

Vorwort

Seit der Voraufgabe sind fast vier Jahre vergangen. Zu Neuerungen, die die EU-Erbrechtsverordnung im August 2015 mit sich brachte (etwa das Europäische Nachlasszeugnis), hat es im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung Modifizierungen gegeben. So kann der Notar nun rechtssicher seinen individuellen Text verwenden, mit dem die eidesstattliche Versicherung zur Erlangung des Zeugnisses abgegeben wird. Das unübersichtliche und längere amtliche EU-Formblatt zu verwenden ist nicht länger zwingend notwendig.

Sämtliche Neuerungen habe ich in diese Auflage eingearbeitet und die Muster modifiziert, soweit dies geboten und sinnvoll war.

Erfahrungen aus der Praxis und Besprechungen mit Verantwortlichen des Nachlassgerichts haben mich weiterhin veranlasst, einige Verbesserungen und Vorschläge zur Optimierung des Beurkundungsverfahrens rund um die Erbscheinsanträge in dieses Buch einzuarbeiten.

Bei der Beantragung eines gemeinschaftlichen Erbscheins kann man beispielsweise eine Beschleunigung der Erteilung des Erbscheins nur dadurch erreichen, dass alle Miterben den Antrag auf Erteilung des Erbscheins bzw. die eidesstattliche Versicherung mit beurkunden. Dann müssen die übrigen nicht erschienenen Miterben nicht vom Nachlassgericht angehört werden. Ein Verzicht auf die Anhörung der Beteiligten über den Notar ist nicht wirksam möglich und führt insofern nicht zu einer Beschleunigung, sondern im Gegenteil zu einer Verzögerung.

Zudem ist es sinnvoll, dem Nachlassgericht die Anträge stets vollständig mit allen benötigten Personenstandsunterlagen von vorn herein einzureichen. Durch ein Nachreichen von Unterlagen erreicht man keine Beschleunigung des Verfahrens, sondern eine Verzögerung.

Neu aufgenommen habe ich Ausführungen zum Bestattungsrecht mit einer Übersicht über die bestattungspflichtigen Personen je nach Landesrecht.

Ich hoffe, dem gesamten Notariatsteam mit der zweiten Auflage wieder eine nützliche und übersichtliche Arbeitshilfe an die Hand geben zu können.

Für Kritik und Anregungen bin ich wie immer dankbar.

Ihr

André Elsing

andre.elsing@web.de

Hamburg, Bremen, Worpswede im August 2019

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Musterverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	15
Literaturverzeichnis	17
§ 1 Erbrechtliche Grundlagen	19
A. Allgemeines	19
B. Die Erbeinsetzung	19
I. Gesellschaftsanteile an einer OHG	20
II. Gesellschaftsanteile an einer KG	22
III. Gesellschaftsanteile an einer GbR	23
IV. Stille Gesellschaft	23
V. Partnerschaftsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft mbB	24
VI. GmbH, UG (haftungsbeschränkt)	24
VII. Aktiengesellschaft	24
VIII. Einzelkaufmännisches Unternehmen	25
§ 2 Die gesetzliche Erbfolge	27
A. Allgemeines	27
B. Erbenordnungen	27
I. Verwandte der ersten Ordnung	27
II. Verwandte der zweiten Ordnung	27
III. Verwandte der dritten Ordnung	28
C. Erbrecht des Ehegatten	28
D. Beispiele für gesetzliche Erbfolgen	29
I. Güterstand Zugewinnngemeinschaft, 2 Kinder	29
II. Güterstand Gütertrennung, 2 Kinder	29
III. Ledig ohne Kinder	29
IV. Übersicht: Erbanteil Ehegatte	30
§ 3 Pflichtteilsrecht, Erbenwürdigkeit	31
A. Enterbung	31
I. Allgemein	31
II. Enterbung: Testament	31
B. Pflichtteilsergänzungsanspruch	32
C. Pflichtteilsstrafklauseln	33

D. Entziehung des Pflichtteils	35
I. Allgemein	35
II. Musterformulierung Pflichtteilsentziehung im Testament	36
E. Verzeihung	36
F. Erbunwürdigkeit	37
G. Pflichtteilsverzichtsvertrag	39
I. Allgemein	39
II. Isolierter Pflichtteilsverzichtsvertrag	39
§ 4 Erbschaftsteuer	43
A. Allgemeines	43
B. Persönliche Freibeträge und Steuerklasseneinteilungen	45
C. Versorgungsfreibetrag	46
D. Steuerfreier Zugewinnausgleich, Freibetrag	47
E. Freibeträge für Hausrat und sonstige bewegliche Gegenstände	47
F. Pflege und Unterhalt	48
G. Familienheim	48
§ 5 Die Erforschung des letzten Willens	51
A. Das erste Telefonat	51
B. Vorbereitung auf das Beratungsgespräch	51
C. Prüfungspflichten des Notars – Checkliste	52
D. Interessenkonflikt des Rechtsanwalts beim Ehegattentestament	52
E. Frage nach den Notargebühren	53
§ 6 Notargebühren und Zentrales Testamentsregister	55
A. Notarielles einseitiges Testament	55
I. Geschäftswert	55
II. Beurkundungsgebühr des Notars für das Testament	56
III. Registrierung einer Person gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 ZTR	56
IV. Gebühren für die Registrierung der Verwahrangaben im ZTR	58
B. Das notarielle gemeinschaftliche Testament	58
I. Geschäftswert	58
II. Notargebühr für die Beurkundung des gemeinschaftlichen Testaments	59
III. Registrierung einer Person gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 ZTR	59
C. Beispiele mit Lösungen	60
I. Einseitiges Testament	60
II. Gebühr bei Nichtbeurkundung	61
III. Erbvertrag mit Pflichtteilsverzicht	62

IV. Erbenermittlung mit Beratung	62
V. Widerruf eines Testaments	63
1. Widerruf eines einseitigen Testaments	63
2. Widerruf gemeinschaftlichen Testaments/Erbscheins ohne Neuverfügung	64
VI. Erbverzichtsvereinbarung	65
VII. Erbausschlagungserklärung/Anfechtung	65
VIII. Eidesstattliche Versicherung zur Erlangung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses	66
1. Eidesstattliche Versicherung mit Erbscheinsantrag	66
2. Eidesstattliche Versicherung mit Testamentsvollstreckerzeugnisantrag	66
3. Gebühr und Grundbuchberichtigungsantrag	66
4. Beispiel	67
5. Europäisches Nachlasszeugnis	67
7. Gerichtsgebühren für das ENZ	68
§ 7 EU-Erbrechtsverordnung, Erbschein, Europäisches Nachlasszeugnis	69
A. Vorbemerkung	69
B. Was ist der gewöhnliche Aufenthalt?	70
C. Gültigkeit letztwilliger Verfügungen, errichtet vor dem 17.8.2015	71
D. Änderungen bei Erbscheinsanträgen durch die EU-Erbrechtsverordnung	71
E. Bindende Rechtswahl	72
I. Allgemein	72
II. Beteiligung eines ausländischen (österreichischen) Erblassers	73
F. Das Europäische Nachlasszeugnis	74
I. Allgemein	74
II. Kein Einziehen, keine Änderung, Gutgläubenschutz	75
III. Das Verfalldatum	76
G. Eidesstattliche Versicherung (Erbscheinsantrag)	80
I. Allgemeines zum Erbschein	80
II. Inhalt des Erbscheinsantrages	82
III. Richtigkeitsvermutung	83
IV. Mögliche Erbscheine	83
V. Entbehrlichkeit des Erbscheins	83
VI. Eidesstattliche Versicherung mit Erbscheinsantrag	84
VII. Einziehung Erbschein	87

§ 8 Der Testamentswiderruf	89
A. Widerruf einseitiger letztwilliger Verfügungen	89
B. Widerruf wechselbezüglicher letztwilliger Verfügungen	90
I. Allgemeines	90
II. Zustellung des beurkundeten Widerrufs	90
III. Vorsicht Ausfertigungsvermerk	91
IV. Musterformulierung Testamentswiderruf	91
 § 9 Testierfähigkeit und Testierunfähigkeit	93
A. Testierfähigkeit	93
B. Testierunfähigkeit	93
C. Feststellung der Testierfähigkeit	94
I. Allgemein	94
II. Vorliegen einer schweren Erkrankung	95
III. Feststellung der Testierfähigkeit – Formulierungsbeispiel	96
IV. Grenzen der Testierfreiheit durch frühere bindende Verfügungen	96
V. Grenzen der Testierfreiheit durch Gesetz	97
VI. Zeitliche Grenze	97
 § 10 Das Testament	99
A. Allgemeines	99
B. Eigenhändiges gemeinschaftliches Testament	102
C. Ordentliches öffentliches Testament	103
D. Berliner Testament	104
E. Geschiedentestament	112
F. Das Behindertentestament / Der Behindertenerbvertrag	116
I. Motive für das Behindertentestament bzw. den Behindertenerb- vertrag	116
II. Fehlerhafte Gestaltung der letztwilligen Verfügung	117
III. Lösung: Vor- und Nacherbschaft mit Testamentsvollstreckung	117
IV. Vermächtnislösung mit Testamentsvollstreckung	118
V. Behindertentestament – Muster	118
VI. Orientierungstabelle Vermögen/Testamentsvollstreckervergütung ...	122
 § 11 Das notarielle Nachlassverzeichnis	123
A. Vorbemerkung, Zweck des Nachlassverzeichnisses	123
B. Urkundsgewährung, Pflichten des Notars	124
C. Aufnahme Nachlassverzeichnis	125
D. Eidesstattliche Versicherung zur Erlangung eines Europäischen Nachlass- zeugnisses	129

§ 12 Der Erbteilskaufvertrag	133
A. Allgemeines	133
B. Vorkaufsrecht	134
C. Grunderwerbsteuer	134
D. Erbschaftsteuer	134
E. Anzeigepflicht gegenüber dem Nachlassgericht	134
F. Erbteilskaufvertrag	135
§ 13 Erbausschlagung und Anfechtung	139
A. Allgemeines	139
B. Zeitpunkt der Ausschlagung, Fristen	140
I. 6-Wochenfrist	140
II. Fristbeginn	140
III. 6-Monatsfrist	140
IV. Ausschlagungsfrist – minderjährige Kinder	141
V. Ausschlagungsfrist – Erbausschlagung in fremder Sprache	141
C. Form der Erbausschlagung	142
D. Wirkung der Erbausschlagung	142
E. Anfechtung der Erbausschlagung oder Erbschaftsannahme	145
§ 14 Der Erbvertrag	147
A. Definition	147
B. Motive	147
C. Bindungswirkung	148
D. Form	148
E. Aufhebung des Erbvertrages	148
F. Verwahrung	149
G. Formulierungsbausteine, Muster	150
I. Wechselseitige Erbeinsetzung	150
II. Vertraglicher Rücktrittsvorbehalt	150
III. Vorbehalt testieren	150
IV. Erbvertrag	150
§ 15 Das Vermächtnis	155
A. Begriff des Vermächtnisses	155
B. Der Voraus	155
C. Dreißigster	156
D. Motiv für ein Vermächtnis	156
E. Ausschlagung des Vermächtnisgegenstandes	156

F. Das Nachvermächtnis	157
G. Das Zweckvermächtnis	158
H. Das Universalvermächtnis	158
§ 16 Der Testamentsvollstrecker	161
A. Motive für die Testamentsvollstreckung	161
B. Klärung der Person des Testamentsvollstreckers	162
C. Mitwirkungsverbot des Notars	162
D. Arten der Testamentsvollstreckung	163
I. Die Abwicklungstestamentsvollstreckung	163
II. Die Dauer- und Verwaltungstestamentsvollstreckung	163
§ 17 Bestattungsrecht	165
A. Grundsätzliches	165
B. Kosten Beerdigung, bestattungspflichtige Personen	166
Stichwortverzeichnis	169

Musterverzeichnis

§ 1 Erbrechtliche Grundlagen

§ 2 Die gesetzliche Erbfolge

§ 3 Pflichtteilsrecht, Erbenwürdigkeit

3.1	Enterbung Testament	31
3.2	Pflichtteilsstrafklausel, einfach	34
3.3	Pflichtteilsstrafklausel, bindende Schlusserbfolge	35
3.4	Pflichtteilsstrafklausel mit Geldvermächtnis	35
3.5	Pflichtteilsentziehung im Testament	36
3.6	Isolierter Pflichtteilsverzichtsvertrag	39

§ 4 Erbschaftsteuer

§ 5 Die Erforschung des letzten Willens

§ 6 Notargebühren und Zentrales Testamentsregister

§ 7 EU-Erbrechtsverordnung, Erbschein, Europäisches Nachlasszeugnis

7.1	Beteiligung eines ausländischen (österreichischen) Erblassers	73
7.2	Eidesstattliche Versicherung zur Erlangung eines ENZ	77
7.3	Eidesstattliche Versicherung mit Erbscheinsantrag	84

§ 8 Der Testamentswiderruf

8.1	Testamentswiderruf	91
-----	--------------------------	----

§ 9 Testierfähigkeit und Testierunfähigkeit

§ 10 Das Testament

10.1	Einseitiges Testament	99
10.2	Berliner Testament mit aufschiebend bedingtem Geldvermächtnis	104
10.3	Berliner Testament mit „Supervermächtnis“	106
10.4	Geschiedenentestament mit Entzug der Vermögenssorge	112
10.5	Behindertentestament	118

§ 11 Das notarielle Nachlassverzeichnis

11.1 Aufnahme Nachlassverzeichnis 125
11.2 Eidesstattliche Versicherung zur Erlangung eines Europäischen Nachlasszeugnisses 129

§ 12 Der Erbteilskaufvertrag

12.1 Erbteilskaufvertrag 135

§ 13 Erbausschlagung und Anfechtung

13.1 Erbausschlagung Elternteil mit Erbausschlagung für minderjähriges Kind, überschuldeter Nachlass 143
13.2 Erbausschlagung Elternteil mit Erbausschlagung für minderjähriges Kind, werthaltiger Nachlass 144
13.3 Anfechtung der Erbschaftsannahme 146

§ 14 Der Erbvertrag

14.1 Wechselseitige Erbeinsetzung 150
14.2 Vertraglicher Rücktrittsvorbehalt 150
14.3 Testieren eines Vorbehalts 150
14.4 Erbvertrag 150

§ 15 Das Vermächtnis

15.1 Nachvermächtnis 157
15.2 Zweckvermächtnis mit Bestimmungsrecht des Beschwerten 158
15.3 Universalvermächtnis 159

§ 16 Der Testamentsvollstrecker

16.1 Anordnung einer Dauertestamentvollstreckung 164

§ 17 Bestattungsrecht

17.1 Totenfürsorgeverfügung 166

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AG	Aktiengesellschaft
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drucks	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DONot	Dienstordnung für Notarinnen und Notare
ENZ	Europäisches Nachlasszeugnis
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
ErbVO	Erbrechtsverordnung
EUR	Euro
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
geb.	geboren
GG	Grundgesetz
Ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	GmbH-Gesetz
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
inkl.	inklusive
i.H.v.	in Höhe von
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Hs.	Halbsatz
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
LG	Landgericht
LPartG	Gesetz über eingetragene Lebenspartnerschaft

Abkürzungsverzeichnis

max.	maximal
mind.	mindestens
Mio.	Million, Millionen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
notar	Zeitschrift notar
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
Rdn	Randnummer (interne Verweise)
Renopraxis	Zeitschrift für Rechtsanwalts- und Notariatsangestellte
Rn	Randnummer (externe Verweise)
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
S.	Satz
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
umstr.	umstritten
Urt.	Urteil
v.	vom
Vgl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
XML	Extensible Markup Language
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zentrales Testamentsregister
ZTRV	Verordnung zur Einrichtung und Führung des Zentralen Testamentsregisters
zust.	zustimmend
zzgl.	zuzüglich

Literaturverzeichnis

- Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG Kommentar, 7. Auflage 2015
Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO Kommentar, 8. Auflage 2016
Bös/Neie/Strangmüller/Jurkat, Praxishandbuch für Notarfachangestellte,
3. Auflage 2016
Bonefeld/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Auflage 2014
Diehn, Notarkostenberechnungen, 5. Auflage 2017
Elsing, Handels- und Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis, 4. Auflage 2019
Elsing, Fälle und Lösungen zur Abrechnung nach GNotKG, 2. Auflage 2016
Elsing, notarbüro, Infobrief für Notariatsmitarbeiter
Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Auflage 2019
Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Auflage 2017
Grziwotz/Heinemann, BeurkG Kommentar, 3. Auflage 2018
Heckschen/Herrler/Starke, Beck'sches Notarhandbuch, 6. Auflage 2015
Kilian/Sandkühler/vom Stein, Praxishandbuch Notarrecht, 3. Auflage 2017
Korintenberg, GNotKG-Kommentar, 20. Auflage 2017
Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Auflage 2017
Müller-Lukoschek, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 1. Auflage 2013
Müller-Lukoschek, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Auflage 2015
Münchener Vertragshandbuch Band 6, Bürgerliches Recht II, 8. Auflage 2019
Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, 12. Auflage 2017
Palandt, BGB-Kommentar, 78. Auflage 2019
Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar 13. Auflage 2018
Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Auflage 2015
Renner/Otto/Heinze, Leipziger Kommentar GNotKG, 2. Auflage 2016
Schippel/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Auflage 2011
Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB, Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch,
3. Auflage 2017
Süß, Erbrecht in Europa, 3. Auflage 2015
Tanck/Krug, Notarformulare Testamente, 5. Auflage 2015
Ulricher, Erbrecht, 3. Auflage 2017
Zimmermann, Erbschein- und Erbscheinsverfahren, 3. Auflage 2016

§ 1 Erbrechtliche Grundlagen

A. Allgemeines

Die **Freiheit zu testieren** wird durch das Gesetz geschützt. § 2302 BGB bestimmt, dass ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nichtig ist. **1**

Durch Art. 2 Abs. 1 GG wird auch der Grundsatz der Testierfreiheit geschützt; dennoch kann die Freiheit zu testieren Beschränkungen der jeweiligen Rechtsordnung unterliegen. Jeder hat demnach das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, wenn er damit nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. **2**

Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Eigentum **und das Erbrecht**. Das Pflichtteilsrecht ist in den §§ 2303 bis 2338 BGB geregelt. **3**

B. Die Erbeinsetzung

Erbe wird man von selbst. § 1922 BGB bestimmt, dass mit dem Tode einer Person (Erbfall) **sein Vermögen als Ganzes** auf eine oder mehrere andere Personen (Erbe, Erbengemeinschaft) übergeht. **4**

Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. So kann die Gestaltung eines Testaments **schwierig** sein, wenn zum Vermögen des Erblassers Anteile an einer **Personengesellschaft** gehören. Bestimmt ein Erblasser durch Testament seinen Erben, geht er dabei davon aus, dass später, bei Verwirklichung des Erbfalls, der von ihm in der letztwilligen Verfügung zum Erben Eingesetzte auch den gesamten Nachlass erhält und dass zu diesem Nachlass auch seine Anteile an der Personengesellschaft gehören. **5**

Diese Einschätzung des Erblassers könnte zutreffen, aber genauso gut auch eine Fehleinschätzung sein. Keinesfalls ist es selbstverständlich, dass das Nachlassvermögen des Erblassers immer auch den Personengesellschaftsanteil des Erblassers erfassen wird. Dies liegt daran, dass der Gesellschaftsvertrag der betroffenen Personengesellschaft der Erbeinsetzung des Erblassers im Wege stehen könnte.

Kontrolliert ein Notar, der das Testament für einen Erblasser entwirft und/oder beurkundet nicht den Inhalt des Personengesellschaftsvertrages darauf, ob er zum Inhalt des geplanten Testaments passt, könnte später nach Verwirklichung des Erbfalls sich herausstellen, dass das Testament nicht so wirkt, wie der Erblasser es sich vorgestellt hatte. Dann kann der Notar sich einem Regress ausgesetzt sehen.

Zur Vermeidung derartiger Probleme wird der Notar bei jeder Vorbereitung oder Beurkundung eines Testaments erfragen, ob im Eigentum des Erblassers auch Anteile an Personengesellschaften stehen. Bejaht der Erblasser eine solche Betei- **6**

ligung, sollte der Notar sich den Gesellschaftsvertrag in aktueller Version vorlegen lassen und den Inhalt darauf **überprüfen**, ob der **Gesellschaftsanteil** des Erblassers vererbt werden kann oder ob der Anteil nicht vererblich ist.

- 7 Beim Erben im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** werden nicht zwangsläufig alle vorhandenen Vermögenswerte des Verstorbenen erfasst; es gibt Ausnahmen.

Für Erbfälle ist zwar grundsätzlich die ErbVO anzuwenden,¹ **Art. 1 Abs. 2 ErbVO** enthält jedoch **Ausnahmen**. So bestimmt Art. 1 Abs. 2h ErbVO, dass Fragen des Gesellschaftsrechts und Vereinsrechts vom Erbstatut nach der ErbVO ausgenommen sind, ebenso Klauseln, die das Schicksal der Anteile verstorbener Gesellschafter (bzw. Mitglieder) regeln.² **Bestimmte Vermögenswerte sind damit nicht vererblich**, z.B. wenn der Gesellschaftsvertrag stattdessen eine Anwachsung des Anteils des verstorbenen Erblassers auf bestimmte Personen, etwa einen Mitgesellschafter oder eine Ehefrau, regelt.

Eine Aussage, dass mit dem Tode des Erblassers stets das gesamte Vermögen des Erblassers auf den Erben übergeht, wäre insoweit unrichtig.

- 8 Der Notar oder sein Mitarbeiter sollten zur Vorbereitung des Testaments den Erblasser stets vorab danach fragen, ob er einen Anteil an einer Personengesellschaft hat. Bejaht der Erblasser die Frage, ist um die Vorlage des **aktuellen Gesellschaftsvertrages** der betroffenen Gesellschaft zu bitten. Dann ist der Inhalt des Gesellschaftsvertrages darauf zu prüfen, ob der Personengesellschaftsanteil des Erblassers tatsächlich in das Gesamthandsvermögen der Erben fallen kann oder nicht. Enthält z.B. der Gesellschaftsvertrag eine vorrangig geltende zwingende Bestimmung, wonach der Gesellschaftsanteil beim Tode eines Gesellschafters einer ganz bestimmten Person zufällt (anwächst), so dass der im Testament zum Erbe Eingesetzte nicht zum Zuge kommt, dann ist die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils ausgeschlossen. Denkbare Lösung ist dann, eine Veränderung des Gesellschaftsvertrages zu beraten oder zu gestalten, wonach die Vererblichkeit gestattet wird oder wonach die gewünschte Person gesellschaftsrechtlich im Wege der Anwachsung zum Zuge kommen kann. Zur Vermeidung von Fehlern und Regressen bei Testamentsgestaltungen wird nachfolgend kurz auf die einzelnen Rechtsformen mit den erbrechtlichen Besonderheiten eingegangen.

I. Gesellschaftsanteile an einer OHG

- 9 Steht im Eigentum des Erblassers ein Gesellschaftsanteil an einer offenen Handelsgesellschaft kommt es entscheidend auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages der betroffenen OHG an. Enthält der Gesellschaftsvertrag eine **qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel**, also die Bestimmung, dass nur eine oder mehrere be-

1 Art. 1 Abs. 1 ErbVO.

2 So schon *Müller-Lukoschek*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, § 2 Rn 92.

stimmte Personen Nachfolger eines versterbenden Gesellschafters werden dürfen (z.B. nur der Ehegatte des Gesellschafters oder nur ein Mitgesellschafter), **vererbt sich** der Personengesellschaftsanteil **nicht** an die Erbengemeinschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Vielmehr werden diejenigen Personen Inhaber der Gesellschaftsanteile, die im Gesellschaftsvertrag als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters vorgesehen sind,³ ihnen wächst der Personengesellschaftsanteil an.

Bestimmt der Gesellschaftsvertrag dagegen, dass mit dem Tode eines Gesellschafters die OHG nicht aufgelöst, sondern mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgeführt wird, liegt eine **allgemeine erbrechtliche Nachfolgeklausel** vor, so dass der Personengesellschaftsanteil des Erblassers in diesem Fall vererblich ist. Dann kann ein Testament, mit dem ein Erbe auch den Personengesellschaftsanteil erben soll, später die vom Erblasser erhoffte Wirkung entfalten.

10

Der Notar, der ein Testament gestaltet und nach § 17 BeurkG erforscht hat, ob der Erblasser Anteile an einer Personengesellschaft hat und wenn ja, auch den Gesellschaftsvertrag angefordert und sein Inhalt darauf geprüft hatte, ob der Gesellschaftsvertragsinhalt zum beabsichtigten Testamentsinhalt passt, kann diese Überprüfung dann **nicht gebührenrechtlich abrechnen**, wenn der Gesellschaftsvertrag korrekt zum Inhalt des geplanten Testamentsinhalts passt. Dann ist diese Überprüfung ein Teil des Testamentsbeurkundungsverfahrens und mit der dafür vorgesehenen Gebühr abgegolten.

11

Ein gebührenpflichtiger Beratungstatbestand kann sich jedoch verwirklichen, wenn der Notar feststellt, dass der OHG-Gesellschaftsvertrag nicht zum Inhalt des Testaments passt.

12

Berät der Notar dann den Erblasser **gesellschaftsrechtlich**, wie eine angemessene Erbrechtsklausel im Gesellschaftsvertrag abzufassen ist, geht diese Beratung über die üblichen einer Beurkundung des Testaments hinaus. Somit ist die Beratung zur notwendigen Änderung des Gesellschaftsvertrages als gesellschaftsrechtliche Beratung eine zusätzliche. Dies löst dann eine **Beratungsgebühr zusätzlich** neben der Gebühr für das Testamentsbeurkundungsverfahren aus.

Die gesellschaftsrechtliche isolierte Beratung löst die Gebühr nach **Nr. 24200 KV GNotKG** aus. Diese Gebühr ist eine Rahmengebühr. Je nach Beratungsaufwand kann der Notar im eigenen Ermessen aus dem vorgegebenen Rahmen, der **0,3–1,0** beträgt einen Gebührensatz auswählen und ansetzen.

Verneint der Gesellschafter, Anteile an einer Personengesellschaft zu haben, empfiehlt es sich für den Notar, dass im Testament dokumentiert wird, dass

13

- der Erblasser keine Personengesellschaftsbeteiligung hat und voraussichtlich auch künftig keine haben wird,

3 Vgl. *Bengel/Dietz*, Beck'sches Notarhandbuch, C Rn 309; BGH DNotZ 1977, 550.

- er, der Notar darauf hingewiesen hat, dass eine Testamentsanpassung nötig werden kann, falls der Erblasser doch noch eine Personengesellschaftsbeteiligung erwerben sollte.

14 Sollte es nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags nicht eindeutig sein, ob der OHG-Anteil vererblich ist oder nicht, so ist **im Zweifel** der Gesellschaftsvertrag so auszulegen, dass der **OHG-Anteil vererblich** ist.

II. Gesellschaftsanteile an einer KG

15 Steht im Eigentum des Erblassers ein Gesellschaftsanteil an einer Kommanditgesellschaft und handelt es sich um den Anteil eines **persönlich haftenden Gesellschafters** (Komplementärs), gelten dieselben Grundsätze wie zur OHG geschildert (vgl. vorstehende Rdn 9).

16 Beim Tod eines Kommanditisten wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben des verstorbenen Kommanditisten fortgesetzt (§ 177 HGB). Der **Kommanditanteil** ist Kraft Gesetzes **vererblich**. Der Gesellschaftsvertrag könnte aber vorsehen, dass mit dem Tode eines Kommanditisten die Gesellschaft aufgelöst wird. Besonderheiten gelten auch hier, denn der Gesellschaftsvertrag könnte eine **qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel** enthalten, mit der bestimmt wird, dass nur eine oder mehrere bestimmte Personen Nachfolger eines versterbenden Kommanditisten werden dürfen.

17 Zu beachten ist auch, dass mehrere Erben des verstorbenen Kommanditisten **nicht in Erbengemeinschaft** die Stellung eines gemeinsamen Kommanditisten erwerben. Vielmehr wird dann jeder Miterbe – mit einem seinem Erbteil entsprechenden Anteil an der Hafteinlage – ein einzelner Kommanditist.⁴

Der Gesellschaftsvertrag der KG könnte auch eine Regelung enthalten, wonach ein Kommanditist nur an der Gesellschaft beteiligt sein kann, wenn er eine bestimmte Beteiligungshöhe erreicht, z.B. dass jemand nur Kommanditist sein kann, wenn er mindestens eine Kommanditeinlage i.H.v. 1.000 EUR hat. Stirbt dann ein solcher Kommanditist mit einer Beteiligung von 1.000 EUR und hinterlässt mehr als nur einen einzigen Erben, z.B. zwei Erben, werden diese zwei Erben nicht Kommanditisten mit je einer Einlage von 500 EUR, weil der Gesellschaftsvertrag die zu niedrige Beteiligung verbietet. In Erbengemeinschaft werden die beiden Erben auch nicht Kommanditisten. Der Erblasser scheidet dann mit dem Tod aus der KG aus und den Erben steht eine Abfindung zu.

18 Gebührenrechtlich kann dem Notar eine Beratungsgebühr zusätzlich zustehen (vgl. die vorstehenden Ausführungen zur OHG, Rdn 9). Entwirft der Notar als Lösung den Gesellschaftsvertrag isoliert neu, so steht ihm die Entwurfsgebühr Nr. 24100 KV GNotKG hierfür zu.

4 Vgl. *Elsing*, Handels- und Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis, § 5 Rn 56.