

1. Kapitel

Der Erbfall – Was passiert eigentlich nach dem Tod eines Menschen?

I. Einleitung

Nach dem Tod eines Menschen tritt **der Erbfall** ein. § 1922 Abs. 1 BGB bestimmt, dass das Vermögen des Erblassers auf die Erben übergeht. Hierdurch ist zunächst geregelt, wer die rechtlichen Angelegenheiten des Erblassers fortführt (der oder die Erben) und zudem, dass diese in die Vermögenspositionen des Erblassers eintreten. Der Erbe wickelt gewissermaßen die rechtlichen Angelegenheiten des Erblassers ab und führt die Vermögenswerte fort. Zahlreiche Dinge sind zu erledigen. So ist der Tod des Erblassers beim Standesamt zu melden, eine **Sterbeurkunde** zu beantragen, die **Beerdigung** zu organisieren, etc. Die **Dauerschuldverhältnisse** des Erblassers (Miete, Versicherung, Telefon etc.) sind zu kündigen. **Banken, Versicherungen, Grundbuchämter** und eventuell das **Nachlassgericht** sind zu informieren. Gläubiger des Erblassers sind zu befriedigen und zudem muss in vielen Fällen der Kontakt zum **Finanzamt** hergestellt werden. Auch ist der letzte Wille des Erblassers zu beachten, so dass Vermächtnisse, Bedingungen, Auflagen zu erfüllen sind und schließlich ist, sofern mehrere Erben vorhanden sind, auch der Nachlass auseinanderzusetzen. An der Erbausinandersetzung sind häufig unterschiedliche Personen beteiligt und alle wollen ihre eigenen Interessen gewahrt wissen; dies bezieht sich häufig auf monetäre Interessen, die dann auch nicht selten mit besonderem Engagement vertreten werden. Dieses besondere Engagement führt zu Streit und Streit führt zu Regelungsbedürfnis und daher hat das Erbrecht allein im BGB **mehr als 460 Vorschriften** und wartet mit einer Rechtsprechung auf, die Bibliotheken füllt.

II. Der Informationsfluss

Sofern man sich an Recht und Gesetz hält und den Tod eines Menschen beim zuständigen **Standesamt** (das Standesamt des Bezirkes, wo der Tod eingetreten ist) anzeigt, geschieht eine interessante Informationsweiterleitung, die gewährleistet, dass auch diejenigen vom Tod erfahren, die hiervon vielleicht nichts erfahren sollen (unliebsame Verwandte, das Finanzamt). Spätestens einen Werktag nach dem Tod ist die Todesbescheinigung, die der Arzt ausgestellt hat, zusammen mit den persönlichen Dokumenten des Erblassers (z.B. Familienbuch) beim zuständigen Standesamt abzugeben, so dass die **Sterbeurkunde** ausgestellt werden kann. Dieses Standesamt wird dann das **Geburtsstandesamt** des Erblassers informieren. Geburtsstandesamt und „Sterbestandesamt“ sind dann ortsverschieden, wenn der Erblasser nach seiner Geburt in eine andere Stadt zieht, wo er dann verstirbt. Der Standesbeamte beim Geburtsstandesamt schaut in seiner Akte, ob dort eine **Hinterlegungsnachricht** vor-

handen ist. Eine solche wird ausgestellt, wenn der Erblasser ein Testament bei einem Amtsgericht oder bei der Hauptkartei für Testamente beim **AG Berlin Schöneberg** hinterlegt hat, oder wenn die Hinterlegung durch einen Notar von Amts wegen bei einer der benannten Hinterlegungsstellen erfolgte. Sofern eine letztwillige Verfügung hinterlegt wird, wird automatisch das Geburtsstandesamt hiervon in Kenntnis gesetzt. Wenn eine Hinterlegungsnachricht vorliegt, so wird das Geburtsstandesamt die Stelle vom Tod informieren, wo das Testament hinterlegt ist. Diese Stelle informiert dann das Nachlassgericht, also das Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser verstorben ist. Dieses Gericht weiß nun, dass eine **letztwillige Verfügung** (Testament, Erbvertrag) vorhanden ist und wird nicht ohne weiteres einen Erbschein erteilen, wodurch sich die Erben im Rechtsverkehr als Rechtsnachfolger legitimieren können. Das Testament wird von dem Gericht eröffnet, welches das Testament verwahrt. Der Erbschein wird hingegen von dem Nachlassgericht eröffnet, welches sich in dem Bezirk befindet, wo der Erblasser verstorben ist. Der **Erbschein** ist häufig erforderlich, um an das Geld bei der Bank des Verstorbenen zu kommen, oder um eine Umschreibung des Grundbuchs zu erreichen, wenn der Erblasser Eigentümer von Immobilien war. Wird im Ergebnis ein Erbschein erteilt und sowohl der Bank als auch dem Grundbuchamt vorgelegt, so informieren Bank und auch das Grundbuchamt das Finanzamt, welches somit von der Erbschaft Kenntnis erlangt und gegebenenfalls von den Erben eine **Erbschaftsteuererklärung** verlangt. Die Personen, die in einer letztwilligen Verfügung benannt sind, werden vom Nachlassgericht angeschrieben und von der Testamentseröffnung in Kenntnis gesetzt. Sie erhalten eine Abschrift des Testamentes. Nun erfahren diese Personen von ihrer Erbberechtigung- allerdings läuft nun auch die **Ausschlagungsfrist** (§ 1944 Abs. 1, 2 BGB, worauf später noch einzugehen ist).

III. Der Erbe

Die Personen, auf die mit dem Tode eines Menschen dessen Vermögen als Ganzes übergeht, werden **Erben** genannt (*Brox*, Erbrecht Rz. 6). Die Erbfolge ist also die **Rechtsnachfolge** des Erben in das gesamte Vermögen des Erblassers samt den Verbindlichkeiten, gleichgültig, ob die Schulden überwiegen (*Palandt/Weidlich* § 1922 BGB, Rz. 1). **Erben kann** aber nur, wer auch erbfähig ist. Dies ist **jede lebende natürliche und jede juristische Person, in keinem Fall aber Sachen, wie z.B. ein Tier** (*Brox*, Erbrecht Rz. 7). Gemäß § 1923 Abs. 2 BGB kann auch der noch nicht geborene Mensch (**nasciturus**) erben, sofern er lebend zur Welt kommt. Entscheidend ist, dass der Erblasser überlebt wird, hierfür genügt auch schon eine Sekunde, weil der Nachlass ihm dann angefallen ist und auf die Erbeserben samt Ausschlagungsrecht übergeht (*Palandt/Weidlich* § 1923 BGB, Rz. 1). Sofern der Erbe den Erblasser nicht überlebt hat, geht der Nachlass auf die Personen über, die der Erblasser bestimmt hat (Ersatzerben gemäß § 2096 BGB) oder es erben die gesetzlichen Erben. Erbe ist damit der den Erblasser Überlebende, den der Erblasser zum Erben bestimmt hat (§ 1937 BGB) oder, sofern eine Bestimmung nicht vorliegt, den das Gesetz als gesetzlichen Erbe (§§ 1924 f. BGB) bestimmt.

Beispiel:

Der E hat seinen Freund F zum Alleinerben eingesetzt. In dem Testament ordnet E keine Ersatzerbschaft an. Auf dem Weg in den gemeinsamen Urlaub kommt es zu einem Verkehrsunfall. Sowohl E als auch F versterben. Es kann nicht genau festgestellt werden, wer länger gelebt hat. Nun streiten sowohl der Sohn des E als auch der Sohn des F um das Erbe des E. Wer erbt?

Würde feststehen, dass der F den E um mindestens eine Sekunde überlebt hätte, so wäre die Erbschaft des E zunächst bei F eingetreten und dann auf seinen Sohn übergegangen. Durch das Testament, welches den F als Alleinerben einsetzt, ist der Sohn des E enterbt worden. In diesem Fall hätte der Sohn des E nur einen Pflichtteilsanspruch, den er gegen den Sohn des F richten kann. Würde hingegen der F schon vor dem E verstorben sein, so ginge die Erbeinsetzung durch Testament ins Leere. Dies hätte zur Folge, dass entsprechend der Regelungen über das gesetzliche Erbrecht der Sohn des E diesen beerben würde. In diesem Fall ginge der Sohn des F leer aus. Sofern es auf den genauen Todeszeitpunkt ankommt, hat ihn das Nachlassgericht von Amts wegen genau zu ermitteln; es darf nicht ohne weiteres von einem gemeinsamen Versterben ausgehen (OLG Hamm NJW RR 1996, 70). Sofern dies nicht möglich ist, trifft die Feststellungslast denjenigen, der daraus Rechte herleitet. Dies ist für das Erbrecht begründenden Tatsachen derjenige, der das Erbrecht in Anspruch nimmt und für die das Erbrecht vernichtenden Tatsachen, derjenige, dem diese Tatsachen zu Gute kommen (*Palandt/Weidlich* § 2358 BGB, Rz. 6). Im Beispielfall trifft die Feststellungslast den Sohn des E. Sofern das Testament wirksam ist, ist der F als Alleinerbe bestimmt worden. Nur, wenn der F vorverstorben wäre, würde ein Erbrecht des Sohnes des E entstehen. Wenn er nun das Erbrecht nach seinem Vater in Anspruch nimmt, trifft ihn die Feststellungslast, dass der F vorverstorben ist.

Praxishinweis: Bei der **Testamentsgestaltung** ist in jedem Fall eine Klausel aufzunehmen, die den Fall des gleichzeitigen Versterbens regelt.

IV. Der Nachlass

§ 1922 BGB bringt zum Ausdruck, dass das Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben übergeht. Hierunter versteht man die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers, also auch die Rechtsverhältnisse nichtvermögensrechtlichen Inhalts (*Palandt/Weidlich* § 1922 BGB, Rz. 12). Zur Erbschaft gehören ferner die Verbindlichkeiten des Erblassers (BGHZ 32, 369). Auf den Punkt gebracht bedeutet dies, dass alle **Aktiva und Passiva** auf den oder die Erben übergehen. Dieser Erbschaftserwerb vollzieht sich von selbst, d.h. auch ohne Wissen des Erben und sogar gegen seinen Willen, weil es hierauf nicht ankommt, auch nicht auf seine Annahme oder den Antritt der Erbschaft (*Palandt/Weidlich* § 1922 BGB Rz. 6). Hierauf beruht ja gerade das Recht der Ausschlagung. Der Erbe wird also kraft Gesetzes Rechtsnachfolger des Erblassers, ohne dass es einer rechtsgeschäftlichen Mitwirkung oder einer behördlichen Einweisung oder der Übertragung der Einzelrechte durch einen Treuhänder bedürfte (*Palandt/Weidlich* § 1922 BGB Rz. 6). Es kommt auch nicht darauf an, dass der Erbe Besitz in Form der Sachherrschaft erlangt, vielmehr ordnet § 857 BGB an, dass der Besitz auf den Erben übergeht, so dass eine Art „vergeistigte“ Sachherrschaft besteht (*Palandt/Bassenge* § 857 BGB Rz. 1). Nach Maßgabe der §§ 2018 f BGB kann der Erbe die Erbschaft demzufolge auch vom Erbschaftsbesitzer herausverlangen.

Beispiel:

Der Bootsbauer B hat dem Erblasser kurz vor seinem Tod ein Boot verkauft. Nach dem Tod verlangt der B von den Erben des E Zahlung des Kaufpreises. Dieser beruft sich darauf, dass der mit dem Vertrag nicht zu tun hat. Zu Recht?

Mit dem Tod des E ist durch den Grundsatz der Universalsukzession das Vermögen des E mit allen Aktiva und Passiva auf den Erben übergegangen. Hierzu gehören auch die Erblässerschulden, im vorliegenden Fall also die Verpflichtung den Kaufpreis zu zahlen. Damit geht der obige Einwand des Erben ins Leere. Er kann allerdings, innerhalb der Frist des § 1944 BGB, die Erbschaft ausschlagen und sich somit der Erfüllungsklage entziehen. Auf der anderen Seite könnte der Erbe aber auch, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Bootes, den Kaufpreis zahlen, der B könnte nicht ohne weiteres einwenden, dass er den Vertrag nur mit dem E schließen wollte.

V. Das Nachlassgericht

Dem Nachlassgericht geht es vor allem um die **Sicherung** der für das Erbrecht bedeutsamen Urkunden (z.B. Testamentseröffnung), die **Klärung** erbrechtlicher Rechtsverhältnisse (z.B. Erbscheinsverfahren), die **Fürsorge** für den Nachlass in bestimmten Fällen (z.B. Nachlassinsolvenz- bzw. verwaltung, Überwachung der Testamentsvollstrecker) sowie die **Erbenermittlung** im Rahmen von landesrechtlich geregelten Verfahren (Münchener Anwaltshandbuch, *Hess* § 46 Rz. 1). Gemäß §§ 342, 343 FamFG ist

die Nachlassangelegenheiten den Amtsgerichten zugewiesen. **Örtlich zuständig** ist in der Regel gemäß § 343 FamFG das Amtsgericht am letzten Wohnsitz des Erblassers.

Beispiel:

Das Nachlassgericht erfährt vom Tod des E. Mögliche Erben sind dem Nachlassgericht nicht bekannt. Was wird das Nachlassgericht veranlassen?

Das Nachlassgericht wird durch den **funktionell zuständigen** Rechtspfleger, Maßnahmen der Nachlasssicherung beschließen. Gemäß § 1960 Abs. 1 S. 1 BGB hat das Nachlassgericht bis zur Annahme der Erbschaft für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit **ein Bedürfnis** hierfür besteht. So kann das Nachlassgericht gemäß § 1960 Abs. 1 BGB insbesondere die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten sowie die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses anordnen und für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Nachlasspfleger bestellen. Das Nachlassgericht ist in der Auswahl der Sicherungsmittel frei, muss sich aber stets von den vermögensrechtlichen Interessen des endgültigen Erben bezüglich der Sicherung und Erhaltung des Nachlasses leiten lassen (*Palandt/Weidlich* § 1960 BGB Rz. 4).

VI. Das Erbscheinsverfahren

Da der Erbe ipso iure Rechtsnachfolger des Erblassers wird, muss er sein Erbrecht im Rechtsverkehr unter Beweis stellen. Banken, Behörden, Ämter etc. verlangen dies, so z.B. die Banken in § 5 ihrer AGB. Hier ist geregelt, dass der Nachweis der Erbschaft entweder durch eine beglaubigte letztwillige Verfügung zusammen mit einer Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichtes zu erbringen ist, oder ein Erbschein vorzulegen ist. Ein Erbschein begründet als öffentliche Urkunde gemäß §§ 415 ZPO, 271 StGB eine Rechtsvermutung über das Erbrecht und die Höhe des Erbteils. Diese Rechtsvermutung (§ 2365 BGB) ist doppelt widerlegbar, soweit sie positiv das Erbrecht und die Erbquote ausweist und negativ im Erbschein nicht angegebene Verfügungsbeschränkungen wie Testamentsvollstreckung oder Nacherbfolge als nicht bestehend voraussetzt (*Münchener Anwaltshandbuch/Hess* § 46 Rz. 12). Der Erbschein wird auf Antrag gemäß § 2353 BGB vom Nachlassgericht erteilt. Bei gesetzlicher Erbfolge ist der Rechtspfleger, bei Testament oder Erbverträgen der Richter zuständig (*Palandt/Weidlich* § 2353 BGB Rz. 17). Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins bedarf keiner schriftlichen Form und kann bei Vorlage einer **notariellen** Vollmacht auch von einem Berater gestellt werden. Über den Erbscheinsantrag wird gemäß § 352 Abs. 1 FamFG durch Beschluss entschieden. Gegen diesen Beschluss kann dann Beschwerde eingelegt werden (§ 58 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde steht demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist (§ 59 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde ist in der Regel innerhalb von einem Monat nach Bekanntgabe des Beschlusses einzulegen (§ 63 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde soll begründet werden §

65 Abs. 1 FamFG und ist bei dem Gericht einzulegen, dessen Beschluss angefochten wird (§ 64 Abs. 1 FamFG). Das Gericht kann dann gemäß § 68 FamFG der Beschwerde abhelfen. Möchte es der Beschwerde nicht abhelfen, so muss an das Beschwerdegericht, das Oberlandesgericht, abgegeben werden, welches dann in der Regel in der Sache selber zu entscheiden hat (§ 69 Abs. 1 FamFG).

2. Kapitel: „Das gesetzliche Erbrecht“

Das gesetzliche Erbrecht ist in den §§ 1924 f. BGB geregelt. Diese Normen, die das Prinzip der Familienerbfolge beinhalten, enthalten wichtige Grundprinzipien, die nachfolgend erläutert werden sollen.

I. Parantelsystem

Bei der Auswahl der gesetzlichen Erben geht das BGB vom **Parantelsystem** aus. Die Verwandten des Erblassers werden hierbei unabhängig von ihrem Verwandtschaftsgrad zu Gruppen, den Parantelen, zusammengefasst. Das Gesetz spricht allerdings nicht von Parantelen, sondern von **Ordnungen**. Dies meint jedoch das Gleiche. Zu jeder Ordnung gehören alle von demselben Vorfahren abstammenden Verwandten sämtlicher Generationen, einschließlich dieses Vorfahren selbst (*Staudinger/ Werner* Vorb. §§ 1924 bis 1936 BGB Rz. 13). Aufgrund dieses Systems wird eine selbstständige Gruppe zusammengestellt, die, **von Grad zu Grad nach oben aufsteigend**, den Erblasser, seine Eltern, seine Großeltern, seine Urgroßeltern und die weiteren Voreltern mit jeweils ihren Abkömmlingen beinhaltet (*Lange/Kuchinke* § 10 IV 1 a). Nach § 1930 BGB ist ein Verwandter nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist. Bei der Prüfung innerhalb der gesetzlichen Erbfolge ist damit zunächst festzustellen, ob ein zur ersten Ordnung gehörender Verwandter des Erblassers vorhanden ist. Wenn also der Erblasser auch nur ein Kind, ein Enkelkind oder einen Urenkel hat, scheiden alle Verwandten, die zur zweiten Ordnung gehören (zum Beispiel Eltern, usw.) als gesetzliche Erben aus (*Palandt/Weidlich* § 1924 BGB Rz. 2). Erst wenn niemand aus der ersten Ordnung den Erblasser überlebt hat, erben die Verwandten zweiter Ordnung. Verwandte der dritten Ordnung erben nur, wenn auch kein zur zweiten Ordnung gehörender Verwandter mehr vorhanden ist. Hierdurch soll erreicht werden, dass das Erbe nicht zu häufig seinen „Besitzer“ wechselt (*Brox*, Erbrecht Rz. 44). Auch liegen diesem System **Fürsorgegedanken** zugrunde, so dass insbesondere der jüngeren Generation beim Aufbau einer wirtschaftlichen Existenz geholfen werden soll und dieser ihre Selbständig-

keit gesichert wird (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 4 Rz. 27).

II. Stammes- und Liniensystem

Das Stammes- und Liniensystem regelt die Aufteilung der Erbschaft innerhalb der ersten drei Ordnungen. Hierunter versteht man das Verhältnis einer Person zu ihren Abkömmlingen in abwärtiger Richtung (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 4 Rz. 27). Jedes Kind des Erblassers bildet einen Stamm, jedes Enkelkind einen Unterstamm, was insbesondere dazu führen kann, dass jemand innerhalb einer Ordnung verschiedenen Stämmen angehört (so zum Beispiel dann, wenn Vetter und Cousine geheiratet haben und aus der Ehe ein Kind hervorgegangen ist.) Denkbar ist in diesem Fall, dass dieses Kind bei einem Erbanfall sowohl im Stamm seines Vaters als auch im Stamm seiner Mutter erbt (Beispiel nach *Brox* Erbrecht Rz. 48).

Innerhalb einer Ordnung erhält jeder Stamm den gleichen Erbteil, so dass nicht nach Anzahl der vorhandenen Verwandten, sondern nach der Anzahl der Stämme verteilt wird (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 4 Rz. 27).

III. Repräsentation und Eintrittsrecht

Das **Repräsentationsprinzip** ist in § 1924 Abs. 2 BGB verankert und bedeutet, dass ein noch lebender erbberechtigter Stammelternteil seine durch ihn vertretenen mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbschaft ausschließt (Lebt z.B. der Sohn des Erblassers, so ist das Kind des Sohnes von der Erbschaft ausgeschlossen). Das **Eintrittsrecht** ist in § 1924 Abs. 3 BGB geregelt und ordnet für den Fall des Vorversterbens eines Stammelternteils an, dass der Abkömmling in das Erbrecht eintritt (Ist z.B. der Sohn des Erblassers vorverstorben, so tritt an dessen Stelle sein Kind). Denkbar ist dies dadurch, dass ein Stammelternteil schon vor dem Erbfall durch Tod oder Enterbung bzw. nach dem Erbfall durch Erbausschlagung (§ 1953 Abs. 2 BGB) oder Erbunwürdigkeit (§ 2344 Abs. 2 BGB) wegfällt (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht *Hennicke* Rz. 29). Das Eintrittsrecht besteht ausnahmsweise dann nicht, wenn der Stammelternteil auf sein Erbrecht verzichtet hat (§ 2346 BGB), denn ein solcher Erbverzicht wirkt gemäß § 2349 BGB mangels anderer Bestimmung auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* Rz. 29). Aus diesem Grund ist auch von einem Erbverzicht abzuraten; gemeinhin reicht ein Pflichtteilsverzichtsvertrag aus, hierzu später.

IV. Die erste bis dritte Ordnung des Verwandtenerbrechts

1. Erste Ordnung

Erben der ersten Ordnung sind **die Abkömmlinge** des Erblassers, das heißt seine Kinder sowie deren Abkömmlinge, also Enkel und Urenkel (§ 1924 Abs. 1 BGB).

a. Nichteheleliche Kinder

Nach dem Erbrechtsgleichstellungsgesetz sind die Kinder nicht verheirateter Eltern und eheliche Kinder seit dem **01.04.1998** gleichgestellt. Der Todestag des Erblassers entscheidet über das anzuwendende Recht. Zwischen dem Erblasser und dem nicht-ehelichen Kind bestand bis zum **01.07.1970** kein Erb- und Pflichtteilsrecht, da die Personen als nicht miteinander verwandt angesehen wurden. Zwischen dem **01.07.1970** und dem **31.03.1998** bestand rechtlich eine Verwandtschaftsbeziehung, wobei die Sonderregelungen der §§ 1934 a bis 1934 e BGB a.F. griffen. Das nichteheliche Kind war damit nicht als Erbe am Nachlass des Vaters beteiligt, hatte aber einen schuldrechtlichen Erbersatzanspruch in Höhe seines gesetzlichen Erbteils. Daher greift das Erbrecht des nicht ehelichen Kindes nur dann ein, wenn der Erblasser nach dem **30.06.1970** verstarb und das eheliche Kind frühestens am **01.07.1949** geboren war. Eine völlige Gleichstellung wird nur erreicht, wenn der Erblasser nach dem **31.03.1998** verstarb.

b. Adoption

Gemäß §§ 1741 f. BGB kann auch durch Adoption **eine Verwandtschaft** begründet werden. Im Hinblick auf die rechtlichen Auswirkungen ist allerdings danach zu differenzieren, ob es sich um die **Adoption eines Volljährigen** oder um die **Adoption eines Minderjährigen** handelt.

aa. Adoption eines Minderjährigen

Bei der **Adoption eines Minderjährigen** erlangt das Kind gemäß § 1754 Abs. 1 BGB die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten. Gemäß 1755 Abs. 1 S. 1 BGB erlöschen mit der Annahme das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten. Damit entstehen Erb- und Pflichtteilsrechte für das Kind nach den adoptierenden Eltern. Hingegen erlöschen diese Rechte im Hinblick auf die vorherigen Verwandten. Das adoptierte Kind wird verwandtschaftlich voll in die neue Familie integriert. Es entsteht ein so genanntes umfassendes gesetzliches Verwandtschaftsverhältnis zu dem Annehmenden selbst und zu dessen Verwandten, z.B. Eltern, Kinder (*Palandt/Diederichsen* § 1754 BGB Rz. 2).

bb. Adoption Volljähriger

Die **Adoption Volljähriger** wird in den §§ 1767 f. BGB geregelt. Hiernach kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern- Kind- Verhältnis bereits entstanden ist. Die Annahme Volljähriger begründet die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Gemäß § 1770 BGB erstrecken sich die Wirkungen der Adoption nicht auf die Verwandten des An-

nehmenden. Dies führt dazu, dass in Folge des Todes des Angenommenen seine leiblichen Eltern und seine Adoptiveltern als Eltern 2. Ordnung nebeneinander erben.

Beispiel:

Die Eheleute Müller adoptieren den Volljährigen A, der leiblicher Sohn der Eheleute Maier ist. Zudem haben die Eheleute Müller noch eine leibliche Tochter B. A ist mit F verheiratet und lebt kinderlos im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Nachdem Herr Müller verstorben ist, verstirbt nun auch der A. Letztwillige Verfügungen sind nicht vorhanden. **Wer erbt?**

A hat Herrn Müller zusammen mit Frau Müller und B beerbt. A wird wiederum gemäß § 1931 Abs. 1 BGB von seiner Frau zur Hälfte und zur anderen Hälfte von Frau Müller und den Eheleuten Maier beerbt. Fraglich ist nur, ob auch die B Erbin des A ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Adoptierte vier Elternteile hat. Sofern ein Elternteil (oder mehrere) vorverstorben sind, ist zunächst danach zu differenzieren, ob ein leiblicher Elternteil oder ein annehmender Elternteil vorverstorben ist. Sofern ein Adoptivelternteil vorverstorben ist, gilt die Regel des § 1925 Abs. 1 S. 1 BGB nicht, d.h. die Kinder des annehmenden Elternteils können nicht eintreten, da sich die Adoptionswirkung nicht auf ihre Verwandten erstrecken. B tritt damit nicht an die Stelle des vorverstorbenen Herrn Müller und beerbt damit nicht den A. Der Erbteil der auf Herrn Müller übergegangen ist, bleibt damit bei Frau Müller, die im Ergebnis den A mit einer Quote von $\frac{1}{4}$ beerbt. Die Eheleute Maier beerben den A mit einer Quote von jeweils $\frac{1}{8}$.

Würde der **Fall** dahingehend **abgewandelt**, dass Herr Maier vorverstorben wäre und auch die Eheleute Maier noch ein weiteres Kind gehabt hätten, wird der Fall anders gelöst. Gemäß § 1770 Abs. 2 BGB bleiben die verwandtschaftlichen Beziehungen bestehen. Abkömmlinge vorverstorbenen Elternteile würde daher entsprechend der Regel des § 1925 Abs. 3 S. 1 BGB eintreten, so dass der A von den Eheleuten Müller, Frau Maier und dem Kind aus der Verbindung Maier zu gleichen Teilen beerbt wird.

2. Zweite Ordnung

Die Erben der zweiten Ordnung sind die **Eltern** des Erblassers und deren Abkömmlinge (Geschwister sowie deren Kinder, § 1925 Abs. 1 BGB).

§ 1925 Abs. 2 BGB ordnet an, dass, wenn beide Eltern den Erbfall erleben, diese allein und zu gleichen Teilen erben. Ist ein Elternteil verstorben oder erbrechtlich weggefal-

len und hat er keine Abkömmlinge hinterlassen, erbt der überlebende Elternteil allein (§ 1925 Abs. 3 Satz 2 BGB). Sofern Abkömmlinge vorhanden sind, treten diese nach Stämmen (§ 1924 Abs. 2 bis 4 BGB) an die Stelle des verstorbenen Elternteils. Sind hingegen beide Elternteile verstorben, so erben die Geschwister, wobei eine Aufteilung nach Linien stattfindet.

Beispiel:

Der kinderlose, verwitwete A verstirbt. Hinterlässt er beide Elternteile, so erben Mutter und Vater zu jeweils $\frac{1}{2}$. Wäre die Mutter vorverstorben, so würde der Vater Alleinerbe sein. Hat der A noch einen Bruder, so würde dieser die Hälfte seiner Mutter erben, die andere Hälfte verbliebe beim Vater.

Wenn beide Elternteile vorverstorben sind und halbblütige Geschwister des Erblassers vorhanden sind, findet eine Aufteilung nach Linien statt. Halbblütige Geschwister erben nur in der Linie desjenigen Elternteils, den sie mit dem Erblasser gemeinsam haben, während vollblütige Geschwister in beide Linien erben würden (Der Fachanwalt für Erbrecht/Hennike § 4 Rz. 3).

Beispiel:

E verstirbt ohne Testament. Er hinterlässt seine Brüder A, B und C. C stammt aus einer früheren Ehe seines Vaters. Wer erbt mit welcher Quote?

Erben erster Ordnung sind nicht vorhanden, so dass E nach den Regeln der zweiten Ordnung beerbt wird. Gemäß § 1925 BGB erben die Eltern des Erblassers alleine und zu gleichen Teilen. Sofern ein Elternteil vorverstorben ist, treten an seine Stelle seine Abkömmlinge nach den Regeln der ersten Ordnung. Hiernach ergibt sich folgendes: Die Hälfte, die auf die vorverstorbene Mutter übergegangen wäre, verteilt sich auf ihre Abkömmlinge A und B zu jeweils $\frac{1}{4}$. Die Hälfte des verstorbenen Vaters verteilt sich auf seine drei Abkömmlinge, A, B, und C zu jeweils $\frac{1}{6}$. A und B erhalten damit jeweils $\frac{5}{12}$, C $\frac{1}{6}$.

3. Dritte Ordnung

Zu den Erben der dritten Ordnung gehören die **Großeltern** des Erblassers und diejenigen Abkömmlinge, die nicht Erben zweiter Ordnung sind, also Onkel und Tanten. Soweit alle vier Großeltern erben, erben sie alleine und zu gleichen Teilen, d.h. nach Linien, § 1926 Abs. 2 BGB. An Stelle eines vorverstorbenen Großeltern erben die

dessen Abkömmlinge nach Stämmen, § 1926 Abs. 3 S. 1 BGB. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teil der Großeltern, bei seinem Tod dessen Abkömmlingen zu, § 1926 Abs. 3 S. 2 BGB. Wenn von dem einen Großelternteil keiner, auch kein Abkömmling mehr lebt, erben das andere Großelternpaar oder deren Abkömmlinge allein, § 1926 Abs. 1 BGB. In den meisten Fällen erben somit die Onkel bzw. Tanten bzw., wenn diese vorverstorben sind, deren Abkömmlinge, da die Großeltern meist vorverstorben sind.

4. Vierte Ordnung

Gemäß § 1928 BGB erben die **Urgroßeltern und deren Abkömmlinge** als gesetzliche Erben der vierten Ordnung. Das Linienprinzip und das Eintrittsrecht nach Stämmen sind durch § 1928 Abs. 2 BGB aufgehoben. Sofern auch nur ein Urgroßelternteil den Erbfall überlebt, sind alle Abkömmlinge ausgeschlossen. Wenn alle Urgroßeltern vorverstorben sind, gilt **das Gradualsystem**, d.h. die Abkömmlinge werden nur mehr nach ihrem Verwandtschaftsgrad zum Erblasser berücksichtigt, um eine zu große Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden (*Palandt/Weidlich* § 1928 BGB Rz. 2). Gemäß § 1589 S. 3 BGB richtet sich der Verwandtschaftsgrad nach der Anzahl der vermittelnden Geburten. Gemäß § 1928 Abs. 3 BGB erben gleich nahe Verwandten zu gleichen Teilen.

V. § 1935 BGB

§ 1935 BGB ist unglücklich formuliert (*Brox, Erbrecht Rz. 54* spricht von „verfehlt“). Genau genommen geht es hier nicht um eine Erhöhung eines Erbteils, sondern vielmehr darum, wie zu verfahren ist, wenn ein Erbe zu seinem eigenen Erbteil noch einen weiteren Erbteil erhält, weil der andere Erbe z.B. ausschlägt.

Beispiel:

Der E wird von seinen beiden Söhnen A und B beerbt. Beide Söhne sind kinderlos. A wird im Testament zwar zu 50 % als Erbe eingesetzt, jedoch mit einem Vermächtnis und einer Testamentvollstreckung beschwert. Daher schlägt er aus und verlangt den Pflichtteil. Da andere Erben nicht vorhanden sind, erhält der B nun neben seinem eigenen, unbeschwerten Erbteil noch den beschwerten Erbteil des A. Durch den Wegfall des einen gesetzlichen Erben erhöht sich der Erbteil des übrig geblieben Erben, allerdings mit der Folge, dass der Erbteil insgesamt als einheitlich gesehen wird, also nur insgesamt angenommen oder ausgeschlagen werden kann und nicht in Teilen (§ 2033 BGB) veräußert werden kann (*Palandt/Weidlich* § 1935 BGB Rz. 1). Damit ist der B belastet, weil er sich nunmehr dem Vermächtnisanspruch und der Testamentvollstreckung ausgesetzt sieht. Hier hilft § 1935 BGB insoweit als im Hinblick auf die Belastungen die Erbteile getrennt werden, somit das

Vermächtnis nur aus dem belastenden Erbteil zu erfüllen ist und auch nur diesbezüglich die Testamentsvollstreckungsanordnung gilt.

VI. Das Ehegattenerbrecht

1. Die Beteiligung des Ehegatten am Nachlass

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ist in § 1931 BGB geregelt. Hinsichtlich der Höhe des jeweiligen gesetzlichen Erbteils des Ehegatten kommt es darauf an, **welche Ordnung die anderen** erbenden **Verwandten haben und in welchem Güterstand** der Erblasser mit dem überlebenden Ehegatten verheiratet war (Der Fachanwalt für Erbrecht *Roth Rz.* 27). Im Eherecht gibt es drei Güterstände. Im Einzelnen:

- die **Zugewinngemeinschaft**, gemäß § 1363 BGB,
- die **Gütertrennung**, § 1414 BGB,
- die **Gütergemeinschaft**, § 1415 BGB.

Die Zugewinngemeinschaft ist der **gesetzliche Güterstand**, d.h. immer dann, wenn die Eheleute keinen Ehevertrag geschlossen haben, durch welchen sie eine Gütertrennung oder eine Gütergemeinschaft vereinbart haben, gilt dieser Güterstand. Er ist der in der Praxis zu gleich häufigste Güterstand, wobei die Eheleute auch hier durch Ehevertrag Modifizierungen vornehmen können, so dass von einer **modifizierten Zugewinngemeinschaft** gesprochen werden kann. Diese familienrechtlichen Besonderheiten sollen hier nicht vertieft werden, sie sind für die Bestimmung der Erbquote nicht entscheidend. Allerdings ist die Regelung des § 1363 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach im gesetzliche Güterstand das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau **nicht gemeinschaftliches Vermögen** der Eheleute wird; dies gilt auch für das Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt. Damit ist festgelegt, dass rechtlich immer zwei Vermögensmassen auseinander gehalten werden müssen. § 1363 Abs. 2 S. 2 BGB ordnet lediglich an, dass der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen ausgeglichen wird, wenn die Zugewinngemeinschaft endet. Unter den Voraussetzungen des § 1378 Abs. 1 BGB entsteht der Ausgleichsanspruch.

a. Gesetzlicher Erbteil des Ehegatten/Einfluss der Ordnungen

Der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten ist neben Abkömmlingen des Erblassers 1/4 (§ 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB). 3/4 des Nachlasses geht also an die jüngere Generation, wobei die Aufteilung gemäß § 1924 BGB erfolgt (*Brox, Erbrecht Rz.* 58). Sofern Erben der **ersten Ordnung** nicht vorhanden sind, erbt der Ehegatte neben den

Erben der **zweiten Ordnung** zur Hälfte. Die verbleibende Hälfte wird dann nach Maßgabe des § 1925 BGB unter den Erben der zweiten Ordnung aufgeteilt. Sind weder Erben der ersten noch der zweiten Ordnung vorhanden, so erben die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge gemäß § 1926 BGB als Erben der **dritten Ordnung**. Neben dem Ehegatten, der Erbe zu 1/2 wird, erben nur die Großeltern, niemals auch deren Abkömmlinge (§ 1931 S. 2 BGB). Würde gemäß § 1926 BGB ein Abkömmling oder würden mehrere Abkömmlinge von Großeltern erben, so erhielte der Ehegatte zu seinem Anteil von 1/2 noch den Anteil, der den Abkömmlingen bzw. den Abkömmlingen zu fällt (*Brox, Erbrecht Rz. 60*).

Beispiel 1:

E verstirbt und hinterlässt neben seiner Ehefrau nur seine Großmutter mütterlicherseits. Abkömmlinge, auch der anderen, vorverstorbenen Großeltern sind nicht vorhanden. **Wer erbt?**

Neben den Großeltern erbt der Ehegatte zur Hälfte (Beachte: ohne pauschalen Zugewinnausgleich, dazu später), § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB. Würden noch alle Großelternanteile leben, so erhielte jeder Teil 1/8. Gemäß § 1926 Abs. 2 BGB fallen die Erbteile der vorverstorbenen Großeltern dem überlebenden Großelternanteil zu, so dass im Beispiel 1 die Großmutter zu 1/2 die gesetzliche Erbin des E ist.

Beispiel 2:

E verstirbt und hinterlässt neben seiner Ehefrau seine Großmutter sowie den Sohn S des Großvaters väterlicherseits. **Wer erbt?**

In diesem Fall würden die 1/8 des vorverstorbenen Großvaters väterlicherseits nicht auf die Großmutter mütterlicherseits übergehen, sondern gemäß § 1926 Abs. 2 S. 1 BGB dem S zustehen. Jetzt greift § 1931 Abs. 1 S. 2 BGB, der bestimmt, dass die Regel des § 1926 Abs. 2 S. 1 BGB durchbrochen wird und der Ehegatte dieses 1/8 zusätzlich zu seiner Hälfte erhält.

b. Einfluss des Güterstandes auf die Erbquote

aa. Zugewinnngemeinschaft

Diese benannten Erbquoten verändern sich nun nach Maßgabe des Güterstands, in welchem die Eheleute gelebt haben. So ordnet § 1931 Abs. 3 BGB an, dass die Vorschrift des § 1371 BGB unberührt bleibt. Dort ist geregelt, dass, wenn der Güterstand

durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, der Ausgleich des Zugewinnes dadurch verwirklicht wird, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten **um 1/4 der Erbschaft erhöht** (§ 1371 Abs. 2 S. 1 1. Hs. BGB). **Hierzu folgendes:** Leben die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so ist bei Beendigung der Ehe, die durch Scheidung oder durch Tod eintritt, der Zugewinn nach Maßgabe der Vorschriften über den Zugewinnausgleich (§ 1374 f. BGB) auszugleichen. Auf dem Papier ist dies sehr einfach, in der Praxis hingegen ausgesprochen kompliziert, da für beide Eheleute ein Anfangsvermögen und dann ein Endvermögen bestimmt werden muss (§§ 1374, 1375 BGB). Übersteigt nun der erzielte Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen Ehegatten, so steht dem Ehegatten, der weniger Zugewinn erzielt hat, ein Zugewinnausgleichsanspruch gemäß § 1378 BGB zu. Dieser Zugewinnausgleichsanspruch ist der Höhe nach die Hälfte des erzielten Zugewinnes.

Beispiel:

Die Eheleute A und B habe zu Anfang der Ehe beide ein Anfangsvermögen von null. Bei Ende der Ehe hat A einen Zugewinn von 100 erzielt, B ist hingegen bei null geblieben. Der Zugewinn von A ist damit 100, die Hälfte, also 50, steht B als Zugewinnausgleichsanspruch zu.

Grundsätzlich müsste also nach jedem Tod eines Ehegatten erst einmal der Zugewinn errechnet werden. Da dies in der Praxis umfangreich und schwierig ist, hat sich der Gesetzgeber für die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB entschieden, wonach der Zugewinn pauschal dadurch ausgeglichen wird, dass sich der gesetzliche Erbteil um 1/4 erhöht. § 1371 Abs. 1 S. 1 2. Hs. BGB stellt zudem klar, dass dies unabhängig davon gilt, ob in der Ehe tatsächlich ein Zugewinn erzielt wurde.

Im Ergebnis ist daher wie folgt vorzugehen: Es ist zu ermitteln, in welchem Güterstand die Eheleute gelebt haben und welche gesetzlichen Erben (Einteilung nach Ordnungen) vorhanden sind. Lebt neben dem überlebende Ehegatten beispielsweise ein Kind und lebten die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so ist der gesetzliche Erbteil des Ehegatten neben dem Abkömmling der ersten Ordnung 1/4. Hinzu kommt das pauschale Viertel gemäß § 1371 Abs. 1 BGB, so dass im Ergebnis 1/2 des Vermögens des Erblassers dem überlebenden Ehegatten zufließt.

bb. Gütertrennung

Lebten die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung, so bemisst sich der Erbteil des überlebenden Ehegatten nach § 1931 Abs. 4 BGB. Gemäß § 1414 BGB wird die Gütertrennung durch notariellen Ehevertrag begründet. Sie kann aber auch dadurch entstehen, dass in einem Ehevertrag der gesamte Zugewinn ausgeschlossen oder die Gütergemeinschaft aufgehoben wird. Damit wäre auch im Falle einer Scheidung ein Zugewinnausgleich tatsächlich nicht durchzuführen. Dieser Gedanke erstreckt sich

auch auf das Erbrecht, so dass die Vorschrift des § 1931 Abs. 4 BGB geschaffen wurde. Die Höhe der Erbquote bestimmt sich hier nach der Anzahl der vorhandenen Abkömmlinge. Sofern zum Zeitpunkt des Erbfalles Gütertrennung bestand, beträgt die Erbquote für den Ehegatten nur 1/4 bzw. 1/2 neben Verwandten der zweiten Ordnung. Sind Abkömmlinge vorhanden, erben der Ehegatten und die Kinder des Erblassers zu jeweils gleichen Teilen. Wenn ein Abkömmling vorhanden ist, erbt der überlebende Ehegatte und das Kind zu jeweils 1/2. Sind zwei Kinder vorhanden, erben diese und der Ehegatte zu jeweils 1/3. Sind drei oder mehr Abkömmlinge vorhanden, erben nach den allgemeinen Regeln der überlebende Ehepartner 1/4 und die Kinder unter sich zu gleichen Teilen die übrigen 3/4 (Der Fachanwalt für Erbrecht/Roth Rz. 45). Zur Klarstellung: Sofern keine Kinder vorhanden sind, greift die Grundregel des § 1931 Abs. 1 BGB, d.h. auch hier muss geprüft werden, ob Erben zweiter Ordnung oder Großeltern vorhanden sind.

cc. Gütergemeinschaft

Im Falle einer vereinbarten Gütergemeinschaft (§ 1415 f. BGB) ist nach den einzelnen Vermögensmassen zu unterscheiden. Gemäß § 1482 BGB wird der Anteil am Gesamtgut, das grundsätzlich das gesamte Vermögen beider Ehegatten umfasst (§ 1416 BGB), nach allgemeinen Vorschriften vererbt. Für die Gegenstände, die zum Sondergut gehören und für das Vorbehaltsgut gelten erbrechtlich keine Besonderheiten (Brox, Erbrecht Rz. 64). Hinsichtlich dieser Vermögensmassen wird der verstorbene Ehegatte nach den erbrechtlichen Vorschriften beerbt (Brox, Erbrecht Rz. 64).

2. Abgrenzung erbrechtliche Lösung/güterrechtliche Lösung

Nachfolgend soll ein Praxisproblem behandelt werden:

Es wurde bereits erläutert, dass sich gemäß § 1371 Abs. 1 BGB der gesetzliche Erbteil des Ehegatten, unabhängig davon, ob ein Zugewinnanteil tatsächlich erzielt wurde, um ein pauschales Viertel erhöht. Nun kann es allerdings Fälle geben, in denen tatsächlich ein sehr hoher Zugewinn erzielt wurde, so dass die Lösung über die pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils für den überlebenden Ehegatten von Nachteil ist. Daher gibt das Gesetz dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit an die Hand, neben diesen dargestellten Regeln (**erbrechtliche Lösung**) die güterrechtliche Lösung zu wählen. Die **güterrechtliche Lösung** mit Durchführung eines klassischen Zugewinnausgleichs erreicht der überlebende Ehegatte durch Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 1371 Abs. 3 BGB. Hinter der gesetzlichen Regelung steht der Gedanke, dass dem ausschlagenden Ehegatten neben dem Zugewinnausgleich der Pflichtteilsanspruch auch dann verbleibt, wenn dieser ihm nach erbrechtlichen Vorschriften nicht zustünde (Palandt/Brudermüller § 1371 BGB Rz. 19). Macht der Ehegatte von der Möglichkeit Gebrauch und schlägt die Erbschaft aus, so kann er nach den Zugewinnvorschriften der §§ 1372 bis 1390 BGB den errechneten **konkreten** Zugewinnausgleich sowie den Pflichtteil aus dem erbrechtlichen Anteil verlangen (Der Fachanwalt für

Erbrecht *Roth Rz. 30*). Lebten die Ehegatten also im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und erbt der überlebende Ehegatte zusammen mit einem Abkömmling, so würde nach der erbrechtlichen Lösung der Ehegatte $\frac{1}{2}$ der Erbschaft erhalten. Wählt der Ehegatte hingegen die **güterrechtliche Lösung**, so muss er zunächst die Erbschaft ausschlagen. Es erfolgt so dann die Berechnung seines Zugewinnausgleichsanspruchs. Dieser Zugewinnausgleichsanspruch ist **Nachlassverbindlichkeit** und wird vom Nachlass abgezogen. Von dem verbleibenden Nachlass steht dem Ehegatten zudem sein Pflichtteil zu, der sich dann aus der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils ergibt. Der gesetzliche Erbteil ist gemäß § 1931 Abs. 1 BGB $\frac{1}{4}$ neben Abkömmlingen der ersten Ordnung, so dass der Pflichtteilsanspruch die Hälfte, mithin $\frac{1}{8}$, ausmacht. Welche Lösung die bessere ist, ist im Einzelfall zu berechnen. Grundsätzlich ist bei kurzer Ehedauer oder bei einem hohen Anfangsvermögen des Erblassers die erbrechtliche Lösung für den überlebenden Ehegatten besser, wohingegen die güterrechtliche Lösung dann vorteilhafter ist, wenn der erzielte Zugewinn des verstorbenen Ehegatten besonders hoch ist.

Beispiel:

Die Eheleute A und B leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe ist das Kind C hervorgegangen. Zu Anfang der Ehe hatten A und B ein Vermögen von jeweils null. Nun verstirbt A mit einem Vermögen von 100 zu einem Zeitpunkt, zu dem B immer noch null hat. **Sollte B die Erbschaft ausschlagen?**

Erbrechtliche Lösung: B erbt neben C zu $\frac{1}{4}$, § 1931 Abs. 1 BGB. Zusätzlich erhält B gemäß §§ 1931 Abs. 3, § 1371 BGB ein weiteres pauschales $\frac{1}{4}$, so dass die Erbquote von B $\frac{1}{2}$ neben dem C beträgt. Im Ergebnis erhält B damit die Hälfte der hinterlassenen 100, also 50.

Güterrechtliche Lösung: Würde B die Erbschaft ausschlagen, so wäre der Zugewinnausgleich durchzuführen. A hatte 100, B hatte null. Damit steht B die Hälfte, somit 50, als Zugewinnausgleich zu (§ 1378 BGB). Hinzu kommt der Pflichtteil nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil. Dies meint ohne Erhöhung durch das pauschale $\frac{1}{4}$. Damit ist der gesetzliche Erbteil der B neben C gemäß § 1931 Abs. 1 BGB $\frac{1}{4}$. Der Pflichtteil ist die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB), so dass B $\frac{1}{8}$ erhält. Die 100 erbt nun der C. Als Nachlassverbindlichkeit ist der Zugewinnausgleichsanspruch abzuziehen, so dass dem C noch 50 verbleiben. Hiervon erhält B als Pflichtteil $\frac{1}{8}$, also 6,25. Nach der güterrechtlichen Lösung bekommt B daher 50 als Zugewinnausgleich plus 6,25 Pflichtteil, mithin 56,25.

Ob immer dann, wenn sich rechnerisch ein Vorteil für den überlebenden Ehegatten ergibt, die Erbschaft ausgeschlagen werden soll, ist allerdings noch nach weiteren Kriterien anhand jeden Einzelfalles zu prüfen. So ist zu beachten, dass der überleben-

de Ehegatte, sollte er das Erbrecht ausschlagen, nicht Erbe wird, so dass er auch nicht als Miterbe in der Erbengemeinschaft partizipiert. Seine Ansprüche sind lediglich **schuldrechtlicher Natur**, so dass diese von der Erbengemeinschaft vor Auseinandersetzung zu begleichen sind. Außerdem hat der Ehegatte auch keinen Anspruch auf den gesetzlichen Voraus gemäß § 1932 BGB.

Folgende relevante Konstellationen können hinzukommen (Nach: Der Fachanwalt für Erbrecht/*Roth* Rz. 33).

Wenn dem Ehepartner ein Vermächtnis hinterlassen wird, das geringer ist, als der eigentliche Pflichtteil, kann der überlebende Ehegatte nach § 2305 BGB den Restpflichtteil verlangen. Da sich dieser nach dem erhöhten Ehegattenerbrecht berechnet und sich somit kein Zugewinnausgleichsanspruch ergibt, kann der überlebende Ehegatte den Zugewinnausgleichsanspruch und den kleinen Pflichtteil nur dann geltend machen, wenn das Vermächtnis ausgeschlagen wird.

Wenn der hinterlassene Erbteil des überlebenden Ehegatten genau so hoch ist, wie der erhöhte Pflichtteil, ist zur Ausschlagung zu raten, um den Zugewinnausgleichsanspruch und den kleinen Pflichtteil zu erhalten. Sofern der Erbteil des überlebenden Ehegatten mit Auflagen, Vermächtnissen etc. gemäß § 2306 BGB beschwert ist, hat der Pflichtteilsberechtigte die Möglichkeit die Erbschaft auszuschlagen, ohne hierdurch seinen Pflichtteilsanspruch einzubüßen (taktische Ausschlagung) (Nach: Der Fachanwalt für Erbrecht/*Riedel* 2. Auflage § 11 Rz. 27). Hier ist allerdings zu beachten, dass für Erbfälle vor dem 01.01.2010 noch das alte Recht gilt.

3. Gesetzliche Vermächtnisse

Gesetzliche Vermächtnisse für den als gesetzlichen Erben berufenen überlebenden Ehegatten ist der **Voraus gemäß § 1932 Abs. 1 BGB** sowie der **Dreifsigste gemäß § 1969 BGB**.

a. Der Voraus gemäß § 1932 Abs. 1 BGB

Der Voraus regelt, dass der überlebende Ehegatte gegen die anderen Miterben einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung der zum Voraus gehörenden Gegenstände hat, ohne dass diese auf seine Erbquote angerechnet werden (*MüKo Leipold* § 1932 BGB Rz. 15, 16). Die Haushaltsgegenstände sind Sachen und Rechte, die dem Erblasser gehören und dem gemeinsamen Haushalt gedient haben ohne Rücksicht auf ihren Wert oder auf ihren tatsächlichen Gebrauch; ausgenommen sind Sachen, die Grundstückszubehör wurden (*Palandt/Weidlich* § 1932 BGB Rz. 5). Hiedrzu zählt auch der gemeinschaftlich, nicht beruflich, genutzte Familien PKW (*Palandt/Weidlich* § 1932 BGB Rz. 5).

Voraussetzung ist, dass der Ehegatte endgültig gesetzlicher Miterbe geworden ist.

Kein Anspruch besteht daher, wenn der Ehegatte durch Verfügung von Todes wegen als Erbe eingesetzt wurde oder von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§1933, 1938 BGB), auf das Erbrecht verzichtet hat, die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird (*Palandt/Weidlich* § 1932 BGB Rz. 2)

b. Der Dreißigste gemäß § 1969 BGB

Nach § 1969 BGB haben Familienangehörige des Erblassers, die zur Zeit seines Todes zu seinem Hausstand gehören und von ihm Unterhalt bezogen haben, für die ersten **dreißig Tage** ab dem Zeitpunkt des Erbfalles einen gegen die Erben gerichteten Anspruch auf Unterhalt und Wohnungsnutzung, soweit seitens des Erblassers nichts anderes bestimmt ist (*Münchener Anwaltshandbuch/Hennicke* Rz. 40).

4. Ausschluss des Ehegattenerbrechts

Voraussetzung der Erbberechtigung eines Ehegatten ist, dass im Zeitpunkt des Erbfallendes dieser mit dem Erblasser in einer gültigen Ehe gelebt hat. An diesen Voraussetzungen fehlt es bei einer so genannten Nichtehe (§ 1310 Abs. 1 BGB), einer aufgehobenen (§§ 1313 f. BGB) und einer rechtskräftig geschiedenen (§ 1564 BGB) Ehe. (*Münchener Anwaltshandbuch/Hennicke* Rz. 35). Eine weitere Besonderheit regelt § 1933 BGB. Ist der Erblasser während des Scheidungsrechtsstreites gestorben, dann bestand die Ehe bei seinem Tode noch, so dass der überlebende Ehegatte nach dem bisher Gesagten kraft Gesetz erbt. Dieses Ergebnis entspräche nicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, wenn die Ehe gescheitert ist und deshalb eigentlich geschieden worden wäre, wenn nicht der Erblasser vorher gestorben wäre (*Brox* Erbrecht Rz. 56). § 1933 BGB setzt voraus, dass im Erbfallzeitpunkt die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte oder der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen und den entsprechenden Antrag gestellt hatte (§ 1933 BGB). Nach herrschender Meinung setzt der Ausschluss des § 1933 BGB voraus, dass der Scheidungsantrag dem Ehegatten zugestellt wurde (Rechtshängigkeit), so dass die bloße Einreichung des Scheidungs- bzw. Aufhebungsantrag beim Familiengericht nicht ausreicht (BGHZ 111, 329, 330, *Staudinger/Werner* § 1933 BGB Rz. 5). Neben dieser formellen Voraussetzung muss auch die materielle Voraussetzung erfüllt sein. Dies setzt voraus, dass ohne die Erledigung des Scheidungsverfahrens durch Tod des Erblassers die Ehe auf seinen Antrag oder mit seiner Zustimmung hin geschieden oder aufgehoben worden wäre (*Palandt/Weidlich* § 1933 BGB Rz. 6). Das Nachlassgericht hat bei der Erteilung des Erbscheins (§2359 BGB) oder das Prozessgericht bei der Erbschaftsklage selbstständig zu prüfen, ob der Scheidungs- oder Aufhebungsantrag zum Zeitpunkt des Erbfalls begründet gewesen wäre (*Palandt/Weidlich* § 1933 BGB Rz. 6).

5. Übungsfälle

Fall 1: Die Eheleute Müller sind geschieden. Aus ihrer Ehe ging ein Kind hervor. Während einer Urlaubsreise des Vaters und des Kindes kommt es zu einem Unfall. Der Vater verstirbt noch am Unfallort. Das 16-jährige Kind verstirbt wenige Wochen danach. Der Vater hinterlässt seine Lebensgefährtin, seine Eltern und zwei Brüder. **Wer erbt?**

Lösung:

Sofern der Vater kein Testament hinterlassen hat, wird er nach der gesetzlichen Erbfolge beerbt. Es gilt das Erbrecht der ersten Ordnung, wonach der Vater zunächst von seinem Kind beerbt wird (§ 1924 Abs. 1 BGB). Alle weiteren Verwandten sind gemäß § 1930 BGB von der Erbschaft ausgeschlossen; insbesondere erbt nicht die Lebensgefährtin des Vaters, weil sie nicht mit ihm verwandt ist.

Nach dem Tod des Kindes gilt ebenfalls das gesetzliche Erbrecht, sofern der Sohn kein öffentliches Testament errichtet hat (vgl. für die Testierfähigkeit des Sohnes §§ 2229 Abs. 1, 2231 Nr. 1, 2247 Abs. 4 BGB). Das Kind ist kinderlos verstorben, so dass dieses nach dem gesetzlichen Erbrecht der zweiten Ordnung beerbt wird. Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Sofern zur Zeit des Erbfalles die Eltern leben, so erben sie allein und zu gleichen Teilen. Leben zur Zeit des Erbfalles der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften (§ 1925 Abs. 3 BGB). Sofern Abkömmlinge nicht vorhanden sind, erbt der überlebende Teil allein (§ 1925 Abs. 3 S. 2 BGB). Aufgrund der Tatsache, dass der Vater des Sohnes vorverstorben ist, würde die Mutter alleine erben, da auch keine Geschwister des Kindes vorhanden sind.

Zu beachten ist, dass auch dann kein anderes Ergebnis vorliegen würde, wenn der verstorbene Vater mit seiner geschiedenen Ehefrau ein Ehegattentestament errichtet hätte. Gemäß § 2268 Abs. 1 BGB und dem Verweis auf § 2077 BGB ist angeordnet, dass eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam ist, wenn die Ehe vor dem Tode des Erblassers aufgelöst ist. Zu beachten ist, dass das für die gesamte Verfügung gilt, so dass auch eine eventuelle Schlusserbeinsetzung des Kindes hinfällig wird. Etwas anderes würde nur gelten, wenn sich aus der letztwilligen Verfügung ergeben würde, dass die Verfügung auch für den Fall der Auflösung der Ehe Geltung haben soll.

Fall 2: Die Witwe Meier hat zwei Söhne. Diese sind verheiratet und haben jeweils zwei Kinder. Frau Meier verstirbt. Sie hinterlässt kein Testament. **Wer erbt?**

Lösung:

Es gilt wiederum die gesetzliche Erbfolge. Gemäß § 1924 Abs. 1 BGB sind Erben der ersten Ordnung die Abkömmlinge des Erblassers. Erben sind damit die beiden Söhne. Die Enkel sind gemäß § 1924 Abs. 2 BGB von der Erbschaft ausgeschlossen. Gemäß § 1924 Abs. 4 BGB erben die Söhne zu gleichen Teilen. Wäre im Beispielsfall ein Sohn vorverstorben, so würden die Kinder dieses Sohnes an die Stelle des Verstorbenen treten und sich dessen Erbteil teilen. Im Ergebnis erhielte der überlebende Sohn dann die Hälfte, die weitere Hälfte teilen sich die Enkel.

Fall 3: Die Eheleute Müller haben ein Kind adoptiert. Ohne ein Testament verfasst zu haben, versterben sie gleichzeitig bei einem tragischen Verkehrsunfall. **Wer erbt?**

Lösung:

Auch hier gilt das gesetzliche Erbrecht. Soweit es um den Nachlass der Adoptiveltern geht, stehen adoptierte Kinder den leiblichen Kindern gleich. Durch eine Adoption wird das Kind in die Familie aufgenommen und hat somit grundsätzlich alle Rechte eines nicht adoptierten Kindes. Zudem ist zu beachten, dass ein adoptiertes Kind grundsätzlich auch am Nachlass der Verwandten der Adoptiveltern erbberechtigt ist. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der Jugendliche im Zeitpunkt der Adoption bereits volljährig war. In diesem Fall sind diese Kinder nur am Nachlass ihrer Adoptiveltern erbberechtigt, nicht aber am Vermögen der sonstigen Verwandten der Adoptivfamilie.

Fall 4: Die Ehe der Eheleute Müller bleibt kinderlos. Herr Müller verstirbt bei einem Verkehrsunfall. **Wer erbt?**

Lösung:

Ohne letztwillige Verfügung gilt das gesetzliche Erbrecht. Sofern die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben, würde die Ehefrau neben Verwandten der zweiten Ordnung, also neben den Eltern des Erblassers zur Hälfte als gesetzliche Erbin berufen sein. Gemäß § 1931 Abs. 3 BGB erhält die Ehefrau jedoch zudem ein weiteres pauschales Viertel als Zugewinnausgleich (§§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB). Im Ergebnis erhielte sie damit $\frac{3}{4}$ des Nachlasses. Das weitere Viertel geht gemäß § 1925 Abs. 1 zu gleichen Teilen auf die Eltern des Erblassers, die damit jeweils zu $\frac{1}{8}$ erben. Es entsteht eine Erbengemeinschaft, bestehend aus den Eltern des Erblassers und der Ehefrau. Sofern eine solche Erbengemeinschaft vermieden

werden soll, muss eine letztwillige Verfügung errichtet werden, die die Eltern ausschließt. Insbesondere in dem Fall, in dem die Eheleute gemeinsam ein Haus erworben haben und jeweils 50 % Miteigentum beim jeweiligen Ehegatten liegen, ist für den Fall des Todes eines Ehegatten zu beachten, dass der 50 %-ige Miteigentumsanteil in die Erbengemeinschaft fällt. Eine Veräußerung des Hauses ist dann ohne Zustimmung der Miterben nicht mehr möglich. Sofern die Miterben die Zustimmung verweigern, wäre Klage geboten. Dieses hindert natürlich die Zukunftsplanung.

Fall 5 (nach Brox, Erbrecht Rz. 52): Von den Eltern des kinderlos verstorbenen Erblassers lebt nur noch die Mutter. Aus der Ehe der Eltern sind außer dem Erblasser seine Brüder B1 und der vorverstorbene B2 hervorgegangen. B2 hat 3 Kinder, N1, N2 und N3. Zudem lebt noch ein Halbbruder A des Erblassers, der aus der geschiedenen Ehe des Vaters des Erblassers mit F entstammt. **Wer erbt?**

Lösung:

Abkömmlinge sind nicht vorhanden, so dass das gesetzliche Erbrecht der zweiten Ordnung gilt. Hiernach erben die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Sofern zur Zeit des Erbfalles der Vater oder die Mutter des Erblassers nicht mehr lebt, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Hiernach erbt also die überlebende Mutter mit einer Erbquote von $\frac{1}{2}$. An die Stelle des vorverstorbenen Vaters treten dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Der Vater hatte drei Kinder hinterlassen, so dass diese (auch der Halbbruder) zu jeweils $\frac{1}{3}$ erben. Da allerdings der B2 schon vorverstorben ist und gemäß § 1925 Abs. 3 BGB die Regelung über die gesetzliche Erbfolge der ersten Ordnung Anwendung finden, treten an die Stelle des verstorbenen B2 seine Abkömmlinge, die zu jeweils gleichen Teilen erben. Im Ergebnis erhält damit die überlebende Mutter $\frac{1}{2}$, der Halbbruder und der B 1 jeweils $\frac{1}{6}$, N1, N2 und N3 erben zu jeweils $\frac{1}{18}$.

Fall 6: Die geschiedene Frau Müller verstirbt ohne Testament und ohne Kinder hinterlassen zu haben. Die Eltern sowie die Großeltern sind bereits vorverstorben. **Wer erbt?**

Lösung:

Es gilt das gesetzliche Erbrecht. Anzuwenden sind die Vorschriften über das gesetzliche Erbrecht der dritten Ordnung gemäß § 1926 BGB. Aufgrund der Tatsache, dass auch die Großelternanteile, sowohl väterlicherseits als auch mütterlicherseits bereits vorverstorben sind, treten an die Stelle des jeweils Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Im Ergebnis erben damit die Abkömmlinge der Großeltern und, sofern einer dieser Abkömmlinge bereits vorverstorben ist, wiederum seine Abkömmlinge nach den Regeln über das Erbrecht der ersten Ordnung (§§ 1926 Abs. 4 und 5 BGB).

3. Kapitel „ Die gewillkürte Erbfolge“

I. Einleitung

Die Regelungen über die gewillkürte Erbfolge umfassen die Verfügungen von Todeswegen. **„Verfügung von Todeswegen“ ist die Sammelbezeichnung für Testamente und Erbverträge** (Brox, Erbrecht Rz. 91). Die gewillkürte Erbfolge ist Ausfluss des Grundsatzes der **Privatautonomie**, auch im Erbrecht. Der Erblasser kann mit einer letztwilligen Verfügung seine rechtlichen Belange nach seinem Tode regeln. Insbesondere kann er durch letztwillige Verfügungen Erbeinsetzungen, Vermächtniseinsetzungen, Testamentsvollstreckereinsetzungen, Bedingungen, Befristungen und Auflagen festsetzen. Er hat die Möglichkeit, Vorausvermächtnisse auszusetzen und Teilungsanordnungen auszusprechen (Brox, Erbrecht Rz. 91). Diese Regelungsmöglichkeit wird dem Erblasser durch die im Grundgesetz verankerte Testierfreiheit gemäß **Art 14 Abs. 1 GG** gewährleistet. Diese ist lediglich im Rahmen der allgemeinen Gesetze durch die Verbote der § 138 BGB und § 134 BGB beschränkt und kann durch Rechtsgeschäfte oder die Vermögensgegenstände indirekt modifiziert sein (Münchener Anwaltshandbuch/ Stahl Rz. 4).

II. Testamentsformen

Bei Testamenten unterscheidet das Gesetz zunächst zwischen den ordentlichen und den außerordentlichen, den so genannten Nottestamenten (Brox, Erbrecht Rz. 95).

1. Die außerordentlichen Testamente

Das Gesetz unterscheidet drei „Nottestamente“. Bei diesen Testamenten ist unbedingt zu beachten, dass diese gemäß § 2252 Abs. 1 BGB eine beschränkte Gültigkeitsdauer von drei Monaten ab der Errichtung unter der Voraussetzung haben, dass der Erblasser dann noch lebt.

a. Das Bürgermeistertestament gemäß § 2249 BGB

Gemäß § 2249 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Erblasser ein Testament vor dem Bürgermeister der Gemeinde errichten, in der er sich aufhält, wenn zu erwarten ist, dass der Erblasser früher verstirbt als die Errichtung bei einem Notar möglich ist. Dementsprechend muss eine so genannte **Todesbesorgnis** vorliegen, wobei diese entweder **objektiv** vorhanden sein muss oder **subjektiv** beim Bürgermeister vorliegen muss (AnwK/Beck § 2249 BGB Rz. 5). Gemäß § 2249 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Bürgermeister zur Beurkundung zwei Zeugen hinzuzuziehen. Die vom Bürgermeister aufgenommene Niederschrift ist von beiden Zeugen dem Erblasser vorzulesen und von diesem zu genehmigen. Das ordnungsgemäß errichtete Bürgermeistertestament ist eine öffentliche Urkunde gemäß § 415 ZPO und eine öffentliche Urkunde i.S.v. § 35 GBO

(Der Fachanwalt für Erbrecht/*Roth* Rz. 71).

b. Das Nottestament vor drei Zeugen gemäß § 2250 BGB

Ein Testament kann vor **drei Zeugen** errichtet werden, wenn sich der Erblasser an einem Ort aufhält, an welchem die Errichtung eines notariellen Testamentes nicht möglich oder wesentlich erschwert ist, § 2250 Abs. 1 BGB. Gemäß § 2250 Abs. 3 S. 2 BGB sind der Ehegatte oder sein Lebenspartner und die mit dem Erblasser in gerader Linie verwandten Personen als Zeugen ausgeschlossen. Zudem müssen die drei Zeugen sowohl während des Errichtungsaktes, als auch bei der Verlesung und Genehmigung der Niederschrift anwesend sein (BayObLG NJW 1970, 1152).

c. Das Nottestament auf See gemäß § 2251 BGB

Das Seetestament durch mündliche Erklärung ist eine außerordentliche Testamentsform, aber eigentlich keine Nottestament, weil es **keine Notlage** voraussetzt (*Palandt/Weidlich* § 2251 BGB Rz. 1). Die Todesbesorgnis ist damit nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Wichtig ist, dass sich der Erblasser an Ort eines deutschen Schiffes für die Testamentsform befinden muss, was sich nach §§ 1, 2, 3 des Flaggenrechtsgesetzes vom 08.02.1951 beurteilt (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Roth* Rz. 71).

2. Die ordentlichen Testamente

a. Das Einzeltestament

aa. Das eigenhändige Testament

Ein eigenhändiges Testament liegt dann vor, wenn der Erblasser eine Testamentsurkunde mit einem **Testierwillen** und unter Einhaltung der **Formvorschriften des § 2247 BGB** errichtet (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Roth* Rz. 63). Um den Testierwillen zu bejahen, muss der Erblasser die von ihm erstellte Testamentsurkunde als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung ansehen oder zumindest in dem Bewusstsein gehandelt haben, die Urkunde könne als Testament angesehen werden (*Palandt/Weidlich* § 2247 BGB Rz. 4). Weiterhin ist die Einhaltung der **Form gemäß § 2247 Abs. 1 BGB** entscheidend. Hiernach muss der Erblasser den ganzen Text der Urkunde selbst mit der Hand schreiben und unterschreiben. Damit soll nicht nur erreicht werden, dass der Erblasser seine Erklärung zur Kenntnis nimmt; dazu würde es auch genügen, wenn der Erblasser sein Testament selbst mit der Schreibmaschine schreibt (*Brox*, Erbrecht Rz. 124). Das Erfordernis der **Handschriftlichkeit** ist deshalb notwendig, damit zur Nachprüfung der Echtheit und Einhaltung des niedergelegten Willens aufgrund der individuellen Schrift des Erblassers notfalls ein graphologisches Gutachten eingeholt werden kann und eine Nachahmung erschwert wird (*AnwK/Beck* § 2247 BGB Rz. 14). Die **Vorteile eines eigenhändigen Testamentes** liegen darin, dass der Erblasser ohne Hilfe anderer Personen, also schnell und an jedem Ort seinen letz-

ten Willen errichten kann (*Brox* Erbrecht Rz. 122). Der **Nachteil** liegt allerdings darin, dass, wenn ein Erblasser seinen letzten Willen selbst formuliert, er, aufgrund Unkenntnisse im Erbrecht, falsch oder unzureichend testiert, so dass nach dem Erbfall ein Streit über das Erbrecht entsteht. Zudem besteht die Gefahr, dass, wenn das privatschriftliche Testament zu Hause aufbewahrt wird, es vielleicht nicht aufgefunden wird oder jemand dieses Testament an sich nimmt und widerrechtlich vernichtet. Letzteres Problem kann allerdings dadurch umgangen werden, dass das Testament bei jedem Amtsgericht hinterlegt werden kann. Die Hinterlegung löst Kosten in Höhe von $\frac{1}{4}$ Gebühr gemäß § 101 KostO aus. Beträgt der Wert des Vermögens z.B. 500.000,00 €, so entsteht eine Gebühr in Höhe von 201,75 € für die Hinterlegung der letztwilligen Verfügung.

bb. Das öffentliche Testament

Unter den Voraussetzungen des § 2232 BGB kann ein öffentliches Testament errichtet werden. Ein solches wird zur Niederschrift eines Notars errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte (§ 2232 Satz 1 BGB). Die Schrift kann in jeder Form (z.B. eigenhändig, maschinenschriftlich, in fremder Sprache, usw.) gefertigt sein; allerdings muss der Erblasser den Inhalt kennen. Datum, Ortsangabe und Unterschrift sind hierbei entbehrlich (*Palandt/Weidlich* § 2232 BGB Rz. 3). Wird ein öffentliches Testament errichtet, ist im Erbfall der Erbschein durch das notarielle Testament nebst Eröffnungsprotokoll zu erlangen, so dass die entsprechenden Kosten für den Erbschein eingespart werden können. Hingegen schuldet der beurkundende Notar keine steuerrechtliche Prüfung, was der erbrechtlich versierte Anwalt hingegen leisten kann. Das öffentliche Testament wird vom Notar beim Nachlassgericht hinterlegt.

b. Das gemeinschaftliche Testament

aa. Die Errichtung

Das gemeinschaftliche Testament ist in § 2265 BGB geregelt. Hiernach kann ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden. Gemäß § 10 Abs. 4 LPartG können allerdings auch Lebenspartner nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung errichten. Für alle Arten der gemeinschaftlichen Testamente sind Gesetzformerleichterungen vorgesehen §§ 2266, 2267 BGB. Zur Einhaltung der Form genügt es, wenn einer von beiden Ehegatten/Lebenspartnern unter Wahrung der gesetzlichen Form das Testament handschriftlich niedergelegt und der andere Ehegatte/Lebenspartner die gemeinschaftliche Erklärung mitunterzeichnet hat (§ 2267 S. 1 BGB). Selbstverständlich kann ein gemeinschaftliches Testament auch als gemeinschaftlich öffentliches Testament errichtet werden. Dies erfolgt nach Maßgabe der §§ 2231 Nr. 1, 2233 ff. BGB, §§ 1 - 13, 16 ff, 22 - 32, 34 ff Beurkundungsgesetz (*Der Fachanwalt für Erbrecht/ Roth* Rz. 69). Wird

die Errichtung der letztwilligen Verfügung in getrennten Beurkundungsverhandlungen, gegebenenfalls auch vor unterschiedlichen Notaren vorgenommen, ist erforderlich, dass jeder der testierenden Ehegatten/Lebenspartner die Erklärung des anderen hierbei kennt (AnwK/Radlmayer § 2267 BGB Rz. 2).

bb. Wechselbezüglichkeit

Zu beachten ist, dass das gemeinschaftliche Testament nach dem Tod eines Ehegatten nur beschränkt abänderbar ist. Sofern Verfügungen in Ehegattentestamenten mit **wechselbezüglicher Wirkung** vorgenommen wurden, kann nach dem Tod eines Ehegatten der Überlebende nicht mehr widerrufen und ist damit an die letztwillige gemeinschaftliche Verfügung gebunden (Brox, Erbrecht Rz. 192). Die Frage, wann eine wechselbezügliche Verfügung vorliegt und unter welchen Voraussetzungen eine wechselbezügliche Verfügung widerrufen werden kann, regelt das Gesetz in den §§ 2270, 2271 BGB. Gemäß § 2270 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Verfügung wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des Einen nicht ohne die Verfügung des Anderen getroffen sein würde. Ob im Einzelfall Wechselbezüglichkeit vorliegt, hängt von dem durch **Auslegung** zu ermittelnden Willen der beiden Erblasser ab (Brox, Erbrecht Rz. 190). Gemäß § 2270 Abs. 2 BGB wird in folgenden Fällen die gegenseitige Abhängigkeit und damit die Wechselbezüglichkeit vermutet:

- Die Ehegatten bedenken sich gegenseitig
- Ein Ehegatte bedenkt den Anderen. Dieser bedenkt für den Fall seines Überlebens einen Dritten, der mit dem erstgenannten Ehegatten verwandt ist oder diesem sonst nahe steht. Das gilt auch, wenn der Eingesetzte mit beiden Ehegatten verwandt ist oder diesen nahe steht.

Nahestehende Personen sind z.B. Stiefkinder, enge Freunde, langjährige Angestellte, Hausgenossen (BayOBIGZ 1982, 474, 478 f.)

Beispiel:

Die Eheleute Müller haben sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und als Schlusserben das uneheliche Kind des Mannes bestimmt. Hier ist zum einen die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute wechselbezüglich, aber auch die Einsetzung des Kindes wenn Herr Müller zuerst verstirbt. Stirbt hingegen Frau Müller zuerst, kann Herr Müller frei verfügen. Hätten die Eheleute ihr gemeinsames Kind zum Erben eingesetzt, so ist der Überlebende in jedem Fall gebunden, da das Kind mit beiden Eheleuten verwandt ist.

Findet sich in einem Ehegattentestament eine wechselbezügliche Verfügung, wobei dringend darauf zu achten ist, dass jede einzelne Verfügung auf ihre Wechselbezüg-

lichkeit hin überprüft werden muss, so führt die Nichtigkeit der einen Verfügung automatisch zur Nichtigkeit der anderen (§ 2270 Abs. 1 BGB). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass § 2270 Abs. 2 BGB nur eine Auslegungsregel (vgl. Wortlaut „*im Zweifel*“) ist, so dass die Rechtsprechung sogar die Wechselbezüglichkeit einer letztwilligen Verfügung verneint hat, obwohl ausdrücklich das Wort „*wechselbezüglich*“ verwandt wurde, da ausweislich der Urkunde andere Verfügungen gestattet waren (BGH NJW 1964, 2056).

Zudem hat der **Widerruf** einer letztwilligen Verfügung die Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügung zur Folge (§ 2270 Abs. 1 BGB). An den Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen stellt das Gesetz in § 2271 BGB Anforderungen. So kann zu Lebzeiten eines Ehegatten der Erblasser einseitig seine wechselbezügliche Verfügung widerrufen (*Brox*, Erbrecht Rz. 192). Dieser einseitige Widerruf kann ausschließlich durch **notariell beurkundete Erklärung** gegenüber dem anderen erfolgen, damit dies nicht heimlich hinter dessen Rücken geschieht und dieser sich bezüglich seiner eigenen Verfügungen darauf einrichten kann (*Palandt/Weidlich* § 2271 BGB Rz. 3). Nach dem Tod ist ein Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen nicht mehr möglich, da der Widerruf dem verstorbenen Ehegatten nicht mehr zugehen kann. Sofern sich die Ehegatten/Lebenspartner allerdings den Widerruf vorbehalten haben, kann der Widerruf in der Form der letztwilligen Verfügung (Widerrufstestament) geschehen; einer notariellen Beurkundung bedarf es dann nicht (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Stenger* § 11 Rz. 52). Sofern der Widerruf nicht vorbehalten wird, besteht die Möglichkeit zur Aufhebung einer wechselbezüglichen Verfügung nur, wenn das Gegenseitigkeitsverhältnis der wechselbezüglichen Verfügungen beseitigt wird (*Brox*, Erbrecht Rz. 192). Gemäß § 2271 Abs. 2 BGB besteht die Möglichkeit der **Ausschlagung**, um das Gegenseitigkeitsverhältnis zu beseitigen. Mit der Ausschlagung entfallen sowohl der Bindungszweck als auch der Vermögensanfall (*Palandt/Weidlich* § 2271 BGB Rz. 17). Nunmehr ist dem ausschlagenden Ehegatten der Widerruf auch seiner eigenen (wechselbezüglichen) Verfügungen möglich. Der Nachlass des Erstverstorbenen fällt demjenigen zu, der nun dessen Erbe wird. Aufgrund der nach § 1948 Abs. 1 BGB gegebenen Möglichkeit, das testamentarische Zugewendete auszuschlagen und gleichzeitig die Erbschaft als gesetzlicher Erbe anzunehmen, soll der Überlebende in besonderen Fällen sogar die Testierfreiheit ohne oder nur mit geringen wirtschaftlichen Einbußen wieder gewinnen können, denn hat der Erstverstorbenen weder Verwandte erster noch zweiter Ordnung noch Großeltern, bleibt der Längstlebende trotz Ausschlagung der testamentarischen Zuwendung gesetzlicher Alleinerbe (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 11 Rz. 49). Zu beachten ist allerdings, dass die Ausschlagung nach Erbschaftsannahme oder nach dem Tod des überlebenden Ehegatten, beispielsweise durch seine Erben, nicht mehr möglich ist (*Palandt/Weidlich* § 2271 BGB Rz. 17). Die Regeln der Wechselbezüglichkeit sind nachvollziehbar, da der erstversterbende Ehegatte ansonsten hinsichtlich seines letzten Willens hintergangen werden könnte. Es wäre nicht tragbar, wenn Verfügungen, die getätigt wurden, weil auch der andere bestimmte Verfügungen getätigt hat, sinnentleert werden, würden die anlassgebenden Verfügungen im Nachhinein verändert

werden können. Aus diesem Grund ist jede beeinträchtigende Verfügung beim Testament sowie beim Erbvertrag unwirksam (KG DNotZ 1977, 749). Zu beachten ist allerdings, dass trotz der Bindungswirkung die Freiheit des Überlebenden, unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt ist. Nach ständiger Rechtsprechung (BGHZ 82, 274, 276; 87, 19, 23 f.) gelten hier nur die Vorschriften des Erbvertrages (§§ 2287, 2288 BGB) entsprechend. Das bedeutet, dass der beeinträchtigte Erbe nach Anfall der Erbschaft von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern kann (§ 2287 Abs. 1 BGB).

Beispiel:

Die Eheleute Müller haben sich gegenseitig zu Erben eingesetzt. Als Erbe des Längstlebenden wurde das nichteheliche Kind des Herrn Müller bestimmt. Herr Müller verstirbt und erhebliches Vermögen geht auf Frau Müller über. Diese verliebt sich neu und würde gerne ihren neuen Lebenspartner als Alleinerben einsetzen. Da dieses aufgrund der Bindungswirkung nicht möglich ist, überträgt sie schon zu Lebzeiten das gesamte Vermögen des Herrn Müller auf ihren neuen Lebenspartner. Hier kann das nichteheliche Kind nach dem Tod von Frau Müller Rückführung des Vermögens von dem Lebenspartner verlangen. Wäre dies nicht möglich, so könnte die Bindungswirkung durch einfache lebzeitige Gestaltung faktisch unterlaufen werden.

cc. Klassiker „Berliner Testament“

Unter einem Berliner Testament versteht man ein gemeinschaftliches Testament, in dem sich die Ehegatten oder Lebenspartner gegenseitig und nach dem Ableben des Längstlebenden einen Dritten, meist Abkömmlinge, als Erben einsetzen (Brox, Erbrecht Rz. 185).

Typischerweise findet man in solchen letztwilligen Verfügungen folgende Formulierung:

„Wir, die Eheleute Müller, setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein. Erben des Längstlebenden von uns sollen unsere Kinder A und B zu gleichen Teilen sein.“

Eine derartige letztwillige Verfügung lässt nun zwei Auslegungsmöglichkeiten zu. Entweder die Ehegatten wollten eine Vor- und Nacherbregelung treffen (sog. Trennungslösung) oder es ist eine Voll- und Schlusserbschaft (sog. Einheitslösung) gewollt (Palandt/Weidlich § 2269 BGB Rz. 1, 2).

(a) Trennungslösung

Bei der Trennungslösung setzt jeder Ehegatte den anderen als seinen Vorerben, den Dritten zu seinem Nacherben und zugleich für den Fall des eigenen Überlebens als Ersatzerben ein (*Palandt/Weidlich* § 2269 BGB Rz. 2). Bei der Trennungslösung entstehen damit zum Zeitpunkt des Todes des ersten Ehegatten zwei selbstständige Vermögensmassen beim Überlebenden. Die erste Vermögensmasse ist die des verstorbenen, belastet mit der Nacherbregelung zugunsten des Dritten und die andere Vermögensmasse ist die des überlebenden Ehegatten, die nicht mit der Nacherbregelung des Verstorbenen belastet ist, so dass der überlebende Ehegatte über dieses Vermögen frei verfügen kann. Folge ist, dass der vielleicht von beiden Ehegatten eingesetzte Dritte mit dem Tod des Längstlebenden auch zwei getrennte Vermögensmassen erhält, nämlich den Nachlass des Erstverstorbenen als Nacherben und den des Zweitverstorbenen als Vollerbe.

Beispiel:

Die Eheleute Müller haben ein Haus, welches beiden zu gleichen Teilen gehört. Verstirbt nun der Mann, so ist seine Hälfte mit der Nacherbregelung belastet, so dass die Frau ohne weitere Regelungen im Testament hierüber nicht verfügen darf.

(b) Einheitslösung

Hierbei setzen sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmen Dritte, meist Abkömmlinge, zu Erben des Überlebenden (Schlusserben), wobei dem Überlebenden das gemeinsame Vermögen verbleiben und nur das bei seinem Tod noch vorhandene dem Schlusserben zufallen soll (*Palandt/Weidlich* § 2269 BGB Rz. 3). Bei dieser Lösung wird der Überlebende Ehegatte Vollerbe, was bedeutet, dass sich das Vermögen des Verstorbenen und sein Eigenvermögen in seiner Hand zu einem einheitlichen Vermögen vereinigen, über das auch frei verfügt werden kann. Auf das obige **Beispiel** bezogen würde dies heißen, dass die Frau auch über das Haus verfügen kann.

(c) Auswirkung auf das Pflichtteilsrecht

Im Falle der Einheitslösung erhält ein als Schlusserbe eingesetztes Kind nichts, es ist de facto enterbt. Allerdings kann es seinen Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen geltend machen und den Zahlungsanspruch gegen den Überlebenden richten. Sofern die Trennungslösung gewählt wird, ist das Kind nicht enterbt; es ist als Nacherbe eingesetzt. Es erwirbt eine veräußerliche und vererbliche Anwartschaft (siehe Kapitel „Vor- und Nacherbschaft“). Beim Trennungsprinzip kann das Kind den Pflichtteil nur dann verlangen, wenn das Kind die Nacherbfolge ausschlägt (§ 2306 BGB, siehe Kapitel Pflichtteilsrecht).

Häufig ist gerade gewollt, dass der Überlebende keinen Verfügungsbeschränkungen unterliegen soll. Aus diesem Grund gilt auch die **Vermutungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB**, wonach **im Zweifel** (nach Auslegung!) bei einem Berliner Testament von einer **Einheitslösung** auszugehen ist.

Diese Testamentsform birgt für den überlebenden Ehegatten dennoch Risiken, die sich aus dem Pflichtteilsrecht ergeben. Durch das Berliner Testament mit Einheitslösung wird der Schlusserbe enterbt. Sofern dieser zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehört, kann dieser seinen Pflichtteil geltend machen und damit den Überlebenden in arge Bedrängnis bringen.

Beispiel:

Die Eheleute Müller errichten ein Ehegattentestament in der Form des Berliner Testaments (Einheitslösung) und verfügen, neben der gegenseitigen Alleinerbeinsetzung, ihr gemeinsames Kind A zum Schlusserben. Herr Müller verstirbt. Im Nachlass befindet sich im Wesentlichen nur der hälftige Miteigentumsanteil an der selbstgenutzten Wohnimmobilie des Erblassers im Werte von 250.000,00 €. Weiteres Vermögen haben die Eheleute nicht. Durch das Testament ist das Kind A enterbt und kann seinen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils geltend machen. Der gesetzliche Erbteil beträgt $\frac{1}{2}$, so dass der Pflichtteilsanspruch $\frac{1}{4}$ vom Nachlasswert, also 62.500,00 € beträgt. Sofern Frau Müller diesen Betrag nicht aufbringen kann, droht die zwangsweise Veräußerung des Hauses.

Aber auch der Wunsch der Eheleute die Abkömmlinge durch ein gemeinschaftliches Testament gleich zu behandeln, kann fehlschlagen.

Beispiel:

Die Eheleute Müller setzten sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre beiden Kinder zu gleichen Teilen als Schlusserben ein. Die Eheleute haben ein gemeinsames Vermögen von 500.000,00 €. Verstirbt der Mann, gehen 250.000,00 € auch in das Vermögen der Frau. Da nun beide Kinder enterbt sind, besteht die Gefahr, dass eines den Pflichtteil verlangt. Der Pflichtteil würde hier (zwei Kinder!) $\frac{1}{8}$, mithin 31.250,00 € betragen. Erfüllt die Ehefrau diesen Anspruch, verbleiben ihr noch insgesamt 468.750,00 €. Nach ihrem Tod geht dieses Vermögen, entsprechend dem Testament auf die beiden Kinder zu gleichen Teilen über. Jedes Kind erhält also 234.375,00 €, wobei eines ja schon 31.250,00 € Pflichtteil erhalten hat und damit gegenüber den anderen besser gestellt ist.

Die Beratungspraxis behilft sich hier mit so genannten Pflichtteilsstrafklauseln im Testament.

So findet man folgenden **Formulierungsvorschlag** (Münchener Anwaltshandbuch/Stenger § 11 Rz. 69):

„Sollte eines unserer Kinder oder deren Abkömmlinge seinen Pflichtteil mit verzugsbegründender Wirkung geltend machen oder von dem Längstlebenden erlangen, so erhalten er und seine Abkömmlinge auch vom Nachlass des Längstlebenden von uns nur den Pflichtteil.“

Allerdings ist auch in diesem Fall zu beachten, dass der Abkömmling, der den Pflichtteil verlangt, am Vermögen des Erstverstorbenen doppelt partizipiert, da das Vermögen des Erstverstorbenen auf den Überlebenden übergeht und auch hiervon dann der Pflichtteil verlangt werden kann.

Hier wird die so genannte **„Jastrow'sche Klausel“** verwandt (Formulierungsbeispiel aus: Der Fachanwalt für Erbrecht/Enzensberger Rz. 173):

„Macht eines unserer Kinder nach dem ersten Todesfall entgegen dem Willen des Überlebenden seinen Pflichtteil oder Pflichtteilergänzungsanspruch geltend und erhält er ihn auch ganz oder teilweise, dann ist er mit seinem ganzen Stamm sowohl für den ersten als auch für den zweiten Sterbefall von der Erbfolge einschließlich eventuell angeordneter Vermächtnisse und Auflagen ausgeschlossen. Diejenigen Kinder, die ihren Pflichtteil nicht geltend machen, erhalten aus dem Nachlass des Erstverstorbenen ein Geldvermächtnis in Höhe ihres gesetzlichen Erbteils. Das Vermächtnis wird mit dem Tod des Überlebenden fällig und steht nur den zu diesem Zeitpunkt noch lebenden Bedachten zu.“

Zu beachten ist die Formulierung *„entgegen dem Willen“*. Hierdurch bleibt es möglich taktisch und einvernehmlich den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, beispielsweise um steuerliche Freibeträge nach dem erstverstorbenen Ehegatten nicht zu verlieren.

(d) Wiederverheiratursklausel

Sofern die Eheleute die Einheitslösung gewählt haben, geht, wie schon dargestellt, das Vermögen des Erstverstorbenen in das Vermögen des Überlebenden. Dieser unterliegt hinsichtlich dieser einheitlichen Vermögensmasse keinen Verfügungsbeschränkungen. Möglich ist, dass der Überlebende sich neu bindet und somit die Gefahr besteht, dass er das gesamte Vermögen möglicherweise mit seinem neuen Lebenspartner aufbraucht und keinen Gedanken mehr an die damals gemeinsam bestimmten Schlusserben mehr verschwendet. Hier möchten sich die Eheleute häufig für den Fall ihres Erstversterbens dergestalt absichern, dass die Kinder auch in den Genuss des elterlichen Vermögens kommen und nicht ein familienfremder Dritter das Vermögen verbraucht. Infolge dieser Befürchtungen wurden in der Testamentgestal-

tung die Wiederverheiraturungsklauseln entwickelt.

Formulierungsvorschlag nach (Münchener Anwaltshandbuch/*Stenger* § 11 Rz. 64):

„Bei Wiederverheiratung des Längstlebenden von uns ist er nur als Vorerbe eingesetzt. Der Nacherbfall tritt mit Wiederverheiratung des Längstlebenden von uns ein, so dass der Nachlass an die gemeinschaftlichen Abkömmlinge herauszugeben ist“

Diese Wiederverheiraturungsklausel ist in der Regel **als Bestimmung einer auflösend bedingten (§ 158 Abs. 2 BGB) Vollerbschaft und zugleich als Anordnung einer aufschiebend bedingten (§ 158 Abs. 1 BGB) Vor- und Nacherbfolge auszulegen** (*Brox*, Erbrecht Rz. 189). Dies bedeutet, dass die Klausel die Einheitslösung in die Trennungsklausel verwandelt (BGHZ 1996, 198). Mit der Wiederverheiratung und damit dem Eintritt des Nacherbfalls entfällt die Bindung des überlebenden Ehegatten an seine wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament, sofern nicht ausdrücklich eine gegenteilige Anordnung getroffen wird (Mü/Ko/*Museliak* § 2269 BGB Rz. 62).

(e) Katastrophenklausel

Denkbar ist, dass die Eheleute in einen Verkehrsunfall geraten. Einer verstirbt direkt vor Ort, der andere zwei Wochen später. Nun treten zwei Erbfälle ein, die auch grundsätzlich der Erbschaftssteuer unterliegen. Der Erstversterbende wird von dem Überlebenden beerbt. Kurze Zeit später wird dieser vom Schlusserben beerbt. Dadurch, dass zwei Erbfälle vorliegen, fällt natürlich auch zweimal eine Erbschaftsteuer an, auch wenn diese reduziert wird.

Um derartige Nachteile zu umgehen, hat sich folgende Klausel in der Beratungspraxis durchgesetzt:

„Für den Fall, dass wir beide gleichzeitig oder innerhalb von vier Wochen aufgrund derselben Ursache versterben, wird jeder von uns entsprechend der für den zweiten Erbfall angeordneten Schlusserbfolge beerbt.“

III. Der Erbvertrag

Die Besonderheit des Erbvertrages liegt in seiner Doppelnatur. Er ist sowohl eine letztwillige Verfügung als auch Vertrag (*Brox*, Erbrecht Rz. 144).

1. Verfügung von Todeswegen

Er ist Verfügung von Todeswegen, da dem Grunde nach die Regeln über letztwillige Verfügung und Auflagen entsprechend gelten (§ 2279 Abs. 1 BGB). Insbesondere wird der Erblasser nicht gehindert, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter

Lebenden zu verfügen (BGHZ 8, 23). Denn, wie auch beim Testament, erwirbt der durch Erbvertrag bedachte Erbe **keine rechtlich gesicherte Anwartschaft**, sondern **lediglich eine tatsächlich Aussicht** (Brox, Erbrecht Rz. 144). Vor einer Aushöhlung des Erbvertrages wird der Vertragserbe letztlich nur durch **§ 2287 BGB geschützt**. Hiernach kann der Vertragserbe bei einer **Schenkung** des Erblassers mit **Beeinträchtigungsabsicht** nach dem Erbfall gegen den Beschenkten einen Bereicherungsanspruch geltend machen, der in drei Jahren vom Anfall der Erbschaft verjährt, § 2287 Abs. 2 BGB. Eine Beeinträchtigungsabsicht ist immer dann anzunehmen, wenn ein beachtenswertes lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an der Verfügung fehlt, so dass sich die lebzeitige Verfügung im Hinblick auf die erbvertragliche Gebundenheit des Erblassers als Rechtsmissbrauch darstellt (Palandt/Weidlich § 2287 BGB Rz. 6). Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, räumt die Vorschrift dem Vertragserben jedoch keinen Anspruch gegen den Erblasser ein. Insbesondere besteht kein Anspruch auf Unterlassung einer unentgeltlichen Verfügung, der durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden könnte (Brox, Erbrecht Rz. 158).

Die Voraussetzungen für einen Bereicherungsanspruch **aus § 2287 BGB** sind die folgenden:

- Zwischen dem Erblasser und dem Erben muss ein **formgültiger und wirksamer Erbvertrag** bestanden haben **oder** es muss ein **gemeinschaftliches und wechselbezügliches Ehegattentestament** vorliegen, welches den Erben bindend zum Erben bestimmt.
- Nach Abschluss des Erbvertrages oder nach Versterben des Ehegatten bei einem gemeinschaftlichen Testament muss der Erblasser mit **schenkungsrechtlicher causa** verfügt haben.
- Der Vertragserbe muss **objektiv beeinträchtigt** sein. Daran fehlt es, wenn der Vertragserbe, trotz der Schenkung, im Erbfall erhält, was er erwarten durfte (Nieder, HB Testamentsgestaltung, Rz. 1180).
- Der Erblasser muss die objektive Beeinträchtigung **beabsichtigt** haben. Hier ist ausreichend, wenn der Erblasser die Beeinträchtigung des Vertragserben neben anderen Motiven gewollt hat (BGH NJW 1992, 564).
- Der Erblasser muss sein Recht über sein Vermögen zu verfügen **missbraucht** haben. Ein Missbrauch liegt vor, wenn nach Durchführung einer allgemeinen Interessensabwägung kein **lebzeitiges Eigeninteresse** vorliegt, das die Beeinträchtigungsabsicht ausschließt (BGH NJW 1992, 564, 566). Hier muss der Beschenkte die Umstände darlegen, die für ein anerkanntes Eigeninteresse sprechen, nur sofern dies gelingt, muss der Erbe die Beeinträchtigungsabsicht beweisen und die Motive widerlegen (BGH NJW 1986, 1755).

Ein lebzeitiges Eigeninteresse liegt vor, wenn der Erblasser seine eigene Altersversorgung sicherstellen möchte (BGH NJW 1992, 2630). Nicht ausreichend ist hingegen

eine schwerwiegende Verfehlung des Vertragserben gegen den Erblasser (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Bartsch* Rz. 38).

2. Vertrag

Der Erbvertrag ist ein Vertrag (BGHZ 26, 204). Dies führt zu einer **Bindungswirkung**, wie sie sonst nur bei gemeinschaftlichen Testamenten herbeigeführt werden kann. Durch diese **vertragsgemäße Verfügung** wird der Erblasser im Interesse seines Vertragspartners gebunden. Dieser soll darauf vertrauen dürfen, dass weder frühere noch spätere Verfügungen des Erblassers das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen (*Brox*, Erbrecht Rz. 156). Allerdings besteht die Möglichkeit, sich im Erbvertrag das **Recht vorbehalten** zu lassen, eine vertragsmäßige Verfügung durch Verfügung von Todes wegen **abzuändern**. Ebenso enthält § 2289 Abs. 2 BGB die Möglichkeit, eine Ausnahme von der Bindungswirkung dann anzunehmen, wenn ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling in solchen Maßen der Verschwendung ergeben ist, dass sein späterer Erwerb erheblich gefährdet ist (*Brox*, Erbrecht Rz. 161). Die Bindungswirkung kann nur dann beseitigt werden, wenn sie durch die Vertragsparteien aufgehoben wird. Eine **Aufhebung** kommt **durch** einen **Aufhebungsvertrag** sowie **durch** ein **gemeinschaftliches Aufhebungstestament** in Betracht. Aber nur in der Form des Erbvertrages (§ 2290 Abs. 4 BGB) besteht die Möglichkeit, dass der Erbvertrag von denselben Vertragsparteien aufgehoben wird. Ebenso bringt § 2292 BGB für Ehegatten eine Erleichterung. Diese können durch ein gemeinschaftliches Testament den Erbvertrag aufheben. Falls in einem Erbvertrag kein anderer Wille erkennbar ist, führt aber eine Scheidung oder Aufhebung eines Verlöbnisses gemäß §§ 2279 Abs. 2, 2077 BGB zur Unwirksamkeit des Vertrages (OLG Hamm ZEV 1994, 367). Sofern der Erbvertrag eine vertragsmäßige Verfügung beinhaltet, die ein Vermächtnis oder eine Auflage anordnet, kann der Erblasser dies zwar durch Testament aufheben, muss allerdings die Zustimmung des Vertragspartners einholen, dessen Interessen dadurch gewahrt werden (*Brox*, Erbrecht Rz. 166).

Weiterhin besteht die Möglichkeit, sich von der erbvertraglichen Bindung zu lösen, wenn im Erbvertrag ein **Rücktrittsrecht** vorbehalten ist (§ 2293 BGB), **oder** wenn das **Gesetz** ihm ein solches Recht einräumt (§§ 2294 f. BGB). Die Rücktrittserklärung ist gegenüber dem Vertragspartner abzugeben (§ 2296 Abs. 2 BGB) und **muss notariell beurkundet** sein (§§ 2296 Abs. 2 S. 2 BGB).

Gemäß der §§ 2281 bis 2285 BGB kann der Erbvertrag auch durch Anfechtung vernichtet werden. Hier kann insbesondere für den Erblasser mit Rücksicht auf die Bindungswirkung der vertragsmäßigen Verfügungen ein Interesse an der Vernichtung durch Anfechtung bestehen (*Brox*, Erbrecht Rz. 172).

3. Arten des Erbvertrages

Bei Erbverträgen ist zwischen den **einseitigen** und den **zwei- oder mehrseitigen Erbverträgen** zu unterscheiden.

Einseitige Erbverträge enthalten nur vertragsmäßige Verfügungen des Erblassers (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess § 10 Rz. 25). Entscheidend ist aber zugleich, dass diese Verfügungen mit einer Bindungswirkung versehen sind. Ist dies nicht der Fall, so liegt kein Erbvertrag vor. Die Anordnungen sind aber nicht unwirksam, vielmehr bleiben diese als testamentarische Anordnungen bestehen (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess § 10 Rz. 25).

Immer dann, wenn ein Erbvertrag vertragsmäßige Verfügungen mit Bindungswirkung mehrerer Personen beinhaltet, spricht man von einem mehrseitigen oder gemeinschaftlichen Erbvertrag. Im Unterschied zum gemeinschaftlichen Testament ist beim Erbvertrag, vorausgesetzt ein entgegenstehender Wille ist nicht erkennbar, stets von der gegenseitigen Abhängigkeit der getroffenen Verfügungen voneinander auszugehen (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess § 10 Rz. 29).

4. Erbvertrag oder Testament

Die Gestaltung eines Erbvertrages ist zu erwägen, wenn gleichzeitig ein Ehevertrag oder die Änderung eines bestehenden Güterstandes vereinbart werden soll. Oder, wenn nur der Erblasser mit Bindungswirkung verfügen möchte, nicht hingegen der Ehegatte oder ein anderer Beteiligter. Der wohl wichtigste Vorteil liegt aber darin, dass nicht nur zwischen Eheleuten eine Bindungswirkung herbeigeführt werden kann, sondern zugunsten aller am Nachlass beteiligten Personen, aber auch gegenüber fremden Dritten, mit bindender Wirkung verfügt werden kann (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess § 10 Rz. 4). Im Übrigen können Personen, die nicht miteinander verheiratet sind, aber dennoch gemeinsam verfügen wollen, eine solche Verfügung nur in der Form des Erbvertrages errichten.

Beispiel:

Der Unternehmer U möchte zu Lebzeiten sein Unternehmen auf einen seiner beiden Söhne übertragen. Damit nach seinem Tod das Unternehmen nicht durch bestehende Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche durch den weichenden Sohn bedroht ist, überredet er diesen einen Pflichtteilsverzichtsvertrag beurkunden zu lassen. Da er eine lebzeitige Abfindung nicht an den weichenden Sohn zahlen möchte, errichtet er einen Erbvertrag und ordnet an, dass der weichende Sohn seine Immobilien erhält. Da der Erbvertrag zwischen Vater und Sohn bindend geschlossen werden kann, sieht der weichende Sohn sein Erbe als gesichert an und wird dem Pflichtteilsverzichtsvertrag zustimmen.

IV. Testierfähigkeit

Da der Erblasser mit einer letztwilligen Verfügung seine Rechtsverhältnisse für den Fall seines Ablebens regeln kann, setzt das Gesetz **Testierfähigkeit** voraus. Die Testierfähigkeit hängt vom **Lebensalter** und der Frage der **Einsichtsfähigkeit** über die Bedeutung der abgegebenen Willenserklärung ab (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Roth* Rz. 60).

Hinsichtlich der Testierfähigkeit ist wie folgt zu unterscheiden:

1. Vor Vollendung des **16. Lebensjahres** besteht gemäß § 2229 Abs. 1 BGB keine Testierfähigkeit und gemäß der §§ 2275 Abs. 1, 104, 106 BGB keine Erbvertragsfähigkeit.

2. Nach Vollendung des **16., aber vor Vollendung des 18. Lebensjahr** besteht die Testierfähigkeit nur nach Maßgabe der §§ 2233 Abs. 1, 2247 Abs. 4 BGB. Das bedeutet, dass der Minderjährige in einem Alter zwischen 16 und 18 ein Testament nur zur Niederschrift eines Notars erklären kann. In diesem Alter ist die Erbvertragsfähigkeit bei Ehegatten und Verlobten **mit Zustimmung** ihrer **gesetzlichen Vertreter** gegeben (§ 2275 Abs. 2, 3 BGB). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass gemäß § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB ein Erbvertrag nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden kann. Also auch hier ist die Überwachung durch eine notarielle Amtsperson gesetzlich vorgeschrieben.

3. Nach Vollendung des **18. Lebensjahr** ist gemäß § 2233 BGB (Umkehrschluss) sowohl die Testierfähigkeit als auch gemäß § 2275 Abs. 1 BGB die Fähigkeit gegeben, einen Erbvertrag zu schließen.

4. Sofern gemäß der §§ 1806 f. BGB hinsichtlich des Erblassers **die Betreuung** angeordnet ist, ist dennoch in den Grenzen des § 2229 Abs. 4 BGB Testierfähigkeit und in den Grenzen des § 2229 Abs. 4 BGB die Erbvertragsfähigkeit gegeben.

Praxishinweis: Es nehmen die Verfahren zu, in denen die Testierfähigkeit des Erblassers bestritten wird. Gemeinhin sind diese Verfahren langwierig. Das Gericht muss, bis auf Ausnahmefälle abgesehen, ein Sachverständigengutachten zu der Frage der Testierfähigkeit einholen. Derjenige, der sich auf die Testierfähigkeit beruft, weil er Rechte aus dem Testament herleiten möchte, muss die Testierfähigkeit beweisen. Daher ist es angebracht, bei der Testamentsgestaltung zeitnah das Attest eines Neurologen einzuholen. Das hausärztliche Attest reicht nicht und der Notar kann, als Nichtmediziner, ebenfalls nur als einfacher Zeuge gehört werden.

V. Persönliche Errichtung

Grundsätzlich hat der Erblasser seine Verfügung von Todeswegen **persönlich** zu errichten. Dies ergibt sich für das Testament aus § 2064 BGB und für den Erbvertrag aus § 2274 BGB. Fehlt es an diesem Erfordernis, ist die **Verfügung nichtig** (Brox, Erbrecht Rz. 101). Der Erblasser kann sich also weder im Willen noch in der Erklärung von einem anderen vertreten lassen (BGH NJW 1955, 100).

VI. Keine Bestimmung durch Dritte

Das Gesetz will erreichen, dass der Erblasser über das Schicksal seines Vermögens selbst entscheidet; er soll die **Entscheidung nicht** aus Unentschlossenheit oder Verantwortungsscheu **einem Dritten** überlassen (Palandt/Weidlich, § 2065 BGB Rz. 1, BGHZ 15, 199), § 2065 Abs. 1 BGB. Diese Norm greift hingegen nicht, wenn kein Dritter, sondern der Bedachte selbst über die Gültigkeit der Verfügung entscheiden soll; aus § 2075 BGB ergibt sich die Zulässigkeit einer solchen Anordnung (Brox, Erbrecht Rz. 103). Zulässig ist es auch, wenn der Erblasser die Bezeichnung des Bedachten einem Dritten überlässt, da im Hinblick auf § 2084 BGB anerkannt ist, dass der Erblasser seinen letzten Willen nicht so äußern muss, dass der Bedachte von vorneherein individuell bestimmt ist (BayObLG FamRZ 2000, 1392). Es genügt, wenn der Bedachte im Zeitpunkt des Erbfalls durch jede sachkundige Person anhand **objektiver Kriterien** bezeichnet werden kann (Palandt/Weidlich, § 2065 BGB Rz. 5).

VII. Ersatzerbeinsetzung

Eine Ersatzerbeinsetzung gemäß § 2096 BGB sichert den denkbaren Fall, dass der gewillkürte Erbe des Erblassers **vor Eintritt des Erbfalles** wegfällt.

Folgende Ursachen kommen hierfür in Betracht:

- Vorversterben des Erben
- Nichterleben einer Bedingung gemäß § 2074 BGB
- Eintritt einer auflösenden Bedingung gemäß § 2075 BGB
- Unwirksame Erbeinsetzung
- Zuwendungsverzichtsvertrag gemäß § 2352 BGB

Der **Ersatzerbe** tritt an die Stelle des Erstberufenen, der nie Erbe gewesen sein durfte (Palandt/Weidlich § 2096 BGB Rz. 4). Hier liegt der Unterschied zur Vor- und Nacherbschaft. Der Nacherbe wird erst Erbe, nachdem der Nacherbfall eintritt. Bis dahin ist der Vorerbe der Rechtsnachfolger. Dass der Ersatzerbe genau die Position des Erstberufenen einnimmt, ist nicht zwingend. Denkbar ist, dass der Erblasser dem Ersatzerben eine andere Erbquote zuteilt oder ihn mit anderen Auflagen und Vermächtnissen beschwert (Soergel/Loritz § 2096 BGB Rz. 14).

Zu beachten sind weiterhin die **Auslegungsregeln** der §§ 2097, 2098 BGB. Nach

§ 2097 BGB ist im Zweifel anzunehmen, dass die Ersatzerbenregelung sowohl für den Fall gilt, dass der Erstberufene nicht Erbe sein will, als auch für den Fall, dass der Erstberufene nicht Erbe sein kann. Sind Miterben gegenseitig als zu Ersatzerben eingesetzt, bestimmt § 2098 BGB, dass die Ersatzerbeeinsetzung im Zweifel im Verhältnis ihrer Erbteile erfolgen soll. Wird hingegen für nur einen Miterben ein Ersatzerbe bestimmt, **geht** nach § 2099 BGB die **Ersatzerbfolge der Anwachsung** im Sinne des § 2094 BGB **vor**, d.h. der Erbteil eines weggefallenen Erben fällt ausschließlich dem Ersatzerben zu (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Ritter* § 8 Rz. 58).

VIII. Anwachsung

Sofern der Nachlass vom Erblasser abschließend und vollständig unter mehreren Miterben verteilt ist und ein Miterbe vor oder nach dem Erbfall wegfällt, ordnet § 2094 BGB an, dass sein Erbteil den übrigen Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile anwächst (*Lange/Kuchinke* § 27 VII 1.). Grundsätzlich sind **hierfür zwei Voraussetzungen** zu prüfen. Zunächst muss ein eingesetzter **Erbe weggefallen** sein und zum anderen muss der Erblasser die **Anwachsung gewollt** haben. Hinsichtlich des Wegfalls eines Erben kann auf die Ausführungen zu **VII.** verwiesen werden. Im Hinblick auf den Erblasserwillen ist die Auslegungsregel § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten (*Brox*, Erbrecht Rz. 322). Hiernach ist eine Anwachsung dann zu bejahen, wenn die Erben so eingesetzt wurden, dass die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen ist. Die Vermutung ist widerlegt, wenn der Erblasser die Anwachsung ausgeschlossen hat, § 2094 Abs. 3 BGB.

IX. Widerruf einer letztwilligen Verfügung

1. Allgemeines

Aus dem Grundsatz der Testierfreiheit ergibt sich zugleich die jederzeitige Möglichkeit eine letztwillige Verfügung zu widerrufen. Dies ist **nur dann nicht** möglich, wenn es sich um einen **bindenden Erbvertrag** handelt, oder wenn nach dem Tod eines Ehegatten der Überlebende eine **wechselbezügliche Verfügung** widerrufen möchte, es sei denn das Gesetz räumt gemäß der §§ 2271 Abs. 2, 2294, 2336 BGB dem Überlebenden ausnahmsweise ein Widerrufsrecht bei schweren Verfehlungen des Bedachten ein (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Siegmann* § 9 Rz. 36). Die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit eines Testamentes ergibt sich explizit aus § 2353 BGB. Zudem wird diese Regelung durch § 2302 BGB ergänzt, wonach eine schuldrechtliche Vereinbarung nichtig ist, wenn der Erblasser sich hierdurch verpflichtet, eine letztwillige Verfügung nicht aufzuheben.

2. Abgrenzung

Der Widerruf ist zum einen von der Widerrufsmöglichkeit von **Erklärungen unter Lebenden**, die auch in Testamenten enthalten sein können, zu unterscheiden; letztere

setzen immer den Zugang (§ 130 BGB) der Widerrufserklärung voraus. Auch ist der Widerruf von **der Aufhebung** zu unterscheiden, die gemäß § 2285 BGB allein dadurch bewirkt wird, dass ein späteres Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

3. Widerrufsformen

Der Widerruf kann auf unterschiedliche Arten erfolgen. Im Einzelnen wird unterschieden:

- Durch Errichtung eines Widerrufstestamentes, gemäß §§ 2254 BGB
- Durch Vernichtung oder Veränderung, gemäß § 2255 BGB
- Durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung, gemäß § 2256 BGB

a. Widerrufstestament

§ 2245 BGB ordnet an, dass ein Testament durch Testament widerrufen werden kann. Da insofern nicht zwischen den einzelnen Testamentsformen unterschieden wird, kann auch mit einem handschriftlichen Testament ein öffentliches Testament widerrufen werden (*Brox, Erbrecht Rz. 139*). Zwangsläufig setzt die Errichtung eines Widerrufstestamentes ebenfalls **Testierfähigkeit** (§ 2229 BGB Abs. 4 BGB) des Widerrufenden voraus; die **Formerfordernisse** ergeben sich aus § 2231 BGB bzw. aus § 2247 BGB. Sofern eine eingetretene Testierunfähigkeit den Widerruf einer ehemals wirksamen Verfügung entgegensteht, bleibt nur die Möglichkeit einen **Zuwendungsverzichtsvertrag** (hierzu später) zwischen dem Bedachten und dem gesetzlichen Vertreter des Erblassers nach §§ 2353, 2347 Abs. 2 BGB, zum Abschluss zu bringen, der allerdings der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf (*Münchener Anwalts-handbuch Erbrecht/Siegmann § 9 Rz. 8*).

b. Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde

Nach § 2255 BGB kann ein Testament auch dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt wird. Damit ergibt sich schon aus der Norm, dass **objektiv eine Widerrufshandlung** und **subjektiv eine Widerrufsabsicht** vorhanden sein muss. Es bedarf also nicht der Form des § 2247 BGB (BGH NJW 1959, 2113), jedoch muss der Erblasser testierfähig sein, da der Widerruf als letztwillige Verfügung anzusehen ist, so dass die Urkundvernichtung durch einen Widerrufsunfähigen das Testament nicht rechtlich beseitigt, sofern der Inhalt noch durch Auslegung feststellbar ist (*Palandt/Weidlich § 2255 BGB Rz. 2*). Als Widerrufshandlung wird zunächst die Zerstörung des Urkundenstoffes, also Verbrennen, Zerreißen, etc. angesehen, aber auch Durchstreichen, auch einzelner Teile, oder Unleserlichmachen sowie die Fertigung von Ungültigkeitsvermerken („annuliert“, „überholt“, etc.) ist ausreichend

(Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Siegmann § 9 Rz. 15, Palandt/Weidlich § 2255 BGB Rz. 4-7). Neben der Widerrufshandlung muss die Widerrufabsicht des Erblassers feststehen. Sofern eine Vernichtung des Testamentes vorliegt, wird die Absicht gemäß § 2255 S. 2 BGB vermutet. Der erforderliche Beweis des Gegenteils der Vermutung kann zum Beispiel auch darauf gestützt werden, dass der Erblasser die Vernichtung nur in Vorbereitung einer neuen Urkunde vorgenommen hat, zu der es dann nicht mehr gekommen ist (BayObLG FamRZ 1998, 258). Der Widerruf nach § 2255 BGB kann nicht widerrufen werden (Palandt/Weidlich § 2255 BGB Rz. 14). Unter Umständen ist der Widerruf aber nach § 2078 BGB anfechtbar (BayObLG 1983, 204). Im Zweifelsfall sollte der Erblasser aber neu testieren.

c. Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung

Gemäß § 2265 S. 1 BGB gilt ein öffentliches Testament dann als widerrufen, wenn es aus der besonderen amtlichen Verwahrung des Amtsgerichtes entnommen wird. Dagegen hat die Rücknahme eines privaten und gemäß § 2248 BGB hinterlegten Testamentes gemäß § 2256 Abs. 3 2. HS auf dessen Wirksamkeit keinen Einfluss (Brox, Erbrecht Rz. 141). Formell ist eine persönliche Rückgabe an den Erblasser vorgeschrieben, die er jederzeit verlangen kann, und auch Wirksamkeitsvoraussetzung für den Widerruf ist (Palandt/Weidlich § 225 BGB Rz. 2).

X. Das Bedürftigentestament

Um den Grund der Gestaltung eines Testamentes für Bedürftige zu verstehen, sind zunächst die Grundzüge der sozialrechtlichen Ansprüche aus dem Sozialgesetzbuch (SGB) darzustellen.

1. Nachranggrundsatz

Im Sozialrecht gilt der Nachranggrundsatz (vgl. § 2 Abs. 1 SGB XII, § 9 SGB II). Staatliche Leistungen erhält danach nur derjenige, der hilfebedürftig ist, sich also nicht selber helfen kann. Zunächst muss der Nachfragende daher versuchen, alle sonstigen Ansprüche, die ihm zustehen, zu realisieren. Hierzu gehören auch die Ansprüche gegenüber anderen. Sofern bereite Mittel zur Verfügung stehen, ist eine Leistungsbeziehung nicht möglich. Als bereite Mittel werden auch diejenigen Ansprüche angesehen, die zunächst gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Da dies Zeit in Anspruch nimmt, besteht für den Sozialhilfeträger die Möglichkeit, die Mittel auch als Darlehen zu vergeben. Sofern der Nachfragende dann finanzielle Mittel aus vorrangigen Quellen erhalten hat, wird das Sozialamt den Nachranggrundsatz wieder herstellen wollen. Hier hat das Sozialamt die Möglichkeit, Ansprüche des Bedürftigen auf sich überzuleiten oder von ihm Kostenersatz zu verlangen. Häufig erhalten Be-

hinderte staatliche Unterstützung, insbesondere dann, wenn sie aufgrund ihrer Behinderung in einer Pflegeeinrichtung untergebracht sind, damit sie besser therapiert werden können, oder damit sie eine besondere Ausbildung erhalten können, um Ihnen nach Möglichkeit ein selbstständiges Leben zu ermöglichen. Aber auch der behinderte Mensch ist als Leistungsberechtigter verpflichtet, entsprechend dem Nachranggrundsatz, sein Einkommen und sein Vermögen im gesetzlich festgelegten Umfang einzusetzen, bevor ein Anspruch auf Leistungen aus der Sozialhilfe besteht. Hinsichtlich des einzusetzenden Vermögens gelten die §§ 85- 89 SGB XII und § 90 SGB XII. Soweit also ein behinderter Mensch durch Erbfolge Vermögen erhält, muss er dieses Vermögen einsetzen. Sofern schon Leistungen bezogen wurden, kann der Sozialträger nach § 102 SGB XII im Wege des Kostenersatzes auf das Erbe zugreifen. Eine Enterbung hilft hier häufig nicht, um das familiäre Vermögen zu schützen. Sofern z.B. ein behindertes Kind, um das Familienvermögen vor dem staatlichen Zugriff zu schützen, enterbt wird, hat es einen Pflichtteilsanspruch. Hier besteht nun die Möglichkeit den Grundsatz der Nachrangigkeit durch Überleitung des Anspruches auf den Staat gemäß § 93 SGB XII durchzusetzen. Dass es sich dabei um eine höchstpersönlichen Anspruch handelt bzw. der Pflichtteilsanspruch auch nur beschränkt (§ 852 ZPO) pfändbar ist, steht dem nicht entgegen (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Littig* Rz.172). Eine Überleitung des Anspruches ist sogar dann möglich, wenn der Berechtigte den Pflichtteil gar nicht geltend gemacht hat und wird auch dann vollzogen, wenn durch eine Pflichtteilsstrafklausel eine spätere Schlusserbeinsetzung verlustig geht (BGH ZEV 2005, 117 a.A. BayObLG NJW RR, 1157 Überleitung nur, wenn sich der Pflichtteilsberechtigten entschlossen hat den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen.)

Beispiel:

Die Eheleute A haben zwei Kinder, wobei eines behindert ist. Dieses Kind ist auf einer besonderen Ganztageschule und erhält hierfür Leistungen vom Sozialträger. Die Eheleute haben ein „normales“ Berliner Testament, wodurch sie sich gegenseitig als Vollerben und die gemeinsamen Kinder als Schlusserben zu gleichen Teilen bestimmen. Als Vermögen haben die Eheleute A im Wesentlichen nur das selbstgenutzte Einfamilienhaus. Herr A verstirbt. **Welche Gefahr droht Frau A?**

Durch die angeordnete Voll- und Schlusserbschaft sind beide Kinder nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten enterbt. Auch zugunsten des behinderten Kindes entsteht ein Pflichtteilsanspruch, der, nach oben ausgeführten, auf den Staat übergeleitet werden kann. Dies kann nun dazu führen, dass Frau A seitens des Staates auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch genommen wird. Besteht nun das Vermögen im Wesentlichen nur aus dem Haus, so ist dies zu veräußern und aus dem Erlös der Pflichtteilsanspruch zu erfüllen. Auch ist daran zu denken, dass Frau A ein Darlehen aufnimmt und zur Sicherung des Darlehens eine Grund-

schuld an dem Haus bestellt. Durch das teure Darlehen ist die Frau nun gehindert eine sorgfältige Altvorsorge aufzubauen.

2. Gestaltung

Um die, unter 1. dargestellten Nachteile abzuwenden, versucht man den staatlichen Zugriff zu verhindern. Die Gestaltungsvarianten sind unterschiedlich und auf jeden Einzelfall bezogen. Für Vertiefung diese Themenkomplexes sei auf die Ausführungen von *Littig* in: „Der Fachanwalt für Erbrecht, Kapitel 20, Rz. 174 f.“ verwiesen, hier soll zu Lehrzwecken kurz auf **die klassische Gestaltungsvariante** eingegangen werden. Das behinderte Kind wird, auch schon nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten, zum **nicht befreiten Vorerben** eingesetzt. Als **Nacherben** werden die Abkömmlinge des behinderten Kindes, oder, wenn solche nicht vorhanden sind, dessen Geschwister oder andere Verwandte eingesetzt, wobei der **Nacherbfall mit dem Tod des behinderten Kindes** eintritt. Zusätzlich wird für den Erbteil des behinderten Kindes eine **Dauertestamentsvollstreckung** (§ 2209 BGB) angeordnet. Der Testamentsvollstrecker wird gemäß (§ 2216 Abs. 2 BGB) durch **Verwaltungsanordnungen** verpflichtet, aus den Erträgen des Erbteils dem behinderten Kind Zuwendungen zu machen, die möglichst nicht auf Sozialhilfeleistung anrechenbar sind, damit eine Leistungskürzung vermieden wird (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Littig* Rz. 177). Hierdurch ist folgendes erreicht:

1. Durch die nicht befreite Vor- und Nacherbschaft kann nur in den engen Grenzen der 2112 f. BGB über den Nachlass verfügt werden, zudem muss der Nachlass entsprechend § 2111 BGB an die Nacherben herausgegeben werden. Bei dem Nachlass handelt es sich damit um nicht verwertbares Vermögen und kann daher auch nicht im sozialhilferechtlichen Sinne eingesetzt werden (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Littig* Rz. 177).

2. Die Testamentsvollstreckung gewährleistet, dass der Nachlass auch bei einer geistigen Behinderung des Kindes gesteuert werden kann. Der Testamentsvollstrecker ist gemäß § 2205 BGB derjenige, dem das Verfügungsrecht über den Nachlass zusteht.

4. Kapitel „Die Auslegung von letztwilligen Verfügungen“

I. Allgemeine Auslegungsgrundsätze

Willenserklärungen müssen nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Nach § 133 BGB soll bei der Auslegung von Willenserklärungen der **wirkliche Wille** erforscht und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks gehaftet werden und nach § 157 BGB sollen Verträge **nach Treu und Glauben** mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen sein. Dabei ist nach allgemeiner Meinung § 133 BGB auch auf Verträge und § 157 BGB, der den Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers zum Inhalt hat, auch auf einseitige Willenserklärungen anzuwenden (*Palandt/Ellenberger* § 133 BGB Rz. 19). Auslegen bedeutet dabei, den Willen des Erklärenden mit Hilfe von Erfahrungssätzen aus Indizien, die bei formbedürftigen Erklärungen **auch außerhalb der Urkunde** liegen können, zu ermitteln, in dem man von einem beobachteten äußeren Verhalten des Erklärenden auf seinen dahinter stehenden Willen schließt (*Lüderitz*, Die Auslegung von Rechtsgeschäften S. 321 ff).

Sofern empfangsbedürftige Willenserklärungen **unter Lebenden** auszulegen sind, so ist anerkannt, dass im Interesse des Vertrauensschutzes des Erklärungsempfängers nur der Willensinhalt maßgeblich ist, der für den Empfänger bei Beachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt erkennbar sein muss (BGH NJW 1984, 721). Nun besteht **bei einseitigen Verfügungen von Todeswegen** (Einzeltestament, einseitige Verfügungen im Erbvertrag und nicht wechselbezügliche Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament) die Besonderheit, dass hier auf den Vertrauensschutz eines Erklärungsempfängers keine Rücksicht zu nehmen ist und daher für die Auslegung statt der verkehrüblichen Bedeutung der tatsächliche, reale, subjektive Wille des Erblassers maßgeblich ist. Hierzu zählt seine Auffassung, Vorstellung und innere Meinung über den Sinn der Erklärung sowie der subjektive Sprachgebrauch des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (*MüKo/Leipold* § 2084 BGB Rz. 14; *Palandt/Ellenberger* § 133 Rz. 13; *Palandt/Weidlich* § 2084 BGB Rz. 2). Deshalb wird die **Auslegung eines Testamentes** grundsätzlich **nur von § 133 BGB** und **nicht auch von § 157 BGB** oder gar **von § 242 BGB** bestimmt (*Dippel AcP* 177, 349, 355). Im Ergebnis hat sich die Testamentsauslegung nur an dem **wirklichen Willen** des Testierenden zu orientieren. Nun liegt die Schwierigkeit allerdings darin, dass der innere Wille des Erblassers nur durch Rückschlüsse aus äußeren Anhaltspunkten ermittelt werden kann. Die Auslegung darf sich aber nicht auf eine bloße Analyse des Wortlautes beschränken (BGH NJW 1982, 672). Es müssen auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände, mögen diese vor oder nach der Errichtung liegen, zur Auslegung herangezogen werden (*Palandt/Weidlich* § 2084 BGB Rz. 2). Umstände dieser Art können sämtliche Schriftstücke des Erblassers sein; so auch seine widerrufenen oder formungültigen Testamente. Auch können Zeugenaussagen von Personen herangezogen werden, die bei der Testamentserrichtung anwesend waren. Aber auch die Bildung sowie die berufliche Stellung des Erblassers, seine Geschäftsgewandtheit sowie die

Höhe und Herkunft des Vermögens des Erblassers und die Frage, mit welchem Mittel ein bestimmter Gegenstand erworben wurde, können bei der Auslegung Berücksichtigung finden. Auch mündliche Äußerungen und Verhaltensweisen des Erblassers vor und nach der Errichtung über den Inhalt seines Testamentes können verwertet werden, da sie zumindest Anzeichen für seine Willensrichtung im Zeitpunkt der Testamenterrichtung sind (*Staudinger/Otte* Vor. § 2064 BGB Rz. 79) Auch daraus, wie die Beteiligten das Testament nach dem Erbfall spontan aufgefasst haben, können sich Anhaltspunkte für den vom Erblasser gewollten Sinn ergeben. Nicht zuletzt ist bei der Auslegung die allgemeine Lebenserfahrung zu berücksichtigen (BGHZ 86, 41, 45 f.).

II. Prüfungsreihenfolge der Auslegung

Bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist wie folgt vorzugehen:

1. Schritt

In einem ersten Schritt muss der Wortlaut der letztwilligen Verfügung entscheidend sein. Dieser ist jedoch nicht bindend, denn es ist der tatsächlich vorhandene, wirkliche Wille des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung zu erforschen. Jede Willenserklärung, auch die scheinbar klare und eindeutige, der Auslegung zugänglich ist (BGH NJW 1987, 3131).

2. Schritt

Wenn der **tatsächliche Wille** des Erblasser bewiesen oder zugestanden oder sein **mutmaßlicher Wille** festgestellt ist, ist in einem weiteren (zweiten) Schritt zu prüfen, ob der so ermittelte Erblasserwille in Anwendung der **Anhalts- oder Andeutungstheorie** hinreichende Anhaltspunkte im Testament selbst hat, was erforderlich ist, damit er gemäß § 125 BGB formgültig erklärt wird (BGHZ 80, 242, 244). Die Auslegungsfrage wird somit bei diesem Vorgehen von der Formfrage getrennt. Eine Aufgabe der Andeutungstheorie würde praktisch zur Gestattung der formlosen letztwilligen Verfügung führen (*Schlüter*, *Erbrecht* Rz. 192 f.). Diese Andeutungstheorie ist allerdings umstritten. *Brox* ist der Auffassung, dass die Anwendung der Andeutungstheorie eine große Rechtsunsicherheit birgt, da es in der nicht kalkulierbaren Entscheidung des Richters liegt, ob er die geforderte Andeutung im Testament findet oder nicht. Zudem ist er der Auffassung, dass die Andeutungstheorie zu Unrecht den ausschweifenden Erblasser gegenüber demjenigen bevorzugt, der knapp formuliert (*Brox*, *Erbrecht* Rz. 197). *Brox*' Ansicht geht m.E. zu Lasten der Rechtssicherheit, zumal die Rechtsprechung bei den Anforderungen an die Andeutung großzügig verfährt.

Sofern es dem Richter nicht gelingt, sich von dem tatsächlich vorhanden gewesenen Willen des Erblasser zu überzeugen, muss er sich, notfalls als zweitbeste Lösung,

damit begnügen, den Sinn zu ermitteln, der dem **mutmaßlichem Erblasserwillen** am ehesten entspricht (BGH NJW 1981, 2745). Der mutmaßliche Erblasserwille ist kein dem Erblasser unterstellter hypothetischer, irrealer Wille, wie bei der ergänzenden Testamentsauslegung, sondern der wirkliche Wille, den der Erblasser mutmaßlich gehabt hat, als er sein Testament errichtete (RGZ 134, 277, 280). Um den mutmaßlichen Erblasserwillen festzustellen, muss geprüft werden, was der Erblasser, als er das Testament errichtete, vernünftigerweise gewollt haben kann. Anhaltspunkte dafür sind aus dem Testament, den sonstigen Umständen und aus der allgemeinen Lebenserfahrung zu entnehmen (RGRK/Johannsen § 2084 BGB Rz. 17). Auch hier muss jedoch, wenn der Inhalt der Erklärung durch Auslegung ermittelt ist, weiter geprüft werden, ob dieser Wille genügend Ausdruck in der Urkunde gefunden hat, um formgültig zu sein (BGHZ 86, 41, 47).

Daneben besteht zudem die Notwendigkeit, in Einzelfällen eine lückenhafte Regelung in der Verfügung von Todeswegen zu vervollständigen. Dies ist Aufgabe der **ergänzenden Auslegung**, die daher immer eine ergänzungsbedürftige Lücke voraussetzt (MüKo/Leipold § 2084 BGB Rz. 39). Eine Lücke in diesem Sinne ist eine planwidrige Unvollkommenheit, d.h. das Fehlen einer Regelung, die der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte, irrtumsbedingt aber nicht getroffen hat (MüKo/Leipold § 2084 BGB Rz. 39).

Die **ergänzende Testamentsauslegung** ist in folgenden Schritten vorzunehmen (vgl. hierzu BGHZ 80, 242).

1. Schritt

Zunächst ist mittels einfacher Auslegung die **Lücke**, d.h. die planwidrige Unvollständigkeit oder das Sachverhaltsdefizit, **festzustellen**. Dabei ist das Ziel, also die wirkliche Willensrichtung des Erblassers zu ermitteln, das er mit der Verfügung zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung hatte erreichen wollen (Gerhards JuS 1994, 642).

2. Schritt

Dann ist zu prüfen, ob die **Lücke** überhaupt **planwidrig** ist, d.h. ob der Erblasser, wenn er sich ihrer bewusst gewesen wäre, eine andere Testamentgestaltung gewählt hätte oder ob die Lücke nicht etwa gewollt war.

3. Schritt

In einem dritten Schritt ist die **Lücke** zu **schließen**. Hierbei ist festzustellen, was nach der Willensrichtung des Erblassers, d.h. seiner allgemeinen Motivation im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, als von ihm gewollt und inhaltlich gestaltet worden wäre, wenn er die Veränderung der Sachlage vorausgesehen hätte (BGHZ 22, 357). Es geht somit nicht darum, dass der erwiesene oder auch nur mutmaßliche wirkliche Wille

des Erblassers zur Geltung gebracht wird, sondern um die Berücksichtigung eines dem Erblasser unterstellten irrealen oder hypothetischen Willens, den der Erblasser vermutlich gehabt hätte, wenn er bei der Testamentserrichtung die künftige Entwicklung wenigstens als möglich vorausgesehen hätte (BayObLGZ 1982, 59).

4. Schritt

Zuletzt muss geprüft werden, ob das Auslegungsergebnis auch vor dem Hintergrund der **Formerfordernisse** Bestand hat. Wie bei der einfachen Auslegung, gilt auch bei der ergänzenden Auslegung nach der **Andeutungstheorie**, dass die Willensrichtung des Erblassers, d.h. seine allgemeine Motivation, aus der Urkunde selbst wenigstens andeutungsweise festzustellen ist (BGHZ 22, 357). Grundsätzlich ist angebracht bei der ergänzenden Testamentsauslegung Zurückhaltung zu üben, weil die Auslegung nicht dazu führen darf, dasjenige als vom Erblasser gewollt anzusehen, was ein Dritter an seiner Stelle getan hätte (MüKo/Leipold § 2084 BGB Rz. 37).

5. Kapitel: Die Anfechtung der Verfügung von Todes wegen

I. Allgemeines zur Anfechtung

Grundsätzlich kann sich die Frage nach der Anfechtung nur stellen, wenn zuvor die letztwillige Verfügung ausgelegt wurde. Denn nur dann ist festgestellt, dass **Wille und Erklärung auseinander fallen**, was Voraussetzung der Anfechtung ist.

Bekannt dürfte sein, dass das BGB im Allgemeinen Teil Anfechtungsgründe normiert hat (u.a. §§ 119, 123 BGB). Sofern unverzüglich (§ 121 BGB) oder innerhalb der Jahresfrist (§ 124 Abs. 1 BGB) die Anfechtung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner (§ 143 BGB) erklärt wurde, kann das Rechtsgeschäft mit Wirkung ex tunc (§ 142 BGB) beseitigt werden.

Diese Normen gelten im Erbrecht jedoch nur eingeschränkt. Sie sind nur anwendbar bei der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§ 1954 BGB), der Versäumung der Ausschlagungsfrist (§ 1956 BGB) und bei Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträgen (§§ 2346, 2352 BGB).

II. Anfechtung im Erbrecht

Insbesondere bei der Anfechtung von letztwilligen Verfügungen gelten die Sonderregeln der §§ 2078 bis 2083 BGB, die gemäß § 2279 Abs. 1 BGB für die Anfechtung vertragsmäßiger Verfügungen in Erbverträgen entsprechend anzuwenden sind, soweit die §§ 2281 bis 2285 BGB nichts Besonderes bestimmen. Die Vorschriften über die Anfechtung vertragsmäßiger Verfügungen in Erbverträgen sind auf die Selbstanfechtung eigener wechselbezüglicher Verfügungen in bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testamenten entsprechend anwendbar.

III. Unterschiede des erbrechtlichen Anfechtungsrechts gegenüber den Anfechtungstatbeständen im allgemeinen Teil des BGB.

1. Auch ein **Motivirrtum** berechtigt gemäß § 2078 Abs. 2 BGB zur Anfechtung.

2. **Anfechten kann** nicht nur der Erklärende, sondern gemäß § 2080 Abs. 1 BGB **jeder**, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung **unmittelbar** zustatten kommen würde.

3. Anders als bei § 119 Abs. 1 BGB ist nicht der objektive Maßstab entscheidend, sondern **maßgeblich ist** ausschließlich **die subjektive Denk- und Anschauungsweise** des Erblassers (BGH FamRZ 1956, 83). Also kommt es nicht auf die Sicht des verständigen Durchschnittsmenschen, sondern auf den, möglicherweise auch eigensinnigen,

Erblasser an.

4. Eine **Schadensersatzpflicht**, vergleichbar § 122 BGB, **ist nicht vorgesehen**.

5. Die **Anfechtungsfristen** nach §§ 2082, 2283 BGB sind **länger** als die Regelung der „Unverzüglichkeit“ in § 121 BGB.

IV. Die Anfechtungsgründe

1. § 2078 Abs. 1 BGB

§ 2078 Abs. 1 BGB regelt den **Inhaltsirrtum** und den **Erklärungsirrtum**. Hier gilt nichts anderes als bei § 119 Abs. 1 BGB auch. Beispielsweise der Erblasser verschreibt sich bei der Errichtung seines Testamentes (Erklärungsirrtum) oder er irrt sich über die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung (z.B. Irrtum über die rechtliche Bedeutung der Vor- und Nacherbfolge). Dann handelt sich um einen Inhaltsirrtum.

2. § 2078 Abs. 2 BGB

a. Drohung

Hiernach kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser zu seiner Verfügung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. Ein solcher Fall ist z. B. dann gegeben, wenn ein Familienangehöriger dem Erblasser, der hilfsbedürftig ist, droht, ihn zu verlassen, wenn er nicht in einer bestimmten Art und Weise testiert (*Soergel/Damrau* § 2078 BGB Rz. 6).

b. Motivirrtum

Zum anderen regelt § 2078 Abs. 2 BGB die Möglichkeit der Anfechtung wegen Motivirrtums. Zur Anfechtung berechtigt danach, dass der Erblasser zu seiner Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Malitz* § 7 Rz. 34). Durch diese Erweiterung der Anfechtungsgründe soll dem wahren Willen des Erblassers ungeachtet eines Interesses des Bedachten an der Aufrechterhaltung der Verfügung zum Erfolg verholfen werden. Ein Vertrauen des Bedachten auf das im Testament Erklärte sieht das Gesetz als nicht schutzwürdig an, da der durch die Verfügung von Todeswegen Bedachte nicht Erklärungsempfänger ist und zudem unentgeltlich erwirbt (*Malitz/Benninghoven ZEV* 1998, 415).

Für die Anwendung des § 2078 Abs. 2 BGB sind **drei Voraussetzungen** zu erfüllen:

Zunächst muss bei Errichtung des Testamentes überhaupt eine **Erwartung oder Vorstellung** des Erblassers vorgelegen haben. Diese Erwartung oder Vorstellung muss

zweitens **wesentlicher Bestimmungsgrund** für die Errichtung der letztwilligen Verfügung, **also kausal**, gewesen sein. Und zuletzt muss irrtumsbedingt die so qualifizierte **Erwartung oder Vorstellung** schließlich **fehlgeschlagen** sein. Beispielsfälle können sein, dass der Erblasser angenommen hat, nicht mehr zu heiraten oder angenommen hat, jemand habe treue Dienste geleistet und werde dies in der Zukunft auch tun (MüKo/Leipold § 2078 BGB Rz. 23).

3. § 2079 BGB

§ 2079 BGB regelt einen **Sonderfall des Motivirrtums** und ergänzt § 2078 BGB (*Palandt/Weidlich* § 2079 BGB Rz.1). Hiernach kann eine letztwillige Verfügung bei irrtümlicher Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten werden. Von einem Übergehen wird gesprochen, wenn der Pflichtteilsberechtigte weder enterbt, noch als Erbe oder als Vermächtnisnehmer eingesetzt wurde (*Palandt/Weidlich* § 2079 BGB Rz.3). Die Besonderheit gegenüber § 2087 BGB liegt darin, dass der Erblasser sich keine positiven Vorstellungen bezüglich des Pflichtteilsberechtigten gemacht haben braucht. Hier wird vom Gesetz also als Regelfall vermutet, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage den Pflichtteilsberechtigten nicht übergangen hätte (*Palandt/Weidlich* § 2079 BGB Rz.5). Die Kausalität zwischen dem Irrtum des Erblassers und seiner letztwilligen Verfügung wird, wie man aus dem Wortlaut des S. 2 schließt, bis zum Beweis des Gegenteils durch den Anfechtungsgegner gesetzlich vermutet (OLG Frankfurt FamRZ **1995**, 522).

V. Anfechtungsberechtigung

Nach § 2080 Abs. 1 BGB ist zur Anfechtung derjenige berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung **unmittelbar zustatten** kommen würde. Der Anfechtende muss bei Wegfall der Verfügung einen erbrechtlichen Vorteil erlangen, den er sonst nicht bekommen würde (BayObLGZ **1975**, 6). Dies ist durch Vergleich mit der Rechtslage zu beurteilen, wie sie sich in Folge der Anfechtung darstellen würde (BGH NJW **1985**, 2025).

VI. Anfechtungserklärung

Die **Anfechtungserklärung** ist gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben, § 2081 Abs. 1 BGB. Sie kann schriftlich oder auch zu Protokoll abgegeben werden (*Palandt/Weidlich* § 2081 BGB Rz. 2). Inhaltlich ist zumindest die eindeutige Kundgabe des Anfechtungswillens erforderlich, wobei es genügt, wenn im Wege der Auslegung zu erkennen ist, dass die Erklärung auf die Rechtsfolge einer Anfechtung hinzielt und welche Verfügung betroffen sein soll (MüKo/Leipold § 2081 BGB Rz. 16).

VII. Anfechtungsfrist

Gemäß § 2082 Abs. 1 BGB kann die Anfechtung nur **binnen Jahresfrist** erfolgen. Sie ist also **keine Verjährungsfrist und** ist damit **von Amts wegen** zu beachten (*Palandt/Weidlich* § 2082 BGB Rz. 1). Die Frist beginnt gemäß Abs. 2 mit Kenntnisnahme vom Anfechtungsgrund. Es müssen alle die das Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen bekannt sein, insbesondere der Erbfall, die Verfügung, der Irrtum oder die Bedrohung und die Ursächlichkeit (*Palandt/Weidlich* § 2082 BGB Rz. 2).

VIII. Wirkung der Anfechtung

Durch die Anfechtung wird die angefochtene Verfügung selbst von Anfang an nichtig (§ 142 BGB), und zwar grundsätzlich in ihrem vollem Umfang, solange nicht die Anfechtung zulässigerweise auf einen Teil beschränkt wird (*Palandt/Weidlich* § 2078 Rz. 10). Wechselbezügliche Verfügungen des anderen Ehegatten sind nach § 2270 Abs. 1 BGB zu beurteilen, so dass grundsätzlich die Anfechtung deren Nichtigkeit bewirkt, insbesondere auch die Unwirksamkeit der Verfügungen des Erstverstorbenen zugunsten des Längerlebenden (*Staudinger/Kanzleiter* § 2079 BGB Rz. 71). Dies kann bedeuten, dass grundsätzlich die gesetzliche Erbfolge eintritt, wenn nicht eine zunächst infolge der wechselbezüglichen Verfügung unwirksame Verfügung von Todes wegen dadurch wieder ihre Wirksamkeit erlangt. Ausnahmsweise ist die wechselbezügliche Verfügung des anderen Ehegatten dann nicht unwirksam, wenn zumindest im Wege der Auslegung anzunehmen ist, dass der andere Ehegatte seine Verfügung auch für diesen Fall so getroffen hätte (*Lange/Kuchinke* § 24 VI 7b).

6. Kapitel Ausschluss von der Erbfolge

I. Enterbung

Gemäß § 1938 BGB kann der Erblasser durch Testament einen Verwandten, den Ehegatten oder den Lebenspartner von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen, ohne einen Erben einzusetzen. Aufgrund der Testierfreiheit kann der Erblasser somit seine gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließen (*Palandt/Weidlich* § 1938 Rz. 1). Den Fiskus als gesetzlichen Erben vermag der Erblasser hingegen nicht zu enterben, weil sonst der Nachlass ohne Rechtsträger wäre (*Brox, Erbrecht* Rz. 264). Der Ausschluss kann nur **durch Testament** oder **einseitige Verfügung** in einem Erbvertrag, auch bedingt oder nur für einen Teil des Nachlasses (*Palandt/Weidlich* § 1938 Rz. 2). Die Enterbung kann dabei positiv oder negativ formuliert sein.

Beispiel:

Der Erblasser hat zwei Kinder. Möchte er diese enterben, so kann er positiv eine andere Person einsetzen („Mein Alleinerbe ist mein Freund Holger“) oder, ohne einen Erben zu bestimmen, negativ testieren („Meine Kinder sollen mich nicht beerben“).

Sofern negativ testiert wird, führt der Ausschluss zur Anwendung der gesetzlichen Erbfolge ohne Berücksichtigung des Ausgeschlossenen, der so zu behandeln wäre, wie wenn er beim Erbfall nicht vorhanden gewesen wäre (*Palandt/Weidlich* § 1938 Rz. 3).

Beispiel:

Der Erblasser ist verheiratet und hat zwei Kinder. Enterbt er seine Frau, so erhöhen sich die gesetzlichen Erbteile der Kinder. Enterbt er hingegen ein Kind, so treten an dessen Stelle die Abkömmlinge des enterbten Kindes (§ 1924 Abs. 3 BGB), es sei denn auch diese wurde enterbt.

II. Erbunwürdigkeit

1. Gründe für die Erbunwürdigkeit

§ 2339 BGB zählt die Gründe für die Erbunwürdigkeit **abschließend** auf, wobei nicht zwischen gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge unterschieden wird.

Erbunwürdig ist derjenige, der:

- Den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder versucht hat zu töten.
- Den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich daran gehindert hat, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder aufzuheben.
- Den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung bestimmt hat, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder aufzuheben.
- Der sich in Ansehung der letztwilligen Verfügung durch die Verwirklichung der Urkundsdelikte im StGB strafbar gemacht hat.

2. Durchführung der Erbunwürdigkeit

Die Verwirklichung der Erbunwürdigkeitsgründe führen nicht selbst zum Verlust des Erbrechtes. Nur über ein **rechtskräftiges Urteil** (§ 2342 Abs. 2 BGB), das nach dem Erbfall **durch Anfechtung** des Erbanfalls mittels Klage (§§ 2340, 2341 BGB) eines dazu **Berechtigten** (2341 BGB) herbeizuführen ist und das nur im Verhältnis zu einem bestimmten Erblasser wirkt, kann die Erbunwürdigkeit herbeigeführt werden. (*Palandt/Weidlich* § 2339 Rz. 1). Diese Klage bezeichnet § 2342 BGB als Anfechtungsklage, die darauf zu richten ist, dass der Erbe für erbunwürdig erklärt wird. Die Anfechtungsklage kann **nur binnen Jahresfrist** erfolgen (§ 2340 Abs. 2 BGB), wobei die **Frist erst mit zuverlässiger Kenntnis** des Anfechtungsgrundes erfolgt. Wenn der Erbe rechtskräftig für erbunwürdig erklärt wurde, so ordnet § 2344 Abs. 1 BGB an, dass der Anfall an ihn nicht erfolgt ist. Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, § 2344 Abs. 2 BGB. Sofern also ein Erbe, gegen den die Anfechtungsklage erfolgreich durchgeführt wurde, über Erbschaftsgegenstände verfügt hat, hat er dies aufgrund der Rückwirkung des § 2344 BGB **als Nichtberechtigter** getan. Ob nun die Dritten den Gegenstand im Verhältnis zu den wirklichen Erben behalten dürfen, kann nun insbesondere davon abhängen, ob dem erbunwürdigen Erben ein Erbschein erteilt wurde, auf den der Rechtsverkehr vertrauen durfte (§ 2366 BGB) und ob diese Dritte im guten Glauben gehandelt haben.

III. Verzicht auf das Erbe

1. Der Erbverzicht

Der **Erbverzicht** ist in den §§ 2346- 2352 BGB geregelt. Er ist ein vom Erblasser zu seinen Lebzeiten mit seinem Ehegatten/ eingetragenen Lebenspartner oder mit einem Verwandten abgeschlossener erbrechtlicher Vertrag, in dem der Vertragspartner auf den Anfall seines künftigen gesetzlichen Erbrechts verzichtet (*Palandt/Weidlich* Überbl. v. § 2346 BGB Rz. 1). Nach Abschluss des Verzichtsvertrages wird der Verzichtende gemäß § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB von der **gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen**.

sen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; er hat kein Pflichtteilsrecht. Der Erbverzicht ist damit keine Verfügung über gegenwärtiges Vermögen, sondern ein **erbrechtliches Verfügungsgeschäft**, das lediglich einen zukünftigen Erwerb verhindert (*Brox*, Erbrecht Rz. 284). Beim Abschluss des Verzichtsvertrages darf sich der Verzichtende **vertreten** lassen. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass andernfalls ein Geschäftsunfähiger einen möglicherweise günstigen Verzichtsvertrag nicht abschließen kann (*Palandt/Weidlich* § 2347 BGB Rz. 1). Gemäß § 2347 Abs. 2 BGB muss der geschäftsfähige Erblasser den Verzichtsvertrag **persönlich** schließen. Der geschäftsunfähige Erblasser wird gemäß § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB vertreten; die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist erforderlich. § 2348 BGB ordnet an, dass der Erbverzicht **notariell beurkundet** werden muss. Die Wirkungen des Erbverzichtsvertrages erstrecken sich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (§ 2349 BGB). Die Rechtswirkungen gelten allerdings nur zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden im Hinblick auf den Erbgang nach dem Erblasser.

Beispiel:

Verzichtet der Sohn auf das Erbe seines Vaters, so können an seine Stelle nicht seine Abkömmlinge treten, die eigentlich nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge ein Eintrittsrecht haben (§ 1924 Abs. 3 BGB). Sofern allerdings der Nachlass des Vaters bei Tod erst auf seine Ehefrau geht, so ist der Sohn nach seiner Mutter erbberechtigt, auch wenn er auf diesem Weg doch Vermögen seines Vaters erhält.

Dies liegt darin begründet, dass das Gesetz davon ausgeht, dass niemand den Erbverzicht ohne Entgelt erklärt, sondern vom Erblasser **eine Abfindung** erhält. Im Falle einer Abfindung verhindert § 2349 BGB damit die Bevorzugung eines Stammes (*Palandt/Weidlich* § 2349 BGB Rz. 1). Sofern ein Erbverzichtsvertrag gegen Zahlung einer Abfindung geschlossen werden soll, kann es zu Schwierigkeiten kommen, die in der Literatur unterschiedlich gelöst werden sollen. Das Problem ergibt sich daraus, dass der Erbverzicht mit Abschluss des Vertrages wirkt, so dass der Verzichtende gebunden ist, auch wenn er keine Zahlung erhält. Abgesichert werden kann der Verzichtende dadurch, dass der Erblasser im Hinblick auf die Abfindung eine **notariell beurkundete Zwangsvollstreckungsklausel** unterschreibt, die dem Verzichtenden die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglicht oder dass zwischen den Beteiligten **Bedingungen** vereinbart werden, durch die der Erb- oder Pflichtteilsverzicht an die vollständige Zahlung der Abfindung geknüpft wird (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mittenzwei* Kapitel 22 Rz. 37). Sofern dies nicht geschieht, möchte *Brox* **die § 320 f. BGB** anwenden (*Brox*, Erbrecht Rz. 291). *Larenz* arbeitet mit einem **Rücktrittsrecht** gemäß §§ 2281, 2078 BGB (*Larenz*, JherJb 81, 1, 3). *Johannsen* sieht das **Bereicherungsrecht** als anwendbar an (RGRK/*Johannsen* § 2346 BGB Rz. 6). Der Weg über das Bereicherungsrecht scheint m.E. der richtige zu sein. Anwendbar wäre § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, die Kondiktion wegen Nichteintritt des mit einer Leistung bezweckten

Erfolges. Gegen *Brox* spricht, dass der Verzicht eine Verfügung ist, die Abfindung hingegen eine schuldrechtliche Abrede, so dass mangels Gegenleistung § 320 BGB nicht anwendbar ist. Gegen *Larenz* spricht, dass eine Irrtumslage nicht erkennbar ist, der Erblasser kommt nur seiner Verpflichtung nicht nach. Es besteht gemäß § 2351 BGB die Möglichkeit, dass der Erbverzicht durch **Aufhebungsvertrag** beseitigt wird, der von den Vertragsparteien geschlossen sein muss und der notariellen Beurkundung bedarf. Zwar ist eine einseitige Aufhebung des Vertrages durch den Erblasser nicht möglich, er kann den Verzichtenden oder seine Abkömmlinge aber testamentarisch als Erben einsetzen (BGH 30, 261). Hierbei ist allerdings zu beachten, dass das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht des Nächstberufenen nicht berührt wird (*Palandt/Weidlich* § 2351 BGB Rz. 2).

Beispiel:

Der verwitwete Vater hat mit Sohn A einen Erbverzicht geschlossen, so dass Sohn B entsprechend § 2346 Abs. 1 S. 2 der Alleinerbe des Vaters wäre. Vor dem Verzichtsvertrag wären beide Söhne Erben zu jeweils $\frac{1}{2}$ gewesen. Die Pflichtteilsquoten wären damit jeweils $\frac{1}{4}$. Dadurch, dass der Erbverzicht geschlossen wurde, hat sich die Pflichtteilsquote des B erhöht, denn er ist nach dem Verzicht des A der gesetzliche Alleinerbe des V. Würde er enterbt werden, so ist die Quote $\frac{1}{2}$ für B. Sofern nun V, trotz Verzicht zum Alleinerben einsetzt, so bleibt die Quote für B bei $\frac{1}{2}$, sie verringert sich nicht etwa wieder auf $\frac{1}{4}$.

2. Pflichtteilsverzicht

Gemäß § 2346 Abs. 2 BGB kann der Verzicht auch auf das Pflichtteil beschränkt werden. Der Pflichtteilsverzicht ändert im Gegensatz zum Erbverzicht nicht die gesetzliche Erbfolge, so dass auch keine Erhöhung der Pflichtteilsquote bei anderen eintritt (*Palandt/Weidlich* § 2346 BGB Rz. 5). Sofern nichts anderes vereinbart wird, umfasst der Pflichtteilsverzicht auch den Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB und den Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 BGB und schließt zugleich die Berufung auf die Verteidigungsrechte aus §§ 2306, 2318 Abs. 2, 2319 und 2328 BGB aus (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mittenzwei* Rz. 39, **näheres** hierzu und zu den Folgen wird im **Kapitel „Pflichtteilsrecht“** ausgeführt). Der wesentliche Unterschied zwischen Pflichtteils- und Erbverzicht ist der, dass der Verzichtende im ersten Fall noch Erbe werden kann, sofern dies nicht gewünscht ist, muss der Verzichtende in einer letztwilligen Verfügung zusätzlich enterbt werden. Wichtig ist, darauf hinzuweisen, dass sich die Pflichtteilsquoten gemäß § 2310 S. 2 BGB erhöhen. Zu den Auswirkungen wird auf das obige Beispiel verwiesen.

3. Zuwendungsverzicht

Der Zuwendungsverzicht ist in § 2352 BGB geregelt. Hiernach kann derjenige, der durch Testament als Erbe oder als Vermächtnisnehmer eingesetzt ist, **durch Vertrag** mit dem Erblasser auf die Zuwendung **verzichten**. Der Vertrag bedarf gemäß §§ 2352 S. 2, 2348 BGB der **notariellen Beurkundung**. Die **Aufhebung** des Vertrags gemäß § 2351 BGB ist möglich (*Palandt/Weidlich* § 2352 BGB Rz. 2). Praktische Bedeutung erhält ein Zuwendungsverzichtsvertrag in den Fällen, in welchen dem Erblasser der einseitige Widerruf der letztwilligen Verfügung von Todes wegen versagt ist, z.B. dann, wenn Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet haben und nach dem Tod des Ehegatten wegen der nunmehr eingetretenen Bindungswirkung der Überlebende seine Verfügung nicht mehr widerrufen kann (*Münchener Anwaltshandbuch/Bengel* § 34 Rz. 51). Der Zuwendungsverzicht kann sich auch nur auf einen Teil der Verfügung beziehen, so dass der Zuwendungsverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft die betreffende Verfügung von Todes wegen in dem Umfang ihres Verzichts entkleidet, in ihrer weiteren rechtlichen Wirkung aber nicht aufhebt (*Palandt/Weidlich* § 2352 BGB Rz. 2).

7. Kapitel Vor- und Nacherbfolge

I. Begriff und Bedeutung

Die Möglichkeit, den Vermögensfluss über den Zeitpunkt des eigenen Todes hinaus zu steuern, wird insbesondere durch das Institut der **Vor- und Nacherbschaft** gewährleistet (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 1). Dieses Institut ist in den §§ 2100- 2146 BGB geregelt. Die Nacherbfolge ermöglicht es dem Erblasser, die Weitergabe seines Vermögens so zu steuern, dass es zunächst beim Erbfall zwar dem Vorerben persönlich, später aber nicht dessen Erben zukommt (*Palandt/ Weidlich* Einf. v. § 2100 BGB Rz.1), sondern demjenigen, den der Erblasser als Nacherben bestimmt hat. Mit dem Eintritt des Nacherbfalls geht die Erbschaft, die sich bis dahin als **Sondervermögen** in der Hand des Vorerben befunden hat, nach dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge von selbst und unmittelbar auf den Nacherben über (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 19 Rz.1). Vor- und Nacherben sind, wenn auch zeitlich nacheinander, beide Erben des Erblassers (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 19 Rz. 1). Sie bilden aber keine Erbengemeinschaft (Mü-Ko/*Grunsky* § 2100 BGB Rz.1). Die Vorteile dieses Institutes liegen darin, dass die Vermögenszuordnung durch den Erblasser bestimmt werden kann und somit erreicht werden kann, dass das Vermögen der Familie erhalten bleibt (*Brox* Erbrecht Rz. 332). Zudem kann auch das Ziel verfolgt werden, dass der Erbe eine bestimmte Handlung vornimmt oder unterlässt (Bsp. nach *Brox* Erbrecht Rz. 332: Der Nacherbfall soll eintreten, wenn der Vorerbe eine strafbare Handlung begeht).

II. Anordnung der Vor- und Nacherbfolge

Grundsätzlich hat die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge durch Testament oder durch Erbvertrag zu erfolgen (*Palandt/Weidlich* § 2100 BGB Rz. 2). Eine gesetzliche Anordnung ist nicht möglich (*Brox*, Erbrecht Rz. 333).

Der Zeitpunkt oder das Ereignis, zu welchem der Nacherbfall eintreten soll, kann vom Erblasser bestimmt werden (*Brox*, Erbrecht Rz. 342). Ordnet der Erblasser keinen Zeitpunkt an, so tritt nach § 2106 Abs. 1 BGB, dass der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben ein. Zeitlich ist der Erblasser an die Grenze des § 2109 BGB gebunden, so dass eine Weitergabe des Vermögens ad infinitum nicht möglich ist (Der Fachanwalt für Erbrecht, *Mehrle* Rz. 18). Hiervon lässt das Gesetz nur dann Ausnahmen zu, wenn in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt und diese Person zur Zeit des Erbfalls lebt oder wenigstens erzeugt ist (*Brox*, Erbrecht Rz. 342) oder wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, dass dem Vor- oder Nacherben ein (Halb-)Bruder oder eine (Halb-)Schwester geboren und diese Person als Nacherbe bestimmt wird (*Brox*, Erbrecht Rz. 342).

Die Wahl des Zeitpunktes oder des Ereignisses zu dem der Nacherbfall eintreten soll, darf Dritten nicht überlassen werden; dies ergibt sich aus § 2065 BGB (BGHZ 15, 199).

III. Die rechtliche Stellung des Vorerben

Mit dem Erbfall wird der Vorerbe **Herr des Nachlasses** (*Brox*, Erbrecht Rz. 349). Auf ihn gehen das gesamte Vermögen (§ 1922 BGB), der Besitz (§ 857 BGB) und die Verbindlichkeiten (§ 1967 BGB) über (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 22). Nach ausdrücklichem Wunsch des Erblassers soll dieses Vermögen mit Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses auf den Nacherben übergehen. Damit ist nachvollziehbar, dass der Vorerbe insofern kontrolliert werden muss, dass dieses nicht durch Handlungen des Vorerben verhindert wird, z.B. durch Abverfügungen von Nachlassgegenständen. Der Nachlass bildet daher **ein Sondervermögen**, das im Interesse der Nachlassgläubiger und des Nacherben eigenen rechtlichen Regelungen folgt (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Mehrle* Rz. 22). Diese Regelungen finden sich in den §§ 2112 bis 2145 BGB.

1. Verfügungen

Grundsätzlich kann der Vorerbe nach dem Erbfall und vor dem Nacherbfall über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände nur in den Grenzen der §§ 2113 – 2115 BGB verfügen. Diese Vorschriften schützen den Nacherben vor Verfügungen, die das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden (*Brox*, Erbrecht Rz. 350). So soll es dem Vorerben zum Beispiel nicht möglich sein, wirksam über Grundstücke oder Rechte an einem Grundstück zu verfügen, sofern das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt würde (§ 2113 Abs. 1 BGB). Derartige Verfügungen sind dann bei Eintritt des Nacherbfalls insoweit unwirksam, da der Nacherbe ansonsten leer ausginge (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Mehrle* Rz. 24). Allerdings gibt es auch hier **eine Ausnahme**: Der Erblasser kann anordnen, dass der Vorerbe ein **befreiter Vorerbe** sein soll (§ 2136 BGB). § 2136 BGB erlaubt es dem Erblasser daher, den Vorerben von den meisten der in den § 2113 f. BGB vorgesehenen Beschränkungen und Verpflichtungen zu befreien (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* Rz. 83). So kann der Erblasser den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen der §§ 2113 Abs. 1 BGB, 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134 BGB befreien- eine weitergehende Befreiung ist ausgeschlossen (Mü/Ko/*Grunsky* § 2136 BGB Rz. 5).

Folgende Beschränkungen und Verpflichtungen sind daher bindend:

- Surrogationsprinzip, § 2111 BGB
- Verbot unentgeltlich zu verfügen, § 2113 Abs. 2 BGB
- Unwirksamkeit von Zwangsverfügungen, § 2115 BGB
- Inventarpflicht, § 2121 BGB
- Nachlassfeststellung durch einen Sachverständigen, § 2122 S. 2 BGB
- Schadensersatzpflicht, § 2138 Abs. 2 BGB

Ansonsten wäre die Vor- und Nacherbfolge auch weitestgehend sinnentleert und der Erblasser könnte den Vorerben gleich als Vollerben einsetzen.

Da der Rechtsverkehr nicht unbedingt wissen kann, dass der Vorerbe Vorerbe ist und daher in seinen Verfügungsmöglichkeiten eingeschränkt ist, wird dieser über den in § 2113 Abs. 3 BGB angeordneten **Verweis auf die Gutgläubensvorschriften** geschützt. Weiß der Erwerber nicht von der Verfügungsbeschränkung des Vorerben, so wird er zum Nachteil des Nacherben geschützt (*Brox* Erbrecht Rz. 351). Aus diesem Grund ist auch darauf zu achten, dass der **Nacherbenvermerk** im Grundbuch eingetragen ist **und** dass sich aus dem **Erbschein** ebenfalls die Anordnung des Nacherbfalles ergibt (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 30 und 32).

2. Verpflichtungsgeschäfte

Der Vorerbe ist nicht daran gehindert Verpflichtungsgeschäfte einzugehen, die sich auf den Nachlass beziehen (*Brox*, Erbrecht Rz. 354). Geht der Vorerbe Dauerverbindlichkeiten ein (z.B. Mietverträge), so tritt der Nacherbe in den Vertrag ein, kann diesen aber unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen (*Brox*, Erbrecht Rz. 354).

3. Fürsorgepflicht

Da der Vorerbe den Nachlass bis zum Eintritt des Nacherbfalles nutzen darf, trifft den Vorerben eine gewisse **Fürsorgepflicht** für den Nachlass. Als Ausgleich für die Nutzungs- und Verfügungsrechte obliegt dem Vorerben als gesetzliche Verbindlichkeit eine **Verwaltungspflicht** (materielle Fürsorgepflicht), zu der die **formelle Rechenschaftspflicht** hinzutritt (*Palandt/Weidlich* § 2130 BGB Rz.5). Zu den Verwaltungspflichten gehört die Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, aber auch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten, sofern dies für die ordnungsgemäße Verwaltung erforderlich ist (*Brox*, Erbrecht Rz. 355). Macht die ordnungsgemäße Verwaltung, insbesondere die Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, eine Verfügung erforderlich, die nur mit Einwilligung des Nacherben wirksam ist (z.B. Veräußerung eines Nachlassgrundstückes), so ist der Nacherbe gemäß § 2120 BGB verpflichtet, diese zu erteilen, und zwar auf Verlangen des Vorerben in öffentlich beglaubigter Form (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 19 Rz. 63).

4. Surrogation

Damit die Erbschaft dem Nacherben möglichst ungeschmälert und gesondert erhalten bleibt, gehören zur Erbschaft nach § 2111 Abs. 1 BGB nicht nur die vom Erblasser hinterlassenen Gegenstände, sondern auch deren **Surrogate**, d.h. das, was der Vorerbe aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern ihm nicht der Erwerb der Nutzung gebührt (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 19 Rz. 47). Diese Surrogation bewirkt, dass der neue Vermögensgegenstand automatisch in den Nach-

lass fällt (MüKo/*Grunsky* § 2111 Rz. 3). Hier kann man sich auch an den Surrogationsvorschriften der Erbengemeinschaft orientieren. Der wichtigste Fall der Surrogation ist die „**Mittelsurrogation**“ (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 37). Diese liegt vor, wenn der Gegenwert objektiv aus dem Nachlass stammt (Palandt/*Weidlich* § 2111 BGB Rz.5). Entscheidend ist die Objektivität, das heißt, auf den Willen des handelnden Vorerben kommt es nicht an (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 37). Erwirbt also der Vorerbe aus Mitteln der Erbschaft einen Gegenstand zum persönlichen Gebrauch, gehört dieser zum Nachlass, auch wenn der Vorerbe irrtümlich Eigenmittel zu verwenden glaubt (Palandt/*Weidlich* § 2111 BGB Rz.5). Löst der Vorerbe mit Mitteln des Nachlasses eine Hypothek ab, so fällt die dann entstehende Eigentümergrundschuld in den Nachlass (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 37). Auch kann der Nacherbe die Eintragung eines Nacherbenvermerks in das Grundbuch eines Grundstücks verlangen, dass der Vorerbe mit Mitteln des Nachlasses erworben hat (BGH NJW 1990, 1237).

5. Nutzungen und Erhaltungskosten

Da dem Vorerben das Nutzungsrecht am Nachlass zusteht, hat er im Gegenzug gemäß § 2124 Abs. 1 BGB die **gewöhnlichen Erhaltungskosten** zu tragen. Gewöhnliche Erhaltungskosten, die dem Vorerben zur Last fallen, sind diejenigen Kosten, die nach den rechtlichen und wirtschaftlichen Umständen des Nachlasses **regelmäßig** aufgewendet werden müssen, um das Vermögen in seinen Gegenständen tatsächlich und rechtlich zu erhalten (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 51). Andere Aufwendungen, die notwendig sind, aber das Maß des § 2124 Abs. 1 BGB überschreiten, verringern die Erbschaft, belasten also im Ergebnis den Nacherben (Palandt/*Weidlich* § 2124 BGB Rz. 3).

6. Rechte des Vorerben nach Eintritt des Nacherbfalls

Gemäß § 2125 Abs. 2 BGB kann der Vorerbe die Einrichtungen entnehmen, die von ihm selbst eingebracht wurden, z.B. Öfen, Lampen, Sicherheitsschlösser (Palandt/*Weidlich* § 2125 BGB Rz. 2).

Sofern der Vorerbe Aufwendungen, die unter § 2124 Abs. 2 BGB fallen, aus seinem eigenen Vermögen bestreitet, so hat er gegen den Nacherben einen Ersatzanspruch, sofern er die **Aufwendungen für erforderlich** halten durfte und er die Aufwendungen nicht schon bereits aus der Substanz der Erbschaft entnommen hat (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 54).

Zweckmäßige, aber eben **nicht notwendige Aufwendungen** werden gemäß § 2125 Abs. 1 BGB **nach den Regeln der GoA** erstattet; wenn sie also (§ 683 BGB) dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechen. Derartige Aufwendungen darf der Vorerbe nicht aus dem Stamm der Erbschaft entnehmen (MüKo/*Grunsky* § 2125 BGB Rz. 2).

IV. Die rechtliche Stellung des Nacherben

1. Anwartschaftsrecht

Der Erwerb des Nachlasses durch den Nacherben vollzieht sich in **zwei Schritten** (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 60). Sicherlich erhält der Nacherbe den Nachlass **mit Eintritt des Nacherbfalles**, aber bereits **vor dem Nacherbfall** erwirbt der Nacherbe eine unentziehbare und gesicherte Rechtsposition, die man als **Anwartschaftsrecht** bezeichnen kann (BGHZ 87, 367). **Diese Rechtsposition ist** gemäß § 2108 Abs. 2 BGB **vererblich**; ist jedoch der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt (§ 2108 Abs. 2 S. 2 BGB), so bleibt es bei der Regel des § 2074 BGB, wonach im Zweifel anzunehmen ist, dass die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Bedingungseintritt erlebt (*Brox* Erbrecht Rz. 345). Sofern aber nichts anderes geregelt ist, treten an die Stelle des Nacherben, der den Eintritt des Nacherbfalles nicht mehr erlebt hat, die gesetzlichen oder die gewillkürten Erben des Nacherben (MüKo/*Grunsky* § 2108 BGB Rz.5). Nach heute ganz herrschender Meinung kann der Nacherbe **über sein Nacherbrecht verfügen** (*Brox* Erbrecht Rz. 345 mit Verweis auf BGHZ 87, 367). Auf die Veräußerung finden die §§ 2033 f, 2371, 3285 BGB Anwendung (*Lange/Kuchinke* § 28 VII 3e). Somit ist sowohl für die Verpflichtung, als auch für die Verfügung eine notarielle Beurkundung notwendig. Zu beachten ist, dass der Erblasser die Veräußerbarkeit ausschließen kann (*Palandt/ Weidlich* § 2108 BGB Rz. 6). (Dies ist aber streitig. Zur entgegengesetzten Meinung: Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 62). Wenn das Anwartschaftsrecht aber verwertbar ist, ist es in jedem Fall auch pfändbar (*Brox*, Erbrecht Rz. 346).

2. Sicherungs- und Kontrollrechte

Der Nacherbe, dem mit Anfall der Nacherbschaft der Herausgabeanspruch nach § 2130 BGB und Schadensersatzansprüche zustehen, hat, meist unter der Voraussetzung, dass der Vorerbe nicht befreit ist, Kontroll- und Sicherungsrechte (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 66). Diese sind:

- Anspruch auf Erstellung des Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände, § 2121 BGB.
- Auskunft über den Bestand des Nachlasses, § 2127 BGB.
- Sicherungsrechte bis zur Zwangsverwaltung, § 2128 Abs. 1 BGB.

3. Ansprüche bei Anfall des Nacherbfalles

Der **zentrale Anspruch** des Nacherben richtet sich auf **Herausgabe der Erbschaft als Sachgesamtheit** gemäß § 2130 BGB (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 74). Dieser Anspruch ist nicht schuldrechtlicher Natur, sondern ein erbrechtlicher Anspruch und ähnelt § 2018 BGB (*Palandt/Weidlich* § 2130 BGB Rz. 2). Der Nacherbe übernimmt den Nachlass mit allen Rechten und Pflichten, d.h. der Anspruch umfasst auch die Surrogate und nicht nur die beim Tod des Erblassers vorhandenen Gegenstände (*Palandt/Weidlich* § 2130 BGB Rz. 2).

Gemäß § 2130 Abs. 2 BGB kann der Nacherbe **Rechenschaftslegung** verlangen. Damit kann er gemäß § 259 BGB über die Einnahmen und Ausgaben während der Verwaltung Rechenschaft verlangen und auch Mitteilung über die **Bestandsveränderung** fordern (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Mehrle* Rz. 77).

Denkbar ist, dass der Nacherbe **Schadensersatzansprüche** gemäß § 2138 Abs. 2 BGB hat. Entspricht der Bestand der Erbschaft im Zeitpunkt des Nacherbanfalles nicht dem, was bei ordnungsmäßiger Verwaltung vorhanden wäre, hat der Vorerbe Schadensersatz zu leisten, wenn der Vorerbe der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 BGB zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat oder wenn er die Erbschaft in der Absicht den Nacherben zu benachteiligen, vermindert hat (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Hennicke* § 19 Rz.109). Der Schadensersatzanspruch entsteht erst mit Eintritt des Nacherbfalles. Vorher kann der Nacherbe Feststellungsklage erheben (BGH NJW 1977, 1631). Dem Nacherben bleibt es unbenommen den Schadensersatzanspruch und die Unwirksamkeit der Verfügung auch gegenüber Dritten geltend zu machen (*Palandt/Weidlich* § 2138 Rz. 2). Von diesem Schadensersatzanspruch kann auch der befreite Vorerbe nicht entbunden werden.

8. Kapitel: Testamentvollstreckung

I. Allgemeines

Der **Testamentvollstrecker ist Treuhänder** des hinterlassenen Vermögens **und** gleichzeitig **Inhaber eines privaten Amtes**. Die Testamentvollstreckung kommt zum Tragen, wenn der Erblasser durch die letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass jemand die letztwilligen Anordnungen ausführen soll (*Brox, Erbrecht Rz. 372*). Die früheren Theorien, wie die so genannte „**Vertretertheorie**“, nach der der Testamentvollstrecker als Vertreter des Nachlasses oder der Erben handelt, oder die reine „**Treuhandtheorie**“, haben sich in der Rechtspraxis nicht durchgesetzt (*Lange/Kuchinke § 31 III S.2*). Der Testamentvollstrecker übt somit **kraft eigenen Rechts ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlass** aus, und zwar unabhängig vom Willen der Erben (*Palandt/ Weidlich Einf. 2 vor § 2197 BGB*). Der Testamentvollstrecker ist weder Vertreter des Erben noch des Erblassers, selbst wenn durch die Annahme des Amtes ein **gesetzliches Pflichtverhältnis eigener Art** begründet wird (*BGHZ 25, 275*). Damit ist er nach der **herrschenden „Amtstheorie“** Inhaber eines privaten Amtes und hat die Stellung eines Treuhänders (*BGHZ 13, 203; BGHZ 25, 275; BGHZ 51, 214*). Er hat als Träger dieses Amtes gegenüber den Erben eine weitgehend freie Stellung, wobei sich die Ausübung des Amtes allein nach objektiven Gesichtspunkten und dem **wohlverstandenen Erblasserwillen** orientiert (*Der Fachanwalt für Erbrecht, Bonefeld Rz. 2*).

II. Anordnung der Testamentvollstreckung

Der Testamentvollstrecker kann durch den Erblasser, einen Dritten oder durch den Nachlassrichter ernannt werden (*Brox, Erbrecht Rz. 374*). Gemäß § 2199 BGB kann der Erblasser auch den Testamentvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker oder einen Nachfolger zu ernennen. Grundsätzlich können **natürliche und juristische Personen** Testamentvollstrecker sein (*Der Fachanwalt für Erbrecht/Bonefeld Rz. 47, 64*). Allerdings kann niemand ohne seinen Willen Testamentvollstrecker werden (*Brox, Erbrecht Rz. 376*). Daher ist eine **Annahmeerklärung** gegenüber dem Nachlassgericht unbedingt erforderlich. Das Amt des Testamentvollstreckers beginnt mit der Annahmeerklärung, die allerdings erst nach dem Eintritt des Erbfalles abgegeben werden kann (*Brox, Erbrecht Rz. 377*).

III. Rechtsbeziehung zwischen dem Testamentvollstrecker und den Erben

Zwischen dem Testamentvollstrecker und dem oder den Erben besteht ein **gesetzliches Schuldverhältnis**. Auf dieses Rechtsverhältnis finden die **Vorschriften des Auftrages** (§§ 662 ff. BGB) **analoge** Anwendung (*Mayer/Bonefeld/Daragan/ Bonefeld Praxis-handbuch Testamentvollstreckung, S. 343*). Durch die Bestellung des

Testamentvollstreckers werden die Erbenrechte eingeschränkt. Die **Verfügungsbefugnis** geht gemäß § 2211 BGB auf den Testamentvollstrecker über, so dass die Verfügungsbefugnis der Erben ausgeschlossen ist. Die **Pflichten des Testamentvollstreckers** gegenüber den Erben ergeben sich im Wesentlichen aus den §§ 2215 bis 2219 BGB und sind gemäß § 2220 BGB zwingend. Gegenüber den Erben bestehen insbesondere **Benachrichtigungs- und Anhörungspflichten** bei besonderen Umständen und bei nach § 2204 Abs. 2 BGB durchzuführenden Auseinandersetzungen. Zudem besteht auf Verlangen bei berechtigtem Interesse eine **Auskunftspflicht**, sowie bei länger dauernden Verwaltungen ein Anspruch auf **Rechenschaftslegung**. Gegenüber den Erben hat der Testamentvollstrecker das Recht, die **Herausgabe des Nachlasses** (§ 2205 Satz 1 BGB), **Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen** (§§ 2218, 670 BGB) und eine **angemessene Vergütung** zu verlangen (§ 2221 BGB).

Der Testamentvollstrecker unterliegt **nicht der Aufsicht des Nachlassgerichts** (Der Fachanwalt für Erbrecht, *Bonefeld Rz. 47, 64*). Daher besteht weder eine gerichtliche noch eine behördliche Dauerkontrolle, selbst dann, wenn der Erblassers das anordnet (*Mayer/Bonefeld/Daragan/Mayer Praxishandbuch Testamentvollstreckung S. 10*). Nur auf Antrag eines Beteiligten hat das Nachlassgericht über eine **Entlassung aus wichtigem Grund** zu entscheiden (§ 2227 BGB), wodurch eine gewisse Grundüberwachung ermöglicht wird (*Palandt/ Weidlich Einf. 3 vor § 2197 BGB*).

IV. Arten der Testamentvollstreckung

Grundsätzlich wird die Testamentvollstreckung in **folgende Arten** unterteilt:

- **Abwicklungstestamentvollstreckung** (§§ 2203, 2204 BGB).

Hierbei handelt es sich um den gesetzlichen Regelfall. In diesem Fall hat der Testamentvollstrecker die letztwilligen Anordnungen des Erblassers auszuführen (§ 2203 BGB) und bei Miterben den Nachlass auseinanderzusetzen (§ 2204 BGB).

- **Dauertestamentvollstreckung** (§ 2209 S. 1 2. HS BGB).

Durch die Dauertestamentvollstreckung ist der Nachlass zu verwalten. Im Unterschied zur Abwicklungsvollstreckung beendet die Erledigung der Aufgaben nicht die Testamentvollstreckung. Es bedarf der **Anordnung einer Höchstdauer** für die Testamentvollstreckung (§ 2210 BGB).

- **Schlichte Verwaltungsvollstreckung** (§ 2209 S.1 1. HS BGB).

In diesem Fall muss der Testamentvollstrecker allein den Nachlass verwalten. Der klassische Fall hierfür ist die Verwaltung bis zur Volljährigkeit des Erben.

- **Nacherbentestamentsvollstreckung** (§ 2222 BGB).

Sie dient der Wahrung und Sicherung der Rechte der Nacherben gegenüber dem Vorerben.

- **Vermächtnisvollstreckung** (§ 2223 BGB).

Die Testamentsvollstreckung ist in diesem Fall ausschließlich damit betraut, die Ausführung einer dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerung auszuführen. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, auch den Vermächtnisgegenstand einer Dauertestamentsvollstreckung zu unterstellen (MüKo/Brandner § 2223 BGB Rz. 2).

V. Aufgabe des Testamentsvollstreckers

Eine Hauptaufgabe des Testamentsvollstreckers ist die so genannte **Konstituierung des Nachlasses**. Danach muss er den seiner Verwaltung unterliegenden Nachlass in Besitz nehmen, ein Nachlassverzeichnis erstellen, die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten regeln und die Erbschaftssteuer begleichen. Zudem besteht die Verpflichtung, den Nachlass zu sichern (Mayer-Bonafeld/Daragan MayerPraxishandbuch Testamentsvollstreckung S. 55 f.). Zu den **weiteren zentralen Hauptaufgaben** des Testamentsvollstreckers gehört die **Ausführung der letztwilligen Verfügung** des Erblassers (Der Fachanwalt für Erbrecht/Bonafeld Rz. 142). Hierunter fällt unter anderen die Erfüllung von Vermächtnissen oder die Durchführung von Teilungsanordnungen.

9. Kapitel: Das Vermächtnis

I. Rechtsnatur und Bedeutung

Das **Vermächtnis** ist neben der Erbeinsetzung die wichtigste und zugleich häufigste **testamentarische Anordnung** des Erblassers. Unter einem Vermächtnis versteht man die Zuwendung eines Vermögensvorteils von Todeswegen, die weder Erbeinsetzung noch Auflage ist (*Brox*, Erbrecht Rz. 403). Nach der Legaldefinition des § 1939 BGB beinhaltet das Vermächtnis die Zuwendung eines **Vermögensvorteils**, **ohne** dass der Bedachte **Gesamtrechtsnachfolger** des Erblassers würde. Für den Vermächtnisnehmer wird **ein Forderungsrecht** gegen den Beschwerten - das kann der Erbe oder ein anderer Vermächtnisnehmer sein - begründet, § 2174 BGB. Schuldner und damit Beschwerter des Vermächtnisanspruches ist in der Regel der Erbe bzw. bei mehreren Erben die Erbengemeinschaft (§ 2174 BGB). Im Außenverhältnis haften mehrere Erben und der Vermächtnisnehmer gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis haben die Beschwerten die Vermächtnislast im Verhältnis der Erbteile bzw. des Wertes der Vermächtnisse zu tragen (§ 2148 BGB).

Klausurhinweis: Nicht selten wird in Klausuren der Einstieg über das Vermächtnis gewählt. Die Anspruchsgrundlage ist dann §§ 2147, 2147 BGB. Innerhalb der Anspruchsentstehung ist dann häufig die Wirksamkeit eines Testamentes oder einer Erbeinsetzung zu prüfen.

Man kann **gesetzliche** oder **frei angeordnete Vermächtnisse** unterscheiden (*Brox*, Erbrecht Rz. 403). Gesetzliche Vermächtnisanordnungen enthalten zum Beispiel der „Voraus“ gemäß § 1932 BGB und der Dreißigste gemäß § 1969 BGB. In den weit überwiegenden Fällen wird das Vermächtnis aber vom Erblasser angeordnet. Die Anordnung des Vermächtnisses kann **durch Testament** (§ 1939 BGB) oder **durch Erbvertrag** (§ 1941 BGB), im letzteren Falle vertragsmäßig (§ 2278 BGB) oder einseitig angeordnet werden. Bei einem gemeinschaftlichen Testament kann es wechselbezüglich angeordnet werden (§ 2270 Abs. 3 BGB). Dem liegt folgender Gedanke zugrunde: In den weit überwiegenden Fällen möchte der Erblasser sein Vermögen den Erben zukommen lassen. Einzelne Gegenstände sollen dennoch dritte Personen (z.B. Freunde des Erblassers) erhalten. Eine **Vermächtniseinsetzung** könnte in etwa wie folgt lauten:

„Mein gesamtes Vermögen sollen meine beiden Töchter zu gleichen Teilen erben. Meine Briefmarkensammlung erhält mein Freund Kurt Fröhlich“.

Durch diese Formulierung ist klar gestellt, dass Herr Fröhlich einen Vermögensvorteil, nämlich die Briefmarkensammlung erhalten soll. Allerdings soll Herr Fröhlich nicht Rechtsnachfolger und damit Erbe des Erblassers sein. Nach dem eindeutigen

Willen des Erblassers sollen Erben nur die Töchter sein, die dem Herrn Fröhlich allerdings die Briefmarkensammlung herausgeben müssen.

Nun gibt es Fälle, in denen es durchaus problematisch ist, ob im Einzelfall eine Erbinsetzung oder eine Vermächtnisanordnung gewollt ist. In solchen Fällen kann die **Auslegungsvorschrift** des § 2087 BGB zur Hilfe genommen werden. Gemäß Abs. 2 ist im Zweifel dann von einer Vermächtnisanordnung auszugehen, wenn nur einzelne Gegenstände zugewendet sind. Im obigen Beispiel wäre Herr Fröhlich selbst dann nur Vermächtnisnehmer und nicht Erbe, wenn folgendes angeordnet wäre:

„Mein Freund, Herr Fröhlich, soll meine Briefmarkensammlung erben; das restliche Vermögen erhalten meine Töchter zu gleichen Teilen“.

Die Höhe des Vermächtnisses ist nach oben hin nicht begrenzt. So kann der Erblasser auch die Zuwendung der gesamten Erbschaft im Wege eines Vermächtnisses (Universalvermächtnis) anordnen (Brox, Erbrecht Rz. 405). So hatte das Bayerische Oberlandesgericht (FamRZ 2002, 1745) einen Fall zu entscheiden, in welchem der Erblasser 38 Personen Geldbeträge zugewendet hat, die den Nachlass weitestgehend erschöpft haben. Das Gericht hat ausgeführt, dass aus der Verteilung des gesamten Nachlasses auf insgesamt 38 Bedachte nicht folgt, dass alle Bedachten zu Erben eingesetzt sind, während den anderen lediglich Vermächtnisse zugewendet sind. Es liegt nahe, eine Person, der der Hauptnachlassgegenstand zugewiesen ist, als Alleinerben anzusehen, und anderen Personen, die nur Gegenstände von geringem Wert erhalten sollen, als Vermächtnisnehmer einzuordnen (so auch BayObLG in FamRZ 1995, 246, 248).

Zudem bereiten in der Praxis Fälle **Schwierigkeiten**, die eine Auslegung des Testamentes sowohl als **Vorausvermächtnis** oder als **Teilungsanordnung** zulassen. Ordnet der Erblasser beispielsweise an:

„Meine Erben sollen meine Töchter zu gleichen Teilen sein, Tochter A erhält die Briefmarkensammlung“,

so könnte hierin zum einen der Wille des Erblassers erblickt werden, dass er den Nachlass schon durch testamentarische Anordnung unter den Erben verteilen möchte (so genannte Teilungsanordnung) oder dass er der Tochter A mehr zukommen lassen möchte, als der Tochter B (so genanntes Vorausvermächtnis). Bei der Auslegung solcher letztwilligen Verfügungen kommt es immer auf den **Einzelfall** an. Die Formulierungen des Testamentes sind genau zu werten und zudem ist der Wille des Erblassers zu erforschen. Zu berücksichtigen sind alle Umstände, gleichgültig ob sie in der Urkunde angedeutet sind oder nicht (Brox, Erbrecht Rz. 311, BGHZ 86, 41, 45).

II. Gegenstand und Arten des Vermächnisses

1. Gegenstand des Vermächnisses

Gegenstand des Vermächtnisanspruches kann alles sein, was auch Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein könnte, also **jedes rechtserhebliche Tun oder Unterlassen**, das auf die Verbesserung der Vermögenslage des Bedachten abzielt (MüKo/Leipold, § 1939 BGB Rz 5) Es muss also nicht zu einer Bereicherung im Sinne einer Vermögensvermehrung kommen (Palandt/Weidlich § 1939 BGB Rz. 3), sondern nur zu einer Begünstigung für den Bedachten (z. B. Anspruch auf Abschluss eines Vertrages). Es kann auch ein mittelbarer Vermögensvorteil sein, zum Beispiel eine Dienstleistung oder die Stellung einer Sicherheit für eine Forderung.

2. Arten des Vermächnisse

Das Gesetz kennt folgende **besondere Arten** von Vermächnissen:

- **Ersatzvermächtnis** (§ 2190 BGB)
- **Nachvermächtnis** (§ 2191 BGB)
- **Verschaffungsvermächtnis** (§ 2170 BGB)
- **Untervermächtnis** (§ 2147 S. 1 Alt. 2 BGB)
- **Gattungsvermächtnis** (§ 2155 BGB)
- **Zweckvermächtnis** (§ 2156 BGB)
- **Vorausvermächtnis** (§ 2150 BGB)
- **Wahlvermächtnis** (§ 2154 BGB).

Des Weiteren gibt es noch Vermächtnisarten, die sich **in der Beratungspraxis** durchgesetzt haben. So zum Beispiel:

- das **Bestimmungsvermächtnis**
- das **Verteilungsvermächtnis**
- das **Universalvermächtnis**.

a. Das Gattungsvermächtnis

Das Gattungsvermächtnis ist in § 2155 BGB geregelt. Geschuldet wird nicht etwa eine Sache mittlerer Art und Güte im Sinne des § 243 Abs. 1 BGB, sondern eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache (MüKo/Skibbe § 2155 BGB Rz. 4). Grundsätzlich erfolgt die Bestimmung der konkret geschuldeten Sache durch den Beschwerten, falls nicht der Erblasser die Bestimmung auf den Bedachten selbst oder auf einen Dritten übertragen hat (Beispiel nach *Palandt/Weidlich* § 2155 BGB Rz. 1 „100 Flaschen Rotwein“).

b. Das Vorausvermächtnis

Ein Vorausvermächtnis liegt vor, wenn dem Vermächtnisnehmer zusätzlich zu seinem Erbteil ein Vermögensvorteil zugewendet wird, den er sich (im Gegensatz zur Teilungsanordnung, § 2048 BGB) nicht auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss (*Palandt/Weidlich* § 2150 BGB Rz. 1). Will der Erblasser nur einen bestimmten Bedachten gegenüber den übrigen Miterben wertmäßig besser stellen, dann kann er dies eben durch Anordnung eines Vorausvermächtnisses erreichen.

c. Das Verschaffungsvermächtnis

Beim Verschaffungsvermächtnis handelt es sich um eine Vermächtnisanordnung, die die Besonderheit hat, dass ein nicht oder nicht mehr zum Nachlass gehörender bestimmter Gegenstand oder ein Recht vermacht wird, in dem der Beschwerte verpflichtet wird, dem Bedachten den entsprechenden Gegenstand oder das Recht nach dem Erbfall zu verschaffen (*Palandt/Weidlich* § 2170 BGB Rz. 1). Selbstverständlich muss sich aus der testamentarischen Anordnung ergeben, dass er das Vermächtnis auch gerade für diesen Fall angeordnet hat (*MüKo/Skibbe* § 2170 Rz. 1). Sofern der mit dem Verschaffungsvermächtnis Beschwerte nicht in der Lage ist, das Vermächtnis zu erfüllen, so hat er gemäß § 2170 Abs. 2 BGB den Wert zu ersetzen. Sofern die Verschaffung des Vermächtnisgegenstandes nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, kann sich der Beschwerte durch Entrichtung des Wertersatzes hiervon befreien (§ 2170 Abs. 2 S. 2 BGB). Bei erbvertraglichen Anordnungen ist § 2188 Abs. 2 BGB zu beachten. Sofern vor dem Erbfall der vermachte Gegenstand in Beeinträchtigungsabsicht veräußert oder belastet wurde, so ist der Erbe automatisch, auch ohne besondere Anordnung, verpflichtet, den Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen. Grundsätzlich wird gemäß § 2169 BGB vermutet, dass das Vermächtnis unwirksam ist, wenn der Gegenstand zum Zeitpunkt des Erbfallendes nicht mehr im Nachlass vorhanden ist. Der Vermächtnisnehmer trägt die Beweislast, dass entgegen § 2169 Abs. 1 BGB ein nachlassfremder Gegenstand zugewendet werden sollte (*MüKo/Skibbe* § 2169 BGB Rz. 10).

In der Praxis kommen Verschaffungsvermächtnisse insbesondere bei Herausgabevermächtnissen, bei denen ein Inbegriff von Gegenständen oder ein Bestand von Zubehörstücken herauszugeben ist, in Betracht. Aber auch Wohnungsrechte können Gegenstand eines Verschaffungsvermächtnisses sein (OLG Bremen, ZEV 2001, 401).

d. Das Bestimmungsvermächtnis

Das Bestimmungsvermächtnis wird in der Praxis verwendet, um die enge Auslegung des § 2065 Abs. 2 BGB zu umgehen. Es wird insbesondere dort verwandt, wo es gerade darauf ankommt, dass ein Vermögensgegenstand der „richtigen“ Person zukommt, diese aber im Zeitpunkt der Testamentsgestaltung noch nicht feststeht. So findet sich ein Verschaffungsvermächtnis häufig in so genannten vorzeitigen Unter-

nehmertestamenten. Errichtet der Unternehmer beispielsweise ein Testament und weiß er noch nicht, welches von seinen minderjährigen Kindern einmal in der Lage sein wird, die Nachfolge im Unternehmen anzutreten, so kann er das Unternehmen im Wege des Vermächtnisses vermachen. Hier würde er einen Dritten, meist einen Testamentsvollstrecker, beauftragen, die richtige Person für die Unternehmensnachfolge auszuwählen.

Grundsätzlich ist bei der Anordnung eines Bestimmungsvermächtnisses zu beachten, dass auch bei § 2151 BGB der Personenkreis hinreichend bestimmt sein muss (MüKo/*Schlichting* § 2151 BGB Rz. 1). Die Auswahl kann also nicht in das völlige Belieben des Dritten gestellt werden. So liegt keine hinreichende Bestimmtheit vor, wenn der Erblasser lediglich die Einwohner einer Stadt oder irgendeine gemeinnützige Einrichtung benennt (*Lange/Kuchinke* § 29 III 2.b.). Die Zugehörigkeit des Bedachten zu den auszuwählenden Personenkreis muss zweifelsfrei feststellbar sein (*Staudinger/Otte* § 2151 Rz. 2) und darf in soweit nicht allzu weit ausgedehnt werden (*Palandt/Weidlich* § 2151 Rz. 1).

Ein **Unterfall** ist das so genannte **Verteilungsvermächtnis**. Hier kann der Erblasser den Bestimmungsberechtigten verpflichten, innerhalb eines bestimmten Personenkreises summen- bzw. bruchteilsmäßig zu verteilen. Voraussetzung ist aber auch hier ein objektiv bestimmbarer, beschränkter und leicht überschaubarer Personenkreis (RGZ 1996, 1517).

e. Das Wahlvermächtnis

Gemäß § 2154 BGB kann ein Wahlvermächtnis gewährt werden, wenn der Bedachte von mehreren Gegenständen den einen oder den anderen erhalten soll. Nach herrschender Meinung findet § 2154 BGB auch dann Anwendung, wenn der Erblasser zwar nur einen bestimmten Gegenstand zuwenden wollte, diesen jedoch so unklar bezeichnet hat, dass die Bezeichnung auf mehrere sich im Nachlass befindliche Gegenstände zutrifft (MüKo/*Skibbe* § 2154 BGB Rz. 2).

f. Das Zweckvermächtnis

Gemäß der §§ 2155, 2182, 2183 BGB besteht die Möglichkeit, den Vermächtnisgegenstand aufgrund eines vom Erblasser angegebenen Zweckes zu bestimmen. Voraussetzung für ein wirksames Bestimmungsrecht ist aber, dass der Vermächtniszweck wenigstens so weitgehend bestimmt ist, dass sich für das billige Ermessen bei der Bestimmung der Leistung ausreichende Anhaltspunkte ergeben, die ggf. gerichtlich nachprüfbar sind (*Staudinger/Otte* § 2156 BGB Rz. 1).

g. Das Verteilungsvermächtnis

Das Verteilungsvermächtnis ist ein Unterfall des Bestimmungsvermächtnisses. Hier bedenkt der Erblasser gemäß § 2153 BGB mehrere Vermächtnisnehmer mit einem teilbaren Vermächtnisgegenstand. Ein Beschwerter oder ein Dritter hat zu bestimmen, was jeder Vermächtnisnehmer von dem vermachten Gegenstand erhalten soll. Jeder grundsätzlich ideell teilbare Gegenstand ist für ein Verteilungsvermächtnis tauglich (MüKo/Schlichting § 2153 BGB Rz. 3).

h. Das Nachvermächtnis

Gemäß § 2191 BGB besteht die Möglichkeit der Anordnung eines so genannten Nachvermächtnisses. Ein solches liegt vor, wenn der Erblasser denselben Gegenstand zeitlich nacheinander verschiedenen Personen dergestalt zuwendet, dass bei Eintritt des Termins oder der Bedingung der erste Vermächtnisnehmer den Gegenstand dem zweiten herauszugeben hat (Palandt/Weidlich § 2191 BGB Rz. 1). Dieses Vermächtnis enthält also einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Vorvermächtnisnehmer auf Übereignung des vermachten Gegenstandes. Es handelt sich hierbei um ein Untervermächtnis, auf dass die Vorschriften der §§ 2186 bis 2188 BGB Anwendung finden (MüKo/Schlichting § 2191 BGB Rz. 1).

3. Wirksamkeitserfordernis

a. § 2306 Abs. 1 BGB

Bei der Gestaltung ist eine Berührung mit § 2306 Abs. 1 BGB zu vermeiden. § 2306 Abs. 1 BGB verhindert, dass das Pflichtteilsrecht durch den Erblasser dadurch „ausgehöhlt“ wird, dass er den Pflichtteilsberechtigten zwar zum Erben bestimmt, den Nachlass aber mit Vermächtnissen, Auflagen etc. so beschwert, dass dem Erben letztlich nichts oder nur viel weniger als sein rechnerischer Pflichtteil verbleibt. Setzt zum Beispiel der Erblasser seine beiden Söhne als Erben ein, bestimmt jedoch seinen Sohn 1 zu 1/4 und Sohn 2 zu 3/4 als Erben, so wird dem Sohn 1 rechnerisch der Pflichtteil zugewandt. Würde zudem angeordnet werden, dass der Schützenverein 20.000,00 € erhalten soll und dieses Geldvermächtnis ausschließlich vom Sohn 1 zu zahlen ist, erhält er, obgleich er Erbe ist, weniger, als wenn er von vornherein auf den Pflichtteil gesetzt wäre. Der Sohn hat dann die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen.

b. Bestimmtheit der Vermächtnisanordnung

Bei der Erbeinsetzung ist der Erblasser gemäß § 2065 Abs. 2 BGB gehalten, die Person des Bedachten und den zugewandten Gegenstand **höchstpersönlich** zu bestimmen. Bei der Vermächtniseinsetzung ist es in den Grenzen der §§ 2151, 2152 BGB möglich, es einem anderen zu überlassen, aus einem überschaubaren Personenkreis die Person

des Vermächtnisnehmers zu bestimmen. Der Erblasserwille entscheidet, ob der Bestimmungsberechtigte bei seiner Auswahl frei ist oder nach billigen Ermessen zu handeln hat (*Lange/Kuchinke* § 29 III 2.).

c. § 2318 BGB

Gemäß § 2318 Abs. 1 BGB kann der Erbe gegenüber dem Vermächtnisnehmer das Vermächtnis kürzen, wenn er einen Pflichtteil auszahlen muss. Das Kürzungsrecht des Erben besteht dergestalt, dass der Vermächtnisnehmer im Verhältnis seiner Einsetzung die Pflichtteilslast zu tragen hat (*Kerscher, Tanck* § 6 Rz. 113). Gemäß § 2188 BGB kann das Kürzungsrecht selbst dem Vermächtnisnehmer zustehen, wenn dieser wiederum mit einem Untervermächtnis belastet ist. Der Erblasser hat daher stets zu prüfen, ob der Vermächtnisnehmer an der Pflichtteilslast beteiligt werden soll. Ist dies nicht gewünscht, so sollte in der Verfügung von Todeswegen die Pflichtteilslast ausdrücklich ausgeschlossen werden. Dies ist in den Grenzen des § 2324 BGB zulässig (Näheres im Kapitel „Pflichtteilsrecht“)

d. Ausschlagung des Vermächtnisse

Gemäß der §§ 2176, 2180 BGB kann das Vermächtnis gegenüber den jeweiligen Beschwerten ausgeschlagen werden. Die Ausschlagung ist sowohl bedingungs- als auch befristungsfeindlich und nach Annahme des Vermächtnisses nicht mehr möglich (*MüKo/Schlichting* § 2180 BGB Rz. 5).

4. Anfall des Vermächtnisses

Gemäß §§ 2176, 1922 Abs. 1 BGB fällt dem Bedachten das Vermächtnis mit dem Erbfall an. Allerdings kann der Erblasser gemäß § 2177 BGB den Anfall des Vermächtnisses auf einen späteren Zeitpunkt verschieben (z.B. „*fünf Jahre nach meinem Tod*“) oder unter eine Bedingung stellen. Auch besteht die Möglichkeit das Vermächtnis von einem Ereignis abhängig zu machen, welches erst nach dem Erbfall eintritt. Grundsätzlich hat der Bedachte aber nur eine Aussicht auf Erwerb des Vermächtnisses; eine gesicherte Anwartschaft hat er nur in den Fällen des §§ 2177 f. BGB. In dieser Zeit wird der Bedachte durch § 2179 BGB geschützt. Dieser Schutz gilt aber höchstens für 30 Jahre (§ 2162 Abs. 1 BGB).

10. Kapitel: Die Erbengemeinschaft

I. Entstehen der Erbengemeinschaft

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so entsteht die **Erbengemeinschaft kraft Gesetzes** durch den Tod des Erblassers unabhängig vom Willen der Miterben; die Erbengemeinschaft kann also weder vertraglich begründet noch nach erfolgter Auseinandersetzung wieder hergestellt werden (*Palandt/Weidlich* Einf. vor § 2032 BGB Rz. 1). Die Erbengemeinschaft ist in der Praxis der **Regelfall**, da selten nur eine Person erbt. Dies gilt umso mehr, als der Erblasser kein Testament hinterlassen hat (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz.1). Die rechtlichen Schwierigkeiten bei einer Erbengemeinschaft sind enorm, zudem ist Streitpotential vorhanden. Eine Erbengemeinschaft ist vergleichbar mit einer Gesellschaft, deren Gesellschafter sich nicht aus freien Stücken zusammengetan haben, sondern dazu gezwungen wurden. Rechtlich ist die Erbengemeinschaft eine **Gesamthandsgemeinschaft**, d.h. der Nachlass steht den Miterben gemeinschaftlich zur gesamten Hand zu (*Palandt/Weidlich* § 2032 BGB Rz. 1). Der Gegensatz hierzu wäre die **Bruchteilsgemeinschaft**, in der jeder Miterbe ein Recht zu einem ideellen Bruchteil an jedem einzelnen Nachlassgegenstand hätte (*Brox*, Erbrecht Rz. 447). Die Regelungen über die Erbengemeinschaft haben den Zweck, dass Miteinander der Erben bei der Verwaltung des Nachlasses zu regeln, und zudem die Aufgabe, den Nachlass zum Schutze der Gläubiger und der Miterben zu erhalten (*Brox*, Erbrecht Rz. 449, 450).

Diese **Zweckrichtung** wird durch die **gesamthänderische Bindung** erreicht. Der einzelne Erbe kann lediglich über seinen gesamten Anteil am Nachlass verfügen (§ 2033 Abs. 1 BGB), nicht jedoch über einzelne Nachlassgegenstände (§ 2033 Abs. 2 BGB). Auch die „Zuweisung“ eines Nachlassgegenstandes durch Testament des Erblassers führt zu keinem anderen Ergebnis. Die ungeteilte Gesamtberechtigung am Nachlass vermittelt den einzelnen Miterben damit keine unmittelbare dingliche Berechtigung am einzelnen Nachlassgegenstand, auch wenn der Nachlass nur noch aus einer Sache besteht (BGH NJW **2001**, 2396). Der Erbe erlangt lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Miterben auf Erfüllung der Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) bzw. des Vorausvermächtnisses, § 2150 BGB (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 5).

II. Die Rechte und Pflichten des Miterben in einer Erbengemeinschaft

1. § 2033 Abs. 1 BGB

Da, wie bereits ausgeführt, der einzelne Miterbe sich „seine“ Erbengemeinschaft nicht aussuchen kann, gibt ihm § 2033 Abs. 1 BGB zumindest die Möglichkeit über seinen Nachlassanteil zu verfügen. Gemäß § 128 BGB, § 20 BNotO muss eine solche Verfü-

gung **notariell beurkundet** werden. Ein Verstoß hiergegen führt gemäß § 125 BGB zur Nichtigkeit der Verfügung. Durch Vollziehung der Übertragung wird ein Mangel in der Form **nicht geheilt** (BGH NJW 1967, 1128, 1130). Der Anteil am Nachlass wird durch die Erbquote bestimmt, mit der ein Miterbe am Nachlass beteiligt ist. Über diesen Anteil kann der Miterbe verfügen, so lange auch nur ein einziger Nachlassgegenstand vorhanden und die Erbengemeinschaft noch nicht auseinandergesetzt ist (BGH NJW 1969, 92).

Zu beachten ist allerdings, dass der Erwerber durch den Erwerb nicht Erbe wird. Der Erbe bleibt Erbe, da diese Position in der Person entsteht und nicht übertragbar ist (BGH NJW 1993, 726). Daher ist der Erbe auch im Erbschein aufzuführen, er kann für erbunwürdig erklärt werden, es stehen ihm Pflichtteilsrest- und ergänzungsansprüche zu, und er haftet weiter, allerdings neben dem Erwerber (§ 2382 Abs. 1 S. 1 BGB), für die Nachlassverbindlichkeiten (*Palandt/Weidlich* § 2033 BGB Rz. 7). Der Erwerber übernimmt vom Miterben die Rechte und Pflichten hinsichtlich der Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses, zudem treffen ihn auch die Beschwerden oder Beschränkungen, wie z.B. Vermächnisse, Auflagen, Teilungsanordnungen, etc. (*MüKo/Ditz* § 2033 BGB Rz. 7).

2. § 2034 BGB

Da die Möglichkeit besteht, den Erbteil zu veräußern, besteht für die übrigen Miterben die Gefahr, nun mit einer vollkommen familienfremden Person den Nachlass zu verwalten. Aus diesem Grund wird den übrigen Miterben ein Vorkaufsrecht eingeräumt, welches gemäß § 2023 Abs. 2 S. 1 BGB für die Dauer von zwei Monaten gilt. Das Vorkaufsrecht gibt den Miterben die Befugnis, den Miterbenanteil zu den vertraglichen Konditionen zu erwerben, zu denen der veräußernde Miterbe ihn an den Dritten veräußern wollte (*Der Fachanwalt für Erbrecht/Rißmann* Rz. 27). § 2034 BGB bezieht sich abschließend nur und ausschließlich auf den freiwilligen Verkauf eines Miterbenanteils. Auf andere Verträge wird § 2034 BGB nach der ganz h.M. nicht angewendet (*Der Fachanwalt für Erbrecht/Rißmann* Rz. 27).

3. Die Verfügung über Nachlassgegenstände

Da ein Erbe nicht über seinen Anteil an einem Nachlassgegenstand verfügen darf, ist nachvollziehbar, dass er, ohne Zustimmung der anderen Miterben, auch nicht über einzelne Nachlassgegenstände verfügen darf. Eine Verfügung greift in den Kernbestand der Erbengemeinschaft ein und muss i.R.d. Gesamthandsgemeinschaft nicht lediglich mehrheitlich, sondern **gemeinschaftlich**, also **einstimmig** erfolgen. (*Der Fachanwalt für Erbrecht/Rißmann* Rz. 34). Für Notverfügungen gilt § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB (*Palandt/Weidlich* § 2038 BGB Rz. 14). Die Vorschrift gibt dem einzelnen Miterben eine gesetzliche Vertretungsmacht für solche Geschäfte, auch für Verfügungen, die zur Erhaltung des Nachlasses notwendig sind (*Brox*, Erbrecht Rz. 484). Verfügt allerdings außerhalb dieses Sonderfalles ein Miterbe ohne Zustimmung der anderen Mit-

erben, so ist die Verfügung bis zu ihrer Genehmigung schwebend unwirksam (BGH NJW 1994, 1470). Der Verfügungsempfänger kann nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (§§ 932, 892 BGB) gutgläubig erwerben. Der eigenmächtig verfügende Miterbe haftet dann der Erbengemeinschaft auf Schadensersatz gemäß §§ 816 Abs. 1, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 42).

III. Die Verwaltung der Erbengemeinschaft

Die Verwaltung des Nachlasses ist in § 2038 Abs. 1 BGB geregelt. Der Begriff der Verwaltung umfasst alle Handlungen, die von den Miterben mit Wirkung für den Nachlass zu dessen Erhaltung, Nutzung oder Mehrung vorgenommen werden (*Brox, Erbrecht* Rz. 467).

§ 2038 Abs. 1 BGB unterscheidet **drei Arten der Verwaltung** (*Palandt/Weidlich* § 2038 BGB Rz. 5):

1. Die ordnungsgemäße oder laufende Verwaltung
2. Die Notgeschäftsführung
3. Die außerordentliche Verwaltung

1. Die ordnungsgemäße Verwaltung

Unter die **ordnungsgemäße Verwaltung** gemäß §§ 2038 Abs. 2, 745 BGB fallen alle Maßnahmen, die der Beschaffenheit des betreffenden Nachlassgegenstandes und dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechen (*Palandt/Weidlich* § 2038 BGB Rz. 6). Hierzu gehört z.B. die Regelung der Nutzung von Nachlassgegenständen (BGH WM 1986, 1172) oder die Vermietung oder Verpachtung von Nachlassgegenständen (BGH NJW 1971, 1265). Es kommt allerdings immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an, ob eine Verwaltungsmaßnahme vorliegt (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 88). Maßgebend ist hierbei der vernünftige und wirtschaftliche Beurteiler im Zeitpunkt, zu dem die Handlung vorgenommen werden muss (BGHZ 6, 76).

2. Die Notgeschäftsführung

Die **Notgeschäftsführung** soll die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft in besonderen Ausnahmefällen gewährleisten (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 88). Notwendig sind nur solche Maßnahmen, die auch der ordnungsgemäßen Verwaltung des gesamten Nachlasses dienen (*Palandt/Weidlich* § 2038 BGB Rz. 14). Nach dem BGH (BGHZ 6, 76) kommt es hierbei nicht unbedingt auf die Dringlichkeit der Maßnahme, sondern auf das Interesse der Miterben an der Durchführung der Maßnahme an. Wenn zwar eine Dringlichkeit vorliegt, aber ohne zeitliche Verzögerung

zung die Zustimmung der anderen Miterben eingeholt werden könnte, so muss dies geschehen (BGHZ 6, 76, 81).

3. Die außerordentliche Verwaltung

Unter die **außerordentliche Verwaltung** fällt schließlich alles, was nicht unter die beiden anderen Arten der Verwaltung subsumiert werden kann (*Palandt/Weidlich* § 2038 BGB Rz. 5). Im Rahmen der außerordentlichen Verwaltung ist Einstimmigkeit der Miterben erforderlich (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 81). So ist im Innenverhältnis ein einstimmiger Beschluss der Erben erforderlich; im Außenverhältnis bedarf es eines einvernehmlichen Auftretens (MüKo/Dütz § 2038 BGB Rz. 24). Verweigert ein Miterbe die Durchführung eines einstimmigen Beschlusses gegenüber Dritten, kommt nur Erzwingung nach den Grundsätzen der Mehrheitsverwaltung in Betracht (*Palandt/Weidlich* § 2038 BGB Rz. 5). Mit anderen Worten muss der nicht zustimmenden Miterbe muss auf Zustimmung verklagt werden.

IV. Die Surrogation

Eine weitere examensrelevante Vorschrift ist § 2041 BGB. Dort ist die so genannte **dingliche Surrogation** geregelt. Diese bewirkt eine unmittelbare Ersetzung der Nachlassgegenstände durch den Ersatzgegenstand und bewahrt nach der ratio legis die Miterben und Nachlassgläubiger vor einer Verringerung des Nachlassvermögens (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 81). Die unmittelbare Ersetzung hat den Zweck, die realen Werte des Vermögens der Erbengemeinschaft zu binden, den Nachlass im Interesse der Miterben und der Nachlassgläubiger über alle Wechsel der zu ihm gehörenden konkreten Bestandteile hinweg zusammenzuhalten und für den Zweck des Sondervermögens zu reservieren (Der Fachanwalt für Erbrecht *Rißmann* Rz. 81). Wird z.B. aus dem Nachlass eine Vase veräußert, so gehört das erzielte Entgelt in den Nachlass. Grundsätzlich können verkörperte Gegenstände, Forderungen, nichtübertragbare Rechte sowie nichtübertragbare Rechtsstellungen Gegenstand der Surrogation sein (BGH NJW 1990, 514). Folge der Surrogation ist, dass der erworbene Gegenstand oder das Recht ohne Durchgangserwerb beim handelnden Miterben zum Bestandteil des gesamthänderischen Vermögens der Erbengemeinschaft wird (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 81).

V. Die gesetzliche Prozessstandschaft gemäß § 2039 BGB

Ebenfalls von praktischer Relevanz ist § 2039 BGB. Das Vermögen der Erbengemeinschaft ist gesamthänderisch gebunden. Diese Bindung führt dazu, dass die Miterben auch die zum Nachlass gehörenden Ansprüche gemeinschaftlich geltend machen müssen (*Palandt/Weidlich* § 2039 BGB Rz. 1). Dies wiederum bedingt, dass widerspenstige oder passive Erben stets auf dem Klageweg gezwungen werden müssten an einer Mehrheitsentscheidung mitzuwirken (*Staudinger/Werner* § 2039 BGB Rz. 1). Um der Erbengemeinschaft hier den Handlungsspielraum zu erweitern, eröffnet § 2039

BGB jedem Erben das Recht, **Forderungen für den Nachlass** geltend zu machen (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 64). Der einzelne Miterbe kann zunächst außergerichtlich den Schuldner eines fälligen Anspruchs mahnen und ihn damit in Verzug setzen, dann besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung (*Palandt/Weidlich* § 2039 BGB Rz. 6). Zu beachten ist allerdings, dass der klagende Miterbe **nur Leistung an alle Miterben** fordern kann, also nicht auch Leistung an sich in Höhe des seinem Erbteil entsprechenden Teils der Forderung verlangen kann (*Palandt/Weidlich* § 2039 BGB Rz. 8). Damit handelt es sich bei § 2039 BGB um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft für den Nachlass (*Brox, Erbrecht* Rz. 487).

VI. Die Auseinandersetzung und die Ausgleichung

1. Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung einer Erbgemeinschaft kann jeder einzelne Miterbe **jederzeit** verlangen (*Palandt/Weidlich* § 2042 BGB Rz. 1), da die Erbgemeinschaft als eine **geborene Liquidationsgesellschaft auf Auflösung** gerichtet ist (*Brox, Erbrecht* Rz. 489). Hiervon gibt es nur Ausnahmen, wenn die Miterben etwas anderes vereinbart haben (*Palandt/Weidlich* § 2042 BGB Rz. 1), wenn der Erblasser gemäß § 2044 BGB eine entsprechende Anordnung getroffen hat oder wenn die Erbteile, etwa wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben oder eines anderen, im Gesetz genannten Grund, noch unbestimmt ist und somit die Auseinandersetzung gemäß § 2043 BGB ausgeschlossen ist (*Brox, Erbrecht* Rz. 492).

2. Arten der Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung erfolgt entweder durch **Vertrag**, durch einen **eingesetzten Testamentsvollstrecker**, durch eine **Auseinandersetzungsklage** vor dem Prozeßgericht oder durch ein Vermittlungsverfahren durch das Nachlassgericht. Im letzteren Fall wird durch das Gericht nicht durch Beschluss oder Urteil in der Sache entschieden. Aufgrund eines vom Nachlassgericht entwickelten Vorschlags können die Miterben diesem Vorschlag zustimmen. Der Beschluss wird für die Erben dann bindend (*Brox, Erbrecht* Rz. 492).

3. Durchführung der Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung muss in folgenden Schritten durchgeführt werden: Gemäß § 2046 Abs. 1 S. 1 BGB sind zunächst die **Nachlassverbindlichkeiten** zu begleichen. Der Grund hierfür liegt in der Haftungsänderung nach der Auseinandersetzung des Nachlasses. Die Erben haften zwar immer noch als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB), im Innenverhältnis ist jedoch der Nachlass nicht mehr als Haftungsmasse als solche vorhanden, sondern unter den Erben bereits verteilt, so dass mögliche Ersatzansprüche der Erben untereinander (§ 426 BGB) nicht oder nur mit Schwierigkeiten durchgesetzt werden können (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 227). In einem darauffol-

genden Schritt werden **die Nachlassgegenstände** gemäß § 2042 Abs. 2 i.V.m. §§ 752-757 BGB **verteilt**. Vor dieser Verteilung muss geprüft werden, ob etwaige Teilungsanordnungen des Erblassers vorhanden sind, die gemäß § 2024 BGB zu berücksichtigen sind (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Rißmann* Rz. 227). Sind solche nicht vorhanden, so ist der Nachlass, der nach Berichtigung der Verbindlichkeiten übrig bleibt, unter den Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile und unter Berücksichtigung ihrer Ausgleichungspflichten (§§ 2050 f. BGB) zu verteilen (*Brox*, Erbrecht Rz. 492).

4. Ausgleich von Vorempfängen

Der **Ausgleich von Vorempfängen** gemäß der §§ 2050 f. BGB ist ein praktisch ausgesprochen relevantes Thema, da dies eine Menge Streitpotential unter den Erben bietet. Grundsätzlich geht es hier darum, wie Zuwendungen des Erblassers an einzelne Abkömmlinge unter den Abkömmlingen bei der Verteilung berücksichtigt werden können und müssen. Zu achten ist zunächst auf den **Wortlaut des § 2050 Abs. 1 BGB**. Dieser spricht von Abkömmlingen und von gesetzlicher Erbfolge. Das bedeutet, dass Vorempfänge **an Ehegatten nicht ausgleichspflichtig sind und** dass die Ausgleichungsregeln **nicht gelten, wenn von der gesetzlichen Erbfolge abgewichen wird** (*Palandt/Weidlich* § 2050 BGB Rz. 1 und Rz. 4). Eine **Ausnahme** zum Letztgenannten regelt **§ 2052 BGB** wonach in dem Fall, in dem die Erben zwar gewillkürt, aber entsprechend der gesetzlichen Erbfolge zu Erben eingesetzt wurden, ebenfalls eine Ausgleichungsverpflichtung besteht. **Zweck** dieser Regelungen ist, die Gleichbehandlung der Erben, da die Erben in der gesetzlichen Erbfolge auch gleich behandelt werden und der Erblasser bei abweichendem Willen auch anders mit letztwilliger Verfügung von Todes wegen testieren könnte (*Brox*, Erbrecht Rz. 504). Diese Gleichbehandlung wird zu erreichen versucht, indem gewisse Zuwendungen des Erblassers in die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens eingerechnet werden und die Empfänger solcher Zuwendungen sich den Wert auf ihren Erbteil anrechnen lassen müssen. Die **Ausgleichung** wird gemäß § 2055 BGB vorgenommen. Von dem um die Nachlassverbindlichkeit verminderten Nachlass werden zunächst auch noch die Erbteile des Ehegatten (Wortlaut § 2050 Abs. 1 BGB!) und der an der Ausgleichung nicht beteiligten Miterben vorweg nach der wirklich vorhandenen Erbmasse berechnet und abgedeutet. Diesem **Nettonachlass** werden die auszugleichenden Zuwendungen hinzugerechnet. Von dem so erhöhten Nachlasswert werden die Erbteile der ausgleichspflichtigen Abkömmlinge berechnet und davon die anzurechnenden Zuwendungen abgezogen (*Palandt/Weidlich* § 2055 BGB Rz. 1).

Beispiel:

E hinterlässt seine Ehefrau, mit der er im gesetzlichen Güterstand gelebt hat und seine beiden Kinder A und B. Der Reinnachlass beträgt 100.000 €. A hat von E eine ausgleichungspflichtige Zuwendung von 50.000 € erhalten.

1. Schritt

Die Erbteile der an der Ausgleichung nicht teilnehmenden Erben, insbesondere der Erbteil des überlebenden Ehegatten, werden berechnet und vorweg abgezogen. Der Rest verbleibt für die Abkömmlinge.

Die Ehefrau erbt insgesamt $\frac{1}{2}$, also 50.000 € vom Reinnachlass. Diese 50.000 € werden abgezogen, so dass noch 50.000 € verbleiben.

2. Schritt

Dem so ermittelten Nachlass werden sämtliche Ausgleichpositionen zugerechnet. Dies ergibt die rechnerische Teilungsmasse.

Da A 50.000 € erhalten hat, wird diese Summe hinzugerechnet, so dass wieder 100.000 € als **fiktiver Nachlass** zur Verfügung stehen.

3. Schritt

Die rechnerische Teilungsmasse wird nach Erbquoten, bezogen auf die Teilungsmasse, geteilt. **Achtung: Die Quote ändert sich, weil jetzt nur noch unter den Abkömmlingen aufzuteilen ist.**

Nunmehr steht also den beiden Kindern jeweils die Hälfte zu, mithin 50.000 €.

4. Schritt

Beim betreffenden Erben wird der jeweilige Vorempfang auf das der Erbquote entsprechende vorläufige Auseinandersetzungsguthaben angerechnet.

Da der A schon 50.000 € bekommen hat, erhält er im Ergebnis nichts mehr. Die B erhält die verbleibenden 50.000 €.

Ergebnis: Die Ehefrau erhält 50.000 € und B erhält 50.000 €.

Im realen Leben sind natürlich die zugewendeten Beträge zu indexieren, da der Kaufkraftschwund berücksichtigt werden muss (BGH NJW 1975, 1831). Nach dem BGH errechnet sich eine Indexierung wie folgt:

Wert im Zeitpunkt der Zuwendung x Lebenshaltungskosten im Zeitpunkt des Erbfalls geteilt durch den Lebenshaltungskostenindex im Zeitpunkt der Zuwendung (BGHZ 65, 7).

Gemäß § 2056 BGB ist ein etwaiger Mehrerpfang nicht zu erstatten. Hätte A also im Beispiel 100.000 € erhalten, so wäre der fiktive Nachlass nach Abzug des Erbteils der Ehefrau 150.000 €. A und B erhielten danach jeweils 75.000 €. Da soviel nicht vorhanden ist, bekommt B die 50.000 €. Den Mehrerpfang den A erhalten hat, braucht er nicht auszugleichen.

5. Ausgleichung bei besonderen Leistungen gemäß § 2057 a BGB.

Eine Ausgleichungspflicht gibt es auch für besondere Leistungen, § 2057 a BGB. Hat ein Abkömmling für den Erblasser besondere Leistungen erbracht, z.B. durch Mitarbeit im Haushalt oder durch Pflege des Erblassers und wurden dadurch Aufwendungen erspart, so dass der Nachlass nicht oder nur weniger geschmälert wurde als bei Inanspruchnahme fremder Hilfe, so kann dieser Abkömmling von den anderen Abkömmlingen, die mit ihm zusammen Erben werden, einen Ausgleich bei der Nachlassauseinandersetzung verlangen, sofern er kein oder kein angemessenes Entgelt dafür erhalten hat, § 2057 a BGB. Dauer und Umfang der Leistung einerseits und der Wert des Nachlasses andererseits sind für die Höhe des Ausgleichsbetrages entscheidend. Anhaltspunkt können Richtsätze für mithelfende Familienangehörige sein (Kues, ZEV 2000, 434). Die Ausgleichung erfolgt, indem von der den ausgleichungspflichtigen Abkömmlingen verbleibenden Teilungsmasse der auszugleichende Betrag abzuziehen ist. Von dem verbleibenden Betrag sind die Erbteile der Abkömmlinge zu berechnen. Zu dem für den ausgleichungsberechtigten Abkömmling entsprechend seinem Erbteil errechneten Auseinandersetzungsguthaben ist der Ausgleichsbetrag hinzuzurechnen (Palandt/Weidlich § 2057 a BGB Rz. 13).

Beispiel:

Der Erblasser hinterlässt eine Witwe, mit der er in Zugewinnngemeinschaft gelebt hat, und die drei Kinder A, B und C. Der reine Nachlasswert beträgt 200.000,00 €. Das Kind A hat besondere Leistungen erbracht, der Wert beträgt 20.000,00 €.

1. Schritt

Der Erbteil des überlebenden Ehegatten wird berechnet und vorweg abgezogen. Der Rest verbleibt für die Abkömmlinge.

Die Ehefrau erbt insgesamt $\frac{1}{2}$, also 100.000,00 € vom Reinnachlass. Diese 100.000,00 € werden abgezogen, so dass noch 100.000,00 € verbleiben.

2. Schritt

Von dem so ermittelten Nachlass wird die Ausgleichposition abgezogen. Dies ergibt die rechnerische Teilungsmasse.

Von den 100.000,00 € werden die 20.000,00 € abgezogen, so dass eine zu verteilende Masse von 80.000,00 € verbleibt.

3. Schritt

Die rechnerische Teilungsmasse wird nach Erbquoten, bezogen auf die Teilungsmasse, geteilt. Achtung: Die Quote ändert sich, weil jetzt nur noch unter den Abkömmlingen aufzuteilen ist.

Nunmehr steht also den Kindern jeweils ein Drittel zu; 26.666,66 €.

4. Schritt

Beim betreffenden Erben wird der Wert der auszugleichenden besonderen Leistung hinzugerechnet.

A erhält damit zusätzliche 20.000,00 €. Zusammenfassendes Gesamtergebnis: Die Ehefrau erhält 100.000,00 €, A erhält 46.666,66 €, B und C erhalten jeweils 26.666,66 €.

11. Kapitel Pflichtteilsrecht

I. Einleitung

Da der Erblasser in seiner Testierfähigkeit frei ist, kann er seine Angehörigen von der Erbfolge ausschließen. Mit anderen Worten: **Er kann sie enterben**. Allerdings sieht das Gesetz in den §§ 2303 ff. BGB vor, dass der Erblasser seine nächsten Angehörigen grundsätzlich nicht völlig von der Teilhabe an seinem Vermögen ausschließen kann. Diese Regelungen beruhen auf dem Gedanken, dass den Erblasser eine über den **Tod hinausgehende Sorgspflicht** für seine nahen Angehörigen trifft (*Brox, Erbrecht Rz. 518*). Dieser Personenkreis ist mithin pflichtteilsberechtigt.

Ob diese Beschränkung der Testierfreiheit verfassungsgemäß ist, ist zuletzt vom Bundesverfassungsgericht erörtert worden (*Beschl. v. 1. Senat v. 19.04.2005, BvR 1644/00, 1 BvR 188/03*). Hier soll nicht näher auf diese Frage eingegangen werden, allerdings wird dringend eine Lektüre dieses Beschlusses angeraten.

Merksatz:

„Der Pflichtteil ist der über den Tod verlängerte Unterhaltsanspruch der Berechtigten.“

Wichtig ist, dass das Pflichtteilsrecht dem Berechtigten **nur** einen **schuldrechtlichen** Anspruch gegen die Erben auf Zahlung eines Geldbetrages gewährt; es verschafft diesem keine Erbenstellung und auch keinen Anspruch auf ausgewählte Nachlassgegenstände. In der Klausur ist das Leistungsbegehren des Pflichtteilsberechtigten gegen die Erben auf §§ 2303, 2317 BGB zu stützen. Um die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten durchzusetzen ist in der Praxis häufig die Erhebung einer **Stufenklage** (§ 254 ZPO) notwendig, d.h. der Erbe wird **zunächst gemäß § 2314 BGB auf Auskunft und dann auf zweiter Stufe auf Leistung** an den Pflichtteilsberechtigten verklagt. Um seine Ansprüche beziffern zu können, muss der Pflichtteilsberechtigten zunächst darüber Klarheit haben wie hoch der Nachlass ist.

II. Pflichtteilsberechtigter Personenkreis

Die maßgeblichen Regelungen zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis sind in den §§ 2303 und 2309 BGB zu finden.

1. Personenkreis

Pflichtteilsberechtigt sind nur bestimmte **nahe Angehörige** des Erblassers:

- die Abkömmlinge,
- die Eltern,
- der Ehegatte, bzw. der gleichgeschlechtliche Lebenspartner (§ 10 Abs. 6 LPartG).

Zu beachten ist stets § 2309 BGB. Hiernach werden Eltern als gesetzliche Erben zweiter Ordnung **ausgeschlossen**, sofern Erben erster Ordnung vorhanden sind. Letztlich handelt es sich hier um eine konsequente Fortführung des gesetzlichen Erbrechts der §§ 1924, 1925 BGB. Es gilt hier der in § 1930 BGB genannte Grundsatz, dass ein Verwandter nicht zur Erbfolge berufen ist, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist (Repräsentationsprinzip).

2. Anspruchsberechtigung

Der Pflichtteilsanspruch besteht grundsätzlich nur, wenn die vorgenannten nahen Angehörigen durch **Verfügung von Todes** wegen von der Erbfolge **ausgeschlossen** sind, § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ein Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge ist gegeben, wenn:

- der Erblasser den Angehörigen ausdrücklich enterbt,
- der Erblasser den Angehörigen mit keinem Wort erwähnt,
- der Erblasser den Angehörigen auf den Pflichtteil „verweist“.

Ergibt sich der Wille des Erblassers nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut des Testaments, so ist im Wege der Auslegung zu klären, ob eine Enterbung oder vielleicht eine andere Regelung gewünscht ist. Denkbar ist zum Beispiel, dass keine Enterbung, sondern eine Erbeinsetzung in Höhe der Pflichtteilsquote geregelt werden sollte.

Beispiel: „Mein Sohn erhält das, was ihm auch als Pflichtteil zustünde“.

Hier hilft die Auslegungsregel des § 2304 BGB. Danach ist die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen.

Beispiel: „Meinen Sohn setze ich auf den Pflichtteil“.

Möglich ist aber auch eine Vermächtniszuführung in Höhe der Pflichtteilsquote.

Beispiel: „Mein Sohn soll einen Zahlungsanspruch in Höhe von $\frac{1}{4}$ (Pflichtteilsquote) des Nachlasses haben.“

Kein Pflichtteilsrecht wird hingegen in folgenden Fällen begründet:

- der Verlust des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB,
- die Pflichtteilsentziehung nach den §§ 2333 ff BGB,
- die Erklärung der Pflichtteilsunwürdigkeit gemäß § 2345 Abs. 2 BGB,
- der Erb- und der Pflichtteilsverzicht nach § 2346 BGB,
- die Ausschlagung der Erbschaft §§ 1944 f BGB (**Achtung:** Ausnahmen!).

III. Pflichtteilslast

1. Im Außenverhältnis zum Pflichtteilsberechtigten

Gemäß § 2303 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich der Erbe der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs. Ausnahmsweise kommt gemäß § 2329 BGB auch der Beschenkte in Betracht (dazu später). Die Haftung der Miterben regeln die §§ 2058 f. BGB (dazu später).

2. Im Innenverhältnis der Bedachten

a. Gesamtschuld

§ 2058 BGB ordnet die **gesamtschuldnerische Haftung** der Erben für Nachlassverbindlichkeiten an. Gemäß § 1967 Abs. 2 BGB sind auch Pflichtteilsansprüche Nachlassverbindlichkeiten, so dass sich die Erben im Innenverhältnis hinsichtlich der Pflichtteilsansprüche nach Maßgabe des § 426 BGB auseinanderzusetzen haben. § 426 Abs. 1 BGB normiert, dass Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine andere Bestimmung im Sinne dieser Vorschrift findet sich in den §§ 2032 f. BGB. Nach §§ 2038 Abs. 2, 748 BGB hat jeder Miterbe die Pflichtteilslast nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen, so dass es für die Haftung im Innenverhältnis auf die Erbquoten ankommt, sofern nicht der Erblasser gemäß § 2324 BGB von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Pflichtteilslast abweichend von der gesetzlichen Regelung zu verteilen (Münchener Anwaltshandbuch/*Kasper* § 36 Rz. 112).

b. Haftung des Ersatzmannes

Von dem Grundsatz, dass Erben entsprechend ihrer Erbquoten gesamtschuldnerisch für den Pflichtteilsanspruch des Pflichtteilsberechtigten aufkommen müssen, gibt es gewichtige Ausnahmen.

aa. § 2320 BGB

Zum einen ist die Regelung des § 2320 BGB zu beachten. Hiernach soll derjenige, der an Stelle des Pflichtteilsberechtigten gesetzlicher Erbe wird, die Pflichtteilslast im Innenverhältnis allein tragen. Diese Regelung gilt nach § 2320 Abs. 2 BGB im Zweifel auch bei der gewillkürten Erbfolge, soweit hier seitens des Erblassers nichts anderes bestimmt wurde (§ 2324 BGB). Ratio der Vorschrift ist, dass derjenige, der den Vorteil aus der Enterbung hat, auch den Pflichtteilsanspruch allein ausgleichen soll.

Fall: Der Erblasser E hat zwei Kinder, K1 und K2. K1 hat die Tochter T, die Enkelin des E. E setzt K2 und T zu Erben zu jeweils $\frac{1}{2}$ ein. Der Nachlass beträgt 1.000.000,00 €. K1 verlangt den Pflichtteil. **Zu Recht?**

Die Pflichtteilssumme in Höhe von 250.000,00 € (Hälfte des gesetzlichen Erbteils, hier $\frac{1}{4}$) könnte der K1 ohne die Regelung des § 2320 BGB nach seiner Wahl von K2 oder von T verlangen (§§ 2058 BGB, 421 BGB). Der jeweils in Anspruch Genommene hätte im Innenverhältnis entsprechend seiner Erbquote einen Regressanspruch nach Maßgabe des § 426 BGB. Würde K1 den K2 auf Zahlung des Pflichtteils in Höhe 250.000,00 € in Anspruch nehmen, so müsste dieser voll an den K1 zahlen, hätte allerdings einen Anspruch gemäß § 426 I BGB in Höhe von 125.000,00 € gegen T. Nun wäre allerdings nicht berücksichtigt, dass die Enterbung des K1 **alleine** der T zugute kommt. Nur dadurch, dass K1 enterbt wurde, ist T Erbin geworden. Dies berücksichtigt nun § 2320 BGB. Da der Vorteil der Enterbung alleine bei T liegt, hat diese die Pflichtteilslast im Innenverhältnis zu tragen. Für den Fall, dass K1 den K2 auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch nimmt, hätte dieser also gegen T einen Anspruch auf Regress in voller Höhe (250.000,00 €). Hätte allerdings im vorliegenden Fall der Erblasser E angeordnet, dass K2 und T die Pflichtteilslast für K1 zu gleichen Teilen tragen sollen, was nach § 2324 BGB zulässig ist, so hätte im Beispielfall K2 von T Ausgleichung nur in Höhe von 125.000,00 € verlangen können.

Fall: Die Eheleute E und F leben im gesetzlichen Güterstand. Aus ihrer Ehe ist der Sohn S hervorgegangen. Weiterhin lebt noch die Mutter M des E. E hat den Sohn S enterbt. S macht nunmehr seinen Pflichtteilsanspruch gegen F geltend. Der Nachlass beträgt 2.000.000,00 €. S macht seinen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 500.000,00 € gegenüber F geltend. **Hat F einen Regressanspruch gegen M?**

Durch die Enterbung von S ist die Mutter M gesetzlich Erbin nach den §§ 1930, 1925 Abs. 1 Abs. 3 Satz 2 BGB geworden. Neben der Ehefrau F des Erblassers erbt sie zu $\frac{1}{4}$, während F zu $\frac{3}{4}$ Anteil Erbin wird (§ 1931 Abs. 1 S. 1 BGB). Wäre S Erbe geworden, hätte der Erbteil von F lediglich $\frac{1}{2}$ betragen, wohingegen die Mutter M überhaupt nicht Erbin geworden wäre. Der Vorteil der Enterbung des S kommt hier sowohl der F als auch der M zugute. Denn durch die Enterbung erhöht sich der gesetzliche Erbteil der F um ein weiteres Viertel (vgl. 1931 Abs. 1 BGB). M erhält $\frac{1}{4}$, obgleich sie neben dem gesetzlichen Erben der ersten Ordnung nicht Erbin geworden wäre. Damit bekommen sowohl F als auch M jeweils $\frac{1}{4}$ mehr. Der Vorteil der Enterbung wirkt sich für beide gleich aus. Mithin haben F und M die Pflichtteilslast im Innenverhältnis jeweils zur Hälfte zu tragen. Damit kann F von M im Innenverhältnis 250.000,00 € ersetzt verlangen (vgl. hierzu *Palandt/Weidlich* § 2320 Rz 3).

bb. § 2318 BGB

§ 2318 BGB stellt eine Sonderregelung zum internen Ausgleich der Pflichtteilslast zwischen den Erben da. Die Norm regelt, dass der Erbe die Erfüllung eines ihm auferlegten Vermächtnisses insoweit verweigern kann, als dass die Pflichtteilslast von ihm und dem Vermächtnisnehmer verhältnismäßig getragen wird. Das Gleiche gilt nach § 2318 Abs. 1 S. 2 BGB für eine Auflage.

Fall: E verstirbt und hinterlässt als einzigen gesetzlichen Erben seinen Sohn S. Der Nachlasswert beträgt 1.000.000,00 €. E setzt testamentarisch seinen Freund F zum Alleinerben ein. Einem weiteren Freund X wendet er ein Geldvermächtnis in Höhe von 100.000,00 € zu. Durch dieses Testament wird S somit enterbt. S verlangt von F den Pflichtteil in Höhe von 500.000,00 €. X verlangt von F Erfüllung des Vermächtnisses. **Zu Recht?**

Nach § 2318 Abs. 1 BGB kann F die Erfüllung des Vermächtnisses insoweit verweigern, als dass die Pflichtteilslast von ihm und dem Vermächtnisnehmer X verhältnismäßig getragen wird. Das Verhältnis zwischen Vermächtnis und Nachlass beträgt 10:100; mithin muss sich X im Innenverhältnis zu $\frac{1}{10}$ an der Pflichtteilslast beteiligen. $\frac{1}{10}$ von 500.000,00 € sind 50.000,00 €. X kann daher Erfüllung des Vermächtnisses nur in Höhe von 50.000,00 € verlangen (100.000,00 € Vermächtnisforderung abzüglich $\frac{1}{10}$ Beteiligungspflicht gemäß § 2318 BGB).

Merkformel: Pflichtteil x Wert des Vermächtnisses : ungekürzten Nachlass

Zu beachten ist, dass für den Fall, dass der Vermächtnisnehmer selbst pflichtteilsberechtig ist, ihm zumindest der Pflichtteil verbleiben muss (§ 2318 Abs. 2 BGB).

Nach § 2318 Abs. 3 BGB kann der Erbe, der selber pflichtteilsberechtigt ist, als Pflichtteilsschuldner den Vermächtnisanspruch insoweit kürzen, als dass ihm der eigene Pflichtteil verbleibt.

Beispiel:

Der einzige Sohn des ledigen E wird von diesem zum Alleinerben eingesetzt. Allerdings wird er mit einem Geldvermächtnis in Höhe von 500.000,00 € zu Gunsten X belastet. Der Nachlass beträgt 600.000,00 €. Da der Pflichtteilsanspruch des S 300.000,00 € beträgt, kann der Sohn teilweise die Zahlung an den X verweigern und hat diesem im Ergebnis 300.000,00 € auszusahlen.

IV. Berechnung des Pflichtteils

Die Höhe des Pflichtteilsanspruchs ist abhängig von der Pflichtteilsquote **und** dem Wert des Nachlasses.

1. Pflichtteilsquote

In einem **ersten Schritt** ist die Pflichtteilsquote festzulegen. § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB ordnet an, dass der Pflichtteilsanspruch in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht. Demnach gilt es zunächst den gesetzlichen Erbteil des Pflichtteilsberechtigten zu ermitteln. Nach § 2310 Satz 1 BGB sind bei der Feststellung des Erbteils all diejenigen Personen mitzuzählen, die zum Zeitpunkt des Erbfalles als gesetzliche Erben berufen waren. Dies gilt selbst dann, wenn sie die Erbschaft ausgeschlagen haben oder für erbunwürdig erklärt worden sind. Auch sind sie mitzuzählen, wenn sie durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen wurden.

Beispiel: Der verwitwete E verstirbt. Er hinterlässt die Kinder A, B und C. C schlägt die Erbschaft aus. B wird durch Testament enterbt. Für die Bemessung der Pflichtteilsquote ist der gesetzliche Erbteil, trotz Ausschlagung der C, bei A und B $\frac{1}{3}$. B hat eine Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$.

Achtung: Nach § 2310 Satz 2 wird derjenige **nicht** mitgezählt, der durch **Erbverzicht** von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass derjenige, der auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet bereits schon vor dem Verzicht oder gleichzeitig mit einer Zahlung abgefunden wurde, so dass dieser Erbe nicht mehr berücksichtigt werden muss (*Brox, Erbrecht Rz. 523*). Im konkreten Fall kommt es allerdings nicht darauf an, ob tatsächlich eine Abfindung gezahlt worden ist (*Palandt/Weidlich § 2310 BGB Rz. 2*).

Beachte: Wenn der gesetzliche Erbe lediglich auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet, ist er bei der Bestimmung der Erbquote mitzuzählen. In der Praxis wird daher statt zu einem Erbverzichtsvertrag zu einem Pflichtteilsverzichtsvertrag geraten, damit die Pflichtteilsquoten nicht erhöht werden.

Fall: M und F leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe sind die Kinder K1, K2 und K3 hervorgegangen. M hat F und K1 zu je $\frac{1}{2}$ Anteil als Erben eingesetzt. K2 hat auf sein Erbrecht nach M verzichtet. **Wie hoch ist die Pflichtteilsquote von K3?**

Zur Ermittlung der Pflichtteilsquote sind zunächst die gesetzlichen Erbquoten der Beteiligten festzustellen. Berücksichtigt werden dürfen vorliegend F, K1 und K3. K2 wird nicht mitgezählt, da er auf sein Erbe verzichtet hat. Gemäß § 1931 Abs. 1 BGB würde F neben Abkömmlingen der ersten Ordnung ein gesetzliches Erbrecht von $\frac{1}{4}$ haben. Gemäß § 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 erhöht sich dieser Erbteil um ein weiteres pauschales Viertel, mithin erhält sie $\frac{1}{2}$. Der gesetzliche Erbteil von K1 und K3 beliefe sich auf jeweils $\frac{1}{4}$. Da K3 einen gesetzlichen Erbteil von $\frac{1}{4}$ hätte, beträgt seine Pflichtteilsquote $\frac{1}{8}$. Würde K2 hier nur auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet haben (§ 2346 Abs. 2 BGB), so wäre K2 bei der Ermittlung der gesetzlichen Erbquoten mitzuzählen. Danach würde die verbleibende Hälfte zwischen den Kindern zu gleichen Teilen aufgeteilt werden (§ 1924 Abs. 3 BGB). Der gesetzliche Erbteil von K3 wäre damit $\frac{1}{6}$; der Pflichtteilsanspruch beliefe sich in diesem Fall lediglich auf $\frac{1}{12}$.

2. Schritt: Berechnung des Nachlasswertes

Im **zweiten Schritt** ist der Nachlasswert zu berechnen. Der Ermittlung des Nachlasswertes kommt in der Praxis eine erhebliche Bedeutung zu. Nicht selten muss durch umfangreiche Recherche und buchhalterische Arbeiten ein Nachlassverzeichnis aufgestellt werden. Hier sind alle Aktiva des Erblassers einzustellen und die Nachlassverbindlichkeiten sind aufzuführen (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ Sarres § 32 Rz. 57). Grundsätzlich wird der Nachlasswert nach den §§ 2311 bis 2313 BGB erfasst. Der Nachlasswert ergibt sich damit aus der Differenz zwischen dem Aktivvermögen des Erblassers und den Nachlassverbindlichkeiten (Palandt/ Weidlich § 2311 BGB Rz. 1). Nach § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalles zugrunde gelegt. Damit hat der Pflichtteilsberechtigte nicht die Befürchtung zu tragen, dass Nachlasswerte untergehen bzw. sich Nachlassgegenstände verschlechtern. Wertänderungen nach dem Erbfall können nur insoweit berücksichtigt werden, als sie schon zur Zeit des Erbfalles einen vorbestimmenden Einfluss hatten (Palandt/ Weidlich § 2311 BGB Rz. 3). Da der Pflichtteilsanspruch eine gewöhnliche Geldforderung ist, sind sämtliche Nachlassgegenstände in Geld zu bewerten. Gerade dies ist in der Praxis besonders schwierig und häufig muss kostenträchtig ein Sachverständiger hierfür beauftragt werden. Selbstverständlich können allerdings die Kosten für den Sachverständigen als Nachlassverbindlichkeit vom Aktivvermögen

des Erblassers abgezogen werden, so dass sich der Nachlasswert vermindert (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ Kasper § 33 Rz. 3). Die Beauftragung geht damit auf Kosten aller, sowohl der Erben als auch der Pflichtteilsberechtigten.

V. Schutz des Pflichtteilsberechtigten gegen Beeinträchtigungen des Pflichtteils

Außer in den engen Grenzen der §§ 2333 bis 2335, 2338, 2339, 2345 Abs. 2 BGB kann der Erblasser die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsberechtigten nicht verhindern. In Kenntnis dieser Tatsache könnte der Erblasser, der unbedingt möchte, dass seine Kinder „keinen Cent“ von ihm erhalten, versuchen, durch juristische Gestaltung den Pflichtteilsanspruch des Pflichtteilsberechtigten zu kürzen. Derartige Benachteiligungen des Pflichtteilsberechtigten hat der Gesetzgeber aber unter anderem mit dem Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB und mit der Regelung des § 2306 BGB zu verhindern gewusst. Vorausgeschickt sei, dass der Gesetzgeber hierbei sehr genau gearbeitet hat und, wie sich noch später zeigen wird, so gut wie alle auf den ersten und auch auf den zweiten Blick sich aufdrängende Versuche, den Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen, gesehen hat und durch ausgeklügelte Vorschriften pflichtteilsbeschränkende Planungen stark erschwert hat. Von den Erbrechtsberatern wird häufig der „dritte Blick“ verlangt. Das Gebiet der pflichtteilsbeschränkenden Beratung ist ausgesprochen interessant (hierzu: *Bonefeld*, Haftungsfallen im Erbrecht S. 133- 160) würde den hier einzuhaltenden Rahmen allerdings bei weitem durchbrechen.

1. § 2305 BGB

Wenn der Pflichtteilsberechtigte nicht enterbt wird, sondern ihm ein Erbteil zugeteilt wird, welcher geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so wird dieser Versuch der Benachteiligung des Berechtigten durch § 2305 BGB verhindert. § 2305 BGB ordnet an, dass die Differenz zwischen dem tatsächlich Zugewendeten und dem, was dem Pflichtteilsberechtigten zustehen würde, von den Miterben als Zusatzpflichtteil ersetzt verlangt werden kann. Dieser Anspruch wird als **Pflichtteilsrestanspruch** bezeichnet.

Fall:

Der Erblasser E hat zwei Kinder, K1 und K2. K1 wird zu 5/6 bedacht, K2 hingegen nur zu 1/6. Der Nachlass hat einen Wert von 1.000.000,00 €. **Wie hoch ist der Pflichtteilsrestanspruch?**

K2 hat einen gesetzlichen Erbteil von $\frac{1}{2}$; ihre Pflichtteilsquote beträgt damit $\frac{1}{4}$. Testamentarisch zugewandt wurde ihr nur ein Erbteil in Höhe von $\frac{1}{6}$. Die Differenz zwischen $\frac{1}{4}$ und $\frac{1}{6}$ beträgt $\frac{1}{12}$. K2 kann daher $\frac{1}{12}$ von 1.000.000,00 € als Pflichtteilsrestanspruch von K1 verlangen.

Damit ist dem Erblasser die Möglichkeit verbaut, den Pflichtteilsberechtigten insofern zu benachteiligen, als dass der Berechtigte nicht mit der Folge des Pflichtteilsanspruchs enterbt, sondern mit einem geringen Erbteil bedacht wird. Mit dieser Vorschrift ist also der Pflichtteilsanspruch der Höhe nach gesichert.

2. § 2306 BGB

§ 2306 BGB wurde zum 01.01.2010 neu gefasst und gilt für alle Erbfälle ab dem 01.01.2010. Die Vorschrift versucht den Pflichtteilsberechtigten zu schützen, der vom Erblasser zwar als Erbe eingesetzt wurde, allerdings mit Beschwerden „gepie-sackt“ werden soll. § 2306 BGB versucht zu erreichen, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht dadurch benachteiligt wird, dass er mit z.B. Vermächtnisansprüchen zu Gunsten Dritter belastet wird, die ihn als Erben finanziell schlechter stellen würden, als wenn er gänzlich von der Erbschaft ausgeschlossen worden wäre.

Beispiel:

Der Erblasser weiß, dass er seinem unliebsamen Sohn den Pflichtteil nicht entziehen kann. Um ihn zu benachteiligen und um ihm weniger zuzuwenden, als dem Sohn eigentlich zusteht, möchte er ihn zwar als Erben einsetzen, jedoch gleichzeitig anordnen, dass er Vermächtnisse erfüllen soll, die das dem Sohn Zugewendete quasi „auffressen“.

Derartige möchte § 2306 Abs. 1 BGB verhindern und gibt dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. Die Ausschlagungsfrist beginnt gemäß § 2306 Abs. 1 BGB erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von den Beschränkungen oder der Beschwerde Kenntnis erlangt hat. Sofern der Pflichtteilsberechtigte die Sechs Wochen Frist versäumt kommt ggfls. noch eine Anfechtung der Annahme in Betracht (§§ 1954, 1955 BGB).

Cautela Socini. Bei ihr wird der beschränkte bzw. beschwerte Erbe für den Fall der Ausschlagung zum Erben in Höhe seiner Pflichtteilsquote eingesetzt. Er bleibt daher in einer Erbengemeinschaft mit allen Rechten und Pflichten eingebunden und verliert durch die Ausschlagung auch dieses Erbteils seinen Pflichtteil. Die Rspr. hielt diese Klausel zu § 2306 a.F. für unwirksam (BGH 120, 96). Auf Grund der Neuregelung wird deren Zulässigkeit erneut bejaht, u.a. mit dem Hinweis, dass § 2306 nunmehr ein Unterschreiten des Pflichtteils zulasse (*Palandt/Weidlich* § 2306 Rz. 8).

Die möglichen Belastungen sind in § 2306 BGB **abschließend** aufgezählt.

Hiernach liegt eine **Belastung** und damit eine Beschwerde vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte Vermächtnisansprüchen oder Auflagen ausgesetzt wird.

Eine **Beschränkung** des Erbteils sieht das Gesetz in den Fällen der Einsetzung eines Nacherben, durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder bei Anordnung einer Teilungsanordnung.

Andere Beschränkungen, zum Beispiel die Einsetzung als Ersatzerbe, als bedingter Nacherbe oder als Schlusserbe, § 2269 BGB, sind als einfache Enterbung zu behandeln. Dies hat zur Folge, dass diesem so beschwerten Personenkreis einen Pflichtteilsanspruch nach den allgemeinen Regeln zusteht.

3. § 2307 BGB

Diese Vorschrift gibt dem Pflichtteilsberechtigten, welcher mit einem Vermächtnis bedacht wurde, die Möglichkeit, dass er dieses Vermächtnis ausschlagen kann, um den Pflichtteilsanspruch in ganzer Höhe zu realisieren. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis nicht aus, so kann er die Differenz zwischen dem Wert des Vermächtnisses und dem ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch aus § 2305 BGB fordern. Diesen Pflichtteilsrestanspruch hat der Pflichtteilsberechtigte selbstverständlich dann nicht, wenn das Vermächtnis dem Werte nach seinem Pflichtteilsanspruch entspricht. Zu beachten ist allerdings, dass bei der Berechnung des Pflichtteilsrestanspruches das Vermächtnis in voller Höhe angerechnet wird und bei der Wertermittlung alle auf dem Vermächtnis lastenden Beschränkungen oder Beschwerungen bei der Wertermittlung außer Acht bleiben (*Soergel/Diekmann*, § 2307 BGB Rz. 2). Damit werden auch aufschiebend bedingte Vermächtnisse mit ihrem vollem Wert abgezogen, selbst wenn die Bedingung nicht eintritt (*Bonefeld/* Haftungsfallen im Erbrecht, Rz. 374). Diese, zumeist unbekannte Tatsache, eröffnet einen gestalterischen Trick. Um den pflichtteilsberechtigten Kindern den Pflichtteilsanspruch faktisch zu entziehen, kann in einem Ehegattentestament eine Wiederverheiratsklausel aufgenommen werden, verbunden mit der Anordnung eines Herausgabevermächtnisses für den Fall der Wiederverheiratsung. *Bonefeld* führt hier das Beispiel an, dass den Kindern, für den Fall der Wiederverheiratsung ein Haus im Wege des Vermächtnisses zugewendet wird, welches im Wert über dem Pflichtteilsanspruch liegt (vgl. *Bonefeld/* Haftungsfallen im Erbrecht, Rz. 374 f.). Verstirbt nun der erste Ehegatte, so fordert der überlebende Ehegatte die Kinder unter Fristsetzung auf, zu erklären, ob sie das Vermächtnis annehmen. Sofern dies geschieht, wird der Wert dieses Vermächtnisses vom Pflichtteilsanspruch abgezogen, selbst wenn der Wiederverheiratsfall gar nicht eintritt. Dieses Vorgehen ist zulässig, weil der beschwerte Erbe Klarheit haben muss, ob er das Vermächtnis oder den Pflichtteilsanspruch zu entrichten hat (*Palandt/Weidlich*, § 2307 Rz. 3).

4. § 2315 BGB

§ 2315 Abs. 1 BGB regelt die Anrechnungspflicht von Zuwendungen auf den Pflichtteil. § 2315 Abs. 2 BGB ordnet an, wie verfahren werden muss, wenn der Pflichtteils-

berechtigte lebzeitig Zuwendungen mit der Bestimmung erhalten hat, sich diese auf den Pflichtteilsanspruch anrechnen zu lassen.

Merke: Entsprechend dem Wortlaut des § 2315 Abs. 1 BGB muss der Erblasser **bei** der Zuwendung die Anrechnungsbestimmung gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten getroffen haben (am besten beweisbar, also schriftlich). Eine nachträgliche Vereinbarung ist nur über einen beschränkten Pflichtteilsverzichtsvertrag (§§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB) möglich, da die Anrechnung zwangsläufig zur Minderung des Pflichtteilsanspruchs führt. In der Praxis ist häufig zu finden, dass in letztwilligen Verfügungen der Erblasser **nachträglich eine Anrechnungsbestimmung** treffen möchte. Dies ist **nicht möglich**. Allerdings könnte eine derartige Anordnung in ein so genanntes **Ausgleichungsvermächtnis** umgedeutet werden (Münchener Anwaltshandbuch/ *Kasper* § 36 Rz. 227).

Zu beachten ist weiterhin, dass die Anrechnung nur bei dem Pflichtteilsberechtigten vorgenommen wird, der auch die zur Anrechnung verpflichtende Zuwendung erhalten hat.

Beispiel:

Der verwitwete E verstirbt. Er hinterlässt seine beide Söhne S1 und S2. E hat seinen Sohn S1 testamentarisch zum Alleinerben eingesetzt. S2 hat lebzeitig von E 100.000,00 € erhalten, mit der Bestimmung, dass sich dieser die Summe auf etwaige Pflichtteilsansprüche anrechnen lassen muss. Der Nachlass hat einen Wert von 400.000,00 €.

Hier ist die Pflichtteilsforderung von S2 zu berechnen. Zunächst wird dem Realnachlass der Wert der Zuwendung hinzugerechnet. Auf diesen Nachlasswert ist die Pflichtteilsforderung entsprechend der Pflichtteilsquote des S2 zu berechnen. Die Pflichtteilsquote beträgt vorliegend $\frac{1}{4}$. Damit beträgt die Pflichtteilssumme 125.000,00 €. Mit dieser Summe ist nun der Vorempfang in Höhe von 100.000,00 € zu verrechnen, so dass im Ergebnis 25.000,00 € zugunsten des S2 verbleiben.

(Aus Vereinfachungsgründen wird in den Beispielen von einer Indexierung der Beträge abgesehen. In der Praxis entsteht stets ein haftungsträchtiger Fehler, wenn der Berater den Wert des Vorempfanges nicht entsprechend den Punkten des Lebenshaltungskostenindex berechnet. Diese Berechnungsmöglichkeit wird beschrieben in: *Palandt/Brudermüller*; § 1376 BGB Rz. 25. Der Wert der Zuwendung muss stets indexiert werden, da ansonsten die Inflation nicht berücksichtigt wird.)

5. § 2316 BGB

Bei § 2316 BGB handelt es sich um eine sehr wichtige, aber auch sehr schwierige Norm im Pflichtteilsrecht. Die Vorschrift verweist hinsichtlich der Durchführung der Ausgleichung auf die Regelungen der §§ 2050 bis 2057 a BGB. Insofern wird angeraten, sich nochmals mit diesem Kapitel zu beschäftigen. Zur Wiederholung sei gesagt, dass diese Vorschriften dem mutmaßlichen Willen des Erblassers Rechnung tragen wollen, sein Vermögen gleichmäßig unter seinen Abkömmlingen zu verteilen (BGHZ 5, 75 f.). Diese Ausgleichungsregeln werden nun auf das Pflichtteilsrecht übertragen. Damit zeigt das BGB sein Bestreben, das Pflichtteilsrecht mit dem gesetzlichen Erbrecht nach Möglichkeit anzupassen (*Palandt/Weidlich*, § 2316 BGB Rz. 2).

Merke: Während die Ausgleichungspflicht bei der Erbauseinandersetzung nach den §§ 2050, 2052 BGB unter Abkömmlingen des Erblassers nur eintritt, wenn sie als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen und damit dispositiv ist, ist die Ausgleichung von Vorempfängern unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen nach § 2316 Abs. 1, S. 3 BGB zwingend.

Es ist genau auf den **Wortlaut der Vorschrift** zu achten. Die Ausgleichungspflicht nach § 2316 BGB besteht nur unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen. Da nur der Abkömmling ausgleichungspflichtig ist, der den Vorempfang erhalten hat, wirkt sich die Ausgleichung auch nur zu Gunsten der anderen Abkömmlinge, die keinen Vorempfang erhalten haben, aus. Der überlebende Ehegatte muss weder Zuwendungen selbst ausgleichen, noch wirken sich etwaige Ausgleichsverpflichtungen von Abkömmlingen in eine Erhöhung seines Pflichtteils aus. Aus diesem Grund ist für die Ausgleichung ein gesonderter Nachlasswert zu bilden zu dem der Nachlasswert nicht gehört, der auf den gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehepartners entfällt. Weitere Voraussetzungen für eine durchzuführende Ausgleichung sind, dass mindestens zwei Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind (*Palandt/Weidlich*, § 2316 BGB Rz. 2). Gemäß § 2316 Abs. 1 S. 1, letzter HS BGB bestimmt sich der Pflichtteil bei ausgleichungspflichtigen Zuwendungen nach dem, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflichten bei der Teilung entfallen würde. Damit wird die Ausgleichung nach Maßgabe der §§ 2055 f. BGB durchgeführt. Ist dann der gesetzliche Erbteil berechnet, beträgt der Pflichtteil die Hälfte des zuvor ermittelten Erbteils.

Beispiel:

Der Erblasser E lebt mit F im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus dieser Ehe sind die Kinder K1 und K2 hervorgegangen. K1 hat lebzeitig eine Ausstattung in Höhe von 100.000,00 € erhalten. E setzt seine Ehefrau F testamentarisch als Alleinerbin ein. Der Nachlass beträgt 1.000.000,00 €. K1 und K2 fragen nach ihren Pflichtteilsansprüchen.

Zunächst sind die gesetzlichen Erbquoten der am Erbfall beteiligten Personen zu bestimmen. Hiernach würde die F die Hälfte erhalten ($\frac{1}{4}$ neben Abkömmlingen der ersten Ordnung, § 1931 Abs. 1 BGB, und zusätzlich $\frac{1}{4}$ pauschalisierter Zugewinnausgleich gemäß §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB). K1 und K2 erhielten jeweils $\frac{1}{4}$. Die Pflichtteilsquote von K1 und K2 beträgt damit $\frac{1}{8}$. In einem zweiten Schritt wird vom Nachlass der Erbteil der Ehefrau abgezogen. Wie oben dargelegt, sind Eheleute nicht ausgleichungspflichtig. Nach Abzug der hälftigen Erbquote der F verbleiben 500.000,00 € im Nachlass. In einem dritten Schritt sind nun die Erbquoten der Kinder zu ermitteln, nachdem die Ehefrau nun wegfällt. Gäbe es keine Ehefrau, so würden K1 und K2 jeweils zur Hälfte erben. Ihre Pflichtteilsquote beträgt somit $\frac{1}{4}$. Nun sind die 100.000,00 € Vorempfang auf den verbleibenden Nachlass in Höhe von 500.000,00 € zu addieren. Damit verbleiben 600.000,00 €. K1 und K2 steht jeweils die Hälfte als gesetzlicher Erbteil zu. Damit verbleiben für K1 als auch für K2 jeweils 300.000,00 €. K1 muss nun die 100.000,00 € gegen sich gelten lassen, so dass diese von 300.000,00 € abgezogen werden. Es verbleiben damit zugunsten des K1 200.000,00 € (Korrekturüberlegung: $200.000,00 \text{ € K1} + 300.000,00 \text{ € K2} = 500.000,00 \text{ €} = \text{Gesamtnachlass nach Abzug des Erbteils der F}$). Jeweils die Hälfte steht nun K1 und K2 als Pflichtteil zu. Im Ergebnis erhielt K1 somit 100.000,00 € und K2 150.000,00 €.

Auch die Ausgleichungsvorschrift des § 2057 a BGB wird im Pflichtteilsrecht berücksichtigt. Zur Wiederholung: Mit § 2057 a BGB soll erreicht werden, dass der pflichtteilsberechtigten Abkömmling einen besonderen Ausgleich dafür erhält, dass er Leistungen gegenüber dem Erblasser erbracht hat, welche ihm nicht oder nicht ausreichend vergütet wurden (*Palandt/Weidlich*, § 2057 a BGB Rz. 1).

Beispiel:

Erblasser E ist verwitwet und hinterlässt einen Sohn und eine Tochter. Zum Erben hat er den Vogelschutzverein eingesetzt. T hatte den E während einer langen Krankheit gepflegt, ohne dafür von E ein Entgelt bekommen zu haben. Der Nachlass beträgt 1.000.000,00 €. Der Wert der Pflegeleistungen soll gemäß § 2057 a Abs. 3 BGB mit 100.000,00 € angenommen werden. **Wie hoch ist der Pflichtteilsanspruch der T?**

Der Pflichtteilsanspruch der T berechnet sich nun wie folgt: Gemäß § 2057 a Abs. 4 S. 1 BGB ist zu Gunsten der T der Ausgleichsbetrag von 100.000,00 € ihrem Erbteil hinzuzurechnen. Ihr gesetzlicher Erbteil beträgt im vorliegenden Fall 500.000,00 €, so dass der Erbteil rechnerisch mit 600.000,00 € in Ansatz zu bringen ist. Der Pflichtteilsanspruch beträgt die Hälfte, somit 300.000,00 €.

6. Die Pflichtteilergänzungsansprüche

a. § 2325 BGB

§ 2325 BGB berücksichtigt lebzeitige Schenkungen des Erblassers an Dritte. Zwar verringert sich durch die Schenkung an Dritte nicht die Pflichtteilsquote des Pflichtteilsberechtigten, jedoch ist der Nachlass, aus welchem sich der Pflichtteilsanspruch berechnet, gemindert. Damit nun der Erblasser keine Schenkungen aus dem Grund vornimmt den Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen, ordnet § 2325 BGB an, dass der Pflichtteilsberechtigte in diesem Fall in Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen kann, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzurechnet wird. Der Wert der Schenkung wird also dem Nachlass als so genannter „fiktiver“ Nachlass hinzugerechnet (*Palandt/Weidlich*, § 2057 a BGB Rz. 1). Gäbe es diese Vorschriften nicht, so könnte der Erblasser kurz vor seinem Tode sein gesamtes Vermögen wegschenken, so dass im Nachlass nichts mehr vorhanden ist. Der Pflichtteilsberechtigte könnte dann keine Pflichtteilsansprüche realisieren.

Beispiel:

Der Erblasser E hat drei Jahre vor seinem Tod seinem Freund F 500.000,00 € geschenkt. Im Zeitpunkt des Todes war E verwitwet und hinterließ den testamentarisch enterbten Sohn S. Der Nachlass des E beträgt 1 Mio. €.

Die Pflichtteilsquote des S beträgt zunächst $\frac{1}{2}$. Damit würde der S vorliegend 500.000,00 € von den Erben erhalten. Unberücksichtigt bliebe aber damit die Schenkung in Höhe von 500.000,00 € an den Dritten, die den Nachlass um immerhin $\frac{1}{3}$ verringert. Um Nachteile für den Pflichtteilsberechtigten zu vermeiden, werden die geschenkten 500.000,00 € dem Nachlass hinzugerechnet, so dass rechnerisch ein fiktiver Nachlass in Höhe von 1,5 Millionen Euro entsteht. Hiervon wird nun die Hälfte zu Gunsten des Sohnes berechnet, so dass ihm 750.000,00 € zustehen. Damit beträgt der Pflichtteilergänzungsanspruch 250.000,00 €, die er zusätzlich zu den 500.000,00 € von den Erben erhält.

So einfach und nachvollziehbar die Vorschrift in der Theorie ist, so hart umkämpft ist sie in der Praxis. Für die Geltendmachung des Ergänzungsanspruchs entscheidend sind insbesondere die Regelungen in § 2325 Abs. 2 und Abs. 3 BGB. § 2325 Abs. 3 BGB ist zum 01.01.2010 geändert worden. Die Neufassung gilt damit für alle Erbfälle seit dem 01.01.2010. Früher blieb nach Absatz 3 eine Schenkung unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalles 10 Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen war. Diese starre Regelung wurde aufgegeben und durch ein pro rata Regelung ersetzt. Nunmehr wird die Schenkung innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils

ein Zehntel weniger berücksichtigt. Bei dieser Abschmelzungslösung wird die Schenkung innerhalb des 10 Jahres Zeitraumes immer weniger berücksichtigt. Möchte also der Erblasser pflichtteilsberechtigten Personen benachteiligen, so ist er gehalten, unentgeltliche Vermögensverfügungen rechtzeitig vorzunehmen. In der Praxis erfolgt dies zumeist so, dass das Familienheim an das von den Eltern bevorzugte Kind verschenkt wird. Ziel ist, dass „böse“ Kind nicht nur auf den Pflichtteil zu beschränken, sondern den Pflichtteilsanspruch auch noch so gering als möglich zu halten, indem der Nachlass im Todesfall durch Abverfügungen zu Lebzeiten minimiert wird.

Nach der Rechtsprechung (BGH NJW 1994, 1791) muss allerdings ein „Genussverzicht“ eingetreten sein. So läuft zum Beispiel die Zehnjahresfrist dann nicht, wenn die Eltern zwar das Familienwohnheim an das Kind schenkweise übertragen haben, sich aber im Gegenzug ein lebenslanges Wohnrecht, z.B. im Rahmen eines Vorbehaltsnießbrauchs haben einräumen lassen. In derartigen Fällen ist keine für den Schenker spürbare Vermögensverminderung eingetreten.

Ein in der Praxis problematischer und noch nicht endgültig geklärter Fall ist folgender

Fall: Die Witwe W hat zwei Kinder. Ein K1 zieht in das Familienwohnheim welches ursprünglich im Eigentum von W und ihrem bereits vorverstorbenen Ehemann stand. Aufgrund eines bestehenden Ehegattentestaments, welches die Voll- und Schlusserbenschaft angeordnet hat, steht nun das gesamte Familienwohnheim in ihrem Eigentum. Weiteres Vermögen besitzt W im Wesentlichen nicht. K1 verspricht Pflegeleistungen, wohingegen K2 den Kontakt zu W abgebrochen hat. Aus Dankbarkeit überträgt W das Haus auf K1, lässt sich aber zur Sicherheit ein grundbuchlich gesichertes Wohnrecht an der Einliegerwohnung im Haus und zusätzlich Nutzungsrechte am übrigen Haus, insbesondere Hof und Garten zusichern. Aufgrund der schenkweisen Übertragung des Hauses unterbleibt die schriftliche Vereinbarung eines Pflegvertrages zwischen W und K1. K1 pflegt die W (nach kurzer Zeit Pflegestufe III) nun zwölf Jahre bis W verstirbt. Der Nachlass ist überschuldet. Nunmehr meldet sich K2 und verlangt von K1 Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 Abs. 1 BGB. Es ist der Ansicht, dass die Zehnjahresfrist aufgrund des Wohnrechtes nicht zu laufen begonnen hat, so dass der Wert des Hauses fiktiv dem Nachlass hinzuzurechnen ist und 50 % hiervon von K1 an K2 gezahlt werden müsse. **Besteht dieser Anspruch?**

Nach dem BGH wird der Fristbeginn gehindert, wenn der Schenker den verschenkten Gegenstand im „Wesentlichen“ weiter nutzt, dies gilt insbesondere für den vorbehaltenen Nießbrauch und ein Wohnungsrecht, wenn dem Eigentümer keinerlei eigenständige Nutzungsmöglichkeit belassen wird (BGHZ 125, 395, 398 f.). Dem stimmt h.M. in der Literatur zu (*Palandt/Weidlich* § 2325 BGB Rz. 22; *Erman/Schlüter* § 2325 BGB Rz. 4; *Soergel/Dieckmann* § 2311 BGB Rz. 56). Die Gegenansicht (*Staudinger/Olshausen* § 2325 Rz. 59; *Lange/Kuchinke* § 37 X 4 a; *MüKo/Frank* § 2325 BGB Rz. 24)

bejaht den Fristbeginn mit der bloßen Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Dies wird damit begründet, dass die Schenkung unter Vorbehalt eines dinglichen Nutzungsrechts ein zeitlich gestreckter Vermögenserwerb ist und der erste Schritt, der Eigentumsübergang als rechtlicher Leistungserfolg bereits eingetreten sei. Im vorliegenden Fall besteht allerdings die Besonderheit, dass sich die W nur einen Teil des Hauses hinsichtlich des Wohnrechts grundbuchlich hat sichern lassen. Wie sich die Rechtssprechung auf ein Wohnrecht auswirkt, das sich nur auf einzelne Teile des Zuwendungsobjektes bezieht, ist noch nicht geklärt (Handbuch Pflichtteilsrecht *Mayer, Süß, Tanck, Bittler, Wälzholz/Mayer* § 8 Rz. 130). Da es nach dem BGH darauf ankommt, dass der Schenker das Eigentum nicht mehr im Wesentlichen selber nutzt, wird in der Literatur vertreten, dass die Frist nicht zu laufen beginnt, wenn die dem Wohnungsrecht unterliegende Nutzungsfläche verglichen mit der Restwohnfläche überwiegt (MittRhNotK/ *Ellenberger* 1995, 157, 163). Ansonsten ist das Wohnungsrecht aber dem Nießbrauch gleichgestellt (Handbuch Pflichtteilsrecht *Mayer, Süß, Tanck, Bittler, Wälzholz/Mayer* § 8 Rz. 130).

Im Hinblick auf den Fristlauf ist weiterhin zu beachten, dass die 10- Jahresfrist nicht vor Auflösung der Ehe (§ 2325 Abs. 3 2. HS. BGB) zu laufen beginnt. Wird die Ehe erst durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst, so sind alle während der gesamten Ehezeit getätigten Schenkungen ergänzungspflichtig, mögen diese auch Jahrzehnte zurückliegen (*Palandt/Weidlich* § 2325 BGB Rz. 23). Wird die Ehe geschieden (§ 1564 BGB) oder aufgehoben (§ 1313 BGB), beginnt die Frist demnach erst mit Rechtskraft des entsprechenden Urteils (Handbuch Pflichtteilsrecht *Mayer, Süß, Tanck, Bittler, Wälzholz/Mayer* § 8 Rz. 135). Die Regelung gilt nicht für Schenkungen vor der Ehe, auch wenn später eine Verheiratung erfolgt (*Palandt/Weidlich* § 2325 BGB Rz. 29 mit weiteren Hinweisen; a.A. für eine analoge Anwendung Zweibr. FamRZ 94, 1494). Mit Urteil vom 23.05.2012 hat der BGH entschieden, der Pflichtteilsergänzungsanspruch setze nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigung schon im Zeitpunkt der Schenkung bestand. Damit hat der BGH seine Theorie der Doppelberechtigung aufgegeben, wonach die Anspruchsinhaberschaft sowohl eine Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung, als auch im Zeitpunkt des Erbfalls voraussetzte.

b. § 2327 BGB

Wenn nun auf der einen Seite zugunsten des Pflichtteilsberechtigten berücksichtigt wird, dass Schenkungen an Dritte seinen Pflichtteilsanspruch minimieren, so muss auf der anderen Seite auch berücksichtigt werden, wenn ihm vom Erblasser lebzeitig unentgeltlich etwas zugewendet wurde. Eine diesbezügliche Vorschrift findet sich in § 2327 BGB. Hat also der Erblasser mehrere Personen beschenkt, darunter auch den Ergänzungsberechtigten selbst, kann dieser nicht Ergänzung verlangen, ohne dabei sein eigenes Geschenk einzubringen (*Palandt/Weidlich* § 2327 Rz. 1). In einem derartigen Fall ist das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlass hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen.

Beispiel:

Wie zuvor, jedoch hat nun auch der Sohn lebzeitig 300.000,00 € schenkweise erhalten. Diese 300.000,00 € wurden ihm ohne Anrechnungsbestimmung des § 2315 BGB zugewendet. Ebenso wie die 500.000,00 € sind nun auch die 300.000,00 € auf den Nachlass in Höhe von 1.000.000,00 € hinzuzurechnen, so dass ein fiktiver Nachlasswert von 1,8 Millionen Euro entsteht. Der Pflichtteilsanspruch des Sohnes beträgt die Hälfte hiervon, mithin 900.000,00 €. Die 300.000,00 €, welche der Erblasser ihm zugewendet hat, müssen jetzt Berücksichtigung finden, so dass diese von den 900.000,00 € in Abzug zu bringen sind. So bleiben im Ergebnis 600.000,00 €.

VI. Das Zusammenspiel von Ehegattenerbrecht, Pflichtteil und Zugewinnausgleich

Leben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so findet bei Beendigung der Ehe ein Zugewinnausgleich statt.

Das Normensystem des BGB stellt sich diesbezüglich wie folgt dar:

§ 1371 BGB regelt den Zugewinnausgleich im Todesfall und § 1372 BGB ordnet an, dass in allen anderen Fällen der Zugewinnausgleich nach Maßgabe der §§ 1373 bis 1390 BGB zu erfolgen hat. Hier soll nun vertieft auf den Zugewinnausgleich im Todesfall eingegangen werden und insbesondere das Zusammenspiel zwischen Zugewinn und Pflichtteil erläutert werden. Um die Systematik des § 1371 BGB zu verstehen, ist es erforderlich, dass zunächst einmal die Absätze 1 und 2 der Vorschrift zusammen gelesen und abgeglichen werden. Aus Abs. 2 ergibt sich, dass der überlebende Ehegatte den Ausgleich des Zugewinnes nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB verlangen kann, wenn er **nicht** Erbe ist und ihm auch **kein** Vermächtnisanspruch zusteht. Im Rückschluss bedeutet dies, dass **in allen anderen Fällen** mit § 1371 Abs. 1 BGB zu arbeiten ist.

1. § 1371 Abs. 1 BGB - Der überlebende Ehegatte wird Erbe-

Da die Ehe durch den Tod beendet wird, darf der Tod des einen Ehegatten nicht ausschließlich zur Anwendung erbrechtlicher Vorschriften führen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass durch den Tod die Zugewinnngemeinschaft der Eheleute beendet wird. Die Beendigung führt grundsätzlich dazu, dass ein Zugewinnausgleich zwischen den Eheleuten erfolgen muss. Damit nun nicht in den Fällen, in denen die Ehe durch Tod aufgelöst wird, der Zugewinnausgleich umständlich errechnet werden muss, ordnet der Gesetzgeber an, dass der Zugewinnausgleich pauschal dadurch verwirklicht wird, dass sich der gesetzliche Erbteil des Ehegatten um ein zusätzliches Viertel erhöht (pauschalisierter Zugewinnausgleich). Gemäß § 1371 Abs. 1 letzter Hs. BGB ist hierbei unerheblich, ob die Ehegatten im Einzelnen einen Zugewinn erzielt haben. Verstirbt beispielsweise ein Ehegatte und tritt hinsichtlich des verbleibenden Ehegat-

ten und des einzigen Kindes die gesetzliche Erbfolge ein, so beträgt der gesetzliche Erbteil des Ehegatten neben Abkömmlingen der ersten Ordnung $\frac{1}{4}$. Gemäß § 1931 Abs. 3 BGB bleiben die Vorschriften des § 1371 BGB unberührt. Damit erhöht sich der gesetzliche Erbteil um ein weiteres Viertel auf insgesamt $\frac{1}{2}$. Dies geschieht nun unabhängig davon, ob ein Ehegatte während der Ehe überhaupt einen Vermögenszuwachs erzielt hat, der zum Zugewinnausgleich verpflichten würde.

Arbeitet man in einem derartigen Fall mit den Vorschriften des Pflichtteilsrechts, wird vom so genannten **großen Pflichtteil** gesprochen (Brox, Erbrecht Rz. 527). Der große Pflichtteil ist immer die Hälfte des gesetzlichen Erbteiles zuzüglich des pauschalisierten Zugewinnausgleichs. Im obigen Beispiel betrüge der Pflichtteilsanspruch somit $\frac{1}{4}$. ($\frac{1}{4}$ gesetzlich + $\frac{1}{4}$ pauschal, hiervon $\frac{1}{2}$). Die Vokabel „**kleiner Pflichtteilsanspruch**“ wird gebraucht (Brox, Erbrecht Rz. 527), wenn der Pflichtteil nur aus der gesetzlichen Erbquote des Ehegatten errechnet wird. Im obigen Beispiel damit $\frac{1}{8}$ ($\frac{1}{4}$ gesetzlicher Erbteil, hiervon $\frac{1}{2}$). Der **große Pflichtteil** spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn der überlebende Ehegatte mit einem Erbteil bedacht wurde, der geringer ist als der große Pflichtteil. § 2305 BGB ordnet an, dass in derartigen Fällen ein Pflichtteilsrestanspruch bis zum großen Pflichtteil besteht.

Beispiel:

Die Eheleute M und F leben im gesetzlichen Güterstand. Aus ihrer Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Der Ehemann setzt seine Ehefrau zu einer Erbquote von $\frac{1}{5}$ ein. Der Rest soll zu gleichen Teilen auf die Kinder übergehen. Der Nachlass beträgt 100.000,00 €. **Besteht ein Pflichtteilsrestanspruch?**

Aufgrund der testamentarischen Erbeinsetzung würde die F $\frac{1}{5}$ von 100.000,00 € erhalten. Damit erhielte sie einen Erbteil in Werte von 20.000,00 €. Wäre sie enterbt worden stünde ihr ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von $\frac{1}{4}$ des Nachlassvermögens, mithin 25.000,00 €, zu. Der Pflichtteilsrestanspruch der S beträgt damit 5.000,00 €.

2. § 1371 Abs. 1 BGB - Dem Ehegatten wird ein Vermächtnis zugewendet-

Dazu folgender

Fall: Die Eheleute M und F leben im gesetzlichen Güterstand. Aus ihrer Ehe ist nur ein einziges Kind hervorgegangen. Der Ehemann setzt dieses Kind zum Alleinerben ein und ordnet an, dass der Frau ein Vermächtnisanspruch in Höhe von 100.000,00 € zustehen soll. M stirbt. Das Anfangsvermögen des Mannes betrug 1.000.000,00 €, das Endvermögen 1.100.000,00 €. Die Frau hat keinen Zugewinn erzielt. **F fragt nach der Rechtslage.**

Einstiegsnorm ist vorliegend § 2307 BGB. Hiernach kann ein Pflichtteilsberechtigter, wenn er mit einem Vermächtnis bedacht ist, den Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. Wenn er das Vermächtnis nicht ausschlägt, so besteht ein Pflichtteilsanspruch nicht, wenn der Wert des Vermächtnisses reicht. In einem solchen Fall hat der Vermächtnisnehmer einen Restanspruch, das heißt, dass der Pflichtteil um den Wert des Vermächtnisses zu kürzen ist.

In solchen Fällen ist zu prüfen, ob es für den Ehegatten günstiger ist das Vermächtnis auszuschlagen oder es anzunehmen.

a. Ausschlagung

Wenn die Ehefrau das Vermächtnis nach § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB ausschlägt, unterfällt sie der Regelung des § 1371 Abs. 2 BGB. In einem solchen Fall ist sie ja weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin geworden. § 1371 Abs. 2 ordnet an, dass der Zugewinn nach den Vorschriften des § 1373 bis 1383, 1390 zu ermitteln ist. Nach § 1371 Abs. 2 2. HS bemisst sich ihr Pflichtteil in diesem Fall nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil (kleiner Pflichtteil des Ehegatten). Der Zahlungsanspruch der Ehefrau muss nunmehr in zwei Schritten ermittelt werden. Zunächst ist der Zugewinnausgleichsanspruch zu berechnen, alsdann der Pflichtteilsanspruch, berechnet nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil.

b. Keine Ausschlagung

M hat einen Zugewinn in Höhe von 100.000,00 € erwirtschaftet (1,1 Mio. – 1 Mio. Euro). Da die Ehefrau keinen Zugewinn erzielt hat, beträgt ihre Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1378 BGB 50.000,00 €. Hinsichtlich der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs ist nunmehr wie folgt vorzugehen: Der Bruttonachlass beträgt 1.100.000,00 €. Als schuldrechtlicher Anspruch sind die 50.000,00 € vom Bruttonachlass abzuziehen, so dass sich ein Nettonachlass in Höhe von 1.050.000,00 € ergibt. Die Pflichtteilsquote berechnet sich nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil und beträgt damit im vorliegenden Fall 1/8. Der Pflichtteilsanspruch der Frau beträgt damit 131.250,00 €, so dass, addiert mit der Zugewinnausgleichsforderung in Höhe von 50.000,00 €, ihr ein Gesamtwert in Höhe von 181.250,00 € zusteht. Würde F nach Maßgabe § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgehen, mithin nicht ausschlagen, so liegt der Fall des § 1371 Abs. 1 BGB vor. Damit erhält sie das Vermächtnis in Höhe von

100.000,00 € und zudem den großen Pflichtteil vom Gesamtnachlasswert. Die Pflichtteilsquote beträgt in diesem Fall $\frac{1}{4}$, so dass ihr im Ergebnis 275.000,00 € zustehen (1,1 Mio : 4). Zwar wird der Pflichtteilsanspruch auf den Nettobachlass berechnet, so dass die Nachlassverbindlichkeiten abzuziehen sind. Allerdings ordnet § 327 Abs. 1 InsO an, dass gegenüber Vermächtnisansprüchen die Pflichtteilsansprüche vorrangig zu befriedigen sind. Natürlich ist gemäß § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB der Pflichtteil um den Wert des Vermächtnisses zu kürzen, so dass vorliegend 175.000,00 € verbleiben. Wie leicht zu erkennen ist, wäre der F im vorliegenden Fall nicht dazu zu raten, das Vermächtnis auszuschlagen.

Merke: Die Annahme des Vermächtnisses ist immer dann vorteilhaft, wenn der tatsächlich erzielte Zugewinn nicht ins Gewicht fällt.

3. § 1371 Abs. 2 BGB – Der Ehegatte ist weder Erbe noch Vermächtnisnehmer-

Wenn der Ehegatte enterbt wurde und er auch kein Vermächtnis erhält, ist nach § 1371 Abs. 2 BGB der rechnerische Zugewinnausgleich durchzuführen. Zusätzlich hierzu erhält der überlebende Ehegatte den kleinen Pflichtteil, errechnet nach der Hälfte der gesetzlichen Erbquoten nach § 1931 Abs. 1 BGB. § 1371 Abs. 3 BGB ist ein Unterfall des § 1371 Abs. 2 BGB. Es liegt auf der Hand, dass, wenn der Erbteil ausgeschlagen wird, eine Erbenstellung nicht besteht. Die eigenständige Bedeutung des § 1371 Abs. 3 BGB besteht allein darin, dass dem überlebenden Ehegatten auch im Falle der Ausschlagung der Pflichtteil zusteht. Nochmals zur Erinnerung: Derjenige, der die Erbschaft ausschlägt hat keinen Anspruch auf den Pflichtteil. Dies ergibt sich im Rückschluss aus § 2303 BGB. Ausnahmen bestehen nur bei § 1371 Abs. 3 BGB und § 2306 BGB.

VII. Verjährung

Auch die Verjährung wurde zum 01.01.2010 neu gefasst. Gemäß § 2332 Abs. BGB gilt eine Sonderregelung für die Verjährung nur noch für den Anspruch gegen den Beschenkten gemäß § 2329 BGB. Nur diesbezüglich läuft die Verjährungsfrist von drei Jahre ab dem Erbfall. Für den Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruch gilt die allgemeine Verjährung gemäß §§ 195, 199 BGB. Hiernach beginnt die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldner Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Eine Verlängerung der Verjährung ist durch Vereinbarung mit dem Erben möglich (*Palandt/Weidlich* § 2317 BGB Rz. 11). Bei Ansprüchen minderjähriger Kinder gegen einen Elternteil oder dessen Ehegatten oder Lebenspartner ist die Verjährung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes gehemmt (§ 207 Abs. 1 Nr. 2 nF). Zu beachten ist allerdings, dass die Verjährung des Pflichtteilsanspruch und des Pflichtteilergänzungsanspruch zu unterschiedlichen Zeitpunkten beginnen kann. Die Verjährungsfrist für den Ergänzungsanspruch beginnt erst dann, wenn der Berechtigte

auch Kenntnis von der ihn beeinträchtigenden Verfügung unter Lebenden erlangt hat
(*Damrau/Lenz*, Erbrecht, § 2332 Rz. 13).

12. Kapitel Die Erbenhaftung

I. Einleitung

Mit dem **Grundsatz der Universalsukzession** in § 1922 BGB wird angeordnet, dass der Erbe der Rechtsnachfolger des Erblassers ist. Diese Rechtsnachfolge führt zwangsläufig zu einer **Vermögensverschmelzung**. Dem bisherigen Vermögen des Erben wird nun zudem der Nachlass als weitere Vermögensmasse zugeordnet. Dies führt in jedem Fall aber auch dazu, dass den Gläubigern des Erblassers kraft Gesetzes ein neuer Schuldner präsentiert wird. Zugleich ist hiermit aber auch eine Gefährdung dieser Gläubigerrechte verbunden, denn die Verschmelzung hat zur Folge, dass die dem Gläubiger bisher zur Verfügung stehende **Haftungsmasse** nicht mehr ohne weiteres festgestellt werden kann. Verleibt sich der Erbe einzelne Gegenstände des Erblassers ein und verbringt diese an einen anderen Ort, so kann ohne Schwierigkeiten nicht festgestellt werden, ob sich diese Gegenstände im Nachlass des Erblassers befanden und somit auch seinem ursprünglichen Eigentum zugehörig waren. Außerdem kann es zu einer Kollision von Gläubigern kommen. Denkbar ist nämlich, dass der Erblasser Eigengläubiger hatte und zudem auch der Erbe sich mehreren Gläubigern ausgesetzt sieht. Die Gläubiger des Erblassers haben nun ein Interesse daran, dass ihnen der aktive Nachlass als Haftungsgrundlage weiterhin zur Verfügung steht; genauso wie die Gläubiger des Erben ein Interesse daran haben, dass ihnen das bisherige Aktivvermögen des Erben als Haftungsgrundlage verbleibt und nicht die Gläubiger des Erblassers ihnen ihr Recht streitig machen. In jedem Fall hat aber auch der Erbe ein Interesse daran, nicht plötzlich mit seinem bisherigen Vermögen (Eigenvermögen) für Schulden des Erblassers zu haften, wenn der aktive Nachlass nicht für alle Nachlassgläubiger ausreicht.

II. Haftungssituation

Durch den Grundsatz der Universalsukzession haftet der Erbe also **unbeschränkt** mit seinem Eigenvermögen auch für Nachlassverbindlichkeiten. Das Gesetz sieht allerdings Möglichkeiten der **wirksamen Haftungsbeschränkung** vor, die bei Eintritt des Erbfalls bereits entstandene Vermögensverschmelzung aufheben, um wieder eine Trennung der beiden Vermögensmasse zu erreichen. Diese im Gesetz sehr kompliziert geregelte Erbenhaftung lässt sich im Überblick wie folgt darstellen:

Als **förmliches Verfahren** stellt das Gesetz sowohl die **Nachlassverwaltung** als auch das **Nachlassinsolvenzverfahren** zur Verfügung. In **zwei weiteren** Fällen ist eine Haftungsbeschränkung auch ohne die Durchführung eines förmlichen Verfahrens zulässig. Ausnahmsweise gewährt das Gesetz nämlich die Möglichkeit zur Erhebung der **Einrede der beschränkten Haftung**. Hierbei handelt es sich um die so genannte **Dürftigkeitseinrede** gemäß § 1990 BGB und die **Überschwerungseinrede** gemäß

§ 1992 BGB. Zudem besteht die Möglichkeit, die Haftung nur einzelnen Gläubigern gegenüber zu beschränken und zwar mit den Mitteln des **Gläubigeraufgebots** und dem **Nachlassinventar**. Zudem sieht das Gesetz nur **zeitweise wirkende aufschiebende Einreden vor, §§ 2014 und 2015 BGB**.

Die Möglichkeiten der wirksamen Haftungsbeschränkung **im Überblick**:

- Nachlassverwaltung, gemäß §§ 1975 f., §§ 1984 f. BGB
- Nachlassinsolvenzverfahren, gemäß §§ 1975, 1980 BGB
- Dürftigkeitseinrede, gemäß § 1990 BGB
- Überschwerungseinrede, gemäß 1992 BGB
- Gläubigeraufgebot, gemäß §§ 1970 f. BGB
- Nachlassinventar, gemäß §§ 1960 Abs. 2, 1993 f. BGB
- Dreimonatseinrede, gemäß § 2014 BGB
- Einrede des Aufgebotsverfahrens, gemäß § 2015 BGB

Es gilt der Grundsatz, dass der Erbe den Nachlassgläubigern unbeschränkt haftet, wenn die Voraussetzungen für eine der Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen nicht mehr vorliegen. Der Erbe kann aber auch seine einmal erworbene Beschränkungsmöglichkeit verlieren, dann haftet er unbeschränkt. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Erbe die Inventarfrist versäumt oder Inventaruntreue begangen hat (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Eulberg/ Ott- Eulberg Rz. 37*).

III. Differenzierung hinsichtlich der Vermögensmassen

Um diese sehr kompliziert geregelte Erbenhaftung zu verstehen, ist es sinnvoll, von vornherein die Begriffe der **Schuldnerschaft** und der **Haftung** streng differenziert zu betrachten. Die Universalsukzession des § 1922 BGB führt dazu, dass der Erbe Schuldner aller Verbindlichkeiten des Erblassers wird, weil er die **Rechtsträgerschaft** aller Aktiva und aller Passiva des Nachlasses erwirkt. Das Erbenhaftungsrecht regelt nunmehr im Anschluss daran die Frage, mit **welcher Vermögensmasse** der Erbe haftet, ob nur mit dem Nachlass - als Folge einer wirksamen Haftungsbeschränkung - oder nur mit dem Eigenvermögen oder sowohl mit dem Nachlass als auch mit dem Eigenvermögen.

Wird ein Erbe außergerichtlich oder gerichtlich in Anspruch genommen, so sind immer **drei Fragen** zu klären:

1. Liegt eine **Nachlassverbindlichkeit** vor?

2. Wird für die Nachlassverbindlichkeit **unbeschränkt oder gegenständlich** - auf den Nachlass beschränkt - gehaftet?

3. Gehört, wenn ein Vollstreckungszugriff stattgefunden hat, der **Gegenstand** der Vollstreckung **zum haftenden Vermögen**?

Zu 1: Liegt eine Nachlassverbindlichkeit vor?

Die Nachlassverbindlichkeiten lassen sich unterscheiden in:

- Erblasserschulden
- Erbfallschulden
- Nachlasserbenschulden

Erblasserschulden rühren vom Erblasser her und bestanden bereits ihm gegenüber (§ 1967 Abs. 2 Satz 1 BGB). Mit Annahme der Erbschaft ist der Erbe verpflichtet, diese Erblasserschulden genauso zu erfüllen, wie sie vom Erblasser zu erfüllen gewesen wären.

Beispiel: Der Erblasser ist zu Lebzeiten eine Darlehensverbindlichkeit eingegangen. Die Rückzahlungsverpflichtung trifft nun den Erben.

Erbfallschulden, gemäß § 1967 Abs. 2 BGB, sind solche, die anlässlich des Erbfalls anfallen.

Beispiel: Hierzu gehören die Beerdigungskosten. Jedoch zählen hierzu ebenso Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächnissen und Auflagen.

Nachlasserbenschulden sind Verbindlichkeiten, die aus Rechtshandlungen des Erben im Rahmen einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung entstehen. Für sie haften sowohl der Nachlass als auch das Eigenvermögen des Erben, das heißt, der Gläubiger einer Nachlasserbenschuld kann sowohl auf den Nachlass als auch auf das Eigenvermögen des Erben zugreifen. Hierfür haftet der Erbe unbeschränkt.

Zu 2: Wird für die Nachlassverbindlichkeit unbeschränkt oder gegenständlich - auf den Nachlass beschränkt - gehaftet?

Ob für die Nachlassverbindlichkeit unbeschränkt oder gegenständlich auf den Nachlass beschränkt gehaftet wird, ist wie folgt zu bewerten:

1. Ausschlagung gemäß §§ 1942 f. BGB

Zunächst kann bei einer befürchteten Überschuldung des Nachlasses jeder Erbe die Erbschaft **ausschlagen**. Hierbei ist es egal, ob die Erbfolge auf Gesetz, testamentarischer Erbeinsetzung oder Erbvertrag beruht (*Brox*, Erbrecht Rz. 293). Grundsätzlich erfolgt die **Ausschlagung** durch **einseitige Erklärung** des Ausschlagungsberechtigten. Sie muss **zur Niederschrift des Nachlassgerichtes** oder in **öffentlich beglaubig-**

ter Form abgegeben werden. Die Ausschlagung kann der Anwalt für seinen Mandanten nur erklären, wenn die Anwaltsvollmacht öffentlich beglaubigt ist. Eine einfache Vollmacht reicht nicht aus. Die Ausschlagung hat innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen. In der Regel beträgt diese **6 Wochen** (§ 1944 Abs. 1 BGB). Ausnahmsweise beträgt die Frist **6 Monate**, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginn der Frist im Ausland aufhält (§ 1944 Abs. 3 BGB). Die **Frist beginnt** mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe von dem Anfallen und dem Grunde des Anfalles **Kenntnis** erlangt hat; bei Verfügungen von Todeswegen **frühestens mit der Verkündung** der Verfügung (§ 1944 Abs. 2 BGB). Gemäß § 1943 BGB gilt die Erbschaft nach Ablauf der Ausschlagungsfrist als **angenommen**, so dass eine Ausschlagung nicht mehr möglich ist. Die Erbenstellung ist bis zur Annahme der Erbschaft nur vorläufig. Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt (§§ 1942 Abs. 1, 1953 Abs. 1 BGB). Dann hat sich zwar das Haftungsproblem für ihn erledigt, nicht aber für den nächsten Erben. § 1953 Abs. 2 BGB regelt, dass die Erbschaft demjenigen anfällt, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Für die Bestimmung des Nächstberufenen ist auf die letztwillige Verfügung des Erblassers insbesondere etwaige Ersatzerbenbestimmung- oder die gesetzliche Erbfolge der §§ 1922 f. BGB abzustellen (Der Fachanwalt für Erbrecht/Masloff Rz. 16). Selbstverständlich beginnt für diese Person die Ausschlagungsfrist erneut, auch er kann die Erbschaft ausschlagen. Sofern alle denkbaren Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben, fällt die Erbschaft dem Staat, der die Erbschaft nicht ausschlagen kann, §§ 1936, 1942 Abs. 2 BGB, zu. Hierdurch wird verhindert, dass der Nachlass herrenlos wird (*Palandt/Weidlich* § 1942 Rz.1 BGB). Zu beachten ist, dass die Ausschlagung und auch die Annahme nur auf den gesamten Erbteil erklärt werden können und nicht auf einzelne Teile der Erbschaft beschränkt werden können (Grundsatz der Unteilbarkeit gemäß § 1950 BGB, so dass sich der Erbe nicht etwa die wertvollsten Erbschaftsgegenstände aussuchen kann (Der Fachanwalt für Erbrecht/Masloff Rz. 17).

2. Anfechtung der Annahme der Erbschaft, gemäß §§ 1954 f. BGB

Das Gesetz sieht in den §§ 1954 bis 1957 BGB die Möglichkeit vor, die Annahme einer Erbschaft **anzufechten**. Als **Anfechtungsgründe** im Sinne eines Motivirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB kommen die Überschuldung des Nachlasses und mangelnde Kenntnis einzelner wichtiger Nachlassverbindlichkeiten in Betracht. Die fehlerhafte Einschätzung des Wertes einzelner Nachlassgegenstände reicht nicht, um die Anfechtung zu begründen (BGHZ 106, 359f.). Aber auch die Anfechtung wegen falscher Übermittlung oder wegen Drohung oder Täuschung ist möglich (Der Fachanwalt für Erbrecht/Masloff Rz. 26). Die Anfechtung der Annahme ist **gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären** (§ 1955 BGB). Und zwar öffentlich beglaubigt oder zur Niederschrift (§§ 1955, 1945 BGB) **innerhalb von sechs Wochen**, (bzw. sechs Monate bei Ausland) ab Kenntnis vom Irrtum (§ 1954 BGB). Da die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung der Erbschaft gilt (§ 1957 Abs. 1 BGB), fällt die Erbschaft demjenigen

an, welcher berufen wäre, wenn der Anfechtende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte.

3. Einreden gemäß §§ 2014, 2015 BGB

a. Dreimonatseinrede, gemäß § 2014 BGB

Gemäß § 2014 BGB steht dem Erben innerhalb der ersten drei Monate nach Erbschaftsannahme die Einrede zu, die Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit zu verweigern. Hier gewährt das Gesetz dem Erben **eine Schonfrist**, damit er sich einen **Überblick über den Nachlass** verschaffen kann. Die Schonfrist beginnt mit Annahme, also spätestens nach Ablauf der Ausschlagungsfrist und endet mit Ablauf von drei Monaten, es sei denn, der Erbe hat bereits ein Inventar errichtet, durch das er genügend Überblick über die Erbschaftsverhältnisse und Nachlassschulden erhalten hat (*Palandt/Weidlich* § 2014 BGB Rz. 1).

b. Einrede des Aufgebotsverfahrens, gemäß § 2015 BGB

Gemäß § 2015 BGB steht dem Erben nach der Erbschaftsannahme eine weitere Einrede zu. Während des laufenden Aufgebotsverfahrens der Nachlassgläubiger kann der Erbe ebenfalls die Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit einredeweise verweigern. Das **Aufgebotsverfahren** ist in den §§ 1970 f. BGB geregelt. Dieses Verfahren gibt dem Erben die Möglichkeit, sich auch einen Überblick über die Gläubiger zu verschaffen. Hierdurch sind die Gläubiger gehalten, Forderungen anzumelden. Meldet ein Gläubiger nicht innerhalb der Zeit des Aufgebotsverfahrens seine Forderung an, so hat dies zur Folge, dass diese **Forderung einredebehaftet** ist. Diese Einrede erstreckt sich darauf, dass der Erbe nur mit dem Nachlass haftet und zwar nach Bereicherungsgrundsätzen. Mit diesem Verfahren soll ebenfalls dem Erben Gelegenheit gegeben werden, sich Klarheit über die Nachlassverbindlichkeiten und den Nachlassumfang zu verschaffen.

c. Wirkungen der Einreden

Im **Erkenntnisverfahren** führt die Erhebung der Einreden bei begründeter Klage des Gläubigers zu einer Verurteilung der Erben unter dem Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung (§ 780 Abs. 1 ZPO), wohingegen **in der Zwangsvollstreckung** der Vorbehalt den Gläubiger nicht an der Pfändung und Verwertung des Pfandes hindert, so dass der Erbe die Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 785, 767 ZPO erheben muss (*Brox, Erbrecht* Rz.676). Nach wohl überwiegender Auffassung (*Soergel/Stein* § 2014 BGB Rz. 4) hat die Einrede des § 2014 BGB keine materiell- rechtliche Wirkung. Dies bedeutet, dass gegen den Erben grundsätzlich ein fälliger Anspruch besteht, so dass dies auch Auswirkungen auf den Verzug hat. Der Erbe schuldet Verzugszinsen, Schadensersatz und Vertragsstrafen (*Palandt/Weidlich* § 2014 BGB Rz. 3). Hiergegen stellt sich *Brox* (**Brox, Erbrecht** Rz. 677 mwN) m.E. zu Recht und sieht es als schwer

nachvollziehbar an, wenn dem Erben auf der einen Seite kraft Gesetzes eine Schonfrist eingeräumt werden soll und er sich den dennoch einem Schuldvorwurf ausgesetzt sieht, der ja Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist. M.E. passt die h.M. auch nicht zu den Voraussetzungen des Schuldnerverzuges gemäß § 286 Abs. 1 BGB, da **Voraussetzung** für den **Schuldnerverzug** eine **fällige und einredefreie** Leistung ist. § 2014 BGB ist aber unstreitig eine Einrede.

4. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren

Bei diesen Haftungsbeschränkungsmaßnahmen handelt es sich zum einen um die Nachlassverwaltung gemäß § 1975 BGB und um das Nachlassinsolvenzverfahren gemäß der § 1975 BGB, §§ 315 bis 331 InsO. Die zwei Nachlassverfahren Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz werden nur **auf Antrag** eröffnet, wie sich aus den §§ 1980, 1981 BGB und 317 Abs. 1 InsO ergibt. Der Erbe kann von sich aus die mit Eröffnung des Verfahrens verbundene Haftungsbeschränkung herbeiführen, weil das Gesetz ihm ein Antragsrecht gewährt.

a. Die Nachlassverwaltung

Nach der Legaldefinition des § 1975 BGB ist die Nachlassverwaltung eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger (*Staudinger/Marotzke* § 1969 BGB Rz. 2). Mit der Nachlassverwaltung wird eine Gütersonderung dergestalt erreicht, dass die Vermögensmassen auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück fingiert werden (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Eulberg/ Ott- Eulberg* Rz. 3). Gemäß § 1981 Abs. 1 BGB ist die Nachlassverwaltung von dem Nachlassgericht anzuordnen, wenn der Erbe die Anordnung beantragt hat. Ebenso hat ein Nachlassgläubiger ein Antragsrecht, gemäß § 1981 Abs. 2 BGB. Die Anordnung setzt voraus, dass die Befriedigung des antragstellenden Gläubigers gefährdet ist und das weiterhin eine den Kosten entsprechende Masse, bzw. ein die Verfahrenskosten deckender Vorschuss durch den Antragsteller vorhanden sind (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Eulberg/ Ott- Eulberg* Rz. 3).

Neben dem Nachlassgericht ist für die Einleitung der Nachlasspflegschaft sachlich auch jedes Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk **ein Fürsorgebedürfnis** hervortritt; dieses verständigt dann das Nachlassgericht (*Palandt/Weidlich* § 1962 BGB Rz. 1). Gegen die Anordnung einer Nachlasspflegschaft kann Beschwerde eingelegt werden, es sei denn, die Anordnung erfolgte auf Erbenantrag. Wurde sie auf Anordnung eines Gläubigers beschlossen, findet **sofortige Beschwerde** des Erben, jedes einzelnen Miterben und des verwaltenden Testamentsvollstreckers statt (*Palandt/Weidlich* § 1981 BGB Rz. 5).

b. Das Nachlassinsolvenzverfahren

Für das Nachlassinsolvenzverfahren gelten die §§ 315-331 InsO. Im Unterschied zur Nachlassverwaltung ist der Nachlass überschuldet, so dass das Ziel des Nachlassinsolvenzverfahrens ist, die Gläubiger zumindest verhältnismäßig zu befriedigen. Die Verwaltung wird den Erben entzogen und auf den Nachlassinsolvenzverwalter übertragen. Das Nachlassinsolvenzverfahren beendet eine Nachlassverwaltung (§ 1988 Abs. 1 BGB) sowie ein laufendes Aufgebotsverfahren (§ 993 Abs. 2 ZPO). Zuständig ist für die Durchführung nicht das Nachlassgericht, sondern das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Erblasser zum Zeitpunkt des Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte (§ 315 InsO). Das Verfahren wird auf Antrag der **Erben** oder des **Nachlassverwalters**, bzw. des **Nachlasspflegers** oder der **Nachlassgläubiger** eröffnet. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang § 1980 BGB. Hiernach besteht die Verpflichtung **unverzüglich** den Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu stellen, sobald Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses besteht. Die Insolvenzgründe sind im Insolvenzgesetz geregelt. Hierbei handelt es sich um:

- **Überschuldung**, gemäß § 19 Abs. 2 InsO, die vorliegt, wenn das Aktivvermögen kleiner ist, als die auf der Passivseite ausgewiesenen Nachlassverbindlichkeiten.
- **Zahlungsunfähigkeit**, gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsO, die vorliegt, wenn die fälligen Zahlungspflichten nicht erfüllt werden. Zahlungsunfähigkeit ist auf jeden Fall anzunehmen, wenn der Nachlass nicht mehr in der Lage ist, mehr als 20 % der fälligen Verbindlichkeiten binnen zweier Monate zu begleichen (Der Fachanwalt für Erbrecht/ *Eulberg/ Ott- Eulberg Rz. 28*).
- **Drohende Zahlungsunfähigkeit**, gemäß § 320 S. 2 InsO. Eine solche droht gemäß § 18 Abs. 2 InsO, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die Verbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen.

5. Dürftigkeitseinrede, gemäß § 1990 BGB

Nicht jeder Nachlass lohnt den finanziellen Aufwand einer Nachlassverwaltung oder eines Nachlassinsolvenzverfahrens. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verzichtet deshalb das Gesetz in den Fällen, in denen keine die Kosten deckende Masse vorhanden ist, auf eine Gütersonderung und lässt den Erben die Vorteile der beschränkten Haftung trotzdem durch eine einfache Einrede. Hier handelt es sich um die **Dürftigkeitseinrede**. Wurde die Anordnung der Nachlassverwaltung mangels Masse abgelehnt oder der Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen, so ist mit den entsprechenden Gerichtsbeschlüssen der **Nachweis der Dürftigkeit geführt**. Nach Erhebung der Dürftigkeitseinrede muss der Erbe den Nachlass zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung an den Gläubiger herausgeben. Ebenso kann es vorkommen, dass der Erblasser die Überschuldung des

Nachlasses durch Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen selbst herbeigeführt hat. Auch in einem solchen Fall gewährt das Gesetz dem Erben eine einfache Einrede zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung. Statt der Durchführung des Insolvenzverfahrens steht dem Erben das Recht zu, Vermächtnisnehmer und Auflagenbegünstigte nach den §§ 1990, 1991 BGB auf den **vorhandenen Restnachlass** zu verweisen oder eine Herausgabe der Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden.

6. Haftungsbeschränkung § 780 ZPO

Eine der **wichtigsten Möglichkeiten** eine Haftungsbeschränkung auf den Nachlass zu erreichen ist die Vorschrift des § 780 ZPO. Hier besteht die Möglichkeit, sich die beschränkte Haftung im Urteil vorbehalten zu lassen. Entscheidend ist daher im Antrag des beklagten Erben, dass ausgeführt wird, dass diesem die Haftungsbeschränkung nach § 780 ZPO vorbehalten bleibt. Des Weiteren soll beantragt werden, dass sich die Haftungsbeschränkung auf die Hauptforderung, die Nebenforderung und auf die Kosten des Rechtsstreits erstreckt (LG Leipzig, ZEV 1999, 234).

An diesen Antrag **muss** gedacht werden, wenn sich der Erbe gegen Leistungsklagen von Nachlassgläubigern verteidigt. Der entsprechende Antrag könnte nach Abweisu- und Vollstreckungsschutzantrag als zweiter Hilfsantrag wie folgt lauten:

„weiter hilfsweise, dem Beklagten die Beschränkung der Haftung auf den Nachlass des am ... verstorbenen E vorzubehalten“ (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Siegmann § 56 Rz. 2).

§ 780 ZPO gilt für alle Leistungsansprüche, also insbesondere auch für:

- Unterlassungsansprüche (RGZ 92, 341)
- Verschaffungsansprüche (BGH NJW 1964, 2298)
- Abgabe einer Willenserklärung (RGZ 49, 417)

Ein Antrag auf Aufnahme eines Vorbehalts ist nicht erforderlich, wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe verklagt wird oder wenn gegen den Nachlasspfleger, Nachlassverwalter oder den Testamentsvollstrecker geklagt wird, da in diesen Fällen ohnehin nur eine Haftung auf den Nachlass in Betracht kommt (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Siegmann § 56 Rz. 2).

Zu 3: Gehört, wenn ein Vollstreckungszugriff stattgefunden hat, der Gegenstand der Vollstreckung zum haftenden Vermögen?

In der Zwangsvollstreckung bleibt die Haftungsbeschränkung gemäß § 785 ZPO so lange unberücksichtigt, bis aufgrund der beschränkten Erbenhaftung von dem Erben **Einwendungen** gegen die Zwangsvollstreckung erhoben werden. Ist dieses nicht

bereits durch richterlichen Ausspruch geklärt, so muss der Erbe den richterlichen Ausspruch durch die Erhebung einer **haftungsbeschränkenden Klage** nach § 785 ZPO herbeiführen. Mit Erhebung dieser Klagen muss der Erbe beweisen, dass die ihm vorbehaltende Beschränkung der Haftung eingetreten ist, also **Nachlassverwaltung** angeordnet, oder **Nachlassinsolvenz** eröffnet ist oder die Voraussetzungen der Dürftigkeitseinrede gegeben sind (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Siegmann* § 56 Rz. 5).

§ 785 ZPO verweist wegen der in den §§ 781- 784 ZPO erhobenen Einwendungen auf **die Vollstreckungsgegenklage** gemäß § 767 ZPO. Zu beachten ist allerdings, dass die Klageziele des § 785 ZPO nicht einheitlich sind. Soll eine Beschränkung des Titels auf den Nachlass erreicht werden, so handelt es sich um eine Vollstreckungsgegenklage. Denn in diesem Fall werden materiell- rechtliche Einwendungen gegen die titulierte Forderung erhoben, deren Erfüllung sich auf den Nachlass beschränkt. Sofern allerdings erreicht werden soll, dass ein bestimmter Gegenstand nicht mehr haften soll, dann geht man von einer **Drittwiderrspruchsklage** gemäß § 771 ZPO aus. Denn dann ist die Klage darauf gerichtet, einen bestimmten Vollstreckungszugriff in einen konkreten Gegenstand für unzulässig zu erklären. Hauptanwendungsfall einer solchen Klage ist, dass eine Vollstreckung in einen Gegenstand stattgefunden hat, der zum Eigenvermögen des Erben gehört. Hat der Erbe die Haftungsbeschränkung durch Nachlassinsolvenz, Nachlassverwaltung, Erschöpfungseinrede, Dürftigkeitseinrede oder Überschwerungseinrede herbeigeführt, so kann er den Zugriff eines Nachlassgläubigers auf sein Eigenvermögen abwehren und die Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen in sein Eigenvermögen verlangen (§ 784 ZPO).

IV. Gesamtschuldnerausgleich

Wurde ein Miterbe als Gesamtschuldner in Anspruch genommen, so hat dieser einen Anspruch gegen die übrigen Miterben auf **Ausgleich gemäß § 426 BGB**, sofern die Verbindlichkeit nicht noch bei der Erbauseinandersetzung gemäß § 2046 BGB berücksichtigt werden kann. Bei bestehender Ausgleichspflicht richtet sich auch der Gesamtschuldnerausgleich nach dem, was jeder Miterbe erhält (*Palandt/Weidlich* § 2058 BGB Rz. 4)

12. Kapitel: Die Auflage

I. Allgemeines

Die **Auflage** ist eine vom Erblasser getroffene Anordnung, die den Beschwerten zu einer Leistung verpflichtet, ohne einem Begünstigten ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 438). Die Auflage ist also keine Zuwendung, sondern die durch Testament oder durch Erbvertrag erfolgende **Auferlegung einer Verpflichtung**, der kein Bedachter gegenübersteht (*Palandt/Weidlich* § 1940 BGB Rz. 1). Damit ist die Auflage zunächst vom Vermächtnis abzugrenzen. Soll einem Begünstigten ein klagbarer Anspruch auf einen Vermögensvorteil zustehen, so handelt es sich um ein Vermächtnis (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 439). Ebenfalls kann eine **Abgrenzung** zur Bedingung notwendig sein. Eine solche liegt vor, wenn eine Leistung verlangt wird, damit eine Person überhaupt Vermächtnisnehmer oder Erbe wird (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 439). Durch Auflagen können hingegen z.B. Anordnungen über Grabpflege oder über die Veröffentlichung des literarischen Nachlasses getroffen werden, auch kann der Erblasser bestimmen, dass Teile seines Vermögens zu wohltätigen Zwecken verwendet werden (*Leipold*, *Erbrecht Rz.* 558).

II. §§ 2192- 2196 BGB

Die Regelungen über die Auflage finden sich in den §§ 2192- 2196 BGB. Gegenstand der Auflage kann alles sein wozu man sich schuldrechtlich verpflichten kann (*Palandt/Weidlich* § 2192 BGB Rz. 5). Aufgrund der nahen Verwandtschaft zum Vermächtnis hat der Gesetzgeber jedoch eine Reihe von Vorschriften über das Vermächtnis für anwendbar erklärt (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 439). Wie dargestellt, kann der aus einer Auflage Begünstigte keine Vollziehung verlangen. Damit die Gefahr eingrenzt wird, dass der mit der Auflage Beschwerte seiner Verpflichtung auch nachkommt, räumt § 2194 BGB bestimmten Personen das Recht ein, vom Beschwerten Vollziehung der Auflage zu verlangen. Möchte der Erblasser zum Beispiel erreichen, dass Teile seines Vermögens den „Tieren“ zukommen soll, so kann er den Erben, aber auch einen Vermächtnisnehmer, über eine Auflage damit beschweren. Damit die Auflage erfüllt wird, kann er einen Testamentsvollstrecker bestimmen und diesem den Aufgabekreis Aufлагenerfüllung zuteilen. Würde der Erblasser einem bestimmten Tierheim einen Geldbetrag zuwenden wollen, so würde diese Anordnung als Vermächtnis auszulegen sein, da im Zweifel dem Tierheim ein eigener klagbarer Anspruch auf den Geldbetrag zustehen soll.

Eine Auflage ist allerdings dann nach den §§ 2192, 2171 BGB unwirksam, wenn sie von dem Beschwerten eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung verlangt (*Brox* *Erbrecht Rz.* 444). Sofern der Beschwerte die Unmöglichkeit zu vertreten hat, greift § 2196 Abs. 1 BGB. Hiernach kann derjenige, dem der Wegfall des Beschwerten zus-

tatten kommt, von dem Beschwerten nach Bereicherungsrecht Herausgabe der Zuwendung verlangen, sofern die Zuwendung zur Auflagenerfüllung verwendet werden muss. Diese etwas kompliziert gefasste Vorschrift meint folgendes: Wird ein Alleinerbe mit einer Auflage beschwert und führt das Verhalten des beschwerten Alleinerben zur Unmöglichkeit der Auflagenerfüllung, so kann der aus einer Auflage Begünstigte keinen Schadensersatz verlangen, da er ja auch nicht auf Erfüllung klagen kann. Damit ist der Nachlass insgesamt werthaltiger. Dies kann nun z.B. für einen Pflichtteilsberechtigten von Vorteil sein, weil sich der Pflichtteilsanspruch summenmäßig erhöht. Damit hat dieser einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschwerten; der Wegfall kommt ihm nun mal zustatten. Das was herausgegeben wurde ist nun, zumindest nach h.M. (Kipp/Coing § 65 III; Brox Erbrecht Rz. 445; Palandt/Weidlich § 2196 BGB Rz. 2), für die Auflagenerfüllung zu verwenden. Allerdings nur, wenn die Auflage nicht nur durch den Beschwerten erfüllt werden sollte oder ihre Vollziehung unmöglich ist (Palandt/Weidlich § 2196 BGB Rz. 2).

13. Kapitel „Der Erbschaftsanspruch“

I. Allgemeines

Nach dem **Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge** geht das Eigentum an sämtlichen Sachen des Erblassers auf den Erben über. Nun ist allerdings denkbar, dass ein Testament des Erblassers erst spät aufgefunden wird. Ausweislich dieses Testaments ist eine andere Person als Alleinerbe eingesetzt, als die, die nach den Regelungen der gesetzlichen Erbfolge Erbe wäre. Da das Testament erst verspätet aufgefunden wird, haben Personen den Nachlass in Besitz genommen, die nicht Erben sind, da das gewillkürte Erbrecht dem gesetzlichen Erbrecht vorgeht. Nun müsste, gäbe es die §§ 2018 f. BGB nicht, der wirkliche Erbe über Einzelklagen, die auch möglicherweise an unterschiedlichen Orten zu erheben wären, die Nachlassgegenstände herausverlangen. Dies ist fraglos aufwendig und teuer. Daher gewährt das Gesetz dem wirklichen Erben einen Herausgabeanspruch des gesamten Nachlasses gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 2018 BGB). Neben diesem Herausgabeanspruch bestehen selbstverständlich auch die Einzelherausgabeansprüche. § 2018 BGB ist hingegen ein vorteilhafter **Gesamtanspruch** (*Palandt/Weidlich* Vor. § 2018 BGB Rz. 1). Der Anspruch besteht aber nur gegen diejenigen, die behaupten ein Besitzrecht zu haben, so dass gegen diejenigen, die ihren Besitz auf andere Rechte stützen, der Anspruch nicht in Betracht kommt (*Brox*, Erbrecht Rz. 549).

II. Umfang der Herausgabepflicht

Der Herausgabeanspruch erstreckt sich auf die unmittelbar aus dem Nachlass erlangten Gegenstände und ergänzend (§ 2019 BGB) auf die Surrogate (*Palandt/Weidlich* § 2018 BGB Rz. 1). Dem Wortlaut von § 2018 BGB entsprechend, beschränkt sich der Herausgabeanspruch nicht auf Sachen, vielmehr umfasst der Anspruch auch jeden anderen Vorteil. So kann sich der Anspruch auch auf Grundbuchberichtigung richten (*Brox*, Erbrecht Rz. 552). Nutzungen sind ebenfalls vom Anspruch mit umfasst (§ 2020 BGB), allerdings nur, sofern sie gezogen sind (*Palandt/Weidlich* § 2020 BGB Rz. 1).

III. Haftung und Verwendungsersatzansprüche des Erbschaftsbesitzers

Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bemisst sich in etwa wie die Haftung des Besitzers bei den §§ 987 f. BGB. Ebenfalls wird also danach unterschieden, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig, verklagt oder nicht verklagt ist (*Brox*, Erbrecht Rz. 555). Mit den Verwendungsersatzansprüchen verhält es sich ebenso. Der Erbschaftsbesitzer ist damit umso mehr Ansprüchen ausgesetzt umso bösgläubiger er ist, zugleich verringert sich der Umfang des Verwendungsersatzanspruches des Erben. Beim gutgläubigen Erbschaftsbesitzer ist es genau umgekehrt. Hier differenziert das Gesetz in nachvollziehbarer Weise hinsichtlich der Besitzqualität. Hat der gesetzliche Erbe zum

Beispiel nicht wissen können, dass der Erblasser ein Testament verfasst hat, weil dieser das Testament versteckt hatte, kann der vermeintliche Erbe nicht mit der Härte gestraft werden, wie derjenige, der genau weiß, dass es ein Testament gibt, dieses aber zurückhält, um sich Vermögensvorteile zu erhalten.

Daher haftet der gutgläubige und nicht verklagte Besitzer nur nach § 2021 BGB, also nach Bereicherungsgrundsätzen (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 555). Nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder bei Bösgläubigkeit haftet der Besitzer verschärft nach § 2023 BGB in Verbindung mit §§ 987 Abs. 2, 989 BGB. Handelt es sich um einen Deliktsbesitzer, hat er sich den Besitz also durch eine Straftat oder durch verbotene Eigenmacht verschafft, so haftet er gemäß § 2025 BGB zusätzlich nach Deliktsrecht. Allerdings ist hier bei der verbotenen Eigenmacht ebenfalls Verschulden notwendig (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 558).

Der gutgläubige unverklagte Besitzer muss den Herausgabeanspruch nur Zug um Zug gegen Verwendungsersatz erfüllen, soweit die Verwendungen nicht schon durch Anrechnung gemäß § 2021 BGB gedeckt werden konnten (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 559). Damit kommt es auch nicht darauf an, ob es sich um notwendige, nützliche, überflüssige oder überhaupt um werterhöhende Verwendungen handelt (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 559). Der verklagte oder der bösgläubige Besitzer erhält Verwendungsersatz nur nach den Regeln der GoA (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 561). Ist der Besitzer zudem ein Deliktsbesitzer, so steht ihm gemäß § 2025 BGB nur eine Vergütung für die notwendigen und nützlichen Verwendungen zu, zudem entfällt ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Besitz durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt wurde (*Brox*, *Erbrecht Rz.* 562).

14. Kapitel: Das Vererben von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen

I. Allgemeines

Die Nachfolge in **unternehmerische Vermögenswerte** ist sicherlich eines der anspruchsvollsten Themen im Erbrecht. Neben den komplizierten zivilrechtlichen Besonderheiten treten in der Praxis noch die steuerlichen Probleme, insbesondere auf dem Gebiet der Erbschaftssteuer und der Ertragssteuer. Nachfolgend soll das Grundverständnis für die zivilrechtlichen Probleme geschaffen werden und in der notwendigen Kürze die rechtliche Situation in den gängigen Gesellschaftsformen dargestellt werden. Ausgehend vom einzelkaufmännischen Unternehmen, werden die Personengesellschaften, dann die Kapitalgesellschaften und zum Schluss die Sonderform der GmbH & Co. KG erläutert.

II. Das einzelkaufmännische Unternehmen

Aus § 22 HGB ergibt sich, dass ein einzelkaufmännisches Unternehmen vererbt werden kann. Dort ist geregelt, dass derjenige, der ein bestehendes Handelsgeschäft von Todeswegen erwirbt, die bisherige Firma des Geschäfts mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen kann. Das Handelsgeschäft fällt mit dem Erbfall als wirtschaftliche Einheit in den Nachlass und wird durch die oder den Erben fortgeführt. So wird bei einer Gesamtheit von Erben das Handelsgeschäft gemeinschaftliches Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft. Es kann nach h.M. in ungeteilter Erbengemeinschaft fortgeführt werden, ohne dass eine OHG oder eine KG gegründet werden müsste (BGHZ 92, 259; K.Schmidt, NJW 1985, 2785).

Hinsichtlich der Verbindlichkeiten haftet der Erbe gemäß §§ 27, 25 HGB unbeschränkt für alle im Unternehmen des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten, sofern die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines Nachfolgevermerks fortgeführt wird. Damit bleiben die nach dem BGB bestehenden Möglichkeiten zur Beschränkung der Erbenhaftung ohne Wirkung. Der unbeschränkten handelsrechtlichen Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers kann der Erbe nur entgehen, indem er die Fortführung des ererbten Geschäfts innerhalb von drei Monaten, nachdem er vom Erbfall Kenntnis erlangt hat, einstellt (§ 27 Abs. 2 HGB). Nach der Geschäftseinstellung haftet der Erbe nach den allgemeinen Regeln der §§ 1967 f. BGB unbeschränkt, aber beschränkbar.

III. Personengesellschaften

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

§ 727 Abs. 1 BGB sieht vor, dass beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst wird. Die Erben treten als Erbengemeinschaft in eine Liquidationsgesellschaft ein (*Sudhoff/Froning* § 39 Rz. 79). Damit trägt der Gesetzgeber der üblicherweise noch stärkeren personalistischen Prägung der GbR Rechnung.

Beabsichtigen die Gesellschafter hingegen die Fortsetzung der GbR über den Tod eines Gesellschafters hinaus, so müssen sie dies im Gesellschaftsvertrag durch eine entsprechende Klausel regeln, § 727 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Hierbei unterscheidet man, bei der GbR, aber auch bei anderen personalistisch geprägten Gesellschaftsformen, anhand der angestrebten Zusammensetzung der weiterzuführenden Gesellschaft zwischen der Fortsetzungsklausel, der Nachfolgeklausel und der Eintrittsklausel.

a. Die Fortsetzungsklausel

Eine **Fortsetzungsklausel** regelt, dass sich die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters nicht auflösen soll, sondern, dass die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortzuführen ist. Sie ist bei der GbR erforderlich und ausdrücklich gemäß § 736 BGB zugelassen. Verbunden wird diese Klausel in der Praxis häufig mit Abfindungsklauseln für die weichenden Erben.

b. Die Nachfolgeklausel

Eine **Nachfolgeklausel** hingegen regelt, dass sich die Gesellschaft nicht auflösen soll, dass aber anstelle des verstorbenen Gesellschafters ein oder mehrere Erben die Gesellschafterstellung zusammen mit den verbliebenen Gesellschaftern fortführen sollen. Erforderlich kann sie bei der OHG und bei der GbR werden, bei der KG nur hinsichtlich des Komplementäranteils. Bei der Nachfolgeklausel differenziert der Rechtsverkehr zwischen der einfachen Nachfolgeklausel, wonach die Gesellschaft mit allen Erben fortgesetzt wird und der qualifizierten Nachfolgeklausel, wonach die Gesellschaft nur mit bestimmten Erben fortgesetzt werden soll. So kann z.B. im Gesellschaftsvertrag geregelt sein, dass nur der oder die Abkömmlinge in das Unternehmen folgen dürfen, die ein betriebswirtschaftliches Studium absolviert haben.

c. Die Eintrittsklausel

Die **Eintrittsklausel** vermeidet ebenfalls die Auflösung der Gesellschaft, bestimmt jedoch für eine oder mehrere Personen ein Eintrittsrecht nach rechtsgeschäftlicher Aufnahme. Somit wird einer Person ein schuldrechtlicher Anspruch auf Eintritt in die Gesellschaft gewährt.

Wenn im Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel vereinbart ist und mehrere Erben vorhanden sind, kommt es bei der GbR zur so genannten **Sondererbfolge** in den Gesellschaftsanteil (BGH WM 1981, 140, MüKo/Ulmer § 727 BGB Rz. 26). Dies bedeutet, dass nicht die Erbengemeinschaft als solche in die Gesellschafterstellung des Erblassers einrückt, sondern dass jeder Erbe persönlich Mitglied der Gesellschaft wird und zwar bei einer einfachen Nachfolgeklausel in Höhe der Erbquote (BGHZ 68, 225; MüKo/Schmidt § 139 HGB Rz. 12). Die Sondererbfolge führt zu einer automatischen Abspaltung des Anteils vom sonstigen Nachlass und zur Aufspaltung in Höhe der Quote; sie kann daher als Teilauseinandersetzung aufgefasst werden (K. Schmidt, GesR § 45 V 4a). Allerdings ändert die Sondererbfolge in den Anteil nichts daran, dass dieser als Teil des Erblasservermögens Nachlassbestandteil ist (BGHZ 108, 187).

Beispiel:

Erbt eine Erbengemeinschaft einen hälftigen Miteigentumsanteil an einem Haus, so wird dieser von den Erben gemeinschaftlich verwaltet. Sofern allerdings eine 50 % Beteiligung an einer GbR geerbt wird, so wird nicht die Erbengemeinschaft Gesellschafter, sondern der jeweilige Erbe in Höhe seiner Erbquote. Hinsichtlich seiner eigenen Gesellschafterstellung kann er dann natürlich auch unabhängig von den anderen Erben handeln. Besteht also eine Gesellschaft aus zwei Gesellschaftern mit jeweils 50% Gesellschaftsanteil, verstirbt einer von ihnen und hinterlässt zwei Erben mit jeweils ½ Erbquote, so wird jeder Erbe Gesellschafter mit einem Anteil von 1/4., über den er frei verfügen kann.

2. Die offene Handelsgesellschaft (OHG)

Bei der OHG regelt § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB, dass beim Tode eines Gesellschafters, dieser, mangels abweichender Bestimmung, aus der Gesellschaft ausscheidet. Dessen Erben werden somit nicht Gesellschafter, sofern der Gesellschaftsvertrag keine Sonderregelung enthält. Die Gesellschaft wird mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt, so dass die gesetzliche Regelung einer **reinen Fortsetzungsklausel** entspricht. Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst nach § 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB den verbleibenden Gesellschaftern zu; an seine Stelle tritt, wie stets beim Ausscheiden, der Abfindungsanspruch (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB), der in den Nachlass fällt. Mehreren Erben steht der Anspruch in gesamthänderischer Verbundenheit zu (Staub/C.Schäfer § 139 HGB Rz. 3). Der Abfindungsanspruch richtet sich gegen die Gesellschaft; zusätzlich haften die Gesellschafter nach §§ 128, 130 HGB. Grundlage zur Berechnung des Abfindungsanspruches ist der „wirkliche“ Unternehmenswert, der nach heute überwiegender Auffassung in der betriebswirtschaftlichen Bewertungspraxis nach dem Ertragswertverfahren ermittelt wird (Ebenroth/Boujong/Joost HGB § 131 HGB Rz. 68 f.). Diese Abfindungsansprüche können für die Gesellschaft ruinös sein, so dass gesellschaftsrechtliche Klauseln (Eintrittsklauseln oder Nachfolgeklauseln) in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden sollten

(Wiedemann, Die Personenunabhängigkeit der Personengesellschaft, GS Lüderitz, S. 839). Nach Maßgabe der BGH-Rechtsprechung ist auch eine Klausel, wonach ein vollständiger Abfindungsausschluss für den Fall des Todes eines Gesellschafters als Mittel zur Wahrung der Unternehmenskontinuität vereinbart wird, wirksam (BGHZ 22, 186). Lebhaft diskutiert wird die Frage, ob in der Vereinbarung eines solchen Ausschlusses eine Schenkung zugunsten der Mitgesellschafter zu sehen ist, welche Pflichtteilergänzungsansprüche nach § 2325 BGB auslöst. Ist der Abfindungsanspruch für den Tod jedes Gesellschafters ausgeschlossen, so ist nach h.M. ein entgeltliches Rechtsgeschäft anzunehmen, da der Chance jedes Gesellschafters, seinen Anteil im Todesfall eines anderen zu vergrößern, das Risiko des Anteilsverlustes ohne Abfindung gegenüber steht (aleatorisches Geschäft). Ein Pflichtteilergänzungsanspruch soll hingegen nur in Betracht kommen, wenn der Ausschluss nicht für alle Gesellschafter angeordnet ist oder einzelne Gesellschafter schon wegen der geringeren Lebenserwartung an dem Risiko und der Chance einer solchen Klausel nicht im gleichen Maße wie die anderen teilnehmen können (Crezelius, Unternehmensrecht Rz. 100).

Sofern entgegen § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB die Gesellschaft mit den Erben als persönlich haftenden Gesellschaftern fortgesetzt werden soll, so können die Erben den Verbleib in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihre Beteiligung in eine kommanditistische Beteiligung umgewandelt wird (§ 139 Abs. 1 HGB). Dieses wiederum hat für die Erben den Vorteil, dass sie nicht mehr persönlich haften. Sofern die Gesellschafter dem Erben die Kommanditistenstellung einräumen, so wird die OHG in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt. Wenn die Gesellschafter sich weigern, hat der Erbe die Wahl, ob er als persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt, oder innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis vom Erbfall aus der Gesellschaft ausscheiden möchte (§ 139 Abs. 2, 3 HGB). Der Zweck dieser Regelung besteht darin, dem Erben die Entscheidung zwischen der Ausschlagung der gesamten Erbschaft einschließlich des Gesellschaftsanteils und Übernahme der unbeschränkten und unbeschränkbar Haftung für die Verbindlichkeiten zu erleichtern, indem ihm das Austrittsrecht zugebilligt wird (Staub/C.Schäfer § 139 HGB Rz. 5).

3. Die Kommanditgesellschaft (KG)

Bei der Kommanditgesellschaft ist zunächst danach zu unterscheiden, ob der vollhaftende **Komplementär** oder der **Kommanditist** verstirbt.

a. Versterben des Komplementärs

Sofern der Komplementär verstirbt, ist die gesellschaftsrechtliche Folge identisch mit der, als wenn ein OHG Gesellschafter verstirbt (§§ 161 Abs. 1 i.V.m. 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB). Sofern es sich allerdings um den einzigen Vollhafter handelt, so wird die Gesellschaft aufgelöst, da die Voraussetzungen von § 161 Abs. 1 HGB nicht mehr vorlie-

gen. Gleiches geschieht, wenn lediglich ein Gesellschafter übrig bleibt; es kommt zum liquidationslosen Erlöschen der Gesellschaft (BGHZ 68, 81).

b. Versterben des Kommanditisten

Verstirbt hingegen ein Kommanditist, regelt § 177 HGB die grundsätzliche Fortführung der Gesellschaft mit den Erben. Während also der Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters nur bei Vorliegen einer Nachfolgeklausel vererblich ist, gilt dies für den Kommanditanteil schon kraft Gesetzes. Sofern mehrere Erben vorhanden sind, greift auch hier die Sondererbfolge, so dass abweichend von § 2032 BGB jeder einzelne Erbe Mitglied in der Gesellschaft wird, und zwar in Höhe der jeweiligen Erbquote (MüKo/Schmidt § 139 HGB Rz.12, BGHZ 22, 186).

VI. Kapitalgesellschaften

1. Allgemeines

Kapitalgesellschaftsanteile sind ohne weiteres vererblich und gehen mit allen Rechten und Pflichten auf den oder die Erben über. Anders als bei der Personengesellschaft findet keine Sondererbfolge statt, so dass eine Erbengemeinschaft in die Rechtsposition des Erblassers einrückt und diese Position gemeinschaftlich ausübt. Bei der GmbH ergibt sich dies aus § 18 GmbHG, wobei es bei der GmbH im Interesse der Gesellschaft zweckmäßig ist, entsprechend der aktienrechtlichen Regelung in § 69 Abs. 1 AktG gesellschaftsvertraglich die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters vorzuschreiben. Zu beachten ist außerdem, dass gesellschaftsrechtliche Sonderrechte wie zum Beispiel eine persönliche Geschäftsführungsbefugnis oder ein erhöhter Gewinnanteil im Zweifel höchstpersönlicher Natur sind und nicht ohne weiteres auf die Erben übergehen; hier können klare Regelungen in der Satzung helfen.

2. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die Vererblichkeit der GmbH-Anteile ergibt sich aus § 15 GmbHG. Soll jedoch die GmbH nach dem Tod eines Gesellschafters nur mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werden, bedarf es einer sogenannten Einziehungsklausel, welche die Gesellschafter zur Einziehung des Geschäftsanteils berechtigt. Ebenso kann eine Abtretungsklausel verankert werden, die die Erben verpflichtet, den GmbH-Anteil an die Gesellschafter oder an dritte Personen abzutreten. Die letzte Möglichkeit besteht darin, im Gesellschaftsvertrag eine auf den Todesfall des Gesellschafters auflösend bedingte Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Dritten zu vereinbaren (*Hörger/Pauli*, Nachfolge bei Kapital- und Personengesellschaften GmbHHR 1999, 945).

3. Die Aktiengesellschaft

Bei der Aktiengesellschaft gehen die Aktien auf den oder die Erben über. Dies ergibt sich allgemein aus § 1922 BGB. Zu einer Sondererbfolge kann es nicht kommen. Die Vererblichkeit kann auch nicht durch Satzung ausgeschlossen werden (*Sudhoff/Froning* § 46 Rz. 73).

4. Sonderfall „GmbH & Co. KG“

Bei der GmbH & Co. KG handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion bei der die GmbH der einzige Komplementär ist. Folge ist, dass eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Vollhaftung bei der KG übernimmt. Die das Unternehmen tragende, operative Gesellschaft ist die KG, weshalb die GmbH & Co. KG eine Personengesellschaft ist. Regelmäßig handelt die KG durch die GmbH und die GmbH durch den oder die Geschäftsführer. Die Nachfolge richtet sich nach den für den jeweiligen Anteil der GmbH & Co. KG geltenden Regeln. Damit gehen die GmbH Anteile gemäß § 15 GmbHG über, die Kommanditanteile nach § 177 HGB.

15. Kapitel: Vermögensübertragung zu Lebzeiten und Verträge auf den Todesfall

I. Einleitung

Sofern der Erblasser schon zu Lebzeiten seine Vermögenssituation regeln oder außerhalb der erbrechtlichen Regelungen über sein Vermögen disponieren möchte, so gibt es hierfür zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten, die in Ihrer Vielfalt den Umfang dieses Buches sprengen würden. Daher werden nachstehend die wichtigsten Schenkungsgestaltungen erörtert und anschließend die Gestaltungen der Schenkung auf den Todesfall und der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall dargelegt.

II. Schenkungsgestaltung

In der Gestaltungspraxis sind insbesondere die reine Schenkung, die gemischte Schenkung, die Zweckschenkung und die Schenkung unter einer Auflage oder unter Vorbehalt des Nießbrauchs zu nennen.

1. Die reine Schenkung

Die reine Schenkung ist in § 516 BGB geregelt und verlangt:

- Die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers
- Die Bereicherung des Beschenkten
- Die Einigung über die Unentgeltlichkeit

Gerade in dem Tatbestandsmerkmal der Zuwendung ist die Entreicherung des Schenkers enthalten, die zu einer Verminderung der gegenwärtigen Vermögenssubstanz auf Dauer führen muss (Münchener Anwaltshandbuch/*Stenger* § 37 Rz.4). Unentgeltlich ist die Zuwendung, wenn sie unabhängig von einer Gegenleistung geschieht (*Palandt/Weidenkaff* § 516 BGB, Rz. 8). Allerdings entscheidet die Vereinbarung einer Bedingung nicht über den Charakter der Unentgeltlichkeit (*Staudinger/Cremer*, § 516 BGB Rz. 13). Somit ist die Unentgeltlichkeit dann zu bejahen, wenn zwar eine Gegenleistung erbracht wird, diese aber aus dem Wert des Schenkungsgegenstandes bestritten wird, etwa bei Übernahme dinglicher Belastungen eines Schenkungsgegenstandes oder bei Vorbehalt von Nutzungsrechten, insbesondere dem Nießbrauch (Münchener Anwaltshandbuch/*Stenger* § 37 Rz. 5).

§ 518 Abs. 1 BGB ordnet an, dass das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung bedarf. Der Form des § 518 Abs. 1 BGB unterliegt aber nur die Willenserklä-

rung des Schenkers (*Palandt/Weidenkaff* § 518, Rz. 2), nicht hingegen die Annahmeerklärung des Beschenkten. Ist allerdings für den ganzen Vertrag notarielle Beurkundung vorgeschrieben, muss diese Form auch für die Annahmeerklärung erfüllt sein (*Palandt/Weidenkaff* § 518, Rz. 7). Dies ist beispielsweise dann beachtlich, wenn ein Grundstück schenkweise übertragen werden soll.

Sofern die Schenkung vollzogen ist, so ordnet § 518 Abs. 2 BGB an, dass der Mangel der Form geheilt ist. Was für den Vollzug notwendig ist, richtet sich nach dem Schenkungsgegenstand (*Staudinger/Cremer*, § 518 BGB Rz. 16). Bei beweglichen Sachen richtet es sich somit nach § 929 BGB. Für Immobilien genügt zwar die Auflassung wegen ihrer bindenden Wirkung nach § 873 Abs. 2 BGB; damit tritt allerdings keine Heilung nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB ein (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz.19).

2. Die gemischte Schenkung

Von einer gemischten Schenkung spricht man, wenn die Parteien das objektive Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung kennen und sich darüber einig sind, dass der Empfänger den Mehrwert unentgeltlich aus dem eigenen Vermögen des Zuwendenden erhalten soll (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz. 8). Als Beispiel kann der Fall genannt werden, dass ein Grundstück mit einem erheblichen Wert für 1,00 € „verkauft“ wird. Nach der Rechtsprechung ist für die indizielle Annahme einer gemischten Schenkung erforderlich, dass die Leistungen in einem auffallend groben Missverhältnis stehen (BGH NJW-RR 1996, 754). Die Behandlung einer gemischten Schenkung ist umstritten; es werden Trennungs- und Einheitstheorie vertreten (*Palandt/Weidenkaff* § 518 BGB, Rz. 14). Um zu brauchbaren Lösungen zu kommen sollte allerdings auf den Zweck des Rechtsgeschäftes abgestellt werden (*Palandt/Weidenkaff* § 518 BGB, Rz. 14). Für die Einhaltung der Form ist das Geschäft ohnehin in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zu zerlegen (*MüKo* § 518 BGB, Rz. 32).

3. Die Zweckschenkung

Unter einer Zweckschenkung versteht man eine Schenkung, die hinsichtlich des Zweckes keine einklagbare Verpflichtung des Beschenkten enthält, die Zweckerreichung allerdings **Geschäftsgrundlage** der Schenkungsabrede ist und eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Beteiligten über den verfolgten Zweck voraussetzt, dessen Vereitelung den Rechtsgrund des Behaltendürfens entfallen lässt (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz. 11).

4. Schenkung unter Auflage oder unter Nießbrauchsvorbehalt

Einen wichtigen Platz in der Gestaltungspraxis nimmt die Schenkung unter einer Auflage oder unter Vorbehalt des Nießbrauchs ein.

a. Schenkung unter Auflage

Bei der Schenkung unter einer Auflage (§ 525 BGB) ist der Schenkung eine Bestimmung hinzugefügt, die den Empfänger zu einer Leistung (Tun oder Unterlassen) verpflichtet, die aus dem Zuwendungsgegenstand zu entnehmen ist (*Palandt/Weidenkaff* § 525, Rz. 1). Dabei handelt es sich solange um eine Schenkung, als dem Empfänger nach der subjektiven Meinung der Parteien eine Bereicherung verbleibt (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz. 11). So kann der Vater, wenn er einem Kind ein Grundstück schenkt, dieses verpflichten, für ein weiteres Geschwisterkind das Grundstück zu parzellieren und diesem das Teil unentgeltlich zu übertragen.

b. Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt

Sofern der Schenker sich den Nießbrauch an einem Grundstück vorbehält, behält er die Nutzungsmöglichkeiten an diesem Grundstück (§ 1030 BGB). Durch die Nießbrauchbestellung entsteht zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher ein dingliches Rechtsverhältnis und ein gesetzliches Rechtsverhältnis (*Palandt/Bassenge* Einf. vor § 1029 BGB, Rz. 1). Damit geht die Verpflichtung des Nießbrauchers einher, die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Vermögensgegenstandes zu erhalten und dafür nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu sorgen (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz. 10). Ausbesserungen und Erneuerungen legt das Gesetz dem Nießbraucher auf, wenn sie zur gewöhnlichen Erhaltung der Sache gehören (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz. 10). Durch anfängliche oder nachträgliche Vereinbarung kann der Inhalt dieses Schuldverhältnisses geändert werden; dies wirkt dinglich nur bei Eintragung in das Grundbuch und Änderungen dürfen den Wesenskern des Nießbrauchs nicht beeinträchtigen (*Palandt/Bassenge* Einf. vor § 1029 BGB, Rz. 1). Der Nießbrauch erlischt durch Rechtsgeschäft oder durch Tod des Berechtigten (*Palandt/Bassenge* Einf. Vor § 1029 BGB, Rz. 3).

In dem Zusammenhang der Nießbrauchbestellung ist gerade häufiger die Gewährung von Wohnrechten genannt. Hier ist allerdings nach Art des Wohnrechtes zu differenzieren. Das Dauerwohnrecht nach § 31 WEG ist als veräußerliches und **vererbliches** Wohnrecht die Möglichkeit, die Immobilie unter Ausschluss des Eigentümers zu nutzen. Das Wohnungsrecht nach § 1093 BGB ist als personenbezogenes Recht eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit, die nur für den Berechtigten sowie für Familienangehörigen Geltung hat (*Münchener Anwaltshandbuch/Stenger* § 37 Rz. 48). Letztlich kann Wohnraum auch über eine Reallast gewährt werden. Im Unter-

schied zur Dienstbarkeit, welche dem Berechtigten ein Duldungs- oder Unterlassungsrecht begründet, ist die Reallast auf ein aktives Handeln gerichtet

III. Schenkungen mit Wirkung auf den Todesfall

Sofern Zuwendungen dem Grunde nach unter Lebenden vereinbart werden, die Wirkungen aber erst mit dem Tod eines Beteiligten eintreten sollen, entstehen Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Regelungen über die Verfügungen von Todes wegen. Sofern diese Fälle als Rechtsgeschäft unter Lebenden behandelt werden, könnte der Erblasser nicht nur den strengen Form- und Typenzwang des Erbrecht umgehen, sondern auch die Regelungen zum Schutz der Nachlassgläubigern und Pflichtteilsberechtigten, deren Rechte bei Zuwendungen unter Lebenden und bei Verfügungen von Todes wegen verschieden gestaltet sind (Münchener Anwaltshandbuch/*Stenger* § 37 Rz. 25).

1. Schenkung auf den Todesfall

Stellt der Erblasser ein unentgeltliches Rechtsgeschäft unter die Bedingung, dass der Beschenkte ihn überlebt, liegt eine Schenkung auf den Todesfall vor (*Palandt/Weidlich* § 2301 BGB, Rz. 1). Die Frage, welche Form einzuhalten ist, wird streitig diskutiert. Nach einer Ansicht ist der Vertrag in der Form des § 2276 BGB, also in notarieller Form, zu errichten, weil durch die Gleichstellung mit Verfügungen von Todes wegen auch die Formvorschriften für Erbverträge Anwendung finden (*Palandt/Weidlich* § 2301 BGB, Rz. 6). Andere lassen die Form des § 2247 BGB genügen (*MüKo/Musielak* § 2301, Rz. 13). Ist allerdings nicht die Form des § 2276 BGB eingehalten, ist zu prüfen, ob das Schenkungsversprechen gemäß § 140 BGB als Testament aufrechterhalten werden kann, und hier insbesondere als Vermächtnis bei dem Versprechen der Schenkung eines einzelnen Vermögensgegenstandes oder als Erbeinsetzung bei dem Versprechen des gesamten Vermögens oder eines Teiles davon, § 2087 BGB (Münchener Anwaltshandbuch/*Stenger* § 37, Rz. 27). Sofern die Form in keinem Fall eingehalten ist, z.B. weil der Schenker die Schenkungserklärung auf der Schreibmaschine verfasst hat, ist die Schenkung gemäß § 2301 Abs. 1 BGB nur dann wirksam, wenn der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht. Für den Vollzug genügt die Leistungsbewirkung nach dem Tod des Schenkers nicht, vielmehr muss der Schenker noch zu Lebzeiten alles Erforderliche getan haben, um den Rechtserwerb des Empfängers ohne weitere Maßnahme von selbst eintreten zu lassen (*Palandt/Weidlich* § 2301 BGB, Rz. 8). Hier liegt auch der Unterschied zu § 518 Abs. 2 BGB. Während beim formungültigen Versprechen unter Lebenden Heilung auch noch durch Leistung nach dem Tod des Versprechenden, sei es durch dessen Erben oder einem von ihm postmortal Bevollmächtigten eintritt, führt beim Schenkungsversprechen unter einer Überlebensbedingung die Leistung nach dem Tod nie mehr zur Heilung, weil es dann den Vorschriften des Erbrechts unterliegt (BGHZ 99, 97). Vollzug liegt also unstreitig dann vor, wenn der Leistungserfolg schon zu Lebzeiten eingetreten ist. Wenn der Leistungserfolg jedoch noch nicht eingetreten

ist, entscheidet über den Vollzug die Frage, ob der Erblasser zu Lebzeiten alles Erforderliche veranlasst hat. Die Rechtsprechung stellt hier auf eine gesicherte Erwerbsanwartschaft ab, die sich nach objektiven Ansätzen beurteilt (BGHZ 87, 19). Hier haben sich unterschiedliche Fallkonstellationen entwickelt. Keine gesicherte Rechtsposition hat der Beschenkte dann erworben, wenn die Willenserklärung des Schenkers erst nach seinem Tod zugeht, da hier die Widerrufsmöglichkeit gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB besteht (MüKo/Musielak, § 2301 BGB Rz. 23). Sofern die Schenkung unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung erfolgte, liegt Vollzug vor, wenn alle übrigen Voraussetzungen für den Vollzug erfüllt sind (Palandt/Weidlich § 2301 BGB Rz. 16). Aufgrund der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung bei Grundstücksgeschäften kann ein Vollzug nur angenommen werden, wenn neben der Auflassungsvormerkung zugleich die Verpflichtung des Schenkers erklärt wird, dass dieser zu Lebzeiten nicht mehr über das Grundstück verfügt (Münchener Anwalts- handbuch/Stenger § 37 Rz. 33).

2. Schenkung mit aufgeschobener Erfüllung auf den Tod des Schenkers

Sofern, unabhängig von der Frage des Vorversterbens des Beschenkten, zwischen den Parteien vereinbart wird, dass das Eigentum erst mit dem Tod des Schenkers auf den Nachfolger übergeht, handelt es sich um ein reines Rechtsgeschäft unter Lebenden im Sinne der §§ 516 f. BGB. Das Eigentum verbleibt zu Lebzeiten des Schenkers bei ihm. Der Nachfolger hat einen unbedingten Anspruch auf Übereignung, der im Falles des Vorversterbens an dessen Erben geht (Münchener Anwaltshandbuch/Stenger § 37 Rz. 26).

IV. Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall

1. Allgemeines

Der Vertrag zugunsten Dritter ist kein eigenständiger Vertragstyp neben den im besonderen Schuldrecht geregelten Vertragstypen, vielmehr kann jeder Vertragstyp zugunsten Dritter ausgestaltet sein, wenn einem am Vertragsschluss unbeteiligten Dritten entweder sofort mit Vertragschluss oder später ein Recht zugewandt wird (Brox, Erbrecht Rz. 729). Soll der Dritte das Recht erst mit dem Tod des Versprechensempfängers erwerben, so liegt ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall vor, §§ 331, 330 BGB (Brox, Erbrecht Rz.729). Die juristische Konstruktion ist grundsätzlich die, dass es **drei Beteiligte** gibt: Den **Versprechenden**, den **Versprechensempfänger** und den **Begünstigten**. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechendem und dem Versprechensempfänger ist das Deckungsverhältnis, das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Begünstigten ist das Valutaverhältnis und das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Begünstigten ist das **Zuwendungsverhältnis**. Bei der Bearbeitung solcher juristischen Problemstellungen sind diese Rechtsverhältnisse sauber zu trennen und gesondert voneinander zu begutachten. Die Rechtsprobleme entstehen zumeist im Deckungsverhältnis oder im

Valutaverhältnis. Klassiker sind die „Sparbücher auf den Todesfall“ oder „Lebensversicherungen“.

Beispiel:

Der Großvater weist seine Bank an, im Falle seines Todes sein Sparbuch auf seinen Enkel zu übertragen. Die Bank nimmt die Weisung zu ihren Unterlagen. Hier verspricht demnach die Bank (Versprechender) gegenüber dem Großvater (Versprechensempfänger) zugunsten des Enkels (Begünstigtem) das Sparbuch zu überschreiben. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Großvater ist das bestehende Auftragsverhältnis und das Rechtsverhältnis zwischen dem Großvater und dem Enkel ist eine Schenkung. Durch die von der Bank veranlasste Übertragung an den Enkel leistet also der Großvater an den Enkel. Nicht hingegen die Bank. Diese erbringt eine Leistung an den Großvater, der die Bank über den Auftrag der Umschreibung wirksam verpflichtet hat.

a. Valutaverhältnis

Hieraus ergibt sich der rechtliche Grund für das spätere Behaltendürfen des zugewandten Rechts für den Begünstigten. Fehlt eine wirksame Vereinbarung im Valutaverhältnis, so ist die Leistung rechtsgrundlos erfolgt und kann von den Erben des Versprechensempfängers nach den §§ 812 f. BGB (Leistungskondiktion) zurückgefordert werden (*Brox, Erbrecht Rz. 731*). Soll dies verhindert werden, so ist, gerade bei Schenkungen, die notarielle Beurkundung erforderlich (518 Abs. 1 BGB). Ist die Form nicht gewahrt, bleibt nur die Heilungsmöglichkeit des § 518 Abs. 2 BGB. Mit Erwerb des Leistungsanspruchs gegen den Versprechenden ist ein „Bewirken“ im Sinne des § 518 Abs. 2 BGB durch den sogenannten „Von-Selbst- Erwerb“ des Begünstigten gegeben (BGH NJW 1984, 480, 481). Wegen § 130 Abs. 2 BGB bleibt das Schenkungsangebot wirksam und wird von dem Dritten angenommen, wenn der Versprechende dies an den Dritten übermittelt. Eine Erklärung der Annahme kann gemäß § 151 BGB unterbleiben (*Brox, Erbrecht Rz. 733*). Das Recht des Versprechensempfängers, das Angebot zu widerrufen, geht über die Universalsukzession auf die Erben über. Solange das Angebot von dem Versprechenden noch nicht übermittelt ist, können die Erben daher widerrufen (BGH NJW 1975, 382). Nach einer Mindermeinung in der Literatur (allerdings *Medicus BR Rz. 396f* und *Kipp/Coing Erbrecht § 81 V 1*) ist im Valutaverhältnis sogar die Form des § 2301 BGB anzuwenden, da ansonsten die Umgehung von erbrechtlichen Formvorschriften droht. Sofern die Form nicht eingehalten ist, kann der Gegenstand oder das Recht zurückgefordert werden; es sei denn, ein Vollzug gemäß § 2301 Abs. 1 BGB ist gegeben. Hiergegen spricht m.E. jedoch, dass der Anwendungsbereich sehr klein wäre (so auch *Brox, Erbrecht Rz. 734*) und insbesondere § 2301 BGB nicht ohne weiteres überzeugend auf Verträge zugunsten Dritter angewendet werden kann, die im BGB systematisch im allgemeinen Schuldrecht

geregelt sind. Die systematische Stellung der Norm spricht eher dafür, dass der Gesetzgeber nur im Erbrecht diese strenge Form verlangt.

b. Deckungsverhältnis

Dieses regelt das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger. Unstreitig ist dieses Rechtsverhältnis an Formvorschriften gebunden, dem die vertragliche Abrede zugrunde liegt. Nach der Rechtsprechung muss allerdings nicht die Form eingehalten werden, die das Gesetz für das Rechtsgeschäft im Valutaverhältnis vorschreibt (BGHZ 46, 198; 54, 154). Sofern also bei einer Schenkung im Valutaverhältnis die Form der notariellen Beurkundung vorgesehen ist, muss diese Form nicht auch im Deckungsverhältnis gewahrt werden.

2. Lebensversicherungen

a. Allgemeines

Die Lebensversicherung ist eine **Personenversicherung**, bei der bis zu **vier unterschiedliche Beteiligte** unterschieden werden können; hierbei handelt es sich um den **Versicherer**, den **Versicherungsnehmer**, die **versicherte Person** und den **Bezugsberechtigten** (Münchener Anwaltshandbuch/*Andres* § 41 Rz. 5). Ist der Versicherungsnehmer nicht personenidentisch mit dem Bezugsberechtigten, so handelt es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 330 BGB (Münchener Anwaltshandbuch/*Andres* § 41 Rz. 5 und 14). Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrag fallen dann nicht in den Nachlass, wenn der Erblasser einen Bezugsberechtigten im Wege des Vertrages zugunsten Dritter benannt hat. Hier entsteht der Anspruch auf die Versicherungssumme ohne Durchgang durch das Vermögen des Versicherungsnehmers unmittelbar beim Bezugsberechtigten (BGHZ 13, 232). Nur wenn kein Bezugsberechtigter benannt ist, fällt die Summe in den Nachlass (BGHZ 32, 41). Dies kann für den Erben, der zugleich Bezugsberechtigter ist zu interessanten Handlungsmöglichkeiten führen. Ist der Nachlaß z.B. überschuldet, so kann der Erbe ausschlagen. Sofern auch alle weiteren in Betracht kommenden Erben ausschlagen, kann eine Nachlassverwaltung, darauf fußend eine Nachlassinsolvenz angeordnet werden. Der Insolvenzverwalter hat nun keinen Zugriff auf die Lebensversicherungssumme. Bei Kapitalversicherungen nach § 167 Abs. 2 S. 1 VVG ist im Zweifel anzunehmen, dass die Erben die Versicherungssumme nicht kraft Erbrechts, sondern kraft Versicherungsrechts erhalten sollen (Münchener Anwaltshandbuch/*Andres* § 41 Rz. 15).

b. Valutaverhältnis

Das **Valutaverhältnis** ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Bezugsberechtigten. Aus § 159 Abs. VVG ergibt sich, dass die Lebensversicherung auf andere abgeschlossen werden kann. Die Bezugberechtigung ist durch Auslegung zu ermitteln, sofern mehrere Bezugsberechtigte benannt sind, sind diese

im Zweifel zu gleichen Teilen berechtigt (Münchener Anwaltshandbuch, *Andres* § 41 Rz. 31). Da das Recht aus dem Lebensversicherungsvertrag bis zu seinem Tod dem Versicherungsnehmer zusteht, kann dieser auch über das Recht verfügen. So kann er es als Mittel der Kreditsicherung nutzen und an eine Bank abtreten. Die Abtretung und die Verpfändung sowie die Anzeige dessen stellen allerdings **keinen Widerruf** einer bestehenden Bezugsberechtigung dar (Münchener Anwaltshandbuch, *Andres* § 41 Rz. 33). Gläubiger, aber auch der Insolvenzverwalter können allerdings das Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers pfänden und ausüben (BAG, ZIP 1996, 225).

c. Deckungsverhältnis

Das **Deckungsverhältnis** ist der zwischen der Versicherung und dem Dritten geschlossene Versicherungsvertrag nach dem VVG. Die Rechte und Pflichten für die Beteiligten ergeben sich aus § 1 VVG. Die Versicherung muss bei Eintritt des Versicherungsfalles die Versicherungssumme zahlen, der Versicherungsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung der Beiträge.

15. Kapitel Erbschein und Erbscheinsverfahren

I. Rechtswirkungen des Erbscheins

Der Erbschein ist eine dem Rechtsverkehr dienende amtliche Bescheinigung, die bekundet, wer Erbe ist und welchen Verfügungsbeschränkungen dieser unterliegt (*Palandt/Weidlich* § 2353 BGB Rz. 1). Grundsätzlich ist der Erbschein notwendig, wenn der Erbe sich im Rechtsverkehr als solcher ausweisen muss, um den Nachlass in Besitz nehmen und darüber verfügen zu können oder um ins Grundbuch eingetragen zu werden. Durch den Erbschein wird der Anteil am Nachlass (Quote) und ebenso auch das Bestehen von Beschränkungen des Erben insofern dokumentiert, als dass sich zum Beispiel eine angeordnete Testamentsvollstreckung nach § 2364 BGB oder die angeordnete Nacherbfolge nach § 2363 BGB aus dem Erbschein ergibt (*Damrau/Urlicher* Erbrecht § 2353 BGB Rz. 7). Insbesondere Banken, Versicherungen und Grundbuchämter fordern in aller Regel den Erbschein als Nachweis der Rechtsnachfolge, wobei die Grundbuchordnung in § 35 Abs. 1 GBO ausdrücklich vorsieht, dass das Grundbuch sich mit der Vorlage einer Verfügung von Todeswegen, die in einer öffentlichen Urkunde festgehalten ist, zufrieden geben darf, sofern diese neben der Niederschrift ihrer Eröffnung vorgelegt wird (*Der Fachanwalt für Erbrecht/Urlicher* Rz. 1). Hieran sollte immer gedacht werden, da das Nachlassgericht für die Erteilung des Erbscheines eine Gebühr verlangt, die sich in der Höhe nach dem Nachlasswert richtet.

II. Inhalt des Erbscheines

Der Erbschein stellt ein **amtliches Zeugnis** über die Erbfolge dar und hat damit auch als öffentliche Urkunde im Sinne der §§ 415 f. ZPO folgende Angaben zu beinhalten:

1. die konkrete Erbfolge
2. den Berufungsgrund
3. die Bezeichnung des Umfangs des Erbrechts
4. die Beschränkungen des Erbrechts

III. Der Rechtsschein des Erbscheins

Gemäß § 2365 BGB entfaltet der erteilte Erbschein im Rechtsverkehr eine sogenannte **Vermutungswirkung der Richtigkeit**. Diese Rechtsvermutung (§ 2365 BGB) ist doppelt widerlegbar, soweit sie positiv das Erbrecht und die Erbquote ausweist und negativ im Erbschein nicht angegebene Verfügungsbeschränkungen wie Testamentsvollstreckung oder Nacherbfolge als nicht bestehend voraussetzt (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess* § 46 Rz. 12). Der Erbschein genießt gemäß §§ 2365, 2366 BGB öffentlichen Glauben. Damit sind die §§ 2365, 2366 BGB examensrelevante

Gutgläubensvorschriften, die neben dem klassischen „Gutgläubensvorschriften“ in den §§ 891, 892 BGB und 932 f. BGB beherrscht werden müssen. Der rechtswirksam erteilte Erbschein entfaltet den **öffentlichen Glauben** nach § 2366 BGB aber nur dahingehend, dass derjenige, der auf der Basis eines erteilten und in Rechtskraft befindlichen Erbscheines rechtsgeschäftlich etwas von dem durch den Erbschein ausgewiesenen Erben erwirbt, in seinem guten Glauben an die Richtigkeit des ausgewiesenen Erbrechts geschützt wird (*Palandt/Weidlich* § 2366 BGB Rz. 1). Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse, Auflagen oder Teilungsanordnungen sind lediglich schuldrechtlicher Natur und können nicht im Erbschein aufgenommen werden; hierauf kann sich somit auch nicht der öffentliche Glaube erstrecken (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess* § 46 Rz. 12). Der öffentliche Glaube des Erbscheins schützt aber den rechtsgeschäftlichen Einzelerwerb durch dingliche Rechtsgeschäfte, und zwar von Erbschaftsgegenständen, z.B. Grundstücke, Grundstücksrechte, bewegliche Sachen und Forderungen (*Palandt/Weidlich* § 2366 BGB Rz. 1). Bestehen gleichzeitig mehrere Erbscheine mit widersprüchlichen Inhalten nebeneinander, entfällt mit Umfang des Widerspruchs nach herrschender Meinung für beide Erbscheine sowohl die Vermutung der Richtigkeit (§ 2365 BGB) als auch die Wirkung des öffentlichen Glaubens, auch wenn dem sich auf einen Erbschein Berufenden der andere Erbschein nicht bekannt war (BGHZ 33, 314; *Herminghausen NJW* 1986, 571). Hieraus ergibt sich zugleich, dass für den gutgläubigen Erwerb **nicht der konkrete Inhalt** des Erbscheins oder der Erbschein als solcher bekannt sein muss, **es reicht aus, wenn der Erbe beweist, dass ein Erbschein erteilt wurde, der den Veräußerer als Erben ausweist**. Der Gutgläubensschutz erlischt, wenn der Erbschein eingezogen wird, kraftlos erklärt oder an das Nachlassgericht herausgegeben wird (*Palandt/Weidlich* § 2366 Rz. 8).

IV. Ablauf des Erbscheinverfahrens

1. Die Amtsgerichte sind als Nachlassgerichte für die Erteilung des Erbscheines **sachlich** zuständig.
2. Die **örtliche** Zuständigkeit regelt § 343 FamFG, wonach das Nachlassgericht örtlich zuständig ist, wo der Erblasser seinen letzten Wohnsitz gehabt hat.
3. **Instanziell** zuständig ist bei gesetzlicher Erbfolge der Rechtspfleger, bei Testament oder Erbverträgen der Richter.
4. Zum **antragsberechtigten** Personenkreis gehören der Erbe, der Testamentsvollstrecker, der Nachlassverwalter, der oder die Gläubiger des Erben mit vollstreckbarem Titeln und der Nachlassinsolvenzverwalter (*Der Fachanwalt für Erbrecht/Uricher* Rz. 14). Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte sowie Auflagenbegünstigte haben kein eigenes Antragsrecht. Der Nacherbe kann den Erbschein erst mit Eintritt des Nacherbfalls beantragen (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess* § 46 Rz. 15).

5. Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins bedarf **keiner besonderen Form** und kann **auch von einem Vertreter** gestellt werden. Zu beachten ist allerdings, dass die **notwendige eidesstattliche Versicherung** gemäß § 2356 Abs. 2 BGB höchstpersönlich vor einem Notar oder zur Niederschrift des Nachlassgerichts abgegeben werden muss. Hier kann das Gericht gegebenenfalls um einen Erlass gemäß § 2365 Abs. 2 S. 2 BGB gebeten werden (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess § 46 Rz. 16).

V. Einziehungsverfahren

Ein **unrichtiger Erbschein** ist gemäß § 2361 BGB einzuziehen. Mit der entsprechenden Bewirkung der **Einziehung** ist der Erbschein kraftlos gemäß § 2361 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Verfahren zur Einziehung erfolgt **nur von Amts wegen**, so dass ein entsprechender Antrag als Anregung zu verstehen ist. Die Einziehung wird angeordnet, sobald das Nachlassgericht die Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins festgestellt hat. In Betracht kommt zum Beispiel, dass ein falscher Erbe benannt ist oder ein Erbe mit einer falschen Erbquote berücksichtigt wurde, dass kein oder ein unrichtiger Testamentsvollstreckervermerk vorliegt oder dass kein oder ein unrichtiger Nacherbenvermerk eingetragen ist (*Damrau/Uricher* Erbrecht § 2361 Rz. 3). **Zuständig** ist das **Nachlassgericht**, das den Erbschein ursprünglich erteilt hat. Sofern der Erbschein nicht zurückgegeben wird, kann das Nachlassgericht den **Erbschein durch Beschluss für kraftlos erklären** (§ 2361 Abs. 2 BGB, § 353 FamFG). Die Kraftloserklärung erfolgt entsprechend den Regeln des § 204 ZPO durch öffentliche Bekanntmachung und Aushang an der Gerichtstafel des Nachlassgerichtes, Bekanntmachung im Bundesanzeiger und in einigen Fällen durch Veröffentlichung in örtlichen Zeitungen (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Hess § 46 Rz. 38).

VI. Rechtsmittel im Erbscheinsverfahren

Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins bedarf keiner schriftlichen Form und kann bei Vorlage einer **öffentlich beglaubigten** Vollmacht auch von einem Berater gestellt werden. Über den Erbscheinsantrag wird gemäß § 352 Abs. 1 FamFG durch Beschluss entschieden. Gegen diesen Beschluss kann dann Beschwerde eingelegt werden (§ 58 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde steht demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist (§ 59 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde ist in der Regel innerhalb von einem Monat nach Bekanntgabe des Beschlusses einzulegen (§ 63 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde soll begründet werden § 65 Abs. 1 FamFG und ist bei dem Gericht einzulegen, dessen Beschluss angefochten wird (§ 64 Abs. 1 FamFG). Das Gericht kann dann gemäß § 68 FamFG der Beschwerde abhelfen. Möchte es der Beschwerde nicht abhelfen, so muss an das Beschwerdegericht, das Oberlandesgericht, abgegeben werden, welches dann in der Regel in der Sache selber zu entscheiden hat (§ 69 Abs. 1 FamFG).

16. Kapitel „Der einstweilige Rechtsschutz im Erbrecht

I. Der Arrest gemäß § 916 f. ZPO

Beim Arrestverfahren geht es um die **Sicherung von Geldforderungen** oder solcher Forderungen, die in einen Geldanspruch übergehen können (§ 916 ZPO). Dieses Verfahren stellt für den Gläubiger einen schnellen Weg dar, zeitnah einen Titel zu erwirken. **Ziel** des Verfahrens **ist die Sicherung eines Anspruchs**, so dass über das Arrestverfahren nur eine Beschlagnahme, nicht jedoch auch eine Verwertung erreicht werden kann. Eine Verwertung kann erst dann erfolgen, wenn der Gläubiger einen Titel im Erkenntnisverfahren erstritten hat. Gesichert werden kann der künftige Zugewinnausgleich, der Pflichtteilsanspruch und der Anspruch aus einem Geldvermächtnis (*Thomas/Putzo/Reichold* § 916 ZPO Rz. 5). Der Arrest soll vor **unlauterem Verhalten** des Schuldners schützen; er wird etwa begründet durch das Beiseiteschaffen von Vermögensstücken, z.B. in das Ausland, bei dem Verdacht der Veräußerung von wesentlichen Vermögensstücken (*Zöller/Vollkommer* ZPO § 917 ZPO Rz. 5). Zu prüfen ist immer, ob ein **Arrestanspruch** und ein **Arrestgrund** vorliegen. Der Arrestanspruch ist die Hauptsacheforderung (z.B. Pflichtteilsanspruch) deren Vollstreckung für den Fall ihrer späteren Titulierung gesichert werden soll (*Zöller/Vollkommer* ZPO § 916 ZPO Rz. 1). Als Arrestgrund wird die Besorgnis bezeichnet, dass die Vollstreckung einen Urteils ohne Arrestverhängung vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, wobei nicht erforderlich ist, dass das Urteil oder ein anderer Vollstreckungstitel bereits vorliegt (*Zöller/Vollkommer* ZPO § 917 ZPO Rz. 4). Gemäß § 920 ZPO sind der Arrestanspruch und der Arrestgrund glaubhaft zu machen. Der Antrag ist zulässig, wenn die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen vorliegen (*Thomas/Putzo/Reichold* § 916 ZPO Rz. 2), so dass der Antrag entsprechend der § 919 ZPO beim zuständigen Gericht gestellt werden muss.

II. Die einstweilige Verfügung

Die **einstweilige Verfügung** ist stets vom Arrest **abzugrenzen**. Der Arrest dient der Sicherung der Zwangsvollstreckung eines Anspruchs, wohingegen die einstweilige Verfügung der Sicherung eines **Individualanspruch** auf gegenständliche Leistung oder des **Rechtsfriedens**, ausnahmsweise auch der vorläufigen Befriedigung eines Anspruches dient (*Thomas/Putzo/Reichold* vor § 916 ZPO Rz. 7).

Im Einzelnen werden drei Verfügungsarten unterschieden:

- Die **Sicherungsverfügung** gemäß § 935 ZPO
- Die **Regelungsverfügung** gemäß § 940 ZPO
- Die **Leistungsverfügung** gemäß § 940 ZPO analog

In der **Erbrechtspraxis** dient die einstweilige Verfügung der Sicherung von gegenständlichen Vermächtnissen oder der Sicherung des Herausgabeanspruchs aus

§§ 2287, 2288 BGB. Auch bei der einstweiligen Verfügung muss ein **Verfügungsanspruch** (z.B. der Herausgabeanspruch aus dem Vermächtnis) und der **Verfügungsgrund** geprüft und vom Antragssteller **glaubhaft** gemacht werden. Der Antrag ist beim **Gericht der Hauptsache** nach §§ 937 Abs. 1, 943, 802 ZPO zu stellen. Gemäß §§ 942, 802 ZPO kann der Antrag auch **ausnahmsweise beim Amtsgericht** der belegen Sache eingereicht werden, wenn in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung gemäß § 937 ZPO durch Beschluss entschieden werden kann. Hierin liegt der **Unterschied** zum Arrestverfahren, wo ein Wahlrecht zwischen den Gerichten besteht.

17. Kapitel Grundzüge des Schenkungs- und Erbschaftssteuerrechts

I. Allgemeines

Durch die Übertragung von Vermögen, sei es durch Tod oder durch Schenkung unter Lebenden, gehen Wirtschaftsgüter und manchmal auch Schulden auf eine oder mehrere Personen über. Damit kommt es zu einem Vermögenstransfer, der als solcher der Besteuerung unterliegt, soweit es bei dem Erwerber zu einer Bereicherung kommt (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ *von Sothen* § 42 Rz. 2). Mit dieser Bereicherung verbessert sich im Allgemeinen die Vermögenssituation des Erwerbers, damit einher geht eine Erhöhung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, für die sich das Steuerrecht interessiert (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Daragan* Rz. 2). Die Regelungen hierzu finden sich im Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz.

II. Anzeigepflicht

Gemäß § 30 Abs. 1 ErbStG ist binnen einer Frist von drei Monaten dem für die Verwaltung der Erbschaftssteuer zuständigen Finanzamt jeder der Erbschaftssteuer unterliegende Erwerb anzuzeigen. Beim Erwerb von Todes wegen beginnt diese Frist, sobald der Erwerber Kenntnis von dem Erbfall erlangt hat (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ *von Sothen* § 42 Rz. 2).

III. Steuerpflicht

Die unbeschränkte Steuerpflicht besteht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, wenn der Erblasser, der Schenker oder der Erwerber ein Inländer ist. Inländer sind natürliche Personen, die im Inland einen Wohnsitz (§ 8 Abgabenordnung, AO) oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt (§ 9 AO) haben oder Kapitalgesellschaften mit Sitz (§ 11 AO) oder Geschäftsleitung (§ 10 AO) im Inland. (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Daragan* Rz. 126).

IV. Erwerb von Todes wegen

Grundsätzlich wird jede Bereicherung aus Anlass des Todes eines anderen Menschen erfasst (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ *von Sothen* § 42 Rz. 4). Abschließend sind die steuerpflichtigen Tatbestände in § 3 ErbStG aufgezählt. Der wohl häufigste Fall ist § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Hiernach unterliegt der Erbschaftssteuer der Erwerb durch Erbanfall, durch Vermächtnis oder aufgrund eines Erbersatz- oder Pflichtteilsanspruchs. Unter Erbanfall ist der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstände aufgrund gesetzlicher, testamentarischer oder erbvertraglicher Erbfolge zu verstehen (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ *von Sothen* § 42 Rz. 5). Sofern mehrere Personen erben, ist die Erbschaftssteuer für jeden einzelnen Erben zu bestimmen. Dabei kommt der vom Nachlassgericht geprüften und festgestellten Quo-

te die widerlegbare Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ von Sothen § 42 Rz. 5).

Beispiel: E wird von seinen beiden Kinder K und T jeweils zur Hälfte beerbt. Beträgt der Nachlass 1 Mio €, so ist der Erwerb jeweils 500.000,00 €.

V. Berechnung der Steuer

1. Bewertung

Zunächst ist auszuführen, dass Gegenstand der Besteuerung nicht der Verkehrswert, sondern der Steuerwert ist. Dies kann schon einmal auseinander fallen. Bewertet wird nicht die Bereicherung als solche, sondern es werden die Einzelemente bewertet, deren Saldo die Bereicherung ergibt, also die Zuwendung und die damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten und Lasten (Der Fachanwalt für Erbrecht/Daragan Kapitel 25 Rz. 253). Für die Bewertung ist das Bewertungsgesetz entscheidend. Detailausführungen würden den Rahmen dieses Kapitels bei weitem sprengen. Merken kann man sich, dass z.B. der Steuerwert eines bebauten Grundstücks nur ca. 60 % des tatsächlichen Verkehrswertes ausmacht.

Beispiel:

Hat das im Nachlass befindliche Hausgrundstück einen Verkehrswert von 1 Mio €, so ist für die Erbschaftssteuer nur der Steuerwert, also ca. 600.000,00 € entscheidend.

2. Freigrenzen

Entscheidend für die Berechnung der Steuer ist weiterhin der Verwandtheitsgrad des Erwerbers mit dem Erblasser. Je nach Verwandtheitsgrad findet eine Einordnung in verschiedene Steuerklassen statt. Hiervon hängt nun wieder ab, wie hoch der jeweilige Freibetrag ist und wie hoch der Steuersatz des zu versteuernden Erwerbs ist. Diese Einordnung regelt § 15 ErbStG. Diese Steuerklassen stehen in keinem Zusammenhang mit den bekannten Steuerklassen des Einkommenssteuerrechts.

a. Steuerklasse I

aa. Ehegatte

Der Ehegatte gehört in die Steuerklasse I, § 15 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG beträgt sein allgemeiner Freibetrag 500.000,00 €. Zusätzlich erhält er einen Versorgungsfreibetrag von 256.000,00 € gemäß § 17 Abs. 1 ErbStG, der um Ver-

sorgungsbezüge, die nicht der Erbschaftsteuer unterliegen, § 17 Abs. 1 S. 2 ErbStG, gekürzt wird (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Daragan* Kapitel 25 Rz. 317).

Beispiel:

Wird M von seiner Frau F beerbt und beträgt der Nachlass 200.000,00 €, so muss F keine Erbschaftsteuer bezahlen.

Sofern die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt haben, erhöht sich der gesetzliche Erbteil des Ehegatten um $\frac{1}{4}$ nach § 1371 Abs. 1 BGB. Steuerrechtlich wird dies nicht nachvollzogen, so dass als weiterer Freibetrag nur der Betrag geltend gemacht werden kann, der als güterrechtliche Ausgleichforderung hätte geltend gemacht werden können (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Daragan* Kapitel 25 Rz. 223). Daher ist der Zugewinn nach §§ 1373- 1383 BGB festzustellen und die sich dann ergebenden Verkehrswerte sind in Steuerwerte umzurechnen. Alternativ besteht die Möglichkeit die Erbschaft auszuschlagen und den tatsächlichen Zugewinn und den kleinen Pflichtteil zu verlangen. In diesem Fall ist der Zugewinnausgleichsanspruch in vollem Umfang (§ 5 Abs. 2 ErbStG) steuerfrei. Was im Einzelfall günstiger ist, muss berechnet werden.

Um nicht zuviel Verwirrung zu schaffen, kann man sich merken, dass in den meisten Fällen, in denen sich die Ehegatten beerben ohnehin keine Steuer zu zahlen ist.

Beispiel:

Im Nachlass befindet sich ein Haus mit einem Verkehrswert von 1 Mio €, welches aber ohnehin zu 50 % im Eigentum des Erbenden Gatten steht, so ist der Erwerb im steuerrechtlichen Sinn 500.000,00 €. Nun können noch mehr als 500.000,00 € vererbt werden, bevor man sich überhaupt über eine Steuerpflicht unterhalten muss.

bb. Kinder

Kinder erben ebenfalls in der Steuerklasse I gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erhalten diese einen Freibetrag von 400.000,00 €. Nach § 17 Abs. 2 ErbStG erhalten sie außerdem einen Versorgungsfreibetrag, wenn sie von Todes wegen erwerben. Dieser Freibetrag ist altersabhängig gestaffelt und wird nach dem gleichen Schema gekürzt, wie der Versorgungsfreibetrag eines Ehegatten (Der Fachanwalt für Erbrecht/*Daragan* Rz. 318).

cc. Enkel

Enkel gehören ebenfalls in die Steuerklasse I und erhalten gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG einen Freibetrag von 200.000,00 €. Sofern die Kinder des Erblasser vorverstorben sind, erhalten die Enkel den Freibetrag von 400.000,00 €. Nur bei Erwerben von Todes wegen gehören auch die Eltern und Voreltern zur Steuerklasse I; sie erhalten einen Freibetrag von 100.000,00 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG).

b. Steuerklasse II

In dieser Steuerklasse finden sich die Eltern, die unter Lebenden erwerben, sowie Geschwister, Abkömmlinge ersten Grades von Geschwistern, die Vor- und die Stiefeltern. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG erhalten diese einen Freibetrag von 20.000,00 €.

c. Steuerklasse III

Alle anderen Personen, hierzu zählen auch die juristischen Personen, gehören der Steuerklasse III an. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG beträgt der Freibetrag 20.000,00 €.

3. Steuertarife

Die Erbschaftssteuer steigt gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG progressiv mit dem Wert des Erwerbs, und zwar in jeder der drei Steuerklassen stufenweise in sogenannten Wertstufen (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ von Sothen § 42 Rz. 134). So ist bei einem Erwerb von bis zu 75.000,00 € in der Steuerklasse I 7%, in der Steuerklasse II 15 % und in der Steuerklasse III 30 % zu versteuern. Bei einem Erwerb bis zu 6.000.000,00 € sind in der Steuerklasse I 19 %, in der Steuerklasse II 30 % und in der Steuerklasse III 30 % zu versteuern. Bei nur geringem Überschreiten der vorangegangenen Wertstufe sieht § 19 Abs. 3 ErbStG eine Ermäßigung der Steuer vor.

4. Zusammenrechnung

Mehrere Erwerbe werden zusammengerechnet, wenn diese von derselben Person stammen und keine zehn Jahre auseinander liegen, § 14 ErbStG.

Beispiel:

Schenkt der Vater seinem Sohn 2003 250.000,00 € und im Jahre 2006 noch einmal 200.000,00 €, so werden die Schenkungen addiert. Im Ergebnis muss der Sohn bei der Schenkung im Jahr 2006 50.000,00 € versteuern (Freigrenze 400.000,00 €). Würde die Mutter im Jahr 2006 die 200.000,00 € an den Sohn schenken, so fände eine Addition nicht statt, der geschenkte Betrag wäre steuerfrei.

5. „Kleine“ Steuersparmodelle

a. Die mittelbare Grundstücksschenkung

Es wurde bereits ausgeführt, dass Schenkungsgegenstände mit identischem Verkehrswert abweichende erbschaftssteuerliche Werte haben. Während z.B. bei einer Geldschenkung der erbschaftssteuerliche Wert und der Verkehrswert einander entsprechen, betrug der erbschaftssteuerliche Wert eines Grundstücks bis zur Hälfte des Verkehrswertniveaus (*Mönch* § 12 Rz. 7a). Nach der Erbschaftssteuerreform wird nun der Immobilienbesitz mit dem Verkehrswert berechnet. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass diese Bewertung immer noch günstiger ist, als die reine Schenkung von Geld. Es ist also ggfls. günstiger seinem Kind ein Haus mit einem Verkehrswert zu schenken, als dem Kind ein Aktiendepot zuzuwenden. Dieser Steuervorteil führt zu der Gestaltung der mittelbaren Grundstücksschenkung. Hier wird dem Begünstigten ein Geldbetrag mit der Zweckbindung Grunderwerb zugewandt. Besteuert wird dann nicht der Geldbetrag, sondern das zu erwerbende Grundstück. Wichtig ist allerdings, dass in der Schenkungsurkunde das Grundstück konkret benannt ist (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ von Sothen* § 42 Rz. 9). Als weitere Voraussetzung ist erforderlich, dass der Schenkungsvertrag auch entsprechend dem Parteiwillen vollzogen wird (*Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/ von Sothen* § 42 Rz. 10).

b. Kettenschenkung

Unter einer Kettenschenkung versteht man die Zuwendung von Vermögen an eine Person, die langfristig das Vermögen nicht behalten soll, sondern die das Vermögen unter Nutzung der Freibeträge weiter reicht (*Meinke* § 7 ErbStG Rz. 67). Die Idee, die hinter einer solchen Kettenschenkung liegt ist die, dass die Freibeträge optimal genutzt werden. Möchte z.B. der Vater seinem Kind 600.000,00 € schenken, so kann er

erst seiner Frau 200.000,00 € schenken, die es dann an das gemeinsame Kind weiterverschenkt. 400.000,00 € wendet der Vater dem Kind unmittelbar zu. Die Schenkungen Vater Mutter und Mutter Kind sind sämtlich innerhalb der Freigrenzen und damit steuerfrei. Ebenso steuerfrei ist die direkte Zuwendung an das Kind. Würde der Vater 600.000,00 € verschenken, so müssten 200.000,00 € versteuert werden. Die steuerliche Anerkennung der Kettenschenkung setzt aber zwingend voraus, dass die beschenkte Zwischenperson frei über die Mittel verfügen kann, d.h. dass die Weitergabe freiwillig erfolgt (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*Scherer* § 3 Rz. 83). Zudem sollte zwischen den Weiterschenkungen ein deutlicher Abstand von mehreren Monaten liegen (*Götzenberger* S. 375). Ansonsten droht, dass die Kettenschenkung als Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) gesehen wird. Folge wäre nach § 42 S. 2 AO, dass der Steueranspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

18. Kapitel: Grundzüge des internationalen Erbrechts

I. Einleitung

A. Der Erbrechtsfall mit Auslandsbezug

I. Einleitung

Heutzutage kommt es häufig vor, dass Erbrechtsfälle auch einen Bezug zu ausländischen Rechtsordnungen haben. Daher müssen die Grundlagen zur Bearbeitung solcher Fälle für den/die Erbrechtsanwalt/anwältin unbedingt bekannt sein. Eine so genannte Kollision mit ausländischen Rechtsordnungen tritt zum Beispiel dann ein, wenn der Erblasser nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder wenn sich ein Nachlassgegenstand (zum Beispiel ein Grundstück) nicht im Inland befindet. Bei größeren Nachlässen kommt es zudem häufig vor, dass der Erblasser Beteiligungen an Gesellschaften sein Eigen nennt und diese Gesellschaften ihren Sitz im Ausland haben.

Zusammengefasst lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:

1. Ein gemischtnationales Paar (z.B. er ist Deutscher, sie Französin) hat ein gemeinschaftliches Testament errichtet.
2. Der Erblasser ist Ausländer und hat eine Verfügung von Todes wegen im Ausland errichtet, die auch Vermögen in Deutschland erfasst.
3. Der Erblasser ist Ausländer und hat Vermögensgegenstände in Deutschland.
4. Der Erblasser ist Deutscher und hat eine Verfügung von Todes wegen im Ausland errichtet.
5. Der Erblasser ist Deutscher und hat seinen letzten Wohnsitz im Ausland.
6. Der Erblasser ist Deutscher und hat Vermögensgegenstände im Ausland

In diesen Fällen ist auch die Rechtsordnung eines oder mehrerer ausländischer Staaten tangiert, so dass grundsätzlich auch mehrere Erbrechte, neben dem deutschen materiellen Erbrecht, zur Lösung des Falles vorhanden sind. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass in diesen Fällen nicht zwangsläufig deutsches materielles Erbrecht (§§ 1922 f. BGB) Anwendung finden soll. Vielmehr soll zunächst ermittelt werden, welches materielle Erbrecht für den jeweiligen Erbrechtsfall bzw. den jewei-

ligen Nachlassgegenstand Anwendung findet. **Diese Aufgabe übernimmt das internationale Privatrecht.**

EXKURS

Wichtiger Hinweis:

Das Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*von Oertzen/Pawlytta* § 39 Rz. 2 weist darauf hin, dass der sicherste Weg anwaltlicher Beratung bei Berührung mit ausländischem Recht der ist, sich Rechtsrat im Ausland einzuholen. Nur dann könne die erforderliche Gewähr gegeben werden, dass Informationen über das ausländische Recht zutreffend, aktuell und praxisgerecht sind. Jeder andere Weg, insbesondere auf Grund eigener Recherche im ausländischen Recht eine Gestaltung zu planen, sei haftungsträchtig und führe im Übrigen dazu, dass der Schutz der Berufshaftpflichtversicherung nicht gegeben ist (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/*von Oertzen/Pawlytta* § 39 Rz. 2)

Es stellt sich das Problem, wie mit diesen Begebenheiten in der Praxis umzugehen ist. Hier stellt sich nämlich die Frage, wie man im Ausland den kompetenten, deutschsprachigen Erbrechtsspezialisten mit transparenter Gebührenstruktur und zeitnaher Bearbeitungsgarantie bekommt. Zudem scheut der Mandant die zusätzlichen Kosten, die dadurch entstehen, dass ausländische Kollegen/innen herangezogen werden. Zu vernachlässigen sind diese Probleme m.E. nicht. Die Beratung im ausländischen Recht findet schon statt, wenn eine Verweisung zu einem ausländischen IPR stattfindet und dieses, z.B. über Sekundärliteratur, geprüft wird. Es bleibt die Möglichkeit die Haftung für bestimmte Tätigkeiten, also hier die Beratung bei einem Bezug zu ausländischen Rechtsvorschriften auszuschließen (Der Fachanwalt für Erbrecht/1. Kapitel/*Littig* Rz. 60). Eine Garantie dafür, dass diese vereinbarte Haftungsbeschränkung einer gerichtlichen Überprüfung standhält, hat man allerdings nie.

Der Verfasser hat, dies soll nur eine Anregung sein, folgende **Handlungsschritte** bei der Mandatsannahme entwickelt:

1. Bei jedem (!) Erbrechtsmandat wird der Mandant nach seiner Staatsangehörigkeit und der Staatsangehörigkeit seiner nächsten Angehörigen/Ehegatten gefragt. Auch wird danach gefragt, ob eine doppelte Staatsangehörigkeit besteht.
2. Es wird immer gefragt, welchen Wohnsitz der Mandant und seine nächsten Angehörigen/Ehegatten haben.
3. Es wird immer gefragt, ob der Mandant/Erblasser Auslandsvermögen hat, sich insbesondere Immobilien im Eigentum/Miteigentum befinden, aber auch, ob sich Konten, Depots oder Schließfächer im Nachlass/Vermögen befinden. Gleichsam wird danach gefragt, ob sich Gesellschaftsvermögen im Nachlass befindet.

4. Sofern sich aus der Beantwortung der Punkte zu 1- 3 eine Auslandsberührung ergibt, wird der Mandant hierüber informiert. Die Weiterbearbeitung des Mandates erfolgt nur unter der Bedingung, dass eine Haftungsbeschränkung vereinbart wird und unter der weiteren Bedingung, dass der Mandant akzeptiert, dass ausländische Anwälte/Notare beauftragt werden können und der Mandant die Kosten hierfür übernimmt. Vor der tatsächlichen Beauftragung wird der Mandant über die Kosten etc. natürlich genau informiert. Zudem wird darauf geachtet, dass der Beratungsvertrag direkt zwischen dem Mandanten und dem ausländischem Kollegen/in abgeschlossen wird.
5. Teilweise wird vereinbart, dass sich die Beratung nur auf deutsches Recht bezieht und eine Bearbeitung ausländischen Rechts nicht geschuldet wird. Sofern Haftungsbeschränkungen mit Mandanten vereinbart werden, achtet der Verfasser darauf, dass diese möglichst individuell für den vorliegenden Fall gestaltet werden.
6. Im Einzelfall sollte der Berufshaftpflichtversicherer kontaktiert werden, um zu klären, ob eine Deckung erteilt wird.

II. Anwendungsbereich

Die Anwendung von internationalen Privatrecht kommt grundsätzlich nur dann zum tragen, wenn der jeweils zu entscheidende Fall eine so genannte *Auslandsberührung* (**Art. 3 EGBGB**) aufweist, den nur dann stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung, von mehreren in Betracht kommenden, auf den Erbfall Anwendung finden soll.

Beispiel:

Ein österreichischer Staatsangehöriger ist mit einer Französin verheiratet. Beide leben in Köln. Als der Mann verstirbt befindet sich in seinem Nachlass unter anderem ein Hausgrundstück in Frankreich. Die allein erbende französische Ehefrau möchte wissen, nach welchem Recht das Hausgrundstück vererbt wird.

Im vorliegenden Fall haben wir Berührungspunkte zu **drei** Rechtsordnungen. Der Erblasser ist **österreichischer** Staatsangehöriger, die Erbin ist **französische** Staatsangehörige, der Erblasser hat in **Deutschland** gelebt und das Nachlassgrundstück liegt in **Frankreich**. In einem solchen Fall spricht man von einer **Kollision** verschiedener Rechtsordnungen. Die Lösung eines solchen Falles kann aber, was die Frage des anwendbaren Erbrechtes betrifft, nur den materiellen Normen einer Rechtsordnung zugewiesen werden. Diese Auswahl zu treffen ist die primäre Aufgabe des IPR und seiner Kollisionsnormen. Die Kollisionsnormen greifen von mehreren Beziehungen, die ein Sachverhalt zu verschiedenen Rechtsordnungen hat, diejenige auf, die dem betreffenden staatlichen Gesetzgeber oder den Schöpfern eines Staatsvertrages als die Wesentlichste erscheint und von der daher erwartet werden kann, dass sie zu dem

Recht führt, dass die sachnächste Lösung bereithält (*Kunz, Internationales Privatrecht, Rz. 32*). Mit Hilfe der Kollisionsnorm wird daher das anzuwendende Recht ermittelt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass das **Internationale Privatrecht** nicht die sachlichen Rechtsfragen (hier die Frage des anwendbaren Erbrechts) löst, sondern vielmehr für den Rechtsanwender **ein Instrumentarium darstellt, mit Hilfe dessen er das anzuwendende Recht ermitteln kann**. Der Name Internationales Privatrecht wird häufig missverstanden. Hierbei handelt es sich nicht um Internationales Recht, **vielmehr ist IPR nationales Recht**. Für die Lösung kollisionsrechtlicher Fälle ist es in diesem Zusammenhang wichtig zu wissen, dass jeder Staat ein eigenes IPR hat, bzw. über eigene Regeln verfügt, um Fälle mit Auslandsberührung zu lösen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist gerade letzteres bei kollisionsrechtlichen Fällen zu beachten. Häufig werden gerade hier Fehler gemacht.

IPR kommt nur zur Anwendung, wenn eine Auslandsberührung vorliegt, ist dann aber von Amts (§ 293 ZPO) wegen und nicht nur auf Anregung der Partei hin zu beachten (*BGH, NJW 1995, S. 2097*). Die Auslandsberührung ist vor jeder Anwendung von IPR zu prüfen und festzustellen.

III. Auswirkung der Auslandsberührung im konkreten Fall

Die Auslandsberührung kann im Erbrechtsfall an unterschiedlichen Stellen prüfungsrelevant werden.

1. Erkenntnisverfahren

Im Erkenntnisverfahren ist zunächst im Rahmen der **Zulässigkeitsprüfung** zu erörtern, ob das angerufene Gericht überhaupt **international zuständig** ist. Diese Frage stellt sich in der Praxis z.B. im Erbscheinserteilungsverfahren, wenn zu prüfen ist, inwieweit das deutsche Nachlassgericht für die Erteilung eines Erbscheines international zuständig ist.

Zudem kann, sofern die internationale Zuständigkeit bejaht wurde, bei der Zulässigkeitsprüfung innerhalb der **allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen** eine kollisionsrechtliche Prüfung notwendig werden. Zum Beispiel dann, wenn sich die Frage stellt, ob eine Gesellschaft, die in einer ausländischen Gesellschaftsform gegründet wurde, hier im Inland parteifähig ist.

Den wohl größten Anwendungsbereich hat das IPR im Rahmen der **Begründetheitsprüfung**. Bevor mit deutschen materiellen Sachnormen gearbeitet werden kann, muss kollisionsrechtlich geprüft werden, ob diese überhaupt anzuwenden sind. Man kann also sagen, dass eine Art **Vorprüfung** vorzunehmen ist. Es muss, um eine gesetzliche Erbenstellung in einem konkreten Erbrechtsfall mit Auslandsbezug zu begründen,

zunächst einmal geklärt werden, ob deutsches Erbrecht überhaupt Anwendung findet.

2. Vollstreckungsverfahren

Im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens geht es zumeist um die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Inland, um aus diesen die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zu betreiben.

IV. Fall mit Auslandsberührung

Wenn ein Fall mit Auslandsberührung vorliegt, ist, wie schon dargelegt, im Rahmen der Begründetheit eine kollisionsrechtliche Prüfung notwendig. Ausgangspunkt für die kollisionsrechtliche Prüfung ist **Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB**. Hier ist normiert, dass bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates die folgenden Vorschriften (die des EGBGB) bestimmen, welche Rechtsordnungen anzuwenden sind. Die Vorschriften des EGBGB bezeichnet man als Kollisionsnormen. Die Frage, welches Sachrecht im zu entscheidenden Fall zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach der jeweiligen Kollisionsnorm und danach, welchen Anknüpfungspunkt diese verwendet (*Kunz, Internationales Privatrecht, Rz. 36*).

1. Vorrang staatsvertraglicher Regelungen

Gemäß **Artikel 3 Ziffer 1. und Ziffer 2. EGBGB** gehen Regelungen **europäischer Verordnungen** und Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares staatliches Recht oder unmittelbar anwendbare Regelungen der Europäischen Gemeinschaft geworden sind, den Vorschriften dieses Gesetzes vor. Diese Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass vor Anwendung der Kollisionsnormen des EGBGB zunächst zu prüfen ist, ob der zu entscheidende Sachverhalt einem Staatsvertrag unterfällt, den Deutschland ratifiziert hat oder ob vorrangig anwendbares europäisches Gemeinschaftsrecht Anwendung findet. Im IPR gibt es zahlreiche Staatsverträge sowohl auf dem Gebiet des internationalen Zivilverfahrensrecht, als auch auf dem Gebiet des materiellen Rechts (*Eine Zusammenstellung dieser Staatsverträge ist im Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht zu finden*).

Sinn dieser Regelung ist, dass **multilaterale**, bzw. **bilaterale Staatsverträge** (*multilateral = Staatsvertrag zwischen mehreren Staaten; bilateral = Staatsvertrag zwischen zwei Staaten*) von den Vertragsstaaten verhandelt wurden, um eine Rechtsvereinheitlichung zu schaffen. Aus diesem Grund müssen die Staatsverträge zur Wahrung der Zielvorstellungen des jeweiligen Vertrages vorrangig vor nationalen Rechtsvorschriften anwendbar sein.

Die Staatsverträge, die im Erbrecht relevant werden können, sind nicht sonderlich zahlreich. Allerdings sollten die wenigen Staatsverträge dem im Erbrecht tätigen Juristen bekannt sein.

- Es gibt:
1. das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen vom 17.02.1929,
 2. den deutsch-türkischen Konsularvertrag vom 28.05.1929,
 3. den deutsch-sowjetischen Konsularvertrag, vom 25.04.1958.

Alle diese Staatsverträge gehen als Sonderregelung der Kollisionsnorm, Art. 25 Abs. 1 EGBGB vor.

a. Das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen

Das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen stellt hinsichtlich des anwendbaren Rechts für die Rechtsnachfolge von Todes wegen auf die Staatsangehörigkeit als maßgebliches Anknüpfungskriterium ab.

Insoweit entspricht das Abkommen der Regelung des Artikel 25 Abs. 1 EGBGB. Allerdings ist das Abkommen nicht anwendbar auf Personen, die sowohl die deutsche, als auch die iranische Staatsangehörigkeit besitzen (*Palandt/Thorn*, Artikel 25 EGBGB Rz. 4). Richtet sich allerdings die Bestimmung des Erbstatuts nach diesem Abkommen dürfte für Iraner eine Rechtswahl nach Artikel 25 Abs. 2 EGBGB ausgeschlossen sein.

b. Der deutsch-sowjetische Konsularvertrag

Für das Erbrecht enthält dieser Vertrag eine Regelung **in Artikel 28 Abs. 3 des Vertrages** wonach hinsichtlich unbeweglicher Nachlassgegenstände die Rechtsvorschriften des Staates Anwendung finden, in dessen Gebiet die Gegenstände belegen sind (**sachlicher Anwendungsbereich**). Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn der Erblasser deutscher Staatsangehöriger ist oder wenn der Erblasser Angehöriger der Nachfolgestaaten der Sowjetunion ist. Das Abkommen gilt nunmehr zwischen Deutschland und Russland sowie möglicherweise auf Grund der Erklärung von Alma Ata vom 23.12.1991 auch für die übrigen GUS-Staaten (*Anwaltkommentar/BGB-Kroiß*, § 2369 Rz. 21 ff). Insbesondere für Kirgisistan, Russische Föderation, Kasachstan, Georgien, Armenien, Ukraine, Usbekistan, Belarus, Tadschikistan, Aserbaidschan, Moldawien.

c. Der deutsch-türkische Konsularvertrag

Die erbrechtliche Kollisionsregel findet sich in **§ 14 der Anlage zu Artikel 20 des Konsularvertrages**. In diesem § 14 ist die Nachlassspaltung angeordnet. Das heißt, dass der deutsch-türkische Konsularvertrag danach unterscheidet, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Gegenstände handelt. Die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des unbeweglichen Nachlasses bestimmen sich nach den Gesetzen des Landes, in dem dieser Nachlass liegt, und zwar in der gleichen Weise, wie wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes Angehöriger dieses Landes gewesen wäre. Stirbt also beispielsweise ein Türke mit Grundbesitz in Deutschland, so wird das in Deutschland gelegene Grundstück nach deutschem Recht vererbt, wohingegen das bewegliche Vermögen nach türkischem Recht vererbt wird. Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob das Abkommen auch bei Doppelstaatern greift. Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit, wenn der Erblasser sowohl die deutsche als auch die türkische Staatsangehörigkeit besitzt.

2. Kollisionsnormen des EGBGB

(am Beispiel des Erbrechtsstatuts, Artikel 25 Abs. 1 EGBGB)

Sofern auf den Sachverhalt kein Staatsvertrag Anwendung findet, ist mit den **Kollisionsnormen** des EGBGB (Art 3 f. EGBGB) zu arbeiten. Kollisionsnormen sind ähnlich aufgebaut wie materiell rechtliche Anspruchsgrundlagen. Eine materiell rechtliche Anspruchsgrundlage teilt sich bekanntlich in einen Tatbestand und in eine Rechtsfolge auf. Zum Beispiel ist bei der Anspruchsnorm des § 985 BGB der Tatbestand erfüllt, wenn der Kläger Eigentümer, der Beklagte Besitzer ohne Recht zum Besitz ist. Die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge ist die Herausgabe der Sache an den Eigentümer. Bei Kollisionsnormen ist es ähnlich. Sie sind ebenfalls mit einem „Tatbestand“ und einer „Rechtsfolge“ ausgestattet. Allerdings spricht man hier von dem so genannten **Anknüpfungsgegenstand** (Tatbestand) und vom **Anknüpfungspunkt** (Rechtsfolge). Wesentlicher Unterschied der Kollisionsnorm zur Anspruchsgrundlage ist der, dass die Kollisionsnorm keine Rechtsfolge ausspricht, die den zu entscheidenden Fall materiellrechtlich löst, sondern nur anordnet, welcher Rechtsordnung der zu entscheidende Fall zugeordnet werden soll, mithin vorgibt, durch welche Rechtsordnung der Fall gelöst werden soll.

Der **Anknüpfungsgegenstand** dient der Auswahl der richtigen Kollisionsnorm. Anknüpfungsgegenstand ist der von den Kollisionsnormen verwandte Systembegriff, der den materiell privatrechtlichen Sachverhalt kennzeichnet, für den die Verweisung ausgesprochen wird (*Kunz, Internationales Privatrecht, Rz. 58*). Ist zum Beispiel bei einem Rechtsfall mit Auslandsberührung die Frage des Erbrechts entscheidend, so ist Anknüpfungsgegenstand Artikel 25 Abs. 1 EGBGB. Im kollisionsrechtlichen Sprachgebrauch würde man sagen, dass unter diese Kollisionsnorm **qualifiziert** wird.

Unter das Erbstatut werden zahlreiche erbrechtliche Fragen qualifiziert. Die Einzelheiten hierzu sind unter anderem in *Palandt/Thorn* Art. 25 EGBGB nachzulesen. Unter anderem entscheidet das Erbstatut auch über die mit dem Erwerb der Erbschaft zu-

sammenhängenden Fragen (*Palandt /Thorn* Art. 25 EGBGB Rz. 10). Hierzu gehört auch die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft einschließlich der Auslegung, der Fristen, der Empfangsbedürftigkeit und des Widerrufs von letztwilligen Verfügungen (*Palandt /Thorn* Art. 25 EGBGB Rz. 10 m.w.N.). Hierauf ist in der Praxis zu achten. Nicht selten wird der Mandant, der Erbe eines ausländischen Staatsangehörigen ist, unter Hinweis auf die Ausschlagungsbesonderheiten der deutschen Rechtsordnung zum Nachlassgericht geschickt, damit die Erbschaft ausgeschlagen werden kann. Dies kann eine Haftungsfalle für den Berater sein.

Als **Anknüpfungspunkt** wird derjenige Begriff bezeichnet, der zur anzuwendenden Rechtsordnung führt (*Kunz, Internationales Privatrecht, Rz. 73*). Die wichtigsten Anknüpfungspunkte im EGBGB sind die **Staatsangehörigkeit**, der **Wohnsitz**, der **gewöhnliche Aufenthalt**, der **Sitz der juristischen Person**, der **Ort der Belegenheit** der Sache, **Handlungsort**, **Erfüllungsort**, **Erfolgsort** und der **Parteiwille**.

Der Hauptanknüpfungspunkt des Erbrechtsstatuts ist die Staatsangehörigkeit des Erblasser (vgl. Artikel 25 Abs. 1 EGBGB).

Beispiel:

Stirbt ein Italiener in Deutschland, so liegt ein Fall mit Auslandsberührung vor. Die Auslandsberührung ergibt sich unproblematisch aus der Staatsangehörigkeit des Erblassers. Entsprechend Artikel 3 EGBGB entscheiden nun die deutschen Kollisionsnormen, welches materielle Sachrecht auf die Beerbung des Verstorbenen Anwendung finden soll. Da vorliegend kein Staatsvertrag einschlägig ist, der die Kollisionsnormen verdrängt, wird der zu entscheidende Fall unter den Anknüpfungsgegenstand, Artikel 25 Abs. 1 EGBGB, qualifiziert. Anknüpfungspunkt ist dort die Staatsangehörigkeit des Erblassers, so dass auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen italienisches Recht Anwendung findet (*Achtung, Prüfung noch nicht beendet, siehe unten*).

Im Erbrecht sind die wichtigsten Anknüpfungspunkte neben der oben erwähnten Staatsangehörigkeit (für Artikel 25 Abs. 1 EGBGB) die Belegenheit der Sache (für Artikel 43, 46 EGBGB).

Die **Staatsangehörigkeit** richtet sich nach den **Staatsangehörigkeitsgesetzen** der jeweiligen Länder. Nun ist es allerdings durchaus denkbar, dass ein Erblasser **mehre-re Staatsangehörigkeiten** besitzt. Zu Fragen ist dann, welche die entscheidende Staatsangehörigkeit für die notwendige Anknüpfung nach **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** sein soll.

Beispiel: Ein Erblasser verstirbt, der sowohl die deutsche als auch die griechische Staatsangehörigkeit hatte. Soll nun deutsches materielles Erbrecht oder griechisches materielles Erbrecht gelten?

Diese Fälle regelt **Artikel 5 Abs. 1 EGBGB**. Hiernach ist bei **doppelter, bzw. Mehrstaatigkeit**, das Recht desjenigen der Staaten anzuwenden, mit dem die Person am **engsten verbunden** ist. Diese engste Verbundenheit wird durch den **gewöhnlichen Aufenthalt oder durch den Verlauf des Lebens** näher konkretisiert. Man ermittelt die so genannte „**effektive**“ Staatsangehörigkeit. Zu beachten ist allerdings **Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB**, wenn die betreffende Person **auch die deutsche Staatsangehörigkeit** hat. In diesem Fall geht die **Rechtsstellung als Deutscher vor**. In dem oben benannten Beispielsfall entscheidet also die deutsche Staatsangehörigkeit, so dass für die Beerbung deutsches materielles Sachrecht Anwendung findet, vorbehaltlich etwaiger Rück- bzw. Weiterverweisungen. Wäre im obigen Beispiel der Erblasser italienischer und griechischer Staatsangehöriger, so müsste zunächst die **effektive Staatsangehörigkeit** ermittelt werden. Dem Wortlaut von Art 5 Abs. 1 EGBGB folgend, ist in diesem Fall der gewöhnliche Aufenthalt der Person festzustellen. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes wird aber vom Gesetz nicht definiert (*Palandt/Thorn Art 5 EGBGB Rz. 10*). Gemeint ist der Ort eines nicht nur vorübergehenden Verweilens, an dem der Schwerpunkt der Bindungen einer Person, insbesondere in familiärer oder beruflicher Hinsicht, ihr so genannter **Daseinsmittelpunkt**, liegt (*BGH NJW 1993 S. 2048 f.*). Entscheidend sind also in erster Linie die objektiven Merkmale, d.h. Dauer und Beständigkeit des Aufenthaltes; der Wille, den Aufenthaltsort zum Daseinsmittelpunkt zu machen, ist nicht erforderlich (*BGH NJW 1981 S. 520*).

Bei **staatenlosen Personen** oder wenn die Staatsangehörigkeit nicht festgestellt werden kann, entscheidet gemäß Art. 5 Abs. 2 EGBGB der gewöhnliche Aufenthalt. Art. 5 Abs. 2 EGBG wird überwiegend verdrängt durch das **Übereinkommen über die Rechtsstellung von Staatenlosen vom 28.09.1954** (Abdruck *Palandt/Thorn Anhang zu Art 5 EGBGB Rz. 1 f.*).

Der gewöhnliche Aufenthalt kann nicht gegen den Willen des Betroffenen begründet werden. Sofern der Betroffene nicht voll geschäftsfähig ist, greift **Art. 5 Abs. 3 EGBGB** (Bsp.: Kindesentführung). Die fehlende Geschäftsfähigkeit richtet sich nach Art. 7 EGBGB und die gesetzliche Vertretung nach **Art. 21 EGBGB** (*Palandt/Thorn Art 5 EGBGB Rz. 11*).

Zusammenfassend muss also bei einem Fall mit Auslandsberührung der Sachverhalt zunächst unter eine Kollisionsnorm qualifiziert werden. Dies ist der Anknüpfungsgegenstand. Als nächstes ist zu prüfen, ob nicht ein Staatsvertrag vorrangig anzuwenden ist. Wenn dies nicht der Fall ist, muss der Anknüpfungspunkt ermittelt werden. Bei Art. 25 Abs. 1 EGBGB ist dies die Staatsangehörigkeit. Entsprechend der Staatsangehörigkeit findet nun das jeweilige nationale Recht Anwendung. Bevor nun die materiellen Rechtsnormen der Rechtsordnung, auf welche entsprechend der Staatsangehörigkeit verwiesen wurde, geprüft werden können, ist allerdings **vorab dem Grundsatz der Gesamtverweisung** zu folgen.

3. Grundsatz der Gesamtverweisung

Der Grundsatz der Gesamtverweisung ist in **Artikel 4 EGBGB** niedergelegt. Hier ist geregelt, dass, wenn auf das Recht eines anderen Staates verwiesen wird, auch dessen internationales Privatrecht anzuwenden ist. Dies bedeutet, dass nicht zwangsläufig ausländisches materielles Recht anzuwenden ist, sondern vielmehr in einem vorhergehenden Schritt zu überprüfen ist, ob der Staat, auf den wir durch unsere Kollisionsnormen verweisen, diese Verweisung auch annimmt. Verstirbt also beispielsweise ein Italiener in Deutschland, so ist anwendbares Recht für den Erbfall gemäß Artikel 25 Abs. 1 EGBGB entsprechend der Staatsangehörigkeit des Erblassers das italienische Recht. Diese Verweisung bezieht sich jetzt nicht auf das materielle Erbrecht, sondern zunächst auf das italienische IPR. Auch dieses ist, wie dargestellt, nationales Recht, so dass auch auf dieses mit verwiesen wird (**Häufiger Fehler!**). Anzustellen ist nunmehr die so genannte **Qualifikation auf der zweiten Ebene**. Das heißt, ausgehend von der italienischen Rechtsordnung ist zu prüfen, wie aus dortiger Sicht der Sachverhalt einzuordnen ist. Ordnen auch die Italiener den Sachverhalt als Rechtsnachfolge von Todes wegen ein, so würden diese eine dem Artikel 25 EGBGB vergleichbare Kollisionsnorm zur Verfügung stellen. Denkbar ist zum einen, dass die Italiener ebenfalls an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Dann gäbe es keine Schwierigkeiten; die Verweisung wäre **angenommen**, so dass italienisches materielles Sachrecht auf den Fall Anwendung findet.

Der Grundsatz der Gesamtverweisung gilt nicht bei staatvertraglichen Regelungen und auch nicht, wenn über Kollisionsnormen Sachnormverweisungen ausgesprochen werden (Art. 3 a Abs. 1 EGBGB). Sinn dieser Regelungen ist es gerade eine Rechtsvereinheitlichung zu schaffen. Diesem Sinn würde widersprochen, wenn durch eine möglich Weiterverweisung eines ausländischen IPR eben diese Rechtsvereinheitlichung konterkariert würde.

Die stringente Anwendung des Grundsatzes der Gesamtverweisung kann allerdings auch sehr kompliziert werden. Nämlich dann, wenn das ausländische IPR einen anderen Anknüpfungspunkt als das deutsche IPR verwendet. Stirbt zum Beispiel im Inland ein dänischer Staatsangehöriger, so wäre nach dem vorher gesagten zunächst dänisches Internationales Privatrecht zu prüfen, so dass die für das Erbrecht geschaffene Kollisionsnorm der dänischen Rechtsordnung zu ermitteln ist. Nach dänischem Recht wird als Anknüpfungspunkt auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers und gerade nicht auf die Staatsangehörigkeit abgestellt. In einem solchen Fall würde, sofern der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Dänemark hatte, das dänische Recht auf das Recht weiter verweisen, welches an dem Ort gilt, wo der Däne seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Lebte der Däne nun in Deutschland, so würde im Beispielsfall wieder auf das deutsche Recht **zurückverwiesen**. In einem solchen Fall greift **Artikel 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB**. Danach würde die Rückverweisung angenommen und deutsches materielles Erbrecht findet Anwendung. Gäbe es

diese Regelung nicht, würde es zu dem so genannten kollisionsrechtlichen „Pingpong-Effekt“ kommen (das deutsche EGBGB würde auf das dänische EGBGB verweisen und das dänische EGBGB wieder zurück auf das deutsche und so weiter). Wenn der Erblasser, im Beispiel dänischer Staatsangehöriger, nun seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland, sondern beispielsweise in Frankreich hatte, so müsste zunächst über Artikel 25 EGBGB das dänische IPR geprüft werden. Dieses würde dann auf das französische Recht **weiter verweisen**. Auch hier muss zunächst das französische IPR geprüft werden, um festzustellen, ob dieses Recht die dänische Verweisung annimmt. Nimmt das französische IPR die Verweisung an, nämlich dann, wenn es ebenfalls auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, so wird dies aus deutscher Sicht anerkannt. Folge ist, dass auf den Rechtsfall französisches Recht Anwendung findet. Verweist aber die Rechtsordnung des Drittstaates nicht auf das deutsche Recht zurück und nimmt sie die Verweisung des Zweitstaates auch nicht an, so ist streitig, wie weiter zu verfahren ist. Teilweise wird vertreten, dass die Verweisungskette beim Drittstaat aus Praktikabilitätsgründen abubrechen ist (*Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 677). Nach anderer Sicht muss weiter geprüft werden (vgl. LG Frankfurt IPRspr. 1997, Nr. 122 (S. 234), *Süß* ZEV 2000, 468, 487). Diese Ansicht überzeugt. Praktikabilitätsgründe sind kein taugliches juristisches Argument. Allerdings dürfen die Schwierigkeiten in der Praxis nicht vergessen werden. Sofern nämlich mehrere Rechtsordnungen geprüft werden müssen, so kann dies bedeuten, dass auch mehrere Rechtsgutachten eingeholt werden müssen. Der Kosten- und der Zeitfaktor werden in einem Rechtsstreit deutlich erhöht sein. Dies mag zum Einen die Vergleichsbereitschaft erhöhen, zum Anderen gibt es aber auch die Möglichkeit Entscheidungen zu verschleppen.

Eine **sog. Unteranknüpfung** ist in den Fällen nötig, in denen der Staat, auf den verwiesen wird, keine einheitliche Rechtsordnung kennt. Dann sieht **Art. 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB** vor, dass die maßgebende Teilrechtsordnung anhand der Kollisionsregeln des betreffenden Staates zu ermitteln ist. Sofern gesamtstaatliche Regeln fehlen, muss gemäß **Art. 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB** die Teilrechtsordnung zur Anwendung kommen, mit der der Sachverhalt am engsten verbunden ist. Mit welcher Rechtsordnung der Sachverhalt am engsten verbunden ist, ist das Ergebnis einer **Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls**.

4. Spaltnachlässe

Es kann aus unterschiedlichen Gründen zu einem Spaltnachlass kommen.

Denkbar ist eine **Rechtswahl** des Erblassers (z.B. der in Deutschland lebende Grieche wählt für sein in Deutschland belegenes Grundstück das deutsche Recht). Oder im Erbfall greift der Grundsatz **Einzelstatut vor Gesamtstatut** gemäß **Art. 3 a Abs. 2 EGBGB** (z.B. der deutsche Erblasser hat ein Ferienhaus in Deutschland). Oder es ergibt sich der **Spaltnachlass durch eine Rückverweisung** (z.B. der französische Erblasser hat ein Grundstück in Deutschland). In diesen Fällen wird von einer **kolli-**

sionsrechtlichen Nachlassspaltung gesprochen, wodurch unterschiedliche Vermögen unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellt werden. Dies bedingt, dass jeder der hierdurch entstehenden Nachlässe **selbstständig** nebeneinander stehen und **unabhängig** voneinander beurteilt werden muss (BGHZ 24, 355 f). Dass dies besondere Schwierigkeiten aufwirft, braucht nicht extra erwähnt zu werden. Erkennt man den Nutzen der Nachlassspaltung kann dies natürlich Gestaltungsvarianten eröffnen, da der Erblasser gewissermaßen zweimal testieren kann. Allerdings ist die Haftungsfahrer groß, wenn der Spaltnachlass nicht erkannt wird. Zu denken ist daran, dass ein Erbverzicht sich möglicherweise nur auf den „deutschen“ Nachlass bezieht und z.B. das „Haus in Frankreich“ immer noch dem Zugriff des Verzichtenden zugeordnet ist. Hier ist also besondere Aufmerksamkeit gefordert, zumal über die endgültige Wirkung von Spaltnachlässen immer noch keine Einigkeit besteht. Ein besonderes Problem ergibt sich z.B. bei Vorhandensein von Nachlassverbindlichkeiten, da sich die Erbschaftsstatute an den Aktiva orientieren, wohingegen sich die Verbindlichkeiten auf die Person beziehen und sich daher kaum in Ländergrenzen einordnen lassen (so auch Haas in: Süß, *Erbrecht in Europa*, § 1 Rn. 54 mit der Darstellung des Streitstandes). Übersehen die Erben bei einem überschuldeten Nachlass die Nachlassspaltung, kann es sein, dass haftungsbegrenzende Maßnahmen für einen Nachlassteil nicht greifen, so dass auf diesem Wege dennoch eine unbeschränkte Haftung für die Nachlassverbindlichkeit droht.

a. Rückverweisung auf Grund von Regelungen ausländischer Staaten, die zwischen beweglichen und unbeweglichen Nachlass unterscheiden

Der Grundsatz der Gesamtverweisung in **Artikel 4 Abs. 1 EGBGB** führt, wie dargestellt, dazu, dass auch auf das IPR des ausländischen Staates verwiesen wird. Ordnen die Kollisionsnormen des fremden Staates an, dass das unbewegliche Vermögen, welches sich in diesem Staat befindet, nach dem dortigen Recht vererbt wird, so erkennt dies der deutsche Rechtsanwender an und prüft für den unbeweglichen Nachlassgegenstand das fremde Recht. Verstirbt nun ein Staatsangehöriger eines solchen Staates in Deutschland und hat dieser Erblasser unbewegliches Vermögen in Deutschland, so kann es zu einer Rückverweisung auf Grund dieser Nachlassspaltung kommen. Dies hat zur Folge, dass doch deutsches Recht Anwendung findet. Stirbt beispielsweise ein Franzose mit letztem Wohnsitz in Deutschland mit einem Grundstück in Deutschland, so wäre hinsichtlich des anwendbaren Erbrechtes gemäß Artikel 25 Abs. 1 EGBGB nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers zu verfahren. Danach würde französisches Recht Anwendung finden, allerdings unter Einschluss des französischen IPR (Grundsatz der Gesamtverweisung!). Da das französische Recht von einer Nachlassspaltung ausgeht, nimmt das französische IPR die Verweisung nicht an und verweist auf das Recht des Staates, in welchem sich das unbewegliche Vermögen befindet, mithin nach Deutschland zurück. Im Ergebnis würde das Grundstück nach deutschem Recht vererbt werden. Der restliche Nachlass nach französischem Recht. (Exkurs: Aus französischer Sicht ist zu beachten, dass Art. 25 Abs. 1 EGBGB als renvoi auf das französische Recht verstanden wird (*Revillard, Droit inter-*

national privé, Rz. 584). Der Erblasser wird daher aus französischer Sicht nach französischem Recht beerbt, selbst wenn er eine Immobilie oder seinen Wohnsitz in Deutschland gehabt hatte. Dies zeigt, dass die kollisionsrechtliche Prüfung, je nachdem aus welcher Blickrichtung diese vorgenommen wird, zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann.)

Bei folgenden Staaten kann es zu einer Rückverweisung aufgrund einer Nachlassspaltung kommen weil eine unterschiedliche Anknüpfung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen vorgenommen wird (nach *Süß*, Erbrecht in Europa, S. 33)

Albanien
Argentinien
Australien
Belgien
Bolivien
China
Estland
Frankreich
Ghana
Großbritannien
Indien
Irland
Kanada
Kasachstan
Litauen
Luxemburg
Malaysia
Monaco
Neuseeland
Pakistan
Paraguay
Rumänien
Russland
San Marino
Südafrika
Thailand
Türkei
USA
Weißrussland

b. Einzelstatut vor Gesamtstatut

In diesen unter a. benannten Fällen steht der Grundsatz Einzelstatut vor Gesamtstatut in engem Zusammenhang. Diese komplizierte Regelung ist in **Artikel 3 a Abs. 2 EGBGB** aufgenommen.

Dort ist geregelt, dass, soweit Verweisungen im dritten und vierten Abschnitt des EGBGB das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, diese sich nicht auf die Gegenstände beziehen, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, **besonderen Vorschriften** unterliegen. Hinter dieser Regelung steckt der einfache Gedanke, dass anderen Staaten nicht ohne weiteres das deutsche Erbrecht bzw. das Erbrecht, welches wir durch unsere Kollisionsregeln ermittelt haben, aufgezungen werden soll.

Für die Anwendung des **Artikel 3 a Abs. 2 EGBGB** wird also zunächst einmal eine Verweisung im dritten bzw. vierten Abschnitt EGBGB benötigt. Als dann wird das Auseinanderfallen zwischen anwendbarem Recht und Lageort des Vermögens verlangt und letztlich sind Sonderregelungen in dem Staat, in welchem sich das Vermögen befindet notwendig. Stirbt beispielsweise ein Deutscher mit einem Hausgrundstück in Frankreich, ist wie folgt zu verfahren. Entsprechend **Artikel 25 Abs. 1 EGBGB** ist das anwendbare Recht für den Erbfall das deutsche Recht, da der Erblasser die deutsche Staatsangehörigkeit hatte. Anwendbares Recht ist damit deutsches Recht. Das Grundstück ist hingegen in Frankreich belegen, so dass damit ein Auseinanderfallen zwischen anwendbarem Recht und Lageort des Vermögens bejaht werden kann. Zudem ordnet nun das französische Recht an, dass unbewegliches Vermögen nur nach französischem Recht vererbt werden kann, sofern sich das unbewegliche Vermögen in Frankreich befindet. Diese französische Sonderregelung wird durch die Regelung des **Artikel 3 a Abs. 2 EGBGB** akzeptiert. Damit ist hinsichtlich des Grundstücks französisches Recht anzuwenden. Das Einzelstatut, hier das französische Recht für das in Frankreich gelegene Grundstück, geht dem Gesamtstatut, hier der Kollisionsregel für das anwendbare Erbrecht für den übrigen Gesamtnachlass, vor.

Die Sonderanknüpfung muss sich nicht zwangsläufig nur auf Immobilien beschränken. Hierunter können auch Forderungen, Patente oder Unternehmen fallen. In bestimmten Staaten können auch sämtliche bewegliche Gegenstände dem Lageort unterstellt werden (z.B u.a. in: Panama, Costa Rica, Guatemala, Mexiko).

c. Nachlassspaltung durch Rechtswahl

Artikel. 25 Abs. Abs. 2 EGBGB ordnet an, dass der Erblasser für im Inland belegenes Immobilienvermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen kann. Sofern nun der Erblasser aufgrund seiner Staatsangehörigkeit nach ausländischem Sachrecht beerbt wird, so kommt es zur Nachlassspaltung, weil die Immobilie aufgrund der Rechtswahl nach deutschem Recht beerbt wird.

d. Nachlassspaltung als sog. funktionale Nachlassspaltung

Hierunter versteht man eine Nachlassspaltung, die sich daraus ergibt, dass bestimmte Rechtsordnungen Rechtsfragen, die nach deutschem Verständnis dem Erbstatut unterfallen, nicht erbrechtlich qualifiziert werden. Bsp. (nach *Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 34): Wenn ein deutscher Erblasser ein Grundstück in Österreich hinterlässt, ist zwar gemäß § 28 öst. IPRG das Heimatrecht entscheidend. § 32 öst. IPRG bestimmt aber, dass für dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache die sachenrechtliche Kollisionsnorm für den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen mit ihrer Verweisung auf das Belegenheitsrecht in § 31 öst. IPRG auch dann maßgebend ist, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen.

e. Bei der **Nachlassplanung** sollten Spaltnachlässe vermieden werden. Folgende **Gestaltungsmöglichkeiten** können benannt werden.

- **aa. Einbringung des Grundbesitzes in eine Gesellschaft**, da Gesellschaftsanteile als bewegliches Vermögen angesehen werden. Der Vorteil liegt darin, dass das Gesellschaftsrecht das Erbrecht aus deutscher Sicht teilweise verdrängt (Singularzession). Probleme mit ausländischem Recht können durch die Zwischenschaltung einer Personengesellschaft mit gesellschaftsrechtlichen Fortsetzungs- oder Nachfolgeklauseln gelöst werden. Auch und gerade ausländische Beteiligungen können in eine Holding eingebracht werden. Auch ausländische Immobilien können in eine Gesellschaft eingebracht werden.
-
- **bb. Errichtung von getrennten letztwilligen Verfügungen**, die jeweils auf die betreffende Vermögensmasse und das darauf anwendbare Recht zugeschnitten sind.
- **cc. Hinsichtlich französischem Grundbesitz kann auch französisches Güterrecht gewählt** werden und diesbezüglich eine allgemeine Gütergemeinschaft mit Zuweisung des Gesamtgutes an den Überlebenden vereinbart werden.

Eine Nachlassspaltung könnte auch ausgenutzt werden, um Pflichtteilsansprüche zu umgehen. Sofern das Vermögen in Immobilien investiert wird, welche sich in Ländern befinden, die diese sowohl nach dem Belegenheitsrecht vererben und zudem kein Pflichtteilsrecht kennen, kann diese Strategie eine Pflichtteilsvermeidung zur Folge haben (USA/Florida (P), Mexiko, Thailand, Australien). Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass diese Gestaltung von einem Gericht als *ordre public* Verstoss angesehen wird; ggfls auch als echte Gesetzesumgehung, die dann unbeachtlich ist. Das Risiko dürfte wegen der Inlandsbeziehung bei einem deutschen StA größer sein, als bei einem Ausländer.

5. Rechtswahl

Im deutschen internationalen Erbrecht ist die Möglichkeit der Rechtswahl beschränkt. Lediglich **Art. 25 Abs. 2 EGBGB** räumt dem Erblasser die Möglichkeit ein, für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen deutsches Recht zu wählen (siehe oben).

Die Rechtswahl geschieht durch letztwillige Verfügung. Die Rechtswahl kann isoliert oder im Zusammenhang mit anderen Verfügungen erfolgen, kann befristet sein, unter eine Bedingung gestellt werden, ausdrücklich oder konkludent erfolgen (*Haas in: Süß, Erbrecht in Europa, § 1 Rn. 42 mwN*).

In **anderen Ländern**, z.B. in Finnland oder in der Schweiz, ist eine Rechtswahl unter bestimmten Voraussetzungen in einem **weiteren Umfang** möglich.

Beispiel: Ein Schweizer mit letztem Wohnsitz in Köln verstirbt auch dort. Er hat für sein in Deutschland belegenes bewegliches und unbewegliches Vermögen das deutsche Recht gewählt.

Der Sachverhalt wird als Rechtsnachfolge von Todes wegen qualifiziert und somit dem in Art. 25 Abs. 1 EGBGB enthaltenen Anknüpfungsgegenstand zugeordnet. Über den Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit verweist das deutsche Recht auf das schweizerische Recht. Aufgrund des Grundsatzes der Gesamtverweisung (Art. 4 EGBGB) ist zunächst das schweizer IPR zu prüfen. Da nach schweizer IPR (Art 87 Abs. 2, Art. 91 Abs. 2 IPRG) eine Rechtswahl möglich ist, wird auf das deutsche Recht zurückverwiesen. Gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB wird die Rückverweisung angenommen, so dass deutsches Sachrecht greift.

Zu beachten ist, dass die nach ausländischem Recht mögliche Rechtswahl nichts mit **Art. 25 Abs. 2 EGBGB** zu tun hat. Entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift ist die Rechtswahl ausdrücklich auf im Inland befindliches unbewegliches Vermögen beschränkt. Auf im Ausland befindliches unbewegliches Vermögen kann die Vorschrift nicht ausgedehnt werden (*LG Hamburg IPRspr. 1991 Nr. 142*).

Was zum unbeweglichen Vermögen gehört, ist streitig. Einigkeit besteht nur im Hinblick darauf, dass es sich um Grundstücke, Gebäude und wesentliche Bestandteile handelt. Eine **enge Auslegung** ist aber wohl geboten (*so auch unter anderem Haas in: Süß, Erbrecht in Europa, § 1 Rn. 37*). Zu bedenken ist, dass die Vorschrift nicht selten zu einer Nachlassspaltung führen kann. Inwieweit dies der Erblasser, ohne die unstreitigen Fälle, gewollt und übersehen hat, ist zweifelhaft.

Die **Rechtswahl** kann auch **für zukünftiges unbewegliches Vermögen** getroffen werden (*Süß ZNotP 2001, 173 f.*), sollte hingegen im Zeitpunkt des Erbfalls kein unbewegliches Vermögen im Nachlass sein, so geht die Rechtswahl ins Leere.

6. Vorfragen

Vorfragen sind **präjudizielle Rechtsverhältnisse**, die geklärt werden müssen, bevor die eigentliche Hauptfrage beantwortet werden kann. Wird zum Beispiel angenommen, dass nach dem nach **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** ermittelten anwendbaren Sachrecht die Ehefrau des Erblassers als Erbin in Betracht kommt, so muss die Frage geklärt werden, ob eine wirksame Ehe geschlossen wurde. Dies wird als Vorfrage bezeichnet. Auch die im Rahmen der Prüfung des **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** auftretende Frage nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers ist eine Vorfrage. Dies wird zum Teil als sog. Erstfrage bezeichnet, weil in diesem Fall noch keine ausländische Rechtsordnung geprüft wurde (vgl. zu dieser Unterscheidung MüKO/Sonnenberger, Einl. IPR Rz. 494 f.). Eine mögliche Verweisung zu einem ausländischen IPR hat noch nicht stattgefunden. Diese Unterscheidung ist aber m.E. nicht praxisrelevant, so dass im Folgenden immer von Vorfrage die Rede sein soll. Das zu lösende Problem besteht nun darin, ob das für die Hauptfrage maßgebende Recht (vorliegend das Erbstatut) mit seinen Kollisionsregeln auch die Vorfrage beantwortet (sog. unselbständige Anknüpfung) oder die Vorfrage getrennt zu behandeln ist (sog. selbstständige Anknüpfung) (Haas in Süß/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 20, Rz. 54).

Beispielfall:

(Nach Hüßtege, IPR-Examenskurs)

Zwei Griechen haben in Deutschland vor einem Geistlichen der griechisch-orthodoxen Kirche die Ehe geschlossen. Dieser war von seiner Regierung nicht gemäß Artikel 13 Abs. 3 Satz 2 EGBGB zur Eheschließung in Deutschland ermächtigt gewesen. Nachdem der Ehemann ohne Testament in Deutschland verstorben ist, beantragt die in Deutschland lebende Ehefrau einen Erbschein.

Lösung:

Der Fall weist aufgrund der Staatsangehörigkeit des Erblassers einen Berührungspunkt zu einer ausländischen Rechtsordnung auf. Mangels Vorliegen europarechtlicher oder staatsrechtlicher Regelungen finden gem. Art. 3 EGBGB die im EGBGB nachfolgenden Kollisionsregeln Anwendung. Der Sachverhalt ist erbrechtlich zu qualifizieren. Anknüpfungsgegenstand ist damit Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Entsprechend dem Grundsatz der Gesamtverweisung (Art. 4 EGBGB) wird nun auf das griechische Recht verwiesen. Nach Art. 28 ZGB stellt Griechenland ebenfalls auf die Staatsangehörigkeit ab. Die Vorschrift verweist damit auf das Heimatrecht. Da der Erblasser Grieche war, findet auch aus griechischer Sicht griechisches Sachrecht auf den Erbfall Anwendung. Die gesetzliche Erbfolge richtet sich nach Art. 1813 f ZGB. Hiernach erbt der überlebende Ehegatte (zusammen mit Verwandten; die Quote richtet sich nach der Ordnung der miterbenden Abkömmlinge, bzw. der Verwandten des Erblassers). Entscheidend ist damit, ob die Ehefrau auch wirksam Ehefrau des Erblassers geworden ist oder ob eine sog. Nichtehe vorlag. Die Frage, ob eine formwirksame Ehe geschlossen wurde, ist präjudiziell. Es handelt sich somit um eine im Vorfeld zu klärende Vorfrage. Würde diese Vorfrage nun selbstständig angeknüpft werden, so müsste die Frage der Wirksamkeit der Ehe neu unter eine Kollisionsnorm des EGBGB qualifiziert werden. In diesem Fall wäre Art. 13 EGBGB der

Anknüpfungsgegenstand. Anwendbar ist damit deutsches Recht. In Deutschland muss die Ehe aber vor dem Standesbeamten geschlossen werden (§ 1310 BGB). Die in Deutschland vor dem Prieser geschlossene Ehe ist damit aus deutscher Sicht unwirksam. Damit wäre im vorliegenden Fall keine wirksame Ehe geschlossen. Die vermeintliche Ehefrau wäre damit nicht gesetzliche Erbin. Der Erbscheinsantrag würde zurückgewiesen werden. Würde die Frage der Wirksamkeit der Ehe hingegen nicht selbstständig, sondern unselbstständig angeknüpft, dann würde die Vorfrage dem Recht der Hauptfrage unterstellt. Im vorliegenden Fall entscheidet griechisches Recht über die Hauptfrage, so dass auch griechisches Recht über die Frage der Wirksamkeit der Ehe entscheiden würde. In Griechenland ist die Eheschließung vor einem Priester wirksam. In diesem Fall würde daher die Ehefrau einen Erbschein erteilt erhalten.

Für die Frage, wie in solchen oder in vergleichbaren Fällen entschieden wird, gibt es im deutschen Recht weder ein Gesetz noch eine einheitliche Rechtsprechung. Grundsätzlich ist aber nach der h.M. zufolge das für die Vorfrage maßgebende Recht gesondert zu bestimmen (Haas in: Süß/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 20, Rz. 54). Daher gelten in aller Regel die *lex fori* (so auch BGHZ 43, 213, 218 f.; BGHZ 78, 288, 289). Im Interesse sachgerechter Lösungen erfährt der Grundsatz der selbstständigen Anknüpfung aber Ausnahmen (Haas in Süß/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 20, Rz. 55). Es handelt sich hierbei um solche Fälle, bei denen der äußere Entscheidungseinklang mit dem in der Sache anwendbaren Recht dem Interesse am inneren Entscheidungseinklang mit dem in der Sache anwendbaren Recht dem Interesse am inneren Entscheidungseinklang vorgeht (derselbe). Entscheidend ist also ob im konkreten Einzelfall der innere Entscheidungseinklang oder der äußere Entscheidungseinklang überwiegt.

7. Angleichung

Wie unter Ziffer 6 zu den Vorfragen dargestellt, können unterschiedliche Rechtsordnungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Aufgrund der Verweisungen im IPR ist es möglich, dass ein einheitlicher Sachverhalt in Einzelbestandteile zerlegt und aufgrund verschiedener Anknüpfungspunkte unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellt wird, die nicht miteinander harmonisieren (Haas in Süß/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 154, Rz. 19). Dabei kann eine **Harmonisierung erforderlich** werden, wenn diese Rechtsordnungen sich widersprechen (**Normenhäufung**) oder eine Lücke lassen (**Normenmangel**), so etwa, wenn das nach **Art. 15 EGBGB** maßgebenden Güterrechtstatut keine güterrechtliche, sondern nur eine erbrechtliche und das nach **Art. 25 EGBGB** maßgebende Erbstatut keine erbrechtliche, sondern nur eine güterrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des Verstorbenen vorsieht (Palandt/Thorn Einl. Vorb. v. Art 3 EGBGB Rz. 32). Die notwendige Harmonisierung der Rechtssysteme ist durch Anpassung der Kollisionsnormen oder der Sachnormen unter Berücksichtigung der Interessenslage zu erreichen (derselbe unter Hinweis auf BGH DtZ 93, 278).

Beispiel und Lösung nach Hay, IPR S. 307:

Der Österreicher A heiratete 1990 die deutsche Staatsangehörige D in Passau, wo das Ehepaar seitdem auch seinen gemeinsamen Wohnsitz hat. Einen Erbvertrag schließen die beiden nicht. Als A 1996 ohne Testament stirbt, hinterlässt er neben D auch noch die zwei Kinder S und T. Wer erbt nun zu welchen Teilen, wenn die Frage vor einem deutschen Gericht anhängig ist?

Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB richtet sich die Erbfolge nach österreichischem Recht. Dieses nimmt die Verweisung gemäß §§ 28 Abs. 1, 9 Abs. 1 IPR- Gesetz an und bestimmt in den § 757 Abs. 1 und 732 ABGB, dass D, S, und T jeweils 1/3 der Erbschaft erhalten. Durch den Einfluss des Güterrechts kann es hier allerdings zu Änderungen kommen, da sich gemäß Art. 15 EGBGB i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB das Güterrechtsstatut nach deutschem Recht richtet. A und D leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so dass D eine Erhöhung des Erbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB zustehen könnte. Dies wäre aber nur der Fall, wenn § 1371 BGB güterrechtlich zu qualifizieren ist, was streitig ist. Die Rechtsprechung und die h.M. in der Literatur qualifizieren güterrechtlich (BGHZ 40, S. 32, 34 und OLG Karlsruhe, NJW 1990, S. 1420). Die Norm ist in das Ehegüterrecht eingebettet und erfasst den Zweck, die Zuweisung von Vermögensgegenständen an die Ehegatten auszugleichen. Demnach würde sich der Erbteil der D um $\frac{1}{4}$ auf $\frac{7}{12}$ erhöhen, was zu einem ungerechten Ergebnis führt, da D mehr bekäme, als ihr nach den nationalen Regeln der beteiligten Rechtsordnungen (Österreich $\frac{1}{3}$, Deutschland $\frac{1}{2}$) zusteht. Im Wege der Angleichung ist daher die Erbquote der D im Sinne der Rechtsordnung, die den größeren Erbteil zuspricht auf $\frac{1}{2}$ zu kappen, so dass im Ergebnis D $\frac{1}{2}$ und S und T jeweils $\frac{1}{4}$ des Nachlasses erhalten.

Beispiel aus der Praxis des Verfassers

Die griechische Erblasserin hat ihren deutschen Ehegatten in Deutschland im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft geheiratet. Sie hat eine Tochter. Ein Testament ist nicht vorhanden.

Anwendung findet Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Der Grundsatz der Gesamtverweisung führt zum griechischen IPR. Die Verweisung wird angenommen, weil auch das griechische IPR auf die Staatsangehörigkeit abstellt. Neben Verwandten der ersten Ordnung erbt der griechische Ehegatte zu $\frac{1}{4}$. Außerdem steht dem Gatten (wenn er als gesetzlicher Erbe erbt) das Recht zu, vom Nachlassvermögen verschiedene Haushaltsgegenstände, Möbel und Kleider zu erhalten (Art. 1820 ZGB.) Darüber hinaus ist erbrechtlich von Bedeutung, in welchem Güterstand der Erblasser uns sein Ehegatten lebten. Im Fall der Gütergemeinschaft gehört der Anteil am Gesamtgut, das grundsätzlich das gesamte Vermögen beider Ehegatten umfasst, zum Nachlass des Verstorbenen, der nach den allgemeinen Vorschriften beerbt wird. Im gesetzliche Güterstand der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich kann der überlebende Ehegatte, sofern er zu der Zunahme des Vermögens auf irgend eine Weise beigetragen hat, die Heraus-

gabe des Teils der Zunahme, der von seiner Mitwirkung herrührt, verlangen. Dabei wird vermutet, dass der Beitrag sich auf ein Drittel der Zunahme beläuft, außer es wird nachgewiesen, dass ein größerer, ein kleinerer oder gar kein Beitrag geleistet wurde (vgl. zu den vorstehenden Rechtsausführungen (*Stamatiadis* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S.695, Rz. 31). Eine pauschale Erhöhung des Erbteils, wie er in 1931 Abs. 3, 1371 BGB vorgesehen wird, ist dem griechischen Recht unbekannt.

Da aber durch den Tod auch der Güterstand beendet wird, stellt sich die Frage, ob dies bei der kollisionsrechtlichen Prüfung von Bedeutung sein könnte. Sofern die güterrechtliche Frage gesondert angeknüpft wird, so würde eine Qualifikation unter Art. 15, 14 EGBGB erfolgen. Im vorliegenden Beispielsfall würde somit im Ergebnis gemäß Art. 14 Abs. 1 Ziffer 2) auf das deutsche Recht abgestellt werden. Im deutschen Recht erhöht sich die Erbquote beim Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft pauschal um $\frac{1}{4}$.

Damit könnte argumentiert werden, dass der Ehegatte neben der Tochter mit einer Erbquote von $\frac{1}{2}$ erbt. Nach griechischem Recht erbt der Gatte aber nur mit $\frac{1}{4}$ und bekommt die oben beschriebenen weiteren Ansprüche zugesprochen. Damit würde ein deutscher Erbschein, je nachdem, mit unterschiedlichen Quoten ausgestellt werden.

Die Lösung eines solchen Falles ist umstritten. Hier wird angeraten, sich über den Meinungsstand bei *Palandt/Thorn* Art 15 EGBGB Rz. 13 zu informieren. Das Meinungsspektrum ist weit. Der Verfasser ist der Auffassung, dass Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB keine Anwendung findet. Vorliegend würde daher auch keine Erhöhung der Erbquote eintreten. § 1371 Abs. 1 BGB ist zwar systematisch im Güterrecht eingeordnet, dennoch handelt es sich um eine erbrechtliche Regelung. Das Erbrecht ist aber unter Art. 25 Abs. 1 EGBGB zu qualifizieren, so dass im vorliegenden Fall auch das griechische Sachrecht im Erbrecht darüber entscheiden muss, wie der güterrechtliche Ausgleich durchgeführt wird. Dies wird dann deutlich, wenn überlegt wird, wie der Rechtsanwender überhaupt auf § 1371 Abs. 1 BGB stoßen kann. Voraussetzung ist immer der Tod eines Ehegatten, mithin ein Erbfall. Eine güterrechtliche Fragestellung, die gesondert angeknüpft wird, ist aus diesseitiger Sicht schwer zu begründen. Dies führt nämlich zwangsläufig dazu, dass nur ein Teil des eigentlich anwendbaren griechischen Erbrechts berücksichtigt wird. Und zwar nur die Erbquote von $\frac{1}{4}$ (ohne die Herausgabeansprüche im griechischen Recht). Allerdings wird in einem Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung (Soergel/Schurig Art. 15 EGBGB Rz. 37f., Bay-ObLG FamRZ 1975, 416, OLG Karlsruhe NJW 1990, 1421) die güterrechtliche Qualifikation vertreten. Die pauschale Erhöhung hängt danach davon ab, ob deutsches Güterrecht Anwendung findet. Als Argument wird angeführt, dass dem überlebenden Ehegatten ansonsten die Privilegierung der zugewiesenen Pauschale aus § 1371 Abs. 1 BGB verloren geht.

Im vorliegenden Fall erscheint das Ergebnis auch interessensgerecht, da der überlebende Ehegatte neben der Erbbeteiligung zudem Herausgabeansprüche erhält, so dass seine eheliche Mitwirkung am Vermögensaufbau des Erblassers berücksichtigt wird. Sofern die Eheleute andere Rechtsfolgen wünschen, wäre anzuraten, dass ein Testament und/oder güterrechtliche Vereinbarungen getroffen werden.

Zu bedenken ist aber, dass Art. 15 Abs. 2 EGBG die Möglichkeit gibt, eine Rechtswahl vorzunehmen.

8. Der ordre public Vorbehalt

Rechtsnormen eines ausländischen Staates sind grundsätzlich nicht anzuwenden, wenn deren Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit den **wesentlichen Grundgedanken** des deutschen Rechts unvereinbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Ergebnis in einem so schwerwiegenden Widerspruch zur deutschen Rechtsordnung steht, dass das Ergebnis der Rechtsanwendung für untragbar angesehen werden muss. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den **Grundrechten unvereinbar** ist (vgl. hierzu **Art. 6 EGBGB**). Bei Verweisungen in staatsvertraglichen Regelungen gilt der ordre public Vorbehalt, sofern dieser eine entsprechende Klausel erhält (*Dörner*, ZEV 1996, 90, 91). Ein ausländischer ordre public Vorbehalt ist demgegenüber aus deutscher Sicht unbeachtlich (*Haas in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 144, Rz. 2).

Beispiele:

1. Unstreitiger Verstoß, wenn das ausländische Recht die Erbeinsetzung aus religiösen oder aus rasse- geschlechtsspezifischen Gründen verhindert.
2. Streitig ist, ob ein ordre public Verstoß vorliegt, wenn ausländische Rechtsordnungen die Pflichtteilshöhe oder den Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen abweichend vom deutschen Recht regeln. Problematisch sind insbesondere Fälle, in denen das Erbstatut überhaupt kein Pflichtteilsrecht oder Noterbrecht für die engsten Verwandten bzw. für die Ehegatten vorsieht.

Prüfungsvoraussetzungen:

1. Wesentlicher Verstoß gegen die deutsche Rechtsordnung
2. Hinreichender Inlandsbezug
3. Unerträgliches Ergebnis im konkreten Einzelfall

Entscheidend ist immer ein konkretes unerträgliches Ergebnis im Einzelfall. Dies bedeutet, dass eine abstrakte Kontrolle der Regelungen des ausländischen Rechts ausgeschlossen ist (vgl. BGHZ 39, 173, 177). Die h.M. legt den Begriff „*Ergebnis der Rechtsanwendung*“ eng aus und versteht hierunter nicht nur das unmittelbare Ergebnis der Rechtsfrage, sondern das Gesamtergebnis der rechtlichen Bewertung eines Lebenssachverhalts (*Haas in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 144, Rz. 3). Der Widerspruch muss schlichtweg untragbar sein (vgl. BGH NJW 1992, 3096, 3101). Demnach fehlt es an diesem Ergebnis, wenn der Widerspruch an anderer Stelle ausgeglichen wird (*Staudinger/Dörner Art. 25 EGBGB Rz. 719*).

Rechtsfolgen bei einem ordre public Verstoß:

1. Nichtanwendung der betroffenen Vorschrift.
2. Die Lücke soll mit Hilfe des ausländischen Rechts geschlossen werden.
3. Sofern dies nicht möglich ist, muss hilfsweise mit dem deutschem Recht gearbeitet werden, welches aber nicht „*ein zu eins*“ angewendet werden darf.

Ziel: Das Rechtsanwendungsergebnis muss erträglich sein.
(*Soergel/Kegel Art. 6 EGBGB Rz. 35*)

Sieht man beispielsweise in der gesetzlichen Zurücksetzung weiblicher Abkömmlinge einen Verstoß gegen **Art. 6 EGBGB**, dann ist die auf die Kinder entfallende Erbquote gleichmäßig auf diese so zu verteilen, so als ob alle Kinder „*Söhne*“ wären; hilfsweise ist auf das deutsche Recht zurückzugreifen (*Haas in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 144, Rz. 13).

9. Art. 26 EGBGB

Art. 26 EGBGB ist die Kollisionsnorm, unter die **Formfragen von letztwilligen Verfügungen** angeknüpft werden. Geregelt werden die Anforderungen an die Form einer Verfügung von Todes wegen sowie die Auswirkungen eines Statutenwechsels auf eine bereits errichtete Verfügung von Todes wegen und auf die Testierfähigkeit des Erblassers (*von Hoffmann, IPR § 9 Rn. 32*).

Umstritten ist, ob **Art. 26 EGBGB** nicht vom Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 05.10.1961 (Text, siehe Anhang zu Art. 26 EGBGB im Palandt) (**HTÜ**) verdrängt wird. Da insoweit **Art. 26 Abs. 1 bis Abs. 3 EGBGB** mit dem HTÜ inhaltsgleich sind, ist diese Frage lediglich akademischer Natur. Im Hinblick auf **Art. 26 Abs. 4 und Abs. 5 EGBGB** ist dies allerdings entscheidend, da die Regelungen im EGBGB über die Regelungen des HTÜ hinausgehen. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH WM 1984, 2124) geht dieser

im Hinblick auf **Art. 3 Abs. 3 EGBGB** vom Vorrang des Staatsvertrages aus, so dass nur **Art. 26 Abs. 4 und Abs. 5 EGBGB** unmittelbar Anwendung finden.

Beachte: Die Beachtung einer Rück- oder Weiterverweisung ist im Anwendungsbereich von Absatz 1- bis 4 grundsätzlich ausgeschlossen, weil damit unmittelbar auf die sachrechtlichen Formerfordernisse der betroffenen Rechtsordnung verwiesen wird; eine Ausnahme gilt aber mittelbar für die Anknüpfung in Abs. 1 Nr. 5, die sicherstellen soll, dass auch die Erfüllung der Formerfordernisse eines durch Rück- und Weiterverweisung berufenen Erbstatuts ausreichend ist (*Palandt/Thorn* Art. 26 EGBGB Rz. 2). Auch bei der Bestimmung des hypothetischen Erbstatuts gemäß Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB und des für die Testierfähigkeit maßgebenden Rechts, sind Rück- und Weiterverweisungen nach **Art. 4 Abs. 1 EGBGB** zu beachten (*Palandt/Thorn* Art. 26 EGBGB Rz. 2).

a. Formstatut Art. 26 Abs. 1 bis 4 EGBGB

Durch die vielfältigen Anknüpfungsmöglichkeiten für die Form einer letztwilligen Verfügung soll in erster Linie die Ungültigkeit der Errichtung oder des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung vermieden werden; es dient mithin der **favor testamenti** (*MüKo/Birk* Art. 26 EGBGB Rz. 65).

b. Ehegattentestament, Erbvertrag und Erbverzicht

aa. Der **Erbvertrag** und der **Erbverzicht** werden vom Anwendungsbereich des HTÜ ausgeschlossen (*MüKo/Birk* Art. 26 EGBGB Rz. 65).

Daher finden auf den Erbvertrag gemäß **Art. 26 Abs. 4 EGBGB** die Regelungen der **Art. 26 Abs. 1 bis 3 EGBGB** Anwendung (*von Hoffmann*, IPR § 9 Rz. 39). Das heißt, dass bei einem zweiseitigen Erbvertrag den Anforderungen der Erbstatute **beider** Vertragspartner genügen getan werden muss (*von Hoffmann*, IPR § 9 Rz. 39).

Die Wirksamkeit von vertragsmäßiger Verfügungen und ihre Bindungswirkung wie auch die Zulässigkeit, Wirksamkeit und die Wirkungen eines Testiervertrages werden erbrechtlich qualifiziert (*Süß in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 102, Rz. 71). Abgestellt werden muss daher auf das Errichtungsstatut des **Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB**, so dass festzustellen ist, welches Recht nach den aktuellen Verhältnissen bei Abschluss des Vertrages für das von den Verfügungen betroffene Vermögen Erbstatut wäre; hierbei kommt es nur auf das Errichtungsstatut des Verfügenden an (derselbe). Beim mehrseitigen Erbvertrag kann es dann zu Schwierigkeiten kommen, wenn es unterschiedliche Errichtungsstatute mit divergierenden Regelungen gibt. Auch ist unklar wie zu verfahren ist, wenn einzelne Erbstatute unterschiedliche Wirkungen im Bereich der Bindungswirkung haben (zum Meinungsstand mit anschaulichen Beispielen *Süß in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 104/105, Rz. 74-79).

bb. Bei der Frage nach der **Formwirksamkeit des Erbverzichtes** greift **Art. 26 Abs. 4 EGBGB** nicht. Hier gilt vielmehr **Art. 11 Abs. 1 EGBGB**. Die Frage nach der materiellen Wirksamkeit des Erbverzichtes und der Wirkungen des Erbverzichtes, regeln sich nach dem Erbstatut (*Palandt/Thorn* 70. Auflage Art. 25 EGBGB Rz. 13. Dies gilt aber nicht für den schuldrechtlichen Abfindungsvertrag (derselbe).

cc. Das **Ehegattentestament ist vom HTÜ** umfasst. Da zahlreiche Rechtsordnungen gemeinschaftliche Testamente verbieten, kommt es darauf an, ob sich das **Verbot** gegen **den Inhalt oder** gegen **die Form** richtet. Soweit sich das Verbot gegen den Inhalt richtet, entscheidet das Erbstatut, welches meistens über Art. 25 Abs. 1 EGBGB ermittelt wird, über die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments. Richtet es sich hingegen nur nach der Form, können die Angehörigen solcher Staaten dann wirksam ein gemeinschaftliches Testament errichten, wenn das Recht des Errichtungsortes dieses zulässt (*von Hoffmann*, IPR § 9 Rz. 38). Ob es sich um ein formelles oder ein materielles Verbot handelt ist eine Frage der **Qualifikation**. Die dogmatische Einordnung ist **umstritten**. Überwiegend wir vertreten, dass eine Einordnung in die materielle Wirksamkeit dann durchzuführen ist, wenn die jeweilige Vorschrift des betreffenden Landes den freien Widerruf schützen möchte und zudem die Testierfreiheit des Erblassers nicht einschränken soll. Sofern allerdings lediglich der Erblasserwille eindeutig festgestellt werden soll, handelt es sich um eine Frage der Form (*Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 322, OLG Frankfurt IPRax **1986**, 111).

Beachte:

Wenn die Erblasser nicht über ein gemeinsames Erbstatut verfügen, so müssen die Wirksamkeitserfordernisse nach **beiden Rechtsordnungen** erfüllt sein. Der zulässige Inhalt eines gemeinschaftlichen Testaments und seine Wirkungen beurteilen sich daher stets nach dem strengeren Recht (*MüKo/Birk* Art. 26 Rz. 98).

In diesem Zusammenhang kann auch die **Wechselbezüglichkeit** eine Rolle spielen. Die Wechselbezüglichkeit unterliegt –da sie unabhängig von dem äußeren Zusammenhang sich aus dem Inhalt der Verfügung ergibt– dem Errichtungsstatut (*Süß* in *Süß/Erbrecht* in Europa 2. Auflage S. 110, Rz. 88). **Beispiel** (nach *Süß*): *Errichten ein Deutscher und eine Italienerin ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen, so ist die Verfügung, weil das ital. Recht derartige Verfügungen verbietet, der Ehefrau nichtig. Folgerichtig könnte dann, wegen § 2270 Abs. 1 BGB auch die Verfügung des Ehemannes hinfällig werden. Dies hätte die Folge der gesamten Nichtigkeit des Testaments.* Gleiche Problematik stellt sich bei der Frage der Bindungswirkung. Auch hier ist das Errichtungsstatut maßgeblich (*Süß* in *Süß/Erbrecht* in Europa 2. Auflage S. 111, Rz. 91). **Beispiel** (nach *Süß*): *Bei wechselseitiger Erbeinsetzung einer Deutschen und eines Österreicherers könnte der Österreicher – auch heimlich- widerrufen, die Deutsche aber nicht. Dies liegt daran, dass das österreichische Recht sogar eine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit enthält.*

Goldene Regeln zur Nachlassgestaltung (*Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 185, Rz. 72).

- Das öffentliche Testament ist dem privaten Testament vorzuziehen.
- Klare Bezeichnung als Testament
- Vermeidung von Ergänzungen und/oder Streichungen
- Angabe von Ort und Datum
- Kein gemeinschaftliches Testament auf gleicher Urkunde, sondern Testat auf getrennten Urkunden fertigen
- Hinzuziehung von zwei Zeugen
- Nummerierung der Seiten und Unterschrift

In den meisten Staaten ist es eine Selbstverständlichkeit, dass auf Grundlage der Ortsform errichtete Testamente anerkannt werden. Unsicherheiten gibt es aber z.B. bei Portugal, wo aber ein Testament nach dem Washingtoner Abkommen anerkannt wird. In Florida wird ein holographes oder ein Nottestament nicht anerkannt.

dd. Testierfähigkeit

Die Testierfähigkeit leitet sich nach überwiegender Auffassung im Umkehrschluss zu Art. 26 Abs. 5 S. 2 EGBGB aus dem **Errichtungsstatut** her und ist **nicht** dem **Statut** über die **Geschäftsfähigkeit** (Art. 7 Abs. 1 EGBGB) zu entnehmen.

c. Statutenwechsel

Ausführungen zum **Statutenwechsel** macht das Gesetz in **Art. 26 Abs. 5 EGBGB**. Für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung stellt **Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB** auf das hypothetische Erbstatut ab (*MüKo/Birk* Art. 25 Rz. 109). Hierzu gehören alle Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verfügung einschließlich der Anfechtung wegen Willensmängel (*von Hoffmann*, IPR § 9 Rz. 43).

Art. 26 Abs. 5 S. 2 EGBGB regelt die Testierfähigkeit und stützt das Errichtungsstatut in besonderem Maße. Geschützt wird nicht nur das Vertrauen des Erblassers in eine bereits errichtete letztwillige Verfügung, denn selbst dann, wenn der Erblasser von seiner einmal erlangten Testierfähigkeit noch keinen Gebrauch durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung gemacht hat, verliert er diese durch einen späteren Statutenwechsel nicht (*von Hoffmann*, IPR § 9 Rz. 44).

10. Übersicht erbrechtliche Qualifikationsprobleme

Nachstehend eine Übersicht über relevanten Qualifikationsprobleme.

a. Erbverzicht/Pflichtteilsverzicht

Wie dargestellt untersteht der **Erbverzicht** dem Erbstatut (*Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 113, Rz. 95). Demnach würde unter **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** zu qualifizieren sein.

b. Schenkung von Todes wegen

Schenkungen von Todes wegen unterliegen dem **Erbstatut**, soweit sie beim Tod des Schenkers noch nicht vollzogen sind. Die Frage, ob und wann die Schenkung vollzogen ist, entscheidet das für den Rechtsübergang anwendbare Statut. (vgl. hierzu und zu weiteren Hinweisen in diesem umstrittenen Bereich *Palandt/Thorn* 70. Auflage Art. 25 EGBGB Rz. 15).

c. Gesellschaftsanteile

aa. Personengesellschaften

Über das Fortbestehen der Gesellschaft bestimmt das **Gesellschaftsstatut**. Hierzu gehört die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung oder die Auflösung der Gesellschaft (*von Hoffmann*, IPR § 9 Rz. 47). Das Erbstatut bestimmt, wer Erbe des Gesellschafters geworden ist und ob die Personengesellschaft als Erbe eingesetzt werden kann (*Soergel/Schurig*, Art. 25 EGBGB Rz. 76). Hier ist aber viele umstritten und noch ungeklärt.

bb. Kapitalgesellschaften

Hier ist es einfacher, da der Bestand der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht berührt wird. Daher entscheidet über die Vererbung von Gesellschaftsanteilen das **Erbstatut** (*MüKo/Birk* Art. 25 EGBGB Rz. 180).

d. Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall

Die praktisch wichtigsten Fälle sind die Lebensversicherung und das Sparbuch auf den Namen eines Dritten. Für die Qualifikation liegt die Schwierigkeit darin, dass in solchen „Dreiecksverhältnissen“ zwischen Valuta- und Deckungsverhältnis zu unterscheiden ist. Das **Deckungsverhältnis** richtet sich nach dem **Vertragsstatut**, das Valutaverhältnis nach dem **Erbstatut**.

e. § 1371 Abs. 1 BGB

An der Schnittstelle zwischen Erbrecht und Güterrecht ist **§ 1371 Abs. 1 BGB** einzuordnen. In den Fällen, wo das Erbstatut und das Güterrechtsstatut auseinander fallen, ist die Frage der Einordnung dieser Regelung entscheidend für die Erbquoten. Dies wurde schon an anderer Stelle dieses Skriptes ausgeführt.

f. Vollmachten

Nach deutschem IPR, aber auch nach dem Kollisionsrecht vieler Staaten unterliegt die Vollmacht dem Recht des Ortes, an dem bestimmungsgemäß von Gebrauch gemacht werden soll (**Wirkungslandprinzip**) (*Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 186, Rz. 75).

Es gibt daher **Gestaltungsmöglichkeiten durch Vollmacht**. Die Vor- und Nachteile sollen nachfolgend dargestellt werden:

aa. Vorteile

- Unabhängigkeit vom Erbstatut
- Direkter Zugriff auf das Vermögen aufgrund der Urkunde- daher ggfls. keine aufwendigen Nachlassverfahren
- Übertragung auf die Erben, ohne dass der Erbfall bekannt wird

bb. Nachteile

- Wirkungslandprinzip, d.h. die Anerkennung muss geprüft werden.
- Widerrufsmöglichkeit durch den Erben
- Vollmachten erlöschen, z.B. im angloamerikanischen Rechtskreis mit dem Tod des Erblassers

g. Unterhaltsansprüche

Das **Unterhaltsstatut** ist in **Art. 18 EGBGB** geregelt. Anzuwenden sind somit nach **Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB** die Sachvorschriften, die am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Unterhaltsberechtigten gelten. Die Voraussetzungen und die Höhe des Anspruchs richten sich nach **Art. 18 EGBGB**. Ebenso, ob das „*Stammrecht*“ des Anspruchs mit dem Tod des Verpflichteten erlischt, oder ob es auf die Erben übergeht (*Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 133, Rz. 141). Streitig ist die Qualifikation von Unterhaltsforderungen, die erst mit oder nach dem Tod entstehen. Nach einer Auffassung werden diese Ansprüche immer dem Güterstatut zugeordnet, nach anderer Auffassung wird eine erbrechtliche Qualifikation vorgenommen. Es handelt sich dann im Erbfallschulden, die gegen den Nachlass geltend gemacht werden können (*Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 136). Die andere Ansicht bringt die Schwierigkeit mit sich, dass bei Auseinanderfallen von Erbstatut und Unterhaltsstatut Angleichungen aufgrund von Normenhäufung oder Normenmangel notwendig werden (*Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 133, Rz. 141).

11. Substitution

Von **Substitution** wird gesprochen, wenn ein ausländisches Rechtsinstitut einem deutschen gleichwertig ist und dieses somit ein Tatbestandsmerkmal einer deutschen Sachnorm ersetzen kann. *Haas* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 21, Rz. 58).

Letztlich geht es dabei um die Subsumierbarkeit von Auslandstatsachen unter den Tatbestand einer Sachnorm (derselbe). In diesem Zusammenhang geht es z.B. darum, ob eine von vom deutschen Recht vorgesehene notarielle Beurkundung durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden kann oder ob § 1371 Abs. 1 BGB eine nach ausländischem Recht zu beurteilende Erbberechtigung oder inwieweit das in § 1931 Abs. 4 BGB erwähnte Güterrecht durch ausländisches Güterrecht ersetzt werden kann (derselbe Rz. 59).

12. Der Angehörigenstatus

a. Ehe

Zunächst sind die **formellen und die materiellen** Voraussetzungen für das Zustandekommen einer Ehe zu prüfen. Gemäß **Art. 13 Abs. 1 EGBGB** wird für die materiellen Voraussetzungen (Alter, Ehehindernisse, etc.) auf das Heimatrecht des jeweiligen Verlobten verwiesen. Die formellen Voraussetzungen werden über **Art. 11 Abs. 1 EGBGB** geregelt. Hiernach genügt das Recht am Ort der Eheschließung. Alternativ genügt aber es aber auch, wenn kumulativ die formellen Voraussetzungen der jeweiligen Heimatrechte beider Verlobten eingehalten sind. Für das Inland gilt allerdings **Art. 13 Abs. 3 EGBGB** (mit Ausnahmen für bestimmte Fälle). Hierdurch soll erreicht werden, dass in Deutschland die Ehe in standesamtlicher Form geschlossen wird. Die Scheidung der Ehe bestimmt sich aus deutscher Sicht nach **Art. 17 EGBGB**. Dieses Statut verweist auf **Art. 14 EGBGB**. Scheidungsurteile werden in einem EU Mitgliedsstaat (Ausnahme Dänemark) gemäß **Art. 21 Abs. 2 Brüssel IIa – VO** ohne besonderes Anerkennungsverfahren anerkannt. Ansonsten werden Scheidungsurteile anerkannt wenn nicht **§ 328 ZPO** entgegensteht. Problematisch sind die Fälle, bei denen das anwendbare Erbstatut zu anderen Ergebnissen kommt, als das für die Ehwirkung anwendbare Recht. So bleibt nach deutschem Erbrecht das gegenseitige Erbrecht von Eheleuten die nach dem für ihre Ehe geltenden ausländischen Recht wirksam von Tisch und Bett getrennt worden sind, auch dann weiter bestehen, wenn nach dem für die Ehwirkung geltenden Recht das Ehegattenerbrecht mit der Trennung entfällt (*Süß in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 84, Rz. 21).

Das **internationale Güterrecht** unterfällt **Art 15 EGBGB**. Art. 15 Abs. 1 EGBGB **verweist auf Art. 14 EGBGB**. **Art 15 Abs. 1 EGBGB** stellt bei der Anknüpfung des Güterrechtsstatuts auf die Verhältnisse bei der Eheschließung ab, daher ist das **Statut unwandelbar** (*Palandt/Thorn* 70. Auflage Art. 15 EGBGB Rz. 3). Hiervon gibt es **Ausnahmen**. Sofern die Eheleute gemäß **Art. 15 Abs. 2 EGBGB** eine Rechtswahl treffen, gilt das gewählte Recht von Anfang an. Zudem können grundsätzlich zu beachtende Rück- und Weiterverweisungen zu einem Statutenwechsel führen (derselbe Rz. 2). Zudem können die Eheleute für Immobilien das Recht des Lageortes wählen (**Art. 15 Abs. 2 Ziffer 3 EGBGB**). Im Unterschied zu **Art. 25 Abs. 2 EGBGB** gilt dies auch für Auslandsimmobilien (*Süß in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 122, Rz. 116). Sofern die Eheleute keine Rechtswahl vorgenommen haben, gilt es gemäß **Art. 14**

EGBGB die Stufen durchzuprüfen. Hierbei handelt es sich um die **sog. Kegelsche Leiter** (*Kegel*, IPR 5. Aufl. 1985 S. 491). Bitte beachten Sie bei der Prüfung auch den **Zeitpunkt der Eheschließung**, da es hierzu **unterschiedliches intertemporales Recht** gibt. Zudem wird auch auf dem Gebiet des int. Güterrechts eine Europäische Regelung angestrebt. Hier bleibt abzuwarten, wann diese in Kraft in tritt. Schwierigkeiten kann es geben, wenn Güterstatut und Erbstatut auseinanderfallen. Ob eine Vermögenszuweisung güterrechtlich oder erbrechtlich einzuordnen ist, ist streitig. Sie soll nach vielfach vertretener Auffassung dann erbrechtlich sein, wenn sie dem überlebenden Ehegatten eine Teilhabe allein aufgrund der Nähebeziehung zum Erblasser gewährt; güterrechtlich, wenn sie einen Ausgleich für während der Ehe erbrachte Leistungen darstellt und darauf beruht, dass bereits während der Ehe die Vermögen der Eheleute verschmolzen sind und aus einem Topf gewirtschaftet haben (*Süß* in *Süß/Erbrecht* in Europa 2. Auflage S. 128, Rz. 133 unter Hinweis auf LG München I FamRZ 1978, 364 f.). Zu beachten ist, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung Vorrang vor der Nachlassverteilung hat.

b. Gleichgeschlechtliche Ehen/ eingetragene Lebenspartnerschaften

In diesen Fällen gilt **Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB**. Es wird also hinsichtlich der Wirksamkeit auf den **Ort** abgestellt, an dem diese **registriert** worden sind. Die Begründung und die allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung einer registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft unterliegen **dem materiellen Recht des Registrierungsstaates** (*Palandt/Thorn* 70. Auflage Art. 17 b EGBGB Rz. 3). Zur Begründung gehören nicht nur die in der Person der Partner liegenden Voraussetzungen, sondern auch Inhalt, Abgabe und Form der erforderlichen Erklärung (derselbe). Die **internationale Zuständigkeit** deutscher Gerichte in Lebenspartnerschafts-sachen beurteilt sich nach **§ 103 FamFG**. Wenn die Lebenspartnerschaft im Ausland geschlossen wurde, aber deutsches Recht das Erbstatut stellt, dann muss die Frage gestellt werden, ob die im Ausland geschlossene Lebenspartnerschaft die gleiche Wirkung entfaltet, wie die deutsche Lebenspartnerschaft und somit ausreicht, um ein Erbrecht zu begründen (Substitution). Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Im Zweifel sollten die Beteiligten entweder durch **Neuregistrierung** im Inland über **Art. 17 b Abs. 3 EGBGB** die Geltung deutschen Rechts herbeiführen oder aber entsprechend letztwillig verfügen (*Süß* in *Süß/Erbrecht* in Europa 2. Auflage S. 186, Rz. 87). Aufgrund der geringen Verbreitung und der großen Unterschiede bei der gesetzlichen Regelung ergeben sich aber immer Risiken, z.B. weil internationale Vereinbarungen dem **Art. 17 b EGBGB** vorgehen oder weil **Art. 3 Abs. 3 EGBGB** die Anwendung von **Art. 17 b EGBGB** verhindert (derselbe Rz. 32, 33).

c. Abstammung

Die Abstammung richtet sich nach **Art. 19 EGBGB**. Abgestellt wird damit auf den **gewöhnlichen Aufenthalt** des Kindes. Im Verhältnis zu jedem Elternteil kann die Abstammung nach S. 2 zusätzlich auch nach dessen **Heimatrecht** bestimmt werden. Abs. 1 beruft das auf die Abstammung eines Kindes anwendbare Recht, ohne zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern zu unterscheiden. Beruht das Abstammungsstatut noch auf dieser Entscheidung, z.B. durch Vaterschaftsvermutung bei Kindern einer verheirateten Frau, so ist dem zu folgen (*Palandt/Thorn* 70. Auflage Art. 19 EGBGB Rz. 7)

d. Adoption

Abzustellen ist gemäß **Art. 22 Abs. 1 S. 1 EGBGB** auf das **Heimatrecht des Annehmenden**. Gemäß **Art. 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB** unterliegt die Annahme durch einen oder beide Ehegatten dem Recht, das nach **Art. 14 Abs. 1 EGBGB** für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblich ist. Zusätzlich sind die Zustimmungserfordernisse einzuhalten, die sich aus dem Heimatrecht des Betroffenen ergeben. Das **Haager Adoptionsabkommen** regelt die im Ausland vorgenommene Adoption. In Deutschland kann durch hoheitlichen Akt die Anerkennung der Adoption gerichtlich festgestellt werden (§ 2 Adoptionswirkungsgesetz). Die Wirkungen einer solchen Dekretadoption bestimmt sich aber nach dem Recht, welches die ausländische Behörde zugrunde gelegt hat. Entscheidend ist damit, ob es sich um eine sog. starke oder um eine sog. schwache Adoption gehandelt hat. Von einer starken Adoption spricht man, wenn die Wirkungen der Adoption die Wirkungen des Adoptierten zur leiblichen Familie aufhebt. Sieht das Recht des Landes hingegen vor, dass die Beziehungen bestehen bleiben, so handelt es sich um eine schwache Adoption; allerdings gibt es nach Art. 27 Adoptionsabkommen, §§ 2, 3 AdWirkG einen Umwandlungsanspruch auf Antrag des Adoptierten hin zu einer starken Adoption. In diesem Zusammenhang stellt sich dann auch die Frage, wie sich die Adoption erbrechtlich auswirkt. Dies ist dann problematisch, wenn das Erbstatut und das auf die Wirkungen der Adoption anwendbare Recht auseinanderfallen. Die Beantwortung dieser Frage ist umstritten. Nach einer Auffassung soll erbrechtlich qualifiziert werden; das Adoptionsstatut beantwortet als Vorfrage nur die Frage, ob die Adoption wirksam ist. Sofern sich also aus dem Erbstatut entnehmen lässt, dass eine Adoption eine erbrechtliche Stellung begründen kann, so muss nach dem Adoptionsstatut geprüft werden, ob die Bindung ausreichend ist (Substitution) um eine solches Erbrecht zu begründen. Die andere Ansicht möchte eine adoptionsrechtliche Qualifikation vornehmen. Damit würde das Adoptionsstatut auch darüber entscheiden, ob der Adoptierte im Rahmen einer erbrechtlichen Betrachtung gleichgestellt ist. Diese Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn das Erbstatut keine oder nur eine schwache Adoption kennt. Eine eindeutige Rechtssprechung, die die eine oder die andere Auffassung stützt, gibt es nicht (*Süß* in *Süß*/Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 93, FN 54).

e. nichteheliche Lebensgemeinschaft

In manchen Staaten (Israel, Kroatien) kann sich eine **erbrechtliche Beziehung auch zwischen nichtehelichen Lebenspartner** ergeben. Die Frage, wie damit umzugehen ist, ist umstritten. Nach einer Auffassung ist die Frage als Vorfrage zu klären (*Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 597), nach der anderen Auffassung ist die Frage gesamt nach dem Erbstatut zu lösen (BayObLGZ 1976, 151, 163).

13. Vermögenskonzentration

Konzentration von Vermögen ein guter Ratschlag, weil:

- nur ein Nachlassverfahren notwendig ist.
- Das Erbschaftssteuerverfahren nur einmal durchzuführen ist (Vermeidung der Doppelbesteuerung/Anrechnungsüberhang.)
- ein forum shopping vermieden werden kann.
- das Problem ausgeschlossen wird, dass letztwillige Verfügungen nicht anerkannt werden.
- Vermögen wird nicht übersehen.

B. Internationale Zuständigkeit und Verfahrensrechte

I. Grundsätze

Bei **jedem Fall mit Auslandsberührung** hat das in Deutschland angerufene Gericht seine **internationale Zuständigkeit** festzustellen. Hierbei handelt es sich um eine von Amts wegen zu prüfende Verfahrensvoraussetzung.

Die Prüfung richtet sich nach staatsvertraglichen Regelungen oder, sofern solche nicht vorhanden sind, nach autonomen Recht.

Es gilt der vom BGH (*BGHZ 94, S. 151, 157; 44, S. 46 ff*) aufgestellte Grundsatz:

„Die örtliche Zuständigkeit indiziert die internationale Zuständigkeit.“

Zur Beantwortung der Frage der internationalen Zuständigkeit prüft das Gericht die Verfahrensvorschriften über die örtliche Zuständigkeit (**z.B. §§ 12 f. ZPO**). Ist hier nach eine Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu bejahen, wird auch die internationale Zuständigkeit positiv beschieden. Es ist daher stets zu prüfen (**forum shopping**), ob nicht eine Zuständigkeit deutscher Gerichte in Betracht kommt. Neben dem

allgemeinen Gerichtsstand sind noch die besonderen Gerichtsstände (§§ 23, 27, 28 ZPO) zu beachten.

Beachte:

Das Prozessgericht muss bei entsprechender internationaler Zuständigkeit nach obiger Regelung in der Sache entscheiden. Das Gericht ist damit auch zu Tätigkeiten verpflichtet, die die Anwendung **fremder Sachnormen** mit sich bringen (*Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 779). Aus § 293 ZPO wird gefolgert, dass das Gericht sich die erforderlichen Kenntnisse verschaffen muss. Hierbei sind nicht nur die gesetzlichen Vorschriften zu berücksichtigen, sondern es müssen auch die Lehre und die Rechtsprechung berücksichtigt werden (BGH NJW 2003, 2685, 2686). Wie sich das Gericht die Kenntnisse verschafft liegt innerhalb des gerichtlichen Ermessens (derselbe). Hierzu kann das Gericht Internetrecherchen vornehmen, ausländische Juristen, Konsulate, Botschaften, etc. befragen und auch Gutachten in Auftrag geben. Übereinstimmender Parteivortrag darf nicht ohne weiteres vom Gericht als wahr unterstellt werden (BGH NJW 1992, 2026, 2029).

- Besonderheiten gab es bei der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte. Hier galt der von der Rechtsprechung aufgestellte „**Gleichlaufgrundsatz**“ (so z.B. *OLG Hamm OLGZ* 1973, 289, 291; a.A. *große Teile der Literatur*, z.B. *Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 810 f.). Nach dieser Regelung waren deutsche Nachlassgerichte zuständig, wenn auf den Erbfall deutsches Erbrecht Anwendung fand. Wie es zu einer Anwendung deutschen Erbrechts kam, ob aufgrund der Staatsangehörigkeit oder aufgrund einer Rückverweisung, war unerheblich. **Seit dem 01.09.2009** folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit. Diese Regelung findet sich in §§ 105, 343 FamFG und bedeutet die **Abkehr vom Gleichlaufgrundsatz**. Damit sind deutsche Nachlassgerichte häufiger zuständig, als es früher der Fall war. Es kommt zu einer **Ausweitung der int. Zuständigkeit** für die Erteilung eines unbeschränkten Fremdrechtserscheins. Denn gemäß § 105 FamFG i.V.m. § 343 Abs. 1 FamFG sind die deutschen Gerichte nicht nur dann für die Erteilung eines unbeschränkten Fremdrechtserscheines zuständig, wenn ein ausländischer Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz bzw. Aufenthalt im Inland hatte, sondern nach § 343 Abs. 3 FamFG besteht auch dann eine örtliche und damit internationale Zuständigkeit, wenn ein ausländischer Erblasser über in Deutschland belegenes Vermögen verfügte ohne hier einen Wohnsitz oder Aufenthalt gehabt zu haben.
- § 343 Abs. 1 FamFG
Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Wohnsitz. Sofern kein inländischer Wohnsitz besteht, richtet sich die Zuständigkeit nach dem Aufenthalt.

- § 343 Abs. 2 FamFG
Sofern weder Wohnsitz noch Aufenthalt des deutschen Erblassers im Inland gegeben ist, ist das **AG Berlin- Schönefeld** (mit Verweisungsmöglichkeit) zuständig.
- § 343 Abs. 3 FamFG
Bei Ausländern ohne Wohnsitz und Aufenthalt ist das Gericht zuständig in dessen Bezirk Nachlassgegenstände sind. Dies gilt für alle Nachlassgegenstände.

Achtung:

In der Praxis unterläuft dem Nachlassgericht hier schon einmal ein Fehler, weil nur aufgrund der Staatsangehörigkeit des Erblassers das anwendbare Erbrecht geprüft wird. Der Grundsatz der Gesamtverweisung wonach erst einmal das IPR des Staates zu prüfen ist, welchem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte wird manchmal übersehen. Nach dem IPR des fremden Staates kann aber ein anderer Anknüpfungspunkt als die Staatsangehörigkeit verwendet werden, z.B. der gewöhnliche Aufenthalt (so z.B. bei Dänemark oder England). Hier kann es durchaus zu einer kollisionsrechtlichen Rückverweisung kommen, die nach deutschem Recht (**Art 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB**) angenommen wird. Im Ergebnis findet dann deutsches Recht Anwendung, obgleich auf den ersten Blick ausländisches Sachrecht auf den Fall Anwendung finden sollte.

II. Erteilung von Erbscheinen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Erteilung von Erbscheinen sich nach deutschem Recht richtet.

Merke: Die Fragen des Verfahrens richten sich immer nach der lex fori.

Der Inhalt des Erbscheins richtet sich danach, ob ein Eigenrechtserbschein oder ein Fremdrechtserbschein erteilt wird. Denkbar ist sogar ein sog. gemischter Erbschein.

1. Eigenrechtserbschein

Der Inhalt des Eigenrechtserbscheins richtet sich nach § 2353 BGB und wird ausgestellt, wenn deutsches Recht auf den Nachlass Anwendung findet.

Ein Eigenrechtserbschein kann nach der gesetzlichen Neuregelung des § 105 FamFG auch bei Auslandsvermögen eines dt. Erblassers gegenständlich für im Inland belegenes Vermögen erteilt werden (§ 2369 Abs. 1 BGB n.F.). Dies hat Kostenvorteile (vgl. § 107 Abs. 2 S. 3 KostO nF), insbesondere, wenn der dt. Erbschein im Ausland nicht

anerkannt wird. Die Erben sollen über den im Inland befindlichen Nachlass schon verfügen können. Eine Beschränkung allein auf den im Ausland befindlichen Nachlass ist hingegen nicht möglich (*Palandt/Weidlich* § 2369 BGB Rz. 1).

2. Fremdrechtserschein

Selbst bei Vorliegen eines ausländischen Erbstatuts kann das deutsche Nachlassgericht einen Erbschein erteilen. Das anzuwendende Recht ist auf dem Erbschein zu vermerken. Anzugeben ist auch eine Beschränkung der Erben durch eine nach ausländischem Recht angeordnete Testamentsvollstreckung oder Rechtsinstitute, die das deutsche Recht nicht kennt (*Palandt/Weidlich* § 2369 BGB Rz. 4).

3. Ausländische Erbscheine

Wird ein ausländischer Erbschein vorgelegt, ist das inländische Nachlassgericht an die von der ausländischen Behörde darin getroffenen Feststellungen des Erbrechts grundsätzlich nicht gebunden (*Palandt/Weidlich* § 2353 BGB Rz. 21). Ein ausländischer Erbschein kann allerdings anerkannt werden §§ 108, 109 FamFG; dies ist aber nicht dem Nachlassgericht vorenthalten, sondern wird im Rahmen des Erkenntnisverfahrens mit entschieden (*Palandt/Weidlich* § 2353 BGB Rz. 21).

III. Anerkennung von ausländischen Entscheidungen

Merke 1: Die Frage der Anerkennung ausländischer Entscheidungen richtet sich im Wesentlichen nach § 328 ZPO. Dort sind die Versagungsgründe abschließend aufgezählt. Diese Vorschrift sollte einmal in Ruhe gelesen werden. Zu beachten ist insbesondere § 328 Abs. 1 S. 1 ZPO. Hierbei handelt es sich um die sog. „Spiegeltheorie“. Um zu verhindern, dass sich Staaten vorschnell für international zuständig erachten, muss geprüft werden, ob ausländische Staaten bei hypothetischer Anwendung deutschen Rechts zuständig gewesen wären (vgl. hierzu BGH 52, 30, 37 f).

Merke 2: Mit Hilfe der anerkannten ausländischen Entscheidung soll nicht selten die Vollstreckung durchgeführt werden. Zwischen Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung besteht ein enger Zusammenhang, da ein Vollstreckungstitel erst erlassen wird, wenn nicht § 328 ZPO entgegensteht, vgl. § 723 Abs. 2 ZPO.

Merke 3: Es gilt der Grundsatz der „*révision au fond*“, welcher bedeutet, dass die Rechtmäßigkeit der im Ausland ergangenen Entscheidung nicht von einem deutschen Gericht überprüft wird. Kein Anerkennungsversagungsgrund ist es mithin, wenn das ausländische Recht das aus der Sicht des deutschen Kollisionsrecht maßgebende Recht angewandt hat (*Haas in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 214, Rz. 19). Aufgrund der höchst unterschiedlichen Rechtsordnungen kann es daher sein, dass das Anerkennungsland sachrechtliche Entscheidungen anerkennen muss, die nicht entsprechend der eigenen Rechtsordnung ergangen sind. Dies führt auch dazu, dass

im Rahmen der Nachlassgestaltung ein **forum shopping** vorgenommen werden kann oder im Rahmen eines Erbstreits eine für den Mandanten günstige Rechtsordnung durch Verlagerung des Wohnsitzes, Lageort des Vermögens, etc. geschaffen werden kann. Meist ist im Rahmen der Nachlassgestaltung ist die

Merke 4: Der Antrag auf Erlass des Vollstreckungsurteils ist bei dem Gericht einzureichen, das nach allgemeinen Grundsätzen zuständig ist, vgl. § 722 Abs. 2 ZPO.

Merke 5: In **Nachlasssachen** ist die **Anerkennung von ausländischen Entscheidungen** in den §§ 108 bis 109 FamFG geregelt.

§ 108 FamFG Anerkennung anderer ausländischer Entscheidungen

(1) Abgesehen von Entscheidungen in Ehesachen werden ausländische Entscheidungen anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf.

(2) Beteiligte, die ein rechtliches Interesse haben, können eine Entscheidung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht vermögensrechtlichen Inhalts beantragen. § 107 Abs. 9 gilt entsprechend. Für die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer Annahme als Kind gelten jedoch die §§ 2, 4 und 5 des Adoptionswirkungsgesetzes, wenn der Angenommene zur Zeit der Annahme das 18. Lebensjahr nicht vollendet hatte.

(3) Für die Entscheidung über den Antrag nach Absatz 2 Satz 1 ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk zum Zeitpunkt der Antragstellung

1. der Antragsgegner oder die Person, auf die sich die Entscheidung bezieht, sich gewöhnlich aufhält oder
 2. bei Fehlen einer Zuständigkeit nach Nummer 1 das Interesse an der Feststellung bekannt wird oder das Bedürfnis der Fürsorge besteht.
- 2 Diese Zuständigkeiten sind ausschließlich.

§ 109 FamFG Anerkennungshindernisse

- (1) Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ist ausgeschlossen,
1. wenn die Gerichte des anderen Staates nach deutschem Recht nicht zuständig sind;
 2. wenn einem Beteiligten, der sich zur Hauptsache nicht geäußert hat und sich hierauf beruft, das verfahrenseinleitende Dokument nicht ordnungsgemäß oder nicht so rechtzeitig mitgeteilt worden ist, dass er seine Rechte wahrnehmen konnte;
 3. wenn die Entscheidung mit einer hier erlassenen oder anzuerkennenden früheren ausländischen Entscheidung oder wenn das ihr zugrunde liegende Verfahren mit einem früher hier rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar ist;
 4. wenn die Anerkennung der Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

(2) Der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung in einer Ehesache steht § 98 Abs. 1 Nr. 4 nicht entgegen, wenn ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hatte, dessen Gerichte entschieden haben. Wird eine ausländische Ent-

scheidung in einer Ehesache von den Staaten anerkannt, denen die Ehegatten angehören, steht § 109 der Anerkennung der Entscheidung nicht entgegen.

(3) § 103 steht der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung in einer Lebenspartnerschaftssache nicht entgegen, wenn der Register führende Staat die Entscheidung anerkennt.

(4) Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, die

1. Familienstreitsachen,
 2. die Verpflichtung zur Fürsorge und Unterstützung in der partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft,
 3. die Regelung der Rechtsverhältnisse an der gemeinsamen Wohnung und am Hausrat der Lebenspartner,
 4. Entscheidungen nach § 6 Satz 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes in Verbindung mit den §§ 1382 und 1383 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder
 5. Entscheidungen nach § 7 Satz 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes in Verbindung mit den §§ 1426, 1430 und 1452 des Bürgerlichen Gesetzbuchs
- betrifft, ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.
- (5) Eine Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung findet nicht statt.

IV. Die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

Erbrechtlichen Entscheidungen, die im Ausland ergangen sind, können auch im Inland vollstreckt werden. Die **Art. 25-45 EuGVVO** können nicht für eine Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen herangezogen werden. Dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 EuGVVO. Vielmehr richten sich die Anerkennung und die Vollstreckung ausländischer Urteile nach den von der BRD eingegangenen oder übernommenen bilateralen Anerkennungs- oder Vollstreckungsabkommen (*Staudinger/Dörner* Art. 25 EGBGB Rz. 783).

Für die Vollstreckung eines ausländischen Urteils bedarf es eines Vollstreckungsurteils nach § 722 ZPO. Dieses ergeht im normalen Klageverfahren, so dass eine vorläufige Anordnung der Vollstreckung nicht möglich ist. Es bleibt die Sicherung des materiellen Anspruchs nach § 916 f ZPO (*Zöller/Geimer* § 722 ZPO Rz. 17).

In **Nachlasssachen** ist die **Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen** in § 110 FamFG geregelt.

§ 110 FamFG Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen

- (1) Eine ausländische Entscheidung ist nicht vollstreckbar, wenn sie nicht anzuerkennen ist.
- (2) Soweit die ausländische Entscheidung eine in § 95 Abs. 1 genannte Verpflichtung zum Inhalt hat, ist die Vollstreckbarkeit durch Beschluss auszusprechen. Der Beschluss ist zu begründen.

(3) Zuständig für den Beschluss nach Absatz 2 ist das Amtsgericht, bei dem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und sonst das Amtsgericht, bei dem nach § 23 der Zivilprozessordnung gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann. Der Beschluss ist erst zu erlassen, wenn die Entscheidung des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Recht die Rechtskraft erlangt hat.

Bei den **ausländischen Entscheidungen** muss es sich nicht zwangsläufig um eine **gerichtliche Entscheidung** handeln. Vielmehr können hierunter auch Entscheidungen von ausländischen Notaren und Behörden hierunter fallen. Allerdings sollen nach der h.M nur Entscheidungen in prozessrechtlicher Sicht umfasst sein und nicht die materielle Entscheidungswirkung umfassen; letzteres soll sich allein nach dem von den inländischen Kollisionsnormen ermittelten Sachvorschriften ergeben. Hiernach ist anerkennungsfähig die Bestellung eines Pflegers oder eines Testamentsvollstreckers, nicht aber die als materiell rechtlichen einzuordnenden Hilfgeschäfte des Gerichts, wie z.B. Sicherungsmaßnahmen (Versiegelungsmaßnahmen, Annahme- oder Ausschlagung der Erbschaft) (*Haas* in: **Süß**/ Erbrecht in Europa 2. Auflage S. 230, Rz. 52).

C. Ausblick: EU Erbrechtsverordnung

I. Die **Entwicklung**, die die EU Erbrechtsverordnung bis jetzt genommen hat, kann wie folgt aufgezählt werden:

1. Vorarbeiten seit dem 24.11.2000
2. Ende 2001 rechtsvergleichende Studie der europäischen Kommission
3. 01.03.2005 Grünbuch „Erb- und Testamentsrecht“
4. Diskussionsentwurf 2008
5. 14.10.2009 Entwurf der EU-ErbVO
6. Inkrafttreten für ? geplant ?

Die Verordnung hat das Ziel, dass eine Regelung geschaffen werden soll, die alle Aspekte der grenzüberschreitenden Erbfälle behandelt.

Zu beachten ist allerdings, dass **Dänemark, Irland und Großbritannien** die **Verordnung nicht anwenden** wollen, wodurch die geplante Rechtsvereinheitlichung schon gescheitert ist.

II. Die **Internationale Zuständigkeit** nach der EU- ErbVO soll in einem **Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht (Art 4 (EU-ErbVO) bestehen**. Eine internationale Regelzuständigkeit in Nachlassangelegenheiten besteht in dem Mitgliedstaat, in welchem der Verstorbene seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat. Die zuständige Stelle wendet dann (vorbehaltlich einer Rechtswahl) ihr eigenes Recht an. Dieser (weitgehende) Gleichlauf von Zuständigkeit und

anwendbarem Recht begünstigt eine schnelle, kompetente und kostengünstige Nachlassabwicklung wie auch Entscheidung von Erbstreitigkeiten. Die europäischen Behörden und Gerichte werden entlastet (so: *Dörner*, in: ZEV 2010 1.2 (6)).

- Betrifft Streitverfahren wie nichtstreitige Verfahren
- Gilt auch für Annahme- und Ausschlagung (**Art 8 EU-ErbVO**)
- Örtliche Zuständigkeit regelt das jeweilige Prozessrecht (lex fori)
- Registereintragungen werden vom Gericht des Belegenheitsstaates veranlasst (**Art. 9 EU- ErbVO**)

Des weiteren kann sich eine **Zuständigkeit kraft Verweisung (Art. 5 EU-ErbVO)** ergeben. Gemäß **Art 5 Abs. 1 EU-ErbVO** soll das nach **Art 4 EU-ErbVO** mit der Nachlasssache befasste Gericht im Aufenthaltsmitgliedstaat die Möglichkeit haben, **auf Antrag** einer Partei das **Verfahren auszusetzen**, wenn der Erblasser einem anderen Mitgliedstaat angehört und das Recht seines Heimatstaates zum Erbstatut bestimmt hat und auch das angerufene Gericht der Auffassung ist, dass eine Gericht des Heimatstaates die Erbsache besser beurteilen kann. Das Verfahren richtet sich nach **Art. 5 Abs. 2, 3 EU-ErbVO**.

Für den Fall, dass der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat verstirbt, sieht **Art. 6 EU-ErbVO** unter Umständen eine **Restzuständigkeit** der Mitgliedstaatsgerichte vor. Die Zuständigkeit ist daran geknüpft, dass sich Nachlassgegenstände innerhalb des betreffenden Staates befinden und jeweils durch einen **weiteren Faktor** eine Verbindung zwischen Nachlasssache und Belegenheitsstaat herstellen lässt (siehe Art. 6 a-d EU ErbVO und *Dörner* in: ZEV 2010 3.3).

III. Europäisches Nachlasszeugnis

Auch ist ein einheitlicher Erbschein vorgesehen, der als Europäisches Nachlasszeugnis benannt werden soll. Dieser soll die Nachlassabwicklung erleichtern und kann neben dem nationalen Erbschein erteilt werden (**Art 36 Abs. 2 EU- ErbVO**). Er hat die gleiche Gutgläubenswirkung wie der deutsche Erbschein (**Art. 42 EU-ErbVO**). Der Inhalt des Zeugnisses ist wie folgt geplant:

- Anwendbares Recht
- Art und Weise der Berufung
- Person des Erben
- Erbquoten
- Nachlassgegenstände, die einem bestimmten Erben oder Vermächtnisnehmer zustehen

Schwierigkeiten sind bei der Schaffung der Verordnung bereits vorprogrammiert. So werden unbekannte Rechtsinstitute wie z.B.

- Executor/administrator
- Vindikationslegate
- Noterbrechte
- Teilungsanordnungen, dingliche

nicht geregelt und keiner Vereinheitlichung unterstellt. Auch wird es bei der Kollision von Erbrecht und Familienrecht Schwierigkeiten geben, da eine Aufnahme des güterrechtlichen Viertels, § 1371 BGB, ebenfalls nicht erfolgt ist.

Die maßgeblichen **Änderungen durch die EU- ErbVO** können wie folgt festgehalten werden:

- Grundsatz der Nachlassseinheit (**Art. 16 EU-ErbVO**).
- Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (**Art. 16 EU-ErbVO**).
- Beschränkte Rechtswahl (**Art. 17 EU-ErbVO**).
- Verweis auf das innerstaatliche Recht –Sachnormverweisung (**Art. 26 EU-ErbVO**).
- loi uniforme: Kollisionsregeln gelten auch im Verhältnis zu Drittstaaten, **Art. 25 EU-ErbVO**

Kein Anwendungsbereich finden hingegen folgende Fragen.

- Fragen des Ehegüterrechts sowie des Güterrechts eheähnlicher Partnerschaften
(P: § 1371 BGB)
- Vorfragen
(P: selbstständige oder unselbstständige Anknüpfung)
- Formwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen
(P: Anwendbarkeit des HTÜ)

Die Verordnung enthält auch eine **ordre public Vorschrift (Art. 27 EU-ErbVO)** wenn der Erblasser mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland von der Wahlmöglichkeit zugunsten seines Heimatrechts Gebrauch macht und der gewöhnliche Aufenthalt außerhalb der EU belegen ist (beachte aber Restzuständigkeit nach **Art. 6 EU-ErbVO**).

Art. 27 Abs. 2 EU- ErbVO steht wohl im Widerspruch zu der Entscheidung des BVerfG v. **19.04.2005**. betreffend der Pflichtteile.

Vorausschauende Gestalter empfehlen deutschen Staatsangehörigen, die bereits im Ausland leben oder die in das Ausland auswandern wollen, **schon jetzt eine Rechtswahlklausel** in das Testament aufzunehmen. Aufgrund der Planungen, dass nunmehr auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt werden soll, sollte ggfls. das **Heimatrecht gewählt** werden. Andererseits können auch bestehende Vorteile in der jeweiligen Rechtsordnung dafür sprechen, dass der Gestalter die Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltes nutzbar macht. In diesem Fall könnte über die geplante Rechtswahlmöglichkeit das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes gewählt werden. Da die Rechtswahl nahezu überall nicht für den gesamten Nachlass bzw. nicht für alle Aspekte der Erbfolge zugelassen ist, sollte sie vorsichtshalber „*soweit wie gesetzlich möglich*“ oder „*im weitest möglichem Umfang*“ angeordnet werden, um im jeweiligen Staat maximale Wirkung zu entfalten (*Süß in Süß/Erbrecht in Europa* 2. Auflage S. 175, Rz. 44).

IV. Gestaltungsmöglichkeiten: Rechtswahl

- Zulässigkeit nach **Art. 17 EU-ErbVO**.
- Das Heimatrecht im **Zeitpunkt der Rechtswahl** kann gewählt werden.
- **Neue** Staatsangehörigkeit ermöglicht **neue** Rechtswahl
- Alte Rechtswahl bleibt auch bei Staatsangehörigkeitswechsel bestehen.
- Rechtswahl auch möglich für die gesetzliche Erbfolge
- Rechtswahl muss **ausdrücklich** geschehen
- In der Form, welche eine Rechtsordnung, die von den Kollisionsnormen des Forums für die Formgültigkeit von Verfügungen von Todes wegen berufen wird, ihrerseits für Verfügungen von Todes wegen vorsieht (Dörner: in ZEV **2010** (5.2))

Länderberichte

Achtung: Für die Aktualität kann keine Gewähr übernommen werden. Bitte prüfen Sie, ob das anzuwendende ausländische Recht aktuell ist oder ob es Änderungen in der Gesetzgebung gegeben hat **vor** jeder Rechtsanwendung.

Belgien

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Belgien

Achtung: Nachlassspaltung möglich!

- Für unbewegliches Vermögen gilt das Recht am Lageort der Sache
- Für bewegliches Vermögen gilt das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers

Achtung:

Gemäß Art. 3 a EGBGB wird die Nachlassspaltung vom deutschen Recht akzeptiert, daher kann es zur Anwendung von deutschem und belgischem Erbrecht kommen.

Zudem ist gemäß Art. 78 Abs. 1 IPRG der gewöhnliche Aufenthalt entscheidend, z.B. für deutsche Erblasser mit letztem Wohnsitz in Belgien. Hier ist aus Sicht des belgischen Rechts zu prüfen.

Vor der Durchführung von Nachlassgestaltungen ist daher neben der Staatsangehörigkeit auch der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers zu prüfen!

Gemäß Art. 16 IPRG wird keine Gesamtverweisung, sondern eine Sachnormverweisung ausgesprochen. Ausnahmsweise wird eine Rück- oder Weiterverweisung bei unbeweglichem Vermögen zugelassen, wenn das ausländische Recht auf das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts verweist. Eine solche Verweisung muss sich dabei nicht ausdrücklich auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt beziehen (so aber die enge Auslegung), sondern es soll ausreichen, wenn es zu einer Verweisung kommt, die das Heimatrecht des Erblassers betrifft und dieser dort auch seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte (weite Auslegung) (*Hustedt in Süß/Erbrecht in Europa* S. 308).

Art. 79 IPRG gestattet eine Rechtswahl. Sie muss in der Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen, sie muss den gesamten Nachlass umfassen und der Erblasser muss das Recht des Staates wählen, dem er zum Zeitpunkt seiner Rechtswahl oder seines Todes angehört.

Die Rechtswahl entzieht den noterb- bzw. pflichtteilsberechtigten Erben gemäß Art. 79 Abs. 1 S. 3 IPRG nicht die Rechte, die ihnen aus dem abgewählten Recht zustehen. Da diese Rechte weiter bestehen bleiben, kann es zu einer ungewollten Kumulierung von Pflichtteils- und Noterbrechten kommen (*Hustedt in Süß/Erbrecht in Europa* S. 313).

II. Materielles Erbrecht in Belgien

Es gilt der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge.

1. Das gesetzliche Erbrecht der Verwandten kann in vier Klassen eingeordnet werden. Die erste Klasse wird von den Abkömmlingen des Erblassers besetzt, die zweite von den Eltern und den Geschwistern. Dann folgen die Verwandten in aufsteigender Linie und zuletzt die Verwandten in der Seitenlinie. Es gilt das Repräsentationsprinzip, mit gewissen Besonderheiten auch das Eintrittsrecht. Verwandte nachfolgende Klassen sind durch solche einer vorhergehenden Klasse von der Erbfolge ausgeschlossen. Kinder erben zu gleichen Teilen- dies gilt auch für nichteheliche im Verhältnis zu den ehelichen Kinder.

Das Erbrecht des Ehegatten bestimmt sich nach dem Güterstand und der Anzahl der erbberechtigten Verwandten.

Neben Abkömmlingen des Erblassers erbt der Ehegatte z.B. ein Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass, also an dem Eigengut des Verstorbenen und, sofern die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft belgischen Rechts oder im vertraglichen Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt haben, auch an seinem Anteil am Gesamtgut.

2. Als ordentliche Testamentformen kennt das belgische Recht das eigenhändige Testament, das in notarieller Urkunde errichtete Testament und das Internationale Testament nach dem Übereinkommen von Washington vom 26.10.1973.

Achtung:

Bitte beachten Sie, dass gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge verboten und unwirksam sind.

3. Pflichtteilsrecht

In Belgien gibt es sogenannte Noterbrechte, die die Befugnis Testamente (und auch Schenkungen zu Lebzeiten) zu gestalten beschränkt. Zudem Personenkreis zählen die Abkömmlinge, Aszendenten und der Ehegatte des Erblassers.

Die Höhe des Noterbrechts hängt von der Anzahl der Berechtigten ab. So beträgt zum Beispiel das Noterbrecht bei zwei Kindern $\frac{2}{3}$ (!) des Nachlasses. Hinsichtlich dieser $\frac{2}{3}$ steht z.B. dem Ehegatten zumindest ein Nießbrauchsrecht zu.

Es gibt die Möglichkeit diese Noterbrechte durch ehevertragliche Regelungen zu reduzieren; so kann im Testament z.B. aufgenommen werden, dass der überlebende Ehegatte das Recht zur Übernahme des gesamten Gemeinschaftsvermögens eingeräumt werden kann.

4. Erbverfahrensrecht im Bereich der Nachlassabwicklung ist in Belgien ein Kernbereich der notariellen Tätigkeit. Der Notar übernimmt vielfältige Tätigkeiten auf dem Gebiet des Erbrechts, z.B. Erbscheinerteilung, Vermittlung der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften, etc.

III. Erbschaftssteuer

Es gibt kein Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Belgien und Deutschland.

Das belgische Erbschaftsteuerrecht unterscheidet zwischen der Erbschaftssteuer, die auf das gesamte Nettovermögen zu erheben ist, das aus dem Nachlass eines Erblassers erworben wird, der zum Todeszeitpunkt Einwohner des Königreichs war (unbeschränkte Steuerpflicht) und der Steuer auf Übertragungen von Todes wegen, die auf das in Belgien belegene unbewegliche Vermögen von Nichteinwohnern erhoben wird (beschränkte Steuerpflicht)

Achtung:

In Belgien gibt es unterschiedliche Steuertarife. Es wird zwischen den Regionen Wallonien, Flandern und Brüssel- Hauptstadt unterschieden.

Die Freigrenzen für Ehegatten und Abkömmlinge sind viel geringer als in Deutschland, so dass für den Fall der Steuerersparnis ein forum- shopping mit einem spezialisierten Erbrechtsberater empfohlen wird.

Dänemark

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Dänemark

Nach dänischem IPR gilt das Domizilprinzip, das heißt, dass das dänische Recht Anwendung findet auf alle Personen, die ihren dauerhaften Wohnsitz in Dänemark haben. Dies gilt unabhängig von der Nationalität der in Dänemark lebenden Personen. In konsequenter Anwendung des Domizilprinzips gilt das dänische Recht nicht für dänische Staatsangehörige, die ihren Wohnsitz im Ausland genommen haben. Grundsätzlich gilt das Domizilprinzip für den Nachlass im gesamten Umfang. Eine von einem anderen Staat angeordnete Nachlassspaltung wird jedoch anerkannt, so dass der in manchen Ländern geltende Grundsatz der lex rei sitae für Immobilien von Dänemark anerkannt wird.

II. materielle Erbrecht in Dänemark

Grundsätzlich ist das dänische Recht mit dem deutschen Recht in soweit verwandt, als es ebenfalls auf den Prinzipien des Parentelsystemes, dem Repräsentationsprinzip und dem Stammes- und dem Liniensystem folgt.

Die Erben werden in Ordnungen eingeteilt, die Erbberechtigung folgt analog den deutschen Rechtsregelungen, so dass auf die §§ 1922 ff BGB verwiesen werden kann. Das Erbrecht der Dritten Ordnung erstreckt sich allerdings nicht auf die Cousins und Cousinen des Erblassers.

Der Ehegatte erbt neben den Erben der ersten Ordnung ein Drittel des Nachlasses und neben allen anderen Ordnungen das gesamte Vermögen. Zu beachten ist, dass nach dänischem Familienrecht grundsätzlich das gesamte Vermögen der Ehegatten als Gesamtgut angesehen wird, sofern nichts anderes vereinbart ist. Im Fall des Todes eines Ehegatten, erhält der überlebende Ehegatte zu dem Erbeil, welches ihm aufgrund der gesetzlichen Erbfolge zusteht im Voraus seinen Anteil am Gesamtgut. Die Erbschaft umfasst damit nur den Teil des Erblassers am Gesamtgut, welcher dann entsprechend der Erbquoten zu verteilen ist. Es ist darauf zu achten, ob die Ehegatten zudem einzelne Vermögenswerte als Vorbehaltsgut bestimmt haben. Besonderheiten gibt es, sofern die Ehegatten in dem Güterstand der fortgesetzten Gütergemeinschaft gelebt haben.

Auch die gewillkürte Erbfolge ist nach dänischem Recht möglich. Zu beachten ist, dass die Testamentsgestaltung sich nur auf das Vorbehaltsgut beziehen kann und auf den Teil des Gesamtgutes, den der Testierende in die Ehe eingebracht hat. Sollte es sich hierbei allerdings um eine von beiden Ehegatten gemeinsam bewohnte Immobilie handeln, so ist die Zustimmung zum Testat von dem anderen Ehegatten einzuholen.

Bei Testamenten ist, ähnlich wie im deutschen Recht, zwischen ordentlichen und außerordentlichen Testamenten zu unterscheiden. Zudem kennt das dänische Recht das gemeinschaftliche Testament. Ein gemeinschaftliches Testament können auch Geschwister errichten, so dass diese Möglichkeit nicht auf Ehegatten beschränkt ist. Bei Erbverträgen ist zu unterscheiden. Ein Vertrag über die Übertragung einer zu erwartenden Erbschaft ist unzulässig, ein Vertrag über den Verzicht auf eine Erbschaft sowie ein Vertrag, welcher eine erwartete Erbschaft sichern soll, ist hingegen zulässig und wirksam.

Zu beachten ist, dass das ordentliche Testament schriftlich zu errichten ist und entweder vor einem Notar oder vor zwei Zeugen zu unterschreiben ist. Üblich ist in Dänemark das Notartestament.

In Dänemark werden ausländische Testamente anerkannt, wenn die zuständige ausländische Behörde (zum Beispiel das Nachlassgericht) die Übereinstimmung mit den Formvorschriften des betreffenden Staates bestätigt.

Im Jahr 2008 ist ein neues Erbgesetz in Kraft getreten. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob das Erbgesetz von 1964 oder von 2008 greift.

Pflichtteilsberechtigt sind die Abkömmlinge und der Ehegatte des Erblassers. Der Pflichtteil beträgt die Hälfte des Erbteiles, welches dem Berechtigten kraft Gesetz zusteht. Über diesen Teil kann der Erblasser nicht verfügen. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen, die dann gesondert zu prüfen sind.

III. Erbschaftssteuer

Es gilt das deutsch-dänische Doppelbesteuerungsabkommen vom 22.11.1995.

Grundsätzlich unterliegt der dänischen Erbschaftssteuerpflicht jeder, der in Dänemark ansässig ist, und zwar mit seinem weltweiten Vermögen. Sofern im Zeitpunkt des Todes der Aufenthalt in einem anderen Land war, so gilt die Steuerpflicht nur für das in Dänemark gelegene Grundvermögen.

Zu beachten ist, dass der Ehegatte von der Erbschaftssteuer freigestellt ist.

Luxemburg

I. IPR

II. materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR von Luxemburg

Das luxemburgerische Recht geht, ähnlich wie auch das zum Beispiel französische Recht, von einer Nachlassspaltung aus. Danach wird zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden. Unbewegliches Vermögen wird nach dem Lageort und bewegliches Vermögen wird nach dem Wohnsitz vererbt.

Grundsätzlich ist eine Rechtswahl im Erbrecht nach luxemburgerischem Recht nicht möglich; die nach deutschem Recht getätigte Wahl gemäß Artikel 25 Abs. 2 EGBGB wird jedoch anerkannt.

Das luxemburgerische IPR geht ebenfalls vom Grundsatz der Gesamtverweisung aus und erkennt Rückverweisungen sowie Weiterverweisungen an. Vorfragen sollen nach der herrschenden Ansicht selbstständig angeknüpft werden.

Achtung:

Für luxemburgerische Erben gibt es das Vorwegnahmerecht.

Dieses Recht haben luxemburgerische Miterben, wenn an einem Erbfall sowohl luxemburgerische als auch ausländische Staatsangehörige beteiligt sind, sich Nachlassgegenstände in Luxemburg sowie im Ausland befinden und aufgrund der kollisionsrechtlichen Regelungen eine Rechtsordnung über das anwendbare Recht entscheiden soll, welches dem luxemburgerischen Miterben in irgendeiner Form geringere Erbrechte einräumt. Wenn diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen, kann der luxemburgische Miterbe hinsichtlich des in Luxemburg belegenen Nachlasses den Unterschiedsbetrag zwischen dem tatsächlichen Erbteil aufgrund der berufenen Rechtsordnung und dem fiktiven luxemburgerischem Erbteil vorwegnehmen.

Die Erfassung eines gemeinschaftlichen Testamentes ist nach luxemburgerischem Recht formell verboten. Das heißt, dass ein in Deutschland errichtetes gemeinschaftliches Testament zwischen einem Luxemburger und seinem Ehegatten in Luxemburg anerkannt wird. Eine nach deutschem Recht grundsätzlich geltende Bindungswirkung wird allerdings nach luxemburgerischem Recht nicht anerkannt.

II. materielles Recht

Das luxemburgerische Recht kennt das Erbrecht nach Ordnungen. Es unterteilt in vier Ordnungen, so dass die Reihenfolge gilt, dass Kinder die Erben erster Ordnung sind, der überlebende Ehegatte der Erbe zweiter Ordnung ist, dann die Verwandten in aufsteigender Linie und zuletzt die Verwandten in der Seitenlinie folgen.

Abkömmlinge und überlebender Ehegatte können nebeneinander erben, ansonsten schließen Erben der näheren Ordnung der Erben der nachfolgenden Ordnung von der Erbberechtigung aus.

Kinder erben zu gleichen Teilen. Wie dargestellt, ist der überlebende Ehegatte ein gesetzlicher Erbe zweiter Ordnung. Folgerichtig erbt dieser den gesamten Nachlass, sofern Abkömmlinge des Erblassers nicht vorhanden sind.

Sofern neben dem überlebenden Ehegatten noch Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind, so hat der Ehegatte eine Wahl, die er innerhalb von drei Monaten und 40 Tagen nach Eröffnung der Erbfolge durch Erklärung zur Niederschrift gegenüber dem Bezirksgericht, bei welchem die Erbschaft eröffnet wurde, ausüben muss. Zu entscheiden ist, ob der überlebende Ehegatte das Eigentum an einem Anteil des am wenigsten erhaltenen Kindes an Nachlass bekommt, mindestens jedoch $\frac{1}{4}$, oder ein Nießbrauchrecht eingeräumt bekommt, welches sich auf den gemeinsam bewohnten Grundbesitz sowie an den dazu gehörigen Einrichtungsgegenständen erstreckt.

Der Erblasser kann seinen Nachlass auch testamentarisch regeln. Das luxemburgerische Erbrecht kennt das handschriftliche Testament, das öffentliche Testament sowie das geheime Testament. Des Weiteren gibt es auch außerordentliche Testamentsformen, so genannte Nottestamente. Zu beachten ist allerdings, dass eine klassische Erbeinsetzung, sowie zum Beispiel im deutschen Recht bekannt, nach luxemburgerischen Recht nicht möglich ist. Das luxemburgerische Recht kennt dem Grunde nach nur die gesetzlichen Erben. Sofern nach luxemburgerischem Recht ein Vermögensteil einer anderen Person zugewendet werden soll, geht dies praktisch nur durch Zuwendung eines Vermächtnisses.

Wie auch im französischem und im belgischen Recht gibt es als Pflichtteil ein echtes Noterbrecht in dem Sinne, dass über den Teil, welcher vom Noterbrecht umfasst ist, vom Erblasser nicht verfügt werden darf. Noterberechtigt sind die Abkömmlinge des Erblassers. Die Höhe der Noterquote hängt von der Zahl der Abkömmlinge ab. Ein Abkömmling erhält als Noterbrecht die Hälfte des Nachlasses. Bei zwei Kindern beträgt das Noterbrecht insgesamt $\frac{2}{3}$, bei drei oder mehr Abkömmlingen ist diesen insgesamt $\frac{3}{4}$ zugeordnet.

III. Erbschaftssteuerrecht

Ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht zwischen Luxemburg und Deutschland nicht.

Besteuert wird nach luxemburgerischem Steuerrecht grundsätzlich die Erbschaft, es handelt sich um eine Erbanfallsteuer. Das Erbschaftssteuerrecht gewährt eine Vielzahl von Steuerbefreiungstatbeständen. Ausführungen würden dem hier gesetzten Rahmen überschreiten. Bitte setzen Sie sich mit Ihrem Erbrechtsberater in Verbindung.

Ansonsten gilt die Unterscheidung zwischen der unbeschränkten und der beschränkten Steuerpflicht. Unbeschränkt steuerpflichtig ist man grundsätzlich mit seinem Weltvermögen, wenn man seinen Wohnsitz in Luxemburg hat. Unbeschränkt steuerpflichtig ist man nur hinsichtlich des in Luxemburg befindlichen Grundvermögens, wenn man sonst keinen Wohnsitz in Luxemburg unterhält.

Monaco

Das internationale Privatrecht geht von einer Nachlassspaltung aus. Das unbewegliche Vermögen wird nach dem Lageort vererbt. Das bewegliche Vermögen wird nach dem Heimatrecht des Verstorbenen vererbt. Das materielle Erbrecht folgt dem Grunde nach dem französischen Recht. In soweit wird auf die Ausführungen dort verwiesen.

Schweiz

I. IPR

II. materielles Erbrecht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR der Schweiz

Das schweizerische IPR folgt dem Grundsatz der Nachlassseinheit, das heißt, dass für sämtliche Nachlassgegenstände schweizerisches Recht gilt. Nach Art. 90 Abs. 1 IPRG wird auf den Wohnsitz des Erblassers abgestellt. Der Deutsche, der mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstirbt, wird daher nach schweizerischem Recht beerbt.

Nach schweizerischem Recht kann ein Ausländer, über eine Regelung des Artikel 25 Abs. 2 EGBGB hinausgehend, seinen Nachlass seinem Heimatrecht unterstellen. Es besteht also die Möglichkeit, dass ein in der Schweiz lebender Ausländer seinen gesamten Nachlass durch Rechtswahl seinem Heimatrecht unterstellen kann.

Rückverweisungen sind nicht ohne weiteres anzuerkennen, vielmehr ist die Existenz eines renvoi umstritten.

II. materielles Erbrecht

Das gesetzliche Erbrecht ergibt sich aus den Artikeln 457 bis 460 ZGB. Auch das schweizerische Recht kennt das Ordnungsprinzip. Abkömmlinge schließen die Eltern des Erblassers von der Erbfolge aus. Zudem kennt das schweizerische Recht das Eintrittsprinzip, wonach bei Vorversterben von Erben der ersten Ordnung deren Abkömmlinge nachrücken.

Neben den Angehörigen ist der überlebende Ehegatte Erbe. Die Erbquote differenziert je nach dem, neben welchem Abkömmling der überlebende Ehegatte als Erbe berufen wird. Neben Abkömmlingen erbt der Ehegatte zur Hälfte, neben Erben der zweiten Ordnung zu $\frac{3}{4}$.

Der Erblasser hat die Möglichkeit seinen Nachlass auch durch letztwillige Verfügung zu regeln und damit eine gewillkürte Erbfolge herbeizuführen. Das schweizerische Recht kennt sowohl die Erbeinsetzung durch Testament als auch durch Erbvertrag. Gemeinschaftliche Testamente sind zugelassen. Allerdings könnten Testamente jederzeit widerrufen werden, so dass, sofern eine Bindungswirkung gewünscht ist, ein Erbvertrag gestaltet werden muss.

Das schweizerische Recht kennt das öffentliche Testament, das eigenhändige Testament und das mündliche Testament.

Zudem besteht die Möglichkeit, durch ein Vermächtnis einen Vermögensgegenstand einer Person zu verschaffen, ohne diesen als Erben einzusetzen.

Das schweizerische Recht kennt ein Pflichtteilsrecht. Berechtig sind die Abkömmlinge des Erblassers sowie die Eltern und der überlebende Ehegatte. Gemäß Artikel 471 ZGB macht der Pflichtteil Bruchteile vom gesetzlichen Erbanspruch aus. $\frac{3}{4}$ für Nachkommen, die Hälfte für die Eltern sowie ebenfalls die Hälfte für den überlebenden Ehegatten. Der Pflichtteil der Abkömmlinge ermäßigt sich auf $\frac{2}{8}$, wenn diese mit dem Ehegatten teilen müssen.

III. Erbschaftssteuerrecht

Die Erbschaft- als auch die Schenkungssteuer liegt in der Steuerhoheit der Kantone. Damit gelten in der Schweiz 26 verschiedene kantonale Regelungen.

Frankreich

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

IV. Gestaltungshinweise

I. IPR in Frankreich

Achtung: Nachlassspaltung möglich!

- Für unbewegliches Vermögen gilt das Recht am Lageort der Sache
- Für bewegliches Vermögen gilt das Recht am Wohnsitz (domicile) des Erblassers

Kommt es aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungsmomente für Mobilien und Immobilien nach französischem IPR zur Nachlassspaltung, so ist jede Nachlassmasse als eigenständig zu behandeln.

Eine Rechtswahl ist im französischen Recht nicht zulässig.

Rück- und Weiterverweisungen sind grundsätzlich nicht anzuerkennen, dies gilt auch für Rückverweisungen aufgrund abweichender Qualifikation.

Für die Form von letztwilligen Verfügungen gilt in Frankreich ebenfalls seit dem 19.11.1967 das Testamentsformabkommen. Ein Testament ist immer dann als gültig anzusehen, wenn es nach den Regeln des Heimatrechts des Verfügenden oder nach

den Bestimmungen des Errichtungsortes oder, bei unbeweglichen Sachen, gemäß den Bestimmungen am Lageort des Vermögens errichtet worden ist.

Dies gilt auch für gemeinschaftliche Testamente. Das Verbot der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente wird in Frankreich als formelles Verbot angesehen. Das heißt, dass Testamente, welche nach dem Formstatut wirksam errichtet wurden in Frankreich anerkannt werden, selbst wenn französisches Recht Erbstatut ist.

Allerdings kommt diesen Testamenten keine Bindungswirkung zu.

Achtung:

Bei einer Teilung der Erbschaft zwischen Franzosen und Ausländern können die französischen Erben die in Frankreich belegenen Nachlassgegenstände der Erbschaft vorweg entnehmen, wenn auf den Erbfall eine ausländische Rechtsordnung anwendbar ist und diese den Betroffenen schlechter stellt als das französische Recht.

II. Materielles Recht

1. Das gesetzliche Erbrecht der Verwandten kann in vier Klassen eingeordnet werden. Die erste Klasse wird von den Abkömmlingen des Erblassers besetzt, die zweite von den Eltern und den Geschwistern. Dann folgen die Verwandten in aufsteigender Linie, z.B. die Großeltern und zuletzt die Verwandten in der Seitenlinie, also die Onkel, Tanten und Cousinen. Es gilt das Repräsentationsprinzip und das Eintrittsrecht, d.h. das gradnähere Abkömmlinge die gradferneren Abkömmlinge von der Erbfolge ausschließen, aber bei vorversterben eines Abkömmlings sein Anteil auf seine Kinder übergeht.

2. Die Höhe des Ehegattenerbrechts ist davon abhängig, welche Personen sonst noch vorhanden sind.

Ohne Abkömmlinge oder Eltern des Erblassers erhält der Ehegatte den gesamten Nachlass zu Eigentum. Besonderheiten gibt es, wenn Geschwister vorhanden sind und im Nachlass Vermögen enthalten ist, welches die Eltern dem Erblasser geschenkt haben.

Sind beide Eltern vorhanden, erbt der Ehegatte die Hälfte; ist nur ein Elternteil vorhanden, erbt der Ehegatte $\frac{3}{4}$ des Nachlasses.

Neben Abkömmlingen hat der Ehegatte die Wahl, ob er $\frac{1}{4}$ zu Eigentum erben möchte, oder ein Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass wünscht. Eine diesbezügliche Erklärung ist innerhalb von drei Monaten abzugeben, sonst gilt das Nießbrauchsrecht.

Achtung:

Erbt der Ehegatte nach vorgenanntem den gesamten Nachlass oder $\frac{3}{4}$, so haben Bedürftige Vorfahren des Erblassers, mit Ausnahme der Eltern, einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass. Dieser Anspruch ist binnen Jahresfrist anzumelden.

Neben dem gesetzlichen Erbrecht hat der Ehegatte bei Bedürftigkeit noch einen Anspruch auf Gewährung einer Unterhaltsrente, welche binnen Jahresfrist geltend gemacht werden muss.

Zudem hat der Ehegatte ein unentgeltliches Nutzungsrecht an der Hauptwohnung der Eheleute. Dieses erstreckt sich auch auf das Mobiliar und ist binnen Jahresfrist nach dem Todesfall geltend zu machen.

Zu letzt ist darauf hinzuweisen, dass der Ehegatte einen Anspruch in Höhe von drei Jahresmindestlöhnen gegen den Nachlass hat, wenn er zehn Jahre unentgeltlich im Betrieb des Verstorbenen mitgearbeitet hat.

3. Die französische Recht kennt das handschriftliche Testament, welches handschriftlich geschrieben, unterschrieben und datiert sein muss. Zudem das öffentliche Testament, welches entweder von zwei Notaren oder von einem Notar und zwei Zeugen errichtet wird. Zuletzt gibt es das wenig gebräuchliche mystische Testament.

Achtung:

Nach französischem Recht kann durch ein Testament keine Erbeinsetzung erfolgen. Es ist nur möglich, den Nachlass durch Vermächtnisse zu verteilen.

4. In Frankreich ist das Pflichtteilsrecht als Noterbrecht ausgestaltet. Daher kann nur über den so genannten freien Teil frei verfügt werden. Dies gilt auch für Schenkungen unter Lebenden. Die Höhe der der so genannten „réserve“ ist nicht festgelegt und hängt von Zahl und Art der Noterben ab.

Noterberechtigt sind insbesondere die Abkömmlinge des Erblassers. Der Ehegatte nur dann, wenn keine Abkömmlinge oder Vorfahren vorhanden sind. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, so können die Aszendenten ein Noterbrecht haben, die auch gesetzliche Erben wären.

III. Erbschaftssteuerrecht

Am 12.10.2006 wurde zwischen Frankreich und Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen geschlossen. Nach Art. 9 DBA erfolgt die Besteuerung grundsätzlich nach dem Wohnsitz. Abweichend hiervon kann unbewegliches Vermögen nach Art. 5 DBA auch am Belegenheitsort versteuert werden. Zu beachten ist, dass auch Gesell-

schaftsvermögen, welches z.T. aus Immobilien besteht unter bestimmten Voraussetzungen als unbewegliches Vermögen angesehen wird, vgl. hierzu Art. 5 Abs. 3, 4. 5 DBA.

IV. Gestaltungshinweise

Zur Vermeidung einer Nachlassspaltung in den deutsch- französischen Rechtsverkehr kann daran gedacht werden, den in Frankreich belegenen Grundbesitz in eine Gesellschaft einzubringen. Dadurch wird im Ergebnis nur bewegliches Vermögen vererbt, was insbesondere für deutsche Erblasser mit Grundstücken in Frankreich von Vorteil ist.

Interessante Gestaltungsmöglichkeiten bietet im Übrigen auch die Möglichkeit, hinsichtlich von in Frankreich belegenen Grundbesitz französisches Güterrecht zu wählen und diesbezüglich ehevertraglich eine allgemeine Gütergemeinschaft mit Zuweisung des Gesamtgutes an den Überlebenden zu vereinbaren.

Griechenland

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Griechenland

Anknüpfungspunkt für das anwendbare Erbrecht ist die Staatsangehörigkeit, die der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes innehatte.

Sofern dieser Mehrstaater war, so entscheidet die engste Verbindung, es sei den der Erblasser war auch Grieche- diese Staatsangehörigkeit geht dann vor.

Das griechische IPR folgt dem Grundsatz der Nachlassseinheit. Es wird nicht, wie z.B. in Frankreich, zwischen verschiedenen Arten von Nachlassgegenständen unterscheiden, was zur Nachlassspaltung führen würde.

Daher sind Rück- und Weiterverweisungen durch das IPR des Heimatstaates bei der Bestimmung der Erbstatuts nicht zu beachten.

Das Erbstatut umfasst weitestgehend alle Fragen, die mit der Rechtsnachfolge von Todes wegen zusammenhängen.

II. Materielles Recht

1. Als gesetzliche Erben sind der Ehegatte, die Verwandten des Erblassers und der Staat berufen.

2. Die Erbfolge der Verwandten richtet sich nach vier Ordnungen. Verwandte der vorhergehenden Ordnung schließen die Angehörigen nachfolgender Ordnungen aus. Zur ersten Ordnung gehören die Kinder und die Kindeskindern des Erblassers, zur zweiten Ordnung die Eltern und Geschwister, zur dritten Ordnung die Großeltern und deren Abkömmlinge und zur vierten Ordnung gehören nur die Urgroßeltern.

3. Der Ehegatte erbt neben Abkömmlingen, Eltern, Großeltern oder Geschwistern. Nur wenn solche nicht vorhanden sind, erbt der Ehegatte alleine. Neben Abkömmlingen der ersten Ordnung erbt der Ehegatte $\frac{1}{4}$. Neben Verwandten der anderen Ordnung erbt der Ehegatte die Hälfte. Zudem erhält der Ehegatte einen dem deutschen Recht vergleichbaren Ehegatten Voraus. Neben dem ist von Bedeutung in welchem Güterstand die Ehe geführt wurde. Zum Beispiel erhöht sich der Erbteil pauschal um ein $\frac{1}{3}$, wenn die Eheleute im Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft gelebt haben.

4. Das griechische Recht unterscheidet zwischen dem eigenhändigen, dem öffentlichen (notariellen) und dem –seltenen– geheimen Testament. Das eigenhändige Testament ist vom Erblasser zu schreiben, zu unterschreiben und mit Ort und Datum zu versehen. Zudem gibt es noch Nottestamente.

Achtung:

Gemeinschaftliche Testament und Erbverträge in jeder Form werden als nicht wirksam erklärt. Im Ausland gefertigte Testamente und Erbverträge werden von griechischen Gerichten als Verstoß gegen den griechischen *ordre public* abgelehnt (a.A. teilweise die Literatur).

5. Zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehören der Ehegatte, die Kinder und die Eltern des Erblassers. Die Höhe des Pflichtteilsanspruchs ist die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Der Pflichtteilsanspruch ist als Nottestament ausgestaltet, das heißt, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht bloß einen schuldrechtlichen Anspruch erhält, sondern in Höhe seines Pflichtteils an der Erbschaft beteiligt ist.

Achtung:

Griechen, die ihren Wohnsitz in 25 aufeinander folgenden Jahren vor ihrem Tod im Ausland hatten, unterliegen nicht den Beschränkungen der Vorschriften über den Pflichtteil bezüglich der Verfügung von Todes wegen über ihr im Ausland belegenes Vermögen. Unter dieser Voraussetzung wird die Wirksamkeit der Testamente oder

anderer letztwilliger Verfügungen bezüglich des sich im Ausland befindenden Vermögens nicht aus dem Grund beeinflusst, dass diese vom griechischen Pflichtteilsrecht abweichen.

III. Erbschaftssteuerrecht

Achtung:

Das griechische Steuerrecht unterliegt häufigen Änderungen.

Grundsätzlich gilt eine unbeschränkte Steuerpflicht für Griechen oder für Ausländer, die in Griechenland wohnhaft sind. Jegliches in Griechenland befindliche Vermögen, gleich ob es sich hierbei um bewegliches oder um unbewegliches Vermögen handelt, unterliegt der griechischen Steuer.

Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung wird die im Ausland geschuldete Erbschaftsteuer von der in Griechenland erhobenen Steuer abgezogen.

Zwischen Deutschland und Griechenland gibt es seit 1912 eine Konvention über die Besteuerung der Erbrechte an beweglichen Sachen, wonach Gegenstände eines Deutschen, der im Zeitpunkt seines Todes keinen Wohnsitz in Griechenland hatte, nur nach griechischem Recht besteuert werden muss, wenn der Erbe seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Griechenland hatte. Dieser Fall gilt umgekehrt auch für den griechischen Erblasser mit beweglichem Vermögen in Deutschland.

Italien

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Italien

Anknüpfungspunkt für das anwendbare Erbrecht ist die Staatsangehörigkeit, die der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes innehatte.

Sofern dieser Mehrstaater war, so entscheidet die engste Verbindung, es sei denn der Erblasser war auch Italiener- diese Staatsangehörigkeit geht dann vor.

Rück- und Weiterverweisungen lässt das italienische Recht zu, es sei denn es handelt sich um eine Rechtswahl, eine Verweisung auf Formvorschriften oder um einen renvoi der sich aus einem Staatsvertrag ergibt.

Eine Rechtswahl ist im italienischen Recht zulässig. Der italienische Erblasser kann das Recht des Staates wählen, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Derartige Gestaltungen sind interessant, gerade für Italiener, die ihren Aufenthalt in Deutschland haben.

Die Testierfähigkeit richtet sich nach dem Heimatrecht des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung.

Das Testament ist formwirksam, wenn es nach dem Ort der Testamentserrichtung, der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seiner Errichtung, bzw. des Todes wirksam ist.

II. Materielles Recht

1. Als gesetzliche Erben sind der Ehegatte, die ehelichen und natürlichen Kinder, die Aszendenten, die Geschwister und die übrigen Verwandten bis zum 6. Grad genannt.

2. Im italienischen Recht gilt der Grundsatz der Universalsukzession, Berufung durch Repräsentation und Erwerb der Erbschaft durch Annahmeerklärung.

3. Der Ehegatte erbt neben Abkömmlingen, Eltern, Großeltern oder Geschwistern. Nur wenn solche nicht vorhanden sind, erbt der Ehegatte alleine. Neben einem Kind erbt der Ehegatte die Hälfte, bei mehreren ein Drittel. Neben ehelichen Aszendenten oder den Geschwistern des Erblassers, bzw. den Repräsentanten der Geschwister erbt der überlebende Ehegatte zwei Drittel des Nachlasses. Neben dem hat der Ehegatte noch ein Nutzungsrecht an der Wohnung und dem Hausrat.

4. Wie im deutschen Recht unterscheidet das italienische Recht zwischen ordentlichen und außerordentlichen Testamenten. Bei den ordentlichen Testamentformen unterscheidet man zwischen dem eigenhändigen und dem notariellen Testament. Das eigenhändige Testament muss vom Erblasser geschrieben, unterschrieben und datiert sein. Das fehlende Datum führt jedoch nicht zur Nichtigkeit, allerdings kann es anfechtbar sein. Beachten Sie bitte, dass Testamente nach italienischem Recht nur rein einseitig errichtet werden können. Zudem sind Testamente frei widerruflich und höchstpersönlich.

Achtung:

Das italienische Recht kennt das so genannte Vindikationslegat, d.h. einzelne Sachen können mit unmittelbarer dinglicher Wirkung vermacht werden. In Deutschland bewirkt die Vermächtniseinsetzung lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen denjenigen, der mit dem Vermächtnis beschwert wurde.

5. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft ist nach italienischem Recht nicht möglich.

6. Zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehört der Ehegatte, die Kinder und die ehelichen Vorfahren, wenn es keine Kinder gibt. Ohne Abkömmlinge beträgt die Pflichtteilsquote des Ehegatten $\frac{1}{2}$. Ist neben dem Ehegatten ein Kind vorhanden, so beträgt die Quote $\frac{1}{3}$ für den Ehegatten und $\frac{1}{3}$ für das Kind. Bei mehreren Kindern erhält der Ehegatte ein Viertel und die Kinder teilen sich insgesamt die Hälfte des Nachlasses.

III. Erbschaftssteuerrecht

Es gibt kein Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und Italien. Seit dem 03.10.2006 ist in Italien die Erbschaftssteuer wieder eingeführt.

Spanien

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Spanien

Gemäß den Regelungen im spanischen IPR richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem Heimatrecht des Erblassers und zwar unabhängig von der Art des Vermögens und dem Land in dem sie sich befinden.

Das spanische Recht geht vom Staatsangehörigkeitsprinzip aus; es gilt zudem der Grundsatz der Nachlasseneinheit, d.h. es findet keine Unterscheidung nach beweglichem oder unbeweglichem Vermögen statt.

Anders als in anderen Rechtsordnungen, spricht das spanische IPR Sachnormverweisungen aus. Weiterverweisungen werden vom spanischen Erbrecht nicht akzeptiert, sofern allerdings eine Rückverweisung auf das spanische Recht angeordnet wird, wird diese Verweisung angenommen. Allerdings gibt es eine Ausnahme für den Fall, dass das ausländische Recht nicht dem Grundsatz der Nachlasseneinheit folgt und eine Rückverweisung nur für das in Spanien belegene Vermögen ausspricht.

Der Umfang des Erbstatuts wird aus spanischer Sicht bestimmt (lex fori Qualifikation) und ist denkbar weit gefasst. So fallen hierunter die Regelungen über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, Erbfähigkeit, über den Kreis der gesetzlichen Er-

ben, Höhe der Erbteile, etc. Die Frage der Testierfähigkeit richtet sich allerdings nach dem Heimatrecht des Testierenden im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung.

Achtung:

Für Rechte, die kraft Gesetzes dem Ehegatten zustehen gilt das Ehwirkungsstatut, sofern nicht Noterbeile der Abkömmlinge betroffen sind. Damit bestimmt also das Güterstatut das Erbstatut.

Hier ist Vorsicht geboten, da sich im Hinblick auf die spanische Mehrrechtsordnung eine Abweichung des Güterstatuts vom Erbstatut nicht nur aus internationalen, sondern auch aus interregionalen Unterschieden ergeben kann.

Für die Form von letztwilligen Verfügungen gilt in Spanien ebenfalls seit dem 10.06.1988 das Testamentsformabkommen. Ein Testament ist immer dann als gültig anzusehen, wenn es nach den Regeln des Heimatrechts des Verfügenden oder nach den Bestimmungen des Errichtungsortes oder, bei unbeweglichen Sachen, gemäß den Bestimmungen am Lageort des Vermögens errichtet worden ist.

II. Materielles Recht

Achtung:

Spanien ist ein Mehrrechtsstaat, d.h. im Erbrecht kann es regionale Unterschiede geben. Lassen Sie sich beraten.

1. Bei der gesetzlichen Erbfolge wird zunächst zwischen der direkt absteigenden Linie und der direkt aufsteigenden Linie unterschieden, wobei nichteheliche Kinder den ehelichen Kindern gleichgestellt sind. Die frühere Ordnung schließt die spätere Ordnung aus. Innerhalb der Ordnungen wird nach dem Grad der Verwandtschaft geerbt, bei gleichem Grad zu gleichen Teilen; dabei gelten auch die Grundsätze der Repräsentation, welche in der geraden absteigenden Linie sowie in der Seitenlinie stattfindet. Im Fall der Repräsentation findet eine Teilung nach Stämmen statt.

2. Der Ehegatte ist erbrechtlich in einer wenig vorteilhaften Position. Insbesondere in den Fällen in denen Abkömmlinge und Vor- Eltern des Erblassers vorhanden sind, wird dem Ehegatten lediglich ein Nießbrauchsrecht am Nachlass eingeräumt; dieses beträgt neben Abkömmlingen $\frac{1}{3}$, neben Eltern oder anderen Aszendenten $\frac{1}{2}$ des Nachlasses. Gegen Zahlung einer Rente haben die Erben allerdings die Möglichkeit das Nießbrauchsrecht abzulösen.

Bei einer **deutsch- spanischen** Ehe würde bei Überleben des deutschen Ehegatten dieser aufgrund der Geltung spanischen Rechts als Heimatrecht des Erblassers neben

Abkömmlingen nicht Erbe, sondern erhalte nur ein Nießbrauchsrecht in Höhe von 1/3 des Nachlassvermögens und selbst dies könnte die Erben ablösen.

3. Testierfähig ist, wer 14 Jahre alt ist, allerdings wird die Volljährigkeit bei einem eigenhändigen Testament gefordert.

4. In Spanien sind als ordentliche Testamente, das eigenhändige, das offene und das verschlossene Testament vorgesehen. Zudem gibt es außerordentliche Nottestamente und Besonderheiten aufgrund der Foralrechte.

Achtung:

Nach gemeinspanischem Recht sind gemeinschaftliche Testamente und auch Erbverträge unzulässig; eine Umdeutung in ein wirksames einseitiges Testament ist nicht möglich. Allerdings erlauben einige Foralrechte diese letztwilligen Verfügungen.

5. Pflichtteilsansprüche sind in Spanien als Noterbrecht bekannt und unterscheiden sich wesentlich vom deutschen Pflichtteilsrecht. Der Noterbe hat die Stellung eines gesetzlichen Erbens, d.h. er kann nicht enterbt werden.

Noterben, sind die Kinder und deren Abkömmlinge, die Eltern und Vorfahren, sofern der Erblasser keine Abkömmlinge hat, sowie der überlebende Ehegatte.

Das Noterbrecht der Kinder umfasst z.B. 2/3 des Reinnachlasses der Eltern.

Über die Einzelheiten des spanischen Pflichtteilsrechtes sollten Sie sich beraten lassen.

III. Erbschaftssteuerrecht

Es gibt kein Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und Spanien. In Spanien wird derzeit über eine völlige Abschaffung der Erbschaftssteuer diskutiert, jedenfalls sollen die Steuerfreigrenzen angehoben werden.

Im spanischen Erbschaftssteuerrecht wird zwischen der beschränkten und der unbeschränkten Steuerpflicht unterschieden.

Von der unbeschränkten Steuerpflicht werden alle Erwerbe durch natürliche Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in Spanien, unabhängig von deren Belegenheit erfasst.

Die beschränkte Steuerpflicht gilt für den Empfänger, welcher seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Spanien hat, die erworbenen Gegenstände allerdings in Spanien als Inlandsvermögen belegen sind.

Türkei

I. IPR

II. Materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in der Türkei

Die Rechtsnachfolge von Todes wegen richtet sich nach dem Heimatrecht des Erblassers. Ausgenommen hiervon ist das in der Türkei belegene Immobilienvermögen, welches nach türkischem Recht vererbt wird.

Achtung

Zwischen der Türkei und Deutschland existiert ein Nachlassabkommen, welches bestimmt, dass der bewegliche Nachlass sich nach dem Recht richtet, dem der Verstorbene im Zeitpunkt seines Todes angehörte, der unbewegliche Nachlass hingegen nach dem Recht am Lageort des Vermögens vererbt wird.

Für in Deutschland belegene Immobilien eines türkischen Staatsangehörigen tritt daher stets Nachlassspaltung ein.

II. Materielles Recht

Hinweis:

Die Türkei hat in weiten Teilen das Schweizer ZGB übernommen.

1. Die gesetzliche Erbfolge ist mit dem deutschen Recht vergleichbar. Auch hier gilt die bekannte Einteilung in Ordnungen, das Repräsentationsprinzip und das Eintrittsrecht. Eheleiche Kinder sind den unehelichen Kindern gleichgestellt.

2. Auch das Erbrecht des Ehegatten ist mit den deutschen Rechtsregeln vergleichbar. Neben den Abkömmlingen der ersten Ordnung (Kindern) erbt der Ehegatte $\frac{1}{4}$, neben Erben der zweiten Ordnung (Eltern) die Hälfte und zuletzt $\frac{3}{4}$ neben Erben der 4. Ordnung. Unter Anrechnung auf seinen Errungenschaftsteil (bei dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, vergleichbar mit der Zugewinnngemeinschaft), kann dem überlebenden Ehegatten ein Wohnrecht (Nießbrauch) an der Familienwohnung und dem Hausrat eingeräumt werden.

3. Das türkische Recht unterscheidet zwischen dem eigenhändigen, dem öffentliche (notariellen) und den seltenen Nottestamenten. Das eigenhändige Testament ist vom Erblasser zu schreiben, zu unterschreiben und mit Ort (Soll) und Datum (Muss) zu versehen.

Achtung:

Gemeinschaftliche Testamente sind dem türkischen Recht fremd.

4. Erbeinsetzungen, Teilungsanordnungen und Vermächtnisse sind ebenso möglich, wie die Regelung einer Vor- und Nacherbschaft (aber mit Unterschieden zum deutschen Recht) und die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers.

5. Zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehören der Ehegatte, die Kinder, die Eltern des Erblassers, aber auch die Geschwister. Der Pflichtteilsanspruch ist als Notherbrecht ausgestaltet, das heißt, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht bloß einen schuldrechtlichen Anspruch erhält, sondern in Höhe seines Pflichtteils an der Erbschaft beteiligt ist. Die Pflichtteilsquote beträgt für einen Abkömmling $\frac{1}{2}$, für jeden Elternteil $\frac{1}{4}$ und für jeden Geschwisterteil $\frac{1}{8}$. Neben den gesetzlichen Erben erhält der Ehegatte das gesamte Erbteil und in den übrigen Fällen $\frac{3}{4}$ des gesetzlichen Erbteils.

III. Erbschaftssteuerrecht

Bei der türkischen Erbschaftssteuer handelt es sich um eine Erbanfallsteuer.

Grundsätzlich sind Erben, die die türkische Staatsangehörigkeit innehaben unabhängig von ihrem Wohnsitz und dem Lageort des Vermögens der türkischen Erbschaftsteuer unterworfen.

Ausländer haben nach türkischem Recht zu versteuern, wenn sie Vermögenswerte in der Türkei erben (unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Erblassers) oder wenn Vermögenswerte eines türkischen Staatsangehörigen geerbt werden und der Wohnsitz in der Türkei ist.

Der Steuersatz liegt zwischen 1% und 10 %.

Portugal

I. IPR

II. materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Portugal

Nach dem portugiesischen IPR richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach der letzten Staatsangehörigkeit des Erblassers. Ist der Erblasser Inhaber mehrerer Staatsangehörigkeiten und ist eine davon die portugiesische Staatsangehörigkeit, so gilt, wie im deutschen IPR auch, der Vorrang der portugiesischen Staatsangehörigkeit. Ansonsten gilt die effektive Staatsangehörigkeit, das heißt, die Staatsangehörigkeit ist entscheidend, in dessen Gebiet der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Zu beachten ist, dass das portugiesische Recht grundsätzlich nur Sachnormverweisungen ausspricht. Ausnahmsweise kann eine Weiterverweisung beachtet werden, wenn der Staat, auf den letztlich verwiesen wurde, diese Weiterverweisung als Sachnormverweisung akzeptiert. Die portugiesischen Regelungen über die Weiterverweisung und Rückverweisungen sind im Einzelnen kompliziert und in den Artikeln 17, 18 CC geregelt. Es empfiehlt sich in jedem Fall einen Berater hinzuzuziehen, der sich im portugiesischen Recht auskennt.

Ist die Erbfolge eines deutschen Erblassers mit Wohnsitz in Portugal zu begutachten, so gilt, wie im deutschem Recht auch, das Staatsangehörigkeitsprinzip, so dass auch aus Sicht von Portugal das deutsche Recht Anwendung findet. Probleme kann es allenfalls geben, wenn der Erblasser sowohl die portugiesische als auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, da dann nach portugiesischem Recht das Sachrecht von Portugal anzuwenden wäre und aus deutscher Sicht das Sachrecht von Deutschland über Direktnachfolge von Todeswegen entscheidet.

II. materielles Erbrecht

Es gilt der Grundsatz von Universalsukzession. Im Bereich des gesetzlichen Erbrechtes gilt die Erbfolge nach Ordnungen. Hier besteht eine Ähnlichkeit zum deutschen Erbrecht, da innerhalb einer Ordnung zu gleichen Teilen geerbt wird und Erben einer vorherigen Ordnung die nachfolgenden Ordnungen von der Erbfolge ausschließen. Zur ersten Ordnung gehören die Abkömmlinge und der Ehegatte, zur zweiten Ordnung die Eltern des Erblassers, sofern diese nicht vorhanden sind, die Großeltern zu jeweils gleichen Teilen. Und zu den Erben der dritten Ordnung gehören die Geschwister und deren Abkömmlinge. Grundsätzlich wird nach Kopfteilen geerbt, so dass beispielsweise in dem Fall, in dem der Ehegatte neben einem weiteren Abkömmling erbt, zur Hälfte als Erbe eingesetzt ist. Mindestens erhält der Ehegatte jedoch $\frac{1}{4}$ des Nachlasses. Neben Erben der zweiten Ordnung erbt der Ehegatte zu $\frac{2}{3}$. Neben den weiteren Ordnungen ist der Ehegatte Alleinerbe, so dass die weiteren Ordnungen nur zum Tragen kommen, wenn der Ehegatte bereits vorverstorben ist.

Der Erblasser hat die Möglichkeit, seinen Nachlass durch Testament zu regeln.

Achtung: Das eigenhändige Testament wird als nicht wirksame letztwillige Verfügung angesehen. Daher kann nur in der Form des öffentlichen Testaments testiert werden. Hier ist zu beachten, dass ausschließlich die portugiesische Sprache verwendet wird, es sei denn, es wird ein verschlossenes Testament oder ein internationales Testament errichtet. Sollte ein Portugiese in Deutschland testieren wollen, so ist dies möglich, es wird jedoch angeraten, hier die Form des internationalen Testaments zu verwenden. Da Portugal Mitglied des Washingtoner Abkommen ist, genügt die Errichtung eines Testaments durch deutsche Notare immer den Anforderungen von Portugal. Zudem ist zu beachten, dass das portugiesische Recht das gemeinschaftliche Testament verbietet. Dieses Verbot ist absolut. Ein gemeinschaftliches Testament wird aus portugiesischer Sicht selbst dann nicht eingehalten, wenn deutsch-portugiesische Eheleute dieses Testament in Deutschland errichten. Dies gilt grundsätzlich auch für Erbverträge, es sei denn, jemand verzichtet per Vertrag auf eine Erbfolge.

Das portugiesische Erbrecht kennt ein Noterbrecht, wobei umstritten ist, ob dieses Noterbrecht dingliche Wirkung hat oder, wie im deutschen Recht, nur einen schuldrechtlichen Anspruch beinhaltet. Der das Noterbrecht umfassende Anteil am Nachlass ist nicht disponibel, so dass der Erbteil vom Erblasser nicht belastet werden kann. Allerdings kann der Erblasser das Noterbrecht durch ein Vermächtnis ersetzen. Nimmt der Noterbe das Vermächtnis an, ist das Noterbrecht für ihn verloren. Die Noterben sind die Abkömmlinge, die Vorfahren und der Ehegatte. Es gelten grundsätzlich die Regeln der gesetzlichen Erbfolge für die Reihenfolge. Der Ehegatte erhält als Noterbteil die Hälfte des Nachlasses. Überlebt der Ehegatte zusammen mit Kindern den Erblasser erhalten alle zusammen 2/3 des Nachlasses.

Merke:

Nach portugiesischem Recht ist die Testamentsvollstreckung zulässig.

III. Erbschaftssteuerrecht

Ein Doppelbesteuerungsabkommen auf dem Bereich des Erbschafts- und Schenkungssteuerrechts zwischen Deutschland und Portugal existiert nicht.

Nach weit reichenden Reformen im Steuerrecht im Jahre 2003 ist das Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz entfallen. An dessen Stelle ist in manchen Teilen das so genannte Stempelsteuergesetz getreten. Hiernach werden alle unentgeltlichen Übertragungsvorgänge der Besteuerung unterworfen, die sich auf Güter beziehen, die in Portugal belegen sind. Von diesem gesetzlichen Regelungen sind auch die Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen mit umfasst, die in Portugal belegen sind sowie Beteiligungen an Unternehmen, soweit der Schuldner seinen Sitz in Portugal hat und der Erwerber ebenfalls sich in Portugal niedergelassen hat.

Polen

I. IPR

II. materielles Recht

III. Erbschaftssteuerrecht

I. IPR in Polen

Polen folgt dem Staatsangehörigkeitsprinzip, das heißt, in Nachlasssachen findet das Heimatrecht des Erblassers zur Zeit seines Todes Anwendung.

II. materielles Erbrecht

Das polnische gesetzliche Erbrecht bestimmt, dass der Erblasser zunächst von seinem Ehegatten und den Kindern beerbt wird. Diese Personen erben zu gleichen Teilen, wobei zu beachten ist, dass der Ehegatte mindestens $\frac{1}{4}$ erhält. Ist ein Abkömmling des Erblassers vorverstorben, so gilt das Eintrittsrecht, das heißt, die Abkömmlinge des vorverstorbenen Abkömmlings treten zu gleichen Teilen an die Stelle des vorverstorbenen Abkömmlings. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, erbt der Ehegatte neben den Eltern und den Geschwistern zur Hälfte. Der Erbteil jedes Elternteils, der zusammen mit den Geschwistern des Erblassers erbt, beträgt $\frac{1}{4}$ von dem, was den Eltern und den Geschwistern zufällt. Den Rest erhalten die Geschwister zu gleichen Teilen. Sofern weder Abkömmlinge noch Vorfahren und Abkömmlinge (auch von Geschwistern) vorhanden sind, fällt die ganze Erbschaft dem Ehegatten zu.

Die Erbeinsetzung durch Testament ist möglich. Es wird zwischen dem eigenhändigen Testament und dem notariellen Testament, dem mündlichen Testament in Gegenwart von zwei Zeugen vor dem Leiter der Kommunalverwaltung (so genanntes allographe Testament) und Nottestamente.

Das polnische Erbrecht kennt das Pflichtteilsrecht. Zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehören die Abkömmlinge, der Ehegatte und auch die Eltern des Erblassers. Grundsätzlich steht diesen Personen der halbe Wert Ihres Erbteils zu. Wenn der Berechtigte dauernd arbeitsunfähig oder wenn ein berechtigter Abkömmling minderjährig ist, sogar $\frac{2}{3}$ des Wertes des Erbteils.

Achtung: Besonderheiten gibt es, sofern ein Ausländer eine in Polen belegene Immobilie erben möchte. Bitte informieren Sie sich in einem solchen Fall bei Ihrem Erbrechtsberater.

III. Erbschaftssteuerrecht

Ein Doppelbesteuerungsabkommen auf dem Gebiet des Erb- und Schenkungssteuerrechtes existiert nicht zwischen Deutschland und Polen.

Es wird zwischen der beschränkten und unbeschränkten Steuerpflicht unterschieden. Sofern der Erblasser weder polnischer Staatsangehöriger war, noch seinen Wohnsitz (ständigen) auf polnischen Gebiet hatte, sind nur die Gegenstände der Erbschaftsteuer zuzuordnen, die sich in Polen befinden. Auch außerhalb Polens befindliche Vermögenswerte unterfallen der Erbschaftsteuer nur dann, wenn der Erblasser Pole war oder wenn er seinen ständigen Wohnsitz in Polen hatte.

Ähnlich wie im deutschen Erbschaftssteuergesetz ist das polnische Erbschaftsteuerrecht in Steuergruppen I bis III aufgeteilt. Die Steuertarife gehen von 3 % (Steuergruppe I) bis zu 20 % (Steuergruppe III).

Ungarn

I. IPR

II. materielles Erbrecht

III. Erbschaftsteuerrecht

I. IPR in Ungarn

Im ungarischem Recht gilt das Staatsangehörigkeitsprinzip, das heißt, auf den Erbfall findet das Recht Anwendung, das der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes innehatte. Das ungarische Erbstatut umfasst sowohl die beweglichen als auch die unbeweglichen Vermögensgegenstände und folgt somit dem Prinzip der Nachlassseinheit. Weiterverweisungen werden nicht beachtet, ein renvoi wird nur als einfache Rückverweisung beachtet.

II. materielles Erbrecht

Achtung: Ähnlich wie in Polen gibt es Besonderheiten, wenn eine ausländische natürliche oder juristische Person Eigentum an Immobilien in Ungarn erwerben möchte.

Das gesetzliche Erbrecht von Ungarn bestimmt zunächst die Kinder des Erblassers als Erben zu gleichen Teilen. Der Ehegatte erbt nur, sofern keine Abkömmlinge vorhanden sind. Neben Abkömmlingen steht dem Ehegatten ein Nießbrauchsrecht zu, welches bei erneuter Eheschließung endet.

Nur wenn weder Abkömmlinge noch ein Ehegatte vorhanden sind, erben die Eltern des Erblassers zu gleichen Teilen.

In Ungarn besteht die Möglichkeit den Nachlass durch testamentarische Erbfolge zu regeln.

Nach dem Recht von Ungarn gibt es das eigenhändige Testament, das Zweizeugen-testament und das öffentliche Testament. Letzteres gilt als öffentliche Urkunde, so dass in diese Urkunde festgelegte Tatsachen als wahr gelten. Zudem gibt es die Möglichkeit durch ein Nottestament zu testieren.

Das ungarische Recht kennt das Pflichtteilsrecht. Zum berechtigten Personenkreis gehören der Ehegatte, die Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers (sofern sie als gesetzliche Erben in Betracht kommen). Der Pflichtteil der Abkömmlinge und des Elternteils ist grundsätzlich die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Der Ehegatte erhält ein Pflichtteilsrecht je nach dem, ob er Niesbrauch oder Eigentum erbt.

III. Erbschaftssteuerrecht

Es gibt kein Doppelbesteuerungsabkommen auf dem Gebiet der Erbschaftssteuer zwischen Deutschland und Ungarn. Gegenstände, die sich in Ungarn befinden, sind der ungarischen Erbschaftssteuer unterworfen. Befindet sich Nachlass im Ausland, so unterfällt dieser Nachlass der ungarischen Erbschaftssteuerregelung, sofern in dem Staat, in welchem sich die Nachlassgegenstände befinden, eine Erbschaftssteuer nicht zu zahlen ist.

Ebenso wie im deutschen Recht ist das Erbschaftssteuerrecht in Steuerklassen eingeteilt (I bis III). Bei beweglichen Vermögen ist der Steuersatz von 11 % (Steuerklasse I) bis 40 % (Steuerklasse III) und bei Immobilien 2,5 % (Steuerklasse I) bis 30 % (Steuerklasse III)

Übungsfälle

Die Eheleute Müller setzen sich durch einen vor einem deutschen Notar geschlossenen Erbvertrag gegenseitig zu Erben ein. Herr Müller vereinbart mit seinem nichtehelichen Sohn einen Erbverzicht und zahlt hierfür 1 Mio EUR. Die Eheleute Müller ziehen nach Frankreich und kaufen dort ein Haus. In Frankreich verstirbt Herr Müller.

Hat der Sohn Rechte am Nachlass des Herrn Müller? Welche?

Wie kann Frau Müller sich wehren?

(unterstellt, Frankreich verbietet Erbverträge und Erbverzichtsverträge)