

NOMOSLEHRBUCH

Schmoeckel

Erbrecht

6. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Erbrecht

6. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6241-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0354-3 (ePDF)

6. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 6. Auflage

Dank der kontinuierlichen Nachfrage war es wieder möglich, eine neue aktuelle Auflage zum Druck vorzubereiten. Das gab die Gelegenheit, neue Judikatur und einige Fragen neuer Rechtsfälle sowie neue wissenschaftliche Erkenntnisse einzuflechten.

Das Erbrecht erfreut sich eines steigenden Interesses. Dies gilt nicht nur in der Praxis, sondern auch in der Wissenschaft. Die neuen Bände zur Rechtsvergleichung mögen dafür *pars pro toto* stehen*. Auch die inzwischen begonnene Arbeit an dem Historisch-kritischen Kommentar zum Erbrecht hilft uns bereits, unser Wissen über unser die Ursprünge, die Motive und Ausrichtung des Erbrechts erheblich zu erweitern.

Erfreulicherweise zeigt sich die Nachfrage nach diesem Lehrbuch und seinem Gegenstand auch im Ausland. Die fünfte Auflage wurde durch Herrn Yiyue Wu in die chinesische Sprache übersetzt. Ich hoffe, dass der Wert der generationenübergreifenden Vermögenssicherung durch die Individuen für ihre Gesellschaft dort zunehmend anerkannt wird.

Wieder einmal wurde ich durch meine Mitarbeiter kompetent unterstützt. Hier möchte ich insbesondere Dr. Gero Fuchs und Dr. Alexander Kustermann sowie Johannes Öhmann, Jara Brandenburg, Henriette Löschner, Tim Vieten, Alexander Jansen und Moritz Grabowsky nennen.

Mathias Schmoeckel

* Karl Heinz Neumayer/ Ulrich Drobnig (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. V: Succession, (*International Encyclopedia of Comparative Law*), 2017.

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Ein neues Lehrbuch zum Erbrecht erscheint nicht unbedingt notwendig, da es bereits hervorragende und noch wesentlich ausführlichere Lehrbücher zum Erbrecht gibt. Aber umfassend soll das hier vorgelegte gerade nicht sein; vielmehr soll eine ausreichende Grundlage zum Verständnis dieser Materie gegeben werden. Andere Lehrbücher sind dagegen kürzer und beschränken sich auf einen überblicksartigen Grundriss. Die hier vorgelegte Darstellung soll jedoch nicht nur die Grundlinien, sondern eine verlässliche Einführung in die Materie geben. Aber auch als Einführung in die Materie, die ein verlässliches Verständnis über den Stoff schaffen will, betritt das hier vorgelegte Buch kein Neuland, da das Lehrbuch von Dieter Leipold genau diesen Anspruch erhebt und erfüllt. Zur Begründung meines Unterfangens und meines Ansatzes muss ich daher etwas weiter ausholen.

Wer jetzt Erbrecht lernt, muss mit einschneidenden Änderungen in der Zukunft rechnen. Das lange Zeit wenig veränderte Erbrecht gibt noch so stark wie kein anderes Buch des BGB die Konzeption des BGB von 1896 wieder. Doch in der letzten Zeit mehren sich die Anzeichen dafür, dass das Erbrecht in der nächsten Zeit in Fluss geraten könnte. Der Angriff auf die Privatautonomie im Vertragsrecht, der durch die Antidiskriminierungsrichtlinie ausgelöst und in Deutschland verschärft wurde, kann nicht ohne Auswirkungen auf die Testierfreiheit bleiben. In die gleiche Richtung drängen jüngere Entscheidungen bis hin zur problematischen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Sache „Preußen“.* Damit wird das Grundprinzip der gewillkürten Erbfolge, wenn nicht des deutschen Erbrechts insgesamt berührt. Es fragt es sich daher, inwieweit die Testierfreiheit für das deutsche Erbrecht tragend ist.

Veränderungen können wie die Antidiskriminierungsrichtlinie ihren Ursprung in der europäischen Gesetzgebung haben. Die mögliche Neuausrichtung des Erbrechts wird dabei vor dem Hintergrund der verschiedenen europäischen Erbrechtsordnungen vorgenommen. Das gilt sowohl für den Einfluss der europäischen Rechtsprechung als auch europäischer Forscherkooperativen, die das Projekt einer neuen gemeineuropäischen Kodifikation in Angriff nehmen wollen. Aufgrund dieser Überlegungen wird deutlich, dass man sich auch im Erbrecht nicht darauf verlassen darf, dass in den nächsten Jahrzehnten alles beim Alten bleiben wird und nur das Erbrecht keinen Veränderungen ausgesetzt sein wird. Ein neues Lehrbuch zum Erbrecht muss daher zwei Anforderungen genügen:

Zum einen muss es die Strukturen und die Grundentscheidungen des BGB-Gesetzgebers vor dem Hintergrund alternativer Gestaltungsmöglichkeiten profilieren. Es kommt dabei nicht darauf an, zahlreiche Details aufzulisten, vielmehr sind aus den verschiedenen Rechtsinstituten und Regelungen die Prinzipien herauszuarbeiten, die im

* BVerfG (22.3.2004–1 BvR 2248/01), FamRZ 2004, 765–768, auch in ZEV 2004, 241–243, EuGRZ 2004, 339–342, NJW 2004, 2008–2011, FPR 2004, 376–378, DNotZ 2004, 798–801, BVerfGK 3, 112–123; besprochen von *Ansgar Staudinger*, Anmerkung zu BVerfG 22.3.2004–1 BvR 2248/01, FamRZ 2004, 768–771; *Thomas Gutmann*, Der Erbe und seine Freiheit, NJW 2004, 2347–2349; *Gerhard Otte*, Die Bedeutung der „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Testierfreiheit, ZEV 2004, 393–398; *Josef Isensee*, Inhaltskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über Verfügungen von Todes wegen – zum „Hohenzollern-Beschluss“ des BVerfG –, DNotZ 2004, 754–766; *Christoph Scheuren-Brandes*, Wiederverheirungsklauseln nach der Hohenzollern-Entscheidung – Handlungsbedarf für die Gestaltungspraxis?, ZEV 2005, 185–188; *Andreas Horsch*, Neue Aspekte zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen, Rpfleger 2005, 285–292. Zur Problematik dieser Entscheidung s.u. bei Fn. 156 ff.

Idealfall wie im Fall des BGB ein kohärentes Erbrecht ergeben. Es ist daher beispielsweise zu fragen, welche Rolle der gesetzlichen Erbfolge zukommt, inwieweit die Testierfreiheit geschützt wird, welches die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Erbrecht sind.

Zum anderen ist immer wieder auf andere Problemlösungen in der Vergangenheit und Gegenwart hinzuweisen. Worin die Charakteristika der BGB-Regelungen liegen, versteht man nur, wenn man über Alternativen informiert wird. Dieses Verständnis hilft zunächst bei dem Erlernen des BGB-Stoffes: Wer Damnationis- und Vindikationslegat zu unterscheiden weiß, wird nie den schuldrechtlichen Charakter des deutschen Vermächtnisses verkennen. Der Blick auf die Besonderheiten des BGB ermöglicht es ferner, die Konsistenz dieser Grundentscheidungen zu erkennen. Nur so lässt sich ermessen, wie wichtig auch heute noch vor allem die Testierfreiheit ist. Schließlich ermöglicht das Aufzeigen der Differenzen zum Erbrecht anderer Ländern den Rechtsvergleich. Dieser ist im Erbrecht nicht nur wegen der eben aufgezeichneten europäischen Dimension der Rechtsentwicklung unerlässlich, sondern vor allem weil grenzüberschreitende Fälle mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme sind und daher nicht ohne IPR und Rechtsvergleichung lösbar sind.

Das bedeutet nicht, dass hier durchgehend rechtsvergleichend verschiedene Lösungen zu erörtern sind. Dies würde der Aufgabe nicht gerecht werden, das deutsche Recht zu erklären. Die vergleichenden Hinweise sind nur erforderlich, um die Merkmale des deutschen Rechts besser erkennen zu können. Dieses Verständnis erst ermöglicht den souveränen Umgang mit dem Stoff sowie Kritikfähigkeit. Dadurch kann man selbst bei unbekannten Problemen im Examen souverän mit dem Stoff umgehen und fundiert argumentieren.

Insgesamt soll diese Darstellung konzise die Struktur des Erbrechts erläutern. Studenten und Referendare sollen in den Stand versetzt werden, den Examensanforderungen zu genügen. Dazu gehört vor allem die Fähigkeit, den Stoff anwenden zu können. Man muss die Vorteile verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten kennen. Dies ergibt sich erst dann, wenn man den Stoff beherrscht. Zu diesem Zweck müssen einige besonders häufig geprüfte Bereiche detaillierter dargestellt werden als andere, die weniger häufig gefragt werden bzw. nicht mehr zum Prüfungsstoff gehören. Zu diesem Zweck wurden ebenso Verständnisfragen und einige Fälle mit Lösungen beigegeben. Erbrecht lernt sich nicht allein durch die dogmatische Darstellung. Hinzu kommt ein Verständnis für den Aufbau und die Reihenfolge der zu prüfenden Probleme des Falles. Jeder, der das Buch durcharbeitet, sollte daher zunächst eigenständig die Bearbeitung der Fälle versuchen, bevor die Lösung studiert wird.

Dadurch soll die wunderbare Klarheit der erbrechtlichen Strukturen verdeutlicht werden. Nur ein solches grundlegendes Verständnis hilft, sowohl den immer neuen Examensfragen gerecht zu werden, aber auch auf die möglichen Neuerungen der Rechtsentwicklungen vor dem Hintergrund konkurrierender Modelle des Auslands vorbereitet zu sein.

Inhalt

Vorwort zur 6. Auflage	5
Aus dem Vorwort zur 1. Auflage	6
Abkürzungsverzeichnis	15
Bibliographische Hinweise	17

A. EINLEITUNG

§ 1 Aufgabe	19
§ 2 Historischer Überblick	21
§ 3 Alternativen zum Erbrecht	26
§ 4 Grundbegriffe und Prinzipien	29
I. Testierfreiheit	29
II. Nachlass	30
1. Grundsatz	30
2. Höchstpersönliche Rechte	32
3. Digitaler Nachlass	34
III. Prinzipien	35
1. Universalsukzession	35
2. Soforterbfolge	37
3. Vonselbsterwerb	37
§ 5 Berufung zum Erben, Erbfähigkeit	40
§ 6 Einschlägige Normen und Geltungsbereich	41
I. Einschlägige Gesetze	41
II. Geltungsbereich	42
§ 7 Das Erbrecht des Staates, Erbschaftsteuer	45
I. Bedeutung	45
II. Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Steuerpflicht	48
§ 8 Legalordnung des Erbrechts	52
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	52

B. VOM ERBFALL ZUM ERBE

§ 9 Nachlassverfahren	54
I. Eröffnung des Nachlassverfahrens	54
II. Verfahren nach FamFG	55

III. Erbschein	57
1. Inhalt und Funktion	57
2. Verfahren	61
§ 10 Erbschaftsanspruch, § 2018 BGB	63
§ 11 Annahme und Ausschlagung der Erbschaft	67
I. Fragestellung	67
II. Ausschlagung §§ 1942 ff BGB	68
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	71

C. GESETZLICHE ERBfolge

§ 12 Ziele der gesetzlichen Erbfolge	72
§ 13 Parentelordnung	76
§ 14 Erbrecht der verschiedenen Ordnungen	79
§ 15 Erbrecht der nichtehelichen Kinder	82
§ 16 Erbrecht des überlebenden Ehepartners	84
§ 17 Weitere Erbrechte	88
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	88
§ 18 Pflichtteilsrecht	89
I. Einleitung	89
II. Pflichtteilsberechtigte	90
III. Voraussetzungen des Pflichtteilsanspruchs	91
IV. Natur des Anspruchs	92
V. Anspruchsinhalt	93
VI. Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils	94
VII. Entzug des Pflichtteils	96
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	97

D. GEWILLKÜRTE ERBfolge

§ 19 Einführung	98
I. Sinn und Aufgabe des Testamentsrechts	98
II. Funktion der Testierfreiheit	103
III. Erbrecht der Angehörigen?	105
§ 20 Testament – Allgemeine Voraussetzungen	108
I. Charakteristika des Testaments	108
II. Testierfähigkeit	109
III. Testamentsformen	113
1. Das privatschriftliche Testament	113

2. Das öffentliche Testament	115
3. Formen des Testaments in Notfällen	116
IV. Widerruf eines Testaments	117
V. Höchstpersönlichkeit	118
VI. Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen	122
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	127
§ 21 Weitere Arten letztwilliger Verfügungen	129
I. Gemeinschaftliches Testament	129
1. Anwendungsbereich	129
2. Formerleichterung	130
3. Trennungs- oder Einheitsprinzip	130
4. Wechselbezügliche Verfügungen	132
5. Besondere Nichtigkeitsgründe	134
II. Erbvertrag	134
1. Anwendungsbereich	135
2. Umgehungsgeschäfte	136
3. Voraussetzungen	137
4. Grenzen der Bindungswirkung	137
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	139
§ 22 Testamentarische Anordnungen	140
I. Erbeinsetzung	140
1. Einsetzung und Erbquote	140
2. Wegfall eines Erben: Ersatzerbe, Nacherbe, Anwachsung	142
3. Vor- und Nacherbschaft	144
a) Funktion	144
b) Gestaltungsmöglichkeiten	145
c) Vor- und Nacherbfall	146
d) Zeitliche Beschränkung der Nacherbfolge	147
e) Rechte des Vorerben	148
II. Vermächtnis	152
1. Funktion	152
2. Abgrenzungen	153
3. Vorausvermächtnis	153
4. Voraussetzungen	154
5. Forderungsrecht	154
6. Haftungsfragen	155
7. Verschiedene Arten des Vermächtnisses	156
8. Abgrenzung von Vermächtnis und Erbeinsetzung	157
III. Auflage	158
IV. Weitere mögliche Inhalte eines Testaments	158
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	160
§ 23 Auslegung letztwilliger Verfügungen	162
I. Einleitung	162
II. Ermittlung des wirklichen Willens	163
III. Auslegungsregeln und gesetzliche Vermutungen	166

IV. Ergänzende Auslegung	167
V. Spätere Willensänderung	168
VI. Auslegungsvertrag	169
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	170
 E. AUSSCHLUSS VON DER ERBFOLGE	
§ 24 Einleitung	171
§ 25 Erbverzicht	172
§ 26 Erbunwürdigkeit	174
§ 27 Anfechtung letztwilliger Verfügungen	176
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	178
 F. LEBZEITIGE GESCHÄFTE AUF DEN ERBFALL HIN	
§ 28 Einleitung und Folgeprobleme	179
I. Einleitung	179
II. Zusammenhang zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen	181
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	182
§ 29 Die Trennung nach § 2301 BGB	183
§ 30 Die postmortale Vollmacht	186
§ 31 Die Fälle von § 331 BGB	188
§ 32 Kollision von Erb- und Handelsrecht, Nachfolgeklauseln	191
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	195
§ 33 Der Familienvertrag	196
 G. STELLUNG DER ERBEN IN DER ERBENGEMEINSCHAFT	
§ 34 Erbengemeinschaft	198
§ 35 Auseinandersetzung	201
I. Inhalt und Zeitpunkt	201
II. Teilungsverfahren	202
1. Teilungsanordnung	202
2. Ausgleichung	203
a) Zuwendungen	203
b) Leistungen	204
III. Vollzug der Teilung	205
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	206

H. FÜRSORGE FÜR DEN NACHLASS UND ERBSCHAFTSKAUF

§ 36 Nachlasspflegschaft	207
§ 37 Nachlassinsolvenzverfahren	209
§ 38 Nachlassverwaltung	211
§ 39 Testamentsvollstreckung	213
I. Einführung	213
II. Ernennung und Dauer des Amts	213
III. Aufgaben	215
IV. Befugnisse	217
V. Pflichten	217
VI. Testamentsvollstreckung in Gesellschaftsanteile	218
§ 40 Erbschaftskauf	220
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	221

J. HAFTUNG DER ERBEN

§ 41 Einführung	222
§ 42 Feststellung des Nachlasses	225
§ 43 Erschöpfungseinreden	227
§ 44 Beginn der Haftungspflicht	231
§ 45 Haftung der Miterben	233
I. Bis zur Nachverteilung	233
II. Nach der Nachlassteilung	234
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	235
§ 46 Gestaltung eines Testaments	237
I. Alternativen zum Testament	237
II. Vorzüge der gesetzlichen Erbfolge?	238
III. Testierfähigkeit	238
IV. Pflichtteilsrechte	238
V. Ermittlung des Erblasserwillens	239
VI. Art der letztwilligen Verfügung	239
VII. Gestaltungsmöglichkeiten	239
VIII. Mögliche Veränderungen der Rechts- und Sachlage	240
IX. Form	240

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen und Antworten	243
Definitionen	277
Paragrafenregister	279
Stichwortverzeichnis	301

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht/ (bei Gesetzen:) am Anfang
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGGVG	Ausführungsgesetz zum GVG
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH(Z)	Bundesgerichtshof (in Zivilsachen)
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht(sentscheidungen)
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
bzw.	beziehungsweise
Cc	Code civil
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ErbStG	Erbschaftssteuergesetz
EU	Europäische Union
evt.	eventuell
f/ff	folgende/ fortfolgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (seit 1.9.2009)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (bis zum 31.8.2009)
Fn.	Fußnote
G	Gesetz
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
h.M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung
HRG	Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg./ hrsg.	Herausgeber/ herausgegeben
Hs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KostO	Kostenordnung
LG	Landgericht
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
RG(Z)	Reichsgericht (in Zivilsachen)
Rn.	Randnummer
S.	Satz/ Seite
s.(o./u.)	siehe (oben/ unten)

SeuffA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
str.	strittig
TestG	Testamentsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
v.	von
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensfragen
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für die Internationale Praxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Bibliographische Hinweise

- Ann, Christoph/ Kroiß, Ludwig/ Mayer, Jörg* (iVm DAV, Bd.hrsrg.), NK-BGB, Erbrecht, Band 5: §§ 1922–2385, 5. Aufl. Baden-Baden 2018.
- Bauer, Kilian/ Keim, Christopher/ Weirich, Hans-Armin*, Erben und Vererben. Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge, 6. Aufl. Herne 2010.
- Burandt, Wolfgang/ Rojahn, Dieter*, Erbrecht, 3. Aufl. München 2019.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich*, Erbrecht, 28. Aufl. München 2018.
- Crezelius, Georg*, Unternehmenserbrecht. Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 2. Aufl. München 2009.
- Damrau, Jürgen*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. Bonn 2020.
- Deutsche Gesellschaft für Erbrechtswissenschaften* (Hrsg.), Deutscher Erbrechtsskriptenkommentar. Kommentar, Beratungshilfen und Muster zu §§ 1922–2385 BGB sowie Artikel 25, 26 und 235 EGBGB, bearbeitet von Wolfgang Burandt usw., Köln/ München usw. 2003.
- Große-Wilde, Franz M/ Ouart, Peter E.* (Hrsg.), Deutscher Erbrechtsskriptenkommentar. §§ 1922–2385 BGB, Art. 25, 26, 235 EGBGB mit Formulierungshilfen und Mustern, 2. Aufl. Köln 2010.
- Eidenmüller, Horst/ Fries, Martin*, Fälle zum Erbrecht (Fälle mit Lösungen), 6. Aufl. München 2017.
- Frank, Rainer/ Helms, Tobias*, Erbrecht, 7. Aufl. München 2017.
- Frohn, Peter*, Nachlasswesen, (Rechtspflege-Studienbücher), 3. Aufl. Bielefeld 2014.
- Gursky, Karl H./ Lettmaier, Saskia*, Erbrecht, 7. Aufl. Heidelberg 2018.
- Harder, Manfred/ Kroppenber, Inge*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. Neuwied 2002.
- Kipp, Theodor/ Coing, Helmut*, Erbrecht: Ein Lehrbuch, 14. Aufl. Tübingen 1990.
- Krug, Walter*, Erbrecht, 4. Aufl. München 2009.
- Lange, Heinrich/ Kuchinke, Kurt*, Erbrecht: ein Lehrbuch, 5. Aufl. München 2001.
- Leipold, Dieter*, Erbrecht, 22. Aufl. Tübingen 2020.
- Leiß, Martin/ Löhnig, Martin*, Fälle zum Familien- und Erbrecht, 4. Aufl. München 2019.
- Medicus, Dieter/ Petersen, Jens*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019.
- Michalski, Lutz/ Schmidt, Jessica*, BGB-Erbrecht, 5. Aufl. Heidelberg 2019.
- Muscheler, Karlheinz*, Erbrecht, Band I und II, Tübingen 2010.
- Olzen, Dirk/ Looschelders, Dirk*, Erbrecht, 6. Aufl. Berlin etc. 2020.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. München 2020.
- Roth, Andreas*, Familien- und Erbrecht mit ausgewählten Verfahrensfragen, 5. Aufl. Heidelberg 2010.
- Röthel, Anne*, Erbrecht, 18. Aufl. München 2020.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1–240 (AllgPersönlR, ProstG, AGG), Band 8: Sachenrecht §§ 854–1296 (WEG, ErbbauRG), Band 11: Erbrecht §§ 1922–2385 (§§ 27–35 BeurkG), München 2018, 2020, 2020.
- Schilken, Eberhard*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. München 2014.
- Schlüter, Wilfried/ Gutmann, Thomas*, Erbrecht, (Prüfe Dein Wissen, 6), 11. Aufl. München 2020.
- Simon, Dietrich/ Werner, Olaf*, 22 Probleme aus dem Familien- und Erbrecht, 4. Aufl. Neuwied 2015.
- Staudinger, Julius von/ div. Bearbeiter*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrecht, §§ 1967–2063 (Rechtsstellung des Erben), §§ 2265–2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), §§ 2303–2345 (Pflichtteil, Erbunwürdigkeit), §§ 2346–2385 (Erbverzicht, Erbschein, Erbschaftsverkauf), Neubearbeitung Berlin 2016, 2014, 2015, 2010.
- Süß, Rembert*, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. Bonn 2020.
- Ubert, Guido/ Hochmuth, Johannes/ Kasper, Josef*, Erbrecht, 10. Aufl. Sudholt 2020.
- Zimmermann, Walter*, Erbrecht, Lehrbuch mit Fällen, 5. Aufl. Berlin 2019.

Auch ältere Literatur bleibt hier verwendbar wie z.B.

v. Lübtow, Ulrich, Erbrecht – eine systematische Darstellung, 2 Halbbände, Berlin 1971 oder
Strohal, Emil, Das Deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB, 3. Aufl. 1903/1904.

A. EINLEITUNG

§ 1 Aufgabe

Das Erbrecht zielt auf die Situation **nach einem Todesfall**. Es hilft den Hinterbliebenen, die Verteilung des Nachlasses vorzunehmen. Doch schon **vorher** steht es auch dem Erblasser zur Verfügung, um die Nachlassverteilung zu regeln und um Unklarheiten vorzubeugen.

Mit den anderen Büchern des BGB weist es Gemeinsamkeiten auf: Wie im Sachenrecht handelt es sich aus der Sicht der Erben also um den Erwerb von Sachen; wie im Familienrecht wird hierbei die Beziehung mit der Familie virulent; wie im Schuldrecht geht es für den Testator um die privatautonome Verteilung seines Eigentums. Besonders mit Familien- und Sachenrecht wurde das Erbrecht daher oft zusammen dargestellt. Das BGB trennte jedoch diese Materie durch die Regelung im fünften und letzten Buch als „**Recht der letzten Dinge**“.

Wie die anderen Bücher des BGB ist auch das Erbrecht von einer **Grundfreiheit** durchdrungen. So wie der Allgemeine Teil die Vereinsfreiheit gewährt oder von der allgemeinen Gleichheit und Freiheit der Personen ausgeht, das Schuldrecht die Privatautonomie unterstellt, das Sachenrecht dann die Eigentumsfreiheit und das Familienrecht die Freiheit des Eheschlusses zugestehen, so liegt dem Erbrecht die **Testierfreiheit** zugrunde. Damit wird deutlich, dass das Erbrecht nicht nur die Verteilung des Nachlasses, sondern auch die Einräumung eines (lebzeitigen) Freiheitsrechts bezweckt. Dies kann sogar im Vordergrund stehen, wie die weiterlaufende Nutzung des römischen Ausdrucks für das gesetzliche Erbrecht als „Intestaterbrecht“ und damit als Ausnahmefall zur Regel des Testaments zeigt. Zweck des Erbrechts ist also einerseits, die Errichtung letztwilliger Verfügungen zu steuern und interpretieren zu helfen sowie andererseits die Verteilung des Nachlasses nach dem Tod des Erblassers zu regeln.

In gewisser Weise ist das Erbrecht die **Vollendung des Privatrechts**. Dies gilt weniger aufgrund der systematischen Stellung im deutschen BGB, sondern ergibt sich eher aus inhaltlichen Gründen.

- Erstens lässt sich das Erbrecht nur mit guten Grundkenntnissen in allen anderen zivilrechtlichen Materien verstehen: Das Testament ist eine einseitige Willenserklärung und muss gemäß § 133 BGB ausgelegt werden, das Vermächtnis verweist als schuldrechtlicher Anspruch gegen die Erben auf das Schuldrecht, der Erbschaftsanspruch auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und die für die gesetzliche Erbfolge maßgebliche Verwandtschaft wird im Familienrecht geregelt. Das Erbrecht wiederholt und vertieft dabei das Verständnis der anderen Bücher des BGB.
- Zweitens stellt die Auslegung der letztwilligen Verfügungen oft eine große Herausforderung dar, um trotz gewandelter tatsächlicher Verhältnisse ein Ergebnis zu erzielen, das dem Willen des Erblassers noch entspricht. Die für Juristen zentrale Kunst der Auslegung ist in anderen Bereichen kaum derart gefordert wie im Erbrecht, hier kann man oder muss man sogar besonders frei und kreativ interpretieren. Die im Umgang mit Testamenten gewonnenen Fertigkeiten helfen in allen anderen Bereichen, die Möglichkeiten der Auslegung zu erkennen. Die Verbindung von Sachen und Menschen ist stets nur vorübergehender Natur. Jedenfalls der Tod

schließt diese Beziehung ab. Während die ersten vier Bücher zunächst dem Erwerb gelten, dient das Erbrecht v.a. dazu, die sinnvolle Weitergabe des Nachlasses sicherzustellen.

§ 2 Historischer Überblick

► **FALL:** Ein Erblasser ordnet im seinem Testament von 1925 an, dass der Erbe die Voraussetzungen erfüllen muss, die in der Familie schon seit Jahrhunderten erfüllt werden und benennt diese konkret. Im Fall der Nacherbschaft kann das Testament auch noch gegenwärtig Anwendung finden. Können die in Bezug genommenen Regeln aus der Zeit vor der Geltung des BGB eine Rolle spielen? ◀

Erbrecht entwickelte sich überall besonders langsam, wahrscheinlich weil sich hier die Mentalitäten der Gesellschaft besonders stark auswirken.¹ Das geltende Recht spiegelt die Erfahrungen der Vergangenheit. Die Geschichte kann daher zum Verständnis der erbrechtlichen Regelungen besonders aufschlussreich sein. Überdies wird bis heute in erheblicher Weise mit historischen Erfahrungen – z.T. in stark verkürzter und irreführender Weise – argumentiert, so dass historische Grundkenntnisse selbst für die aktuelle politische Diskussion relevant sind.

Das **römische Recht** gab der Möglichkeit, über den Nachlass zu verfügen, eine große Bedeutung. Tatsächlich verfügt das Familienoberhaupt, der *pater familias*, nicht nur über die Latifundien und Sklaven der Gesamtfamilie. Vielmehr hingen daran auch die politische Macht und die Möglichkeit, eine Stellung im Staat zu erhalten. Den Familienvätern wurde die **Verantwortung** überlassen, wer im Wege der Erbfolge in diesen Kreis der **staatstragenden Männer** Einlass finden sollte. Über Adoption und damit die kunstvolle Anwendung von Familien- und Erbrecht wurde die Staatsführung des römischen Reiches in der Zeit nach Augustus über Jahrhunderte weitergegeben. Diese Politik spiegelte sich in den Familien und ihren Testamenten wider. Dabei durfte der Chef der Familie nicht beliebig, schon gar nicht gegen das Herkommen, testieren. Vielmehr war er an die Moralvorstellungen der Zeit gebunden. Andererseits durfte nichts seine Entscheidungsfreiheit mindern. Selbst Erbverträge innerhalb der Familie zur Aufteilung des Vermögens wurden daher als sittenwidrig angesehen.

In den Gesetzen germanischer Herrscher finden sich nur rudimentäre Formen der gewillkürten Erbfolge. Bis in die Neuzeit herrschte vornehmlich in den adligen Familien Europas die Vorstellung vor, das Vermögen gehöre nicht einem allein, sondern der Gesamtfamilie. Auch wenn es von einem verwaltet wurde, konnte dieser darüber nicht frei verfügen. Lebzeitig musste er davon die Interessen der Familie finanzieren und letztwillig konnte er nicht frei testieren, sondern war gebunden, das Vermögen innerhalb der Familie weiterzugeben nach dem Motto: „**Das Gut rinnt wie das Blut**“. Allerdings konnten im Wege der „**Spezialsukzession**“ spezielle Gegenstände vom Vermögen getrennt und an einen allein vererbt werden. Der älteste Sohn etwa konnte Waffen und Rüstung des Vaters erwerben unabhängig von der Frage, was mit dem übrigen Vermögen geschah.

Dagegen versuchte insbesondere die **Kirche**, die Möglichkeit einer freien letztwilligen Verfügung über zumindest einen Teil des Vermögens durchzusetzen.² Indem man beispielsweise fingierte, Jesus habe die Stellung eines Kindes, setzte sich die Vorstellung durch, dass der Testator jedenfalls einen Teil seines Reichtums, seinen „Seelteil“, zur

1 Jens Beckert, Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts, 2004, 101, 323 ff.

2 Zur kirchlichen Abgabe aufgrund eines Erbfalls s. David von Mayenburg, „Laudabilis usus“ oder „detestabilis consuetudo“ – Mortuaria und andere Abgaben von Todes wegen aus der Perspektive des Kirchenrechts, in: Orazio Condorelli/Franck Roumy/Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Band 1, 2009, 337–387.

Verfügung habe, um ihn der Kirche zu hinterlassen.³ Ein anderer Weg bestand darin, jede Verfügung über das Familienvermögen nicht nur mit dem Herrn des Hauses zu beschließen, sondern noch die Zustimmung der Erben einzuholen (Erbenlaub), um so deren Widerspruch nach dem Erbfall auszuschließen.

Die Bindung von Hab und Gut war wichtig, um große **Familienvermögen** zu sammeln. Nach dem Vorbild eines Territorialstaats sollte das Gut nach dem Tod nicht verteilt und so verkleinert werden, vielmehr sollten alle Geschwister und Generationen gemeinsam zur Vergrößerung des Familienguts beitragen. Denn je reicher die Familie, desto größer ihr Ansehen („splendor familiae“) und ihre Macht, desto mehr Chancen hatte auch jedes Familienmitglied, in der Gesellschaft Reichtum, politische Macht und Ansehen zu erwerben.

Angeordnet durch eine Testamentsklausel konnte insbesondere mit dem „**Familienfideikommiss**“ eine eigene Organisationsform geschaffen werden, wodurch das Familienvermögen vom persönlichen Vermögen des Erben getrennt wurde. Der Chef des Hauses hatte zwar die Nutznießung am Familienvermögen; die Masse musste jedoch für die Familie eingesetzt und in die nächste Generation weitergegeben werden. Sie war dadurch vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt. Doch die Bindung belastete die Familien stark, so dass diese Gestaltung nach Möglichkeit vermieden wurde.

- 3 Zum 18. Jahrhundert hin wurde dieses **Erbrecht** des Adels aus politischen und wirtschaftlichen Gründen heftig **kritisiert**. Zum einen sah man die mächtigen Adelsfamilien als Bedrohung der staatlichen Macht; die Zentralgewalt sollte gestärkt werden, indem die Bürger gleicher wurden. Zum anderen sah man in der Akkumulation von Reichtum, der nie wieder veräußert und daher dem Markt dauerhaft entzogen war, eine Gefahr für die Volkswirtschaft, die über die Jahrhunderte mangels Masse „austrocknen“ musste. Die **Französische Revolution** beseitigte daher die Familienfideikommissse vollständig, wenn auch nicht dauerhaft, und ordnete eine Verteilung des Vermögens unter den gesetzlichen Erben an. Der Erblasser konnte nur noch über eine geringe Quote seines Nachlasses testieren, so etwa 1/10, wenn Kinder vorhanden waren.

Insbesondere der bedeutende französische Liberale Alexis de Tocqueville (1805–1859) machte in seiner Beschreibung des demokratischen Amerika den Unterschied zwischen einem demokratischen und einem aristokratischen Erbrecht deutlich.⁴ Die gleiche politische Teilhabe erfordere die Verteilung, nicht die Bündelung der Erbschaft.

3 Genauer Jan Hallebeek, *Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum: Should the Portio Christi be Restricted to a Child's Share?*, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, 2012, 79–102.

4 Alexis de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika* (zuerst 1835/40), übersetzt v. Hans Zbinden, 2. Aufl. 1984, 686 f.: „Da in der aristokratischen Familie der älteste Sohn den größten Teil des Besitzes und fast alle Rechte erbt, wird er das Haupt und bis zu einem gewissen Grade der Herr seiner Brüder. Ihm gebührt die Größe und die Macht, ihnen die Mittelmäßigkeit und die Abhängigkeit. Dennoch wäre es falsch zu glauben, daß in den aristokratischen Völkern die Vorrechte des Ältesten nur ihm günstig seien und daß sie in seiner Umgebung nur Neid und Haß erregen. Der Älteste bemüht sich gewöhnlich, seinen Brüdern Reichtum und Macht zu verschaffen, weil der allgemeine Glanz des Hauses auf den zurückfällt, der es vertritt; und die Jüngeren suchen dem Ältesten alle Vorhaben zu erleichtern, denn die Größe und die Stärke des Familienhauptes setzen dieses mehr und mehr instand, alle Nachkommen der Familie damit emporzuheben. Dabei sind die verschiedenen Mitglieder der aristokratischen Familie sehr eng miteinander verbunden; es besteht eine Gemeinsamkeit der Interessen und des Geistes, selten aber eine des Herzens.“

Die Demokratie verbindet die Brüder auch miteinander; aber sie tut es auf eine andere Weise. Unter den demokratischen Gesetzen sind die Kinder völlig gleichgestellt, folglich voneinander unabhängig; nichts führt sie zwangsläufig zusammen, aber nichts entfernt sie auch voneinander; [...]. Nicht durch die Interessen also,

Der in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts starke Liberalismus führte in Deutschland dazu, dass die Testierfreiheit als Grundsatz des Erbrechts in zahlreichen Gesetzen aufgenommen wurde. Dennoch blieb daneben für adlige Familien ein Sonderrecht erhalten. Die Ausgestaltung des Erbrechts wurde auch in den deutschen Staaten ein wichtiger Streitpunkt der politischen Auseinandersetzung.

Zur Zeit der **Kodifikation** des BGB galten in Deutschland ganz heterogene Erbrechtssysteme: teilweise römisches Recht mit seiner Testierfreiheit, teilweise Regime mit der Vorstellung einer völligen oder zumindest anteiligen Bindung des Vermögens an die Familie. Auch in den übrigen Streitpunkten⁵ mussten die verschiedenen Entwürfe zum BGB gemeinsame Lösungen finden. Gottfried von Schmitt legte 1878 einen Teilentwurf vor, der von der 1. Kommission in großem Maße herangezogen wurde. Während er in der sprachlichen Fassung und logischen Konsequenz gelobt wurde, wurde die politische Entscheidung auf verschiedene Weisen harsch kritisiert. Grundsätzlich folgte der Entwurf dem liberalen Modell. Die Testierfreiheit wurde zum allgemeinen Prinzip des gewillkürten Erbrechts.

Die Zulassung der Testierfreiheit hielt **Otto von Gierke** (1841–1921) für einen Fehler. Er kritisierte das neue Erbrecht als „Standesrecht des liberalen Bürgertums“, das dem Einzelnen zu viel Freiheit lasse. Dadurch werde die einheitliche Familienwirtschaft nicht genügend geschützt.⁶ Stattdessen wollte er durch den Ausbau einer unentziehbaren Erbenstellung seine Ideen eines sozialen Schutzes verwirklichen. **Anton Menger** (1841–1906) sah im BGB den Konflikt verschiedener Konzepte konserviert, deren Heterogenität durch die Testierfreiheit verschleiert würde.⁷ Einerseits gebe es eine Zwangsquote aus der Erbmasse für die engsten Familienangehörigen (Pflichtteil), andererseits lasse man die aristokratischen Fideikomisse weiterhin zu. Das BGB beschränkte sich darauf, das allgemeine Zivilrecht zu regeln; das den Adel betreffende Recht wollte es nicht erfassen. Menger setzte sich erst in der Nachfolge der Weimarer Reichsverfassung von 1919 durch. Diese ordnete in Art. 155 WRV an, die Familienfideikomisse und die ähnlichen Formen durch nachfolgende Landesgesetze abzuschaffen. Diese sind bis in die 1950er Jahre erlassen worden.

Immerhin war Menger noch der Auffassung, der „freundliche Gedanke“ der **Beseitigung des Erbrechts** sei unsinnig, da es für den Erhalt von Eigentum erforderlich sei. Dafür wurde ein solches Experiment 1917 in Russland durchgeführt. Die Abschaffung des Erbrechts zeigte dort jedoch, dass neben der allmählichen Übertragung des Eigentums auf den Fiskus schnell jeglicher Markt zusammenbrach und damit die Wirtschaft so geschädigt wurde, dass die Abschaffung bald revidiert wurde. Auf der Ebene des Reiches wurde 1906 eine Erbschaftsteuer eingeführt,⁸ wodurch das Reich jedenfalls wertmäßig an den deutschen Nachlässen beteiligt wurde. 1907 und 1912 versuchte

5 sondern durch die gemeinsamen Erinnerungen und die freie Übereinstimmung der Ansichten und der Neigungen verbindet die Demokratie die Brüder miteinander. Sie teilt ihre Erbschaft, sie erlaubt aber den Einklang ihrer Seelen“.

Zum Streit insgesamt vgl. *Rainer Schröder*, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts? Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen*, 1981.

6 *Otto von Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1948, 29 f.

7 *Anton Menger*, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 5. Aufl. 1927, 14.

8 *Clemens Wischermann*, *Die Erbschaftssteuer im Kaiserreich und in der Weimarer Republik. Finanzprinzip versus Familienprinzip*, in: Eckart Schremmer (Hrsg.), *Steuern, Abgaben und Dienste vom Mittelalter bis zur Gegenwart*, 1994, 171–196.

man ohne Erfolg, das Erbrecht des Staates auszudehnen, sofern nur weit entfernte Verwandte vorhanden seien.

- 6 Erhebliche Veränderungen wurden im **Nationalsozialismus** vorgenommen. Auch das Erbrecht wurde zur Diskriminierung der Juden herangezogen, etwa durch das Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5.11.1937, das ausgebürgerte Juden für erbunfähig erklärte. Nach 1933 wurde § 138 Abs. 1 BGB zunehmend dafür genutzt, politisch missliebige Verfügungen von Todes wegen zu annullieren. 1938 wurde zusätzlich das Testamentsgesetz geschaffen, das in Erweiterung dieses Ansatzes in § 48 Abs. 2 TestG bestimmte:⁹

„Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat.“

In einem Urteil von 1944 wurde in der Entwicklung dieses Gedankens schließlich derjenige aus dem Umkreis des Erblassers als Erbe ausgesucht, der nach der Auffassung des Gerichts am ehesten versprach, den Betrieb erfolgreich und damit im Sinne der Volksgemeinschaft zu führen.¹⁰ In der Verordnung zur Regelung der Erbfolge in besonderen Fällen vom 4.10.1944 wurde angeordnet, dass in allen Fällen gesetzlicher Erbfolge der Richter die Freiheit zur Disposition über den Nachlass erhalten solle.

- 7 Nach 1945 wurde in der Rechtsprechung der **Bundesrepublik** der Schutz der Familie zunächst so betont, dass im Ergebnis die weite Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB erhalten blieb. 1997 wurde der letzte Schritt zur völligen Gleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern gemacht. Für die Altfälle der vor dem 1.7.1949 geborenen Erben hat der EGMR die Verletzung der EMRK festgestellt.¹¹ Wegen des gebotenen Vertrauensschutzes kann sich die damit gebotene Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern als gesetzlichen Erben des Erblassers nur auf Erbfälle nach dem 28.5.2009 beziehen.¹² Eine Invasion des Europarechts in erbrechtliche Materien ist bislang jedoch kaum und vor allem durch den Bezug zu Fragen des Allgemeinen Teils zu konstatieren.

Periodisch wird in Deutschland darum gestritten, ob den engen Familienangehörigen ein besonderes Erbrecht, der Pflichtteil, garantiert werden muss.¹³ Mit der Schaffung des Arbeits- und Sozialrechts hat das Erbrecht allerdings viel von seiner ursprünglichen Funktion der sozialen Absicherung der Familie verloren. Der durch die eigene Arbeitsleistung akkumulierte Renten- oder Pensionsanspruch tritt in den meisten Fällen an die Stelle von Sachen und Forderungen als Grundlage des Vermögens. Die Bedürftigkeit im Fall der Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit und Alter wird durch die sozialen staatlichen Leistungen abgedeckt.¹⁴ In neoliberalen ökonomischen Theorien wird da-

⁹ § 48 Abs. 2 TestG vom 31.7.1938, aufgehoben durch KontrollratsG Nr. 37 vom 31.10.1946.

¹⁰ RG 25.2.1944 – IV 155/43, DR 1944, 494 ff.

Bemerkung zur Zitierweise: Weil gerade im Erbrecht zahlreiche ältere Judikate wichtig sind, soll hier nicht die übliche Kurzform, sondern die wissenschaftlich korrekte Zitierweise der Judikate gepflegt werden, welche auf das Datum und den zuständigen Senat verweist und dadurch bereits Hintergründe der Entscheidung andeutet. Durch die Angabe des Aktenzeichens ist jede Verwechslung ausgeschlossen.

¹¹ EGMR 28.5.2009 – 3545/04, NJW-RR 2009, 1603.

¹² Für Erbfälle bis dahin s. *Dieter Leipold*, Auswirkungen der EGMR-Entscheidung Fabris gegen Frankreich auf das deutsche Nichtehelichen-Erbrecht, ZEV 2014, 449–455.

¹³ Zuletzt BVerfG 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03, NJW 2005, 1561–1567; dazu *Stephan Stüber*, BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit, NJW 2005, 2122–2124.

¹⁴ Dazu *Maximilian Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, 347.

gegen wieder die Notwendigkeit großer Vermögen betont, denen mit jedem Tod des Inhabers droht, durch notwendige Erbverteilung zerschlagen zu werden.¹⁵ Langsam werden die zugrunde liegenden Fragen damit wieder eröffnet.

Der **Wert**, der über das Erbrecht verteilt wird, ist erheblich; die Schätzungen sind im letzten Jahrzehnt kontinuierlich gestiegen. Inzwischen nimmt man an, dass jährlich 400 Milliarden Euro vererbt werden.¹⁶ Für die Jahre 2015 bis 2020 wird ein Gesamtvolumen an Erbschaften in Deutschland von 3,1 Billionen Euro prognostiziert.¹⁷ Bis 2024 sollen dabei alleine Immobilien im Wert von 664 Milliarden Euro vererbt werden. Dabei ist das Vermögen sehr ungleich verteilt, insbesondere zwischen Ost- und Westdeutschland. Diese Fakten sollen den Spruch belegen: „Vermögen werden in der Bundesrepublik nicht mehr gemacht, sondern geerbt“. Die politische Signifikanz des Erbrechts wird daraus deutlich und das Erbrecht selbst zunehmend in Frage gestellt.¹⁸

Angesichts der Zahlen wird man jedoch konstatieren müssen, dass die praktische **Bedeutung** des Erbrechts erheblich ist.¹⁹ Der florierende Sozialstaat der Bundesrepublik weckte zwar bis in die 1980er Jahre die Erwartungen, dass der Staat in allen Situationen finanzieller Bedrängnis einspringen könnte, so dass eine private Versorgung durch Nachlässe weder erforderlich noch im Sinne der Gleichheit gerecht sei. Man wird wohl auch nicht annehmen können, das Wirtschaften innerhalb der Familie gehöre der Vergangenheit an. Die inzwischen begründete Förderung privater Vorsorge und Altersabsicherung indiziert jedoch, dass das eigene Vermögen incl. dessen Weitergabe innerhalb der Familie weiterhin auch für den Staat seine zentrale Rolle behält. Das Ererbte behält damit weiterhin seine Funktion der Alterssicherung und als Rücklage für Notfälle auch im personellen Umfeld. Man sollte nicht die Erfahrung der Russischen Revolution vergessen, dass die Möglichkeit der Absicherung der Familie ein maßgeblicher Faktor des Gewinnstrebens überhaupt ist. Wer etwas vererbt, leistet zunächst Konsumverzicht, dann einen Akt der Solidarität.²⁰ Wer also heute gegen die Erbschaften wettet, muss gleichermaßen gegen Schenkungen und innerfamiliäre Unterstützung sein. Diese Propaganda vergisst, dass das „kalte“ Eigentum der Existenzgrundlage der Familie dient und Erbschaften innerfamiliär der Angleichung dienen, welche angeblich mit der Einschränkung der Erbschaft erreicht werden soll. Insofern entpuppt sich die meiste Agitation als gedankenlose Propaganda, die nur dann folgerichtig wäre, wenn sämtliche Einflüsse der Familie im Sinne allgemeiner Nivellierung ausgeschlossen würden. Das leistete nicht einmal der totalitäre Kommunismus der DDR und ist sicher nicht möglich, solange das Grundgesetz gilt.

► **ANTWORT:** Das BGB schafft einen Rahmen, innerhalb dessen den Erblassern Gestaltungsspielraum geschaffen wird. Solange und insofern sich die letztwilligen Verfügungen mit der deutschen Rechts- und Wertordnung in Einklang bringen lassen, können auch ältere Regelungen in aktuellen Fällen relevant werden. ◀

15 David Friedman, *Der ökonomische Code*, 1999, 342.

16 Vgl. *Der Spiegel* vom 15.7.2017.

17 Vgl. Studie des Deutschen Instituts für Altersvorsorge (DIA), „*Erben in Deutschland 2015–24: Volumen, Verteilung und Verwendung*“.

18 Stefan Willer/Siegrid Weigel/Bernhard Jussen, *Erbe, Erbschaft, Vererbung. Eine aktuelle Problemlage und ihr historischer Index*, in: dies. (Hrsg.), *Erbe. Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur*, 2013, 7–36, besonders 28 f.

19 Vgl. Rainer Schröder, *Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts*, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven* (= *Ius Commune*, Sonderband 29), 1987, 281–294.

20 Jürgen Kaube, *Oma ihr klein Häuschen*, *FAS* vom 8.2.2015.

§ 3 Alternativen zum Erbrecht

► **FALL:** Der reiche Junggeselle E ist nicht sicher, ob sein Vermögen nach seinem Tod genau nach seinem Willen verteilt und verwendet wird. Er bevorzugt daher Lösungen, die ihm noch lebzeitig ein Einwirkungsrecht geben. Was ist ihm zu raten? ◀

- 1 Das Vermögen des Erblassers muss nach dem Tode nicht erbrechtlich verteilt werden, es kann auch anders eingesetzt werden. Neben der schon von Anton Menger angesprochenen Möglichkeit einer staatlichen Enteignung zugunsten der staatlichen Neuverteilung gibt es vor allem zwei Möglichkeiten, nämlich entweder das Geld in Stiftungen zu transferieren oder die Schenkung unter Lebenden.

Stiftungsrecht erfreut sich allgemeiner Beliebtheit, zu seiner Förderung wurde es zum 1.9.2002 geändert.²¹ Klargestellt wurde vor allem, dass es einen Rechtsanspruch auf Anerkennung einer Stiftung geben muss, sofern nach §§ 80 Abs. 2, 81 BGB die Ziele der Stiftung nicht das Gemeinwohl gefährden und die formalen Voraussetzungen des Stiftungsgeschäfts vorliegen. Ferner muss die Struktur der Stiftung dauerhaft tragfähig erscheinen, denn mit der Anerkennung erhält die Stiftung eine Rechtsfähigkeit, die ihr nicht mehr genommen werden kann. Sie ist der Idee nach unsterblich und tatsächlich gibt es wohl über 500 karitative und Familienstiftungen, die älter als 500 Jahre sind.²²

- 2 Juristische Personen müssen grundsätzlich existieren, wenn der Vermögenstransfer stattfinden soll, spätestens also im Zeitpunkt des Todes. Eine Besonderheit von Stiftungen ist demgegenüber, dass sie nach § 84 BGB erst nach dem Erbfall gegründet bzw. anerkannt werden können. Eine dogmatische Neuerung stellt § 83 S. 2 BGB dar, wonach unzureichende Stiftungsgeschäfte nach der freien Auffassung der Stiftungsbehörde nachgebessert werden können. Sicherlich stellt es eine Verfahrenserleichterung dar, das unvollständige Stiftungsgeschäft durch selbstverständliche Regeln zu ergänzen, bevor das Stiftungsgeschäft nach Ablehnung erneut vorgenommen werden muss, sofern dies überhaupt noch möglich ist. Die Vorschrift ist jedoch insoweit missglückt, als die Grenzen der Ergänzungsbefugnis der Behörde nicht ersichtlich sind; der kreativen Ergänzung „im Sinn des Erblassers“ nach dem Belieben der zuständigen Beamten und ihrer Regierung sind Tür und Tor geöffnet. So erinnert die neue Bestimmung fatal an das große Ermessen der erwähnten Verordnung zur Regelung der Erbfolge in besonderen Fällen vom 4.10.1944 und kann aus der Sicht des Stifterwillens gefährlich sein.
- 3 Neben diesem Fall der Gründung einer selbständigen rechtsfähigen Stiftung gibt es auch nichtrechtsfähige **unselbständige Stiftungen**. Dabei handelt es sich um treuhänderisch nach den Grundsätzen des Treuhandvertrags verwaltete Vermögensmassen. Sie unterliegen keiner staatlichen Aufsicht und müssen nicht staatlich anerkannt werden. Da sie bereits mit kleineren Kapitalien errichtet werden können, stellen sie tatsächlich den häufigsten Fall der Stiftungen dar. Davon zu trennen sind die **Zustiftungen**, wodurch einer bestehenden Stiftung ein weiteres Vermögen zugewandt wird. Dabei kann es sich um den Stifter handeln, welcher für den Fall seines Todes der Stiftung sein restliches Vermögen überträgt, oder um einen Dritten, der die Stiftung unterstützen will und dabei durchaus einen besonderen Aufgabenkreis definieren kann.

21 Vgl. Bernd Andrick/Joachim Suerbaum, Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, NJW 2002, 2905–2910; Andreas Schlüter/Stefan Stolte, Stiftungsrecht: Formen und Errichtung, Stiftungsaufsicht, Verwaltung, Besteuerung, Internationales Stiftungsrecht, 3. Aufl. 2016.

22 Eugen Hillenbrand, „So schöne Stiftungen aus der frommen Vergangenheit“, in: ders., Vom Hospital zum Weingut, 2000, 10–21, 13.

Die Übertragung von Vermögen auf eine Stiftung zu ihrer Gründung ist ein Vorgang, der nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG schenkungssteuerpflichtig ist. Steuerfrei bleiben aber einstweilen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen. Das Vermögen einer Stiftung unterliegt weiterhin nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG der Erbschaftsteuer, sofern es sich um eine Familienstiftung handelt. Alle 30 Jahre soll das Vermögen einmal insgesamt versteuert werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass auch das einer Stiftung übertragene Familienvermögen nach jeder Generation einmal versteuert werden soll. Die Weiterleitung an eine gemeinnützige Stiftung wird angeregt durch § 29 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Wer das Geld nur weiterleitet, ist steuerfrei.

Die **Schenkung unter Lebenden** berührt sich insbesondere dann mit dem Erbrecht, wenn Verfügungen im Hinblick auf den Todesfall getätigt werden. Das Erbschaftsteuergesetz versucht diese Umgehung zu unterbinden, indem Schenkungen innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Erbfall erbschaftsteuerpflichtig werden, also zusammen mit dem Erbteil versteuert werden müssen. Dennoch kann man gerade bei großen Vermögen versuchen, unter Ausnutzung des Freiteils immer wieder Vermögensteile zu transferieren.

Noch enger ist der Bezug bei im Hinblick auf den Todesfall bedingten Schenkungen. Bei diesen postmortalen Schenkungen stellt sich dann jedoch die Frage, ob sie als Umgehungsgeschäft nicht doch den Regeln des Erbrechts unterliegen müssen (daher s. u. § 21, S. 136). Diese Frage wird ebenso für die Geschäfte zu klären sein, die eine Leistung nach dem Todesfall im Sinn der §§ 330 ff BGB vorsehen.

In Großbritannien und anderen Orten wird der **Trust** als Alternative zum Erbrecht genutzt. Ein Vermögen wird dem Treuhänder gesetzlich (*at law*) übertragen, während eine andere Person eigentlich berechtigt sein soll (*equitable owner*). Die Treuhänder (*trustees*) werden mit den Anweisungen eingesetzt, wie sie mit dem Vermögen zugunsten eines Nutznießers (*beneficiary*) verfahren sollen. Nach maximal 30 Jahren ist der Trust aufzulösen. Das Vermögen des Trust befindet sich nicht im Nachlass desjenigen, der ihn errichtet hat; man kann so das Vermögen gut verteilen und sichern. Die Frage ist jedoch, wie man dieses feine Mittel des angelsächsischen Rechts für deutsche Verhältnisse heranziehen kann.

Ein Weg dazu ist die gesetzlich nicht vorgegebene **Treuhand**, die darum vielfach ausgestaltet werden kann: Der Treuhänder kann schlicht Stellvertreter sein oder das Vermögen wird an ihn übereignet und der Treuhänder ist nur durch die Abrede mit dem Treugeber schuldrechtlich gebunden.²³ Sonst kommt die Errichtung eines Trusts im Ausland bzw. nach ausländischem Recht in Betracht, besonders seit der Einführung des Trusts in den Steueroasen Guernsey und Jersey.²⁴

► **ANTWORT:** Sofern sich kein britischer Trust errichten lässt und die Anordnung einer Treuhand mit Unsicherheiten verbunden ist, empfiehlt sich vor allem die Lösung von E's Problem durch die Schaffung einer Stiftung. Allerdings erfordert diese nach § 80 Abs. 2 BGB ein Stiftungsvermögen, das zur Erreichung des Stiftungszwecks ausreicht; darauf zu achten

23 Klassisch Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, 38; rechtsvergleichend Richard H. Helmholz/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective* (= Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 19), 1998.

24 Malte Schindhelm/Klaus Stein, Der trust im deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, Arbeitspapier 5/98, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht Universität Osnabrück [https://d-nb.info/1059710455/34, zuletzt 23.07.2020], mit weiterer Literatur Fn. 1.

ist die Aufgabe der Stiftungsaufsicht. Ferner erfordert die lebzeitige Einrichtung, dass E sich schon vor seinem Tod vom Stiftungskapital trennt und es der Stiftung überträgt. Im Rahmen der Stiftung kann er über die Verwendung des Geldes aber mitentscheiden, wenn deren Organisation entsprechend eingerichtet ist. ◀

§ 4 Grundbegriffe und Prinzipien

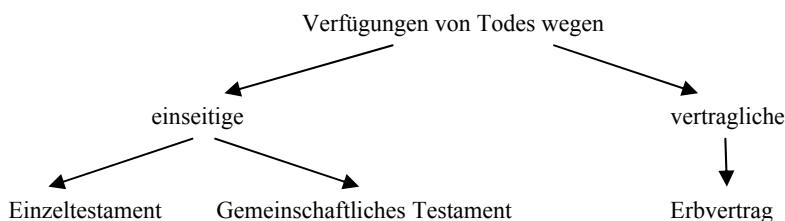
I. Testierfreiheit

► **FRAGE:** Wozu dient die Testierfreiheit? ◀

Erbrecht ist grundsätzlich dispositives Recht. Der historische Überblick zeigt, dass es in der Bundesrepublik zweierlei Wege gibt, Erbe zu werden: Zum einen kann das Gesetz die Erbfolge bestimmen und den Nachlass unter den Familienmitgliedern aufteilen, zum anderen gibt es die Möglichkeit einer letztwilligen Verfügung. Hier wird die Erbfolge „gewillkürt“, insofern sie vom freien Willen des Erblassers abhängt. Dabei gibt es verschiedene Formen der Verfügungen von Todes wegen.

Zunächst gibt es **einseitige Verfügungen**: In Übernahme des französischen Rechts darf der Erblasser allein in Deutschland ein „Testament“ aufsetzen. Er kann sich vom Notar beraten lassen und durch die notarielle Form die Rechtssicherheit erhöhen. Möglich ist aber auch, dass **Ehegatten** ein „**gemeinschaftliches Testament**“ aufsetzen; sie bestimmen zusammen in einem Verfügungsakt über ihre Vermögen. Nach § 10 Abs. 4 LPartG ist dies auch für eingetragene Lebenspartnerschaften möglich. Auch im Fall eines gemeinschaftlichen Testaments liegen einseitige Verfügungen vor, nämlich die beider Ehegatten. Wegen der möglichen Wechselbezüglichkeit gestattet das Erbrecht nur die besondere Form, die beiden Testamente räumlich in einer Urkunde zusammenzufügen.

Daneben gibt es auch die Möglichkeit einer vertraglichen Verfügung von Todes wegen, den „**Erbvertrag**“, der insbesondere in größeren Familien oder bei unverheirateten Paaren genutzt werden kann.



Erklärt wurde bereits, warum das römische Recht Erbverträge ablehnte (s.o. § 2 Rn. 1). Auch im heutigen Recht Italiens wird daher der **Erbvertrag**, ebenso das gemeinschaftliche Testament, **abgelehnt**; nach Art. 458, 589 Codice civile steht dort zur letztwilligen Verfügung nur das Testament zur Verfügung. Der Erbvertrag ist also keineswegs selbstverständlich im Rahmen der europäischen Rechtsordnungen. Das bedeutet, dass die Anerkennung und Behandlung eines Erbvertrags im Ausland Probleme bereiten kann. Das ist jedenfalls mit zu bedenken, wenn in einem Fall mit (künftiger) Auslandsberührung der Erbvertrag als Form der letztwilligen Verfügung in Betracht kommt.

Die gesetzliche Erbfolge tritt nach dem BGB erst dann ein, wenn keine gültige Verfügung von Todes wegen zu finden ist. Der Nachlass wird nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1922 ff BGB verteilt. Auch wenn offenbar Lücken im Testament vorhanden sind, kommt die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung. Es wird beispielsweise nur eine kleine Geldzahlung an einen Freund angeordnet, während der Nachlass sonst

nicht verteilt wird. Schon das römische Recht bezeichnete diese Erbfolge als **Intestaterbrecht**, es wird durch das Fehlen einer letztwilligen Verfügung gekennzeichnet. Der Wille des Erblassers zu testieren hat also Vorrang vor der gesetzlichen Erbfolge.

- 4 Das BGB gestattet die Erbfolge grundsätzlich nach dem **Willen des Erblassers**, nennt aber einige **Einschränkungen**:
- (1.) Im Fall der gewillkürten Erbfolge muss der Erblasser die vorgeschriebene Form wahren.
 - (2.) Die Beteiligung des Staates am Nachlass in Form der Erbschaftsteuer kann der Erblasser nicht ausschließen.
 - (3.) Inhaltliche Korrekturen an der vom Erblasser vorgeschriebenen Nachfolgeordnung können in besonderen Fällen vorgenommen werden. Diese werden nur von den Generalklauseln bezeichnet: Im Fall der sittenwidrigen Gestaltung kann der Mangel der inhaltlichen Ausgestaltung bis zur Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung führen.
 - (4.) Die inhaltlich wichtigste Einschränkung der Testierfreiheit wird durch das **Pflichtteilsrecht** bewirkt. Familienangehörige, die nicht Erbe geworden sind, haben danach Anspruch auf einen Teil des Nachlasses in der Höhe der Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils, § 2303 BGB, den sogenannten Pflichtteil. Daraus wird deutlich, dass es sich um einen schuldrechtlichen Geldanspruch gegen den oder die Erben handelt. Der Pflichtteilsberechtigte wird also nicht Erbe.

► **ANTWORT:** Die Testierfreiheit schützt das Eigentum, über das noch einmal für den Todesfall frei verfügt werden darf. ◀

II. Nachlass

1. Grundsatz

- 5 Gegenstück zur Testierfreiheit ist die Verantwortung für alle Vermögenswerte und Belange des Verstorbenen. Das **Vermögen** des Erblassers bildet den **Nachlass** nach § 1922 Abs. 1 BGB. Damit wird deutlich gemacht, dass Aktiva und Passiva zur „Erbschaft“ (vgl. § 1975 BGB) gehören. Nachlass und Erbschaft meinen beide umfassend das, was der Erbe hinterlässt. Der Gesetzgeber der ersten Kommission wollte dabei mit dem Begriff des „Vermögens“ keinen wesentlichen Begriff prägen, sondern im Gegenteil nur deutlich machen, dass der Erblasser kein Vermögen haben muss, damit überhaupt ein Erbfall vorliegt: Auch der Obdachlose hat einen Nachlass, selbst wenn es nur seine Kleider sind. Darin erkennt man den Ansatz des Gesetzgebers, zwischen vermögenswerten Gegenständen und den übrigen Belangen, die den Erblasser betreffen, nicht differenzieren zu wollen. Eine Differenzierung nach dem Wert des Nachlasses ist unbedingt abzulehnen.

Grds. wird also „alles“ im Wege der Erbfolge übertragen. Doch es gibt Fälle, in denen dieses Prinzip nicht ohne Weiteres erkannt werden kann. Oft wird noch zwischen den (Vermögens-) Rechten des Erben und den immateriellen der Familie unterschieden. So werden etwa beim Erbschafts Kauf **Familienpapiere** und -bilder grds. nicht dem Erwerber übertragen, sondern bleiben gemäß § 2373 S. 2 BGB bei der Familie. In § 2047 Abs. 2 BGB werden Schriftstücke zu persönlichen Verhältnissen des Erblassers daher nicht unter den Erben aufgeteilt, sondern bleiben gemeinschaftlich. In diesen Fällen wird unterstellt, dass es nur um das Vermögen geht, die Angelegenheiten der Familien

jedoch in dieser bleiben sollen. Doch kann der Erblasser natürlich auch bestimmen, was mit den Familienpapieren geschehen soll: Er kann sie wegwerfen oder Dritten zuwenden. Im Übrigen gilt, dass der Erbe entscheiden muss, was sich zu behalten lohnt oder was entsorgt werden muss. Ein Recht der Angehörigen, persönliche Dinge im Vorgriff aus dem Vermögen bzw. dem Nachlass auszusortieren, gibt es nicht. Es kommt dabei nicht darauf an, ob etwas wertvoll ist: Der Erbe darf auch das Silberbesteck wegwerfen, dafür aber eine Serviette aus sentimental Gründen bewahren. Als Rechtsnachfolger ist nur der Erbe berechtigt zu entscheiden, was mit den Gegenständen geschehen soll. Darin kann er von einer Anordnung des Verstorbenen angeleitet werden.

Der Erblasser kann seine Angelegenheiten also umfassend regeln. Er bestimmt, was mit seinem Vermögen oder seinem Leichnam geschehen soll und was sonst getan werden soll, um seine Interessen zu schützen. Dieser Wille ist zu berücksichtigen, selbst wenn er formlos geäußert sein sollte. Der Umgang mit dem **Leichnam** ist einerseits eine Frage des öffentlichen Bestattungs- und Friedhofsrechts. Die Entnahme des Zahngolds verwirklicht den Straftatbestand der Störung der Totenruhe nach § 168 StGB.²⁵ Doch kann der Leichnam aus zivilrechtlicher Sicht andererseits nicht herrenlos sein.²⁶ Strittig ist nur, wem die Dispositionsbefugnis darüber zusteht. Aus der Ehe und der Verwandtschaft folgt zweifellos die Pflicht, sich darum zu kümmern, wenn der Erblasser dazu nichts verfügt hat. Doch auch sein Erbe, sollte er kein Familienmitglied sein, hat diese Pflicht. Gewohnheitsrechtlich wird der Familie das Vorrecht zugestanden, umgekehrt könnte man aus der Nachfolge in das Vermögen die vorrangige Pflicht folgern, auch die Beerdigung zu übernehmen. Das schließt die Entscheidung über den Umgang mit den **Organen** ein. Dazu gehört auch die Entscheidung über eine Exhumierung: Neu ist die Diskussion um das Recht der Kenntnis der eigenen Abstammung. Dieser Belang, nicht zuletzt auch wegen Fragen genetischer Dispositionen, hat grds. Vorrang vor dem Recht der Totenruhe, wenn also der präsumtive Vater bereits beerdigt ist.²⁷

Das Recht auf Einsicht der Patienten in ihre Krankenakten kann ebenfalls vererbt werden.²⁸ Der Angehörige kann ein – immaterielles – Interesse an genetischen Faktoren haben oder der familienfremde Erbe will über die Tätigkeit der Ärzte informiert werden, um die Behandlungskosten entscheiden zu können. Im Zweifel steht das **Patienteneinsichtsrecht** daher nicht nur dem Erben, sondern auch den Familienangehörigen zu.

Manche Rechtsfragen hängen nicht mehr mit dem Nachlass zusammen. Dauerschuldverhältnisse enden zwar mit dem Tod. Doch wenn jemand im Fall der **Miete** mit dem Verstorbenen zusammen gewohnt hat, welcher der offizielle Mieter war, stellt sich die Frage, wie der Vertrag fortgesetzt werden kann. Natürlich ist der Verstorbene aufgrund seines Todes aus dem Mietverhältnis ausgeschieden. Doch in Bezug auf die Mitbewohner gibt §§ 563 ff BGB ein Eintrittsrecht sowie ein außerordentliches Kündigungsrecht: § 563 Abs. 1 BGB gewährt dem überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner ein Recht auf Fortsetzung des **Mietvertrags**. Gleiches gilt nach der Maßgabe von § 563 Abs. 2 BGB auch für andere Familienangehörige, die im gemeinsamen Haus-

25 BGH 30.6.2015 – 5 StR 71/15, NStZ 2016, 92.

26 Entgegen Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., 2020/Weidlich, § 1922 Rn. 37.

27 BGH 29.10.2015 – XII ZB 20/14, ZEV 2015, 228.

28 Gabriele Müller, Das Akteneinsichtsrecht des Patienten nach dem Patientenrechtegesetz und seine postmortale Wahrnehmung durch Dritte, ZEV 2014, 401–404.

stand des Verstorbenen gelebt haben. Dieses Mietverhältnis kann den Erben betreffen, doch muss dies nicht so sein. Insofern liegt hier ein Problem außerhalb des Erbrechts vor. Unabhängig vom Erbrecht wird im Fall des echten **Vertrags** zugunsten Dritter der Dritte bei Leistungen **für den Todesfall** nach § 331 BGB aus dem Vertrag berechtigt, nicht der Erbe (dazu s.u. § 31, S. 188 ff).

- 6 Fraglich ist, ob die Nachfolge auch in **Rechtsscheintatbestände** möglich ist. Im Fall der Verjährung hat der Gesetzgeber mittlerweile das Einrücken des besitzenden Erben in die Position des Erblassers in § 198 BGB gesetzlich normiert. Der Erwerb eines Rechtsscheintatbestands ähnelt der Vermögenslage, die durch den Besitz im Fall der Verjährung vorgegaukelt wird, so dass auch hier eine Vererbung möglich erscheint.

Genauso fraglich ist die Vererbung einer **Haftungslage**, etwa wenn der Erblasser ein Vermögensobjekt so geordnet hat, dass andere gefährdet werden können: Ein scheinbar harmloser Gegenstand ist so verändert, dass er gravierende Schäden anrichten kann bei unsachgemäßer Behandlung. Kommt dieser Gegenstand durch Erbfolge in das Vermögen des Erben, stellt sich im Fall der Schädigung Dritter die Frage, ob der Erbe für diese Schäden haften soll. Entscheidend ist hier wohl die dauerhafte Verbindung der Gefahr mit der Sache, z.B. etwa auch bei Grundstücken. Wer als Erbe den Vermögensvorteil der Sache haben will, muss auch die verbundenen Risiken akzeptieren. Sofern die Gefährdung aus dem Zustand der Sache herrührt und nicht die Handlung des Erblassers zum Anknüpfungspunkt gewählt wird, kommt daher eine Vererbung in Betracht. Allerdings kann nicht das individuelle Verschulden hinsichtlich der Gefährdung vererbt werden, sondern nur die im Eigentum begründete Haftung für die Sache.

In gleicher Weise muss es dem Erben ferner möglich sein, die **Tilgungsbestimmung** einer Leistung nachträglich zu ändern, sofern eine solche Änderung überhaupt zulässig ist.

2. Höchstpersönliche Rechte

- 7 **Nicht** zum Nachlass gehören dagegen **höchstpersönliche Rechte**: Auf Verwandtschaft beruhende Rechte wie die elterliche Sorge gehen nicht auf einen Erben über, sondern erlöschen. Die elterliche Sorge muss gerichtlich übertragen werden. Auch Unterhaltsansprüche enden grundsätzlich mit dem Tod des Verpflichteten gemäß § 1586 Abs. 1 BGB. In den Nachlass fallen nach § 1586 Abs. 2 S. 1 BGB nur die bis dahin entstandenen Forderungen. Nach § 1586 b Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BGB gibt es allerdings eine Ausnahme für den geschiedenen Ehegatten, dem insgesamt noch ein Betrag in Höhe des Pflichtteils ausgezahlt werden muss. Gemäß § 1586 Abs. 1 S. 3 BGB haftet der Erbe dafür jedoch nicht über die Höhe des Pflichtteils hinaus.

Dagegen bestehen **allgemeine Persönlichkeitsrechte** auch über den Tod hinaus fort. Früher nahm man zwar an, dass auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tod der Person erlischt. Seit der Mephisto-Entscheidung des BVerfG²⁹ wissen wir jedoch, dass Persönlichkeitsrechte u.U. auch nach dem Tod des Verstorbenen beachtet werden müssen. Oft wurde argumentiert, dass es sich dabei meist nicht um Vermögensrechte handele, die daher nicht wirklich zum Nachlass gehörten und eines eigenen

29 BVerfG 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 („Mephisto“); BGH 20.3.1968 – I ZR 44/66, BGHZ 50, 133; für das Internet s. *Mario Martini*, Digitaler Nachlass und postmortaler Persönlichkeitsschutz im Internet, JZ 2012, 1145–1155.

Sachwalters bedürften. Das Argument greift nicht, denn aus dem Schutz von Namen, Markenzeichen oder Rechten am eigenen Bild können gewichtige finanzielle Interessen erwachsen.³⁰ So bildete sich allmählich die Vererblichkeit der postmortalen Persönlichkeitsrechte heraus.³¹ Diese Positionen können den Wert des Nachlasses sogar nachhaltig bestimmen. Natürlich darf der Erblasser zwischen seinem schriftstellerischen Œuvre und seinem Nachlass im Übrigen differenzieren und ersteres einem besonderen Sachwalter übertragen. Dann wird der Nachlass entsprechend geteilt. Ohne eine solche Teilung müssen wir davon ausgehen, dass mit der Einsetzung des Erben dieser allein die Entscheidung in allen Bereichen zu fällen hat. Existiert hingegen keine solche erbrechtliche Bestimmung, kann weder die besondere Natur dieser allgemeinen Persönlichkeitsrechte noch ein weiterer Grund dafür sprechen, diese Rechte aus dem allgemeinen Nachlass herauszunehmen und besonderen Personen, z.B. aus der Familie, als Berechtigte speziell zuzuweisen. Natürlich lässt sich zudem kaum eine klare Grenze ziehen zwischen der persönlichen Hinterlassenschaft und dem Nachlass im Übrigen. Schließlich müssen wie bei den anderen Nachlasspositionen die Interessen des Verstorbenen mit denen anderer abgeglichen werden. Das ist die Aufgabe des Erben; ihm allein hat das Gesetz diese Aufgabe zugewiesen. Verfügte beispielsweise der Erblasser, ein berühmter Schriftsteller, dass seine Tagebücher grundsätzlich geheim bleiben sollten, muss jemand im Ablauf der Jahre die Interessen der Geheimhaltung mit dem allgemeinen und wissenschaftlichen Interesse am Verstorbenen abwägen. Die Entscheidung über deren Publikation und Vermarktung darf nur treffen, wer vom Erblasser dazu berufen wurde. Der Erbe muss zwischen Schund und Ruhm, zwischen der Geheimhaltung und den kommerziellen Chancen abwägen. Selbst wenn alle anderen meinen, diese Entscheidung besser treffen zu können, sind sie dennoch nicht dazu berufen. Wird also kein Familienmitglied, sondern ein Freund zum Erben bzw. Nachlassverwalter berufen, liegt darin wohl auch die Hoffnung, dass dieser bei der Entscheidung nicht nach Familieninteressen, sondern nach den Kriterien des Verstorbenen, egal wie skurril er war, entscheiden wird.³²

Wegen des Grundsatzes der Universalsukzession gehören diese Rechte zum allgemeinen Nachlass. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Sachen oder Rechte handelt und in welcher Form sie vorliegen. **Immaterialgüterrechte** gehen sowohl in ihrem vermögensrechtlichen als auch in dem persönlichkeitsrechtlichen Bestandteil auf die Erben bzw. die Erbengemeinschaft über. Dies gilt für Urheberrechte (§§ 28 Abs. 1, 70 UrhG) ebenso wie für Patentrechte (§ 15 S. 1 PatG), Gebrauchsmuster (§ 22 S. 1 GebrMG) und Geschmacksmuster (§ 7 Abs. 1 GeschmMG). Der als Erbe eingesetzte familienfremde Dritte wird also ebenso berechtigt, über diese Belange zu entscheiden, wie die Person, die zum „literarischen Nachlassverwalter“ bestimmt wird. Glücklicherweise leistete Max Brod der Anweisung seines Freundes Franz Kafka keine Folge, den Nachlass komplett und ungelesen zu verbrennen. Es war gut, dass hier der als Erbe eingesetzte Dritte entschied, was erhaltenswert sei und was zum Schutz des Gedächtnisses an den Verstorbenen besser vernichtet würde.

30 Zum Begriff des Vermögens hier vgl. Katharina Seidler, Digitaler Nachlass. Das postmortale Schicksal elektronischer Kommunikation (Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht, 17), 26 ff.

31 Vgl. BGH 1.12.1999 – I ZR 49/97, BGHZ 143, 214 („Marlene Dietrich“); zu dieser Rechtsfortbildung s. Alexander Jung, Die Vererblichkeit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, 322.

32 Für Abwehrinteressen der Familie sehe ich daher keinen Raum, anders Stephanie Herzog, Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem, NJW 2013, 3745–3751, 3750.