

Erbrecht

Allgemeines und Begriffsdefinitionen

Das Erbrecht wird in Art. 14 I GG garantiert, wovon einerseits das subjektive Recht auf die Freiheit des Vererbens garantiert wird, andererseits aber auch das Institut der privaten Erbfolge. Zum unantastbaren Wesensgehalt des Erbrechts gehört die Privaterbfolge und die Testierfreiheit.

- Erblasser kann nur eine natürliche Person sein, nie eine juristische Person oder eine Gesamthandsgemeinschaft.
- Erbe dagegen kann auch eine juristische Person sein, über §124 I HGB auch eine OHG oder KG. Erbfähig ist sogar ein *nichtrechtsfähiger Verein*, weil die hM entgegen der Wertung des §54 BGB nicht die Vorschriften der GbR anwendet, sondern die des (rechtsfähigen) Vereins. Ansonsten sind Gesamthandsgemeinschaften (zB GbR) aber nicht erbfähig. Sind mehrere Erben vorhanden, so bilden diese eine Erben-gemeinschaft. Erbfähig ist nur eine lebende (existierende) Person, nach §1923 II BGB aber auch eine bereits erzeugte Person. Soll eine noch nicht gezeugte Person Erbe werden, so bleibt nur die Nacherbschaft nach §2101 I BGB.
- Im Erbfall geht das Vermögen kraft Gesetz automatisch ohne weiteren Übertragungsakt auf die Erben über, auf deren Kenntnis oder Willen kommt es nicht an. Man spricht hier von „Vonselbsterwerb“.
- Nachlaß ist das vererbare Vermögen, es besteht aus Aktiva und Passiva. Grundsätzlich sind alle vermögenswerten Positionen vererbbar. Ausnahmen bestehen bei einer starken Bindung der Position an die Person des Erblassers (Nießbrauch §1061 BGB, beschränkt persönliche Dienstbarkeit, Vorstandsposition) oder bei höchstpersönlichen Rechten und Pflichten (Unterhaltspflicht). Nicht vererbbar sind daher personenbezogene Verpflichtungen (Unterhalt, Dienste, Kaufmannseigenschaft), diese erlöschen mit dem Tod des Erblassers. Zu beachten ist aber, daß Gestaltungsrechte (Anfechtung, Wandelung) trotz ihrer Unübertragbarkeit vererblich sind.
- Da nach §1922 I BGB das Vermögen als „Ganzes“ übergeht, spricht man von Gesamtrechtsnachfolge oder Universalsukzession. Der Erbe erwirbt nicht einzelne Gegenstände aus dem Nachlaß. Bei mehreren Erben ist es daher nicht möglich, daß diese mit dem Erbfall unmittelbar Eigentümer der ihnen zugesprochenen Vermögenspositionen werden. Eigentümer ist vielmehr die Erben-gemeinschaft, erst nach der Erbausein-
andersetzung werden die Erben selbst Eigentümer.

Beispiel: Erblasser hinterläßt zwei Häuser, eines soll Erbe 1 erben, das andere Erbe 2. Mit dem Erbfall wird nicht automatisch Erbe 1 Eigentümer des einen Hauses und Erbe 2 Eigentümer des anderen. Eigentümer wird vielmehr die Erben-gemeinschaft, erst nach Auseinandersetzung werden die Erben selbst Eigentümer. Hierin liegt vielmehr eine Teilungsanordnung, wie der Nachlaß zu teilen ist, oder aber ein Vorausvermächtnis.

Deshalb gibt auch das Vermächtnis nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung, §2174 BGB, der Erblasser kann nicht einzelne Gegenstände dem Vermächtnisnehmer mit dinglicher Wirkung zusprechen. Das Gesetz kennt keine Einzelrechtsnachfolge.

§§1922ff BGB Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge tritt subsidiär dann ein, wenn der Erblasser keine Erben bestimmt hat. Dies auch dann, wenn er zwar Erben bestimmt hat, diese aber nicht den gesamten Nachlaß ausschöpfen, wenn also noch ein Bruchteil übrigbleibt (Auslegungsregel §2088 II BGB, es kann sich aber auch ergeben, daß der Erblasser nur die genannten Erben als Alleinerben einsetzen wollte, dann erhöht sich deren Erbteil, §2089 BGB). Die gesetzliche Erbfolge tritt auch dann ein, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt (§1953 II BGB) oder für erbunwürdig erklärt wird (§2344 BGB), die Verfügung von Todes wegen formungültig ist (§125 BGB) oder wirksam angefochten wurde (§2078 BGB). Als *gesetzliche* Erben kommen nur Verwandte (nunmehr auch das nichteheliche Kind), der Ehegatte und der Staat in Betracht.

Die gesetzliche Erbfolge richtet sich nach dem *Parentalsystem*, dh abgestellt wird auf das gemeinsame Elternteil. Die Verwandten werden in Ordnungen eingeteilt, sog. Ordnungssystem (nicht das Gradualsystem des §1589 BGB). Solange ein Verwandter einer vorgehenden Ordnung lebt, verdrängt er die nachfolgenden Verwandten von der Erbfolge, §1930 BGB. Das bedeutet, daß die Verwandten 2., 3. und 4. Ordnung nicht erben, solange Verwandte 1. Ordnung vorhanden sind.

1. Ordnung: Abkömmlinge des Erblassers und Abkömmlinge der Abkömmlinge (Enkelkinder)
2. Ordnung: Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (Geschwister, Neffen, Nichten des Erblassers)
3. Ordnung: Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (Onkel, Tante des Erblassers)
4. Ordnung: Urgroßeltern und deren Abkömmlinge

Innerhalb der 1. Ordnung bildet jeder Abkömmling einen Stamm. Jeder Stamm erbt zu gleichen Teilen, §1924 IV BGB. Bei der 2. und 3. Ordnung werden Linien gebildet, eine mütterlicherseits und eine väterlicherseits. Innerhalb der Stämme und Linie gilt das *Repräsentationsprinzip*, dh ein lebender Abkömmling schließt seine Nachkommen von der Erbfolge aus. Lebt dieser nicht mehr, so treten seine Nachkommen an seine Stelle (*Eintrittsrecht*). Bei einer Adoption (Annahme als Kind §1741 BGB) bewirkt §1754 BGB, daß das ursprünglich nichteheliche Kind rechtlich als gemeinsames Kind der Annehmenden angesehen wird.

Bei der 3. Ordnung erben die Großeltern, sofern sie noch leben, zu gleichen Teilen. Hier ist jedoch zu beachten, daß es zwei Großelternpaare gibt, nämlich die Eltern der Mutter des Erblassers (Oma und Opa mütterlicherseits) und die Eltern des Vaters des Erblassers (Oma und Opa väterlicherseits). Wenn alle noch leben, gehört jedem also immer nur $\frac{1}{4}$ der Erbschaft.

Urgroßeltern (4. Ordnung) erben immer zu gleichen Teilen, ohne daß es auf die Linie ankommt. Leben diese nicht mehr, so erben deren Abkömmlinge, die mit dem Erblasser *gradmäßig* am nächsten verwandt sind. Hier wird das Liniensystem durch das Gradualsystem des §1589 BGB ersetzt. Der Grad bestimmt sich durch die Anzahl der vermittelnden Geburten (Kinder des Erblassers sind zB Verwandte 1. Grades, Geschwister des Erblassers sind Verwandte 2. Grades, Neffen/Nichten sind Verwandte 3. Grades).

§1931 BGB Ehegattenerbrecht

Da der Ehegatte nach §1589 BGB kein Verwandter des Erblassers ist, ist sein gesetzliches Erbrecht in §1931 BGB normiert. Voraussetzungen sind, daß der Ehegatte den Erblasser überlebt und daß zur Zeit des Erbfalls eine rechtsgültige Ehe bestand, §1933 BGB. Ein Getrenntleben ist unerheblich. Es darf aber kein rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegen (§§1564 BGB, 606ff ZPO) oder eine Eheaufhebung (§§1313ff BGB). Die §§1931, 1371 BGB gelten nur für Ehegatten, sie sind nicht analog auf Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft anwendbar, da diese eben gerade keine rechtliche Bindung wollten. Die Höhe des Ehegattenerbteils bestimmt sich danach, ob Verwandte des Erblassers vorhanden sind, welcher Ordnung sie angehören und in welchen Güterstand die Eheleute gelebt haben.

• Zugewinnngemeinschaft

1. Ordnung: $\frac{1}{4}$ (§1931 I 1) + $\frac{1}{4}$ (§§1931 III, 1371 I) = $\frac{1}{2}$

2. Ordnung: $\frac{1}{2}$ (§1931 I 1) + $\frac{1}{4}$ (§§1931 III, 1371 I) = $\frac{3}{4}$

3. Ordnung: $\frac{1}{2}$ (§1931 I 1) + $\frac{1}{4}$ (§§1931 III, 1371 I) = $\frac{3}{4}$

nur, wenn noch alle Großeltern leben, ansonsten erhält Ehegatte auch den Anteil von deren Abkömmlingen nach §§1931 I 2, 1926 III 1 BGB.

4. Ordnung: Ehegatte erbt alles, §1931 II BGB

-> Bei der Berechnung des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten wird auch vertreten, daß zunächst die normale Berechnung des Erbanteils ohne die gesetzliche Erhöhung nach §§1931 III, 1371 I BGB erfolgt. Erst danach wird dem Erbteil des Ehegatten das $\frac{1}{4}$ zugeschlagen. Dies kann bei Verwandten 3. Ordnung aber dazu führen, daß der Ehegatte alles erbt. Daher ist die hM der Ansicht, daß zuerst der Erbteil des Ehegatten voll berechnet wird, dh mit Erhöhung nach §1371 I BGB. Der verbleibende Rest ist dann unter den übrigen Verwandten aufzuteilen.

-> die Erhöhung des gesetzlichen Ehegattenerbteils nach §§1931 III, 1371 I BGB um $\frac{1}{4}$ heißt *erbrechtliche Lösung*. Der Zugewinnausgleichsanspruch des Ehegatten findet dadurch statt, daß *pauschal* der gesetzliche Erbteil um $\frac{1}{4}$ erhöht wird, ohne daß der Zugewinn selbst errechnet werden muß. Es kann für den Ehegatten aber finanziell besser sein, die Erbschaft auszuschlagen (§1953 BGB), den Pflichtteil des §2303 BGB zu verlangen und dann nach §1371 II BGB einen normalen Zugewinnausgleich stattfinden zu lassen (sog. *güterrechtliche Lösung*). Dies ist vor allem dann relevant, wenn der Ehegatte nicht gesetzlicher Erbe ist, sondern gewillkürter oder Vermächtnisnehmer. Dann nämlich würde kein Zugewinnausgleich nach §1371 BGB stattfinden, der Ehegatte würde nur das Zugeschlagene erhalten. In diesem Fall hat er zwei Möglichkeiten:

(1) Der Ehegatte kann die Erbschaft annehmen. Dann erhält er nur das vom Erblasser Zugesprochene. Nach §2305 BGB kann der Ehegatte aber, sollte dieses Zugeschlagene weniger wert sein als der gesetzliche Pflichtteilsanspruch, diesen Rest von den Miterben verlangen, ohne die Erbschaft ausschlagen zu müssen. Und hierbei ist zu beachten, daß der gesetzliche Pflichtteilsanspruch des §2305 BGB nach ganz hM den großen Pflichtteil meint, dh also den Anteil des §1931 I BGB sowie die Erhöhung des §1371 I BGB.

(2) Der Ehegatte kann die Erbschaft aber auch nach §1953 BGB ausschlagen. Dann kann er nach §1371 II BGB, da er nicht Erbe ist (Rückwirkung der Ausschlagung), den Zugewinnausgleich verlangen ebenso wie den kleinen Pflichtteilsanspruch des §2303 I 1 BGB (ohne Erhöhung durch §1371 BGB). Hierbei ist aber §1371 III BGB nötig, da dieser normiert, daß der Ehegatte auch bei Ausschlagung den Pflichtteil verlangen kann, auch wenn er ihm nach Erbrecht nicht zustehen würde. §1371 III BGB ist deshalb nötig, weil nach §2303 I 1 BGB dem Ehegatten bei einer Ausschlagung eigentlich kein Pflichtteil zustehen würde, da er ja letztwillig bedacht war und nicht enterbt wurde.

-> wichtig ist also zu beachten, daß sich bei gewillkürter Erbfolge der Erbteil des Ehegatten nicht nach §1371 BGB um $\frac{1}{4}$ erhöht. Es bleibt bei dem dem Ehegatten Zugeworbenen. Will der Ehegatte dies ändern, so kann er einerseits den Pflichtteilsrestanspruch des §2305 BGB geltend machen oder die Erbschaft ausschlagen. Die pauschale Erhöhung des Erbteils um $\frac{1}{4}$ findet immer nur bei gesetzlicher Erbfolge statt, nicht aber bei einer gewillkürten.

- **Gütertrennung**

Besonderheit bei der Gütertrennung besteht nur, wenn neben dem Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers noch vorhanden sind. Bei einem Kind erbt sowohl der Ehegatte als auch das Kind je $\frac{1}{2}$, bei zwei Kindern erben alle $\frac{1}{3}$, §1931 IV BGB. Sind drei oder mehr Kinder vorhanden, bleibt es bei der Regelung des §1931 I 1 BGB, dh der Ehegatte erhält immer das gesetzliche Minimum von $\frac{1}{4}$. Bei Verwandten 2., 3. und 4. Ordnung bleibt alles beim alten, nur daß eben kein pauschaler Zugewinnausgleich nach §§1931 III, 1371 I BGB stattfindet, da die Eheleute im Güterstand der Gütertrennung gelebt haben.

- **Gütergemeinschaft**

Es bleibt bei der Normalregelung des §1931 I, II BGB, dh der Ehegatte erbt neben Verwandten 1. Ordnung $\frac{1}{4}$, neben 2. Ordnung $\frac{1}{2}$, neben 3. Ordnung auch $\frac{1}{2}$ (+ evtl. Anteil der Abkömmlinge von Großeltern §1931 I 2), neben 4. Ordnung alles. Auch hier findet keine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch §§1931 III, 1371 I BGB statt.

(1) **der Voraus §1932 BGB**

Der Ehegatte erhält zusätzlich zum Erbteil die zum Haushalt gehörenden Gegenstände sowie die Hochzeitsgeschenke. Den Voraus kann der Ehegatte nur beanspruchen, wenn er gesetzlicher Erbe ist, also nicht, wenn er durch letztwillige Verfügung als Erbe eingesetzt wurde oder gar enterbt wurde. Auf den Voraus finden die Vorschriften über Vermächtnisse Anwendung (-> gesetzliches Vermächtnis), dh der Ehegatte hat nach §2174 BGB einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung, da es sich beim Voraus um einen gesetzlichen Fall eines Vorausvermächtnisses handelt, §2150 BGB, dh der Nachlaß wird von vornherein um dieses Vermächtnis geschmälert.

(2) **der Dreißigste §1969 BGB**

Der Dreißigste steht nicht nur Ehegatte zu, sondern allen Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit des Todesfalls zu dessen Hausstand gehörten und denen der Erblasser Unterhalt gewährte. Der Erbe tritt für die nächsten dreißig Tage in diesselbe Verpflichtung ein, dh er darf die Familienangehörigen nicht aus der Wohnung werfen und muß ihnen einen Monat lang weiter Unterhalt leisten. Auch hier handelt es sich um ein gesetzliches Vermächtnis in Form eines Vorausvermächtnisses, §2150 BGB.

§§1934ff BGB aF Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes

Nach der alten Rechtslage gab es erbrechtliche Besonderheiten für nichteheliche Kinder. Diese gab es aber nur im Verhältnis zum Vater, wenn noch eheliche Kinder vorhanden waren. In Bezug auf die Mutter des nichtehelichen Kindes gab es keine Besonderheiten, es war mit ihr verwandt und folglich erbt es nach §1924 BGB zu gleichen Teilen neben anderen ehelichen Kindern. Väterlicherseits war dies nicht so: waren neben dem nichtehelichen Kind auch noch eheliche des Vaters vorhanden, so wurde das nichteheliche Kind nicht zu gleichen Teilen Erbe, es war vielmehr nach §1934a BGB aF auf einen *schuldrechtlichen* Erbersatzanspruch beschränkt. Dies wurde mit dem Erbrechtsgleichstellungsgesetz ersatzlos gestrichen, dh auch das nichteheliche Kind erbt gleichberechtigt neben den ehelichen Kindern beim Tod des Vaters.

Gewillkürte Erbfolge

Die Testierfreiheit wird als Wesenskern (Art. 19 II GG) durch Art. 14 I GG garantiert und auch von Art. 2 I GG geschützt. Dies wird auch bei §2302 BGB deutlich, da jede schuldrechtliche Verpflichtung, die die Testierfreiheit einschränkt, nichtig ist. Auch bestimmt der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung nur persönlich errichten kann (§2064 BGB, sog. formelle Höchstpersönlichkeit), und daß er auch die Bestimmung des Inhalts oder der Person des Erben nicht einem anderen überlassen kann (§2065 BGB, sog. materielle Höchstpersönlichkeit). Als letztwillige Verfügungen gibt es das Testament, den Erbvertrag und das gemeinschaftliche Ehegattentestament. Diese unterscheiden sich in ihrer Bindungswirkung. Das Testament ist jederzeit grundlos widerrufbar, der Erbvertrag dagegen idR nicht. Beim gemeinschaftlichen ist ein Widerruf zu Lebzeiten beider Ehegatten möglich.

§§2064ff, 2229ff BGB Testament

Für ein wirksames Testament müssen verschiedene Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen:

(1) **Testierfähigkeit**

Die Testierfähigkeit beginnt mit Vollendung des 16. Lebensjahres, es können also auch Minderjährige ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nach §2229 I, II BGB ein Testament errichten. Hier ist jedoch zu beachten, daß sie dies nicht in der normalen Form des §2247 BGB können, sondern nach §2233

I BGB nur durch *mündliche Erklärung* gegenüber einem Notar oder durch Übergabe einer *offenen* Schrift an einen Notar, §2232 BGB. Dies deshalb, weil den Minderjährigen der fachkundige Rat einer Amtsperson zukommen soll. Die Errichtung eines eigenhändigen Testaments ist daher nach §2247 IV BGB nicht möglich.

Auch eine Person, die Geschriebenes nicht lesen kann, darf nach §2247 IV BGB das Testament nicht eigenhändig errichten, sondern muß nach §2233 II BGB eine mündliche Erklärung vor einem Notar nach §2232 BGB abgeben. Für eine stumme oder sprachbehinderte Person gilt nach §2233 III BGB das Erfordernis der Schriftübergabe an einen Notar nach §2232 BGB. Personen, die sowohl lese- als auch sprachunfähig sind, könnten daher ein Testament nicht errichten, da sie weder gegenüber dem Notar eine mündliche Erklärung abgeben noch eine selbst verfaßte Schrift überreichen können. Dieser generelle Ausschluß von der Testierfähigkeit verstößt aber nach dem BVerfG gegen Art. 14 I GG (Erbrechtsgarantie), gegen Art. 3 I GG sowie gegen das Benachteiligungsverbot für Behinderte nach Art. 3 III GG. Eine Verletzung des Art. 3 I GG durch den Gesetzgeber liegt deshalb vor, weil er schreibunfähige Stumme beim Testament anders behandelt als bei der Geschäftsfähigkeit, es findet also eine unsachliche Differenzierung zwischen Geschäften unter Lebenden und unter Toten statt. §31 BeurkG verstößt nach Ansicht des BVerfG gegen das GG, es findet eine entsprechende Anwendung des §24 BeurkG statt, dh es muß eine Vertrauensperson hinzugezogen werden, die sich mit dem schreibunfähigen Stummen verständigen kann. Auch ist es nach dem BVerfG nicht einzusehen, warum ein verheirateter schreibunfähiger Ehegatte nach §2276 II BGB einen Erbvertrag schließen kann (hier gilt §24 BeurkG direkt, da die Vorschriften über den Ehevertrag §1410 BGB anzuwenden sind und daher die §§22ff BeurkG gelten), ein nicht verheirateter schreibunfähiger Stumme aber kein Testament errichten kann (hier gelten die Besonderheiten der §§27ff BeurkG für Verfügungen von Todes wegen).

(2) Testierwille

Als Wirksamkeitsvoraussetzung für ein Testament muß ein ernsthafter Testierwille vorliegen. Relevant kann dies bei der Unterscheidung zwischen Testament und bloßen Testamentsentwurf sein.

(3) Form

- nach §2247 BGB muß der Erblasser bei eigenhändigen Testamenten den gesamten Text eigenhändig schreiben und unterschreiben. Die Angabe von Zeit und Ort der Errichtung nach §2247 II BGB ist nicht zwingend, wie sich aus §2247 V BGB ergibt. Die Zeit- und Ortangabe ist nach §2247 V BGB nur dann ein Wirksamkeitserfordernis, wenn davon die Gültigkeit des Testaments abhängt (zB läßt sich ohne Datum nicht mehr klären, ob der Erblasser zu dieser Zeit schon geisteskrank war oder ob das Testament durch ein späteres wirksam widerrufen wurde).

Sowohl Sprache, Schreibgerät und Träger des Testaments sind irrelevant, es darf sich nur nicht um mechanische Schreibgeräte handeln (Schreibmaschine, PC). Auch eine Schreibhilfe durch eine fremde Person ist zulässig, solange diese nur unterstützend tätig wird (Führung der Hand des Erblassers). Ein formnichtiges Testament könnte aber nach §141 I BGB bestätigt werden (zB Minderjähriger liest sich bei Eintritt der Volljährigkeit sein fehlerhaftes Testament nochmals durch und findet es in Ordnung). Die Bestätigung eines formnichtigen Testaments kann aber nur durch eine *erneute* formgültige Vornahme erfolgen, das Testament muß also neu errichtet werden.

- beim öffentlichen Testament nach §2232 BGB wird das Testament durch mündliche Erklärung oder durch Schriftübergabe beim Notar ersetzt. Bei der Übergabe der Schrift ist zu beachten, daß diese auch durch einen Dritten verfaßt worden sein kann, da die Höchstpersönlichkeit nicht in der Herstellung der Schrift, sondern in der Übergabe liegt. Der Dritte, der das Testament verfasst hat, ist dabei nicht von einer Zuwendung ausgeschlossen. Die Schrift kann daher auch mechanisch erfolgen. Bei der Übergabe der Schrift ist es also irrelevant, ob der Erblasser das Testament geschrieben, gelesen oder unterschrieben hat.

Bei der mündlichen Erklärung findet dann eine Niederschrift mit dem notwendigen Inhalt nach §§9, 30 BeurkG statt. Nach §13 BeurkG wird die Niederschrift dem Erblasser vorgelesen, dies ist Wirksamkeitsvoraussetzung. Anschließend wird das Testament nach §34 I BeurkG in besondere amtliche Verwahrung beim zuständigen AG (§2258a BGB) gegeben.

- Außerordentliche Testamente (§§2249-2251 BGB) gewähren Formerleichterungen, gelten aber dann nicht mehr, wenn seit der Errichtung 3 Monate vergangen sind und der Erblasser immer noch lebt, da dann wahrscheinlich ist, daß der Notfall vorüber ist und der Erblasser sich besonnen entscheidet. Fraglich ist, ob die Errichtung eines Nottestaments auch durch einen Minderjährigen möglich ist. Ein Minderjähriger soll durch eine rechtliche Beratung einer Amtsperson abgesichert werden. Beim Nottestament vor dem Bürgermeister ist dies nach §2249 I 4 BGB der Fall, da auf §§2233 BGB verwiesen wird und der Bürgermeister an die Stelle des Notars tritt. Beim Nottestament vor 3 Zeugen nach §2250

BGB wird dagegen nicht auf §2233 BGB verwiesen, so daß hier keine Beratung erfolgt und somit der Minderjährige auch das Nottestament nach §2250 BGB nicht errichten kann.

(4) Höchstpersönlichkeit §§2064, 2065 BGB

Bei einer letztwilligen Verfügung ist eine Stellvertretung nach §164 BGB nicht zulässig, ein Verstoß führt zur Nichtigkeit nach §134 BGB, da gegen das gesetzliche Verbot der §§2064, 2065 BGB verstoßen wurde. Auch eine Heilung durch nachträgliche Genehmigung ist nicht möglich. Der Erblasser muß also die Verfügung höchstpersönlich vornehmen (formelle Höchstpersönlichkeit) und darf weitere Bestimmungen bzgl. Erben und Erbschaftsgegenstände nicht Dritten überlassen. Es soll keine Stellvertretung *im Willen des Erblassers* möglich sein. Zu beachten ist hier aber, daß bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments nach §2232 BGB bei der Übergabe einer Schrift diese nicht zwingend vom Erblasser selbst geschrieben sein muß, da die Verfügung nicht in der Herstellung der Schrift, sondern in der Übergabe an den Notar liegt.

Nach §2065 I BGB ist es dem Erblasser untersagt, einen Dritten zu bestimmen, der über die Gültigkeit der Verfügung entscheiden darf. Nach §2065 II BGB ist es ebenso untersagt, daß der Dritte die Person des Erben oder des Gegenstands der Zuwendung bestimmen darf. Dies gilt jedoch nur für die Erbeinsetzung, nicht aber für das Vermächtnis (§§2151-2154 BGB), Auflagen (§§2192, 2193 BGB) oder für die Ernennung von Testamentvollstreckern (§§2198, 2200 BGB). Auch macht die Rechtsprechung weitere Ausnahmen vom Verbot des §2065 II BGB dann, wenn zwar ein Dritter über die letztwillige Verfügung bestimmen darf, dies aber nur innerhalb eines objektiv vom Erblasser vorgegebenen Rahmens, der so genau ist, daß dem Dritten kein Ermessensspielraum zukommt. §2065 II BGB soll nämlich nur eine Stellvertretung im Willen des Erblassers verbieten, daher ist die Bestimmung eines Dritten dann zulässig, wenn der Wille des Erblassers exakt bestimmt ist (zB Dritter soll bestimmen, welcher von beiden Söhnen zuerst das Abitur geschafft hat). Sobald dem Dritten aber ein Ermessensspielraum zukommt, greift das Verbot des §2065 BGB.

Zulässig ist aber die Anordnung, daß diejenigen Erben werden sollen, die ein anderer zu seinen Erben einsetzt. Auch zulässig ist die Bestimmung, daß ein Dritter entscheiden soll, ob eine Bedingung für den Erbfall eingehalten oder erfüllt wurde. Denn in diesen Fällen bestimmt der Dritte nicht etwas, was eigentlich der Erblasser zu bestimmen hätte, sondern der Dritte tritt lediglich als ein *Schiedsrichter* auf.

(5) keine Nichtigkeitsgründe

Die Nichtigkeit des Testaments kann sich aus einem Verstoß gegen zwingende Formvorschriften ergeben oder bei mangelnder Testierfähigkeit. Auch wenn ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift nach §134 BGB vorliegt, zB §14 HeimG (Personal eines Altenheims läßt sich Geldvorteile versprechen), ist das Testament nichtig. Die Sittenwidrigkeit eines Testaments nach §138 BGB ist selten: zB ist ein Geliebtentestament nur dann sittenwidrig, wenn dadurch *ausschließlich* die geschlechtliche Hingabe belohnt und gefördert wurde. Sobald aber andere Motive hinzutreten, ist das Geliebtentestament zulässig. Ansonsten ist ein Testament nach §138 BGB dann sittenwidrig, wenn der Erblasser durch das Testament einen nicht billigen Druck auf andere Personen ausüben will.

Normalerweise ist ein geheimer Vorbehalt nach §116 BGB unbeachtlich, da andere Personen Vertrauensschutz genießen. Da dieser Vertrauensschutz beim Testament entfällt, ist bei einem geheimen Vorbehalt das Testament mangels Testierwille nichtig. Dies auch bei einem Scheintestament §117 I BGB analog (weil §117 BGB dem Wortlaut nach nur für empfangsbedürftige WE gilt), ebenso wie bei einem Scherztestament nach §118 BGB. Eine Teilnichtigkeit führt nach §2085 BGB nicht zur Nichtigkeit des gesamten Testaments außer es liegt ein entsprechender Wille des Erblassers vor.

(6) Klausurprobleme

- Ein Blaupausentestament genügt dem Formerfordernis der Eigenhändigkeit des §2247 I BGB, weil die Eigenhändigkeit der sicheren Feststellung der Identität des Erblassers dient und diesem Erfordernis bei einer Blaupause Genüge getan ist, da die individuellen Schriftzüge des Erblassers direkt durchgepaust werden. Meist soll ein Blaupausentestament aber nur eine Testamentsabschrift darstellen.
- Eine Bezugnahme in einem Testament auf andere Schriftstücke ist nur zulässig, wenn auch diese dem Formerfordernis des §§2247 BGB entsprechen. Ansonsten ist eine Bezugnahme nur zulässig, wenn sie lediglich der näheren Erläuterung dient, sonst aber keine relevanten Auswirkungen auf Inhalt und Umfang der Erbfolge hat („Bibliothek“ verweist auf Bestandsverzeichnis der Bücher).
- Die Unterschrift dient sowohl der Identitätsfeststellung als auch der Abschlußfunktion. Nach §2247 II BGB muß nicht mit Vor- und Nachnamen unterschrieben werden, es genügt auch ein Kosenamen oder die Initialen, sofern eine ausreichende Feststellung der Urheberschaft gesichert ist. Da die Unterschrift auch Abschlußfunktion hat, muß sie am Ende des Textes stehen, zulässig ist auch eine Unterschrift quer am Rande des Textes. Spätere Änderungen müssen nicht erneut unterschrieben werden, wenn sie räumlich so eingefügt werden können, daß sie über der Unterschrift stehen. Eine

PS:-Anfügung nach der Unterschrift ist daher nichtig. Auch die Selbstbenennung am Anfang des Textes (zB Ich, Andreas Heim, bestimme...) hat keine Abschlußfunktion. Die Selbstbezeichnung am Ende des Textes (Dies ist der letzte Wille des Andreas Heim) stellt dagegen eine wirksame Unterschrift dar. Bei mehrseitigen Testamenten genügt die Unterschrift auf dem letzten Blatt. Eine Unterschrift nur auf dem verschlossenen Umschlag genügt dann, wenn dieser Unterschrift keine eigenständige Bedeutung zukommt (es dürfen also keine Anweisung auf dem Umschlag stehen), da sie dann in einem inneren Zusammenhang zum Testament stehen. Wenn der Umschlag nicht verschlossen ist, kommt der Unterschrift wegen der aufhebbaren Verbindung keine Abschlußfunktion zu.

- Höchstpersönlichkeit §§2064, 2065 BGB: bei der Vor- und Nacherbschaft ist es zulässig, daß der Nacherbe unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt wird. Tritt diese Bedingung ein, so wird der Vorerbe zum Vollerben. Häufig ist die Bestimmung, daß die Nacherbschaft davon abhängig gemacht wird, daß der Vorerbe den genannten Nacherben auch wirklich zu seinem Erben einsetzt:

Beispiel: A setzt B als Vorerben ein und dessen Sohn C als Nacherben unter der Bedingung, daß C auch wirklich Erbe des B wird. Verfügt B nun in einem Testament, daß nicht C, sondern D Alleinerbe werden soll, *und stirbt B*, so tritt die auflösende Bedingung *rückwirkend* ein, B war von Anfang an Vollerbe, womit D alles erbt.

§2065 II BGB steht dieser auflösenden Bedingung nicht entgegen, die Zulässigkeit der Bedingung einer Nacherbschaft ergibt sich aus §2108 II 2 BGB. Die Eintritt der Nacherbschaft ist zwar vom Willen des Vorerben abhängig (bei einer anderweitigen Verfügung von Todes wegen), er verfügt aber nicht über das Vermögen des Erblassers, sondern über sein eigenes. Daß dies auch Auswirkungen auf die Erbfolge des Erblassers hat, ist irrelevant. Ein Verstoß gegen §2065 II BGB läge nur dann vor, wenn der Vorerbe einfach eine andere Person *als Nacherben* bestimmen könnte. Hier schließt er aber durch eine anderweitige Verfügung von Todes wegen die Nacherbschaft vollständig aus, er bestimmt also nicht eine Person, die die Zuwendung erhalten soll.

§§2253ff BGB Widerruf eines Testaments

Nach §2253 BGB kann ein Testament im Ganzen oder nur einzelne Verfügungen jederzeit widerrufen werden, eine Verpflichtung zur Unwiderruflichkeit ist nach §2302 BGB nichtig. Da ein Testament keine Bindungswirkung entfaltet, haben die genannten Erben auch kein Anwartschaftsrecht, sondern nur eine bloße Erwerbsaussicht. Der Widerruf eines Testaments ist durch unterschiedliche Weise möglich:

(1) Widerruf durch Testament §2254 BGB

Der Widerruf kann nach §2254 BGB durch die Errichtung eines Widerrufstestaments erfolgen, dabei ist die Bezeichnung irrelevant. Die Einhaltung derselben Form ist nicht erforderlich, der Widerruf eines notariellen Testaments kann daher auch privatschriftlich erfolgen. Dieses Widerrufstestament kann nach §2257 BGB auch wieder widerrufen werden. Dann lebt im Zweifel das Ausgangstestament wieder auf. Der Widerruf des Widerrufs nach §2257 BGB ist aber nur bei §2254 BGB möglich. Der Widerruf durch Testament dient dazu, ein Testament „aufzuheben“, mit dem Widerruf liegt überhaupt kein Testament mehr vor. Dies ist beim Widerruf durch eine späteres Testament (§2258 BGB) anders, hier gilt das spätere Testament.

(2) Widerruf durch Vernichtung §2255 BGB

Der Widerruf kann auch dadurch erfolgen, daß der Erblasser das Testament in der Absicht, es aufzuheben, vernichtet oder verändert. Wenn eine Vernichtung oder Veränderung durch den Erblasser selbst erfolgt, wird diese Absicht nach §2255 S. 2 BGB gesetzlich vermutet (§292 ZPO). Wurde das Testament versehentlich vernichtet, bleibt es wirksam (aber Beweisschwierigkeiten). Zu beachten ist, daß auch die Vernichtung oder Veränderung eine letztwillige Verfügung darstellt und daher der Erblasser noch testierfähig sein muß. Nicht erforderlich ist hier die Eigenhändigkeit, das Testament kann daher auch durch einen Dritten mit Willen des Erblassers vernichtet werden (eine spätere Billigung der Vernichtung durch einen Dritten genügt aber nicht!).

Strittig ist die Behandlung von Annullierungs- oder Ungültigkeitsvermerken. Eine mM fordert für eine Veränderung, daß der Urkundentext selbst verändert wird. Dies geht aber zu weit, deshalb reicht nach hM für eine Veränderung iSd §2255 BGB ein sog. Ungültigkeitsvermerk aus. Ein Veränderung liegt dann vor, wenn jedem Betrachter sofort ersichtlich wird, daß die Urkunde oder ein Teil davon nicht mehr gelten soll. Da diese Veränderung auch nicht in der Form eines Testaments erfolgen muß, genügt der bloße Vermerk, *eine Unterschrift ist nicht erforderlich*.

Beispiel: Unterhalb der Unterschrift wird später der Vermerk gesetzt, genannter X soll doch nicht erben. Dies ist ersichtlich eine Veränderung des vorgehenden Textes, daher wurde die einzelne Verfügung bzgl. X wirksam nach §2255 BGB widerrufen. Eine Unterschrift ist nicht erforderlich.

(3) Widerruf durch Rücknahme aus Verwahrung §2256 BGB

Auch die Rücknahme eines notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung *gilt* als Widerruf. Auf den Willen des Erblassers kommt es hierbei nicht an, daher ist er auch über die Folgen der Rücknahme aufzuklären. Auch die Rücknahme erfordert als letztwillige Verfügung die Testierfähigkeit.

(4) Widerruf durch späteres Testament §2258 BGB

Der Widerruf kann auch konkludent durch die spätere Errichtung eines neuen Testaments erfolgen. Dadurch werden die Verfügungen des früheren Testaments *insoweit* unwirksam, als sie dem späteren Testament widersprechen. Wird das spätere Testament widerrufen, so lebt nach §2258 II BGB das frühere wieder auf. Die Wirkung des §2258 I BGB ist gesetzliche Rechtsfolge und kein Rechtsgeschäft, daher vom Willen des Erblassers unabhängig.

Testamentsauslegung

Oft bestehen bezüglich des Inhalts eines Testaments Unklarheiten über den Willen des Erblassers. Hier gibt es mehrere Auslegungsregeln:

(1) Erläuternde Auslegung

Zunächst ist nach §133 BGB der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen, ohne daß am Wortlaut der Erklärung gehaftet wird. Es kann sogar ein eindeutig entgegenstehender Wortlaut durch die Auslegung beseitigt werden. Anders als bei der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont ist bei einem Testament §157 BGB nicht heranzuziehen, da es sich um eine *einseitige, nicht empfangsbedürftige* Willenserklärung handelt und kein schutzwürdiger Adressat vorliegt. Nur bei Erbverträgen und wechselbezüglichen Verfügungen ist auch auf die Auffassung des Vertragspartners abzustellen, §157 BGB. Bei der Erforschung des wirklichen Willens sind alle Umstände heranzuziehen, nicht nur diejenigen, die sich aus der Urkunde ergeben.

-> steht der wirkliche Wille fest, so ist dann aber fraglich, ob er auch eine ausreichende Stütze im Testament gefunden hat. Wenn dies nicht der Fall ist, so ist dieser Wille nämlich wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Form nichtig und unbeachtlich (*Andeutungstheorie*).

Beispiel: Erblasser E hat zwei Häuser und will je eines an seine Töchter A und B vererben. Im Testament ist erwähnt, „...damit beide Töchter versorgt sind, erbt A Haus in München...“. Die Tochter B vergißt er aber. Steht fest, daß der Erblasser je ein Haus vererben will, findet diese erläuternde Auslegung auch eine Stütze im Testament, da *beide* Töchter versorgt sein sollen.

(2) Ergänzende Auslegung

Eine ergänzende Auslegung findet dann statt, wenn sich Lücken des Testaments dadurch ergeben, daß sich die rechtlichen oder tatsächlichen Umstände durch Zeitablauf verändert haben. Dann ist der hypothetische Wille des Erblassers zu erforschen. Aber auch dieser muß nach der Andeutungstheorie eine ausreichende Stütze im Testament finden, sonst ist er wegen Formmangels nichtig. Dies ist zB dann der Fall, wenn der Erblasser als Alleinerbin „seine Ehefrau“ einsetzt, dieser aber vorher stirbt und der Erblasser wieder heiratet. Dann liegt aufgrund der Wiederheirat eine persönliche Veränderung durch Zeitablauf vor. Es könnte sein, daß der hypothetische Wille des Erblassers *zur Zeit der Testamentserrichtung* meint, daß immer die *jeweilige* Ehefrau Alleinerbin sein soll. Gegen eine Vererbung an die jeweilige Ehefrau sprechen aber die Umstände.

(3) Gesetzliche Auslegungsregeln

Die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§2066ff, 2087ff BGB kommen nur dann zur Anwendung, wenn sich der wirkliche Wille des Erblassers nicht exakt bestimmen läßt.

(4) Wohlwollende Auslegung

Die wohlwollende Auslegung des §2084 BGB greift dann, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten vorliegen. Dann ist im Zweifel diejenige vorzuziehen, bei der die Verfügung des Erblassers Erfolg hat.

§§2078ff BGB Testamentsanfechtung

Die Testamentsanfechtung hat wegen des weitgehenden Vorrangs der Testamentsauslegung nur geringfügige Bedeutung. Anfechtbar ist immer nur eine einzelne Verfügung in einem Testament, nie das gesamte Testament selbst. §2078 I BGB regelt den Erklärungs- und Inhaltsirrtum, §2078 II BGB erklärt jeden Motivirrtum für beachtlich. §2078 I BGB fordert nicht wie §119 I BGB eine „verständige Würdigung des Falls“, es kommt daher nicht auf eine objektive Sichtweise an, sondern nur auf den Erblasserwillen. Strittig ist beim Motivirrtum, ob auch die Nichtkenntnis eines Umstandes genügt oder ob ein positiver Irrtum vorliegen muß:

- Teile der Literatur lassen auch die Nichtkenntnis eines Umstandes für einen Motivirrtum ausreichend, da auch hier der Erblasser anders gehandelt hätte, wenn er vom Vorliegen des Umstandes gewußt hätte.
- die hM dagegen fordert für einen Motivirrtum eine bewußte Fehlvorstellung. Sie läßt ein Nichtwissen nur dann ausnahmsweise geltend, wenn der Erblasser vom Vorliegen dieses Umstands wie selbstverständlich ausging.

Eine Nennung der arglistigen Täuschung bedarf es nicht, da hier schon ein Irrtum des Erblassers nach §2078 I BGB vorliegt. Die widerrechtliche Drohung ist in §2078 II BGB geregelt. §2079 ist ein Sonderfall des Motivirrtums, er regelt die Anfechtbarkeit einer Verfügung, wenn der Erblasser einen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, und er diesen nicht gekannt hat (eine Kausalität ist nicht erforderlich, denn wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten auch bei Kenntnis übergangen hätte, ist §2079 BGB wegen des Vorrangs der Erblasserwillens ohnehin nicht begründet).

Anfechtungsberechtigt ist nach §2080 BGB derjenige, dem die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zugute kommen würde. Die Anfechtung einer Erbeinsetzung erfolgt nach §2081 BGB gegenüber dem Nachlaßgericht, die Anfechtung aller anderen Verfügungen erfolgen nach §143 IV gegenüber dem Bevorteilten. Die angefochtene Verfügung ist nach §142 I BGB rückwirkend nichtig, dies berührt nach §2085 BGB aber nicht das Testament im Ganzen. Nur bei einer Anfechtung nach §2079 BGB ist das gesamte Testament nichtig.

§§2265ff BGB gemeinschaftliches Testament

Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden, nicht von Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft. Hierfür muß noch eine formgültige Ehe vorliegen, ansonsten gelten die Wirkungen des §2268 BGB, dh die Verfügungen, die den ehemaligen Ehegatten betreffen, sind nach §2077 BGB unwirksam. Das gemeinschaftliche Testament bleibt aber ein Testament, dh es gelten die allgemeinen Vorschriften, außer die §§2265ff BGB regeln Abweichendes. Das gemeinschaftliche Testament kann in jeder Form errichtet werden, §2267 BGB bringt insoweit eine Formerleichterung, als es genügt, daß ein Ehegatte das Testament schreibt und es von beiden unterschrieben wird. Wesensinhalt des gemeinschaftlichen Testaments ist der *Errichtungszusammenhang*, also der gemeinsame Entschluß der Ehegatten. Bei öffentlichen Testamenten liegt dieser schon in der gemeinsamen Niederschrift, auch bei einem Testament in einer Urkunde nach §2267 BGB ist dieser zweifelsfrei gegeben. Der Errichtungszusammenhang kann nur dann problematisch sein, wenn jeder Ehegatte in einem eigenen getrennten Testament verfügt:

- nach der früheren objektiven Theorie liegt kein gemeinschaftliches Testament vor, dieses erfordert eine einheitliche Urkunde.
- nach der subjektiven Theorie kommt es nur auf den Willen der Erblasser an, ob sie gemeinschaftlich errichten wollten.
- herrschend ist aber eine vermittelnde Theorie, dh es muß sowohl der Wille zur gemeinsamen Testierung vorliegen und dieser muß auch aus beiden Urkunden hervorgehen (zB durch „Wir erklären...“, beiderseitige Bezugnahme...). Dies bestimmt die Andeutungstheorie, da jeder Wille wegen der Formerfordernisse auch eine schriftliche Stütze im Testament finden muß. Eine gegenseitige Erbeinsetzung auf getrennten Urkunden genügt daher alleine noch nicht für die Annahme eines gemeinschaftlichen Testament. Bei zwei eigenhändig geschriebenen und *einzel*n unterschriebenen Testamenten auf *einer* Urkunde ist von einem gemeinsamen Testament auszugehen, da subjektiv der Wille angenommen wird und objektiv die gemeinsame Urkunde für den Erklärungszusammenhang spricht. Die gemeinsame Unterschrift beider Eheleute muß aber die gesamte gemeinschaftliche Verfügung (räumlich) abdecken, es ist also nicht möglich, in der Form des §2267 BGB ein Testament zu errichten, in dem der Ehemann nur seine Verfügung unterschreibt und die Ehefrau nur ihre; es ist dann aber eine Umdeutung möglich, es liegen zwei eigenhändige Testamente in der Form des §2247 BGB vor, die gegenseitig Bezug auf die jeweils andere Verfügung nehmen. Eine Umdeutung in §2247 BGB ist aber nur dann möglich, wenn auch jeder Ehegatte seine Verfügung selbst eigenhändig geschrieben hat.

(1) Widerruflichkeit wechselbezüglicher Verfügungen

Da das gemeinschaftliche Testament immer noch ein Testament darstellt, können Verfügungen nach §§2253ff BGB jederzeit widerrufen werden. Für die *wechselbezüglichen* Verfügungen gelten allerdings

die Einschränkungen der §§2270, 2271 BGB. Eine wechselbezügliche Verfügung kann nach §2270 III BGB nur eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage sein. Wechselbezüglichkeit liegt dann nach §2270 I BGB vor, wenn anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre. Dieser Wille der Ehegatten ist durch Auslegung zu ermitteln, erst bei Zweifeln greift die Regelung des §2270 II BGB. Liegt Wechselbezüglichkeit vor, so hat die Nichtigkeit einer Verfügung auch die Nichtigkeit der anderen zur Folge. Die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen beschränkt aber nicht das Recht, zu Lebzeiten frei über den gebundenen Gegenstand zu verfügen. Wegen der erbvertragsähnlichen Bindung sind dann aber §§2286, 2287 BGB analog heranzuziehen (§2287 BGB beeinträchtigende Schenkung).

Fraglich sind die sog. *einseitigen wechselbezüglichen Verfügungen*, bei denen nur ein Ehegatte seine Verfügung von der des anderen Ehegatten abhängig macht, der andere aber nicht. Die hM wendet §§2270, 2271 BGB entsprechend an, dh die Nichtigkeit einer Verfügung zieht nur dann die Nichtigkeit auch der anderen Verfügung mit sich, wenn diese von der anderen abhängig gemacht wurde.

Beispiel: Ehemann setzt Frau nur dann als Alleinerbin ein, wenn auch sie ihn zum Alleinerben einsetzt.

Die Frau setzt den Ehemann als Alleinerben ein, dies aber unabhängig davon, ob er sie zum Alleinerben einsetzt. Die Nichtigkeit der Verfügung der F würde auch die Nichtigkeit der Verfügung des E nach sich ziehen, §2270 BGB. Die Nichtigkeit der Verfügung des E würde umgekehrt aber nicht auch zur Nichtigkeit der Verfügung der F führen, weil diese E unabhängig von seiner Verfügung zum Alleinerben eingesetzt hat.

- Zu *Lebzeiten* ist der Widerruf einer wechselseitigen Verfügung nach §2271 I 1 BGB nur in der Form des §2296 BGB möglich, dh durch notarielle Beurkundung der Widerrufserklärung gegenüber dem anderen Ehegatten. Stirbt dieser vor Zugang, ist der Widerruf nach §130 II BGB dennoch wirksam. Es ist aber auch ein wirksamer Widerruf durch beide Ehegatten möglich, zB durch Errichtung eines neuen gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrags.
- *Nach dem Tod* eines Ehegatten ist die Widerruflichkeit erschwert, der andere Ehegatte ist an die Verfügung gebunden, §2271 II BGB. Es werden jedoch Ausnahmen von dieser Bindungswirkung gemacht:
 - * das gemeinschaftliche Testament enthält die Möglichkeit eines Widerrufs (Freizeichnungsklausel)
 - * der Ehegatte schlägt das ihm Zugewandte aus, §2271 II 1 BGB
 - * der bedachte Dritte fällt weg, weil er vorverstorben ist oder einen Erbverzichtsvertrag geschlossen hat
 - * der bedachte Dritte macht sich einer Verfehlung nach §§2294, 2333ff BGB schuldig, §2271 II 2 BGB
 - * die Ehe ist nichtig und damit nach §2068 BGB auch das gemeinschaftliche Testament
 - * wenn die wechselbezügliche Verfügung wirksam angefochten wurde

(2) Anfechtbarkeit

Eine Anfechtbarkeit von Verfügungen durch die Erblasser selbst ist ausgeschlossen, da diese die Möglichkeit zum Widerruf haben. Eine Anfechtungsmöglichkeit kann sich nur nach dem Tod der Ehegatten ergeben. So kann der überlebende Ehegatte seine eigenen Verfügungen nur nach den für den Erbvertrag geltenden Vorschriften der §§2281, 2078 BGB analog anfechten, die Verfügungen des verstorbenen Ehegatten können normal nach §2078 BGB angefochten werden. Die eigene angefochtene Verfügung ist nach §142 I BGB nichtig, die wechselbezügliche des Ehegatten nach §2270 I BGB.

(3) Berliner Testament §2269 BGB

Setzen sich Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Erben ein und bestimmen sie, daß nach dem Tod des überlebenden Ehegatten ein Dritter erben soll, so gibt es hierfür mehrere Auslegungsmöglichkeiten:

• Trennungsprinzip

Der überlebende Ehegatte könnte nur Vorerbe (§§2100ff BGB) sein und der Dritte soll als Nacherbe eingesetzt werden. Trennungsprinzip deshalb, weil in diesem Fall zwischen zwei Vermögensmassen zu unterscheiden ist. Das Vermögen des Erstversterbenden geht zunächst an den überlebenden Ehegatten als Vorerben. Diesen treffen die Verfügungsbeschränkungen der §§2113-2115 BGB. Mit dem Tod des letzten Ehegatten erbt der Dritte das Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten als Nacherbe, das Vermögen des anderen Ehegatten erbt er aber als Vollerbe. Bei angeordneter Nacherbschaft wird der Nacherbe nämlich nicht Erbe des Vorerben, sondern Erbe des Erstverstorbenen.

• Einheitsprinzip

Mit dem Tod des ersten Ehegatten wird der andere überlebende Ehegatte Vollerbe, die Verfügungsbeschränkungen der §§2113-2115 BGB gelten nicht, da keine Vor- und Nacherbschaft angeordnet wurde, sondern Voll- und Schlußerbschaft. Die Rechtsprechung wendet aber die Schutzvorschriften der

§§2287, 2288 BGB analog an (beeinträchtigende Schenkung). Nach dem Tod des überlebenden Ehegatten wird der Dritte Schlußerbe, er erbt die *einheitliche* Vermögensmasse des letzten Ehegatten, die sowohl aus dem Vermögen des ersten Ehegatten besteht als auch aus dem eigenen Vermögen des letzten Ehegatten.

-> welche Regelung anzuwenden ist, ist durch erläuternde Auslegung zu ermitteln; erst bei Zweifel greift die Regelung des §2269 I BGB, der das Einheitsprinzip anordnet (Berliner Testament).

(4) Umdeutung

Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Eheleuten errichtet werden. Für Nichteheleute besteht aber nach §140 BGB die Möglichkeit einer Umdeutung in zwei Einzeltestamente nach §2247 BGB, sofern für jede Verfügung die Formerfordernisse gewahrt sind. Strittig ist aber, ob auch wechselbezügliche Verfügungen umgedeutet werden können:

- Nach einer Ansicht soll dies nicht möglich sein, da wechselbezügliche Verfügungen nur nach §§2265ff BGB möglich sind und §2265 BGB ein Verbot diesbezüglich für Nichtehegatten ausspricht.
- Nach hM jedoch ist auch eine Umdeutung wechselbezüglicher Verfügungen möglich, §2265 BGB stellt kein Verbot wechselbezüglicher Verfügungen dar, sondern nur eine Klarstellung, daß die §§2266ff BGB nur für Eheleute gelten. Die eingeschränkte Widerruflichkeit einer umgedeuteten wechselbezüglichen Verfügung ergibt sich daher nicht aus §§2270, 2271 BGB, sondern aus §§158ff BGB, sofern eine Auslegung einen Willen diesbezüglich ergibt.

(5) Klausurrelevante Probleme

- Pflichtteilsanspruch

Bei einem Berliner Testament werden die sonstigen gesetzlichen Erben übergangen, da nur der andere Ehegatte als Erbe eingesetzt wird. Die übergangenen gesetzlichen Erben könnten ihren Pflichtteilsanspruch gegen den überlebenden Ehegatten geltend machen. Sind zB die Kinder der Eheleute als Schlußerben eingesetzt, so könnten diese beim Tod des ersten Ehegatten ihren Pflichtteilsanspruch geltend machen, ohne daß dies die Eheleute verhindern könnten. Daher versuchen die Eheleute meist, dies durch Sanktionen zu verhindern. Gängig ist zB die Strafklausel, daß diejenigen Schlußerben, die schon mit dem Tod des ersten Ehegatten ihren Pflichtteil geltend machen, auch beim Tod des überlebenden Ehegatten nur auf den Pflichtteil gesetzt werden. Diese Klauseln sind nach hM zulässig.

- Wiederverheiratursklausel

Mit der Wiederverheiratursklausel soll verhindert werden, daß der *neue* Ehepartner beim Tod des überlebenden Ehegatten seinen Pflichtteil nach §2303 BGB geltend macht und so den einheitlichen Nachlaß des Dritten schmälert.

-> wurde die Trennungslösung (Vor- und Nacherbschaft) gewählt, so tritt der Nacherbschaftsfall schon mit der Wiederheirat ein. Sobald der überlebende Ehegatte erneut heiratet, verliert er seine Stellung als Vorerbe und der genannte Dritte wird Nacherbe bzgl. des Vermögens der erstverstorbenen Ehegatten. Bzgl. des eigenen Vermögens des überlebenden Ehegatten wird der neue Ehepartner aber gesetzlicher Erbe (§1931 I BGB) oder zumindest Pflichtteilsberechtigter.

-> bei der Einheitslösung gilt, daß der überlebende Ehegatte beim Tod des ersten Ehegatten Vollerbe wird. Diese Vollerbschaft ist aber bei einer Wiederverheiratursklausel auflösend bedingt (§158 I BGB), dh mit der Wiederheirat tritt die Bedingung ein, der überlebende Ehegatte verliert rückwirkend seine Vollerbenstellung, es tritt eine aufschiebend bedingte (§158 II BGB) Vor- und Nacherbschaft in Kraft. Mit der Wiederheirat wird der überlebende Ehegatte also für eine juristische Sekunde Vorerbe, diese Stellung verliert er aber sogleich wieder, da mit der Wiederheirat auch der Nacherbschaftsfall eintritt. Bzgl. des Nachlasses des erstverstorbenen Ehegatten wird der benannte Dritte Nacherbe. Dann allerdings wird mit dem Tod des überlebenden Ehegatten auch der neue Ehegatte am Nachlaß seines Ehepartners beteiligt, entweder §1931 I BGB oder zumindest Pflichtteil, je nach Auslegung. Denn nach hM entfällt dann auch die Verfügung des überlebenden Ehegatten, sein Vermögen an den Dritten zu vererben. Im Falle einer Wiederheirat ist die Verfügung des überlebenden Ehegatten nach hM also nicht mehr existent, obwohl es sich beim Berliner Testament eigentlich um eine wechselbezügliche Verfügung handelt, die nach dem Tod des Ehegatten nicht widerrufenlich ist. Nach hM muß aber die Verfügung des überlebenden Ehegatten lösbar sein, denn sonst würde dies bedeuten, daß der neue Ehepartner immer auf sein Pflichtteilsrecht gesetzt wird, da der überlebende Ehegatte schon in der Verfügung über seinen Nachlaß gebunden ist und daher (konkulent) den neuen Ehepartner enterbt. Nach aA entfällt nur die Bindungswirkung, dh der überlebende Ehegatte *kann* anders testieren, muß es aber nicht. Dies führt zum gravierenden

Unterschied, daß beim Tod des überlebenden Ehegatten im Falle der Wiederheirat nach hM die gesetzliche Erbfolge eintritt, nach der aA aber nur dann, wenn sich der überlebende Ehegatte anders entschieden hat.

-> bei der Wiederverheirungsklausel ist also zugleich die Vollerbschaft des überlebenden Ehegatten *auflösend bedingt* auf die Wiederheirat unter Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft, die wiederum *aufschiebend bedingt* ist auf den Zeitpunkt der Wiederheirat als Nacherbschaftszeitpunkt. Der überlebende Ehegatte ist also bei einer Wiederverheirungsklausel zugleich auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe. Tritt nun der Wiederverheirungsfall ein, so war der Vollerbe von Anfang an nur Vorerbe, ihn treffen auch die Verfügungsbeschränkungen der §§2113ff BGB (regelmäßig wird er jedoch befreiter Vorerbe sein). Dies bedeutet, daß alle seine Verfügungen relativ unwirksam waren, §2113 I, 161 II BGB. Tritt der Wiederverheirungsfall ein, so kann der überlebende, wiederverheiratete Ehegatte auch seinen Pflichtteil nicht geltend machen. Einerseits wurde er nicht enterbt (er wurde als Vorerbe eingesetzt), andererseits könnte er zwar nach §2306 I 2 BGB den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil geltend machen, es dürfte jedoch regelmäßig schon die 6-Wochen-Frist der Ausschlagung abgelaufen sein.

§§2274ff BGB Erbvertrag

Beim Erbvertrag verfügt der Erblasser nicht durch einseitige letztwillige Verfügung, sondern vertragsmäßig. Vertragsmäßig können aber nur Erbeinsetzung, Vermächtnis oder Auflage getroffen werden, §2278 II BGB, andere Verfügungen sind nur einseitige, §2299 I BGB.

Der Erbvertrag ist weder ein sachenrechtlicher (keine dingliche Rechtsänderung) noch schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein Vertrag eigener Art. Die §§320ff BGB (Leistungsstörung bei einer vertragsmäßigen Verpflichtung) finden daher nach hM keine Anwendung. Beim Erbvertrag muß sich nur eine Vertragspartei vertragsmäßig iSd §2278 I BGB binden, nicht aber zwingend auch die andere Partei. Ob eine Verfügung vertragsmäßig gewollt ist, entscheidet die Auslegung nach §§133, 157 BGB. Bei einer Zuwendung an den anderen Vertragspartner ist von Vertragsmäßigkeit auszugehen, bei einer Zuwendung an Dritte liegt nach hM nur dann Vertragsmäßigkeit vor, wenn der Dritte ein eigener Verwandter ist oder wenn sich sonst Anhaltspunkte dafür ergeben, daß auch der andere Vertragspartner ein Interesse an der Bindungswirkung der Verfügung bzgl. des Dritten hat (zB gemeinsame Abkömmlinge...).

Einen Erbvertrag kann nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist, §2275 I BGB. Damit ist aber nur gemeint, daß sich nur ein unbeschränkt Geschäftsfähiger *vertragsmäßig* binden kann. Ein beschränkt Geschäftsfähiger kann sich daher ohne weiteres „normal“ binden, hier gilt das Testieralter des §2229 I BGB (16 Jahre). Auch darunter kann ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Erbvertrag annehmen, da dieser für ihn lediglich einen rechtlichen Vorteil bietet, §§106, 107 BGB.

Der Erblasser kann trotz Erbvertrags nach §2286 BGB zu Lebzeiten frei über sein Vermögen verfügen. Nur bei den Ausnahmen nach §§2287, 2288 BGB kann der Vertragspartner die beeinträchtigende Schenkung zurückverlangen. Hierfür muß die Schenkung vom Erblasser allerdings in Beeinträchtigungsabsicht getroffen worden sein. Dies meint nicht ein böses Motiv des Erblassers, es genügt, wenn die Schenkung *ohne Eigeninteresse* des Erblassers erfolgt ist. Unter „Schenkungen“ iSd §2287 BGB versteht die hM aber nicht nur die völlig unentgeltlichen Rechtsgeschäfte iSd §516 BGB, sondern auch die sog. gemischten Schenkungen, in denen der Gegenstand weit unter Wert veräußert wurde. Auch hier kann der Vertragspartner Herausgabe verlangen. Überwiegt der unentgeltliche Teil, so ist der Gegenstand selbst herauszugeben, überwiegt dagegen der entgeltliche Teil, muß Wertersatz geleistet werden.

Durch den Erbvertrag wird sowohl eine frühere als auch eine spätere letztwillige Verfügung insoweit unwirksam, als sie die vertragsmäßige Verfügung beeinträchtigt, §2289 BGB. Ein späteres Testament beeinträchtigt die vertragsmäßige Verfügung des Erbvertrags auch dann, wenn statt einer eingeräumten Vorerbschaft zu 100% eine Vollerbschaft zu ½ getroffen wird, obwohl eine Vollerbschaft wirtschaftlich günstiger ist. Die hM stellt aber nicht auf die Wirtschaftlichkeit ab, sondern nur auf die eingeräumte Rechtsstellung (Alleinerbschaft ist besser als Miterbschaft). Der Erbvertrag selbst kann nach §§2290-2292 BGB im Ganzen aufgehoben werden, von einer einzelnen Verfügung kann nach §§2293-2297 BGB zurückgetreten werden. Der Rücktritt nach §2295 BGB ist dann möglich, wenn eine vertragsmäßige Verfügung mit Rücksicht auf eine Gegenleistung des Bedachten getroffen wurde und diese **aufgehoben** wird (zB durch Vertrag, Rücktritt, Unmöglichkeit...). §2295 BGB ist dagegen *nicht* anwendbar, wenn die Gegenleistung aufgrund Leistungsstörungen verzögert oder verschlechtert wird, da nach hM die §§320ff BGB nicht anwendbar sind. Es bleibt nur die Anfechtung des Erblassers nach §§2281 I, 2078 II BGB wegen Motivirrtums.

Nach §2279 II iVm §2077 BGB werden vertragsmäßige Zuwendungen zwischen Ehegatten bei Aufhebung der Ehe (§2077 BGB) auch insoweit unwirksam, als sie einen Dritten betreffen. Dies gilt aber nur für vertragsmäßige Verfügungen, einseitige Verfügungen bleiben bestehen.

Beispiel: E und F schließen Erbvertrag, in dem der Freund R des E ein Vermächtnis erhalten soll. Später wird die Ehe geschieden. Kann R von der überlebenden F das Vermächtnis verlangen?

Nach §2279 II BGB ist die vertragsmäßige Zuwendung an einen Dritten unwirksam, wenn die Ehe nach §2077 BGB nicht mehr besteht. Dies gilt aber nur für vertragsmäßige Verfügungen, die hier bei Dritten, die nicht Vertragspartner sind, nach hM nur dann vorliegen, wenn der Dritte ein eigener Verwandter ist. Daher liegt hier nur eine einseitige Verfügung vor, das Vermächtnis bleibt wirksam, R kann dieses von F verlangen.

Nach §2274 BGB kann der Erblasser einen Erbvertrag nur persönlich schließen, eine Stellvertretung ist nicht möglich. Der Vertragspartner dagegen kann sich vertreten lassen, sofern er den Erbvertrag nur annimmt, da er selbst dann nicht als Erblasser anzusehen ist. Nur wenn er selbst eine vertragsmäßige letztwillige Verfügung trifft, gilt auch für ihn das Verbot der Stellvertretung nach §2274 BGB. Trifft er selbst eine „normale“ letztwillige Verfügung, gilt das Verbot des §2064 BGB.

- Einseitige Verfügungen in einem Erbvertrag sind nicht anfechtbar, da diese nach §2299 II BGB wie ein Testament behandelt werden und daher nach §§2253ff BGB jederzeit widerruflich sind, eine Anfechtung ist nicht erforderlich.
 - Bei vertragsmäßigen Verfügungen ist eine Anfechtung nach §§2281ff BGB möglich, da es keine einseitige Widerrufsmöglichkeit gibt. Die Anfechtungsgründe ergeben sich aus §§2078, 2079 BGB, die §§2281ff BGB modifizieren nur das Anfechtungsverfahren. Die Anfechtung führt nach §142 I BGB zur Nichtigkeit der Verfügung, und dies bedeutet bei einem gegenseitigen Erbvertrag auch die Nichtigkeit der anderen Verfügung, §2298 BGB. Der Anfechtende haftet aber nach §122 BGB auf Ersatz des Vertrauensschadens.
 - sonstige rechtsgeschäftliche Verfügungen sind nach §§119ff BGB anfechtbar.
- > Dritte können nach §2285 BGB den Erbvertrag aber nur solange anfechten, wie dies auch dem Erblasser möglich ist, da so dem Erblasser bei einer Anfechtung durch Dritte die Möglichkeit erhalten bleibt, erneut einen Erbvertrag zu schließen. Das Anfechtungsrecht Dritter erlischt somit nach §2285 BGB mit dem Tod des Erblassers.

§1938 BGB Enterbung

Die gesetzliche Erbfolge kann durch Testament ausdrücklich oder konkludent durch Bestimmung anderer Personen als Erben erfolgen. Enterbt ist auch derjenige, dem nur ein Vermächtnis zugewendet wurde. Der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer kann dieses nach §2307 I 1 BGB ausschlagen und den Pflichtteil beanspruchen oder aber das Vermächtnis annehmen und nach §2307 I 2 BGB den Pflichtteilsrest nach §2305 BGB verlangen. Die Enterbung erstreckt sich im Zweifel nicht auf die Abkömmlinge des Enterbten, da diese kraft eigenem Recht erben (A enterbt Sohn S, dieser ist aber schon tot und hinterläßt Kinder; diese Kinder erben im Zweifel). Bestimmt der Erblasser, daß jemand nur den Pflichtteil erhalten soll, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob er den Pflichtteil als Erbe erhalten soll oder nur den schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch. Im Zweifel gilt nach §2304 BGB die Pflichtteilseinsetzung nicht als Erbeinsetzung.

§§2339ff BGB Erbunwürdigkeit

§2339 BGB regelt die Erbunwürdigkeitsgründe erschöpfend, eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle ist nicht zulässig. Die Erbunwürdigkeit tritt aber nicht kraft Gesetz ein, sondern ist durch Anfechtungsklage zu erheben. Die Erbunwürdigkeit wirkt nach §2344 BGB so, als wäre der Anfall der Erbschaft nie erfolgt, also rückwirkend. Dadurch wächst nach §2094 BGB dieser Anteil den anderen Erben zu.

§§2346ff BGB Erbverzicht

Verwandte und der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. Dieser Verzicht wirkt so, als hätte der Verzichtende nie gelebt, daher sind auch dessen Abkömmlinge (Stamm) von der Erbfolge ausgeschlossen, §2349 BGB. Nach §2094 BGB wächst dieser Anteil den anderen Erben zu. Verzichtet jemand zugunsten eines anderen, so ist nach §2350 BGB anzunehmen, daß der Verzicht nur gelten soll, wenn der andere auch Erbe wird (zB A verzichtet zugunsten Bruder B, stirbt dieser aber vorher, der Erbverzicht ist nach §2350 I BGB im Zweifel unwirksam).

Zu beachten ist aber, daß die §§2346ff BGB bzgl. des Erbverzichtsvertrags nur das Erfüllungsgeschäft meinen, also das abstrakte Verfügungsgeschäft. Dem Erbverzicht als solchem liegt ein Kausalgeschäft (meist Schenkung mit Abfindung) zugrunde. Auf dieses ist aber §2348 BGB analog anzuwenden, dh auch dieses bedarf der notariellen Form, um der Warnfunktion gerecht zu werden. Ein Mangel der Form im Kausalgeschäft kann aber durch notarielle Beurkundung des Erbverzichtsvertrags nach §313 S. 2 BGB analog geheilt werden.

§§1942ff BGB Annahme und Ausschlagung

Mit dem Erbfall geht das Vermögen automatisch auf den Erben über, ohne daß es einer Annahme bedarf, §1922 I BGB (Vonselbsterwerb). Dies aber unbeschadet des Rechts der Ausschlagung, §1942 I BGB. Die Ausschlagungsfrist beträgt 6 Wochen ab Kenntnis des Erbschaftsanfalls. Diese Kenntnis kann nach der Rechtsprechung auch dann fehlen, wenn der Erbe zwar Kenntnis von seiner Erbschaft hat, aber irrtümlich annimmt, man kann nur Erbe bei einem positiven Vermögen werden und deshalb die Erbschaft nicht ausschlägt (zB bei überschuldeter Erbschaft). Dies ist wichtig, weil nach 6 Wochen die Erbschaft als angenommen gilt, §1943 BGB.

Die Ausschlagung wirkt rückwirkend so, als wäre der Erbschaftsanfall nie erfolgt, §1953 I BGB, die Erbschaft fällt rückwirkend an denjenigen, der an Stelle des anderen Erbe geworden wäre, §1953 II BGB. Wäre kein anderer Erbe an dessen Stelle getreten, so wächst dieser Anteil nach §2094 BGB den anderen Erbe zu. Die Annahme der Erbschaft ist eine formlose, nicht empfangsbedürftige WE, die auch konkludent erfolgen kann (zB durch Ausstellung des Erbscheins). Die Ausschlagung muß gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt werden. Sowohl Annahme als auch Ausschlagung sind anfechtbar, §§119ff, 1954 BGB. Die Anfechtung der Annahme wirkt als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung wirkt als Annahme, §1957 BGB.

Wer durch letztwillige Verfügung als Erbe berufen ist, und ansonsten auch gesetzlicher Erbe wäre, kann die Berufung aufgrund der Verfügung ausschlagen, aber als gesetzlicher Erbe annehmen, §1958 BGB. Dies auch, wenn der Erbe sowohl durch Testament und durch Erbvertrag annehmen und umgekehrt. Zwischen Erbfall und Annahme bzw. Ausschlagung ist der benannte Erbe nur *vorläufiger Erbe*:

- Bei Verpflichtungsgeschäften, die der Erbe vor der Ausschlagung getätigt hat, ist er dem nachfolgenden Erbe nach §1959 I BGB wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet.
- Bei Verfügungsgeschäften handelt der vorläufige Erbe als Nichtberechtigter, diese müssen nach §185 BGB vom späteren Erben genehmigt werden oder es muß ein gutgläubiger Erwerb stattfinden. Allein der gute Glaube an das Eigentum des vorläufigen Erben genügt nicht, denn der vorläufige Eigentümer ist in diesem Zeitpunkt auch Eigentümer. Der Erwerber muß deshalb auch gutgläubig bzgl. der vorläufigen Rechtsstellung des vorläufigen Erben sein. Der Gutgläubenserwerb scheitert daher, wenn der Erwerber wußte, daß der vorläufige Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat. Nur solche Verfügungen, die nicht ohne Nachteil aufgeschoben werden konnten, sind wirksam, der vorläufige Erbe verfügte als Berechtigter, §1959 II BGB.

Fraglich ist, ob ein gutgläubiger Erwerb an §935 BGB scheitert, da mit der Erbschaft auch nach §857 BGB der Besitz unmittelbar an den Erben fällt, also an den annehmenden Erben. Die hM wendet die Rückwirkungsfiktion des §1953 II BGB nicht auf den Besitz an, es liegt kein Abhandenkommen vor, da der vorläufige Erbe im Zeitpunkt der Veräußerung auch wirklich Besitzer war.

- Einseitige Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Erben vorzunehmen sind, sind gemäß §1959 III BGB auch dem vorläufigen Erben gegenüber wirksam und bleiben es auch.
- Nach §1958 BGB können Nachlaßgläubiger ihre Ansprüche nicht gegen den vorläufigen Erben geltend machen. Eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ist nach §779 ZPO nur zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung auch schon gegen den Erblasser begonnen hatte.

§2096 BGB Ersatzerbschaft

Ist die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung unwirksam geworden, weil der benannte Erbe schon vor dem Erbfall weggefallen ist, so tritt grundsätzlich die gesetzliche Erbfolge in Kraft, außer der Erblasser hat einen Ersatzerben bestimmt, der an die Stelle des Weggefallenen treten soll, §2096 BGB.

Beispiel: E hinterläßt Testament, Kinder A und B sollen erben. A lebt noch, B ist schon vorverstorben, er hinterläßt Abkömmling K. Wie ist die Erbfolge?

- nach §2069 BGB (stillschweigende Ersatzerbeinsetzung) ist im Zweifel anzunehmen, daß auch die Abkömmlinge des benannten Erben - also die K - an die Stelle des ursprünglichen Erben treten sollen.
- Nach §2094 BGB könnte aber auch die gesamte Erbschaft nur dem A anwachsen. Das Verhältnis §2069 BGB zu §2094 BGB regelt allerdings §2099 BGB, dh die Ersatzerbschaft geht im Zweifel dem Anwachsungsrecht vor, so daß K neben A Erbe geworden ist.
- Auf die gesetzliche Erbfolge, insbesondere das Eintrittsrecht der Abkömmlinge nach §1924 III BGB, darf hier nicht abgestellt werden, da eine letztwillige Verfügung vorliegt. Und diese ist nicht unwirksam, solange sie sich auslegen läßt. Erst danach würde die gesetzliche Erbfolge eintreten.

Auch die Einsetzung als Nacherbe enthält nach §2102 BGB im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe. Dies ist dann relevant, wenn der Vorerbe vor dem Erbfall wegfällt, da der Nacherbe als solcher dann nicht erben würde. Da er aber als Ersatzerbe gilt, erbt er als Vollerbe.

§§2100ff BGB Vor- und Nacherbschaft

Vor- und Nacherben sind keine Miterben, sondern zeitlich gestaffelte Erben *des Erblassers*. Der Nacherbe ist somit nicht Erbe des Vorerben, sondern Erbe des Erblassers. Der Erblasser kann somit über lange Zeit hinweg über sein Vermögen bestimmen, der Nacherbschaftsfall muß jedoch spätestens innerhalb von 30 Jahren erfolgen, §2109 BGB (dies aber nicht, wenn der Nacherbschaftsfall in der Person des Vorerben begründet ist, zB Tod des Vorerben).

Vor- und Nacherbschaft liegt vor, wenn der erste Erbe zwar eigenverantwortlicher Inhaber des Nachlasses wird, über diesen aber nicht wirklich frei verfügen darf. Der Vorerbe erhält nämlich nur ein Nutzungsrecht, er darf aber nicht über den Nachlaß frei verfügen, §2112 BGB. Daher ist die Vor- und Nacherbschaft vom Nießbrauch (§1089 BGB) als Vermächtnis abzugrenzen. Wollte der Erblasser den Nießbraucher zum Rechtsnachfolger machen, so liegt Vor- und Nacherbschaft vor, wollte er dem Benannten nur ein Nutzungsrecht verschaffen, so liegt ein Nießbrauchsvermächtnis vor. Ansonsten geben die §§2101-2107 BGB Auslegungshilfen:

- Im Zweifel Nacherbschaft, wenn ein noch nicht Erzeugter als Erbe eingesetzt wurde, §2101 BGB
- Im Zweifel gilt die Anordnung der Nacherbschaft auch als Ersatzerbeneinsetzung, §2102 BGB, so daß der Nacherbe, sollte der Vorerbe vor Eintritt des Erbfalls wegfallen, Ersatzerbe wird.
- Im Zweifel Nacherbschaft, wenn mit Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes die Herausgabe angeordnet ist, §2103 BGB.
- Auch dann, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der Erbe nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Erbe sein soll, ohne aber zu bestimmen, wer dann Erbe werden soll. Hier sind im Zweifel die gesetzlichen Erben des Erblassers im Zeitpunkt des Ereignisses als Nacherben bestimmt, §2104 BGB.
- Wenn der Erblasser zwar die Nacherben bestimmt hat, nicht aber, wer Vorerbe sein soll, so gelten im Zweifel die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben, §2105 BGB.
- Hat der Erblasser einen Abkömmling als Vorerben eingesetzt und einen anderen als Nacherben, so ist dieser nur dann Nachfolger, wenn der Vorerbe zum Zeitpunkt des Nacherbschaftsfallens keinen Abkömmling hat. Hat der Abkömmling des Erblassers aber wiederum Kinder und wußte der Erblasser davon nichts, so gilt die Nacherbschaft als nicht angeordnet, §2107 BGB, weil anzunehmen ist, daß die Enkelkinder Erben werden sollen (zuerst wird der Abkömmling Vollerbe, und dann erben seine Kinder nach der gesetzlichen Erbfolge, es wird nicht erst der Abkömmling Vorerbe und dessen Abkömmlinge Nacherben, es fällt die gesamte Anordnung der Nacherbschaft weg).

Der Nachlaß bildet in der Hand des Vorerben ein Sondervermögen, das rechtlich von seinem Eigenvermögen getrennt ist (Trennungsprinzip). Der Nachlaß verbleibt ihm bis zum Nacherbschaftsfall zur vollen Nutzung, er darf auch über ihn verfügen, §2112 BGB, außer es ergibt sich aus §§2113-2115 BGB ein anderes.

Der Vorerbe ist in der Verfügung über Grundstücke beschränkt, §2113 I BGB, es ist nur gutgläubiger Erwerb möglich, wobei auch dieser erschwert ist, da nach §51 GBO die Nacherbschaft ins Grundbuch eingetragen wird. Hypothekenforderungen darf der Vorerbe nach §2114 BGB kündigen und einziehen, alle anderen Verfügungen sind ihm jedoch verboten. Auch unentgeltliche Zuwendungen über einen Erbschaftsgegenstand sind nach §2113 II BGB unwirksam. Es liegt auch dann eine unentgeltliche Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vor, wenn der Vorerbe mit Mittel der Erbschaft einen Gegenstand erwirbt und diesen dann verschenkt (Mittelsurrogation). Denn nach §2111 BGB gehört auch dieser erworbene Gegenstand zum Nachlaß und es liegt eine unentgeltliche Verfügung über diesen vor. Unentgeltlichkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung auch bei den sog. gemischten Schenkungen vor, wenn der Veräußerungspreis weit unter dem wirklichen Marktwert liegt und der Vorerbe dies auch wußte (subjektive Komponente).

Sogar die Gläubiger des Vorerben dürfen nach §2115 BGB nicht in den Nachlaß vollstrecken, außer sie hätte im Nacherbschaftsfall auch einen Anspruch gegen den Nacherben. Verpflichtungsgeschäfte darf der Vorerbe dagegen tätigen.

-> Nach §2136 BGB kann der Erblasser den Vorerben von diesen Beschränkungen befreien, es liegt dann eine sog. „befreite Vorerbschaft“ vor. Diese gilt im Zweifel auch dann, wenn der Nacherbe auf den übrigbleibenden Rest gesetzt wird, §2137 I BGB, oder der Nachlaß zur „freien Verfügung“ des Vorerben steht, §2137 II BGB. Eine Befreiung von §2113 II BGB und §2115 BGB ist aber *nicht* möglich, §2136 BGB schließt diese Vorschriften aus. Möglich ist daher nur eine Befreiung von §2113 I BGB und §2114 BGB.

-> Mit dem Erbfall an den Vorerben entsteht für den Nacherben ein Anwartschaftsrecht, dieses ist veräußerlich und vererbbar, §2108 II 1 BGB. Das Nacherbschaftsrecht geht dann nach §2108 II 1 BGB auf die gesetzlichen Erben des Nacherben über. Es könnte allerdings auch §2069 BGB einschlägig sein, der das Nacherbschaftsrecht nur an die Abkömmlinge des Nacherben vererbbar erklärt. Hier kommt es dann auf den Willen des Erblassers an, ob er alle Erben des Nacherben begünstigen wollte oder nur die Abkömmlinge des Nacherben. Stirbt der Nacherbe allerdings vor dem Erbfall, so treten im Zweifel nach

§2069 BGB die Erben des Nacherben an dessen Stelle. Die Auslegungsregel des §2069 BGB greift aber nur bei Abkömmlingen des Erblassers, ansonsten bleibt es bei der Regel des §1923 I BGB, nach der Erbe (und Nacherbe) nur derjenige sein kann, der zur Zeit des Erbfalls noch lebt. Fällt also der Nacherbe vor dem Erbfall weg und ist dieser kein Abkömmling, so wird die Anordnung der Nacherbschaft hinfällig, der Vorerbe wird Vollerbe.

Die Veräußerung des Anwartschaftsrechts erfolgt durch Verpflichtungsgeschäft, welches der Form nach §2371 BGB analog bedarf. Die Verfügung richtet sich nach §2033 BGB iVm §§398, 413 BGB analog.

-> Mit Eintritt des Nacherbschaftsfalls §2106 BGB hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, der Nachlaß fällt unmittelbar an den Nacherben, §2139 BGB. Der Vorerbe muß nach §2130 BGB die Erbschaftsgegenstände herausgeben, dazu gehören auch die Surrogate nach §2111 BGB, die als Ersatz oder mit Mitteln der Erbschaft erworben wurden. Mit Eintritt des Nacherbschaftsfalls wird der Nacherbe automatisch Eigentümer der Nachlaßgegenstände, auch bezüglich derjenigen, die gemäß §2111 BGB als Surrogate zum Nachlaß zählen.

§§2147ff BGB Vermächtnis

Der Vermächtnisnehmer (VN) ist nach §1939 BGB nicht Erbe, ihm wird nur das Recht auf einen Vermögensgegenstand zugewendet. Wegen der Universalsukzession kann der Erblasser nicht einzelne Gegenstände mit dinglicher Wirkung einzelnen Personen zuordnen, daher gibt das Vermächtnis auch nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung, §2174 BGB, es gibt keine Nachfolge in einzelne Rechte.

Als Vermächtnis kann jeder Vermögensvorteil zugewendet werden, das Vermächtnis muß aber nicht unentgeltlich sein, dem VN kann auch ein Anspruch auf Kauf einer Sache zugewendet werden. Das Vermächtnis muß auch nicht in einzelnen Vermögensgegenständen bestehen, es kann auch ein Bruchteil des Vermögens als Vermächtnis zugewendet werden (sog. Quotenvermächtnis, zB $\frac{1}{4}$ des Vermögens als Vermächtnis). Jedoch spricht dann die Auslegungsregel des §2084 I BGB eher für eine Erbeinsetzung. Die Auslegungsregel greift nur dann nicht, wenn sich ein Wille des Erblassers für ein Vermächtnis ermitteln läßt. Je nach Art der Leistung unterscheidet man:

- **Stück- oder Gattungsvermächtnis §2155 BGB**
Beim Stückvermächtnis wird ein bestimmter Gegenstand vermacht, beim Gattungsvermächtnis muß der Beschwerte nur eine entsprechende Sache leisten (wie §243 I BGB mittlerer Art und Güte).
- **Verschaffungsvermächtnis §§2169, 2170 BGB**
Normalerweise ist nach §2169 BGB ein Vermächtnis über einen fremden Gegenstand, der nicht zum Nachlaß gehört, unwirksam. Dies nur dann nicht, wenn der Erblasser einen fremden Gegenstand vermachen wollte. Dann besteht das Vermächtnis aus dem Verschaffungsanspruch, der Beschwerte muß nach §2170 BGB diesen Gegenstand beschaffen. Ist ihm dies nicht möglich, so hat er Wertersatz zu leisten, §2170 II BGB.
- **Wahlvermächtnis §2154 BGB**
Der Vermächtnisnehmer soll nur den einen oder anderen Gegenstand erhalten, diese Wahl kann der Vermächtnisnehmer oder ein Dritter treffen.
- **Zweckvermächtnis §2156 BGB**
Beim Zweckvermächtnis bestimmt der Erblasser nur den zu erreichenden Zweck. Wie dieser Zweck erreicht wird, ist dem billigen Ermessen eines Dritten überlassen.
- **Vorausvermächtnis §2150 BGB**
Beim Vorausvermächtnis ist der Erbe zugleich Erbe als auch Vermächtnisnehmer. Dem Erben wird also gegenüber seinen Miterben ein wertmäßiger Vorteil zugewendet. Das Vermächtnis ist von der Erbschaft unabhängig, es kann also die Erbschaft ausgeschlagen werden und dennoch das Vermächtnis verlangt werden. Das Vorausvermächtnis ist aber von der Teilungsanordnung abzugrenzen:

Beispiel: Erben sollen A und B werden, B soll in jedem Fall das Haus erhalten

-> will der Erblasser die Vermögensstellung verbessern, so liegt ein Vorausvermächtnis vor, Erbe B erhält zusätzlich zum gleichen Erbteil noch das Haus.

-> will der Erblasser dagegen beide gleich behandeln und nur die Aufteilung regeln, so liegt nur eine Teilungsanordnung nach §2048 BGB vor.

Ein Vorausvermächtnis hat den Vorteil, daß dieses vor der Auseinandersetzung vom Nachlaß abgezogen wird und daß das Vorausvermächtnis nicht auf den Erbteil angerechnet wird. Gesetzliche Vorausvermächtnisse sind der Voraus des Ehegatten §1932 BGB und der Dreißigste §1969.

- **Ersatzvermächtnis §2190 BGB**

Der Erblasser bestimmt einen anderen Vermächtnisnehmer für den Fall, daß der ursprüngliche Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht erwirbt. Die Regeln für die Ersatzerbschaft gelten entsprechend.

- **Nachvermächtnis §2191 BGB**

Beim Nachvermächtnis bestimmt der Erblasser, daß der Vermächtnisnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt das Vermächtnis einem Dritten geben soll. Hier gilt im Zweifel der Vermächtnisnehmer beschwert, nicht der Erbe. Dies entspricht der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft.

Beschwert mit dem Vermächtnis ist nach §2147 BGB regelmäßig der Erbe, es kann aber auch der VN beschwert sein. Sind mehrere Erben oder VN beschwert, so regelt sich deren Anteil nach §2148 BGB nach der Höhe des Erbteils. Das Vermächtnis fällt nach §2176 BGB im Regelfall mit dem Erbfall an, danach kann der VN nach §2174 BGB die Leistung verlangen. Der Anfall des Vermächtnisses kann aber hinausgeschoben werden, durch Bedingungen §§2177, 2178 BGB (zB Geburt des noch nicht erzeugten VN). Hier hat der VN zwischen Erbfall und Anfall ein Anwartschaftsrecht, dieses ist veräußerbar und vererblich.

§§2197ff BGB Testamentsvollstreckung

Der Erblasser kann durch Testament eine Person seines Vertrauens zum Testamentsvollstrecker erklären. Meist deshalb, weil er befürchtet, die Erben sind zur Verwaltung des Nachlasses ungeeignet oder streiten sich bei der Erbauseinandersetzung. Der Erblasser kann den Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers selbst bestimmen, ansonsten gilt der gesetzliche Rahmen.

- Nach §2203 BGB führt der Testamentsvollstrecker die Anordnungen des Erblassers aus
- Nach §2204 BGB führt er die Auseinandersetzung zwischen den Miterben durch
- Nach §2205 BGB verwaltet der Testamentsvollstrecker den Nachlaß, er ist berechtigt, diesen in Besitz zu nehmen und darüber zu verfügen. Mit der Inbesitznahme durch den Testamentsvollstrecker wird dieser unmittelbarer Besitzer, der Erbe, der nach §857 BGB mit dem Erbfall Besitzer wurde, verliert diesen, er wird mittelbarer Besitzer. Die Verfügungsbefugnis kann allerdings nach §2208 BGB durch den Erblasser ausgeschlossen werden. Verfügt der Testamentsvollstrecker dennoch, handelt er als Nichtberechtigter, ein gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen, wenn er sich als Testamentsvollstrecker zu erkennen gibt, da der gute Glaube nach §932 BGB an die Verfügungsbefugnis nicht geschützt ist. Ausnahme, wenn der Testamentsvollstrecker ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach §2368 BGB aufweisen kann. Die Erben können aber nach §177 BGB analog (nicht Vertreter, sondern Inhaber eines privaten Amts, s.u.) genehmigen, ansonsten wird der Testamentsvollstrecker wie ein falsus procurator behandelt, §§177ff BGB analog.

-> ist der TV nur mit diesen Aufgaben betraut, heißt er Auseinandersetzungsvollstrecker, soll er dagegen den Nachlaß länger verwalten (längstens 30 Jahre, §2210 BGB), heißt er Verwaltungsvollstrecker.

-> Der Erbe kann nicht über die der Verwaltung unterliegenden Gegenstände (§2205 BGB) verfügen. Er ist zwar Eigentümer, ihm fehlt aber die Verfügungsbefugnis. Hier wird aber der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis nach §2111 II BGB geschützt. Allerdings nicht bei Grundstücken, da die Testamentsvollstreckung nach §52 GBO von Amts wegen einzutragen ist. Zu beachten ist aber, daß ein gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen nach §932 BGB dann nicht möglich ist, wenn diese der Testamentsvollstrecker „in Besitz genommen“ hat, da dieser nach §2205 BGB unmittelbarer Besitzer ist und dann ein Abhandenkommen iSd §935 BGB vorliegt. Gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen ist somit nur solange möglich, als noch die Erben nach §857 BGB unmittelbare Besitzer sind.

-> Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter des Erblassers, sondern Inhaber eines privaten Amts (Amtstheorie, hM). Dieses Amt übt der Testamentsvollstrecker kraft eigenem Recht gemäß dem Erblasserwillen aus. Der Testamentsvollstrecker muß sich aber als solcher bezeichnen, es gilt das Offenkundigkeitsprinzip §164 I BGB analog. Dritten gegenüber wird der Testamentsvollstrecker durch das Testamentsvollstreckerzeugnis nach §2368 BGB legitimiert. Der Testamentsvollstrecker ist nach §2212 BGB ausschließlich zur aktiven Prozeßführung befugt, passivlegitimiert ist nach §2213 BGB sowohl der Erbe als

auch der Testamentsvollstrecker. Das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erbe regeln die §§2215-2221 BGB.

Nach anderer Ansicht (Vertretungstheorie) ist der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erben. Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da der Testamentsvollstrecker nicht in fremdem Namen auftritt. Ebenso ist die Organtheorie abzulehnen, nach der der Testamentsvollstrecker als Organ eines sonderrechtsfähigen Vermögens angesehen wird (Erbchaft als verrechtlichtes Vermögen), auch hier tritt der Testamentsvollstrecker nicht in fremdem Namen auf.

§§1967ff BGB Haftung des Erben

(1) Haftung vor Annahme

Vor der Annahme haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht persönlich, es haftet nur der Nachlaß selbst, §§1958 BGB, 778 ZPO. Ein Anspruch der Nachlaßgläubiger kann nicht gegen den Erben geltend gemacht werden.

(2) Haftung nach Annahme

Mit der Annahme geht das Vermögen des Erblassers endgültig auf den Erben über, §1922 I BGB. Das Vermögen des Erblassers vereinigt sich mit dem Eigenvermögen des Erben, es entsteht eine einheitliche Vermögensmasse. Den Gläubigern bietet sich nun der Zugriff auf das einheitliche Vermögen, also auch auf das Privatvermögen des Erben, da gemäß §1967 I BGB nun nicht mehr nur der Nachlaß haftet, sondern *der Erbe*. Nachlaßverbindlichkeiten sind nach §1967 II Alt. 1 BGB die Erblasserschulden und nach §1967 II Alt. 2 BGB die Erbfallschulden (Verbindlichkeiten für Pflichtteile, Vermächnisse und Auflagen). Ebenso zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören die Verwaltungskosten und die Nachlaßerbenschulden (Kosten für Testamentsvollstrecker §2206 BGB, Geschäfte vor Annahme §1959 I BGB...).

-> der Nachlaß kann aber wieder vom Eigenvermögen getrennt werden, falls dieser überschuldet ist. Der Nachlaß unterliegt dann wieder nur dem Zugriff durch die Nachlaßgläubiger, das Privatvermögen nur dem Zugriff durch die Privatgläubiger. Eine solche Beschränkung kann herbeigeführt werden durch die *Nachlaßverwaltung* oder das *Nachlaßinsolvenzverfahren*, §1975 BGB. Davon zu unterscheiden ist aber die Nachlaßpflegschaft nach §1961 BGB: eine Nachlaßpflegschaft wird dann angeordnet, wenn die Annahme der Erbschaft noch nicht erfolgt ist und der Erbe nicht bekannt ist, dann kümmert sich der Nachlaßpfleger um den Nachlaß.

-> Aber auch schon *vor der Trennung* besteht die Möglichkeit für den Schuldner, die Haftung mit dem Privatvermögen auszuschließen:

- Aufgebotsverfahren §§1970-1974 BGB

Um sich über den Bestand von Aktiva und Passiva klar zu werden und ob es überhaupt erforderlich ist, den Nachlaß wieder vom Privatvermögen zu trennen, kann der Schuldner ein Aufgebotsverfahren durchführen lassen. Hier müssen dann die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen anmelden. Diejenigen Gläubiger, die ihre Forderungen nicht anmelden, sind von der späteren Geltendmachung ausgeschlossen, §1973 BGB.

- Aufschiebende Einreden §§2014ff BGB

Das Gesetz gewährt dem Schuldner eine Schonfrist, in der er sich überlegen kann, ob er die Trennung der Vermögensmassen herbeiführen soll. Nach §2014 BGB hat er die Dreimonatseinrede, dh innerhalb von drei Monaten nach der Annahme kann er den Nachlaßgläubiger gegenüber die Leistung verweigern.

- Unzulänglichkeitseinrede §1990 BGB

Der Erbe kann auch dann die Zahlung der Nachlaßverbindlichkeiten verweigern, obwohl er keine Trennung nach §1975 BGB durchgeführt hat, wenn das Nachlaßvermögen so gering ist, daß das Vermögen die Kosten für die Durchführung der Nachlaßverwaltung nicht decken würde. Dann haftet er den Gläubigern nicht mit seinem Privatvermögen, obwohl keine Trennung durchgeführt wurde, weil diese ihm nicht zumutbar war. Diese Unzulänglichkeitseinrede steht dem Erben auch dann zu, wenn zwar das Vermögen als solches nicht so gering wäre, es aber durch Verbindlichkeiten aus Vermächnissen und Auflagen genauso geschmälert wird.

-> der Erbe verliert aber seine Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung dann wieder, wenn die Inventarfrist des §1994 I 2 BGB versäumt wurde oder absichtlich ein fehlerhaftes Inventar erstellt wurde, §2005 I BGB. Auch dann, wenn er die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die Vollständigkeit des Inventars verweigert §2006 III BGB oder er es versäumt, sich im Erkenntnisverfahren die Haftungsbeschränkung vorzubehalten, §780 ZPO. Auch dann, wenn er ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft fortführt, §27 HGB.

(3) Haftung der Miterben

Nach §2058 BGB haften Miterben als Gesamtschuldner, jeder Miterbe haftet mit seinem Miterbenanteil und seinem Privatvermögen. Bis zur Teilung des Nachlasses kann aber jeder Miterbe die Leistung aus seinem Privatvermögen verweigern, §2059 I 1 BGB, und den Gläubiger auf Leistung aus dem Miterbenanteil beschränken.

-> diese Leistungsverweigerung verhindert zwar kein Urteil zugunsten des Gläubigers, es führt aber zu dem in §780 ZPO genannten Vorbehalt. Aufgrund dieses Vorbehalts kann der Miterbe, will der Gläubiger in sein Privatvermögen vollstrecken, die Einrede der beschränkten Erbenhaftung nach §781 ZPO geltend machen, und zwar nach §785 ZPO in Form der Vollstreckungsgegenklage §767 ZPO. Der Gläubiger darf dann nur in den Miterbenanteil vollstrecken. Er kann aber auch nach §2059 II BGB in den ungeteilten Nachlaß gegen sämtliche Miterben vollstrecken, §747 ZPO.

-> Nach der Teilung (Auseinandersetzung §§2042ff BGB) ist die Miterbengemeinschaft aufgelöst, die Gesamthandsklage nach §2059 II BGB ist nicht mehr möglich. Der Gläubiger kann nun gegen jeden Miterben nach §2058 BGB vorgehen, dieser kann auch die Haftung mit dem Privatvermögen nach §2059 I 1 BGB nicht mehr verweigern. Auch die Beschränkung der Haftung durch Nachlaßverwaltung ist nach §2062 BGB nach der Teilung nicht mehr möglich.

-> der Miterbe wird bei der Auseinandersetzung darauf bestehen, daß vor der Teilung alle Nachlaßverbindlichkeiten getilgt werden, §§2042 II, 2046, 755 I BGB. Ansonsten kann auch der Miterbe die aufschiebenden Einreden der §§2014ff BGB geltend machen, die Unzulänglichkeitseinrede des §1990 BGB oder ein Aufgebotsverfahren durchführen, §§2060 Nr. 1, 2061 BGB.

§§2032ff BGB Miterbengemeinschaft

Mehrere Erben bilden eine Erbengemeinschaft (Gesamthandsgemeinschaft), der Nachlaß wird gemeinschaftliches Vermögen. Träger des Gesamthandsvermögens sind die Erben in ihrer Gesamtheit.

-> die Erben sind daher nicht Miteigentümer in Höhe ihrer Erbanteile, der Nachlaß steht vielmehr ungeteilt im Eigentum der Gesamthandsgemeinschaft. Eine Veräußerung des Anteils an den *einzelnen* Nachlaßgegenständen ist nach §2033 II BGB nicht möglich, ein solcher Vertrag wäre auf eine objektiv unmöglich Leistung gerichtet und daher nach §306 BGB nichtig. Zulässig ist nur eine Veräußerung des gesamten Anteils an der Erbengemeinschaft, §2033 I BGB, in der Form des §2371 BGB (Erbkauf). Der Erwerber übernimmt die vermögensrechtliche Stellung des veräußernden Miterben, für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet er wie der Erbteilsverkäufer, §2382 BGB. Erbe bleibt aber der Veräußerer, dieser haftet neben dem Erbschaftskäufer weiterhin für die Nachlaßverbindlichkeiten aus §1967 I BGB (doppelte Haftung).

-> Im Innenverhältnis sind alle Miterben zur Verwaltung des Nachlasses berufen, §2038 BGB, für ordnungsgemäße Maßnahmen genügt Mehrheitsbeschluß (§§2038 II, 745 I BGB), Notmaßnahmen darf jeder Miterbe alleine treffen. Für ordnungsgemäße Maßnahmen und Notmaßnahmen haben die tätig gewordenen Miterben einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§677, 683, 670 BGB, abzüglich ihres Anteils nach §§2038 II, 748 BGB. Nur die nicht ordnungsgemäßen Maßnahmen bedürfen Einstimmigkeit.

-> Im Außenverhältnis sind die Miterben wie im Innenverhältnis zu Verpflichtungsgeschäften berechtigt, dh es liegt eine Gesamtvertretung vor. Dies aber nur für nicht ordnungsgemäße Maßnahmen, dh diejenigen, die den Nachlaß wesentlich verändern. Für *ordnungsgemäße* Maßnahmen, die dem Nachlaß zugute kommen oder der Erhaltung dienen, genügt aber Mehrheitsbeschluß (§745 I BGB), Notmaßnahmen sind durch einzelne Miterben vornehmbar. Verfügungsgeschäfte können nach §2040 I BGB aber nur durch alle Miterben *gemeinschaftlich* erfolgen, eine Ausnahme gilt nach ganz hM für die Notmaßnahmen (-> Alleinverfügungsmacht §2038 I 2 HS 2 BGB), da sonst das Notverwaltungsrecht im Innenverhältnis sinnlos wäre. Gleiches muß nach hM auch für die ordnungsgemäße Verwaltung gelten. Nach hM müssen also auch Verfügungsgeschäfte nicht zwingend von allen Miterben gemeinschaftlich ausgeführt werden.

Auf jeden Fall gilt, daß, handeln die Miterben erkennbar nur für den Nachlaß, von einer konkludent vereinbarten Haftungsbeschränkung nur auf den Nachlaß auszugehen ist.

Eine Verfügung über den Nachlaß stellt auch die Entgegennahme eines Miterben einer Zahlung an die Miterbengemeinschaft dar. Die Leistung hat nur dann Erfüllungswirkung, wenn der Miterbe als Vertreter angesehen werden kann. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht hat er nicht, die Vertretungsmacht kann sich dann nur noch nach §2038 I BGB ergeben. Fehlt ihm diese, so wurde nicht an die Miterbengemeinschaft geleistet, der Schuldner muß erneut leisten, kann aber das Geleistete vom einzelnen Miterben zurückverlangen.

-> Die Erbengemeinschaft ist nicht auf Dauer angelegt, sondern auf Liquidation (Auseinandersetzung).
Daher kann jeder Miterbe nach §2042 I BGB Auseinandersetzung verlangen.

- Verwaltung des Nachlasses §2038 I BGB

Zur Verwaltung des Nachlasses gehören alle Maßnahmen, die der Sicherung oder Erhaltung des Nachlasses oder der Schuldentilgung dienen. Verbindlichkeiten, die durch die Verwaltung begründet werden, sind Nachlaßverbindlichkeiten, für diese haften die Miterben als Gesamtschuldner, §2058 BGB.

zB Miterbengemeinschaft beauftragt Handwerker zur Reparatur eines Nachlaßgegenstands

-> die Werklohnforderung ist Nachlaßverbindlichkeit, alle Miterben haften für sie nach §§2058, 421 BGB

-> der Werkleistungsanspruch gegen den Handwerker ist Gesamthandsanspruch, er gehört zum Nachlaß

- Geltendmachung von Nachlaßansprüchen §2039 BGB

Grundsätzlich müßten alle Miterben einen Anspruch gemeinschaftlich geltend machen, da es sich auch hier um eine Verwaltungsmaßnahme handelt. Nach §2039 BGB kann aber jeder Miterbe den Anspruch geltend machen, aber nur als Leistung an alle Miterben. Es handelt sich hier um eine gesetzliche Prozeßstandschaft, da der Miterbe in eigenem Namen ein der Gesamthand zustehendes Recht einklagt. §2039 BGB deckt aber nicht die Ausübung von Gestaltungsrechten, diese unterfallen §2040 I BGB.

- Dingliche Surrogation §2041 BGB

Um den Nachlaß den Miterben und den Nachlaßgläubigern ungeschmälert zu erhalten, ordnet §2041 BGB eine dingliche Surrogation an, dh alle mit Mitteln der Erbschaft erworbenen Gegenstände gehören zum Nachlaß, ebenso wie der erhaltene Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstands. Diese Surrogation tritt selbst bei einem entgegenstehenden Willen ein, es reicht die Beziehung der Mittel zum Nachlaß aus. Wird mit eigenen Mitteln ein Gegenstand erworben, so gehört dieser nur dann zum Nachlaß, wenn dies dem Willen des Erwerbenden entspricht (zB Batteriekauf mit Privatgeld für LKW, der zum Nachlaß gehört).

- Auseinandersetzung §§2042ff BGB

Der Nachlaß wird im Verhältnis der Erbanteile an die Miterben verteilt. Bei in Natur teilbaren Gegenständen erfolgt dies nach §§2042 II, 752 BGB, bei nicht teilbaren Gegenständen geschieht dies entweder durch Teilung durch Verkauf (§753 BGB) oder gegenseitige Zuweisung (Miterbe 1 erhält Ring, Miterbe 2 erhält Kfz...). Vor der Auseinandersetzung sollen die Miterben aber die Nachlaßschulden berichtigen, §2046 BGB.

Wie die Teilung zu erfolgen hat, liegt in der Hand der Miterben. Diese können zB einen einheitlichen Teilungsvertrag nach §305 BGB schließen, dies auch gegen den Willen des Erblassers. Die Teilungsanordnung des Erblassers nach §2048 BGB ist für die Miterben nicht verbindlich, sie wirkt nur schuldrechtlich, nicht aber dinglich. Teilt der Erblasser den Miterben einzelne Gegenstände zu, so haben diese nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Verschaffung gegen die Erbengemeinschaft. Sie können also eine andere Vereinbarung treffen. Können sich die Miterben über die Auseinandersetzung nicht einigen, so kann beim Nachlaßgericht ein Vermittlungsverfahren nach §§86ff FGG beantragt werden. Der Erblasser kann auch einen Testamentsvollstrecker mit der Auseinandersetzung beauftragt haben, dieser ist dann allerdings an die Teilungsanordnung des §2048 BGB gebunden.

Nach §§2050ff BGB treffen gewisse Erben *Ausgleichspflichten*. So sind zB Abkömmlinge als gesetzliche Erben verpflichtet, sich dasjenige anrechnen zu lassen, was sie zu Lebzeiten vom Erblasser als Ausstattung erhalten haben, insofern sind sie zum Ausgleich verpflichtet.

Beispiel: Erblasser E hat Kinder A, B und C, dieser ist aber vorverstorben und hinterläßt Enkel D und F. Zusätzlich ist noch die Ehefrau W vorhanden. Ein Testament liegt nicht vor, es gilt die gesetzliche Erbfolge. Zu Lebzeiten hat A 50.000 DM erhalten, D 6.000 DM und F 2.000 DM. Witwe W hat Schmuck unter Vereinbarung der Anrechnung erworben. Der Nachlaß beträgt als Barvermögen 100.000 DM. Wie berechnen sich die Erbteile?

- Witwe W erhält 50.000 DM (§§1931 I, III, 1371 I BGB); die Vereinbarung der Anrechnung des Schmucks ist irrelevant, die Ausgleichspflicht der §§2050ff BGB treffen nur die Abkömmlinge.

-> den Abkömmlingen verbleibt als Nachlaß noch 50.000 DM. Hiervon würde A und B je 1/3 erhalten, D und F je 1/6 (von den 50.000 DM, nicht von den 100.000 DM).

- aber: A hat schon zu Lebzeiten 50.000 DM erhalten, daher hat er schon mehr erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde. Nach §2056 BGB gilt, daß er zur Herausgabe des Mehrbetrags nicht verpflichtet ist. Der Nachlaß wird nur unter den übrigen Erben geteilt, A bleibt bei der Berechnung völlig außer Betracht.

-> Nachlaß beträgt immer noch 50.000 DM, als Miterben kommen aber nur noch B zu jetzt 1/2 und D und F zu je 1/4 in Betracht. Nach §2055 BGB sind dem Nachlaß aber diejenigen Zuwendungen unter Lebzeiten hinzuzurechnen, die ausgleichspflichtig sind. Sowohl D und F haben ausgleichspflichtige Zuwendungen erhalten, der Nachlaß beträgt daher (rein rechnerisch) 58.000 DM.

- Hiervon erhält D 1/4, dh 14.500 DM. Hiervon muß sie sich aber ihre Zuwendung nach §2055 I 1 BGB anrechnen lassen, dh sie erhält nur noch 8.500 DM (weil 6.000 DM Zuwendung).
- F erhält auch 1/4 vom Nachlaß, dh ebenfalls 14.500 DM, hiervon wird ihre Zuwendung in Höhe von 2.000 DM angerechnet, dh sie erhält nur noch 12.500 DM.
- B erhält die Hälfte des Nachlasses, dh 29.000 DM. Er hat zu Lebzeiten keine Zuwendungen erhalten, muß sich davon also auch nichts anrechnen lassen.

-> *will der Erblasser diese Ausgleichspflicht vermeiden, muß er diese testamentarisch abdingen.*

- **Vorkaufsrecht §2034 BGB**

Um ein Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft zu verhindern, räumt das Gesetz den Miterben ein Vorkaufsrecht ein, sollte ein Miteigentümer seinen Anteil verkaufen. Mit Ausübung des Vorkaufsrechts kommt nach §505 II BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis zustande. Der Erbteilsverkäufer muß seinen Miterben seinen Anteil nach §2033 I BGB übertragen, sein Erbteil wächst diesen nach §2094 I BGB analog an. Ist der Miterbteil bereits auf den Käufer übergegangen, so erlischt das Vorkaufsrecht nach §2034 BGB, es ist nun gegenüber dem Käufer auszuüben, §2035 BGB. Dann entsteht mit der Erklärung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Käufer ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Inhalt des Kaufvertrags, dh die Miterben haben einen Anspruch auf Rückübertragung des Erbteils gegen Zahlung des Kaufpreises.

§§2018ff BGB Erbschaftsanspruch

Der Nachlaß kann zB wegen eines Widerrufstestaments oder einer Anfechtung in falschen Händen sein, der wahre Erbe hat deshalb einen Herausgabeanspruch aus §2018 BGB zusätzlich zu den allgemeinen Herausgabeansprüchen aus §§985, 861, 1007, 812, 823 BGB. Diese allgemeinen Vorschriften werden aber inhaltlich gemäß §2029 BGB modifiziert, dh sie dürfen sich im Ergebnis nicht widersprechen. Der Erbschaftsanspruch hat den Vorteil, daß er die Herausgabe der gesamten Erbschaft bezweckt und nicht nur einzelne Vermögensgegenstände. Dies auch deshalb, weil der Erbe meist nicht jeden einzelnen Nachlaßgegenstand kennt. Dennoch muß der Klageantrag jeden einzelnen Erbschaftsgegenstand bezeichnen, weil sonst eine spätere Vollstreckung nicht möglich ist. Der Erbe kann aber mit der Stufenklage nach §254 ZPO vorgehen, also erst nach §2027 BGB auf Auskunft klagen und dann erst auf Herausgabe. Der Erbschaftsanspruch kann sowohl dinglicher Natur sein, wenn er auf Rückübertragung geht, als auch schuldrechtlicher Natur, wenn der Erbschaftsbesitzer nach Bereicherungsrecht zur Herausgabe verpflichtet ist (§2021 BGB) oder schadensersatzpflichtig wird (§§2023-2025 BGB).

- der Anspruchsteller muß Erbe sein, ein Miterbe kann nur nach §2039 BGB Herausgabe an die Erbengemeinschaft verlangen. Ein Miterbe kann allerdings von dem anderen Miterben Einräumung des Mitbesitzes verlangen, wenn dieser sich den Alleinbesitz anmaßt. Ein Nacherbe ist zur Anspruchstellung erst mit Eintritt des Nacherbschaftsfalles berechtigt, §2139 BGB, ein Erbschaftskäufer muß sich diesen Erbschaftsanspruch erst nach §§398, 413 BGB abtreten lassen, wozu der Erbschaftsverkäufer nach §2374 BGB verpflichtet ist, weil der Erbschaftskäufer nicht Erbe wird.
- der Anspruchsgegner muß Erbschaftsbesitzer sein. Erbschaftsbesitzer ist, wer aufgrund eines vermeintlichen oder angemäßen Erbrechts etwas aus dem Nachlaß erlangt hat. Unerheblich ist, ob der Erbschaftsbesitzer gut- oder bösgläubig ist. Nicht Erbschaftsbesitzer ist ein Dieb oder ein vorläufiger Erbe, letzterer hat den Besitz aufgrund eines echten Erbrechts erlangt, nur später die Erbschaft ausgeschlagen. Der Anspruch aus §2018 BGB besteht also nicht gegen denjenigen, der Nachlaßgegenstände dem Erben vorenthält, sich aber kein Erbrecht anmaßt. Der Erbschaftskäufer steht nach §2030 BGB dem Erbschaftsbesitzer gleich.
- Nach §2019 BGB erstreckt sich der Herausgabeanspruch auch auf dasjenige, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erlangt hat, der Herausgabeanspruch setzt sich also dinglich an den Ersatzgegenständen fort (dingliche Surrogation). Sobald also der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft ein Rechtsgeschäft tätigt, wird nicht der Erbschaftsbesitzer Eigentümer der angeschafften

Sache, sondern aufgrund §2019 BGB der wahre Erbe. Strittig ist jedoch, ob für §2019 BGB eine wirksame Verfügung des Erbschaftsbesitzers vorliegen muß, da §2019 BGB von einem getätigten Rechtsgeschäft spricht. Dann könnte es sein, daß der wahre Erbe erst die Verfügung genehmigen muß, bevor die dingliche Surrogation eintritt. Nach heute hM fällt jedoch auch eine unwirksame Verfügung (zB kein Eigentumserwerb wegen §935 BGB) darunter, eine Genehmigung nach §185 BGB ist nicht erforderlich. Nach §2020 BGB erstreckt sich der Herausgabeanspruch auch auf die gezogenen Nutzungen und Früchte. Ist die Herausgabe des Erlangten nicht möglich, so haftet der Erbschaftsbesitzer nach §2021 BGB auf Wertersatz, sofern er noch bereichert ist. Auf Schadensersatz nach §§987ff BGB haftet der Erbschaftsbesitzer zusätzlich, sollte er verklagter oder bösgläubiger Erbschaftsbesitzer sein, §2023-2025 BGB.

- Obwohl neben den §§2018ff BGB auch Einzelansprüche geltend gemacht werden können, ist zu beachten, daß die §§987ff BGB (EBV) hier nicht anwendbar sind, da die §§2018ff BGB das gleiche Verhältnis zwischen Erbe und Erbschaftsbesitzer regeln und deswegen als *leges speciales* vorgehen. Die §§2018ff BGB werden daher auch als Erbschaftseigentümer-Erbschaftsbesitzer-Verhältnis bezeichnet. Eigentlich aber irrelevant, da §2023 BGB auf die Regeln des EBV verweisen.

§§2303ff BGB Pflichtteilsrecht

Die Testierfreiheit erfährt durch das Pflichtteilsrecht Einschränkungen, die nächsten Angehörigen sollen nicht übergangen werden. Der Pflichtteil beläuft sich auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, stellt aber nur einen schuldrechtlichen Anspruch dar, §2303 I 1 BGB.

Pflichtteilsberechtigt sind nach §2303 I 1 BGB die Abkömmlinge des Erblassers, nach §2303 II BGB auch die Eltern und der Ehegatte. Hier gilt jedoch §2309 BGB, dh es ist immer nur der nach dem gesetzlichen Erbrecht Nächstberufene pflichtteilsberechtigt, entferntere Abkömmlinge sind ausgeschlossen, §1924 II BGB (Repräsentationsprinzip). Auch die Eltern sind nicht pflichtteilsberechtigt, sollte ein Abkömmling des Erblassers vorliegen (entsprechend §1930 BGB). Entferntere Abkömmlinge und die Eltern sind also dann vom Pflichtteil ausgeschlossen, wenn sie auch bei der gesetzlichen Erbfolge nicht zum Zuge kommen würden.

Beispiel: Erblasser E enterbt seine Tochter T, vorhanden sind noch die Eltern des E und ein Kind der T. Pflichtteilsberechtigt ist T nach §2303 I 1 BGB ausschließlich, da nach §2309 BGB T ihr Kind von der Pflichtteilsberechtigung verdrängt, da sie ihr Kind auch in der gesetzlichen Erbfolge nach §1924 II BGB verdrängen würde. Die Eltern sind auch nicht pflichtteilsberechtigt, da Tochter T die Eltern des Erblassers nach §1930 BGB verdrängt.

Ein Pflichtteilsanspruch besteht dann, wenn die Berechtigten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurden, sie aber bei der gesetzlichen Erbfolge Erben geworden wären. Eine Enterbung kann nach §1938 BGB ausdrücklich erfolgen oder konkludent durch Erbeinsetzung eines anderen. Die Setzung auf den Pflichtteil stellt nach §2304 BGB im Zweifel auch eine Enterbung dar (Umkehrschluß). Auch die Einsetzung als Ersatzerbe nach §2096 BGB ist eine Enterbung, da dieser nur ersatzweise zum Zuge kommt. Trotz Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge sind folgende Personen nicht pflichtteilsberechtigt:

- der nicht Nächstberufene iSd §2309 BGB
- demjenigen, dem ein Vermächtnis in Höhe des Pflichtteils zugewendet wurde, §2307 I 2 BGB
- derjenige, der durch Vertrag auf sein Erbrecht verzichtet hat §2346 I, II BGB
- derjenige, der als berufener Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat
- der Ehegatte, der sein Erbrecht nach §1933 BGB verloren hat (Scheidung, Eheaufhebung)
- derjenige, dem sein Pflichtteil entzogen wurde (§§2333ff BGB) oder der für erbunwürdig erklärt wurde, §2345 BGB

Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, daher ist zunächst die Höhe des gesetzlichen Erbteils festzustellen. Hierbei sind aber nach §2310 BGB auch manche Personen miteinzurechnen, die nach der *konkreten* gesetzlichen Erbfolge eigentlich nicht Erben werden würden. Grund ist, daß eine Enterbung, Ausschlagung oder eine Erbunwürdigkeit nur den wirklichen Erben zugute kommen soll, nicht aber durch eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils dem Pflichtteilsberechtigten. Nur ein Erbverzicht ist in der Rechnung zu berücksichtigen. Die Höhe des Nachlasses bestimmt sich nach §2311 BGB zur Zeit des Erbfalls, der gesetzliche Voraus des Ehegatten nach §1932 BGB (Vorausvermächtnis) wird nicht hinzugerechnet. Die Berechnung des Erbteils eines Ehegatten ist problematischer:

- wird der Ehegatte nicht Erbe und erhält er auch kein Vermächtnis, so steht ihm nach §1371 II BGB der Zugewinnausgleich zu. Die Höhe des Pflichtteilsanspruchs bestimmt sich dann nach dem nicht erhöhten normalen Ehegattenanteil nach §1931 I BGB. Nach der hM kann der Ehegatte nicht den großen Pflichtteil verlangen, wenn er auf den Zugewinn verzichten sollte, dieses Wahlrecht wird vom Wortlaut des §1371 II BGB nicht gedeckt.

- wird der Ehegatte dagegen mit einem Erbteil oder einem Vermächtnis bedacht, das aber rechnerisch unter dem Pflichtteilsanspruch liegt, so hat der Ehegatte die Wahl: er kann nach §1371 III BGB die Erbschaft ausschlagen, den Zugewinnausgleich verlangen und den (kleinen) Pflichtteil geltend machen. Hierbei bestimmt sich der Pflichtteil aber nach dem normalen Ehegattenerbrecht des §1931 I BGB. Er kann aber auch die Erbschaft oder das Vermächtnis annehmen und des Pflichtteilsrest nach §2305 BGB verlangen. Die Höhe des Pflichtteils berechnet sich hier dann aber nach dem erhöhten Ehegattenerbrecht (§§1931 I, III, 1371 I BGB), da ja dann kein Zugewinnausgleich stattfindet.
- zu beachten ist auch, daß sich der Pflichtteilsanspruch der anderen Pflichtteilsberechtigten immer danach richtet, ob der Ehegatte Erbe (oder VN) geworden ist und daher den Erbteil nach §1931 I + §1371 I BGB erhält, was dann dementsprechend den Erbteil und damit den Pflichtteil der anderen Pflichtteilsberechtigten mindert oder ob der Ehegatte selbst enterbt wurde und nur den kleinen Pflichtteil erhält (hier wird dann aber der Nachlaß durch den normalen Zugewinnausgleichsanspruch geschmälert).

Schutz des Pflichtteilsrechts

- Um zu verhindern, daß der Erblasser das Pflichtteilsrecht zu umgehen versucht, indem er eine Person als Erben einsetzt, diesem aber nur einen unbedeutenden Teil des Vermögens zuwendet, bestimmt §2305 BGB einen Pflichtteilsrestanspruch. Der Erbe kann denjenigen Teil, den das Erbe unter dem Pflichtteil bleibt, als Restanspruch gegen die anderen Erben geltend machen. Schlägt er aber die Erbschaft aus nach §1953 BGB, so kann er *nicht* den vollen Pflichtteilsanspruch geltend machen, da er ja nicht enterbt wurde. Er behält aber den Pflichtteilsrestanspruch.
- Auch kann der Erblasser eine Person als Erben einsetzen, den Erbteil aber durch Beschränkungen und Beschränkungen sehr stark beeinträchtigen (Anordnung der Nacherbschaft, Teilungsanordnungen, Vermächtnisse, Auflagen...). Um dem Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch auf den vollen Pflichtteil zu sichern, unterscheidet §2306 BGB zwei Fälle: Wird der Erbe auf eine geringere Höhe als den Pflichtteil gesetzt, so geltend die Beschränkungen ihm gegenüber als *nicht angeordnet*. Der Erbe wird Vollerbe ohne Belastungen. Wird der Erbe dagegen auf einen Erbteil eingesetzt, der die Höhe des Pflichtteils übersteigt, so hat er ein Wahlrecht zwischen belasteter Erbschaft und dem Pflichtteil (normalerweise könnte der Erbe nämlich nicht ausschlagen und den Pflichtteil annehmen, da er hier ja nicht enterbt ist). Als Beschränkung des Erbteils kommt es gleich, wenn jemand nur als Nacherbe eingesetzt ist, §2306 II BGB, da dieser dann seine Erbschaft nicht sofort erhält.

Beispiel: wird jemand auf $\frac{1}{8}$ des Vermögens als Nacherbe eingesetzt und würde der gesetzliche Erbteil $\frac{1}{4}$ betragen, so läge eine Beschränkung des Pflichtteils vor, §2306 II, I 1 BGB. Da der Erbteil den Pflichtteil nicht übersteigt, gilt die Anordnung der Nacherbschaft als nicht angeordnet, diejenige Person wird Vollerbe zu $\frac{1}{8}$. Dieser kann zusätzlich noch nach §2305 BGB den Pflichtteilsrest geltend machen.

- Ist dem Pflichtteilsberechtigten nur ein Vermächtnis zugewendet, so steht ihm der Pflichtteilsanspruch nur dann zu, wenn der das Vermächtnis ausschlägt, §2307 I 2 BGB. Ist das Vermächtnis aber weniger wert als der Pflichtteil, so kann er das Vermächtnis annehmen und den Pflichtteilsrest nach §2305 BGB beanspruchen.

- **Anrechnung und Ausgleichung §§2315ff BGB**

Der Pflichtteilsberechtigte hat sich Zuwendungen des Erblassers zu Lebzeiten auf seinen Pflichtteil anrechnen zu lassen, wenn dies der Erblasser so bestimmt hat, §2315 BGB. Dabei wird der Nachlaß nur für denjenigen, der anrechnungspflichtig ist, um die Höhe der Zuwendung erhöht, davon erhält er den Pflichtteilsanspruch und muß dann die Zuwendung wieder abziehen.

Beispiel: Erblasser E hinterläßt unter anderem Sohn C, der enterbt wurde, aber zu Lebzeiten 1000 DM erhalten hat, die anrechnungspflichtig sein sollen. Der Nachlaß beträgt 10.000 DM. Der Pflichtteilsanspruch würde $\frac{1}{8}$ betragen. Daher erfolgt die Berechnung folgendermaßen:

Der Nachlaß beträgt rein rechnerisch nun 11.000 DM, davon erhält C $\frac{1}{8}$, dh 1.375 DM, hiervon muß er sich aber die bereits erhaltenen 1.000 DM anrechnen lassen, so daß der Pflichtteilsanspruch nur noch 375 DM beträgt.

Die Ausgleichspflicht nach §2316 BGB ist von der Anrechnungspflicht des §2315 BGB zu unterscheiden. Die Ausgleichspflicht betrifft die Pflichtteilsansprüche, wenn *mehrere Abkömmlinge* vorhanden sind, die Pflichtteilsberechtigten sind. Diese Berechnung erfolgt dann im wesentlichen nach der Ausgleichspflicht bei der Erbauseinandersetzung der Erbengemeinschaft, §§2050ff BGB (dh allgemeine Erhöhung des Nach-

lasses um das Zugewendete und dann Abzug der jeweiligen Zuwendung bei den einzelnen Pflichtteilsberechtigten). Unterschied zur Berechnung bei der Anrechnung nach §2315 BGB liegt darin, daß hier der Nachlaß für alle Abkömmlinge um das insgesamt Zugewendete erhöht wird, während bei §2315 BGB nur der Nachlaß in Betreff auf den einzelnen Pflichtteilsberechtigten erhöht wird. Auch ist der Ehegatte nach §2316 BGB nicht ausgleichspflichtig, er kann aber nach §2315 BGB anrechnungspflichtig sein.

Beispiel: Erblasser E hinterläßt Söhne A, B und C. A hat nichts erhalten, B hat 50.000 DM erhalten und C 40.000 DM. Alle drei sind enterbt und wären zu 1/8 pflichtteilsberechtigt, da ihr gesetzlicher Erbteil insgesamt $\frac{3}{4}$ betragen würde. Der Nachlaß beträgt 320.000 DM. Wie regelt sich die Erbfolge?

Den Söhnen würde also als Nachlaß 240.000 DM ($\frac{3}{4}$) zustehen, wären sie gesetzliche Erben. Dieser Nachlaß ist gemäß §2055 BGB um den Wert der Zuwendungen zu erhöhen, also um 90.000 DM. Der Nachlaß beträgt rein rechnerisch nun 330.000 DM. Hiervon würde jeder der Söhne als gesetzlicher Erbe nach §2316 I BGB nach §1924 I, IV das gleiche erhalten, also $\frac{1}{3}$, dh 110.000 DM. Hiervon sind dann jedoch die Zuwendungen abzuziehen, folglich erhält

A 110.000 DM

B 60.000 DM

C 40.000 DM

Hiervon ist jedoch nun die Hälfte abzuziehen, da der Pflichtteil nur die Hälfte des gesetzlichen Erbteils beträgt, A erhält also 55.000 DM, B 30.000 DM und C 35.000 DM.

- **Pflichtteilsergänzungsanspruch §2325ff BGB**

Nach §2325 I BGB werden dem Nachlaß zur Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs diejenigen Schenkungen hinzugerechnet, die der Erblasser in den letzten 10 Jahren getätigt hat. Dadurch erhöht sich der Pflichtteilsanspruch gegen die Erben, womit verhindert werden soll, daß der Erblasser sein Vermögen schon zu Lebzeiten an die Erben verschenkt, um so den Pflichtteil gering zu halten. Die Erben haben nur dann ein Verweigerungsrecht nach §2328 BGB, wenn ihr Erbe durch die Geltendmachung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs selbst unter die Grenze fallen würde, was ihnen als Pflichtteil zustehen würde. Anstandsschenkungen sind nach §2330 BGB ausgenommen. Sofern die Erben nicht zur Ergänzung des Pflichtteils nach §2228 BGB verpflichtet sind, kann die Schenkung vom Dritten über die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (Rechtsfolgenverweisung) herausverlangt werden, §2229 BGB.

§§2353ff BGB Erbschein

Der Erbe wird durch den Erbschein als Erbe legitimiert, dieser ist ein amtliches Zeugnis über das Erbrecht, §2353 BGB. Es gibt einen Allein- und einen Teilerbschein, einen gemeinschaftlichen Erbschein für Miterben, §2357 BGB, und einen gegenständlichen Erbschein, §2369 BGB. Der Erbschein wird nur auf Antrag ausgestellt, antragsbefugt ist der Erbe, der Testamentsvollstrecker, der Nachlaßverwalter sowie die Gläubiger des Erben, §§792, 896 ZPO. Zuständig ist das Nachlaßgericht nach §§72ff FGG, dieses hat die Angaben des Erben zu überprüfen und darf erst nach Überzeugung der Richtigkeit den Erbschein erteilen. Stellt sich heraus, daß der Erbschein unrichtig ist oder sein könnte, hat das Nachlaßgericht diesen nach §2361 BGB einzuziehen. Auch kann der wirkliche Erbe Herausgabe des Erbscheins nach §2362 BGB verlangen.

Nach §2365 BGB gibt der Erbschein die widerlegbare Vermutung, daß dem Bezeichneten das Erbrecht zusteht und andere Anordnungen als die im Erbschein genannten nicht angeordnet sind. Daraus ergibt sich auch der öffentliche Glaube an den Erbschein, der bei Rechtsgeschäften einem Dritten nach §2366 BGB zugute kommen kann. Für Leistungen an den im Erbschein Bezeichneten und für sonstige Verfügungen gilt §2366 BGB über §2367 BGB entsprechend. Zu beachten ist aber, daß der Erbschein nur den guten Glauben an den Inhalt des Erbscheins schützt, soweit zulässige Angaben gemacht sind. Der Erbschein schützt dagegen nicht den guten Glauben, daß ein Gegenstand auch zum Nachlaß gehört, hierfür gelten die §§892, 932 BGB. Nicht erforderlich ist, daß der Erbschein eingesehen wird, es genügt allein der öffentliche Glaube.

Beim Abhandekommen eines Nachlaßgegenstands ist aber zu differenzieren:

- War der Erblasser Eigentümer des Nachlaßgegenstands, so liegt in der Inbesitznahme des Nachlasses durch den vermeintlichen Erben ein Abhandekommen vor, da der Besitz nach §857 BGB eigentlich dem wahren Erben zusteht. Veräußert nun der Erbscheinserbe eine Sache, könnte §935 BGB einen gutgläubigen Erwerb verhindern. Dies ist aber nicht der Fall, §2366 BGB überwindet sowohl die fehlende Erbenstellung als auch ein Abhandekommen. *Die Besitznahme und Übergabe durch den Erbscheinserben stellen kein Abhandekommen dar!*
- Dies ist jedoch von dem Fall zu unterscheiden, wo schon der Erblasser nicht Eigentümer der Sache war. §2366 BGB kann nur die fehlende Erbenstellung überwinden, für das fehlende Eigentum des Erbscheinserben gelten aber die §§929, 932 BGB. Ein Eigentumserwerb ist nur gutgläubig möglich, dieser kann

jedoch dann an §935 BGB scheitern, wenn der Gegenstand dem wirklichen Eigentümer abhanden gekommen ist.

-> §2366 BGB überwindet das fehlende Erbrecht, §§892, 932 BGB überwinden das fehlende Eigentum!

-> der Erbschein überwindet dagegen auch die fehlende Inhaberschaft an Forderungen, über §2366 BGB können *entgegen* der allgemeinen Regel auch gutgläubig Forderungen erworben werden, da die Erbentstellung die Inhaberschaft der Forderung fingiert. §2366 BGB vermag aber nicht die mangelnde Existenz einer Forderung zu heilen, dh der Erblasser mußte auch wirklich Inhaber der Forderung gewesen sein, nur ist der Erbscheinserbe wegen fehlendem Erbrecht nicht Inhaber geworden, sondern der wirkliche Erbe.

§§2371ff BGB Erbschaftskauf

Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nach §312 I BGB nichtig, möglich ist aber ein Verkauf einer bereits angefallenen Erbschaft, dieser Vertrag bedarf notarieller Beurkundung §2371 BGB. Eine Heilung durch Erfüllung analog §§313 S. 2, 518 II BGB ist nicht möglich. Veräußert wird die Erbschaft als Ganzes, ein Erbschaftskauf liegt dann nicht vor, wenn nur die Summe aller Nachlaßgegenstände veräußert wird. Ein Erbschaftskauf liegt daher nur dann vor, wenn der Käufer auch die Nachlaßabwicklung übernehmen soll.

Für die Nachlaßverbindlichkeiten haften nach §2382 BGB sowohl Käufer als auch Verkäufer als Gesamtschuldner, die Mithaftung des Käufers kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden. Für den Verkauf des Anwartschaftsrechts eines Nacherben gilt für das Verpflichtungsgeschäft §§2371ff BGB analog, für die Übertragung gelten §§2033 I, 398, 413 BGB analog.

§2301 BGB Schenkung von Todes wegen

Eine Schenkung von Todes wegen liegt vor, wenn die Schenkung zu Lebzeiten unter der Bedingung erfolgt ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Dann nämlich liegt eine Schenkung mit der aufschiebenden Bedingung auf den Todesfall vor. Sinn des §2301 BGB ist es nun, die erbrechtlichen Formvorschriften nicht durch die Möglichkeit einer Schenkung auf den Todesfall auszuhöhlen, da diese dann nicht mehr anwendbar wären. Daher bestimmt §2301 BGB, daß für Schenkungen von Todes wegen die erbrechtlichen Formvorschriften gelten, die §§516ff BGB sind nicht anwendbar. Nach hM findet §2301 BGB auch dann Anwendung, wenn sicher ist, daß der Beschenkte den Schenker überleben wird, zB bei einer Schenkung an eine juristische Person.

-> die Schenkung von Todes wegen wird nur dann nach §§516ff BGB (und insbesondere §518 II BGB) behandelt, wenn die Schenkung zu Lebzeiten *vollzogen* wurde, §2301 II BGB. Strittig ist hier aber, ob ein Vollzug vorliegt, wenn der Erblasser den Vollzug nur vorbereitet hat, es aber nicht zu einer dinglichen Übereignung gekommen ist. Nach einer Ansicht liegt ein Vollzug nur dann vor, wenn der Beschenkte zumindest die gesicherte Position eines Anwartschaftsrechts erhalten hat. Nach hM genügt es aber für den Vollzug, wenn der Schenker seinerseits alles erforderliche getan hat, was zum Vollzugseintritt nötig ist, so daß dieser ohne weiteres Zutun des Schenkers eintreten kann (zB bindende Auflassung §873 II BGB, strittig bei unwiderruflicher Auftragserteilung an einen Dritten).

-> Strittig ist, welche Form dann für eine Schenkung von Todes wegen gilt. Nach einer Ansicht gelten die Formvorschriften über die eigenhändigen Testamente nach §2247 BGB, die wohl hM will aber die Formvorschriften des Erbvertrags §§2275, 2276 BGB anwenden, begründet wird dies mit der Vertragsnatur der Schenkung. Aber auch wenn diese nicht eingehalten wurden, besteht meist die Möglichkeit einer Umdeutung in ein Testament, §§140, 2247 BGB, so daß die Ansichten nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Eine formgültige Schenkung wird wie eine letztwillige Verfügung behandelt, also wie eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis.

-> Relevant wird die Unterscheidung zwischen normaler Schenkung nach §§516ff BGB und einer Schenkung von Todes wegen dann, wenn es noch nicht zum Vollzug der Schenkung gekommen ist (Bonifatius-Fall).

Beispiel: Pfarrer E gibt A Wertpapiere mit dem Auftrag, diese dem Bonifatius-Verein zu überbringen. Kurz darauf stirbt E, die Wertpapiere sind noch nicht in Händen des Vereins. Diese werden erst später überbracht. Der Erbe des Pfarrers will vom Verein die Herausgabe der Papiere.

- aus §985 BGB

Das dingliche Angebot des Pfarrers E auf Übereignung gab der Überbringer A als Erklärungsbote ab, der Tod des E hat nach §130 II BGB auf die Wirksamkeit der WE keinen Einfluß. Auf die Annahme des Übereignungsangebots wurde nach §151 BGB verzichtet, der Tod hat nach §153 BGB auf die Annahme keinen Einfluß. Der Verein wurde somit Eigen-

tümer der Wertpapiere, ein Anspruch aus §985 BGB scheidet aus (das RG hat ursprünglich die Einigung nach §929 S. 1 BGB verneint, indem es sagte, daß die dingliche Einigung im Zeitpunkt der Übergabe nicht mehr vorlag, weil E gestorben ist. Nach hM bleibt aber die dingliche Einigung solange wirksam, bis sie widerrufen wird).

- aus §812 I 1 Alt. 1 BGB

Eine Rückforderung der Wertpapiere durch den Erben des Pfarrers würde voraussetzen, daß der Bonifatius-Verein die Wertpapiere ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Entscheidend ist hier nun, ob eine Schenkung unter Lebenden nach §516 BGB vorliegt oder eine Schenkung von Todes wegen nach §2301 BGB.

(1) Bei einer Schenkung unter Lebenden läge ein Rechtsgrund vor, da das Verpflichtungsgeschäft auch durch A als Erklärungsbote und Verzicht auf die Annahme zustande gekommen ist. Auch die mangelnde Form wurde durch den Vollzug geheilt, §518 II BGB. Eine Rückforderung aus §812 I 1 Alt. 1 BGB würde scheitern.

(2) Hier liegt aber eine Schenkung von Todes wegen vor, da der schwerkranke Pfarrer seinen Tod erwartet hat. Daß der Schenkungsvertrag erst nach seinem Tod zustande gekommen ist, hindert dieses Ergebnis nicht, da eine Schenkung nach dem Tod genauso strengen Anforderungen unterliegen muß wie eine Schenkung schon vor dem Tod. Hier ist nun aber fraglich, ob §2301 I oder §2301 II BGB einschlägig ist.

* wäre §2301 I BGB einschlägig, also die Schenkung nicht zu Lebzeiten vollzogen, würde die Schenkung von Todes wegen der Form der letztwilligen Verfügungen (Erbvertrag) nicht entsprechen, die Schenkung wäre nichtig, ein Rechtsgrund läge nicht vor, der Erbe könnte die Wertpapiere nach §812 I 1 Alt. 1 BGB herausverlangen.

* wäre dagegen die Schenkung von Todes wegen zu Lebzeiten vollzogen worden, so wäre §2301 II BGB einschlägig, es würden die Vorschriften über die Schenkungen unter Lebenden gelten, die mangelnde Form wäre nach §518 II BGB geheilt, es läge ein Rechtsgrund vor, der Erbe könnte die Papiere nicht herausverlangen.

-> hier liegt eine Schenkung von Todes wegen vor, die nach §2301 II BGB zu Lebzeiten vollzogen wurde, da einerseits Pfarrer E unmittelbar vermögensmindernd tätig wurde als auch er alles zur Schenkung erforderliche getan hat (Anweisung des A). Vertretbar ist aber auch die Ansicht, daß die Schenkung nicht vollzogen wurde, da die Beauftragung des A widerruflich war.

§331 BGB Vertrag zugunsten Dritten auf den Todesfall

Klausurrelevant ist auch der Sparbuchfall, bei dem der Erblasser zu Lebzeiten ein Sparbuch auf den Namen eines Dritten anlegt, welches dieser mit seinem Tod als Vermächtnis haben soll. Mit dem Erbfall nimmt der Erbe den Nachlaß in Besitz, wozu auch das Sparbuch gehört. Fraglich ist dann, ob der Dritte, auf den das Sparbuch angelegt ist, dieses herausverlangen kann:

- aus §985 BGB

Der Dritte könnte das Sparbuch nach §985 BGB herausverlangen, sollte er Eigentümer des Sparbuchs sein. Das Eigentum am Sparbuch folgt §952 I BGB, richtet sich also nach der Inhaberschaft des Auszahlungsanspruchs. Der Dritte müßte also Inhaber der Auszahlungsforderung gegen die Bank sein.

(1) Die Auszahlungsforderung eines Sparguthabens richtet sich nach §§700 I, 607 BGB, das Sparguthaben stellt eine unregelmäßige Verwahrung dar, da das Interesse des Hinterlegers größer ist als das Interesse des Empfängers (Sparbuchanleger hat mehr Interesse daran als die Bank am Darlehen, hM ist allerdings anderer Ansicht). Fraglich ist, ob mit der Errichtung eines Sparbuchs auf den Namen eines Dritten dieser auch sofort Inhaber der Auszahlungsforderung sein soll. Hierfür müßte es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter handeln, §328 I BGB. Gegen einen solchen Willen spricht aber meist, daß der Versprechensempfänger das Sparbuch noch selbst in Händen hält, dieses soll vielmehr erst mit dem Tod an den Dritten fallen. Zu Lebzeiten will der Versprechensempfänger selbst Inhaber der Auszahlungsforderung und damit des Sparbuchs sein. Mit Errichtung entsteht also nicht schon die Inhaberschaft der Forderung für den Dritten.

- (2) Ein Anspruch könnte aber mit dem Todesfall entstanden sein, hierfür müßte ein Vertrag zugunsten Dritten auf den Todesfall vorliegen. §331 BGB stellt klar, daß solche Verträge zulässig sind, mit dem Tod des Erblassers erwirbt also der Dritte die Auszahlungsforderung gegen die Bank und damit auch Eigentum am Sparbuch nach §952 I BGB. Es besteht folglich ein Anspruch aus §985 BGB auf Herausgabe des Sparbuchs gegen den besitzenden Erben. §331 BGB ist also ein Fall eines Vertrags zugunsten Dritter iSd §328 I BGB, der aufschiebend bedingt auf den Tod des Versprechensempfängers ist, §158 I BGB. Mit dem Tod tritt die Bedingung ein, der Vertrag zugunsten Dritter wird wirksam, die Forderung entsteht.
- (3) Fraglich ist aber, ob der Erbe diesem Herausgabebegehren nicht die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung aus §821 BGB entgegen halten kann. Dies wäre dann der Fall, sollte der Dritte die Sparguthabensforderung gegen die Bank ohne rechtlichen Grund erlangt haben, denn dann könnte der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers die Forderung und das Sparbuch nach §812 I 1 Alt. 1 BGB wieder herausverlangen.
Als Rechtsgrund kommt nur eine Schenkung in Betracht, fraglich ist aber, ob eine Schenkung unter Lebenden nach §516 BGB vorliegt oder eine Schenkung von Todes wegen nach §2301 BGB. Nach hM liegt aber eine Schenkung unter Lebenden vor, weil schon zu Lebzeiten aus dem Vermögen des Erblassers eine Leistung (an die Bank) erfolgt ist. Außerdem spricht für die Auslegung der Schenkung nach §§516ff BGB, daß es den Vertragstyp eines Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall gibt und eine Formvorschrift wie §2301 I BGB diesen Vertragstyp vernichten würde. Es liegt also ein wirksamer Schenkungsvertrag zwischen Erblasser und dem Dritten vor, mit dem Tod des Erblassers wird der Dritte unmittelbar eigener Anspruchsinhaber gegen die Bank, dadurch ist auch die mangelnde Form durch §518 II BGB geheilt. Der Erbe kann nicht die Einrede aus §821 BGB entgegenhalten.
- (4) Wußte der Dritte nichts von der Sparguthabensanlegung auf seinen Namen, so kann das Zustandekommen des Schenkungsvertrags so begründet werden: Der Erblasser gibt mit der Anlegung des Sparguthabens ein Angebot auf eine Schenkung an die Bank ab, mit dem Auftrag, dieses Angebot an den Dritten mit dem Todesfall weiterzuleiten. Der Dritte kann das Angebot nach §§130 II, 153 BGB auch nach dem Tod noch wirksam annehmen. Dann allerdings läuft der Dritte Gefahr, daß der Erbe, der ja in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt, dieses Angebot noch vor Zugang nach §130 I 2 BGB widerrufen kann und so die Schenkung vernichten kann.