerbe keine unentgeltlichen Verfügungen vornehmen kann. Davon ausgenommen sind gemäß § 2113 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Alternativ kann der Vorerbe ebenso wirksam verfügen, wenn der Nacherbe der Verfügung zustimmt (§ 185 BGB)²⁵, der Vorerbe vom Nacherben beerbt wird (§ 185 Abs. 2 BGB) oder der erwerbende Dritte gutgläubig nach § 2113 Abs. 3 BGB bezüglich der Verfügungsberechtigung des Vorerben ist. In den Fällen des § 2120 BGB kann der Vorerbe die Zustimmung des Nacherben verlangen und gegebenenfalls auch gerichtlich durchsetzen. Der Betreuer des Nacherben bedarf für die Erteilung der Zustimmung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1908i Abs. 1, 1821, 1822 Nr. 8 BGB). Verstößt der Vorerbe gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses, so ist er gemäß § 2130 Abs. 1 BGB haftbar. Zudem ist der Vorerbe gegenüber den Nacherben § 2130 Abs. 2 BGB rechenschaftspflichtig. Um sich diesen Verpflichtungen zu entziehen, kann der Vorerbe die Erbschaft ausschlagen, wodurch der Nacherbe zum Vollerben wird. Der Betreuer des Vorerben bedarf für die Ausschlagung einer Genehmigung durch das Betreuungsgericht gemäß § 1908 Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB und es müsste zuvor geprüft werden, ob die Ausschlagung wirtschaftlich sinnvoll ist.

3. Die Rechtsstellung des Bereuten als Nacherbe

Mit dem Tod des Erblassers erwirbt der Nacherbe bereits ein erbrechtliches Anwartschaftsrecht²⁶, denn erst mit dem Tod des Vorerben oder dem Eintritt einer sonstigen durch den Erblasser bestimmten Bedingung, fällt dem Nacherben die Erbschaft an (§ 2139 BGB). Nacherbe kann nur werden, wer den Nacherbfall erlebt oder bereits gezeugt ist (§§ 2108 Abs. 1, 1923 BGB). Die Vererblichkeit des Anwartschaftsrechtes hängt vom Erblasserwillen ab, wird aber im Zweifelsfall vermutet (§ 2108 Abs. 2 S. 1 BGB). Ist die Nacherbeneinsetzung unter eine aufschiebende Bedingung gestellt, so muss im Zweifel angenommen werden, dass

²⁴ *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, S. 607.

²⁵ *Roth/Hannes/Mielke*, Vor- und Nacherbschaft, 2010, § 12 Rn. 36.

²⁶ BGH Urt. v. 09.06.1983 – IX ZR 41/82, veröffentlicht unter www.juris.de.

der Bedachte den Eintritt der Bedingung zwingend erleben muss, um die Zuwendung zu erhalten (§§ 2108 Abs. 2 S. 2, 2074 BGB). Der Erblasser kann für diesen Fall jedoch einen Ersatznacherben bestimmen.

Der Nacherbe kann durch vertragliche Übertragung des Anwartschaftsrechtes auf den Vorerben in der Form des § 2033 BGB auf seine Nacherbenstellen verzichten. Hierdurch wird der Vorerbe zum Vollerben.²⁷ Der Betreuer des Nacherben bedarf hierfür wiederum einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1908i Abs. 1, 1812 BGB, da durch die Übertragung die potenzielle künftige Erbschaft des Nacherben entfällt. Ist ein Ersatznacherbe bestimmt, so ist auch dessen Übertragung erforderlich. Steht dieser auch unter Betreuung, ist hierfür die gleiche Genehmigung erforderlich.²⁸ Ebenso wird der Vorerbe zum Vollerben, wenn der Nacherbe mit Eintritt des Erbfalls (§ 2142 Abs. 1 BGB) die Erbschaft ausschlägt (§ 2142 Abs. 2 BGB), außer es besteht ein entgegenstehender Erblasserwille. Die Frist für die Ausschlagung beginnt mit der Kenntniserlangung des Nacherben vom Nacherbfall (§§ 2139, 1944 Abs. 2 BGB). Bei Ausschlagung durch den Betreuer des Nacherben bedarf dieser einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1908i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB). Schlägt nur einer von mehreren Nacherben aus, kommt es grundsätzlich lediglich zur Anwachsung gemäß § 2094 BGB.²⁹

Der Nacherbe kann vom Vorerben die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses mit Stand bei Errichtung nach der Maßgabe des § 2121 BGB verlangen. Der Nacherbe kann auch auf die Erstellung verzichten, der Betreuer des Nacherben hingegen nicht, da er zur sorgfältigen Verwaltung des Vermögens verpflichtet ist. Das Nachlassverzeichnis ist dem durch den Betreuer beim Betreuungsgericht einzureichenden Vermögensverzeichnis beizufügen (§§ 1908i, 1802 BGB), da das Anwartschaftsrecht des Nacherben einen veräußerlichen Vermögenswert darstellt.³⁰ Weiterhin kann der Nacherbe die Feststellung des Zustandes der Nachlassgegenstände (§ 2122 BGB) und die Erstellung eines Wirtschaftsplanes verlangen, sofern ein Wald zur Erbschaft gehört (§ 2123 BGB). Zum Nachlass gehörende Gelder oder Wertpapiere sind nach §§ 2116 bis 2119 BGB mündelsicher anzulegen, mithin nach den Regeln der §§ 1806, 1807, 1816 BGB. Dies betrifft in gleicherweise das durch Surrogationserwerb (§ 2111 BGB) erlangte Geld. Der

²⁷ OLG Köln Beschl. v. 22.11.2017 – I-2 Wx 219/17, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 21); MüKoBGB/*Lieder*, 8. Aufl. 2020, § 2100 BGB Rn. 54.

²⁸ *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 402.

²⁹ MüKoBGB/*Lieder*, 8. Aufl. 2020, § 2142 BGB Rn. 8.

³⁰ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1802 BGB Rn. 4; *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 410.

Nacherbe kann auch vom Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft verlangen (§ 2127 BGB). Ist durch das Verhalten des Vorerben eine erhebliche Verletzung der Rechte des Nacherben zu befürchten, so ist dieser berechtigt von den Vorerben eine Sicherheitsleistung zu verlangen (§ 2128 BGB). Ferner kann das Gericht einen Verwalter für die Verwaltung des Nachlasses bestellen.

4. Das Behindertentestament als besonderer Fall der Vor- und Nacherbschaft

Eine besondere Anwendung findet die Vor- und Nacherbschaft beim sogenannten Behindertentestament. In diesem ordnen insbesondere Eltern eines geistig behinderten Kindes testamentarisch die Vor- und Nacherbschaft über ihren Nachlass an und setzen ihr geistig behindertes Kind, welches meist ab Erlangung der Volljährigkeit unter Betreuung steht, als nicht befreiten Vorerben ein. Gleichzeitig wird für die Dauer der Vorerbschaft die Testamentsvollstreckung angeordnet, welche mit Tod des Vorerben endet. Ebenfalls können die Eltern einen Ersatztestamentsvollstrecker bestimmen oder die Bestellung dem Nachlassgericht übertragen (§ 2200 BGB). Als Nacherbe wird in der Regel ein gesunder Angehöriger bestimmt. Das Ziel dieser Bestimmung ist es, die Lebenssituation des Erben zu verbessern und dass dieser weiterhin die volle staatliche Unterstützung des Sozialhilfeträgers erhält, ohne dass das geerbte Vermögen hierfür verwendet werden muss.³¹ Wenn das Kind uneingeschränkter Erbe wäre, müsste es grundsätzlich sein Vermögen, wozu auch das Erbe gehört, bis zu einem Schonvermögen³² für Pflege und Heimunterbringung nutzen und nicht wie gewollt zur Verbesserung der Lebensqualität. Um das zu verhindern, wird dem Testamentsvollstrecker eine Verwaltungsanordnung erteilt (§ 2216 Abs. 2 S. 1 BGB)³³, dass er die jährlichen Reinerträge der Vorerbschaft in der Form an den Vorerben auszuschüttet, dass der Sozialhilfeträger nicht auf diese zugreifen kann. Selbst der BGH hält diese Anordnung für nicht sittenwidrig.³⁴ Zudem haben die Gläubiger des Erben während der Dauer der Testamentsvollstreckung keinen Zugriff auf die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen Nachlassgegenstände (§ 2214 BGB), sowie auf die Nachlasserträge (§ 2212 BGB).

³¹ R. Kössinger/Zintl in Nieder/Kössinger Handbuch der Testamentsgestaltung-HdB, 6. Aufl. 2020, § 21 Rn. 68.

³² Derzeit 5.000 Euro, sowie weitere einzelne Werte vgl. § 90 SGB XII.

³³ R. Kössinger/Zintl in Nieder/Kössinger Handbuch der Testamentsgestaltung-HdB, 6. Aufl. 2020, § 21 Rn. 97.

³⁴ BGH Urt. v. 19.01.2011 – IV ZR 7/10, veröffentlicht unter www.juris.de.

IV. Die Testamentsvollstreckung

1. Die Allgemeine Voraussetzungen und Folgen, sowie betreuungsrechtliche Besonderheiten der Testamentsvollstreckung

Der Erblasser kann selbst mittels letztwilliger Verfügung (§ 2197 Abs. 1 BGB) einen Testamentsvollstrecker und auch einen Ersatztestamentsvollstrecker (§ 2197 Abs. 2 BGB) für einen Teil oder den gesamten Nachlass sowie für bestimmte Erben ernennen. Die Ernennung ist auch durch einen Dritten (§ 2198 BGB) oder durch das Nachlassgericht (§ 2200 BGB) möglich. Der Testamentsvollstrecker ist eine Partei kraft Amtes³⁵, er ist kein Vertreter der Erben oder des Erblassers. Der Testamentsvollstrecker setzt die vermögensrechtliche Herrschaft des Erblassers über dessen Tod hinaus fort und übt das ihm zugewiesene Amt aus eigenem Recht fremdnützig und selbstständig aus. Er vollzieht die Verfügungen des Erblassers (§ 2203 ff. BGB) unabhängig von dem Willen der Erben und verwaltet das Vermögen für die Erben (vgl. § 2205 BGB). Zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben besteht nur ein gesetzliches Schuldverhältnis (§ 2218 f. BGB). Die Testamentsvollstreckung beginnt mit der Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker (§ 2202 Abs. 1 BGB). Es besteht keine Übernahmepflicht (§ 2202 Abs. 2 BGB). Mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung sind die Erben nicht zur Verfügung über den Nachlass berechtigt, sie werden durch den Testamentsvollstrecker verdrängt (§ 2211 Abs. 1 BGB). Das Amt endet mit dem Tod (§ 2225 Alt. 1 BGB) oder der Kündigung (§ 2226 BGB) des Testamentsvollstreckers, mit der Entlassung durch das Nachlassgericht (§ 2227 BGB), mit Erledigung aller Aufgaben³⁶ oder Eintritt einer auflösenden Bedingung. Mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung entstehen zwei unterschiedliche Vermögensmassen. Das Eigenvermögen des betreuten Erben wird durch dessen Betreuer mit dem Aufgabenkreis der Vermögenssorge verwaltet (§§ 1908i Abs. 1, 1806 ff. BGB) und durch das Betreuungsgericht kontrolliert. Das geerbte Vermögen des Betreuten wird durch den Testamentsvollstrecker verwaltet, welcher durch den Erben beziehungsweise dessen Betreuer kontrolliert wird, der wiederum der Aufsicht des Betreuungsgerichts unterliegt. Der Unterschied ist, dass für Geschäfte, für die der Betreuer üblicherweise einer Genehmigung bedarf, der Testamentsvollstrecker keine benötigt.

³⁵ *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rn. 141.

³⁶ *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rn. 837.

2. Die Verhältnisse und Rechte zwischen dem betreuten Erben, dessen Vertreter, dem Betreuer und dem Testamentsvollstrecker

Ist der Erbe geschäftsfähig und steht nicht unter Vermögensbetreuung, so kann er die Rechte, die ihm gegen den Testamentsvollstrecker zustehen selbst wahrnehmen. Ist er dazu nicht selbst in der Lage, so übernimmt der Betreuer diese Rechte für ihn (§ 1902 BGB). Insbesondere kann der Erbe innerhalb einer angemessenen Zeit nach Amtsannahme ein Nachlassverzeichnis (§ 2215 BGB) vom Testamentsvollstrecker verlangen. Weiterhin hat der Testamentsvollstrecker den Nachlass ordnungsgemäß zu verwalten (§ 2216 BGB), also das Vermögen zu erhalten und zu vermehren, Verluste zu vermeiden und Nutzungen zu gewährleisten. Eine Ausnahme besteht lediglich, wenn er durch den Erblasser hiervon befreit ist (§§ 2207, 2209 S. 2 BGB). Hat der Betreuer Zweifel, dass der Testamentsvollstrecker seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt, kann er beim Nachlassgericht gemäß § 2227 BGB seine Entlassung beantragen. Der Testamentsvollstrecker haftet gemäß § 2219 BGB für Pflichtverletzungen. Er hat die Nachlassgegenstände, die er nicht zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt, den Erben zu überlassen (§ 2217 BGB). Der Testamentsvollstrecker muss von sich aus den Erben beziehungsweise dessen Betreuer über wichtige Fragen informieren (§§ 2218 Abs. 1, 666 Alt. 1 BGB) und auch Auskünfte gemäß §§ 2216 Abs. 1, 666 Alt. 2 BGB erteilen. Weiterhin ist er auf Verlangen des Erben oder dessen Betreuer zur jährlichen Rechnungslegung verpflichtet (§ 2218 Abs. 2 BGB), welche der Betreuer auch der Rechnungslegung beifügen muss, die er gegenüber den Betreuungsgericht abzugeben hat (§ 1908i Abs. 1, 1840 BGB). Der Testamentsvollstrecker hat die Auseinandersetzung mehrerer Miterben nach der Maßgabe der §§ 2042 bis 2057a BGB zu bewirken (§ 2204 Abs. 1 BGB), wobei die Erben zum Teilungsplan zu hören sind (§ 2204 Abs. 2 BGB). Soweit nur der Testamentsvollstrecker die Art der Teilung beschließt, ist keine betreuungsgerichtliche Genehmigung für den betreuten Erben notwendig. Insoweit der Teilungsplan im Einvernehmen mit den Erben geschlossen wird oder diese unabhängig von dem Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung beschließen, ist aber eine Genehmigung gemäß § 1822 Nr. 1 oder 2 BGB erforderlich, da die Wirksamkeit dann von der Zustimmung der Erben abhängt beziehungsweise es sich dann um einen Erbteilungsvertrag handelt.

Der Testamentsvollstrecker hat die Pflicht, die letztwillige Verfügung des Erblassers auszuführen (§ 2203 BGB). Er ist dazu allein und unabhängig von den Erben zur Eingehung von Verpflichtungen bezüglich des Nachlasses (§ 2206 Abs.

1 BGB), soweit erforderlich zum Besitz des Nachlasses (§ 2205 S. 2 BGB), sowie zur Verfügung über Nachlassgegenstände (§§ 2205 S. 2, 2211 BGB) berechtigt. Darüber hinaus unterliegt der Testamentsvollstrecker wie der Betreuer einem Schenkungsverbot (§ 2205 S. 3 BGB), soweit diese nicht einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht oder einer sittlichen Pflicht entsprechen. Ferner kann der Testamentsvollstrecker die Einwilligung des Erben zur Eingehung von Verpflichtungen verlangen (§ 2206 Abs. 2 BGB), um sich so vor einer eventuellen Haftung (§ 2219 BGB) zu schützen. Der Betreuer des Erben bedarf für die Erteilung einer Einwilligung, je nach Geschäft, einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung, um einwilligen zu können. Weiterhin kann der Testamentsvollstrecker jederzeit sein Amt gemäß § 2226 BGB kündigen und hat gemäß § 2221 BGB gegen die Erben einen Anspruch auf Vergütung und Ersatz seiner Auslagen. Bei Streitigkeiten über die Vergütung kann sich auch der Betreuer mit ihm einigen, bedarf aber einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1908i Abs.1, 1822 Nr. 12 BGB) dafür.

3. Einzelne Problemfälle der Testamentsvollstreckung

a) Der Betreuer ist zugleich Testamentsvollstrecker des Betreuten oder es besteht eine sonstige Nähebeziehung zwischen den beiden Parteien

Grundsätzlich kann der Betreuer zugleich Testamentsvollstrecker sein, jedoch würde somit ein Interessenskonflikt bestehen, da beiden Parteien jeweils Rechte gegen die andere Partei zustehen. Es käme auch oft zu Unklarheiten, ob derjenige in seiner Funktion als Betreuer oder als Testamentsvollstrecker agiert. Falls er zugleich als Testamentsvollstrecker fungiert, hat das Betreuungsgericht die Aufgabenkreise des Betreuers insoweit einzuschränken und für die Wahrnehmung der Rechte des Betreuten gegenüber dem Testamentsvollstrecker einen Ergänzungsbetreuer (§§ 1899 Abs. 4, 1796 Abs. 1 BGB) zu bestellen. Dieser hat zum Beispiel zu prüfen, ob der Betreuer als Testamentsvollstrecker den Nachlass ordnungsgemäß verwaltet (§ 2216 BGB) oder auch keine verbotenen Schenkungen (§2205 S. 3 BGB) vornimmt. Mit der Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes kann die Ergänzungsbetreuung aufgehoben werden, da nun der Nachlass durch den Betreuer als Vertreter des betreuten Erben verwaltet wird.

Die gleichen Interessensgegensätze können auch bestehen, wenn der Betreuer mit dem Testamentsvollstrecker verwandt ist oder die beiden in irgendeiner Form voneinander wirtschaftlich abhängig sind. In diesen Fällen ist ebenso ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen (§§ 1908i Abs. 1, 1796 Abs. 2 BGB).

b) Der unter Betreuung stehende Testamentsvollstrecker

Die Ernennung einer Person zum Testamentsvollstrecker ist gemäß § 2201 BGB unwirksam, „wenn er zur Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hat, [...] nach § 1896 BGB zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Betreuer erhalten hat“. Überwiegend wird gelehrt, dass der Zeitpunkt, in dem der zukünftige Testamentsvollstrecker Kenntnis von seiner Ernennung erlangt, der maßgebliche Zeitpunkt ist.³⁷ Dies entspricht aber nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Demnach ist der maßgebliche Zeitpunkt derjenige, in dem der Testamentsvollstrecker das Amt annimmt, das heißt der Zugangszeitpunkt der Annahmeerklärung des zukünftigen Testamentsvollstreckers beim Nachlassgericht (vgl. § 2202 Abs. 1, 2 BGB).³⁸

Des Weiteren muss ein Betreuer nach dem regulären betreuungsgerichtlichen Verfahren für den gesamten Aufgabenkreis Vermögensangelegenheiten bestellt sein (§ 1896 BGB). Es genügt nicht, wenn der Betreuer nur für persönliche Angelegenheiten oder einzelne Vermögensangelegenheiten bestellt wurde. Abzulehnen ist auch die Meinung, dass die vorläufige Betreuungsanordnung gemäß §§ 300 ff. FamFG zur Amtsunfähigkeit führt³⁹, da bei derartigen Anordnungen weder Gutachten eingeholt werden, noch der Sachverhalt zuvor vollständig ermittelt wird und somit diese Anordnungen immer mit Zweifeln behaftet sind.⁴⁰ Ist der Testamentsvollstrecker wegen seines Zustandes unfähig, das Amt zu führen, kommt nur seine Entlassung durch das Nachlassgericht in Betracht (§ 2227 BGB). Wird hingegen später festgestellt, dass doch eine komplette Vermögensbetreuung vorliegt, welche wegen unklarer Formulierungen der Aufgabenkreise verdeckt gewesen ist, so ist der Bereute nie Testamentsvollstrecker gewesen.

Wird die Vermögensbetreuung über den Testamentsvollstrecker nach dessen Amtsantritt angeordnet, so erlischt das Amt gemäß §§ 2225 Alt. 2, 2201, 1896 BGB, unabhängig davon, ob dieser geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist. Bei der Geschäftsunfähigkeit handelt es sich gemäß §§ 2225 Alt. 2, 2201 BGB vielmehr um einen gesonderten Erlöschensgrund. Das Erlöschen tritt mit Wirksamwerden des betreuungsgerichtlichen Bestellungsbeschlusses, das heißt mit Zugang des Beschlusses beim Betreuer ein (§ 287 Abs. 1 FamFG). Wird die Betreuung nur über andere Aufgabenkreise als die gesamte Vermögenssorge angeordnet, so liegt kein

³⁷ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2201 BGB Rn. 1.

³⁸ MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2201 BGB Rn. 3.; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, S. 678 (Fußnote 96).

³⁹ So etwa BayObLG Beschl. v. 26.10.1994 – 1Z BR 159/93, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁴⁰ MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2201 BGB Rn. 2.

Fall des §§ 2225 Alt. 2, 2201, 1896 BGB vor. Streitig ist, ob beim späteren Wegfall des Unfähigkeitgrundes, der zum Erlöschen geführt hat, das Amt von selbst wieder auflebt. Nach der herrschenden Meinung wird dies verneint, was aber, da es dem Erblasserwillen nicht entspricht, durchaus angezweifelt werden kann.⁴¹

C. Der Betreute als (künftiger) Erblasser

I. Die Testamentserrichtung

1. Die Errichtung eines einseitigen Testaments

Der Betreute kann in seiner Rolle als künftiger Erblasser ein einseitiges, ordentliches Testament errichten. Voraussetzung für die Errichtung ist das Vorliegen des Testierwillens (§ 133 BGB), der Testierfähigkeit (§ 2229 BGB), der persönlichen Errichtung durch den Erblasser (§§ 2064 f. BGB) sowie der Form gemäß §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB oder §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB. Testierwille bedeutet, dass der Erblasser den ernstlich erklärten Willen hat, ein rechtsverbindliches Testament zu errichten.⁴² Auch eine unter Betreuung stehende Person kann einen solchen Willen bilden. Problematischer für einen Betreuten gestaltet sich eher die Testierfähigkeit (§ 2229 BGB).

Bei der Errichtung eines Testaments handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Dafür muss der Erblasser im erbrechtlichen Sinne geschäftsfähig (§ 104 ff. BGB), also testierfähig gemäß § 2229 BGB sein. Beide Begriffe decken sich weitestgehend, allerdings nicht vollständig. Testierfähigkeit ist die Fähigkeit des Erblassers, ein Testament rechtswirksam zu errichten, zu ändern oder aufzuheben. Es muss dem Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung bis zum Abschluss des Aktes bewusst sein, dass er ein Testament erstellt und welche inhaltlichen Bestimmungen er trifft.⁴³ Dafür ist erforderlich, dass er imstande ist, sich ein klares Urteil über die Tragweite seiner Bestimmungen zu bilden. Der Erblasser muss seine Anordnungen selbst, frei von Einflüssen Dritter beschließen und ausdrücken. Eine Beratung durch Dritte ist nur zulässig, insoweit der Erblasser noch fähig ist, eigenständig Entschlüsse zu fassen.⁴⁴ In der Regel ist eine Person testierfähig, die

⁴¹ MüKoBGB/*Zimmermann*, 8. Aufl. 2020, § 2225 BGB Rn. 5 – a.A. *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rn. 836.

⁴² MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2247 BGB Rn. 6.

⁴³ BGH Urt. v. 01.07.1959 - V ZR 169/58, veröffentlicht unter www.juris.de; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2229 BGB Rn. 1; *Karl*, Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, 2007, S. 221.

⁴⁴ OLG München Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2247 BGB Rn. 1, 3; *Karl*, Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, 2007, S. 221 f.

das 16. Lebensjahr vollendet hat (§ 2229 Abs. 1 BGB) und über die zuvor beschriebene Einsichts- und Handlungsfähigkeit verfügt. Auch für unter Betreuung stehende Personen besteht zunächst die Vermutung der Testierfähigkeit, da von der Betreuungsbedürftigkeit einer Person nicht generell auf die Testierunfähigkeit geschlossen werden kann.⁴⁵ Ein Betreuer wird nur insoweit bestellt, als es für eine volljährige Person, die auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung ganz oder nur teilweise nicht in der Lage ist, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen, erforderlich ist (§ 1896 Abs. 1, 2 BGB). Die Betreuung erfasst somit die Unfähigkeit zur Besorgung verschiedener Angelegenheiten. Die Testierunfähigkeit ist dagegen die Unfähigkeit zur Einsicht in die Bedeutung und Tragweite einer Willenserklärung.⁴⁶

Eine Person, ob diese nun unter Betreuung steht oder nicht, ist nur testierunfähig, wenn diese wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihr abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 2229 Abs. 4 BGB). Als Folge dieses Zustandes kann kein wirksames Testament errichtet werden. Die geistige Beeinträchtigung begründet jedoch nicht zwingend die Annahme der Testierunfähigkeit. Aufgrund des zweigliedrigen Tatbestandsaufbaus kommt es vielmehr stets darauf an, ob die freie Willensbildung des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung aufgrund der geistigen Störung ausgeschlossen war.⁴⁷ Ausweislich des Wortlautes sind körperlich behinderte Personen nicht von § 2229 Abs. 4 BGB erfasst, diese unterliegen gegebenenfalls besonderer Formvorschriften (vgl. §§ 2233, 2247 Abs. 4 BGB).⁴⁸

Die Testierfähigkeit ist entweder gegeben oder fehlt ganz. Selbst wenn sich die krankhafte Störung der Geistestätigkeit, der Geistesschwäche oder der Bewusstseinsstörung beim Erblasser nur in einzelnen Lebensbereichen auswirken, existiert keine je nach Schwierigkeitsgrad des Testaments abgestufte (relative) Testierfähigkeit, wonach der Erblasser zur Errichtung eines einfachen Testaments fähig sein kann, aber nicht zur Errichtung eines schwierigen beziehungsweisen

⁴⁵ BayObLG Beschl. v. 09.03.2005 – 1Z BR 112/04, veröffentlicht unter www.juris.de; OLG Frankfurt Beschl. v. 05.09.1995 – 20 W 107/94, veröffentlicht unter www.juris.de; Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2020, § 2229 BGB Rn. 5.

⁴⁶ *Karl*, Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, 2007, S. 226.

⁴⁷ BayObLG Beschl. v. 24.03.2005 – 1Z BR 107/04, veröffentlicht unter www.juris.de; *Karl*, Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, 2007, S. 222.

⁴⁸ *Karl*, Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, 2007, S. 224.

komplexen Testaments.⁴⁹ Auch durch Genehmigung oder Anerkennung der Erben wird ein nichtiges Testament nicht wirksam, lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung kann sich hieraus begründen.⁵⁰

Immer wieder praxisrelevant sind die Fälle der sogenannten „lichten Momente“. Dies sind Momente, in welchen eine kurzzeitige Testierfähigkeit eines sonst wegen geistiger Insuffizienz testierunfähigen Erblassers gegeben ist. Die Voraussetzung dafür ist, dass der Erblasser genau im Zeitpunkt der Errichtung einen solchen lichten Augenblick, das heißt die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit, hat.⁵¹ Grundsätzlich gilt er bis zum Beweis des Gegenteiles als testierfähig, da die Störung der Geistestätigkeit eine Ausnahme bildet. Diese Annahme wird auch bei unter Betreuung stehenden Erblassern angenommen, da - wie bereits aufgeführt - von der Betreuungsbedürftigkeit nicht auf die Testierunfähigkeit geschlossen werden kann. Wer sich auf die Testierunfähigkeit als rechtsvernichtende Tatsache beruft, muss diese auch beweisen. Das Gericht stellt die Testierunfähigkeit nur fest, wenn keine Zweifel bestehen. Sobald der Verdacht aufkommt, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung testierfähig gewesen ist, wird der Erblasser nicht als testierunfähig festgestellt. Zu einer Beweislastumkehr kommt es nur, wenn Testierunfähigkeit vor und nach Testamentserrichtung festgestellt werden kann. Dann steht derjenige in der Beweispflicht, der sich darauf beruft, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung testierfähig gewesen ist, zum Beispiel durch einen lichten Moment. Dafür genügt bereits der Anscheinsbeweis, der dazu führt, dass die Testierfähigkeit nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann.⁵² Bei Errichtung eines öffentlichen Testaments hat der Notar zu prüfen, ob der Testierende testierfähig ist. Wenn die Testierfähigkeit nicht vorliegt, hat der Notar die Beurkundung abzulehnen (§§ 11, 28 BeurkG).⁵³

Schließlich setzt die wirksame Errichtung eines Testaments voraus, dass die Errichtung von dem Erblasser höchstpersönlich vorgenommen wird (sogenanntes

⁴⁹ BayObLG Beschl. v. 05.12.1991 – 3 Z 182/91, veröffentlicht unter www.juris.de; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2229 BGB Rn. 1.

⁵⁰ OLG München Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2229 BGB Rn. 52.

⁵¹ OLG Jena Beschl. v. 04.05.2005 – 9 W 612/04, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2229 BGB Rn. 39; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2229 BGB Rn. 10.

⁵² OLG Jena Beschl. v. 04.05.2005 – 9 W 612/04, veröffentlicht unter www.juris.de; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2229 BGB Rn. 5, 11; *Karl*, Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, 2007, S. 222.

⁵³ Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2229 BGB Rn. 1.

höchstpersönliches Rechtsgeschäft; § 2264 BGB). Eine Stellvertretung ist nicht zulässig. Der Erblasser hat zwar die Möglichkeit, sich bei der Errichtung eines Testaments beraten und unterstützen zu lassen (vgl. §§ 17, 30 BeurkG), sein Wille darf dadurch aber nicht beeinträchtigt oder verändert werden. Ein von einem Vertreter, zum Beispiel einem Betreuer, Pfleger, Vormund oder Elternteil, errichtetes Testament ist weder wirksam noch genehmigungsfähig, sondern unheilbar nichtig.⁵⁴ Auch ein bei der Bestellung eines Betreuers eingerichteter Einwilligungsvorbehalt gemäß (§ 1903 Abs. 2 Nr. 2 BGB) erstreckt sich nicht auf die Errichtung eines Testaments.⁵⁵ Der Erblasser kann keinen Dritten benennen, der den Inhalt des Testaments bestimmen soll (§ 2065 BGB). Zulässig ist nur die sogenannte Drittbezeichnung, im Gegensatz zu der unzulässigen Drittbestimmung.⁵⁶ Dritte können insoweit anhand objektiver, von dem Erblasser vorgegebener Kriterien die bedachte Person bestimmen. Den Dritten soll dabei kein eigener Beurteilungsspielraum zukommen. Die willentliche Letztentscheidung liegt beim Erblasser.⁵⁷

Das Testament ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Ordentliche Testamente können gemäß § 2231 BGB entweder zur Niederschrift eines Notars nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (§§ 2231 Nr.1, 2232, 2233 BGB in Verbindung mit §§ 27 ff. BeurkG) oder durch eine vom Erblasser nach § 2247 BGB abgegebene Erklärung (§ 2231 Nr. 2 BGB) errichtet werden. Diese Möglichkeiten bestehen für jedermann, unabhängig davon, ob eine Person unter Betreuung steht oder nicht. Ein Verstoß gegen die Formvorschriften bedeutet automatisch die Nichtigkeit des gesamten Testaments (§ 125 S. 1 BGB). Ein privatschriftliches Testament gemäß § 2247 Abs. 1 BGB muss eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein. Dabei ist es auch zulässig, in einer anderen Sprache als Deutsch zu schreiben, insoweit der Erblasser diese auch beherrscht.⁵⁸ Nicht zulässig ist die Verwendung von Blindenschrift⁵⁹ oder die Verwendung von Schreibmaschinen, Tonbändern, Computern, E-Mails oder dergleichen.⁶⁰ Bedeutsamer für einen Betreuten ist, dass, wer nicht mehr selbst lesen oder

⁵⁴ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2064 BGB Rn. 2; Zimmermann, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 30.

⁵⁵ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2229 BGB Rn. 17.

⁵⁶ BGH Urt. v. 18.11.1954 – IV ZR 152/54, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁵⁷ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2065 BGB Rn. 9, 10.

⁵⁸ Zimmermann, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 86.

⁵⁹ LG Hannover Beschl. v. 28.03.1972 – 10 T 10/72, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁶⁰ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2247 BGB Rn. 14, 15, 17.

schreiben kann, auch kein wirksames eigenhändiges Testament errichten kann. Bei Mangel dieser Fähigkeiten besteht nur die Möglichkeit der Errichtung eines öffentlichen Testaments (§ 2233 Abs. 2 BGB).⁶¹ Dritte, wie der Betreuer, können den Erblasser zwar beim Schreiben unterstützen, falls dieser zum Beispiel zittrige Hände hat, die Willensbildung und die Leistung der Schriftzüge müssen aber beim Erblasser selbst liegen. Unproblematisch ist der Fall, wenn der Erblasser einen Entwurf eines Dritten abschreibt, solange er diese Entscheidung selbst aus freien Stücken trifft.⁶² Die Handschriftlichkeit und insbesondere die eigenhändige Unterschrift dienen dem Nachweis der Urheberschaft, der Ernstlichkeit und der abschließenden Willensbildung.⁶³ Dabei ist es irrelevant, in welcher Reihenfolge und in welchem zeitlichen Abstand die einzelnen Bestandteile des Testaments niedergeschrieben werden. Für die Formgültigkeit kommt es nur darauf an, dass zum Zeitpunkt des Todes eine dem Willen des Erblassers deckende Unterschrift für die Erklärung vorhanden ist.⁶⁴ Beruft sich ein Beteiligter darauf, dass der Erblasser bei Errichtung seines Testaments nicht mehr lesen oder schreiben konnte, so trägt dieser auch die Beweislast hierfür. Jedoch wird grundsätzlich das Vorliegen der Fähigkeiten vermutet, solange nichts Gegenteiliges festgestellt werden kann.⁶⁵

Die Errichtung eines öffentlichen Testaments gemäß §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB erfolgt, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen zu Protokoll erklärt oder durch Übergabe einer Schrift, die den Willen des Erblassers enthält. Das genaue Beurkundungsverfahren ist im Beurkundungsgesetz geregelt, für dessen Einhaltung der Notar verantwortlich ist. Die Erklärung zu Protokoll eines Notars ist in der Regel mit weniger Problem als die Errichtung eines eigenhändigen Testaments verbunden, insbesondere steht der Notar dem Erblasser mit einer umfassenden sachkundigen Beratung und Unterstützung zur Seite. Dadurch ist der Wille des Erblassers meist auch klar formuliert und kann genau bestimmt werden. Für testierfähige Personen bestehen keine Vorschriften darüber, in welcher Form Sie ihren zu protokollierenden Willen gegenüber dem Notar erklären müssen. Es genügt somit auch eine nonverbale Kommunikationsform, das heißt eine schlüssige, stillschweigende, konkludente Willenserklärung. Beispiele hierfür sind

⁶¹ BayObLG Beschl. v. 25.03.1999 – 1Z BR 48/99, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁶² MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2247 BGB Rn 18; *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 31.

⁶³ OLG Köln, Beschl. v. 05.11.1999 - 2 Wx 37/99, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁶⁴ BayObLG Beschl. v. 29.07.2004 – 1Z BR 039/04, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2247 BGB Rn. 17.

⁶⁵ BayObLG Beschl. v. 23.09.1994 – 1Z BR 91/94, veröffentlicht unter www.juris.de; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2065 BGB Rn. 2.

Gebärden, Zeichen, Kommunikationshilfen wie Gebärdendolmetscher, allgemein nicht verständliche Laute oder Blindenschrift.⁶⁶ Somit ist es auch für jedermann, unabhängig davon, ob er eine Behinderung hat, unter Betreuung steht oder nicht lesen beziehungsweise schreiben kann, möglich, ein Testament zu errichten. Die Feststellungen, die der Notar während der Beurkundung trifft, beweisen dabei zwar nicht, inwieweit der Erblasser wirklich testierfähig ist, sie stellen aber ein Indiz dar. Die Übergabe einer Schrift ist die zweite Variante des öffentlichen Testaments. Der Erblasser kann die Schrift offen oder geschlossen übergeben, solange dieser volljährig ist (§ 2233 Abs. 1 BGB). Die Schrift muss nicht selbst vom Erblasser geschrieben sein, sie kann auch von einer dritten Person entworfen sein. Weiterhin kann die Schrift in jeder Form errichtet werden, das heißt handschriftlich, maschinell, in fremden Schriftzeichen oder auch in einer fremden Sprache.⁶⁷ Diese Errichtungsform stellt eine erhebliche Formerleichterung im Vergleich zum eigenhändigen Testament gemäß § 2247 BGB dar. Personen, die eine Behinderung haben oder unter Betreuung stehen, wird durch die Vielzahl an Möglichkeiten die Erstellung wesentlich erleichtert und zugänglicher gemacht, auch wenn sie ihren letzten Willen zuvor mit keiner außenstehenden Person teilen wollten oder konnten.

2. Die Besonderheiten der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments im Vergleich zur Errichtung eines einseitigen Testaments

Das gemeinschaftliche Testament kann im Gegensatz zum einseitigen Testament nur von Ehegatten (§ 2265 BGB) beziehungsweise von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 S. 1 LPartG) errichtet werden. Für Verlobte besteht diese Möglichkeit nicht.⁶⁸ Das gemeinschaftliche Testament ist eine besondere Art des Testaments, bei dem aus der Testamentsurkunde selbst ablesbar sein muss, dass es sich um eine gemeinschaftlich abgegebene Erklärung der Testierenden handelt.⁶⁹ Es muss somit ein gemeinsamer Testierwille (§ 133 BGB) der Ehegatten vorhanden sein. Jeder der beiden Testierenden muss selbst testierfähig (§ 2229 Abs. 1 und 4 BGB) sein sowie höchstpersönlich (§§ 2064, 2065 BGB) an der Errichtung mitwirken. Da die Testierfähigkeit und Höchstpersönlichkeit zwingend für jeden der Ehegatten erforderlich ist⁷⁰, gibt es hierbei keine Unterschiede im Vergleich zur

⁶⁶ Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2232 BGB Rn. 2.

⁶⁷ Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2232 BGB Rn. 3.

⁶⁸ BVerfG, Kammerbeschl. v. 26.04.1989 – 1 BvR 512/89, veröffentlicht unter www.juris.de; *Zimmermann*, *Erbrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 101.

⁶⁹ *MüKoBGB/Musielak*, 8. Aufl. 2020, Vorb. § 2265 BGB Rn. 11.

⁷⁰ *Zimmermann*, *Erbrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 103.

Errichtung eines einseitigen Testaments. Für den Betreuten bestehen die gleichen Hindernisse wie bereits aufgeführt.

Für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gelten die gleichen Formvorschriften wie bei der Errichtung eines einseitigen Testaments (§§ 2231, 2232, 2247, 2267 BGB). Es kann in notarieller Form (§§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB) oder handschriftlich (§§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB) errichtet werden. Eine Besonderheit des gemeinschaftlichen Testaments ist dabei, dass für die handschriftliche Errichtung eine Formerleichterung gemäß § 2267 BGB besteht. Demnach genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament gemäß den Formvorschriften des § 2247 BGB errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet (§ 2267 S. 1 BGB).⁷¹ Für einen Betreuten, für den aufgrund körperlicher Einschränkungen das handschriftliche Verfassen nur schwer beziehungsweise quasi unmöglich ist, ergibt sich somit eine Aufweichung der sonst so starren Formvorschriften, wenn er zusammen mit seinem Ehegatten testieren möchte. Dabei besteht freilich die Gefahr, dass ein Ehegatte dem anderen seinen Willen aufdrängt.⁷² Besonders wenn der lediglich Unterschreibende eine geistige Einschränkung hat, ist die Gefahr groß, dass bestimmten, für den anderen Ehegatten vorteilhaften Verfügungen ein bindender Charakter verliehen wird. Diese Gefahr ist nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch hinzunehmen. Selbst wenn der eine Ehegatte unter Betreuung steht und der andere Ehegatte dessen Betreuer ist, besteht kein Ausschluss bezüglich der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. Da das Testament ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist und somit eine Vertretung ausschließt, handelt der Betreuer nicht als Betreuer des Betreuten, er ist die eine Partei des gemeinschaftlichen Testaments und der Betreute die andere.

Der wesentliche Unterschied zwischen einem einseitigen und einem gemeinschaftlichen Testament besteht im Inhalt. Bei einem gemeinschaftlichen Testament können wechselbezügliche Verfügungen bezüglich Erbinsetzungen, Vermächtnissen, Auflagen oder die Wahl des anzuwendenden Erbrechts (§ 2270 Abs. 3 BGB) getroffen werden. Wechselbezügliche Verfügung bedeutet, dass sie derart mit der Verfügung eines anderen verbunden ist, dass anzunehmen ist, dass sie nicht ohne diese getroffen sein würde (vgl. § 2270 Abs. 1 BGB). Eine solche Verfügung wird im Zweifel angenommen, wenn die Ehegatten sich gegenseitig

⁷¹ *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 103.

⁷² *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 100.

bedenken (§ 2270 Abs. 2 Alt. 1 BGB) oder wenn ein Ehegatte den anderen bedenkt, weil dieser seinerseits für den Fall des Nachversterbens einen Dritten bedacht hat, der mit dem Erstversterbenden verwandt ist (§ 2270 Abs. 2 Alt. 2 BGB) oder dem Erstversterbenden sonst nahesteht (§ 2270 Abs. 2 Alt. 3 BGB). Neben wechselbezüglichen Verfügungen können ebenso einseitige Verfügungen getroffen werden. Jede Verfügung muss einzeln auf ihre Wechselbezüglichkeit geprüft werden.⁷³ Liegen bei der Errichtung nicht alle Voraussetzungen vor, so ist auch kein gemeinschaftliches Testament errichtet worden. Eines wegen Testierunfähigkeit des einen Ehegatten oder wegen Formmangels (§ 125 BGB) unwirksames gemeinschaftliches Testament kann aber in ein wirksames einseitiges Testament des anderen Ehegatten umgedeutet (§ 140 BGB) werden. Dafür ist der Wille beziehungsweise der mutmaßliche Wille des anderen Ehegatten zum Errichtungszeitpunkt entscheidend.⁷⁴

II. Der Testamentswiderruf

1. Der Widerruf eines einseitigen Testaments

Der Erblasser kann ein Testament sowie einzelne in einem Testament enthaltene Verfügungen jederzeit durch ein isoliertes Widerrufstestament (§ 2254 BGB), durch die Vernichtung des Testaments (§ 2255 BGB), durch die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256 BGB) und durch Errichtung eines späteren widersprechenden Testaments (§ 2258 BGB) widerrufen (§ 2253 BGB). Abgesehen von § 2256 BGB ist der Widerruf selbst eine letztwillige Verfügung.⁷⁵ Der Erblasser muss die gleichen Voraussetzungen erfüllen, wie bei der Errichtung eines einseitigen Testaments. Er muss im Zeitpunkt des Widerrufs den Willen (§ 133 BGB) haben, seine Verfügung aufzuheben sowie in diesem konkreten Moment testierfähig im Sinne von § 2229 BGB sein. Für den testierfähigen Betreuten bedeutet das, dass auch er jederzeit, ohne Zustimmung seines Betreuers, sein Testament widerrufen kann.⁷⁶ Ebenso ist eine Stellvertretung ausgeschlossen, da der Widerruf des Testaments nur durch den Erblasser höchstpersönlich erfolgen kann (§ 2064 BGB). Der Widerruf kann nicht durch einen Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 Abs. 2 BGB) oder mittels Vertrags (§ 2302 BGB) ausgeschlossen werden.

⁷³ *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, vgl. Rn. 110, 111.

⁷⁴ OLG München, Beschl. v. 19.05.2010 – 31 Wx 038/10, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 30.01.1957 - V ZR 186/55, veröffentlicht unter www.juris.de; BayObLG München, Beschl. v. 09.03.2005 – 1Z BR 108/04, veröffentlicht unter www.juris.de; Burandt/Rojahn/Lauck, 2. Aufl. 2014, § 2253 BGB Rn. 5.

⁷⁶ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2253 BGB Rn. 6, 9.

Für den Widerruf gemäß § 2254 BGB und § 2258 BGB gelten die gleichen Formvorschriften wie bei der Errichtung eines einseitigen Testaments (§§ 2231, 2232, 2233, 2247 BGB). Dabei gilt, dass ein privatschriftliches Testament (§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB) durch ein öffentliches Testament (§ 2231 Nr. 1, 2232, 2233 BGB) widerrufen werden kann und umgekehrt. Der Unterschied zwischen dem Widerruf durch Testament (§ 2254 BGB) und dem Widerruf durch ein späteres Testament (§ 2258 BGB) ist, dass bei § 2254 BGB der bloße Widerruf der Inhalt des Testaments ist. Im Gegensatz dazu wird bei § 2258 BGB ein neues, dem alten widersprechendes Testament errichtet, welches das frühere Testament insoweit widerruft, als es ihm widerspricht.⁷⁷ Bei der Widerrufsform gemäß § 2258 BGB muss abweichend von den anderen Widerrufsmöglichkeiten kein Widerrufswille vorliegen, es genügt der Testierwille. Wenn das spätere Testament das frühere lediglich ergänzt, stellt dies keinen Widerruf im Sinne von § 2258 BGB dar, vielmehr bilden dann die Testamente in ihrer Gesamtheit die letztwillige Verfügung des Erblassers.⁷⁸ Sollten mehrere, sich widersprechende Testamente gleichzeitig errichtet werden, beziehungsweise sich die genaue Reihenfolge nicht feststellen lassen, heben sie sich gegenseitig auf.⁷⁹ Ein Widerrufstestament kann jederzeit gemäß § 2257 BGB widerrufen werden, im Gegensatz zu den Fällen der §§ 2255, 2256 BGB. Die Folge davon ist, dass die ursprüngliche Verfügung automatisch wieder wirksam wird, solange kein gegenteiliger Wille des Erblassers zweifelsfrei feststeht.⁸⁰

Darüber hinaus kann der Erblasser ein Testament oder einen Teil des Testaments auch dadurch widerrufen, das er es mit Widerrufsabsicht vernichtet oder verändert und dadurch den Willen ausdrückt, seine schriftliche Willenserklärung aufzuheben (§ 2255 S. 1 BGB). Dieser Wille wird im Zweifelsfall vermutet (§ 2255 S. 2 BGB). Vernichten heißt hierbei Zerstörung, zum Beispiel durch Zerreißen oder Verbrennen. Die Urkunde darf in ihrem Bestand nicht mehr vorhanden sein. Dabei genügt es bei dieser Variante, wenn der Erblasser sich einer dritten Person als unselbstständiges Werkzeug bedient, solange diese im Auftrag handelt, den Willen des Erblassers, das Testament zu vernichten, zu erfüllen. Der dritten Person darf dabei selbst kein Entschluss- oder Handlungsspielraum zustehen.⁸¹ Der Begriff der Höchstpersönlichkeit wird hierdurch erweitert, nämlich um die dritte Person als

⁷⁷ BGH, Urt. v. 07.11.1984 – IVa ZR 77/83, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁷⁸ BayObLG, Beschl. v. 21.05.1996 – 1Z BR 49/96, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁷⁹ BayObLG, Beschl. v. 23.08.2002 – 1Z BR 61/02, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 27).

⁸⁰ OLG Köln, Beschl. v. 08.02.2006 – 2 Wx 49/05, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 21).

⁸¹ OLG München, Beschl. v. 11.04.2011 – 31 Wx 33/11, veröffentlicht unter www.juris.de.

sogenanntes Werkzeug. Diese Lockerung erleichtert auch Personen mit körperlichen oder motorischen Einschränkungen, ihr Testament wirksam zu widerrufen. Sobald die Vernichtung nicht durch den Willen des Erblassers oder zum Beispiel lediglich versehentlich passiert, so fehlt die Widerrufsabsicht und es kann kein wirksamer Widerruf vorliegen.

Eine weitere Widerrufsmöglichkeit ist der Widerruf durch Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung. Der Erblasser kann jederzeit die Herausgabe seines Testaments verlangen (§ 2256 Abs. 2 S. 1 BGB). Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen (§ 2256 Abs. 2 S. 2 BGB). Sollte die Rückgabe an einen Bevollmächtigten⁸² oder an einen Betreuer erfolgen, so hat diese Handlung keine Widerrufswirkung. Man muss dabei zwischen dem Rückgabeantrag und dem reinen Aushändigungsakt differenzieren. Den Rückgabeantrag kann nur eine geschäftsfähige Person stellen, demzufolge nicht ein geschäftsunfähiger Betreuer.⁸³ Weiterhin muss der Betreute bei Aushändigung testierfähig (§ 2229 BGB) sein, da die Rückgabe als Verfügung von Todes wegen gilt.⁸⁴ Für einen Betreuten stellen sich somit die gleichen Probleme wie bei der Errichtung eines Testaments, da bei offensichtlicher Testierunfähigkeit die Aushändigung weder an ihn noch an seinen Betreuer erfolgen darf. Des Weiteren ist bei der Rücknahme nach § 2256 BGB bezüglich der Wirkung zwischen einem privatschriftlichen und einem öffentlichen Testament zu unterscheiden. Ein privatschriftliches Testament (§ 2247 BGB) kann gemäß § 2248 BGB in besondere amtliche Verwahrung gegeben werden. Verlangt der Erblasser dann die Rückgabe, so hat diese keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Testaments (§ 2256 Abs. 3 BGB). Wird ein öffentliches Testament (§ 2249 BGB) aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen, gilt es automatisch als widerrufen (§ 2256 Abs. 1 S. 1 BGB). Dabei gilt für alle Widerrufsmöglichkeiten, dass derjenige, der sich auf den Widerruf des Testaments beruft, auch die Beweislast hierfür trägt.

2. Die Besonderheiten des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments im Vergleich zum Widerruf eines einseitigen Testaments

Beide Ehegatten können das gemeinschaftliche Testament, ohne oder mit wechselbezüglichen Verfügungen, in der gleichen Weise widerrufen, wie beim

⁸² OLG Saarbrücken, Beschl. v. 16.10.1991 – 5 W 96/91, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁸³ OLG Köln, Beschl. v. 12.07.2013 – 2 Wx 177/19, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁸⁴ MüKoBGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2256 BGB Rn 6.

einseitigen Testament. Dabei ist wichtig, dass beide Ehegatten testierfähig sind, da der Widerruf selbst eine letztwillige Verfügung darstellt. Die einzigen Unterschiede zum Widerruf eines einseitigen Testaments sind, dass bei §§ 2254, 2258 BGB der Widerruf in Form eines gemeinschaftlichen Testaments erfolgen muss und bei § 2255 BGB ist es erforderlich, dass beide Ehegatten gemeinschaftliche die Vernichtungshandlung vornehmen. Weiterhin können die Ehegatten ein gemeinschaftliches notarielles Testament nur durch gemeinsame Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung widerrufen (§ 2272 BGB). Das Testament darf nicht nur an einen Ehegatten herausgegeben werden. Dies würde keinen Widerruf darstellen. Die einseitigen Verfügungen eines testierfähigen Ehegatten können nach den Vorschriften wie beim einseitigen Testament widerrufen oder geändert werden. Diese Möglichkeit besteht immer, ob zu Lebzeiten des anderen Ehegatten oder nach dessen Tod⁸⁵, auch wenn der widerrufende Ehegatte unter Betreuung steht. Voraussetzung ist lediglich, dass der widerrufende Ehegatte testierfähig ist. Einzelne wechselbezügliche Verfügungen können die Ehegatten gemeinsam in der gleichen Form widerrufen, wie sie das gesamte Testament widerrufen können.⁸⁶ Der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung durch einen Ehegatten allein hingegen erfolgt zu Lebzeiten der Ehegatten nach der für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 2296 BGB (§ 2271 Abs. 1 S. 1 BGB). Durch die bloße Errichtung eines neuen Testaments kann kein Ehegatte zu Lebzeiten, die Verfügung des anderen einseitig aufheben (§ 2271 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Widerruf ist einseitig ohne die Mitwirkung oder die Zustimmung des anderen Ehegatten möglich. Der widerrufende Ehegatte muss dafür eine persönliche (§ 2296 Abs. 1 BGB), notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten abgeben (§ 2296 Abs. 2 BGB). Der Erklärende muss testierfähig sein, der Empfänger nur geschäftsfähig. Steht der widerrufende Ehegatte unter Betreuung, ist aber testierfähig, so kann er sich jederzeit, in der Form des § 2296 BGB von den wechselbezüglichen Verfügungen lösen. Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes hat keinen Einfluss darauf (§ 1903 Abs. 2 BGB). Ist der Betreute jedoch testierunfähig, hat er keine Option sich von den einseitigen oder wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament mittels Widerrufs zu lösen. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass einem

⁸⁵ MüKoBGB/*Musielak*, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 4.

⁸⁶ BayObLG Beschl. v. 02.05.2002 – 1Z BR 24/01, veröffentlicht unter www.juris.de; MüKoBGB/*Musielak*, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 5.

gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen in Analogie zu § 2282 Abs. 2 BGB das Recht zur Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen zugebilligt werden kann, wenn ein Anfechtungsgrund besteht. In diesen Fällen sei eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Gegen diese Ansicht sprechen die Unterschiede zwischen Widerruf und Anfechtung, sowie der klarere Gesetzestext⁸⁷, weswegen der zweiten Ansicht zu folgen und ein Anfechtungsrecht zu diskutieren ist. Streitig ist auch der Fall, wenn der geschäftsfähige und testierfähige Ehegatte gegenüber dem geschäftsunfähigen und unter Betreuung stehenden Ehegatten widerrufen will. Die herrschende Meinung, welcher ich auch zustimme, bejaht die Wirksamkeit eines gegenüber dem Betreuer als Vertreter des betreuten Ehegatten erklärten Widerrufs, weil sich aus dem BGB keine weitere Regelung ergäbe.⁸⁸ Die andere Ansicht lehnt dagegen generell die Möglichkeit eines Widerrufs gegenüber einem geschäftsunfähigen Ehegatten ab. Durch den Widerruf solle der andere Ehegatte in die Lage versetzt werden, selbst neue Verfügungen zu treffen. Aufgrund seiner bis dahin eingetretenen Testierunfähigkeit sei ihm dies jedoch nicht mehr möglich.⁸⁹ Ist gegenüber dem geschäftsunfähigen Ehegatten der Widerruf zu erklären, so muss die persönliche, notariell beurkundete Erklärung des widerrufenden Ehegatten dem gesetzlichen Vertreter zugehen (§ 131 Abs. 1 BGB), also dem Betreuer des betreuten Ehegatten. Die Erklärung selbst muss aber an den anderen Ehegatten, gesetzlich vertreten durch seinen Betreuer gerichtet sein. Ist der widerrufende Ehegatte selbst der Betreuer, so ist dieser gemäß §§ 1908i, 1795, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen. Es ist ein Ergänzungsbetreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis zu bestellen (§ 1899 Abs. 4 BGB) und die Vertretungsmacht des Betreuer-Ehegatten diesbezüglich zu beschränken. Ist der Betreute selbst geschäftsfähig, so muss ihm der Widerruf zugehen (§ 130 BGB) und nicht seinem Betreuer.

Mit dem Tod eines Ehegatten erlischt das Recht zum Widerruf des anderen Ehegatten (§ 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB). Die erbrechtliche Bindung des überlebenden Ehegatten an die wechselbezügliche Verfügung tritt ein. Spätere Testamente des überlebenden Ehegatten sind insoweit unwirksam, als sie den wechselbezüglichen Verfügungen widersprechen.⁹⁰ Nach § 2271 Abs. 2 S.1 Hs. 2

⁸⁷ MüKoBGB/*Musielak*, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 6.

⁸⁸ OLG Karlsruhe Beschl. v. 09.06.2015 – 11 WX 12/15, veröffentlicht unter www.juris.de; *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 126.

⁸⁹ *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 126.

⁹⁰ MüKoBGB/*Musielak*, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 16.

BGB kann der überlebende Ehegatte seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm zugewandte ausschlägt (§§ 1942 ff. BGB).⁹¹ Auch nach der Annahme ist der Überlebende gemäß § 2271 Abs. 2 S. 2 BGB zur Aufhebung gemäß § 2294 BGB befugt, wenn der Bedachte eine Verfehlung nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments begeht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen würde (vgl. § 2333 BGB).⁹² Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Bedachte tatsächlich pflichtteilsberechtigt ist.

Eine weitere Besonderheit beim gemeinschaftlichen Testament ist, dass es im Fall der Aufhebung (§ 1313 BGB) oder Scheidung der Ehe (§ 1564 BGB) vor dem Tod des Erblassers seinem ganzen Inhalt nach unwirksam wird (§§ 2268 Abs. 1, 2077 BGB). Dabei genügt es im Falle der Scheidung der Ehe, wenn zum Zeitpunkt des Todes die Voraussetzungen für diese bestanden haben. Auch bei Wiederheirat wird das Testament nicht wieder wirksam.⁹³ Eine Ausnahme besteht nur, wenn anzunehmen ist, dass bei Testamentserrichtung der Aufrechterhaltungswille bestand, die Ehegatten mithin wollten, dass das Testament auch im Fall der Auflösung der Ehe weiterhin gelten soll. In diesem Fall bleibt das Testament wirksam (§ 2268 Abs. 2 BGB, vgl. § 2077 Abs. 3 BGB).⁹⁴ Insoweit es sich in diesem Fall um eine wechselbezügliche Verfügung handelt, kann diese auch nicht durch ein einseitiges Testament beseitigt werden, da die Bindungswirkung über die Auflösung hinaus weiter besteht (§ 2268 Abs. 2 BGB).⁹⁵ Die Wechselbezüglichkeit einer Verfügung spricht aber in der Regel gegen einen Aufrechterhaltungswillen.⁹⁶ Für den Aufrechterhaltungswillen trifft denjenigen die Beweislast, der sich auf die Wirksamkeit des Testaments beruft.⁹⁷

Nach erfolgreichem Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments können beide Ehegatten neu testieren, außer ein Ehegatte ist inzwischen testierunfähig geworden. Nach dessen Tod gilt die gesetzliche Erbfolge. Der testierfähig widerrufende Ehegatte kann dagegen frei testieren, lediglich Pflichtteilsrechte werden eingeschränkt.⁹⁸ Der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung eines

⁹¹ MüKoBGB/*Musielak*, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 21, 22.

⁹² MüKoBGB/*Musielak*, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 26, 27; *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 116.

⁹³ BayObLG Beschl. v. 23.05.1995 – 1Z BR 128/94, veröffentlicht unter www.juris.de; *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 109, 129, 130.

⁹⁴ BGH Urt. v. 07.07.2004 – IV ZR 187/03, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 16); *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 109.

⁹⁵ BGH Urt. v. 07.07.2004 – IV ZR 187/03, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 17).

⁹⁶ BayObLG Beschl. v. 08.06.1993 – 1Z BR 95/92, veröffentlicht unter www.juris.de.

⁹⁷ BGH Urt. v. 07.07.2004 – IV ZR 187/03, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn.21).

⁹⁸ *Zimmermann*, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 124.

Ehegatten führt automatisch zur Unwirksamkeit der entsprechenden wechselbezüglichen Verfügung des anderen Ehegatten (§ 2270 Abs. 1 BGB). Hat ein Ehegatte zuvor einseitig im Widerspruch zu der wechselseitigen Verfügung testiert, so wird diese Anordnung nun wirksam.⁹⁹ Des Weiteren bleiben die einseitig getroffenen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments wirksam, wenn diese nicht explizit widerrufen werden beziehungsweise das gesamte gemeinschaftliche Testament widerrufen wird.

3. Der Widerruf des Widerrufs eines Testaments

Der Widerruf eines Testaments mittels Errichtung eines isolierten Widerrufstestaments gemäß § 2254 BGB ist ganz oder teilweise nach Maßgabe des § 2257 BGB widerruflich. Der Widerruf eines durch Vernichtung (§ 2255 BGB) oder Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256 BGB) widerrufenen Testaments ist nicht möglich. Durch diese Formen des Widerrufs sind die widerrufenen Testamente endgültig ungültig. Sie können nur durch erneute Errichtung wiederhergestellt werden.¹⁰⁰ Der Widerruf des Widerrufs stellt ebenfalls eine letztwillige Verfügung dar, dementsprechend ist nur eine testierfähige Person hierzu berechtigt. Auch ein Betreuer kann jederzeit von § 2254 BGB gebraucht machen, vorbehaltlich des § 2229 Abs. 4 BGB.¹⁰¹ Der Widerruf des Widerrufs muss in den Formen der §§ 2254, 2255, 2256, 2258 BGB vorgenommen werden und ist nach den Vorschriften der §§ 2078 ff. BGB widerruflich.¹⁰²

Ist ein wirksamer Widerruf des Widerrufs erfolgt, so tritt im Zweifel kraft Gesetzes das ursprüngliche Testament wieder in Kraft, als wäre es nie widerrufen worden. Eine Ausnahme besteht nur, wenn ein gegenteiliger Wille des Erblassers bekannt ist. In diesem Fall würde das ursprüngliche Testament ebenfalls unwirksam bleiben und es tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Das ursprüngliche Testament bleibt auch unwirksam, wenn ein zweiter Widerruf abermals widerrufen wird, sodass der erste Widerruf als wirksam gilt. Die Beweislast in allen Fällen trägt derjenige, der sich auf das widerrufenen Testament beruft.¹⁰³

⁹⁹ MüKoBGB/Musielak, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 14.

¹⁰⁰ MüKoBGB/Sticherling, 8.Auflage, § 2257 BGB Rn. 3; Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2257 BGB Rn. 1, 2.

¹⁰¹ MüKoBGB/Sticherling, 8.Auflage, § 2257 BGB Rn. 2

¹⁰² Juris-PK-BGB/Bauermeister, 7. Aufl. 2014, § 2257 BGB Rn. 4, 5, 6.

¹⁰³ MüKoBGB/Sticherling, 8.Auflage, § 2257 BGB Rn. 4, 5; Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2257 BGB Rn. 1, 2.

III. Die Testamentsanfechtung

1. Allgemeine Voraussetzungen und Wirkungen der Testamentsanfechtung

Die Anfechtung des einseitigen Testaments erfolgt nach dem Tod des Erblassers, nach den Vorschriften der §§ 2078 ff. BGB, außer sie ist gemäß § 2079 S. 2 BGB ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, dass der Erblasser die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen haben würde. Handelt es sich um ein gemeinschaftliches Testament, so sind Dritte nicht vor dem ersten Erbfall anfechtungsberechtigt.¹⁰⁴ Eine letztwillige Verfügung kann, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war (Inhaltsirrtum) oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte (Erklärungsirrtum) angefochten werden (§ 2078 Abs. 1 BGB). Ist der Erblasser zu der Verfügung durch die irri- ge Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes (Motivirrtum) oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden (§ 2078 Abs. 2 BGB), ist ebenfalls ein Anfechtungsgrund gegeben. Der Anfechtende hat das Vorliegen eines Irrtums oder der Drohung zu beweisen, was in der Praxis mit großen Problemen verbunden ist. Ferner besteht die Anfechtbarkeit gemäß § 2079 S. 1 BGB, wenn zur Zeit des Erbfalls ein Pflichtteilsberechtigter übergangen wird, dessen Vorhandensein zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, erst nach der Errichtung geboren wurde oder ein Pflichtteilsrecht entstand. Zur Anfechtung nach § 2078 BGB ist jeder gemäß § 2080 Abs. 1 BGB berechtigt, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustattenkommen würde. Gemäß § 2080 Abs. 2 BGB ist nur eine bestimmte Person zur Anfechtung berechtigt, wenn sich der Irrtum auf diese Person bezieht und sie anfechtungsberechtigt ist oder sein würde, wenn sie den Erblasser überlebt hätte. Zur Anfechtung nach § 2079 BGB nur der Pflichtteilsberechtigte berechtigt (§ 2080 Abs. 3 BGB). Steht der anfechtungsberechtigte Pflichtteilsberechtigte unter Betreuung, so kann sein Betreuer als gesetzlicher Vertreter sein Anfechtungsrecht ausüben. Es bedarf keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Er muss dafür innerhalb eines Jahres nach Bekanntwerden des Anfechtungsgrundes (§ 2082 Abs. 1, 2 BGB) eine Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2081 Abs. 1 BGB) abgeben. In den Fällen des § 2078 BGB ist keine Vertretung möglich. Somit hat der betreute Anfechtungsberechtigte keine Chance, sein Recht auszuüben.

¹⁰⁴ MüKoBGB/Sticherling, 8.Auflage, § 2271 BGB Rn. 34.

Die Folge einer erfolgreichen Anfechtung ist, dass die gesamte angefochtene Verfügung oder der von dem Anfechtungsgrund beeinflusste Teil als von Anfang an nichtig angesehen wird (vgl. § 142 Abs. 1 BGB). Bei der Anfechtung von einzelnen Verfügungen ist dabei im Einzelfall zu prüfen (§ 2085 BGB), inwieweit andere Verfügungen von der Anfechtung betroffen sind, zum Beispiel ob nach dem Willen des Erblassers die Unwirksamkeit einer Verfügung die Unwirksamkeit aller Verfügungen des Ehegatten gewollt ist. Wechselbezügliche Verfügungen werden gemäß § 2270 Abs. 1 BGB nichtig, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Dies kann rückwirkend auf den ersten Erbfall bedeuten, dass die gesetzliche Erbfolge eintritt, insoweit nicht eine andere nun Wirksamkeit erlangte Verfügung gilt.¹⁰⁵ Außerdem ist zu prüfen, ob die Anfechtung die Unwirksamkeit der gesamten angefochtenen Verfügung bewirkt, oder ob Teile davon bestehen bleiben können. Ausschlaggebend dafür ist der Wille des beziehungsweise der Erblasser(s), wenn Kenntnis von der Nichtigkeit der Verfügung beziehungsweise des Teiles der Verfügung bestanden hätte und ob der andere Ehegatte im gemeinschaftlichen Testament seine Verfügung auch als wechselbezügliche Verfügung im Hinblick auf § 2270 Abs. 1 BGB angesehen hat.¹⁰⁶

2. Die Anfechtung des gesamten Testaments oder einzelner Verfügungen durch den (künftigen) Erblasser oder dessen Betreuer

Zu Lebzeiten beider Ehegatten ist der Erblasser selbst nicht zur Anfechtung des einseitigen Testaments oder des gemeinschaftlichen Testaments berechtigt. Die Anfechtung einzelner Verfügungen des überlebenden Ehegatten sind ebenfalls ausgeschlossen, denn der Erblasser kann das Testament oder einzelne Verfügungen frei widerrufen nach § 2253 ff. BGB.¹⁰⁷ Dritte sind im Fall des gemeinschaftlichen Testaments nicht vor dem Tod des ersten Ehegatten anfechtungsberechtigt. Problematisch ist, wenn der Erblasser zwischenzeitlich testierunfähig geworden ist, so entfällt ihm auch das Widerrufsrecht. Das Nichtbestehen des Anfechtungsrechtes bleibt hiervon jedoch grundsätzlich unberührt.

In der Literatur wird die Ansicht¹⁰⁸ vorgebracht, dass eine analoge Anwendung des § 2281 Abs. 1 BGB angebracht wäre, so dass der Betreuer als gesetzlicher Vertreter

¹⁰⁵ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2271 BGB Rn. 45.

¹⁰⁶ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2271 BGB Rn. 46.

¹⁰⁷ BGH Urt. v. 18.01.1956 – IV ZR 199/55, veröffentlicht unter www.beck-online.beck.de.

¹⁰⁸ MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2080 BGB Rn. 2 und § 2271 BGB Rn. 35.

des testierunfähigen betreuten Erblassers gemäß § 2282 Abs. 2 BGB analog das Testament oder einseitige Verfügungen anfechten könnte. Der Betreuer würde hierfür eine Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen. Aufgrund der klaren Regelung des Anfechtungsrechtes (§ 2080 BGB) und das Fehlen einer Gesetzeslücke, was für eine Analogie erforderlich wäre, wird diese Ansicht aber abgelehnt. Vielmehr könnte eine analoge Anwendung des §§ 2281, 2282 BGB diskutiert werden, für den Fall, dass der Erblasser aufgrund zwischenzeitlich eingetretener Testierunfähigkeit das Testament nicht mehr widerrufen kann.

Eine befürwortende Ansicht¹⁰⁹ der analogen Anwendung des § 2282 Abs. 2 BGB in Bezug auf die Anfechtung einseitiger Verfügungen des testierunfähigen Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter im gemeinschaftlichen Testament vor oder nach dem ersten Erbfall begründet dies mit den Parallelen des gemeinschaftlichen Testaments zum Erbvertrag, denn nach dem ersten Erbfall bindend gewordene wechselbezügliche Verfügungen kann der Erblasser nach den Vorschriften der §§ 2281 ff. in Verbindung mit §§ 2078, 2079 BGB anfechten. Die Vorschriften der §§ 2078 ff. BGB sind entsprechend anwendbar. In diesem Fall wird auf die gleiche Interessenslage zwischen vertragsmäßigen Verfügungen im Erbvertrag und wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nach dem ersten Erbfall abgestellt.¹¹⁰ Es besteht somit die Frage, warum diese nicht auch bei der Anfechtung einseitiger Verfügungen gelten soll.

Wenn § 2282 Abs. 2 BGB bei der Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen nach dem ersten Erbfall angewendet wird, dann wäre es angezeigt, die Vorschrift im Fall eingetretener Testierunfähigkeit des Erblassers (analog) auch für die Anfechtung einseitiger Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament anzuwenden. Der testierunfähige Erblasser ist de facto vor und nach dem ersten Erbfall an seine einseitigen Verfügungen gebunden, wie an wechselbezügliche Verfügungen nach dem ersten Erbfall im gemeinschaftlichen Testament sowie an vertragliche Verfügungen im Erbvertrag, was für die Anwendung spricht. In der weiteren Folge wäre der § 2282 Abs. 2 BGB dann auch auf die Anfechtung des einseitigen Testaments analog anzuwenden, wenn der Erblasser inzwischen testierunfähig geworden ist, da alle einseitigen Verfügungen gleich zu behandeln sind, unabhängig davon in welcher Form sie erstellt worden. Für die analoge Anwendung spricht schließlich auch der Fall, dass der testierunfähige Erblasser die

¹⁰⁹ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2271 BGB Rn. 35.

¹¹⁰ OLG Stuttgart Urt. v. 19.03.2015 – 19 U 134/14, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 43).

gesetzliche Erbfolge im Gegensatz zu seiner zuvor errichteten letztwilligen Verfügung bevorzugt. Das Fehlen der Möglichkeit, eine neue Verfügung von Todes wegen zu errichten, was grundsätzlich gegen das Anfechtungsrecht sprechen würde und somit auf eine bewusste Entscheidung durch den Gesetzgeber hindeutet, wäre dann irrelevant, denn er hätte gerade kein Interesse mehr an einem Abweichen von den gesetzlichen Regelungen. Alles in allem sollte die Möglichkeit der Anwendung des § 2282 Abs. 2 BGB befürwortet werden.

Abgesehen davon kann der überlebende Ehegatte die einseitigen und wechselbezüglichen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten gemäß §§ 2078 ff. BGB anfechten, wobei die Anfechtung gemäß § 2079 BGB ausgeschlossen ist. Die Anfechtung gemäß § 2078 BGB ist auch nach Annahme des ihm durch das gemeinschaftliche Testament zugewandte möglich.¹¹¹

D. Der Betreute als Erbvertragspartei

I. Der Abschluss des Erbvertrages

Beim einseitigen Erbvertrag trifft nur einer der Vertragspartner eine oder mehrere Verfügungen von Todes wegen. Beim zweiseitigen Erbvertrag treffen beide Vertragsparteien bindende vertragsmäßige Verfügungen. Dabei kann der Erblasser einen Erbvertrag nur persönlich schließen (§ 2274 BGB), die Vertretung durch einen Betreuer ist ausgeschlossen. Die Vertretung des Vertragspartners, welcher selbst keine Verfügungen trifft, ist hingegen möglich, sodass der geschäftsunfähige betreute Vertragspartner durch seinen Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis vertreten werden kann.¹¹² Ist der betreute Vertragspartner geschäftsfähig, so hat er die Wahl, ob er sich durch seinen Betreuer bei Vertragsschluss vertreten lässt oder nicht. Ein bestehender Einwilligungsvorbehalt stellt kein Hindernis dar, solange keine Gegenleistung versprochen wird (§ 1903 Abs. 3 BGB).

Der Erblasser muss bei Errichtung des Erbvertrages uneingeschränkt geschäftsfähig sein (§ 2275 Abs. 1 BGB). Der geschäftsfähige Betreute kann somit den Erbvertrag errichten, ein bestehender Einwilligungsvorbehalt hat keinen Einfluss (§ 1903 Abs. 2 BGB). Ist der Erblasser geschäftsunfähig so kann er keinen Erbvertrag schließen beziehungsweise wäre ein solcher nichtig, denn er darf sich nicht in einem die Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung seiner Geistestätigkeit befinden (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB).

¹¹¹ MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2271 BGB Rn. 41.

¹¹² Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2274 BGB Rn. 2, 3.

Formell kann der Erbvertrag nur vor einem Notar unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsparteien geschlossen werden (§ 2276 Abs. 1 S.1 BGB). Gemäß § 28 BeurkG soll der Notar seine Wahrnehmung bezüglich der Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken, was zwar nicht als Beweis dient, jedoch als Indiz. Der beziehungsweise die Erblasser müssen einen entsprechenden Testier- und Bindungswillen (§ 133, 157 BGB) im Sinne des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB haben und eine für den Erbvertrag zwingend erforderliche vertragsmäßige Verfügung gemäß § 2278 BGB treffen. Neben diesen vertragsmäßigen Verfügungen können auch einseitige Verfügungen aufgenommen werden (§ 2299 Abs. 1 BGB). Da mit Abschluss des Erbvertrages die Bindungswirkung gemäß § 2289 BGB eintritt, werden frühere widersprechende Verfügungen aufgehoben und spätere widersprechende Verfügungen unwirksam.

II. Die Durchbrechung der erbrechtlichen Bindungswirkung durch Aufhebung, Rücktritt oder Anfechtung

Die Aufhebung des gesamten Erbvertrages oder einzelner vertragsmäßiger Verfügungen kann zu Lebzeiten durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages (§ 2290 Abs. 1 S. 1, 2 BGB) zwischen allen Vertragsschließenden persönlich (§ 2290 Abs. 2 BGB) erfolgen. Auf dieses Recht kann der Erblasser auch nicht vertraglich verzichten (§ 2302 BGB). Es gelten die gleichen Vertretungsregelungen wie bei Abschluss des Erbvertrages. Ist der Erblasser zwischenzeitlich geschäftsunfähig geworden, so kann er keinen Aufhebungsvertrag mehr schließen.¹¹³ Der Aufhebungsvertrag bedarf der notariellen Form unter gleichzeitiger Anwesenheit aller Vertragsschließenden (§ 2290 Abs. 4 in Verbindung mit § 2276 Abs. 1 BGB). Er kann ebenfalls in der Form eines gerichtlichen Vergleiches aufgehoben werden.¹¹⁴ Eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, kann darüber hinaus durch ein von dem Erblasser errichtetes Testament (§ 2291 Abs. 1 S. 1 BGB), zusammen mit einer Zustimmungserklärung des anderen Vertragsschließenden in notarieller Form (§ 2291 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, Abs. 2 BGB), aufgehoben werden. Für einen von Ehegatten oder Lebenspartnern geschlossenen Erbvertrag besteht zudem die Möglichkeit, diesen durch Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2292 Hs. 1 BGB) aufzuheben. Die Aufhebung einseitiger Verfügungen erfolgt entweder einseitig

¹¹³ MüKoBGB/*Musielak*, 8. Aufl. 2020, § 2290 BGB Rn. 6.

¹¹⁴ MüKoBGB/*Musielak*, 8. Aufl. 2020, § 2290 BGB Rn. 7.

durch den Erblasser (§ 2299 Abs. 2 S. 1 BGB) oder durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages zwischen den Vertragsschließenden, durch den gleichzeitig eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird (§ 2299 Abs. 2 S. 2 BGB). Für jede der Aufhebungsoptionen nach §§ 2290, 2291, 2292 BGB ist gemäß § 2290 Abs. 3 BGB eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn der Vertragspartner, der keine Verfügungen trifft, unter Betreuung steht und die Aufhebung des Vertrages in den Aufgabekreis des Betreuers fällt. Zudem bedarf der Aufhebungsvertrag der Zustimmung des Betreuers (vgl. § 1903 Abs. 1 in Verbindung mit § 108 BGB). Nach überwiegender Auffassung soll § 2290 Abs. 3 BGB auch dann erforderlich sein, wenn der Vertragsschließende keine rechtlichen Nachteile erleidet. Dies steht aber im Widerspruch zum Betreuungsrecht, da im § 1903 Abs. 2 Nr. 4 BGB klar geregelt ist, dass der Einwilligungsvorbehalt sich nicht auf die Aufhebung eines Erbvertrages erstrecken kann. Ebenso von der Geltung des Einwilligungsvorbehaltes sind lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte ausgeschlossen (§ 1903 Abs. 3 S. 1 BGB)¹¹⁵, was erneut einen Widerspruch zum Gesetz darstellt. Ferner kann ein Erbvertrag, unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen (vgl. § 2300 Abs. 2 BGB), durch Rücknahme aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung aufgehoben werden.

Im Gegensatz zur Aufhebung, an welcher beide Vertragsparteien zur Beseitigung der Bindungswirkung mitwirken müssen, kann sich der Erblasser nach den Vorschriften der §§ 2293 ff. BGB auch ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei vom Erbvertrag lösen. Der Erblasser kann vom gesamten Vertrag oder nur von einzelnen Anordnungen zurücktreten, wenn er sich das Rücktrittsrecht im Vertrag vorbehalten hat (§ 2293 BGB), wenn der Bedachte eine schwere Verfehlung gemäß § 2294 BGB begangen hat, wobei der Erblasser die Beweislast trägt, oder wenn die Gegenverpflichtung des Bedachten aufgehoben wird (§ 2295 BGB). Der Rücktritt erfolgt mittels Rücktrittserklärung gegenüber der anderen Vertragspartei (§ 2296 Abs. 2 S. 1 BGB), welche der notariellen Beurkundung bedarf (§ 2296 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Rücktritt kann nur höchstpersönlich durch den Erblasser erfolgen, eine Vertretung ist ausgeschlossen (§ 2296 Abs. 1 BGB). Demzufolge kann ein geschäftsunfähiger Betreuer nicht vom Erbvertrag zurücktreten. Daneben besteht für den Erblasser die Möglichkeit, mit dem Tode des anderen Vertragsschließenden mittels Testaments die vertragsmäßige Verfügung

¹¹⁵ MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2290 BGB Rn. 6.

aufzuheben, wenn er zum Rücktritt gemäß §§ 2293 ff. BGB berechtigt ist (§ 2297 S. 1 BGB). Die Folge des Rücktritts oder der Aufhebung ist, dass der gesamte Erbvertrag außer Kraft gesetzt wird, ebenso die in den Erbvertrag aufgenommene einseitige Verfügungen, sofern kein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2299 Abs. 3 BGB). Werden nur einzelne vertragsmäßige Verfügungen vom Rücktritt oder der Aufhebung betroffen, so treten nur diese außer Kraft.

Eine weitere Möglichkeit, die erbrechtliche Bindungswirkung des Erbvertrages zu beseitigen, ist durch Anfechtung gemäß § 2281 ff. BGB. Der Erblasser kann den Erbvertrag auf Grundlage der §§ 2078, 2079 BGB anfechten (§ 2281 Abs. 1 Hs. 1 BGB). Dabei ist bei der Anfechtung nach § 2079 BGB erforderlich, dass der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist (§ 2281 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Die Anfechtung kann nur durch den Erblasser persönlich erfolgen. Eine Vertretung ist ausgeschlossen (§ 2282 Abs. 1 BGB). Dementsprechend kann ein geschäftsfähiger Erblasser, der unter Betreuung steht, auch nicht durch seinen Betreuer vertreten werden. Eine Ausnahme besteht nur für den geschäftsunfähigen Erblasser, dieser kann sich bei der Anfechtung durch seinen Betreuer vertreten lassen (§ 2282 Abs. 2 Hs. 1 BGB). Der Betreuer bedarf hierfür den entsprechenden Aufgabenkreis und eine betreuungsgerichtliche Genehmigung (§ 2282 Abs. 2 Hs. 2 BGB).¹¹⁶ Die Anfechtungserklärung muss in notarieller Form (§ 2282 Abs. 3 BGB) binnen einer Jahresfrist (§ 2283 Abs. 1 BGB) erfolgen. Die Frist beginnt mit Kenntniserlangung des Anfechtungsgrundes durch den Erblasser, beziehungsweise im Zeitpunkt der Beendigung der Zwangslage (§ 2283 Abs. 2 S. 1 BGB). Bei einem geschäftsunfähigen Erblasser kommt es auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Betreuers an. Hat der Betreuer nicht rechtzeitig angefochten, so kann der Erblasser nach Wegfall der Geschäftsunfähigkeit selbst anfechten, als wäre keine Betreuung angeordnet gewesen (§ 2283 Abs. 3 BGB). Die Folge der wirksamen Anfechtung ist die Nichtigkeit des gesamten Erbvertrages (§ 142 Abs. 1 BGB). Einzelne Verfügungen bleiben nur bestehen, wenn bekannt ist, dass der Erblasser diese auch bei Kenntnis der Nichtigkeit errichtet hätte (§ 2079 S. 2 BGB). Der Vertragspartner, der keine erbrechtliche Verfügung trifft, kann nur seine Erklärung nach §§ 119 ff. BGB anfechten. Die Anfechtung ist jederzeit möglich.¹¹⁷

Eine weitere Besonderheit besteht beim gegenseitigen Erbvertrag gemäß § 2298 BGB. Ist dabei eine der vertragsmäßigen Verfügungen im zweiseitigen Erbvertrag

¹¹⁶ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2282 BGB Rn. 2.

¹¹⁷ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2281 BGB Rn. 1.

nichtig, so ist der gesamte Vertrag unwirksam (§ 2298 Abs. 1 BGB). Das gleiche gilt für den Fall des Rücktritts eines Vertragschließenden (§ 2298 Abs. 2 S. 1 BGB). Mit dem Tode des Einen erlischt grundsätzlich auch das Rücktrittsrecht des Anderen (§ 2298 Abs. 2 S. 2 BGB). Ausgenommen davon ist der Fall, wenn der Vertragspartner das ihm vertraglich Zugewandte bei Anfall ausschlägt, dann kann er seine Verfügung gemäß § 2297 BGB mit einem Testament aufheben (§ 2298 Abs. 2 S. 3 BGB). Diese gesetzlichen Bestimmungen zur automatischen Nichtigkeit des Erbvertrages und zum Ausschluss des Rücktrittsrechtes bestehen nur dann nicht, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (§ 2298 Abs. 3 BGB).

E. Der Betreute als Erbverzichtsvertragspartei

I. Der Abschluss des Erbverzichts

Der Erbverzicht ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, welches durch den Tod des Erblassers aufschiebend befristet ist. Diesen Verfügungsvertrag schließt der künftige Erblasser mit seinen als gesetzlichen Erben in Betracht kommenden Verwandten oder Ehegatten (§ 2346 Abs. 1 S. 1 BGB). Durch den Erbverzicht wird der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, als hätte er den Erbfall nicht erlebt (§ 2346 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB). Zudem steht dem Verzichtenden kein Pflichtteilsrecht zu (§ 2346 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB), da derjenige, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, nicht bei der Berechnung mitgezählt wird (§ 2310 S. 2 BGB). Dadurch steigen im Umkehrschluss die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten an.¹¹⁸ Aus diesem Grund wird der Erbverzicht üblicherweise zusammen mit dem Pflichtteilsverzicht erklärt, was auch grundsätzlich, wenn nichts anderes ausdrücklich vereinbart ist, vermutet wird.¹¹⁹ Außerdem erstreckt sich der Erbverzicht, soweit nichts anderes vereinbart wird, auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, wenn dieser ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter (§ 1589 Abs. 1 S. 2 BGB) des Erblassers ist (§ 2349 BGB). Verzichtet jemand nur zugunsten eines anderen auf sein gesetzliches Erbrecht, so wird vermutet, dass der Verzicht auch nur für den Fall gelten soll, dass der Begünstigte tatsächlich Erbe wird (§ 2350 Abs. 1 BGB). Verzichtet ein Abkömmling des Erblassers, so wird die Begünstigung eines anderen nur in Bezug auf den Ehegatten und die anderen Abkömmlinge des

¹¹⁸ BGH Urt. v. 24.06.1998 – IV ZR 159/97, veröffentlicht unter www.juris.de (1295).

¹¹⁹ *Zimmermann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 330.

Erblassers vermutet, nicht in Bezug auf andere Verwandte oder Dritte, die durch den Verzicht mit begünstigt werden würden (§ 2350 Abs. 2 BGB).¹²⁰

Den Erbverzichtsvertrag kann der geschäftsfähige Erblasser nur persönlich, zu seinen Lebzeiten¹²¹, abschließen (§ 2347 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB), da eine Vertretung sowohl im Willen als auch in der Erklärung ausgeschlossen ist.¹²² Die Erklärung des Erblassers kann, auch wenn er unter Betreuung steht, nicht unter einen Einwilligungsvorbehalt gestellt werden (§ 1903 Abs. 2 BGB). Ist der betreute Erblasser geschäftsunfähig, so muss er sich bei Vertragsschluss durch seinen Betreuer vertreten lassen (§ 2347 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB). Der Betreuer benötigt sodann eine betreuungsgerichtliche Genehmigung (§ 2347 Abs. 2 S. 2 Hs. 2, Abs. 1 S. 2 BGB). Ist die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht offenkundig, so besteht die Gefahr, dass der Vertrag unwirksam ist. Dies ist der Fall, wenn der Betreuer für den geschäftsfähigen Erblasser oder der Erblasser selbst trotz Geschäftsunfähigkeit handelt.¹²³ Aus diesem Grund wird empfohlen, dass sowohl der Betreute als auch der Betreuer zugleich handeln¹²⁴, sodass in jedem Fall ein wirksamer Erbverzichtsvertrag errichtet wird.

Der Verzichtende kann sich hingegen bei Vertragsschluss unproblematisch vertreten lassen (§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB im Umkehrschluss). Ist der Verzichtende geschäftsfähig und steht unter Betreuung, so hat er die Wahl, ob er den Vertrag selbst schließt oder sich von einem Bevollmächtigten oder seinem Betreuer vertreten lässt. Ist der betreute Verzichtende geschäftsunfähig, so ist die Vertretung durch den Betreuer verpflichtend. Handelt der Betreuer als gesetzlicher Vertreter, so bedarf er einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung (§ 2347 Abs. 1 S. 2 BGB). Bezüglich der mitunter fraglichen Geschäftsfähigkeit besteht die gleiche Problematik wie beim Erblasser.

Der Erbverzichtsvertrag bedarf der notariellen Beurkundung (§ 2348 BGB), wobei der Notar die Urkunde zum Zentralen Testamentsregister der Bundesnotarkammer in Berlin zu melden hat (§ 78b BnotO).¹²⁵ Der Erbverzichtsvertrag kann ebenso im Rahmen eines Prozessvergleiches abgeschlossen werden.¹²⁶ Bei Formmangel ist

¹²⁰ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2350 BGB Rn. 3.

¹²¹ BGH Urt. v. 13.11.1996 – IV ZR 62/96, veröffentlicht unter www.juris.de.

¹²² OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2001 – 7 U 205/00, veröffentlicht unter www.beck-online.beck.de; Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2347 BGB Rn. 2.

¹²³ Zimmermann, Erbrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 324.

¹²⁴ BayObLG Beschl. v. 13.11.2000 – 1Z BR 134/99, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn.942).

¹²⁵ Zimmermann, Betreuung und Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 578.

¹²⁶ MüKoBGB/Wegerhoff, 8. Aufl. 2020, § 2348 BGB Rn. 5.

der Vertrag gemäß § 125 BGB nichtig. Dieser kann dann nur, bei erkennbarem Willen des Erblassers, in ein Testament umgedeutet werden (§ 140 BGB).¹²⁷

Der Zuwendungsverzicht (§ 2352 S. 1 Alt. 1 BGB) wird zwischen dem künftigen Erblasser und den durch letztwillige Verfügung berufenen Erben vereinbart. Da nach § 2352 S. 3 BGB die Vorschriften des Erbverzichts (§§ 2347 bis 2349 BGB) Anwendung finden, gelten die gleichen Vertretungs- und Formvorschriften.

II. Die Aufhebung des Erbverzichts

Der Erbverzichtsvertrag kann ganz oder teilweise gemäß § 2351 BGB von den Vertragsparteien zu Lebzeiten des Erblassers aufgehoben werden. Die Vertragsparteien können den Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen, da die Berechtigung zum Abschluss des Vertrags nicht übertragen werden kann.¹²⁸ Der Aufhebungsvertrag bedarf der notariellen Form (§§ 2351, 2348 BGB) und es bestehen keine Zustimmungserfordernisse. Eine Ausnahme von dem persönlichen Abschluss des Aufhebungsvertrages besteht nur, wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist. In diesem Fall gilt, wie beim Abschluss des Vertrages, dass er durch seinen Betreuer vertreten sowie eine betreuungsgerichtlichen Genehmigung eingeholt werden muss (§§ 2351, 2347 Abs. 2 S. 1 Hs. 1, S. 2 BGB). Der Verzichtende kann sich, wie beim Abschluss des Erbverzichtsvertrages, vertreten lassen. Als Folge des Abschlusses des Aufhebungsvertrages wird der Erbverzichtsvertrag beseitigt, als wäre dieser nie erfolgt.

F. Fazit

Abschließend lässt sich feststellen, dass sich oftmals Besonderheiten ergeben, wenn ein Betreuer als Erbe oder Erblasser in erbrechtliche Angelegenheiten involviert ist, da der Betreute aus unterschiedlichen Gründen oft nicht selbst agieren kann. Einerseits existieren Rechtsgeschäfte, welche nur vom Betreuten höchstpersönlich vorgenommen werden können, wie die Errichtung einer letztwilligen Verfügung, in welcher der Betreute erbrechtliche Bestimmungen trifft. Andererseits gibt es Rechtsgeschäfte, in denen die Vertretung durch den Betreuer zwingend erforderlich ist, wie der Abschluss eines Erbverzichtsvertrages für den geschäftsunfähigen Betreuten. Um bestimmen zu können, inwieweit der Betreute selbst seine Rechte und Pflichten als Erbe oder Erblasser wahrnehmen kann, muss zunächst geklärt

¹²⁷ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2348 BGB Rn. 2.

¹²⁸ BGH Urt. v. 24.06.1998 – IV ZR 159/97, veröffentlicht unter www.juris.de (Rn. 12, 16).

werden, ob dieser geschäftsfähig ist oder nicht. Problematisch daran ist, dass die Geschäftsfähigkeit einer Person nicht immer klar bestimmbar ist, denn diese kann sich stets ändern. Des Weiteren gibt es kein Nachweisverfahren, welches die Geschäftsfähigkeit einer Person separat feststellen kann. Infolgedessen ergeben sich in der Praxis eine Vielzahl von Schwierigkeiten, da faktisch immer eine gewisse Unsicherheit bestehen bleibt, ob das Rechtsgeschäft nun wirksam erfolgt ist oder nicht. Fraglich ist, ob von Bereuten oder nicht voll Geschäftsfähigen generell ein ärztliches Gutachten verlangt werden sollte, welches deren Geschäftsfähigkeit oder Testierfähigkeit bestätigt, um so auch spätere Streitigkeiten zu vermeiden. Allerdings wäre dies ein schwerer Eingriff in die Grundrechte, insbesondere da auch durch ein Gutachten keine volle Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. In diesem Sinne soll sich der Notar bei der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung von dem Willen des Errichtenden und dessen Geschäfts- und Testierfähigkeit überzeugen und das Ergebnis protokollieren (§§ 11, 17 BeurkG). Hierfür kann der Notar auch in die Akte des Betreuungsgerichtes Einsicht nehmen, insbesondere in gegebenenfalls vorhandene Sachverständigengutachten (vgl. § 13 Abs. 2 FamFG). Im Zweifelsfall ist dies aber auch nur ein Indiz. Insbesondere wenn der Erblasser bei der Errichtung lediglich einen lichten Moment hatte und sonst testierunfähig ist, gestaltet sich der Nachweis der Testierfähigkeit fast unmöglich. Im Ergebnis wird es im Streitfall immer von der Einzelfallentscheidung des Gerichts abhängen.

Abgesehen davon bestehen im Erbrecht einige Unstimmigkeiten, wenn der Betreute als Erbe oder Erblasser beteiligt ist. So kann der bereute Erblasser, welcher nach Errichtung einer letztwilligen Verfügung zwischenzeitlich testierunfähig geworden ist, seine einseitigen Verfügungen in keiner Form beseitigen. Die Anfechtung ist nicht möglich, da der Erblasser grundsätzlich widerrufen kann und der Widerruf ist aufgrund der fehlenden Testierunfähigkeit ausgeschlossen. Verfügungen, welche im gemeinschaftlichen Testament oder im Erbvertrag getroffen werden, können durch den gesetzlichen Vertreter angefochten werden (§ 2282 Abs. 2 BGB). Aus welchem Grund hier keine einheitliche Regelung getroffen wurde, ist nicht nachvollziehbar, da auch in der Literatur verschiedene Ansichten stark diskutiert werden. Es bleibt abzuwarten ob diesbezüglich Änderungen durch die geplante Reform des Betreuungsrechtes vorgenommen werden.

Literaturverzeichnis

- Ann, Christoph:* Die Erbengemeinschaft, Köln u.a. 2001.
- Burandt, Wolfgang (Hrsg.) / Rojahn, Dieter (Hrsg.):*
Burandt/Rojahn, Band 65 - Erbrecht, 2. Auflage,
München 2014.
(zitiert als: Burandt/Rojahn/*Bearbeiter*)
- Herberger, Maximilian/ Martinek, Michael/ Rüßmann, Helmut/ Weth, Stephan:*
Juris Praxiskommentar BGB, Hrsg. v. Hau, Wolfgang,
Band 5 – Erbrecht, 7. Auflage, Saarbrücken 2014.
(zitiert als: Juris-PK-BGB/*Bearbeiter*)
- Karl, Bettina:* Der Betreute als Erblasser mit besonderer Berücksichtigung von § 14 HeimG, Frankfurt am Main 2007.
- Lange, Heinrich/ Kuchinke, Kurt:*
Erbrecht, 5. Auflage, München 2001.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. v. Säcker, Franz Jürgen u.a., Band 11 - Erbrecht, §§ 1922 - 2385 BGB, §§ 27 - 35 BeurkG, 8. Auflage, München 2020.*
(zitiert als: MüKoBGB/*Bearbeiter*)
- Nieder/Kössinger:* Handbuch der Testamentsgestaltung – Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemaßnahmen, 6. Auflage, München 2020.
(zitiert als: *Bearbeiter* in Nieder/Kössinger
Testamentsgestaltung-HdB)
- Palandt, Otto:* Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, München 2021.
(zitiert als: Palandt/*Bearbeiter*)

Roth, Wolfgang/ Hannes, Frank/ Mielke, Hendrik:

Vor- und Nacherbschaft, München 2010.

Zimmermann, Walter: Die Testamentsvollstreckung – Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis, 2. Auflage, Berlin 2003.

Zimmermann, Walter: Erbrecht, 4. Auflage, Berlin 2013.

Zimmermann, Walter: Betreuung und Erbrecht - Der Betreute als Erbe oder Erblasser, 2. Auflage, Bielefeld 2017.

Eidesstattliche Versicherung

Hiermit erkläre ich an Eides Statt, dass ich die Diplomarbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe, dass Quellen oder indirekt übernommene Gedanken als solche kenntlich gemacht sind, dass die Diplomarbeit in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt wurde und dass die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit identisch sind, § 24 Abs. 4 FHMeißen-GO.

Meißen, 02.07.2021



Nicole Plaschnick