

Karlheinz Muscheler

Erbrecht

Band I & II



MOHR SIEBECK

Lehrbuch des Privatrechts
herausgegeben von Reinhard Bork



Erbrecht

Band I

von

Karlheinz Muscheler

Mohr Siebeck

Karlheinz Muscheler, geboren 1953, seit 1993 Inhaber des Lehrstuhls für Deutsche Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Handelsrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

e-ISBN PDF 978-3-16-151291-9

ISBN 978-3-16-150421-1

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Begriff, Dogma, System: Diesen klassischen Mitteln der juristischen Dogmatik versucht das vorliegende Lehrbuch neu zu vertrauen. Es verlässt sich auf ihre Fruchtbarkeit. Sie sind freilich nicht Selbstzweck, sondern dienen den Bedürfnissen des Lebens; auf sie müssen sie stets bezogen bleiben. Aber wie Begriffe ohne Anschauung leer sind, so sind Anschauungen ohne Begriffe blind (Kant). Der Verfasser hat sich auf beiden Feldern des Geschehens lange geübt: Zahlreiche Veröffentlichungen zum Erbrecht hat er dem jetzigen Versuch vorangehen lassen. Als Gutachter und Schiedsrichter ist er der erbrechtlichen Praxis seit langem verbunden.

In diesem Lehrbuch wird, in dieser Form und diesem Umfang zum ersten Mal, den einzelnen Materien, also gewissermaßen dem Besonderen Teil, ein Allgemeiner Teil des Erbrechts vorangestellt. Dessen Hauptteil bilden die aus den besonderen Materien abgeleiteten und umgekehrt deren Beurteilung leitenden „Prinzipien des Erbrechts“. Mit diesem Vorgehen versucht das Werk eine nicht nur durch Begriffe, sondern durch wertbezogene Prinzipien begründete Einheit des Stoffes, also letztlich seinen Systemcharakter, zu gewährleisten. Das Gesetz lässt im Erbfall die Erbschaft „als Ganzes“ auf den Erben übergehen (§ 1922 Abs. 1 BGB). Dogmatik lässt für den Erbfall und seine Bewältigung Erbrecht „als Ganzes“ aus der Summe der einzelnen Normen hervorgehen. Handelt es sich im einen Vorgang um normative Translation von Rechtsobjekten, so im anderen um wissenschaftliche Transformation von Rechtsnormen.

Das vorliegende Lehrbuch ist ein Werk der sozialphilosophischen Fundierung. So hoch der Eigenwert von Gesetz und System auch sein mag, und hoch genug kann er gar nicht eingeschätzt werden, so sehr bedürfen beide der sozialphilosophischen Reflexion. „Die Wissenschaft denkt nicht“, hat Martin Heidegger einmal gesagt, und das gilt auch für die Rechtswissenschaft. Der Satz war und ist nicht als Kritik gemeint. Die positive Wissenschaft ist vielmehr von ihrem Wesen her nicht in der Lage zu denken, sie kann ihre Grundbegriffe mit ihren eigenen Mitteln nicht durchsichtig machen, sondern sieht sich darin auf ein anderes verwiesen.

Im „Besonderen Teil“ des Werkes wurde großes Gewicht darauf gelegt, einzelne Fragen, die für das Gesamtsystem von repräsentativer Bedeutung sind, in die Tiefe hinein zu verfolgen. Mag dadurch die Darstellung auch bisweilen den Charakter einer Abhandlung annehmen, so durfte darauf doch umso weniger verzichtet werden, als nur auf diese Weise die Systemrelevanz der Frage, also ihre innere Verbindung mit weit entfernt liegenden anderen Fragen, zum Vorschein kommt.

Erhöhung der Aufmerksamkeit bei scheinbar Selbstverständlichem, bei lange Tradiertem, bei angeblich Zwingendem, bei praktisch Bewährtem – auch das könnte als Ziel des Verfassers genannt werden. Die Gefahr einer Kritik um der Kritik willen gilt es dabei freilich ebenso zu vermeiden wie das Rasonieren und Kritisieren mit beliebig gegriffenen Einzelargumenten, die immer leicht zur Hand sind. Kritik, wenn sie denn wirklich weiterführen soll, hat stets aus den Grundprinzipien der gesetzlichen Ordnung heraus zu erfolgen. Auf sie hin muss das Etablierte immer wieder neu befragt werden. Mit Referat des Gegebenen und Prognose des zu Erwartenden darf sich Wissenschaft nicht begnügen.

Der Verfasser ist angesichts so vieler und hoher Ziele auf die Nachsicht des Lesers angewiesen, wenn im ersten Zugriff sich Manches als unzulänglich erweist. Irrtümer aufzudecken, Dogmen zu erschüttern, Wertungen in Frage zu stellen, nicht nur fremde, sondern vor allem auch eigene: Das bleibt unser tägliches Geschäft.

Zu danken habe ich vielfach. Zahlreiche Mitarbeiter an meinem Lehrstuhl haben mir geholfen: Thorn Beisenherz, Guido Perkams, Christian Hajnczyk, Eva-Maria Beckmann, Julia Drolshagen, Jan-Christopher van Eymeren, Martin Metzler, Yesim Ülker, Sebastian Trappe haben Vorentwürfe zu einzelnen Partien geliefert; Martin Metzler, Yesim Ülker, Jan-Christopher van Eymeren, Anke Schewe, Claudia Hoch, Jan Olejnik, Dennis Drews und Philipp Dördelmann haben bei der Endkorrektur und der Erstellung der Register geholfen. Bärbel Dröghoff hat mit großer Geduld, mit gelassener Freundlichkeit und mit über ihre Pflichten hinausgehendem Einsatz die Druckvorlage erstellt.

Bochum, im Februar 2010

Karlheinz Muscheler

Inhaltsübersicht

Band I

Teil 1: Allgemeiner Teil des Erbrechts

Kapitel 1: Grundlagen der Grundlagen des Erbrechts

- § 1 Erbrecht überhaupt
- § 2 Erbschaft überhaupt
- § 3 Vererben und Erben überhaupt

Kapitel 2: Grundlagen des Erbrechts

- § 4 Begriff des Erbrechts
- § 5 Systematische Stellung des Erbrechts
- § 6 Erbrecht im subjektiven Sinn
- § 7 Grundbegriffe des Erbrechts
- § 8 Das erbrechtliche Rechtsgeschäft
- § 9 Erbrecht und Verfassungsrecht
- § 10 Statistik

Kapitel 3: Grundsätze des Erbrechts

- § 11 Prinzip der Privaterbfolge
- § 12 Prinzip des Familien- und Verwandtenerbrechts
- § 13 Testierfreiheit
- § 14 Personalität
- § 15 Staatsfreiheit
- § 16 Erbrechtliches Abstraktionsprinzip
- § 17 Postmortalität
- § 18 Universalsukzession
- § 19 Vonselbsterwerb

Teil 2: Gesetzliche Erbfolge

Kapitel 4: Grundlagen der gesetzlichen Erbfolge

- § 20 Grundlagen der gesetzlichen Erbfolge

Kapitel 5: Erbrecht der Verwandten, Ehegatten und Lebenspartner

- § 21 Erbrecht der Verwandten
- § 22 Erbrecht des Ehegatten und des Eingetragenen Lebenspartners

§ 23 Mehrere Erbteile, Erbteilserhöhung und Dreißigster

Kapitel 6: Das Erbrecht des Staates

§ 24 Das Erbrecht des Staates

Teil 3: Verfügungen von Todes wegen (I): Voraussetzungen, Formen und Wirkungen

Kapitel 7: Errichtung, Widerruf, Auslegung und Wirksamkeit von Testamenten

§ 25 Testierfähigkeit

§ 26 Persönliche Errichtung des Testamentes

§ 27 Errichtung von Testamenten

§ 28 Widerruf von Testamenten

§ 29 Auslegung von Testamenten

§ 30 Unwirksame und anfechtbare Testamente

§ 31 Anfechtung letztwilliger Verfügungen

Kapitel 8: Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag, Erbverzicht

§ 32 Gemeinschaftliches Testament

§ 33 Erbvertrag

§ 34 Erbverzicht

Band II

Teil 4: Verfügungen von Todes wegen (II): Inhaltliche Anordnungen

Kapitel 9: Inhaltliche Anordnungen in Verfügungen von Todes wegen

§ 35 Erbeinsetzung

§ 36 Der Ersatzerbe

§ 37 Vor- und Nacherbe

Kapitel 10: Vermächtnis, Auflage, Testamentvollstrecker

§ 38 Das Vermächtnis

§ 39 Die Auflage

§ 40 Testamentvollstrecker

§ 41 Sonstige letztwillige Anordnungen

**Teil 5: Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall und
Nachfolge in Personengesellschaftsanteile**

Kapitel 11: Umdeutungen im Erbrecht

§ 42 Schenkungsversprechen von Todes wegen

Kapitel 12: Lebzeitige Rechtsgeschäfte

§ 43 Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall

§ 44 Nachfolge in Anteile an Personengesellschaften

Teil 6: Die Rechtsfolgen nach dem Erbfall

Kapitel 13: Verlust des Erbrechts nach Anfall

§ 45 Annahme, Ausschlagung/Nachlassfürsorge

§ 46 Erbunwürdigkeit

Kapitel 14: Hilfsmittel des Erben

§ 47 Erbschaftsanspruch

§ 48 Erbschein

Kapitel 15: Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten

§ 49 Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten

Kapitel 16: Mehrheit von Berechtigten

§ 50 Erbengemeinschaft

Kapitel 17: Pflichtteilsrecht

§ 51 Pflichtteilsrecht

Kapitel 18: Erbschafts Kauf

§ 52 Erbschafts Kauf

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdnr.
Teil 1: Allgemeiner Teil des Erbrechts	1	1
Kapitel 1: Grundlagen der Grundlagen des Erbrechts	1	1
§ 1 Erbrecht überhaupt	1	1
§ 2 Erbschaft überhaupt	9	13
§ 3 Vererben und Erben überhaupt	13	23
I. Phänomenologie	13	24
II. Psychologie	16	32
Kap. 2: Grundlagen des Erbrechts	20	43
§ 4 Begriff des Erbrechts	20	43
I. Ausgangspunkt	20	44
II. Definition	21	46
§ 5 Systematische Stellung des Erbrechts	27	51
§ 6 Erbrecht im subjektiven Sinn	33	65
I. Einteilung der erbrechtlichen Rechte	33	66
1. Privatrecht allgemein	33	66
2. Erbrecht	34	68
3. Sonderproblem Testamentsvollstreckung	37	70
4. Einteilung nach Funktion	40	74
II. Erbrechtliche Ansprüche und ihre Verjährung	42	78
1. Rechtslage bis Ende 2009 und Reform	42	78
2. Die „erbrechtlichen Ansprüche“ nach § 197		
Abs. 1 Nr. 2 a. F.	44	79
a) Ratio legis von § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F.	44	79
b) Begriff der erbrechtlichen Ansprüche	46	81
III. Das subjektive Erbrecht als Gesamtrecht	50	87
1. Ausgangspunkt	50	87
2. Recht, Erbe zu werden, und Recht, Erbe zu bleiben	50	88
3. Recht am Nachlass	52	92
4. Recht, Erbe zu sein	56	97
IV. Erbrechtsrelevante Rechte des Erblassers	60	104
§ 7 Grundbegriffe des Erbrechts	64	110
I. Erbfall	64	111

	Seite	Rdnr.
II. Erblasser.	65	112
III. Erbschaft, Nachlass	66	114
IV. Der Erbe in der Verschiedenheit seiner Gestalt	67	116
V. Erben, Vererben, Hinterlassen, Ererben	68	119
VI. Erbfolge, Erbeinsetzung, Berufung	70	121
VII. Erbfähigkeit.	73	124
1. Ausgangspunkt	73	124
2. Überleben	74	125
3. Nasciturus.	75	127
4. Relative und absolute Erbunfähigkeit.	77	131
5. Erbwürdigkeit.	78	132
VIII. Erbanfall	78	133
IX. Erwerb von Todes wegen	79	134
X. Vorweggenommene Erbfolge	81	138
XI. Verfügungen von Todes wegen	83	142
XII. Pflichtteil	84	144
§ 8 Das erbrechtliche Rechtsgeschäft.	89	148
I. Funktionale Einteilung	89	149
II. Formale Einteilung.	91	153
1. Das erbrechtliche Rechtsgeschäft	91	154
a) Allgemeines	91	154
b) Vertrag	92	155
c) Einseitiges Rechtsgeschäft	94	157
d) Zweiaktiger Gestaltungsvorgang	98	161
2. Die erbrechtsrelevante Rechtshandlung	100	166
a) Allgemeines	100	166
b) Äußerung eines Willens	101	167
c) Äußerung einer Vorstellung	102	171
d) Äußerung eines Gefühls	106	180
3. Der reine Gerichtsakt	108	182
4. Das reine Faktum.	110	186
5. Zusammenfassung	112	188
6. Rechtspolitische Bewertung.	112	190
III. Die Form des erbrechtlichen Rechtsgeschäfts	114	193
IV. Höchstpersönlichkeit des erbrechtlichen Rechtsgeschäfts	116	197
V. Geschäftsfähigkeit und Betreuung im Erbrecht.	117	199
§ 9 Erbrecht und Verfassungsrecht	124	203
I. Rechtsquellen.	124	204
II. Funktion des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	125	205
III. Das Verhältnis von Eigentum und Erbrecht	128	209
IV. Die bisherigen Schwerpunkte der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.	130	213

	Seite	Rdnr.
V. Schranken der Erbrechtsgarantie und Schranken- Schranken	132	215
VI. Privaterbrecht	135	220
VII. Testierfreiheit	138	224
VIII. Familienerbfolge	143	232
§ 10 Statistik	147	236
I. Entwicklung und Verteilung der Vermögensbestände der privaten Haushalte	147	237
1. 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung	147	237
2. Neuere Untersuchung von 2009	152	249
II. Erbschaften	161	275
III. Testierhäufigkeit, Testierverhalten	168	286
Kapitel 3: Grundsätze des Erbrechts	170	289
§ 11 Prinzip der Privaterbfolge	170	289
I. Grundlagen	170	290
II. Inhalt des Prinzips	171	292
III. Ableitung der Privaterbfolge aus dem Begriff des Eigentums	173	295
1. Mill und Locke	173	295
2. Misslingende Ableitung im Okkupationsmodell (Fichte)	177	305
IV. Intestaterbrecht der Seitenverwandten	179	311
V. Staat, Staatsvermittlung und Grundgesetz.	180	312
§ 12 Prinzip des Familien- und Verwandtenerbrechts	183	315
§ 13 Testierfreiheit	189	326
I. Inhalt und Grenzen	191	327
II. Entwicklung	193	333
1. Gesetzgebung und Rechtsprechung	193	333
2. Liberalisierung und Egalisierung	196	339
3. Aussagen der Evolutionspsychologie	198	341
III. Grundlagen der Testierfreiheit	200	343
1. Mögliche Bedenken gegen Testierfreiheit.	200	343
2. Testierfreiheit in Naturrecht und Philosophie	202	346
a) Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts	202	346
b) Naturrecht um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert	205	355
c) Mirabeau	208	360
d) Hegel	210	364
e) Mill	212	369
3. Mögliche Sachargumente für die Testierfreiheit	213	372
4. Prinzipielle Begründung der Testierfreiheit	216	383

	Seite	Rdnr.
a) Übersicht	216	383
b) Von vornherein abzulehnende Begründungs- versuche	217	385
c) Persönlichkeitsrecht des Erblassers als Grundlage?	220	390
d) Eigentumsfreiheit als Grundlage von Testierfreiheit	223	399
5. Testierfreiheit nicht als Freiheit unter Freiheiten, sondern als Bestandteil der einen Freiheit	228	409
6. Verhältnis Testierfreiheit – gesetzliches Erbrecht	231	413
IV. Das Pflichtteilsrecht	235	421
1. Ausgangspunkt	235	421
2. Legitimation aus dem Nachlass	240	431
a) Überblick	240	431
b) Familienvermögen i. e. S.	240	432
c) Originitätsgedanke	243	436
d) Äquivalenzgedanke	244	439
3. Schutz vor den immanenten Gefahren der Testierfreiheit	245	441
4. Selbstbindung des Erblassers	248	448
a) Quasi-rechtsgeschäftliche Bindung	248	448
b) Reziprozität der Einschränkung von Wahlfreiheit	250	451
c) Selbstbindung qua Persönlichkeitsfortsetzung	250	452
d) Erwerb des Vermögens „liberorum causa“	252	455
e) Selbstbindung qua Vertrauensschutz	252	456
5. Begründung des Pflichtteils aus den Interessen der engsten Familienangehörigen	253	458
a) Persönlichkeitsrecht	253	458
b) Schutzbedürftigkeit bestimmter Familienangehöriger	254	462
c) Alimentation, Ausstattung, Versorgung	255	464
6. Begründung des Pflichtteils aus Ethik und Familienrecht	257	469
a) Grundlagen	257	469
b) Ethik	258	470
c) Recht: Familienrechtliche Solidaritätsgemeinschaft	259	473
d) Ergebnis	263	479
7. Begründung des Pflichtteils aus den Interessen von Staat und Gesellschaft	263	480
a) Grundlagen	263	480
b) Pflichtteil als Anreiz für lebenslanges Erwerbstreben	263	482
c) Verhinderung von Vermögenskonzentration	264	484

	Seite	Rdnr.
d) Öffentliche Subventionen im Nachlass	268	488
8. Insbesondere: Der Pflichtteil des Ehegatten/ Lebenspartners	270	490
9. Insbesondere: Elternpflichtteil	271	495
10. Insbesondere: Der Pflichtteil entfernterer Abkömmlinge	273	500
11. Pflichtteil als bloßer Geldanspruch	273	501
§ 14 Personalität	279	517
I. Begriff	279	518
II. Aspekte des erbrechtlichen Personalitätsprinzips	280	522
1. Erster Aspekt: Personale Ausgestaltung des gesetzlichen Erbrechts	281	523
2. Zweiter Aspekt: Formenregime	281	524
3. Dritter Aspekt: Höchstpersönlichkeit	282	525
4. Vierter Aspekt: Person des Erblassers	283	526
5. Fünfter Aspekt: Einschränkungen der Verfügungsfreiheit	284	528
6. Sechster Aspekt: Personalität von Übergang, Erbchaft und Fremdverwaltung	288	532
7. Siebter Aspekt: Erbenhaftung	289	535
8. Achter Aspekt: Postmortaler Persönlichkeitsschutz	290	536
9. Neunter Aspekt: Schenkung- und Erbschaftsteuer	292	539
10. Zehnter Aspekt: Internationales Erbrecht	293	540
III. Insbesondere: Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen (§§ 2064, 2065)	294	543
1. Grundlagen	294	543
2. Formelle Höchstpersönlichkeit	295	546
3. Materielle Höchstpersönlichkeit	298	552
4. Legitimation der materiellen Höchstpersönlichkeit	300	558
IV. Zusammenfassung	305	566
§ 15 Staatsfreiheit	307	568
I. Einleitung	307	569
II. Erbrecht als Privatrecht	308	572
III. Zurückhaltung des Staates im gesetzlichen Erbrecht	308	574
IV. Zurückhaltung des Staates im gewillkürten Erbrecht	310	579
V. Zurückhaltung des Staates bei der Erbabwicklung	312	583
1. Modelle der Wahl	312	583
2. Grundentscheidung des BGB	313	585
3. Ablehnung teilgenereller Abweichungen vom Prinzip	315	588
4. Verbleibende Fälle amtlicher Beteiligung	317	593
5. Staat und Testamentsvollstreckung	319	606
6. Bewertung	319	607
VI. Zurückhaltung des Staates bei der Erbschaftsteuer	320	609

	Seite	Rdnr.
VII. Zurückhaltung des Staates im Internationalen Erbrecht . . .	321	610
§ 16 Erbrechtliches Abstraktionsprinzip	322	611
I. Erster Aspekt: Struktur des erbrechtskonstitutiven Rechtsgeschäfts	322	612
II. Zweiter Aspekt: Nichtkausalität der Rechtsgeschäfte . . .	323	615
III. Dritter Aspekt: Die Bedeutung der causa	324	617
1. Allgemeines	324	617
2. Erbrecht	326	621
IV. Vierter Aspekt: Gewillkürte Zuwendungscausa	327	625
V. Überblick	329	629
VI. Gebotene Zuwendungscausa	331	631
VII. Unwirksamkeit nach § 2302	333	634
§ 17 Postmortalität	337	639
I. Allgemeines	338	640
II. Schenkung von Todes wegen – Auf den Tod befristete Schenkungen	339	641
III. Materielle Rechtsverhältnisse vor dem Erbfall	341	646
1. Erbrecht	341	646
2. Pflichtteilsrecht	346	655
3. Vermächtnis	349	659
4. Testamentsvollstreckung	350	661
IV. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über den Nachlass zu Lebzeiten des Erblassers	351	662
1. Überblick	351	662
2. Erbschaftsvertrag	353	655
a) Grundlagen	353	655
b) Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft . . .	354	667
c) Anwendungsbereich	354	668
d) Lebender Dritter	356	670
e) Erbschaftsvertrag innerhalb der Familie	358	672
V. Sicherungsgeschäfte zu Lebzeiten des Erblassers	364	680
1. Ausschluss lebzeitiger Sicherungsgeschäfte	364	680
2. Ausnahmsweise Zulässigkeit	365	682
3. Arrest und einstweilige Verfügung	367	686
VI. Feststellungsklagen zu Lebzeiten des Erblassers	368	687
1. Die herrschende Meinung	368	687
a) Ausgangspunkt	368	687
b) Unzulässige Feststellungsklagen im Erbrecht	369	690
c) Angeblich zulässige Feststellungsklagen im Erbrecht	370	692
2. Eigene Position	378	701
a) Grundlagen	378	701

	Seite	Rdnr.
b) Erbvertrag und bindendes gemeinschaftliches Testament.	380	704
c) Pflichtteilsrecht	382	707
d) Feststellungsklage des Erblassers	385	713
VII. Haftung für fehlerhafte Erblasserberatung	388	720
§ 18 Universalsukzession	398	730
I. Verhältnis zu den anderen Prinzipien	400	731
II. Die verschiedenen Aspekte der Universalsukzession.	404	740
1. Gesamtheit des Übergangsobjekts (Universalität im engeren Sinne).	404	741
a) Allgemeines	404	741
b) Unvererbare Gegenstände.	404	743
c) Übergang der Rechtsverhältnisse	409	748
d) Werdende und schwebende Rechtsbeziehungen	409	750
e) Übergang der Nachlassverbindlichkeiten.	410	753
f) Werdende Passiven / Schwebende Negativverfügungen	413	759
2. Einheit des Erwerbssubjekts (Unilinearität).	415	764
a) Allgemeines	415	764
b) Erster Teilaspekt: Keine Pluralität von Erbfolgen	415	765
c) Zweiter Teilaspekt: Keine Erbeinsetzung auf bestimmte Gegenstände (institutio ex re certa).	417	770
d) Dritter Teilaspekt: Kein Vindikationslegat	417	771
e) Vierter Teilaspekt: Keine dingliche Teilungsanordnung	425	782
f) Fünfter Teilaspekt: Keine Beschränkung des Erbverzichts auf bestimmte Gegenstände.	426	787
g) Sechster Teilaspekt: Verbot der Teilausschlagung, keine teilweise Erbnunwürdigkeit.	427	789
h) Testamentsvollstreckung: Einschränkung der Unilinearität oder weitere Folge der Universalsukzession?	430	793
3. Einheitlichkeit des Übergangsmodus (Unimodalität).	433	800
a) Allgemeines	433	800
b) Übergangstatbestände der Singularsukzession irrelevant	434	804
c) Schranken der Singularsukzession.	436	806
d) Von der Singularsukzession abweichende Rechtsfolgen	437	809
4. Einheitlichkeit des Übergangszeitpunkts (Unitemporalität).	439	814
5. Einheitlichkeit der Übergangscausa (Unikausalität)	440	819
a) Darstellung.	440	819

	Seite	Rdnr.
b) Einheitliche causa als materiale Legitimation des Einheitserwerbs?	445	830
6. Kein Gesamtrecht am Nachlass	448	835
a) Grundsatz	448	835
b) Ansprüche auf Gesamtherausgabe.	452	842
c) Erbengemeinschaft	453	844
7. Zusammenfassung	454	847
III. Zwingender Charakter der Universalsukzession	454	848
IV. Ausnahmen vom Prinzip der Universalsukzession	456	852
1. Sondererbfolge	456	852
a) Anerbenrecht	456	853
b) Nachfolge in Anteile an Personengesellschaften	460	863
2. Erbrechtsunabhängige Sonderrechtsnachfolge von Todes wegen.	465	874
a) Sonderrechtsnachfolge nach § 56 SGB I.	465	874
b) Sonderrechtsnachfolge in das Mietverhältnis (§§ 563 ff. BGB)	467	879
c) Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	469	883
aa) Rechtsprechung und herrschende Lehre	469	883
bb) Abweichende Lösungen	480	899
d) Schenkung von Todes wegen (§ 2301 BGB).	482	903
e) Fortgesetzte Gütergemeinschaft.	487	917
V. Rechtspolitische Bewertung.	495	929
1. Grundlagen rechtspolitischer Bewertung	495	929
2. Materiale Bedeutung der Universalsukzession: Folgen der Universalsukzession.	500	939
3. Ablehnung des Vindikationslegats	503	946
a) Allgemeines	503	946
b) Gründe für das Vindikationslegat	503	948
c) Gründe gegen das Vindikationslegat	505	952
d) Gesetzliche Vermächtnisse, insbesondere der Voraus	509	961
4. Ablehnung von institutio ex re certa und dinglicher Teilungsanordnung.	510	964
5. Ablehnung der heutigen Sondererbfolgen	511	965
a) Einleitung	511	965
b) Anerbenrecht	511	966
c) Personengeschaftsanteil.	515	975
6. § 2301 und die Abgrenzung zwischen lebzeitigen Rechtsgeschäften und erbrechtlichen Verfügungen	519	981
a) Ausgangslage.	519	981
b) Rechtspolitische Vorschläge	522	984
7. Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall.	525	990
a) Lösungsmodelle	525	990

	Seite	Rdnr.
b) Bisherige Rechtslage.	526	993
c) Formloses Vindikationslegat.	527	997
d) Abschaffung des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall.	531	1005
8. Die sonstigen Sonderrechtsnachfolgen von Todes wegen	532	1007
a) Allgemeines	532	1007
b) Die einzelnen Fälle	534	1012
c) Der postmortale Persönlichkeitsschutz insbesondere	535	1015
9. Keine neuen Sonderrechtsnachfolgen.	540	1026
§ 19 Vonselbsterwerb.	542	1027
I. Einleitung.	544	1028
II. Begriff, Anwendungsfälle und Rechtsfolgen des Vonselbsterwerbs.	545	1029
1. Vonselbsterwerb der Erbenstellung.	545	1029
a) Bedeutung	545	1029
b) Besonderheiten beim ipso-morte-Aspekt.	546	1032
c) Rückwirkender Vonselbsterwerb	548	1036
d) Der Sonderfall des § 14 Abs. 3 HöfeO.	549	1037
2. Rechtsfolgen.	549	1038
3. Vonselbsterwerb beim Vermächtnis.	551	1041
a) Regelung des BGB.	551	1041
b) Entstehungsgeschichte	552	1045
4. Vonselbsterwerb bei der Auflage	555	1049
5. Zuwendung bedingungshalber	555	1051
6. Teilungsanordnungen	556	1052
7. Pflichtteil	556	1053
a) Grundsatz	556	1053
b) Pflichtteilsanspruch nach Ausschlagung	558	1060
8. Testamentsvollstreckung.	560	1065
a) Gesetzliche Regelung	560	1065
b) Entstehungsgeschichte	561	1068
9. Vormundbenennung	565	1075
III. Beseitigung des Vonselbsterwerbs	565	1076
1. Ausschlagung der Erbenstellung	565	1076
a) Grundsatz	565	1076
b) Wirkungen der Vorläufigkeit des Erwerbs	569	1080
c) Der gesetzliche Sog in die Annahme	570	1081
d) Rückwirkung der Ausschlagung.	572	1084
e) Die dogmatische Konstruktion von Annahme und Ausschlagung.	576	1089
f) Ausschlagung als Gestaltungsmittel und die erbrechtliche Beratungspraxis	580	1098

	Seite	Rdnr.
2. Ausschlagung des Vermächtnisses	583	1104
a) Regelung des BGB.	583	1104
b) Entstehungsgeschichte	588	1115
c) Die Konzeption van Venrooyts	590	1120
3. Auflage.	597	1131
a) Allgemeines	597	1131
b) Stellung des Vollziehungsberechtigten	598	1132
c) Stellung des Auflagebegünstigten	599	1134
4. Zuwendung bedingungshalber	601	1138
5. Anspruch aus Teilungsanordnung	601	1139
6. Testamentsvollstreckung/Vormundbenennung	602	1140
7. Pflichtteilsanspruch	602	1142
a) Überblick über die geltende Rechtslage	602	1142
b) Entstehungsgeschichte	604	1144
c) Ausschlagungsähnliche Rechtsfolgen	608	1151
aa) Erbschaftsteuer	608	1151
bb) Zivilrecht.	612	1156
d) §§ 852 Abs. 1 ZPO, 36 Abs. 1 InsO	616	1162
e) § 517.	622	1170
f) Sachprinzip oder Formalprinzip:		
Weitere Einzelfragen	623	1171
aa) §§ 1375 Abs. 2, 2113 Abs. 2, 2205 S. 3, 2287, 2325.	623	1172
bb) § 2313.	624	1173
cc) Pflichtteilsverbindlichkeiten und Kosten des Erbscheinsverfahrens.	626	1175
dd) Zugewinnausgleich	627	1176
ee) Pflichtteilsrecht und Unterhaltsrecht	628	1179
ff) Überleitung des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger (§ 93 SGB XII)	633	1188
IV. Zwingender Charakter der gesetzlichen Regelung	642	1206
V. Verhältnis des Vonselbsterwerbs zu den übrigen erbrechtlichen Prinzipien	644	1210
VI. Rechtspolitische Bewertung.	646	1214
1. Vonselbsterwerb mit Ausschlagungsrecht bei Erbschaft und Vermächtnis	646	1214
a) Erbschaft.	646	1214
b) Vermächtnis	651	1226
aa) Die verschiedenen Möglichkeiten	651	1226
bb) Rechtspolitische Bewertung	655	1235
c) Vonselbsterwerb an den Grenzen seiner Legitimierbarkeit: Erbschaftsteuerrecht	659	1244
2. Auflage / Leistung bedingungshalber.	661	1249
3. Testamentsvollstreckung.	661	1250
4. Pflichtteil	662	1252

	Seite	Rdnr.
Teil 2: Gesetzliche Erbfolge	667	1262
Kapitel 4: Grundlagen der gesetzlichen Erbfolge	667	1262
§ 20 Grundlagen der gesetzlichen Erbfolge	667	1262
I. Verhältnis zur gewillkürten Erbfolge	667	1263
1. Subsidiarität	667	1263
2. Wirkungen innerhalb der gewillkürten Erbfolge	670	1270
3. Verweisungen auf die gesetzliche Erbfolge	670	1272
II. Gründe für die gesetzliche Erbfolge	672	1275
Kapitel 5: Erbrecht der Verwandten, Ehegatten und Lebenspartner	675	1281
§ 21 Erbrecht der Verwandten	675	1281
I. Verwandtschaft	677	1282
1. Verwandtschaft kraft Abstammung	677	1284
2. Verwandtschaft kraft Annahme als Kind	680	1291
II. Reihenfolge der Berufung	682	1296
1. Gradual- und Drei-Linien-System	682	1297
2. Parentelsystem	683	1299
3. Reihenfolge innerhalb der Parentelen	685	1303
a) Erben erster Ordnung	685	1304
aa) Abkömmlinge des Erblassers	685	1304
bb) Erbfolge nach Stämmen und Eintrittsrecht (Repräsentation)	685	1305
b) Erben zweiter Ordnung	690	1317
aa) Liniensystem und Erbfolge nach Stämmen	690	1317
bb) Halbblütige Verwandte	691	1321
cc) Wechsel zur anderen Linie	693	1327
c) Erben dritter Ordnung	694	1331
d) Erben vierter Ordnung und entfernterer Ordnungen	696	1334
aa) Übergang zum Gradualsystem	696	1334
bb) Keine Begrenzung des Verwandtenerbrechts	697	1339
III. Erbrechtliche Folgen der Adoption	699	1343
1. Minderjährigenadoption	699	1343
a) Grundsatz	699	1343
b) Sonderfälle	699	1344
aa) Verwandtenadoption	699	1344
(1) Erbrecht kraft leiblicher Verwandtschaft	700	1345
(2) Erbrecht kraft Adoptivverwandtschaft	702	1349
(3) Kombination der Ergebnisse und Folgen mehrfacher Verwandtschaft	703	1351

	Seite	Rdnr.
bb) Stiefkindadoption	704	1354
2. Volljährigenadoption	705	1355
IV. Ausgleichungspflichten unter Abkömmlingen	707	1362
1. Zuwendungen an Abkömmlinge	707	1362
a) Zweck der Ausgleichung	707	1362
b) Verpflichtete und Berechtigte	708	1364
c) Ausgleichungsbegründende Zuwendungen	710	1370
d) Durchführung der Ausgleichung	715	1381
e) Wirkungen und Rechtsnatur	721	1394
2. Leistungen von Abkömmlingen	723	1399
a) Zweck der Ausgleichung	723	1399
b) Berechtigte und Verpflichtete	724	1401
c) Auszugleichende Leistungen	725	1404
d) Subsidiarität der Ausgleichung	727	1408
e) Höhe und Durchführung der Ausgleichung	728	1410
§ 22 Erbrecht des Ehegatten und des Eingetragenen Lebenspartners	730	1413
I. Erbrecht des Ehegatten	734	1414
1. Das Erbrecht des Ehegatten als Regelungsproblem	734	1414
a) Legitimation des Ehegattenerbrechts	734	1415
b) Art der Beteiligung: Substanz- oder Nutzungszuweisung	736	1419
c) Einfluss des Güterstandes	738	1421
2. Voraussetzungen des Ehegattenerbrechts	741	1428
3. Vorzeitiger Ausschluss des Ehegattenerbrechts	745	1437
a) Zweck der Vorverlagerung	745	1437
b) Einseitigkeit des Erbrechtsausschlusses	745	1438
c) Voraussetzungen	748	1441
aa) Formell: Bekundung des Scheidungswillens durch den Erblasser	748	1441
(1) Beantragung der Scheidung	748	1442
(2) Zustimmung zur Scheidung	750	1445
bb) Materiell: Vorliegen der Scheidungs- voraussetzungen	753	1452
d) Rechtsfolgen	755	1455
4. Erbrechtliche Beteiligung des Ehegatten im Allgemeinen	756	1458
a) Erbquote des Ehegatten im Allgemeinen	756	1458
b) Voraussetzungen des Ehegattenerbrechts	759	1464
aa) Zweck und Rechtsnatur	759	1464
bb) Voraussetzungen	760	1468
cc) Gegenstand und Umfang	762	1471
5. Erbrechtliche Beteiligung des Ehegatten nach Maßgabe des ehelichen Güterstandes	764	1476

	Seite	Rdnr.
a) Zugewinnngemeinschaft	764	1478
aa) Erbrechtliche Lösung	765	1478
(1) Ehegatte als gesetzlicher Erbe	765	1478
(aa) Erhöhung des gesetzlichen Erbteils	765	1478
(bb) Korrektur zugunsten einseitiger Abkömmlinge: Ausbildungs- anspruch	767	1482
(2) Ehegatte als gewillkürter Erbe oder Vermächtnisnehmer	771	1490
(3) Erbschaftsteuerrecht	773	1494
bb) Güterrechtliche Lösung	774	1496
(1) Grundsätze	774	1496
(2) Güterrechtliche Lösung infolge Ausschlagung	780	1505
b) Gütertrennung	784	1513
c) Gütergemeinschaft	785	1516
aa) Gütergemeinschaft ohne Fortsetzungs- vereinbarung	785	1516
bb) Fortgesetzte Gütergemeinschaft	787	1520
6. Annex: Tod des geschiedenen Ehegatten	790	1528
a) Passive Vererblichkeit des nahehelichen Unterhaltsanspruchs	791	1529
b) Versorgungsausgleich	795	1540
aa) Grundsätze des Versorgungsausgleichs	795	1540
bb) Mechanismus des Ausgleichs nach altem Recht	795	1541
cc) Tod des Geschiedenen und öffentlich- rechtlicher Versorgungsausgleich nach altem Recht	797	1545
dd) Tod des Geschiedenen und schuldrechtlicher Versorgungsausgleich nach altem Recht	798	1547
ee) Mechanismus des Ausgleichs nach neuem Recht	801	1553
ff) Tod eines Ehegatten im neuen Recht	804	1566
II. Erbrecht des Eingetragenen Lebenspartners	809	1578
1. Entstehungsgeschichte und Begriff der Lebenspartnerschaft	809	1578
2. Überblick Erbrecht	810	1580
3. Voraussetzungen des Erbrechts des Lebenspartners	813	1586
4. Vorzeitiger Ausschluss des Erbrechts des Lebens- partners	815	1589
a) Voraussetzungen	816	1590

	Seite	Rdnr.
aa) Formelle Voraussetzungen	816	1590
bb) Materielle Voraussetzungen	817	1593
b) Rechtsfolgen	818	1596
5. Erbrechtliche Beteiligung des Lebenspartners im Allgemeinen	818	1597
6. Erbrecht des Lebenspartners nach Maßgabe des Güterstands	819	1601
7. Pflichtteil des Lebenspartners	822	1604
§ 23 Mehrere Erbteile, Erbteilerhöhung und Dreißigster	824	1606
I. Mehrere Erbteile	825	1607
1. Voraussetzungen	825	1607
2. Rechtsfolgen	826	1611
II. Erbteilerhöhung	827	1613
1. Begriff	827	1613
2. Wirkungen	829	1617
III. Der Dreißigste	831	1623
1. Voraussetzungen	832	1624
2. Rechtsfolgen und Rechtsnatur	833	1626
Kapitel 6: Das Erbrecht des Staates	835	1631
§ 24 Das Erbrecht des Staates	835	1631
I. Rechtsstellung des Staates im Allgemeinen	835	1632
II. Der Staat als möglicher gesetzlicher Miterbe	838	1635
III. Der Staat als Zwangserbe	839	1638
IV. Gerichtliche Feststellung des Staatserbrechts	840	1640
1. Aufforderungsverfahren	840	1640
2. Die gerichtliche Feststellung	842	1645
3. Die richtige und die falsche Feststellung	844	1648
Teil 3: Verfügungen von Todes wegen (I): Voraussetzungen, Formen und Wirkungen	847	1652
Kapitel 7: Errichtung, Widerruf, Auslegung und Wirksamkeit von Testamenten	847	1652
§ 25 Testierfähigkeit	847	1652
I. Grundlagen	847	1652
II. Alter	849	1657
III. Störungen der Geistestätigkeit	851	1658
1. Allgemeines	851	1658
2. Partielle Testierunfähigkeit	854	1665
3. Relative Testierunfähigkeit	856	1671

	Seite	Rdnr.
4. Faktische Testierunfähigkeit auf Grund von Gebrechlichkeit	857	1672
5. Testierfähigkeit eines Betreuten	857	1674
6. Testierunfähigkeit wegen mangelnder Intelligenz oder wegen Willensschwäche?.	859	1679
7. Verfahrensfragen	860	1682
§ 26 Persönliche Errichtung des Testamentes	861	1684
I. Keine Vertretung in der Erklärung	861	1685
1. Stellvertretung	861	1685
2. Botenschaft	862	1687
II. Keine Vertretung im Willen	862	1689
1. Keine Geltungsbestimmung durch Dritte	862	1689
a) Allgemeines	862	1689
b) Geltungsbestimmung durch Dritte	863	1690
c) Potestativbedingungen	864	1692
d) Nacherbenstellung insbesondere.	864	1694
2. Keine Bestimmung der Person oder des Gegenstandes des Begünstigten.	865	1695
a) Allgemeines	865	1695
b) Losentscheidungen	865	1697
c) Zulässigkeit der Bestimmung durch einen anderen	866	1698
aa) Bestimmung des Erben	866	1699
(1) Höferecht	866	1699
(2) Richterrecht.	866	1700
bb) Vermächnisse und Auflagen.	869	1709
d) Abgrenzung zur Auslegung	871	1717
aa) Lückenhafte Testamente	871	1717
bb) Objektiv unbestimmte Testamente	872	1721
§ 27 Errichtung von Testamenten	873	1724
I. Formenstrenge im Testamentsrecht.	875	1725
II. Das eigenhändige Testament	877	1729
1. Eigenhändigkeit.	877	1730
2. Unterschrift	879	1734
3. Zeit- und Ortsangabe.	883	1744
III. Das öffentliche Testament.	885	1748
1. Die Erklärung des letzten Willens	885	1749
2. Die Übergabe einer Schrift	887	1753
a) Die übergebene Schrift	887	1754
b) Übergabe.	888	1757
c) Die Erklärung des Erblassers.	889	1759
3. Das Verfahren vor dem Notar	889	1761
IV. Außerordentliche Testamentsformen.	891	1763

	Seite	Rdnr.
1. Das Nottestament vor dem Bürgermeister (§§ 2249, 2250 Abs. 1)	892	1766
a) Notlage	892	1766
aa) Todesgefahr	892	1767
bb) Aufenthalt an einem abgesperrten Ort	894	1771
b) Formanforderungen	894	1775
aa) Die Erklärung des Erblassers nach § 2232	895	1776
bb) Die Unschädlichkeit von Formverstößen nach § 2249 Abs. 6	895	1777
2. Das Dreizeugentestament (§ 2250 Abs. 1, Abs. 2)	898	1784
a) Notlage	898	1784
b) Mündliche Erklärung des Erblassers	899	1786
c) Sonstige Formanforderungen	899	1787
3. Das Seetestament (§ 2251)	900	1789
4. Rechtspolitische Würdigung	901	1791
§ 28 Widerruf von Testamenten	903	1792
I. Widerruf durch Testament	904	1795
1. Verhältnis zwischen § 2254 und § 2258 Abs. 1	906	1799
2. Widerspruch nach § 2258 Abs. 1	907	1801
3. Aufhebungswirkung über den Widerspruch hinaus?	908	1803
II. Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde	909	1805
1. Die Widerrufshandlung	910	1807
2. Aufhebungsabsicht	913	1814
III. Rücknahme des Testamentes aus amtlicher Verwahrung	914	1816
IV. Widerruf des Widerrufs	916	1820
1. Anwendungsbereich	916	1821
2. Rechtsfolgen	917	1822
§ 29 Auslegung von Testamenten	920	1828
I. Die Auslegungsmethoden	922	1830
1. § 133 als Postulat einer freien Willenserforschung	923	1831
2. Die Andeutungstheorie	926	1838
a) Bedeutung	926	1838
b) Kritik an der Andeutungstheorie	927	1840
c) Andeutungserfordernis und Formproblematik	936	1856
d) Auslegung trotz eindeutigen Wortlauts	938	1859
3. Die ergänzende Auslegung	940	1862
a) Begriff und Anwendungsbereich	940	1862
b) Rechtfertigung der ergänzenden Auslegung	942	1866
c) Vereinbarkeit mit der Andeutungstheorie	944	1871
d) Unbeachtlichkeit des späteren wirklichen Willens	947	1876
4. Auslegung des gemeinschaftlichen Testamentes und des Erbvertrags	950	1880

	Seite	Rdnr.
II. Besondere Auslegungsregeln	951	1881
1. Auslegung zugunsten der Wirksamkeit des Testamentes	952	1883
2. Bestimmung des eingesetzten Personenkreises	956	1890
3. Regeln für bedingte Zuwendungen	961	1901
§ 30 Unwirksame und anfechtbare Testamente	967	1909
I. Begriffsbestimmung	970	1910
II. Nichtigkeit	971	1913
1. Nichtigkeit wegen Willensmängeln	971	1914
2. Nichtigkeit wegen Gesetzesverstößes (§ 134)	973	1917
a) § 14 HeimG.	973	1918
b) Grundrechte als Verbotsgesetze?	978	1926
3. Sittenwidrigkeit von Testamenten.	979	1928
a) Das Geliebtentestament („Mätressentestament“)	980	1929
b) Das so genannte Behindertentestament	983	1933
c) Sittenwidrigkeit wegen Eingriffs in die Entschließungsfreiheit	987	1941
d) Zeitpunkt für die Beurteilung der Sitten- widrigkeit	993	1956
e) Umfang der Nichtigkeit bei sittenwidrigen Bedingungen.	995	1957
§ 31 Anfechtung letztwilliger Verfügungen	997	1959
I. Anfechtungsgründe	999	1962
1. Erklärungsirrtum (§ 2078 Abs. 1 Alt. 2)	1000	1963
2. Inhaltsirrtum (§ 2078 Abs. 1 Alt. 1)	1000	1964
3. Irrtum im Beweggrund (§ 2078 Abs. 2 Alt. 1)	1003	1968
4. Übergang eines Pflichtteilsberechtigten	1013	1981
a) Grundlagen	1013	1981
b) Übergehen / Kausalität	1014	1983
c) Gegenstand der Anfechtung	1017	1986
5. Widerrechtliche Drohung (§ 2078 Abs. 2 Alt. 2)	1022	1995
II. Anfechtungsberechtigte	1023	1997
III. Anfechtungserklärung.	1027	2006
IV. Anfechtungsfrist	1029	2010
V. Bestätigung der anfechtbaren Verfügung	1034	2017
VI. Wirkung der Anfechtung	1035	2020
Kapitel 8: Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag, Erbverzicht.	1039	2026
§ 32 Gemeinschaftliches Testament	1039	2026
I. Begriff und Abgrenzung zum Erbvertrag	1044	2028
II. Bedeutung.	1045	2030

	Seite	Rdnr.
III. Entstehungsgeschichte.	1046	2031
IV. Errichtung	1048	2036
1. Errichtung durch Ehegatten oder Partner einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft	1048	2037
a) Gemeinschaftliches Testament von Nichtehe- gatten/Nichtlebenspartnern	1049	2038
b) Gemeinschaftliches Testament bei Nichtehe	1051	2042
c) Auswirkungen einer Auflösung der Ehe auf das Testament.	1051	2043
d) Aufhebung einer Lebenspartnerschaft	1054	2046
2. Form	1054	2048
a) Öffentliches gemeinschaftliches Testament.	1055	2049
b) Eigenhändiges gemeinschaftliches Testament	1055	2051
c) Gemeinschaftliches Nottestament.	1058	2059
3. Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Verfügungen	1058	2060
a) Objektive Theorie: einheitliche Urkunde	1058	2062
b) Subjektive Theorie: bloßer Gemeinschaftlich- keitswille	1059	2063
c) Vermittelnde Theorie: aus beiden Verfügungen erkennbarer Gemeinschaftlichkeitswille	1059	2065
d) Stellungnahme	1061	2069
4. Arten des Errichtungszusammenhangs	1061	2070
a) Errichtungszusammenhang bei ordentlichen öffentlichen Testamenten	1062	2071
b) Errichtungszusammenhang bei privatschriftlichen eigenhändigen Testamenten	1062	2072
c) Errichtungszusammenhang bei Nottestamenten.	1062	2073
5. Verwahrung	1063	2074
V. Inhalt und Arten	1063	2075
1. Inhalt.	1063	2075
2. Arten.	1063	2076
a) Gleichzeitiges gemeinschaftliches Testament (äußerlich gemeinsames Testament)	1063	2077
b) Gegenseitiges gemeinschaftliches Testament (reziprokes gemeinschaftliches Testament)	1064	2079
c) Wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament (korrespektives gemeinschaftliches Testament)	1064	2081
VI. Auslegung des gemeinschaftlichen Testamentes.	1065	2084
1. Vor- und Nacherbschaft (Trennungslösung).	1065	2085
2. Berliner Testament (Einheitslösung)	1065	2087
3. Nießbrauchvermächtnis	1066	2089
4. Folgen von Trennungs- und Einheitsprinzip.	1066	2090
5. Auslegungsmöglichkeiten	1067	2091
6. Auslegung im Einzelfall	1068	2094

	Seite	Rdnr.
7. Auslegung beim Vermächtnis	1070	2098
8. Auslegung einer Wiederverheiraturklausel	1071	2099
a) Begriff und Zweck.	1071	2100
b) Trennungslösung	1071	2101
c) Einheitslösung	1073	2103
VII. Pflichtteilklauseln	1075	2108
1. Trennungslösung	1075	2109
2. Einheitslösung	1076	2111
3. Jastrowsche Klausel.	1077	2112
4. Anrechnung der Pflichtteilszahlung auf den Schlusserbteil	1077	2114
5. Pflichtteilsverzichtsverträge	1078	2115
VIII. Wechselbezügliche Verfügungen	1078	2118
1. Begriff und Arten wechselbezoglicher Verfügungen	1079	2119
2. Feststellung der Wechselbezüglichkeit	1080	2123
3. Gegenseitige rechtliche Abhängigkeit wechsel- bezoglicher Verfügungen	1084	2132
IX. Widerruf bei gemeinschaftlichem Testament	1085	2134
1. Widerruf zu Lebzeiten beider Ehegatten.	1085	2135
a) Widerruf durch einen Ehegatten.	1085	2136
b) Widerruf durch beide Ehegatten gemeinschaftlich.	1088	2141
2. Widerruf nach Tod eines Ehegatten.	1088	2142
a) Grundlagen	1088	2142
b) Einzelheiten	1093	2151
3. Andere Aufhebungsmöglichkeiten	1096	2157
4. Abänderungsvorbehalt und Freistellungsklausel	1097	2161
X. Anfechtung bei gemeinschaftlichem Testament.	1099	2167
1. Anfechtung durch den Überlebenden.	1099	2168
2. Anfechtung durch Dritte.	1100	2171
XI. Verfügung unter Lebenden	1101	2174
§ 33 Erbvertrag	1103	2178
I. Begriff, Errichtungsmotive	1107	2179
II. Dogmatische Konstruktion	1110	2185
III. Voraussetzungen	1114	2190
1. Erblasser nur persönlich	1114	2190
2. Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Erblassers.	1115	2192
3. Form	1116	2196
a) Nur zur Niederschrift eines Notars.	1116	2196
b) Gleichzeitige Anwesenheit beider Teile	1117	2200
4. Verwahrung.	1117	2201
IV. Inhalt und Arten des Erbvertrages	1118	2203
1. Inhalt des Erbvertrages.	1118	2203
a) Vertragsmäßige Verfügungen	1118	2204

	Seite	Rdnr.
b) Einseitige Verfügungen	1119	2205
c) Abgrenzung durch Auslegung	1120	2207
2. Arten des Erbvertrages	1121	2211
a) Einseitiger Erbvertrag	1121	2212
b) Zwei- oder mehrseitiger Erbvertrag – Gegenseitiger Vertrag	1121	2213
c) Zuwendung an Vertragspartner – Zuwendung an Dritte	1122	2217
d) Entgeltlicher Erbvertrag – Unentgeltlicher Erbvertrag	1123	2218
V. Rechtsfolgen vertragsmäßiger Verfügungen/ Bindungswirkung	1124	2221
1. Unwirksamkeit beeinträchtigender anderer Verfügungen	1125	2223
a) Aufhebung früherer letztwilliger Verfügungen	1125	2224
b) Unwirksamkeit späterer letztwilliger Verfügungen	1128	2231
c) Ausnahmen von der Bindungswirkung	1129	2235
2. Beseitigung von vertragsmäßigen Verfügungen	1133	2241
3. Im Einverständnis mit dem Vertragspartner	1133	2242
a) Aufhebungsvertrag zwischen den Vertragsparteien	1133	2243
aa) Abschluss und Form	1133	2243
bb) Höchstpersönlichkeit und Geschäftsfähigkeit	1134	2246
cc) Wirkung	1135	2248
dd) Anfechtung und Aufhebung des Aufhebungs- vertrages	1135	2249
b) Vermächtnis/Auflage: Testament mit Zustimmung	1136	2251
c) Ehegattenerbvertrag: Gemeinschaftliches Testament	1137	2255
4. Ohne Einverständnis des Vertragspartners	1138	2259
a) Rücktritt	1138	2259
b) Vertraglich vorbehaltenes Rücktrittsrecht	1138	2260
c) Rücktritt wegen Verfehlung des Bedachten	1140	2263
d) Rücktritt wegen Aufhebung der Gegen- verpflichtung	1140	2264
e) Rücktrittserklärung	1143	2270
f) Aufhebung nach § 2297	1144	2274
g) Rücktritt durch den Vertragspartner	1145	2276
h) Wirkung des Rücktritts	1145	2277
i) Anfechtung	1146	2278
aa) Unterscheidung nach Art der Erklärung	1146	2279
bb) Anfechtung durch den Erblasser	1146	2283

	Seite	Rdnr.
cc) Anfechtungsgrund	1147	2285
dd) Anfechtungserklärung und Anfechtungsfrist	1148	2287
ee) Rechtsfolgen der Anfechtung	1149	2289
ff) Bestätigung	1150	2291
gg) Anfechtung durch Dritte.	1151	2292
hh) Anfechtung der Erklärungen des Vertrags- partners	1152	2293
j) Gegenstandslosigkeit	1152	2294
k) Wechselbezüglichkeit	1152	2295
5. Der Erbvertrag von Eheleuten, Verlobten und Lebenspartnern	1153	2296
VI. Lebzeitige Schenkungen	1156	2303
1. Dingliche Rechtslage	1156	2304
2. Anspruch aus § 2287	1157	2305
a) Schenkung nach Abschluss des Erbvertrages.	1157	2307
b) Objektive Beeinträchtigung	1159	2309
c) Beeinträchtigungsabsicht	1161	2312
d) Rechtsfolge: Anspruch nach Bereicherungsrecht.	1164	2317
e) Auskunftsanspruch	1165	2318
f) Verjährung	1166	2320
g) Sicherung des Anspruchs zu Lebzeiten	1166	2321
h) Vereinbarung zur Unterlassung von Verfügungen.	1166	2322
3. Anspruch aus § 2288	1168	2326
§ 34 Erbverzicht.	1170	2328
I. Begriff, Zulässigkeit, Rechtsnatur, praktische Bedeutung.	1172	2329
II. Kausalverhältnis	1177	2337
1. Abstraktheit	1177	2337
2. Schenkung?	1179	2340
3. Vermächtnis als Abfindung	1181	2345
4. Einzelheiten zum Kausalverhältnis	1183	2350
III. Prämortalität	1185	2355
1. Herrschende Meinung	1185	2355
2. Kritik der herrschenden Meinung.	1187	2358
IV. Abschluss des Erbverzichtsvertrags	1191	2365
1. Beteiligte.	1191	2365
2. Probleme bei Anbahnung und Abschluss des Erbverzichtsvertrags i. w. S.	1191	2366
a) Vertretung	1191	2367
b) Gerichtliche Genehmigung.	1192	2369
c) Sonstige Zustimmungserfordernisse.	1194	2372
3. Formerfordernisse, insbesondere stillschweigender Erbverzicht	1194	2374

	Seite	Rdnr.
4. Verzicht zugunsten eines Dritten	1196	2380
V. Wirkungen des Erbverzichtsvertrags	1198	2386
1. Wegfall des Verzichtenden	1198	2386
2. Erstreckung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden.	1199	2389
3. Auswirkungen auf das gesetzliche Erbrecht Dritter.	1201	2391
4. Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht Dritter	1202	2397
a) Einschränkung der Pflichtteilsberechtigung Dritter gemäß § 2309	1202	2400
b) Einschränkung des Pflichtteilsrechts Dritter gegenüber dem Verzichtenden bei gewährter Abfindung	1206	2411
5. Bedeutung und Folgen für den Erblasser.	1208	2416
6. Auswirkungen auf den nahehehlichen Unterhalts- anspruch.	1209	2419
7. Der isolierte Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2).	1210	2423
a) Allgemeines	1210	2423
b) Wirkungen	1212	2426

Allgemeine Literatur

I. Lehrbücher

- Binder, Julius*: Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1903
Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 23. Aufl., Köln 2009
Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Abteilung: Gemeinschaftsrecht, Familienrecht, Erbrecht, 7./8. Aufl., Jena 1924
Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5: Erbrecht, Tübingen 1912
Deinburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5: Deutsches Erbrecht, Halle a.S. 1905
Dietz, Rolf: Erbrecht, Bonn 1949
Ebenroth, Carsten Thomas: Erbrecht, München 1992
Endemann, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl., Bd. 3: Erbrecht (2 Teile), Berlin 1919
Endemann, Friedrich: Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 5), Berlin u. Leipzig 1923
Frank, Rainer: Erbrecht, 4. Aufl., München 2007
Fülster, Hans: Grundriß des Bürgerlichen Rechts, Bd. 5: Erbrecht, 4.-6. Aufl., Gießen 1928
Gursky, Karl-Heinz: Erbrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007
Harder, Manfred/Kroppenber, Inge: Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl., Neuwied 2003
Kipp, Theodor/Coing, Helmut: Erbrecht, 14. Bearbeitung, Tübingen 1990
Kretzschmar, Ferdinand: Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Leipzig 1913
Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt: Erbrecht, 5. Aufl., München 2001
Leipold, Dieter: Erbrecht, 17. Aufl., Tübingen 2009
Lipp, Martin: Examens-Repetitorium Erbrecht, Heidelberg 2006
v. Lübtow, Ulrich: Erbrecht, 2 Bde., Berlin 1971
Meyer, Paul: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Ein Lehrbuch, 1. bis 7. Lieferung (Lieferung 1–3 in zweiter Ausgabe), Marburg 1921
Michalski, Lutz: Erbrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2006
Olzen, Dirk: Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 2009
Otte, Gerhard: Erbrecht in programmierter Form, Berlin u. New York 1974
Schellhammer, Kurt: Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen, 2. Aufl., Heidelberg 2006
Schlüter, Wilfried: Erbrecht, 16. Aufl., München 2007
Siber, Heinrich: Erbrecht, Leipzig 1928
Strohal, Emil: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 3. Aufl. Berlin 1903, Bd. 2, 3. Aufl. Berlin 1904
v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I, Berlin 1910; II/1, Berlin 1914; II/2, Berlin 1918

II. Kommentare

- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 6: Erbrecht, Neuwied 1990
Bamberger/Roth: BGB, Bd. 2, 3. Aufl. München 2008
Damrau, Jürgen (Hrsg.): Praxiskommentar Erbrecht, Angelbachtal 2004
Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl., Köln 2008
Frieser, Andreas (Hrsg.): Fachwaltskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Köln 2008
Hk-BGB, 6. Aufl., Baden-Baden 2009

- Jauernig*, BGB, 13. Aufl., München 2009
juris Praxiskommentar BGB, Bd. 5: Erbrecht, 4. Aufl., Saarbrücken 2009
Leonhard, Franz: Bürgerliches Gesetzbuch, Fünftes Buch: Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912
Meincke, Jens Peter: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 15. Aufl., München 2009
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9: Erbrecht, 4. Aufl., München 2004
Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München 2009
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Erbrecht, 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930
Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd: BGB, 3. Aufl., Köln 2008
RGRK: BGB, Bd. 5/1: §§ 1922–2146, 12. Aufl., Berlin u. New York 1974 / Bd. 5/2: §§ 2147–2385, 12. Aufl., Berlin u. New York 1975
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., Bd. 21: §§ 1922–2063, Stuttgart 2002; Bd. 22: §§ 2064–2273, Stuttgart 2003; Bd. 23: §§ 2274–2385, Stuttgart 2002
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5, 11. Aufl. 1954; Erbrecht, 13. Bearb. ab 1996

III. Handbücher

- Bonefeld, Michael/Kroiß, Ludwig/Tanck, Manuel* (Hrsg.): Erbprozess, 2. Aufl., Baden-Baden 2005
Bonefeld, Michael/Daragan, Hanspeter/Wachter, Thomas: Der Fachanwalt für Erbrecht, Angelbachtal 2006 (2. Aufl. 2009)
Brambring, Günter/Jerschke, Hans-Ulrich: Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009
Firsching, Karl/Graf, Hans Lothar: Nachlassrecht, 9. Aufl., München 2008
Meischeder, Emil: Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1900
Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Hrsg. Stephan Scherer), 3. Aufl., München 2010
Nieder, Heinrich/Kössinger, Reinhard/Kössinger, Winfried: Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl., München 2008
Praxishandbuch Erbrechtsberatung (Hrsg. Klaus Michael Groll), 3. Aufl., Köln 2010
Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/J. Mayer: Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., Neuwied 2006

IV. Monographien

- Binder, Julius*: Die Rechtsstellung des Erben, I. Teil Leipzig 1901, II. Teil Leipzig 1903, III. Teil Leipzig 1905
Fischer, Michael: Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2002
Kroppenberg, Inge: Privatautonomie von Todes wegen, Tübingen 2008
Meincke, Jens Peter: Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB, Frankfurt/Main 1973
Muscheler, Karlheinz: Universalsukzession und Vonselbsterwerb, Tübingen 2002
Muscheler, Karlheinz: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, Tübingen 1994
Olzen, Dirk: Die vorweggenommene Erbfolge, Paderborn, München, Wien, Zürich 1984
Rauscher, Thomas: Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Band 1, Band 2–1. Teilband, Band 2–2. Teilband, jeweils Regensburg 1993
Schröder, Rainer: Abschaffung oder Reform des Erbrechts, Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen, Ebelsbach 1981
Windel, Peter: Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, Heidelberg 1998

V. Fälle

- Frieser, Andreas*: Anwaltliche Strategien im Erbschaftsstreit, 2. Aufl., München/Unterschleißheim 2004
- John, Uwe*: Grundzüge des Erbrechts, München 1981
- Löhnig, Martin*: Fälle zum Familien- und Erbrecht, 2. Aufl., München 2010
- Roth, Andreas*: Familien- und Erbrecht mit ausgewählten Verfahrensfragen: Ein fallbezogenes Examinatorium, 5. Aufl., Heidelberg 2010
- Schlüter, Wilfried*: Erbrecht (Prüfe dein Wissen), 10. Aufl., München 2007
- Simon, Dietrich/Werner, Olaf*: 22 Probleme aus dem Familien- und Erbrecht, 3. Aufl., Neuwied 2002
- Werner, Olaf*: Fälle zum Erbrecht, 2. Aufl., München 1995

VI. Sonstige Hilfsmittel

- Gans, Eduard*: Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte, Bd.1 Berlin 1824, Bd.2 Berlin 1825, Bd.3 Stuttgart 1829, Bd. 4 Stuttgart 1835
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner*: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, §§ 1922–2385, Teil 1 u. Teil 2, jeweils Berlin u. New York 2002
- Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 5: Erbrecht, Berlin u. Leipzig 1888
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. 5: Erbrecht, Berlin 1899
- Schubert, Werner* (Hrsg.): Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, Ausgewählte Quellen, Paderborn, München, Wien, Zürich 1993
- Schubert, Werner* (Hrsg.): Akademie für Deutsches Recht, 1933–1945, Protokolle der Ausschüsse, Bd. III/8: Erbrechtsausschuss und Ausschuss für Schadensersatzrecht (Nachtrag), Berlin u. New York 1996
- Schubert, Werner*: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Bd.1 u. Bd.2, jeweils Berlin u. New York 1984
- Schubert, Werner/Glückner, Hans Peter*: Nachschlagewerk des Reichsgerichts Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.10: §§ 1922–2385, Testamentsgesetz v. 31.7.1938, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Goldbach 2002

Teil 1

Allgemeiner Teil des Erbrechts

Kapitel 1: Grundlagen der Grundlagen des Erbrechts

§ 1 Erbrecht überhaupt

Literatur

Beckert, Jens: Erbschaft und Leistungsprinzip, Dilemmata liberalen Denkens, Kursbuch 135 (1999), 41–63; *ders.*: Unverdientes Vermögen, Soziologie des Erbrechts, Frankfurt/New York 2004; *Carnegie, Andrew*: The Gospel of Wealth, 1889 (wieder veröffentlicht in Andrew Carnegie: The Gospel of Wealth and Other Timely Essays [Edited by Edward C. Kirkland], Cambridge 1962); *Durkheim, Emile*: Physik der Sitten und des Rechts, Frankfurt 1991 (Nachdruck der Ausgabe 1950); *v. Hayek, Friedrich August*: Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl., Tübingen 2005; *Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1985 (Nachdruck der Ausgabe 1922).

Warum gibt es überhaupt Erbrecht und nicht vielmehr kein Erbrecht? Um diese Frage beantworten zu können, benötigen wir einen zumindest groben und vorläufigen Begriff von Erbrecht. Wir verstehen darunter den durch Tod eines Menschen veranlassten abgeleiteten, d. h. derivativen Erwerb eines Vermögens im Wege eines Übergangs des Vermögens vom Verstorbenen auf den oder die privaten Erben, sei es mit, sei es ohne zwischengeschalteten intermediären Vermögensträger. 2

Wie könnte eine Rechtsordnung aussehen, in der es kein Erbrecht gibt? Erste Möglichkeit: Die Rechtsordnung kennt **kein individuelles, persönliches Eigentum**, sondern nur Sozialeigentum, d. h. Eigentum mehr oder weniger großer Verbände. Beim Tod eines Verbandsangehörigen, mag die Position des Verstorbenen innerhalb des Verbandes noch so herausgehoben und stark, vermögensrechtlich gesprochen gewissermaßen die eines Quasi-Treuhänders gewesen sein, kommt es dann nicht zu einem derivativen Übergang von individuellem Vermögen, nicht zu einer „Erbauseinandersetzung“, sondern zur automatischen „Anwachsung“ der Rechtsstellung des Verstorbenen an die verbleibenden Verbandsmitglieder. Schon Max Weber hat darauf hingewiesen¹, dass Eigentum über den größten Teil menschlicher Geschichte nicht persönlich zugerechnet, sondern als einem größeren Sozialverband gehörend verstanden wurde. Die Hausgemein- 3

¹ Wirtschaft und Gesellschaft, S. 212 ff.

schaft bzw. die Sippe war Eigentümerin von Landbesitz und Hausrat, beide wurden vom Familienoberhaupt nur treuhänderisch verwaltet. Bei seinem Tod wuchs sein ideeller Anteil den verbleibenden Sippenmitgliedern an. Durch Verfügung von Todes wegen konnte in diese Anwachsungsordnung nicht eingegriffen werden.

- 4 Zweite Möglichkeit: Die Nichtexistenz von Erbrecht beruht auf bestimmten **Vorstellungen vom Tod**. In archaischen Gesellschaften und Hochkulturen, deren Glaubenssysteme vom Übergang des Toten samt seinem Besitz in eine jenseitige Welt ausgehen, wird das bewegliche Eigentum als Grabbeilage mitgegeben. Der Verstorbene nimmt sein Eigentum mit. Es bleibt so den Überlebenden dauerhaft entzogen. Den Lebenden fällt lediglich das Land zu, doch meist nur in einem System nach Möglichkeit eins.
- 5 Dritte Möglichkeit: Es gibt individuelles Eigentum. Der Verstorbene nimmt es nicht physisch mit ins Grab. Aber das Eigentum endet *de iure* mit dem Tod des Eigentümers. Es wird mit diesem Ereignis **herrenlos**. Wie jedes herrenlose Gut kann es durch jeden okkupiert werden. Aneignung schafft neues Eigentum, originäres und nicht derivatives Eigentum. Zwingende Konsequenz entsprechender Gedankengänge ist der Ausschluss der Testierfreiheit: Der Wille des Eigentümers kann nicht über seinen Tod hinaus Wirksamkeit entfalten. Anders als bei Möglichkeit eins ergibt sich der Ausschluss von Erbrecht nicht aus einem bestimmten Verständnis vom Rechtsträger des Eigentums, sondern aus einer zeitlichen Beschränkung von individuell verstandenem Eigentum, nicht aus einem Zuwenig an Individualität, sondern aus einem Zuviel an Individualität. Die zeitliche Beschränkung von Eigentum resultiert gerade aus einer besonders strengen Betonung des individuellen Charakters von Eigentum. Individuelles Eigentum ist nach dieser Vorstellung Eigentum, das mit dem Individuum beginnt und endet². Schon auf dem Weg zu einem Erbrecht wäre eine Rechtsordnung, die bei der Aneignung eines *mortis causa* herrenlos gewordenen Vermögens nicht mehr den zuerst Kommenden zuerst mahlen lässt, sondern eine bestimmte Rangfolge von Aneignungsrechten aufstellt. Endgültig im Erbrecht angelangt wäre diejenige Rechtsordnung, die das Vermögen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes denjenigen anfallen ließe, die bei einer reinen Okkupationsordnung wegen ihrer besonderen Nähe zum Erblasser in der Regel die zuerst Kommenden und damit die zuerst Aneignenden wären. Noch kein Erbrecht ließe sich konstatieren, wenn der Staat selber sich als einzigen Aneignungsberechtigten bestimmen würde.
- 6 Was würde **geschehen**, wenn eine Rechtsordnung den **Staat** als einzigen Aneignungsberechtigten bestimmte? Zunächst einmal wäre eine meritokratische Gesellschaft wie die unsere von einem ihrer größten Legitimationsprobleme befreit – dem Problem, dass es sich bei privatem Erbe um „unverdienten“ und „mühelosen“ Erwerb handelt, bei dem sich nicht mehr sagen lässt, er sei adä-

² So ausdrücklich *Emile Durkheim*, *Physik der Sitten und des Rechts*.

quater Ausdruck eigener Tüchtigkeit und eigener Fähigkeiten und die ungleiche Vermögensverteilung innerhalb der Gesellschaft sei in vollem Umfang Ausdruck unterschiedlicher Tüchtigkeit und unterschiedlicher Fähigkeiten. Alle Angehörigen der Zivilgesellschaft hätten materiell gleiche Startbedingungen. Dass sich durch Erbketten riesige Vermögen anhäufen, die irgendwann auch zum Instrument politischer Einflussnahme und zu einer Gefahr für die Demokratie werden können, wäre ausgeschlossen. Man denke auch daran, dass extreme Vermögenskonzentration Wettbewerb und wirtschaftliche Innovation verhindert. Privates Erbrecht kann dazu führen, dass ungeeignete Erben in den Besitz des Erblasservermögens gelangen und Unternehmen herunterwirtschaften. Schon nach wenigen Gliedern in der Vererbungskette wird ein großer Teil des Vermögens von Leuten kontrolliert, die nie dafür gearbeitet haben. Die neuen Eigentümer sind keine Entrepreneur, keine Erfinder, keine Händler, keine Geschäftsleute und möglicherweise bar jeglicher Talente. Privates Erbrecht unterläuft die Allokationsfunktion des Leistungsprinzips, weil und indem es Kapital dem Wettbewerb und den Erlangungs- und Verwertungsprozessen des Marktes entzieht. Dass die moderne Wirtschaft auf auch durch Erbrecht entstehende Kapitalakkumulation angewiesen ist, stimmt heute nicht mehr in gleichem Maße wie früher: Die kapitalintensiven Industrien (Bergbau, Stahl, Öl, Eisenbahnen, Maschinenbau etc.) sind durch weniger kapital- als personalintensive Dienstleistungs- und informationstechnologische Innovationszyklen abgelöst worden. Und zudem verhindert die Konstruktion rechtlich selbständiger Kapitalgesellschaften den Abzug von Kapital. Der Staat könnte ferner in unserem gedachten Modell fehlenden Erbrechts die Steuern auf Einkommen, Gewinn und Vermögenserträge radikal senken. Und er würde dadurch die Prämie auf wirkliche Tüchtigkeit erhöhen und die Höhe des durch Arbeit erworbenen Eigentums vergrößern. Durch Abschaffung des Erbrechts könnten auch die potentiellen Erben profitieren. Sie stünden nicht mehr in der Gefahr, wegen des Erbes oder der Erwartung von Erbe bequem zu werden und die Entfaltung ihrer Fähigkeiten zu unterlassen. Eltern könnten die Erwartung von Erbschaft nicht mehr als Druckmittel gegenüber ihren Kindern verwenden. Konflikte unter den Erben wegen des Erbes wären ausgeschlossen, die Harmonie der Familie auf rein ideeller und emotionaler Basis gegründet. Die Abschaffung von Erbrecht würde sich auch auf das Verhalten der potentiellen Erblasser in gravierender Weise auswirken. Sie verlören den Anreiz, mehr Eigentum zu erwerben, als sie in ihrem eigenen Leben, selbst unter Berücksichtigung großzügiger Anforderungen an die Alterssicherung, ausgeben können. Jedenfalls entstünde ein Anreiz, das „Zuviel“ an Eigentum noch selbst auszugeben, sei es für sich, sei es in Form von Schenkungen oder Stiftungen. Schenkungen an nahe Angehörige müssten in unserem gedachten System fehlenden Erbrechts konsequenterweise verboten werden. Es blieben also im Wesentlichen Stiftungen, und zwar Stiftungen zugunsten des Gemeinwohls. Der Reiche würde nicht mehr reich sterben. Er bräuchte Andrew Carnegies Verdikt

nicht mehr zu fürchten: „The man who dies rich dies disgraced“³ („Wer reich stirbt, stirbt in Schande“).

- 7 Über all diese Erwägungen muss jedoch die tief verankerte **Legitimität des privaten Erbrechts** den Sieg davontreten⁴. Wenn es gerecht ist, dass der Eigentümer innehat, der die Sache geschaffen oder voll bezahlt hat, dann muss sein Eigentum so lange dauern, wie die Sache als solche existiert. Existiert sie länger, als des Eigentümers Leben währt, muss der Eigentümer das Eigentum vererben können. Sonst läge eine partielle Enteignung vor. Die Möglichkeit zur Vererbung erhöht die Prämie auf das Eigentum und verstärkt damit den Anreiz zu seinem Erwerb. Erbrecht ist also gerade ein deutlicher, wenn auch ambivalenter Ausdruck des Leistungsprinzips. Es fördert Sparen, Vermögensakkumulation (volkswirtschaftlich gesprochen: Kapitalbildung), Investitionen – all dies selbst dann noch, wenn das vorhandene Vermögen für den Rest des eigenen Lebens ausreicht – und vermeidet die bei Abschaffung von Erbrecht zu erwartende Erhöhung konsumtiver Aufwendungen und den lebzeitigen Verzehr von Vermögen. Ererbtes Vermögen unterliegt in der Regel mehr als selbst erworbenes der inneren gewissenhaftierten Selbstverpflichtung, es sinnvoll zu nutzen und zu mehren, mindestens aber zu erhalten. Da bei privater Vererbung nicht alles Vermögen immer nur auf einen, den Staat, übergeht, dient diese auch der Streuung des Kapitalbesitzes und damit dem Wettbewerb. Private Vermögensvererbung ist eine Institution zur Sicherung sozialstruktureller Kontinuität. Leistungsabhängige Vermögenstransfers bewirken die intergenerationelle Kontinuität sozialer Positionierung, stabilisieren Räume der Zugehörigkeit, festigen die Struktur der Gesellschaft, ermöglichen die dinglich-symbolische Repräsentation von Herkunft und Tradition, spielen eine nicht unwichtige Rolle bei der Herausbildung und Formung personaler Identität. Eigentum ohne Erbrecht wäre wie eine Kultur ohne Gedächtnis. Die Übernahme des von den Vorfahren erwirtschafteten Vermögens und die Erwerbung von Gegenständen, die für die Familientradition wichtig sind, kann als Verpflichtung gegenüber der eigenen Herkunft und als Grundlage wichtiger Lebensentscheidungen erlebt werden. Sie befördert, wenngleich wiederum auf ambivalente Weise, solidarische Beziehungen zwischen den Generationen. Sie erhöht auf Seiten des Erben die Risikotoleranz und ermöglicht gewagte Innovation, wirkt der Unwägbarkeit marktlichen Erfolges entgegen, fördert Leistungen für die Gemeinschaft, die erst durch materielle Unabhängigkeit möglich werden. Erbschaften können angesichts der Reduzierung von Leistungen aus der Sozialversicherung zur Alterssicherung beitragen. Auch besteht ein soziales und volkswirtschaftliches Bedürfnis nach Vererbung der Schulden. Ohne Vererbung der Schulden wäre der öffentliche Kredit jegli-

3 The Gospel of Wealth.

4 Vgl. zum Folgenden v. a. *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht, Bd. 1, S. 31–35; *Beckert*, Unverdientes Vermögen, Soziologie des Erbrechts, S. 25 ff.; *ders.*, Erbschaft und Leistungsprinzip, Dilemmata liberalen Denkens, Kursbuch 135 (1999), 41 ff.

cher Sicherheit beraubt und vollkommen untergraben⁵. „Kredit, die Achse des Verkehrs, ist unmöglich, wenn das Besitzrecht des Einzelnen auf zwei Augen steht“⁶. Die heute schon unterschwellig vorhandene Altersdiskriminierung bei der Kreditvergabe müsste an Schärfe noch zunehmen.

Die durch Erbrecht bewirkte und oft kritisierte Startungleichheit ist gerechtfertigt: Nicht selten erleidet der Erbe die Mühen mit, die der Erwerb des später vererbten Vermögens dem Erblasser bereitet. Die dem Erblasser Nahestehenden haben durch genetische Vererbung und erzieherische Sozialisation oft ähnliche Eigenschaften und damit unter anderem ähnliche Tüchtigkeit wie der Erblasser. Würden wir die vermögensmäßige Startungleichheit beseitigen, nur weil wir dies können (während wir die durch die Natur bewirkte Ungleichheit nicht beseitigen können), dann würden möglicherweise die Zufälligkeiten der Natur eine noch größere Wirkung als in einem System mit Erbrecht entfalten. Eine Gesellschaft ist dann gerecht, wenn sie das, was jeder aus dem ihm am Anfang Gegebenen im Laufe seines Lebens macht, sichtbar und adäquat zum Ausdruck bringt; das lässt auch eine Rechtsordnung mit Erbrecht zu. Dreifach ist die Ungleichheit, die Familie schafft: die Ungleichheit durch biologisch vererbte Anlagen (Intelligenz, Größe, Aussehen, Kraft), die Ungleichheit durch Erziehung (Wissen, Moral, Charakter, Benehmen, Geschmack) und die Ungleichheit durch Vererbung von Vermögen. Egalitaristen pflegen die erste Ungleichheit in der Regel hinzunehmen, die zweite zieht schon häufiger ihre Kritik auf sich, gegen die dritte zeigen sie sich meist unversöhnlich. Woher rührt die scheinbare Abnahme von Legitimität in dieser Dreierreihe? Die erste Ungleichheit geht auf das Konto der Natur, die beiden anderen sind Menschenwerk. Wollte man die erste beseitigen, bedürfte es künstlicher Ausgleichsmaßnahmen in einem vom Menschen beherrschten Lebensbereich; für die beiden anderen Ungleichheiten bedürfte es nicht erst eines nachträglichen Ausgleichs, schon ihre Entstehung ließe sich verhindern. Die dritte Ungleichheit erweckt den Anschein, als ob durch Wegnahme des Vorteils beim einen auch alle anderen profitieren würden oder als ob, noch weiter gehend, mit der Zuschreibung des Vorteils an einen den anderen etwas weggenommen würde – ein Gedankengang, der bei der zweiten Ungleichheit, wenn auch nicht direkt ausgeschlossen, so doch bei weitem weniger naheliegend ist. Wir müssen festhalten, dass jedenfalls von der zweiten Ungleichheit auch die Allgemeinheit Nutzen zieht, ja dass es für die Allgemeinheit besser ist, dass diese Ungleichheit existiert, als dass sie nicht existiert. Denn die Weitergabe kultureller und moralischer Traditionen, von Wissen und Können wird am besten dort gelingen, wo sie durch den natürlichen Instinkt der Eltern getragen und geleitet wird. Außerdem scheint es Wissen und Können zu geben, zu dessen Erwerb es der Arbeit mehrerer familialer Generationen bedarf. Ferner gebührt dem Individuum unter keinem denkbaren Aspekt mehr Anerkennung dafür,

⁵ *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, § 639 I 1 (S. 2).

⁶ *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht, Bd. 1, S. 148.

dass es mit wünschenswerten Eigenschaften geboren wurde, als dafür, dass es unter günstigen Umständen aufgewachsen ist. Auch aus der Sicht der Allgemeinheit kann es keinen Unterschied machen, ob für sie nützliche Eigenschaften eines Einzelnen das Ergebnis von Genen oder von Erziehung sind. All dies scheint nun allerdings erneut dafür zu sprechen, zwischen dem zweiten und dem dritten Unterschied die entscheidende Legitimitätsgrenze zu ziehen. Und doch wäre eine solche Grenzziehung verfehlt. Der natürliche Instinkt der Eltern sorgt auch dafür, dass diese mehr Vermögen erwerben, als sie bis zum Ende ihres Lebens verbrauchen können. Auch setzt die Weitergabe von Kulturgut, von Wissen, Können und Moral, eine gewisse Kontinuität der Lebensformen und des Lebensstandards voraus, die ihrerseits nur erreicht werden kann, wenn nicht nur immaterielle, sondern auch materielle Werte von Generation zu Generation weitergegeben werden. Und wenn es schließlich in punkto Verdienst und Gerechtigkeit keinen Unterschied bedeutet, ob man als Kind intelligenterer Eltern geboren oder von gütigen und gebildeten Eltern erzogen wird, so macht es genauso wenig einen Unterschied, ob man als Kind intelligenter und gebildeter Eltern oder als Kind reicher Eltern geboren wird: „There is no visible reason why anyone is more or less entitled to the earnings of inherited personal capacities, than to those of inherited property in any other form“⁷. Wenn und solange eine Gesellschaft Reichtum, sei er erworben oder ererbt, nicht jedem ihrer Mitglieder bieten kann, ist es für die Gesellschaft ein Gewinn, wenn wenigstens einige Kinder auf den Vorteilen aufbauen können, die nur wohlhabende Familien bieten können.

- 9 Wo es keine Vererbung von Vermögen gäbe, wäre die Zahl der Versuche zur Umgehung des Verbotes Legion. Die lebzeitige Schenkung, nicht unbedingt erst auf dem Totenbett, dürfte noch als die harmloseste Möglichkeit gelten. Auf einen anderen Aspekt weist F. A. v. Hayek hin⁸: „Es gibt noch eine andere Überlegung, die, wenn sie auch etwas zynisch erscheinen mag, nahelegt, daß wir die Vererbung von Vermögen nicht ausschließen sollten, wenn wir von der natürlichen Parteilichkeit der Eltern für ihre Kinder den besten Gebrauch machen wollen. Unter all den verschiedenen Methoden, mit denen die Erfolgreichen und Einflußreichen für das materielle Wohl ihrer Kinder vorsorgen können, ist die Vererbung von Vermögen für die Gesellschaft bei weitem die billigste. Wo diese Möglichkeit nicht besteht, werden solche Personen andere Wege suchen, z. B. sie in Stellungen bringen, die ihnen dasselbe Einkommen und Prestige sichern, das ihnen ein Vermögen gesichert hätte; und das würde zu einer Verschwendung von Mitteln führen und eine Ungerechtigkeit darstellen, die viel größer ist als die Vererbung von Vermögen. Das ist in allen Gesellschaften der Fall, in denen es keine Vererbung von Vermögen gibt, die kommunistische nicht ausgenommen. Jene, die die durch Vererbung von Vermögen geschaffenen Ungleichheiten zu vermeiden wünschen, sollten daher einsehen, daß, so wie die Menschen sind, die Vererbung auch von ihrem Standpunkt aus das geringste Übel ist.“

⁷ F. H. Knight, *Freedom and Reform*, New York und London 1947, S. 151. Vgl. auch die Diskussion bei W. Röpke, *Maß und Mitte*, 1950, S. 65–75.

⁸ Die Verfassung der Freiheit, Teil 1, Kap. 6, Nr. 4 (S. 117).

Es wurde schon angesprochen, dass Erbrecht Leistungen für die Gemeinschaft fördert, die erst durch materielle Unabhängigkeit möglich werden. Gemeint sind Leistungen, die nicht vom Marktmechanismus erfasst werden, also Leistungen innerhalb des „Dritten Sektors“ (neben Staat und Markt als den beiden ersten Sektoren). Solche Leistungen sind sowohl dem Erblasser wie auch dem Erben möglich, und sie liegen auch besonders nahe für Personen, die über ihr Vermögen postmortal verfügen und damit durch die Verfügung selbst keine Einschränkung erleiden, und für Personen, die Vermögen erben und damit etwas Zusätzliches erhalten, was sie bisher nicht hatten und ohne das sie bisher auskommen mussten und konnten. Aristoteles sagt in der Nikomachischen Ethik (4. Buch, 2. Kap.): „Freigebiger scheinen die zu sein, die ihr Vermögen nicht erworben, sondern ererbt haben. Sie haben keine Erfahrung von der Not, und jedermann hängt mehr an dem, was von ihm selbst kommt“. Finanzielle Unabhängigkeit ist vor allem für die uneigennützigte Förderung solcher Ideen nötig und wünschenswert, die gegenwärtig noch nicht mehrheitsfähig sind und daher in einer demokratischen Ordnung keine Chance auf staatliche Förderung besitzen. Je mehr werthaltige Erbschaften es gibt – auch und gerade auf die Vielzahl der werthaltigen Erbfälle kommt es hier an –, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass Repräsentanten aller möglichen divergierenden Ansichten und Erkenntnisinteressen in der Lage sind, mit ihren Mitteln Ideale und Ideen zu unterstützen, die von der Mehrheit nicht bzw. noch nicht geteilt werden.

Auch dazu sagt das Entscheidende v. Hayek⁹. „Wenn wir keinen besseren Weg wüßten, eine solche Gruppe zustande zu bringen, spräche viel dafür, durch das Los je eine Person aus hundert oder tausend Personen der ganzen Bevölkerung zu bestimmen und sie mit einem zur Verfolgung eines selbstgewählten Zieles ausreichenden Vermögen auszustatten. Solange die meisten Anschauungen und Geschmacksrichtungen vertreten sind und jeder Art von Interesse eine Chance gegeben wird, kann das den Aufwand wohl wert sein, selbst wenn von diesem Bruchteil der Bevölkerung wieder nur eine Person in hundert oder tausend die Gelegenheit in einer Weise ausnützte, die im Rückblick nützlich erscheint. Die Auswahl solcher Personen durch Erbschaft von ihren Eltern, die in unserer Gesellschaft tatsächlich eine solche Situation schafft, hat zumindest den Vorteil (selbst wenn wir die Wahrscheinlichkeit ererbter Fähigkeiten vernachlässigen), daß jene, denen diese besondere Gelegenheit geboten wird, meist dafür erzogen und in einer Umgebung aufgewachsen sein werden, in der ihnen die materiellen Vorteile des Wohlstandes vertraut wurden, und, weil sie als Selbstverständlichkeit empfunden werden, nicht mehr die Hauptquelle der Befriedigung sind. Die gröberen Genüsse, denen sich die Neureichen oft hingeben, ziehen jene, die Reichtum ererbt haben, gewöhnlich nicht an. Wenn es richtig ist, daß es vorteilhaft ist, wenn sich der soziale Aufstieg manchmal über mehrere Generationen erstreckt, und wenn wir zugeben, daß wenigstens einige Menschen nicht fast ihre ganze Energie für den Erwerb des Lebensunterhaltes sollten aufwenden müssen, sondern Zeit und Mittel haben sollten, um sich selbst gewählten Zielen zu widmen, dann ist die Vererbung von Vermögen wahrscheinlich die beste uns bekannte Methode der Auswahl“.

⁹ A.a.O., S. 161 f.

- 12 Es könnte auf den ersten Blick merkwürdig erscheinen, dass die Ablehnung des Erblichkeitsprinzips auf politischem Gebiet (Erb-Monarchie, Erb-Aristokratie) in demokratischen Ländern fast ohne Wirkung auf die wirtschaftliche Sphäre geblieben ist. Wir halten es für natürlich, dass man seinen Besitz den Kindern oder sonstigen Personen hinterlässt. Wir erkennen das Prinzip der Erblichkeit an, wo es sich um wirtschaftliche Macht handelt, lehnen es aber auf dem Gebiet der politischen Macht ab. Politische Dynastien sind verschwunden, wirtschaftliche nicht¹⁰. Dem zweiten Blick erschließt sich jedoch der Unterschied leicht. Politische Erblichkeit lässt sich auf privatrechtlichem Gebiet nur mit einer Intestaterbfolge vergleichen, die erstens zwingend, d. h. nicht durch Testament abänderbar ist und zweitens stets nur einen Erben kennt. Eine solche Intestaterbfolge gibt es in entwickelten Rechtsordnungen schon lange nicht mehr. Stellt man bei politischer Erblichkeit auf den willentlichen Akt der Systembegründung ab, würde es sich auf der privatrechtlichen Vergleichsebene um eine Art Fideikommiss handeln; auch den Fideikommiss unterbindet ein entwickeltes Erbrecht. Zu all dem hinzu kommen natürlich die unterschiedlichen Sachgesetzlichkeiten von politischer und wirtschaftlicher Sphäre.

¹⁰ Verwundert zeigt sich über den beschriebenen Unterschied zwischen politischer und wirtschaftlicher Sphäre *Bertrand Russell*, Philosophie des Abendlandes, Zürich 2007 (Originalausgabe „A History of Western Philosophy“, 1945), S. 631.

§ 2 Erbschaft überhaupt

Literatur

Arrondel, Luc/Masson, André/Pestieau, Pierre: Bequest and inheritance: Empirical issues and france-U.S. comparison, in: Erreygers, Guido/Vandeveldel, Toon (Hrsg.): Is inheritance legitimate? Ethical and economic aspects of wealth transfers, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1997, S. 89–125; *Atkinson, Anthony B.*: The distribution of wealth and the individual life cycle, in: Oxford Economic Papers 23, 1971, 239–254; *Barro, Robert J.*: Are government bonds net wealth?, in: Journal of Political Economy 82, 1974, 1063–1093; *Becker, Gary S.*: A treatise on the family, Cambridge: Harvard University Press, 1981; *Becker, Gary S./Tomes Nigel*: Human capital and the rise and fall of families, in: Journal of Labor Economics 4, part 2, 1986, 1–39; *Bernheim, Douglas B.*: How strong are bequest motives? Evidence based on estimates of the demand for life insurance and annuities, in: Journal of Political Economy 99, 1991, 899–927; *Cabrillo, Francisco*: The economics of the family and family policy, Cheltenham: Edward Elgar, 1999; *Dietrich, Karl*: OLG-Modelle, Vorlesungsskript, Universität Hannover, 2000; *Gokhale, Jagadeesh/Kotlikoff, Laurence J.*: Simulating the transmission of wealth inequality, in: AEA Papers and Proceedings 92, 2002, 265–269; *Heer, Burkhard*: Wealth distribution and optimal inheritance taxation in life-cycle economies with intergenerational transfers, in: Scandinavian Journal of Economics 103, 2001, 445–465; *Keynes, John Maynard*: Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes, München, Leipzig 1936; *Kotlikoff, Laurence J.*: Intergenerational transfers and savings, in: Journal of Economic Perspectives 2, 1988, 41–58; *Kotlikoff, Laurence J./Summers, Lawrence H.*: The role of intergenerational transfers in aggregate capital accumulation, in: Journal of Political Economy 89, 1981, 706–732; *Krüsselberg, Hans-Günter*: Familienökonomik (www.familienhandbuch.de); *Masson, André/Pestieau, Pierre*: Bequest motives and models of inheritance: A survey of literature, in: Erreygers, Guido/Vandeveldel, Toon (Hrsg.): Is inheritance legitimate? Ethical and economic aspects of wealth transfers, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1997, S. 54–88; *Modigliani, Franco*: The role of intergenerational transfers and life cycle saving in the accumulation of wealth, in: Journal of Economic Perspectives 2, 1988, 15–40; *Modigliani, Franco/Brumberg, Richard*: Utility analysis and the consumption function: An interpretation of cross-section data, in: Kurihara, Kenneth (Hrsg.): Post-Keynesian economics. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1954; *Pollak, Robert A.*: A transaction cost approach to families and households, in: Journal of Economic Literature 23, 1985, 581–608; *Stutz, Heidi/Bauer, Tobias*: Erben und Vererben in der ökonomischen Theorie, in: Frank Lettge (Hrsg.), Erben und Vererben, Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen, Konstanz 2003, S. 75–89.

Warum hinterlässt ein Mensch am Ende seines Lebens überhaupt Vermögen, warum hinterlässt er nicht vielmehr kein Vermögen? Die Ökonomen arbeiten mit dem Verhaltensmodell des „homo oeconomicus“. Dieser handelt stets rational-eigennützig und maximiert seinen eigenen Nutzen in Entscheidungssituationen, die durch spezifische Restriktionen bei Besitz, Informationen, gesell-

schaftlichen Normen gekennzeichnet sind. Existiert für den „homo oeconomicus“ ein Anlass, sein Verhalten an die Gewissheit des Todes anzupassen und ein Erbe zu hinterlassen? Warum gibt es Erbschaften, wenn doch der „homo oeconomicus“ immer nur an sich denkt? Warum hält der durchschnittliche Erblasser sich nicht an den Satz des Volksmunds „Wer alles verbraucht vor seinem End“, der macht das beste Testament“?

- 15 Die Ökonomie unterscheidet drei **Grundmotive** des Vererbens¹: *zufälliges Vererben* (accidental bequest), *altruistisches Vererben* (altruistic bequest) und *durch Tausch motiviertes Vererben* (exchange-motivated bequest). Die beiden zuletzt genannten Motive kennen Unterformen.
- 16 **Zufälliges Vererben** entspricht dem Verhaltensmodell des „homo oeconomicus“ am genauesten. Von zufälligem Vererben geht im Regelfall die von Modigliani begründete Lebenszyklus-Theorie aus². Nach dieser Theorie legen Menschen nicht absichtlich, ja noch nicht einmal bewusst Vermögen an, die über ihren Tod hinaus bestehen bleiben. Sie bauen vorübergehende Vermögen („hump savings“) auf, um die Ungleichheit des Einkommens im Laufe des Lebens einzuebnen, vor allem als Vorsorge fürs Alter. Sparen dient mithin der zeitlichen Verteilung des Konsums auf ein unbekannt langes Leben. Daneben lässt die Lebenszyklus-Theorie ein Motiv der Vorsicht im Hinblick auf unvorhergesehene Ausgaben oder unvorhergesehene Einkommenseinbußen gelten. Es kann zudem sein, dass der Markt für private Rentenversicherungen, die das Einkommen gleichmäßig auf die gesamte Lebenszeit verteilen und in seiner Höhe rational maximieren würden, zu wenig attraktive Konditionen bietet. Gäbe es diese drei Probleme nicht (Ungewissheit der Lebensdauer, Unvorhersehbarkeit von Ausgaben und Einbußen, geringe Attraktivität des Versicherungsmarktes), wäre nach der Lebenszyklus-Theorie das Vermögen im Todeszeitpunkt gleich Null³.
- 17 In zahlreichen empirischen Untersuchungen haben sich die Grundannahmen der Lebenszyklus-Theorie nicht bewährt. Menschen im Rentenalter bauen ihr Vermögen nicht oder nicht in dem Maße ab, in dem dies nach der Theorie zu erwarten wäre. Und es sind durchaus nicht nur die im Rentenalter eintreffenden Erbschaften selbst, die zu diesem Resultat führen; zudem müssten nach der Theorie auch sie kontinuierlich abgebaut werden. Ein zweites Argument gegen die Lebenszyklus-Theorie besteht darin, dass die Sparneigung der Bevölkerung nicht zunahm, obwohl das Rentenalter gesunken, die Lebenserwartung gestiegen, die Leistungen gesetzlicher Kassen zurückgegangen sind.
- 18 Modigliani präziserte 1988, dass er Erbschaften aus anderen als den genannten Motiven nicht ausschließe. Er beruft sich auf Keynes⁴, der als Motive des Sparens auch Stolz, die Absicht zur Erhöhung künftiger Einkommen, die Absicherung von Unabhängigkeit und Macht, den Willen zur Spekulation nennt.

1 Zum Folgenden *Stutz/Bauer*, S. 75 ff. (77 ff.), an die sich der Text eng anlehnt.

2 *Modigliani*, *Journal of Economic Perspectives* 2 (1988), 15–40.

3 *Masson/Pestieau*, S. 54 ff. (60 f.).

4 *Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes*.

Auch bei all diesen Motiven handle es sich aber um rein egoistische Motive. Auch sie könnten dazu führen, dass am Lebensende vererbbares Vermögen vorhanden ist.

Alle anderen Modelle gehen davon aus, dass Menschen willentlich ein Erbe hinterlassen. Modelle, die **altruistisches Vererben** postulieren, unterscheiden *pur altruistisches*, *retrospektives* und *paternalistisches* Vererben. Das Wort Altruismus wird in der Ökonomie nicht im selben Sinne verstanden wie in den anderen Sozialwissenschaften. Altruistisch handeln für sie Menschen, die beim Maximieren des Nutzens sowohl die eigenen Präferenzen wie die anderer Personen berücksichtigen, also den Nutzen anderer in die eigene Nutzenfunktion integrieren. Altruismus kann als rationales Verhalten interpretiert werden, weil und indem er der Absicherung der eigenen Person gegen die Unwägbarkeiten der Zukunft dient: Ein Individuum handelt altruistisch, weil es hofft, dass andere sich dann ihm gegenüber auch so verhalten. Altruismus ist ökonomisch effizient, weil er dazu führt, dass die Leute sich weniger übers Ohr hauen, und weil so die Kosten des Tausches sinken. Pur altruistisch vererbt, wer vererbt, weil er die Wünsche und Bedürfnisse naher Angehöriger in gleicher Intensität berücksichtigt wie die eigenen. Diese Vererbungsmotivation führt übrigens, entgegen naheliegenden Vermutungen, nicht zur Tendenz, unter Kindern ungleich zu vererben, um deren ungleiche Eigenvermögen einzuebnen. Im Gegenteil erhalten tendenziell jene Kinder mehr, die bereits besser gestellt sind⁵. Retrospektives Vererben ist ebenfalls altruistisch motiviert, nähert sich aber dem Tauschgedanken an, weil es gewissermaßen eine Form intergenerationellen Tausches darstellt, sich einer ethischen Verpflichtung zur Reziprozität unterstellt sieht: Eltern wollen an ihre Kinder weitergeben, was und weil sie selber von ihren Eltern erworben haben. Paternalistisches Vererben unterscheidet sich von pur altruistischem Vererben dadurch, dass Eltern selber entscheiden, was in welcher Höhe gut für die Kinder ist. Als Motivation wird Freude am Geben und Einflussnahme auf die Empfänger unterstellt. Im Englischen spricht man von „bequest-as-consumption model“, da das Weggeben wie ein Konsumgut in der Nutzenfunktion des Vererbenden erscheint.

Beim **durch Tausch motivierten Vererben** unterscheidet man zwischen pur tauschmotiviertem Vererben, strategischem Vererben und kapitalistischem Vererben. *Pur tauschmotiviertes Vererben* vererbt als Dank für noch zu erwartende oder schon geleistete Hilfe im Alter, basiert also gewissermaßen auf dem Versicherungscharakter einer Beziehung. Überdies macht Hilfe im Alter gegen die Aussicht, Vermögen zu erben, Barzahlung unnötig, was für beide Seiten vorteilhaft sein kann und Übers-Ohr-Hauen vermeidet. Bei *strategischem Vererben* werden potentiell Erbende zur Maximierung von deren Gegenleistung in Form von Hilfe oder Zuwendung gegeneinander ausgespielt. Diese Motivation scheint empirisch keine allzu große Bedeutung zu haben; Pflichtteilsrechte engen hier

⁵ Kotlikoff Journal of Economic Perspectives 2 (1988), 41 ff.

den Spielraum ein. Gesamtwirtschaftlich erscheint so genanntes „rent seeking behaviour“ der Erbengeneration als unproduktiv und daher unerwünscht⁶. Bei *kapitalistischem Vererben* investiert ein Unternehmer, inspiriert von protestantischer Ethik (Max Weber), alles in sein Unternehmen. Sein Vermögen wird so groß, dass sein Wert zu Lebzeiten nicht aufgebraucht werden kann. Das Vermögen soll um seiner selbst willen oder um der sozialen und ökonomischen Zwecke willen, denen es dient, aufrechterhalten werden. Der Vererbende ist nicht selten geleitet von dem Gedanken, sein Wirken, seine Spur auf Erden solle ihn überleben. Familiäre Rücksichten sind demgegenüber zweitrangig.

21 Insgesamt dürfte es so sein, dass in der Wirklichkeit alle Motivationen in irgendeiner Form vertreten sind. Nur zwei Dinge kann uns die Ökonomie mit einiger Gewissheit sagen: Das Modell des „homo oeconomicus“, schon bei der Interpretation und Vorhersage von Verhalten unter Lebenden nicht immer überzeugend, scheint gerade beim Vererben, beim Blick auf das eigene Ende, die Wirklichkeit nur unzutreffend abzubilden. Zufälliges Vererben mag es geben, die Regel ist es nicht. Und zweitens: Auf Altruismus liegt der Schwerpunkt der Vererbungsmotivation nur dann, wenn man den Begriff „Altruismus“ sehr weit versteht. Vererbung ist ein Vorgang, in dem das ureigenste „Ich“ des Vererbenden ein letztes Mal und sehr plastisch zum Ausdruck kommt.

22 *Schaubild 1: Motivationen des Vererbens und ihre Implikationen*

	Zufälliges, ungeplantes Vererben	Altruistisches Vererben			Durch Tausch motiviertes Vererben		
		Pur altruistisches Vererben	Retrospektives Vererben	Paternalistisches Vererben	Pur durch Tausch motiviertes Vererben	Strategisches Vererben	Kapitalistisches, unternehmerisches Vererben
Autoren z. B.	Davies 1981	Barro 1974, Becker u. Tomes 1986	Bevan u. Stiglitz 1979	Modigliani 1975, 1986	Kotlikoff 1981	Bernheim et al. 1985	Ricardo 1817, Moore 1979
Verteilungswirkungen innerhalb der Familie	Kein beabsichtigter Effekt	Reduziert Ungleichheit	Kein beabsichtigter Effekt	Kein beabsichtigter Effekt	Kein beabsichtigter Effekt	Kein beabsichtigter Effekt	Kein beabsichtigter Effekt
Wirkungen auf gesellschaftliche Ungleichheit	Leicht ausgeglichener Effekt	Deutlich verstärkender Effekt	Verstärkender Effekt	Verstärkender Effekt	Schwacher und variabler Effekt	Schwacher und variabler Effekt	Verstärkender Effekt
Erbschaftsteuer: Auswirkungen auf die Sparneigung	keine	Verringert Kapitalakkumulation	Schwacher und variabler Effekt	Verringert Kapitalakkumulation	keine	keine	Verringert Kapitalakkumulation

Quelle: Masson et al. (1997: 58f. u. 74f.), modifiziert und ergänzt durch Stutz/Bauer (2003: 78)

6 *Cabrillo*, The economics of the family and family policy, S. 124f.

§ 3 Vererben und Erben überhaupt

Literatur

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821; *Kohli, Martin/Szydlík, Marc*: Familienbande, in: Kursbuch 135 (1999), 33–39; *Schulte, Karsten*: (Ver-)Erben aus psychologischer Sicht. Einstellungen, Emotionen und Verhaltensabsichten von Erblassern, in: Frank Lettke (Hrsg.), Erben und Vererben. Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen, Konstanz 2003, S.205–232; *Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1985 (Nachdruck der Ausgabe 1922).

I. Phänomenologie

Was heißt eigentlich „Vererben“ und „Erben“ überhaupt? Wie lassen sich diese beiden Akte phänomenologisch, d.h. vor jedem Blick auf positives Recht und damit in ausschließlicher Hinsicht auf die Natur der Sache, beschreiben? 24

Den Aktsinn von **Vererben** erkennen wir am besten, wenn wir es abgrenzen gegen Schenken und (lebzeitiges¹) Stiften. Vererben betrifft das gesamte (im Todeszeitpunkt vorhandene) Vermögen; Schenken meist nur einen einzelnen Vermögensgegenstand; Stiften zwar oft einen Vermögenskomplex als Inbegriff mehrerer Einzelgegenstände, aber doch nicht das gesamte Vermögen des Stifters. Die Folgen der Vererbung spürt der Vererbende nicht mehr unmittelbar selbst, denn sie treten nicht zu seinen Lebzeiten ein. Das mortis causa erfolgende Hinterlassen von Vermögen muss, wie die Ausführungen in § 2 gezeigt haben, nicht zwingend mit Absicht geschehen. Der moralische Grad von Wohltätigkeit ist beim Vererben geringer als beim Schenken und Stiften, denn es handelt sich um eine Wohltat aus Anlass des Todes, „in welchem mein Eigentum ohnehin aufhört, mein zu sein“². Den Akt des Schenkens und Stiftens überlebt der Gebende; seine für Dritte meist angenehmen Wirkungen sieht und genießt er noch selber. Künftiges Vererben kann man dem ins Auge Gefassten zwar in Aussicht stellen, doch letzte Sicherheit bleibt bis zum Todesfall zumindest in Bezug auf den Umfang der Erbschaft verwehrt. Zwischen Schenken, Vererben und Stiften besteht eine aufsteigende Stufenleiter, was die Einflussmöglichkeiten und die fortwirkende Macht des Gebenden angeht: Der Stiftungszweck und teilweise auch die Anlage und Zusammensetzung des Stiftungsvermögens wird ein für allemal und damit auf unabsehbare Dauer durch den Stifter festgelegt (allerdings

1 Nur von ihm ist im Folgenden die Rede.

2 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 179. Vgl. auch *Emanuel Wertheimer* (1846–1914), deutscher Philosoph und Aphoristiker: „Im Testament gibt selbst der Geizhals so viel, wie er kann“.

im Grundsatz ohne die Möglichkeit des Stifters, die Satzung nachträglich zu ändern). Beim Vererben wird der fortwährende Wille des Verstorbenen meist durch positives Recht zeitlich und im Maß des Umfangs beschränkt. Tendenziell am Schwächsten ist die fortwirkende Macht des Gebenden bei der Schenkung. Schließlich ein weiterer Unterschied: Stiften und Schenken setzen ein Rechtsgeschäft voraus, Vererben nicht. Vielleicht lässt sich dadurch das Präfix „Ver-“ von „Vererben“ erklären, mit dem in der Regel ein einseitiges Beseitigen ausgedrückt oder eine verbale Ableitung von Adjektiven und Substantiven (ein Erbe machen) bewerkstelligt wird.

- 26 Das „Dauerhafte“ des Stiftens, das „Flüssige“ des Schenkens und das „Natur- und Familienbezogene“ des Vererbens zeigt sich auch in der Etymologie³: Das schon im Althochdeutschen bekannte „Stiften“ bedeutet ursprünglich „Erbauen, Gründen“, vielleicht sogar konkreter „Ein Bauwerk mit Holzpfeilern (Stiften) errichten“. „Schenken“ geht auf indoeuropäisch „skeng“ gleich „Hinken; schief, schräg“ zurück, wird dann im Althochdeutschen zu „skenken“ gleich „Zu Trinken Geben, Einschenken“ (eigentlich „Das Gefäß schief halten“). Der heute herrschende Sinn von „Schenken“ entwickelt sich erst im Spätmittelhochdeutschen. Er stammt aus dem Brauch, bei ehrenden Empfängen sowohl Getränke auszuschenken als auch Geschenke auszuteilen. Solche Gelegenheiten hießen wegen des Getränks „schenke“, und „schenken“ im Sinne von „Eine schenke veranstalten, Geschenke überreichen“ ist streng genommen eine Ableitung aus diesem Wort. „Erbe“ im Sinne von „Hinterlassenschaft eines Verstorbenen“ geht auf indoeuropäisch „orbh“ gleich „verwaist, waise“ zurück, meint also das „einer Waise Zufallende“, und „Vererben“ würde dann primär heißen „Eine Waise hinterlassen“, und das ihr hinterlassene Gut wäre in der Wortentstehung nur das später Hinzukommende, das Sekundäre. Betont wird somit ursprünglich das durch den Tod ausgelöste familienrechtliche Waisenverhältnis.
- 27 Insofern es sich um Transferierung von Eigentum handelt, hat Vererben Vieles mit Stiften und Schenken gemeinsam. Wenn Eigentum die materielle Verkörperung von Freiheit ist – und so verhält es sich in der Tat –, dann ist Erbrecht die dauerhafte und umfassende Transferierung materialisierter Freiheit. Das Eigene des Eigentums zeigt sich dort am deutlichsten, wo es ohne Gegenleistung zu fremdem Eigentum und damit zu fremder Freiheit werden kann.
- 28 Im Akt des Vererbens geht immer auch ideell ein Teil der Person des Erblassers über. Der Erbe tritt nicht nur in die materielle, sondern auch in die personale Sphäre des Verstorbenen ein. Die Person des Erblassers manifestiert sich zum einen in den einzelnen Gegenständen des Nachlasses, die der Erblasser in seiner Eigenschaft als Eigentümer (das Wort hier im weitesten Sinne verstanden) sich angeeignet, denen er in Realisierung von Freiheit den Stempel seiner

³ Zum Folgenden *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 22. Aufl. 1989; *Pfeifer* (Hrsg.), Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, dtv, 7. Aufl. 2004.

Persönlichkeit aufgedrückt hat. Die Person des Erblassers zeigt sich sodann und noch markanter in der je individuellen Zusammensetzung seines Vermögens im Ganzen, das ganz auf seine Bedürfnisse und Vorstellungen zugeschnitten ist. Vererbung berührt gerade wegen dieses zweiten Aspekts die Person und das Wesen des bisherigen Eigentümers nachdrücklicher als (lebzeitiges) Stiften oder gar Schenken.

Ändern wir nun den Blickwinkel. Im Akt des **Erbens** geschieht ein Dopp- 29
 peltes: Der Erbe erwirbt das Vermögen des Verstorbenen; es handelt sich um einen Akt der Translation, dessen Ziel mit der Translation schon erreicht ist. Zum Zweiten aber erwirbt der Erbe durch den Vorgang des Erbens die dauerhafte Rechtsstellung als Erbe. Erben bedeutet, „Erbe“ zu erlangen und „Erbe“ zu werden. Man „wird beschenkt“, aber man „erbt“. Im „Beschenktwerden“ ist der Schenker mitgedacht, im „Erben“ nicht. Dem entspricht ein Unterschied auf der anderen Seite des Geschehens: Man „ver-erbt“ und „ver-schenkt“. Mit diesen Worten wird allein auf den Gebenden geachtet. Doch während bei der Beschreibung des Schenkungsakts auch der Beschenkte miteinbezogen werden kann, indem man das Präfix „ver-“ weglässt (man „schenkt“ jemandem etwas, unmöglich: man „verschenkt“ jemandem etwas), lässt die Sprache dies beim Vererben nicht zu (bedenklich, wenn nicht unmöglich: jemandem etwas „ver-erben“). Beim Ver-erben wird, ebenso wie beim Ver-schenken, nur auf den übergehenden Gegenstand geschaut.

Im Erben des Vermögens vollzieht sich für den Erben nicht nur ein materieller 30
 Vorgang. Das ergibt sich zum einen daraus, dass der Erbe, wie schon beim Akt des Vererbens beschrieben, auch in einen Teil der ideellen Sphäre des Erblassers eintritt. Es zeigt sich zum Zweiten aber darin, dass er das Ererbte sich im Laufe der Zeit zu Eigen macht, es sich in Realisierung von Freiheit „aneignet“ (das Wort im untechnischen Sinne verwendet) und ihm so den Stempel seiner Persönlichkeit aufdrückt. Deshalb verblasst im Laufe der Zeit die Prägung durch den Erblasser. Der Akt des Erbens ist damit auch ein Vorgang des Öffnens in diese Prägung durch den Erben hinein, die Er-öffnung eines neuen Raumes der Freiheit. Zugleich handelt es sich beim Akt des Erbens um die Er-öffnung eines Raumes für das An-Denken an den Erblasser und für das Sich-einer-personalen-Prägung-durch-die-im-Ererbten-aufscheinende-Persönlichkeit-des-Erblassers-Aussetzen. Erben eröffnet aber auch einen neuen Bereich von Verantwortung. „Familienbesitz“ muss, wenn er schon nicht vermehrt wird, zumindest erhalten bleiben und an künftige Generationen weitergegeben werden; so will es eine verbreitete Einstellung. Der Spruch „Der Vater erstellt’s, der Sohn erhält’s, beim Enkel zerschellt’s“ zeigt die Furcht der Eltern, dass ihr Lebenswerk von den Nachkommen durch Unfähigkeit oder Verschwendung zunichte gemacht wird. Wer von den Geschwistern im Elternhaus verbleibt oder den Familienbetrieb übernimmt, übernimmt gleichzeitig die Rolle eines Bewahrers des Familiengedächtnisses. Wird das materielle Erbe „verspielt“, löst dies wegen des symbolischen Charakters von Erbe größere familiäre Verwerfungen aus, als es

dem reinen Geldwert des Verlustes entsprechen würde („Buddenbrook-Syndrom“)⁴.

- 31 „Erben“ bezieht sich nach heutiger Auffassung auf den Übergang von Vermögen, jedenfalls wenn man den Begriff „Vermögen“ im weitesten Sinne versteht. Historisch betrachtet hat der Erbbegriff bisweilen die Tendenz gehabt, sich wegen seiner Plausibilität und Logik auf andere Lebensbereiche auszudehnen. Dabei konnte sich es um das Vererben bzw. Erben von Ämtern, von Charisma (Max Weber spricht hier von „Erbcharisma“⁵), von Adelstiteln, von politischer Macht, von Klientelbeziehungen, von Treueverhältnissen usw. handeln. Noch heute spricht man vom Vererben bzw. Erben von Genen, von Eigenschaften, von Merkmalen des Aussehens, von Verhaltensweisen. Alle diese extramateriellen oder zumindest nicht streng rechtsbezogenen Verwendungsweisen unseres Grundbegriffes müssen hier außer Betracht bleiben.

II. Psychologie

- 32 Vererben und Erben sind auch mögliche Gegenstände psychologischer Analyse. Den ganzen Bereich denkbarer psychologischer Fragestellungen abzuschreiten, ist im Rahmen dieses Buches weder möglich noch erforderlich. Es soll hier nur beispielhaft eine psychologische Studie zum Verhalten von Erblassern, also zum Ver-Erben, vorgestellt werden⁶. Sie basiert auf der qualitativen Untersuchungsebene auf 75 Tiefeninterviews und auf der quantitativen Untersuchungsebene auf 1092 Telefoninterviews.
- 33 Die Studie unterscheidet drei Dimensionen, die Entwicklungsdimension, die Wertedimension und die Beziehungsdimension. Erbschaftsangelegenheiten können als **entwicklungspsychologische** Aufgabe aufgefasst werden. Dabei geht es um Probleme des Älterwerdens und die Konfrontation mit der eigenen Sterblichkeit, die sich beide bei der Beschäftigung mit den vermögensmäßigen Folgen des eigenen Todes aktualisieren. Die Untersuchung zeigt, dass die Beschäftigung mit dem Tod starke Ängste auslöst und Strategien begünstigt, die Beschäftigung mit dem Erbfall hinauszuschieben. Je komplizierter eine Erbschaftsregelung sein könnte, desto eher geht man ihr aus dem Weg. Die **Wertedimension** umfasst alles, was zum symbolischen Charakter von Erbschaft gehört. Erbschaften symbolisieren für Erblasser nach der Studie vor allem die eigene Lebensleistung und den Zusammenhalt der Familie. Eine ganz überwältigende Mehrheit der Erblasser stimmt der Aussage zu „Das Erbe ist Familienbesitz. Ich wünsche mir, dass dieser von den Erben erhalten wird“. Bei der „Erhaltung“ ist meist nur gemeint, es solle das Vermögen dem Wert nach

4 Kobl/Szydlik, Kursbuch 135 (1999), 33 ff.

5 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Kap. IX, § 2 (S. 854).

6 Schulte, (Ver-)Erben aus psychologischer Sicht, S. 205 ff.

erhalten bleiben. Je größer die Schwierigkeiten beim Erwerb des Vermögens waren, desto stärker ist der Wunsch der Erblasser nach einem wertschätzenden und substanzerhaltenden Verhalten der Erben. In der **Beziehungsdimension** geht es um das personale Verhältnis von Erblasser und Erben. Erblasser bewegen sich hier zwischen den extremen Positionen absolut wohlwollender Solidarität mit den Erben (Die Lebensführung der Erben wird gutgeheißen; es werden gerechte Lösungen unter jederzeit transparenter Einbeziehung aller Erben angestrebt; es wird schon vor dem Erbfall Vieles verschenkt, d.h. „mit warmer Hand“ gegeben) und einer Strategie des rigiden Konflikts (Das Testament wird in der stillen Kammer „ausgeheckt“ und oft geändert; Erblasser bestrafen unerwünschtes Verhalten der Erben; Leistungen von Erben werden „aufgerechnet“; es wird mit der Verteilung bis zuletzt gewartet). Es zeigt sich, dass entgegen gängigen Erwartungen auch der heutige Erblasser eher zum ersten Modell tendiert. Harmonie in der Familie gilt dem durchschnittlichen Erblasser als hohes Gut. Eine besondere, in der Wirklichkeit oft zu beobachtende Tragik des Vererbens will es freilich, dass nicht selten gerade die besonders große Erbschaft und die peinlich genaue Erbregelung Quellen größter Disharmonie sind.

Wurde bisher primär dargestellt, was Erblasser eint, so fragt die genannte Studie auf einer zweiten Ebene nach den Unterschieden zwischen den Erblassern. Sie entwickelte aus den Ergebnissen der Tiefeninterviews eine **Typologie der Erblasser** und verifizierte sie anschließend durch die quantitative Befragung. Für die Bildung der Typen sind wiederum die einzelnen Aspekte der Entwicklungs-, der Werte- und der Beziehungsdimension maßgebend. Insgesamt werden sechs Typen von Erblassern identifiziert: Der „Denkmal-Errichter“, der „Bilanz-Ordner“, der „Gönnerhafte Pate“, der „Manipulative Richter“, der „Harmonie-Mensch“ und der „Entschädiger“⁷. 34

Der **Denkmal-Errichter** möchte in der Vererbung voller Stolz sein Lebenswerk sichtbar werden lassen. Das eigene Ableben akzeptiert er in der Gewissheit leichter, dass sein Erbe auch in Zukunft fortleben wird. Von den Erben erwartet er, dass sie die Erbschaft in einer Form weiterführen, die die Erinnerung an den Erblasser wachhält. Die Regelung des Nachlasses geht der Denkmal-Errichter vergleichsweise aktiv an. Doch ist er weniger als andere Erblasser-Typen bereit, potentielle Erben an der Regelung zu beteiligen. 35

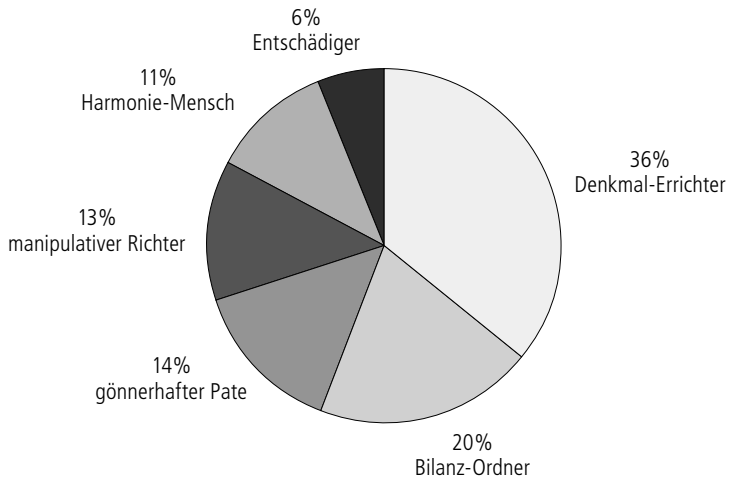
Der **Bilanz-Ordner** möchte mit der Nachlassregelung einen wohlüberlegten und rational-ordnenden Strich unter sein Leben ziehen. Er will die Erbschaft gerecht unter allen Erben verteilen. Er befürchtet, durch eine ungerechte Nachlassregelung Streit unter den Erben heraufzubeschwören. Die Vererbung wird so zu einer sozialen Rechenaufgabe, die ohne Rest aufgehen soll. Dies führt vergleichsweise häufig zu einem konstruktiven Umgang mit der Problematik, wenn 36

⁷ Der folgende Text (samt abschließendem Schaubild) entspricht, von kleinen Korrekturen abgesehen, wörtlich den Ausführungen von *Schulte*, (Ver-)Erben aus psychologischer Sicht, S. 224 ff.

auf der Suche nach Gleichbehandlung konsensorientierte Strategien eingesetzt und potentielle Erben einbezogen werden.

- 37 Für den **gönnnerhaften Paten** ist es eine große Freude, sein Vermögen an die Nachkommen zu verschenken und ihnen so neue Perspektiven zu eröffnen. Wenn die Beschenkten diese Perspektiven zu nutzen verstehen, freut sich der gönnnerhafte Pate mindestens genauso wie die Beschenkten selbst. Um den Genuss des Schenkens voll auskosten zu können, wird es in vielen kleinen Schritten und vor allem bereits zu Lebzeiten inszeniert. Eine gerechte – d.h. in der Regel: gleiche – Verteilung unter den Erben spielt für ihn eine untergeordnete Rolle. Allerdings bedeutet das dosierte und schrittweise Loslassen vom eigenen Vermögen auch, dass der Erblasser sich gegen gewissermaßen „endgültige“ Lösungen sperrt – möglicherweise, um auch in Zukunft Geschenke machen zu können.
- 38 Der **manipulative Richter** benutzt die Erbschaft als Instrument, um die Nachkommen, die ihr Leben in seinem Sinne führen, zu belohnen und abweichendes Verhalten zu bestrafen. Es fällt ihm schwer loszulassen, sowohl vom eigenen Vermögen wie von seiner Position als Familienoberhaupt, und die Lebensführung der Nachkommen so zu akzeptieren, wie sie ist. Aus diesem Grunde heckt er in der Regel alleine ein Testament aus und ändert es, wenn sich im familiären Umfeld neue Konstellationen ergeben.
- 39 Der **Harmonie-Mensch** ist stolz auf seine intakte Familie, sein mit Abstand wichtigstes Lebenswerk. Er möchte durch und mit seinem Vermögen auch posthum Harmonie und Zusammenhalt der Familie sichern. Es mildert seine Ängste vor dem eigenen Tod, dass er an den Fortbestand der Familie glaubt. Der Harmonie-Mensch hat eine starke Neigung, Spannungen in der Familie schönzufärben. Sein Blick durch die „rosa Brille“ verbietet es ihm, kleinlich-ängstliche Regelungen hinsichtlich des Erbes zu treffen. Testamente sind nach seiner Auffassung nur für Familien da, in denen es Streit gibt.
- 40 Den **Entschädiger** leitet die Angst, in Zukunft den Nachkommen zur Last zu fallen, beispielsweise durch Pflegebedürftigkeit. Dies führt in der Regel dazu, dass er in Bezug auf die Erbschaft keine Regelungen trifft, um sich bei der künftigen Verwendung des eigenen Vermögens gewissermaßen alle Optionen offen zu halten. Das Erbe ist dann schließlich eine Entschädigung der Erben für die Mühe, die sie womöglich mit dem Erblasser haben werden. Dabei neigt der Entschädiger allerdings nicht zum Aufrechnen. Alle Erben sollen am Ende gleich viel erhalten.
- 41 In der befragten Population von Erblassern, die mindestens 60 Jahre alt waren und über ein substantielles Vermögen verfügten, ist der Denkmal-Erriechter der häufigste Typ. Die Verteilung auf die einzelnen Typen zeigt das folgende Schaubild.

Schaubild 2: Verteilung der psychologisch ermittelten Erblassertypen



Kapitel 2: Grundlagen des Erbrechts

§ 4 Begriff des Erbrechts

Literatur

- 43 *Haweisen, Fritz*: Die Einbeziehung Dritter in öffentlich-rechtliche Unterordnungsverhältnisse, DVBl 1962, 547–552; *Stadie, Holger*: Rechtsnachfolge im Verwaltungsrecht, DVBl 1990, 501–508.

I. Ausgangspunkt

- 44 Erbrecht ist **Erb-Recht**. Das bedeutet ein Mehrfaches. Erbrecht ist *Erb-Recht* und nicht Philosophie, Politik, Psychologie oder Soziologie vom Erbe. Als Recht kann es erstens sein Recht des Erbers¹ (genauer: des Ver-Erbers, technisch: des *Erb-lassers*), zweitens Recht des *Erbens*, drittens Recht des *Erben* und viertens Recht des *Erbes*. Das Recht des Erb-lassers regeln z. B. überwiegend die §§ 2064–2302, 2346 ff. (Testament, Erbvertrag, Erbverzicht); das Recht des Erbens, also des Erbvorgangs, findet sich vor allem in den §§ 1922 f., 1942 ff., 2139 (Erbanfall, Erbfähigkeit, Annahme und Ausschlagung, Nacherbanfall); das Recht des Erben in den §§ 1967–2063, 2303–2338, 2339–2345 (Rechtliche Stellung des Erben, der Erbe als Schuldner von Pflichtteilsansprüchen, Erbunwürdigkeit); das Recht des Erbes, also der Nachlassmasse als Sondervermögen, in den §§ 1975–2017 (Beschränkung der Haftung auf den Nachlass). In allen vier Bereichen kann es sich entweder handeln um Regelungen im Innenverhältnis der Erbbeteiligten (Erblasser: z. B. § 2346, der Erblasser schließt mit einem gesetzlichen Erben einen Erbverzicht / das Erben: z. B. § 1922 Abs. 1, die Erbschaft geht ipso iure vom Erblasser auf den Erben über / der Erbe: z. B. §§ 2303 ff., der Erbe schuldet dem durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossenen gesetzlichen Erben den Pflichtteil / das Erbe: z. B. § 1992, der Erbe kann dem Vermächtnisnehmer gegenüber auf leichtere Weise die Beschränkung der Haftung auf den Nachlass durchsetzen); oder es handelt sich um Regelungen für das Außenverhältnis (Erblasser: z. B. §§ 344, 346 FamFG, der Erblasser gibt sein Testament in besondere amtliche Verwahrung / das Erben: z. B. §§ 1922 Abs. 1, 1967, mit dem Erbfall bekommen die Gläubiger des Erblassers einen neuen Schuldner / der Erbe: z. B. §§ 2371–2385, der Erbe verkauft die Erbschaft an einen Dritten / das Erbe: z. B. § 1981 Abs. 2, Nachlassgläubiger können Nachlassverwaltung beantragen).

1 In Analogie zum „Schenker“ und zum „Stifter“.

Zu beachten bleiben **weitere Differenzierungen**. Gemeint ist in diesem Gliederungsparagrafen das *objektive* Erbrecht als der Inbegriff der das Erbe betreffenden Rechtssätze. Aus dem objektiven Erbrecht fließen einzelne *subjektive Erbrechte* und vielleicht sogar ein einheitliches, die gesamte Rechtsposition des Erben umfassendes subjektives Erbrecht (dazu § 6). Neben dem *materiellen* (objektiven) Erbrecht gibt es das *formelle* (objektive) Erbrecht. Es wird auch Nachlassverfahrensrecht genannt und erfährt vor allem im BGB selber (§§ 2353 ff.), im FamFG (§§ 342 ff., 454 ff.), in der ZPO (§§ 27 f., 239–243, 325–327, 727 f., 737, 747–749, 773, 778–786), im BeurkG (Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen), in der InsO (§§ 315–331 = Nachlassinsolvenz) seine Regelung. Das objektive Erbrecht ist, von geringfügigen Ausnahmen abgesehen (vgl. Art. 64 EGBGB und die Anerbenrechte der Länder², ferner die zu Art. 86, 88, 137, 138, 140, 147, 148 EGBGB gehörenden Landesnormen) *Bundesrecht*, nicht Landesrecht.

II. Definition

Gibt es eine einheitliche **Definition**, mit der sich alle Normen des objektiven Erbrechts erfassen lassen? In einem Klassiker des Erbrechts lesen wir: „Erbrecht im objektiven Sinne ist die Summe derjenigen Vorschriften, welche den Übergang der Rechte und Pflichten eines Verstorbenen auf lebende Personen regeln“³. An diesem Satz ist so ziemlich jedes Wort falsch. Erstens braucht man nicht „lebende Person“, also natürliche Person bzw. Mensch, zu sein, um Erbe oder Vermächtnisnehmer werden zu können (arg. e §§ 2044 Abs. 2 S. 3, 2101 Abs. 2, 2109 Abs. 2). Zweitens muss eine Person (dieses Mal verlangt das Gesetz eine natürliche Person, § 1922 Abs. 1) nicht erst verstorben sein, damit anschließend seine Rechte und Pflichten übergehen können; vielmehr geht das Vermögen „mit dem Tode“ seines Inhabers auf die Erben über (§ 1922 Abs. 1). Drittens gehen nach allgemeiner Meinung wegen weiter Interpretation des Vermögensbegriffs von § 1922 Abs. 1 nicht nur (fertige) Rechte und Pflichten über, sondern auch (beim Erbfall erst im Entstehen begriffene) Rechts- und Pflichtenlagen. Viertens enthält das Erbrecht nicht nur „Vorschriften“, sondern auch Definitionen (z. B. § 1922 Abs. 1) und sonstige Hilfsregeln (z. B. § 2019 Abs. 1); es handelt sich also richtigerweise um einen Inbegriff von „Normen“. Fünftens genügen nicht Normen der Moral, der Sitte oder des Glaubens, sondern nur Rechtsnormen; es kann durchaus auch Sätze der Moral geben, die sich auf den todesfallbedingten Übergang moralischer Rechte und Pflichten beziehen; diese sind aber mit dem Wort Erbrecht gerade nicht gemeint. Sechstens gibt es im geltenden Recht todesfallbe-

² Das wichtigste Anerbengesetz, die HöfeO, ist freilich (partiell) Bundesrecht (Art. 125 Nr. 1 GG).

³ Planck/Flad⁴ Vorbemerkungen vor § 1922 Anm. 1.

dingte Übergänge von Rechten und Pflichten, die nicht dem Erbrecht angehören. Dabei handelt es sich um die Fälle der sog. erbrechtsunabhängigen Sonderrechtsnachfolge von Todes wegen (§§ 56 SGB I, 563 ff., 2301 Abs. 2, 1483 ff., Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall); hier gehen Rechte des Erblassers bei dessen Tod außerhalb des Erbrechts über, die Rechtsnachfolge ist in Voraussetzungen und Wirkungen nicht mit der Erbfolge verknüpft, der Nachfolger braucht nicht Erbe zu sein⁴. Zum „Erbrecht“ gehören dagegen die Regelungen über die Sondererfolgen (Anerbenrecht, Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften); zwar gilt hier das Prinzip der Universalsukzession nicht, doch kann in die entsprechenden Vermögensgegenstände nur eine Person nachfolgen, die zum Kreis der Erben gehört. Siebtens geht es im Erbrecht nicht nur um den „Übergang“ des Erblasservermögens als solchen, sondern auch um dessen weiteres Schicksal (z. B. Nachlassinsolvenz, Erbschaftskauf). Achtens rechnen solche Normen nicht zum Erbrecht, die den (ausnahmsweisen) Nichtübergang von privatrechtlichen Vermögens- und Personenrechten anordnen (z. B. § 1061 S. 1: Nießbrauch; § 1753 Abs. 2: keine Vererbung des Rechts zum Widerruf eines Adoptionsantrags, ähnlich § 81 Abs. 2), obwohl auch sie im weiteren Sinne Regelungen „bezüglich“ des „Übergangs“ von Rechten und Pflichten sind.

- 47 Neuntens gehören nicht alle Rechtsnormen zum Erbrecht, die den Übergang von Rechten und Pflichten des Erblassers bejahend regeln⁵. Es gibt zahlreiche Rechtsnormen, in denen zwar der Mechanismus des Übergangs (Universalsukzession) und das personale Ziel des Übergangs (der oder die Erben) durch Erbrecht geregelt werden, nicht aber die Übergangsfähigkeit. So ordnet das Familienrecht den Übergang der Pflicht zur Zahlung von Scheidungsunterhalt an (§ 1586 b); das Schuldrecht das Fortbestehen des Auftrags beim Tod des Auftraggebers (§ 672) und das fingierte Fortbestehen des Auftrags für Eilmaßnahmen (§§ 672 S. 2 HS. 2, 673 S. 2 HS. 2); der Allgemeine Teil das Weiterbestehen einer abgegebenen Willenserklärung (§ 130 Abs. 2), die Annahmefähigkeit eines Antrags (§ 153); das Sachenrecht die Vererblichkeit des Besitzes (§ 857), die Fortwirkung von Fehlerhaftigkeit des Besitzes (§ 858 Abs. 2), usw. Alle diese Normen gehören nicht zum Erbrecht, obwohl sie unter die abgelehnte Definition zu subsumieren wären.

⁴ Wie im Text Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 3.

⁵ Von vornherein kein „Übergang“ liegt vor in den Fällen von §§ 1680 Abs. 1, 1680 Abs. 2; bei Entstehung einer neuen Unterhaltspflicht wegen Versterbens eines vorrangig Verpflichteten (§§ 1606, 1615 Abs. 1); bei Entstehung oder Vergrößerung eines gesetzlichen Erbrechts wegen Vorversterbens eines vorrangigen gesetzlichen Erben (z. B. §§ 1925 Abs. 3, 1935); bei der Hinterbliebenenversorgung im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung oder der Beamtenpension; bei der elterlichen Vormundbenennung durch Testament (§ 1777); bei den den Erben für eine Übergangszeit gewährten Fortführungsrechten im Falle einer vom Erblasser innegehabten öffentlichrechtlichen (gewerblichen) Konzession oder Gestattung (z. B. §§ 46 GewO, 4, 22 Abs. 4 HandwO, 10 GaststättenG, 15 FahrlehrerG, 21 SchornsteinfegerG, 19 PBefG, 19 GüKG) (so auch MünchKomm/Leipold⁴ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 158).

Zehntens schließlich bedenkt die kritisierte Formel nicht das Verhältnis von Privatrecht und **öffentlichem Recht**. Müsste es in ihr nicht zumindest präzisierend heißen: „Erbrecht im objektiven Sinne ist die Summe derjenigen *privatrechtlichen* Vorschriften, welche den *privatrechtlichen* Übergang der *privatrechtlichen* Rechte und Pflichten eines Verstorbenen auf lebende Personen regeln“? Es gibt öffentlichrechtliche Normen, die den öffentlichrechtlichen Übergang öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten beim Tod eines Menschen regeln. Es gibt öffentlichrechtliche Normen, die den privatrechtlichen Übergang öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten beim Tod eines Menschen regeln. Und es gibt öffentlichrechtliche Normen, die den privatrechtlichen Übergang privatrechtlicher Rechte und Pflichten beim Tod eines Menschen regeln⁶. Beginnen wir mit der letzten, vielleicht überraschendsten Gruppe. Der Anspruch des Schenkers aus § 528 ist, wenn der Schenker bis zu seinem Tod von niemandem Hilfe verlangt und bekommen hat, unvererblich (§ 528 Abs. 1 S. 3 i. V. m. §§ 1613, 1615). Hat der Schenker noch zu Lebzeiten Sozialhilfe bekommen, ergibt sich nach der neueren Rechtsprechung des BGH aus dem sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB XII), also aus öffentlichrechtlichen Normen, dass der privatrechtliche und privatrechtlich bleibende Anspruch aus § 528 ausnahmsweise (privatrechtlich) vererblich und nach § 93 SGB XII durch (auch nach dem Tod mögliche) Anzeige an den Erben auf den Träger der Sozialhilfe übergeleitet werden kann⁷. Damit bewirken öffentlichrechtliche Normen den privatrechtlichen Übergang eines privatrechtlichen Rechtes beim Tod eines Menschen. Diese Normen zählen nicht zum Erbrecht, und zwar deswegen, weil sie nur aus ihrem Zusammenhang mit anderen öffentlichrechtlichen Normen zu verstehen sind und zweitens der in besagter Weise auf den Erben des Schenkers übergegangene Anspruch einer öffentlichrechtlichen Zweckbindung unterliegt, indem er nur der Befriedigung des Sozialhilfeträgers dient. Zu den beiden ersten Gruppen öffentlichrechtlicher Normen ein Beispiel: Die §§ 56 bis 59 SGB I regeln, wie sich der Tod des Berechtigten bei Ansprüchen auf Sozialleistungen auswirkt (Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Kranken-, Unfall-, Rentenversicherung, Wohngeld, Sozialhilfe etc.). Dabei geht es um zwei verschiedene Fragen: Zum einem darum, *ob* diese Ansprüche erlöschen oder auf einen Nachfolger übergehen, zum anderen darum, *wie* diese Ansprüche gegebenenfalls auf einen Nachfolger übergehen. Nach § 59 SGB I erlöschen Ansprüche auf Dienst- und Sachleistungen mit dem Tod des Gläubigers. Fällige Ansprüche auf

⁶ Was es nicht gibt, sind privatrechtliche Normen, die den privatrechtlichen Übergang öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten regeln; privatrechtliche Normen, die den öffentlichrechtlichen Übergang privatrechtlicher Rechte und Pflichten regeln; privatrechtliche Normen, die den öffentlichrechtlichen Übergang öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten regeln; öffentlichrechtliche Normen, die den öffentlichrechtlichen Übergang privatrechtlicher Rechte und Pflichten regeln.

⁷ BGH NJW 2001, 2084; BVerwG NJW 1990, 3288; umfassende Darstellung bei Münch-Komm/J. Koch³ § 528 Rn. 13 ff., 28 ff.

Geldleistungen dagegen erlöschen nur ausnahmsweise, nämlich nur dann, wenn sie weder zum Zeitpunkt des Todes festgestellt sind, noch ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig ist. Wie lange laufende Leistungen gewährt werden, ergibt sich aus den jeweiligen Sonderregelungen des betroffenen Sozialrechtswenigs⁸. Für fällige Ansprüche auf laufende Geldleistungen ordnet § 56 SGB I eine Sonderrechtsnachfolge an⁹. Diese Ansprüche stehen beim Tod des Berechtigten nacheinander dem Ehegatten, den Kindern, den Eltern und dem Haushaltsführer zu, sofern diese mit dem Berechtigten im Zeitpunkt des Todes in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben oder von ihm wesentlich unterhalten worden sind. Die Ansprüche gehen kraft Gesetzes, d. h. ohne Zutun der Erwerber, über. Alle fälligen Ansprüche auf Geldleistungen, die nicht auf einen Sonderrechtsnachfolger übergehen, sei es, weil es sich nicht um „laufende“, sondern um einmalige Geldleistungen handelt, sei es, weil ein Sonderrechtsnachfolger nicht vorhanden ist oder alle Sonderrechtsnachfolger verzichtet haben, werden „nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vererbt“ (§ 58 S. 1 SGB I). Der Anspruch geht im Wege der Universalsukzession auf den oder die Erben (nach § 58 S. 2 SGB I jedoch nicht auf den Staat als gesetzlichen Erben) über. Er gehört zum Nachlass. Klar ist, dass bei Anwendbarkeit von § 56 SGB I eine öffentlichrechtliche Norm den öffentlichrechtlichen Übergang öffentlichrechtlicher Rechte beim Tod eines Menschen regelt. Diese Norm gehört daher, wie alle anderen ihr funktional entsprechenden Normen des öffentlichen Rechts, nicht zum Erbrecht im objektiven Sinne. Anders verhält es sich mit § 58 S. 1 SGB I, denn er verweist ja gerade ausdrücklich auf die Vorschriften des BGB. Hier ist, wie bei allen funktional gleich gerichteten Rechten und Pflichten des öffentlichen Rechts (z. B. Anspruch auf Rückgewähr von ohne rechtlichen Grund geleisteten Sozialversicherungsbeiträgen), strittig, ob das BGB-Erbrecht direkte¹⁰ oder nur analoge Anwendung¹¹ findet. Richtig ist die erste Ansicht. Die zweite Ansicht hat zur Folge, dass die in §§ 1922, 1967 zum Ausdruck gebrachten Rechtssätze wegen und im Rahmen der Analogie zu solchen des öffentlichen

⁸ Bspl.: Zahlung der Rente für den Sterbemonat, vgl. § 102 Abs. 5 SGB VI.

⁹ Vgl. hierzu die gängigen SGB-Kommentare, z. B. *BochKomm/Heinze*; *KasselerKomm/Seewald*; *SGB-SozVers-GesKomm/Schroeter*; *Giese*; *Burdenski/v. Maydell/Schellhorn*; *Hauck/Haines*; *Peters/Hommel*; *Wannagat/Thieme*. Ferner *Staudinger/Marotzke*²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 354 ff. Schon nach preußischem Recht gehörte das „Gnaden-Quartal“ oder der „Gnaden-Monat“ verstorbener Beamter und Pensionäre nicht zum Nachlass, sondern gehörte den Witwen, Kindern und Enkeln; *Kabinettsordre v. 15. 11. 1819* (Preußische Gesetzssammlung, 1820, 45) und v. 22. 1. 1826 (Preußische Gesetzssammlung 1826, 13).

¹⁰ *BVerwGE* 15, 234 (238); *BVerwGE* 30, 124; *BSGE* 15, 157 (158); *BSG NJW* 1967, 126 (127); *OVG Bremen NVwZ* 1985, 917; *Staudinger/Otte*²⁰⁰⁸ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 2; *Staudinger/Marotzke*²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 351; *Stadie DVBl* 1990, 501 ff.; *Hauelsen DVBl* 1962, 547 (548).

¹¹ *BSGE* 24, 190 (193); *BVerwGE* 21, 302 (303); *BVerwGE* 64, 105 (108 f.); *BVerwG NJW* 1987, 3212; *OVG Münster NJW* 1989, 2834; *VGH Kassel NVwZ-RR* 1989, 517; *MünchKomm/Leipold*⁴ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 1, 136 ff., 142; *Erichsen/Ehlers*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹¹, § 11 Rn. 51.

Rechts und bei landesrechtlich begründeten Positionen sogar zu solchen des öffentlichen Landesrechts würden. Für eine solche Wesensänderung gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Der privatrechtliche Charakter der Vererbung (§§ 1922, 1967) ändert nichts am öffentlichrechtlichen Charakter des Vererbten, also der vererbten Rechts- oder Pflichtenposition, sodass etwa bei der vom Erblasser geschuldeten Rückerstattung rechtsgrundlos erlangter Sozialleistungen die Pflicht auch nach Vererbung in die Zuständigkeit der Sozialgerichte bzw. der allgemeinen Verwaltungsgerichte fällt und die Behörde ihren Anspruch gegenüber dem Erben in gleicher Weise geltend machen kann, wie ihr dies zu Lebzeiten des Erblassers diesem gegenüber möglich gewesen wäre, also z. B. durch Erlass eines Leistungsbescheids¹². Entsprechende Befürchtungen der Analogielösung in Richtung „Abfärbung“ des privatrechtlichen Vererbungsmechanismus auf das Vererbte sind daher gegenstandslos.

Aus den bisher genannten Gründen leicht einsehbar ist auch das Falsche weiterer Definitionsversuche: Erbrecht soll sein die Summe „derjenigen Rechtssätze, die das Schicksal des **privatrechtlichen Vermögens** einer natürlichen Person **nach deren Tod** regeln“¹³. Erbrecht kann jedoch, wie wir gesehen haben, auch die Auswirkungen des Todes auf öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse umfassen. Die Definition bezieht zu Unrecht erbrechtsunabhängige Sonderrechtsnachfolgen in den Erbrechtsbegriff mit ein. Ferner gelten auch für sie die gegen die erste Definition vorgebrachten Gründe acht und neun. Eine dritte Definition möchte unter objektivem Erbrecht verstehen „die Summe der Rechtsnormen, welche die **privatrechtlichen, vermögensrechtlichen Folgen** des Todes eines Menschen regeln“¹⁴. An dieser Definition ist schon unklar, ob der Zusatz „vermögensrechtlichen“ eine umfassende Explikation des Wortes „privatrechtlichen“ bieten will oder eine Einschränkung der privatrechtlichen Folgen auf die vermögensrechtlichen. Nimmt man die zweite Möglichkeit als gewollt an, so bleibt zu monieren, dass die Definition auch die dem Privatrecht angehörigen Fälle erbrechtsunabhängiger Sonderrechtsnachfolgen (z. B. § 563) in den Erbrechtsbegriff miteinbezieht. Ferner gelten auch für sie die gegen die erste Definition vorgebrachten Gründe acht und neun. Grundsätzlich zeigt sich aber, dass es besser ist, mit der dritten Definition von den privatrechtlichen *Folgen* als mit der zweiten Definition vom privatrechtlichen *Vermögen* auszugehen. Noch anders, aber noch stärker angreifbar, auf die privatrechtlichen *Normen* abstellend schließlich folgende Definition: „Objektives Erbrecht ist die Summe aller zivil-

¹² Auch wenn die Sozialleistung erst nach dem Tod des Erblassers (rechtsgrundlos) auf dessen Konto überwiesen wird, sollte man den Erstattungsanspruch des Leistungsträgers als öffentlichrechtlich qualifizieren; a. A. BGHZ 73, 202 (203); OLG Karlsruhe NJW 1988, 1920 f.; OLG Frankfurt a. M. NVwZ 1989, 797; BVerwGE 84, 274 (275 ff.); AG Kassel NJW-RR 1992, 585 f.; wie im Text u. mit umfassenden Nachweisen Staudinger/Marotzke²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 362.

¹³ MünchKomm/Leipold⁴ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 1.

¹⁴ Brox/Walker²³ Rn. 2.

rechtlichen Normen, welche sich mit dem Übergang der Rechtsverhältnisse eines Menschen nach seinem Tod beschäftigen“¹⁵.

- 50 Nach alledem können wir folgende Definition des objektiven Erbrechts geben: Objektives Erbrecht ist der Inbegriff derjenigen Rechtsnormen, die dem Privatrecht angehören und im weitesten Sinne vermögensrechtlichen und nachlassbezogenen **Folgen des Todes** eines Menschen regeln.

15 Soergel/*Stein*¹³ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 1.

§ 5 Systematische Stellung des Erbrechts

Literatur

Bextermöller, Claus: Das Familienrecht in den Systemen der Pandektistik des 19. Jahrhunderts, Diss. iur. Münster 1970; *Coing, Helmut*: Europäisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985; *Heise, Arnold*: Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen, 3. Aufl. 1819; *Hugo, Gustav*: Institutionen des heutigen römischen Rechts, 1. Aufl. 1789; *Schwarz, Andreas B.*: Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, SZRom 42 (1921), 578–610; *Zitelmann, Ernst*: Der Wert eines „allgemeinen Teils“ des bürgerlichen Rechts, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 33 (1906), 1 ff.

Für die äußerliche Anordnung des bürgerlichrechtlichen Rechtsstoffes haben sich im Laufe der Geschichte drei unterschiedliche Systeme herausgebildet: Institutionensystem – Mischsystem – Pandektensystem¹. Das **Institutionensystem** geht zurück auf die „Institutiones“, ein Anfängerlehrbuch des römischen Juristen Gaius. In ihm wird unterschieden zwischen und der Stoff abgehandelt in der Reihenfolge von personae, res, actiones (Personen, Sachen, Klagen bzw. rechtlich bedeutsame Handlungen, v. a. Verträge). Das Familienrecht, soweit davon im römischen Recht die Rede war (Einfluss des Status auf die Rechtsfähigkeit), fand seinen Platz im ersten, dem personenrechtlichen Teil, blieb also – da es um das Recht der einzelnen Person ging – individualistisch konzipiert. Ebenso wie das Familienrecht hat auch das Erbrecht keinen eigenständigen systematischen Standort im Institutionensystem. Es wird im zweiten Teil, den res, abgehandelt, und zwar unter den Eigentumserwerbsgründen, ist also in heutiger Terminologie Teil des Sachenrechts.

Noch der französische Code civil (1804) und das österreichische ABGB (1811) lehnen sich eng an das Institutionensystem an. Das ABGB etwa besteht aus drei Teilen. Im ersten („Von dem Personenrechte“) werden nacheinander abgehandelt: Rechte, die sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen – Eherecht – Rechte zwischen Eltern und Kindern – Vormundschaft und Kuratel. Der zweite Teil („Von dem Sachenrechte“) ist in zwei Abteilungen gegliedert, von denen die erste sich mit den „dinglichen Rechten“ beschäftigt, die zweite mit den „persönlichen Sachenrechten“ (sämtliche Schuldverträge). Die erste Abteilung des zweiten Teils regelt den Besitz; das Eigentumsrecht; den Erwerb des Eigentums durch Zueignung, Zuwachs, Übergabe; das Pfandrecht; die Dienstbarkeit; das gesamte Erbrecht; und schließlich die Gemeinschaft an dinglichen Rechten. Der dritte Teil des ABGB enthält gemeinschaftliche Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte. Man erkennt sehr leicht die typischen Eigenarten des Institu-

¹ Vgl. *Schwarz* SZRom 42 (1921), 578 ff.; *Staudinger/Böhmer*¹¹ Einl. § 1 Rn. 4 ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), § 33 (S. 189 ff.). Für das Familienrecht *Bextermöller*.

tionensystems: Familien- und Erbrecht sind nicht eigenständig geregelt. Sie haben untereinander keinen direkten systematischen Zusammenhang. Eine kleine Eigenwilligkeit erlaubt sich das ABGB: Es fasst das Erbrecht nicht als Eigentumserwerbsgrund, sondern als eigenständiges sonstiges dingliches Recht auf: Erbrecht ist das ausschließliche Recht, die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen, ist „ein dingliches Recht, welches gegen einen jeden, der sich der Verlassenschaft anmaßen will, wirksam ist“ (§ 532).

- 54 Eine neue Systematik setzte bei den Vertretern des Naturrechts ein. Schulbildend war Samuel Pufendorfs Werk „De iure naturae et gentium“ (1672), in dem die Darstellung des Rechtsstoffs ausgeht vom Recht des Individuums, seiner Person und seinem Eigentum, und dann fortschreitet zu immer größeren sozialen Gemeinschaften: Familie – Staat – Völkergemeinschaft. Damit war zum ersten Mal das Familienrecht streng gesondert vom gesamten übrigen Personen- und Vermögensrecht. Freilich blieb das Erbrecht zunächst auch im Naturrecht noch in der herkömmlichen bescheidenen Rolle eines derivativen Erwerbsgrundes des Eigentums befangen. Erst Christian Wolfs Institutionen von 1750 gliedern das Erbrecht aus dem *ius rerum* aus und schließen es an das selbständig gewordene Familienrecht an. Da aber im Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts ein bis zum Schluss unbefriedeter Streit über die Frage herrschte, ob neben dem Intestaterbrecht auch die Berufung qua Testament naturrechtlich geboten oder etwa nur *iure civili*, also rein positivrechtlich, angeordnet ist, blieb auch die systematische Stellung des Erbrechts in den Systemen des Naturrechts letztlich zwitterhaft, weil man oft zwischen Intestaterbrecht einerseits und Berufung durch Verfügung von Todes wegen andererseits auch in der Systematik des Stoffes unterschied. Das im Wege eines Kompromisses entstandene **Mischsystem** kann man gut am preußischen ALR (1794) beobachten.
- 55 Das Familienrecht ist hier zwar ganz aus dem individuellen Personen- und Sachenrecht des ersten Teils herausgenommen und leitet den zweiten Teil ein, der sich in Pufendorfscher Manier mit den immer größeren sozialen Gemeinschaften beschäftigt. Vom Erbrecht ist jedoch nur das auf der Familiengemeinschaft beruhende gesetzliche Erbrecht (genauer: die Intestaterbfolge) aus dem Vermögensrecht eliminiert und im Anschluss an die einzelnen familienrechtlichen Verhältnisse behandelt; so das Erbrecht des Ehegatten in II, 1, 7, das der Kinder und weiteren Verwandten in II, 2, 5–7. Dagegen ist der Erbschaftserwerb und die allgemeine Rechtsstellung des Erben (I, 9, 8, vgl. v. a. § 367: Vonselbsterwerb) doch wieder als ein Fall der „unmittelbaren Arten der Erwerbung des Eigentums“, der sog. *modi acquirendi dominii* (weitere Fälle z. B.: Schatzfund, Aneignung derelinquirter Sachen, Anwachsung), das Testaments- und Erbvertragsrecht abermals gesondert (I, 12) als ein Fall der „Titel zur (mittelbaren) Erwerbung des Eigentums“, der sog. *tituli acquirendi dominii*, geregelt (weitere Fälle sind die schuldrechtlichen Verträge; erforderlich ist bei „mittelbarem“ Eigentumserwerb Titel und Besitzübergabe; I, 12, § 242 ALR sagt ausdrücklich, aus einem gültigen Testament erwerbe der Erbe das Recht, die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen; durch die Verweisung in I, 12, § 242 auf I, 9, §§ 367 ff. und den Wortlaut von I, 9, § 367, der das Prinzip des Vonselbsterwerbs auch auf die gewillkürte Erbenberufung erstreckt, zeigt sich jedoch, dass trotz der unterschiedlichen systematischen Stellung der Eigentumserwerb aller Erben, sowohl beim

Intestaterben wie beim gewillkürten Erben, auf dieselbe Weise erfolgt, nämlich im Wege des Vonselbsterwerbs).

Das **Pandektensystem**, versuchsweise verwendet von Gustav Hugo 1789, endgültig durchgesetzt von Georg Arnold Heise und in dessen Gefolge von Friedrich Carl von Savigny², so genannt nach den Titeln der Lehrbücher zum gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, die den Stoff im entsprechenden System darboten, bringt die uns geläufige Einteilung in fünf Bücher. Damit wird das Erbrecht endgültig und vollständig aus dem Sachenrecht herausgelöst, als eigener Normbereich verselbständigt, im Anschluss an das Familienrecht und insgesamt ans Ende des Privatrechtssystems platziert. Nachdem bereits das sächsische BGB 1863 in der Übernahme des Fünf-Bücher-Systems vorangegangen war, hielt der Gesetzgeber des BGB die selbständige Stellung des Erbrechts im System des bürgerlichen Gesetzbuchs schon für keiner besonderen Rechtfertigung mehr bedürftig³. 56

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die systematische Stellung des Erbrechts ist nur scheinbar bloß formaler Natur. In Wahrheit kommen in ihr **weitreichende materiale Prinzipien zum Ausdruck**. Das Erbrecht löst sich durch sie vom Bann sachenrechtlicher Differenzierungen. Dies gilt namentlich für die beim Ausgang vom Institutionensystem oder vom Mischsystem nicht ganz fernliegende Vorstellung, der Rechtserwerb des Erben müsse je nach Art des vererbten Nachlassgegenstandes (z. B. Grundstücke – bewegliche Sachen) oder je nach Berufungsgrund (Intestaterbfolge, gewillkürte Erbfolge) ein anderer sein. Können etwa, was die Differenzierung nach dem Berufungsgrund angeht, nur bei der Intestaterbfolge „unmittelbarer“ bzw. „originärer“ Eigentumserwerb, bei der gewillkürten Erbfolge nur „abgeleiteter“ bzw. „derivativer“ Eigentumserwerb sein, wobei man im ersten Fall erbrechtlichen Vonselbsterwerb, im zweiten aber Antrittserwerb für das Modell der Wahl halten könnte – eine Differenzierung, die das BGB gerade ablehnt. Überhaupt setzt sich das verselbständigte Erbrecht auch bei der gewillkürten Nachfolgeregelung von den Rechtsgeschäften unter Lebenden ab: Konnte man früher etwa die Testamentsvollstreckung nur als Auftrag des Erblassers an den Vollstrecker (sog. Mandatstheorie) verstehen, begünstigte die Systematik des BGB die endgültige und saubere Einordnung der Vollstreckeranordnung unter die (einseitigen) Verfügungen von Todes wegen. 57

Durch die systematische Stellung im Anschluss an das Familienrecht werden dessen Statusverhältnisse (Ehe, Lebenspartnerschaft, Adoption, Kindschaft) 58

² Vgl. *Hugo*, Institutionen des heutigen römischen Rechts, 1. Aufl. 1789 (in den späteren Auflagen kehrt Hugo zum Institutionensystem zurück); *Heise*, Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen, 3. Aufl. 1819; *Savigny*, System I.

³ *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren, Bd. 1, S. 152. Die Zuweisung des Erbrechts ins bürgerliche Recht überhaupt ist durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und die für sie grundlegende Anerkennung der „Privaterbfolge“ verfassungsrechtlich geboten, *BVerfGE* 67, 329 (340).

für das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht fruchtbar, dessen Schutzinstitute (z. B. die Pflegschaft) für Sicherung des Nachlasses (§§ 1960 ff.) und Schuldenregulierung (§ 1975) anwendbar gemacht, ohne dass das Erbrecht gehindert wäre, an seinen spezifischen Bedürfnissen ausgerichtete **Modifikationen** vorzunehmen.

- 59 Das Erbrecht ist durch seine systematische Stellung selbständig eben nicht nur gegenüber dem Sachenrecht geworden, sondern auch gegenüber dem Familienrecht. So weicht etwa § 1925 Abs. 4 vom allgemeinen Adoptionsrecht (§ 1756) ab; war bis 1998 die erbrechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes trotz der 1970 erfolgten Streichung des alten § 1589 Abs. 2, der das uneheliche Kind für mit dem Vater nicht verwandt erklärt hatte, nicht genau dieselbe wie die des ehelichen Kindes; unterscheiden sich noch heute Nachlasspfleger (vgl. nur § 1962) und Nachlassverwalter (§§ 1985 ff.) vielfach vom Pfleger des Familienrechts.
- 60 Bisweilen drängt das **Erbrecht** sogar dem Familienrecht seine **Regelungsmechanismen** auf. Das klassische Beispiel dafür ist die sog. erbrechtliche Lösung beim Tod eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten (§ 1371 Abs. 1). Hierher gehören etwa auch die Übernahme der erbrechtlichen Dürftigkeitseinrede bei der Haftungsbeschränkung des volljährig Gewordenen (§ 1629 a Abs. 1 S. 2) und der Haftung nach Teilung der Gütergemeinschaft (§ 1480 S. 2), die vielfachen Verweisungen ins Erbrecht bei der Regelung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (z. B. §§ 1484 Abs. 2, 1489 Abs. 2, 1491 Abs. 4, 1504, 1513 Abs. 2, 1515 Abs. 2), die Begrenzung des familienrechtlichen und auch nach dem Tod des Schuldners familienrechtlich bleibenden Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten nach einem erbrechtlichen Maßstab, nämlich dem des Pflichtteilsrechts (§ 1586 b Abs. 1 S. 3), ferner die Übernahme der erbrechtlichen Form für die elterliche Vormundbenennung (§ 1777 Abs. 3).
- 61 Lässt sich das Fünf-Bücher-System mit einem einheitlichen Sachkriterium erklären? Zu den Autoren, die dies bejaht haben, zählte im 19. Jahrhundert namentlich Georg Friedrich **Puchta**. Für ihn war der Grund für die Verschiedenheit der Rechtsgebiete die Verschiedenheit in den Gegenständen der jeweiligen subjektiven Rechte. Danach gab es fünf Gegenstände, die dem rechtlichen Willen des Rechtsinhabers unterworfen sein können: Die eigene Person (Persönlichkeitsrecht, Recht des Besitzes); Sachen (Eigentum und Rechte an fremden Sachen)⁴; Handlungen (Forderungen); Personen außer dem Berechtigten (Eherecht, Elternrecht, Kindesrecht); Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind und von ihm repräsentiert werden (Erbrecht und andere Rechte an Gesamtvermögen, Erklärung für die Universalsukzession des Erben)⁵. Zentrales und einheitliches Differenzierungskriterium ist damit für Puchta der Gegenstand der jeweils betroffenen subjektiven Rechte.

⁴ Zahlreiche Pandektenlehrbücher des 19. Jhdts. handelten das Sachenrecht vor dem Schuldrecht ab.

⁵ *Puchta*, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 42; *ders.*, Cursus der Institutionen, 10. Aufl. 1893, I, S. 47f.; *ders.*, Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 3 (1829), S. 115 ff.

Heute lehnt man monistische Erklärungen des Systems meist ab und spricht im Anschluss an Zitelmann⁶ von der „**Kreuzenteilung**“ des BGB: Während die Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht auf dem Gegensatz zweier Typen von Rechtswirkungen beruht, gliedert sich das Familien- und Erbrecht nach Tatbeständen. Oder in der etwas modifizierenden Formulierung Boehmers⁷: Die Gruppenbildung Schuldrecht-Sachenrecht beruht nicht auf der Verschiedenheit der Funktionen, die diese Rechtsfiguren in der sozialen Wirklichkeit zu erfüllen haben, sondern in ihrer formalen juristischen Struktur, die sich in der verschiedenen Richtung und Intensität ihrer Rechtswirkungen äußert. Demgegenüber ist die Zusammenfassung der familienrechtlichen und der erbrechtlichen Normen von der „sozialen Zusammengehörigkeit der tatsächlichen Lebensausschnitte begleitet“, deren normativer Überbau die beiden Rechtsgebiete sind. Die Anlehnung an die soziale Realität geht im Familien- und Erbrecht sogar so weit, dass der zeitliche Ablauf des durchschnittlichen menschlichen Lebens normativ nachgezeichnet wird: Man verlobt sich (§§ 1297 ff.), heiratet (§§ 1303 ff.), bekommt, wenn man sich nicht gleich wieder scheiden lässt (§§ 1564 ff.), Kinder (§§ 1589 ff.), vielleicht auch Rechtskinder (§§ 1741 ff.), für die, wenn die Eltern während der Minderjährigkeit wegfallen, ein Vormund bestellt werden muss (§§ 1773 ff.), wird alt, gebrechlich und betreuungsbedürftig (§§ 1896 ff.), und schließlich stirbt man (§§ 1922 ff.).

Letztlich kann jedoch trotz der Kreuzenteilung des BGB und der durch sie bewirkten nahen Zusammenstellung von Familien- und Erbrecht nicht übersehen werden, dass das Erbrecht – wie übrigens auch Teile des Familienrechts (z. B. Ehegüterrecht, elterliche Vermögenssorge etc.)⁸ – der Sache nach Bestandteil des **Vermögensrechts** ist. Richtig erscheint nur soviel, dass das Erbrecht dem Vermögensrecht des zweiten und dritten Buches in der Sache nicht untergeordnet, sondern koordiniert ist. Das gesamte Vermögensrecht besteht aus zwei Hauptteilen: dem „gleichzeitigen“ und dem „sukzessiven“ (also dem erbrechtlichen) Vermögensrecht. „Das erste enthält die Bedingungen, unter welchen das Individuum für irgend einen gegebenen Zeitpunkt Vermögen für sich begründen kann (Sachenrecht und Obligationenrecht). Zwar kann auch hierin ein Wechsel durch Änderungen in der Zeit eintreten, aber er ist zufällig, und dem Wesen des Vermögens fremd. Bei dem Zweyten dagegen erscheint dieser Wechsel als notwendig herbeigeführt durch das jedem Individuum vorbestimmte Lebensziel, ja er selbst ist die Grundlage und der eigentliche Inhalt des ganzen Rechtsverhältnisses“⁹.

Innerhalb des fünften Buches ist der Normstoff nach einem System geordnet, das nicht einleuchtet. Weil man in der zweiten BGB-Kommission, anders als noch im Ersten Entwurf des BGB und um einigen Kritikern entgegenzukommen, die gesetzliche Erbfolge vor der gewillkürten Erbfolge regeln wollte, ging man dabei so weit, dass man unmittelbar nach der gesetzlichen Erbfolge auch noch die „Rechtliche Stellung des Erben“ (Abschnitt 2) behandelte, ob-

⁶ Zitelmann, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 33 (1906), 1 ff. (10f.).

⁷ Staudinger/Boehmer¹¹ Einl. Erbrecht § 1 Rn. 15.

⁸ Von Savigny, System I, S. 380, 388, „angewandtes Familienrecht“ genannt.

⁹ Ebd., S. 385f.

wohl diese auch für die gewillkürte Erbfolge Relevanz entfaltet und besser im Abschnitt 3 des fünften Buches stehen würde. Da man das Problem im Kern erkannte, klebte man an die gesetzliche Erbfolge fünf als grundlegend gemeinte, aber isoliert und fragmentarisch dastehende Normen über die gewillkürte Erbfolge an (§§ 1937–1941). In Abschnitt 3 (Testament) sind die Vorschriften über die Errichtung und Aufhebung eines Testamentes auseinandergerissen (Titel 1 einerseits und Titel 7 andererseits). Ferner wäre Abschnitt 7 (Erbverzicht) besser vor Abschnitt 6 (Erbunwürdigkeit) geregelt worden, da der Erbverzicht die Erlangung der Erbenstellung von vornherein und nicht erst nachträglich verhindert. Die Geltendmachung des Pflichtteils, der Vermächnisse usw. in der Erbauseinandersetzung (§§ 1967 ff., 1992) wird vor der Regelung der betreffenden Institute selbst (§§ 2087 ff., 2147 ff., 2303 ff.) behandelt; die Veräußerung eines Erbteils (§§ 2033 ff.) vor der Veräußerung der ganzen Erbschaft (§§ 2371 ff.). Auch Einzelnes misslingt: Unter der Abschnittsüberschrift „Erbfolge“ wird vom Vermächtnis (§ 1939) und von der Auflage (§ 1940) geredet. § 2040 handelt unter der Untertitelüberschrift „Rechtsverhältnis der Erben untereinander“ davon, dass die Erben über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich „verfügen können“. Das gemeinschaftliche Testament wird vor dem Erbvertrag behandelt (§§ 2265 ff.), obwohl einzelne Erbvertragsregelungen (z. B. §§ 2281 ff., 2287 f.) auf ein bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament entsprechend anzuwenden sind (was man übrigens eigens anzuordnen auch noch vergessen hat, heute aber einer ganz herrschenden Lehre entspricht).

§ 6 Erbrecht im subjektiven Sinn

Literatur

Amend, Anja: Auswirkungen des neuen Verjährungsrechts auf das Erbrecht, JuS 2002, 743–746; *Baldus, Christian*: Anmerkung zu BGH FamRZ 2003, 92 (IV ZR 287/01; IV. ZS, Urteil v. 18.9.2002), FamRZ 2003, 308–309; *Baldus, Christian/Roland, Andrea*: Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.10.2005, 8 U 155/05, ZEV 2006, 317–319; *Bambring, Günter*: Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Erbrecht, ZEV 2002, 137–140; *Beuthin, Volker*: Was ist vermögenswert, die Persönlichkeit oder ihr Image? – Begriffliche Unstimmigkeiten in den Marlene-Dietrich-Urteilen, NJW 2003, 1220–1222; *Bonefeld, Michael*: Die Verjährung der Testamentsvollstreckerhaftung, ZErB2003, 247–249; *Dörner, Heinrich*: Das Erbrecht als subjektives Recht, in: Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988, hrsg. v. Andreas Heldrich u. Hans Jürgen Sonnenberger, Frankfurt a.M. 1988, S. 57–78; *Franck, Sebastian*: Die Verjährung erbrechtlicher Ansprüche – Auslegung und Kritik des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB, ZEV 2007, 114–117; *Göller, Frank*: Anwartschaften im Erbrecht, Diss. iur. Tübingen 1964; *Krug, Walter*: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Erbrecht, Angelbachtal 2002; *Larenz, Karl*: Der Erbverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft, JherJb 81 (1931), 1–19; *Löhnig, Martin*: Die Verjährung der im fünften Buch des BGB geregelten Ansprüche, ZEV 2004, 267–273; *Muscheler, Karlheinz*: Die Entlassung des Testamentsvollstreckers, AcP 197 (1997), 226–304; *ders.*: Familienrecht, Neuwied 2006; *Oertmann, Paul*: Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123 (1925), 129–160; *Otte, Gerhard*: Anmerkung zu BGH ZEV 2002, 499 (IV ZR 287/01; Urteil v. 18.9.2002), ZEV 2002, 500–501; *Schlichting, Gerhard*: Schuldrechtsmodernisierung im Erbrecht, ZEV 2002, 478–481; *Sohm, Rudolph*: Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung, ArchBürgR 28, 173–206; *ders.*: Noch einmal der Gegenstand, JherJb 53 (1908), 373–394.

I. Einteilung der erbrechtlichen Rechte

1. Privatrecht allgemein

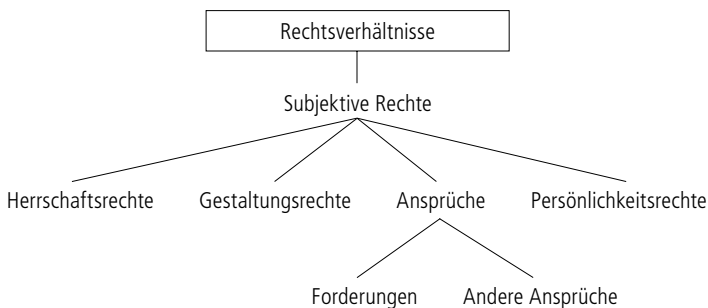
Im **Privatrecht** unterscheiden wir zwischen Rechtsverhältnis, subjektivem Recht, Anspruch und Forderung¹. *Rechtsverhältnis* nennen wir die jeweils einzelne rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Gegenstand, aus der sich mindestens ein subjektives Recht ergibt oder ergeben kann. Das *subjektive Recht* ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht²; dass die Rechtsordnung diese Willensmacht dem Einzelnen zur Befriedigung seiner Interessen verleiht, trifft zu, gehört aber entgegen der heute

¹ Vgl. zum Folgenden etwa *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil²⁸, Rn. 1 ff.; *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB²⁷, Rn. 608 ff.

² *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1⁹, § 37.

herrschenden Meinung nicht zur Definition des subjektiven Rechts. *Anspruch* ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1). Als *Forderungen* bezeichnet man die Ansprüche des Schuldrechts; das Gesetz nennt den Inhaber der Forderung Gläubiger und den Verpflichteten Schuldner (§ 241 Abs. 1). Ansprüche gibt es auch außerhalb des Schuldrechts; so kann der Eigentümer seine Sache vom Besitzer herausverlangen (§ 985). Zu den subjektiven Rechten gehören neben den Ansprüchen auch *Herrschaftsrechte* (Eigentum, Immaterialgüterrechte etc.), *Gestaltungsrechte* (Anfechtungsrechte, Widerrufsrechte etc.) und *Persönlichkeitsrechte* (Allgemeines Persönlichkeitsrecht, besondere Persönlichkeitsrechte).

67 *Schaubild 3:*



2. Erbrecht

- 68 Auch im Erbrecht gibt es Rechtsverhältnisse – vgl. mit freilich etwas allgemeinerem Zungenschlag Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB sowie sogar das „erbrechtliche Schuldverhältnis“ in § 19 Abs. 4 AGG –, auch in ihm spielen alle subjektiven Rechte eine Rolle. So ist etwa das Verhältnis zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten ein Rechtsverhältnis. Erbrechtlicher Natur sind alle Rechtsverhältnisse, die durch das objektive Erbrecht (o. § 4) geregelt werden. Aus dem erbrechtlichen Rechtsverhältnis fließen die verschiedensten subjektiven Rechte. Dabei muss unterschieden werden zwischen der Rechtsposition des Erben einerseits und derjenigen anderer Nachlassbeteiligten andererseits (Vermächtnisnehmer, Auflagenbegünstigter, Aufgabenvollzugsberechtigter, Testamentvollstrecker, Pflichtteilsberechtigter). Betrachten wir einmal nur die *Rechtsposition des Erben* und hier nicht die vom Erblasser ererbten Rechte (denn bei ihnen stellen sich keine erbrechtsspezifischen Fragen), sondern die genuin nur und erst dem Erben zustehenden Rechte: Ein eigentumsähnliches „*Herrschaftsrecht*“ besitzt der Miterbe in Form seines Miterbenanteils (§ 2303), der Nacherbe für die Zeit zwischen Vorerbfall und Nacherbfall in Form eines Anwartschaftsrechts, der bei Wegfall des Primärerben nach dem Tod des Erblassers und mit Rückwirkung auf diesen zum Zug kommende Ersatzerbe in Form eines

Anwartschaftsrechts, der Miterbe in Form eines dinglich wirkenden (§ 2035) Vorkaufsrechts nach §§ 2034 ff. Ein eigentumsähnliches Gesamtrecht des Alleinerben am Nachlass gibt es dagegen richtiger Ansicht nach nicht (s. u. III). Auch das „Pflichtteilsrecht“ (s. etwa §§ 2305–2309, 2313–2316, 2318–2322, 2325–2329, 2338, 2346 Abs. 2), das vom „Pflichtteilsanspruch“ (s. etwa §§ 2317, 2332) unterschieden werden muss, ist kein subjektives Recht, sondern nur ein Rechtsverhältnis zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem. Bei den „Gestaltungsrechten“ müssen wir unterscheiden zwischen rein privatautonomen Gestaltungsrechten und zweiaktigen Gestaltungsrechten. Rein *privatautonome Gestaltungsrechte* des Erben sind etwa das Recht zur Ausschlagung und Annahme der Erbschaft (§§ 1943 ff.), das Recht des Erben zur Fristsetzung nach § 2307 Abs. 2, die Einreden des Erben nach §§ 2318 Abs. 1, 2319, 2328³. *Zweiaktige Gestaltungsrechte* verlangen neben einem Handeln des Erben zusätzlich eine gerichtliche Entscheidung. Zu dieser Gruppe rechnen etwa das Recht des Erben, die Entlassung des Testamentvollstreckers zu verlangen (§ 2227), das Recht zur Beantragung von Nachlassverwaltung (§ 1981 Abs. 1), das Recht zur Beantragung eines Erbscheins (§ 2353), das Recht zur Beantragung von Stundung der Pflichtteilsschuld (§ 2331 a), das Recht zur Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (§ 2341). In all diesen Fällen darf die Handlung oder Erklärung des Erben nicht als bloße Verfahrenshandlung betrachtet werden; sie ist vielmehr auch Ausübung eines materiellrechtlichen Gestaltungsrechts. Bei § 2227 gibt es, entgegen der herrschenden Meinung, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Ermessen des Nachlassgerichts⁴; ein Ermessen würde dem Sinn der Norm und der Existenz eines Gestaltungsrechts der antragsberechtigten Nachlassbeteiligten nicht gerecht. Welche Rolle spielen *Persönlichkeitsrechte* im Hinblick auf den Erben? Die Rechtsposition des Erben als Erbe ist richtiger Ansicht nach kein (besonderes) Persönlichkeitsrecht (s. u. III). Wie steht es mit dem Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Erblassers? Nach der neuen Rechtsprechung des BGH⁵ dienen das durch § 823 Abs. 1 (sonstiges Recht) geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Erscheinungsformen, wie das Recht am eigenen Bild und das Namensrecht, dem Schutz nicht nur ideeller, sondern

³ Zur Einordnung der Einreden als subjektive Rechte und speziell als Gestaltungsrechte (mit der Besonderheit freilich, dass ihre Ausübung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern nur eine tatsächliche Willensäußerung darstellt, und der weiteren Besonderheit, dass ein Verzicht auf die Einrede auch noch nach einer vorausgegangenen Geltendmachung möglich bleibt, während sonstige Gestaltungsrechte nach ihrer Ausübung verbraucht sind) *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁹, § 15 Rn. 68, § 18 Rn. 46 u. 55.

⁴ *Muscheler* AcP 197 (1997), 226 m. w. N. Zum Zusammenhang zwischen fehlendem Ermessen (von Gericht oder Behörde) und Existenz eines subjektiven Rechts v. *Tubbr*, Allgemeiner Teil, I, § 7 III Fn. 7 c (S. 162).

⁵ *BGHZ* 143, 214 (220 ff.) = NJW 2000, 2195 („Marlene Dietrich I“); *BGH* NJW 2000, 2201 („Marlene Dietrich II“). Zu beiden etwa *Beuthien* NJW 2003, 1220; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, S. 8 f. Vgl. jetzt auch (den neuen Ansatz bestätigend) *BGH* NJW 2006, 605 = ZEV 2006, 270.

auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit. Auch beim Tod des Rechtsinhabers ist zwischen den ideellen und den vermögenswerten Bestandteilen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der besonderen Persönlichkeitsrechte zu unterscheiden: Für die ideellen Bestandteile bleibt es bei der früheren Rechtsprechung. Sie sind nicht vererblich, werden nicht vom Erben, sondern von den Angehörigen oder den vom Erblasser formlos bestimmten Personen treuhänderisch wahrgenommen, führen lediglich zu Ansprüchen auf Unterlassung und Widerruf, und dies auch nur bei „schwerwiegenden“ und „groben“ Entstellungen des fortwirkenden Lebensbildes der Persönlichkeit (Verletzungen ihres Achtungsanspruchs). Die vermögenswerten Bestandteile sind jedoch vererblich, sie gehen auf den oder die (gesetzlich oder vom Erblasser unter Wahrung erbrechtlicher Formen berufenen) Erben über, sie führen für den Erben als echten Rechtsinhaber zu Ansprüchen auf Unterlassung und Widerruf, aber auch auf Schadensersatz in Geld, und dies letztere nicht nur bei schwerwiegender Beeinträchtigung, sondern schon bei einfach schuldhafter Verletzung des Rechts, ganz genauso wie bei der Verletzung anderer vermögenswerter Ausschließlichkeitsrechte. Neben dieser „Teilvererbung“ des Erblasser-Persönlichkeitsrechts kann unter bestimmten erschwerten Voraussetzungen die Verletzung des Achtungsanspruchs eines Verstorbenen zugleich das eigene (allgemeine oder besondere) Persönlichkeitsrecht des Erben selbst beeinträchtigen, sodass der Erbe dann auch Verletzung der ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, und zwar seines eigenen Persönlichkeitsrechts, geltend machen kann. Es bleibt schließlich als letzte Kategorie dem Erben zustehender subjektiver Rechte die der *Ansprüche*. Ansprüche des Erben finden sich etwa in §§ 1932 (Voraus), 2018 (Erbchaftsanspruch), 2287, 2288 (Schenkungen zu Lasten des Vertragserven), 2329 Abs. 1 S. 2 (pflichtteilsberechtigter Erbe gegen beschenkten Dritten).

- 69 Bisher haben wir nur die subjektiven Rechte von Erben erwähnt. Aber auch **andere Nachlassbeteiligte** haben subjektive Rechte. Ansprüche haben etwa Vermächtnisnehmer (§ 2174), Pflichtteilsberechtigte (§§ 2303, 2314, 2325, 2329), Testamentsvollstrecker (§§ 2221; 2218 Abs. 1, 670; 2205 S. 2: Herausgabe des Besitzes), Auflagenvollzugsberechtigte (§ 2194). Rein privatautonome Gestaltungsrechte besitzen z. B. Vermächtnisnehmer, denen für ein Untervermächtnis die Bestimmungsrechte der §§ 2151 ff. zukommen, ferner allgemein in Form des Rechtes zu Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses (§ 2180); besitzt der Pflichtteilsberechtigte in Form einer Einrede nach § 2319; der Testamentsvollstrecker in Form seines Kündigungsrechts (§ 2226). Zweiaktige Gestaltungsrechte finden sich etwa in §§ 2224 Abs. 1 S. 1 HS. 2 (Recht zur Anrufung des Nachlassgerichts bei Meinungsverschiedenheiten von Testamentsvollstreckern)⁶, 2368 (Recht zur Beantragung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses). Persön-

⁶ Nach h. M. kann das Nachlassgericht hier nur auf Antrag (eines Mittestamentsvollstreckers oder eines sonstigen materiell Beteiligten) entscheiden; vgl. nur Staudinger/*Reimann*²⁰⁰³ § 2224 Rn. 25.

lichkeitsrechte anderer Nachlassbeteiligten in ihrer erbrechtlichen Rolle als solcher gibt es ebensowenig wie beim Erben. Doch kann hier wie dort die Verletzung des postmortalen Achtungsanspruchs eines Verstorbenen unter besonders erschwerenden Umständen zugleich das eigene Persönlichkeitsrecht von Nachlassbeteiligten beeinträchtigen. Subjektive Erbrechte sind, so können wir zum Schluss allgemein definieren, alle subjektiven Rechte, die aus einem erbrechtlichen Rechtsverhältnis herrühren.

3. Sonderproblem Testamentsvollstreckung

Eigentümliche Schwierigkeiten bereitet die Einordnung des Testamentsvollstreckers. Diese Schwierigkeiten stehen keineswegs in Abhängigkeit von der bekannten Streitfrage, ob der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter (sei es des Erblassers, des Erben oder „des Nachlasses“) oder Träger eines privaten Amtes ist. Sie stellen sich vielmehr sowohl bei der Einordnung in die Stellvertretung wie bei der in die private Amtswalterschaft. Verschiedene Ebenen müssen dabei auseinandergehalten werden⁷. Erste Ebene: Ergibt sich aus der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers insgesamt⁸ überhaupt ein subjektives Recht, oder darf Rechtsmacht (die er ja zweifellos hat) nicht mit Rechtsexistenz in eins gesetzt, aus Können nicht ein Haben gefolgert werden? Zweite Ebene: Wenn der Vollstrecker Inhaber eines subjektiven Rechts ist, handelt es sich dann um ein absolutes oder nur um ein relatives Recht? Genauer: Handelt es sich um ein Herrschaftsrecht oder ein Gestaltungsrecht oder um ein sonstiges Recht? Dritte Ebene: Liegt ein einheitliches Recht, bezogen auf den Nachlass als Ganzes (jedenfalls den vollstreckungsunterworfenen Teil davon), oder eine Vielheit von Rechten vor? Es gibt Stimmen, die dem Testamentsvollstrecker (bei normalem Wirkungskreis) ein dingliches Recht⁹ (Variante: ein fiduziarisches Recht¹⁰), sei es am Nachlass insgesamt, sei es an den einzelnen Nachlassgegenständen, zusprechen; andere, die in ihm den Inhaber absoluter, also gegenüber jedermann wirkender Herrschaftsrechte verwaltenden (und damit weder dinglichen noch fiduziarischen) Charakters sehen¹¹; andere, die von einem den Gestaltungsrechten ähnlichen und mit ihnen auf einer Stufe (sog. „sekundäre Rechte“) stehenden „Machtrecht“ sprechen (weitere Fälle: gewillkürte und gesetzliche Stell-

⁷ Planck/*Flad*⁴ Vor §§ 2197 ff. Anm. 2.

⁸ Dass er einzelne subjektive Rechte hat, ist so selbstverständlich wie unbestreitbar (z. B. §§ 2221; 2218, 670).

⁹ *Alfred Schultze*, Treuhänder, 1901, S. 73, 76; gegen ihn *Strohal*, Bd. 1³, § 40 b Anm. 8; für ihn *Gierke*, in: *Holtzendorf's Enzyklopädie* 1, S. 555.

¹⁰ *Endemann*, Erbrecht, 7. Aufl. 1900, § 52, 3 (S. 221).

¹¹ *Astrid Offergeld*, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, 1995, S. 67 f. (inkonsequent S. 57); ähnlich *Leonhard*² § 2197 Anm. II, nach dem das absolute Recht sich aber auf den Nachlass als Vermögen, nicht auf die einzelnen Sachen richtet.

vertretung und andere Inhaber privater Ämter)¹²; manche, die die Existenz eines subjektiven Rechts leugnen¹³.

- 71 Richtig ist zunächst einmal die Bejahung eines subjektiven Rechts. Dafür spricht schon der Wortlaut des Gesetzes (§§ 2206, 2207, 2208 Abs. 1 S. 1; statt „Rechte“ dann aber „Befugnisse“ in § 2208 Abs. 1 S. 2). Dafür spricht ferner der Charakter subjektiver Rechte als vom Gesetz verliehener Bereiche geschützter Willensmacht einer Person; denn der Testamentsvollstrecker besitzt solche ihm vom Gesetz verliehene Willensmacht in reichem Maße (§§ 2203 ff.). Um ein dingliches Recht am Gesamtnachlass kann es sich beim subjektiven Recht des Vollstreckers nicht handeln, da der Nachlass als solcher zumindest beim Alleinerben nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts zu sein vermag. Auch um ein dingliches Recht an den einzelnen Nachlassgegenständen geht es nicht¹⁴. Dingliche Rechte im technischen Sinne sind nur an Sachen möglich. Aber nicht alle Nachlassgegenstände sind Sachen, und manchmal gibt es Nachlässe ohne die Existenz irgendeiner Sache. Ein dingliches Recht könnte die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers nicht umfassend erklären, insbesondere nicht seine Macht zur Eingehung von Verbindlichkeiten (§ 2206). Dingliche Rechte an fremder Sache können fortbestehen, wenn an die Stelle des bisherigen Eigentümers ein neuer tritt. Endet dagegen die Zugehörigkeit einer Sache zum Nachlass, endet auch das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers. Abzulehnen ist auch die Annahme eines (oder vieler) „fiduziarischer“ Rechte. Ein fiduziarisches Recht im eigentlichen Sinne zeichnet sich dadurch aus, dass dem Berechtigten nach außen mehr Macht verliehen wird, als ihm im Innenverhältnis eigentlich zustehen soll. Doch wird auch bei noch so umfassender Testamentsvollstreckung der Erbe Inhaber des Vermögens und der Testamentsvollstrecker in seiner Machtbefugnis zumindest bei Eingehung der Verbindlichkeiten dinglich durch den ihm auferlegten Verwaltungszweck beschränkt (§ 2206). Ein fiduziarisches Recht würde vorliegen, wenn man den Verwalter zum Erben machen würde. Aber das geschieht ja gerade nicht, sondern der Vollstrecker wird genau mit den Befugnissen ausgestattet, die ihm zukommen sollen¹⁵. Von einem sonstigen absoluten Recht des Vollstreckers („sonstiges Recht“ im Sinne des § 823

¹² v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, I, § 7 IV (S. 164 ff.). Wegen der Unentziehbarkeit seiner Stellung näherte sich die Machtbefugnis des Testamentsvollstreckers dem Typus der Herrschaftsrechte, was sich schon im Sprachgebrauch bemerkbar machte; denn für die Rechtsstellung des Bevollmächtigten werde das Wort Recht meistens vermieden, während man kein Bedenken trage, von einem Recht des Testamentsvollstreckers zu sprechen (S. 168). Ein subjektives Recht der Verwalter fremden Vermögens bejahend, aber eine eigenständige Rechtskategorie leugnend *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil¹⁵, § 75 II Fn. 7 (sie treten nicht als vierte Gruppe zu den Herrschaftsrechten, Ansprüchen und Gestaltungsrechten hinzu, sondern „enthalten je nach dem Inhalt der Verwaltung und Vertretung und der Natur des zu verwaltenden Rechts Befugnisse, die unter alle drei Rechtskategorien fallen“).

¹³ *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III^{8/9}, § 71 III (S. 567); anders noch o. Fn. 10.

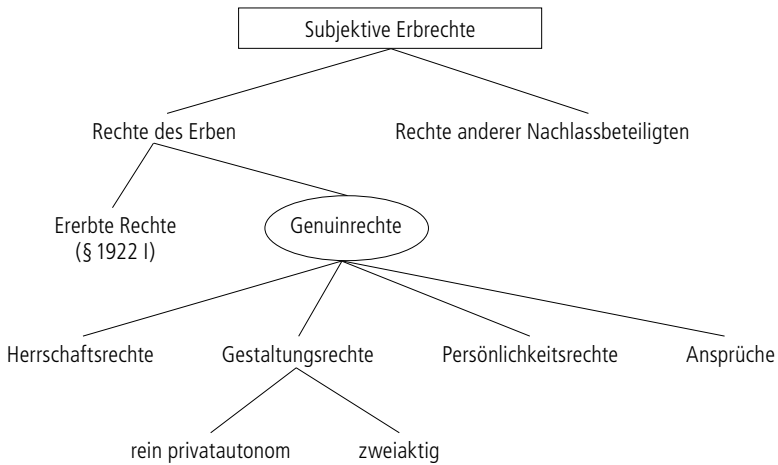
¹⁴ *Strohal*, Bd. 1³, § 40 b Anm. 8.

¹⁵ *Leonhard*² § 2197 Anm. B.

Abs. 1) wird man ebenfalls nicht sprechen dürfen. Denn wie sollte das Verwaltungsrecht des Vollstreckers verletzt werden können? Das zeichnet ja Gestaltungsrechte und Rechte der Verwalter fremden Vermögens gegenüber Herrschaftsrechten und Ansprüchen aus, dass sie im eigentlichen Sinne nicht verletzt werden können¹⁶, weil ihre Ausübung ganz unabhängig von dem Willen des Subjekts ist, welches von den Rechtswirkungen betroffen wird: Wenn T berechtigt ist, für E eine Verbindlichkeit zu begründen, so kann E dieses Begründungsrecht nicht verletzen, sondern nur und allenfalls die aus der Ausübung des Begründungsrechts entspringende Verbindlichkeit. Dem entspricht, dass Herrschaftsrechte und Ansprüche Verbindlichkeiten anderer Personen erzeugen, bei absoluten Rechten die allgemeine Verpflichtung zur Unterlassung von Störungen, bei relativen Rechten die Verpflichtung eines einzelnen Subjekts. Anders bei Gestaltungsrechten und Verwaltungsrechten: Hier hat der Berechtigte A die Möglichkeit, auf die Rechtsverhältnisse eines Anderen, B, einzuwirken, Rechte und Pflichten für ihn zu begründen, abzuändern, aufzuheben. Dieser Berechtigung des A entspricht aber keine Verpflichtung des B zu irgendeinem Tun oder Unterlassen. Eine solche Verpflichtung ist auch zum Funktionieren der Befugnisse des A nicht nötig; er macht von ihnen Gebrauch, bei Gestaltungsrechten durch einseitige Erklärung, bei Verwaltungsrechten durch Rechtsgeschäfte, die A mit Dritten abschließt. Die Wirkungen dieser Akte des A treffen B, ohne dass er mitzuwirken braucht und ohne dass er sie durch Widerspruch verhindern könnte. Man kann hier von „Bindung“ des B statt von „Verpflichtung“ reden.

Letztlich können wir also sagen, dass der Testamentsvollstrecker Inhaber eines mit den Gestaltungsrechten strukturell und funktional auf einer Stufe stehenden Verwaltungsrechts an allen seiner Verwaltung unterworfenen Nachlassgegenständen ist. Dieses Recht ist nicht absoluter, sondern relativer Natur; es „bindet“ den jeweils betroffenen Nachlassberechtigten. Es ist weder veräußerbar noch vererbbar noch pfändbar, wohl aber (§ 2226) kündbar. Ähnliche subjektive Rechte haben Nachlassverwalter (§§ 1975 ff.), Nachlassinsolvenzverwalter (§§ 315 ff. InsO) und Nachlasspfleger (§§ 1960 f.).

16 v. Tuhr, Allgemeiner Teil, I, § 7 V (S. 170f.).

73 *Schaubild 4:*

4. Einteilung nach Funktion

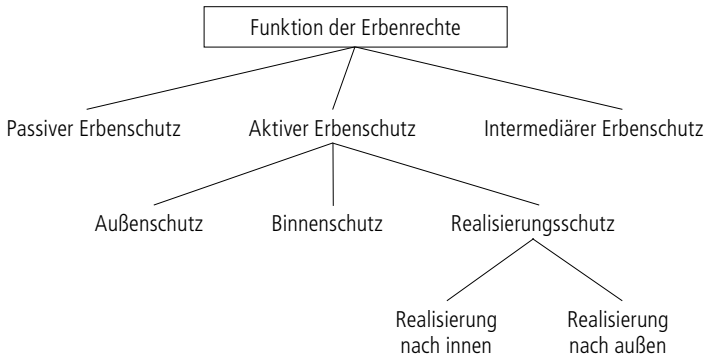
- 74 Man kann die subjektiven Rechte der Nachlassbeteiligten statt nach formalen Kriterien (Arten subjektiver Rechte) auch nach funktionalen Kriterien (Zweck des jeweiligen Rechts) unterteilen. Wir wollen das beispielhaft an den Rechten des Erben demonstrieren, und zwar nicht an den ererbten Rechten, sondern nur an den Genuinrechten. Dabei lässt sich grundsätzlich zwischen „passivem Erbenschutz“, „aktivem Erbenschutz“ und „intermediärem Erbenschutz“ differenzieren.
- 75 Durch Rechte des **passiven Erbenschutzes** hält der Erbe die Erbschaft insgesamt von sich fern oder rettet er zumindest sein Eigenvermögen. Dem einen Zweck dient das Recht, die Erbschaft auszuschlagen (§§ 1942 ff.). Dem anderen Zweck dienen die verschiedenen Möglichkeiten, die dem Erben zu Gebote stehen, um die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken. Dies geschieht durch die Ausübung von Antragsbefugnissen (Nachlassverwaltung: §§ 1981 Abs. 1, 1975, Nachlassinsolvenz: §§ 317 Abs. 1 InsO, 1975, Gläubigeraufgebot: §§ 454, 434 Abs. 1 FamFG, Inventarerrichtungsverfahren: §§ 2003 Abs. 1, 1995 Abs. 3, 1996 Abs. 1 S. 1, S. 2) und die Erhebung von Einreden (gegenüber durch Aufgebot ausgeschlossenen Gläubigern: §§ 1973 Abs. 1 S. 1, 1974 Abs. 1 S. 1, vgl. auch § 1989, vorläufig sich schützend: §§ 2014, 2015, zur Beschränkung der Haftung in Sonderfällen: §§ 1990, 1992, 2059 Abs. 1). Durch Rechte des **aktiven Erbenschutzes** sichert der Erbe den Nachlass vor nachlassfremden Dritten (Außenschutz), wahrt er seine Rechte gegenüber anderen Nachlassbeteiligten (Binnenschutz) und realisiert er sein Erbrecht (Realisierungsschutz). Zur ersten Untergruppe gehören die Herausgabeansprüche

aus §§ 2018–2020, die Auskunftsansprüche gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 2027 Abs. 1, Abs. 2), den Hausgenossen des Erblassers (§ 2028 Abs. 1), den Vertragspartner des Erbschaftsbesitzers (§ 2030) und den Besitzer eines unrichtigen Erbscheins (§ 2362 Abs. 2), von dem zugleich der falsche Erbschein herausverlangt werden kann (§ 2362 Abs. 1). Schon zum Realisierungsschutz gehört das Recht des Erben, einen sein Erbrecht bezeugenden Erbschein zu erlangen (§§ 2353 ff.), ein Recht, das seine Funktion zwar nicht nur, aber überwiegend im Außenverhältnis zu Nachlassfremden entfaltet. Ebenfalls hierher rechnet das Recht des Miterben, über seinen Erbteil zu disponieren (§ 2033 Abs. 1), das Recht des Nacherben zwischen Vor- und Nacherbfall, über sein Anwartschaftsrecht zu verfügen (herrschende Meinung), das Recht des Ersatzerben, über sein Anwartschaftsrecht zu verfügen (herrschende Meinung), das gegen die Miterben gerichtete Recht auf Teilung des Nachlasses (§ 2042) samt Früchten und Reinertrag (§§ 2038 Abs. 2 S. 1, 743 bzw. § 2038 Abs. 2 S. 3), das Recht des Nacherben, vom Vorerben Herausgabe der Erbschaft zu verlangen (§ 2130). Realisierungsrechte gibt es mithin teils nach innen (v. a. den Miterben gegenüber), teils nach außen (Veräußerung, Einziehung von Forderungen etc.). Zu den Rechten des Binnenschutzes gehören die Kontrollrechte des Erben gegen den Testamentvollstrecker (Recht auf ordnungsgemäße Pflichterfüllung – § 2216 –, auf Nachlassverzeichnis – § 2215 –, auf Auskunft und Rechnungslegung – §§ 2218 Abs. 1, 666; 2218 Abs. 2 –, auf Freigabe nicht benötigter Nachlassgegenstände – § 2217 –, auf Schadensersatz – § 2219 –, auf Entlassung des Vollstreckers durch das Nachlassgericht – § 2227 –), die Kontrollrechte des Nacherben gegen den Vorerben (Hinterlegung: § 2116, Sperrvermerk im Schuldbuch: § 2118, Vorlage eines Erbschaftsverzeichnisses: § 2112 Abs. 1, auf Auskunft: § 2127, auf Sicherheitsleistung: § 2128) und des Vorerben gegen den Nacherben (auf Zustimmung zu ordnungsgemäßen Verfügungen: § 2120, auf Aufwendungsersatz: § 2125 Abs. 1). Der Erbe kann ferner einem mit einem Vermächtnis bedachten Pflichtteilsberechtigten eine Annahmefrist setzen (§ 2307 Abs. 2), eine aufgrund der Pflichtteilslast eintretende unangemessene Schmälerung seines Erbes durch peremptorische Einreden gegenüber Vermächtnisnehmer (§ 2318 Abs. 1) und Pflichtteilsberechtigtem (§§ 2319, 2328) sowie eine Zerschlagung des Nachlasses durch rücksichtslose Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs mittels eines Antrags auf Stundung verhindern (§ 2331 a).

Es bleiben schließlich noch die Rechte des **intermediären Erbens** zu erwähnen. Hier schützt das Gesetz den Erben in seiner Rolle als intermediären „Willensvollstrecker“ des Erblassers: Der mit einem Vermächtnis beschwerte Erbe hat bei entsprechender Anordnung des Erblassers ein Recht zur Bestimmung von Vermächtnisnehmer (§§ 2151, 2152) und Vermächtnisgegenstand (§§ 2153 Abs. 1, 2154 Abs. 2 S. 1, 2156 S. 1). Auch dem mit einer Auflage beschwerten Erben steht nach § 2193 Abs. 1 ein Recht zur Bestimmung des Begünstigten zu. Der nicht oder nicht allein beschwerte Erbe hat einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage (§ 2194). Der Erbe kann von den Miterben Einhal-

tung eines vom Erblasser angeordneten Teilungsaufschubs (§ 2044 Abs. 1), Vollziehung einer letztwilligen Teilungsanordnung (§ 2048) und Berücksichtigung einer lebzeitigen Zuwendung bei der Teilung (§ 2050 Abs. 3) verlangen. Er hat die Möglichkeit, gegen einen mit einer Auflage belasteten Vermächtnisnehmer bei zu vertretender Unmöglichkeit der Aufлагenerfüllung mit dem Bereicherungsanspruch der §§ 2196, 818 vorzugehen.

77 *Schaubild 5:*



II. Erbrechtliche Ansprüche und ihre Verjährung

1. Rechtslage bis Ende 2009 und Reform

- 78 Bis Ende 2009 galt § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. Danach verjährten „erbrechtliche Ansprüche“, soweit nicht anderes bestimmt war (z. B. §§ 2287 Abs. 2, 2332 Abs. 1 a.F.: drei Jahre; §§ 2042 Abs. 2, 758: Unverjährbarkeit), nicht in der (im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung eingeführten) Regelverjährung von drei Jahren (§ 195), sondern erst in (der früheren, vor der Schuldrechtsmodernisierung geltenden Regelfrist von) 30 Jahren. Durch das am 1. 1. 2010 in Kraft getretene „Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts“ wurde § 197 Abs. 1 Nr. 2 aufgehoben; mittels Erweiterung des § 197 Abs. 1 Nr. 1 um die „Herausgabeansprüche aus ... den §§ 2018, 2130 und 2362 sowie die Ansprüche, die der Geltendmachung der Herausgabeansprüche dienen“ wurden lediglich einige wenige erbrechtliche Ansprüche auf dem Felde der alten Langverjährung belassen.

Trotz der zum 1. 1. 2010 eingeführten Änderung bleiben Rechtsprechung und Literatur zu dem zwischen dem 1. 1. 2002 (Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung) und dem 1. 1. 2010 (Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts) in Kraft befindlichen § 197 Abs. 1 Nr. 2 und dem in ihm enthaltenen Begriff der „erbrechtlichen Ansprüche“ wichtig. Das hat zum

einen mit dem Übergangsrecht zu tun, zum anderen mit der zum 1. 1. 2010 neu eingeführten Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 3 a. Nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB sind die Vorschriften des BGB über die Verjährung in der seit dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung auf die an diesem Tag bestehenden und nicht verjährten Ansprüche anzuwenden; der Beginn der Verjährung und die Verjährungsfrist bestimmen sich dagegen nach den Vorschriften des BGB in der vor dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung, wenn bei Anwendung dieser Vorschriften die Verjährung früher vollendet wird als bei Anwendung der neuen Verjährungsvorschriften. Bestimmen sich der Beginn und die Verjährungsfrist nach den Vorschriften des BGB in der seit dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung, beginnt die neue Regelfrist von drei Jahren nicht vor dem 1. 1. 2010 (Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 1 EGBGB); läuft die nach den Vorschriften des BGB in der vor dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung bestimmte Verjährungsfrist früher ab als die Verjährungsfrist nach dem BGB in der seit dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung, ist die Verjährung mit Ablauf der Frist nach den vor dem 1. 1. 2010 geltenden Vorschriften vollendet (Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB). Im Übrigen gelten für Erbfälle vor dem 1. 1. 2010 die Vorschriften des BGB in der vor dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung; für Erbfälle seit dem 1. 1. 2010 gelten die Vorschriften des BGB in der seit dem 1. 1. 2010 geltenden Fassung, unabhängig davon, ob an Ereignisse aus der Zeit vor Inkrafttreten dieser Vorschriften angeknüpft wird (Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB). Rechtsprechung und Literatur zu § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. sind somit weiterhin relevant für (1) alle erbrechtlichen Ansprüche aus Erbfällen vor dem 1. 1. 2010, wenn sie zum 1. 1. 2010 noch nicht bestanden¹⁷, (2) für alle erbrechtlichen Ansprüche, die am 1. 1. 2010 schon bestanden, zur Klärung der Frage, ob sie schon verjährt sind oder noch nicht (welch letzteres für die Anwendbarkeit von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB Bedeutung erlangt), (3) für alle erbrechtlichen Ansprüche, die am 1. 1. 2010 schon bestanden und noch nicht verjährt waren, zur Prüfung der Frage, ob die alte Verjährungsregelung selbst bei Anwendbarkeit neuen Rechts zu früherer Verjährung als das neue Recht führt.

Großzügigkeit gegenüber erbrechtlichen Ansprüchen findet sich im neuen Verjährungsrecht nur noch in § 199 Abs. 3 a. Danach verjähren „Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen oder deren Geltendmachung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzen“ ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (wichtig nach § 199 Abs. 1 für den Verjährungsbeginn der Regelverjährung) in 30 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an. Damit ist die „Verjährungshöchstfrist“ im Erbrecht nicht wie im Regelfall (§ 199 Abs. 2, Abs. 4) auf zehn, sondern auf 30 Jahre fixiert. Die Höchstfrist nach § 199 Abs. 3 a erfasst auch auf einem Erbfall beruhende Ansprüche, die regelmäßig wiederkehrende Leistungen – etwa auf Grund eines Vermächnisses – zum In-

¹⁷ Beispiel: Erbfall im Jahre 2001; der Erblasser hat Dauertestamentsvollstreckung angeordnet bis 2031; der Testamentsvollstrecker begeht im Jahre 2030 eine zu Schadensersatz verpflichtende Handlung; der Anspruch aus § 2219 unterliegt der alten Verjährungsregelung: Verjährung 30 Jahre nach Anspruchsentstehung (§ 201 S. 1), also im Jahre 2060.

halt haben¹⁸; diese Ansprüche waren unter Geltung der bis zum 1. 1. 2010 anzuwendenden Fassung nach § 197 Abs. 2 a.F. von der 30-Jahres-Frist des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. ausdrücklich ausgenommen gewesen. Die neue Rede von den „auf einem Erbfall beruhenden“ Ansprüchen will dagegen nach dem Willen der Gesetzesverfasser nicht erfassen „die zum Nachlass gehörenden Verbindlichkeiten und Forderungen des Erblassers“, da sie schon vor dem Erbfall existierten; für diese richtet sich die Verjährung nach dem ihnen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen Erblasser und Dritten¹⁹ (und hilft gegebenenfalls § 211 S. 1). Der Begriff „Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen“ dürfte mindestens alle „erbrechtlichen Ansprüche“ des alten § 197 Abs. 1 Nr. 2 umfassen²⁰. Auch aus diesem Grunde bedarf es der Kenntnis von Literatur und Rechtsprechung zu den „erbrechtlichen Ansprüchen“ des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F.

Rechtspolitisch ist die Streichung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 durch und durch verfehlt. Der Gesetzgeber hat einmal mehr seinem Hang zur Uniformierung aller Lebensverhältnisse nachgegeben. Erbrechtliche Besonderheiten, die die alte Regelung trugen, wurden nicht berücksichtigt. Um was es genau geht, werden die folgenden Ausführungen zeigen, in denen, wie geboten, die Einzelheiten zu § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. dargestellt werden.

2. Die „erbrechtlichen Ansprüche“ nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F.

a) Ratio legis von § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F.

- 79 Nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. verjährten „erbrechtliche Ansprüche“ nicht in drei Jahren (Regelverjährung nach § 195), sondern in 30 Jahren, soweit nicht in Sonderregelungen (§§ 2287 Abs. 2, 2332 Abs. 1 a.F.: drei Jahre; 2042 Abs. 2, 758: Unverjährbarkeit) eine andere Frist vorgesehen war. Als **Grund** für die Ausnahmenorm des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. führte der Gesetzgeber an, erbrechtliche Ansprüche ließen sich oft erst lange Zeit nach der Anspruchsentstehung (§ 200) klären, etwa weil das maßgebliche Testament erst sehr spät aufgefunden werde²¹.

Bisweilen wurde gegen § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. rechtspolitisch eingewandt, diese ratio legis hätte konsequenterweise bei allen erbrechtlichen Ansprüchen zu einer Anknüpfung der Verjährung etwa an den Zeitpunkt, in dem die Rechtsnachfolge von Todes wegen feststeht, kombiniert mit einer fest anknüpfenden Höchstfrist nach dem Vorbild des § 2332 Abs. 1 führen können²². Dieser Einwand überzeugte nicht. Situationen, in denen die Rechtsnachfolge von Todes wegen für alle Beteiligten erkennbar, sicher und definitiv feststeht, gibt es äü-

¹⁸ So Regierungsentwurf v. 24. 4. 2008, *BT-Drs.* 16/8954, S. 14.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Und selbst für diejenigen, die § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. auf systematisch im fünften Buch eigens geregelte Ansprüche begrenzen wollten, (ausdehnende) Klarheit schaffen.

²¹ *BT-Drs.* 14/6040, S. 106.

²² *Löhnig* ZEV 2004, 267 Fn. 2.

ßerst selten. Selbst wenn nach gründlicher, mit Rechtsmitteln erzwungener Prüfung ein Erbschein erteilt ist, kann ein neues Testament auftauchen, die Testierunfähigkeit des Erblassers nachträglich bewiesen, das Testament angefochten werden, sich ein bisher unbekanntes nichteheliches Kind melden, die Erbwürdigkeit des Erben festgestellt werden usw. Von anderer Seite wurde eingewandt, die ratio legis des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. passe nicht mehr unmittelbar auf jene Konstellationen, in denen die Erbfolge „nur langfristig abgewickelt“ werde, sei es, dass der Erblasser die Auseinandersetzung der Erben ausgeschlossen habe (§ 2044) oder die Miterben sie hinausschöben (§§ 2042 Abs. 2, 749 Abs. 2), sei es, dass Vor- und Nacherbschaft angeordnet (§§ 2100ff.) oder ein Testamentsvollstrecker langfristig eingesetzt werde (§§ 2209f.): In Fällen dieser Art vergehe zwar viel Zeit, aber die Ansprüche der Miterben untereinander aus Gesetz oder Teilungsplan, des Nacherben gegen den Vorerben auf Auskehrung der Erbschaft oder der entsprechende Anspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker seien schon durch entsprechend späte Entstehung gegen eine vorzeitige Verjährung abgesichert. Hier sei die Fristverlängerung durch § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. de lege ferenda eigentlich nicht erforderlich, wenn sie auch de lege lata leider anwendbar bleibe²³. Auch diese Bedenken musste man nicht teilen. Ist Testamentsvollstreckung auf zehn Jahre angesetzt und wird der Erbe erst 14 Jahre nach dem Erbfall festgestellt, stellt sich die vom Gesetzgeber beschworene Situation in ähnlicher Weise wie in den Fällen nicht hinausgeschobener Abwicklung. Dass die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten einer bei kurzer Regelverjährung gefährlichen Situation im Falle hinausgeschobener Abwicklung geringer sein mag, durfte nicht dazu führen, dass man die selteneren Fälle unangemessen kurzer Verjährung blindlings hinnimmt.

Eine zuletzt wohl schon herrschende Meinung plädierte de lege lata für eine **teleologische Reduktion** des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. am Maßstab der beschriebenen ratio legis²⁴. Diese Auffassung war abzulehnen. Erstens blieb festzuhalten, dass das Motiv für die Regelung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. – die späte Feststellung der Erbfolge – nicht in Form einer Tatbestandsvoraussetzung Gesetzesinhalt geworden war. Zweitens verwechselten die Befürworter einer teleologischen Reduktion die geringere Wahrscheinlichkeit für die Entstehung einer gefährlichen Verjährungssituation mit deren generellem Nichtvorhandensein. Und drittens sprach bei allen im fünften Buch des BGB geregelten Ansprüchen für die Beibehaltung der 30-jährigen Verjährungsfrist (was jetzt zugleich eine rechtspolitische Kritik an der seit dem 1. 1. 2010 geltenden Regelung darstellt),

²³ Staudinger/Peters²⁰⁰⁴ § 197 Rn. 20. Schon de lege lata restriktiv *OLG Karlsruhe* ZEV 2006, 317 m. Anm. *Baldus/Roland*; zustimmend *Franck* ZEV 2007, 114 (116).

²⁴ *Otte* ZEV 2002, 500f.; Staudinger/Peters²⁰⁰⁴ § 197 Rn. 20f.; Staudinger/Marotzke²⁰⁰² § 1978 Rn. 42, § 1980 Rn. 21; Staudinger/Gursky²⁰⁰² § 2025 Rn. 13; Staudinger/Otte²⁰⁰³ § 2174 Rn. 16a, 30a ff., § 2183 Rn. 4, § 2185 Rn. 9, § 2196 Rn. 5a; *Löhnig* ZEV 2004, 267; *Baldus FamRZ* 2003, 308; *Franck* ZEV 2007, 114 (116). Dagegen wie im Text *BGH FamRZ* 2007, 1097 u. beiläufig schon *BGH NJW* 2002, 3773.

dass bei Ansprüchen unter Verwandten oder mit Auswirkungen auf Verwandte persönliche Rücksichten darauf, ob und gegebenenfalls wann die gerichtliche Klärung eines Anspruchs sinnvoll und erfolgversprechend erscheint, eher Anerkennung verdienen als im Bereich geschäftlicher Beziehungen. Folglich musste der Wortlaut des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. ernst genommen werden, durfte § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. nicht schon und bloß deswegen ausgeschaltet werden, weil die ratio legis im Einzelfall nicht einschlägig erschien.

b) Begriff der erbrechtlichen Ansprüche

- 81 Erbrechtliche Ansprüche sind Ansprüche, die aus einem erbrechtlichen Rechtsverhältnis herrühren. Erbrechtlicher Natur sind alle Rechtsverhältnisse, die durch das objektive Erbrecht geregelt werden. Objektives Erbrecht ist der Inbegriff derjenigen Rechtsnormen, die die dem Privatrecht angehörenden und im weitesten Sinne vermögensrechtlichen und **nachlassbezogenen Folgen des Todes** eines Menschen regeln. Klar wird damit so viel, dass nicht alle im fünften Buch des BGB erwähnten Ansprüche „erbrechtliche Ansprüche“ im Sinne des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. sein können. *Vom Erblasser „herrührende“* Verbindlichkeiten, für die der Erbe nach § 1967 haftet, wechseln nicht allein wegen des Erbfalls ihr Gesicht, werden nicht allein wegen des im fünften Buch stehenden § 1967 und wegen des Umstands, dass nach dem Erbfall zur Anspruchsgrundlage jeweils § 1967 hinzutritt, zu erbrechtlichen Ansprüchen²⁵. Sie bleiben kaufrechtliche, darlehensrechtliche oder mietrechtliche Ansprüche. „Folge des Todes“ ist bei den ererbten Verbindlichkeiten nur der Schuldenübergang, aber nicht die Entstehung der Schuld selber.
- 82 Klar der Ausnahmeverjährung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. unterfallen dagegen der Anspruch des § 2018 und die Folgeansprüche aus §§ 2020 ff., unabhängig davon, ob diese Ansprüche schuldrechtlichen oder dinglichen Charakters sind. Gleiches gilt für die Auskunftsansprüche aus §§ 2027, 2028. Zu beachten bleibt nach allgemeiner Auffassung, dass § 2029, der die Haftung des Erbschaftsbesitzers aus den konkurrierenden Ansprüchen (etwa § 1007, § 985) der Haftung nach §§ 2018 ff. angleicht, *auch diese Ansprüche* der (alten) erbrechtlichen Verjährung unterstellt²⁶. Auch Ansprüche im Verhältnis der Erben untereinander sind unter § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. zu subsumieren (§§ 2032 ff., 2050 ff., 2057, 2057 a; unverjährbar dagegen der Anspruch auf Auseinandersetzung, §§ 2042 Abs. 2, 758). Das gilt selbst für Ansprüche aus einem vom Gesetz abweichenden **Aus-**

²⁵ Ganz h. M., Staudinger/*Marotzke*²⁰⁰² § 1967 Rn. 2; Palandt/*Heinrichs*⁶⁸ § 197 Rn. 8; MünchKomm/*Grothe*⁵ § 197 Rn. 11; *PWW/Kessler*³ § 197 Rn. 5; *Erman/Schmidt-Räntsch*¹² § 197 Rn. 7; *Schlichting* ZEV 2002, 478 (480); *Löhnig* ZEV 2004, 267 (268).

²⁶ Staudinger/*Gursky*²⁰⁰² § 2026 Rn. 2, § 2029 Rn. 6; MünchKomm/*Grothe*⁵ § 197 Rn. 11; *Bambring* ZEV 2002, 137; *Schlichting* ZEV 2002, 478 (480); *Amend* JuS 2002, 743 (744); *Löhnig* ZEV 2004, 267 (268).

einandersetzungsvertrag zwischen den Erben²⁷. Wenn hiergegen eingewandt wird, die Erbengemeinschaft könne erst dann auseinandergesetzt werden, wenn die Erbfolge feststehe, und daher bestehe die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Unsicherheit nicht, so vermag dies nicht zu überzeugen. Hier wird das subjektive Bewusstsein der Beteiligten, die Erbfolge stehe fest, mit der objektiven Sicherheit identifiziert; auch nach einem Auseinandersetzungsvertrag kann ein Testament aufgefunden werden. Dass bei der Auseinandersetzung anderer Gemeinschaften oder Gesellschaften entsprechende Ansprüche der kurzen Regelverjährung unterfallen und damit eine Privilegierung der Erbengemeinschaft entsteht, ist nun einmal Folge der gesetzgeberischen Entscheidung für § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. und auch in der Sache gerechtfertigt, da nur bei der Erbfolge die vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Unsicherheiten bestehen können.

Unstrittig erbrechtlich sind die Ansprüche zwischen Vor- und Nacherben (§§ 2124 ff., 2130 ff.); der Anspruch des Vermächtnisnehmers aus § 2174 (inklusive des § 2184), wobei hier vor allem die Sonderregelung des § 197 Abs. 2 a. F. für wiederkehrende Leistungen zu beachten bleibt; ferner der Anspruch auf Vollziehung einer Auflage nach § 2194. 83

Die hier abgelehnte Lehre von einer teleologischen Reduktion des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. hat Auswirkungen vor allem, wenn innerhalb erbrechtlicher Regelungszusammenhänge Anspruchsgrundlagen aus dem Schuldrecht angewendet werden müssen oder wenn das fünfte Buch ausdrücklich auf schuldrechtliche Normen verweist. Meist handelt es sich dabei der Sache nach um Ansprüche aus **Verwaltung oder Schädigung des Nachlasses**; hier wird teilweise sogar bei Nichtanwendbarkeit schuldrechtlicher Normen und genuin erbrechtlicher Regelung (z. B. §§ 2219, 2221) für die Regelverjährung nach §§ 195, 199 gestritten. Ein Beispiel für die *erste Gruppe* bildet die Haftung des Erben, der den vermachten Gegenstand nicht, nicht in ordnungsgemäßem Zustand oder zu spät leistet; die Haftung richtet sich hier originär nach §§ 280 ff., lediglich für Fälle anfänglicher Unmöglichkeit wird § 311 a Abs. 1 durch § 2171 Abs. 1 verdrängt und mangels anderer Anhaltspunkte greift die Zweifelsregelung des § 2171 Abs. 3. Entscheidend gegen eine (altrechtliche) kurze Verjährung des Vermächtnisnehmeranspruchs aus §§ 280 ff.²⁸ lässt sich einwenden, dass sämtliche Sekundäransprüche neben oder an die Stelle des nicht ordnungsgemäß erfüllten Primäranspruchs (§ 2174) treten und es mehr als merkwürdig wäre, wenn der Beschwerzte von einer durch ihn verschuldeten Leistungsstörung noch durch Verkürzung der Verjährungsfrist profitieren könnte. *Verweisungen* ins Schuldrecht finden sich etwa bei den Ansprüchen aus § 1959 Abs. 1 i. V. m. §§ 677, 280 oder § 678 oder §§ 681, 666–668; aus § 1978 Abs. 1 S. 2 i. V. m. §§ 677, 280 oder § 678 oder §§ 681, 666–668; aus § 1978 Abs. 1 S. 1 i. V. m. §§ 666–670, 673 S. 2, 84

²⁷ Palandt/Heinrichs⁶⁸ § 197 Rn. 8; PWW/Kessler³ § 197 Rn. 5; MünchKomm/Grothe⁵ § 197 Rn. 11; a. A. Löbnig ZEV 2004, 267 (269).

²⁸ Anders im Ergebnis Staudinger/Otte²⁰⁰³ § 2174 Rn. 16a; wie im Text (abgesehen von §§ 2183 S. 3, 438) Löbnig ZEV 2004, 267 (270).

674; aus § 2218 Abs. 1 i. V. m. §§ 666–668, 670, 673 S. 2, 674; aus § 2185 i. V. m. §§ 994 ff.; aus § 2196 Abs. 1 i. V. m. §§ 818 ff.²⁹. Die hier in Rede stehenden Ansprüche sind sämtlich dem § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. zuzuordnen. Es handelt sich um nachlassbezogene Folgen des Todes eines Menschen. Ohne den Erbfall gäbe es sie nicht. Oft hängen sie mit einem unzweifelhaft dem § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. unterfallenden Anspruch aufs Engste zusammen, sodass bei Regelverjährung Zusammengehörendes auseinander gerissen würde. So wäre es unsachgemäß, aus dem Umstand, dass § 2185 für Verwendungen des Vermächtnisbeschwerten auf die §§ 994 ff. verweist, die Annahme der im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geltenden Regelverjährung herzuleiten. Denn sonst könnte es geschehen, dass zwar der Vermächtnisnehmer nach langen Jahren noch Übereignung des Gegenstandes vom Beschwerten verlangen kann, dass aber umgekehrt der mit dem Vermächtnis Beschwerte, der sich lange um den Gegenstand gekümmert hat, seine Verwendungen selbst tragen muss. Würde man § 1978 der Regelverjährung unterstellen, könnte der Erbe bei schuldhaft schlechter Verwaltung vor Eröffnung einer Nachlassverwaltung schon nach drei Jahren sich auf Verjährung berufen, während umgekehrt der Nachlassverwalter für seine Verwaltung 30 Jahre zu haften hätte (§§ 1975, 1915, 1833, 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F.). Wenn zu § 1959 gesagt wird³⁰, die Geschäftsführerstellung, die die Norm dem ausschlagenden Erben zuweise, hätte dieser angesichts der Rückwirkung der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 1) ohnehin und die Verweisung helfe lediglich über den Mangel hinweg, dass der noch nicht zur Ausschlagung entschlossene Erbe in der Regel ohne Fremdgeschäftsführungswillen handle, daher handle es sich weder um eine spezifisch erbrechtliche Problemlage, noch seien spezifisch erbrechtliche Unsicherheitslagen erkennbar, so ist dies durch und durch verkehrt. Diese Argumentation widerlegt sich im Grunde selbst, denn gerade bei der Rückwirkung der Ausschlagung geht es um einen spezifisch erbrechtlichen Mechanismus, der eigentlich erst § 1959 ermöglicht und legitimiert, aber gleichzeitig auch das Problem des fehlenden Willens zur Fremdgeschäftsführung zeitigt. Nur wegen und infolge des § 1959 bleibt Auftragsrecht anwendbar. Die Ursache der Anwendung von Auftragsrecht ist mithin eine genuin erbrechtliche Wertung, die Wertung nämlich, dass es auf das Fehlen von Fremdgeschäftsführungswillen (und bei § 1978 Abs. 1 S. 1 auf das Fehlen eines Auftrags) nicht ankommen soll.

85 *Schadensersatz- und Verwaltervergütungsansprüche* ohne Verweisung ins Schuldrecht und mit ausdrücklich erbrechtlicher (oder familienrechtlicher) Re-

²⁹ Mit Ausnahme der §§ 2196 Abs. 1, 818 ff. und der §§ 2185, 994 ff. für die Regelverjährung *Löhnig* ZEV 2004, 267 (271 f.) m. w. N.; ebenso für §§ 2218, 670 *Staudinger/Reimann*²⁰⁰³ § 2221 Rn. 14; für § 1978 *Staudinger/Marotzke*²⁰⁰² § 1978 Rn. 42 u. *AnwKomm/Krug*² § 1978 Rn. 47. Wie im Text aber *BGH* NJW 2007, 2174 „für alle Ansprüche aus dem Buch 5 ‚Erbrecht‘ des Bürgerlichen Gesetzbuchs (hier: § 2218 I i. V. mit § 666 BGB), soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.“ m. Anm. *Zimmer* = ZEV 2007, 322. Ebenso wie der BGH für den Erbeninnenregress aus §§ 2058, 426 *OLG Oldenburg* ZEV 2009, 563 mit insoweit zust. Anm. *Schindler*.

³⁰ *Löhnig* ZEV 2004, 267 (271).

gelung (§§ 2219, 2221; §§ 1975, 1915, 1833, 1835 ff.; §§ 1960, 1915, 1833, 1835 ff.; 1980 Abs. 1 S. 2) sind, entgegen der Lehre von der teleologischen Reduktion des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F., erbrechtliche Ansprüche³¹. Gewiss: Gäbe es etwa § 2219 nicht, so würden wir ohne weiteres § 280 anwenden. Und umgekehrt: Hätte der Gesetzgeber schon 1900 einen einheitlichen Pflichtverletzungstatbestand geschaffen, so hätte er vermutlich auf Spezialvorschriften wie §§ 2219, 1833 verzichtet³². Letzteres verliert schon rein formal dadurch an Gewicht, dass der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes trotz der Aufnahme des § 280 ins Gesetz die Spezialregelungen der §§ 2219, 1833 stehen ließ. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch der Zusammenhang der Schadensersatz- und Verwaltervergütungsansprüche mit den sonstigen (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F. unterfallenden) Ansprüchen, die sich aus Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung und Nachlasspflegschaft ergeben. Wenn gesagt wird, eine spezifisch erbrechtliche Unsicherheit bestehe etwa bei der Testamentsvollstreckung nicht, da diese doch erst nach Auffinden der maßgeblichen letztwilligen Verfügung, in der sie angeordnet wird, beginnen könne³³, so geht dies an der Wirklichkeit vorbei: Wie verhält es sich, wenn der wirkliche Erbe erst nach Jahren oder Jahrzehnten festgestellt wird und er, anders als der bisherige Erbprätendent, den schon Jahre lang amtierenden Vollstrecker haftbar machen will?

Beim **Erbschafts Kauf** wird zum Teil gesagt, die ihn regelnden Normen sollten schon wegen ihrer Stellung im Erbrecht als erbrechtliche Ansprüche angesehen werden, zumal es auch hier zu den vom Gesetzgeber angesprochenen Ungewissheitslagen kommen könne³⁴. Die Gegenauffassung trägt vor, es handle sich um einen Rechtskauf, auf den die Vorschriften über den Sachkauf Anwendung fänden (§ 453)³⁵. In Wahrheit ist zu differenzieren³⁶: *Erfüllungsansprüche* aus Erbschafts Kauf unterstehen wie bei jedem anderen Kaufvertrag der Regelverjährung der §§ 195, 199. *Gewährleistungsansprüche des Käufers*, die vor allem durch das späte Auffinden der maßgeblichen letztwilligen Verfügung ausgelöst werden

86

31 Für § 2219 wie im Text *BGH NJW* 2002, 3773 (obiter) = *ZEV* 2002, 499 m. abl. Anm. *Otte*; *Bonefeld ZERB* 2003, 247; *Schlichting ZEV* 2002, 478 (480); *PWW/Kessler*³ § 197 Rn. 5; *Staudinger/Reimann*²⁰⁰³ § 2219 Rn. 22; *AnwKomm/Weidlich*² § 2219 Rn. 21; *Bambring ZEV* 2002, 127; *MünchKomm/Grothe*⁵ § 197 Rn. 11; a. A. (neben *Otte*) *Baldus FamRZ* 2003, 308; *Löhnig ZEV* 2004, 267 (272); *Soergel/Damrau*¹³ § 2219 Rn. 10; *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, Handbuch der Testamentsvollstreckung³, Rn. XII 80a. Für § 2221 wie im Text *Palandt/Heinrichs*⁶⁸ § 197 Rn. 8; *MünchKomm/Grothe*⁵ § 197 Rn. 11; *PWW/Kessler*³ § 197 Rn. 5; *Schlichting ZEV* 2002, 478 (480); *Staudinger/Reimann*²⁰⁰³ § 2221 Rn. 14; *AnwKomm/Weidlich*² § 2221 Rn. 27; *Palandt/Edenhofer*⁶⁸ § 2221 Rn. 13; *Bamberger/Roth/J. Mayer*³ § 2221 Rn. 23; *Bambring ZEV* 2002, 137; a. A. *Löhnig ZEV* 2004, 267 (272).

32 So die Argumentation von *Löhnig ZEV* 2004, 267 (273).

33 Ebd.

34 *Schlichting ZEV* 2002, 478 (480).

35 *Bambring ZEV* 2002, 137; *Krug*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Erbrecht, Rn. 122; *Staudinger/Peters*²⁰⁰⁴ § 197 Rn. 21.

36 *Löhnig ZEV* 2002, 267 (271).

können (§ 2376: Haftung für das verkaufte „Erbrecht“), verjähren nach §§ 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F., 200.

III. Das subjektive Erbrecht als Gesamtrecht

1. Ausgangspunkt

- 87 Vielfach wird behauptet, neben den einzelnen subjektiven Rechten besitze der Erbe auch und zusätzlich ein sie alle umschließendes „subjektives Erbrecht“ als Gesamtrecht, als einheitliches *subjektives Recht*³⁷. Das Gesetz selbst spricht an mehreren Stellen vom „Erbrecht“ des Erben (§§ 1371 Abs. 3, 1374 Abs. 2, 1477 Abs. 2, 1478 Abs. 2 Nr. 2, 1483 Abs. 2, 1511 Abs. 2 S. 1, 1933, 1965, 2018, 2108 Abs. 2, 2346 Abs. 1, 2349, 2350, 2353, 2354 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5, 2355, 2356 Abs. 1, 2358 Abs. 2, 2360, 2365, 2376 Abs. 1 BGB, 27 Abs. 1 ZPO), ohne freilich zu sagen, was es genau damit meint. Prüfen wir, ob die Rede vom subjektiven Erbrecht als einheitlichem subjektivem Recht zutrifft. Mit dem subjektiven Erbrecht können theoretisch vier verschiedene Rechte gemeint sein: das Recht, Erbe zu **werden** (*heredem fieri*); das Recht, Erbe zu **sein** (*heredem esse*); das Recht, Erbe zu **bleiben** (*heredem manere*); und schließlich das Recht, die mannigfaltigen Rechte eines Erben in ihrer Zusammenfassung als einheitliches Recht am Nachlass zu **haben** (*iura heredis et ius hereditatis habere*).

2. Recht, Erbe zu werden, und Recht, Erbe zu bleiben

- 88 Ein subjektives **Recht, Erbe zu werden** (*heredem fieri*), kann keinesfalls vor dem Erbfall entstehen. In diesem Zeitraum darf allenfalls von einer Erbaussicht, einer Erbhoffnung (*nuda spes*) gesprochen werden, nicht aber von einem (Anwartschafts-)Recht. Denn noch ist ungewiss, ob der prospektive „Erbe“ den Erbfall überlebt oder der Erblasser ein Testament errichtet oder die Zusammensetzung des Erblasservermögens sich bis zum Tod ändert. Die vom Gesetz in §§ 311 b Abs. 5, 2346, 2349, 2350 verwendete Terminologie entspricht mithin

³⁷ MünchKomm/*Leipold*⁴ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 3; Staudinger/*Boehmer*¹¹ § 1922 Rn. 37; *Lange/Kuchinke*³ § 1 VI (S. 10); *Dörner*, Festschrift Ferid, S. 57 ff.; *Göller*, Anwartschaften im Erbrecht, S. 16–25; *Strohhal*, Bd. 1³, § 5 (S. 34 f.); *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, I, § 79 D (S. 466 f.); *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III/1^{8/9}, § 9 (S. 61 ff.); vgl. auch *v. Lübtow*, Bd. II, S. 765 ff. (stellt den Status des „Erbeseins“ in den Vordergrund und empfiehlt, den Begriff des subjektiven Erbrechts zu vermeiden). A. A. (Erbrecht im subjektiven Sinne ist bloß eine *Sammelbezeichnung* für die einzelnen subjektiven Rechte, Pflichten, Rechts-, Pflicht- und Bindungslagen) etwa Erman/*Schlüter*¹² Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 10; *Harder/Kroppenberg*⁵ Rn. 5; *Binder*, Erbrecht, 2. Aufl. 1930, § 3 I (S. 5 f.); *Oertmann* AcP 123 (1925), 129 (156 f.); *Larenz* JherJb 81 (1931), 1 (4) und (das subjektive Erbrecht ist lediglich ein „Rechtsverhältnis“, also eine rechtliche Beziehung zum Vermögen des Erblassers, aus dem für den Erben einzelne Rechte und Pflichten erwachsen) *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, I, S. 128, 317, 328.

nicht der wahren Rechtslage. Beim Erbverzicht wird nicht auf ein aktuelles subjektives Erbrecht verzichtet, ja noch nicht einmal auf ein künftiges subjektives Recht; denn der Erbverzicht verhindert von vornherein, dass der Verzichtende überhaupt Erbe wird. Der Verzichtsvertrag gestaltet damit das objektive Recht der gesetzlichen Erbfolge in einem bestimmten Punkt um, oder, noch einmal anders gewendet: Der Erbverzicht beseitigt die Entstehungsvoraussetzungen einer Erbenstellung, indem er einem diese Rechtsfolge grundsätzlich auslösenden Tatbestand im vorhinein seine Wirkungen nimmt. Erbschaftsverträge nach § 311 b Abs. 5 haben nur schuldrechtliche Wirkung³⁸. Das Vollzugsgeschäft, etwa die Übertragung des Erbanteils (§ 2033), muss nach dem Erbfall durchgeführt werden. Auch der Erbvertragserbe und der im bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament als (Schluss-)Erbe Eingesetzte haben vor dem Erbfall kein Anwartschaftsrecht.

Wie aber steht es mit einem Recht, Erbe zu werden, nach dem Erbfall? Nach 89
gemeinem Recht entstand mit dem Erbfall durch die Berufung zur Erbfolge für den Berufenen ein Recht auf Erwerb der Erbschaft, d. h. das Recht, durch Antretung (Annahme) Erbe zu werden, mithin eine Erbberechtigung, ein *ius successionis*. Ein subjektives Erbrecht in diesem Sinne kennt das BGB nicht mehr. Denn nach dem BGB fallen Berufung zur Erbfolge und Erwerb der Erbenstellung und Erwerb der Erbschaft zusammen (§ 1922 Abs. 1). Zwar kann auch im heutigen Recht der Erbe die Erbschaft annehmen (§§ 1943, 1946 ff.) oder die Ausschlagungsfrist verstreichen lassen, was ebenfalls Annahmewirkung hat (§ 1943 HS. 2). Kann man deshalb von einem subjektiven **Recht, Erbe zu bleiben** (*heredem manere*), sprechen³⁹? Wohl kaum. Denn die Annahme der Erbschaft bedeutet nicht dinglichen Erwerb der Erbschaft, ist kein Tatbestandsmoment des Erbschaftserwerbs, sondern der Sache nach Verzicht auf das Recht zur Ausschlagung. Nicht die Annahme, sondern die Ausschlagung ist im System des BGB das Primäre. Es handelt sich also beim Recht, die Annahme zu erklären, gewiss um ein subjektives Recht (Gestaltungsrecht), aber weniger um ein Recht, Erbe zu bleiben, als um ein Recht zur Vernichtung eines Rechts, die Erbenstellung aufzugeben. Selbst wenn man davon ausgeht, dass es Rechte auf den Erwerb eines (anderen) Rechts gibt, ohne dass nach der Entstehung des Erwerbsrechts noch eine auf den Erwerb des Zielrechts gerichtete Handlung notwendig wäre, kann man in unserer Frage nicht zu einem anderen Ergebnis kommen. Denn zum einen ist die Geltung des fraglichen Ausgangssatzes in den Fällen problematisch, in denen das Erwerbsrecht im selben Augenblick wie das Zielrecht entsteht (hier: §§ 1922, 1942 Abs. 1). Zur Behebung dieser Bedenken müsste man seine Zuflucht bei der gekünsteltesten Konstruktion einer logischen Sekunde zwischen Entstehung des „Erbrechts“ (Recht, Erbe zu werden) und Erlangung der Erbenstellung nehmen. Zum zweiten spricht gegen ein Recht,

38 *BGHZ* 104, 280.

39 Bejahend *Strobal*, Bd. 1³, § 5 (S. 34).

Erbe zu werden, dass das Erbrecht nach dem Anfall der Erbschaft und nach Entstehung der Erbenstellung vom Gesetz als bestehend vorausgesetzt wird (z.B. §§ 2353, 2376), während unser Recht ja auf der Grundlage der §§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1 mit dem Erbfall oder eine Sekunde danach wegen „Erfüllung“ unterginge. Man darf sich nach alledem nicht durch den Wortlaut des § 2018 in die Irre führen lassen. Dieser könnte nämlich zum Umkehrschluss verleiten, der wahre Erbe „erlange“ die Erbschaft „auf Grund des ihm zustehenden Erbrechts“.

90 In zwei Ausnahmefällen kann freilich auch auf dem Boden des BGB von einem echten Recht, Erbe zu werden, gesprochen werden. Der primär zur Erbfolge Berufene kann nach dem Erbfall mit Rückwirkung auf den Erbfall wegfallen, sei es durch Ausschlagung (§ 1953 Abs. 1), sei es durch Erbunwürdigkeit (§ 2344 Abs. 1), sei es durch Anfechtung der Verfügung von Todes wegen (§§ 2078 ff., 2281 ff., 142). Dann tritt der gesetzliche oder gewillkürte (§ 2096) Ersatzerbe an seine Stelle (§§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2). Die mit dem Erbfall eintretende Berechtigung eines Nachberufenen, für den Fall, dass der Erstberufene wegfällt, Erbe zu werden, ist ein echtes Anwartschaftsrecht. Stirbt der Nachberufene nach dem Erbfall, aber vor dem Wegfall des Erstberufenen, so geht das (eventuelle) Recht des Nachberufenen auf seine Erben über⁴⁰. Hat sich das Recht des Nachberufenen tatsächlich realisiert, ist er also Erbe geworden, dann kommt freilich wegen der Rückwirkung der Nachberufung (§§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2) das Recht, Erbe zu werden, nicht mehr im strengen Sinne als solches in Betracht.

91 Anders verhält sich dies bei dem zweiten Ausnahmefall. Der Nacherbe (§ 2100) hat in der Regel schon in der Zeit zwischen (Vor-)Erbfall und Nacherbfall ein subjektives (Anwartschafts-)Recht⁴¹. Über dieses Recht kann der Nacherbe verfügen, es kann gepfändet werden und ist (in der Regel: § 2108 Abs. 2) vererblich. Wird der als Nacherbe Eingesetzte dann tatsächlich Nacherbe, erlischt das Anwartschaftsrecht, das ja jetzt seinen Zweck erfüllt hat. Anders als beim nachberufenen Erben (dem gesetzlichen oder gewillkürten Ersatzerben) wird das Anwartschaftsrecht aber nicht rückwirkend beseitigt.

3. Recht am Nachlass

92 Wie steht es mit einem subjektiven Recht, die mannigfachen Rechte eines Erben in ihrer Zusammenfassung als einheitliches **Recht am Nachlass zu haben** (iura heredis et ius hereditatis habere)⁴²? Nach der ein solches Recht behandelnden Ansicht stehen dem Erben nicht nur die einzelnen früher an die Person des Erblas-

40 Vgl. nur MünchKomm/Leipold⁴ § 1953 Rn. 7; Staudinger/Olshausen²⁰⁰⁴ § 2344 Rn. 17.

41 Ganz h. M., Palandt/Edenhofer⁶⁸ § 2100 Rn. 10 m. w. N.

42 Bejahend etwa *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil¹⁵, § 79 D II (S. 467); *Strohal*, Bd. 1³, § 5 (S. 34); *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III^{8/9}, § 9 IV (S. 66 f.); *Brox/Walker*²³ Rn. 3.

sers geknüpften Rechte und Verpflichtungen zu; er ist auch „Herr über die Erbschaft als Ganzes“, und damit, nach der Definition des § 1922 Abs. 1, über das Vermögen des Erblassers im Ganzen. Inhalt des Erbrechts sei die Rechtsstellung des Erben zum ererbten Vermögen. Das BGB denke „die Erbschaft“ als Einheit und unterstelle diese gedachte Einheit dem Willen des Erben. Das Erbrecht in diesem Sinne werde verletzt, wenn ein anderer aus der Erbschaft „auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts“ etwas erlangt habe (§ 2018), während ein Besitz des anderen aus anderem Grunde nur als Verletzung des Einzelrechts, nicht des Erbrechts erscheine und deshalb keinen Erbschaftsanspruch erzeuge.

Diese Theorie ist abzulehnen, die Existenz eines subjektiven Gesamtrechts am Objekt Erbschaft zu verneinen. Einheitliche Verfügungen über die Erbschaft in der Hand des Alleinerben sind nach allgemeiner Meinung nicht möglich (für den Miterben bleibt § 2033 zu beachten), was ja auch schon praktisch zwingende Gründe hat, weil die Erbschaft sich nach dem Erbfall ohne weiteres mit dem Eigenvermögen des Alleinerben vermischt (*confusio bonorum*) und im Regelfall kein Sondervermögen bildet. Die Erbschaft kann zwar zum Gegenstand eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäfts gemacht werden (Erbschafts Kauf, §§ 2371 ff.); die Erfüllung dieses Geschäfts muss dinglich aber durch Übertragung der einzelnen zur Erbschaft gehörenden Gegenstände erfolgen – so wie das BGB generell kein dingliches Recht am „Vermögen“ kennt. Dass der Erbe die Erbschaft „als Ganzes“, d. h. im Wege der Universalsukzession, erwirbt (§ 1922 Abs. 1), heißt nicht, dass das Erworbenene nach dem Erwerbsvorgang Objekt eines subjektiven Gesamtrechts ist. Die entgegengesetzte Ansicht identifiziert zu Unrecht das Erwerbsobjekt mit dem Erwerbsmodus. In Wahrheit sind Erbrecht und Erbschaft (als das vererbliche Vermögen des Erblassers) streng zu unterscheiden. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 2018, wenn es dort heißt, Erbschaftsbesitzer sei derjenige, der „auf Grund“ eines ihm nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der „Erbschaft erlangt“ hat. Dann müsste umgekehrt der wirkliche Erbe die Erbschaft „auf Grund“ seines Erbrechts erlangen. Das Erbrecht wäre nicht etwas, was sich an die Erbschaft als an sein Objekt anknüpft, sondern etwas, was den Erwerb der Erbschaft „begründet“; es wäre nicht ein Sekundäres, sondern das Primäre⁴³. Die Rechtslage beim Erbschein bestätigt diese Überlegung. Der Erbschein wird nach ziemlich allgemeiner Meinung nicht unrichtig, wenn der Erbe die Erbschaft verkauft und (im Wege der Singularsukzession) dinglich auf den Käufer überträgt. Wäre das subjektive Erbrecht (vgl. § 2353) in eins zu setzen mit einem Recht an der Erbschaft, dann müsste es mit der Veräußerung der Erbschaft aufhören zu existieren; denn das Erbrecht geht ohne Zweifel nicht auf den Erbschaftserwerber über. Hörte es auf zu existieren, würde ein entsprechender Erbschein unrichtig und Gegenstand der Einziehung. Unrichtig

⁴³ Vgl. zum Folgenden auch *Göller*, Anwartschaften im Erbrecht, S. 20f.; *Binder*, Erbrecht, 2. Aufl. 1930, S. 85, 93, 98.

wird ein Erbschein jedoch nur, wenn er falsche Angaben über Person und Quote des Erben und über Verfügungsbeschränkungen macht. Schließlich kann auch derjenige einen Erbschein verlangen, der mit „der Erbschaft“ lediglich Schulden oder nicht einmal das erworben hat. Auch eine solche „Erbschaft“ hat einen Erben, und auch ein solcher Erbe hat ein „Erbrecht“⁴⁴.

- 94 Damit hat sich gezeigt, dass das subjektive Erbrecht jedenfalls nichts mit der Rechtsstellung zu tun hat, die dem Erben in Bezug auf die Erbschaft zugefallen ist. Um noch einmal auf den von der Gegenseite angeführten § 2018 zurückzukommen, so scheint ja die heute herrschende Meinung, die im Erbschaftsanspruch einen „Gesamtanspruch“ sieht und nicht eine Zusammenfassung oder Modifikation der Einzelansprüche (aus §§ 861, 985, 1007 etc.), für die Annahme zu sprechen, es sei die Erbschaftsklage eine der *rei vindicatio* nachgebildete Klage und damit das spezifische Instrument zum Schutz eines subjektiven Erbrechts an „der Erbschaft“. Doch wäre ein solcher Schluss alles andere als zwingend. Nach herrschender Meinung versagt die Erbschaftsklage (bezüglich eines konkreten Gegenstands), wenn sich der Beklagte berechtigterweise auf einen Einzeltitel beruft. Das wäre nicht verständlich, wenn man das Erbrecht als Gesamtrecht an der gesamten Erbschaft zu verstehen hätte. Denn in diesem Falle müsste der Erbschaftskläger ja schon dann obsiegen, wenn er nur Erlangung mindestens eines Erbschaftsgegenstands und Erbrechtsberühmung nachwiese.
- 95 Gegen die Theorie vom Gesamtrecht an der Erbschaft lässt sich Weiteres vorbringen⁴⁵: Wäre sie zutreffend, müsste dieses Gesamtrecht als eigentumsähnliches Herrschaftsrecht ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 sein und die Verletzung einer Nachlassforderung im Bewusstsein ihrer Nachlasszugehörigkeit, sei es durch physische oder psychische Einwirkung auf den Schuldner, sei es durch Zerstörung des geschuldeten Leistungsgegenstandes, folgerichtig zu einem Ersatzanspruch wegen Verletzung des subjektiven Erbrechts führen und damit systemwidrigen Forderungsschutz dort bewirken, wo ihn der Gesetzgeber fraglos nicht wollte. Auch wären die zeitlichen Grenzen eines entsprechend verstandenen subjektiven Erbrechts nicht genau bestimmbar: Soll es so lange existieren, so lange der Erbe noch einen Erbschaftsgegenstand in der Hand hat (das kann lange dauern), oder zumindest so lange, als noch theoretisch ein Erbschaftsanspruch nach § 2018 möglich wäre?
- 96 Nicht zu überzeugen vermag auch folgende Modifikation der Gesamtrechts-theorie⁴⁶: Die einzelnen subjektiven Rechte des Erben seien zwei Gruppen zuzuordnen. Es handle sich dabei einmal um die Gruppe jener Rechte, die schon der Erblasser innegehabt habe (Eigentum an Sachen, Forderungen, Immaterialgüterrechte etc.), sowie der originär beim Erben entstandenen, aber nicht notwendig mit dem Erbgang als solchem verbundenen Rechte (Rechte der Miterben und

44 „Hereditas sine ullo corpore iuris intellectum habet“ (Dig. 5, 3, 50).

45 Dörner, Festschrift Ferid, S. 65.

46 Ebd., S. 66 ff.

der Nacherben, soweit es nicht um auch dem Alleinerben zustehende Befugnisse geht). Und es handle sich zweitens um vom Erben originär erworbene Rechte, die sich allein auf seine Erbenstellung beziehen (Recht zur Ausschlagung, §§ 1942 ff., zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlass, §§ 1975 ff., auf Herausgabe der Erbschaft, §§ 2018 ff., zur Kontrolle des Testamentsvollstreckers, §§ 2215 ff., zur Bestimmung des Vermächtnisnehmers, §§ 2153 ff., zur Beantragung eines Erbscheins, §§ 2353 ff., etc.). Nur die **genuin auf die Rechtsstellung des Erben bezogenen Einzelbefugnisse** seien unter dem Begriff eines subjektiven Erbrechts zusammenzufassen. Gewiss ist zuzugestehen, dass die entsprechende Gruppenbildung auf eine systematisch erhellende Weise verdeutlicht, dass die Befugnisse des Erben sich nicht in einer Ausübung der die Erbschaft ausmachenden Vermögensrechte erschöpfen, sondern die Erbenstellung selbst vom Gesetz mit einer Reihe von spezifischen Handlungsmöglichkeiten ausgestattet wird. Bedenklich, wenn auch noch nicht entscheidend wirkt jedoch schon, dass die dem Erben als solchen zugewiesenen Verhaltensmöglichkeiten höchst unterschiedlichen Adressaten gegenüber bestehen (Nachlassgericht, Nachlassgläubigern, Vermächtnisnehmern, Pflichtteilsberechtigten, Testamentsvollstreckern etc.). Kritisch zu fragen bleibt dann aber vor allem, welchen Sinn denn eine verrechtlichende Zusammenfassung von genuinen Einzelbefugnissen des Erben haben soll. Nach richtiger Auffassung – das Gesetz selber entscheidet nur zwei Fälle selber (§§ 1952 Abs. 1, 2034 Abs. 2 S. 2) – sind alle genuinen Einzelbefugnisse des Erben vererblich; sie gehen mit der (Erst-)Erbschaft auf den Erbeserben über. Die Zusammenfassung dieser Rechte zum subjektiven Erbrecht kann also nicht die Funktion haben, ihre Vererblichstellung zu bewirken, allenfalls jene, die Vererblichkeit als gemeinsame Eigenschaft aller genuinen Erbenrechte zu unterstreichen. Die im subjektiven Erbrecht hier zusammengefassten genuinen Erbenrechte sind durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht (einzeln) übertragbar⁴⁷. Ob sie beim Erbschafts Kauf, beim Erbteils Kauf oder beim Kauf der Nacherben- oder der Ersatzerbenanwartschaft auf den Erwerber mit übergehen oder beim Veräußerer bleiben oder beiden zustehen oder untergehen, ist von Recht zu Recht unterschiedlich zu beantworten⁴⁸. Dann aber führt ihre Zusammenfassung zum subjektiven Erbrecht erst recht nicht weiter. Die hier abgelehnte Theorie ist übrigens auch nicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar: Soll der Erbschein, der ja das subjektive „Erbrecht“ ausweist, für die vom Erblasser selbst stammenden Vermögensrechte und die Zuständigkeit des Erben für sie keine Aussagekraft mehr haben? Hätte der § 2018 überhaupt noch einen Anwendungsbereich? Die genuinen Erbenrechte sind doch gerade nicht „aus der

⁴⁷ Für die Abtretung des Erbschaftsanspruchs (§ 2018) zu Unrecht anders MünchKomm/Helms⁴ § 2018 Rn. 10; der Zessionar wird nicht „Erbe“.

⁴⁸ Vgl. die Nachweise und Ausführungen bei Dörner selber (S. 70 ff.). Beispiel: Der Anspruch aus § 2018 geht bei der Erbteilsübertragung automatisch auf den Erwerber über, beim Erbschafts Kauf nur auf Grund einer Abtretung, zu der der Verkäufer aber nach § 2374 verpflichtet ist (Staudinger/Gursky²⁰⁰² § 2018 Rn. 2).

Erbschaft“ erlangt, und was der Dritte aus der Erbschaft erlangt hat, kann er doch nicht seinen (in Wahrheit nicht vorhandenen) genuinen Erbenrechten zuschreiben. Eine systemwidrige Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 wird man dagegen der hier abgelehnten Theorie nicht vorwerfen können, da sie, anders als die Theorie vom Gesamtrecht an der Erbschaft, im subjektiven Erbrecht kein quasi-dingliches Herrschaftsrecht an der Erbschaft sieht⁴⁹.

4. Recht, Erbe zu sein

- 97 Wenden wir uns der letzten Möglichkeit zu, das subjektive Erbrecht als ein einheitliches subjektives Recht zu verstehen: Das subjektive Erbrecht könnte das **Recht sein, Erbe zu sein**, könnte im Erbe-Sein bestehen, in einer Rechtsposition, die abstrakt, d. h. losgelöst vom geerbten Vermögen und den einzelnen genuinen Erbenrechten, zu denken wäre⁵⁰. Verletzt würde ein so definiertes subjektives Erbrecht etwa, wenn ein Dritter sich zu Unrecht der Erbenstellung berührt (Reaktionsmöglichkeit: Klage auf Feststellung des Erbrechts nach §§ 27 Abs. 1, 256 ZPO) oder sich im Besitz eines Erbscheins befindet, der ihn zu Unrecht als Erben ausweist (Reaktionsmöglichkeit: Anspruch auf Herausgabe des falschen Erbscheins an das Nachlassgericht nach § 2362). Der Erbschaftsanspruch aus § 2018 verlangt dagegen mehr als eine bloße Erbrechtsberührung, nämlich das Erlangen von Gegenständen aus der Erbschaft, ist also in seinem Kern ein vermögensrechtlicher, weil Vermögen schützender Anspruch. Zur Durchsetzung des abstrakten Erbe-Seins dient nicht der Erbschaftsanspruch, der ein bloßer (konkreter) Leistungsanspruch ist, sondern die Erbrechtsfeststellungsklage. Der Anspruch aus § 2018 ist „universell nicht in bezug auf seinen Gegenstand, sondern nur in bezug auf seine Begründung“⁵¹. Das Recht stellt mithin zur Durchsetzung des subjektiven Erbrechts keinen Leistungsanspruch auf Anerkennung des Erbrechts durch den Berührer zur Verfügung, sondern die Feststellungsklage. Mit dem subjektiven Erbrecht wird keine Leistung verlangt, sondern ein Rechts-Sein festgestellt. Die hier zu behandelnde Theorie sieht im subjektiven Erbrecht eher ein personal gefärbtes Recht, ein Personenrecht, ja ein regelrechtes (besonderes) Persönlichkeitsrecht⁵², nicht dagegen ein eigentumsähnliches Herrschaftsrecht (am Nachlass). Man dürfe den Erben nicht „rein merkantil“ als bloßen Vermögensnachfolger auffassen, müsse vielmehr auch „das persönliche Band, das ihn normalerweise mit dem Erblasser ver-

49 Dörner, Festschrift Ferid, S. 74.

50 So Göller, Anwartschaften im Erbrecht, S. 22 ff.; MünchKomm/Leipold⁴ Einl. zu §§ 1922 ff. Rn. 3; Staudinger/Boehmer¹¹ § 1922 Rn. 137; Sohm ArchBürgR 28, 186; ders. JherJb 53, 383 mit Anm. 16; Anklänge auch bei Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III^{8/9}, § 9 III (S. 66).

51 Binder, Erbrecht, 2. Aufl. 1930, S. 98 u. ähnlich S. 93.

52 So ausdrücklich Göller, Anwartschaften im Erbrecht, S. 24.

knüpft“, würdigen⁵³. Erbe ist, wer zur Erbfolge berufen ist. Das Berufen-Sein zur Erbfolge macht das Erbe-Sein aus und bildet den Gegenstand des subjektiven Erbrechts. Dabei geht es nicht um „Persönlichkeitsnachfolge“ im Gegensatz zur bloßen „Vermögensnachfolge“, ein Gegensatz, von dem in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts viel die Rede war. Beim Recht auf Erbe-Sein handelt es sich nicht um ein übergegangenes Persönlichkeitsrecht des Erblassers, sondern um ein originäres, mit dem Erbfall und der Erbfolge begründetes Persönlichkeitsrecht des Erben selbst.

Was sind die Wirkungen des so verstandenen subjektiven Erbrechts? Das Recht bildet, so die Theorie, den einheitlichen Rechtsgrund (causa) für den Erwerb der Erbschaft (§ 1922 Abs. 1) (weil jemand Erbe ist, fällt ihm die Erbschaft an, nicht umgekehrt), den einheitlichen Behaltensgrund (§ 812) für die Erbschaftsgegenstände, den einheitlichen Erwerbs- und Behaltensgrund für die genuinen Erbenrechte. Dass es sich um eine rechtliche Einheit handelt, zeigt für die Theorie das Recht des Erben, die Erbschaft (theorieimmanent: das Erbrecht) insgesamt auszuschlagen (§ 1942). Durch die Ausschlagung verliert der Ausschlagende das subjektive Erbrecht, ebenso durch Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2344) und durch wirksame Anfechtung der Verfügung von Todes wegen, die den Erben zur Erbfolge berufen hat. Eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Rechts zum Erbe-Sein ist dagegen nicht möglich. Selbst bei Verkauf und Veräußerung von Erbschaft oder Erbteil oder Nacherben- bzw. Ersatzerbenanwartschaft bleibt bzw. wird der Erbe Erbe und wird der Erwerber zwar Herr des Nachlasses bzw. Gesamthänder der Erbengemeinschaft, aber nicht Erbe bzw. Miterbe bzw. Nacherbe⁵⁴. Auch vererblich ist das hier zu diskutierende subjektive Erbrecht nicht: Zwar geht nach § 1952 das Recht zur Ausschlagung auf den Erbeserben über; dieser wird damit aber nicht Erbe des Erst-Erblassers, sondern ist und bleibt ausschließlich Erbe des Erst-Erben. Der Erbschein für den Erst-Erbfall wird beim Zweit-Erbfall nicht falsch. Auch Nacherbfolge ist keine Vererbung des entstandenen Erbrechts des Vorerben, denn das subjektive Erbrecht gehört nicht zur Erbschaft des Erblassers (Nachlass) und wird ohnehin nicht vererbt. Eine Einigung der als Erben in Betracht kommenden Personen über die Erbfolge, z. B. über die Wirksamkeit oder Auslegung einer Verfügung von Todes wegen, hat keine konstitutive Wirkung und vermag die Erbenstellung nicht zu begründen⁵⁵. Das subjektive Erbrecht endet erst mit dem Tod des Erben, nicht schon mit Abwicklung oder Untergang aller Erbschaftsgegenstände⁵⁶.

Letztlich ist auch diese Theorie vom subjektiven Erbrecht abzulehnen. Allerdings lässt sich zu ihren Gunsten Manches anführen. So etwa die Tatsache, dass

⁵³ v. Lübtow, Bd. II, S. 765 (S. 767; Erbe-Sein habe auch „ethische Bedeutung“; letztlich lehnt v. Lübtow aber ein subjektives Recht ab).

⁵⁴ Staudinger/Marotzke²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 38 m. w. N.

⁵⁵ BayObLGZ 1918/19, 343; BayObLGZ 1920, 210; BayObLGZ 1966, 233 (236); LG Freiburg BWNotZ 1979, 67; MünchKomm/Leipold⁴ § 1922 Rn. 92.

⁵⁶ Göller, Anwartschaften im Erbrecht, S. 23.

auch die vollkommen vermögenslose Erbschaft zwingend einen Erben haben muss, dass auch dieser Erbe einen Erbschein beantragen kann, und dass in diesem Erbschein notwendig sein Erbrecht bezeugt wird. Die Theorie macht auch einsehbar, warum die Richtigkeit des Erbscheins nicht durch die Veräußerung oder Vererbung des Ererbten in Frage gestellt wird. Denn in diesen Fällen bleibt das Erbe-Sein des Erben im Sinne eines zur Erbfolge-Berufen-Seins erhalten, weil es vom Gesetz oder vom Erblasser mit nach dem Tod definitiver Wirkung festgelegt wird. Das Erbe-Sein ist unveräußerlich und unvererbbar. In §§ 2018, 2353, 2376 kann man problemlos den Begriff „Erbrecht“ durch die Worte „zur Erbfolge berufen“ oder „Erbe-Sein“ ersetzen.

- 100 Entscheidend sind jedoch die Argumente, die sich gegen die Theorie vom subjektiven Recht des Erbe-Seins ins Feld führen lassen. Das erste Argument ist zwar von Gewicht, aber nicht zwingend: Welchen Sinn soll ein subjektives Recht haben, das unveräußerlich und unvererbbar ist, und dies, obwohl zahlreiche der von ihm kausal „begründeten“ Einzelrechte veräußerlich und vererbbar sind? Warum, zweitens, gewährt das Gesetz so ausdrücklich und prononciert die Möglichkeit einer Feststellung des Erbrechts (§§ 27 Abs. 1, 256 ZPO)? Wenn das subjektive Erbrecht ein echtes subjektives Recht wäre, müsste es sich durch Leistungsklagen sichern lassen. Und was die Bedeutung des Erbe-Seins als causa des Erbschaftserwerbs und des Erwerbs der genuinen Erbenrechte angeht, so dürfte in Wahrheit das Erbe-Sein nicht Rechtsgrund, sondern selber schon „Folge“ eines Rechtsgrundes sein, nämlich des Berufungsgrundes, liege dieser nun in einer Verfügung von Todes wegen oder in den für die gesetzliche Erbfolge erforderlichen Näheverhältnissen Ehe, Lebenspartnerschaft, Verwandtschaft⁵⁷. Gewiss macht der Erbe die *familienrechtliche* (also personenrechtliche) Eigenschaft eines Verwandten, Ehegatten, Lebenspartners geltend (Intestaterbfolge), oder er beruft sich darauf, dass der Erblasser ihn durch Verfügung von Todes wegen „einem Verwandten gleichgestellt“ habe⁵⁸. Aber gerade das zeigt doch aufs Deutlichste, dass die Berufung aufs Erbe-Sein als solche inhaltlich leer bleibt ohne den materialen Rekurs auf den hinter ihm stehenden Berufungsgrund. Und übrigens: Selbst das Ehegatte-Sein oder Lebenspartner-Sein ist ja nach zutreffender herrschender Meinung kein subjektives Recht im Sinne des § 823 Abs. 1⁵⁹. Und dies, obwohl das entsprechende „Sein“ bei seiner Begründung amtlich registriert und damit öffentlich verlautbart wird, seine Verletzung also leichter erkennbar und damit sicherer sanktionierbar wäre. Gewiss trifft zu, dass das Erbe-Sein eine höchstpersönliche, weil nicht übertragbare und nicht vererbare „Eigenschaft“ ist, die man nicht mit der „Rechtsstellung“ (bzw. Rechtsmacht) des Erben identifizieren darf⁶⁰. Aber auch wenn ich einen Kaufvertrag schließe,

57 Ähnlich *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, S. 215.

58 *Sohm* ArchBürgR 28, 186; v. *Lübtow*, Bd. II, S. 765.

59 Nachweis bei *Muscheler*, Familienrecht, Rn. 307 ff.

60 v. *Lübtow*, Bd. II, S. 766.

darf meine Eigenschaft als „Vertragspartner“ nicht mit meinen aus dem Kaufvertrag erworbenen einzelnen Rechten in eins gesetzt werden: Übertrage ich alle diese Rechte auf einen Dritten, bleibe ich dennoch Vertragspartner, und möglicherweise oder wahrscheinlicher gibt es sogar einzelne (in der Regel wohl auf das Vertragsverhältnis als Ganzes bezogene Gestaltungs-)Rechte, die so eng mit meiner Position als Vertragspartner zu tun haben, dass ich sie gar nicht abtreten kann. Und trotz all dem kommt niemand auf die Idee, aus meiner Eigenschaft als „Vertragspartner“ ein subjektives Recht zu machen.

Eine Überhöhung des Erbe-Seins ins subjektive und dann auch noch absolute Recht muss auch deswegen abgelehnt werden, weil das Erbe-Sein ja letztlich doch nur der Realisierung von *Vermögensinteressen* dient und die Eigenschaft des Erbe-Seins trotz ihres de iure bis zum Tod des Erben bestehenden Charakters de facto nur *vorübergehender* Natur ist, weil sie von funktioneller Bedeutung eigentlich nur für die Abwicklung der Erbschaft ist. Eine Parallele zum Namensrecht (§ 12), etwa im Sinne einer Vorstellung vom „nomen heredis“ als absolutes Recht, besteht in Wahrheit nicht. Denn das Erbe-Sein *identifiziert* seinen Träger *nicht*, der Ausschließlichkeitwert ist nicht gleich hoch wie beim Namen, da über die Berechtigung eines Namens viel schwerer nur Streit entstehen kann als über das Erbe-Sein einer bestimmten Person. 101

Was bleibt nach alledem übrig vom „subjektiven Erbrecht“? Es handelt sich wohl doch nur um eine Sammelbezeichnung, einen Kollektivnamen für alle dem Erben zustehenden Rechte, juristisch genauer gefasst: um ein (nach § 27 ZPO feststellbares) **Rechtsverhältnis** zwischen dem Erben und den einzelnen Gegenständen des Nachlasses⁶¹, aus dem die einzelnen Rechte des Erben hervorgehen. Einen *Status* begründet das Erbe-Sein nicht⁶², denn es erfasst nicht die Person des Erben als Ganzes oder wesentliche ihrer Aspekte. Und es hat de facto nur vorübergehende Bedeutung. 102

Kann die Bestreitung des Erbe-Seins oder die falsche Behauptung eigenen Erbe-Seins nie zu Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Ersatzansprüchen führen? Die Antwort muss lauten: als solche nicht. Nur wenn Weiteres hinzukommt, stehen dem Erben die spezifischen Rechte aus §§ 2018, 2362 zu. Und umgekehrt: Wenn dem Erben der „Name des Erben“ bestritten oder wenn der „Name des Erben“ zu Unrecht gebraucht wird (vgl. die beiden Verletzungsformen in § 12), weil des Erben familienrechtliches Näheverhältnis zum Erblasser bestritten oder selbst prätendiert wird, dann kann eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Erben vorliegen, wofür aber eben auch hier nicht die Verletzung des Erbe-Seins als solchen ausreicht. Wird die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen wegen Testierunfähigkeit des Erblassers be- 103

⁶¹ Im Ansatz ebenso v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, I, § 5 II (S. 128) (allerdings zu Unrecht von einem Rechtsverhältnis des Erben zum „Vermögen des Erblassers“ sprechend); *Kress*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, Nachdruck 1974, S. 13.

⁶² *Muscheler*, Familienrecht, Rn. 90ff. A. A. v. *Lübtow*, Bd. II, S. 765.

stritten, kommt unter besonders erschwerenden Umständen eine Verletzung des postmortalen „Persönlichkeitsrechts“ des Erblassers in Frage.

IV. Erbrechtsrelevante Rechte des Erblassers

- 104 Auch der Erblasser hat subjektive Rechte im Zusammenhang mit dem Erbrecht. Fremd erscheint dies nur dem ersten Blick.
- 105 Kein subjektives Recht freilich steht hinter der Rechtstatsache, dass bei **gesetzlicher Erbfolge** das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den oder die Erben übergeht. Dass dem so ist, gehört zum Inhalt der einzelnen dem Erblasser zustehenden Vermögensrechte: dem Eigentum an Sachen, seinen Immaterialgüterrechten, seinen Forderungen etc. Auch wenn, etwa bei Anteilen an einer BGB-Gesellschaft oder einer OHG, erst durch Vertrag die Vererblichkeit des Anteils, entgegen der gesetzlichen Ausgangslage, hergestellt werden muss, ergibt sich aus der Vererblichkeit des einzelnen Vermögensgegenstands noch kein subjektives Recht.
- 106 Anders verhält es sich bei der Möglichkeit, durch Verfügung von Todes wegen Regelungen zu treffen. Allerdings wird **gemeinhin** gelehrt, es seien aus der Kategorie subjektiver Rechte auszuschneiden die Voraussetzungen rechtlichen Könnens, die in der persönlichen Beschaffenheit des Subjekts liegen, z. B. Alter und Testierfähigkeit. Dass ein geistig gesunder Mensch eines bestimmten Alters Rechtsgeschäfte vornehmen, insbesondere Verfügungen von Todes wegen errichten und damit auf die Rechtslage einwirken kann, sei nicht als subjektives Recht aufzufassen, weil diese Möglichkeit ohne weiteres allen Menschen derselben Kategorie zustehe, sondern bloß als rechtliche „Eigenschaft“ oder „Fähigkeit“. Die Fähigkeit, Rechte zu begründen (Geschäftsfähigkeit, speziell Testierfähigkeit), sei Voraussetzung für den Erwerb von Rechten und selbst so wenig ein Recht wie die zum Erwerb nicht minder notwendige Fähigkeit, Rechte zu haben (Rechtsfähigkeit)⁶³. Mag dieser Ansatz auch im Allgemeinen zutreffen und mag die Fähigkeit zweier Menschen, ihre Rechtsbeziehungen durch Vertrag zu regeln, nicht als „Recht“ aufzufassen sein, weil sie nicht mehr voraussetzt als die allgemeine Fähigkeit zu rechtllichem Handeln, so wird man doch der Eigenart der Verfügungen von Todes wegen nicht gerecht, wenn man die Möglichkeit, sie zu errichten, nicht als subjektives Recht, genauer: als Gestaltungsrecht, auffasst.
- 107 Betrachten wir, was die **Verfügung von Todes wegen** von der **normalen Verfügung** des lebzeitigen Vermögensrechts **unterscheidet**⁶⁴. Letztere ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die bestehende Rechtslage an einem Gegen-

⁶³ Vgl. z. B. v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, II/1, § 7 II (S. 160 f.).

⁶⁴ Vgl. etwa auch *RGZ* 111, 247 (250 f.) (Keine analoge Anwendung von § 185 Abs. 2 auf Verfügungen von Todes wegen).

stand einwirkt, sei es durch Übertragung, inhaltliche Änderung, Belastung oder Aufhebung eines bestehenden Rechts. Elffach anders die Verfügung von Todes wegen. Erstens: Die lebzeitige Verfügung setzt in der Regel einen Vertrag voraus (z. B. §§ 398, 929, 925). Die Verfügung von Todes wegen ist *einseitige* Verfügung, was übrigens im Kern auch für den Erbvertrag und nicht nur für das Testament gilt, denn auch im Erbvertrag bleibt die Verfügung des Erblassers eine je einseitige für seinen eigenen Erbfall; die Vertragsnatur des Rechtsgeschäfts soll nur sofortige Bindung bewirken. Zweitens: Bei der Verfügung von Todes wegen *fehlt es an der Unmittelbarkeit*⁶⁵. Ihre Wirkungen treten nicht schon inter vivos, sondern frühestens mit dem Tod ein. Drittens: Bei der Verfügung von Todes wegen geht es nicht nur um die Einwirkung auf „ein“ einzelnes Recht, sondern um das Vermögen „*als Ganzes*“ (§ 1922 Abs. 1), das mit dem Erbfall uno actu auf den Erben übergeht. Diese Rechtsfolge gilt allerdings nicht, weil sie im Rechtsgeschäft angeordnet und vom Erblasser gewollt ist, sondern sie gilt qua Gesetz, was sich schon daran zeigt, dass sie bei gesetzlicher Erbfolge ebenso eingreift. Allerdings muss der Erblasser für eine Erbeinsetzung wollen (und der Sache nach erklären), dass sein Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere Personen übergehen soll. Viertens: Bei der Verfügung von Todes wegen geht es nicht nur um die Einwirkung auf Rechte, sondern auch um eine solche auf Schulden. Denn auf den eingesetzten Erben gehen auch die *Schulden* des Erblassers über (§ 1922 Abs. 1, zumindest § 1967). Fünftens: Durch Verfügung von Todes wegen kann der Erblasser nicht nur auf „bestehende“ Rechte einwirken, sondern neue *Rechte begründen*, und dann auch noch nicht gegen sich selbst, sondern gegen einen Dritten (z. B. Vermächtnisanspruch gegen den Erben, Ernennung eines Testamentsvollstreckers mit gleichzeitiger Beschränkung der Erbenmacht nach §§ 2205, 2211). Sechstens: Die Verfügung von Todes wegen besitzt nicht nur dingliche Wirkung, sondern liefert auch den *Rechtsgrund* (die causa) für die erbfallbedingte Zuwendung gleich mit. Es bedarf, anders als bei Verfügungen unter Lebenden, nicht noch eines Verpflichtungsgeschäfts als Rechtsgrund, um bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche (§ 812) auszuschließen. Siebtens: Der Erblasser kann Verfügungen nur über seine eigene Erbschaft treffen. Das gilt auch bei der Nacherbfolge, denn der Nacherbe ist Erbe nicht des Vorerben, sondern des Erblassers. *Gutgläubigen Erwerb* einer erbrechtlichen Position am Nachlass eines anderen als des Verfügenden *gibt es nicht*, ebensowenig wie gutgläubigen Erwerb eines in Wahrheit nicht zum Nachlass des verfügenden Erblassers gehörenden Gegenstandes (Die Erbfolge ist kein Verkehrsgeschäft). Achters: Verfügungen von Todes wegen setzen im Gegensatz zu vielen Verfügungen des allgemeinen Vermögensrechts wie insbesondere der Eigentumsübertragung (§§ 929: Einigung und Besitzübergabe / §§ 873, 925: Einigung = Auflassung und Umschreibung im Grundbuch) nur rechtsgeschäftliche Willenserklärungen

⁶⁵ Wegen des Vonselbsterwerbs nach §§ 1922, 1942 Abs. 1 „Unmittelbarkeit“ bejahend *Battes AcP* 178 (1978), 337 (342).

voraus, *ohne* dass *weitere Akte* (z. B. Übergabe, Umschreibung) hinzukommen müssten. Neuntens: Eine vom Erblasser lebzeitig vorgenommene Verfügung des allgemeinen Vermögensrechts kann noch nach dem Erbfall komplettiert werden; für sie gelten die §§ 130 Abs. 2, 153, 151. Eine Verfügung von Todes wegen muss *bis zum Erbfall* alle erforderlichen Voraussetzungen erfüllen; der Erbe kann sie nicht wirksam machen; niemand kann für einen Verstorbenen eine Verfügung von Todes wegen errichten. Zehntens: Eine Verfügung von Todes wegen entfaltet, wie schon gesagt (vgl. sechstens), nicht nur dingliche Wirkungen, sondern ist zugleich auf der Kausalebene angesiedelt, trägt also ihre *causa* in sich. Dieser Unterschied wirkt sich etwa in Folgendem aus: Der Formmangel einer lebzeitigen Schenkung (lebzeitige *causa*) kann auch noch nach dem Tod des Schenkers durch dinglichen Vollzug nach § 518 Abs. 2 geheilt werden. Dagegen kann der Formmangel eines Schenkungsversprechens auf den Todesfall (da es nach § 2301 Abs. 1 wie eine Verfügung von Todes wegen behandelt wird) und einer Verfügung von Todes wegen nicht geheilt werden, auch nicht durch dinglichen Vollzug nach dem Tod. Ein formunwirksames Vermächtnis wird nicht dadurch wirksam, dass der Erbe das „Vermächtnis“ nach dem Erbfall dinglich „erfüllt“, indem er den „Vermächtnisgegenstand“ an den „Vermächtnisnehmer“ übereignet, und zwar selbst dann nicht, wenn der Erbe das Fehlen einer Über eignungsverpflichtung kennt und Heilungswillen hat. Elftens: Die Verfügung von Todes wegen ist anders als in der Regel die lebzeitige Verfügung *formgebunden* (§§ 2231 ff.), *vertretungsresistent* (§§ 2064, 2274), *willenspersonal* (§ 2065), *minderjährigenfreundlich* (§ 2229), *erblasserfreundlich* in Auslegung (§ 157 gilt nicht) und *Anfechtbarkeit* (§§ 2078 ff., 2281 ff.), entgegen § 137 die *Aufteilung der Rechtsmacht* großzügig zulassend (Erbe-Testamentsvollstrecker/Miterben als Gesamthänder/Vorerbe-Nacherbe), beim Testament *änderungsfreundlich* bis zum Erbfall (§§ 2253 ff.).

- 108 Namentlich die Tatsache, dass der Erblasser von Todes wegen „einseitig“ verfügt, zeigt, dass er dabei in Wahrheit von einem eigenständigen **subjektiven Recht** Gebrauch macht. Er gestaltet die Rechtslage, die mit und nach seinem Tod eintritt. Es handelt sich bei dieser Gestaltungsmöglichkeit nicht um einen Bestandteil der einzelnen zum Erblasservermögen gehörenden Rechte, also z. B. des Eigentums an einem Grundstück oder der Inhaberschaft an einer Forderung⁶⁶. Denn die Verfügung von Todes wegen ist keine Verfügung über Einzelgegenstände des Erblasservermögens, und zwar auch nicht beim Vermächtnis, das zwingend auf eine bloß schuldrechtliche Wirkung beschränkt bleibt (§ 2174). Es verhält sich auch nicht so, dass der Erblasser von der Rechtsordnung mit dem Tod ein subjektives Gesamtrecht (ein eigentumsähnliches Herrschaftsrecht) am Nachlass zugesprochen bekäme, das Gegenstand seiner Verfügung von Todes wegen wäre, soweit es darin um eine Erbeinsetzung geht. Denn ein solches Gesamtrecht erwirbt auch der Erbe nicht (o. III). Es ist schließlich auch nicht so,

⁶⁶ Dazu v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, I, § 7 I (S. 160).

dass die Verfügung von Todes wegen, obwohl Rechtsgeschäft, nur Element eines Tatbestands wäre, an den stets und nur das Gesetz die entscheidende erbrechtliche Rechtsfolge knüpfen würde. Damit würde man der Rechtsnatur der Verfügung von Todes wegen als echtem Rechtsgeschäft und dem Grundsatz der Testierfreiheit nicht gerecht. Der gestaltende Charakter des Rechtsgeschäfts „Verfügung von Todes wegen“ zeigt sich nicht zuletzt darin, dass Erbenstellung und Vermächtnis den Bedachten automatisch und ohne deren Mitwirkung zufallen (§§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1); eine Mitwirkung des Bedachten ist ja selbst beim Erbvertrag nicht erforderlich (arg. e § 2279 Abs. 2).

Das Gestaltungsrecht des Erblassers zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen für seinen Erbfall ist nicht vererbbar. Das Recht, dem Erblasser einen Erben oder Vermächtnisnehmer zu schaffen, geht nicht auf den Erben über. Dieser Satz wird im eigentlichen Sinne auch nicht durchbrochen bei der Ausschlagung zugunsten einer bestimmten Person (§§ 1942 ff., 2180) oder bei den Wahlrechten nach §§ 2151 ff. Das betreffende Gestaltungsrecht des Erblassers ist auch nicht übertragbar, nicht pfändbar, nicht mit dinglicher Wirkung verzichtbar (§ 137 analog), grundsätzlich nicht einmal in seiner Ausübung überlassbar (§§ 2064 ff.), nicht schuldrechtlich einschränkbar (§ 2302).

§ 7 Grundbegriffe des Erbrechts

Literatur

- 110 *Bernat, Erwin*: Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt a.M., Bern, New York, Paris 1989; *Britting, Eva*: Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, Frankfurt a.M. 1989; *Mansees, Norbert*: Einige Gedanken zum gesetzlichen Erbrecht des auf nicht-natürlichem Wege erzeugten Kindes, FamRZ 1986, 756–759; *ders.*: Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, Berlin 1991; *Muscheler, Karlheinz*: Wertänderungen des privilegierten Erwerbs in der Zugewinnngemeinschaft, FamRZ 1998, 265–273; *ders.*: Entziehung der elterlichen Vermögenssorge beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, WM 2004, 1009–1011; *Schumacher, Klaus*: Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, FamRZ 1987, 313–324; *Selb, Walter*: Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, Tübingen 1987; *Zierl, Gerhard*: Zivilrechtliche Aspekte artifiziereller Reproduktion, DRiZ 1986, 302–307.

I. Erbfall

- 111 Das Wort **Erbfall** wird legaldefiniert in § 1922 Abs. 1. Es kommt im fünften Buch des BGB an zahllosen Stellen vor (vgl. z.B. §§ 1923, 1924, 1925, 1928, 1931, 1935, 1936, 1946, 1953, 1963, 1969, 1974, 1976, 2066, 2070, 2101, 2105, 2109, 2162, 2178, 2185, 2317, 2325, 2332, 2344); auch in anderen Büchern begegnet es (vgl. z.B. §§ 1505, 1836 e). Erbfall ist nach § 1922 Abs. 1 der „Tod“ einer „Person“. Jeder Tod löst einen Erbfall aus. Sterben zwei Personen in genau demselben Zeitpunkt, handelt es sich um zwei Erbfälle; das gilt auch, wenn Ehegatten oder Eingetragene Lebenspartner gleichzeitig versterben. Der gleichzeitige Tod mehrerer Personen löst deswegen nicht nur einen Erbfall aus, weil § 1922 Abs. 1 vom Tod „einer“ Person spricht. Der erbrechtliche Begriff des „Todes“ sollte im Sinne der Einheit der Rechtsordnung mit demjenigen gleichgesetzt werden, den § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG als eine der Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Organentnahmen definiert: „endgültiger, nicht behebbarer Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms“ (sog. „Hirntod“)¹. Wegen des Erfordernisses „Tod“ kann es keine „Beerbung bei lebendigem Leibe“ geben: *vivi hereditas non datur*². Gemeint ist stets der „natürliche“ (körperliche) Tod; einen „bürgerlichen“, den Erbfall auslösenden und damit Beerbung bei lebendigem Leibe ermöglichenden Tod (z.B. Straftod oder Kloster-tod) kennt das BGB nicht. Gewissermaßen eine (gegenständliche und personale)

¹ Im Ergebnis ähnlich *OLG Köln* FamRZ 1992, 860 (862); *BayObLG* NJW-RR 1990, 1309 (1311); *OLG Frankfurt a. M.* NJW 1997, 3099f. = ZEV 1997, 426 (428); Staudinger/*Marotzke*²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 5 m. w. N.

² *RGZ* 49, 370 (372); *RGZ* 92, 1 (2).

Teilbeerbung bei lebendigem Leibe kennt § 17 Abs. 2 HöfeO: „Übergibt der Eigentümer den Hof an einen hoferbenberechtigten Abkömmling, so gilt zugunsten der anderen Abkömmlinge der Erbfall hinsichtlich des Hofes mit dem Zeitpunkt der Übertragung als eingetreten“. Der Übergabevertrag ist zwar Rechtsgeschäft unter Lebenden und nicht Erbvertrag, weil er zu Lebzeiten der Vertragspartner ausgeführt wird. Da er aber seinem Zweck nach nicht auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist, sondern zu Lebzeiten des Hofeigentümers den „Hoferben“ bestimmen und somit die „Erbfolge“ (in den Hof) vorwegnehmen soll, versteht ihn die herrschende Meinung als Vertrag mit (schuldrechtlicher und erbrechtlicher) Doppelnatur³. Der Hofübergabevertrag löst unter anderem die für die echte Erbfolge in den Hof geltenden Abfindungsansprüche der weichenden Miterben (§ 12 HöfeO) oder Pflichtteilsansprüche (§ 16 Abs. 2 HöfeO) aus.

II. Erblasser

Die „Person“, deren Tod einen Erbfall auslöst, nennt das Gesetz, freilich ohne ausdrückliche Legaldefinition, **Erblasser**. Dieser hat sein Vermögen, das in § 1922 Abs. 1 als „Erbchaft“ bezeichnet wird, bei seinem Tode „hinterlassen“⁴. Wegen des Erfordernisses eines natürlichen Todes muss es sich um eine Person handeln, die (körperlich) sterben kann, und wegen §§ 1924 ff., 1931 um eine Person, die Verwandte und einen Ehegatten haben kann. Beides trifft auf juristische Personen nicht zu. Sie können zwar ihre Rechtsfähigkeit verlieren (vgl. z. B. §§ 42 ff., 86 S. 1) und das Gesetz verweist dabei bisweilen auf erbrechtliche Normen (z. B. § 46 S. 1), doch handelt es sich nicht um einen Fall für das Erbrecht, nicht um einen Erbfall und bei der juristischen Person nicht um einen Erblasser. Die Rechtsordnung unterwirft Auflösung und Beendigung juristischer Personen eigenen Regeln (vgl. z. B. §§ 262 ff. AktG). Jede natürliche Person wird mit dem Tod Erblasser; auch diejenige, die keinen einzigen Vermögensgegenstand hinterlässt, denn auch sie stirbt und auch ihr Tod löst einen Erbfall aus. Dem Menschen kommt die Fähigkeit, beerbt zu werden (*passive Erbfähigkeit*), nach dem BGB ausnahmslos zu. Nach älteren Rechten dagegen konnte nicht jeder seine Habe vererben. Insbesondere kannte das römische Recht nur die Beerbung des römischen Bürgers, d. h. nicht des Sklaven und nicht der Personen, die das römische Bürgerrecht zur Strafe verloren hatten⁵. Das kanonische Recht

³ Vgl. nur *Lange/Kuchinke*⁵ § 53 V 3 (S. 1356) m. w. N.

⁴ „Erblasser“ ist eine seit dem 16. Jhd. belegte Zusammenbildung aus mittelhochdeutsch „daz erbe lān“ (das Erbe hinterlassen) als Verdeutschung von lateinisch „testator“; zunächst nur von demjenigen, der mit Testament ein Erbe hinterlässt, danach verallgemeinert. Vgl. nur *W. Pfaff*, Zum Kampf um deutsche Ersatzwörter, 1933, S. 29 f.

⁵ *Dernburg*, Pandekten, Bd. 3, § 56 Anm. 1.

verweigerte den Ordensgeistlichen die Fähigkeit, einen Erben zu hinterlassen⁶. Erforderlich für die passive Erbfähigkeit nach dem BGB ist nur die Rechtsfähigkeit im Sinne von § 1. Stirbt ein Embryo im Mutterleib, kommt es nicht zu einem Erbfall, ist der Embryo nicht Erblasser. Da nach dem Wortlaut von § 1 es den „Menschen“ schon vor der Geburt geben muss und man durchaus auch beim Abgehen des Embryos von „Tod“ reden kann, bleibt nur die Annahme, dass es sich beim Embryo noch nicht um eine „Person“ im Sinne von § 1922 Abs. 1 handeln kann. Die Erblassereigenschaft setzt keine besonderen Eigenschaften des Verstorbenen voraus, wie z. B. Geschäftsfähigkeit, Fehlen von Rechtlicher Betreuung, Erreichen eines Mindestalters, Vorhandensein von Abkömmlingen oder eine bestimmte Staatsangehörigkeit und auch nicht eine bestimmte Mindestgröße oder Zusammensetzung oder Erwerbsquelle des hinterlassenen Vermögens. Erblasser ist jeder rechtsfähige Mensch mit und nach seinem Tod. Das Gesetz spricht bisweilen abgekürzt auch von einer lebenden Person als Erblasser, so z. B. wenn diese eine Verfügung von Todes wegen errichtet oder aufhebt (§§ 2229 ff.) oder einen Erbverzicht schließt (§§ 2346 ff.). Richtig müsste es hier heißen „der zukünftige Erblasser“; zutreffend dagegen §§ 1924 ff.

- 113 Der Erblasser wird beerbt (vgl. z. B. §§ 185 Abs. 2 S. 1, 1482 S. 2, 1483 Abs. 1 S. 3, 1925 Abs. 3 S. 1, 1926 Abs. 5; vgl. früher auch Art. 24 f. EGBGB a. F.). „Beerben“ ist eine Tätigkeit nicht des Erblassers, sondern der Erben. Das Wort bedeutet „jemandes Erbschaft erben, jemandes Erbe sein“. Im Gegensatz zum einfachen Verb „erben“ (vgl. z. B. §§ 1924 Abs. 4, 1925 Abs. 2, Abs. 3 S. 2, 1926 Abs. 2, Abs. 4, 1928 Abs. 2, Abs. 3, 1931 Abs. 4, 1934 S. 1) drückt „Beerben“ das Erben gerade in Beziehung auf den Erblasser aus. Deshalb kann der Erblasser passivisch wohl „beerbte werden“ (§§ 185 Abs. 2 S. 1, 1482 S. 2, 1483 Abs. 1 S. 3), aber nicht „geerbt werden“. Das Substantiv „**Beerbung**“ meint sowohl „Beerben“ wie auch „Beerbtwerden“⁷, kann also sowohl die Perspektive des Erben wie die des Erblassers einnehmen. Da es von „erben“ kein entsprechendes Substantiv gibt (außer dem farblosen „das Erben“), muss die Sprache des Gesetzes, wenn sie das Substantiv benötigt, zu „Beerbung“ greifen (§§ 1925 Abs. 3 S. 1, 1926 Abs. 5).

III. Erbschaft, Nachlass

- 114 Das Vermögen des Erblassers nennt das Gesetz **Erbschaft** (§ 1922 Abs. 1). Unschön bleibt an § 1922 Abs. 1, dass zunächst vom Tod einer Person und dann erst von „deren“ Vermögen die Rede ist, obwohl sie im, mit und durch den Tod ihr Vermögen verliert. Nicht ganz klar wird, ob mit Erbschaft nur das Vermögen

⁶ *Hellmann*, Das Erbrecht der Religiösen, 1874; *Singer*, Die Beschränkungen der Beerbung der Ordensgeistlichen, 1880.

⁷ Großer Duden.

des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls gemeint sein soll und nicht das Vermögen des Erblassers in der Zusammensetzung und dem Umfang, wie sie sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nach dem Erbfall entwickelt haben. Wenn man § 2374 etwa liest, wird man Ersteres annehmen müssen. Will der Gesetzgeber postmortale Surrogation, muss er es ausdrücklich sagen. Durch das Wort „Vermögen“ sind vom Übergang ausgeschlossen erstens der Leichnam, zweitens immaterielle Rechte (z. B. elterliche Sorge, Persönlichkeitsrecht), drittens höchstpersönliche Vermögensrechte, ordne diese Höchstpersönlichkeit nun das Gesetz (z. B. Nießbrauch, beschränkt persönliche Dienstbarkeit: §§ 1061, 1090 Abs. 2) oder ein Rechtsgeschäft an.

Oft verwendet das Gesetz statt des Begriffes Erbschaft den des **Nachlasses**⁸. 115 Die Gesetzesverfasser benutzten den Begriff der Erbschaft in der Regel dann, wenn es um die Beziehung des Erblasservermögens zu den neuen Rechtsträgern, den Erben, geht (z. B. §§ 1942 ff., 2018 ff.), den Begriff des Nachlasses dann, wenn es um den objektiven Bestand dieses Vermögens (bona defuncti) ohne relevanten Bezug zu den neuen Rechtsträgern geht (z. B. §§ 1960 f., 1975)⁹. Konsequenz gelingt dabei freilich nicht immer (überkorrekt und gerade dadurch verwirrend § 2144 Abs. 1). So sprechen z. B. §§ 2032 f., obwohl es um die Rechtsträgerschaft der Erben geht, vom „Anteil an dem Nachlasse“, den das Gesetz selber in § 1922 Abs. 2 als „Erbteil“ bezeichnet. Handelt es sich somit bei den Begriffen Erbschaft und Nachlass nur um zwei Seiten einer Medaille, so bleibt ein inhaltlicher Unterschied gleichwohl zu vermerken: „Nachlass“ meint in der Regel nur das Aktivvermögen (z. B. in § 1975)¹⁰, während „Erbschaft“ nach heute herrschender Meinung auch die Passiven umfasst¹¹.

IV. Der Erbe in der Verschiedenheit seiner Gestalt

Erbe ist diejenige Person, auf die mit dem Tode einer natürlichen Person deren Vermögen „als Ganzes“ übergeht (Legaldefinition in § 1922 Abs. 1). 116 Nicht Erben sind danach der Vermächtnisnehmer, der Auflagenbegünstigte, der Testamentsvollstrecker. Auf den Letzteren geht kein Vermögen über, sondern nur das Recht, ein Vermögen zu verwalten. Auf die ersten beiden geht ein Stück oder ein Teil des Erblasservermögens über, aber das Vermögen des Erblassers geht weder „mit dem Tode“ noch „als Ganzes“ auf sie über. Auch der Pflichtteilsberechtigte wird nicht Mit-Träger *des* Nachlasses, sondern bloß Inhaber eines *gegen* den Nachlass gerichteten Anspruchs, der zudem nicht auf konkrete Nachlassgegenstände, sondern auf Geld zielt. Erbe ist auch nicht der Nachlasskäufer. Von **Mit-**

⁸ Das ältere Neutrum „das Erbe“ vermeidet das BGB dagegen streng.

⁹ *Motive*, V, S. 603.

¹⁰ A. A. zu Unrecht *Motive*, V, S. 603 f.

¹¹ Nachweise über den Streitstand bei Staudinger/*Marotzke*²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 114, vor §§ 1967 ff. Rn. 5 f.

erben spricht das Gesetz, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt (Gegensatz: **Alleinerbe**). Miterbe wird nicht der Erwerber eines Erbteils (arg. e § 363 Abs. 2 FamFG).

- 117 **Vorerbe** ist der Erbe, der Erbe mit dem Tod des Erblassers wird, es aber aufhört zu sein beim Eintritt entweder eines Termins oder einer Bedingung. **Nacherbe** ist der Erbe, der Erbe erst wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Legaldefinition in § 2100). Vor- und Nacherbe sind, untechnisch gesprochen, Sukzessiv-Miterben. **Ersatzerbe** ist der Erbe, den der Erblasser für den Fall einsetzt, dass ein (gesetzlicher oder gewillkürter) Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt (Legaldefinition in § 2096). Nicht Ersatzerbe ist nach dieser Definition derjenige, der auf Grund Gesetzes (z. B. nach § 2069) an die Stelle eines Wegfallenden tritt. **Erbeserbe** ist der Erbe eines Erben (vgl. etwa § 1952).
- 118 Erbe kann man erst sein, wenn der Erbfall eingetreten ist. Vor dem Erbfall kann man allenfalls von einem künftigen Erben reden (richtig § 311 b Abs. 5 S. 1). In ungenauer und gegen die Definition von § 2100 verstoßender Weise bezeichnen den Nacherben schon als Nacherben während der Vorerbschaft die §§ 2108 Abs. 2, 2116, 2120, 2121 ff., 2142 Abs. 1.

V. Erben, Vererben, Hinterlassen, Ererben

- 119 „**Erben**“ als (transitives) Verb (z. B. §§ 1924 Abs. 4, 1925 Abs. 2, Abs. 3 S. 2, 1926 Abs. 2, Abs. 4, 1928 Abs. 2, Abs. 3, 1931 Abs. 4, 1934 S. 1) bedeutet „Erbe werden“, d. h. mit dem Tod einer anderen Person deren Vermögen als Ganzes erhalten. Im Zentrum des Begriffs steht weder die Erblasserbezogenheit des Übergangs (anders das „Beerben“) noch der Vorgang des Übergehens¹², sondern das Resultat des Übergangs, das Erwerben durch den Erben. „**Vererben**“ bedeutet jemandem etwas im Wege der Vererbung weitergeben (bzw. hinterlassen) (ein Vorgang, der früher, genauer: vor langer Zeit, ebenfalls „erben“ genannt wurde, z. B. in dem Satz „Der Tote erbt den Lebendigen“). Der Fokus dieses Begriffs liegt auf der Perspektive des Erblassers, die aber, entgegen dem „**Hinterlassen**“ (§§ 1491 Abs. 4, 1748 Abs. 2 S. 2, 2068, 2305, 2306 Abs. 1 a. F., 2309, 2316 Abs. 2, 2326, 2338 Abs. 1 S. 1), schon den Adressaten, den Erben, zwingend im Blick hat; man vererbt immer „jemandem“; „Vererben“ ist der Parallelbegriff zu „Beerben“, „Hinterlassen“ der zu „Erben“. „**Vererblichkeit**“ (z. B. §§ 38 S. 1, 473, 857, 1378 Abs. 3 S. 1, 1952, 2034 Abs. 2 S. 2, 2108, 2317 Abs. 2) ist die Eigenschaft eines Rechts (oder einer Pflicht), Bestandteil einer Erbschaft sein zu können.

¹² Anders noch in der deutschen Klassik: „dem Willen meiner Eltern gemäß, welche wünschten, dass diese gute Pfründe auf mich erben möchte“ (Goethe, Wanderjahre, I, 2); „ihre Knechtschaft erbt auf ihre Kinder“ (Schiller, Tell, II, 2). – Heute drückt (untechnisch) nur das Substantiv „Erbgang“ den Übergang des Erblasservermögens (als eines Ganzen) aus.

„**Eerben**“ nimmt einen bestimmten Nachlassgegenstand in den Blick, den jemand im Wege des Erbgangs erwirbt, meint also die erbgängige Erwerbung eines Einzelgegenstandes. So kann etwa der BGH formulieren: „Die Kläger haben keinen Anspruch auf Zugewinnausgleich von der verstorbenen Ehefrau erbt“¹³. Das verbale Präfix „er-“ besagt in der Regel, dass durch das im intransitiven Basiswort Genannte das angestrebte Objekt erlangt wird: (den Europameistertitel) erboxen, (den Lichtschalter) ertasten, (zwei Prozent Rendite) erwirtschaften. Beim Wort „Eerben“ fällt in diesem Lichte ein Doppeltes auf: Das Basiswort (erben) ist transitiv. Und der Erbe scheint beim Vorgang des Ererbens eine aktive Rolle in Bezug auf den qua Erbgang erstrebten Gegenstand zu spielen. Darin trifft sich das Wort mit dem Wort „**beerben**“ (jemandes Hinterlassenschaft erben, jemandes Erbe sein, s. schon o. Rn. 113): Das verbale Präfix „be-“ macht bei intransitivem Basiswort das Gesamtwort transitiv und meint ein Zielen auf das Bezugswort durch das im Basiswort genannte Tun (ein Wissensgebiet be-ackern, ein Verhalten be-lachen); meint bei transitiv gebrauchtem Basiswort, dass auf das Bezugswort (genauer: das mit ihm Bezeichnete) durch das im Basiswort genannte Tun gezielt oder eingewirkt wird (das Grundstück be-bauen, den LKW be-laden, den Kuchen be-streuen). Auch beim Beerben spürt also der heutige Hörer oder Leser des Wortes ein aktives, zielorientiertes Tun des Erben heraus. Anders als beim Be-schenken oder beim Be-denken spielt die aktive Rolle nicht der Gebende, sondern der Empfangende. Hängt dies damit zusammen, dass beim Erben der, von dem das Vermögen stammt, im Zeitpunkt des Übergangs schon tot ist und damit zwar noch als Person, aber nicht mehr als Handelnder gedacht werden kann? Hängt es mit dem gesetzlichen System des Erbschaftserwerbs zusammen, das im römischen Recht von dem Grundsatz ausgeht, dass der Erbe nicht automatisch mit dem Tod des Erblassers Erbe wird, sondern erst mit dem Antritt der Erbschaft? Da aber das altdeutsche Recht (und auch wieder das BGB) auf dem gegenteiligen Standpunkt des Vonselbsterwerbs steht („Der Tote erbt den Lebendigen“), müsste es, wenn dies der entscheidende Gesichtspunkt sein sollte, eher heißen: Der Erblasser be-erbt den Erben. Es bleibt das merkwürdige Phänomen, dass nach der Logik der Sprache „beerben“ eigentlich bedeuten müsste „sich zu jemandes Erben machen“¹⁴.

¹³ BGHZ 72, 85 (86).

¹⁴ In der spätmittelalterlichen Rechtssprache meint „*beerben*“ sowohl (1) jemandes Erbe sein bzw. etwas erben wie auch (2) an jemanden etwas vererben, jemanden mit etwas beerben (z. B. „beerft se mit irme rechte unde mit irme gude“, Sachsenspiegel, II, 23) wie auch (3) als Adjektiv erbeingesessen, begütert, „beerbt“ sein. Eine zeitliche Priorität der einen oder anderen Bedeutung lässt sich anhand der Quellen kaum ausmachen; die frühesten schriftlichen Belege finden sich wohl für Bedeutung (2); (1) könnte ein Konversosem von (2) sein. – Dieselbe Vielgesichtigkeit wie beim Wort „beerben“ finden wir in der Geschichte auch beim Grundwort „*erben*“. Es wird sowohl verwendet für den Erbennehmer (übrigens auch ein bezeichnendes, heute kaum noch verwendetes Wort; nach Kluge, Etymologisches Wörterbuch, 22. Aufl. 1989, ist „der Erbennehmer“ die ältere Ausdrucksweise von „der Erbe“) und meint dann Erbe werden, etwas durch Erbschaft erlangen (1) wie auch für den Erblasser

VI. Erbfolge, Erbeinsetzung, Berufung

- 121 **Erbfolge** (vgl. z. B. §§ 369 Abs. 2, 593 a S. 1, 1477 Abs. 2 S. 2, 1483 Abs. 1 S. 2, 1503 Abs. 1, 1515 Abs. 2 S. 2, 1924 Abs. 2, 1930, 1936 Abs. 1 S. 2 a. F., 1938, 2050 Abs. 1, 2053 Abs. 1, 2057 Abs. 1 S. 1 HS. 1, 2068, 2088 Abs. 1, 2094 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 2303 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, 2309, 2310, 2316 Abs. 1, 2346 Abs. 1 S. 2, 2354 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Überschrift von Abschnitt 1 des Fünften Buches) bedeutet angeblich den mit dem Tod eines Menschen erfolgenden „Übergang des Vermögens als eines Ganzen“. So hatte es noch § 1749 Abs. 2 des Ersten BGB-Entwurfs legaldefiniert. Zu dieser Entwurfsnorm lagen in der Zweiten BGB-Kommission zwei Anträge¹⁵ vor: Der eine wollte das eingeklammerte Wort Erbfolge streichen, weil Erbfolge nicht objektiv den Übergang des Vermögens, sondern subjektiv die Nachfolge des Erben bezeichne, im Entwurf aber das Wort fälschlich im objektiven Sinne gebraucht sei. Der zweite Antrag wollte den ganzen Satz streichen, weil er selbstverständlich und wohl kaum in irgendeinem anderen Gesetz ausgesprochen sei und sich überdies aus einer richtigen Auffassung des § 1753 des Entwurfs (in der endgültigen Fassung: § 1937) ergebe. Die Kommission schloss sich dieser letzteren Ausführung an und beschloss die Streichung des § 1749 Abs. 2. Damit hat es den Anschein, als habe die Zweite BGB-Kommission die ursprünglich geplante Legaldefinition der Sache nach gebilligt. Wenn man jedoch die oben angeführten Normen näher betrachtet, in denen das Wort vorkommt, wird man nicht umhin kommen zu sagen, dass in der Regel die im ersten Änderungsantrag vorgetragene subjektive Definition das Richtige trifft. Erbfolge ist nicht primär Erbschafts-Folge, sondern Erben-Folge. Zum Ausdruck kommt dies ja auch in der geläufigen Redeweise von der gesetzlichen (bei Fehlen einer Verfügung von Todes wegen eintretenden) und der gewillkürten (durch Verfügung von Todes wegen bewirkten) Erbfolge. Man könnte daran denken, Erbfolge sei im Sinne einer Reihenfolge möglicher Erben zu verstehen, etwa im System der gesetzlichen Erbfolge, so wie „Folge“ etwa verwandt wird bei der Programmfolge oder der Speisenfolge. Dass der gesetzliche Begriff der

ser und meint dann jemanden zum Erben einsetzen, etwas an jemanden vererben (z. B. „dis-sen stul erved die vader uppe sine eldesten sone“, Sachsenspiegel, III, 26, § 3) (2) wie auch für die Erbfolge (s. schon o. Fn. 12 die Zitate von Goethe und Schiller) und meint dann, dass etwas durch Erbschaft an jemanden gelangt (z. B. „daz lehen erbet an sin erben mit rehte“, Schwabenspiegel, Lehnrecht, 31) (3); zuweilen wird es auch spezieller verwendet für den Erbfolger des Schuldners (z. B. „den schaden erben“, Landshuter Stadtrecht 1469, 196) (4). Am häufigsten ist schon im Mittelalter die Verwendung im Sinne von (1). – „Das Erbe“ bedeutet im altgermanischen „verwaistes Gut“; „der Erbe“ (z. B. altnordisch „arfi“) bedeutet demgemäß zunächst nur „der Hinterlassene“ bzw. „die Waise“. Das erklärt vielleicht von Ferne die aktivische Färbung des heutigen „beerben“ bzw. „ereren“. – Vgl. zum Ganzen *Deutsches Rechtswörterbuch*, Bd. 1, 1914, Sp. 1363; Bd. 2, 1935–1938, Sp. 54 ff.; *Grimmsches Wörterbuch*.

15 *Protokolle*, V, S. 2; vgl. auch Planck/*Flad*⁴ Vorbemerkungen Erbrecht, IV; *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht, Bd. 1, S. 150 f.: Der Redaktor des Vorentwurfs wollte das gesamte Buch statt „Erbrecht“ „Recht der Erbfolge“ nennen.

Erbfolge aber so nicht gemeint ist, unter Folge also nicht „Reihenfolge“, sondern einfach (subjektive) „Nachfolge“ versteht, zeigt sich an vielen Stellen, so z. B. in § 369 Abs. 2.

Auch der Begriff **Erbeinsetzung** (vgl. z. B. §§ 1937 ff., 2087 ff., 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2, 2304, 2306) war im Ersten BGB-Entwurf noch legaldefiniert (§ 1751 Abs. 1): „Der Erbe kann von dem Erblasser durch Verfügung von Todes wegen bestimmt werden (Erbeinsetzung)“. Die primäre Aussage dieses Satzes sollte freilich nicht der Legaldefinition gelten, sondern der generellen Möglichkeit des Erblassers, nach Belieben jede Person zum Erben zu küren¹⁶. Mit diesem Inhalt wandte sie sich vor allem gegen den Code Civil, nach dem der Testamentserbe wirklicher Erbe nur war, wenn er auf den ganzen Nachlass eingesetzt war und Noterben nicht gegenüberstand. In allen anderen Fällen war der eingesetzte Erbe zwar gegenüber den Gläubigern und Vermächtnisnehmern Erbe, gegenüber den gesetzlichen Erben (Noterben) aber nur Legatar à titre universel; er hatte gegen diese Erben lediglich Anspruch auf Auskehrung des Nachlasses. Der Erste BGB-Entwurf, der, ebenso wie das endgültige BGB, nur einen obligatorischen Pflichtteilsanspruch kannte, hatte keinen Anlass, sich in dieser Frage dem Code Civil anzuschließen. Für uns bleibt es bei der ursprünglichen Definition: Erbeinsetzung ist Bestimmung eines Erben (gleich in welcher Gestalt, sei es als Allein-, Mit-, Vor-, Nach- oder Ersatzerbe) durch vom Erblasser getroffene Verfügung von Todes wegen. Das Gesetz selber (§§ 1924 ff., 2104 f.) bestimmt Erben, setzt aber keine ein. In der endgültigen und noch heutigen Gestalt des BGB haben wir eine verdeckte Legaldefinition der Erbeinsetzung in § 1937 (Überschrift und Text) in Verbindung mit § 1941. Wichtig am Begriff der Erbeinsetzung ist noch, dass die Erbeinsetzung immer nur durch den Erblasser, d. h. mit anderen Worten: nur für seinen eigenen Nachlass, nicht für den eines anderen, erfolgen kann.

Wenn eine Person Erbe des Erblassers werden soll, muss nicht nur der Erbfall eingetreten, d. h. der Erblasser verstorben sein, sondern es muss auch die fragliche Person als Erbe dieses Erblassers und damit zur Erbfolge **berufen** sein (vgl. z. B. §§ 1483 Abs. 1 S. 1, 1503 Abs. 1, 1931 Abs. 1 S. 1, 1942 Abs. 1, 1948, 1951, 1963 S. 1, 2097, 2306 Abs. 1, 2344 Abs. 2). Berufung setzt Berufungsgrund voraus. Berufungsgrund ist ein vom Gesetz vorgegebener Tatbestand bestimmter Art, an den das Gesetz die Folge knüpft, dass die den Tatbestand erfüllende Person überhaupt und abstrakt (d. h. noch ohne Rücksicht auf ihre je individuellen Eigenschaften oder Verhältnisse) Erbe des Verstorbenen werden kann. Man unterscheidet zwei Berufungsgründe (vgl. auch § 1948): Gesetz und Verfügung von Todes wegen (sei letztere nun Testament oder Erbvertrag). – Im römischen Recht bedeutete Berufung als Erbe (Delation) die Eröffnung der Möglichkeit für den Erben, die Erbschaft durch Willenserklärung (Antretung) zu

¹⁶ *Motive*, V, S. 3 f. Zu den Gründen für die Nichtaufnahme der Legaldefinition *Protokolle*, V, S. 3.

erwerben. Hier passte das Wort „Berufung“ noch besser als im heutigen Recht, das die Erbschaft ohne weiteres (freilich noch unter Verlangen von „Erbfähigkeit“) und *ipso morte* auf den Berufenen überträgt, wenn auch mit dem Recht der Ausschlagung (§ 1942 Abs. 1). Das bloße „Berufen-Werden“ im Sinne eines Angebots kommt heute nur noch im zusätzlichen Erfordernis der Erbfähigkeit und im Recht der Ausschlagung, also nur noch unzulänglich, zum Ausdruck. Im römischen Recht erlosch die Berufung, wenn der Berufene vor Antretung der Erbschaft verstarb, und nur im Ausnahmefall wurde die Berufung auf den Erben des Berufenen übergeleitet (transmittiert). Nach unserem Recht erwirbt der Berufene die Erbschaft mit dem Erbfall (§ 1922 Abs. 1), und wenn er nach dem Erbfall stirbt, geht die Erbschaft als Bestandteil seines Nachlasses ohne weiteres auf seinen Erben über, freilich mit dem Recht, sie auszuschlagen (§ 1942). Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Vererbung der Berufung, denn über die Berufung gibt es weder Verfügung noch Vererbung. Als Erbe berufen bleibt man mit dem Erbfall ein für allemal. Gelangt die Erbschaft an den Erbeserben, hat dieser sie nicht als Erbe des Erblassers, sondern als Erbe des Erben; er ist Berufener des Erben und nicht des Erblassers. – Im römischen Recht galt das Prinzip der Sukzessivberufung: Die Delation der Erbschaft erfolgte in einer bestimmten Reihenfolge, und zwar zunächst an die in dieser Reihenfolge an erster Stelle stehende Person. Erwarb diese die Erbschaft nicht, so wurde sie dem nächsten deferiert usw. Wer jeweils dieser Nächste war, bestimmte sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Wegfalls. Für unser Recht wird demgegenüber teilweise von *Eventualberufung* gesprochen¹⁷: Zur Erbfolge berufen seien alle, die in einem Verhältnis zum Erblasser stehen, das ihnen die nähere oder entferntere Aussicht darauf gewährt, Erbe zu werden. Das Wort *Eventualberufung* bringe zum Ausdruck, dass nach dem BGB die Berufung beim Wegfall eines Berufenen nicht an den erfolgt, der im Zeitpunkt dieses Wegfalls der Nächste zur Erbschaft ist, sondern an den, der an Stelle des weggefallenen Erstberufenen berufen gewesen wäre, wenn der Weggefallene „zur Zeit des Erbfalls“ nicht vorhanden und berufen gewesen wäre (§§ 1953 Abs. 2; 2078 ff., 142 Abs. 1; 2344 Abs. 2). Dass der Begriff *Eventualberufung* für das BGB sinnvoll und berechtigt sein könnte, der eventualiter Berufene (z. B. der Ersatzerbe im Sinne des § 2096) möglicherweise auch schon vor dem Wegfall des zunächst Berufenen (wenn auch noch nicht vor dem Erbfall) „Berufener“ genannt werden darf oder zur Erbfolge „berufen“ ist, dafür könnte etwa der Wortlaut von § 2097 ein Argument sein; denn wenn es einen „zunächst“ Berufenen gibt, müsste es an sich auch (schon während des „zunächst“) einen „eventualiter“ Berufenen geben. Doch zeigen die §§ 1930, 1953 Abs. 2 mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit, dass nach dem BGB berufen nur ist, wer bis zu seinem eventuellen

¹⁷ Strohal, Bd. 1³, § 2 Fn. 4; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, § 9 II 2 (S. 24). Die Terminologie ablehnend mit überzeugenden Gründen Binder, Erbrecht, 2. Aufl. 1930, § 5 I (S. 10), dem der Text folgt.

Wegfall gegenwärtig als Erbe „dran“ ist¹⁸. Die Rede von der Eventualberufung verwechselt die Frage nach dem Was der Berufung mit dem Wer der Berufung. Dass die Person des nach einem Wegfall zum Zuge kommenden Erben nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Erbfalls und nicht in dem des Wegfalls bestimmt wird, darf nicht mit dem Wesen und dem Inhalt von Berufung verwechselt werden. Erwirbt der Erstberufene die Erbschaft endgültig, ist der angeblich eventualiter Berufene nie zur Erbschaft berufen gewesen; schlägt er aus, wird der angeblich schon bisher (eventualiter) Berufene überhaupt erst berufen. Nach § 1953 Abs. 2 wirkt nur der Anfall zurück, aber nicht die Berufung. Stirbt der an zweiter Stelle Stehende nach dem Erbfall, aber vor dem Wegfall des an erster Stelle Stehenden, stellt sich die Frage, wer nun als Berufener des (Erst-)Erblassers zu betrachten ist: der bereits Verstorbene oder seine Erben? Es sind seine Erben, aber nicht qua eigenen Rechts, sondern nur als Erben des Erben. Schlagen sie ihre Erbschaft aus, entfällt auch die durch diese Erbschaft vermittelte Berufung; annehmen können sie die Ersterbschaft dann nicht mehr.

VII. Erbfähigkeit

1. Ausgangspunkt

Die Berufung als Erbe genügt nicht, um Erbe zu werden. Hinzukommen muss die **Erbfähigkeit**. Erbfähigkeit gehört nicht zum Berufungstatbestand. Sie ist nicht Ausdruck einer bestimmten vom Gesetz vorausgesetzten Beziehung zum Erblasser, also nicht Relation, sondern eine absolute Eigenschaft der qua Berufung als Erbe in Betracht kommenden Person. Nach älteren Rechten war die Erbfähigkeit ein Vorrecht. Insbesondere in Rom stand sie nur römischen Bürgern und zugunsten von Römern deren Sklaven zu. Auch war sie zahlreichen Klassen von Personen zur Strafe entzogen¹⁹. Nach jetzigem Recht ist jede rechtsfähige Person auch erbfähig. Erbfähigkeit bedeutet nichts anderes als erbrechtliche Rechtsfähigkeit. Erbfähig sind sowohl Volljährige wie Minderjährige, sowohl Geschäftsfähige wie Geschäftsunfähige, sowohl Deutsche wie Ausländer, sowohl natürliche wie (arg. e §§ 1936, 2044 Abs. 2 S. 3, 2101 Abs. 2, 2105 Abs. 2, 2106 Abs. 2 S. 2, 2109 Abs. 2, 2163 Abs. 2, 2210 S. 3, EGBGB Art. 86 S. 2) juristische Personen. Juristische Personen können also wohl „leben“ (§ 1923 Abs. 1), aber nicht „sterben“ (§ 1922 Abs. 1) oder besser: das Gesetz meint in § 1922 Abs. 1 mit dem erstgenannten Begriff der „Person“ etwas anderes als mit dem zweitgenannten.

124

¹⁸ Vgl. auch *Motive*, V, S. 488: Derjenige, der, vorbehaltlich des Rechts der Ausschlagung, die Erbschaft erwirbt, ist „berufen“. Dies ergebe sich aus dem Gesetzestext von selbst, deshalb werde darauf verzichtet, den Begriff der Berufung zu einem technischen zu machen.

¹⁹ *Dernburg*, Pandekten, Bd. 3, § 59.

2. Überleben

- 125 Erbe kann nur werden, wer „zur Zeit des Erbfalls lebt“ (§ 1923 Abs. 1). Daraus ergibt sich ein Doppeltes: Der Erbe muss eine andere, vom Erblasser verschiedene Person sein²⁰. Der Erbe muss den Erblasser überleben. Bei der Nacherbfolge ist § 1923 gemäß § 2108 Abs. 1 entsprechend anzuwenden: Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Nacherbe zur Zeit des Nacherbfalls schon und noch lebt. Das Überlebensefordernis war im Ersten BGB-Entwurf noch deutlicher ausgedrückt: „Erbe kann nicht werden, wer nicht den Erblasser überlebt hat“ (§ 1752). Die Zweite BGB-Kommission²¹ ging von dieser Fassung (zu Unrecht, vgl. die Fiktion des § 1923 Abs. 2) ab, weil das Wort „überleben“ sprachlich bedeute, dass eine Person neben der anderen gelebt und nach deren Tod noch fortgelebt habe. Da aber das Recht hinsichtlich des nasciturus (heute § 1923 Abs. 2) von dem Erfordernis des gleichzeitigen Lebens mit dem Erblasser absehe, dürfe nicht gesagt werden, dass die Fähigkeit einer Person, Erbe zu werden, durch ihr Überleben im Verhältnis zum Erblasser bedingt sei. Die Worte „Wer zur Zeit des Erbfalls lebt“ umfassten zwar an und für sich ebenfalls nicht den nasciturus, entsprächen jedoch der Bestimmung des Absatzes 2 (heute § 1923 Abs. 2), in welcher der Schwerpunkt der ganzen Vorschrift liege. In der geänderten Fassung nehme diese zu den beiden in Betracht kommenden Fragen, ob der Erbe zur Zeit des Erbfalls schon und noch leben müsse, in richtiger Weise Stellung. – Zur näheren Bedeutung des § 1923 Abs. 2 bleibt Folgendes zu bemerken: Tiere „leben“ zwar und sind auch keine „Sachen“ (§ 90 a S. 1); sie sind aber auch keine „Personen“, und daher können sie schon nach § 1922 Abs. 1 nicht Erbe sein. Die Erbeinsetzung eines Tieres kann aber gegebenenfalls in eine Auflage (§§ 2192 ff.) umgedeutet werden. Auch die vorverstorbene Person vermag nicht Erbe zu sein.
- 126 Oft bleibt zweifelhaft, ob jemand kurz vor oder kurz nach dem Erblasser gestorben ist. Dann muss bei Unauflöslichkeit des Zweifels § 11 VerschollensG Anwendung finden: „Kann nicht bewiesen werden, dass von mehreren gestorbenen oder für tot erklärten Menschen der eine den anderen überlebt hat, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben sind“. Diese sog. Kommorientenvermutung setzt nicht Umkommen in gemeinsamer Gefahr voraus²² (anders noch § 20 a. F.). Gleichzeitig Verstorbene können einander wegen § 1923 Abs. 1

²⁰ BGHZ 98, 1 (5) = NJW 1986, 2434 (2435); Staudinger/Marotzke²⁰⁰⁸ § 1922 Rn. 31.

²¹ Protokolle, V, S. 4.

²² Gegeben etwa, wenn Eheleute bei einem Flugzeugabsturz ums Leben kommen, so in BGHZ 72, 85. § 11 VerschG setzt weder „Umkommen in gemeinsamer Gefahr“ voraus, noch lässt es ein solches „Umkommen in gemeinsamer Gefahr“ ausreichen. Dies Letztere ist rechtspolitisch unbefriedigend, weil es dem vermutlichen Erblasserwillen (als dem Maßstab des gesetzlichen Erbrechts) widerspricht. Nehmen wir an, ein Ehepaar und sein (einziges) gemeinsames Kind kommen bei einem Verkehrsunfall ums Leben; die Mutter stirbt (nachweisbar) als erste, dann stirbt (nachweisbar) das Kind, als letzter stirbt (nachweisbar) der Vater; die Mutter ist kurz vor dem Unfall Erbin ihrer eigenen Mutter geworden. Das ganze Vermögen des ums Leben gekommenen Ehepaars geht an die Familie des Ehemannes.

nicht beerben. Eine rechtspolitische Alternative zu § 11 VerschollenheitsG, in der Mehrzahl der Fälle den faktischen Verlauf wohl sogar besser abbildend, wäre die Vermutung, dass der Jüngere nach dem Älteren verstarb. Der Nachteil dieser Lösung läge freilich darin, dass ein und dasselbe Vermögen (nämlich das des Älteren) innerhalb kurzer Zeit zweimal den Inhaber wechselt und damit zweimal Erbschaftsteuer verursacht; und das, obwohl der Altersunterschied der beiden Verstorbenen vielleicht nur geringfügig war.

3. Nasciturus

Die Fiktion des § 1923 Abs. 2 setzt voraus, dass der noch nicht Geborene zur 127
Zeit des Erbfalls schon gezeugt war (den *nondum conceptus* erfasst die Norm also nicht) und später lebend geboren wird („noch nicht lebte“). Bei Fehl- und Totgeburten ist § 1923 Abs. 2 unanwendbar. „Lebensfähigkeit“ des Neugeborenen wird freilich nicht verlangt. § 1923 Abs. 2 bedeutet nicht, dass der zur Zeit des Erbfalls noch nicht Geborene, aber bereits Gezeugte (*nasciturus*) schon mit dem Erbfall Erbe wird. Die zweite Voraussetzung des § 1923 Abs. 2 wird erst mit der Geburt erfüllt, und daher kann die Erbschaft erst in diesem Zeitpunkt anfallen. Für den *nasciturus* kommt die Ausstellung eines Erbscheins nicht in Betracht. Die Ausschlagungsfrist beginnt dementsprechend frühestens mit der Geburt²³.

Freilich gibt es wegen des zentralen Norminhaltes von § 1923 Abs. 2 gewisse 128
Vorwirkungen und *Rückwirkungen* der Geburt. Zu den Vorwirkungen gehört, dass wegen § 1946 die Ausschlagung schon vor Beginn der Ausschlagungsfrist, also schon zwischen Erbfall und Geburt, (durch den gesetzlichen Vertreter) erklärt werden kann. In der Zeit zwischen Erbfall und Geburt des zum Erben berufenen *nasciturus* ist noch ungewiss, ob er oder ein anderer Erbe sein wird. Bei entsprechendem Fürsorgebedürfnis für den Nachlass muss und kann dann wegen „Unbekanntheit des Erben“ ein Nachlasspfleger bestellt werden (§ 1960). Davon zu unterscheiden, aber ebenfalls möglich, ist die zur Wahrung des (künftigen) Erbrechts unter Umständen angezeigte Pflegschaft für die Leibesfrucht (§ 1912). Die Eltern (§ 1912 Abs. 2) oder der Pfleger im Sinne des § 1912 (nicht der Nachlasspfleger) können für den *nasciturus* auf „Feststellung seiner bedingten Erbberechtigung“, die in der Schwebezeit zwischen Erbfall und Geburt bereits ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist²⁴, klagen. § 2043 Abs. 1 schließt die Erbauseinandersetzung bis zur Geburt aus. Die Rückwirkungen der tatsächlich erfolgten Geburt ergeben sich aus den Worten „gilt als vor dem Erbfall geboren“. Der Geborene ist so zu behandeln, wie wenn er mit dem Erbfall

Die Geschwister der ums Leben gekommenen Ehefrau und Mutter werden das kaum als gerecht empfinden können.

²³ *Motive*, V, S. 501 i. V. m. S. 488; *KG* OLGE 14, 318; *KGJ* 34, A 79; MünchKomm/*Leipold*⁴ § 1944 Rn. 2; Staudinger/*Otte*²⁰⁰⁸ § 1944 Rn. 17.

²⁴ *RGZ* 75, 408.

Erbe geworden wäre. Veränderungen im Kreis der Miterben, z. B. der zwischen Erbfall und Geburt des nasciturus erfolgte Tod eines Miterben, berühren das Erbrecht des durch § 1923 Abs. 2 Begünstigten nicht (es sei denn, die Veränderungen wirken auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück, z. B. § 1953).

- 129 Nach herrschender, aber bestrittener Auffassung soll die Frage, ob ein nach dem Erbfall Geborener schon vor dem Erbfall gezeugt war, Gegenstand freier Beweiswürdigung sein. Die familienrechtlichen Abstammungsvermutungen (§§ 1593 S. 1, 1600 c, 1600 d Abs. 2) sollen nicht gelten²⁵. Diese Auffassung ist abzulehnen. Wird ein Kind 299 Tage nach dem Tod eines Mannes von dessen Witwe geboren, dann gilt es, wenn nicht die Vaterschaft erfolgreich angefochten wird, als Kind des Verstorbenen (§ 1593 S. 1). Die logisch zwingende Schlussfolgerung daraus wäre, dass für das Recht das Kind schon vor dem Tod des Ehemannes der Mutter gezeugt wurde und diesen daher nach § 1923 Abs. 2 beerben kann. Diesen Schluss zu ziehen weigert sich die herrschende Meinung, aber zu Unrecht. Gelingt dem Kind der Nachweis nicht, dass es vor dem Tod des Ehemannes der Mutter gezeugt wurde, von wem auch immer (denn Kind des Ehemannes bleibt es allemal), hätte es erbrechtlich betrachtet überhaupt keinen Vater, denn Vaterschaftsanerkennung oder Feststellung des biologischen Vaters kommen nach §§ 1594 Abs. 2, 1600 d Abs. 1 nicht in Betracht. Wäre das Kind einen Tag vor dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren, hätte es ohne weiteres ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht nach ihm, auch wenn es biologisch nicht von ihm abstammte. Was soll die Schlechterstellung des Kindes in unserem Ausgangsbeispiel begründen?

- 130 Neue Probleme im Umkreis des § 1923 Abs. 2 werfen die Methoden der künstlichen Reproduktion auf. Kommt es bei der In-vitro-Fertilisation darauf an, ob der Embryo sich bereits im Mutterleib befand²⁶, oder genügt die bloße Fertilisation auch vor der Implantation²⁷? Für die erste Ansicht spricht, dass der Gesetzgeber wie selbstverständlich von einer „Leibesfrucht“ (§ 1912) im Mutterleib ausging und die zweite Ansicht für Manipulationen Raum bietet; denn die Einpflanzung des Embryos in den Mutterleib könnte von der Werthaltigkeit des Erbes abhängig gemacht werden. Außerdem kann der Embryo erst mit der Implantation einer bestimmten Familie zugeordnet werden (Rechtssicherheit). Für die zweite Ansicht sprechen jedoch entscheidend die Schutzwürdigkeit auch schon des In-vitro-Fertilisierten und der Wortlaut des § 1923 Abs. 2. Wie steht es, nächstes Problem, mit der postmortalen Befruchtung künstlich konservierter Samen- oder Eizellen? Kann hier § 1923 Abs. 2 analog angewandt werden²⁸? Nach §§ 4 Abs. 1 Nr. 3, 1

²⁵ Vgl. nur MünchKomm/Leipold⁴ § 1923 Rn. 16, für die Gegenansicht Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ § 1923 Rn. 20.

²⁶ H.M., Zierl DRiZ 1986, 302 (303); Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ § 1923 Rn. 29; Erman/Schlüter¹² § 1923 Rn. 3; Bamberger/Roth/Müller-Christmann² § 1923 Rn. 7; Lange/Kuchinke⁵ § 4 III 2 b (S. 80); Ebenroth, Rn. 15.

²⁷ Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, S. 64f., 155f., 164, 178ff.; ders. FamRZ 1986, 758; Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, S. 119; Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 31f.; Soergel/Stein¹³ § 1923 Rn. 6; MünchKomm/Leipold⁴ § 1923 Rn. 26.

²⁸ Dafür Soergel/Stein¹³ § 1923 Rn. 6; MünchKomm/Leipold⁴ § 1923 Rn. 17; Brox/Wal-

Abs. 1 Nr. 1 und 2 EmbryonenschutzG ist es auch bei Einwilligung des Spenders bzw. der Spenderin verboten und strafbar, bei einer künstlichen Befruchtung Samen- oder Eizellen einer bereits verstorbenen Person zu verwenden. Gleichwohl muss das Recht mit dem tatsächlichen Vorkommen postmortaler Zeugungen rechnen und die sich dann stellenden Fragen beantworten. Eine Analogie zu § 1923 Abs. 2 muss richtigerweise verneint werden. Da gegen die Berufung postmortal Gezeugter zu Nacherben innerhalb der Fristen des § 2109 keine Bedenken bestehen, kann es nur um das gesetzliche Erbrecht postmortal Gezeugter gehen, und zwar genauer um eine (an sich dem Gesetz unbekannt) gesetzliche Nacherbfolge auf den Zeitpunkt der Befruchtung (abhängig von und ausgelöst durch die Geburt). Da durch die Möglichkeit der Kryokonservierung über lange Zeit hinweg Ungewissheit über die erbrechtliche Lage bestünde und die Gefahr von Manipulationen besteht, gebietet die Rechtssicherheit eine Verneinung der Analogie. – Eine dem § 1923 Abs. 2 ähnliche Norm findet sich für die werdende Stiftung in § 84. Für andere werdende juristische Personen gibt es keine Ausnahme von § 1923 Abs. 1. Auch OHG (§ 124 Abs. 1 HGB), KG (§ 161 Abs. 2 HGB) und BGB-Gesellschaft (herrschende Meinung) sind erbfähig, nicht jedoch Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft und nicht-rechtsfähiger Verein; bei Letzterem fällt die Erbschaft aber dem Vereinsvermögen zu.

4. Relative und absolute Erbunfähigkeit

Dieselben Wirkungen auf die Erbfolge wie das Vorversterben haben Enterbung (§ 1938), Erbverzicht (§ 2346 Abs. 1 S. 2), Ausschlagung (§ 1953 Abs. 2) und Erbunwürdigkeit (§ 2344 Abs. 2). In diesen Fällen entfällt nicht etwa die Berufung zur Erbfolge (der Erbe schlägt nicht die Berufung zur Erbfolge oder die Erbfolge aus, sondern die Erbschaft, vgl. §§ 1942 ff.). Und deshalb muss es sich um fehlende Erbfähigkeit handeln, aber anders als beim Vorversterben um **relative Erbunfähigkeit**. Denn der Enterbte, der Ausschlagende, der Erbunwürdige, der Verzichtende des Erbverzichts kann andere Personen beerben, unter Umständen sogar den Erblasser selbst aus einem anderen Berufungsgrund (vgl. § 1948; Einsetzung des auf das gesetzliche Erbrecht Verzichtenden durch Verfügung von Todes wegen). Die Vorschriften über den Ausschluss der Mitwirkung von Notaren, Dolmetschern und zugezogenen Vertrauenspersonen bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen in notarieller Form (§§ 7, 16 Abs. 3 S. 2, 24 Abs. 2, 27 BeurkG) sowie von Bürgermeistern und Zeugen bei der Errichtung von Nottestamenten (§§ 2249 Abs. 1 S. 3, S. 4, 2250 Abs. 3 S. 2) in dem Fall, dass sie selbst oder ihre Angehörigen in der Verfügung bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden, führen nicht einmal grundsätzlich zu relativer Erbunfähigkeit. Denn die genannten Personen können ohne weiteres durch eigenhändiges Testament oder kraft Gesetzes zur Erbfolge berufen sein²⁹. Es handelt sich bei einem Verstoß gegen die genannten Normen schlicht um die

131

²³ Rn. 9; Hk-BGB/Hoeren⁵ § 1923 Rn. 3. A. A. die h. M., vgl. nur Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ § 1923 Rn. 25 ff.; Zierl DRiZ 1986, 302 (303); Schumacher FamRZ 1987, 313 (314); Erman/Schlüter¹² § 1923 Rn. 3; Bamberger/Roth/Müller-Christmann² § 1923 Rn. 7; Britting, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, S. 152 ff.

²⁹ Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ § 1923 Rn. 13.

Gültigkeit oder Ungültigkeit von Verfügungen von Todes wegen³⁰. Ebenfalls begründen keine relative Erbunfähigkeit die Verbote der Vorteilsannahme im öffentlichen Dienstrecht und in § 14 HeimG (bzw. dessen landesrechtlichen Nachfolgern): Auch sie berühren nicht die gesetzliche Erbfolge und schließen nicht die Erbinsetzung durch eine nicht die Voraussetzungen der Verbotsnorm erfüllende Verfügung von Todes wegen aus.

Man wird fragen, was denn im Vergleich mit der relativen Erbunfähigkeit die **absolute Erbunfähigkeit** sei. Da in unserem Recht Erbfähigkeit mit Rechtsfähigkeit einhergeht, diese aber jedem lebenden Menschen zusteht (§ 1), scheint der Begriff, anders als für frühere Rechtsordnungen, seinen Sinn verloren zu haben. Immerhin eine, freilich eher banale Aussage ergibt sich aus dem Begriff: Der noch nicht Gezeugte und der nicht mehr Lebende sind absolut, also gegenüber jedem Erblasser und in jedem Erbfall, erbunfähig. Daher mag der Begriff mitgeführt werden. Einen Erbverzicht kennt das BGB nur gegenüber jeweils einzelnen Erblassern (§§ 2346 ff.). Einen rechtsgeschäftlichen „Erbfähigkeitsverzicht“, der zu (einer weiteren Form von) absoluter Erbunfähigkeit führen würde, gibt es nicht. Ihm stünden das numerus-clausus-Prinzip des Erbrechts und Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, § 138 entgegen.

5. Erbwürdigkeit

- 132 **Erbwürdigkeit**, die nur bei an sich erbfähigen Personen bejaht oder verneint werden kann, ist dem BGB als positive Voraussetzung der Erbfolge fremd. Es kennt als Rechtsbegriff, wie schon das römische Recht, nur ihre Negation, die Erbunwürdigkeit (§§ 2339 ff.). Sie besteht darin, dass das von dem Erbfähigen gültig Erworbene ihm wegen schwerer Verfehlungen gegen den Erblasser im Wege der Anfechtung wieder entzogen werden kann.

VIII. Erbanfall

- 133 Qua Erbfolge („Berufung“ und „volle Erbfähigkeit“ umschreiben deren Voraussetzungen) fällt dem Erben die Erbschaft an. Erbfall und **Erbanfall** (§ 1942 Abs. 1: „Anfall der Erbschaft“; „angefallene Erbschaft“ in §§ 1432 Abs. 1, Abs. 2, 1455 Nr. 1, Nr. 3, 1822 Nr. 1, 1942 Abs. 2, 2371, 2385 Abs. 1; vgl. auch, für das Vermächtnis, § 2176) sind begrifflich zu trennen, obwohl beide in der Regel gleichzeitig stattfinden. Die Erbschaft geht nach § 1922 Abs. 1 „mit dem Tode“ des Erblassers auf den Erben über. Dies bedeutet, dass der Übergang automatisch, d. h. ipso iure, geschieht; eine Mitwirkung oder auch nur ein Wissen und

³⁰ Zuzugeben ist freilich, dass Eingrenzung von Erbfähigkeit und Aufstellung zwingender Formvorschriften funktionell auf derselben Stufe stehen. So für die „Aktivseite“, das Verhältnis von Eingrenzung der Testierfähigkeit und Aufstellung zwingender Formvorschriften, *BVerfGE* 99, 341 (352).

Wollen des Erben ist ebensowenig erforderlich wie die Mitwirkung einer Behörde oder das Handeln eines zwischengeschalteten Erbschaftsverwalters. Es bedeutet zweitens, dass der Übergang „ipso morte“, also ohne Schwebephase (ohne die Existenz einer ruhenden Erbschaft), übergeht. An sich hätte es daher nahe gelegen, den Begriff „Anfall der Erbschaft“ oder „Erbanfall“ schon in § 1922 Abs. 1 einzuführen, etwa als Klammerzusatz hinter dem letzten Wort „über“³¹. Dass das Wort erst in § 1942 Abs. 1 legaldefiniert wird, hat jedoch seinen guten Grund. „Anfall“ meint eben gerade „ausschlagbaren Vonselbsterwerb“; die Ausschlagungsmöglichkeit gehört schon begrifflich zum „Anfall“ der Erbschaft³². Nicht jeder Erbfall löst zwingend nur einen Erbanfall aus. Bei der Nacherbfolge gibt es zwei Erbanfälle (§ 2106 Abs. 1), aber nur einen Erbfall (§ 2142 Abs. 1); das Gesetz vermeidet in den §§ 2139 ff. streng den Begriff „Nacherbfall“. Die ipso-iure-Natur des Anfalls ist zwingend, nicht aber (§§ 2100 ff.) die ipso-morte-Natur³³. Deshalb mag es vielleicht besser sein, mit dem „Anfall“ nur die ipso-iure-Natur des Erwerbs zu benennen, nicht aber auch die ipso-morte-Natur; dies war wohl auch die Absicht des Gesetzgebers³⁴. Die Erbschaft „fällt an“; derjenige, der, vorbehaltlich des Rechts zur Ausschlagung, erwirbt, ist „berufen“. Der Erwerbsmodus ist Anfall, der Erwerbsadressat Berufener (gleich Erbe), das Erwerbsobjekt Erbschaft, der Erwerbsauslöser Erbfall.

IX. Erwerb von Todes wegen

Vom „zufallenden“ Anteil (gemeint ist der Anteil eines Miterben) sprechen die §§ 1926 Abs. 3 S. 2, 1927 S. 1, 1931 Abs. 1 S. 2, 1934 S. 2. Hier soll, anders als beim „Anfall“ der Erbschaft (oder, § 1922 Abs. 2, des Anteils eines Miterben), nicht

31 So ein entsprechender Antrag in der Zweiten BGB-Kommission, *Protokolle*, V, S. 613. Für den „Erbanfall“ nur auf § 1922 BGB verweisend § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

32 *Motive*, V, S. 488. Bedenklich die Terminologie bei *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁸, § 15 Rn. 93 f., die als „Anfallrechte“ alle Rechte bezeichnen, auf Grund deren dem Berechtigten beim Eintritt bestimmter Voraussetzungen ein Recht kraft Gesetzes zufällt, ohne dass es dazu eines darauf gerichteten Erwerbswillens des Berechtigten bedürfte; dazu gehören auch die Erwerbsrechte der §§ 953 ff., der §§ 946 ff., des § 950, des § 973, obwohl hier von einem Ausschlagungsrecht nicht die Rede ist; vgl. allerdings auch das BGB in §§ 45, 47 ff., 88, obwohl bei der Liquidation von Verein und Stiftung das Eigentum einzeln übertragen werden muss und noch nicht einmal ein Erwerb kraft Gesetzes stattfindet.

33 Dazu und zum folgenden Satz *Motive*, V, S. 488.

34 Vgl. § 2025 des Ersten BGB-Entwurfs: Abs. 1: „Der Uebergang der Erbschaft auf denjenigen, welcher durch Verfügung des Erblassers von Todeswegen oder durch Gesetz als Erbe berufen ist, erfolgt, vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung, kraft des Gesetzes (Anfall der Erbschaft)“; Abs. 2: „Der Anfall erfolgt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, mit dem Erballe“. § 1749 Abs. 1 des Ersten BGB-Entwurfs war mit § 1922 Abs. 1 heutiger Fassung textgleich, wenn man davon absieht, dass die Worte „als Ganzes“ vor dem Klammerzusatz „(Erbschaft)“ standen. In der Zweiten Kommission überließ man die Fassung der §§ 1749 Abs. 1, 2025 des Entwurfs, die man sachlich billigte, der Redaktionskommission (*Protokolle*, V, S. 613).

der ipso-iure-Charakter des Erwerbs verbunden mit der Möglichkeit von Ausschlagung betont (die Legaldefinition des § 1942 Abs. 1 folgt den eben genannten Normen systematisch nach), sondern der bloße, noch nicht näher qualifizierte Erwerb bezeichnet werden. Ganz neutral dann, aus sprachlichen Gründen, das „Erhalten“ des Anteils in den §§ 1927 S. 1, 1931 Abs. 1 S. 2, Abs. 2.

135 An zahlreichen Stellen des Gesetzes begegnet der Begriff „**Erwerb von Todes wegen**“ (§§ 1374 Abs. 2, 1418 Abs. 2 Nr. 2, 1478 Abs. 2 Nr. 2, 1629 a Abs. 1 S. 1, 1638 Abs. 1, 1639 Abs. 1, 1640 Abs. 1, 1803 Abs. 1, 1909 Abs. 1 S. 2 BGB, 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3, 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG³⁵), bezeichnenderweise aber nicht im fünften Buch des BGB. § 1369 der ursprünglichen BGB-Fassung enthielt eine Legaldefinition für den Begriff des „Erwerbs von Todes wegen“; die Norm betraf den damaligen gesetzlichen Güterstand (der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Vermögen der Frau) und lautete: „Vorbehaltsgut ist, was die Frau durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder als Pflichtteil erwirbt (Erwerb von Todes wegen) oder was ihr unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll“. Diese Legaldefinition³⁶ nahm man schon für die ursprüngliche Fassung des BGB außerhalb des gesetzlichen Güterrechts nicht ganz ernst, dehnte dort den Begriff des „Erwerbs von Todes wegen“ vielmehr über die in § 1369 a.F. genannten Fälle hinaus aus; das galt namentlich auch für den Vorläufer des heutigen § 1374 Abs. 2, nämlich den § 1521 a.F. (Eingebrachtes Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft).

136 Seit der Streichung der Legaldefinition des § 1369 a.F. ist der Rechtsanwender ohnehin nicht mehr gehindert, in allen einschlägigen Normen den „Erwerb von Todes wegen“ ausdehnend zu interpretieren. Für § 1374 Abs. 2, um nur dieses Beispiel zu nehmen, fasst eine ganz herrschende Meinung unter den Erwerb von Todes wegen neben dem durch Erbanfall, Vermächtnis und Pflichtteil Erlangten auch die Zuwendung qua Auflage, die Abfindung für einen entgeltlichen Erbverzicht, die Abfindung für die Ausschlagung der Erbschaft, die Abfindung für die weichenden Erben nach Höferecht (§§ 12 ff. HöfeO)³⁷, Ansprüche aus Vergleichen über erbrechtliche Rechtsverhältnisse³⁸ und schließlich, praktisch von besonderer Wichtigkeit, Ansprüche aus Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall³⁹. Damit sind zahlreiche Erwerbe entgegen § 1369 a.F. als „Erwerb von

35 Die den Erwerb von Todes wegen begründenden Akte werden im Erbschaftsteuerrecht „Zuwendungen von Todes wegen“ genannt (§ 8 ErbStG).

36 Zum Folgenden *Muscheler WM* 2004, 1009 f.

37 *OLGR Schleswig* 1996, 171.

38 *BGHZ* 130, 377 (384); *MünchKomm/Koch*⁴ § 1374 Rn. 17; *Staudinger/Thiele*²⁰⁰⁷ § 1374 Rn. 23; *Bamberger/Roth/J. Mayer*² § 1374 Rn. 11; a. A. *Muscheler FamRZ* 1998, 265 (268).

39 *BGHZ* 130, 377 (384) (Lebensversicherung des Sohnes für die verheiratete Mutter als Bezugsberechtigte, fällig nach nur geringer Beitragszeit); zustimmend *MünchKomm/Koch*⁴ § 1374 Rn. 18; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, *Eherecht*⁴, § 1374 Rn. 19; *Bamberger/Roth/J. Mayer*² § 1374 Rn. 12.

Todes wegen“ qualifiziert, und zwar auch Erwerbe, die nicht aus der Erbschaft (dem Nachlass) erfolgen (Abfindungen; Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, jedenfalls nach herrschender Meinung).

Letztlich läuft die Entwicklung im Zivilrecht auf die vollständige Angleichung an § 3 ErbStG hinaus. Nach § 3 Abs. 1 ErbStG gelten als Erwerb von Todes wegen der Erwerb durch Erbanfall, Vermächtnis und Pflichtteil (Nr. 1), der Erwerb durch Schenkung auf den Todesfall (§ 2301) (Nr. 2), sonstige Erwerbe, auf die die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung finden (Nr. 3), jeder Vermögensvorteil, der auf Grund eines vom Erblasser geschlossenen Vertrags bei dessen Tod von einem Dritten unmittelbar erworben wird (Nr. 4). In § 3 Abs. 2 ErbStG werden sodann einige weitere Erwerbe „als vom Erblasser zugewendet“ fingiert, wobei (erst) aus der Überschrift von § 3 ErbStG („Erwerb von Todes wegen“) hervorgeht, dass die in § 3 Abs. 2 ErbStG bezeichneten Erwerbe nicht nur als Zuwendungen des Erblassers gelten sollen, sondern dass sie auf Seiten des Erwerbers auch den Charakter als Erwerbe von Todes wegen haben⁴⁰. Unter § 3 Abs. 2 ErbStG fallen der Übergang von Vermögen auf eine vom Erblasser angeordnete Stiftung (Nr. 1), der Erwerb qua Auflage und Bedingung (Nr. 2), der Erwerb dadurch, dass bei Genehmigung einer Zuwendung des Erblassers Leistungen an andere Personen angeordnet oder zur Erlangung der Genehmigung freiwillig übernommen werden (Nr. 3), Abfindungen für den Erlass des Pflichtteilsanspruchs und für Ausschlagung von Erbe oder Vermächtnis (Nr. 4), die Abfindung für ein aufschiebend bedingtes, betagtes oder befristetes Vermächtnis, für das die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, gewährt vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Ereignisses (Nr. 5), das Entgelt für die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts (Nr. 6), der Erwerb qua §§ 2287, 812 (Nr. 7). Erwerb von Todes wegen, so kann man alle Fälle zusammenfassen, ist jeder unmittelbar oder mittelbar sich aus dem Erbfall als Ursache herleitende Erwerb.

137

X. Vorweggenommene Erbfolge

Der Begriff „**vorweggenommene Erbfolge**“ (im BGB einzige wörtliche Verwendung in § 593 a⁴¹) wird vom Gesetz nicht definiert⁴². Dasselbe gilt für den

138

⁴⁰ *Meincke*, ErbStG¹⁵, § 3 Rn. 1.

⁴¹ Außerhalb des BGB §§ 8 Nr. 2, 17 Abs. 1 S. 2 GrdstVG, 7 Abs. 1 MilchabgabenVO, 12 Abs. 12, 229 Abs. 1 S. 4 Gesetz über den Lastenausgleich, 18 Abs. 1 S. 2 Hessische Landgüterordnung, 7 g Abs. 7 S. 3 EStG, 7 Abs. 1 S. 1, 13 Abs. 1 S. 3, 17 Abs. 1 HöfeO, 14f Nr. 3 Fachanwaltsordnung. § 17 Abs. 2 HöfeO fingiert bei Übergabe des Hofes im Wege vorweggenommener Erbfolge zugunsten der anderen Abkömmlinge den Erbfall (hinsichtlich des Hofes) als eingetreten. *BVerfGE* 67, 329 (340) misst daher die gesetzliche Behandlung weicherer Geschwister an der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Zur Gleichbehandlung von Erbfolge und vorweggenommener Erbfolge auch im Unterhaltsrecht (konkret § 1577 Abs. 3) *OLG Hamm FamRZ* 2006, 1680.

Vermögenserwerb „mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ (§§ 470, 1374 Abs. 2, 1477 Abs. 2 S. 2, 1478 Abs. 2 Nr. 2 BGB; 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO; 3 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Minderung von Härten der Währungsreform; Art. 24 des bayerischen Ausführungsgesetzes zum BGB und ähnlich andere Ausführungsgesetze zum BGB; vgl. auch § 330 BGB); dieser Begriff dürfte inhaltlich mit dem der „vorweggenommenen Erbfolge“ übereinstimmen. Beide Begriffe bezeichnen keinen selbständigen Vertragstypus, sondern versuchen nur, die gemeinsame Zielrichtung von Übergaben deutlich zu machen, die teils als (Spezialfall der) Schenkung, teils als (Spezialfall der) gemischten Schenkung, teils als (Spezialfall der) Schenkung unter Auflage, teils auch als bloße unentgeltliche Zuwendung einzuordnen sind. In allen Fällen muss der Erwerb dem Erbschaftserwerb zumindest zum Teil funktionell vergleichbar sein. Dazu gehört auch, dass die Entäußerung des Veräußerers zumindest im Grundsatz endgültig ist (Rückfall- oder Rückholungsrechte bei klar bestimmten Ausnahmefällen, vgl. etwa auch § 2295, schaden nicht).

- 139 Die vorweggenommene Erbfolge wird motiviert durch den Wunsch nach Sicherheit und Bestimmtheit der Nachfolgelösung, nach Versorgungssicherheit für den Zuwendenden, unter Umständen den Wunsch nach Schaffung einer Existenzaufbauhilfe für den Erwerber. Man kann von „Übernahmevertrag“ oder von „Nachfolgevertrag“ sprechen. Typische Fälle sind (vgl. auch § 330) die Hofübergabe, die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen, aber auch von (eigen- oder fremdgenutzten) Grundstücken. Die Vereinbarung von Gegenleistungen (Leibgedinge: Versorgung bis zum Lebensende, Verpflegung, Freistellung von bestehenden Belastungen, Übernahme von Beerdigungskosten) und Ausgleichszahlungen an weichende Geschwister stehen dem „Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ und der „vorweggenommenen Erbfolge“ nicht entgegen, sondern sind geradezu typisch, sodass etwa § 1374 Abs. 2 selbst noch bei einem gewissen Übergewicht der kapitalisierten Gegenleistungen anzuwenden ist⁴³.
- 140 Vorwegnahme der Erbfolge und Unentgeltlichkeit sind keineswegs gleichbedeutend⁴⁴. Kein Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht liegt jedoch vor, wenn der Wert von Leistung und Gegenleistung wie unter Fremden nach gleichsam kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen wird⁴⁵. Freilich spricht bei einer Zuwendung zwischen nahen Angehörigen eine Vermutung dagegen, dass die Leistungen in einem solchen Austausch- oder Gegenseitigkeitsverhältnis vereinbart sind. Bei vorweggenommener Erbfolge gibt es nach

⁴² Grundlegend *Olzen*, Die vorweggenommene Erbfolge; *Jerschke*, Notarhandbuch, A V Rn. 76. Zur erbschaftsteuerlichen Behandlung einer gescheiterten vorweggenommenen Erbfolge *BVerfGE* 97, 1.

⁴³ *BGH FamRZ* 1990, 1083; Palandt/*Brudermüller*⁶⁸ § 1374 Rn. 11; Bamberger/*Roth/J. Mayer*² § 1374 Rn. 14 f.

⁴⁴ *BGH NJW* 1995, 1349.

⁴⁵ *BGH NJW-RR* 1990, 1283.

ganz herrschender Meinung wegen fehlenden „Verkehrsgeschäfts“ keinen gutgläubigen Erwerb; denn auch bei Erbfolge gäbe es ihn nicht, da die Erbfolge nicht qua Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes das Vermögen des Erblassers überleitet, und das auch bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen (§ 1922: „mit dem Tode“).

Was gleicht bei der vorweggenommenen Erbfolge der wirklichen Erbfolge? Auch bei ihr wird in der Regel nicht nur ein einzelner Vermögensgegenstand übertragen, sondern ein Teil des Vermögens oder zumindest ein Inbegriff mehrerer Einzelgegenstände (z.B. der Hof oder das Unternehmen). Erwerber ist meist einer der nächsten Angehörigen und damit ein künftiger gesetzlicher Erbe. Im Grundsatz wird Endgültigkeit der Weggabe angestrebt. Die oft vereinbarten Ausgleichszahlungen an „weichende Erben“ bringen den Willen zum Ausdruck, eine familiäre Gesamtlösung für die Generationennachfolge zu treffen. Worin liegen die markantesten Unterschiede zwischen vorweggenommener Erbfolge und wirklicher Erbfolge? Der „Erblasser“ kann bei der vorweggenommenen Erbfolge noch selber sehen, ob „seine“ Lösung „funktioniert“, und in Ausnahmefällen auch noch korrigierend eingreifen. In der Regel behält der Erblasser noch einen Teil seines Vermögens. Und er selber hat noch etwas von der Generationennachfolge, nämlich die ihm versprochenen Gegenleistungen des Übernehmers. Daher sagt der Volksmund: „Geben mit warmer Hand ist seliger als Geben mit kalter Hand“. Er sagt aber auch, dass man nichts mehr gibt, wenn man nichts mehr hat. Und ferner hörte man ihn früher sagen: „Wer vor dem Tode sich begibt des Seinen, Der eilt in kurzer Frist zu ewig langen Peinen“ oder: „Übergeben reimt sich wohl auf Nimmerleben“⁴⁶.

XI. Verfügungen von Todes wegen

„Verfügung von Todes wegen“ (s. schon o. § 6 IV) bildet den Oberbegriff zu „letztwilliger Verfügung“ und „Erbvertrag“ (§§ 1937, 1941, § 2289 Abs. 1 S. 2 im Unterschied zu § 2289 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 26 Abs. 4 EGBGB). Die erstere, synonym auch „Testament“ genannt⁴⁷, ist einseitige Verfügung von Todes we-

⁴⁶ *Graf/Dietherr*, Deutsche Rechtssprichwörter, 2. Ausgabe 1869, S. 188.

⁴⁷ Das Wort „Testament“ wurde im 15. Jahrhundert, im Zuge der Rezeption des römischen Rechts, aus dem gleichbedeutenden lateinischen Wort „testamentum“ entlehnt, einer Bildung zu lateinisch „testari (testatus sum)“ (bezeugen, bekunden, versichern, beweisen, seinen letzten Willen kundtun), dem seinerseits das lateinische Wort „testis“ (Zeuge) zugrunde liegt. Das Adjektiv „testamentarisch“ (durch letztwillige Verfügung festgelegt) stammt aus dem Ende des 18. Jahrhunderts. Vgl. *W. Pfeifer*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, dtv, 7. Aufl. 2004, sub „Testament“. Das lateinische Wort „testis“ (Zeuge) wiederum ist eine Ableitung aus „terstis“, dieses seinerseits aus „tristus“ (Stamm „tri“; drei, der „dritte“ neben den beiden Parteien); *Georges*, Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch, 8. Aufl. 1998, sub „testis“; *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Aufl. 2002, sub „Testament“ und „testieren“; *Deutsches*

gen, der zweite vertragliche Verfügung von Todes wegen. „Letztwillig“ heißt das Testament, weil der Erblasser es, im Gegensatz zum Erbvertrag, jederzeit widerrufen kann (§ 2253). Wenn er es bis zum Tod nicht widerruft, stellt es seinen „letzten“ Willen dar. Beim Erbvertrag tritt für die vertragsmäßigen Verfügungen mit Abschluss des Vertrages nach gebräuchlicher Terminologie „Bindung“ ein (§ 2289 Abs. 1). „Bindung“ meint hier nicht Durchsetzbarkeit eines „Anspruchs“ – ihn kann es wegen § 2302 nicht geben –, sondern Unwiderruflichkeit eines auf Veränderung der dinglichen Zuständigkeit angelegten Rechtsgeschäfts, ebenso wie nach § 873 Abs. 2 bei Verfügungen in Bezug auf Grundstücke. Der Begriff der „Verfügung von Todes wegen“ wird schwankend dadurch, dass das Gesetz ihn auch für einzelne Anordnungen innerhalb eines Testaments (z. B. § 2085) und innerhalb eines Erbvertrags (z. B. § 2278 Abs. 1, Abs. 2, 2300 Abs. 2) verwendet. Verfügungen von Todes wegen (in beiderlei Sinn) konstituieren die „**gewillkürte Erbfolge**“, den Gegensatz zur „**gesetzlichen Erbfolge**“, beides Begriffe, die in der Literatur gängig sind und vereinzelt auch in Gesetzen und Verordnungen vorkommen⁴⁸; von der „gesetzlichen Erbfolge“ lesen wir, anders als von der „gewillkürten Erbfolge“⁴⁹, sogar im BGB (§§ 1483 Abs. 1 S. 2, 1503 Abs. 1, 1938, 2068f., 2088, 2094 Abs. 2, 2309, 2310, 2316, 2346 Abs. 1 S. 2).

- 143 **Wirksamkeit** erlangt die Verfügung von Todes wegen erst im Zeitpunkt des Erbfalls. Bis dahin ist sie, trotz des Wortlauts der §§ 2336 Abs. 1, 2337 S. 2, 2289 Abs. 1 S. 2 (korrekt dagegen §§ 2077, 2068), weder wirksam noch unwirksam. Sie bleibt bis dahin gewissermaßen in der Schwebe⁵⁰.

XII. Pflichtteil

- 144 Besondere Vorsicht ist geboten bei Begriffen im Zusammenhang mit den §§ 2303 ff.⁵¹. Das BGB verwendet die Begriffe „**Pflichtteil**“⁵² (Abschnittsüber-

Fremdwörterbuch 5 (1981), 192–196. Vgl. auch *Leibniz*, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, 1667, Pars II, § 23, wo der Autor die „philologische Frage“ erwähnt, ob „Testament“ etymologisch korrekt von einem „mental Testieren“ abgeleitet ist (er lässt die Frage offen); Leibniz spielt hier unausgesprochen an auf Dig. 1, 2, 10: „Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est“ und auf Dig. 20, 1: „Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio“; zum „Zeugnis des Geistes“ im philosophischen Sinne vgl. v. a. *Hegel*, Einleitung in die Geschichte der Philosophie (Meiner), S. 45 ff., 176.

48 Vgl. z. B. §§ 14 Abs. 3 Nr. 1 f Sächs. JAPO, 5 Abs. 2 Nr. 1 Bay. JAPO; 7 Abs. 1 MilchabgabVO.

49 Der „gewillkürte Erbe“ immerhin (wenngleich als Wortbildung bedenklich) in §§ 2052, 2355, jeweils Überschrift.

50 *BGHZ* 109, 306 (308); vgl. aber auch den insoweit fehlerhaften Leitsatz von *BGHZ* 37, 331.

51 Vgl. etwa *RGZ* 92, 1 (2); Planck/*Greiff*⁴ vor § 2303 Anm. 3; MünchKomm/*Lange*⁴ § 2303 Rn. 9.

52 Das Wort „Pflichtteil“ begegnet schon relativ früh; „natürlicher Pflichtteil, legitima

schrift vor §§ 2303 ff., §§ 2303–2307, 2309–2312, 2315 f., 2318 f., 2325–2329, 2333–2338; 2294; 311 b Abs. 4, Abs. 5; 1371 Abs. 2, Abs. 3, 1432 Abs. 1 S. 2, 1455 Nr. 2, 1505, 1509, 1511 Abs. 2, 1513 Abs. 1 S. 3, 1586 b, 1643 Abs. 2 S. 1, 1822 Nr. 1 u. Nr. 2), „Pflichtteilsrecht“ (bzw. „Pflichtteilsberechtigung“) (§§ 2309, 2313 Abs. 2 S. 2, 2314, 2315 Abs. 1, Abs. 3, 2316 Abs. 2, 2318 Abs. 2, Abs. 3, 2319 f., 2322, 2325–2329, 2331 a, 2332, 2338; 2079, 2271 Abs. 3, 2281 Abs. 1 HS. 2, 2289 Abs. 2, 2294, 2345 Abs. 2, 2346 Abs. 1 S. 2 HS. 2, Abs. 2; 1371 Abs. 2, Abs. 3), „Recht auf den Pflichtteil“ (§ 2307 Abs. 1 S. 2), „Anspruch auf den Pflichtteil“ (§ 2317 Abs. 1), „Pflichtteilsanspruch“ (§§ 2331 a Abs. 1, 2332, 2345 Abs. 2) und „Pflichtteilslast“ (§§ 2318–2324). Das „Recht auf den Pflichtteil“ in § 2307 Abs. 1 S. 2 meint nichts anderes als den „Pflichtteilsanspruch“⁵³. Dasselbe gilt für den „Anspruch auf den Pflichtteil“ des § 2317 Abs. 1.

Es bleiben also „Pflichtteil“, „Pflichtteilsrecht“ und „Pflichtteilsanspruch“. 145
Das Wort „Pflichtteil“ meint meist den „Pflichtteilsanspruch“ (z. B. in §§ 311 b Abs. 4, Abs. 5, 1371 Abs. 2, Abs. 3, 1586 b Abs. 1 S. 3, 1643 Abs. 2 S. 1, 1822 Nr. 1 u. Nr. 2, 2305–2309, 2325–2329), kann aber auch „Pflichtteilsrecht“ bedeuten (z. B. in §§ 2294, 2333–2337). „Pflichtteilsrecht“ und „Pflichtteilsanspruch“ müssen streng auseinandergelassen werden.

Was den ersten Begriff angeht, so kann er natürlich neben der Rechtsstellung 146
des Berechtigten auch die Summe der Normen meinen, die sich mit dieser Rechtsstellung und dem Pflichtteilsanspruch beschäftigen. Diese (vom BGB vermiedene – vgl. die Abschnittsüberschrift vor §§ 2303 ff. – und daher untechnische) Redeweise soll an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben. Unter dem „Pflichtteilsrecht“⁵⁴ (im subjektiven Sinne) verstehen BGH und eine ganz herrschende Ansicht ein zwischen den in § 2303 und § 10 Abs. 6 LPaG genannten Personen sowie dem Erblasser bereits zu dessen Lebzeiten bestehendes⁵⁵, aber den Tod des Erblassers überdauerndes und mit dessen Erben sich fortsetzendes „Rechtsverhältnis“. Es äußert schon zu Lebzeiten des Erblassers rechtliche Wirkungen, kann etwa vor Eintritt des Erbfalls Gegenstand eines Erbschaftsvertrags (§ 311 b Abs. 5) und eines Erbverzichtsvertrags sein (§§ 2346 Abs. 1, Abs. 2, 2351), obwohl zu diesem Zeitpunkt der Pflichtteilsanspruch noch nicht entstanden ist (vgl. ferner §§ 1643, 1822 Nr. 1, 2281). Das Bestehen oder Nichtbestehen des Pflichtteilsrechts kann schon vor dem Tod des Erblassers Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO sein⁵⁶; der Tod des Erblassers lässt das Fest-

genant“ heißt es im Freiburger Stadtrecht (II, 7, 6) von 1520. „Notterbschaft“ ist noch etwas früher (vgl. die Nürnberger Reformation von 1479/84, XX, 10).

⁵³ BGHZ 28, 177 (181).

⁵⁴ Zentral BGHZ 28, 177 u. BGH NJW 2004, 1874.

⁵⁵ RGZ 92, 1 (2 f.); BGHZ 28, 177 (178); BGH NJW 2004, 1874; BGH NJW 1996, 1062 (1063); BGH NJW 1974, 1084 (1085).

⁵⁶ BGHZ 109, 306 (308); BGH NJW 1990, 911; BGH NJW 1974, 1084 (1085); OLG Saarbrücken NJW 1986, 1182. Nach dem Erbfall ist das Pflichtteilsrecht vorgreiflich im Sinne des § 256 Abs. 2 ZPO für den Pflichtteilsanspruch, BGHZ 109, 306 (308).

stellungsinteresse entfallen⁵⁷. Das Pflichtteilsrecht steht Abkömmlingen, Eltern, Ehegatten und Lebenspartnern schlechthin zu. Es beruht nur auf und entsteht schon mit Verwandtschaft (Geburt, Adoption), Ehe (Eheschließung), Lebenspartnerschaft (Begründung einer Lebenspartnerschaft). Es ist Ausfluss und Ersatz des gesetzlichen Erbrechts und die Quelle, aus der – unter gewissen Voraussetzungen (z. B. Überleben und Ausschluss durch Verfügung von Todes wegen) – mit dem Erbfall (§ 2317) ein Pflichtteilsanspruch entstehen kann. Man kann pflichtteilsberechtigt sein, ohne einen Pflichtteilsanspruch zu haben. Der Pflichtteilsberechtigte hat z. B. ein ihm ausgesetztes Vermächtnis angenommen, das den Pflichtteilsanspruch deckt oder übersteigt (§ 2307 Abs. 1); hier ist nur der Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen, nicht jedoch das Pflichtteilsrecht⁵⁸. Die Bezeichnung „Pflichtteilsberechtigter“ oder „pflichtteilsberechtigter“ wird vom Gesetz auch sonst in Fällen verwendet, wo ein Pflichtteilsanspruch zunächst nicht besteht, weil die in Frage kommende Person nicht von der Erbfolge ausgeschlossen ist; so in §§ 2305, 2306, 2316 Abs. 2, 2319, 2326 (wo jeweils ein besonderer Pflichtteilsanspruch erst begründet wird). Die Quelle „Pflichtteilsrecht“ besitzt noch andere Rechtswirkungen als diejenige, dass aus ihr ein Pflichtteilsanspruch entsteht: Aus ihr fließen Ergänzungsansprüche (§§ 2325 ff., 2329), Auskunftsansprüche (§ 2314), automatischer Wegfall von Beschränkungen und Beschwerden (§ 2306 Abs. 1 S. 1 a. F.), das Recht zur Ausschlagung mit verändertem Fristbeginn und veränderter Rechtsfolge (Erhaltung des Pflichtteilsanspruchs) bei Beschränkungen und Beschwerden (§ 2306 Abs. 1 S. 2 a. F., jetzt generell Abs. 1), Einreden (§§ 2318 ff.). Der „Pflichtteilsanspruch“ ist der persönliche, gegen den Erben als solchen gerichtete (§ 1967 Abs. 2) Anspruch⁵⁹ auf Zahlung einer Geldsumme⁶⁰, vermittelt keine Miterbenstellung und damit keine dingliche Teilhabe am Nachlass. Dem „Pflichtteilsanspruch“ des Trägers eines Pflichtteilsrechts steht die „Verbindlichkeit aus Pflichtteilsrecht“ (§ 1967 Abs. 2) gegenüber wie zwei Seiten ein und derselben Medaille. Keinen pflichtteilsrechtlichen Charakter (weder im objektiven – d. h. untechnischen – noch im subjektiven Sinne) besitzt die Vorschrift des § 2079. Denn die dort zugelassene Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen irrtümlicher Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten bezweckt nicht einen Schutz gegen Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils, sondern beruht auf dem Gedanken, dass der Erblasser, sofern ihm das Dasein und die Berechtigung des Pflichtteilsberechtigten bekannt gewesen wäre, nicht so verfügt haben würde, wie er verfügt hat⁶¹.

Von „**Pflichtteilslast**“ sprechen die §§ 2318, 2320–2324, 2376. Nach außen haftet für den Pflichtteilsanspruch der Erbe und – im Lichte des § 2018 wichtig – nur der Erbe, mehrere Erben als Gesamtschuldner (§ 2058), eben weil es sich

57 *BGH NJW-RR* 1990, 130; *BGH NJW-RR* 1993, 391.

58 *BGHZ* 28, 177 (181).

59 *BGHZ* 28, 177 (178); Planck/*Greiff* § 2303 Anm. 5.

60 „Geldsummenforderung“: *RGZ* 116, 5; *BGHZ* 5, 12 (17); *BGHZ* 28, 177 (178).

61 *Strobal*, Bd. 1³, § 49 Anm. 3.

um eine Nachlassverbindlichkeit in Form der Erbschaftsschuld handelt (§ 1967 Abs. 2). Die Pflichtteilslast bezieht sich nicht auf das Außenverhältnis⁶², also darauf, wie und gegen wen der Pflichtteilsanspruch durch seinen Gläubiger geltend zu machen ist, sondern auf die Frage, ob seine Folgen vom Schuldner auf andere abgewälzt werden können, also gewissermaßen auf das „Innenverhältnis“ (vgl. etwa auch §§ 1499, 1500 Abs. 1, 1511 Abs. 3 S. 2). Es geht darum, wie die Last im Innenverhältnis unter Miterben zu verteilen ist – hierfür gilt die Regel einer Verteilung nach Erbquoten (§§ 2038 Abs. 2 S. 1, 748) – und wie weit sie auf ein Vermächtnis oder eine Auflage abgewälzt werden kann (§§ 2318 ff.). Nur durch eine Bestimmung innerhalb der §§ 2318 ff., nämlich durch § 2319, wird gegenüber dem Pflichtteilsanspruch selbst eine Einrede begründet; hier gebraucht aber das Gesetz nicht den Begriff Pflichtteilslast. Ein Fehlgänger ist § 2376; denn hier wird der Begriff „Pflichtteilslast“ im Sinne von Pflichtteilsverbindlichkeit verwendet. Der Begriff „Pflichtteilslast“ ist generell unglücklich gewählt. Denn unter einer „Last“ versteht man im Allgemeinen (§ 103; §§ 436, 446, 535, 748, 995, 1047, 2022, 2126, 2185, 2379) die auf einer Sache oder einem Recht liegende Verpflichtung zu einer Leistung, die aus der Sache oder dem Recht zu entrichten ist und den Nutzungswert mindert⁶³, also z. B. Hypothekenzinsen, Grundschuldzinsen, Prämien der Sachversicherung, Grundsteuer, Erschließungsbeiträge. Für die Pflichtteilslast passt diese Definition in mehrfacher Hinsicht nicht: Sie betrifft erstens das Außenverhältnis. Zweitens mindert die Pflichtteilslast der Sache nach keineswegs nur den Nutzungswert des Nachlasses, sondern geht auf einen Teil der Nachlasssubstanz. Drittens liegt die Pflichtteilslast weniger auf der Sache „Nachlass“, sondern eher auf den beteiligten Personen, was sich etwa bei § 2318 im Falle eines Verschaffungsvermächtnisses zeigt. Hat der Erbe ein Vermächtnis bereits erfüllt ohne Kürzung nach § 2318 und der Vermächtnisnehmer den Vermächtnisgegenstand bereits weiterveräußert, so kann der Erbe seinen Kürzungsanspruch (§ 812 Abs. 1 S. 1) grundsätzlich nur gegen den Vermächtnisnehmer geltend machen.

Vom „**Recht zur Entziehung des Pflichtteils**“ sprechen die §§ 2337 S. 1, 1509 S. 1, 1513 Abs. 1 S. 1, 2294 (früher auch §§ 2335 Abs. 2, 1611 Abs. 2, 1621 Abs. 2 a. F.). Es handelt sich dabei um ein schon (und nur)⁶⁴ zu Lebzeiten des Erblassers existierendes und nicht etwa (nur) um ein vom Tode des Erblassers abhängiges künftiges Recht. Die Ausübung des Rechts geschieht notwendig zu Lebzeiten des Erblassers durch ein von diesem selbst vorzunehmendes Rechtsgeschäft (§ 2336). Das Recht kann noch zu Lebzeiten des Erblassers durch Verzeihung

⁶² Anders (den Begriff sowohl für Außen- wie Innenverhältnis verwendend) viele, z. B. *BGHZ* 28, 177 (178); *Planck/Greif*³ vor § 2303 Anm. 4 c; *Kipp/Coing*¹⁴ § 12 (S. 83 ff.); *Lange/Kuchinke*⁵ § 37 IX (S. 924); v. *Lübnow*, Bd. I, S. 579 f.; *Staudinger/Haas*²⁰⁰⁶ § 2318 Rn. 1. Richtig *Leonhard*² § 2318 Anm. I.

⁶³ *RGZ* 66, 318; *BGH NJW* 1982, 1278; *BGH NJW* 1986, 2438; *BGH* 1994, 2283; *OLG Hamm NJW* 1989, 839; *Palandt/Ellenberger*⁶⁸ § 103 Rn. 1.

⁶⁴ *BGH NJW* 1990, 146.

erlöschen (§ 2337). Das Recht auf Entziehung des Pflichtteils ist kein Anspruch (etwa im Sinne eines Handlungs- oder Duldungsanspruchs gegen den Pflichtteilsberechtigten). Denn der Berechtigte kann den Rechtserfolg durch eigene Handlung selbst herbeiführen. Es handelt sich vielmehr (ähnlich wie beim Kündigungs-, Rücktritts-, Anfechtungsrecht) um ein Gestaltungsrecht⁶⁵. Mit seiner Ausübung wird nicht nur die Entstehung eines (künftigen) Pflichtteilsanspruchs verhindert, sondern das Pflichtteilsrecht sofort und mit unmittelbarer dinglicher Wirkung beseitigt. Das Recht zur Entziehung des Pflichtteils kann schon zu Lebzeiten des Erblassers Gegenstand einer Feststellungsklage sein, und zwar schon vor Errichtung einer Entziehungsverfügung nach § 2336, und sowohl für eine Klage des Erblassers⁶⁶ wie auch des Pflichtteilsberechtigten⁶⁷; doch entfällt mit dem Tod des Erblassers das Feststellungsinteresse für die positive⁶⁸ wie für die negative⁶⁹ Feststellungsklage. Das Recht zur Entziehung des Pflichtteils wird ausgeübt durch letztwillige Verfügung (§ 2336 Abs. 1). Ebenso wie eine Verfügung von Todes wegen generell nicht schon mit ihrer Errichtung Wirksamkeit entfaltet, sondern erst mit dem Erbfall, ebenso kann auch die berechtigte Entziehung des Pflichtteils – obwohl es um Ausübung eines Rechts geht und trotz des Wortlauts von § 2337 S. 2 – bis zum Erbfall weder wirksam noch unwirksam sein; sie bleibt vielmehr bis zum Erbfall in der Schwebe⁷⁰.

65 *RGZ* 92, 1 (6 f.); *BGH FamRZ* 1990, 146.

66 *BGHZ* 109, 306 (309) = *NJW* 1990, 911 = *JZ* 1990, 697 m. Anm. *Leipold*; *BGH NJW* 1974, 1084 f.; *RGZ* 92, 1.

67 *BGH NJW* 2004, 1874; *OLG Saarbrücken NJW* 1986, 1182; zu Einzelheiten dieser Klage *Kummer ZEV* 2004, 274. Offen noch *BGHZ* 109, 306 (309).

68 *BGH FamRZ* 1990, 146 = *NJW-RR* 1990, 130.

69 *BGH FamRZ* 1993, 689 = *NJW-RR* 1993, 391.

70 *BGHZ* 109, 306 (308); *RGZ* 92, 1 (7).

§ 8 Das erbrechtliche Rechtsgeschäft

Literatur

Damrau, Jürgen: Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge auf den Todesfall, Bielefeld 1966; *ders.*: Die Verpflichtung zur Ausschlagung der Erbschaft, ZEV 1995, 425–427; *Harrer, W.*: Rücktritt und Widerruf beim gebundenen Erblasserwillen, LZ 1924, 11–21; *Hempel, Ingeborg*: Erbwürdigkeit, Historische Entwicklung und geltendes Recht, Diss. Köln 1969; *Ischinger, K.*: Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todes wegen, Rpfleger 1951, 159–166; *Keller, Hilmar*: Ausscheiden eines Miterben aus der Erbengemeinschaft durch „Abschichtung“?, ZEV 1998, 281–285; *ders.*: Aufhebung, Änderung und Ergänzung eines Erbvertrags durch die Vertragspartner, ZEV 2004, 93–98; *Klein, Peter*: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, München 1912; *Manigk, Alfred*: Willenserklärung und Willensgeschäft: ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch; ein System der juristischen Handlungen, Berlin 1907; *ders.*: Das rechtswirksame Verhalten: systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, Berlin 1939; *Muscheleer, Karlheinz*: Die Freigabe von Nachlaßgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1996, 401–406; *ders.*: Die Entlassung des Testamentsvollstreckers, AcP 197 (1997), 226–304; *Pohl, Karl Wilhelm*: Mängel bei der Erbschaftsannahme und -ausschlagung, AcP 177 (1977), 52–81.

148

I. Funktionale Einteilung

Im Erbrecht und seinem näheren Umkreis können wir drei Gruppen von Rechtsgeschäften unterscheiden: die erbrechtlichen Rechtsgeschäfte im eigentlichen Sinne, die durch Erbrecht tangierten Rechtsgeschäfte und die erbrechtsneutralen Rechtsgeschäfte. Das **erbrechtliche Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne** dient genuin erbrechtlichen Zwecken, ist also mit anderen Worten bedingt durch und abgestimmt auf spezifisch erbrechtliche Bedürfnisse. Wir müssen innerhalb seiner Grenzen weiter differenzieren zwischen dem *erbrechtskonstitutiven Rechtsgeschäft* und dem *erbabwickelnden Rechtsgeschäft*. Das erbrechtskonstitutive Rechtsgeschäft regelt die (unmittelbare oder mittelbare) materielle Nachfolge in das Vermögen des Erblassers, handle es sich nun um Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnung, Bestimmung einer Auflage, Entziehung des Pflichtteils, und es regelt die (vorübergehende) Verwaltungsnachfolge in Gestalt der Testamentsvollstreckung. Es wird entweder vor dem Erbfall (Verfügung von Todes wegen, §§ 1937 ff., 2064 ff.; 2274 ff. / Erbverzicht, §§ 2346 ff.) oder nach dem Erbfall getätigt (Annahme und Ausschlagung von Erbschaft und Vermächtnis, §§ 1942 ff., 2180 / Anfechtung wegen Unwürdigkeit, §§ 2339 ff. / Anfechtung wegen Irrtums, §§ 2078 ff., 2281 ff.). Das erbabwickelnde Rechtsgeschäft dient der Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses, sei es im Binnenbereich

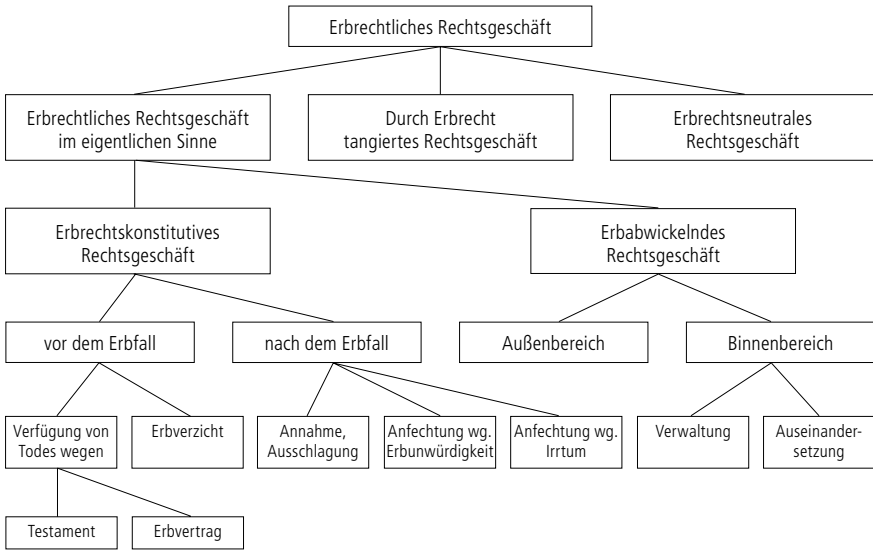
149

der Erbbeteiligten (Verwaltung: §§ 1960 ff., 2038 ff., 2205 ff. / Auseinandersetzung Erbengemeinschaft: §§ 2042 ff., 2204 / letztlich auch § 311 b Abs. 5), sei es im Außenbereich (z. B. Antrag auf Ausstellung eines Erbscheins oder Maßnahmen der Haftungsbeschränkung zugunsten des Erben: §§ 2353 ff., 1975 ff.; Veräußerung eines Nachlassgrundstücks durch den Nachlassverwalter mit Genehmigung des Nachlassgerichts: §§ 1975, 1960 ff., 1915 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1).

150 Das **durch Erbrecht tangierte Rechtsgeschäft** ist ein Rechtsgeschäft des Schuld-, Sachen-, Familien- oder sonstigen Privatrechts, für das erbrechtliche Normen Sonderregelungen treffen. Die Sonderregelung mag ebenfalls durch spezifisch erbrechtliche Bedürfnisse bedingt sein, doch gilt dasselbe in der Regel nicht auch für das Rechtsgeschäft selbst; darin liegt der Unterschied zum erbrechtlichen Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne. Das **erbrechtsneutrale Rechtsgeschäft** ist ein Rechtsgeschäft, das zwar in zeitlichem oder sachlichem Zusammenhang mit einem Erbfall steht, aber nicht spezifisch erbrechtlichen Bedürfnissen dient und auch nicht durch erbrechtliche Sondernormen tangiert wird.

151 **Beispiel:** Der bis zum Tod unverheiratete Erblasser E vermacht in seinem Testament dem V seinen fast neuen Mercedes („erbrechtskonstitutives Rechtsgeschäft“, vor dem Erbfall). V nimmt nach dem Erbfall das Vermächtnis an (§ 2180 Abs. 1; „erbrechtskonstitutives Rechtsgeschäft“, nach dem Erbfall). Der einzige Abkömmling des Erblassers, A, erhält auf seinen Antrag (neben der verfahrensrechtlichen Bedeutung zugleich „erbabwickelndes Rechtsgeschäft“, Außenbereich) einen Erbschein, der ihn als Alleinerben ausweist. A verkauft und veräußert den Mercedes an K, der Kaufpreis beträgt 50.000,- €. Ein Jahr später wird A auf Antrag des N, des Neffen des E (in Verbindung mit dem Urteil „erbrechtskonstitutives Rechtsgeschäft“, nach dem Erbfall) nach §§ 2339, 2342 für erbunwürdig erklärt; gesetzlicher Alleinerbe wird N (§ 2344 Abs. 2). Die Veräußerung des Mercedes an K ist und bleibt wegen § 2366 Alt. 1 wirksam, obwohl K in Wirklichkeit vom Nichteigentümer erworben hat (Rückwirkung der Erbunwürdigkeitserklärung, § 2343 Abs. 1) und dem wahren Erben N neben dem Eigentum auch der Besitz am Mercedes zustand (§§ 1922 Abs. 1, 857); denn wegen § 2366 Alt. 1 wird K so behandelt, wie wenn er mit dem wirklichen Erben kontrahiert hätte. Infolge Eingreifens der erbrechtlichen Sondernorm des § 2366 Alt. 1 handelt es sich bei der Veräußerung des Mercedes (§ 929) um ein „durch Erbrecht tangiertes Rechtsgeschäft“. Wegen § 275 Abs. 1 Alt. 1 ist N nach Entstehung der Vermächtnisschuld (§ 2176: Erbfall) von der Verbindlichkeit zur Übereignung des Mercedes (§ 2174) befreit; § 2169 greift nicht ein, da der Vermächtnisgegenstand im Zeitpunkt des Erbfalls noch zum Nachlass gehörte. Nach § 285 Abs. 1 kann V von N Abtretung der diesem gegen A zustehenden Herausgabeansprüche aus § 985 und §§ 2018, 2019 Abs. 1 verlangen. Die Abtretung gemäß § 398 ist wegen des erbrechtlichen Hintergrundes der §§ 275 Abs. 1, 285 Abs. 1 (hier: §§ 2174, 2366) ein „durch Erbrecht tangiertes Rechtsgeschäft“. Kauft V ein Jahr nach Zahlung durch A mit den 50.000,- € einen neuen Audi, so handelt es sich um ein „erbrechtsneutrales Rechtsgeschäft“. Weder sieht man ihm selber den erbrechtlichen Hintergrund an, noch greift zum Schutz erbrechtlicher Interessen eine Sondernorm ein.

Schaubild 6:



II. Formale Einteilung

Erbrechtliche Rechtsfolgen können bewirkt werden durch (1) erbrechtliches Rechtsgeschäft (2) erbrechtsrelevante Rechtshandlung (3) reinen Gerichtsakt (4) reines Faktum. 153

1. Das erbrechtliche Rechtsgeschäft

a) Allgemeines

Das erbrechtliche Rechtsgeschäft enthält **mindestens eine Willenserklärung**, also die Erklärung eines auf den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge gerichteten Willens einer Privatperson. Das Rechtsgeschäft kann (muss aber nicht) zusätzlich voraussetzen eine oder mehrere weitere Willenserklärungen, ein bestimmtes Faktum, die Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichtes. Beim Rechtsgeschäft ist die Rechtswirkung des Geschäftes mit der oder den in ihm enthaltenen Willenserklärungen deckungsgleich. Anders gewendet: Die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts treten ein, weil die an ihm beteiligten Personen es so wollen. Das Rechtsgeschäft bildet somit das Instrument, das die objektive Rechtsordnung den Privatpersonen zur Verfügung stellt, um innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken ihre Rechtsverhältnisse autonom zu regeln. Das Rechtsgeschäft ist ein Mittel zur Realisierung von Freiheit. Wir unterscheiden beim erbrechtlichen Rechtsgeschäft, wie oben unter I. schon gesagt, zwischen 154

dem „durch Erbrecht tangierten Rechtsgeschäft“ und dem „erbrechtlichen Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne“.

b) Vertrag

- 155 Wenn wir nun das erbrechtliche Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne näher betrachten, und zwar anders als oben unter I. nicht in funktionaler, sondern in formaler Hinsicht, dann können wir unterscheiden zwischen Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft und Vorgängen einer zweiaktigen Gestaltung. Der Vertrag spielt im deutschen Erbrecht eine nicht ganz unbedeutende Rolle. Das deutsche Erbrecht ist vertragsfreundlich. Diese Feststellung gilt sowohl für die Zeit vor dem Erbfall wie für jene nach dem Erbfall. Erbrechtliche Verträge **vor dem Erbfall** sind (1) der Erbvertrag (§§ 2274 ff.) und seine Aufhebung durch die Parteien des Erbvertrags (§ 2290), (2) der Erbverzicht (§§ 2346 ff., 2352) und seine Aufhebung (§ 2351), (3) der Kausalvertrag für den entgeltlichen Erbverzicht (§§ 311 Abs. 1, 320 ff.), (4) der Erbschaftsvertrag (§ 311 b Abs. 5) und (5) (wenn man ihn entgegen der in diesem Buch gebilligten herrschenden Meinung erbrechtlich einordnet) der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331). Das Schenkungsversprechen auf den Todesfall ist dagegen, wenn überhaupt Vertrag und nicht nur einseitiges Rechtsgeschäft, entweder Erbvertrag (§ 2301 Abs. 1) oder lebzeitiger Schenkungsvertrag (§§ 2301 Abs. 2, 516 ff.). Zu beachten bleibt ferner § 2302: Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig. (6) Nicht unter § 2302 fällt nach herrschender und zutreffender Ansicht ein Vertrag, in dem sich ein Erbe oder Vermächtnisnehmer verpflichtet, die Zuwendung auszuschlagen¹. Wird ein solcher Vertrag vor dem Erbfall ohne Beteiligung des Erblassers geschlossen, bleibt § 311 b Abs. 4, Abs. 5 zu beachten. Wird er mit dem Erblasser geschlossen (Ausschlagungsvertrag zugunsten Dritter), so ist er zum einen als selbständiges Rechtsgeschäft nicht dem Verbot des § 2302 unterworfen, auch wegen seiner spezifischen Wirkung nicht Erbverzicht im Sinne der §§ 2346 ff., und zum anderen auch dann formfrei wirksam², wenn der später auszuschlagende Nachlass (beachte: der Vertrag wirkt nur

¹ Bamberger/Roth/Litzenburger² § 2302 Rn. 1; MünchKomm/Musielak⁴ § 2302 Rn. 4; Staudinger/Kanzleiter²⁰⁰⁶ § 2302 Rn. 5; Damrau ZEV 1995, 425 (427) m.w.N. A. A. Palandt/Edenhofe⁶⁸ § 2304 Rn. 4: Der Vertrag sei formbedürftiger Erbverzicht (§ 2348); ebenso Erman/Schlüter¹² § 1946 Rn. 1; Jauernig/Stürmer¹³ § 2302 Rn. 2; AnwK-BGB/Seif² § 2302 Rn. 3; Damrau, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge auf den Todesfall, S. 27; Hk-BGB/Hoeren⁵ § 2302 Rn. 4; damit wird von diesen Autoren der Sache nach § 2302 angewandt!

² A. A. (stets formbedürftig, auch ohne Vorhandensein rechtsgeschäftlich formpflichtiger Gegenstände) die h. M., deren Vertreter entweder eine Analogie zu § 311 b Abs. 5 (Soergel/Stein¹³ § 1945 Rn. 15) oder eine Analogie zu § 2348 befürworten (Soergel/Wolf¹³ § 2302 Rn. 3; Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ § 1945 Rn. 28). Wie im Text wohl MünchKomm/Musielak⁴ § 2302 Rn. 4; Staudinger/Kanzleiter²⁰⁰⁶ § 2302 Rn. 5. Vgl. auch Damrau ZEV 1995, 425 (427).

schuldrechtlich, nicht dinglich) Gegenstände enthält, die rechtsgeschäftlich nur unter Einhaltung einer besonderen Form übertragen werden können.

Auch **nach dem Erbfall** sind zahlreiche erbrechtliche Verträge möglich. Das hängt namentlich mit der Tatsache zusammen, dass der Gesetzgeber den Erbteil des Miterben und die Anwartschaftsrechte des Nach- und Ersatzerben disponibel ausgestaltet hat. Zählen wir die Fälle auf: (1) Verfügung über den Erbteil (§ 2033) oder das Anwartschaftsrecht des Nacherben, das dieser zwischen Vor- und Nacherbfall hat, oder das Anwartschaftsrecht des Ersatzerben, das dieser zwischen dem Erbfall und dem rückwirkenden Wegfall des Haupterben hat (§ 2033 analog), (2) Kauf der Erbschaft (§§ 2371 ff.) oder des Erbteils (§§ 2371, 1922 Abs. 2) oder des Anwartschaftsrechts des Nach- bzw. Ersatzerben (§§ 2371 ff. analog), (3) (Je nach auseinanderzusetzendem Nachlassgegenstand unter Umständen formpflichtiger – vgl. z. B. §§ 311 b Abs. 1 BGB, 4 Abs. 3 WEG, 15 Abs. 4 GmbHG –) Erbauseinandersetzungsvertrag der Miterben (§§ 2042 ff.) mit anschließender dinglicher Erfüllung, (4) Abschiebung eines Miterben unter Zustimmung der verbleibenden Erben (§ 738 analog), nach herrschender Meinung entgegen § 2033 stets formfrei³, (5) (In der Regel formloser) Auslegungsvertrag⁴, in dem die Erbbeteiligten sich bei einer nicht eindeutigen Verfügung von Todes wegen auf eine bestimmte Auslegung einigen, damit zwar die objektive erbrechtliche Lage nicht „dinglich“ ändern können, sich jedoch schuldrechtlich verpflichten, einander so zu stellen, wie sie stünden, wenn die vereinbarte Auslegung die objektiv richtige wäre, (6) Dem Auslegungsvertrag ähnelt der (formlose) Vertrag über die Anerkennung eines in seiner Wirksamkeit zweifelhaften Testamentes⁵, (7) (Formlose) Vereinbarung zwischen Erben und Testamentvollstrecker über Fragen der Testamentvollstreckung, z. B. Verpflichtung des Testamentvollstreckers zur Amtsniederlegung⁶, (8) Nach dem Erbfall geschlossener (formloser) Vertrag zwischen Erben bzw. Vermächtnisnehmer auf der einen Seite und einem Dritten auf der anderen Seite über die Verpflichtung zur Ausschlagung nach §§ 1945 ff., 2180⁷, (9) (Formlose) Anerkennung des Pflichtteils nach § 852 Abs. 1 ZPO (als Voraussetzung für die Pfandverwertung) – ein merkwürdiger Vertrag, denn sein Inhalt (Anerkennung der Existenz und Geltendmachung eines Anspruchs) entspricht nicht seiner Rechtswirkung (definitive Pfändbarkeit), (10) (Formloser) Verzicht auf den Vollziehungsanspruch des § 2194 (Vertrag nach § 397), wobei ein Teil der Literatur die Verzichtsmöglichkeit uneingeschränkt (bis zur Grenze der Sittenwidrig-

156

³ BGH NJW 1998, 1557; LG Köln NJW 2003, 2993; h. M.; ablehnend Keller ZEV 1998, 281. Sog. dritter Weg der Auseinandersetzung (Auseinandersetzungsvertrag/Erbteilsübertragung/Abschiebung).

⁴ BGH NJW 1986, 1812.

⁵ RGZ 72, 209.

⁶ BGH NJW 1962, 912; BGHZ 25, 275.

⁷ Nach ganz h. M. ist dieser Vertrag stets formfrei, vgl. etwa Groll/Muscheler³ C II Rn. 131 m. w. N.

keit) bejaht⁸, ein anderer sie gänzlich ablehnt⁹ und die wohl herrschende Meinung den Verzicht dann für zulässig hält, wenn er – etwa im Hinblick auf eine veränderte Sachlage – dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht¹⁰, (11) (Formloser) Verzicht (§ 397) auf das Recht zur Anfechtung wegen Unwürdigkeit (§§ 2339 ff.), zur Anfechtung wegen Irrtums (§§ 2078 ff.) und zur Entziehung des Pflichtteils (§§ 2333 ff.), wobei zu beachten bleibt, dass ein solcher Verzicht etwas anderes ist als eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts (§§ 144, 2284) oder eine Verzeihung (§§ 2343, 2337). Nach herrschender Meinung wirkt der Verzicht des Anfechtungsberechtigten und des Entziehungsberechtigten nur schuldrechtlich¹¹, macht aber gleichwohl die Anfechtungsklage nach § 2342 wegen Verstoßes gegen § 242 (venire contra factum proprium) unzulässig¹².

c) Einseitiges Rechtsgeschäft

- 157 Neben dem Vertrag steht das einseitige Rechtsgeschäft. Dieses besteht in der Regel aus **einer** Willenserklärung. Ausnahmsweise verlangt das Gesetz zu seiner Wirksamkeit **zwei Willenserklärungen**. So kann nach § 2291 eine in einem Erbvertrag enthaltene vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet wird, vom Erblasser durch Testament aufgehoben werden. Zur Wirksamkeit der Aufhebung ist jedoch die (notariell beurkundete) Zustimmung der anderen Erbvertragspartei erforderlich. Zwar behaupten manche, der Gegenstand der Aufhebung (eine vertragsmäßige Verfügung) und die

⁸ Erman/*Schmidt*¹² § 2194 Rn. 3 (Ausnahmen: Testamentsvollstrecker und Behörde); MünchKomm/*Schlichting*⁴ § 2194 Rn. 7; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, S. 197.

⁹ *Lange/Kuchinke*⁵ § 30 III 3 c (S. 661); v. *Lübtow*, Bd. 1, S. 394; *Siber*, Erbrecht, 1928, S. 107.

¹⁰ Palandt/*Edenhofer*⁶⁸ § 2194 Rn. 3; RGRK/*Johannsen*¹² § 2194 Rn. 9; Soergel/*Dieckmann*¹³ § 2194 Rn. 10; Bamberger/*Roth/Müller-Christmann*² § 2194 Rn. 5; vgl. ferner Staudinger/*Otte*²⁰⁰³ § 2194 Rn. 11.

¹¹ Für §§ 2339 ff.: *Motive*, V, S. 525; *Brox/Walker*²³ Rn. 405; Staudinger/*Olshausen*²⁰⁰⁴ § 2343 Rn. 6; Erman/*Schlüter*¹² § 2343 Rn. 1; RGRK/*Kregel*¹² § 2343 Rn. 2; statt Vertrag einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit wohl dinglicher Wirkung annehmend (Verzicht bringt Anfechtungsrecht zum Erlöschen und kann deshalb einer Anfechtungsklage im Wege der Einwendung entgegengehalten werden mit der direkten [des Umwegs über § 242 nicht bedürftenden] Wirkung, dass die Klage unzulässig ist) MünchKomm/*Helms*⁴ § 2343 Rn. 2; v. *Lübtow*, Bd. II, S. 742. Für einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung beim Verzicht auf das Recht zur Anfechtung nach §§ 2078 ff., 2281 ff. wohl die h. M., vgl. nur *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁹, § 44 III 1 c (S. 802); a. A. (Vertrag) *Kipp/Coing*¹⁴ § 24 VII 2 (S. 178); Staudinger/*Seybold*¹¹ §§ 2078, 2079 Rn. 12 ff.; *Ischinger* Rpfleger 1951, 163; Staudinger/*Otte*²⁰⁰³ § 2080 Rn. 26; RGRK/*Johannsen*¹² § 2078 Rn. 80 ff.

¹² *Hempel*, Erbnunwürdigkeit, Historische Entwicklung und geltendes Recht, S. 81; Staudinger/*Olshausen*²⁰⁰⁴ § 2343 Rn. 6; RGRK/*Kregel*¹² § 2343 Rn. 2; a. A. Soergel/*Damrau*¹³ § 2343 Rn. 2 (Klage nach § 2342 unbegründet); a. A. ferner *Motive*, V, S. 525 (Verzicht soll nicht einmal Erbnunwürdigkeit verhindern, sondern erst dem Erbschaftsanspruch aus § 2018 einredeweise entgegengesetzt werden können).

dafür notwendige Mitwirkung der Parteien des Erbvertrags sprächen für die Vertragsnatur der Aufhebung nach § 2291¹³. Ihnen ist jedoch nicht zu folgen. Die Aufhebung erfolgt nach dem Wortlaut der Norm durch Testament, also durch einseitiges Rechtsgeschäft. Und die Zustimmung des § 2291 Abs. 1 S. 2 bezieht sich auf die „Wirksamkeit“ dieser letztwilligen Verfügung. Der Zustimmungende erklärt nicht, mit dem Erblasser zur Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung im Sinne einer einverständlichen rechtsgeschäftlichen Regelung eines Rechtsverhältnisses zusammenwirken zu wollen. Vielmehr erklärt er sein Einverständnis dazu, dass das Testament ausnahmsweise Wirkung entfalten soll, obwohl es um die Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung geht. Bei der Zustimmung handelt es sich folglich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, von der die Wirksamkeit des Testamentes, einer einseitigen und auch hier nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung, abhängt¹⁴.

Das normale einseitige Rechtsgeschäft kann aus einer nicht empfangsbedürftigen, einer privatempfangsbedürftigen oder einer amtsempfangsbedürftigen Willenserklärung bestehen. **Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen** sind (1) das Testament und der Widerruf des Testamentes (auch jener in den Formen der §§ 2255, 2256), (2) die Annahme von Erbschaft (§ 1943) und Vermächtnis (§ 2180 Abs. 1), und zwar sowohl in Form der Annahmeerklärung¹⁵ wie auch in Form der schlüssigen Annahme, der pro herede (bzw. pro legatario) gestio¹⁶, denn zwar gehört die pro herede gestio im strengen Sinne nicht zu den „Willenserklärungen“, sondern zu den „Willensbetätigungen“¹⁷, bei denen der Wille ohne die Absicht, ihn zur Kenntnis anderer Menschen zu bringen, geäußert wird (z. B. Verkauf einer Nachlasssache als schlüssige Annahme); jedoch ist die Willensbetätigung der Willenserklärung in den allermeisten Fällen gleichwertig, (3) die Bestätigung eines anfechtbaren Testamentes durch den Erblasser¹⁸ oder nach dessen Tod durch einen Anfechtungsberechtigten nach § 2080

158

¹³ Keller ZEV 2004, 93 (94); Erman/Schmidt¹² § 2291 Rn. 1, 3; Lange/Kuchinke⁵ § 25 VII 3 b (Fn. 242); Ebenroth, Rn. 261; Palandt/Edenbofer⁶⁸ § 2291 Rn. 1; AnwK/Seiler² § 2291 Rn. 2; Reimann/Bengel/J. Mayer⁵ § 2291 Rn. 1; Bamberger/Roth/Litzenburger³ § 2291 Rn. 2.

¹⁴ v. Lübtow, Bd. I, S. 456; Soergel/Wolf¹³ § 2291 Rn. 3; Planck/Greif⁶ § 2291 Anm. 3; AK/Finger § 2291 Rn. 1; Harrer LZ 1924, 11 (15); MünchKomm/Musielak⁴ § 2291 Rn. 2, 6; Folge dieser Auffassung: Der Erblasser kann durch Testament ohne Zustimmung des Erbvertragspartners die Aufhebung widerrufen, sodass die aufgehobene Verfügung im Erbvertrag wieder als vertragsmäßige gilt.

¹⁵ Sie wird von einer Mindermeinung als (privat-)empfangsbedürftig betrachtet; z. B. Pohl AcP 177 (1977), 52 (55); Lange/Kuchinke⁵ § 8 II 2 (S. 195).

¹⁶ Sie wird von einer Mindermeinung überhaupt nicht als Willenserklärung betrachtet, sondern als rechtsgeschäftsähnliche Handlung; z. B. Manigk, Willenserklärung, S. 225 ff.; ders., Das rechtswirksame Verhalten, S. 389 ff. Dagegen sprechen die §§ 1954 ff., die wie selbstverständlich vom Vorliegen einer Willenserklärung ausgehen.

¹⁷ So v. Tübr, Allgemeiner Teil, II/1, § 61 I 2 (S. 404).

¹⁸ Nach h. M. möglich, obwohl der Erblasser selber nicht anfechten kann (weil er ohnehin das Widerrufsrecht besitzt); zur str. Problematik etwa MünchKomm/Leipold⁴ § 2078 Rn. 51 m. w. N.

(§ 144)¹⁹ und eines Erbvertrages durch den Erblasser (§ 2284) oder einen nach §§ 2281, 2080 nach dem Erbfall Anfechtungsberechtigten. Auch die Bestätigung ist, streng genommen, „Willensbetätigung“ und nicht „Willenserklärung“, aber auch in diesem Fall wie eine solche zu behandeln.

- 159 **Privatempfangsbedürftige Willenserklärungen** finden sich teils vor, teils nach dem Erbfall. Vor dem Erbfall geht es etwa um (1) den Rücktritt vom Erbvertrag (§§ 2293–2296) und vom bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament (§ 2271 Abs. 2 S. 2), (2) den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Partner (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296), (3) die erbrechtlich wirksame Anrechnungsbestimmung bei lebzeitiger Zuwendung (§§ 2050 Abs. 1, Abs. 3, 2315 Abs. 1), (4) die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser zu Lebzeiten beider Vertragspartner (sie erfolgt gemäß § 143 Abs. 2 stets dem anderen Vertragspartner gegenüber)²⁰. – Nach dem Erbfall handelt es sich um (1) die Ausschlagung des Vermächtnisses (§ 2180 Abs. 2 S. 1), (2) die Anfechtung der Vermächtnisausschlagung (§ 2180 Abs. 3 verweist nicht auf § 1955; auch § 2308 Abs. 1 bildet keine Ausnahme, wie § 2308 Abs. 2 S. 2 zeigt), (3) die Anfechtung des Testaments (und des Erbvertrags, §§ 2281 Abs. 1, 2285, 2081 Abs. 1, Abs. 3) wegen Irrtums in anderen Fällen als denen des § 2081 Abs. 1, Abs. 3 (z. B. Vermächtnis), (4) die Anfechtung wegen Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit (§ 2345 Abs. 1 S. 2 verweist nicht auf § 2342), (5) die Geltendmachung von Einreden (etwa solchen nach §§ 2014, 2015), (6) die Ausübung des dem Miterben zustehenden Vorkaufsrechts (§§ 2034 ff.), (7) die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers nach § 2217²¹, (8) den (stets formlosen) Auseinandersetzungsplan des Testamentsvollstreckers nach § 2204 Abs. 2, in dem die Ausübung eines dem Vollstrecker eingeräumten Gestaltungsrechts liegt, wobei kraft des (bloß schuldrechtlich wirkenden) Auseinandersetzungsplans Pflichten des Vollstreckers und der Erben entstehen, die für die Ausführung erforderlichen dinglichen Übertragungshandlungen vorzunehmen, (9) die Bestimmung von Vermächtnisnehmer und Vermächtnisgegenstand gemäß §§ 2151 Abs. 2, 2153 Abs. 1 S. 2, 2154 Abs. 1 S. 2, 2155 Abs. 2, 2156 sowie die Bestimmung des Auflagegegenstands und des Auflagebegünstigten gemäß § 2192 i.V.m. §§ 2154–2156, 2193.

- 160 **Amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen** finden sich ebenfalls teils vor, teils nach dem Erbfall. Stets ist für den „Empfang“ das Nachlassgericht zuständig. Vor dem Erbfall kann etwa der durch Erbvertrag gebundene Erblasser durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht anfechten in den Fällen des

¹⁹ Auch hier gibt es vereinzelte Stimmen, die die Möglichkeit einer Bestätigung verneinen, weil es sich nicht um des Anfechtungsberechtigten eigene Willenserklärung handle; vgl. zum Streitstand Staudinger/Otte²⁰⁰³ § 2080 Rn. 25.

²⁰ Nach dem Tod des Vertragspartners gilt § 2281 Abs. 2.

²¹ So die h.M., etwa MünchKomm/Zimmermann⁴ § 2217 Rn. 7; a.A. Muscheler ZEV 1996, 401 (403): dinglicher Vertrag; a.A. auch OLG Hamm OLGZ 1973, 258 u. Erman/Schmidt¹² § 2217 Rn. 2: gemischter Realakt.

§ 2281 Abs. 2. Nach dem Erbfall ist amtsempfangsbedürftig (1) die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 Abs. 1), (2) die Anfechtung von Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§ 1955), (3) die Anfechtung des Testamentes, durch das ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben oder eine Auflage (bzw. Entziehung des Pflichtteils, Ausschluss der Auseinandersetzung etc.) angeordnet wird (§ 2081 Abs. 1, Abs. 3), (4) die Anfechtung des Erbvertrags nach dem Erbfall, soweit es um Erbfolge, Testamentsvollstreckung, Auflage geht (§§ 2281 Abs. 1, 2285, 2081 Abs. 1, Abs. 3), (5) die Annahme (§ 2202 Abs. 2) und die Kündigung (§ 2226 S. 2) des Testamentsvollstreckeramtes, (6) die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch einen Dritten (§ 2198), die Ernennung eines Mitvollstreckers oder eines Nachfolgers im Vollstreckeramt (§ 2199), (7) der Verzicht eines Abkömmlings auf den Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1491 Abs. 1; Alternative: Vertrag nach § 1491 Abs. 2) und Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten (§ 1492 Abs. 1; Alternative: Vertrag nach § 1492 Abs. 2). – (1) und (2) sind zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. (3), (4) und (5) erfolgen formfrei. Die Erklärungen nach (6) und (7) sind in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. § 2282 Abs. 3 verlangt für die Anfechtungserklärung des Erblassers gar notarielle Beurkundung. Gründe für die unterschiedlichen Formanforderungen lassen sich nicht erkennen. Bei (5) und (6) braucht das Nachlassgericht die Beteiligten nicht von der erfolgten Erklärung zu unterrichten; anders bei (1), (2), (3), (4) und (7) (§§ 1953 Abs. 3, 1957 Abs. 2, 2081 Abs. 2, 1491 Abs. 1 S. 3, 1492 Abs. 1 S. 3). Wieder bleibt die Frage nach Gründen für die Differenzierung unbeantwortbar. Bei (1) bis (7) ist gewillkürte Stellvertretung möglich (nicht aber z. B. bei der Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser selber, § 2281 Abs. 1 S. 1), aber nur bei (1) und (2) bedarf der Bevollmächtigte einer öffentlich beglaubigten Vollmacht. Die Erklärung darf nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen bei (1) und bei (5) bezüglich der Annahme oder Ausschlagung des Vollstreckeramtes (§§ 1947, 2202 Abs. 2 S. 2 HS. 2), sonst aber jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes wohl, und dies, obwohl doch alle amtsempfangsbedürftigen Erklärungen rechtsgestaltende Wirkung entfalten; bei (2) und gelegentlich auch in den anderen Fällen sucht denn auch die Kommentarliteratur durch Verweis auf allgemeine Grundsätze nachzuhelfen²². In allen Fällen [(1)-(7)] hat das Nachlassgericht lediglich passive Empfangsfunktion. Es prüft nicht nach, ob die abgegebene Erklärung begründet oder wirksam ist. Warum gibt es gerade im Erbrecht so viele Fälle amtsempfangsbedürftiger Willenserklärungen? Meist geht es um das Interesse an Rechtsklarheit und die Bedeutung rechtsgestaltender Erklärungen für Dritte. Außerdem muss das Nachlassgericht auf Antrag Erbscheine und Testamentsvollstreckerzeugnisse ausstellen (§§ 2353 ff., 2368). Daher er-

22 Vgl. etwa MünchKomm/Leipold⁴ § 1955 Rn. 4.

scheint es sinnvoll, die in Bezug auf diese Zeugnisse wichtigen Erklärungen bei ihm zu konzentrieren. Freilich fragt man sich dann, wieso der Erblasser nach dem Tod seines Erbvertragspartners alle Irrtumsanfechtungen, auch etwa, soweit sie sich auf Vermächtnisse beziehen (die im Erbschein nicht erwähnt werden), dem Nachlassgericht gegenüber erklären muss (§ 2281 Abs. 2).

d) Zweiaktiger Gestaltungsvorgang

- 161 Neben dem Vertrag und dem einseitigen Rechtsgeschäft gibt es im Erbrecht zahlreiche Fälle eines zweiaktigen Gestaltungsvorgangs. Diese Vorgänge werden meist durch Antrag, selten durch Klage einer Privatperson eingeleitet und in einem Verfahren der „freiwilligen“ Gerichtsbarkeit durch gerichtliche (nie verwaltungsbehördliche) Handlung (meist Entscheidung) mit insgesamt gestaltender (und nie nur feststellender) Wirkung beendet. Dabei mag es auf den ersten Blick so aussehen, als ob es sich bei Antrag bzw. Klage der Privatperson nur um einen Verfahrensakt handeln würde. In Wahrheit wird in diesem Akt jedoch zugleich von einem materiellrechtlichen subjektiven Recht, einem Gestaltungsrecht, Gebrauch gemacht, das freilich zu seiner Realisierung des zweiten, d.h. des gerichtlichen Aktes bedarf. Dieser zweite Akt, dem (in der Regel) ausschließlich die eigentliche Gestaltungswirkung zukommt, steht allerdings nicht im Ermessen des Gerichts, vielmehr muss er bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen ergehen. Gerade deshalb und weil das Handeln des Gerichts in unseren Fällen nie ex officio geschieht, sondern von privater Verfahrenseinleitung abhängt, ist es zulässig und sinnvoll, von einem subjektiven Recht und seiner Ausübung zu sprechen, und zwar nicht etwa nur von einem subjektiv-öffentlichen Jurisdiktionsanspruch, sondern von einem privatrechtlichen materiellrechtlichen Gestaltungsrecht. Wir unterscheiden drei Fallgruppen: In der ersten und wichtigsten ist Mitwirkung des Nachlassgerichts erforderlich, in der zweiten Mitwirkung des Prozessgerichts, in der dritten Mitwirkung des nicht als Nachlassgericht handelnden Amtsgerichts.
- 162 Mitwirkung des **Nachlassgerichts** ist erforderlich (1) bei der Erteilung von Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis (§§ 2353 ff., 2368; hier wird man nach der gestaltenden Wirkung der bloßen Ausstellung dieser Zeugnisse fragen; sie liegt in der durch sie eröffneten Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs von Nachlassgegenständen), (2) bei der Anordnung von Nachlassverwaltung (§§ 1975, 1981 ff.) und der Eröffnung von Nachlassinsolvenz (§§ 1975 BGB, 315 ff. InsO), (3) bei der Bestimmung einer Inventarfrist (§ 1994), (4) beim Aufgebot der Nachlassgläubiger (§§ 1970 ff. BGB, 433 ff., 454 ff. FamFG; zuständig war das Nachlassgericht hier bis zum FamFG „in Ausübung der streitigen Rechtspflege“²³), (5) Stundung der nicht bestrittenen Pflichtteilsforderung (§ 2331 a Abs. 2 S. 1; auch diese Entscheidung kann nur auf Antrag ergehen), (6) Ent-

23 MünchKomm/Leipold⁴ § 1970 Rn. 3.

scheidung bei Meinungsverschiedenheit mehrerer Testamentsvollstrecker (§ 2224 Abs. 1 S. 1 HS. 2; auch hier, trotz Schweigens des Normwortlauts, Antrag eines Beteiligten erforderlich), (7) Außerkraftsetzung von Erblasseranordnungen für die Nachlassverwaltung des Testamentsvollstreckers (§§ 2216 Abs. 2), (8) Entlassung des Testamentsvollstreckers (§ 2227; hier hat das Gericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entgegen der herrschenden Meinung kein Ermessen²⁴), (9) Ernennung eines Testamentsvollstreckers auf Ersuchen des Erblassers (§ 2200; einziger Fall, in dem der erste Akt des zweiaktigen Gestaltungsvorgangs schon vor dem Erbfall erfolgt), (10) Gerichtliche Vermittlung der Auseinandersetzung (§§ 363 ff. FamFG), (11) Genehmigung von wichtigen Rechtsgeschäften des Nachlassverwalters und Nachlasspflegers (§§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1821 f.).

Die Fälle von (11) bilden insofern eine Ausnahme innerhalb unserer Fallgruppe, als beide Akte, das private Rechtsgeschäft und die gerichtliche Genehmigung, auf gleicher Stufe stehen: Ist das Rechtsgeschäft unwirksam, geht die Genehmigung ins Leere, weil sie nicht etwa die Wirksamkeitsmängel des Rechtsgeschäfts heilt. In allen anderen Fällen [(1)–(10)] bleibt die gestaltende Wirkung des gerichtlichen Aktes auch dann erhalten, wenn gar kein materielles Gestaltungsrecht existierte, oder es zwar existierte, aber nicht ausgeübt wurde, oder es zwar ausgeübt wurde, aber die Ausübung nicht rechtswirksam war. Blickt man bei (11) nur auf den Genehmigungsvorgang, so reiht sich auch (11) in die anderen Fälle ein: Auf ein Ersuchen des Verwalters bzw. Pflegers (ein förmlicher Antrag ist zwar nicht erforderlich, aber das Gericht darf gegen den Willen des Verwalters und Pflegers nicht genehmigen²⁵) ergeht die gestaltende (wenn auch, wegen §§ 1828, 1829 Abs. 1 S. 2, noch nicht endgültig gestaltende) Genehmigungsentscheidung des Gerichts, und zwar auch hier – entgegen der herrschenden Meinung²⁶ – ohne Ermessen des Gerichts. Bei (2), (3), (4), (5), (10) und (11) ist funktionell der Rechtspfleger (§§ 3 Nr. 2 c, 16 Abs. 1 Nr. 1 RPfLG), bei (6), (7), (8), (9) der Richter (§ 16 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 3, Nr. 5, Nr. 2 RPfLG), bei (1) für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen stets und für die Erteilung von Erbscheinen bei Vorhandensein einer Verfügung von Todes wegen der Richter (§ 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfLG) und ansonsten der Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2 c RPfLG) zuständig. Ob die Abgrenzung zwischen Richter- und Rechtspflegerezuständigkeit immer sinnvoll getroffen ist, mag dahinstehen.

Mitwirkung des **Prozessgerichts** ist erforderlich (1) bei Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (§ 2342: hier ist ausnahmsweise Erhebung einer Klage erforderlich; man streitet darüber, ob es sich bei der Entscheidung des Gerichts um ein Gestaltungsurteil – so die herrschende Meinung – oder um ein Feststellungs-

²⁴ Ausführlich m. w. N. *Muscheler* AcP 197 (1997), 226 (249 ff.).

²⁵ *BGH* DNotZ 1967, 320; Palandt/*Diederichsen*⁶⁸ § 1828 Rn. 19.

²⁶ Vgl. nur *BGH* NJW 1986, 2829; Palandt/*Diederichsen*⁶⁸ § 1828 Rn. 8. A. A. (unbestimmter Rechtsbegriff) *OLG Karlsruhe* FamRZ 1973, 378; Staudinger/*Engler*²⁰⁰⁶ § 1828 Rn. 15.

urteil handelt – so die richtige Mindermeinung, die in der Erhebung der Anfechtungsklage die Gestaltungserklärung und im Urteil nur die – allerdings notwendige – Feststellung einer bereits durch Erhebung der Klage geänderten Rechtslage sieht²⁷), (2) bei der Stundung eines strittigen Pflichtteilsanspruchs (§ 2331 a).

- 165 Die Mitwirkung des nicht als Nachlassgericht (wohl aber nach den Regeln des FamFG) handelnden **Amtsgerichts** ist erforderlich bei der Rückgabe des Testamentes aus amtlicher Verwahrung, die nach § 2256 Abs. 1 als Widerruf des Testamentes gilt. Die Rücknahme nach § 2256 ist Rechtsgeschäft unter Lebenden und daher keine letztwillige Verfügung (Testament), wohl aber vom Gesetz mit der Wirkung einer solchen ausgestattet, weshalb auch die (sonstigen) Voraussetzungen einer letztwilligen Verfügung (z. B. Testierfähigkeit nach § 2229) vorliegen müssen. Jedenfalls stellt das (bis zur tatsächlichen Rückgabe erforderliche) Rückgabeverlangen des Erblassers eine Willenserklärung dar und bildet damit einen der beiden Teile eines zum Widerruf des Testamentes führenden zweiaktigen Tatbestandes. Widerrufsabsicht des Erblassers ist nicht erforderlich, weil die Widerrufswirkung vom Gesetz unabhängig von einem entsprechenden Erblasserwillen fingiert wird²⁸. Das könnte an sich dafür sprechen, ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des Erblassers anzunehmen, das den Rückgabeanpruch entstehen lässt, und den Gerichtsakt, die Rückgabe, ganz außerhalb des zum Widerruf führenden Rechtsgeschäfts stehen zu lassen. Gegen eine solche Konstruktion spräche jedoch, dass eine Rückgabe ohne oder ohne wirksamen Antrag (versehentliche Rückgabe, Rückgabe an nicht testierfähigen Erblasser, Rückgabe an einen unberechtigten Dritten) keinerlei Wirkungen auf die Gültigkeit des Testamentes hat²⁹. Wir haben es hier also mit einer zweiaktigen Gestaltung zu tun, bei der ausnahmsweise nicht nur der zweite, der gerichtliche Akt, die Gestaltungswirkung entfaltet, sondern beide Akte, was ihren Einfluss auf die Rechtswirksamkeit angeht, auf gleicher Stufe stehen.

2. Die erbrechtsrelevante Rechtshandlung

a) Allgemeines

- 166 Bei den rechtmäßigen Handlungen, die mit privatrechtlichen Wirkungen ausgestattet sind, unterscheiden wir zwischen den **Rechtsgeschäften** und den **Rechtshandlungen**³⁰. Bei den Rechtshandlungen geht es also um rechtserhebliche erlaubte Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind. Teilt man alle rechtserheblichen Handlungen des Privatrechts, einschließlich der Rechtsgeschäfte, nach

²⁷ Nachweise zum Streitstand etwa bei MünchKomm/*Helms*⁴ § 2342 Rn. 7. Für die h. M. spricht § 2342 Abs. 2 und die Wirkung des Urteils inter omnes. Zur Problematik und zu den Argumenten der M. M. s. u. § 46 VIII.

²⁸ Soergel/*Mayer*¹³ § 2256 Rn. 5; MünchKomm/*Hagen*⁴ § 2256 Rn. 6.

²⁹ *OLG Zweibrücken* NJW-RR 1992, 586; DNotI-Report 2002, 17; MünchKomm/*Hagen*⁴ § 2256 Rn. 6; Soergel/*Mayer*¹³ § 2256 Rn. 5; Staudinger/*Baumann*²⁰⁰³ § 2256 Rn. 15.

³⁰ Zum Folgenden v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, II/1, § 48 II (S. 105 ff.).

ihrem psychologischen Inhalt ein, so kann die Handlung Äußerung eines Willens, Äußerung einer Vorstellung oder Äußerung eines Gefühls sein.

b) Äußerung eines Willens

Die Äußerung eines Willens, d. h. eine Handlung, aus der hervorgeht, dass der Handelnde einen Erfolg erstrebt, kann entweder sein „Willenserklärung“ oder „rechtsgeschäftsähnliche Handlung“ oder „Tathandlung“. Die „*Willenserklärung*“ ist die wichtigste Form der Willensäußerung. Bei ihr erklärt der Handelnde seinen Willen zur Änderung der bestehenden Rechtslage. Willenserklärungen bilden allein oder in Verbindung mit anderen Willenserklärungen oder in Verbindung mit sonstigen Tatsachen den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts. Beim Rechtsgeschäft kommen Rechtswirkung und Inhalt der Willenserklärung zur unmittelbaren Deckung. „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“³¹. Willenserklärung und Rechtsgeschäft wurden bereits unter 1. behandelt; um sie geht es im Folgenden nicht. 167

Neben der Willenserklärung gibt es als weitere Form der Willensäußerung zunächst die „**rechtsgeschäftsähnliche Handlung**“. Sie ist nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet, aber trotzdem vom Gesetz mit Rechtswirkungen ausgestattet. Diese Rechtswirkungen entsprechen nicht dem Inhalt des geäußerten Willens und können durch den Willen der handelnden Partei nicht abgeändert werden. Bei den rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen gibt es im Wesentlichen drei Untergruppen: die Willensäußerungen, die die *Verwirklichung oder Wahrung eines Rechts* durch Einwirken auf das tatsächliche Verhalten des Gegners bezwecken; die *Aufforderung zur Anmeldung* von Ansprüchen; die Handlung, die durch den Parteiwillen zur *Bedingung eines Rechtsgeschäfts* erhoben worden ist. Das klassische Beispiel für die erste Untergruppe bildet die Mahnung: Der Gläubiger verlangt vom Schuldner eine Leistung. Auf diese Leistung als auf einen tatsächlichen Erfolg ist sein Wille gerichtet. Indem der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung verlangt, will er keine Rechtsänderung herbeiführen, sondern sein schon bestehendes Recht zur faktischen Realisierung bringen. Tatsächliche Erfolge aber können, im Gegensatz zu der mit Rechtsnotwendigkeit eintretenden Rechtswirkung, ausbleiben. Der Schuldner kann die Mahnung missachten. Daher versieht das Gesetz die Mahnung für den Fall, dass sie ohne Erfolg bleibt, mit Rechtswirkungen, den Verzugsfolgen. Diese Folgen sind aus dem Inhalt der Mahnung nicht zu entnehmen. Mag der Gläubiger bei der Mahnung auch an sie gedacht oder auf sie hingewiesen haben, so treten sie doch nicht wegen seines Willens, sondern ohne seinen Willen, ja sogar gegen seinen Willen ein; will der mahnende Gläubiger keine Verzugszinsen, kann er sie erlassen, aber nicht ihre Entstehung hindern. 168

31 *Motive*, I, S. 126.

- 169 Im Erbrecht finden sich zahlreiche Fristsetzungen, die der Sache nach zur ersten Untergruppe der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen gehören: §§ 2151 Abs. 3 S. 2, 2153 Abs. 2, 2154 Abs. 2, 2155 Abs. 2, 2192, 2193 Abs. 2, Abs. 3 S. 3, 2307 Abs. 2³². Die zweite Untergruppe findet sich im (privaten) Aufgebot der Nachlassgläubiger durch einen Miterben (§ 2061)³³. Die dritte Untergruppe wäre etwa in folgender Sachverhaltskonstellation präsent: Eine Handlung des X hat Erblasser E in seinem Testament zur Bedingung der Erbeinsetzung des X gemacht. Wenn X die bedingende Handlung vornimmt, braucht er den Rechtserfolg, das Wirksamwerden des bedingten Rechtsgeschäfts (testamentarische Erbeinsetzung), nicht zu wollen und nicht zu kennen und kann den Eintritt der Rechtswirkung, den automatischen Anfall der Erbenstellung mit dem Tod des Erblassers, durch seinen Willen nicht verhindern.
- 170 Weiter von den echten Rechtsgeschäften entfernt als die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen sind die „**Tathandlungen**“. Sie sind wie die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet, die an sie geknüpfte Rechtswirkung tritt aber nur ein, wenn der gewollte tatsächliche Erfolg erreicht wird. Die Rechtswirkung ist hier nicht die (unmittelbare oder – wie bei den rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen – wenigstens mittelbare) Folge einer Willensäußerung, sondern die Folge eines durch menschlichen Willen herbeigeführten Vorgangs der Außenwelt. Auch hier, ja hier erst recht, bleibt die rechtliche Wirkung selbst vom Willen des Handelnden unabhängig. Zu den Tathandlungen zählen etwa die Verarbeitung (§ 950), das Finden einer Sache (§ 965), die Notstandshandlung (§ 904). Speziell im Erbrecht stoßen wir auf Tathandlungen, wo es um das Machen von Verwendungen auf die Erbschaft geht (§§ 2022, 2125, 2185, 2381) oder um Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1959 Abs. 1, 1978 Abs. 1 S. 2). Bei den Tathandlungen ist Ursache der Rechtswirkung weniger der in der Handlung zutage tretende Wille, sondern der durch diesen Willen erzielte tatsächliche Erfolg.

c) Äußerung einer Vorstellung

- 171 Von den Willensäußerungen sind solche Handlungen zu unterscheiden, aus denen hervorgeht, dass der Handelnde eine Vorstellung von einer Tatsache hat, die Vorstellungsäußerungen. Ein wichtiges Beispiel für solche Handlungen bilden die Äußerungen einer Überzeugung von oder des Glaubens an eine Tatsache (oft auch „**Wissenserklärungen**“ genannt). Besondere erbrechtliche Relevanz besitzen die Anerkennung bei der Unterbrechung der Verjährung (§ 212 Abs. 1 Nr. 1; z. B. Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs; Zahlung einer Monatsrate beim Rentenvermächtnis), die Anlegung eines (Nachlass-)Verzeichnisses (z. B.

³² Nicht hierher gehören die gerichtlichen Fristsetzungen auf Antrag eines Beteiligten, etwa in §§ 2198 Abs. 2, 1994.

³³ v. *Tubr.*, Allgemeiner Teil, II/1, § 48 II (S. 109).

§§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1802; 2121; 2215), die Auskunft über den Nachlass (§§ 2127; 2218, 666 f.), die eidesstattliche Versicherung (§§ 2006, 2356 Abs. 2).

Beim eigenhändigen Testament ist die Angabe von Ort und Zeit (§ 2247 Abs. 2, Abs. 5) Aussage über eine Tatsache und nicht Willenserklärung³⁴. Die Frage hatte solange konstitutive Bedeutung, als das Orts- und Zeitdatum für die Wirksamkeit des Testaments noch zwingend vorgeschrieben war (bis 1938); nur bei Annahme einer Willenserklärung konnte man hier konsequenterweise ein unrichtiges Datum für generell wirksamkeitsirrelevant erklären. Die Rechtsprechung nahm Vorstellungsausßerung an und ging grundsätzlich bei falscher Orts- und Zeitangabe von Nichtigkeit des Testaments aus³⁵. Sie sah aber trotz einer versehentlich falschen Datierung das gesetzliche Erfordernis des wahren Ortes und Tages als erfüllt an, wenn aus dem sonstigen Inhalt des Testaments und unter Verwertung offenkundiger Tatsachen die offenbar falsche Datierung in die richtige korrigiert werden konnte. Heute wird man zumindest so viel sagen können, dass, weil das Orts- und Zeitdatum richtiger Ansicht nach keine Willenserklärung, sondern Vorstellungsausßerung ist, es nicht dem Formzwang unterliegt, also auch mit Maschine geschrieben sein kann (ohne dass § 2247 Abs. 5 eingriffe)³⁶. 172

Wird eine Vorstellung geäußert, um bei anderen Menschen dieselbe Vorstellung hervorzurufen, liegt eine „Mitteilung“ oder „Anzeige“ vor; denselben Sinn haben die Worte „benachrichtigen“, „kundgeben“, „in Kenntnis setzen“, „versichern“, „anmelden“. Eine **Mitteilung** kann sich auf Tatsachen der Vergangenheit (z. B. Einreichung eines Inventars, §§ 1993 f.: Es sind die „bei dem Eintritt des Erbfalls“ vorhandenen Nachlassgegenstände und Nachlassverbindlichkeiten anzugeben, § 2001 Abs. 1), der Gegenwart (z. B. Auskunft über den Nachlass in seinem jetzigen Zustand, § 2127, §§ 2218, 666 f.; Übergabe eines Nachlassverzeichnisses, §§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1802, §§ 2121, 2215; Anmeldung eines bestehenden Erbrechts, § 1965; Anmeldung einer Forderung im Rahmen des Nachlassgläubigeraufgebotes, §§ 1970 ff. BGB, 433 ff., 454 ff. FamFG) oder der Zukunft beziehen (z. B. Bekanntmachung des Ortes und der Zeit der Anmeldung beim Gläubigeraufgebot des Miterben, § 2061 Abs. 1). 173

In manchen Konstellationen entsteht leicht die Gefahr einer Verwechslung von Willenserklärung und Vorstellungsausßerung. Denn Gegenstand einer Vorstellungsausßerung kann auch eine in der Vergangenheit liegende oder eine der Zukunft angehörende Willenserklärung des Mitteilenden sein. In der Mitteilung einer früher erfolgten Willenserklärung liegt keine Willenserklärung, sondern pure Vorstellungsausßerung oder Vorstellungsausßerung in Form einer Mitteilung. Hat Erblasser E in einem früher errichteten, aber wegen eines Formfehlers unwirksamen eigenhändigen Testament den A zum Alleinerben eingesetzt 174

³⁴ Str. Nachweise etwa zur alten Rechtslage Planck/*Strecker*⁴ § 2231 Anm. 4.

³⁵ RGZ 81, 95; RGZ 109, 372; KG OLGZ 1991, 144.

³⁶ Palandt/*Edenhofer*⁶⁸ § 2247 Rn. 17.

und bestimmt er in einem späteren Testament „A, den ich schon in einem früheren Testament zum Alleinerben eingesetzt habe, soll folgende Vermächtnisse ausrichten“, so liegt im zweiten Testament bezüglich der Stellung des A (anders bei den Vermächtnissen) keine Willenserklärung, also keine (nunmehr formwirksame) Erbeinsetzung vor, sondern eine bloße (wirkunglose) Vorstellungsausßerung (keine „Mitteilung“, denn Testamente sind nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen³⁷). In derselben Weise ist die Ankündigung eines in der Zukunft zu bildenden und zu erklärenden Willens keine Willenserklärung, sondern Vorstellungsausßerung. Schreibt Erblasser E im Testament „Ich werde V mein Haus vermachen“, so bleibt dies als bloße Vorstellungsausßerung wirkungslos.

175 Die Mitteilungen des Erbrechts sind entweder privatempfangsbedürftig (z. B. §§ 2121, 2215) oder amtsempfangsbedürftig (z. B. §§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1802; 2146 Abs. 1; 2384 Abs. 1; Inventar nach §§ 1993, 1994, Errichtung des Inventars als solche wahrt die Inventarfrist noch nicht, vielmehr ist Eingang bei Gericht erforderlich³⁸) oder wahlweise privat- bzw. amtsempfangsbedürftig (z. B. Anmeldung nach § 2061 Abs. 1 S. 1). Nichtempfangsbedürftige Mitteilungen gibt es per definitionem nicht; nichtempfangsbedürftige Vorstellungsausßerungen (die nicht Mitteilung sind) dagegen sehr wohl, so z. B. die Angabe von Zeit und Ort in einem eigenhändigen Testament³⁹.

176 Vorstellungsausßerungen sind in der Regel⁴⁰ Rechtshandlungen, d. h. sie haben **Rechtswirkung**, entweder indem sie die Rechtslage ändern oder indem sie eine (für den Handelnden ungünstige) Veränderung der Rechtslage verhindern. Zur ersten Gruppe gehört etwa die Hemmung der Verjährung durch Anerkennung (§ 212 Abs. 1 Nr. 1) und die Angabe von Zeit und Ort im eigenhändigen Testament (indem sie zu einem – zweifellos, § 2247 Abs. 5 – wirksamen Testament führt). Zur zweiten Gruppe zählt die Inventarerrichtung (insofern sie das Eintreten endgültig unbeschränkter Haftung des Erben verhindert), die Anmeldung einer Forderung im Nachlassgläubigeraufgebot (indem sie die Entstehung der Erbenrechte nach § 1973 verhindert) oder die Errichtung eines vorgeschriebenen Nachlassverzeichnisses (indem sie die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs vermeidet). Ist die Vorstellungsausßerung inhaltlich unrichtig oder erfolgt sie nicht in der vorgeschriebenen Frist, so vermag sie keine Rechtswirkung zu entfalten: Die zu Unrecht anerkannte Schuld kann schon deswegen nicht verjähren, weil sie nicht existiert. Die falsche Zeitangabe im Testament ist bei § 2247 Abs. 5 wie eine nicht vorhandene Zeitangabe zu behandeln. Das

37 Unzutreffend daher v. Tuhr, Allgemeiner Teil, II/1, § 48 Fn. 79 (S. 115).

38 Wortlaut §§ 1993, 1994; vgl. ferner Staudinger/Marotzke²⁰⁰⁸ § 1993 Rn. 7, § 1994 Rn. 31. Eine „nicht empfangsbedürftige Rechtshandlung“ sieht in der Inventarerrichtung Planck/Flad⁴ § 1993 Anm. 6.

39 Die verjährungshemmende Anerkennung muss dagegen „dem Gläubiger gegenüber“ erfolgen (§ 212 Abs. 1 Nr. 1).

40 Siehe etwa die Ausnahmen im vorletzten Absatz.

falsche (§ 2005) oder verspätete Inventar (§ 1994 Abs. 1 S. 2) führt zur endgültig unbeschränkten Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten. Die Anmeldung einer nicht existierenden Forderung im Aufgebotsverfahren verhindert nicht die Erbenrechte nach § 1973, denn solcher Rechte bedarf der Erbe einer nicht existierenden Forderung gegenüber von Anfang an nicht. Die Erstellung eines falschen oder zu späten Nachlassverzeichnisses führt, wenn die Erstellung Pflicht war, zu Schadensersatzansprüchen, ebenso wie ein überhaupt nicht errichtetes Nachlassverzeichnis; nur die Kausalität für den jeweiligen Schaden mag eine jeweils andere sein.

Die Vorstellungsausßerungen sind dem Rechtsgeschäft sehr nahe verwandt. 177
Trotzdem dürfen sie diesem nicht gleichgesetzt werden. Denn ihre Rechtswirkungen treten nicht ein, weil der Handelnde sie will, sondern weil das Gesetz sie anordnet und an die Äußerung knüpft. Sie treten auch dann ein, wenn sie dem Handelnden nicht bekannt sind, ja selbst dann, wenn sie seinem Willen widersprechen. Der Nachlassverwalter und der Nachlasspfleger kann seine Mitteilung der Genehmigung des Nachlassgerichts (§ 1962) gemäß §§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1829 Abs. 1 S. 2 nicht dadurch ungeschehen machen und ihrer Rechtswirkung berauben, dass er hinzufügt, er wolle von der Genehmigung keinen Gebrauch machen. Gegen die herrschende Meinung, die in der Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 S. 2 ein Rechtsgeschäft des Fremdverwalters sieht (er „erklärt“ seinen „Willen“, dass er selbst das genehmigte Rechtsgeschäft weiterhin billigt) und daher im konkreten Fall zu einem anderen Ergebnis kommt, spricht die allseits anerkannte Tatsache, dass die Mitteilung dann keine Wirkung hat, wenn sie inhaltlich falsch ist (weil in Wahrheit eine Genehmigung nicht oder nicht wirksam erteilt wurde). Diese Rechtsfolge passt nicht zur Einordnung der Mitteilung als Willenserklärung, denn bei dieser gibt es keine Unrichtigkeit, sondern nur Ungültigkeit⁴¹.

Die rechtsgeschäftsähnliche Natur und Funktion der Vorstellungsausßerung 178
berechtigt, ebenso wie bei der „rechtsgeschäftsähnlichen Handlung“ im technischen Sinne, zur Anwendung zahlreicher Vorschriften über Rechtsgeschäfte. Dabei kann es sich jedoch jeweils nur um eine **entsprechende Anwendung** handeln. Wo der Sinn einer Regelung für die Vorstellungsausßerung nicht passt, muss die analoge Anwendung unterbleiben. Insbesondere sind Vorstellungsausßerungen, die an eine bestimmte Person oder das Gericht gerichtet werden müssen (Mitteilungen), wie empfangsbedürftige Willenserklärungen nach § 130 zu behandeln. Verkörperte Mitteilungen werden wirksam durch Zugang beim Adressaten und können bis zum Zeitpunkt des Zugangs, entsprechend dem Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2, zurückgenommen werden (vgl. für amtsempfangsbedürftige Mitteilungen auch den Gedanken von § 130 Abs. 3). Ferner können im Grundsatz analog angewendet werden die Vorschriften über Willensmängel

⁴¹ Ebenso v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, II/1, § 48 Fn. 99 (S. 118f.). Zur h. M. vgl. nur *BGHZ* 15, 97; *BayOblLG* NJW 1960, 2188; Palandt/*Diederichsen*⁶⁸ § 1829 Rn. 4.

(§§ 104 ff., 116 ff.) und über die Stellvertretung (§§ 164 ff.); nicht dagegen diejenigen über Bedingungen und Befristungen, denn bei Vorstellungsäußerungen beruht die Rechtswirkung nicht auf dem Willen des Handelnden, und daher kann dieser den Eintritt der Wirkung auch nicht von einem ungewissen oder gewissen künftigen Ereignis abhängig machen.

- 179 Für eine sachgerechte Einschränkung der Analogie sei hier das Beispiel der Errichtung eines Inventars gewählt (§§ 1993 ff.). Dessen Aufnahme und „Errichtung“ (§ 1993) kann auch durch Bevollmächtigte erfolgen. Unanwendbar ist jedoch etwa § 174. Das Nachlassgericht kann das Inventar also nicht deshalb zurückweisen, weil der Einreichende keine Vollmachtsurkunde vorlegt⁴². Das ergibt sich daraus, dass das Nachlassgericht nicht selbst Betroffener, d. h. „materieller“ Adressat der Mitteilung ist⁴³ und daher (von § 2005 Abs. 2 abgesehen) kein Recht zur Prüfung der „Wirksamkeit“ des Inventars hat. Auch eine Analogie zu § 1945 Abs. 3 kommt für die Inventarerrichtung nicht in Betracht. Ein Streit über das Bestehen der Vollmacht ist in dem Prozess auszutragen und zu entscheiden, in dem die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Inventars geltend gemacht wird. Die Inventarerrichtung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht muss analog § 180 S. 1 als unwirksam erachtet werden, und zwar trotz § 180 S. 2 auch dann⁴⁴, wenn das Nachlassgericht den Mangel der Vertretungsmacht nicht beanstandet. Der Erbe mag freilich ein solches Inventar durch Bezugnahme nach § 2004 für sich wirksam machen, was bei freiwilliger Errichtung (§ 1993) jederzeit, bei Errichtung auf Antrag eines Nachlassgläubigers (§ 1994) nur innerhalb der Frist geschehen kann⁴⁵.

d) Äußerung eines Gefühls

- 180 Neben die Willensäußerung und die Vorstellungsäußerung tritt als weitere Rechtshandlung die Gefühlsäußerung. Um eine solche handelt es sich bei der **Verzeihung**, die (außer beim Schenkungswiderruf, § 532, und früher unter der Herrschaft des Schuldprinzips auch bei der Ehescheidung, § 1570 a. F.) bei der Entziehung des Pflichtteils (§ 2337), der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (§ 2343) und der Anfechtung wegen Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit (§ 2345 Abs. 1 S. 2) eine Rolle spielt. Unter Verzeihung versteht die Praxis „den nach außen kundgemachten Entschluss des Erblassers, aus den erfahrenen Krän-

42 Planck/*Flad*⁴ § 1993 Anm. 6; RGRK/*Johannsen*¹² § 1993 Rn. 5; Staudinger/*Marotzke*²⁰⁰⁸ § 1993 Rn. 15; MünchKomm/*Siegmann*⁴ § 1993 Rn. 6.

43 Wegen des bloßen „Einreichens“ (§ 1993) könnte man sogar daran zweifeln, dass es sich um eine „empfangsbedürftige“ Vorstellungsäußerung handelt.

44 Erman/*Schlüter*¹² § 1993 Rn. 2; AK/*Teubner* § 1993 Rn. 4; Staudinger/*Marotzke*²⁰⁰⁸ § 1993 Rn. 15; Planck/*Flad*⁴ § 1993 Anm. 6 (Grund: Es handle sich bei der Inventarerrichtung um eine „nicht empfangsbedürftige Rechtshandlung“, und eine dem § 130 Abs. 3 entsprechende Vorschrift bestehe für Fälle dieser Art nicht). A. A. Soergel/*Stein*¹³ § 1993 Rn. 3.

45 MünchKomm/*Siegmann*⁴ § 1993 Rn. 6.

kungen nichts mehr herleiten und über sie hinweggehen zu wollen⁴⁶. Der BGH sagt an einer Stelle, entscheidend sei, ob der Erblasser das Verletzende der Kränkung noch „als existent betrachtet“ oder nicht⁴⁷. Beide Formulierungen treffen nicht das Richtige. Die erste geht der Sache nach von einer „Willensäußerung“ (wenn nicht sogar, spezieller, einer „Willenserklärung“) aus, die zweite von einer „Vorstellungsäußerung“. In Wahrheit handelt es sich bei der Verzeihung um die (formlose) Äußerung einer veränderten Gefühlslage⁴⁸. Der Erblasser fühlt sich nicht mehr gekränkt und er fühlt kein Sanktionsbedürfnis mehr und er äußert diese Gefühle. Eben weil die Verzeihung Gefühlsäußerung ist und nicht Willensäußerung, kann es z. B. keine Verzeihung im Voraus geben⁴⁹. Die Gefühlsäußerung ist nicht empfangsbedürftig. Sie muss nicht etwa an den Pflichtteilsberechtigten (§ 2337) oder den Unwürdigen (§ 2343) gerichtet sein oder ihm „zugehen“. Die Verzeihung kann ausdrücklich (auch Dritten gegenüber) „erklärt“ werden oder sich aus dem Verhalten des Verletzten ergeben. Sie ist eine einseitige Rechtshandlung; Verzeihung verlangt keine Versöhnung, diese geht zwar meist, aber nicht zwingend mit jener einher⁵⁰. Verzeihung setzt nach allgemeiner Meinung wenigstens annähernde Kenntnis der Verfehlungen und ihres Ausmaßes voraus. Sie setzt aber, da sie kein Rechtsgeschäft ist, nicht voraus, dass der Erblasser sich ihrer Rechtswirkung (Verlust des Pflichtteilsentziehungsrechts, Unwirksamkeit einer bereits erfolgten Pflichtteilsentziehung – vgl. § 2337 S. 2 –, Unmöglichkeit einer nach dem Erbfall erfolgenden Anfechtung wegen Unwürdigkeit) bewusst ist oder sie gar in seinen Willen aufgenommen hat. Hat der Erblasser nur unter Aufrechterhaltung einer bereits vorgenommenen Pflichtteilsentziehung „verziehen“, so dürfte freilich in den meisten Fällen keine rechtswirksame Verzeihung vorliegen. Die Verzeihung darf übrigens nicht verwechselt werden mit dem Verzicht auf das Pflichtteilsentziehungs- oder das Anfechtungsrecht (Vertrag analog § 397) und dem testamentarischen Widerruf einer bereits erfolgten Pflichtteilsentziehung (§§ 2253 ff.; einseitiges Rechtsgeschäft). Die Verzeihung kann nicht „widerrufen“ werden, und zwar deswegen nicht, weil der Verzeihende nicht Herr der rechtlichen Verzeihungsfolgen ist⁵¹; wohl aber vermag der Widerruf einer bereits erfolgten Pflichtteilsentziehung widerrufen zu werden (§§ 2257 f.).

Da die Gefühlsäußerung kein Rechtsgeschäft und anders als die Vorstellungsäußerung auch nicht rechtsgeschäftsähnlich ist, können die meisten **Vorschriften über Rechtsgeschäfte** nicht auf sie angewendet werden, und zwar auch nicht

181

46 BGH LM § 2333 BGB Nr. 2 = NJW 1974, 1084; BGHZ 91, 273 (280); BGH LM § 2337 BGB Nr. 1 = FamRZ 1961, 437; OLG Stuttgart BWNotZ 1976, 92 (93); OLG Köln FamRZ 1997, 454 (455) = ZEV 1996, 430 (431).

47 BGHZ 91, 273 (280).

48 Eine Vorstellung des Verzeihenden, z. B. seine Überzeugung von einer Besserung des anderen, kann Motiv der Verzeihung sein; v. Tuhr, Allgemeiner Teil, II/1, § 48 II 2 Fn. 196.

49 Vgl. nur Staudinger/Olshausen²⁰⁰⁴ § 2343 Rn. 2.

50 Staudinger/Olshausen²⁰⁰⁴ § 2337 Rn. 21; MünchKomm/Lange⁴ § 2337 Rn. 2.

51 Für Widerruf in Irrtumsfällen RGZ 123, 235 (für § 1570 a. F.).

analog⁵²: Auch der nicht voll geschäftsfähige Erblasser vermag zu verzeihen, sofern er nur die Bedeutung der Verzeihung erkennt. §§ 119 ff. sind nicht anwendbar. Man darf auch nicht sagen, eine wirksame Verzeihung sei dann zu verneinen, wenn diejenigen Umstände, die den Erblasser zur Änderung seiner Gefühle veranlassten, in Wirklichkeit nicht vorlagen (z. B. der Pflichtteilsberechtigte erfolgreich ein bestimmtes Wohlverhalten vortäuschte)⁵³. Denn das veränderte Gefühl des Erblassers war realiter vorhanden, und er hat es realiter zum Ausdruck gebracht. Im gedachten Fall wird nur mit § 242 (*venire contra factum proprium*) und § 826 zu helfen sein. Selbstverständlich ist nicht rechtswirksam verzeihen, wenn dem Erblasser die „Verzeihung“ unter Gewalt oder Drohung abgenötigt wurde⁵⁴. Ein geheimer, nicht durchschaubarer Vorbehalt gegen die objektiv gebotene Auslegung eines bestimmten Verhaltens als Verzeihung (*Mentalreservation*) ist unbeachtlich. Dies ergibt sich nicht aus dem nur für Rechtsgeschäfte geltenden § 116, sondern ist Auswirkung des allgemeinen Verbotes eines *venire contra factum proprium*⁵⁵. Der Ausschluss einer Stellvertretung bei der Verzeihung folgt aus ihrer rechtsgeschäftsfernen Natur und aus ihrer Höchstpersönlichkeit. Erklärt der Erblasser die Verzeihung seinem Ehegatten und gibt dieser sie an den Pflichtteilsberechtigten oder Unwürdigen weiter, dann stellt dies natürlich keine (unzulässige) Stellvertretung dar. Die Bedingung der Verzeihung ist unzulässig⁵⁶, im Gegensatz übrigens zum bedingten Widerruf der bereits erfolgten Pflichtteilsentziehung. Meist wird bei einer „bedingten“ Verzeihung die Verzeihung noch nicht erfolgt, sondern nur für die Zukunft in Aussicht gestellt sein. Der Erblasser kann aber nicht beides haben: zu verzeihen und gleichzeitig Druck auszuüben.

3. Der reine Gerichtsakt

- 182 Es gibt erbrechtliche Rechtsfolgen, die ohne Rechtshandlungen von Privatpersonen allein durch **von Amts wegen** ergehenden Gerichtsakt (des **Nachlassgerichts**) eintreten. Das gilt etwa (1) für die Ernennung eines Nachlasspflegers nach § 1960 Abs. 1, Abs. 2 (nicht dagegen bei § 1961, dort „zweiaktiger Gestaltungsvorgang“), (2) für die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte, die einem Erbrecht des Fiskus entgegenstehen könnten (§ 1965 Abs. 1), (3) für den Beschluss zur Feststellung des Fiskus als Erben (§ 1964), (4) für die

⁵² Vgl. nur MünchKomm/Lange⁴ § 2337 Rn. 4.

⁵³ So aber MünchKomm/Lange⁴ § 2337 Rn. 4; Soergel/Dieckmann¹³ § 2337 Rn. 7.

⁵⁴ Staudinger/Olshausen²⁰⁰⁴ § 2337 Rn. 13.

⁵⁵ Für unbeachtlich erklären die *Mentalreservation* bei der Verzeihung RG JW 1905, 371 (arg. § 116); Staudinger/Olshausen²⁰⁰⁴ § 2337 Rn. 11; Soergel/Dieckmann¹³ § 2337 Rn. 7; Riezler, Die Verzeihung, 1912; Soergel/Hefermehl¹³ § 116 Rn. 10 (§ 116 anwendbar). Für Beachtlichkeit der *Mentalreservation* Manigk, Willenserklärung, §§ 151, 170; Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, S. 124.

⁵⁶ A. A. Staudinger/Olshausen²⁰⁰⁴ § 2337 Rn. 14 (Begründung: Die Verzeihung enthalte auch ein Willensmoment). Wie im Text Soergel/Dieckmann¹³ § 2337 Rn. 9.

Eröffnung von Testament und Erbvertrag (§§ 348 f. FamFG, 2300), (5) für die Mitteilung eines Stiftungsgeschäfts von Todes wegen bei der zuständigen Stiftungsbehörde (§ 83 S. 1)⁵⁷, (6) für die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins (§ 2361) und eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses (§§ 2368 Abs. 3, 2361), (7) für die Entlassung des Nachlasspflegers (§§ 1960, 1915 Abs. 1, 1886) und des Nachlassverwalters (§§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1886) (sowie generell die Aufsicht über beide), weswegen hier die Initiative zur Entlassung, anders als beim Testamentsvollstrecker (§ 2227 Abs. 1), auch von Nachlassgläubigern ausgehen kann⁵⁸.

Bei (1), (2), (3) und (5) wird das Nachlassgericht nur hilfsweise tätig, nur für den Fall, dass die beteiligten Privaten entweder nicht feststehen oder sich nicht (dem Willen des Erblassers gemäß) um den Nachlass kümmern. Bei (4) ist Zweck der entsprechenden Vorschriften ein doppelter⁵⁹: Zum einen soll im privaten Interesse der Beteiligten diesen rasch Gelegenheit gegeben werden, die Verfügung von Todes wegen auf ihre Wirksamkeit und ihren Inhalt hin zu prüfen und ihre wirklichen oder vermeintlichen Rechte am Nachlass wahrzunehmen. Zweck der Vorschrift ist aber auch, im öffentlichen Interesse durch die amtliche Feststellung und Bekanntgabe der vorhandenen Verfügungen von Todes wegen eine geordnete Nachlassabwicklung zu garantieren und dadurch Rechtsfrieden und Rechtssicherheit rasch herzustellen. Bei (6) wird das Nachlassgericht tätig, um die von einem unrichtigen Erbschein oder Vollstreckerzeugnis wegen des öffentlichen Glaubens ausgehenden Gefahren zu beseitigen. Bei (7) fungiert das Nachlassgericht gewissermaßen als Repräsentant der materiell Beteiligten, die in ihrer „Handlungsfähigkeit“ beeinträchtigt sind, sei es, weil sie noch nicht feststehen (Nachlasspfleger), sei es, weil ihrer zu viele oder weil sie Personen mit heterogenen Interessen sind (Nachlassverwaltung).

Für alle reinen Gerichtsakte gibt das FamFG Zuständigkeit und Verfahren vor. Immer besteht eine Rechtspflicht (Amtspflicht) zur Vornahme des Aktes, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Die reinen Gerichtsakte sind fast sämtlich mit (gestaltender) Rechtswirkung ausgestattet. Das gilt auf jeden Fall für (1), weil gesetzliche Vertretung durch den Nachlasspfleger eröffnet wird; für (3), denn der Beschluss zur Feststellung, dass ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, begründet die Vermutung, dass der Fiskus gesetzlicher Erbe sei (§ 1964 Abs. 2); für (4), weil die in einer öffentlichen Urkunde

⁵⁷ § 83 S. 1 hat lediglich instruktionelle Bedeutung. Denn das Stiftungsgeschäft von Todes wegen kann (materiellrechtlich) vom Erben nicht widerrufen und die behördliche Anerkennung der Stiftung (verfahrensrechtlich) auch ohne Antrag des Erben (oder des Nachlassgerichts) erfolgen. Das Gesetz will nur dafür Sorge tragen, dass die staatliche Behörde vom Stiftungsgeschäft zuverlässig Kenntnis erhält und dadurch überhaupt in die Lage versetzt wird, eine Entscheidung über die Anerkennung zu treffen. Die Mitteilung nach § 83 S. 1 hat mithin lediglich faktische Bedeutung, ihr kommt keinerlei Rechtswirkung zu.

⁵⁸ MünchKomm/Siegmann⁴ § 1985 Rn. 2.

⁵⁹ Vgl. nur RGZ 137, 222 (239); LG München I NJW-RR 2000, 1319; Staudinger/Baummann²⁰⁰³ § 2260 Rn. 3, 9.

enthaltene Verfügung von Todes wegen zusammen mit der Eröffnungsniederschrift formelle Beweiskraft für Erbfolge und Ernennung eines Testamentsvollstreckers entfaltet (§ 35 Abs. 1, Abs. 2 GBO), ein Erbschein erst nach Eröffnung der Verfügung erteilt werden darf (herrschende Meinung) und einige Fristen nicht vor Bekanntgabe der Verfügung zu laufen beginnen (§§ 1944 Abs. 2 S. 2 n. F., 2332 Abs. 1 a. F.); für (6), weil nach Einziehung und Kraftloserklärung die Zeugnisse keinen gutgläubigen Erwerb mehr ermöglichen; für (7), weil die gesetzliche Vertretung bzw. die Amtsbefugnis des Fremdverwalters beseitigt wird. (5) hat keine Rechtswirkung, sondern nur faktische Bedeutung; bei (2) wird immerhin die Feststellung nach § 1964 Abs. 1 möglich. Alle Akte (außer dem Sonderfall des § 83 S. 1) sind staatliche Hoheitsakte und als solche, von schwersten, zur Nichtigkeit führenden Fällen abgesehen, solange wirksam, als sie nicht aufgehoben werden, sei es vom Nachlassgericht, sei es vom Beschwerdegericht.

- 185 Funktionell zuständig ist bei (2), (3), (4), (5), (7) der Rechtspfleger (§§ 3 Nr. 2 c, 16 Abs. 1 Nr. 1, 14 RPflG), was angesichts der fehlenden Beteiligung Privater als bedenklich erscheint; bei (7) kommt die Ungereimtheit hinzu, dass für die Entlassung des Testamentsvollstreckers stets der Richter zuständig ist (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 RPflG). Bei (1) behält § 16 Abs. 1 Nr. 1 RPflG dem Richter diejenigen bei einer Nachlasspflegschaft erforderlichen Geschäfte vor, die den nach § 14 RPflG von der Übertragung auf den Rechtspfleger ausgeschlossenen Geschäften in Kindschafts-, insbesondere Vormundschaftssachen entsprechen. Dabei ist strittig, ob dem Richter die Anordnung einer Nachlasspflegschaft über den Nachlass eines Ausländers vorbehalten ist; die Frage dürfte zu verneinen sein, da der unbekannte Erbe, für den der Nachlasspfleger ernannt wird, durchaus Deutscher sein kann, auch wenn der Erblasser Ausländer ist⁶⁰. Bei (6) ist die Anordnung der Einziehung dem Richter vorbehalten, wenn der Erbschein von ihm erteilt oder wegen einer Verfügung von Todes wegen einzuziehen ist oder es sich um die Einziehung bzw. Kraftloserklärung eines Vollstreckerzeugnisses handelt (§ 16 Abs. 1 Nr. 7 RPflG). Gegen die Gerichtsakte ist Beschwerde möglich, freilich mit jeweils unterschiedlich zugeschnittenem Kreis von Beschwerdeberechtigten. Nicht beschwerdefähig sind dagegen (2) und (5).

4. Das reine Faktum

- 186 Erbrechtliche Rechtsfolgen können auch eintreten ohne (erbrechtliche) Rechts-handlung und ohne (erbrechtlichen) Gerichtsakt. Das gilt zunächst für die **gesetzliche Erbfolge**. Sie ist im deutschen Recht unabhängig von einem Rechtsgeschäft oder einer Rechtshandlung des Erben und von einem (einweisenden) Gerichtsakt (Prinzip des Vonselbsterwerbs, §§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1). Zwar knüpft die gesetzliche Erbfolge an Ehe (§§ 1931, 1371 Abs. 1), Eingetragene Lebenspartnerschaft (§§ 6 S. 2, 10 LPartG) und Verwandtschaft (§§ 1924 ff.) an und

⁶⁰ Nachweise bei MünchKomm/Leipold* § 1960 Rn. 6.

setzt insofern, abgesehen von der Mutterschaft (§ 1591) und der durch Mutterschaft begründeten Verwandtschaft, letztlich ein Rechtsgeschäft (Vertrag bei Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft, Vaterschaft qua Ehe und Anerkennung, § 1592 Nr. 1 u. Nr. 2) oder einen Gerichtsakt (Feststellung der Vaterschaft, § 1592 Nr. 3) voraus. Doch handelt es sich hierbei um Akte des Familienrechts, die aus der Sicht des Erbrechts als reine Fakten zu betrachten sind, an welche es selbst Rechtsfolgen, und zwar Rechtsfolgen von erheblichem Gewicht, anknüpft. Rechtspolitisch ließe sich so gut wie eine Ehe ohne gesetzlichen Güterstand auch ein Erbrecht ohne gesetzliche Erbfolge denken⁶¹. In ihm wäre freilich der faktische Zwang, (von Todes wegen) zu verfügen, ungleich größer als in der Ehe ohne gesetzlichen Güterstand. In dieser kann man es ohne weiteres bei einem „Weiter so wie bisher“ bewenden lassen, während in einem Erbrechtssystem ohne gesetzlichen Erbrecht, aber mit voller Testierfreiheit das Fehlen einer Verfügung von Todes wegen entweder zur Herrenlosigkeit des Nachlasses oder, praktisch wohl allein in Frage kommend, zum Erbanfall an den Staat führen würde. Erbrechtliche Folge reiner Fakten ist auch der Verlust des Ehegattenerbrechts bei Rechtskraft des Scheidungsurteils (§ 1931) und, unter gewissen Voraussetzungen, schon der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1933). Ein weiteres reines Faktum, nämlich das **Verstreichenlassen der gesetzlichen Ausschlagungsfrist**, führt nach § 1943 zur Rechtsfolge des Verlustes der Ausschlagungsmöglichkeit. Dass dies so ist, nämlich dass es sich um die Wirkung eines reinen Faktums handelt, zeigt der allseits konsentiertere Satz, dass es für die Rechtsfolge des Fristablaufs weder auf Wissen (bzw. die Vorstellung von der Rechtsfolge) noch auf den Willen des Erben (zur Annahme) ankommt. §§ 1943 HS. 2, 1956 fingieren lediglich eine Willenserklärung, indem sie die Rechtsfolgen einer solchen auf ein bloßes Faktum beziehen.

Die gesetzliche Erbfolge und damit die Anknüpfung erbrechtlicher Rechtsfolgen an ein reines Faktum bildet in der heutigen „Kontraktgesellschaft“ das wichtigste Überbleibsel jener Art von Besitzgrund legitimer Rechte, die einst, gerade auch in der ökonomischen Sphäre, die allein herrschende war⁶². Es handelt sich hierbei um den Erwerb von Rechten nicht durch eigenes Rechtshandeln, sondern durch Zugehörigkeit des Erwerbers zu einem Personenkreis, die, soweit es um das Verwandtenerbrecht geht, durch Geburt als Glied einer Familie, „also durch die ihm vom Recht zugerechneten Naturbeziehungen, begründet wird und daher innerhalb der sozialen und ökonomischen Ordnung wie eine ihm anhaftende soziale ‚Qualität‘ erscheint, als etwas also, was er privatrecht-

187

⁶¹ Beachte aber *BVerfGE* 91, 346 (358): Mit der aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ableitbaren verfassungsrechtlichen Garantie der Privaterbfolge sei es nicht vereinbar, den Nachlass Verstorbener, die eine Verfügung nicht getroffen haben, einer privaten Erbfolge zu entziehen. „Der Gesetzgeber muss danach für den Fall, dass der Erblasser keine letztwillige Verfügung über seinen Nachlass getroffen hat, eine gesetzliche Erbregelung vorsehen“.

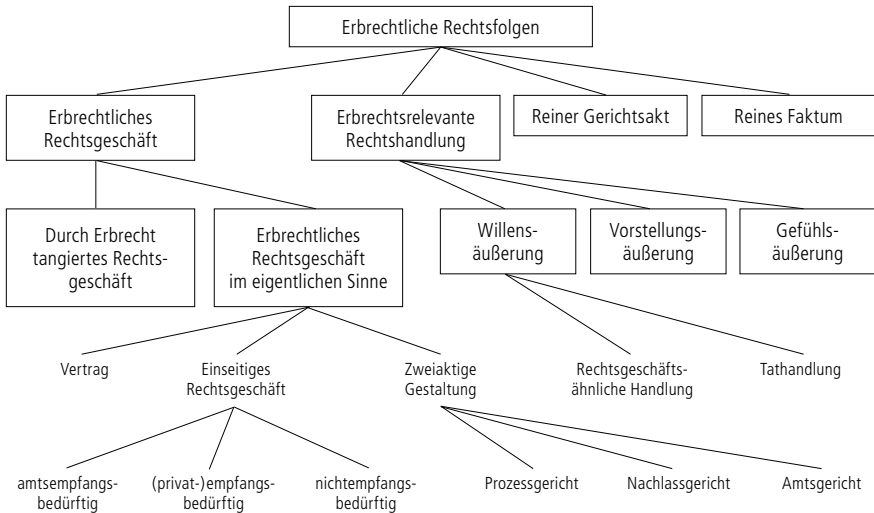
⁶² Dazu und zum Folgenden *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2005, S. 510f., 637f. (daraus auch die wörtlichen Zitate des Absatzes).

lich, unabhängig von seinem eigenen Tun, kraft Einverständnisses oder oktroyierter Ordnung, originär ‚ist‘, nicht aber: welche privatrechtlichen ‚Beziehungen‘ er durch Akte der Vergesellschaftung absichtsvoll sich geschaffen hat“. Der Gegensatz zwischen Kontrakterwerb und Erberwerb ist somit ein Gegensatz von Machen und Sein, von eigenem Tun und fremdem Tun, von Sekundär- anknüpfung und Originär-anknüpfung, von Vertrag und Status.

5. Zusammenfassung

188 Wenn wir noch einmal unsere Ausführungen zu II. 1.–4. überblicken, so zeigt sich ein fein verästeltes System von Anknüpfungstatbeständen erbrechtlicher Rechtsfolgen. Zur Veranschaulichung diene das folgende Schaubild.

189 *Schaubild 7:*



6. Rechtspolitische Bewertung

190 Fasst man das in 1.–5. Dargestellte zusammen, so kann man zunächst feststellen, dass erfreulich wenige erbrechtliche Rechtsfolgen durch reinen Gerichtsakt gesetzt werden können. Das spricht für die weitgehende **Staatsfreiheit** des deutschen Erbrechts. Hinzu kommt, dass es im Erbrecht praktisch keine genuinen Kompetenzen von Verwaltungsbehörden gibt: So kann zwar nach § 2194 S. 2 bei einer Auflage, deren Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt, auch die zuständige (Verwaltungs-)Behörde die Vollziehung verlangen. Sie wird dabei jedoch nicht hoheitlich tätig, sondern muss im Ernstfall, gerade ebenso wie die in § 2194 S. 1 genannten privaten Vollziehungsberechtigten, vor dem Zivilgericht

auf Vollziehung klagen. Dasselbe gilt in der Tendenz für das Erbrecht des Staates (§§ 1936, 1964–1966), das wegen seiner Nachrangigkeit gegenüber Ehegatten, Lebenspartnern und allen Verwandten ohnehin nur selten zum Zuge kommt. Es ist wie ein privates Erbrecht ausgestaltet, der Fiskus sieht sich auf die Stellung eines beliebigen Dritten herabgedrückt; es handelt sich nicht etwa um ein hoheitliches Aneignungsrecht. Die rein dienende, eine bloße Ordnungsfunktion erfüllende Rolle der Verwaltung zeigt sich schließlich auch bei der Aufnahme des Inventars (§§ 2002, 2003). Unterstrichen wird die hier betonte Tendenz des deutschen Erbrechts zur Zurückhaltung des Staates bei der Erbabwicklung durch die relativ geringe Anzahl von Fällen mit zweiaktiger Gestaltung. Zudem gibt es bei diesen Fällen Zuständigkeiten ausschließlich von Gerichten, nicht aber von Verwaltungsbehörden.

Im Erbrecht lässt sich eine deutliche Vorherrschaft des **einseitigen Rechtsgeschäfts** beobachten. Wie kommt es zu ihr? Hauptursache dürfte die Grundtatsache allen erbrechtlichen Geschehens sein: Wenn der Erblasser noch lebt, trifft er seine Verfügungen von Todes wegen, die Bedachten können daraus aber zu Lebzeiten des Erblassers keine Rechte ableiten. Machen sie jedoch nach dem Tod des Erblassers ihre Rechte geltend, lebt diejenige Person, von der sie ihre Rechte ableiten, nicht mehr. Die beiden Pole des erbrechtlichen Geschehens erscheinen wie durch eine Mauer voneinander getrennt. Dabei ließe sich durchaus ein Erbrechtssystem denken, in dem vom gesetzlichen Erbrecht abweichende Zuwendungen von einem Vertrag zwischen Erblasser und Zuwendungsempfänger, geschlossen zu Lebzeiten des Erblassers, abhängig sind. Unsere Frage berührt sich also mit der grundsätzlichen Frage nach der rechtspolitischen Legitimation des Testamentes. Gewiss, man will dem Erblasser Widerruf und Heimlichkeit ermöglichen. Aber selbst wenn man diese Ziele als berechtigt bejaht, könnte man immer noch das letzte Testament des Erblassers als Angebot zum Abschluss eines nach dem Erbfall sich perfektionierenden Vertrages mit dem Zuwendungsempfänger konstruieren. Warum verzichtet das Gesetz, anders als im Verkehrsrecht unter Lebenden, gerade im Erbrecht auf die Legitimationskraft des Vertrages? Und das in einer Gesellschaft, die man geradezu als „Kontraktgesellschaft“ bezeichnet hat⁶³. Warum spricht man dem Eigentümer gerade für die Zeit nach seinem Tode die größte Macht zu, nämlich die Macht, alleine zu regeln, was privatautonom gelten soll? Warum macht man am Lebensende aus Privatautonomie Singularautonomie? Wenn das Gesetz, wie das deutsche Erbrecht, dinglich sofortigen Vonselbsterwerb mit dem Erbfall annimmt (§§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1), könnte der Vertrag zwischen dem Erblasser und dem erbrechtlich Bedachten nur Kausalvertrag (Vertrag über das Behaltendürfen) sein. Für diesen Vertrag könnte entweder Willensübereinstimmung zu Lebzeiten des Erblassers gefordert (dann keine Heimlichkeit und zusätzlich Bindung des Erblassers, daher wohl abzulehnen) oder Annahme nach dem Erbfall für ausrei-

63 *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2005, S. 510.

chend erklärt werden. In diesem zweiten Falle gäbe es keinen Zeitpunkt, in dem beide Willen sich treffen würden. Dann müsste das Gesetz entweder den Willen des Erblassers als über den Tod des Willenssubjekts hinaus fortbestehend oder den Willen des Empfängers als schon vor dem Erbfall vorhanden fingieren. Wir wollen die Frage nach dem Richtigen hier nicht beantworten, vielmehr sie nur als Frage gegenüber einem mehr als 2000 Jahre herrschenden Denkmodell überhaupt erst eröffnen und zulassen.

- 192 Wenn man nun bei der bisherigen Lösung bleibt und auf beiden Seiten des Erbfalls das einseitige Rechtsgeschäft bevorzugt, dann sollten wenigstens die Anforderungen an Logik und **Konsequenz** nicht zu gering geachtet werden: Warum ist der Erbverzicht nicht als einseitiges (empfangsbedürftiges) Rechtsgeschäft des Verzichtenden ausgestaltet? Weshalb bedarf es für die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs nach § 852 Abs. 1 ZPO eines Vertrages?

III. Die Form des erbrechtlichen Rechtsgeschäfts

- 193 Erbrechtliche Rechtsgeschäfte sind vielfach formbedürftig. Die **notarielle Beurkundung** ist in folgenden Fällen vorgeschrieben: (1) Erbvertrag (§ 2276), (2) Aufhebung Erbvertrag (§ 2290 Abs. 4), (3) Erbschaftsvertrag (§ 311 b Abs. 5 S. 2), (4) Erbverzicht (§ 2348) und Kausalgeschäft dazu (herrschende Meinung⁶⁴), (5) Aufhebung Erbverzicht (§§ 2351, 2348) und Kausalgeschäft dazu (herrschende Meinung), (6) Erbschaftskauf (§ 2371) und Erbteilskauf (§ 2371 analog, herrschende Meinung), (7) dem Erbschaftskauf ähnliche Verträge (§§ 2385, 2371), (8) Verfügung über den Erbteil (§ 2033 Abs. 1 S. 2), (9) Rücktritt vom Erbvertrag (§ 2296 Abs. 2 S. 2), (10) Zustimmung zur testamentarischen Aufhebung eines vertragsmäßigen Vermächtnisses oder einer vertragsmäßigen Auflage (§ 2291), (11) Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser (§ 2282 Abs. 3), (12) Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 2 S. 2) bzw. beider Lebenspartner (§§ 10 Abs. 4 LPartG, 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 2 S. 2), (13) Testament eines Minderjährigen (§ 2233 Abs. 1), (14) Schenkung auf den Todesfall (§§ 2301 Abs. 1, 2276 oder §§ 2301 Abs. 2, 518 Abs. 1). – Manches in dieser Liste erscheint übertrieben streng. Dass zu Lebzeiten beider Ehegatten bzw. Lebenspartner der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen dem jeweils anderen zugehen muss, wird man einleuchtend finden. Warum dafür, selbst beim eigenhändigen Testament, notarielle Beurkundung erforderlich sein soll, bleibt fraglich. Manches aus der Liste erscheint widersprüchlich. Der Rücktritt im Allgemeinen (§ 349) bedarf selbst dann keiner Form, wenn das Rechtsgeschäft, von dem zurückgetreten wird, formbedürftig ist⁶⁵. In diesem Lichte muss

64 Nachweis bei Staudinger/Schotten²⁰⁰⁴ § 2348 Rn. 10.

65 Einhellige Meinung, vgl. nur MünchKomm/Gaier⁵ § 349 Rn. 2.

man § 2296 Abs. 2 S. 2 nicht für unmittelbar überzeugend halten. Vertragsmäßige Verfügungen des Erblassers können nach dem Tod des Erblassers ohne Form angefochten werden (§§ 2285, 2081 BGB, 25 FamFG); warum dann für die Anfechtung des Erblassers selber die Norm des § 2282 Abs. 3?

Öffentliche Beglaubigung ist erforderlich (1) für die Ausschlagung (wahlweise zur Niederschrift des Nachlassgerichts, § 1945 Abs. 1 HS. 2), (2) für die Anfechtung von Annahme oder Ausschlagung (wahlweise zur Niederschrift des Nachlassgerichts, §§ 1955, 1945 Abs. 1 HS. 2), (3) für die Einwilligung des Nacherben in eine ordnungsgemäße Verfügung des Vorerben, auf Verlangen (§ 2120 S. 2), (4) für das Nachlassverzeichnis durch den Vorerben, auf Verlangen (§ 2121 Abs. 1 S. 2 HS. 2), (5) für die Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch einen Dritten (§ 2198 Abs. 1 S. 2 HS. 2), (6) für das Nachlassverzeichnis des Testamentsvollstreckers, auf Verlangen (§ 2215 Abs. 2 HS. 2). Bei (1), (2) und (5) ist das Nachlassgericht Adressat der Willenserklärung, bei (3), (4) und (6) nicht. Warum nur bei (1) und (2) wahlweise Erklärung zur Niederschrift des Nachlassgerichts vorgesehen ist, nicht aber bei (5), bleibt unerfindlich. 194

Einfache Schriftform ist erforderlich für die Erhebung der Erbnunwürdigkeitsklage (§§ 2342 BGB, 253 Abs. 5 ZPO; wenn das Amtsgericht sachlich zuständig ist, gilt § 496 ZPO). **Eigenhändigkeit** des gesamten Rechtsgeschäfts, und damit gesteigerte Schriftform, verlangt für das nicht beim Notar errichtete Testament § 2247 Abs. 1. 195

Die häufige Formpflichtigkeit erbrechtlicher Rechtsgeschäfte hat naheliegende **Gründe**. Es geht in der Regel um ein Vermögen als Ganzes; das Geschäft ist daher vielfach ökonomisch bedeutsam. Das Risiko einer Fehlentscheidung ist, eben weil es meist um ein Vermögen als Ganzes geht, größer als beim lebzeitigen Rechtsgeschäft. Der Erblasser kann nach seinem Tod nicht mehr über seinen Willen, seine Vorstellungen und die genaue Zusammensetzung seines Vermögens befragt werden. Gerade aus diesem Grunde hat das BVerfG die Annahme des Gesetzgebers gebilligt, dass im Erbrecht ein höheres Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden⁶⁶. Die Formvorschriften sollen ferner voreiligen und unüberlegten Entscheidungen vorbeugen (Funktion des Übereilungsschutzes), sicherstellen, dass die Erklärung vom angegebenen Urheber stammt (Authentizitätsfunktion), den Beweis des Erklärungsinhalts erleichtern (Beweisfunktion) und für ein Mindestmaß an inhaltlicher Bestimmtheit⁶⁷ sorgen (Konkretisierungsfunktion). Ob die Formvorschriften den Zweck verfolgen, den Erblasser „in besonderem Maße zu verantwortlichem Testieren anzuhalten“⁶⁸ und Leichtfertigkeit bei der Abweichung von der gesetzlichen Regelung zu verhindern, erscheint dagegen zweifelhaft. 196

66 BVerfGE 99, 341 (355).

67 So zu Recht *Battes* AcP 178 (1978), 337 (361).

68 BGHZ 94, 36 (43).

IV. Höchstpersönlichkeit des erbrechtlichen Rechtsgeschäfts

- 197 Zahlreiche erbrechtliche Rechtsgeschäfte sind höchstpersönlich. Das zeigt sich etwa am Ausschluss von Stellvertretung. **Gewillkürte Stellvertretung** ist ausgeschlossen in folgenden Fällen: (1) Testament (§ 2064), (2) Erbvertrag als Erblasser (§ 2274), (3) Anfechtung Erbvertrag durch Erblasser (§ 2282 Abs. 1), (4) Erbverzicht als Erblasser (§ 2347 Abs. 2; anders für das Kausalgeschäft die herrschende Meinung⁶⁹), (5) Aufhebung Erbverzicht als Erblasser (§§ 2351, 2347 Abs. 2 S. 1 HS. 1), (6) Aufhebung Erbvertrag als Erblasser (§ 2290 Abs. 2), (7) Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag (§ 2296 Abs. 1), (8) Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1) bzw. beider Lebenspartner (§§ 10 Abs. 4 LPartG, 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1). – **Gesetzliche Stellvertretung** ist ausgeschlossen in folgenden Fällen: (1) Testament (§ 2064), (2) Erbvertrag als Erblasser (§§ 2274, 2275), (3) Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag (§ 2296 Abs. 1), (4) Aufhebung des Erbvertrags als Erblasser (§ 2290 Abs. 2), (5) Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1) bzw. beider Lebenspartner (§§ 10 Abs. 4 LPartG, 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1). Gesetzliche Stellvertretung ist dagegen nicht ausgeschlossen bei der Anfechtung des Erbvertrags durch den geschäftsunfähigen Erblasser (§ 2282 Abs. 2), beim Erbverzicht als geschäftsunfähiger Erblasser (§ 2347 Abs. 2 S. 2; erst recht nicht natürlich als geschäftsunfähiger Verzichtender), bei Aufhebung des Erbverzichts als geschäftsunfähiger Erblasser (§§ 2351, 2347 Abs. 2 S. 2). – Alle anderen erbrechtlichen Rechtsgeschäfte lassen Stellvertretung (§§ 164 ff.) zu. Ob bei der Abgrenzung zwischen Zulassung und Ausschluss der Stellvertretung immer das Richtige getroffen wurde, mag man in dem einen oder anderen Fall bezweifeln. Wieso z. B. ist beim Erbverzicht auf Seiten des Verzichtenden (§ 2347 Abs. 1) Stellvertretung zulässig (nach herrschender Meinung übrigens ja auch beim Kausalgeschäft zum Erbverzicht, und zwar für beide Seiten), obwohl doch der Verzichtende die Hauptperson des Geschehens ist, weil er das Opfer bringt?
- 198 Höchstpersönlichkeit eines Rechtsgeschäfts zeigt sich auch beim **Ausschluss von Bedingung und Befristung**. Der Wortlaut des Gesetzes selbst kennt nur wenige Fälle. Nach § 1947 können Annahme und Ausschlagung der Erbschaft nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen. Dasselbe gilt nach § 2180 Abs. 2 S. 2 HS. 2 für Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses, wobei das Gesetz die bedingte oder befristete Erklärung unwirksam sein lässt. Nach § 2202 Abs. 2 ist die Annahme oder Ablehnung des Amtes eines Testamentsvollstreckers unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Darüber hinaus soll nach herrschender Mei-

69 Vgl. etwa Staudinger/Schotten²⁰⁰⁴ § 2347 Rn. 26.

nung zum Allgemeinen Teil (§§ 158ff.) die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich sein, da dem Erklärungsempfänger keine Ungewissheit und kein Schwebezustand zugemutet werden könne⁷⁰. Das muss dann auch für die erbrechtlichen Gestaltungsrechte gelten⁷¹, sodass insoweit ein *argumentum e contrario* aus den §§ 1947, 2180 Abs. 2 S. 2 HS. 2, 2202 Abs. 2 nicht in Frage kommt. Die zentralen erbrechtlichen Rechtsgeschäfte, die Verfügungen von Todes wegen, sind dagegen bedingungsfreundlich (§§ 2066 S. 2, 2070; 2074, 2075; 2279 Abs. 1, 2074 f.; 2108 Abs. 2 S. 2; 2162; 2177; 2179).

V. Geschäftsfähigkeit und Betreuung im Erbrecht

Das Erbrecht zeichnet sich durch zahlreiche Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen der Geschäftsfähigkeit aus. Diese Abweichungen sollen hier im Überblick dargestellt werden. Wir wollen unterscheiden zwischen der beschränkten Geschäftsfähigkeit [(I)], der Geschäftsunfähigkeit [(II)] und der für einen Geschäftsfähigen angeordneten Betreuung [(III)].

(I) Beschränkte Geschäftsfähigkeit

(1) Es gibt Fälle, in denen der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige *voll gesperrt* ist (und auch sein gesetzlicher Vertreter nicht für ihn handeln kann)

- Errichtung eines Testamentes durch einen Minderjährigen unter 16 Jahren (§§ 2229, 2265), gilt auch für gemeinschaftliches Ehegattentestament,
- Errichtung eines eigenhändigen Testamentes und Errichtung eines notariellen Testamentes in Form der Übergabe einer verschlossenen Schrift durch 16 Jahre alten Minderjährigen (§§ 2233 Abs. 1, 2247 Abs. 4),
- Ein nicht verheirateter, nicht verpartnerter und nicht verlobter Minderjähriger kann keinen Erbvertrag als Erblasser schließen (§§ 2275 Abs. 1, 2274); und auch der beschränkt geschäftsfähige Verheiratete oder Verpartnerter oder Verlobte kann einen Erbvertrag als Erblasser nur mit seinem Ehegatten, Lebenspartner oder Verlobten, nicht aber mit Dritten schließen (§ 2275 Abs. 2) (wobei er im ersteren Fall auch noch stets die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters braucht, während er die Ehe bisweilen auch gegen dessen Willen durchsetzen kann, vgl. § 1303 Abs. 2–4).

Es ist höchst bedenklich, in den Fällen von (1) den Minderjährigen vom Rechtsverkehr auszuschließen (Art. 2 Abs. 1 GG: Allgemeine Handlungsfreiheit). Zumindes müsste dem gesetzlichen Vertreter Handlungsmöglichkeit eröffnet werden + Ein 14-jähriges Mädchen kann Mutter werden und sich dadurch einen gesetzlichen Erben kreieren; es kann ihm vielleicht sogar

⁷⁰ Vgl. nur BGHZ 97, 264; Palandt/Ellenberger⁶⁸ vor §§ 158ff. Rn. 13.

⁷¹ So z. B. für den Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag nach § 2296 OLG Stuttgart OLGZ 1979, 129 (131); Bamberger/Roth/Litzenburger² § 2296 Rn. 4; MünchKomm/Mu-sielak⁴ § 2296 Rn. 6; Soergel/Wolf³ § 2296 Rn. 6.

gelingen, die Ehe zu schließen (Heilung nach § 1315 Abs. 1 Nr. 1, wenn Volljährige später bestätigt, ferner § 1316 Abs. 3 und § 1316 Abs. 2 S. 2)

Mit 17 Jahren Ehe möglich und damit unabänderlich Pflichtteil, aber in der Regel kein Erbvertrag und selbst wenn: Ehe bedarf nicht zwingend Zustimmung gesetzlicher Vertreter, Erbvertrag schon (§ 2275 Abs. 2)

- (2) Es gibt Fälle, in denen der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige alleine, d. h. ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, handeln kann und der gesetzliche Vertreter von eigenem Handeln ausgeschlossen ist
- Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag (§ 2296 Abs. 1 S. 2, Abs. 1 S. 1)
 - Aufhebung des Erbvertrags als Erblasser (§ 2290 Abs. 2 S. 2, Abs. 2 S. 1)
 - Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1 S. 2, Abs. 1 S. 1) bzw. Lebenspartner (§§ 10 IV LPartG, 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1 S. 2, Abs. 1 S. 1)
 - Anfechtung Erbvertrag durch Erblasser (§ 2282 Abs. 1 S. 2, Abs. 1 S. 1)
 - Erbverzicht als Erblasser (§ 2347 Abs. 2 S. 1) (Vertretung durch gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter nach herrschender Meinung nicht ausgeschlossen und Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei Handeln des Minderjährigen erforderlich bei Kausalvertrag zum Erbverzicht; vgl. Staudinger/Schotten²⁰⁰⁴ § 2347 Rn. 4, § 2351 Rn. 4)
 - Errichtung Testament durch 16 Jahre alten Minderjährigen (§ 2229 Abs. 1, Abs. 2)

Höchst bedenklich: 7-Jähriger kann in diesen Fällen allein handeln (Staudinger/Schotten²⁰⁰⁴ § 2347 Rn. 24)! (Aufhebung Erbverzicht – § 2351 – wurde erst vor einigen Jahren geändert)

Widerspruch zu § 2291 Abs. 1 S. 1; dort 16 Jahre erforderlich, obwohl doch § 2291 Erleichterung gegenüber § 2290 sein soll

Warum ist Stellvertretung beim Erbverzicht für den Erblasser ausgeschlossen (§ 2347 Abs. 2 S. 1), auf Seiten des Verzichtenden (der für den Erbverzicht ja die Hauptperson ist und ein Opfer erbringt) aber nicht (§ 2347 Abs. 1)?

- (3) Es gibt Fälle, in denen nur der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige (und nicht auch der gesetzliche Vertreter) handeln kann, dazu aber die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters benötigt
- Erbvertrag als Erblasser bei Ehe und Verlöbnis (§ 2275 Abs. 2 S. 2 HS. 1; bei Vormundschaft zusätzlich Genehmigung des Familiengerichts erforderlich): Staudinger/Kanzleiter²⁰⁰⁶ § 2275 Rn. 4; keine untere Altersgrenze bei Verlöbnis, dieses muss nur wirksam zustande gekommen sein
 - Aufhebung Erbverzicht als Erblasser (§ 2351 verweist – seit 1. 1. 1992 – nicht mehr auf § 2347 Abs. 2 S. 1 HS. 2) (7-Jähriger kann sich durch Aufhebung Verzicht einen neuen gesetzlichen Erben schaffen, aber er kann nicht durch Testament sich einen Erben schaffen) (dabei hier in keinem Fall Genehmigung des Familiengerichts erforderlich; vgl. Staudinger/

Schotten²⁰⁰⁴ § 2351 Rn. 13, arg.: § 2347 Abs. 2 S. 2 HS. 2 bezieht sich eindeutig nur auf Fall der Geschäftsunfähigkeit des Erblassers) (Widerspruch zu § 2275 Abs. 2 S. 2 HS. 1 und zu § 2347 Abs. 1 S. 1 HS. 2, Abs. 2 S. 2 HS. 2)

- (4) Es gibt Fälle, in denen im Prinzip ganz normal die §§ 106 ff. gelten, aber zusätzlich die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist
- Ausschlagung Erbschaft und Vermächtnis (§§ 1643 Abs. 2 – Ausnahme: § 1643 Abs. 2 S. 2 –, 1822 Nr. 2)
 - Verzicht auf den Pflichtteil im Sinne des § 397, nicht dem des § 2346 (§§ 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 2)
 - Verfügung über Erbteil (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1)
 - Erbteilungsvertrag (§ 1822 Nr. 2)
 - Kausalvertrag Erbschafts Kauf und Erbteils Kauf (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1)
 - Erbschaftsvertrag nach § 311 b V (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1)
 - Erbverzicht als Verzichtender (§ 2347 Abs. 1 S. 1; keine Genehmigung erforderlich bei elterlicher Sorge, wenn Vertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird, § 2347 Abs. 1 a.E. / keine Genehmigung erforderlich für Aufhebung Erbverzicht als Verzichtender, § 2351 verweist nicht auf § 2347)
 - Kausalvertrag, in dem sich eine Partei zum Erbverzicht verpflichtet (herrschende Meinung, analog § 2347 Abs. 1)
 - Aufhebung Erbvertrag auf Seiten des nicht als Erblasser handelnden Erbvertragspartners, wenn für diesen Vormundschaft besteht immer, bei elterlicher Sorge dann nicht, wenn der Aufhebungsvertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird (§ 2290 Abs. 3)
 - Aufhebung eines unter Ehegatten oder Lebenspartnern geschlossenen Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament der Ehegatten oder Lebenspartner (§§ 2292, 2290 Abs. 3)
- (5) Auch in sonstigen Zusammenhängen kommt es zu merkwürdigen Widersprüchen bei der Rechtsstellung von Minderjährigen im Erbrecht. Nur ein Beispiel sei erwähnt: Hat der Minderjährige mit 17 fünf Millionen Schulden aufgehäuft, kann er seine Gläubiger mit Erreichen der Volljährigkeit abschütteln (§ 1629 a). Stirbt derselbe Minderjährige mit 17 1/2, können seine Erben in endgültig unbeschränkbare Haftung fallen (§§ 1994 ff.).

(II) Geschäftsunfähigkeit

- (1) Es gibt Fälle, in denen der Geschäftsunfähige voll gesperrt ist (und auch sein gesetzlicher Vertreter nicht für ihn handeln kann)
- Errichtung eines Testamentes (§§ 2229 Abs. 4, 2064)
 - Abschluss Erbvertrag als Erblasser (§§ 2275 Abs. 1, 2274)
 - Aufhebung Erbvertrag als Erblasser (§ 2290 Abs. 2 S. 1)
 - Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag (§ 2296 Abs. 1 S. 1)

- Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1 S. 1) bzw. beider Lebenspartner (§§ 10 Abs. 4 LPartG, 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1 S. 1)

Alle Fälle sind unter verfassungsrechtlichen Aspekten (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) in höchstem Maße bedenklich

Die Fälle üben einen hohen Anreiz aus, Geschäftsunfähigkeit des Erblassers noch zu seinen Lebzeiten zu behaupten und ihm eine Betreuung aufzuzwingen

Warum wird Geschäftsfähigkeit bei Testament eigens spezialdefiniert (§ 2229 Abs. 4), sonst im Erbrecht aber nicht?

- (2) Es gibt Fälle, in denen der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts handeln kann

- Anfechtung Erbvertrag durch Erblasser (§ 2282 Abs. 2)
- Erbverzicht als Erblasser (§ 2247 Abs. 2 S. 2) (Keine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich für einen Erbverzicht unter Ehegatten oder unter Verlobten, der für einen unter „elterlicher Sorge“ stehenden „geschäftsunfähigen“ Erblasser vereinbart wird – ein Fall, den es in der Praxis relativ selten geben wird, der aber zeigt, wie übermäßig kompliziert und gekünstelt die gesetzlichen Differenzierungen sind)
- Aufhebung Erbverzicht als Erblasser (§§ 2351, 2347 Abs. 2 S. 2)
- Erbverzicht als Verzichtender (§ 2347 Abs. 1 S. 2) (Keine Genehmigung Familiengericht erforderlich bei Aufhebung Verzicht als Verzichtender, da § 2351 nicht auf § 2347 Abs. 1 verweist)
- Erbteilungsvertrag durch Vormund, Betreuer und Pfleger (§§ 1822 Nr. 2, 1908 i Abs. 1)
- Ausschlagung Erbschaft und Vermächtnis durch Eltern, Vormund, Betreuer und Pfleger (§§ 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 2, 1908 i Abs. 1)
- Verzicht auf Pflichtteil im Sinne von § 397 (nicht dem des § 2346) durch Vormund, Betreuer, Pfleger (§§ 1822 Nr. 2, 1908 i Abs. 1, 1915 Abs. 1)
- Kausalvertrag zur Verfügung über Erbschaft durch Eltern, Vormund, Betreuer, Pfleger (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1, 1908 i Abs. 1, 1915 Abs. 1)
- Erbschaftsvertrag im Sinne des § 311 b Abs. 5 durch Eltern, Vormund, Betreuer, Pfleger (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1, 1908 i Abs. 1, 1915 Abs. 1)
- Verfügung über Erbteil durch Eltern, Vormund, Betreuer, Pfleger (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1, 1908 i Abs. 1, 1915 Abs. 1)

Was rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von Rücktritt vom Erbvertrag (völlige Sperre) und Anfechtung Erbvertrag (gesetzlicher Vertreter kann handeln)?

(III) Der geschäftsfähige Betreute

- (1) Es gibt einen Fall, in dem die Zustimmung des Betreuers erforderlich ist bei Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 und bei dem der Betreuer das Rechtsgeschäft nicht selbst vornehmen kann

- Aufhebung Erbverzicht als Erblasser (Weil § 2351 nicht auf § 2347 Abs. 2 S. 1 HS. 2 verweist, greift § 1903 Abs. 2 letzte Alternative nicht ein, und weil die Aufhebung des Erbverzichts keine „Verfügung von Todes wegen“ ist, greift § 1903 Abs. 2 Alt. 2 nicht ein, und daher kann ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden)
- Dieser völlig isoliert dastehende Fall, für den es keine Sachgründe gibt, sollte beseitigt und dem § 1903 Abs. 2 eingegliedert werden. Nach jetziger (und übrigens auch nach hier de lege ferenda vorgeschlagener) Rechtslage hat der Unterschied hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit für einen geschäftsunfähigen Erblasser einerseits (§§ 2351, 2347 Abs. 2 S. 2 HS. 1) und einen geschäftsfähigen, mit Erlaubnisvorbehalt betreuten Erblasser andererseits die überraschende Konsequenz, dass ein von einem Betreuer für den Erblasser geschlossener Aufhebungsvertrag nur wirksam ist, wenn der Betreute wirklich geschäftsunfähig war⁷². Bei Zweifeln über die Geschäftsfähigkeit des Betreuten empfiehlt sich daher, den Aufhebungsvertrag sowohl durch den Betreuer als auch den Betreuten schließen zu lassen.
- (2) Es gibt Fälle, in denen zwingend keine Zustimmung des Betreuers erforderlich ist, weil § 1903 Abs. 2 eingreift, und ein Betreuer nicht selbst handeln kann
- Errichtung Testament (§§ 2064, 1903 Abs. 2 Alt. 2 „Verfügung von Todes wegen“)
 - Abschluss Erbvertrag als Erblasser (§§ 2274, 1903 Abs. 2 Alt. 2 „Verfügung von Todes wegen“)
 - Rücktritt Erblasser vom Erbvertrag (§§ 2296 Abs. 1 S. 1, S. 2, 1903 Abs. 2 Alt. 3 „Willenserklärung, zu der ein beschränkt Geschäftsfähiger nach den Vorschriften des Buches fünf nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf“)
 - Aufhebung Erbvertrag als Erblasser (§§ 2290 Abs. 2 S. 1, S. 2, 1903 Abs. 2 Alt. 3 und Alt. 2, da Aufhebungsvertrag eine Form des Erbvertrags und daher „Verfügung von Todes wegen“)
 - Anfechtung Erbvertrag durch Erblasser (§§ 2282 Abs. 1 S. 1, S. 2, 1903 Abs. 2 Alt. 3)
 - Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1 S. 1, S. 2, 1903 Abs. 2 Alt. 2 und Alt. 3) bzw. beider Lebenspartner (§§ 10 Abs. 4 LPartG, 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 1 S. 1, S. 2, 1903 Abs. 2 Alt. 2 und Alt. 3)
 - Einwilligung der Angehörigen in Organspende (nach Gehirntod)⁷³
 - Einwilligung der Angehörigen in Verbreitung eines Bildes des Verstorbenen (§ 22 S. 3 KunstUrhG)

72 BayObLG ZEV 2001, 190 (191) = FamRZ 2001, 941 (942).

73 Palandt/Diederichsen⁶⁸ § 1896 Rn. 23.

- (3) Betreuer kann in Konkurrenz zu Betreutem handeln, für diesen kann ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden
- Abschluss Erbvertrag durch Nicht-Erblasser (§ 1903 Abs. 2 Alt. 2 greift nicht ein, weil der Nicht-Erblasser keine Verfügung von Todes wegen erichtet)
 - Aufhebung Erbverzicht als Verzichtender (§ 2351 verweist nicht auf § 2347 Abs. 1 S. 2; zu beachten bleibt aber § 1903 Abs. 3)
 - Erbschafts Kauf auf Seiten des Käufers (und auch sonst alle Fälle von § 1822 Nr. 1 auf Seiten des nicht erbrechtlich Beteiligten)
 - Alle sonstigen erbrechtlichen Rechtsgeschäfte, soweit sie nicht unter (4) – (6) fallen
- (4) Betreuer kann in Konkurrenz zu Betreutem handeln, für diesen kann ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden, und es ist auf jeden Fall (sowohl bei Betreutenhandeln wie bei Betreuerhandeln) Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich
- Aufhebung Erbvertrag als Nicht-Erblasser (§ 2290 Abs. 3 S. 3)
 - Zustimmung zu Aufhebung Erbvertrag durch Testament (§§ 2291 Abs. 1 S. 2 HS. 2, 2290 Abs. 3 S. 3)
- (5) Betreuer kann in Konkurrenz zu Betreutem handeln, für diesen kann ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden, und es ist nur bei Handeln durch den Betreuer (und sei es auch bloß bei Einwilligung in Handeln des Betreuten⁷⁴, str.) Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich
- Erbverzicht als Verzichtender (§ 2347 Abs. 1 S. 2)
 - Ausschlagung Erbschaft oder Vermächtnis (§§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 2)
 - Erbteilungsvertrag (§§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 2)
 - Verzicht auf Pflichtteil im Sinne von § 397 (§§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 2)
 - Kausalvertrag zu Verfügung über angefallene Erbschaft (Erbschaftsverkäufer) (§§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 1)
 - Erbschaftsvertrag nach § 311 b Abs. 5 als künftiger Erbe oder Pflichtteilsberechtigter (§§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 1)
 - Verfügung über Erbteil nach § 2033 (§§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 1)
 - Kausalvertrag Erbverzicht als Verzichtender (§ 2347 Abs. 1 S. 2 analog, herrschende Meinung, str.⁷⁵)
- (6) Bei Anordnung Betreuung Handlungsmöglichkeit des (geschäftsfähigen!) Betreuten (und damit auch des Betreuers) ausgeschlossen
- Testamentsvollstreckung (§ 2201)
 - Nachlasspflegschaft (§§ 1960, 1915 Abs. 1, 1781 Nr. 2)⁷⁶

⁷⁴ Staudinger/Schotten²⁰⁰⁴ § 2347 Rn. 16; Soergel/Damrau¹³ § 2347 Rn. 7; Bamberger/Roth/J. Mayer² § 2347 Rn. 5.

⁷⁵ Vgl. etwa Staudinger/Schotten²⁰⁰⁴ § 2347 Rn. 4 m. w. N.

⁷⁶ § 1781 Nr. 2 ist bloße Sollvorschrift, sodass die Bestellung eines Untauglichen gültig ist, aber einen Entlassungsgrund darstellt; bis zur Entlassung ist der Untaugliche wirksam handelnder gesetzlicher Vertreter; Palandt/Diederichsen⁶⁸ § 1781 Rn. 2.

– Nachlassverwaltung (§§ 1975, 1960, 1915 Abs. 1, 1781 Nr. 2)

Auch für (III) kann man rechtspolitisch an Vielem zweifeln. Ob es für die Fälle von (4) wirklich eines Unterschieds zu (5) bedurfte, bleibt fraglich, warum der Erbschaftskäufer keiner gerichtlichen Genehmigung bedarf, wohl aber der Erbschaftsverkäufer (genauer: der Betreuer des Erbschaftsverkäufers) unerfindlich. Für den Erbschaftskäufer ist der Vertrag doch noch viel gewagter als für den Erbschaftsverkäufer. 201

Insgesamt wurde das Vorstehende [(I) – (III)] nicht aufgelistet, weil man sich alle Differenzierungen einprägen müsste. Das Gegenteil ist der Fall: Man sollte das Gelesene sofort wieder vergessen. Die Auflistung erfolgte, um zu zeigen, welches unglaubliche Chaos der Gesetzgeber hier angerichtet hat. Vereinfachung heißt die rechtspolitische Lösung. 202

§ 9 Erbrecht und Verfassungsrecht

Literatur

- 203 *Boehmer, Gustav*: Erbrecht, in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans C./Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954; *Gutmann, Thomas*: Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München 2001; *ders.*: Der Erbe und seine Freiheit, NJW 2004, 2347–2349; *Hetmeier, Heinz*: Grundlagen der Privaterbfolge in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, Berlin 1990; *Isensee, Josef*: Inhaltskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über Verfügungen von Todes wegen – zum „Hohenzollern-Beschluss“ des BVerfG –, DNotZ 2004, 754–766; *Isensee, Walter/Kirchhof, Peter-Paul*: Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2. Aufl. 2001; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar), 10. Aufl., München 2009; *Leisner, Walter*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, Berlin 1970; *Maunz/Dürig*: GG, 53. Aufl., München 2009; *v. Münch/Kunig*: GG, 6. Aufl., München 2009; *Sachs/Wendt*: GG, 5. Aufl., München 2009; *Stöcker, Hans A.*: Das Grundrecht zu erben, WM 1979, 214–223; *Vyas, Sandra*: Der Schutzbereich der Erbrechtsgarantie, ZEV 2002, 1–5.

I. Rechtsquellen

- 204 Das **Grundgesetz** (GG) bestimmt in Art. 14 Abs. 1 GG: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“. Art. 14 Abs. 2 GG lautet: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Auch verschiedene **Landesverfassungen** gewährleisten das Erbrecht ausdrücklich. Das gilt für die Verfassungen von Bayern (Art. 103 Abs. 1), Bremen (Art. 13 Abs. 1 S. 3), Hessen (Art. 45 Abs. 4), Rheinland-Pfalz (Art. 60 Abs. 1 S. 3) und Saarland (Art. 18 S. 2). Auch die **Verfassungen der neuen Bundesländer** enthalten eine Garantie des Erbrechts, so diejenige von Brandenburg (Art. 41 Abs. 1), Sachsen (Art. 31 Abs. 1), Sachsen-Anhalt (Art. 18 Abs. 1) und Thüringen (Art. 34 Abs. 1); die Verfassung von Mecklenburg-Vorpommern (Art. 5 Abs. 3) verweist auf die Grundrechte des GG. Der EuGH sieht das Recht, über Eigentum letztwillig zu verfügen, von der Eigentumsgarantie des **Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)** umfasst¹. In der EMRK selbst wird das Erbrecht nicht ausdrücklich erwähnt. **Art. 8 EMRK** schützt jedoch das Recht auf Familienleben, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geht davon aus, das Erbrecht zwischen Kindern und Eltern sowie zwischen Enkeln und Großeltern sei so fest mit dem Familienleben

¹ EuGRZ 1979, 454 (460f.).

verbunden, dass es in den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK falle². Mit Art. 8 EMRK verknüpft der EGMR das Diskriminierungsverbot des **Art. 14 EMRK**, demgemäß die in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung, etwa wegen des Geschlechts, der Rasse, aber auch der Geburt, zu gewährleisten sind. Gesetzliche Regeln, die nichtehelichen Kindern das gesetzliche Erbrecht versagen, sind in diesem Licht eindeutig konventionswidrig³. Die **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**⁴, in Kraft getreten am 1. 12. 2009 gemäß Art. 6 des Lissaboner Vertrags, erkennt in Art. 17 Abs. 1 S. 1 jeder Person das Recht zu, ihr rechtmäßiges Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Nach dem Wortlaut handelt es sich nur um ein Grundrecht des Erblassers.

II. Funktion des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

Die Weimarer Reichsverfassung hatte Eigentum und Erbrecht noch in getrennten Artikeln behandelt. Art. 153 garantierte das Eigentum mit ungefähr dem Wortlaut der heutigen Eigentumsgewährleistung. Art. 154 lautete: Abs. 1: „Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet“, Abs. 2: „Der Anteil des Staates am Erbgut bestimmt sich nach den Gesetzen“. Art. 14 GG **hebt** demgegenüber das Erbrecht auf das **Schutzniveau** des Eigentums und unterstreicht zugleich die funktionale **Zusammengehörigkeit** von Eigentum und Erbrecht in einer privatrechtlichen Vermögensordnung. Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Erbrecht als Grundrecht und stellt **unmittelbar geltendes Recht** dar, das Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung bindet (Art. 1 Abs. 3 GG). Darin liegt der wichtigste Unterschied zur Behandlung des Erbrechts in der Weimarer Reichsverfassung. Art. 14 Abs. 1 S. 1

² *EGMR* NJW 1979, 2449 (2453).

³ Dazu und zum Folgenden *EGMR* NJW 2005, 875; zu dieser Entscheidung *Leipold*¹⁷ Rn. 257 c-e. Die Folgerungen des EGMR für den von ihm entschiedenen Fall gehen eindeutig zu weit: In einem Testament aus dem Jahre 1939 hatte die Erblasserin (in Andorra) verfügt, ihr Sohn habe das ihm hinterlassene Vermögen an einen Sohn oder Enkel weiterzugeben, der aus einer gesetzlich anerkannten, kirchlich geschlossenen Ehe stamme, anderenfalls solle das Vermögen an die Nachkommen anderer Kinder der Erblasserin fallen. Der Oberste Gerichtshof von Andorra hatte diese Testamentsklausel so ausgelegt, dass vom bedachten Sohn und seiner Ehefrau adoptierte Kinder nicht zu den von der Erblasserin begünstigten Personen gehörten. In dieser Auslegung (nicht etwa in der Testamentsklausel selbst) sah der EGMR einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK: Da die Testamentsklausel nach ihrem Wortlaut nicht zwischen leiblichen und adoptierten Kindern unterscheidet, sei eine Auslegung im Sinne einer solchen Differenzierung überflüssig und stelle daher einen gerichtlich verfügten Ausschluss des Adoptivkindes von seinem Erbrecht dar. Selbst wenn eine Auslegung erforderlich gewesen wäre, habe dabei nicht ausschließlich auf den Willen der Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung abgestellt werden dürfen. Vielmehr habe der Testamentsklausel möglichst der Sinn beigelegt werden müssen, der dem heutigen Stand des Rechts entspreche.

⁴ ABl. Nr. C 364/1 v. 18. 12. 2000.

GG gewährleistet das Erbrecht als Rechtsinstitut, d.h. den Kern des gesetzlichen Erbrechts im objektiven Sinne (**Institutsgarantie**)⁵, wie auch als subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers gegen den Staat (**Individualrechtsgarantie**)⁶. Die Erbrechtsgarantie hat die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänzt insoweit die Eigentumsgarantie und bildet zusammen mit dieser die **Grundlage** für die im Grundgesetz vorgegebene **private Vermögensordnung**⁷. Sie ist die Brücke zwischen dem Schutz des Eigentums in der Hand des Erblassers und dem Schutz des Eigentums in der Hand des Erben.

206 Durch die Institutsgarantie sind die Grundstrukturen des traditionellen einfachgesetzlichen Erbrechts geschützt, also die Kernelemente des Erbrechts, denen ein „Prinzipiengehalt“ eigen ist⁸. Diese Garantie bringt die objektive, ordnungsgestaltende Bedeutung des Erbrechts zum Tragen. Sie sichert einen Kernbestand von Normen, die die rechtliche Existenz und Funktionstüchtigkeit des privatnützigen Erb- und Vererbungsrechts **ermöglichen** und **ordnen**. Zu den erbrechtlichen Prinzipien rechnen im Wesentlichen die Privaterbfolge, die Testierfreiheit und die Verwandtenerbfolge. Diese Prinzipien und die sie realisierenden Kernnormen des geltenden Erbrechts dürfte der einfache Gesetzgeber nicht als solche beseitigen.

207 Das Individualgrundrecht der Erbrechtsgarantie gewährleistet dem Erblasser die **Freiheit des Vererbens**⁹, und zwar nicht nur im Wege der Verfügung von Todes wegen (Grundrecht der **Testierfreiheit**), sondern auch im Wege der **gesetzlichen Erbfolge**. Dass die Erbrechtsgarantie nicht auf die gewillkürte Erbfolge beschränkt ist, folgt schon daraus, dass nicht alle Menschen in jeder Lage von der Geburt bis zum Tod als testierfähig angesehen werden können. Mit der Gewährleistung der Privaterbfolge wäre es aber auch nicht vereinbar, den Nachlass Verstorbener, die eine Verfügung von Todes wegen nicht getroffen haben, weil sie sich ihnen noch nicht als dringlich darstellte, einer privaten Erbfolge zu entziehen. Der Gesetzgeber muss danach für den Fall, dass der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen über seinen Nachlass getroffen hat, eine gesetzliche Erbregelung vorsehen (Grundrecht auf die Existenz eines gesetzlichen Erb-

5 *BVerfGE* 19, 202 (206); *BVerfGE* 44, 1 (17); *BVerfGE* 67, 329 (340); *BVerfGE* 93, 165 (173); *BVerfGE* 99, 341 (350); *BVerfGE* 112, 332 (348); *BVerfG FamRZ* 2009, 1039 (1040).

6 *BVerfGE* 19, 202 (206); *BVerfGE* 44, 1 (17); *BVerfGE* 67, 329 (340); *BVerfGE* 99, 341 (350); *BVerfGE* 112, 332 (348); *BVerfG FamRZ* 2009, 1039 (1040).

7 *BVerfGE* 91, 346 (358); *BVerfGE* 112, 332 (348).

8 Maunz/Dürig/Papier, GG³³, Art. 14 Rn. 292; Sachs/Wendt, GG⁵, Art. 14 Rn. 195.

9 *BVerfGE* 91, 346 (360); *BVerfGE* 93, 165 (173 f.); *BVerfGE* 97, 1 (6). A. A. Stöcker WM 1979, 214 (220), der unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG die Testierfreiheit der Eigentumsfreiheit zuordnet, da das „Erbrecht“ nur das Recht zu erben meinen könne; ihm folgend Rauscher, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. 1, S. 33.

rechts). „Da die Erbrechtsgarantie in erster Linie den Freiheitsraum des Erblassers sichern soll, muss auch die Regelung der gesetzlichen Erbfolge am Interesse des Erblassers ausgerichtet sein“¹⁰.

Die Garantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG umfasst jedoch nicht nur das Recht des Erblassers, sein Vermögen zu vererben, sondern auch ein **Individualgrundrecht des Erben**, zu erben, d. h. das Vermögen des Erblassers kraft Erbfolge zu erwerben; gemeint sind hiermit ein Grundrecht an der eigenen Erbfähigkeit als Sonderfall der Rechtsfähigkeit, ferner ein individuelles Recht am Erhalt der nach der Institutsgarantie bestehenden gesetzlichen Erbrechte. Auf die Erbrechtsgarantie kann sich daher im Wege der Verfassungsbeschwerde auch der begünstigte Erbe berufen, da andernfalls der Grundrechtsschutz mit dem Tod des Erblassers erlöschen und damit weitgehend entwertet würde¹¹, ja, da es beim Abwehrrecht um Schutz gegen den Staat geht, ist eine solche Berufung auch schon vor dem Erbfall möglich. Den Schutz des Grundrechts kann der Erbe jedenfalls vom Zeitpunkt des Erbfalls an geltend machen¹². Erbeserben sprach das BVerfG den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG zu, wenn sie ein Verfahren des Erben über die Erbenstellung fortsetzen¹³. Beim Eigentumserwerbsrecht des Erben gilt es freilich generell zu beachten, dass Grundlage für den verfassungsrechtlichen Schutz des erbrechtlichen Erwerbs jedenfalls bei testamentarischer Erbfolge die Testierfreiheit des Erblassers ist¹⁴. Das Erwerbsrecht des Erben bildet hier das Gegenstück zum Verfügungsrecht des Erblassers und „leitet sich von diesem ab“. Es ist in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG „um der Verwirklichung der Testierfreiheit willen geschützt“. Da der Erblasser grundsätzlich frei verfügen kann, ob und mit welchen Beschränkungen er eine Person zum Erben bestimmt, folgt daraus, dass der begünstigte Erbe „den grundrechtlichen Schutz nur in dem jeweils vom Erblasser gewährten Umfang erlangen kann“. Weil sein verfassungsrechtlicher Schutz sich von der Testierfreiheit ableitet, kann der Erbe nicht unter Berufung auf ein durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verbürgtes Erwerbsrecht erreichen, dass „seinem Interesse an der Ausübung unbeschränkter Rechte am Nachlass der Testierwille des Erblassers untergeordnet wird“. Beschränkt der Erblasser in Ausübung seiner grundrechtlich geschützten Testierfreiheit die Verfügungsbefugnis des Erben über den Nachlass durch die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209), kann der Erbe den Nachlass nur mit dieser Verfügungsbeschränkung erwerben, mag auch die fachgerichtliche Auslegung des

¹⁰ BVerfGE 91, 346 (358).

¹¹ BVerfGE 99, 341 (349); BVerfGE 93, 165 (174); BVerfGE 91, 346 (360); BVerfGE 112, 332 (349); BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040).

¹² BVerfGE 99, 341 (349); BVerfGE 112, 332 (349); für Grundrechtsschutz des potentiellen Erben bereits zu Lebzeiten des Erblassers Vyas ZEV 2002, 1 (4f.).

¹³ BVerfGE 99, 341 (349).

¹⁴ Zum Folgenden BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040f.) (Haus Preußen II: Dauer der Testamentsvollstreckung).

§ 2210 im Einzelfall eine faktisch über 50 Jahre dauernde Testamentsvollstreckung ermöglichen.

III. Das Verhältnis von Eigentum und Erbrecht

- 209 Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet nicht „Eigentum und Erbrecht“, sondern, in auffälliger Hervorhebung, „das Eigentum und das Erbrecht“¹⁵. Die Formulierung betont zum einen, dass es sich bei Eigentum und Erbrecht um zwei verschiedene Dinge handelt. Sie unterstreicht zum anderen, dass man es nicht zuletzt mit Institutsgewährleistungen zu tun hat; anders dagegen Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG, wo es, ohne bestimmten Artikel, um Eigentum als subjektives Recht geht. „Das Erbrecht“ erweckt den Eindruck, als werde von etwas schon Bekanntem und einem schon vor dem GG Vorhandenen geredet. Da das „Erbrecht“ den Wortteil „Recht“ enthält, anders als beim Eigentum, als dessen Pendant man sich eigentlich eher „das Erbe“ denken könnte, hat es jedoch wieder den Anschein, als könne es die mit dem Erbgang verbundenen Gewährleistungen ohne (positives) Recht von vornherein nicht geben.
- 210 Manche bezweifeln, dass die Erbrechtsgarantie überhaupt **konstitutiven Charakter** besitze¹⁶. Das Recht des Erblassers, sein Vermögen zu vererben, müsste, so wird behauptet, bei Fehlen einer Spezialgarantie ohnehin als Bestandteil einer Garantie des Privateigentums angesehen werden¹⁷. Die Rechte des Erben nach dem Erbfall seien zweifellos eigentumsrechtlich geschützt. Und das Recht, Erbe zu werden, sei bis zum Erbfall bloße Hoffnung; und wo dies, wie beim Anwartschaftsrecht des Nacherben, anders sei, greife erneut der Schutz der Eigentumsgarantie ein. Die dargestellten Behauptungen sind unzutreffend. Die Erbrechtsgarantie besitzt gegenüber der Eigentumsgarantie konstitutiven Charakter. Erstens ist es seit den Zeiten des Vernunftrechts umstritten, ob die Testierfreiheit zum Begriff des Eigentums gehört. Immerhin geht es beim Testieren darum, aus „Mein“ „Dein“ zu machen, aus „Eigenem“ „Fremdes“, und zwar für eine Zeit, in der der bisherige Eigentümer „Eigenes“ und „Eigen“ nicht mehr hat, genauer: nicht mehr haben kann. Zweitens schützt Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG auch „das Grundrecht zu erben“¹⁸. Dass es sich für den Erben in der Zeit vor dem Erbfall nur um eine Erwerbsaussicht handelt, hat nur damit zu tun, dass es sich der Erblasser (unter Lebenden oder von Todes wegen) noch anders überle-

¹⁵ Ohne bestimmten Artikel Art. 6 Abs. 1, 6 Abs. 2 S. 1 GG, mit Art. 10 Abs. 1 GG.

¹⁶ Vgl. etwa v. Münch/Kunig/Bryde, GG⁶, Art. 14 Rn. 45.

¹⁷ Vgl. Art. 60 Abs. 1 rheinland-pfälzische Verfassung: „Das Recht der Verfügung [über das Eigentum] schließt das Recht der Vererbung und Schenkung ein“; vgl. auch oben die Rspr. des EuGH zu Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls EMRK; ferner BVerfGE 67, 329 (341); BVerfGE 91, 346 (358); BVerfG NJW 2004, 2008 (2010): Testierfreiheit als „Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus“.

¹⁸ Stöcker WM 1979, 214.

gen, dass der Erbe vorversterben kann. Beim fraglichen Grundrecht des Erben müssen wir diese Bedingungen als erfüllt betrachten, müssen wir von einem „Erben“ in Übereinstimmung mit dem Erblasser oder der gesetzlichen Erbfolge ausgehen, das Gesetzgeber oder Judikative nicht hinreichend beachten.

Diese Ausführungen erlauben auch die Klärung des Verhältnisses von Erbrechts- und Eigentumsgarantie zu den **übrigen Bestimmungen** des Art. 14 GG. Die Anwendung von Art. 14 Abs. 3 GG (Enteignung) kommt für das Erbrecht mangels Anwendungsbereiches nicht in Betracht. Eine dem Willen des Erblassers entgegenstehende „Enterbung“ eines bestimmten Erben im Einzelfall verstößt gegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. „Enteignet“ werden kann nur der Erblasser als Eigentümer oder der Erbe als Eigentümer.

Umstritten ist, ob **Art. 14 Abs. 2 GG** für das Erbrecht gilt¹⁹. Die Frage muss verneint werden. Gewiss bleibt die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach dem Erbfall in der Person des neuen Eigentümers, also des Erben, erhalten; genauso wie sie schon in der Person des Erblassers während seiner Eigentümerzeit bestand. Gefragt werden kann nur, ob der Vererbungsvorgang als solcher sozialpflichtig ist, oder anders gewendet: ob der Erbe als neuer Eigentümer gerade wegen seiner Erbenstellung und der Erblasser als alter Eigentümer, insofern er als Eigentümer gerade über den Nachlass verfügt, einer erhöhten Sozialpflichtigkeit unterliegen. Nach dem BVerfG gewährleistet die Erbrechtsgarantie nicht das (unbedingte) Recht, den gegebenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen. „Die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Einschränkung des Erbrechts sind – weil sie an einen Vermögensübergang anknüpfen – weitergehend als die zur Einschränkung des Eigentums“²⁰. Die Begrenzung des Erbrechts durch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gehe weiter als beim Eigentum. Bei Letzterem brauche kein entschädigungsloser Substanzentzug hingenommen zu werden. Die Erbrechtsgarantie nehme daher nicht die Eigentumsgarantie in ihrem quantitativen Umfang vollständig in sich auf. Diese Auffassung des BVerfG und die Art. 14 Abs. 2 GG bejahenden Literaturstimmen sind abzulehnen. Der Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 GG erfasst nur das Eigentum, und zwar das Eigentum gleich welcher Herkunft. Natürlich trifft es zu, dass der Gesetzgeber die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nur mit den Mitteln des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG realisieren kann, einer Norm, die auch für die Erbrechtsgarantie gilt. Daraus aber zu schließen, dass entgegen dem klaren Wortlaut auch das Erbrecht unter Art. 14 Abs. 2 GG falle, wäre schon logisch nicht zulässig, geschweige denn materiell. Genausowenig darf man auf der anderen Seite des Geschehens die Verfügung von Todes wegen durch den Erblasser als eine weniger stark geschützte, d. h. erhöhte Sozialpflichtigkeit auslösende Sondernutzung des Erblasser-Eigentums ansehen. Die Testierfreiheit wird in Art. 14 Abs. 1 GG nicht von der Eigentums-, sondern von der Erbrechtsgarantie geschützt, und vom Erbrecht ist nun einmal in Art. 14 Abs. 2 GG nicht die Rede. Man beachte auch, dass die Gegenmeinung mit Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG nicht zu Rande käme. Kann man „das Erbrecht“ oder „Erbrecht“ im Sinne dieser Norm „gebrauchen“, etwa bei gesetzlicher Erb-

19 Dagegen: Maunz/Dürig/Papier, GG⁵³, Art. 14 Rn. 297; Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ vor §§ 1922 ff. Rn. 73; MünchKomm/Leipold⁴ vor §§ 1922 ff. Rn. 21; dafür: Jarass/Pieroth, GG¹⁰, Art. 14 Rn. 71; v. Mangoldt/Klein/Depenheuer, GG⁵, Art. 14 Rn. 529; v. Münch/Kunig/Bryde, GG⁶, Art. 14 Rn. 45; Isensee/Kirchhof/Leisner, Handbuch des Staatsrechts², § 150 Rn. 23; Hetmeier, Grundlagen der Privaterbfolge in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, S. 63; offen Brox/Walker²³ Rn. 27; Soergel/Stein¹³ vor §§ 1922 Rn. 6.

20 BVerfGE 112, 332 (348); ebenso schon BVerfGE 93, 165 (174).

folge? Kann ein Vorgang erhöhte Sozialpflichtigkeit auslösen, den bei der gesetzlichen Erbfolge im Ob, im Wer und im Wie ausschließlich das Gesetz selber regelt? Dürfte man im Lichte des Art. 14 Abs. 2 GG die gewillkürte Erbfolge anders behandeln als die gesetzliche? Würde man die Formel des BVerfG gutheißen, müsste auch jede Vermögensübertragung unter Lebenden erhöhte Sozialpflichtigkeit auslösen. Zu fragen bliebe auch, wie lange die erhöhte Sozialpflichtigkeit des erbrechtlichen Vermögensübergangs geltend gemacht werden könnte und zudem, ob nur ein für allemal oder laufend für die gesamte Eigentumszeit des Erben. Könnten Erbbestandteile, die schon mehrere Erbgänge hinter sich haben, mit entsprechendem Multiplikator sozialpflichtig werden?

IV. Die bisherigen Schwerpunkte der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

- 213 In der Rechtsprechung des BVerfG stand die Erbrechtsgarantie lange im Schatten der Eigentumsgarantie. Erst in den letzten Jahren hat sich das Verhältnis etwas zugunsten der Erbrechtsgarantie verschoben. Ein anfänglicher Schwerpunkt in der Rechtsprechung des BVerfG waren Fälle im Umkreis des *bäuerlichen Erbrechts*: So wurde etwa der Vorrang männlicher Abkömmlinge in der früheren Fassung der HöfeO für verfassungswidrig erklärt²¹, eine Versagung der Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 GrdstVG nur dann als mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar angesehen, wenn durch das Veräußerungsgeschäft nachteilige Folgen für die Agrarstruktur eintreten²², und die Abfindungs- und Ausgleichsansprüche weichender Erben nach §§ 12, 13 HöfeO verfassungsrechtlich gebilligt²³. Die *Beschränkung der Vererblichkeit* eines gesetzlichen Rentenanspruchs auf den Fall, dass der Versicherte selbst diesen Anspruch zu seinen Lebzeiten geltend gemacht hat, so das BVerfG in einer anderen Entscheidung, verstoße nicht gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. „Durch die Beschränkung der Vererblichkeit wird das Erbrecht weder als Rechtsinstitut noch als Individualrecht in bezug auf die Ansprüche aus der Rentenversicherung in seinem Wesen endgültig beseitigt. Vielmehr wird es aufrechterhalten und nur von der Bedingung abhängig gemacht, daß der Versicherte selbst zu seinen Lebzeiten den Anspruch erhoben hatte“²⁴. Ein weiterer Schwerpunkt waren die durch das NEG von 1969 eingeführten Vorschriften über das *Erbrecht des nichtehelichen Kindes*: Der Ausschluss der vor dem 1. 7. 1949 geborenen Nichtehelichen von jedem Erbrecht nach Vater und väterlichen Verwandten wurde gehalten²⁵. § 1934 c a. F. wurde für nichtig erklärt²⁶, der vor-

21 BVerfGE 15, 337 (20. 3. 1963).

22 BVerfGE 26, 215 (19. 6. 1969).

23 BVerfGE 67, 329 (16. 10. 1984). Ebenso für die Ertragswert-Abfindung nach dem GrdstVG BVerfGE 91, 346 (14. 12. 1994).

24 BVerfGE 19, 202 (206) (1. 12. 1965).

25 BVerfGE 44, 1 (8. 12. 1976); bestätigt durch BVerfG ZEV 2004, 114 (20. 11. 2003). Vgl. jetzt aber EGMR ZEV 2009, 510.

26 BVerfGE 74, 33 (18. 11. 1986): Es ist mit Art. 6 Abs. 5 GG unvereinbar, dass einem

zeitige Erbaugleich (§§ 1934 d f. a. F.) dagegen für verfassungsgemäß²⁷. Immer wieder kommt es zu Entscheidungen über die *Erbschaftsteuer*: An der Erbersatzsteuer für Familienstiftungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG) fand das BVerfG nichts auszusetzen²⁸, wohl aber an der Besteuerung von Nachlassgrundstücken nach dem Einheitswert von 1964²⁹. In seiner neuesten Entscheidung zur Erbschaftsteuer vom 7. 11. 2006 (verkündet Ende Januar 2007), ergangen auf Richtervorlage des BFH³⁰, hat das BVerfG ausgesprochen, die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs sei mit dem GG unvereinbar, weil sie an Steuerwerte anknüpfe, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Nachlassgegenständen (Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteile an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichen Betrieben) den Anforderungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genüge. Die Bewertung des anfallenden Vermögens bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage müsse wegen der dem geltenden Erbschaftsteuerrecht zu Grunde liegenden Belastungsentscheidung des Gesetzgebers, den durch Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs zu besteuern, einheitlich am gemeinen Wert (= Verkehrswert, und zwar nicht im Sinne des Ertragswerts, sondern des Veräußerungswerts) als dem maßgeblichen Bewertungsziel ausgerichtet sein. Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung dürfe der Gesetzgeber auf den so ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und Lenkungsziele, etwa in Form „zielgenauer“ und „normenklarer“ steuerlicher Verschonungsregelungen, ausgestalten. Immer wieder einmal ziehen *vereinzelte Normen des materiellen Erbrechts* Verfassungsbeschwerden auf sich, meist ohne Erfolg, so etwa §§ 2210³¹, 2265³², 1933³³, 14 HeimG³⁴, 2325 Abs. 3 HS. 2³⁵, 2273 a. F.³⁶. Dass die §§ 2232, 2233 a. F. sowohl sprech- wie schreibunfähige Personen von der Möglichkeit zu testieren vollständig ausschlossen, hielt das Gericht jedoch zu Recht für einen Verstoß

nichtehelichen Kind ein gesetzliches Erbrecht oder ein Erbersatzanspruch nach seinem Vater nur zusteht, wenn bei dessen Tod die Vaterschaft anerkannt, rechtskräftig festgestellt oder das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft anhängig war.

27 BVerfGE 58, 377 (3. 11. 1981).

28 BVerfGE 63, 312 (8. 3. 1983).

29 BVerfGE 93, 165 (22. 6. 1995). Zur Erbschaftsteuer im Fall einer gescheiterten vorweggenommenen Erbfolge BVerfGE 97, 1 (Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde) (28. 10. 1997).

30 BVerfG NJW 2007, 573–586; Vorlagebeschluss (Art. 100 Abs. 1 GG) BFH NJW 2002, 3197.

31 BVerfG FamRZ 2009, 1039 (Haus Preußen II: Dauer der Testamentsvollstreckung).

32 BVerfG NJW 1989, 1986 (26. 4. 1989).

33 BVerfG FamRZ 1995, 536 (15. 2. 1995).

34 BVerfG ZEV 1998, 312 (3. 7. 1998).

35 BVerfG NJW 1991, 217 (6. 4. 1990).

36 BVerfG NJW 1994, 2535 (2. 2. 1994); heute § 349 FamFG.

gegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 (Erbrecht), 3 Abs. 1, 3 Abs. 3 S. 2 GG³⁷. Das geltende *Pflichtteils-* und *Pflichtteilsentziehungsrecht* erklärte das BVerfG für verfassungsgemäß³⁸, ja eine irgendwie geartete Mindestquote der engsten Angehörigen sogar als nach Art. 14 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 1 GG geboten. Schon zuvor hatte das Gericht in seiner (Hauptsache-)Entscheidung zum LPartG festgestellt, das Pflichtteilsrecht des überlebenden Lebenspartners verstoße nicht gegen die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Testierfreiheit, und Art. 14 Abs. 1 GG sei auch nicht dadurch verletzt, dass durch das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht des Lebenspartners das Erbe sonstiger Erbberechtigter geschmälert wird³⁹. Fehlerhafte Abwägung der beteiligten Grundrechte im Rahmen des § 138 bei der Beurteilung einer Eheebenenbürtigkeitsklausel warf das BVerfG dem BGH vor (Haus-Preußen-Fall)⁴⁰. Die vom BGH („Marlene-Dietrich“) in richterlicher Rechtsfortbildung vollzogene Anerkennung vererblicher vermögenswerter Bestandteile des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴¹ hat das BVerfG gebilligt⁴².

- 214 Im Erbrecht, so können wir zusammenfassen, sind deutlich **weniger** Verfassungsbeschwerden **erfolgreich** als im Familienrecht. Und von denen, die erfolgreich sind, sind auch noch einige von familienbezogenen grundrechtlichen Vorgaben abhängig (Art. 3 Abs. 2, 6 Abs. 1, 6 Abs. 4 GG). Konkrete Normenkontrollverfahren begegnen wenig⁴³.

V. Schranken der Erbrechtsgarantie und Schranken-Schranken

- 215 Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG überlässt es dem Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Erbrechts durch „die Gesetze“ zu bestimmen. Schrankenziehung „auf Grund eines Gesetzes“ genügt nicht. Inhalt und Schranken des Erbrechts werden nicht „durch Gesetze“, sondern „durch die Gesetze“ bestimmt, d.h. durch die Gesetze in ihrer Gesamtheit, durch die Gesetze, insofern sie dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung entsprechen. Dem Gesetzgeber kommt es in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG weniger auf den Mittel-, den Instrumentalcharakter des Gesetzes an,

³⁷ BVerfGE 99, 341 (19. 1. 1999).

³⁸ BVerfGE 112, 332 (19. 4. 2005); noch offen BVerfG NJW 2001, 141 (30. 8. 2000); BVerfGE 67, 329 (341) (16. 10. 1984); BVerfGE 91, 346 (359 f.) (14. 12. 1994); BVerfGE 105, 313 (356) (17. 7. 2002).

³⁹ BVerfGE 105, 313 (355) (17. 7. 2002).

⁴⁰ BVerfG NJW 2004, 2008 (22. 3. 2004); anders noch im Haus-Bayern-Fall bzw. Haus-Leiningen-Fall BVerfG FamRZ 2000, 945 (21. 2. 2000); vgl. zum Haus-Preußen-Fall auch BVerfG FamRZ 2009, 1039 (Dauer der Testamentsvollstreckung).

⁴¹ BGHZ 143, 214 = NJW 2000, 2195 = ZEV 2000, 323 m. Anm. Klingelhöffer; BGH NJW 2000, 2201 = ZEV 2000, 326 m. Anm. Klingelhöffer. Zum weiteren Fortgang des Verfahrens OLG München NJW-RR 2003, 767.

⁴² BVerfG ZEV 2007, 129 m. Anm. Fischer, 133.

⁴³ Ausnahmen: BVerfGE 63, 312 (Erbersatzsteuer) (8. 3. 1983), BVerfGE 58, 377 (vorzeitiger Erbausgleich) (3. 11. 1981).

sondern auf den Gedanken, dass Eigentum und Erbrecht von vornherein auf positives Recht angewiesen sind. „Erst durch die gesetzliche Ausgestaltung wird das Erbrecht des Einzelnen klar umrissen und zu einem praktisch durchsetzbaren Recht. Die einfach-rechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Erbrechts konkrete Gestalt“⁴⁴.

Versuche, die begriffliche Trennung von Inhalts-Bestimmung und Schranken-Ziehung (z.B. systemkonforme Fortentwicklung privatrechtlicher Beziehungen versus öffentlichrechtliche Grenzen des Eigentumsgebrauchs⁴⁵) in den Dienst einer Stufung der Kontrolldichte zu stellen, müssen angesichts des Formenreichtums eigentums- und erbrechtsgestaltender Maßnahmen und ihrer gegenseitigen Austauschbarkeit als gescheitert betrachtet werden. Das BVerfG verwendet denn auch das Begriffspaar „Inhalt und Schranken“ undifferenziert.

Der Gesetzgeber muss bei der näheren Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Erbrechts (1) den grundlegenden Gehalt (**Wesensgehalt** nach Art. 19 Abs. 2 GG) der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG wahren, (2) sich in Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen (z. B. Art. 6 Abs. 1, 6 Abs. 4 GG) halten und (3) insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) und das Gleichheitsgebot beachten⁴⁶. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Gleichheitsgebot sind zwar nicht im eigentlichen Sinne eigentums- oder erbrechtlichen Charakters. Beide haben aber gerade für Art. 14 Abs. 1 GG besondere Bedeutung und spezifischen Zuschnitt; ohnehin sind diese Prinzipien in den jeweiligen Grundrechten besser verortet als im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip⁴⁷.

Eine geradezu idealtypische Anwendung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** findet sich in der Entscheidung des BVerfG über § 14 HeimG⁴⁸: Das in dieser Norm enthaltene Testierverbot wolle verhindern, dass die Hilf- oder Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen in finanzieller Hinsicht ausgenutzt werde, wolle den Heimfrieden schützen, der durch eine erkaufte unterschiedliche Behandlung der Heimbewohner gestört werden könne, und schließlich die Testierfreiheit der Heimbewohner gegen offenen oder versteckten Druck in Schutz nehmen. Zur Erreichung dieser (als solcher gerechtfertigten) Ziele sei § 14 HeimG geeignet. Er sei aber auch erforderlich, denn die Sittenwidrigkeitsprüfung im Rahmen des § 138 und die Möglichkeit des Testamentswiderrufs nach §§ 2253 ff. seien zur Erreichung des Ziels nicht gleich gut geeignet. § 138 verlange den Nachweis einer tatsächlichen Zwangslage im Einzelfall und §§ 2253 ff. verhinderten nicht, dass erst einmal unter Druck ein Testament errichtet werde. Eine etwaige Meldepflicht für testamentarische Zuwendungen zwingt Heimträger und Heimbedienstete nicht in gleichem Maße wie § 14 HeimG zur Zurückhaltung bei der Einflussnahme auf

44 BVerfGE 99, 341 (351).

45 Stein, Staatsrecht²⁰, § 41 III 1.

46 BVerfGE 67, 329 (340); BVerfGE 105, 313 (355); BVerfGE 112, 332 (348); vgl. auch zur Schrankenbildung bei der Testierfreiheit BGHZ 123, 368 (378) (Behindertentestament II).

47 v. Münch/Kunig/Bryde, GG⁶, Art. 14 Rn. 62.

48 BVerfG ZEV 1998, 312; vgl. auch BVerfGE 99, 341 (353 ff.) zum verfassungswidrigen Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Möglichkeit zu testieren.

die Testamentsgestaltung der Heimbewohner. Eine Beschränkung des Verbots auf Fälle aktiver Einflussnahme könne zwar den ersten Zweck des § 14 HeimG ebenfalls erreichen, verhindere aber nicht die Konkurrenzsituation unter den Heimbewohnern. „Damit stellt sich ein Verbot der testamentarischen Vorteilsannahme jedenfalls dann als geringstmöglicher Eingriff dar, wenn es als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt angesehen wird und wenn dem Heimbewohner ein Anspruch auf Erlaubniserteilung eingeräumt wird, soweit die mit dem Verbot verfolgten Zwecke im Einzelfall nicht eingreifen“. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sei deshalb gewahrt, weil eine heimliche testamentarische Zuwendung zugunsten des Heimträgers oder Heimbediensteten und eine Zuwendung nach behördlicher Genehmigung nicht verboten seien. – Die Entscheidung des BVerfG ist abzulehnen⁴⁹. Schon die Zwecke des § 14 HeimG sind nicht legitim: Wieso soll denn gerade in einem Heim verboten sein, was sonst das Leben der ganzen Gesellschaft prägt, nämlich dass der Reichere mehr kaufen kann als der Ärmere? § 14 HeimG schützt nicht die Testierfreiheit, sondern schließt sie aus. Gesetzlicher Druck zur Verheimlichung von Dankbarkeit ist abwegig. § 14 HeimG (und auch dessen landesrechtliche Nachfolger) sollte abgeschafft werden. Hunderttausende von Menschen leben in Heimen; ihre Zahl wird in Zukunft aus bekannten Gründen noch zunehmen. Viele dieser Menschen haben keine nahen Angehörigen, oder sie haben Angehörige, die sich nicht um sie kümmern. § 14 HeimG nimmt ihnen, auch und gerade wenn sie testierfähig sind, die Freiheit, diejenigen offen zu Erben einzusetzen, die ihnen am Ende ihres Lebens Gutes tun, und vielleicht über ihre dienstlichen Pflichten hinaus Gutes tun. Erklärt man die entsprechenden Testamente für nichtig, werden oft allerentfernteste Verwandte Erben, Leute, mit denen der Erblasser im Leben nichts zu tun hatte, die er vielleicht nicht einmal kannte. Hinter der Norm steht ein Menschenbild voller unwürdiger Unterstellungen: Der Heimbewohner ist willensschwach und leicht beeinflussbar, der Heimmitarbeiter schmeichlerisch und geldgierig, der Heimbetreiber auf nichts als Profitmaximierung aus. Die Motive des Gesetzgebers sind am Ausnahmefall orientiert und beschränken zur Verhinderung weniger Missbrauchsfälle die Freiheit der Mehrheit. § 14 HeimG widerspricht dem Geist des vor fünfzehn Jahren reformierten Betreuungsrechts, das vom Ziel geprägt ist, dem Betreuten soviel Rechtsmacht wie irgend möglich zu belassen. Und ein letztes Argument: Das sonstige erbrechtliche Schutzinstrumentarium gegen faktische Einschränkungen der Testierfreiheit reicht völlig aus: die Einzelfallprüfung auf Testierunfähigkeit, Erbunwürdigkeit, Sittenwidrigkeit, Anfechtung wegen Irrtums oder Drohung. Soweit die landesrechtlichen Nachfolger des § 14 HeimG keinen Erlaubnisvorbehalt kennen, sind sie übrigens schon nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungswidrig.

- 219 Nach herrschender Meinung sind die **drei wichtigsten materialen Prinzipien** des geltenden einfachgesetzlichen Erbrechts – Privaterbrecht, Testierfreiheit, Familienerbrecht – durch Art. 14 Abs. 1 GG abgesichert. Dies ist im Folgenden darzustellen und kritisch zu überprüfen (VI., VII., VIII.).

⁴⁹ Eine erste Bresche in das hinter § 14 HeimG stehende Motivgebäude schlägt jetzt das BVerfG selbst, und zwar bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer funktional ähnlichen Norm, nämlich des § 1897 Abs. 3, vgl. *BVerfG FamRZ* 2006, 1509 (Mutter des schwerstbehinderten Sohnes beherrscht die dessen Heim betreibende Gesellschaft, ihre Entlassung als Betreuerin wegen bloß abstrakter Möglichkeit einer Interessenkollision ist verfassungswidrig, weil gegen Art. 6 Abs. 2 GG verstoßend) u. die Anm. von *Bienwald* unter Ziff. 1.

VI. Privaterbrecht

Das Prinzip der gesetzlichen Erbfolge, das Familienerbrecht, und die Testierfreiheit garantieren die Privaterbfolge, d.h. die regelmäßige **Beerbung** eines Menschen durch **private** (natürliche oder juristische) **Personen**. Daher erscheint fraglich, ob das Prinzip der Privaterbfolge eine über die beiden anderen Prinzipien (Testierfreiheit, Familienerbfolge) hinausgehende, also eine konstitutive Bedeutung im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 GG besitzt⁵⁰. Hinzu kommt ja, dass die Testierfreiheit die Einsetzung öffentlicher Körperschaften und öffentlich-rechtlicher Stiftungen nicht ausschließt und die gesetzliche Erbfolge, jedenfalls nach herrschender Meinung, nicht wegen Art. 14 Abs. 1 GG zwingend eine unbegrenzte Verwandtenfolge vorsehen muss. Gleichwohl schützt Art. 14 Abs. 1 GG auch die Privaterbfolge als eigenständiges Prinzip: Nur mit ihm lässt sich der Zugriff des Erbschaftsteuergesetzgebers bei gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge im Zaum halten. Nur mit ihm kann man letztlich die Frage beantworten, wie denn die gewillkürte oder gesetzliche Erbenstellung von der Rechtsnatur her aussehen soll, dass sie nämlich zwingend eine rein privatrechtliche sein muss, was selbst für das Erbrecht des Staates zu gelten hat (so §§ 1936, 1964–1966), der nicht ein öffentlichrechtliches Okkupationsrecht ausübt, sondern privatrechtlicher Gesamtrechtsnachfolger wird, geradeso wie jeder andere Erbe auch.

Die Anerkennung der Privaterbfolge ist für die Erbrechtsgarantie **grundlegend**⁵¹. Das Erbrecht hat die Funktion, das *Privateigentum* als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung⁵² mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänzt insoweit die Eigentumsgarantie und bildet zusammen mit dieser die Grundlage für die im GG vorgesehene private Vermögensordnung. Der Aspekt der Privaterbfolge verleiht der Erbrechtsgarantie ihre staatsgerichtete *Abwehrfunktion*. Doch bleibt er in seiner Bedeutung nicht rein negativ, sondern weist zugleich das Erbrecht positiv dem *bürgerlichen Recht* und seinen genuinen Regelungsmechanismen (Ausgleich von Interessenkonflikten zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten) zu. Dass das Gesetz in den Fällen, in denen der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen getroffen hat, eine *gesetzliche Erbrechtsgarantie* vorsehen muss, wurde bereits gesagt, und dass diese Regelung der gesetzlichen Erbfolge am Interesse des Erblassers ausgerichtet sein muss⁵³ und nicht an denen einer irgendwie gearteten Öffentlichkeit oder

⁵⁰ Bejahend *BVerfGE* 67, 329 (340); *BVerfGE* 91, 346 (358); *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 53 ff.; *Dreier/Wieland*, GG³, Art. 14 Rn. 59; *Soergel/Stein*¹³ vor §§ 1922 ff. Rn. 11; *MünchKomm/Leipold*⁴ vor §§ 1922 ff. Rn. 23. A. A. tendenziell v. *Münch/Kunig/Bryde*, GG⁶, Art. 14 Rn. 49.

⁵¹ Dazu und zum Folgenden *BVerfGE* 67, 329 (340); *BVerfGE* 91, 346 (358).

⁵² *BVerfGE* 83, 201 (208).

⁵³ *BVerfGE* 91, 346 (358, 360, 362).

des Staates, ebenfalls (II.). Das bedeutet in der Regel aber auch, dass der Staat in der gesetzlichen Erbfolge, außer der Wahrnehmung einer reinen Ordnungsfunktion zur Verhinderung herrenloser Nachlässe, nichts verloren hat. Wenn eine ganz einhellige Meinung lehrt, gegen einen *Abbruch der Verwandtenerbfolge* nach der dritten oder vierten Ordnung, und zwar zugunsten eines dann eingreifenden Staatserbrechts, sei verfassungsrechtlich nichts einzuwenden, so ist dem nachdrücklich zu widersprechen. Wenn es richtig ist, dass die gesetzliche Erbfolge an den Interessen eines verständigen Erblassers auszurichten ist, und es ist richtig, dann mag zwar der Abbruch der Verwandtenerbfolge nach der dritten oder vierten Ordnung legitim sein, aber allenfalls, wenn an die Stelle der Verwandten nicht der Staat, sondern andere Private treten, etwa gemeinnützige Fonds, das Pflegeheim des Erblassers, der nichteheliche Lebensgefährte usw. Anders als Art. 154 Abs. 2 der Weimarer Verfassung spricht Art. 14 Abs. 1 GG bewusst und demonstrativ nicht von einem „Anteil des Staates am Erbgut“ (der sich „nach den Gesetzen bestimmt“). Ein Erbrecht des Staates tastet also nicht erst dann den Wesensgehalt der Erbrechtsgarantie an, wenn es umverteilende Funktion hätte⁵⁴.

- 222 Die **Erbschaftsteuer** wird in Art. 14 Abs. 1 GG nicht erwähnt. Art. 106 Abs. 2 Nr. 2 GG führt sie jedoch ausdrücklich unter den im Aufkommen den Ländern zustehenden Steuern an. Sie muss daher verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig sein. Doch stellt Art. 14 Abs. 1 GG einen Maßstab auch für Art und Höhe der Erbschaftsteuer dar. Es wurde bereits ausgeführt, dass nicht etwa Art. 14 Abs. 2 GG herangezogen werden kann, um den Erbfall für Umverteilungszwecke zu instrumentalisieren, weil es sich in der Hand des Erben um „unverdientes“ und damit weniger „wertvolles“ Eigentum handle (III.)⁵⁵. Die Erbrechtsgarantie erklärt gerade das vererbte bzw. ererbte Eigentum als genauso wichtiges und richtiges Eigentum wie das zu Lebzeiten erworbene Eigentum; in diesem Satz haben wir ihre Hauptaussage vor uns. Als *äußerste Grenze* der Erbschaftsbesteuerung wird gemeinhin das Verbot der konfiskatorischen Besteuerung angesehen⁵⁶. Belässt man es wie bisher beim Prinzip der unbegrenzten Verwandtenerbfolge, so gilt das Verbot der konfiskatorischen Steuer selbst für den entferntesten Verwandten⁵⁷; denn auch dieser erbt in Übereinstimmung mit den typischen Interessen eines verständigen Erblassers, und dessen Schutz hat ja Art. 14 Abs. 1 GG vor allem im Blick. Das BVerfG hat seinen problematischen *Halbteilungsgrundsatz* auch auf das Erbschaftsteuerrecht erstreckt, jedoch nur für die engere Familie, setzt also namentlich für sie den zwingenden Schutz deutlich früher an als das Konfiskationsverbot. Danach ist der erbschaftsteuerliche Zugriff bei Familienangehörigen im Sinne der Steuerklasse I derart zu mäßigen, dass jedem dieser Steuerpflichtigen der jeweils auf ihn überkommene

54 A. A. MünchKomm/Leipold³ vor §§ 1922 ff. Rn. 23.

55 Ebenso MünchKomm/Leipold⁴ vor §§ 1922 ff. Rn. 24.

56 BVerfGE 63, 312 (327) (Erbersatzsteuer für Familienstiftungen).

57 A. A. zu Unrecht v. Münch/Kunig/Bryde, GG⁶, Art. 14 Rn. 49.

Nachlass – je nach dessen Größe – zumindest zum deutlich überwiegenden Teil oder, bei kleineren Vermögen, völlig steuerfrei zugute kommt⁵⁸. Ansonsten, also bei anderen zu Erben berufenen Personen, darf die Steuerpflicht den Erwerber nicht übermäßig belasten und die ihm zugewachsenen Vermögenswerte nicht grundlegend beeinträchtigen⁵⁹. Niemand wird gegen die erbschaftsteuerliche Privilegierung der engsten Familie im Grundsatz etwas einzuwenden haben. Was jedoch nicht einleuchtet, ist die Annahme, dass es nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoße, die höchste Steuerlast (weil ungünstigste Steuerklasse) eingreifen zu lassen, wenn der Erblasser eine mit ihm weder verwandte noch verheiratete noch verpartnerte⁶⁰ Person zum Erben einsetzt, während gleichzeitig die Pflichtteile der engsten Familienangehörigen steuerlich aufs Äußerste privilegiert und in dieser Privilegierung praktisch vom familienfremden Dritten „bezahlt“ werden⁶¹. Entscheidendes verfassungsrechtliches Kriterium für die zulässige Höhe der Erbschaftsteuerbelastung muss die Frage sein, wie groß das (tatsächlich im Wege der Verfügung von Todes wegen geäußerte oder typischerweise zu vermutende) *Interesse des Erblassers* an der Erbenstellung des konkreten Erben ist. Der testamentarisch eingesetzte Familienfremde gehört ebenso in Erbschaftsteuerklasse I wie (gesetzlich oder testamentarisch) zum Zuge kommende enge Familienangehörige. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wären in Steuerklasse II die Pflichtteile, in Steuerklasse III die im Wege der gesetzlichen Erbfolge zum Zuge kommenden entfernten Verwandten einzuordnen. Jede Form von naiv-romantischer oder auf Staatsvorteil schielender Familienüberhöhung sollte bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung der Erbschaftsteuer ausgeschlossen bleiben.

Die Erbschaftsteuer oder besser gesagt: das Fehlen einer wirklich angemessen hohen und nennenswerten Erbschaftsteuer wird in Deutschland traditionell als heilige Kuh behandelt. Schon als man 1906, etwa zwei Jahrhunderte später als in England und Frankreich, die Erbschaftsteuer auf Reichesebene einführte, um die Aufrüstung des Heeres zu finanzieren, war sie ein typisches politisches Kompromissprodukt⁶². Sozialdemokraten und Liberale hatten sie als „Anstandssteuer“ gefordert, um „die Besitzenden an den Verteidigungskosten nach Maßgabe ihres Besitzes“ zu beteiligen, wie es August Bebel formulierte. Das Eintreten der SPD für die Erbschaftsteuer war mehr als zurückhaltend. Der um 1900 in Italien, Frankreich und England heftig diskutierte, nach seinem Urheber Eugenio Rignagno benannte Plan, durch Erbschaftsteuererhebung innerhalb von drei Generationen alles Erbvermögen zu konfiszieren, erlangte bei den Erbschaftsteuerdiskussionen in Deutschland keine besondere Bedeutung, obgleich er schon 1905 ins Deutsche übersetzt worden war. Vier Einwände werden immer wieder gegen eine höhere Erbschaft-

223

58 BVerfGE 93, 165 (174f.).

59 BVerfGE 93, 165 (Leitsatz 2 und S. 172).

60 Die Erbschaftsbesteuerung des Lebenspartners bedarf einer Angleichung an die des Ehegatten.

61 Sodass de facto eine Art erbschaftsteuerlicher Schattenpflichtteil entsteht.

62 Ehegatten und Kinder wurden 1906 gänzlich von der Besteuerung ausgenommen. In den Jahren 1908 und 1909 wurde im Reichstag zwar die Frage der Einbeziehung auch von Ehegatten und Kindern in die Besteuerung heftig diskutiert, jedoch letztlich von der Mehrheit als Eingriff in die Familien abgelehnt. Die Einbeziehung erfolgte erst 1919.

steuer oder gar für eine weitere Reduzierung der Erbschaftsteuer ins Feld geführt. Falsch sind sie alle, und durch gebetsmühlenartige Wiederholung werden sie nicht richtiger. Erster Irrtum: Wer das Erbe besteuert, besteuert den Bürger doppelt, so heißt es. Erst bildet er sein Vermögen aus versteuertem Einkommen, und dann wird auf dieses Vermögen nach seinem Ableben noch einmal Steuer fällig. In Wahrheit ist die Erbschaft eine ganz normale Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Erben, nicht anders als die diesem zufließende Jahresprämie seines Arbeitgebers. Wer dem Reizwort von der „doppelten“ Besteuerung auf den Leim geht, müsste erstens die ganze Mehrwertsteuer gleich mitabschaffen, denn wer ein Brötchen kauft mit zuvor versteuertem Geld, der muss auf den Kaufpreis 7% Mehrwertsteuer zahlen. Und zweitens muss er sich fragen lassen, woher er denn die zeitlichen Kriterien für das „doppelt“ nimmt: Hat nicht auch der Großvater für die Familienvilla schon Erbschaftsteuer bezahlt? Außerdem ist im Erbe immer auch die Leistung der gesamten Gesellschaft präsent, und zwar eben nicht nur beim Erwerb des Vermögens, sondern gerade auch beim dauerhaften Erhalt des Vermögens: Polizei und Justiz haben es geschützt, Arbeitskräfte durch Lohnverzicht den Betrieb aus der Krise geführt, Flächennutzungsplan und Bebauungsplan den Grundstückswert verdoppelt. Zweiter Irrtum: Eine Erhöhung der Erbschaftsteuer treibt die Unternehmer in den massenhaften Exodus. In Frankreich und den USA etwa sind die Erbschaftsteuern deutlich höher als bei uns (wo sie nur etwa 1% des Gesamtsteueraufkommens ausmachen); von Massensexodus aus diesen Ländern hört man nichts. Wollten Unternehmer wirklich dem Fiskus den Zugriff auf ihr Unternehmen verwehren, müssten sie nicht nur selbst ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen; sie müssten auch ihre Erben zum Umziehen bewegen und sämtliche Betriebsstätten verlagern. Da bietet sich dann eher der Verkauf des Unternehmens an; und bei diesem bleiben die inländischen Arbeitsplätze grundsätzlich erhalten. Dritter Irrtum: Der Unternehmer, der Erbschaftsteuern zahlen muss, steht in der Gefahr, sein Unternehmen verkaufen oder zerschlagen zu müssen. Erbschaftsteuer muss man nur zahlen, wenn das Unternehmen etwas wert ist. Wenn das Unternehmen etwas wert ist, kann man sich einen Kredit darauf besorgen. Dessen Abzahlung kann man zeitlich strecken. Dasselbe gilt übrigens für das eigenen Wohnzwecken dienende Haus, das der Erbe angeblich wegen der Erbschaftsteuer verkaufen muss. Vierter Irrtum: Erbschaftsteuer schwächt die Kapitalbildung, bremst den wirtschaftlichen Elan, lähmt den Antrieb, mehr zu arbeiten und zu sparen. In Wahrheit ermöglicht eine Erhöhung der Erbschaftsteuer (im vernünftigen, international kompatiblen Ausmaß) die Reduzierung der Einkommensteuer und begünstigt damit den Erwerb neuen Vermögens durch Arbeit und Kapitaleinsatz. Insgesamt kann man also sagen, dass eine angemessene Erhöhung der Erbschaftsteuer verfassungsrechtlich wohl durchaus zulässig und gesellschaftspolitisch sinnvoll wäre. Dies gilt selbst für den neuerdings verstärkt diskutierten Vorschlag, Erbschaften als echte Einkommensart bei der Einkommensteuer zu erfassen. Es gibt durchaus Gründe zu fragen, warum Erbschaften anders behandelt werden müssen als andere Einkünfte.

VII. Testierfreiheit

- 224 Bestimmendes Element⁶³ der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte

63 Nicht „das“ bestimmende Element, aber auch nicht nur „ein“ bestimmendes Element;

Grundsatz der Privatautonomie der **Selbstbestimmung** des Einzelnen im Rechtsleben⁶⁴, ist als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft und genießt wie diese als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit besonders ausgeprägten Schutz⁶⁵. Testierfreiheit ist ein auf natürliche Personen zugeschnittenes Freiheitsrecht „im wirtschaftlichen Bereich“⁶⁶. Die Testierbefugnis als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnisse des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken⁶⁷. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln⁶⁸. Insbesondere sieht sich der Erblasser nicht von Verfassungs wegen zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen⁶⁹. Die Testierfreiheit umfasst auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen⁷⁰.

Aus dem Charakter der Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich folgt, dass nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt sind⁷¹. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Der Einzelne muss demzufolge die für die Testamenterrichtung erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen. Daran kann es etwa bei Kindern und Jugendlichen, aber auch bei Erwach-

richtig MünchKomm/Leipold⁴ vor §§ 1922 ff. Rn. 25; so früher auch das BVerfG, jetzt aber doch „ein“ in BVerfGE 112, 332 (348).

64 BVerfGE 91, 346 (358); BVerfGE 99, 341 (350); BVerfGE 112, 332 (348 f.); BVerfG NJW 2001, 141; BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040). Ob die Testierfreiheit auch das Recht auf Geheimhaltung des letzten Willens bis zum Tod des Testierenden umfasst, ließ offen BVerfG NJW 1994, 2535.

65 BVerfGE 26, 215 (222); BVerfGE 50, 290 (340); BVerfGE 67, 329 (341); BVerfGE 91, 346 (358); BVerfG FamRZ 2000, 945 (946); BVerfG NJW 2004, 2008 (2010).

66 BVerfGE 99, 341 (350 f.).

67 BVerfGE 58, 377 (398); BVerfGE 112, 332 (349); BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040).

68 BVerfGE 58, 377 (398); BVerfGE 99, 341 (350 f.); BVerfGE 112, 332 (349); BVerfG NJW 2004, 2008 (2010); BVerfG FamRZ 2000, 945 (946); BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040).

69 BVerfGE 67, 329 (345); BVerfGE 112, 332 (349); BVerfG NJW 2004, 2008 (2010); BVerfG FamRZ 2000, 945 (946); BVerfG FamRZ 2009, 1039 (1040).

70 BVerfG FamRZ 2000, 945 (946); BVerfG NJW 2004, 2008 (2010).

71 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 99, 341 (351).

senen fehlen. Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers festzulegen, welche Anforderungen im Einzelnen an die für eine eigenverantwortliche Testamentserrichtung erforderliche Einsichtsfähigkeit zu stellen sind und welches Maß an Handlungsfähigkeit für die Testamentserrichtung nötig ist.

226 Zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit muss der Gesetzgeber Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen und über die Anforderungen an die Testierfähigkeit erlassen. Dabei kommt ihm ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, welche Personengruppen die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzen. Er kann Personen, denen die erbrechtliche Selbstbestimmungsfähigkeit typischerweise fehlt, von der Testamenterrichtung ausschließen. Beispielsweise kann er bestimmen, ab welchem Alter Jugendliche testierfähig sind (vgl. § 2229 Abs. 1) und in welchen Fällen die geistige Testierfähigkeit fehlt (vgl. § 2229 Abs. 4). Bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit kann der Gesetzgeber auch die Einhaltung bestimmter Formen letztwilliger Verfügungen zwingend vorschreiben. Dabei kann er für unterschiedliche Situationen und Personengruppen jeweils eigene Testamentsformen schaffen. Es bleibt auch seiner Wahl überlassen, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist allerdings nicht unbeschränkt (s. bereits o. V.). Der Gesetzgeber muss bei der näheren Ausgestaltung des Erbrechts den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Er muss bei der Gestaltung der Formvorschriften für Gleichbehandlung sorgen und darf insbesondere Behinderte nicht benachteiligen. Ferner darf er von Elementen des Erbrechts, die Bestandteile der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen. Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unverhältnismäßig beschränken. Allerdings steht ihm auch bei der Regelung von Beschränkungen ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das BVerfG hat diesen Spielraum bei der Prüfung an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu achten. Es kann erst einschreiten, wenn eine vom Gesetzgeber gewählte Maßnahme „schlechthin ungeeignet“⁷², „eindeutig“ nicht erforderlich⁷³ oder auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar ist⁷⁴.

72 BVerfGE 47, 109 (117).

73 BVerfGE 53, 135 (145).

74 Vgl. BVerfGE 77, 84 (111f.).

Gemessen an diesen Grundsätzen verstieß der generelle Ausschluss schreib- 227 unfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit in der früheren Fassung des BGB gegen Art. 14 Abs. 1 sowie gegen Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 GG. Menschen, die in geistiger Hinsicht zu einer eigenverantwortlichen letztwilligen Verfügung in der Lage sind, dürfen nicht allein deswegen an der Testierung von Rechts wegen gehindert werden, weil sie aus körperlichen Gründen nur über eingeschränkte Verständigungsmöglichkeiten verfügen. Der Ausschluss schreib- unfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit stellte eine unverhältnismäßige Beschränkung der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Erbrechtsgarantie dar (zwar geeignet, aber nicht erforderlich).

Die verfassungsrechtliche Billigung von § 2229 Abs. 1 und § 2229 Abs. 4 durch das 228 BVerfG⁷⁵ vermag nicht zu überzeugen. Es verstößt gegen den Kern der Testierfreiheit, dass Minderjährige unter 16 Jahren und Testierunfähige nicht von der gesetzlichen Erbfolge abweichen können, weder selbst noch durch ihren gesetzlichen Vertreter (§§ 2064, 2274). Beide Personengruppen, Minderjährige unter 16 Jahren und Geschäftsunfähige, können unter Lebenden Verträge schließen und über ihr Eigentum verfügen, sei es durch eigenes Handeln mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, sei es durch Handeln des gesetzlichen Vertreters. Wenn aber das BVerfG die Testierfreiheit auf eine Stufe stellt mit dem Grundsatz der Privatautonomie (enthaltend unter anderem die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG) und mit der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), dann muss den beiden Personengruppen konsequenterweise auch die Möglichkeit eröffnet werden, zu testieren und (als Erblasser) Erbverträge zu schließen. Wenn das Gericht die Testierfreiheit als „Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus“ versteht, dann kann den beiden Personengruppen nicht gerade die wichtigste, weil endgültige und umfassende Verfügung über das Eigentum verwehrt werden. Dass ein Testierunfähiger (durch seinen gesetzlichen Vertreter) nicht einmal seinen Ehegatten zum Alleinerben einsetzen kann, um ihn vor der gesetzlichen Miterbenportion von z. B. Geschwisterkindern zu schützen (§ 1931 Abs. 1 S. 1), ist im Lichte des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ein Unding und möglicherweise auch ein Verstoß gegen die Ehegarantie des Art. 6 Abs. 1 GG. Das BGB treibt im Ausschluss von noch nicht 16-jährigen und Testierunfähigen den Gedanken der Höchstpersönlichkeit von Verfügungen von Todes wegen auf die Spitze, und dies, obwohl der Antrag auf Scheidung, ebenfalls Ausdruck einer höchstpersönlichen Entscheidung, für den geschäftsunfähigen Ehegatten möglich bleibt (§ 125 Abs. 2 FamFG). Die fraglichen Regelungen des BGB verstoßen namentlich gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie verfolgen zwar legitime Ziele und mögen zu deren Erreichung auch geeignet sein; erforderlich sind sie jedoch nicht. Es würde genügen, die Wirksamkeit der betreffenden Verfügung von Todes wegen von der Genehmigung des Familien- bzw. Betreuungsgerichts abhängig zu machen. Verfassungsrechtlich nicht zu billigen ist auch § 2247 Abs. 4, insofern er den schon 16 Jahre alten Minderjährigen vom eigenhändigen Testament ausschließt; will man Beratung erzwingen, kann man zusätzlich die Unterschrift der Eltern verlangen. Gegen die Testierfreiheit des Art. 14 GG verstoßen übrigens manche Förmelien von Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der Form des eigenhändigen Testaments: Warum wird etwa die einleitende Nennung des eigenen Namens nicht als „Unter“-schrift bewertet? Sollte es überhaupt einer Unterschrift bedürfen (§ 2247 Abs. 3)? Warum genügt nicht der eigenhändige Verweis des Erb-

75 BVerfGE 99, 341 (352).

lassers auf beigefügte maschinenschriftliche Auflistungen oder Aufzählungen, um sie zum Bestandteil des Testamentes zu machen?

- 229 Weitere einfachgesetzliche Schranken der Testierfreiheit ergeben sich aus §§ 134, 138. § 138 ist jedoch, wie alle zivilrechtlichen Generalklauseln⁷⁶, im Lichte des Grundgesetzes, d. h. in unserem Zusammenhang: im Lichte der grundgesetzlichen Entscheidung für die Testierfreiheit, auszulegen (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte). Eine generelle Unterwerfung der Testierfreiheit unter eine § 138 fürs Erbrecht generalisierend verschärfende *ordre-public*-Klausel im Sinne des alten § 48 Abs. 2 TestG 1938⁷⁷ wäre auch jenseits der nationalsozialistischen Fassung und Handhabung dieser Norm verfassungswidrig⁷⁸. § 48 Abs. 2 TestG 1938 lautete: „Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewußter Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat“. Im Vergleich mit § 138 stellt man eine Verschärfung des objektiven Beurteilungsmaßstabs und den Fortfall der subjektiven Elemente (Beweggründe des Erblassers) fest. Schon die amtliche Begründung zu § 48 Abs. 2 TestG spielte unter anderem auf die „Familie benachteiligende Zuwendungen an eine Mätresse“ an. Der BGH griff das nach dem 2. Weltkrieg dankbar auf und nahm in seiner Rechtsprechung zu den sog. Mätressentestamenten⁷⁹ keine Rücksicht auf Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG; sie war in Wahrheit von Anfang an verfassungswidrig.
- 230 Leider spielt nun in jüngster Zeit ausgerechnet das BVerfG eine unheilvolle Rolle auf dem Gebiet der Testierfreiheit. Im **Haus-Preußen-Fall** hat es eine Erbvertragsklausel, die einen in nicht ebenbürtiger Ehe lebenden oder aus einer nicht ebenbürtigen Ehe stammenden Abkömmling von der (Nach-)Erbfolge ausschloss, zwar nicht geradezu für sittenwidrig, weil gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßend erklärt. Wohl aber hat es dem im Vergleich zu den Mätressenzeiten sehr liberal gewordenen BGH den Marsch geblasen, weil er angeblich bei der Abwägung der tangierten Grundrechte (v. a. Testierfreiheit versus Eheschließungsfreiheit) nicht alle relevanten Aspekte berücksichtigt habe⁸⁰. Und wirklich

⁷⁶ *BVerfGE* 7, 198 (205f.) (Lüth).

⁷⁷ § 48 TestG v. 31. 7. 1938 (RGBl. I, 973) wurde aufgehoben durch Art. I a KRG 37 v. 30. 10. 1946 (KRABl., 220), während später das gesamte TestG mit Ausnahme des § 51 durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit vom 5. 3. 1953 (Art. 1 Ziff. 6 des zweiten Teils) außer Kraft gesetzt worden ist. Über die umfangreiche Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 berichten *Vogels/Seybold*, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, 4. Aufl. 1949, § 48 TestG Rn. 6–8.

⁷⁸ Ebenso v. Münch/Kunig/*Bryde*, GG⁶, Art. 14 Rn. 47; a. A. *Boehmer*, Grundrechte, II, S. 409.

⁷⁹ *BGHZ* 20, 71; *BGHZ* 52, 17; *BGHZ* 53, 369 (375); *BGH NJW* 1983, 674 = *JZ* 1983, 606 m. Anm. *Finger*.

⁸⁰ *BVerfG NJW* 2004, 2008 gegen *BGHZ* 140, 118 = *NJW* 1999, 566. Die im fraglichen Erbvertrag ebenfalls enthaltene Bevorzugung der männlichen vor den weiblichen Abkömmlingen und der ältesten männlichen Abkömmlinge vor den jüngeren männlichen Abkömmlingen hielten beide Gerichte für nicht sittenwidrig.

haben die im entsprechenden Erbscheinverfahren tätigen Instanzgerichte nach dem Spruch des BVerfG ihre vom BGH verworfene Ansicht von der Nichtigkeit der Klausel nach § 138, noch selbstsicherer geworden, schnurstracks wiederholt⁸¹. Müssen wir nun sogar aus verfassungsrechtlichen Gründen um die Wirksamkeit der in Verfügungen von Todes wegen häufig und seit langem verwendeten Wiederverheiratungsklauseln fürchten?

Die Entscheidung des BVerfG ist in der Sache verfehlt⁸². Das BVerfG übersieht, dass nicht einfach Art. 14 Abs. 1 GG einerseits und Art. 6 Abs. 1 GG (bzw. Art. 3 GG) andererseits in einem offenen Prozess gegeneinander abzuwägen sind, sondern dass der Verfassungsgeber mit der Erbrechtsgarantie und der in ihr enthaltenen Testierfreiheit für diese Abwägung bereits zugunsten der Testierfreiheit Stellung bezogen hat. Denn im Wesen der Testierfreiheit liegt beschlossen, dass der Erblasser entgegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG differenzieren kann und innerhalb seiner Ehe und seiner Familie bei der Gestaltung der erbrechtlichen Nachfolge in sein Vermögen freie Hand hat. In eine fremde Ehe oder eine fremde Familie hinein vermag er seinen Einfluss nicht zu erstrecken. Jeder kann heiraten, wen er will. Nur darf er nicht glauben, die Wahl seines Ehepartners finde außerhalb der Gesellschaft statt und müsse von seiner Umwelt als nicht existent betrachtet werden. Jeder muss damit rechnen, dass die Umwelt auf seine Entscheidungen in der einen oder anderen Weise, auch in einer vorher schon angekündigten Weise, reagiert. Wird ihm gesellschaftliche Ächtung angekündigt, kann das einen viel stärkeren Einfluss auf ihn ausüben als die Ankündigung, es gebe für ihn erbrechtlich nicht mehr als das gesetzlich zwingend Geschuldete (Pflichtteil). – Anders als im Fall „Preußen“ hatte das BVerfG noch im Fall „Leiningen“ entschieden⁸³: Ein Erblasser brauche seine Kinder nicht gleich zu behandeln und könne sie durch eine sog. Heiratsklausel („Familienmitglieder können sich nur mit Einwilligung des jeweiligen Fürsten vermählen“) benachteiligen. Eine Heiratsklausel in einem Ehevertrag eines Fürstenhauses sei mit der Werteordnung des Grundgesetzes jedenfalls dann vereinbar, wenn die Enterbung durch Entscheidung anlässlich einer konkreten Eheschließung erfolgt und der Betroffene zumutbaren Lösungen zur Verwaltung des Familienvermögens ohne Enterbung nicht zugestimmt hat. Hier wird man doch fragen müssen, ob eine Heiratsklausel im genannten Sinne den Abkömmling nicht viel stärker in seiner Entscheidungsfreiheit trifft als eine generelle, schon vorab für Klarheit sorgende Bestimmung in der Verfügung von Todes wegen.

VIII. Familienerbfolge

Nach herrschender Meinung ist auch das für das gesetzliche Erbrecht geltende Prinzip der Familienerbfolge in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet⁸⁴. Verfassungs-

⁸¹ OLG Stuttgart FGPrax 2005, 221 (dort auch zum Nachlassgericht und zum LG).

⁸² Vgl. schon meine Anmerkung zur BGH-Entscheidung im Haus-Preußen-Fall in ZEV 1999, 151 f.; im Ergebnis wie im Text Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 149 ff., 206 ff.; ders. NJW 2004, 2347; Isensee DNotZ 2004, 757 ff.

⁸³ BVerfG FamRZ 2000, 945. Ausgangsbeschluss BayObLG FamRZ 2000, 380.

⁸⁴ MünchKomm/Leipold⁴ vor §§ 1922 ff. Rn. 28 ff.; v. Münch/Kunig/Bryde, GG⁵, Art. 14 Rn. 48; Sachs/Wendt, GG⁵, Art. 14 Rn. 195, 198; Maunz/Dürig/Papier, GG⁵³, Art. 14 Rn. 294. Grundlegend a. A. Dreier/Wieland, GG³, Art. 14 Rn. 58, der nur die Testierfreiheit als bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie anerkennt.

rechtlich garantiert wird nach ihr jedoch nur die gesetzliche Erbfolge der **engeren Familie**, die auch Art. 6 Abs. 1 GG schützt. Das BVerfG bezeichnete es zunächst als „nicht geklärt . . . , inwieweit Prinzipien des Verwandtenerbrechts in der Erbrechtsgarantie enthalten sind“⁸⁵. Heute rechnet es das Prinzip des Verwandtenerbrechts (und konsequenterweise wohl auch das Erbrecht des Ehegatten und Eingetragenen Lebenspartners) zum „grundlegenden Gehalt der Erbschaftsgarantie“⁸⁶.

233 Dass der Gesetzgeber nicht gehindert ist, die gesetzliche Erb- und Pflichtteilsquote vorhandener Erbberechtigter (auch solcher der engeren Familie) durch die **Schaffung neuer gesetzlich Erb- und Pflichtteilsberechtigter** zu reduzieren, hat das BVerfG, wie schon gesagt (IV.), in der Hauptsacheentscheidung zum LPartG festgestellt⁸⁷. Dasselbe würde gelten, wenn der Gesetzgeber dem Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein gesetzliches Erbrecht zuspräche oder auch die Erwachsenenadoption, wie die Minderjährigenadoption, generell (vgl. schon § 1772) zur Volladoption ausgestaltete oder den Voraus von Ehegatten und Lebenspartnern (§§ 10 Abs. 1 LPartG, 1932) vom Umfang her ausdehnte oder die Quoten schon bisher Erbberechtigter im Verhältnis zueinander **modifizierte**, etwa den Erbteil des Ehegatten zu Lasten der Kinder erhöhte. Nicht geschützt ist auch nach herrschender Meinung das gesetzliche Erbrecht entfernterer Verwandter (so gegenwärtig §§ 1926 ff.). Doch dürfte nach hier vertretener Ansicht an deren Stelle nicht der Staat treten (VI.). Insgesamt ist der Gesetzgeber verpflichtet, die gesetzliche Erbfolge so auszugestalten, dass sie dem Interesse eines verständigen Erblassers entspricht⁸⁸.

234 Das BVerfG hat die durch das **Pflichtteilsrecht** bewirkte Beschränkung der Testierfreiheit als solche nie in Frage gestellt. Es hat im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Verpflichtung des Gesetzgebers besteht, Angehörigen über die Vorschriften der §§ 2303 ff. hinaus einen unentziehbaren Anteil am Nachlass zu sichern, ausdrücklich festgestellt, dass der in den geltenden Pflichtteilsvorschriften geregelte Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Verwandtenerbrecht den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt⁸⁹. Lange Zeit war jedoch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung die Frage offen geblieben, in welchem Verhältnis das Prinzip der Testierfreiheit und das Prinzip des Verwandtenerbrechts zueinander stehen und ob es von Verfassungs wegen geboten ist, nahen Familienangehörigen auch gegen den Willen des Erblassers eine Mindestbeteili-

⁸⁵ BVerfGE 67, 329 (341).

⁸⁶ BVerfGE 93, 165 (173) = NJW 1995, 2624 (Schutz der engeren Familie bei der Erbschaftsteuer); BVerfG NJW 2001, 141 (Pflichtteilsrecht offen); BVerfGE 112, 332 (349) (Pflichtteilsrecht).

⁸⁷ BVerfGE 105, 313 (355).

⁸⁸ BVerfGE 91, 346 (358).

⁸⁹ BVerfGE 91, 346 (359f.); vgl. auch BVerfGE 67, 329 (342) u. BVerfG NJW 2001, 141 (142).

gung am Nachlass einzuräumen⁹⁰. Nunmehr hat das BVerfG sich festgelegt und entschieden, „die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass“ werde durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet⁹¹. Die gegenwärtig geltenden Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers (§ 2303 Abs. 1), über die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und Nr. 2 und über den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund der §§ 2345 Abs. 2, 2339 Abs. 1 Nr. 1 seien mit dem Grundgesetz vereinbar.

Dass das BVerfG das Pflichtteilsrecht (wohlgermerkt: bisher nur der Kinder und nur in Form einer „wirtschaftlichen“ Mindestbeteiligung und nur in Gestalt eines „grundsätzlich“ unentziehbaren Rechts) nicht nur als verfassungsgemäß, sondern als verfassungsgeboten bezeichnet, vermag **nicht zu überzeugen**. Die von ihm vorgebrachten Gründe sind mehr als bescheiden: Mit der gesonderten Erwähnung des Erbrechts neben dem Eigentum in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG bringe das GG zum Ausdruck, dass die Erbrechtsgarantie eine eigenständige, über die Gewährleistung der Testierfreiheit des Erblassers hinausgehende Bedeutung habe. Denn die Freiheit des Erblassers zu vererben, könnte schon als Ausfluss der Eigentumsfreiheit angesehen werden. Die erbrechtliche Institutsgarantie vermittele weiter gehend inhaltliche Grundaussagen einer verfassungsrechtlich verbürgten Nachlassverteilung. Zu den von ihr erfassten „traditionellen Kernelementen“ des deutschen Erbrechts gehöre auch das Recht der Kinder auf eine dem Grundsatz nach unentziehbare und bedarfsunabhängige Teilhabe am Nachlass. Demgegenüber ist festzuhalten, dass das Pflichtteilsrecht des BGB schon vor seinem Inkrafttreten rechtspolitisch umstritten war und bis heute umstritten blieb. Und wenn das erste Argument des BVerfG stimmen sollte, dann konnte dem Erblasser eigentlich nichts Schlimmeres passieren, als dass der Verfassungsgeber in Art. 14 GG das Erbrecht zusätzlich zum Eigentum unter Schutz stellte. In Wahrheit aber hatte die Erwähnung des Erbrechts vor allem die Bedeutung, die seit den Zeiten des Vernunftrechts immer wieder aufbrechende Debatte, ob denn Testierfreiheit zum Begriff von Eigentum gehöre, definitiv zu entscheiden (o. III.). Zudem werden die Schranken und Grenzen von Eigentum eigens in Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG angesprochen. Warum die große Schranke Pflichtteilsrecht dagegen schon im Erbrecht, als dem funktional mit dem Eigentum auf einer Stufe stehenden Institut, enthalten sein sollte, bleibt unerfindlich. Wozu ein Rechtsinstitut, das weder das klassische römische Recht kannte, noch England und die USA heute kennen, nun gerade in Deutschland verfassungsrechtliches Grundrecht sein soll (denn ein solches folgt aus der Anerkennung als Teil der Institutsgarantie), das bleibt ein Geheimnis des BVerfG. Dass das Erbrecht unter anderem der Erhaltung der Familie diene, liest sich aufbauend; nur wüsste man gerne, wie die Familie durch Pflichtteile erhalten werden soll, wenn sie schon gar nicht mehr besteht, denn um diese Fälle geht es in der Wirklichkeit. Dass man dem Erblasser Grenzen setzen müsse in seiner Möglichkeit, ein Kind durch Enterbung zu „bestrafen“, verrät einen merkwürdigen Begriff von Strafe: Sollte es Strafe sein, jemandem nicht zu geben, was er nie hatte? Es sei, so liest man, erforderlich, die Kinder des Erblassers davor zu schützen, „dass sich die Familienbeziehungen überhaupt nicht oder nur

235

⁹⁰ *BVerfGE* 67, 329 (341); *BVerfGE* 91, 346 (359f.); *BVerfGE* 105, 313 (356); *BVerfG* NJW 2001, 141 (142).

⁹¹ *BVerfGE* 112, 332 (348ff.) = NJW 2005, 1561 = ZEV 2005, 301. So wohl auch schon *BGHZ* 98, 226 (233); *BGHZ* 109, 306 (313). Ferner jetzt *BVerfG* ZEV 2007, 338 (340).

unzulänglich in der Verteilung des Nachlasses widerspiegeln⁹². In Wahrheit verhält es sich genau umgekehrt: Dem Erblasser wird es durch die Existenz des Pflichtteilsrechts verwehrt, das faktische Nichtvorhandensein einer echten Beziehung in der Verteilung des Nachlasses seinen Ausdruck finden zu lassen. Nichteheliche Kinder seien besonders häufig von vollständiger Enterbung bedroht, sie aber gebiete Art. 6 Abs. 5 GG besonders zu schützen; so das BVerfG. Welches Bild des Menschen, insbesondere des Menschen in seiner Ausprägung als Vater, steht hinter einer solchen Unterstellung? Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruhe in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen). Das mag vielleicht zur Zeit, als das BGB in Kraft trat, gegolten haben; heute gilt es weniger denn je, und außerdem widerspricht das Argument einem früheren Urteil des BVerfG⁹², in dem gesagt wurde, § 1376 Abs. 4 betreffe den Ausgleich von Vermögenswerten, zu deren Erwirtschaftung der ausgleichsberechtigte Ehegatte in gleicher Weise wie der ausgleichsverpflichtete beigetragen habe. „Auf einen vergleichbar schutzwürdigen Belang können sich die Erben nicht berufen“ – gemeint waren die weichenden Erben, die nach §§ 13 ff. GrdstVG (anders als nach der vom BVerfG erzwungenen Neufassung des § 1376 Abs. 4, dort nur in der Regel) stets nur nach dem Ertragswert des landwirtschaftlichen Betriebs abgefunden werden; damit verneint das BVerfG an dieser Stelle eine durch Verfassungsrecht erzwungene Vermutung, dass die nächsten Angehörigen zum Erwerb des Nachlasses beigetragen haben. Die „Nutzung des Familienvermögens“, so das BVerfG jetzt weiter, geschehe auch nach seinem Erwerb weiterhin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder, obwohl diese doch im statistischen Durchschnitt um die 50 Jahre alt sind, wenn sie den Pflichtteil erhalten. Insgesamt kann man sagen: Die Argumente des BVerfG liegen neben der Sache. Sie stehen im Widerspruch zu früheren Aussagen des Gerichts, unter anderem auch derjenigen, das gesetzliche Erbrecht müsse das mutmaßliche Interesse eines verständigen Erblassers zum Ausdruck bringen⁹³. In einer Zeit, in der die rechtspolitische Legitimation des Unterhalts, den Kinder ihren Eltern schulden (§ 1601), immer stärker in Zweifel gerät, ist ein Grundrecht der Kinder auf einen Pflichtteil fehl am Platz.

92 BVerfGE 91, 346 (365).

93 BVerfGE 91, 346 (358).

§ 10 Statistik

Literatur

Bauer, Manfred: Soziologie und Erbrechtsreform, Bielefeld 2003; *Beckert, Jens*: Unverdiertes Vermögen, Soziologie des Erbrechts, Frankfurt/New York 2004; *Blechner, Hans G.*: Die Testamentsvollstreckung in der Praxis, Diss. iur. Marburg 1981; *Braun, Rainer/Burger, Florian/Miegel, Meinhard/Pfeiffer, Ulrich/Schulte, Karsten*: Erben in Deutschland, Volumen, Psychologie und gesamtwirtschaftliche Auswirkungen, Köln 2002; *Gerken, Ulrich*: Zur Familien- und Lebenssituation alter Menschen – Wandel in den Grundlagen des Erbrechts, ZRP 1991, 426–430; *Guericke, Andreas*: Rechtstatsächliche Untersuchungen über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. iur. Marburg 1994; *Kosmann, Marianne*: Wie Frauen erben, Geschlechterverhältnis und Erbprozeß, Opladen 1998; *Kursbuch* 135: Die Erbgengesellschaft, 1999; *Leipold, Dieter*: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, AcP 180 (1980), 160–237; *Lettke, Frank* (Hrsg.): Erben und Vererben, Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen, Konstanz 2003; *Lüscher, Kurt*: Widersprüchliche Mannigfaltigkeit: Ehe, Familie und Verwandtschaft im aktuellen gesellschaftlichen und erbrechtlichen Kontext heute, ZEV 2004, 2–8; *Papantoniou, Nik.*: Die soziale Funktion des Erbrechts, AcP 173 (1973), 385–401; *Roterberg, Paul*: Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Frankfurt a.M./New York 1986; *Schulte, Günter*: Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Diss. iur. Münster 1982; *Stöcker, Hans A.*: Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, 609–618; *Szydlík, Marc*: Erben in der Bundesrepublik Deutschland, Zum Verhältnis von familialer Solidarität und sozialer Ungleichheit, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Bd. 51, 1999, 80–104; *Vollmer, Jeanette*: Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht, Ein Reformvorschlag anhand empirisch gewonnenen Tatsachenmaterials, Frankfurt am Main 2001; *Zawar, Rolf Dieter*: Notarielle Rechtsgestaltung. Das Erbrecht im sozialen Wandel, DNotZ 1989, Sonderheft zu Heft 10, 116–142.

I. Entwicklung und Verteilung der Vermögensbestände der privaten Haushalte¹

1. 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung

Deutschland ist ein wohlhabendes Land. Dies zeigt sich insbesondere auch an den Vermögenswerten in privater Hand. Sie sind ein wichtiger Bestimmungs-

¹ (Teilweise wörtlich übernommene) Quelle: Lebenslagen in Deutschland – Der 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, Stand: Februar 2005, S. 32. Im 3. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung von 2008 wurde die Vermögensanalyse des 2. Berichts nicht fortgesetzt. Zur weiteren zeitlichen Entwicklung s. u. 2.

faktor für die materielle Lebenslage der Menschen. Diese Vermögen umfassen im engeren Sinne das verzinsliche Geldvermögen (Spar- und Bausparguthaben, Wertpapiere, Termingeld und angesammeltes Kapital bei Lebensversicherungen) und die Verkehrswerte von Immobilien abzüglich Bau- und Konsumschulden. Im Folgenden wird die Entwicklung bis 2003 beschrieben.

Die Vermögen sind in den vergangenen Jahrzehnten stetig gestiegen und hatten 2003 eine Summe von rund 5 Billionen € erreicht².

238 *Tabelle 1: Mittelwert und Median des Gesamtvermögens (in 1.000 Euro je Haushalt)*

	1993		1998		2003	
	Mittelwert	Median	Mittelwert	Median	Mittelwert	Median
	Deutschland					
Bruttovermögen	121,1	35,6	133,7	45,6	161,3	67,0
Schulden	15,0	0,0	20,0	0,0	27,9	0,0
Nettovermögen	106,2	32,4	113,7	38,5	133,4	49,8
	Früheres Bundesgebiet					
Bruttovermögen	143,3	79,4	151,3	74,8	179,0	93,5
Schulden	17,9	0,0	22,2	0,0	30,2	0,0
Nettovermögen	125,4	60,0	129,2	56,1	148,8	63,6
	Neue Länder					
Bruttovermögen	40,1	10,6	56,3	16,8	76,1	25,2
Schulden	3,7	0,0	10,6	0,0	16,6	0,0
Nettovermögen	36,4	10,1	45,6	15,4	59,6	21,8

- 239 Im Durchschnitt über alle Haushalte (Mittelwert) sind dies in Deutschland rund 133.000 €. Der Haushalt in der Mitte der Verteilung (Median) verfügt über ein Nettovermögen von rund 50.000 € (s. Tabelle 1). Von 1998 bis 2003 stieg das Nettovermögen nominal um rund 17%. Bereinigt um die Steigerung der Konsumentenpreise ergibt sich mit gut 10% auch ein deutlicher realer Vermögenszuwachs in diesem Zeitraum.

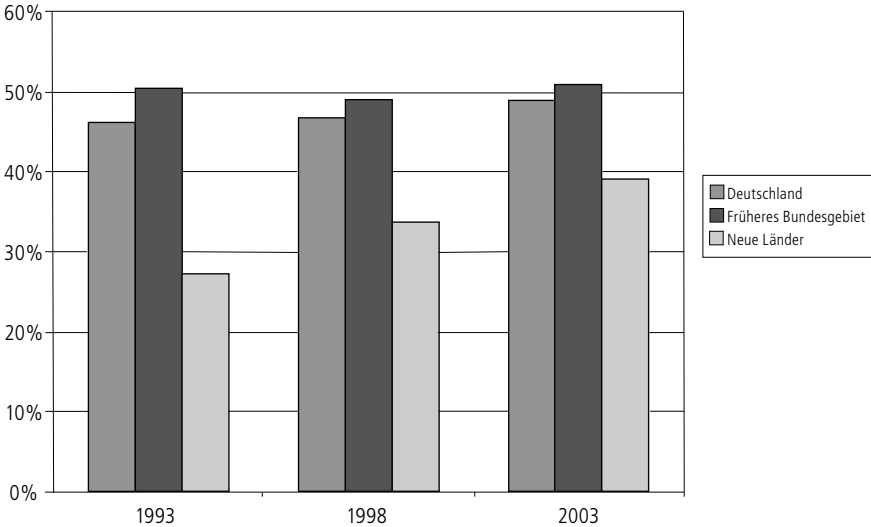
² Datenquelle ist die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) des Statistischen Bundesamtes (StBA), mit der *alle 5 Jahre* detaillierte Querschnittsdaten zur Verteilung von Einkommen und Vermögen der privaten Haushalte geliefert werden. Für den Zeitvergleich stellt aber das unterschiedlich häufige Auftreten fehlender oder unplausibler Vermögenswerte in den Mikrodatsätzen der EVS ein wesentliches Problem dar. Von den Gutachtern des ZEW wurde daher in enger Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt ein Verfahren zum Ersatz dieser Werte (Imputation) entwickelt, das sowohl für die Darstellung der Vermögensverteilung am aktuellen Rand als auch für Analysen der Entwicklung am besten geeignet ist. Das gesamte Nettovermögen der privaten Haushalte und der privaten Organisationen ohne Erwerbszweck, *einschließlich Betriebs- und Gebrauchsvermögen*, belief sich Ende 2002 nach Berechnungen der Deutschen Bundesbank auf rund 7,8 Billionen €.

Höhe und Verteilung des Vermögens privater Haushalte wird durch das Immobilienvermögen dominiert, das rund drei Viertel des Gesamtvermögens ausmacht. Die Entwicklung der Immobilienwerte gibt im Wesentlichen die Selbsteinschätzung der in der EVS befragten Haushalte zur Höhe ihrer Immobilienvermögen wieder. Dies ist daher mit einer gewissen Unschärfe behaftet. An den Immobilienmärkten sind die bei erfolgten Verkäufen tatsächlich erzielten Preise im Betrachtungszeitraum dagegen nicht mehr durchgängig gestiegen, sondern je nach Marktsegment und regionaler Lage teilweise konstant geblieben oder auch gesunken. 240

Von der Steigerung des geschätzten Immobilienvermögens profitieren vor allem die reicheren Haushalte, da sie sehr viel häufiger und auch über deutlich höhere Immobilienvermögen verfügen. Ordnet man nämlich die Haushalte nach der Höhe des Vermögens, so zeigt sich, dass im obersten Zehntel praktisch jeder Haushalt Grundvermögen besitzt, während es im untersten Zehntel nur rund 6% sind. Auch sind die geschätzten Immobilienwerte der Haushalte im obersten Zehntel durchschnittlich über 10-mal so hoch. Die Bedeutung von Aktien für das gesamte Vermögen privater Haushalte ist dagegen trotz des Aktienbooms der 1990er Jahre nach wie vor eher gering. Nur etwa 3–4% ihres Bruttovermögens haben Privathaushalte in Aktien oder Aktienfonds angelegt. 241

Tabelle 2: Anteil der Haushalte mit Immobilien

242



Quelle: 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung

243 *Tabelle 3: Anteil der Haushalte mit einzelnen Arten des Geldvermögens an allen Haushalten in %*

		1993	1998	2003
Deutschland	Bausparguthaben	40,2	43,8	40,5
	Bankeinlagen	91,7	82,2	80,9
	Aktien	10,0	17,1	21,1
	Rentenwerte	15,1	8,5	8,2
	Sonstige Wertpapiere	18,7	20,4	30,8
	Versicherungen	58,9	56,3	55,9
Früheres Bundesgebiet	Bausparguthaben	42,1	45,1	41,4
	Bankeinlagen	92,1	82,5	81,5
	Aktien	12,0	18,3	22,8
	Rentenwerte	16,8	8,7	8,7
	Sonstige Wertpapiere	18,6	20,8	31,5
	Versicherungen	59,3	56,5	55,6
Neue Länder	Bausparguthaben	33,9	38,4	36,8
	Bankeinlagen	90,0	81,7	79,2
	Aktien	3,1	11,9	12,9
	Rentenwerte	9,0	7,5	6,0
	Sonstige Wertpapiere	17,7	19,1	27,4
	Versicherungen	55,7	55,1	57,2

Quelle: 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung

- 244 Die Privatvermögen in Deutschland sind allerdings sehr ungleichmäßig verteilt. Die unteren 50% der Haushalte verfügen über etwas weniger als 4% des gesamten Nettovermögens, während die vermögensstärksten 20% der Haushalte rund zwei Drittel des gesamten Nettovermögens auf sich vereinen (s. Tabelle 4). Auf das oberste Zehntel entfallen allein knapp 47% des gesamten Nettovermögens. Dieser Anteil des obersten Zehntels ist gegenüber 1998 um gut zwei Prozentpunkte gestiegen.

Tabelle 4: Mittelwerte und Anteile von Zehnteln der Haushalte am gesamten Nettovermögen

245

Zehntel	Mittelwerte in 1.000 Euro			Anteile		
	1993	1998	2003	1993	1998	2003
Deutschland						
1	-2,1	-3,9	-7,9	-0,2%	-0,3%	-0,6%
2	2,4	1,3	0,8	0,2%	0,1%	0,1%
3	6,3	5,9	6,1	0,6%	0,5%	0,5%
4	12,5	13,4	16,2	1,2%	1,2%	1,2%
5	23,9	27,3	34,9	2,3%	2,4%	2,6%
6	50,7	58,5	70,5	4,8%	5,1%	5,3%
7	105,7	112,1	123,6	10,0%	9,9%	9,3%
8	160,3	171,2	190,0	15,1%	15,1%	14,2%
9	227,3	247,0	275,8	21,4%	21,7%	20,7%
10	474,7	504,3	624,1	44,7%	44,4%	46,8%
Früheres Bundesgebiet						
1	-2,2	-4,0	-7,8	-0,2%	-0,3%	-0,5%
2	3,0	1,4	0,9	0,2%	0,1%	0,1%
3	8,7	6,9	7,0	0,7%	0,5%	0,5%
4	19,1	16,8	19,5	1,5%	1,3%	1,3%
5	40,4	38,0	44,5	3,2%	2,9%	3,0%
6	88,7	83,5	89,9	7,1%	6,5%	6,0%
7	139,8	138,7	149,7	11,1%	10,7%	10,1%
8	189,2	196,3	216,6	15,1%	15,2%	14,6%
9	253,7	272,5	301,6	20,2%	21,1%	20,3%
10	514,0	541,9	665,9	41,0%	41,9%	44,8%
Neue Länder						
1	-1,6	-3,0	-8,0	-0,4%	-0,7%	-1,3%
2	1,3	1,0	0,7	0,4%	0,2%	0,1%
3	3,2	3,6	4,0	0,9%	0,8%	0,7%
4	5,4	7,2	9,1	1,5%	1,6%	1,5%
5	8,3	12,3	16,8	2,3%	2,7%	2,8%
6	12,5	19,6	28,8	3,4%	4,3%	4,8%
7	19,7	32,0	49,8	5,4%	7,0%	8,4%
8	34,3	57,3	84,9	9,4%	12,6%	14,2%
9	82,6	106,8	132,4	22,7%	23,4%	22,4%
10	198,8	219,7	278,4	54,5%	48,1%	46,4%

Quelle: 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung

Die Vermögensverteilung in Ostdeutschland ist nach wie vor noch etwas ungleichmäßiger als in Westdeutschland. Allerdings haben sich die Unterschiede im Zeitverlauf deutlich verringert. Während die ostdeutsche Vermögensverteilung tendenziell gleichmäßiger geworden ist, ist für die westdeutsche Verteilung eine Tendenz zu einer stärkeren Ungleichverteilung festzustellen. So haben die Vermögen der Haushalte in Westdeutschland in der Zehnjahresperspektive in den ersten drei Zehnteln – auf ohnehin niedrigem Niveau – noch deutlich abge-

246

nommen, was zu einer weiteren Zunahme der durchschnittlichen Verschuldung im ersten Zehntel geführt hat. In der Mitte der Verteilung sind im Allgemeinen geringe Zuwächse zu verzeichnen, die aber in den höheren Zehnteln stärker ausfallen. In Ostdeutschland ist dagegen in der Zehnjahresperspektive ein substantieller Aufbau von Vermögen in breiten Schichten der Bevölkerung zu beobachten. Der Schwerpunkt dieser Zunahme liegt im fünften bis achten Zehntel der ostdeutschen Verteilung. Die Zunahme am oberen Rand der Verteilung fällt dagegen relativ gering aus.

- 247 Personen- bzw. haushaltsbezogene Angaben zur Höhe von Betriebsvermögen³ liegen nur im Rahmen der im Sozio-oekonomischen Panel (SOEP) erhobenen persönlichen Vermögensbilanz für das Jahr 2002 vor. Danach verfügen 6,2% der Haushalte über Betriebsvermögen, 6,4% in Westdeutschland und 5,4% in Ostdeutschland. Dabei sind die durchschnittlichen Vermögenswerte dieser Haushalte sehr unterschiedlich. Während das Betriebsvermögen westdeutscher Haushalte im Durchschnitt rund 275.000 € beträgt, liegt der entsprechende Wert ostdeutscher Betriebe bei rund 80.000 €.
- 248 Ein Vergleich der Verteilung des gesamten privaten Nettovermögens einschließlich Betriebsvermögen mit der Verteilung des Nettovermögens ohne Betriebsvermögen zeigt eine nur geringfügige Änderung der Konzentration. Dies lässt darauf schließen, dass der Ausschluss des nicht in Wertpapieren verbrieften Produktivvermögens in Verteilungsanalysen wegen des geringen Anteils am gesamten Privatvermögen nicht zu wesentlich verzerrten Ergebnissen führt. Dies gilt, obwohl im Wesentlichen nur der äußere Rand der Vermögensverteilung davon betroffen ist.

2. Neuere Untersuchung von 2009

- 249 Im Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 4/2009 haben Joachim Frick und Markus Grabka die Ergebnisse eines Forschungsprojekts zur Vermögensverteilung und deren Entwicklung zwischen 2002 und 2007 vorgelegt. Er wird hier wörtlich wiedergegeben.
- 250 Empirische Grundlage waren die vom DIW Berlin in Zusammenarbeit mit Infratest Sozialforschung erhobenen Daten der Langzeitstudie Sozio-oekonomisches Panel (SOEP)⁴ der Erhebungsjahre 2002 bis 2007. Mit diesen repräsentativen Längsschnittdaten kann die Entwicklung, die Verteilung und die Mobilität der individuellen Vermögen dargestellt werden. Etwaige Vermögensverluste

³ Vgl. dazu auch *S. Bach/B. Bartholmai*, Produktivvermögen privater Haushalte, 2001.

⁴ Das SOEP ist eine repräsentative Wiederholungsbefragung privater Haushalte, die seit 1984 in Westdeutschland und seit 1990 in Ostdeutschland jährlich durchgeführt wird; vergleiche *Wagner, G. G., Göbel, J., Krause, P., Pirschner, R., Sieber, I.*: Das Sozio-oekonomische Panel (SOEP): Multidisziplinäres Haushaltspanel und Kohortenstudie für Deutschland – Eine Einführung (für neue Datennutzer) mit einem Ausblick (für erfahrene Anwender). In: AStA Wirtschafts- und Sozialstatistisches Archiv Bd. 2, Heft 4, 2008, 301–328.

durch die aktuelle Finanzmarktkrise sind in dieser Studie nicht enthalten. Deren Auswirkungen auf das individuelle Gesamtvermögen dürften sich aber in Grenzen halten⁵. In herkömmlichen Befragungen wird der Vermögensbestand auf Haushaltsebene erhoben und zum Zweck der Verteilungsanalyse jedem Haushaltsmitglied pro Kopf zugewiesen. Im Gegensatz dazu werden im SOEP Vermögenskomponenten auf der Personenebene erfragt, das heißt im Folgenden werden individuelle Vermögen von Personen ab 17 Jahren ausgewiesen. Dadurch ist es im Prinzip möglich, auch die private Umverteilung *innerhalb* von Haushalten zu analysieren.

Das SOEP erfasst sieben verschiedene Vermögenskomponenten: selbst genutzter und sonstiger Immobilienbesitz (unter anderem unbebaute Grundstücke, Ferien- oder Wochenendwohnungen), Geldvermögen (Sparguthaben, Spar- oder Pfandbriefe, Aktien oder Investmentanteile), Vermögen aus privaten Versicherungen (Lebens- oder private Rentenversicherungen, Bausparverträge), Betriebsvermögen (Besitz oder Beteiligung an einer Firma, Geschäft oder Betrieb), Sachvermögen in Form wertvoller Sammlungen wie Gold, Schmuck, Münzen oder Kunstgegenstände sowie Schulden (Konsumenten- und Hypothekenkredite)⁶. Nach Abzug der Verbindlichkeiten vom Bruttovermögen erhält man das wohlfahrtsökonomisch relevante Nettogesamtvermögen, das Gegenstand der Analysen zur personellen Vermögensverteilung ist. 251

Die hochgerechneten Daten des SOEP ergeben ein gesamtes Bruttovermögen (ohne Pkw und Hausrat) für das Jahr 2007 von rund acht Billionen €, wobei Grund- und Immobilienbesitz mit 5,3 Billionen € den größten Teil ausmacht. Im Vergleich zu 2002 ist der Wert des Bruttovermögens damit um nominal mehr als 1,1 Billionen € gewachsen, inflationsbereinigt entspricht dies einem Zuwachs von gut sieben Prozent⁷. Er resultiert überwiegend aus realen Zuwächsen beim Geldvermögen, während der Wert des Immobilienbesitzes gegenüber 2002 konstant blieb. 252

Die Verbindlichkeiten der privaten Haushalte beliefen sich 2007 auf gut 1,4 Billionen €, vorrangig bestehend aus Konsumenten- und Hypothekarkrediten. Nach Abzug dieser Verbindlichkeiten beträgt das Nettovermögen der privaten Haushalte in Deutschland im Jahre 2007 insgesamt 6,6 Billionen €. 253

⁵ Das Geldvermögen ist zwischen Ende 2007 und Ende 2008 lediglich um 2,5 Prozent zurückgegangen. Vgl. Allianz Group: Geldvermögen der privaten Haushalte in Deutschland erleidet Einbruch. Pressemitteilung vom 7. Januar 2009. Zudem ist auch die Auswirkung der Finanzmarktkrise auf die Verkehrswerte deutscher Privatimmobilien vernachlässigbar.

⁶ Gegenüber der letzten Berichterstattung des DIW Berlin zur Vermögenssituation in Deutschland wurden auch die Daten für 2002 leicht revidiert. Dies betrifft insbesondere methodische Verbesserungen bei der Qualität der Imputation fehlender Angaben auf Basis von Längsschnittinformationen sowie die rückwirkende Imputation von Vermögensbeständen unter 2.500 €, die 2002 nicht erhoben wurden.

⁷ Die Inflationsbereinigung wurde auf Basis des Verbraucherpreisindex vorgenommen (Basisjahr = 2000).

Tabelle 5: Verteilung des individuellen¹ Nettovermögens in Deutschland 2002 und 2007

Verteilungskennwerte	Westdeutschland		Ostdeutschland		Deutschland		Veränderung 2002/2007 in %
	2002	2007	2002	2007	2002	2007	
Mittelwert	90724	101208	34029	30723	80055	88034	10,0
Median	18128	20110	7570	6909	15000	15288	1,9
90. Perzentil	235620	250714	102475	90505	208483	222295	6,6
95. Perzentil	350818	382923	149618	136594	318113	337360	6,1
99. Perzentil	805753	913814	293903	252603	742974	817181	10,0
HSCV	4,496	6,103	2,313	2,829	4,805	6,677	39,0
Gini	0,765	0,785	0,792	0,813	0,777	0,799	2,8
MLD	0,564	0,660	0,439	0,452	0,582	0,676	16,3
p90/p50	13,000	12,468	13,542	13,104	13,899	14,547	4,7
Anteil negatives oder kein Vermögen (in %)	27,7	26,4	29,1	29,7	27,9	27,0	-3,2
Nachrichtlich: Bevölkerungsanteil (in %)	81,2	81,3	18,8	18,7	100,0	100,0	-

¹ Personen in privaten Haushalten im Alter ab 17 Jahren.

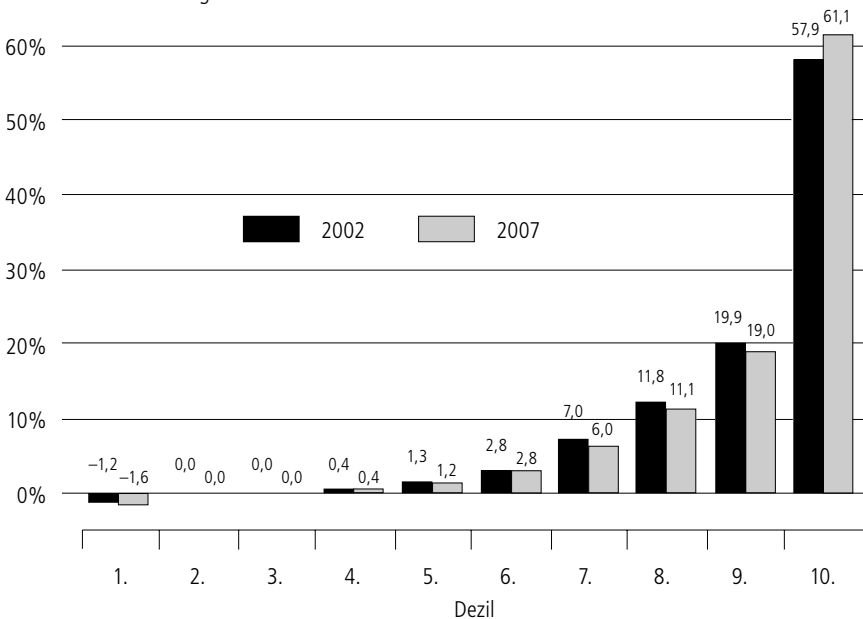
Quellen: SOEP; Berechnungen des DIW Berlin.

Aus wohlfahrts- und sozialpolitischer Sicht spielt die personelle Verteilung dieser Aggregate und deren Veränderung über die Zeit eine wichtige Rolle: Im Durchschnitt verfügten die Personen ab 17 Jahren 2007 über ein individuelles Nettogesamtvermögen (ohne Sozialversicherungsansprüche) von rund 88 000 € und damit über rund zehn Prozent mehr als 2002 (Tabelle 5). Der Median der Vermögensverteilung, der Wert, der die reiche Hälfte der Bevölkerung von der ärmeren trennt, liegt bei nur 15 000 €. Dabei verfügen etwas mehr als ein Viertel aller Erwachsenen (27 Prozent) über kein persönliches Vermögen oder waren sogar verschuldet, während das reichste Zehntel der Bevölkerung über ein Netto-Gesamtvermögen von mindestens 222 000 € verfügte.

Nach wie vor zeigen sich ausgeprägte Unterschiede im Nettovermögen zwischen West- und Ostdeutschland. Während in den alten Ländern das individuelle Nettovermögen 2007 im Durchschnitt bei mehr als 100 000 € lag, erreichte es in den neuen Ländern nur rund 31 000 €. Dabei haben sich die Unterschiede im 5-Jahres-Untersuchungszeitraum verstärkt: In den alten Ländern wuchs das Nettovermögen um mehr als elf Prozent, während es in den neuen Ländern um knapp zehn Prozent abnahm – inflationsbereinigt entspricht dies einem Rückgang um mehr als 17 Prozent. Hauptgrund ist das Sinken des Marktwertes selbst

Tabelle 6: Individuelles¹ Nettovermögen nach Dezilen in Deutschland 2002 und 2007

Anteil am Gesamtvermögen in Prozent



¹ Personen in privaten Haushalten im Alter ab 17 Jahren.

Quellen: SOEP; Berechnungen des DIW Berlin.

genutzter Immobilien. Auch gemessen am Median entwickelte sich das Nettovermögen in den beiden Landesteilen gegenläufig. Dies gilt auch für den Anteil der Personen, die kein Vermögen aufweisen oder verschuldet sind.

- 258 Ordnet man die Personen nach der Höhe ihres Nettovermögens und teilt sie in zehn gleich große Gruppen (Dezile) ein, so zeigt sich, dass das reichste Zehntel 2007 über mehr als 60 Prozent des gesamten Vermögens verfügte (Tabelle 6). Darunter hielten die obersten fünf Prozent 46 Prozent und das oberste Prozent etwa 23 Prozent des gesamten Vermögens. Gegenüber dem Jahr 2002 hat die Konzentration der Nettovermögen im Top-Dezil weiter zugenommen, in allen anderen Dezilen sind die entsprechenden Anteilswerte für 2007 dagegen niedriger.
- 259 Mehr als zwei Drittel der Gesamtbevölkerung besaßen dagegen kein oder nur ein sehr geringes individuelles Nettovermögen. Die untersten 70 Prozent der nach dem Vermögen sortierten Bevölkerung haben einen Anteil am Gesamtvermögen von unter neun Prozent und damit rund 1,5 Prozentpunkte weniger als 2002.
- 260 Diese sehr ungleiche Verteilung zeigt sich auch in einem relativ hohen Gini-Koeffizienten⁸. Dieser liegt für 2007 bei 0,799 und ist damit noch näher am Maximalwert von 1 als der Wert für 2002 (0,777)⁹. Weitere Kennziffern zur Messung der Vermögenskonzentration, die auch stärker die Veränderungen an den Rändern der Verteilung bewerten, belegen eine statistisch signifikante Zunahme der Vermögensungleichheit¹⁰.
- 261 Ein alternatives Verteilungsmaß ist das 90/50-Dezils-Verhältnis, welches die untere Vermögensgrenze der reichsten zehn Prozent der Bevölkerung auf die obere Vermögensgrenze der ärmsten 50 Prozent (Median) bezieht. Diese Kennziffer gibt also das Vielfache des Vermögens reicher Personen im Verhältnis zum Mittelpunkt der Vermögensverteilung an. Für 2007 errechnet sich ein Wert von 14,5. Das heißt, die „ärmste“ Person innerhalb der Top-Zehn-Prozent-Gruppe übertraf den Median der Verteilung um mehr als das 14-fache. Auch dieser Wert weist auf eine Steigerung gegenüber (2002) (13,9) hin, da der Median lediglich um knapp zwei Prozent stieg, die untere Grenze der „Top ten“ aber um rund zehn Prozent.

⁸ Der Gini-Koeffizient ist ein statistisches Maß zur Darstellung von Ungleichheit. Er kann Werte zwischen 0 und 1 annehmen. Je näher der Wert bei 1 liegt, desto größer ist die Ungleichheit.

⁹ Im internationalen Vergleich nimmt Deutschland damit eine mittlere Position bei der Vermögensungleichheit ein. So lag der Gini-Koeffizient in Kanada 1999 bei 0,75 und in den USA 2001 bei 0,84. Vgl. *Sierminska, E., Brandolini, A., Smeeding, T.: Comparing Wealth Distribution across Rich Countries. First Results from the Luxembourg Wealth Study Luxembourg Wealth Study Working Paper Series, Working Paper No. 1, 2006.*

¹⁰ Dies gilt sowohl für den sogenannten MLD-Koeffizienten, der insbesondere sensitiv gegenüber Veränderungen am unteren Ende der Vermögensverteilung ist, als auch für den HSCV-Koeffizienten, der die oberen Vermögen stärker beachtet. Der MLD gibt die mittlere logarithmierte Abweichung an, der HSCV leitet sich aus dem quadrierten Variationskoeffizienten ab.

Tabelle 7: Vermögenskomponenten des individuellen Nettovermögens in Deutschland 2002 und 2007

262

	Westdeutschland		Ostdeutschland		Deutschland	
	2002	2007	2002	2007	2002	2007
<i>Anteil der jeweiligen Besitzer an der Bevölkerung¹</i>						
Selbstgenutzter Immobilienbesitz	38,1	38,2	28,8	28,1	36,4	36,3
Sonstiger Immobilienbesitz	11,1	11,1	6,4	6,9	10,2	10,4
Geldvermögen	45,8	49,6	44,4	46,0	45,5	48,9
Private Versicherungen	46,6	53,2	49,9	51,3	47,2	52,9
Darunter: Bausparverträge ²	–	41,0	–	39,4	–	40,7
Betriebsvermögen	4,4	4,5	3,5	3,7	4,2	4,4
Sachvermögen	10,8	6,7	4,6	3,5	9,6	6,1
Schulden ³	30,5	34,0	25,9	29,4	29,6	33,1
<i>Portfoliostruktur in Prozent des Nettovermögens</i>						
Selbstgenutzter Immobilienbesitz	62,3	58,3	73,8	73,7	63,2	59,3
Sonstiger Immobilienbesitz	23,4	22,9	10,3	9,9	22,4	22,1
Geldvermögen	11,8	13,8	17,1	20,1	12,3	14,2
Private Versicherungen	10,8	13,0	14,5	18,6	11,1	13,4
Darunter: Bausparverträge ²	–	9,9	–	12,9	–	10,1
Betriebsvermögen	9,8	11,1	8,6	7,7	9,7	10,9
Sachvermögen	1,8	1,3	1,5	0,8	1,8	1,3
Schulden ³	–20,0	–20,6	–25,9	–30,8	–20,5	–21,2
<i>Insgesamt in Prozent</i>	100	100	100	100	100	100
<i>Insgesamt in Euro</i>	90724	101208	34029	30723	80055	88034
<i>Durchschnittliche Höhe der jeweiligen Vermögensart⁴ in Euro</i>						
Selbstgenutzter Immobilienbesitz	148291	154468	87351	80433	139220	143754
Sonstiger Immobilienbesitz	191917	208127	55112	44387	175798	187786
Geldvermögen	23436	28254	13134	13463	21546	25654
Private Versicherungen	21100	24804	9907	10048	18874	22328
Darunter: Bausparverträge ²	–	24398	–	11155	–	21798
Betriebsvermögen	203362	247191	84589	65048	184959	218823
Sachvermögen	14968	19789	10988	6527	14612	18356
Schulden ³	–59507	–61222	–34068	–32235	–55326	–56415

¹ Personen in privaten Haushalten im Alter ab 17 Jahren.

³ Schulden aus Hypotheken und Konsumentenkrediten.

² Nur 2007 separat erhoben.

⁴ Nur diejenigen im Besitz der jeweiligen Vermögensart.

Quellen: SOEP; Berechnungen des DIW Berlin.

Die Betrachtung reiner Nettogrößen verdeckt im Allgemeinen wichtige Strukturunterschiede, sowohl bezüglich der Zusammensetzung des Vermögens als auch bezüglich eventueller Verbindlichkeiten. So kann ein niedriges Nettovermögen das Ergebnis eines hohen Bruttovermögens bei gleichzeitig ähnlich hohem Schuldenstand sein (zum Beispiel bei jungen Familien kurz nach dem Erwerb eines mit Hypotheken belasteten Eigenheims), oder es kann schlicht ein niedriges Geldvermögen ausdrücken. 263

Rund die Hälfte der erwachsenen Bevölkerung hielt 2007 Geldvermögen (49 Prozent) oder Vermögen in Form von privaten Versicherungen einschließlich Bausparverträge (53 Prozent) (Tabelle 7). Gegenüber 2002 hat der Verbreitungs- 264

grad beider Anlageformen zugenommen¹¹. Im Durchschnitt waren 2007 rund 25 000 € als Geldvermögen und etwas mehr als 22 000 € in privaten Versicherungen angelegt. Im Vergleich zu 2002 hat sich deren Wert um rund 18 Prozent vergrößert¹². Diese Entwicklung kann unter anderem durch die Reformen zur Förderung der privaten Altersvorsorge (Riester- oder Rürup-Rente) erklärt werden¹³. Zudem hat auch zwischen 2002 und 2007 die aggregierte Sparquote in Deutschland von 9,9 Prozent auf 10,8 Prozent zugenommen¹⁴.

265 Eine selbst genutzte Immobilie wird von mehr als einem Drittel der Bevölkerung gehalten¹⁵, sonstiger Immobilienbesitz liegt bei etwa einem Zehntel der erwachsenen Bevölkerung vor. Diese Anteile haben sich seit 2002 nicht verändert. Hinsichtlich der quantitativen Bedeutung, gemessen als Anteil am gesamten Vermögen, sind – bei Ausblendung der Sozialversicherungsansprüche – selbst genutzte Immobilien die wichtigste Anlageform in Deutschland. Der durchschnittliche Bruttowert dieser Vermögensform beläuft sich auf knapp 145 000 €. Deren Anteil an der Portfoliostruktur hat aber – unter anderem aufgrund von stagnierenden oder sogar rückläufigen Verkehrswerten in verschiedenen Regionen Deutschlands und der gleichzeitig steigenden Relevanz anderer Anlageformen wie private Versicherungen – seit 2002 leicht abgenommen.

266 Rund ein Drittel der Bevölkerung hatte Verbindlichkeiten in Form von Hypotheken- oder Konsumentenkrediten. Gegenüber 2002 ist dieser Anteil um rund vier Prozentpunkte gestiegen. Die durchschnittlichen Verbindlichkeiten nahmen dabei kaum zu. Sie erreichten 2007 gut 56 000 €.

11 Darüber hinaus ist bei der Interpretation dieser Ergebnisse zu berücksichtigen, dass in der hier referierten Analyse der Geld- und Sachvermögen eventuelle Ansprüche an die Sozialversicherungsträger (GRV, Knappschaften, berufsständische Versorgungswerke, Pensionskassen und so weiter) nicht berücksichtigt und auch im SOEP wie der amtlichen Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) nicht erhoben werden. Während ein aktueller Rentenbezug standardmäßig als Einkommensstrom erfasst wird, sind zukünftige Rentenzahlungen auf Grund der notwendigen Annahmen zur Berechnung eines Gegenwartswertes (differenzielle Lebenserwartung, Diskontierungsrate usw.) sowie fehlender Übertrag- und Handelbarkeit von den Analysen ausgeschlossen.

12 Das Geldvermögen der privaten Haushalte hat sich nach Angaben der Deutschen Bundesbank zwischen 2002 und 2006 um 23,2 Prozent vergrößert; vgl. Deutsche Bundesbank: Monatsbericht Juni 2007, 59. Jahrgang, Nr. 6, 26.

13 So hat sich die Zahl der sogenannten Riesterverträge jeweils zu Beginn eines Jahres von knapp zwei Millionen 2002 auf mehr als 8,5 Millionen 2007 mehr als vervierfacht; vgl. BMAS: Entwicklung der Riester-Rente. Stand: III. Quartal 2008, (www.bmas.de/portal/generator/29424/riester_rente_entwicklung_diagramm_stand_III_2008.html).

14 Vgl. Deutsche Bundesbank: Zeitreihe JJA327: VGR-D-Ges, Konto der privaten Haushalte, Sparquote. www.bundesbank.de/statistik/statistik_zeitreihen.php?lang=de&open=&func=row&tr=JJA327.

15 Im Jahr 2007 lebten zwar rund 48 Prozent aller Personen in Deutschland in Haushalten mit selbst genutztem Wohneigentum, der Anteil der Personen, die selbst genutzte Immobilien besitzen, lag aber nur bei 36 Prozent. In vielen Haushalten gehören selbst genutzte Immobilien nur einem Haushaltsmitglied; insbesondere erwachsene Kinder, die noch im elterlichen Haushalt leben, sind in der Regel nur „Mitbewohner“, aber nicht „Mitbesitzer“.

Ein Vergleich der Portfoliostruktur mit der Besitzerstruktur belegt die Relevanz des Betriebsvermögens: Während lediglich vier Prozent aller Personen Vermögen in dieser Form hielten, machte das Betriebsvermögen elf Prozent des gesamten Nettovermögens aus. Personen mit Betriebsvermögen besaßen 2007 davon durchschnittlich knapp 220 000 €; das waren gut 18 Prozent mehr als 2002. Daneben hat der sonstige Immobilienbesitz besondere Bedeutung. Mehr als ein Fünftel des gesamten Nettovermögens entfiel auf diese Anlageform, und deren durchschnittliche Höhe lag bei knapp 190 000 €.

Sowohl der mittlere Wert als auch die Verbreitung von Immobilienvermögen sind in den neuen Ländern deutlich niedriger als in den alten. Geldvermögen und private Versicherungen werden in beiden Landesteilen in ähnlichem Maße gehalten, deren relative Bedeutung ist in Ostdeutschland aber – ungeachtet der geringeren Marktwerte – höher als in den alten Ländern. Auffallend ist zudem, dass die relative Bedeutung von Schulden in den neuen Ländern mit knapp 31 Prozent um etwa zehn Prozentpunkte höher ist als in den alten Ländern, wengleich der absolute Betrag 2007 im Osten mit etwa 32 000 € nur knapp halb so hoch war wie im Westen.

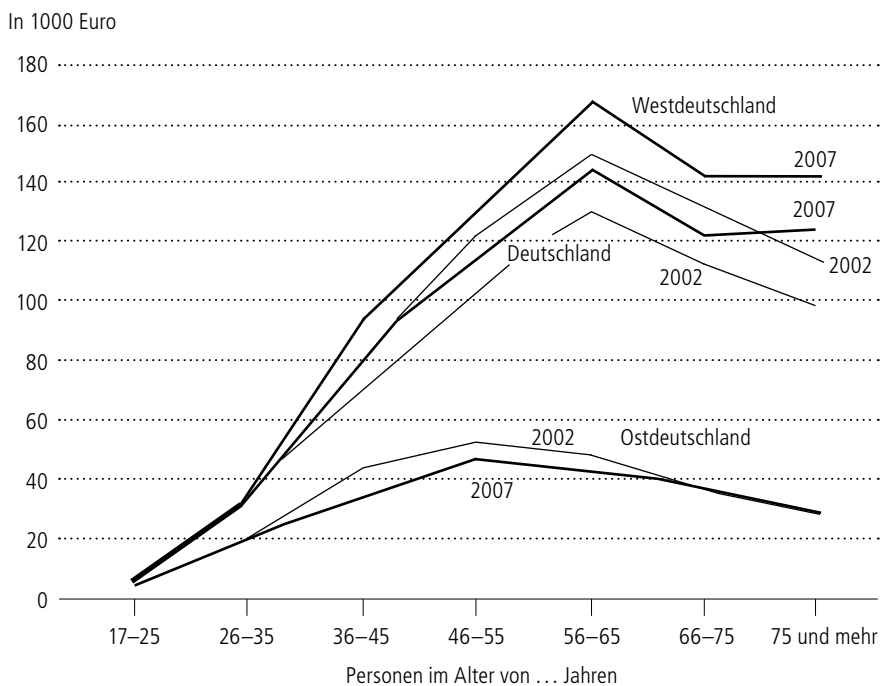
Während in den neuen Ländern der Wert von Immobilien- und Betriebsvermögen zum Teil deutlich rückläufig war, zeigten sich bei diesen Anlageformen in Westdeutschland Zuwächse. So ist der Wert des selbst genutzten Immobilienvermögens von Personen in Westdeutschland zwischen 2002 und 2007 um rund 6 000 € auf 154 000 € gestiegen, während für Eigentümer in Ostdeutschland ein Verlust von 7 000 € auf nunmehr rund 80 000 € zu beobachten ist¹⁶.

Ein Vergleich der Vermögensbestände (wiederum ohne Sozialversicherungsvermögen) nach Altersklassen zeigt ein klassisches Lebenszyklusbild (Tabelle 8): Bis zu einem Alter von 25 Jahren ist das durchschnittliche Nettovermögen gering. Im Jahr 2007 lag es bei weniger als 7 000 €. Nach Abschluss der Ausbildungsphase und mit dem Eintritt in das Erwerbsleben besteht die Möglichkeit des Sparens und des Aufbaus von Vermögen, gleichzeitig steigt die Wahrscheinlichkeit von Erbschaften beziehungsweise des Bezugs von Vorübertragungen. Im Ergebnis wächst das durchschnittliche Nettogesamtvermögen oberhalb von 25 Jahren deutlich. Das höchste durchschnittliche individuelle Nettovermögen besitzt die Gruppe der 56- bis 65-Jährigen mit knapp 145 000 €. Eine besondere Bedeutung kommt dabei dem Aufbau von Nettovermögen in Form von Immobilien zu; diese sind in der Regel bis zum Eintritt des Rentenalters abbezahlt. Mit dem Beginn des Übergangs in den Ruhestand (Altersgruppe ab 65 Jahre) sinkt zwar das individuelle Nettogesamtvermögen aufgrund des Aufzehrens von Vermögensbeständen und Vorübertragungen an nachfolgende Generati-

¹⁶ Diese negative Entwicklung bei den Verkehrswerten von Immobilien wird auch von den Gutachterausschüssen für Grundstückswerte bestätigt. So sind die Bodenwerte für Wohnbauland im engeren Verflechtungsraum in Brandenburg von 2002 bis 2007 um 17 Prozent zurückgegangen. Vgl. Oberer Gutachterausschuss für Grundstückswerte: Land Brandenburg, Grundstücksmarktbericht 2008.

onen leicht, jedoch halten ältere Menschen weiterhin mehr als 120 000 € an Nettovermögen.

276 *Tabelle 8: Individuelles¹ Nettovermögen nach Altersgruppen in Deutschland 2002 und 2007*



¹ Personen in privaten Haushalten im Alter ab 17 Jahren.

Quellen: SOEP; Berechnungen des DIW Berlin.

272 Gegenüber dem Jahr 2002 weisen die Gruppen der 56- bis 65-Jährigen und der über 75-Jährigen die höchsten Vermögenszuwächse auf. Für die letztgenannte Gruppe wirken hierbei neben Kohorteneffekten auch demographische Phänomene wie sozialstrukturelle selektive Mortalität¹⁷ und das Re-Migrationsverhalten von älteren Ausländern. Wohlhabende machen dementsprechend einen relativ höheren Anteil innerhalb dieser Altersgruppe aus und erhöhen damit die Chancen für durchschnittlich höhere Vermögen im Vergleich zu anderen Altersgruppen. Für die Gruppe der 56- bis 65-Jährigen dürften neben lebenszyklisch typischen relativ hohen Erwerbseinkommen auch Erbschaften¹⁸ eine erhebliche Rolle für den überdurchschnittlichen Vermögenszuwachs spielen.

¹⁷ Vgl. *Himmelreicher, R. K., Sewöster, D., Schulz, R., Schulz, A.*: Die fernere Lebenserwartung von Rentnern und Pensionären im Vergleich. WSI Mitteilungen 5, 2008, 274–280.

¹⁸ Vgl. *Szydlík, M., Schupp, J.*: Wer erbt mehr? Erbschaften, Sozialstruktur und Alterssicherung, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 56, 2004, 609–629.

Neben den bereits dargestellten Unterschieden beim Nettogesamtvermögen zwischen den neuen und den alten Ländern fällt auf, dass vor allem die älteren Menschen (66 und mehr Jahre) in den neuen Ländern eine weit unterdurchschnittliche Vermögensposition (rund 40 Prozent gemessen am gesamtdeutschen Mittelwert aller Altersgruppen) im Vergleich zu 160 Prozent im Westen aufweisen. Gegenüber 2002 hat sich diese Lücke weiter vergrößert. Der deutliche Nachteil erklärt sich auch aus den fehlenden Akkumulationsmöglichkeiten für die ehemaligen Bürger der DDR, wobei dieser Rückstand in den letzten Jahren aufgrund der höheren Arbeitslosigkeitsrisiken, niedrigerer Erwerbseinkommen und der selektiven Ost-West-Wanderung weiter verstärkt wurde. Ein anderer wichtiger Faktor für die Vermögensposition dieser Altersgruppe ist der niedrigere Wohneigentümeranteil in Ostdeutschland, wobei hier zudem die rückläufigen Marktwerte des Wohneigentums – ohne entsprechende Reduktion einer eventuell noch bestehenden Verschuldung – eine wichtige Rahmenbedingung der individuellen Vermögensakkumulation darstellt. 273

Für die mittleren Altersgruppen (36 bis 65 Jahre) ist ein deutlicher Vermögensrückgang in Ostdeutschland zu konstatieren. Dieser beläuft sich je nach Altersgruppe auf 7 000 bis 14 000 €, was einem relativen Rückgang von 10 bis 17 Prozent entspricht. Es ist zu vermuten, dass die Einführung des Arbeitslosengeldes II zu einem stärkeren Entsparen im Falle von Arbeitslosigkeit beigetragen hat, da eigenes Vermögen zunächst weitgehend aufgezehrt werden muss, bevor diese staatliche Unterstützung in Anspruch genommen werden kann. Auf Grund des deutlich höheren Arbeitslosigkeitsrisikos wirkt sich dies in den neuen Ländern in stärkerem Maße aus. 274

II. Erbschaften¹⁹

Die Daten des vom DIW (Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung) Berlin in Zusammenarbeit mit Infratest Sozialforschung erhobenen Sozio-oekonomischen Panels (SOEP) erlauben neuerdings sozio-demographisch differenzierte Schätzungen zum jährlichen Erbschaftsvolumen. Durch Erbschaften und Schenkungen werden danach in Deutschland jährlich durchschnittlich knapp 50 Mrd. € zwischen den Generationen transferiert; das entspricht mehr als 2% des Bruttoinlandsprodukts. Von 1999 bis 2002 traten Erbschaften oder Schenkungen von Immobilien oder größeren Geldbeträgen (über 2.500 €) pro Jahr bei rund einer Mio. Privathaushalte auf; das sind etwa 2,5% aller Haushalte (1,5% 275

¹⁹ Im Folgenden werden wiedergegeben die Ergebnisse des Gutachtens „Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen Erbschaften und Vermögensverteilung“ der Forschungsgruppe Altern und Lebenslauf (FALL), der Freien Universität Berlin und des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW), Bonn 2005, auf Basis der in den Jahren 1988 und 2002 im SOEP erhobenen Vermögensbilanz. Das Projekt wurde unter Leitung von Prof. M. Kohli (FALL) und Dr. J. Schupp (DIW) durchgeführt.

276 *Tabelle 9: Jahresdurchschnitte erhaltener Erbschaften und Schenkungen nach Transferhöhe 1999-2002*

Empfängerhaushalte (in %)	Erhaltene Erbschaften			Erhaltene Schenkungen		
	Gesamt	West	Ost	Gesamt	West	Ost
Betrag von ... bis unter ... € (in %)	1,5	1,6	1,0	1,0	1,2	0,7
2.500 – 5.000	11	9	23	16	16	22
5.000 – 10.000	13	12	17	29	30	26
10.000 – 20.000	21	20	28	19	18	22
20.000 – 50.000	22	21	29	16	15	19
50.000 – 100.000	14	15	2	10	11	7
100.000 – 250.000	17	19	1	7	8	4
250.000 – 500.000	2	2	–	2	2	–
500.000 u. mehr	2	2	–	1	1	–
Gesamt	100	100	100	100	100	100
∅ Erbschafts- bzw. Schenkungsfälle pro Jahr (in 1.000)	574	506	67	401	366	50
∅ Erbschafts- bzw. Schenkungssumme (in €) ¹	63.871	69.761	15.527	32.010	33.726	19.598
∅ Erbschafts- bzw. Schenkungsvolumen pro Jahr (in Mio. €)	36.438	35.380	1.058	13.136	12.200	956

¹ Basis: Empfängerhaushalte von Erbschaften bzw. Schenkungen des jeweiligen Beobachtungszeitraums.

Quellen: SOEP; gepoolter Datensatz der Erhebungsjahre 2000 bis 2003; Berechnungen: DIW.

Erbschaften von durchschnittlich 65.000 €, 1,0% Schenkungen von durchschnittlich 30.000 €; vgl. Tabelle 9, s.u.). Dabei betrug die durchschnittliche Erbschafts- bzw. Schenkungssumme rund 50.000 €²⁰.

277 Zu Häufigkeit und Umfang der Vermögensübertragungen *mortis causa*: 2001/2002 hatten dem SOEP zufolge 10,6 Prozent aller Erwachsenen schon eine Erbschaft gemacht. Dem Alters-Survey zufolge (der explizit auch nach kleineren Erbschaften fragt und sich auf die zweite Lebenshälfte beschränkt) liegt diese Quote deutlich höher – fast die Hälfte der 40- bis 85-jährigen Bundesbürger hat schon einmal eine Erbschaft gemacht. Der Großteil der bisher erhaltenen Erbschaften stammt von den *eigenen Eltern*. Dabei zeigt sich, dass diejenigen häufiger und höhere Beträge erben, die ohnehin schon über ein höheres Vermögen und/oder ein höheres Einkommen verfügen. Dies bestätigt sich sowohl auf Individual- als auch auf Paar- und Haushaltsebene, auch bei Kontrolle von Drittvariablen. Zudem ergeben sich in diesen Perspektiven deutliche Unterschiede zwischen Ost und West – im Osten Deutschlands wird seltener geerbt und die geerbten Beträge sind niedriger. Ähnliches zeigt sich hinsichtlich der für die Zukunft erwarteten Erbschaften. Tabelle 10 bestätigt, dass diejenigen Haushalte, die über höhere Vermögen im Ausgangsjahr 1988 verfügten, durchschnittlich höhere Erbquoten im Folgezeitraum bis 2001/2002 hatten. Insgesamt haben

²⁰ Vgl. dazu auch *J. Schupp/G. G. Wagner*, Repräsentative Analyse der Lebenslagen einkommensstarker Haushalte. Erbschaft, soziale Herkunft, spezielle Lebenslagenindikatoren, 2005.

9,5 Prozent aller Haushalte des Jahres 1988 in den folgenden 13 Jahren Vermögenszugänge aus Erbschaften zu verzeichnen. In der Gruppe derjenigen, die 1988 über keinerlei Erbschaften verfügten, haben bis 2001 rund acht Prozent eine Erbschaft erhalten; bei jenen, die bereits 1988 geerbt hatten, liegt dieser Anteil mit 16 Prozent doppelt so hoch (Tabelle 10).

Zur *Vermögensverteilung*: Bei einer Differenzierung von Erben und Nicht-Erben erweist sich auch hier, dass Erbschaften zu einer Verstärkung der *absoluten* Vermögensunterschiede in der Empfängergeneration beitragen. Dies ist der Fall, weil erstens nur ein Teil der Bevölkerung überhaupt eine Erbschaft macht und zweitens dieser durch Erbschaften begünstigte Teil der Bevölkerung an sich schon über höhere Vermögen verfügt. 278

Daraus folgt aber noch nicht, dass die Vermögensverteilung insgesamt ungleicher wird. Erbschaften haben je nach vorheriger Vermögenssituation einen unterschiedlichen Einfluss auf die Vermögensausstattung der Haushalte. Für Haushalte mit geringem Vermögen stellen Erbschaften eine bedeutsame Quelle des persönlichen Vermögensaufbaus dar. Für bereits begüterte Haushalte macht die Vermögensübertragung demgegenüber einen geringeren Anteil ihres Vermögens aus. Auch in der individuellen Längsschnittperspektive des Zeitraums 1988 bis 2002 zeigt sich für Westdeutschland ein großer Vermögenszuwachs durch Erbschaften bei Haushalten mit bisher geringem oder keinem Vermögen. So lag im Jahr 1988 für alle Haushalte mit Erbschaften der durchschnittliche Anteil der hochgerechneten Erbsumme am Nettogesamtvermögen des Jahres 2002 bei etwa 27% (vgl. Tabelle 10). Für die Haushalte, die im Ausgangsjahr 1988 über keinerlei Vermögen verfügten, machte der Zuwachs aus Erbschaften immerhin mehr als ein Drittel des durchschnittlichen Nettogesamtvermögens im Jahr 2002 aus. In der Gruppe derjenigen hingegen, die 1988 bereits ein Vermögen von mehr als 200.000 € hatten, machte der Zuwachs im Jahr 2002 lediglich 18,3% aus. Erbschaften tragen also in bislang wenig vermögenden Haushalten in relativ stärkerem Maße zum Vermögensaufbau und zur Vermögenssteigerung bei als in den Haushalten, die zuvor bereits über hohe Vermögen verfügten. Zwar tritt in den letzteren Haushalten durch Erbschaften und Vermögensverteilung häufiger ein weiterer kumulativer Zuwachs auf; dieser macht jedoch einen geringeren Anteil an ihrem Gesamtvermögenszuwachs aus. Die Annahme, Erbschaften würden generell die soziale Ungleichheit vergrößern, wird durch diese Ergebnisse nicht bestätigt. Es lassen sich neben ungleichheitsverstärkenden auch ungleichheitsreduzierende Effekte ausmachen. 279

Die Tabellen 11 und 12, 13 und 14 bieten Zahlen zur Erbschaft- und Schenkungsteuer. Sie zeigen vor allem, welche geringe Bedeutung diese Steuerart in Deutschland hat. 280

Tabelle 10: Nettogesamtvermögen der Haushalte 2002 nach Nettogesamtvermögen 1988¹

	Alle Haushalte			Haushalte mit Erbschaften zwischen 1988 und 2002							HH ohne Erbschaften	
	Ø NGV in €	V in Mio. €	Anteil an allen HH in %	Ø NGV in €	V in Mio. €	V in %	Erb- summe ² in Mio. €	Erb- summe ² in %	Anteil Erb- summe ² am NGV	Ø NGV abzüglich Erb- summe ² in €	Ø NGV in €	in %
Alle Haushalte 1988												
NGV von ... bis unter ... €												
K.A./weiß nicht	228.403	720.153	(5,3)	(453.169)	75.226	11,0	18.223	9,8	(24,2)	(343.595)	215.873	14,1
Unter 10.058	76.797	683.188	7,1	152.845	97.057	14,2	36.112	19,3	37,1	96.151	70.951	39,7
10.059 - 102.258	177.891	1.003.125	9,7	337.974	185.548	27,2	57.087	30,6	30,7	234.318	160.633	25,2
102.259 - 204.517	288.465	832.222	12,8	347.392	127.840	18,7	39.335	21,1	30,7	240.725	279.841	12,9
204.518 u. mehr	465.041	846.374	22,3	486.598	197.072	28,9	36.068	19,3	18,3	397.680	458.871	8,1
102.258 u. mehr	332.207	1.678.584	16,4	420.291	324.885	47,6	75.407	40,4	23,2	322.736	344.272	21,0
Gesamt	182.423	4.084.987	9,5	321.612	682.781	100,0	186.835	100,0	27,3	233.824	167.840	100,0
Haushalte ohne Erbschaften vor 1988												
K.A./weiß nicht	234.633	681.139	(5,3)	(480.849)	73.570	16,0	18.003	13,5	(24,4)	(363.389)	220.981	13,0
Unter 10.058	77.474	648.226	7,1	143.306	84.981	18,5	35.512	26,5	41,6	83.619	72.458	37,4
10.059 - 102.258	136.978	746.735	7,5	244.666	82.697	18,0	36.859	27,5	44,4	135.964	159.584	20,1
102.259 - 204.517	297.044	656.467	12,1	390.482	104.649	22,8	25.164	18,8	24,0	296.670	284.174	9,9
204.518 u. mehr	489.778	502.022	(21,7)	(509.693)	113.152	24,7	18.299	13,7	(16,1)	(427.439)	484.272	4,6
102.258 u. mehr	358.100	1.158.453	15,1	444.530	217.820	47,5	43.461	32,5	20,0	355.826	342.690	14,4
Gesamt	170.201	3.234.507	8,3	291.600	458.978	100,0	133.835	100,0	29,1	206.779	159.250	84,9
Haushalte mit Erbschaften vor 1988												
K.A./weiß nicht	(156.012)	39.003	(5,6)	(151.000)	6.732	3,0	332	0,6	(15,5)	(127.522)	(156.309)	(1,1)
Unter 10.058	66.100	34.967	(8,1)	(285.087)	12.259	5,5	658	1,2	(5,3)	(269.885)	46.874	2,4
10.059 - 102.258	224.910	256.397	(18,5)	(487.754)	102.916	45,9	20.224	38,0	(19,6)	(392.199)	165.330	5,1
102.259 - 204.517	260.377	175.754	(15,0)	(232.977)	23.531	10,5	14.280	26,9	(60,4)	(92.174)	265.185	3,0
204.518 u. mehr	433.162	344.364	(23,0)	(458.594)	93.274	41,6	17.768	33,4	(21,2)	(361.598)	425.558	3,6
102.258 u. mehr	353.831	520.131	19,3	378.482	107.489	47,9	32.042	60,3	29,8	265.660	347.934	6,6
Gesamt	250.945	850.452	16,3	407.242	224.390	100,0	53.180	100,0	23,6	310.992	220.595	15,1

1 Nur Westdeutschland. 2 Erbsumme mit Immobilienwertsteigerung und in Preisen des Jahres 2002.

HH = Haushalte. NGV = Nettogesamtvermögen. V = Volumen. (...) = Fallzahl unter 30. [...] = Fallzahl unter 10. . = nicht vorhanden.

Quellen: SOEP, gewichtete Ergebnisse; Berechnungen: DWI.

Tabelle 11: Kassenmäßige Steuereinnahmen 1991-2006¹

282

	Erbchaft- steuer	Länder- steuern	Steuer- einnahmen der Länder	Steuer- einnahmen gesamt	Anteil der Erbschaftsteuer an:		
					Länder- steuern	Steuereinnahmen der Länder	gesamt
in Mio. €				in %			
1991	1.348	14.886	116.499	338.434	9,05	1,16	0,40
1992	1.549	16.854	128.497	374.128	9,19	1,21	0,41
1993	1.557	17.752	133.139	383.018	8,77	1,17	0,41
1994	1.779	18.688	137.636	401.957	9,52	1,29	0,44
1995	1.814	18.714	160.165	416.337	9,69	1,13	0,44
1996	2.073	19.705	167.815	409.047	10,52	1,23	0,51
1997	2.076	17.732	167.721	407.577	11,71	1,24	0,51
1998	2.459	19.071	175.952	425.913	12,89	1,40	0,58
1999	3.056	19.564	184.003	453.068	15,62	1,66	0,67
2000	2.982	18.444	189.493	467.253	16,17	1,57	0,64
2001	3.069	19.628	178.690	446.247	15,63	1,72	0,69
2002	3.021	18.576	178.552	441.705	16,26	1,69	0,68
2003	3.373	18.713	177.577	442.238	18,02	1,90	0,76
2004	4.283	19.774	179.865	442.838	21,66	2,38	0,97
2005	4.097			452.100		West: 2,81/ Ost: 0,26	0,91
2006	7.763			488.400		West: 2,36/ Ost: 0,25	0,77

¹ Verteilung der Steuereinnahmen auf Länder insgesamt.

Quellen: Bundesministerium für Finanzen, I A 6; Berechnungen: DIW.

283 *Tabelle 12: Unbeschränkt steuerpflichtige Erwerbe von Todes wegen, Steuerbefreiungen, Steuerbegünstigungen, Vorerwerbe 2002*

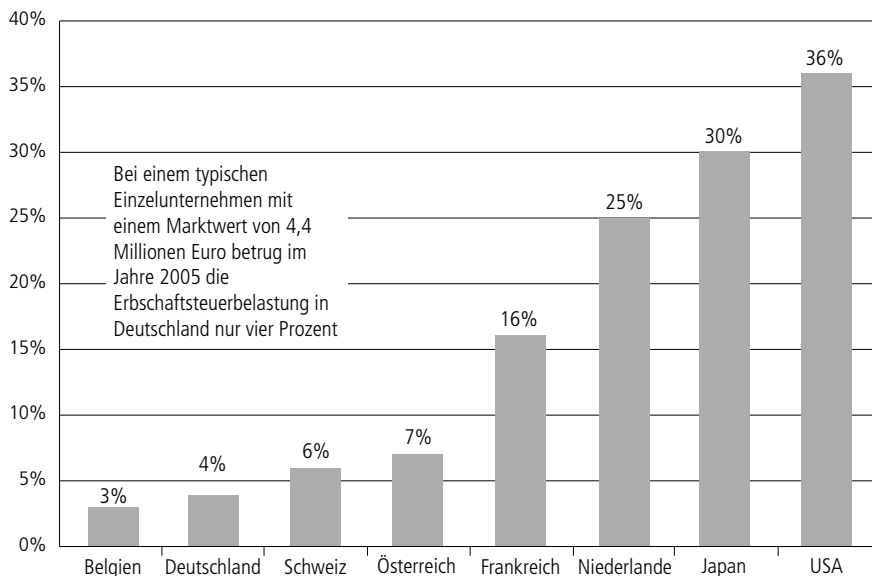
Gegenstand der Nachweisung	Gesamt	in 1.000 €	in %
Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs			
Wert des anteiligen Reinerwerbs durch Erbanfall	107.172	14.210.868	.
Anteiliger Wert der Nachlassgegenstände	106.414	17.784.788	100,0
Land- und forstwirtschaftliches Vermögen	8.643	78.464	0,4
Grundvermögen	52.419	5.366.196	30,2
Betriebsvermögen	3.125	1.379.170	7,8
Übriges Vermögen	105.172	10.961.386	61,6
Anteiliger Wert der Nachlassverbindlichkeiten	105.173	3.528.510	.
Allein zu tragende Nachlassverbindlichkeiten	2.011	45.410	.
Wert der sonstigen Erwerbe	32.982	2.795.146	.
Wert der Erwerbe vor Abzug	129.036	17.006.014	100,0
Abzüglich			
Steuerbefreiung nach § 13 ErbStG	12.995	101.175	0,6
Steuerbegünstigung nach § 13a ErbStG	3.101	740.071	4,4
Zugewinnausgleichsforderung § 5 ErbStG	626	407.290	2,4
Freibetrag nach § 17 ErbStG	2.064	347.151	2,0
Wert der Erwerbe nach Abzug	129.012	15.410.326	90,6
Zuzüglich:			
Gesamtwert der Vorerwerbe § 14 ErbStG	7.987	1.015.028	6,0
Abzüglich			
Freibetrag nach § 16 ErbStG	128.496	4.325.494	25,4
Steuerpflichtiger Erwerb	122.816	12.148.290	71,4
Steuerfestsetzung			
Tatsächlich festgesetzte Steuer	122.152	2.232.681	13,1

. = nicht vorhanden.

Quellen: Statistisches Bundesamt, Erbschaft- und Schenkungsteuer 2002; Wiesbaden 2004; Berechnungen: DIW.

Tabelle 13: Erbschaftsteuerbelastung in Prozent des Marktwerts bei Betriebsvermögen

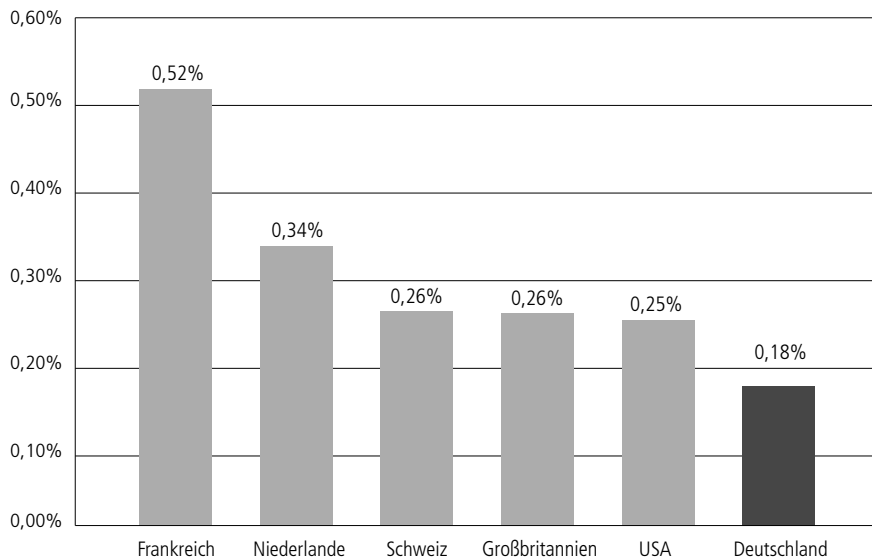
284



Quelle: Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Bundesfinanzministerium, Monatsbericht 6/2004.

Tabelle 14: Erbschaftsteuern in Prozent des Bruttoinlandsprodukts 2005

285



Quelle: OECD Revenue Statistic 2006, Berechnungen: ver.di.

III. Testierhäufigkeit, Testierverhalten

286 Bisherige Untersuchungen über die **Testierhäufigkeit** kommen zum Ergebnis, dass in etwa einem Drittel der Erbfälle Verfügungen von Todes wegen vorliegen²¹. Zu beachten bleibt dabei, dass die entsprechenden Untersuchungen zeitlich schon etwas zurückliegen und zudem an relativ kleinen Datenssegmenten vorgenommen wurden. Der Anstieg der Lebenserwartung, die zunehmende Kinderlosigkeit, die größere Bedeutung von Stiftungen, die Zunahme lang dauernder nichtehelicher Lebensgemeinschaften, das größere Volumen der Nachlässe und die häufigere Notwendigkeit von Testamentsvollstreckung (Vermögen komplizierter, Erben wohnen weit auseinander) dürfte die Testierhäufigkeit in den letzten Jahren und Jahrzehnten noch einmal deutlich erhöht haben. Wahrscheinlich existieren mittlerweile schon in 40% aller Erbfälle Verfügungen von Todes wegen.

Wie erklärt sich übrigens das bekannte Phänomen, dass die Testierhäufigkeit in England und den USA so viel größer ist als diejenige in Kontinentaleuropa? Auch hier dürften „protestantische Ethik und Geist des Kapitalismus“ (Max Weber) am Werk sein, verlangen doch beide, dass der verantwortungsbewusste Eigentümer beizeiten sein Haus bestellt, um sich im Testament noch ein letztes Mal Rechenschaft abzulegen über die Früchte seines Fleißes und seiner Sparsamkeit und um seinen Pflichten gegenüber Familie und Allgemeinheit gerecht zu werden. Der bloße Hinweis auf die vom angelsächsischen Recht in der Regel zwingend vorgesehene Verwaltung des Nachlasses durch einen trustee (administrator/executor), den man natürlich am besten selber bestimmt (schon Shakespeare sagt in Richard II., II, 2, Zeile 148: „Let’s choose executors and talk of wills“), dürfte zu kurz greifen. Forschungen amerikanischer Wissenschaftler (vgl. etwa Robert Barro) lassen den Schluss zu, dass bestimmte Aspekte eines Glaubens, vor allem der Glaube an ein Leben nach dem Tod, positiv für das Wirtschaftswachstum sind. Länder wie die Vereinigten Staaten oder Irland (aber auch Singapur) florieren (wenngleich auch sie von der weltweiten Finanzkrise 2008 erfasst wurden) und haben zugleich eine relativ gläubige Bevölkerung. Wer an ein Leben nach dem Tod und an die Erlösung glaubt, für den bestehen gewisse Anreize für ein Verhalten, das die Wahrscheinlichkeit, in den Himmel zu kommen, erhöht. Und dieses Verhalten scheint einen positiven Einfluss auf Produktivität und damit auf Einkommen und Wohlstand zu haben. Je größer aber der Wohlstand, desto noch größer die Testierhäufigkeit. Je größer der selbst geschaffene und nicht nur ererbte Anteil am eigenen Wohlstand, desto größer die Testierhäufigkeit. Und dem, der an ein Leben nach dem Tod glaubt, muss auch

²¹ *Stöcker* FamRZ 1971, 609 (610); *Leipold* AcP 180 (1980), 160 (193); *Guericke*, Rechtstatachliche Untersuchungen über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S.28f.; *Schulte*, Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S.21f., ermittelte dagegen eine Quote von ca. einem Fünftel.

das Schicksal des eigenen Vermögens nach dem Tod eine mögliche Quelle sündhaften Versagens sein, das es durch ein gewissenhaft errichtetes Testament zu vermeiden gilt.

Was den **Inhalt** der in Deutschland errichteten Verfügungen von Todes wegen angeht, so scheint bei verheirateten Erblassern eine Tendenz vorzuherrschen, den überlebenden Ehegatten nicht nur zum Miterben neben Kindern, sondern zum Alleinerben zu machen²². Verheiratete Erblasser lassen im Falle der Schlusserbenbestimmung diese Erbenstellung ganz überwiegend ihren Abkömmlingen zukommen²³. Allgemein enthalten an die 90% aller Verfügungen von Todes wegen Erbeinsetzungen²⁴.

Was die verschiedenen **Verfügungsformen** angeht, so deuten die bisherigen Untersuchungen auf eine große Varietät hin. Es gibt Gebiete, in denen der Erbvertrag bzw. die Kombination von Erb- und Ehevertrag dominiert²⁵, andere, in denen der Erbvertrag nur eine untergeordnete Rolle spielt²⁶. Bei den Testamenten überwiegen die Einzeltestamente gegenüber den gemeinschaftlichen Testamenten und eigenhändige Testamente gegenüber den notariellen Testamenten²⁷.

²² Vgl. etwa *Stöcker* FamRZ 1971, 609 (613 ff.); *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchungen über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 21 ff.; *Schulte*, Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 181; *Roterling*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 40 ff., 105.

²³ *Roterling*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 46, 105; *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchungen über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 75. Zur Verteilung des Nachlasses auf Söhne und Töchter *Kosmann*, Wie Frauen erben, Geschlechterverhältnis und Erbprozeß.

²⁴ *Roterling*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 40.

²⁵ *Schulte*, Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 27 ff.; *Leipold* AcP 180 (1980), 160 (199 ff.); *Roterling*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 38 ff.

²⁶ *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchungen über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 32 ff.

²⁷ *Roterling*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, S. 38.

Kapitel 3: Grundsätze des Erbrechts

§ 11 Prinzip der Privaterbfolge

Literatur

- 289 *Fichte, Johann Gottlieb*: Ausgewählte politische Schriften (hrsg. v. Zwi Batscha u. Richard Saage), StW 201, Frankfurt a. M., 1977; *Klippel, Diethelm*: Familie versus Eigentum, Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert, SZGerm 101 (1984), 117–168; *Leipold, Dieter*: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980), 160–211; *Menger, Anton*: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1. Aufl. 1890, unveränderter Nachdruck der 4. Aufl., Tübingen 1908, Damstadt 1974; *Mertens, Hans Georg*: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970.

I. Grundlagen

- 290 Eine eigenständige und umfassende Darstellung der Grundsätze des Erbrechts ist dogmatisch, verfassungsrechtlich und pädagogisch legitimiert. **Dogmatisch**, weil nur in einer solchen Darstellung die Ableitung der Einzelheiten sowie das Aufzeigen von Inkonsistenzen und Inkonsequenzen geleistet werden kann. **Verfassungsrechtlich**, weil die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nicht nur Individualrechtsgarantie, sondern auch Institutsgarantie ist (o. § 9 II) und die Institutsgarantie jene Kernelemente des Erbrechts schützt, denen ein Prinzipiengehalt eignet. **Pädagogisch**, weil sich der Stoff in solcher Darstellung leichter einprägen lässt und die Juristenausbildungsordnungen der Länder die erforderlichen Pflichtfachkenntnisse des Erbrechts auf die gesetzlichen „Grundstrukturen“ beschränken¹.
- 291 Welches die Prinzipien einer konkreten Erbrechtsordnung sind, ist für die Gesellschaft, in der diese Erbrechtsordnung gilt, von erheblicher Bedeutung. Niemand hat dies eindringlicher beschrieben als Alexis de Tocqueville in seinem berühmten Werk „De la Démocratie en Amérique“ (2 Bände 1835/40, hier Bd. 1, Kap. 3): „Ich bin erstaunt, dass die alten und neuen Schriftsteller dem Erbrecht keinen größeren Einfluss auf die Entwicklung menschlicher Verhältnisse beimessen. Zwar gehören diese Gesetze zum bürgerlichen Recht, sie sollten aber an der Spitze aller politischen Einrichtungen stehen, denn sie beeinflussen in unglaublicher Weise die Gesellschaftsordnung der Völker, die sich in den politischen Gesetzen ausprägt. Sie wirken ferner in bestimmter und gleichmäßiger

¹ Vgl. z. B. § 11 Abs. 2 Nr. 1 f), Abs. 4 JAG NRW.

Art auf die Gesellschaft ein; sie erfassen sozusagen die Geschlechter vor ihrer Geburt. Sie verleihen dem Menschen die Waffe einer fast göttlichen Gewalt über die Zukunft seiner Mitmenschen. Der Gesetzgeber ordnet einmalig die Erbfolge der Bürger, und dann ruht er für Jahrhunderte: hat er sein Werk in Gang gesetzt, so kann er seine Hand davon wegziehen; die Maschine arbeitet aus eigener Kraft und bewegt sich wie selbst auf ein von vornherein gegebenes Ziel zu“.

II. Inhalt des Prinzips

Erster materialer Grundsatz des deutschen Erbrechts ist das Prinzip der Privat- 292
erbfolge. Das Erbrecht des BGB verfolgt das Ziel, das Vermögen des Erblassers wiederum in **private Hände** zu leiten. Erst wenn sich kein anderer testamentarischer oder gesetzlicher Erbe, sei es auch nur der entfernteste Verwandte des Erblassers, auffinden lässt, fällt der Nachlass dem erkennbar erbunwilligen Staat zu (§ 1936). Das Staatserbrecht dient nicht dem Ziel, der Allgemeinheit einen gewissen Anteil am Nachlass zu sichern. Es hat vielmehr reine Ordnungsfunktion, indem es die Existenz herrenloser Nachlässe verhindert. Das Erbschaftsteuerrecht führt zwar zu einer wertmäßigen Beteiligung des Staates am Nachlass, aber nur auf dem Wege eines Geldanspruchs, nicht auf dem einer Miterbenstellung des Staates.

Das private Erbrecht steht im Verhältnis **materieller Akzessorietät** zur privaten 293
Eigentumsverfassung. Werden dem Eigentum bestimmte Arten von Gütern entzogen, z. B. Gegenstände des Produktionsvermögens, verliert auch das Erbrecht an Bedeutung, so sehr seine Normen auch formal unangetastet bleiben mögen². Unter dieser Akzessorietät hat speziell das deutsche Erbrecht in den letzten Jahren und Jahrzehnten nicht gelitten, es hat vielmehr von ihr in großem, bisher noch viel zu wenig gewürdigtem Umfang profitiert. Das deutsche Privatvermögen steigt seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs kontinuierlich an. Durch die Wiedervereinigung wurde in den neuen Bundesländern die sozialistische Eigentumsordnung durch die private Eigentumsordnung ersetzt. In den alten Bundesländern hat man große Teile des Staatsvermögens privatisiert (Lufthansa, Telekom, Post, Flughäfen, Bundesanzeiger, Gold der Bundesbank usw., demnächst Bahn). Die private Errichtung und Betreibung von Straßen, Autobahnen, Schulen, Gefängnissen schreitet nach zögerlichen Anfängen unter dem Druck leerer öffentlicher Kassen zügig voran. Die gesetzlichen Sozialversicherungen dünne ihre Reserven aus und veräußern erhebliche Vermögenswerte (vgl. z. B. den Verkauf zehntausender Wohnungen der Gagfah, einer Tochter der BfA); die Beiträge ihrer Mitglieder sind durch verschiedene Maßnahmen der letzten Jahre nach oben begrenzt. Nach den neuesten Daten der OECD ist Deutschlands Staatsquote, also der Umfang der Staatsausgaben im Verhältnis

² *Leipold* AcP 180 (1980), 160 (163); MünchKomm/*Leipold*⁴ Einleitung zu §§ 1922ff., Rn. 10.

zum Bruttoinlandsprodukt, bereits deutlich rückläufig. Mit 45,0 Prozent hat sie 2007 den niedrigsten Stand seit der deutschen Vereinigung erreicht. Selbst die alte Bundesrepublik wies Ende der 80er Jahre höhere Werte aus, und Deutschland hatte 2007 sogar eine geringere Staatsquote als das bekennend kapitalistische Großbritannien³. Insgesamt können wir also sagen, dass das (private) Erbrecht durch die Entwicklung der letzten Jahre erheblich an Anwendungsbreite gewonnen hat. In einem Punkt ist die Akzessorietät des Erbrechts im Verhältnis zur privaten Eigentumsordnung freilich durchbrochen: bei der Errichtung privatrechtlicher Stiftungen. Zwar bleibt das Eigentum bei ihnen unter bloßem Wechsel des Rechtsträgers in privater Hand. Doch kommt es infolge der rechtlichen Verselbständigung des Stiftungsvermögens zu keiner Vererbung mehr, und zwar selbst nicht bei der Familienstiftung (weswegen bei ihr ja das Steuerrecht eine Vererbung alle dreißig Jahre fingieren muss, § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG). Die starke Zunahme privatrechtlicher Stiftungen, übrigens auch solcher, die von der öffentlichen Hand errichtet werden⁴, schränkt somit, wenn nicht den Anwendungsbereich von Erbrecht, so doch die Zahl der Erbfälle ein.

294 Der zweite Aspekt der Privatheit unseres Erbrechts liegt, wie schon gesagt, im Ausschluss eines Staatserbrechts durch **Unbegrenztheit der Verwandtenerbfolge** und damit der Privaterbfolge. Unbegrenztheit der Privaterbfolge kann von vornherein nur durch Ausgestaltung der Privaterbfolge gerade als Verwandtenerbfolge erreicht werden. Schon aus diesem Grunde ist die hier zu behandelnde Problematik einer Kollision von gesetzlicher Privaterbfolge und gesetzlicher Staatserbfolge aufs Engste verzahnt mit der sogleich (s. u. § 12) zu behandelnden Problematik der inhaltlichen Ausgestaltung von Privaterbfolge (der konkret zum Zuge kommenden Privaten und ihrer Reihenfolge). In den fernöstlichen Ländern (v. a. Korea und Japan) ist das Erstaunen gerade über diesen Punkt des deutschen Erbrechts, nämlich über die Unbegrenztheit der Privaterbfolge, am größten, und das in Ländern, in deren Tradition und Kultur das Gedächtnis der Ahnen eine nicht eben kleine Bedeutung besitzt. Man will hier vor allem wissen, wie wir denn die praktischen Schwierigkeiten der theoretisch endlosen Erbensuche in den Griff bekommen. Bereits Anton Menger hatte ja in seiner sozialistisch inspirierten Kritik am Ersten Entwurf des BGB davor gewarnt, dass bei Unbegrenztheit der Verwandtenerbfolge „ein gläubiger Christ, die Bibel in der Hand, auf Grund seiner gemeinsamen Abstammung vom Vater der Menschheit, die Auslieferung einer erblosen Verlassenheit begehren“⁵ könne. Die immer wieder geforderte Einführung des Staatserbrechts oder, wie in den nordischen Ländern praktiziert, des Erbrechts gemeinnützigter Sonderfonds ab der vierten oder gar der dritten Erbfolgeordnung ist jedoch trotz aller immer wieder für sie vorgebrachten Argumente strikt abzulehnen. Nach wie vor gilt

3 *Financial Times Deutschland* vom 12. 01. 2006.

4 Dazu *Muscheler*, Stiftungsrecht, 2005, S. 36 ff., 245 ff.

5 *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, S. 230.

der Leitsatz v. Schmitts, des Redaktors des BGB-Vorentwurfs zum Erbrecht: Wehret den Anfängen!⁶

III. Ableitung der Privaterbfolge aus dem Begriff des Eigentums

1. Mill und Locke

Es kann leicht übersehen, darf aber gerade deshalb nicht verschwiegen werden, dass die Begründung eines gesetzlichen Privaterbrechts aus dem Begriff des Eigentums Schwierigkeiten bereitet. Schon John Locke und John Stuart Mill haben das Bedrängende dieser eigenartigen Problematik gespürt und sich ihr gestellt⁷. Im Begriff des Eigentums, sagt Mill, liege nichts weiter als das Recht eines Jeden auf seine eigenen Fähigkeiten, auf das, was er durch diese hervorbringen und durch sie „in a fair market“ erhalten kann, verbunden mit dem Recht, dies nach seinem Belieben einer anderen Person zu geben, und dem Recht dieser anderen Person, es zu behalten und zu genießen, gerade weil er es vom bisherigen Eigentümer willentlich zu vollem Recht übertragen bekommen hat. Daraus folge, dass zwar das Recht, von Todes wegen über seinen Nachlass zu verfügen, zum Begriff des Privat-Eigentums gehöre, es sich aber mit dem Intestaterbrecht anders verhalte. „That the property of persons who have made no disposition of it during their lifetime, should pass first to their children, and failing them, to the nearest relations, may be a proper arrangement or not, but it is no consequence of the principle of private property“ (Mill). Und Locke fragt: „It might reasonably be asked here, how come Children by this right of possessing, before any other, the properties of their Parents upon their Decease. For it being Personally the Parents, when they dye, without actually Transferring their Right to another, why does it not return again to the common stock of Mankind?“ Woraus legitimiert sich der Eigentumstitel des gesetzlichen Erben, wenn der bisherige Eigentümer stirbt (er also nicht mehr Eigentümer sein kann), sein Eigentum echtes Privat- und Individual-Eigentum (und nicht Volks-, Sippen-, Familien-, Hauseigentum) war (wie es ja seit Jahrhunderten der Fall ist) und der bisherige Eigentümer keine willentliche Verfügung in Bezug auf den Eigentumsübergang und den neuen Eigentümer getroffen hat (er aber durch Verfügung von Todes wegen selbst die nächsten Angehörigen von der Erbfolge hätte ausschließen können).

Es ist leicht erkennbar, dass die Antwort auf diese Fragen erleichtert oder erschwert werden kann durch die konkrete Ausgestaltung der gesetzlichen Erbfolge und dass sie insofern von dieser abhängt. Locke und Mill stellen die Frage aber dadurch in voller Radika-

⁶ *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, S. 63.

⁷ *Locke*, Two Treatises of Government (zuerst 1690), Erste Abhandlung, §§ 88–90; *Mill*, Principles of Political Economy (zuerst 1848), II, 2, § 3.

lität, dass sie schon das gesetzliche Erbrecht der Kinder, also das Erbrecht, das gemeinhin ohne weiteres als gerecht konzidiert wird, in die Frage und damit in Frage stellen. Letztendlich geht es jedoch um das Ob von gesetzlicher Privaterbfolge schlechthin und ihre Behauptung gegen einen Intestatanfall an die Allgemeinheit, sei dieser nun als Herrenlosigkeit des Nachlasses mit freiem Okkupationsrecht der Privaten (s. u. 2) oder als Staats-erbrecht konzipiert.

297 Locke und Mill kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Mill vertritt die Ansicht, dass Unterhalt, wie er unehelichen Kindern geschuldet wird, grundsätzlich alles in sich begreife, was Eltern ihren Kindern generell schuldig sind, und demnach auch alles, was der Staat den Kindern derer, die ohne Testament verstorben sind, schuldig ist⁸. Die Pflichten der Eltern sind nur solche, die unauflöslich mit der Tatsache verbunden sind, dass sie einem menschlichen Wesen das Dasein gegeben haben. Sie sind also schuldig, diese so lange zu unterhalten, bis sie ihr Leben aus eigenen Kräften meistern können. Mehr aber wäre von Übel. Denn in der Mehrzahl der Fälle würde nicht nur für das Interesse der Gesellschaft, sondern auch für das von Kindern besser gesorgt sein, wenn diesen ein mäßiges Vermögen statt ein großes hinterlassen worden wäre. Der Überschuss, wo ein solcher vorhanden ist, könne mit Fug und Recht den gemeinnützigen Zwecken des Gemeinwesens zugewiesen werden. Freilich will Mill keineswegs in dem Sinne missverstanden werden, als empfehle er, dass Eltern für ihre Kinder nicht mehr tun sollten, als wozu diese, in ihrer Eigenschaft als Kinder, ein moralisches Anrecht hätten. „In some cases it is imperative, in many laudable, and in all allowable, to do much more. For this, however, the means are afforded by the liberty of bequest. It is due, not to the children but to the parents, that they should have the power of showing marks of affection, of requiting services and sacrifices, and of bestowing their wealth according to their own preferences, or their own judgement of fitness“. Wir fassen zusammen: Nach Mill fällt der Intestat-Nachlass (zur Erfüllung gemeinnütziger Zwecke) an den Staat; dieser ist verpflichtet, aus dem Nachlass die dem Erblasser gegenüber den Kindern bestehenden Verbindlichkeiten (Unterhalt) zu erfüllen. Ein gesetzliches Erbrecht der Kinder gibt es nicht.

298 Locke vermisst bei der Intestaterbfolge der Kinder sowohl eine Verfügung des Erblassers wie auch eine „allgemeine Zustimmung der Menschheit“ (an die an sich das Eigentum des Erblassers nach seinem Tod fallen müsste) zu dem tatsächlich geübten allgemeinen Brauch der Kindererbfolge, denn „eine solche Zustimmung ist niemals eingeholt noch in Wirklichkeit gegeben worden“. Falls aber eine allgemeine „stillschweigende“ Zustimmung diesen Brauch gebilligt hätte, würde sich daraus „nur ein positives, nicht aber ein natürliches Recht für die Kinder“ ergeben, das Eigentum ihrer Eltern zu erben. Wo aber nun der Brauch ganz allgemein verbreitet sei, da könne man, so meint Locke, doch mit Recht annehmen, dass er auf einer „natürlichen Ursache“ beruhe. Der Grund dafür ist Lockes Ansicht nach folgender: Der erste und stärkste Trieb, den Gott den Menschen eingepflanzt und zum eigentlichen Prinzip ihrer Natur gemacht hat, ist der Selbsterhaltungstrieb. Und darin liegt auch die Begründung für ein Benutzungsrecht an den Gegenständen und Geschöpfen der Natur zum persönlichen Unterhalt und Nutzen jeder individuellen Person (also die Legitimation von persönlichem Eigentum). „But next to this, God Planted in Men a strong desire also of propagating their Kind, and continuing them-

⁸ Nur für einen Fall will er eine Ausnahme machen: Wenn die Kinder reicher Eltern, wie dies bis zu einem gewissen Grad natürlich sei, in Gewohnheiten aufgewachsen seien, die dem materiellen Lebensstandard ihrer Eltern entsprachen, sei es die Pflicht der Eltern, für die Kinder eine reichlichere Fürsorge zu treffen, und daher seien ihre Intestatanprüche an die Allgemeinheit entsprechend höher.

selves in their Posterity⁹, and this gives Children a Title, to share in the Property of their Parents, and a Right to Inherit their Possessions“. Gleich nach dem Selbsterhaltungstrieb also hat Gott dem Menschen auch einen starken Trieb gegeben, seine Gattung zu verbreiten und „sich in der Nachkommenschaft fortzusetzen“, und dieser Trieb begründet das Intestaterbrecht der Kinder als ein Recht, das sich eindeutig „aus den Gesetzen Gottes“ ergibt. „Men being by a like Obligation bound to preserve what they have begotten, as to preserve themselves, their issue come to have a Right in the Goods they are possessed of“; da die Menschen durch eine gleiche Verpflichtung gebunden sind, jene, die von ihnen gezeugt wurden, ebenso zu erhalten wie sich selbst, gelangen ihre Nachkommen zu einem Recht an den Gütern, die sie besaßen. Es ergibt sich hieraus somit nicht nur ein Recht auf bloßen Unterhalt, sondern auch auf alle Bequemlichkeiten und Annehmlichkeiten des Lebens, die die Eltern sich erworben hatten. „The Provisions they have made in their Life time, are understood to be intended as nature requires they should, for their Children, whom after themselves, they are bound to provide for“; von den Mitteln, die die Eltern zu ihren Lebzeiten erworben haben, wird angenommen, sie wären, wie es die Natur verlangt, für die Kinder bestimmt, die sie, nächst sich selber, versorgen müssen. Locke erkennt natürlich, dass seine Begründung für das gesetzliche Erbrecht der Kinder schon für das Erbrecht der Eltern bei Fehlen von Kindern nicht passt. Hier argumentiert er so: „Schulden“, die man gegen die eigenen Eltern wegen deren Erziehungsleistungen hatte, „begleicht“ man durch Pflege und Erziehung der eigenen Kinder. Hat man aber keine eigenen Kinder, so kann diese „Begleichung“ nicht stattfinden, und daher erbt nach dem kinderlosen Sohn der Vater.

Die Gedankengänge Mills vermögen nicht zu überzeugen. In Wahrheit ist, bei 299
genauerem Hinsehen, Intestaterbrecht aus Eigentum ableitbar. Bei Locke sind die Mängel in der Begründung des von ihm ja bejahten privaten Intestaterbrechts ebenfalls leicht erkennbar: Erstens gibt er keine einheitliche Begründung für alle Gruppen von Verwandten. Zweitens erweist sich seine Begründung für das Intestaterbrecht der Eltern als in sich widersprüchlich. Denn wenn der Vater mit der Erziehung des Sohnes nur eine eigene Schuld begleicht, wie soll seine Erziehungsleistung dann ein Erbrecht nach dem kinderlosen Sohn begründen? Und drittens kann mit keinem der beiden Begründungsansätze Lockes, weder dem für die Kinder noch dem für die Eltern, ein Intestaterbrecht der Seitenverwandten (Kollateralen) legitimiert werden.

Eines bleibt jedoch an Lockes Ausführungen für uns wichtig, ganz unabhängig 300
davon, wie man inhaltlich zu ihnen stehen mag: Ihnen gelingt letztlich, jedenfalls für die Kinder, eine Begründung des Intestaterbrechts aus dem Eigentum: Der Selbsterhaltungstrieb legitimiert Eigentum; der Trieb, „sich“ in der Nachkommenschaft fortzusetzen und mit dieser „sich“ zu erhalten, legitimiert Erbrecht. Da der zweite Trieb schon im ersten angelegt ist, ist auch das Erbrecht schon im Eigentum angelegt. Und daher folgt (gesetzliches) Erbrecht aus Eigen-

⁹ Negativer *de Tocqueville*, De la Démocratie en Amérique, Tome 1, Chapitre 3, One le point ...: „Ce qu'on appelle l'esprit de famille est souvent fondé sur une illusion de l'égoïsme individuel. On cherche à se perpétuer et à s'immortaliser en quelque sorte dans ses arrière-neveux“, Was wir den Familiengeist nennen, beruht oft auf einer von der Selbstsucht ausgehenden Täuschung des einzelnen. Man möchte sich selbst durch die spätere Nachkommenschaft Fortdauer sichern und sich verewigen.

tum. Umgekehrt formuliert: Eigentum bedingt Intestaterbrecht, setzt es zu seiner, des Eigentums, voller Verwirklichung voraus und legitimiert es zugleich.

301 Zu beachten ist, dass es in unserem Zusammenhang um die Frage geht, ob es überhaupt ein gesetzliches Privaterbrecht geben kann, nicht darum, wie dieses konkret auszusehen hat. Das Hauptproblem lautet: Wie kann der Eigentumsübergang bei der gesetzlichen Erbfolge gedacht werden. Und wie kann er gerade aus dem Begriff des Eigentums gedacht werden? Locke hat für beide Fragen, formal betrachtet, eine Antwort gegeben. Aber seine Antwort hat sich als nicht verallgemeinerungsfähig erwiesen, weil sie das Intestaterbrecht nur gerade der Kinder begründet, weil sie damit das Ob der Intestaterbfolge zu sehr mit ihrem Wer identifiziert. Der Kern der Lockeschen Begründung muss, bei Wahrung seines materialen Zentrums, anders beschrieben werden, um verallgemeinerungsfähig zu werden.

302 Und als dieses Zentrum hat der zu **vermutende Wille** des Erblassers zu gelten, und zwar genauer: der aus Gründen naturgegebener Vernunft zu vermutende Wille des Erblassers. Er ist darauf gerichtet, dass es private Intestaterbfolge überhaupt gibt, dass das Eigentum auf Private übergehen kann (und er kann, wie sich unten, § 12, zeigen wird, auch benutzt werden, den konkreten Inhalt der gesetzlichen Erbfolge festzulegen, weil und insofern er Antworten auch jenseits der Kinder zu geben vermag, wenn auch vielleicht nicht in derselben Eindeutigkeit wie bei den Kindern). Warum ist der zu vermutende Wille des Erblassers das Zentrum der Lockeschen Überlegungen? Weil der Trieb des Menschen seinen Willen beherrscht, und zwar sowohl beim individuellen wie beim gattungsmäßig orientierten Selbsterhaltungstrieb.

303 Mit dem Abstellen auf den zu vermutenden Erblasserwillen sind drei alternative Wege für unbegebar erklärt: Bei Fehlen einer Verfügung von Todes wegen kommt es nicht zu Herrenlosigkeit des Erblasservermögens mit freiem Okkupationsrecht. Echtes Erbrecht setzt derivativen Eigentumsübergang voraus. Der hier vertretene Ansatz darf auch keineswegs so verstanden werden, als diene der zu vermutende Erblasserwille nur zur Festlegung einer Art von Okkupationsreihenfolge. Für unbegebar ist zweitens der Weg erklärt, bei den Erwerbshandlungen des lebenden Erblassers werde jeweils (stillschweigend) auch ein Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der Intestaterben, geschlossen. Eine solche Annahme wäre nichts anderes als eine reine Fiktion. Sie würde zwar rein formal, anders als die Lockesche Argumentation mit dem Gattungserhaltungstrieb, für die gesamte Verwandtenerbfolge passen (wurde ja von Locke selber auch für das Erbrecht der Kinder andeutungsweise verwandt), aber die Betonung liegt doch hier sehr auf dem Wort „formal“, da der Fiktionscharakter der Annahme bei anderen Intestaterben als Kindern noch deutlicher ausgeprägt wäre als letztlich schon bei diesen selbst. Der dritte hier abgelehnte Weg wäre der einer Zustimmung der Gemeinschaft zu einem alten Brauch. Schon Locke hat ihn ja ganz zutreffend verworfen. Und hinzu kommt noch, dass mit einer entsprechenden Annahme kein direkter Eigentumsübergang auf die privaten Intestaterben, sondern nur

ein Eigentumsübergang mit Zwischenerwerb der Gemeinschaft bzw. des Staates zu bewerkstelligen wäre.

Wie aber soll nun der vermutliche Erblasserwille das Eigentum mortis causa übertragen können? Einen Vertrag mit den Erben schließt der Erblasser nicht. Es kann sich also nur um eine Art Parallele zum Testament handeln. Es wird wohl so sein: Der vermutliche Erblasserwille ist auf private Erbfolge als solche und damit gegen ein irgendwie geartetes Staatserbrecht und auf den Übergang des Eigentums an Private gerichtet, und die Rechtsordnung der Gemeinschaft anerkennt ausnahmsweise den bloß vermutlichen (statt ausdrücklichen) Willen, und zwar bei den Kindern als Intestaterben zwingend, weil der vermutliche Wille des Erblassers sich hier in Übereinstimmung mit einem Gesetz der Natur befindet, bei den sonstigen Angehörigen freiwillig, aus Achtung vor dem vermutlichen Willen eines der Gemeinschaftsangehörigen und aus der Erwartung, dass dereinst auch der mutmaßliche Wille der übrigen Gemeinschaftsmitglieder Beachtung finden werde. 304

2. Misslingende Ableitung im Okkupationsmodell (Fichte)

Schon am Beginn der Erwägungen von Mill und Locke stand die Gefahr, dass Eigentum beim testamentslosen Versterben des Eigentümers in den Zustand der Herrenlosigkeit zurückfällt und der Erwerb von Eigentum durch private Erben misslingt. Sehen wir zu, wie ein gedankliches Modell aussehen könnte, das mit dieser Herrenlosigkeit Ernst macht und trotzdem zum Eigentumserwerb der Intestaterben gelangt. Johann Gottlieb Fichte hat es in reiner Form ausgeführt¹⁰. 305

Wir kommen auf die Welt, unsere Kräfte wachsen, wir wollen ein Stück der Erde als Eigen erwerben, aber wir sehen: Die Welt ist schon vergeben. Wollen wir den Staat deswegen anklagen, als ob er es sei, der alles weggenommen und uns nichts übrig gelassen hätte? „Nein, dadurch würden wir eine große Ungeschicklichkeit verraten und zeigen, daß wir von der Sache nichts verstünden. Der Staat ist es nicht, der alles schon in Besitz genommen hat: die Einzelnen sind es. Wollen wir mit diesen rechten, daß sie nicht auf uns gewartet, – daß sie nicht auf uns gerechnet haben, ehe wir da waren? Wollen wir ein Recht in der Welt der Erscheinungen fordern, ehe wir erschienen? Daß alle Plätze schon besetzt sind, ist freilich schlimm für uns; aber – warum wurden wir auch nicht eher ge- 306

¹⁰ Zum Folgenden *Fichte*, Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution, 1793, S. 146 ff., 215 ff. (in der Ausgabe Meiner 1973, S. 90 ff., 128). Zur Ableitung des Intestaterbrechts ähnlich wie Fichte auch Mirabeau in seiner berühmten Rede zur Testierfreiheit vom 2. 4. 1791 (in deutscher Übersetzung abgedruckt in *F. Lettke*, Hrsg., Erben und Vererben, Konstanzer Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, Bd. 11, S. 11 ff., 15): Eigentum ist nicht Naturrecht, sondern Errungenschaft der Gesellschaft, kann also nach Erwägungen der Gesellschaft geregelt und eingeschränkt werden. Dasselbe gilt für das Erbrecht. Die Güter gehen nach dem Tod ihrer Eigentümer zunächst in den Allgemeinbesitz über und werden dann, entsprechend dem Willen der Allgemeinheit, den von diesem als rechtmäßig angesehenen Erben übertragen, was dann, quasi als Abkürzung, zu gesetzlicher Anordnung von Intestaterbfolge führt.

boren? Jemanden von seinem Platze herabstoßen, weil wir eines bedürfen, dürfen wir einmal nicht. Wir mögen also sehen, wie wir zu recht kommen. Das ist unsere Sorge“.

307 Hier nun, meint man, tritt der Staat auf den Plan. Er setzt uns nach dem Tode der Eltern zu deren Erben ein. „Das wäre großmütig vom Staate, einem Übel abzuhelfen, das er, wie wir eben zugestanden, nicht verursacht hat. Aber man erlaube mir nur vorläufig zur Erweckung der Aufmerksamkeit zu fragen: woher hat denn der Staat das Recht, mir ... die völlige Herrschaft über ein fremdes Eigentum zu schenken? Können Alle ein Recht haben, das kein Einzelner hat? Habe ich nicht schon gesagt, daß kein Punsch entstanden sein könne, wenn jeder bloß Rum in die Schale gegossen habe?“

308 Die meisten behaupteten, nach dem Naturrecht finde kein Erbschaftsrecht statt: „Ei? – Gar ein großes, ausgedehntes; nur muß man die Begriffe rein aufzufassen wissen, und nicht fremdartige, aus der Gewohnheit entlehnte Merkmale durch die Phantasie in sie einmischen lassen. So bald einer aus der Welt der Erscheinungen heraustritt, verliert er seine Rechte in derselben. Sein Eigentum wird wieder so gut, als rohe Materie, denn niemand ist Besitzer seiner Form. Die ganze Menschheit ist der rechtmäßige Erbe jedes Verstorbenen; denn die ganze Menschheit hat das uneingeschränkte Zueignungsrecht auf alles, was keinen Besitzer hat. Wer es sich zuerst wirklich zueignen wird, wird der rechtmäßige Eigentümer sein. – So hat die Natur durch das allmähliche Abrufen der alten Besitzer vom Schauplatze für diejenigen gesorgt, die sie nachgebiert. Natur und Sittengesetz sind hier im vollkommensten Einverständnis. Die erstere ist hier, was sie immer sein sollte, Dienerin des letztern. – Du sollst keinen von seinem Platze herabstoßen, sagt das Gesetz. Ich muß aber einen Platz haben, sagst du. Hier ist dein Platz, sagt die Natur und stößt herunter, den Du nicht herunterstoßen durftest. Dieses Rennen nach einem Besitze, das doch vergeblich sein kann; diese Streitigkeiten und Feindschaften, die darüber entstehen müssen, gefallen uns nicht, sagten die Menschen, als sie Bürger wurden, und sie sagten wohl daran. Jeder nehme hinfüro, was ihm am nächsten ist, so erspart er sich und andern den Gang. Er nehme, was in seiner väterlichen Hütte, und um seine väterliche Hütte seines Vaters war; jeder von uns tut Verzicht auf sein Zueignungsrecht an diesen erledigten Besitz, wenn er an seinem Teile auf sein Zueignungsrecht an die Habe jedes andern verstorbenen Mitbürgers Verzicht tun will. – Du hast demnach das bürgerliche Erbrecht nicht umsonst; du hast ein veräußerliches Menschenrecht – das, jeden Verstorbenen zu beerben, wenn du kannst – dagegen aufgegeben. Hast du nun nur wirklich nicht, so lange du im Staate lebstest, okkupiert, so hast du deine Bedingung erfüllt, und der Staat die seinige. Dein väterliches Erbe ist dein, laut des von dir erfüllten Vertrags. Besitze es mit gutem Gewissen, auch wenn du aus dem Staate heraustrittst; fordert er es zurück, so fordere du von ihm alles, was du während der Zeit vom Hinterlasse verstorbenen Bürger dir hättest zueignen können, und er wird es dir wohl lassen“.

309 Nach Fichte gründet somit das Intestaterbrecht auf einem Vertrag aller Staatsbürger untereinander, ihr *gemeinsames* Erbrecht auf die Güter *jedes* Verstorbenen gegen das *ausschließende* Erbrecht auf die Güter *gewisser* Verstorbenen

aufzugeben. Der Staat gibt den Nachfolgern in den Nachlass ihr Eigentum nicht umsonst und damit auch nicht auf freiwillige, jederzeit korrigierbare Weise, er gibt es vielmehr in pflichtgemäßem Vollzug eines ursprünglich geschlossenen Gesellschaftsvertrages.

Dieses Buch teilt weder die Prämissen noch die Schlussfolgerungen Fichtes. Zunächst gilt es festzuhalten, dass Fichte, entgegen seinem eigenen Anspruch, kein echtes Erbrecht begründet. Was bei ihm am Ende herauskommt, ist in Wahrheit ein exklusives Okkupationsrecht der dem Erblasser am nächsten Stehenden am herrenlos gewordenen Nachlass; ein derivativer Eigentumsübergang findet nicht statt, an die Stelle von Universalsukzession ipso iure tritt eine Reihe von Singularsukzessionen durch zeitlich einander nachfolgende Okkupationsakte. Dass Eigentum beim Tod des Eigentümers nicht herrenlos wird, haben wir oben (1.) gezeigt. Selbst wenn es herrenlos würde, wäre doch sehr die Frage, ob es unbedingt vernünftig genannt werden dürfte, zugunsten eines (oder weniger) Okkupationsrechte auf eine unendliche Vielzahl von (freilich mehr oder weniger durchsetzbaren) Okkupationsrechten zu verzichten, zumal das durch Vertrag gesicherte Okkupationsrecht de facto, also auch ohne Vertrag, mir ohnehin relativ sicher wäre. Wo es aber um das Intestaterbrecht entfernterer Verwandter ginge, läge der Verzichtswille der übrigen Bürger noch viel ferner. Und schließlich das Wichtigste: Fichte fragt nur danach, ob die Überlebenden untereinander durch Vertrag gebunden sind. Den Erblasser hätte man in seiner Rolle als Erblasser beim ursprünglichen Gesellschaftsvertrag nicht gefragt. Das wird seiner Rolle im Vererbungsgeschehen nicht gerecht. Wenn man schon eine Regelung im Gesellschaftsvertrag annimmt, wäre eher an einen Gesellschaftsvertrag zu denken, in dem die Lebenden sich in ihrer Rolle als künftige Erblasser gegenseitig versichern, dem vermutlichen Willen des jeweiligen Erblassers Folge zu leisten.

IV. Intestaterbrecht der Seitenverwandten

Rechtspolitisch in der Kritik steht seit langem vor allem das Intestaterbrecht der **Seitenverwandten**. Man pflegt folgende Punkte gegen es vorzubringen¹¹: Gehe man vom vermuteten Willen des Erblassers als Grundlage des gesetzlichen Erbrechts aus, so sei festzustellen, dass eine Zuneigung zwischen sehr entfernten, sich vielleicht persönlich unbekanntem Verwandten in der Regel nicht bestehe; eventuell könne der Erblasser durch Testament helfen. Sei die Verwandtschaft als objektive Grundlage des gesetzlichen Erbrechts anzusehen, so fehle es zwischen Seitenverwandten an dem alles Erbrecht bedingenden Gegenseitigkeitsverhältnis; der ältere Gedanke eines Gesamteigentums der Familie im weiteren Sinne besitze keine innere Rechtfertigung mehr. Pflichten, z. B. die Unterhaltspflicht, bestünden zwischen Seitenverwandten nicht; die gegebenenfalls entstehende Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft (§§ 1779 Abs. 2 S. 2, 1785)

¹¹ Vgl. etwa die Zusammenstellung in *Schubert*, Die Vorentwürfe der Redaktoren, Erbrecht, Bd. 1, S. 699; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, S. 54 ff.; *J. S. Mill*, Principles of Political Economy (zuerst 1848), II, 2 § 3. Für ein gesetzliches Erbrecht ohne jede Berücksichtigung von Seitenverwandten *Fichte*, Ausgewählte politische Schriften, S. 312 f.

spiele erstens de facto kaum eine Rolle und sei de iure eine Pflicht dem Staat und nicht einem Privaten gegenüber. Von einem Zusammenleben, einem gemeinschaftlichen Erwerb, von Zusammengehörigkeitsbewusstsein und Familiensinn könne bei Verwandten, denen nur ein Dritter als direkter Vorfahre gemeinsam sei, keine Rede sein. Auf den Staat sei die steigende Last der Unterstützung Hilfebefürftiger, die nur Seitenverwandte haben, übergegangen; und ihm gebühre daher auch das Erbrecht nach solchen Personen. So allein könne die große Ungleichheit der Vermögen, die durch das bisherige Erbrecht mitverursacht sei, in zumindest kleinem Umfang gemindert werden. Der Staat schütze diese Vermögen, und deshalb besitze er auch ein Recht, an ihrer Vererbung beteiligt zu werden. Schließlich sei die Suche nach entfernten Seitenverwandten mühsam und kostspielig, und sie provoziere verwickelte Prozesse. – Keiner dieser Gründe vermag zu überzeugen. Dass das Erbrecht nicht zur Vergrößerung der Vermögensunterschiede beiträgt, ergibt sich aus den Ausführungen in §10 II (Rn. 275 ff.). Die Argumentation mit der Sozialhilfelasst müsste konsequenterweise zur entsprechenden Einschränkung der Testierfreiheit führen und würde dann gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen. Keiner der vorgebrachten Gründe vermag genau zu sagen, ab welcher Ordnung das gesetzliche Erbrecht der Seitenverwandten abzuschneiden wäre; jede Grenzziehung bliebe mithin willkürlich. Gefällt dem Erblasser das Erbrecht entfernter Seitenverwandter nicht, kann er durch Testament Abhilfe schaffen. In jedem Vermögen, das sich in einer Familie ansammelt, steckt auch ein Stück Arbeit der Voreltern, und deren mutmaßlicher Wille wird auf ein Erbrecht der Seitenverwandten eher abzielen als auf ein solches des Staates. Grundlage des gesetzlichen Erbrechts ist nach hier vertretener Auffassung der mutmaßliche Wille des Erblassers. Diesem aber wird es eher entsprechen, dass der Nachlass an einen Verwandten statt an den Staat fällt, der sich das Seine ohnehin, und bei entfernter Seitenverwandtschaft nicht zu knapp, über die Erbschaftsteuer holt. Dass heute in zahlreichen Nachlässen Reste familienbezogener staatlicher Subventionen enthalten sind, vermag der Gegenposition keine neue Legitimation zuzuführen. Wenn der Staat auf lebzeitigem Verbrauch der Subvention besteht, mag er diese zurückholen; sich die ganze Erbschaft einzuverleiben, hieße nichts anderes, als erfolgreich mit der Wurst nach der Speckseite werfen. Außerdem verträgt sich eine Begrenzung der Verwandtenerbfolge mit dem Parentelsystem schlechter als mit dem Gradualsystem.

V. Staat, Staatsvermittlung und Grundgesetz

- 312 Und selbst wenn man ein früher einsetzendes Erbrecht des Staates befürworten würde, so wären die Einnahmen des Staates, solange man nicht parallel auch die Testierfreiheit einschränkte, in ihrer Höhe wohl weitaus skeptischer zu beurteilen, als manche Nachhutkämpen proudhon'scher Ideen sich in ihren wohligen

Träumen ausmalen. Dass entsprechende Reformüberlegungen aber nicht unbedingt von links kommen müssen, zeigen die beiden 1908 und 1913 im Reichstag eingebrachten und gescheiterten Reformentwürfe, die eine Begrenzung der Verwandtenerbfolge auf die ersten drei Ordnungen vorsahen¹². Sie waren weniger durch sozialpolitische als durch fiskalische Erwägungen motiviert; nicht zuletzt ging es um die Kosten der Hochrüstung vor dem Ersten Weltkrieg. Auch an den 49. Deutschen Juristentag im Jahre 1972, also in der Zeit der sozialliberalen Koalition, sei erinnert; er wollte den Kreis der gesetzlichen Erben ebenfalls auf die ersten drei Ordnungen beschränken. All diese Vorstöße sind zu Recht gescheitert. Mag auch die Erbschaft für den entfernt Verwandten einem Lotteriegewinn gleichkommen¹³: Noch niemand hat begründen können, warum ein Lotteriegewinn ohne Einsatz beim Staat besser oder gar gerechter aufgehoben wäre als bei einem Privaten. Nimmt man das Bild der Lotterie einmal ernst, so hätte unsere Art von Lotterie immerhin mehrere Vorteile aufzuweisen: Es entstünden bei ihr nicht die üblichen hohen Verwaltungskosten einer Lotterie (jedenfalls nicht in gleicher Höhe). Die normalen Begleitumstände einer Lotterie auf sozialem und psychologischem Gebiet wie etwa die Spielsucht blieben aus. Und anders als in einem System, in dem der Lotteriegewinn zwingend an den Staat ginge, bei dem der einzelne Erbfall, ja selbst noch die Summe aller zu erwartenden Erbfälle, bei gedachter Verteilung auf alle Mitglieder der Gesellschaft eine zu vernachlässigende Größe darstellte, kann der Lotteriegewinn des privaten Erbrechts in der Hand der Einzelnen wenigstens etwas bewirken.

Keine private „Erbfolge“, ja nicht einmal private Verteilung des Erbes, sondern Verteilung des Erbes an Private wäre in einer Idee realisiert, die im 19. Jahrhundert von einigen Anhängern Babeufs und St. Simons vertreten wurde¹⁴. Sie erstrebten die Beseitigung der wesentlichen Konsequenzen des Privateigentums, indem sie auf eine **Umwandlung des Erbrechts** hinzuwirken versuchten. Sie wollten das Ziel allmählich, nicht für die lebende, sondern für die künftige Generation erreichen. Sukzessive sollte das persönliche Eigentum durch Beseitigung der testamentarischen und der gesetzlichen Verwandtenerbfolge reduziert werden. Der Plan sah vor, dass jeder Nachlass, unter Vermittlung von über

313

¹² Staudinger/Otte²⁰⁰⁸ Einleitung zu §§ 1922 ff., Rn. 113.

¹³ *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 130. Vgl. auch *Trendelenburg*, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2. Aufl. 1868, S. 316: „Wenn die Erbschaft auf entfernte Verwandte geht, welche kaum noch von dem Bande derselben Familie umfasst werden, weil die Gesinnung der Einheit längst erloschen ist: so verliert sich das Erbrecht aus der Nothwendigkeit des innern Zweckes in das Gegentheil, in das Spiel des Glückslooses ... Es kann dem sittlichen Geist der Rechtsgemeinschaft nicht daran liegen, Erbschaftsgüter, denen die Beziehungen der Familie und der Wille des Erblassers abgestorben sind, wie einen gefundenen Schatz auszubieten, der die Habgier Vieler erregt und heraldischen und juristischen Scharfsinn zu Erbschaftsprozessen aufreizt. Daher ist es recht und gut, dass solche Erbschaften, in welchen der sittliche Gedanke des Rechts erloschen ist, an das gemeine Gut heimfallen“.

¹⁴ Vgl. v. a. *Saint-Amand Bazard*, Exposition de la doctrine de Saint-Simon, 2 Bde., Paris 1828–1830, 2. Ausg. 1854.

das ganze Land verteilen öffentlichen Banken, dem Staat anheim falle, jedoch mit der Auflage, das ihm Zugefallene so unter die Überlebenden, gemeint: alle Überlebenden, zu verteilen, dass jeder nach seiner Fähigkeit und jede Fähigkeit nach ihrer Arbeit bedacht werde. Gestattet werden sollte also der persönliche Besitz, ausgeschlossen der vererbliche. Selbst wenn man die in solchen Projekten implizierte Versagung von Testierfreiheit sowie den Ausschluss selbst der engsten Familie einmal hinwegdenkt und den dargestellten Vorschlag nur bei Fehlen eines Testamentes zum Zuge kommen ließe, läge begrifflich deshalb keine „Erbfolge“ und schon gar keine „gesetzliche“ vor, weil das Ermessen der Verteilungsinstanzen angesichts schwer handhabbarer Entscheidungskriterien die entscheidende Rolle spielen müsste und Zuwendungsempfänger nicht im eigentlichen Sinne Individuen, sondern alle Überlebenden, wenn auch in unterschiedlicher Höhe, wären.

- 314 Der Vollständigkeit halber sei noch einmal wiederholt (s. schon oben §9 Rn. 207, 221), dass es nach der Rechtsprechung des **BVerfG** ein **Grundrecht** auf die Existenz einer privaten gesetzlichen Erbfolge gibt¹⁵. Es wäre mithin verfassungswidrig, wenn das Gesetz nur noch gewillkürte Erbfolge vorsähe und bei Fehlen einer Verfügung von Todes wegen generell den Staat (oder eine sonstige Institution oder Person) zum Zuge kommen lassen würde¹⁶.

¹⁵ *BVerfGE* 91, 346 (358).

¹⁶ *Kant* z. B. lehnt demgegenüber die Möglichkeit eines gesetzlichen Erbrechts ab, weil er sich den Vorgang der Beerbung nur als „Übertragung ... der Habe und des Guts eines Sterbenden auf den Überlebenden durch Zusammenstimmung der Willen beider“ vorstellen kann, *Die Metaphysik der Sitten*, § 34; *Klippel SZGerm* 100 (1984), 117 (143).

§ 12 Prinzip des Familien- und Verwandtenerbrechts

Literatur

Baron, Julius: Das Erbrecht in dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ArchBürgR 3 (1890), 141–227; *Bauer, Manfred*: Soziologie und Erbrechtsreform, Bielefeld 2003; *Bühler, Martin*: Zur Reform des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten neben Abkömmlingen, DNotZ 1975, 5–17; *Dumoulin, Franz Josef*: Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht – Änderungsvorschläge aus der Sicht eines Notars, DNotZ 1973, Sonderheft, S. 84 ff.; *Firsching, Karl*: Zur Reform des deutschen Erbrechts, JZ 1972, 449–456; *Freytag, Alexander*: Das (neue) gesetzliche Erbrecht der DDR – Überlegungen für eine Neuordnung des Bürgerlichen Erbrechts, ZRP 1984, 66–70; v. *Gierke, Otto*: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889; *Goetz, Stephan*: Erbrechtliche Ansprüche außerhalb des Familienerbrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über eine künftige Erbrechtsreform, FamRZ 1985, 987–991; *Klippel, Diethelm*: Familie versus Eigentum, Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert, SZGerm 101 (1984), 117–168; *Lasalle, Philipp*: Das System der erworbenen Rechte, Bd. 2: Das Wesen des Römischen und Germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung, Leipzig 1861; *Leipold, Dieter*: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980), 160–211; *Menger, Anton*: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1. Aufl. 1890, unveränderter Nachdruck der 4. Aufl., Tübingen 1908, Darmstadt 1974; *Muscheler, Karlheinz*: Buchbesprechung: Walter Demel und Werner Schubert (Hg.), Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königliche Bayern von 1811. Revidirter Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (= Münchener Universitätsschriften, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 63). Gremer, Ebelsbach 1986. XCI, 665 S., SZGerm 104 (1987), 408–416; *Stöcker, Hans A.*: Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, 609–618; *Wilke, Richard*: Gesetzliche Erbfolge und Pflichtteil, in: Adams/Wilke/Mecke/Hartmann/Erythropel (Hrsg.), Gutachten aus dem Anwaltsstande über die 1. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1890; *Zoll, N.N.*: Römisches und heutiges Intestaterbrecht, Ein Beitrag zur Reform des letzteren, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 17, 554–583.

Zweiter materialer Grundsatz des Erbrechts ist das die gesetzliche Erbfolge prägende Prinzip des Familien- und Verwandtenerbrechts (§§ 1924 ff. BGB): Neben das Ehegattenerbrecht und das Erbrecht des Lebenspartners tritt eine **reine Blutsverwandtenerbfolge**. Dieser zweite materiale Grundsatz ist nicht bereits mit dem ersten, dem Prinzip der Privaterbfolge, vorgegeben. Denn es könnten theoretisch auch andere Private als Familienangehörige (im strengen Sinne) gesetzliche Erben sein, etwa die im Haushalt des Erblassers lebenden Personen, Stiefkinder, die Pflegestätte oder das Altenheim des Erblassers, diejenigen, die den Erblasser zuletzt gepflegt haben, der nichteheliche Lebenspartner, der Verein, dessen tätiges Mitglied der Erblasser war, usw.

317 Bei diesem zweiten materialen Prinzip besteht keinerlei Reformbedarf. Die Aufnahme **nichtformalisierter Partnerschaften** in das System des gesetzlichen Erbrechts (oder auch nur des Voraus, wie von manchen vorgeschlagen) würde eine tiefe Rechtsunsicherheit in unser Rechtsgebiet tragen, lässt deren Existenz sich doch selbst bei Annahme klarster Kriterien nur schwer feststellen. Auch eine **Erhöhung der Ehegattenquote** und damit eine Verschiebung der Grenzen zwischen Verwandtenerbrecht einerseits und Partnererbrecht andererseits sollte nicht in Erwägung gezogen werden. Das dafür meist vorgebrachte Argument, die Kinder seien heute anders als bei Inkrafttreten des BGB beim Erbfall schon in höherem Alter und demgemäß nicht in gleichem Maße wie früher auf das Erbe angewiesen, während der überlebende Ehegatte demgegenüber unter der Reduzierung der gesetzlichen Hinterbliebenenversorgung zu leiden habe, vermag nicht zu überzeugen. Damit wird das Bild der nicht umsonst so genannten Sandwich-Generation zu rosig gemalt. Denn diese trägt nicht nur die Ausbildungs- und Unterhaltslast ihrer eigenen Kinder, die sich heute länger hinzuziehen pflegt als früher, sondern sieht sich darüber hinaus seinerseits aufgefordert, wegen der schrumpfenden Rentenkassen stärker in die private Altersversorgung zu investieren. Zudem bedenke man, dass wegen der gestiegenen Scheidungshäufigkeit in immer mehr ehelichen Familien Kinder aus früheren Beziehungen aufwachsen, die nicht zugleich Kinder des überlebenden Ehegatten sind und daher nicht zu dessen gesetzlichen Erben gehören.

318 Was ist die **ideelle Grundlage** des (geltenden) gesetzlichen Erbrechts? Folgende Möglichkeiten kommen in Betracht: Die gesetzliche Erbfolge könnte beruhen (1) auf der *objektiven Familienbeziehung* als solcher (Blutsverwandtschaft, soweit rechtlich anerkannt, und reine Rechtsverwandtschaft; Ehe; Lebenspartnerschaft)¹ oder (2) auf einem subjektiven *Bewusstsein der Familienzusammengehörigkeit*² oder (3) auf einer *Ethik*, deren Normen dem Erblasser sagen, wen er zu Lebzeiten am meisten lieben muss³, oder (4) auf dem *vermuteten Erblasserwillen*⁴ oder (5) der gesetzlichen Fixierung einer *mutmaßlichen*

1 So der Redaktor des BGB-Vorentwurfs zum Erbrecht *v. Schmitt*: Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht, Bd. 1, S. 707; ferner die Mehrheit der Ersten BGB-Kommission, in: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, 1. Teilbd., S. 95.

2 So *v. Mandry* in der Ersten BGB-Kommission: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, 1. Teilbd., S. 95; *Protokolle*, V, S. 469 (letztlich blieb die ganze Frage in der Zweiten BGB-Kommission offen!); *Baron ArchBürgR* 3 (1890), 141 (187); *v. Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 532; *Wilke*, Gesetzliche Erbfolge und Pflichtteil, S. 985; *Zoll Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* 17, 554 (554).

3 *Darjes*, Institutiones Jurisprudentiae Universalis, 1740, § 643; dazu *Muscheler SZGerm* 104 (1987), 408 (413).

4 Für eine Orientierung der gesetzlichen Erbfolge an einem typischen oder mutmaßlichen Erblasserwillen in der Reformdiskussion z. B. *Firsching JZ* 1972, 449 (454); *Dumoulin DNotZ* 1973, Sonderheft, S. 84, 87; *Bühler DNotZ* 1975, 5 (6); *Freytag ZRP* 1984, 66 (68); *Goetz FamRZ* 1985, 987 (989); s. auch *Stöcker FamRZ* 1971, 609 (611). Zu den befürwortenden Stimmen im 19. Jh. *Wegmann*, Die Begründung des Erbrechts im 19. Jahrhundert,

faktischen Okkupationsfolge, etwa in dem Sinne, „als Grund der Erbschaft den Umstand anzusehen, daß durch den Tod das Vermögen herrenloses Gut werde und als solches dem, der sich zuerst in den Besitz setzt, zufalle, diese Besitzergreifung aber wohl meistens von den Verwandten, als der gewöhnlich nächsten Umgebung, werde vorgenommen werden – welcher gewöhnliche Zufall dann durch die positiven Gesetze der Ordnung wegen zur Regel erhoben werde“⁵, oder (6) einer *latenten* (gestuften) *Familienbindung* des Vermögens in dem Sinne, dass es sich bei der gesetzlichen Erbfolge ihrem Wesen nach um ein „Eintreten in den eigentümlichen Besitz des *an sich* gemeinsamen Vermögens“, um eine Art Anwachsung also, handelte⁶, oder (7) der letztmaligen Erfüllung einer *Unterhaltungspflicht* oder (8) aus der „Familienbande“ im Sinne eines familienrechtlichen Rechtsverhältnisses mit (möglichen bzw. aktuellen) Rechten und Pflichten.

Die Modelle (5), (6), (7) und (8) können unter heutigen Verhältnissen keine wirkliche Relevanz mehr entfalten. (6) verstieße gegen den individualistischen Eigentumsbegriff. (5) geht von der Prämisse einer noch nicht voll entwickelten Staatlichkeit aus. (7) geriete schon beim ersten Seitenverwandten an die Grenze seiner Erklärungskraft, und auch für (8) würde, wenn vielleicht auch etwas später bzw. genauer: bei entfernterer Verwandtschaft, Ähnliches gelten. Zutreffend ist (4). Käme es auf das subjektive Bewusstsein der Familienzusammengehörigkeit an, müsste man nachträglich der Kritik Mengers am Ersten BGB-Entwurf Recht geben, der vorbrachte, der Entwurf habe sich den Anschauungen der oberen Zehntausend angeschlossen, bei denen infolge ihrer exponierten Stellung selbst die Erinnerung an entfernteste Familienbeziehungen festgehalten werde⁷. Außerdem wäre die unbegrenzte Verwandtenerbfolge heute weniger denn je zu rechtfertigen, da verbreitete Kinderlosigkeit sowie berufliche und lokale Mobilität Familiensinn und Familienbewusstsein nicht gerade fördern. Spätestens in der dritten Ordnung, nicht selten aber auch schon in der zweiten Ordnung, bekäme man hier Probleme. 319

Diss. Münster 1969, S. 10f. Dagegen *Kralik* DNotZ 1973, Sonderheft, S. 108; *Leipold* AcP 180 (1980), 160 (196); MünchKomm/*Leipold* vor §§ 1922 ff. Rn. 12: für eine Rechtfertigung „unmittelbar in den ehelichen und familiären Gegebenheiten (tatsächlicher, sittlicher und rechtlicher Art)“, also das im Text unter (1) dargestellte Modell. – Zur naturrechtlichen Begründung der gesetzlichen Erbfolge aus dem mutmaßlichen Erblasserwillen durch Hugo Grotius, Christian Wolff und Samuel Pufendorf *Bauer*, Soziologie und Erbrechtsreform, S. 90f.; *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. 1, S. 224 ff.; *Klippel* SZGerm 101 (1984), 117 (122).

⁵ So als Gegenposition formuliert und vehement abgelehnt von *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 178.

⁶ So *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 178; ähnlich *Mirabeau* (abgedruckt bei *F. Lettke*, Hrsg., Erben und Vererben, Konstanzer Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, Bd. 11, S. 11 ff.) u. *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, 1792, XI.

⁷ *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 230.

- 320 Die objektive Familienbeziehung als solche kann schon deswegen nicht die Grundlage des geltenden gesetzlichen Erbrechts sein, weil sie keine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von Verwandtenerbrecht und Ehegatten- bzw. Partnererbrecht zu geben vermag. Außerdem lassen sich die Ausnahmen in §§ 1925 Abs. 4, 1930 BGB, 10 Abs. 3 LPartG auf ihrer Grundlage nicht erklären. Der Hinweis auf die objektiv gegebene Familienbeziehung impliziert meist stillschweigend den Sachgesichtspunkt, dass in jedem Nachlass ein wenn auch noch so kleiner Anteil aus der Arbeit eines wenn auch noch so entfernten Vorfahren stammt. Bei der heutigen Mobilität des Personen- und Güterverkehrs ist dies jedoch weniger denn je der Fall. Eine Ethik, die dem Erblasser sagt, wen er jenseits der engeren Familie zu Lebzeiten am meisten lieben musste, gibt es nicht mehr, wenn es sie überhaupt je mit einleuchtender Begründung gegeben hat.
- 321 Für ein Abstellen auf den vermuteten Erblasserwillen spricht zunächst die Rechtsprechung des BVerfG: „Da die Erbrechtsgarantie in erster Linie den Freiheitsraum des Erblassers sichern soll, muss auch die Regelung der gesetzlichen Erbfolge am Interesse des Erblassers ausgerichtet sein“⁸. Die Entscheidung des Gerichts zum Pflichtteilsrecht⁹ hat diesen Ansatz nicht beseitigt. Nur der Rekurs auf den vermutlichen Erblasserwillen verzahnt die gesetzliche Erbfolge mit der gewillkürten in einem System grundsätzlich unbegrenzter Testierfreiheit ohne Noterbrecht. Ein versteckter Hinweis auf das Richtige findet sich etwa in § 2271 Abs. 2, wenn dort nach herrschender Meinung das „Zugewendete“ auch das gesetzliche Erbrecht sein kann¹⁰. Auch die Vorverlagerung der Scheidungs- und Aufhebungsfolgen durch § 1933 und ihre Einseitigkeit (der passive Antragsgegner kann während der Ehekrise vom überlebenden Ehegatten beerbt werden) wurde vom Gesetzgeber mit dem Gebot begründet, die Ausgestaltung der gesetzlichen Erbfolge am mutmaßlichen Willen des Erblassers auszurichten¹¹. Schwierig zu begründen bleibt natürlich (wie in jedem anderen Ansatz übrigens auch), weshalb der vermutete Erblasserwille gerade in eine Familienerbfolge, und gar noch in eine unbegrenzte, münden sollte. Für die Berücksichtigung der engeren Familie (Ehegatte, Lebenspartner, Kinder, Enkel, Eltern, Geschwister) sprechen Gattungstrieb (s. o. § 11 III), natürliche Neigungen (Liebe, Dankbarkeit, Verbundenheit) und sittliche Pflichten. Für die entfernteren Seitenverwandten lässt sich immerhin ins Feld führen, dass der typische Erblasser (ohne Ehegatte und Lebenspartner) sie jedenfalls dem Staat vorziehen dürfte. Will er seinen Lebensgefährten, seinen Verein, eine Stiftung bedenken, muss er es sagen (Verfügung von Todes wegen). Die Legitimationskraft des vermuteten Erblasserwillens würde übrigens erheblich gewinnen, wenn der Gesetzgeber denjenigen Personen, die nur entfernte Seitenverwandte hinterlassen, endlich die volle

⁸ BVerfGE 91, 346 (358).

⁹ BVerfGE 112, 332 ff. S. bereits o. § 9.

¹⁰ Vgl. nur Bamberger/Roth/Litzenburger² § 2271 Rn. 27 m. w. N.

¹¹ BT-Drs. 7/650, S. 274 f.; BT-Drs. 7/4361, S. 52.

Testierfreiheit eröffnen und das Heimeinsetzungsverbot des § 14 HeimG (bzw. seiner landesrechtlichen Nachfolgenormen) streichen würde.

Auch **rechtspolitisch** betrachtet muss der vermutete Erblasserwille als das sachgerechte Entscheidungskriterium für die konkrete inhaltliche Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge betrachtet werden. Damit erhöht sich die Akzeptanz des Gesetzes in der Bevölkerung. Es reduziert sich das Bedürfnis häufiger Testamente, die zur Quelle von Uneinigkeit und Streit in der Familie werden können¹². Die Instabilität der Legitimationsgrundlage beim Wandel herrschender Anschauungen über die sachgerechte Erbfolge dürfte nicht größer sein als beim Abstellen auf das Familienbewusstsein oder eine philosophische Ethik. Als Übergang des Eigentums von einem Individuum auf ein anderes Individuum kann die gesetzliche Erbfolge nur aus dem Willen des bisherigen Eigentümers (ergänzt gegebenenfalls durch den Willen des Erben) erklärt werden. Letztendlich sind sowohl Testierfreiheit wie auch gesetzliches Familienerbrecht aus Begriff und Wesen des Eigentums herzuleiten (s. o. § 11 III); sie beruhen auf ein und derselben Grundlage. In einem System privaten Eigentums, in dem die zwingende Vermutung gilt, dass der Eigentümer das Eigentum „verdient“, es sich also erarbeitet, erzinnt, erkauft oder ererbt hat, müsste jede Form gesetzlichen Erbrechts, die sich nicht am (mutmaßlichen) Willen des Erblassers orientierte, „Enteignung“ bedeuten. Im Grunde setzt die Erbverteilung nach anderen Kriterien stillschweigend Dereliktion qua Tod voraus; gerade diese aber widerspricht dem typischen Erblasserwillen wie nichts anderes. Das Familienmitglied als gesetzlicher Erbe ist nach alledem, um ein Wort Lasalles aufzugreifen¹³, „lebendiges Testament“.

Man sage übrigens nicht, der Streit um die ideelle Grundlage des gesetzlichen Erbrechts sei müßig. Das Gegenteil ist der Fall. Von der Position in dieser Frage hängt z. B. **ab**, ob man den Abbruch der Verwandtenerbfolge ab einer bestimmten Grenze, und wenn ja, an welcher Grenze, befürwortet; hängt ab die Legitimation des Pflichtteilsrechts; wird tangiert die Beurteilung von Sittenwidrigkeit (§ 138) bei Verfügungen von Todes wegen.

Eine ganz eigengeartete Theorie der gesetzlichen Erbfolge hat David Hume im dritten Buch seines „Treatise of human nature“ entwickelt (Zweiter Teil, 3. Abschnitt a. E.). Nach ihm gibt es in einer bereits gegründeten Gesellschaft fünf Entstehungsgründe von Eigentum: erste Besitzergreifung, Verjährung, Zuwachs und Erbfolge als faktische Entstehungsgründe sowie Übertragung des Eigentums durch Zustimmung als rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund. Für alle fünf Fälle existieren Motive des Allgemeinwohls, doch äußert Hume den Verdacht, dass die Regeln der Eigentumsbegründung in Wahrheit hauptsächlich von der Einbildungskraft (imagination) oder den oberflächlicheren Eigenschaften unseres Denkens und Vorstellens festgesetzt werden. Das Recht der Erbfolge hält der Philosoph für ein ausgesprochen natürliches Recht, weil es sich auf die zu vermu-

¹² *Die Vorentwürfe der Redaktoren*, Erbrecht, Bd. 1, S. 704.

¹³ *Lasalle*, Das System der erworbenen Rechte, Bd. 2: Das Wesen des Römischen und Germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung.

tende Zustimmung des Erblassers und auf das allgemeine Interesse der Menschheit gegründet, welches Interesse verlangt, dass eines Menschen Besitztümer auf diejenigen übergehen, die ihm im Leben am teuersten waren, damit auf diese Weise der Gedanke an die ihm Teuersten ihn im Leben fleißiger und genügsamer mache: „The right of succession is a very natural one, from the presum'd consent of the parent or near relation, and from the general interest of mankind, which requires, that men's possessions shou'd pass to those, who are dearest to them, in order to render them more industrious and frugal“. Hume vermutet, dass diese Ursachen durch den Einfluss der Assoziation verschiedener Vorstellungen (ideas) unterstützt werden, die naturgemäß nach des Vaters Tod unseren Blick auf den Sohn richten und dadurch den Gedanken in uns entstehen lassen, dieser habe ein Recht auf des Vaters Besitztümer. „Those goods must become the property of some body: But of whom is the question. Here 'tis evident the persons children naturally present themselves to the mind; and being already connected to those possessions by means of their deceas'd parent, we are apt to connect them still farther by the relation of property“. Da die Kinder schon durch ihren verstorbenen Vater mit dessen Besitztümern in Verbindung stehen, sind wir geneigt, sie durch den Gedanken des Eigentumsrechts noch enger mit diesen Besitztümern zu verbinden. Dafür, dass das Erbrecht sogar zum großen Teil von der Einbildungskraft abhängt, führt Hume folgendes Beispiel an: Gesetzt, jemand stirbt ohne Kinder, und es entsteht unter seinen Verwandten Streit wegen der Erbschaft. Stammen nun die Reichtümer teils vom Vater des Verstorbenen her, teils von der Mutter, so besteht offenbar das natürlichste Mittel („the most natural way“), diesen Streit zu entscheiden, darin, dass man die Besitztümer teilt und jeden Teil der Familie zuweist, aus der er herstammt: „Now as the person is suppos'd to have been once the full and entire proprietor of those goods; I ask, what is it makes us find a certain equity and natural reason in this partition, except it be the imagination? His affection to these families does not depend upon his possessions; for which reason his consent can never be presum'd precisely for such a partition. And as to the public interest, it seems not to be in the least concern'd on the one side or the other“.

- 325 Dass mit der Ausrichtung der gesetzlichen Erbfolge am vermuteten Willen des Erblassers auch das Gemeinwohl gefördert wird, trifft zu. Nicht zugestimmt werden kann Hume jedoch in der Einschätzung der Rolle, die die menschliche Einbildungskraft bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Erbfolge spielt. Gewiss ist der juristische Laie bisweilen versucht, das subjektive Recht aus einem kausalen oder temporalen Nacheinander, aus räumlichem oder zeitlichem Miteinander, aus inhaltlicher Ähnlichkeit etc. abzuleiten. Mit der Arbeit des modernen Gesetzgebers sollte es sich jedoch anders verhalten. Schon für die als Beispiel angeführte Regel „Paterna paternis, materna maternis“ lassen sich in Wahrheit doch wohl durchaus Gründe des Gemeinwohls und eine Anlehnung an den durchschnittlichen vermutlichen Erblasserwillen finden; dass die modernen Rechte sie aufgegeben haben, hat mit ihrer geringen Praktikabilität, den Vorzügen einer strengen Universalsukzession und dem abnehmenden Grad von Familienprägung des Vermögens zu tun.

§ 13 Testierfreiheit

Literatur

Battes, Robert: Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts – Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302 BGB –, AcP 178 (1978), 337–380; *Bauer, Manfred*: Soziologie und Erbrechtsreform, Bielefeld 2003; *Boehmer, Gustav*: Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts, AcP 144 (1938), 32–88; *ders.*: Zur Reform des Pflichtteilsrechts – Ergänzungen zu den Aufsätzen des Verfassers und Heinrich Langes im Heft 1 und 2 dieses Bandes, AcP 144 (1938), 249–286; *Bowitz, Hans Hermann*: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen über die Pflichtteilsentziehung, JZ 1980, 304–307; *Brox, Hans*: Die Einschränkung der Testierfreiheit durch § 14 des Heimgesetzes und das Verfassungsrecht, in: Klein, Eckart (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 17–31; *Brudermüller, Gerd*: Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt – Überlegungen aus rechtsethischer Sicht –, FamRZ 1996, 129–135; *Bruns, N. N.*: Über Testierfreiheit und Pflichtteil, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 2 (1879), 177 ff.; *ders.*: Beitrag zum Thema „Ob und wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung beschränkt werden soll“, 14. DJT (1878), Bd. 1, 72–112; *Buchholz, Stephan*: Berliner Testament (§ 2269 BGB) und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge – Überlegungen zum Ehegattenerbrecht, FamRZ 1985, 872–883; *Coing, Helmut*: Beitrag zum Thema: „Empfiehl es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?“, 49. DJT (1972), A 12–82; *Dauner-Lieb, Barbara*: Das Pflichtteilsrecht – Ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut –, FF 2000, 110–119; *dies.*: Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung auf dem Prüfstand – Bemerkungen anlässlich des Beschlusses des BVerfG vom 30. 8. 2000 –, FF 2001, 78–82; *dies.*: Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, 460–465; *Darwkins, R.*, The selfish gene, 2nd.ed. Oxford 1989; *Diederichsen, Uwe*: Beitrag zum Thema: „Empfiehl es sich, das gesetzliche Kindschaftsrecht neu zu regeln?“, 59. DJT (1992), M 62–97; *Dörner, Heinrich*: Industrialisierung und Familienrecht, Köln 1974; *Edenfeld, Stefan*: Europäische Entwicklungen im Erbrecht, ZEV 2001, 457–463; *Euler, Harald E.*: Psychologische Aspekte in der anwaltlichen Beratung von Erbengemeinschaften (noch nicht veröffentlichtes Vortragsmanuskript); *Euler, Harald E./Weitzel, B.*: Discriminative grandparental solicitude as reproductive strategy, Human Nature 7, 39–59; *Fuest, Clemens/Kervian, Dominique/Welter, Patrick*: im Auftrag der Friedrich-Neumann-Stiftung, Wirtschaftliche Freiheit in den Bundesländern, Köln 2006; *Gerken, Ulrich*: Pflichtteilsrecht zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge, Rpfleger 1989, 45–52; *v. Gierke, Otto*: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, Leipzig 1889; *Goebel, Joachim*: Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, Berlin 2004; *Haas, Ulrich*: Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig?, ZEV 2000, 249–260; *Henrich, Dieter*: Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht, München 2000; *ders.*: Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, DNotZ 2001, 441–452; *Herzog, Stephanie*: Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut, Bielefeld 2003; *Huber, Hans Christian*: Das Pflichtteilsrecht aus positivrechtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, Aachen 1999 (Diss. Augsburg 1998); *Jaeschke, Franke*: Pflichtteilsentzug – Historische Entstehung und Entwicklung unter dem BGB seit 1900, Frankfurt

a. M. u. a. 2002; *Johannsen, Kurt*: Beitrag zum Thema: „Empfiehl es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?“, 49. DJT (1972), Bd. 2, K 41–47; *Keuk, Brigitte*: Der Erblasserwille post testamentum? Zur Unzulässigkeit der testamentarischen Potestativbedingung, FamRZ 1972, 9–16; *Klippel, Diethelm*: Familie versus Eigentum, Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert, SZGerm 101 (1984), 117–168; *Kobleiss, Annelies*: Sozialrecht und Unterhaltsrecht, FamRZ 1991, 8–13; *Kühne, Gunther*: Zur Reform des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, JR 1972, 221–226; *Landau, Peter*: Die Testierfreiheit in der Geschichte des Deutschen Rechts im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit, SZGerm 114 (1997), 56–72; *Lange, Knut Werner*: Die Pflichtteilsentziehung gegenüber Abkömmlingen de lege lata und de lege ferenda, AcP 204 (2004), 804–831; *Leipold, Dieter*: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980), 160–211; *Linker, Anja*: Zur Neubestimmung der Ordnungsaufgaben im Erbrecht in rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 1999; *Lipp, Volker*: Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, 2201–2207; *Mayer, Jörg*: Anm. zu BVerfG, Beschluss vom 30. 8. 2000–1 BvR 2464/97, ZEV 2000, 447f.; *Mertens, Hans-Georg*: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970; *Merz, Hans*: Beitrag zum Thema: „Empfiehl es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?“, 49. DJT (1972), Bd. 2, K 103–106; *Oechsler, Jürgen*: Pflichtteil und Unternehmensnachfolge von Todes wegen, AcP 200 (2000), 603–626; *Otte, Gerhard*: Um die Zukunft des Pflichtteilsrechts, ZEV 1994, 193–197; *ders.*: Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), 317–362; *Papantoniou, Nikos*: Beitrag zum Thema: „Empfiehl es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?“, 49. DJT (1972), Bd. 2, K 97–99; *Petersen, Thomas/Mayer, Tilmann*: Der Wert der Freiheit, Freiburg 2005; *Petri, Klaus*: Die Pflicht zum Pflichtteil, ZRP 1993, 205–208; *Röthel, Anne*: Pflichtteil und Stiftungen: Generationengerechtigkeit versus Gemeinwohl?, ZEV 2006, 8–12; *Schiemann, Gottfried*: Die Renaissance des Erbrechts, ZEV 1995, 197–201; *Schlüter, Wilfried*: Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext, in: Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, 1047–1075; *Schöpflin, Martin*: Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts und Pflichtteilsentziehung, FamRZ 2005, 2025–2030; *Schröder, Rainer*: Abschaffung oder Reform des Erbrechts, Ebelsbach 1981; *ders.*: Pflichtteilsrecht, DNotZ 2001, 465–473; *Steffen, Erich*: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, DRiZ 1972, 263–267; *Stöcker, Hans A.*: Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, 609–618; *Strätz, Hans Wolfgang*: Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, FamRZ 1998, 1553–1567; *ders.*: Reform der gesetzlichen Erbfolge, DNotZ 2001, 452–459; *Strunck, Wolfgang*: Der Gedanke der Erbrechtsreform seit dem 18. Jahrhundert, Diss. iur. Leipzig 1935; *Süss, Theodor*: Die Ehefrau im Erbrecht, DR 1936, 286–291; *Wagenitz, Thomas*: Wider die Verantwortungslosigkeit im Eherecht, in: Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 379–393; *Willutzki, Siegfried*: Beitrag zum Thema: „Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?“, 59. DJT (1992), Bd. 2, M 53–61; *Zitelmann, Ernst*: Begriff und Wesen der sogenannten Juristischen Personen, Leipzig 1873.

I. Inhalt und Grenzen

Den dritten materialen Grundsatz markiert das Prinzip der Testierfreiheit (§§ 1937, 1941). Testierfreiheit ist die erbrechtliche Ausprägung der **Privatautonomie**. Es handelt sich des Näheren um Freiheit *zum* Testieren, *beim* Testieren, *im* Testieren und *durch* Testieren: Der Erblasser muss nicht testieren; er kann auch nicht testieren. Der Erblasser hat beim Testieren verschiedene materiale und formale Möglichkeiten. Er eröffnet sich im Testieren einen neuen Raum der Freiheit; er kann sich in diesem Raum frei bewegen, indem er die eigenen Anordnungen ändert, ergänzt, aufhebt. Durchs Testieren gewinnen die Bedachten die Freiheit des Annehmens und Ausschlagens, des Weiterführens und Verkaufens, der Selbstnutzung und Fremdnutzung, der Aktivität und Passivität. Darin zeigt sich: Betätigte Testierfreiheit bedeutet nicht nur das verbrauchende Gebrauchmachen von einem Freiheitsrecht, sondern zugleich Eröffnung neuer Freiheitsräume, und zwar sowohl für den Testierenden wie auch für Dritte. Testierfreiheit ist die Freiheit des Vermachens und das Vermachen von Freiheit, also auch und nicht zuletzt die Freiheit, Freiheit zu vermachen, Freiheit der Freiheit. Testierfreiheit zeigt sich übrigens, obwohl es dem ersten Blick anders erscheint, vor allem in der Widerrufsfreiheit¹. Der Widerruf ist das eigentliche Geschenk der Rechtsordnung an den Erblasser. Die testamentarische Vererbung hat für den Erblasser den großen Vorzug, dass er nicht schon zu Lebzeiten alles hergeben muss, ohne die Möglichkeit des Widerrufs zu besitzen. „Testierfreiheit“ ist übrigens fast ein Pleonasmus. Denn der Kern der Testierfreiheit liegt schon in der Möglichkeit zu testieren, in der Zulässigkeit des Testamentes. Daher die Anziehungskraft des Testamentsbegriffes und die schon immer verbreitete Neigung, ihn auf andere Lebensbereiche zu übertragen; erwähnt seien das „Patiententestament“, das „politische Testament“ bedeutender historischer Persönlichkeiten (z. B. dasjenige Friedrichs des Großen), das Alte und das Neue Testament (als Bund Gottes mit den Menschen).

Das **Testament** ist eine Erfindung der Römer. Die Germanen kennen es nicht. Tacitus sagt in Kapitel XX der „Germania“ (98 n. Chr.): „Heredes ... successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum“, Erben und Rechtsnachfolger sind ... jeweils nur die leiblichen Söhne, und eine letztwillige Verfügung gibt es nicht. Nicht zuletzt unter dem Einfluss der Kirche gelangt das Testament nach und nach in Deutschland zur Anwendung, vollständig spätestens mit der Vollrezeption des 15. Jahrhunderts. Zäh bleibt bis zuletzt der Widerstand traditionaler Kräfte. Die Stärke dieses Widerstandes lässt sich noch lange an den gängigen Rechtssprüchwörtern ablesen: „Wer will wohl und selig sterben, lass sein Gut dem rechten Erben“, „Gott und nicht der Mensch macht den Erben“, „Wenn das Kind geboren ist, ist das Testament schon gemacht“. Die ursprüngliche Gestalt der Testierfreiheit ist die letztwillige Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände. Es dauert lange, bis die Bestimmung eines Erben, d. h. eines Gesamtnachfolgers, möglich wird. Erst mit der Kreierung des Erben schöpft das Testament die in ihm liegen-

¹ Vgl. auch *Battes AcP* 178 (1978), 337 (340).

den Möglichkeiten aus. Hinzu kommen dann in einer dritten Phase weitere mögliche Anordnungen von Todes wegen (Auflagen, Teilungsbestimmungen, Vormundernennung usw.).

- 329 Bei der Vertragsfreiheit unterscheiden wir Abschlussfreiheit (ob und mit wem), Inhaltsfreiheit (was) und Formfreiheit (wie). Bei der Testierfreiheit können wir ähnlich **differenzieren**: Der Erblasser kann entscheiden, ob er eine Verfügung von Todes wegen errichtet (*Errichtungsfreiheit*), wen er bedenkt und mit was er ihn bedenkt (*Materiale Inhaltsfreiheit*), von welchen der erbrechtlichen Gestaltungstypen (Erbeinsetzung, Enterbung, Vermächtnis, Auflage, Testamentsvollstreckung etc.) und von welchen der im Gesetz angebotenen Verfügungsformen (Notarielles Testament – Eigenhändiges Testament / Einzeltestament – Gemeinschaftliches Testament / Testament – Erbvertrag) er Gebrauch macht (Typen- und Formenfreiheit als Aspekte *formaler Inhaltsfreiheit*).
- 330 Das Prinzip der Testierfreiheit ist vom Gesetz mit zahlreichen **Sicherungen** versehen. Die §§ 2064, 2274 enthalten den Grundsatz der persönlichen Errichtung der Verfügung von Todes wegen. § 2253 ermöglicht den jederzeitigen Widerruf des Testamentes. Die §§ 2078, 2281 gewähren ein weit gehendes Anfechtungsrecht, um den durch Irrtum und Drohung verfälschten Willen des Erblassers zu korrigieren. § 2302 will erreichen, dass die Verfügung von Todes wegen dem wahren Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen entspricht; die Möglichkeit des Erbvertrages (§§ 2274 ff.) steht dazu nicht im Widerspruch, denn der Erbvertrag enthält schon selbst die Verfügung von Todes wegen. Nach §§ 2339 ff. können Angriffe auf die Testierfreiheit zur Erbunwürdigkeit führen.
- 331 Testierfreiheit findet ihre **Grenzen** in den §§ 134, 138, im Pflichtteilsrecht naher Angehöriger (§§ 2303 ff.) und im so genannten Typen- und Formenzwang. Typen- und Formenzwang bedeutet, dass zum einen nur die im Gesetz vorgesehenen Gestaltungstypen und Verfügungsformen zur Wahl stehen (*numerus clausus*) und dass zum anderen die im Gesetz normierten Gestaltungstypen inhaltlich nur sehr begrenzt modifizierbar sind (Typenzwang im engeren Sinne). Der Typenzwang im engeren Sinne ergibt sich meist aus der Fernwirkung sachenrechtlicher Prinzipien.
- 332 Beispiele: Bei Vor- und Nacherbschaft ist die gesetzliche Regelung, dass dem Vorerben die Nutzungen gebühren (§§ 2111 Abs. 1 S. 1, 2133), in dinglicher Hinsicht zwingend. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker nicht vom gesetzlichen Schenkungsverbot befreien (§§ 2205 S. 3, 2207 S. 2).

II. Entwicklung

1. Gesetzgebung und Rechtsprechung

Schon der **Gesetzgeber des BGB** hat die Testierfreiheit als hohes Gut betrachtet und sie in besonders großem Umfang gewährleistet. Er hat das Testieren leicht gemacht durch Anerkennung des eigenhändigen Testamentes, das der Erblasser ohne Notar oder Gericht und damit jederzeit und an jedem Ort und ohne Kosten und ohne Mitwisserschaft Dritter errichten und ändern kann. Er hat den Pflichtteil als bloßen Geldanspruch und nicht als dingliche Mindesterbportion ausgestaltet. Er hat, anders als das aus der Revolution hervorgegangene französische Erbrecht, dem Erblasser eine jahrzehntelange Herrschaft über die Lebenden ermöglicht, durch die Zulassung von Vor- und Nacherbschaft, Vor- und Nachvermächtnis und Dauertestamentsvollstreckung; für die Dauerauflage fehlt, darüber noch hinausgehend, sogar jede gesetzliche Zeitschranke. Selbst die Beseitigung der Widerrufsfreiheit und damit die Eingehung einer eigenen Bindung, auch sie letztlich Akte von Freiheitsbetätigung, hat er, wiederum im Gegensatz zum französischen Recht, in Form von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament zugelassen. 333

Und die Testierfreiheit war auch nach 1900 **auf dem Vormarsch**. Das Testamentsgesetz (TestG) von 1938 ordnete erhebliche Formerleichterungen, namentlich für das eigenhändige Testament, an. Bei der Reform des Internationalen Privatrechts 1976 wurde zum ersten Mal eine Bresche in den ehernen deutschen Grundsatz geschlagen, dass der Erblasser nicht über das anwendbare Recht disponieren kann. In Art. 25 Abs. 2 EGBGB heißt es jetzt, dass der Erblasser immerhin für im Inland gelegenes unbewegliches Vermögen in Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen kann. Die Ersetzung der Vormundschaft über Volljährige mit vorhergehender Entmündigung und damit einhergehender konstitutiver Beseitigung oder Einschränkung der Geschäftsfähigkeit durch das neue Institut der Betreuung (§§ 1896 ff.) zum 1. 1. 1992 hat eine ganze Gruppe kranker, aber nicht wirklich geschäftsunfähiger Menschen testierfähig gemacht. Die Änderung des Gesetzes zugunsten der Testierfähigkeit (notarielles Testament) schreibunfähiger Stummer (2002) wurde durch ein Urteil des BVerfG² erzwungen (§ 2232 n.F.). Zu einer faktischen Einschränkung der Testierfreiheit führte freilich die Schaffung neuer Pflichtteilsrechte, zum einen durch die Gleichstellung nichtehelicher Kinder (NichtehelichenG 1969, Erbrechtsgleichstellungsg 1998), zum zweiten durch das 1977 in Kraft getretene AdoptionsG mit Einführung der adoptio plena bei der Minderjährigenadoption (§ 1754), zum dritten durch die Einführung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Jahre 2001 (§ 10 Abs. 6 LPartG). 334

² BVerfGE 94, 341 (353 ff.); s. bereits o. § 9.

- 335 Und auch die **Rechtsprechung** jedenfalls des BGH beteiligt sich kräftig an der Sicherung, ja sogar Ausdehnung der Testierfreiheit. Sie wird zunehmend zurückhaltend beim Verdikt der Sittenwidrigkeit (§ 138) gegenüber Verfügungen von Todes wegen. Die Zeit der so genannten „Mätressentestamente“, in der der BGH die Einsetzung einer Freundin bei Vorhandensein von Ehefrau und Kindern für sittenwidrig und damit nichtig erklärte, sind längst vorbei. Der BGH widersteht auch allen Versuchen, ein direktes Durchschlagen der Grundrechte auf die Bewertung der Verfügung von Todes wegen zu bewirken. Die Zurücksetzung von Töchtern gegenüber Söhnen, die Erbeinsetzung unter der Bedingung einer „standesgemäßen Heirat“ hat er gebilligt³. Erbrechtliche Regelungen, die dem behinderten Kind zu seinen Lebzeiten zusätzlich zu den Leistungen der öffentlichen Sozialhilfe laufende Einnahmen verschaffen, den Nachlass aber dem Zugriff des Trägers der Sozialhilfe entziehen, sind nach der Rechtsprechung nicht sittenwidrig⁴. Die für die Auslegung von Testamenten seit Jahrzehnten vertretene strenge „Andeutungstheorie“ ist abgeschwächt insofern, als der Wille des Erblassers als solcher auch dann durch Indizien außerhalb der Verfügung von Todes wegen ermittelt werden kann, wenn der behauptete Wille im angeblich eindeutigen Wortlaut der Verfügung noch nicht einmal angedeutet wurde⁵. Freilich bleibt nach der „offenen“ Beweisaufnahme die Andeutungstheorie noch in dem Sinne anwendbar, dass im Rahmen des „Formproblems“, also gewissermaßen auf einer zweiten Stufe, geprüft werden muss, ob das Beweisergebnis im Wortlaut des Testamentes zumindest angedeutet ist. Es erscheint aber mehr als wahrscheinlich, dass man nach eindeutiger Feststellung des wirklichen Erblasserwillens eher eine „Andeutung“ finden wird als ohne sie.
- 336 Leider spielt nun in jüngster Zeit ausgerechnet das **BVerfG** eine unheilvolle Rolle auf dem Gebiet der Testierfreiheit. Im Haus-Preußen-Fall hat es eine Erbvertragsklausel, die einen in nicht ebenbürtiger Ehe lebenden Abkömmling von der (Nach-)Erbfolge ausschloss, zwar nicht geradezu für nichtig, weil verfassungswidrig erklärt. Wohl aber hat es dem im Vergleich zu den Mätressenzeiten sehr liberal gewordenen BGH den freilich kakophonischen Marsch geblasen, weil er angeblich bei der Abwägung der tangierten Grundrechte (v.a. Testierfreiheit versus Eheschließungsfreiheit) nicht alle relevanten Aspekte berücksichtigt habe⁶.
- 337 Die **Entscheidung des BVerfG**, der die herrschende Lehre in der Literatur kräftig vorgearbeitet hat, ist **verfehlt** (s. schon o. § 9 VII). Schon der Grundan-

3 BGHZ 140, 118 = NJW 1999, 566 (Haus Preußen); BayObLGZ 1996, 225 (Haus Bayern); BVerfG NJW 2000, 2495 (Haus Bayern); a. A. OLG Stuttgart ZEV 1998, 185 = FGPrax 1997, 230 (Haus Preußen, Vorinstanz zum BGH). Auch erbrechtliche Nachteile wegen der Zugehörigkeit zur Scientology Church oder Sekten, die unter religiöser Tarnung wirtschaftliche Geschäfte betreiben, verstoßen nicht gegen § 138 BGB: OLG Düsseldorf NJW 1988, 2615.

4 BGHZ 111, 39; BGHZ 123, 368; VG Lüneburg NJW 2000, 1885.

5 BGHZ 86, 45; BGHZ 94, 36 (38).

6 BVerfG NJW 2004, 2008 gegen BGZ 140, 118 (= NJW 1999, 566).

satz der herrschenden Lehre zu den angeblich sittenwidrigen Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen ist durch und durch suspekt. Was soll nicht alles sittenwidrig sein! In den gängigen Kommentaren zu § 2074 kann man eine wahre Besserungsanstalt für Testatoren besichtigen! Das Verdikt trifft Erbeinsetzungen unter der Bedingung, dass die Konfession gewechselt oder nicht gewechselt, dass die Ehe des Erben geschieden oder nicht geschieden, dass bei Eheschließung Gütertrennung vereinbart oder nicht vereinbart wird. Die heute verwendeten Formeln sind schwammig, die aus ihnen abgeleiteten Ergebnisse willkürlich und widersprüchlich, ihre Begründung ein Hohn auf Logik und Ethik gleichermaßen. Die Grundthese lautet: Es ist unstatthaft, auf ein Verhalten, das nach moralischen Grundsätzen einer freien inneren Überzeugung entspringen soll, durch die Aussicht auf Vermögensvor- und -nachteile Druck auszuüben. Genau das ist zu bezweifeln. Niemand kann den Erblasser zu seinen Lebzeiten daran hindern, durch finanzielle Verlockungen Druck auf das Verhalten einer Person auszuüben. Warum sollte er das nicht auch in einer Verfügung von Todes wegen tun können? Dass er hier den Preis für den Beeinflussungsversuch nicht mehr selber zahle⁷, stimmt nicht, und wenn es stimmte, hätte es nichts zu bedeuten. Der Erblasser kann mit seinem Vermögen auch letztwillig tun und lassen, was er will. Wendet er jemandem etwas zu, auf das dieser keinen Anspruch hat, dann ist jede Art von Potestativbedingung nur eine Einschränkung dieser freiwilligen Zuwendung, aber keine Einschränkung dessen, was der Bedachte vor der Zuwendung je schon hatte. Niemand hindert den Bedachten nach dem Tod des Erblassers, sich anders als vom Erblasser gewünscht zu verhalten und damit auf die Zuwendung zu verzichten. Aus der Bedingung folgt keine Pflicht zum Handeln. Außer in den Fällen eines Monopols auf eine unentbehrliche Leistung bedeutet die bloße Macht der Verweigerung eines Vorteils keinen Zwang. Die moralische „Reinheit“ einer personalen Entscheidung wird nicht dadurch befördert, dass man alle „unmoralischen Versuchungen“ aus dem Wege räumt. Im Gegenteil: Eine im echten Sinne freie Entscheidung wird dadurch gerade verhindert. „Die Freiheit ist eine Gelegenheit, gut zu handeln, aber nur, wenn sie auch eine Gelegenheit ist, schlecht zu handeln“⁸. Und zudem: Wenn man, wie die unteren Instanzen im Haus-Preußen-Fall, die ganze Nacherbfolge für unwirksam erklärt, wird dadurch die Möglichkeit des Bedachten, sich „kaufen“ zu lassen, beseitigt; aber auch diese Möglichkeit ist ein Teil seiner Freiheit. Sittenwidrig sind nicht letztwillige Verfügungen, die auf den Bedachten finanziellen Druck ausüben sollen. Sittenwidrig sind vielmehr Rechtsansichten, die dem Bedachten nicht zutrauen, diesen Druck auszuhalten, und ihm nicht ermöglichen, dem Druck zu erliegen. Der Verfasser ist also im Ergebnis der Ansicht, dass durch letztwillige Heiratsklauseln das in Art. 6 Abs. 1 GG verankerte Grundrecht auf Eheschließungsfreiheit der betroffenen Erbprätendenten über-

⁷ *Keuk FamRZ* 1972, 14.

⁸ *F. A. v. Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit*, 4. Aufl. 2005, Teil 1, Kap. 5, Nr. 5 (S. 103).

haupt nicht verletzt werden kann. In einer Zeit, in der selbst die rot-grüne Regierung (1998–2005), überall Diskriminierung witternd, das Erbrecht ausdrücklich aus dem Antidiskriminierungsgesetz herausnehmen wollte, was selbstverständlich durch den Kompromiss der nachfolgenden Großen Koalition nicht in Frage gestellt wurde, kann die Tendenz des BVerfG nur in die Irre führen.

- 338 Für Tocqueville, den bedeutenden Analytiker der egalitären Massendemokratie, war der fehlende Respekt gegenüber dem Testament als dem letzten Willen eines Menschen geradezu einer der wesentlichen Charakteristika seines Untersuchungsgegenstandes, jedenfalls soweit er sich auf das kontinentale Europa bezog (wo seiner Ansicht nach, anders als in den USA, die Menschen gleich wurden, ohne wirklich frei zu sein)⁹. Der sich in alles einmischende demokratische Wohlfahrtsstaat gewöhnt die Leute an Ansprüche, die durch ihn selber vermittelt (wenn auch von Privaten bezahlt) sind, und macht sie so von sich abhängig. Um diese Ansprüche, materieller und ideeller Art, befriedigen zu können, reglementiert er das Leben bis in alle Einzelheiten, auch diese sowohl materieller wie ideeller Art, hinein. Damit allen das Gleiche zuteil werde, muss die Freiheit aller beschnitten werden. „Cet affaiblissement graduel de l’individu en face de la société se manifeste de mille manières. Je citerai entre autres ce qui – à rapport aux testaments ... Quand tous les vivants sont faibles, la volonté des morts est moins respectée. Ou lui trace un cercle très étroit, et, si elle vient à en sortir, le souverain l’annule ou la contrôle ... chez les Français des nos jours, on ne saurait distribuer son patrimoine entre ses enfants, sans que l’Etat intervienne. Après avoir régenté la vie entière, il veut encore en régler le dernier acte“ (Diese allmähliche Schwächung des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft tut sich auf tausend Arten kund. Ich erwähne unter anderem das, was sich auf die letztwilligen Verfügungen bezieht ... Wenn alle Lebenden schwach sind, wird der letzte Wille weniger geachtet. Man schreibt ihm einen sehr engen Kreis vor, und gelingt es ihm, diesen zu durchbrechen, so hebt ihn die oberste Staatsgewalt auf, oder sie überwacht ihn... Bei den Franzosen von heute kann man unter seinen Kindern das Erbe nicht verteilen, ohne dass der Staat sich einmischt. Nachdem er das ganze Leben beschulmeisterete, will er noch dessen letzte Handlung vorschreiben). Es war eine der bedeutenden Leistungen des BGB, den von Tocqueville beschriebenen Entwicklungen Einhalt geboten zu haben. Sie jetzt, unter dem Deckmantel der Grundrechte, doch noch zum Zuge kommen zu lassen, müsste befremden. Niemand vermag zu begründen, warum die mit der materiellen Erbfolge verbundene Absicht des Erblassers zur Erhaltung der Familientradition vom Staat unterbunden werden muss. Und erst recht vermag niemand zu begründen, warum das Verfassungsgericht es billigen muss, wenn jemand unter Berufung auf ein Freiheitsrecht sich unter Verdrängung aller anderen Abkömmlinge zum Alleinerben machen (und damit Ungleichheit zementieren) will.

2. Liberalisierung und Egalisierung

- 339 Es bleibt zu hoffen, dass das BVerfG nach dem „Ausreißer“ im Haus-Preußen-Fall alsbald auf den Pfad der (freiheitssichernden) Tugend zurückfindet. Jedenfalls können wir festhalten, dass sich in der **historischen Entwicklung** des deutschen Erbrechts die Testierfreiheit ein immer **größeres Terrain** erobert hat. In

⁹ De la Démocratie en Amérique, II (erstmalig 1840), Teil 4, Kap. 5, Fn. 1.

fünf Richtungen erfolgte die Expansion. Zum einen geschah sie bei der Bestimmung der materiellen Sukzessoren: Selbst nächste Angehörige können enterbt werden; ein dingliches Noterbrecht gibt es nicht. In Form der Stiftung von Todes wegen kann der Erblasser sich einen Erben neu schaffen, kann ihn ganz nach seinem Geschmack formen (§§ 83, 84); der Erbfall gewährt gewissermaßen eine letzte Möglichkeit, ein „Kind“ zu zeugen. Und was Friedrich Julius Stahl im 19. Jahrhundert als allgemeine Theorie vertrat, in der Möglichkeit der Stiftung von Todes wegen findet sich ein Beispiel für seine These, der Charakter des Testamentes sei „nicht freie Verfügung über das Eigenthum, ... sondern freie Nachbildung des natürlichen Familienbandes, ähnlich der Adoption“¹⁰. Zweite Expansionsrichtung: Durch die faktische Ausdehnung der privaten Eigentumsordnung (o. § 11) kommt der Testierfreiheit rein faktisch eine viel größere Anwendungsreichweite zu. Drittens erlaubt das Gesetz dem Erblasser selbst lang dauernde Bindung der Überlebenden (§§ 2044, 2100 ff., 2209 f., 2192 ff.); der Erblasser kann nicht nur sagen, wer an seine Stelle treten soll, er kann über Jahrzehnte hinweg das nachlassbezogene Handeln der Sukzessoren beeinflussen. Wegen der grundsätzlichen Zulässigkeit von Potestativbedingungen ist es ihm, viertens, sogar möglich, auf das personale, d. h. nicht unmittelbar nachlassbezogene Handeln der bedingt Bedachten einzuwirken. Fünftens erlaubt das deutsche Erbrecht dem Erblasser, auch das eine Gestalt von Freiheit, in der Form von gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag seine eigene Testierfreiheit einzuschränken und zu beseitigen.

Man beachte nun, dass die Entwicklung zur Ausdehnung von Testierfreiheit am Ende einer genau gegenläufigen Entwicklung des gesetzlichen Erbrechts hin zu mehr Gleichheit steht. „Wer Freiheit und Gleichheit zugleich verspricht, ist entweder ein Phantast oder ein Scharlatan“, sagt Goethe¹¹. Die Entwicklung des Erbrechts kann er dabei nicht im Auge gehabt haben. Denn in ihr zeigt sich eben jenes Zugleich von Freiheit und Gleichheit. Im selben Maße, in dem das gewillkürte Erbrecht immer „freier“ wurde, wurde das gesetzliche Erbrecht immer „gleicher“. Die Geschichte des **gesetzlichen Erbrechts** ist die Geschichte seiner (personalen und gegenständlichen) **Entdifferenzierung**. Zunächst wurde die kognatische Verwandtschaft der agnatischen gleichgestellt; dann geschah dies den Enkeln (vorverstorbenen Söhne) im Vergleich zu den (noch lebenden) Söhnen; entfielen die Altersprivilegien (Ältere vor Jüngeren, bisweilen auch umgekehrt), der Vorrang des männlichen Geschlechts vor dem weiblichen, die Diffe-

¹⁰ Die Philosophie des Rechts, Bd. 2/1, 5. Aufl. 1878, S. 502 f.

¹¹ Zuerst (in leicht veränderter Formulierung) in einer Notiz aus dem Jahr 1795 (vgl. *Suphan*, Goethe-Jahrbuch 22, 1901, 16, 17), dann auch in den Gesprächen mit Eckermann. Mit ganz anderer Stoßrichtung und in anderem Zusammenhang als im Text schildert *Tocqueville*, *De la Démocratie en Amérique* (erstmalig 1835), I, 3, den Antagonismus von erbrechtlicher Gleichheit in Freiheit (USA) und erbrechtlicher Gleichheit durch Zwang (Frankreich) und ihrer beider Antagonismus gegen die alte Fideikommissgesellschaft (England, Ancien Regime in Frankreich).

renzung nach Herkunft des Vermögens (aus mütterlicher oder väterlicher Linie) oder nach der Art des einzelnen Nachlassgegenstands (Immobilien – bewegliches Vermögen / Hof – sonstiges Vermögen etc.); wurden die nichtehelichen Kinder den ehelichen, die Adoptivkinder den leiblichen Kindern, die in formalisierter Beziehung lebenden homosexuellen Partner (Lebenspartner) den in formalisierter Beziehung lebenden heterosexuellen Partnern (Ehegatten) gleichgestellt. Die historische Entwicklung erweckt fast den Anschein, als sollte bei der gesetzlichen Erbfolge das „Unverdiente“, das jedem Erbe anhaftet, in möglichst viele „unanständige“ Portionen zerlegt werden. Größere Testierfreiheit trifft nach alledem auf planierte Familienerbfolge. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Liberalität und Egalität muss jedes moderne Erbrecht aushalten.

3. Aussagen der Evolutionspsychologie

- 341 Die Entdifferenzierung der gesetzlichen Erbfolge verdankt sich im Wesentlichen zeitgeistlichen, gegen angebliche Diskriminierung gerichteten Modeströmungen. Dass die Testierfreiheit aber nicht ebenfalls an die Kandare einer auf Gleichheit zielenden Gesetzgebung genommen wurde, könnte tief verborgene Gründe haben. Die moderne Evolutionspsychologie¹² zeigt uns, dass unsere psychische Architektur in evolutionär antienten, aber immer noch hochwirksamen Umgebungen geformt wurde und im Wesentlichen der Realisierung unbewusster reproduktiver Interessen dient. Verfügungen von Todes wegen sind im weitesten Sinne eine Form (auch) altruistischen Verhaltens. Dass Altruismus überhaupt möglich ist, erklärt die Evolutionspsychologie daraus, dass es in der Evolution nicht um das Überleben von Individuen geht, sondern um die Weitergabe von Replikatoren (Genen). Verwandte teilen sich individualdifferenzierende Gene in einem vom Grad der Verwandtschaft abhängigen Ausmaß. Eineiige Zwillinge sind genetisch identisch, leibliche Geschwister haben die Hälfte der individualdifferenzierenden Gene gemeinsam, ebenso Eltern mit ihren Kindern. Großeltern und Enkel teilen sich ein Viertel der Gene, Vettern und Nichten ein Achtel. Wenn ich meinen Verwandten einen Vorteil verschaffe, dient dies der Weitergabe meiner Gene. Den Genen ist es, egoistisch wie sie sind, gleichgültig, in welchem Körper sie sich befinden. Sie konstruieren sich Körper als Transportvehikel, um von einer Generation in die nächste zu gelangen (Dawkins). Der britische Evolutionstheoretiker John Haldane sagte einmal, er würde sein Leben wohl gerne für neun Vettern opfern, nicht aber für acht Vettern¹³. Acht Vettern sind, genetisch gesehen, gerade soviel von einem selbst, wie man selbst ist, aber neun Vettern sind genetisch mehr von einem selbst, als man selbst ist. Bei der Evolution kommt es nun einmal auf das Überleben der Gene an, nicht auf das Überleben von Individuen oder auch nur Arten. Die letzte reproduktionsmotivierte Investition, die in unseren Händen liegt, ist die testamentarisch gesteuerte Erbschaft. Dass wir auch in Ehe- oder Lebenspartner (lebzeitig und letztwillig) investieren, steht mit dem Gesagten nicht in Widerspruch,

¹² Vgl. etwa *Harald E. Euler/B. Weitzel*, Discriminative grandparental solicitude as reproductive strategy, *Human Nature* 7, 39–59; *Harald E. Euler*, Psychologische Aspekte in der anwaltlichen Beratung von Erbengemeinschaften (noch nicht veröffentlichtes Vortragsmanuskript), dessen Zusammenfassung der Ergebnisse der Text im Wesentlichen folgt; *Dawkins, R.*, The selfish gene.

¹³ *J. B.-S. Haldane*, Population genetics, *New Biology* 18 (1955), 34–51.

denn mit ihnen haben wir das gemeinsame genetische Interesse an unseren leiblichen Nachkommen.

Nun zeigt sich aber, dass unsere eigensüchtigen, auf Reproduktion schielenden Gene auch beim Vererbungsvorgang auf Differenzierung bestehen. Wie wird das Erbe vom Erblasser aufgeteilt, wenn dieser vom Ehegatten und von Kindern beerbt wird? Hier gibt es deutliche Unterschiede zwischen Mann und Frau, die in verschiedenen Studien belegt werden konnten¹⁴. Männer hinterlassen einen größeren Anteil ihrer überlebenden Frau und dafür weniger den Kindern, während Frauen einen größeren Anteil den Kindern überlassen auf Kosten der Erbschaft für den überlebenden Mann. Attraktivität von Männern ist mehr an Ressourcenverfügbarkeit gebunden und weniger an Alter, als dies bei Frauen der Fall ist. Ein älterer Mann kann also zusätzliche Ressourcen eher in weitere Reproduktions-Chancen übersetzen als eine ältere Frau. So ist verständlich, dass Frauen ihren überlebenden Männern weniger trauen, die Erbschaft zum Nutzen der gemeinsamen Kinder zu verwerten, als Männer in vergleichbarer Position ihren Frauen trauen. Auch die Annahme, dass Menschen in gleichem Maße in ihre Kinder oder Enkelkinder investieren und nicht systematisch den einen Nachkommen vor einem anderen bevorzugen, lässt sich nicht halten. Wir wissen, dass es oft Lieblingskinder und Lieblingsenkel gibt, die besondere Zuwendung genießen. Aber neben diesen individuellen Bevorzugen werden auch bestimmte Nachkommen systematisch bevorzugt. Diese systematischen Bevorzugen ergeben sich, weil die Investition in Nachkommen eine begrenzte Ressource ist und ihre genreproduktive Wirkung zweckmäßigerweise maximiert wird. Jedenfalls stammen wir von Vorfahren ab, die nicht nur in Nachkommen investiert haben, sondern dies auch optimal taten, denn in der Evolution verdrängen optimale Investoren langfristig suboptimale Investoren. Eine systematische elterliche Bevorzugung des einen oder des anderen Kindsgeschlechts ergibt sich aus dem so genannten Trivers-Willard-Prinzip¹⁵. Angenommen, ein Mensch lebte in einer vormodernen Kultur mit natürlicher Fruchtbarkeit und wollte möglichst viele Enkelkinder am Ende seines Lebens haben. Er sei sehr begütert, also etwa ein Fürst oder eine Fürstin. Wären Söhne und Töchter besser, um viele Enkel zu bekommen? Welches Geschlecht wäre besser, wenn der Betreffende Bettler wäre? Die Lösung, die die Evolution schon seit langem entdeckt hat und nicht nur dann anwendet, wenn Menschen es rational nachvollziehen, ist folgende: Männer haben ein größeres Reproduktionspotential als Frauen. Eine Frau kann in einer vormodernen Gesellschaft, ohne zivilisatorische Hilfsmittel wie Babynahrung, Kinderwagen und Milchdiebstahl von anderen Säugetieren, nur eine einstellige Zahl von Nachkommen in ihrem Leben gebären und großziehen. Ein Mann kann aber Dutzende oder gar Hunderte von Nachkommen zeugen, vorausgesetzt, er hat hinreichend Ressourcen, um sich Harems, Mätressen, sukzessive Ehen oder andere Vielweibereien erlauben zu können. Als Fürstenehepaar setzt man also lieber auf männliche Nachkommen statt auf weibliche. Einem Bettlerehepaar hingegen sind männliche Nachkommen wenig dienlich, weil diese wegen mangelnder Ressourcen eher ehelos bleiben müssen, denn die jungen Frauen sind schon von den Prinzen weggeschnappt. Die Töchter hingegen sind im

342

¹⁴ Judge, D.S., American legacies and the variable life histories of women and men, *Human Nature* 6 (1995), 291–323; Judge D.S. / Hrdy, S., Allocation of accumulated resources among close kin: Inheritance in Sacramento, California, 1890–1984, *Ethology and Sociobiology* 13 (1992), 495–522; Bossong, B., Gender and age differences in inheritance patterns: why men leave more to their spouses and women more to their children, An experimental analysis, *Human Nature* 12 (2001), 107–122.

¹⁵ Trivers, R. L. / Willard, D. E., Natural selection of parental ability to vary the sex ratio of offspring, *Science* 179 (1973), 90–91.

jungen Erwachsenenalter genau so schön wie die Fürstentöchter und binden Männer nicht mit ihrem Reichtum, sondern mit ihrer Attraktivität. Das Trivers-Willard-Prinzip kann sich sowohl im Geschlechterproporz bei Geburt wie in der Investitionsverteilung auf die Geschlechter nach der Geburt zeigen. Die empirischen Befunde sind allerdings nicht einheitlich, weder in Untersuchungen an Tieren noch an Menschen. Der Effekt zeigt sich manchmal, aber nicht durchgängig¹⁶. Anscheinend ist es ein schwacher Effekt¹⁷. Er ist aber immerhin stark genug, um sich in Deutschland im Geschlechterproporz bei Geburt zu manifestieren. Nach Daten des Mikrozensus von 1989 kamen bei Eltern mit unterdurchschnittlichem Einkommen (weniger als DM 4000) je nach Anzahl der Geschwister 104 bis 105 Jungengeburten auf 100 Mädchengeburten, bei Eltern mit überdurchschnittlichem Einkommen (mehr als DM 4000) aber 110 bis 119 Jungengeburten auf 100 Mädchengeburten¹⁸. Nicht nur Eltern bevorzugen systematisch bestimmte Kinder vor anderen zum Zweck der langfristigen Reproduktionsoptimierung, auch Großeltern zeigen eindeutig Investitionspräferenzen für bestimmte Enkel. Großeltern kümmern sich im Mittel mehr um die Kinder von Töchtern als um die Kinder von Söhnen, und Großmütter kümmern sich mehr als Großväter. Am meisten kümmert sich die Großmutter mütterlicherseits, gefolgt vom Großvater mütterlicherseits, der Großmutter väterlicherseits, mit dem Großvater väterlicherseits als Schlusslicht. Die Gründe für diese großelterlichen Bevorzungen sind einerseits die Vaterschaftsungleichheit, die bei der Großmutter mütterlicherseits überhaupt nicht, beim Großvater väterlicherseits aber doppelt zutrifft. Andererseits werden Töchter bevorzugt, weil für Töchter elterliche Fürsorge biologisch obligatorischer ist als für Söhne und Töchter deswegen mehr Unterstützung benötigen. Die ursprünglichen empirischen Belege hierzu (Euler & Weitzel, 1996) wurden in vielen weiteren Untersuchungen bestätigt (Euler & Michalski, in Druck) und betreffen vielfältige Investitionsarten, wie Kontakthäufigkeiten, gemeinsam verbrachte Zeit, Anstandsschenkungen, Adoptionsbereitschaft, Trauer bei Tod eines Enkels und emotionale Nähe. Über testamentarische Bevorzungen von Großeltern liegen anscheinend keine Untersuchungen vor. Daten aus einer noch unveröffentlichten Untersuchung Eulers und Michalskis geben aber Hinweise über Zuwendungen zu Lebzeiten im genannten Sinne. Es darf vermutet werden, dass diese Zahlen sich auch in testamentarischen Zuwendungen und ihren Differenzierungen wiederfinden würden.

III. Grundlagen der Testierfreiheit

1. Mögliche Bedenken gegen Testierfreiheit

- 343 Testierfreiheit: Nichts ist uns heute selbstverständlicher. Aber auch das Selbstverständliche bedarf der Begründung. Dazu muss das Selbstverständliche seiner Selbstverständlichkeit entkleidet werden. Erst dann kann das scheinbar Selbst-

¹⁶ Keller, M. C./Nesse, R. M./Hofferth, S., The Trivers-Willard Hypothesis of parental investment: No effect in the contemporary United States, in: *Evolution and Human Behavior* 22 (2001), 343–360.

¹⁷ Euler/Weitzel (o. Fn. 12).

¹⁸ Müller, M., Determinanten der sekundären Sexualproportion und Verteilung der Geschlechter in den Familien, unveröff. Diplomarbeit, Universität Dortmund, Fachbereich Statistik.

verständliche in seiner Frag-Würdigkeit erkannt und auf seinen Grund hin befragt werden.

Einige Bedenken gegen die Möglichkeit des Testierens liegen auf der Hand. 344 Was veranlasst die Gesellschaft, den im Testament geäußerten Willen eines Verstorbenen zu respektieren und zu vollziehen, obwohl das *Willenssubjekt* im Zeitpunkt der Willensrealisierung *nicht mehr existiert* (fehlende Willenssubjektivität); obwohl das Willenssubjekt für die Zeit nach seinem Tod anscheinend *kein Interesse* mehr daran haben kann, wem sein Vermögen zufällt, welches Schicksal seinem Vermögen post mortem zugebracht sein soll, und dies im Lichte der Tatsache, dass die heute herrschende Meinung das subjektive Recht geradezu als eine dem Einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht zur Befriedigung seiner „Interessen“ definiert (fehlendes Willensinteresse); obwohl die Freiheit des Erblassers nach seinem Tod *nicht mehr verletzt*, er selber nicht mehr als bloßes Mittel behandelt und damit in seiner Freiheit beeinträchtigt werden kann (fehlende Fähigkeit zur Verletzung des Willens)? Was veranlasst die Gesellschaft, den im Testament geäußerten Willen eines Toten zu respektieren und zu vollziehen, obwohl sich „Übereignungswille“ des Erblassers und „Erwerbswille“ des Erben *in keinem Zeitpunkt decken* (fehlende Willensgleichzeitigkeit), sodass bei der Anerkennung des Testaments das bei der Übereignung unter Lebenden geltende Vertragsprinzip und die ihm innewohnende Legitimationskraft preisgegeben werden (fehlende Vertraglichkeit des Übereignungswillens); obwohl der Verstorbene nicht seinerseits die *Testamente der Überlebenden* in Anerkennung und Vollzug garantieren kann (fehlende Willensgegenseitigkeit); obwohl bei der grundsätzlichen Legitimierung von Eigentum durch Arbeit oder allgemeiner: Leistung des Eigentümers sich nicht erklären lässt, wieso der Erbe überhaupt das von Todes wegen Erworbene soll sein Eigen nennen dürfen, das er ja per definitionem *nicht durch eigene Leistung erlangt* hat (fehlende Leistung des neuen Willenssubjekts); obwohl zu befürchten ist, dass im Vergleich mit der gesetzlichen Erbfolge das Testament eher zur *Vermögenskonzentration* und damit zu wirtschaftlicher und politischer Vermachtung führt (fehlende Teilungstendenz); obwohl bei Nichtanerkennung des Testaments und gleichzeitigem Fehlen eines gesetzlichen Erbrechts die Mehrheit der Gesellschaft von einem *Heimfall an den Staat profitieren* würde (fehlendes Mehrheitsinteresse)? Was veranlasst die Gesellschaft, den im Testament geäußerten Willen eines Toten zu respektieren und zu vollziehen, obwohl diesem Willen im Laufe der historischen Entwicklung umso größere Wirkungen zuge wachsen sind, je „gleicher“ das *gesetzliche Erbrecht* wurde (o. II.); obwohl das Testament heute nicht nur die Benennung der materiellen Sukzessoren erlaubt, sondern auch eine Beeinflussung von deren postmortalem Handeln, sei es nachlassbezogen, sei es nicht nachlassbezogen (Auflage, Bedingung, Nacherbschaft, Testamentsvollstreckung, postmortale Vollmacht etc.), also zur *Herrschaft der Toten über die Lebenden* führt? Schon mit der konkreten Ausgestaltung des geltenden Erbrechts hat die Frage zu tun, warum das gewillkürte Erbrecht den

Willen des Erblassers im Vergleich zur Verfügungsfreiheit unter Lebenden nicht nur als solchen anerkennt, sondern in seiner ganzen Individualität und Vereinzelung stark begünstigt (Auslegung des Testamentes subjektivierter als bei Verfügungen unter Lebenden; anders als nach § 119 Abs. 2 umfassende Relevanz des Motivirrtums nach §§ 2078 Abs. 2, 2281 Abs. 1; Verzicht auf die „verständige Würdigung“ des § 119 Abs. 1 beim Inhalts- und Erklärungsirrtum nach §§ 2078 Abs. 1, 2281 Abs. 1; Schutz der Entscheidungsfreiheit nach § 2302), obwohl dem eigentlich, so könnte man sagen, nicht schutzwürdigen Interesse an einer Herrschaft der kalten Hand entsprechend es genau umgekehrt sein müsste¹⁹?

- 345 Die gestellten Fragen zeigen, dass Testierfreiheit alles andere als selbstverständlich ist. Das heißt aber nicht, dass Testierfreiheit sich nicht begründen ließe. Es bedeutet nur, dass sie einer solchen Begründung bedarf.

2. Testierfreiheit in Naturrecht und Philosophie

a) Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts

- 346 Die Naturrechtler des 17. und 18. Jahrhunderts waren gespalten in der Frage, ob die Testierfreiheit sich naturrechtlich begründen lasse²⁰. Hugo Grotius (1583–1645), Christian Wolff (1679–1754) und Joachim Georg Darjes (1714–1791), um nur sie zu nennen, bejahten die Frage; Samuel Pufendorf (1632–1694), Christian Thomasius (1655–1728) und Johann Gottlieb Heineccius (1681–1741) verneinten sie.
- 347 Als repräsentativ für die Bejahung der Testierfreiheit als naturrechtlich mag hier die Begründung von Grotius wiedergegeben werden.

Hugo Grotius: *De iure belli ac pacis, libri tres*, Amsterdam 1642, Lib. II, Cap VI, § XIV: [I] Illud quoque sciendum est, cum de alienatione agimus, sub eo genere nobis etiam testamentum comprehendere. Quamquam enim testamentum, ut actus alii, formam¹ certam accipere possit a iure civili, ipsa tamen eius substantia cognata est dominio, et eo dato iuris naturalis. Possum enim rem meam alienare non pure modo, sed et sub conditione; nec tantum irrevocabiliter, sed et revocabiliter, atque etiam retenta interim possessione et plenissimo fructu iure. Alienatio autem in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim iure possidendi ac fructu, est testamentum. <Vidit hoc recte Plutarchus² qui cum a Solone dixisset permissam civibus testamenti factionem, addit: ... *effecit, ut res cuique suae propriae et in pleno dominio essent*. Quintilianus pater in declamatione³: *Postest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet et cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus*. Hoc iure Abrahamus, si sine liberis decessisset, res suas Eliezero relicturus fuerat, ut indicat locus Gen. XV, 2⁴>⁵. [2] Quod vero alicubi externis testamentum facere non conceditur, id non est ex iure genti-

¹⁹ So die Frage von *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, S. 111.

²⁰ Vgl. zum Folgenden v. a. *Klippel*, SZGerm 100 (1984), 117 ff.; *Schröder*, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, S. 303 ff., 387 ff.; *Bauer*, Soziologie und Erbrechtsreform, S. 89 ff.; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, S. 30 ff. Vgl. auch *Landau*, SZGerm 114 (1997), 56 ff.

um, sed ex iure proprio illius civitatis, et ni fallor, ab illa veniens aetate qua externi quasi pro hostibus habebantur: itaque apud moratiores populos merito exolevit.

¹ Arist. II. Pol. VII [add. edd. 1631, 1632, 1642, 1646]. ² [Plutarch., Solon 90 A]. ³ [Quint., Declam. 308]. ⁴ Gen. XV, 2]. Habes apud Sophoclem Trachiniis [1191 sqq.] testamentum Herculis, apud Euripidem [Alc. 280 sqq.] Alcestidis, et apud Homerum Odysseae [XVII, 79 sqq.]. Telemachi donationem mortis causa, quae et ipsa testamentum quoddam est. Est apud Homerum etiam voluntas ultionis [leg.: ultima] de rebus agendis, ut ex Andromaches et Penelopes verbis ostendit Plutarchus [de Vita Homeri 188. Est apud – Plutarchus, add. ed. 1646]. Alia veterum testamentorum exempla attulimus supra Lib. I, c. IV [imo III], §. XII, in textu et annotatis. Hebraeis usitata testamenta apparet Deut. XXI, 16. Sirachidae capite XXXIII, 25 [add. edd. 1642, 1646]. ⁵ [Vidit – Gen. XV, 2, add. edd. 1631, 1632, 1642, 1646].

Übersetzung Grotius: XIV. [1] Jenes auch muss gewusst werden, wenn wir von Veräußerung handeln, ob wir unter diesen Begriff auch das Testament einbeziehen können. Zwar vermag nämlich das Testament, wie andere Akte, eine gewisse Form vom ius civile anzunehmen, gleichwohl ist dessen Substanz selbst dem Eigentum verwandt und so verstanden natürlichen Rechts. Ich kann nämlich meine Sache nicht nur in reiner Form veräußern, sondern auch unter einer Bedingung; und nicht nur unwiderruflich, sondern auch widerruflich, und sogar mit vorerst zurückbehaltenem Besitz und vollständigem Nutzungsrecht. Veräußerung aber für den Fall des Todes, vor diesem frei widerruflich unter einstweiliger Zurückbehaltung des Besitz- und Nutzungsrechts, macht das Testament aus. <Gesehen hat dies richtig Plutarch, der, als er von Solon gesagt hatte, er habe den Bürgern die Errichtung eines Testamentes erlaubt, hinzufügt: *er hat bewirkt, dass jedem seine Sachen persönlich und zu ganzem und vollem Eigentum sind*. Quintilian Vater in einer Redeübung: *Es kann sogar das väterliche Erbteil beschwerlich erscheinen, wenn es nicht das volle Recht enthält und wenn uns das ganze Recht auf es freigestellt würde als Lebenden, entzogen als Sterbenden*. Nach diesem Recht hatte Abraham, wenn er ohne Kinder gestorben wäre, sein Vermögen dem Eliezer zu hinterlassen, wie die Stelle Gen. XV, 2 andeutet>. [2] Wenn aber irgendwo Auswärtigen nicht erlaubt wird, ein Testament zu machen, so geschieht dies nicht gemäß dem ius gentium, sondern aus dem (positiven) Recht jenes Staates, und wenn ich mich nicht täusche, kommt dies aus jenem Zeitalter, als man Auswärtige gewissermaßen für Feinde gehalten hat: daher ist es bei späteren Völkern verdienstermaßen aus der Mode gekommen.

348

Als repräsentativ für die Meinungsgruppe, die die Testierfreiheit nicht als iure naturae vorgegeben betrachtet, soll hier die Begründung von Pufendorf angeführt werden.

349

Samuel Pufendorf: De iure naturae et gentium libri octo, Frankfurt/Leipzig 1744, Lib. IV, Cap. X, § IV: Istius modi testamenta iuri naturali, an positivo suam debeant originem, inter eruditos disceptatur. Cuius quaestionis non hic est sensus, an iure naturae teneatur quis testamentum facere; (nam id sine dubio in cuiusque est arbitrio, nisi quatenus id necesse est ad rixas inter suos tollendas. Conf. Iesai XXXIIX, 1.) sed an introducto rerum dominio ex huius natura necessario consequatur, ut quis efficaciter possit testamentum facere; an vero facultas testandi per leges positivitas dominis rerum sit concessa? GROTII mens est, testamentum quidem, uti alios actus, formam certam posse accipere a iure civili, ipsam tamen eius substantiam cognatam esse dominio, & eo dato, iuris naturalis; seu, ut liceat de rebus suis efficaciter disponere, ex iure gentium esse, quod ICTis

Romanis primarium dicitur, ut non aliter quam certo modo, ex iure esse civili. Circa quam adsertionem non potest nullum dubium moveri. Nam cum res illae, quarum dominium est introductum, vivis hominibus inserviant, ad mortuos autem res humanae nihil amplius attineant: igitur non ita necessarium videbatur, ut dominium in se contineret facultatem disponendi, quid circa res alicuius post mortem debeat fieri. Sed sufficere poterat, si quis suae potestati res subiectas haberet, quousque viveret, nec eam ultra vitam extendere posset; de bonis autem eorum, qui inter homines esse desierunt, vivis disponendi cura relinqueretur. Deinde cum mortui rebus humanis exempti sint, impune ipsorum voluntas ac dispositio, a vivis adhuc facta, videbatur posse negligi.

- 350 Übersetzung Pufendorf: Unter den Gelehrten wird gestritten, ob solcherart Testamente ihren Ursprung dem natürlichen oder dem positiven Recht verdanken. Inhalt dieser Frage ist nicht der, ob jemand durch das Recht der Natur verpflichtet wird, ein Testament zu machen; (denn dies liegt ohne Zweifel in jedermanns Ermessen, außer insoweit, als es notwendig ist, um Streitigkeiten unter den Seinen aus dem Weg zu räumen. Vgl. Jesaia 38, 1.) sondern ob, wenn einmal das Eigentum an Sachen eingeführt ist, aus dessen Natur notgedrungen folgt, dass man wirksam ein Testament errichten kann, oder ob die Möglichkeit des Testierens den Eigentümern der Dinge durch die positiven Gesetze gewährt wird? Die Ansicht des Grotius ist, das Testament könne zwar, wie andere Akte, durch das Zivilrecht eine bestimmte Form erhalten, dessen Wesen selbst jedoch sei dem Eigentum verwandt, & weil durch dieses gegeben, natürlichen Rechts; oder, dass erlaubt sei, über seine Sachen wirksam zu verfügen, stamme aus dem *ius gentium*, was von den römischen Rechtsgelehrten zuerst gesagt wurde, dass nicht anders als in einer bestimmten Art und Weise (verfügt werden könne), aus dem *ius civile*. In Bezug auf diese Behauptung kann durchaus Zweifel entstehen. Denn während jene Dinge, deren Eigentum eingeführt ist, lebenden Menschen dienen, haben die menschlichen Dinge auf die Toten keinen weiteren Einfluss mehr: daher schien nicht so notwendig, dass das Eigentum in sich die Möglichkeit einschließe zu verfügen, was in Bezug auf die Dinge irgendeiner Person nach dem Tod geschehen soll. Sondern es konnte genügen, dass man die Dinge als seiner Gewalt unterworfen besitzt, solange man lebt, und dies nicht über das Leben hinaus ausdehnen kann; über die Güter derjenigen aber, die aufgehört haben unter den Lebenden zu sein, verbleibt die Sorge des Verfügens den Lebenden. Dann wenn die Toten von den menschlichen Dingen befreit sind, kann deren Willen und Disposition, von Lebenden noch gemacht, unbeachtet gelassen werden.

- 351 Thomasius sagt²¹: „Mors ... extingit omnia jura. Quomodo ergo posset, abstrahendo a legibus civilibus, incipere valere voluntas viventis eo tempore, ubi nullum jus habet?“ „Der Tod ... löscht alle Rechte aus. Wie also könnte, wenn man von den Zivilgesetzen absieht, der Wille des Lebenden zu gelten beginnen zu jener Zeit, wo niemand ein Recht hat?“ – Selbst wenn man auf den Willen des Verstorbenen abstelle, bestehe, so ein weiterer Einwand von Heineccius²², kein naturrechtlicher Grund, weshalb die Überlebenden diesen Willen respektieren sollten, und dies umso weniger, als ein Toter kein Interesse mehr daran haben könne, wer seine Güter genießt.

- 352 Auch diejenigen Naturrechtler, die Testament und Testierfreiheit nicht als naturrechtlich begründete Rechtsfiguren ansahen, behaupteten nicht, dass auch das positive Recht sie ablehnen müsse. Vielmehr haben auch nach ihrer Auffassung beide ihren Platz im positiven Recht. Die Naturrechtler stimmen also dar-

21 Fundamenta juris naturae et gentium, 4. Aufl., Halle-Leipzig 1718, S. 2, 10, 11.

22 Elementa iuris naturae et gentium, 2. Aufl., Halle 1742, S. 1, 11, 290.

in überein, dass ihre Ergebnisse für die Regelung des Erbrechts im positiven Recht nicht zwingend sind.

Ja, darüber hinaus empfehlen die Naturrechtler dem Gesetzgeber, aus Klugheitsgründen und um einer einheitlichen, Streitigkeiten vermeidenden Ordnung willen sowohl Testamente als auch Intestaterbfolge zuzulassen. Gelegentlich klingen merkantilistische Gründe an, so wenn es z. B. 1734 im Artikel „Erb-Recht“ des Zedlerschen Lexikons heißt, es sei „der Klugheit gemäß, daß ein Regente durch die weltlichen Gesetze denen Neigungen derer Unterthanen durch die Verstattung des letzten Willens und durch die Hoffnung, daß die nächsten Anverwandten ihre Güter besitzen mögen, nachgebe, um sie dadurch zu mehrern Fleiße, welcher zum Nutzen des gemeinen Wesens dienet, anzufrischen“²³. 353

Ausgesprochen feindlich gegenüber der Testierfreiheit auch unter positivrechtlichen Gesichtspunkten ist freilich Christian Thomasius eingestellt: „testamentifactionem esse reipublicae noxiam“, „Das Recht, Testamente zu machen, ist zum Schaden des Staates“²⁴. Nützlich sei sie lediglich der Habgier der Anwälte und Richter sowie der katholischen Kirche – gerade dies seien aber auch die Gründe, so stellt Thomasius resignierend fest, weshalb die Möglichkeit, Testamente zu errichten, wohl kaum je abgeschafft werden könne. 354

b) Naturrecht um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert

In der naturrechtlichen Literatur von etwa 1780 ab bis weit ins 19. Jahrhundert hinein, die seit 1790 etwa weitgehend unter dem Einfluss der kritischen Philosophie Kants steht, wird überraschenderweise die Frage, ob das Testament – naturrechtlich gesehen – eine Möglichkeit der Eigentumsfreiheit ist, fast einheitlich verneint²⁵. So liest man etwa 1795 in dem häufig aufgelegten Naturrechtslehrbuch des Gießener Juristen Ludwig Julius Friedrich Höpfner²⁶: „... wer ein Testament macht, will nicht, daß bey seinem Leben der Erbe ein Recht bekomme, und nach seinem Tode kann er ihm keines mehr geben; er verschenkt einen Vogel auf den Fall, wann er wird weggeflogen seyn“. Dabei spielt jetzt neben den alten Gründen aus der ersten Phase des Naturrechts [o. a)] zusätzlich der Gedanke eine Rolle, dass eine einseitige Willenserklärung zur Übertragung der Erbschaft nicht ausreicht, wegen des Todes des Erblassers und der dadurch erfolgten Beendigung von dessen Willen aber kein Vertrag zustande kommen kann. Es geschieht denn auch nicht von ungefähr, dass Kant eine naturrechtliche Begründung der Testierfreiheit gerade mit Hilfe einer vertragsrechtlichen Konstruktion versucht²⁷. Auch er kann sich zwar eine Beerbung nur als „die Übertra- 355

²³ Zedler, Großes vollständiges Universal-Lexikon, Bd. 8, Halle-Leipzig 1734, Sp. 14.99.

²⁴ Fundamenta juris naturae et gentium, 4. Aufl., Halle-Leipzig 1718, S. 2, 10, 12.

²⁵ Zum Folgenden: Klippel SZGerm 100 (1984), 137 ff.

²⁶ Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker, 6. Aufl., Gießen 1795, S. 128.

²⁷ Die Metaphysik der Sitten, § 34. Vgl. auch Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde

gung (translatio) der Habe und des Guts eines Sterbenden auf den Überlebenden durch Zusammenstimmung des Willens beider“ vorstellen. Er begreift dann aber das Testament als Vertrag, durch den der Testamentserbe im Augenblick des Todes „stillschweigend ein eigentümliches Recht an der Verlassenschaft als ein Sachenrecht, nämlich ausschließlich, sie zu akzeptieren“, erwirbt. Demnach wird die Erbschaft nicht herrenlos wie in der Mehrzahl der zeitgenössischen Naturrechtssysteme, die naturrechtlich auch eine gesetzliche Erbfolge ablehnen. Doch folgen Kant in seiner eigenwilligen Konstruktion nur wenige.

- 356 Selbst eine Erbfolge qua Vertrag sieht man abgelehnt im „Naturrecht“ von Theodor Schmalz²⁸: „Das Eigentum hört auf, wenn die physische oder moralische Möglichkeit desselben aufhört. Es fällt also I) weg mit dem *Tode des Eigentümers*, es sei dann ein Mit-Eigentümer da auf welchen es dann allein fällt, weil nämlich die Sache auch an seine Urrechte geknüpft ist. ... Es gibt also kein Recht des Eigentümers, zu disponieren, wer nach seinem Tode die Sache haben soll. Diese fällt vielmehr in das allgemeine Recht aller Menschen zurück. Denn wenn seine Dispositionen überschritten werden und ein anderer die Sache sich zueignet, so wird weder der Verstorbene noch der von ihm bestimmte Erbe dadurch beleidigt; der Verstorbene nicht, weil er kein Recht in dieser Welt der Erscheinung mehr besitzt, weil Beleidigung eines Verstorbenen, das ist Behandlung seiner als Mittel ... nicht denkbar ist; der Erbe nicht, weil durch die Hinwegnehmung der Sache durch einen andern, ehe nämlich er sie okkupiert hat, keines seiner Urrechte (als worauf die Erwerbung des Eigentums allein beruht ...) verletzt wird. Okkupiert er sie vorher, so hat er ohne alles Zutun der Disposition des Verstorbenen das Eigentum rechtlich für sich erworben. Nicht anders ist es auch, wenn der Erbe, nicht vermöge einseitiger Disposition, sondern durch einen Vertrag sukzedieren soll. Denn wie kann durch den Vertrag jener Beiden der Dritte gehindert werden, sein Recht auf die nun herrenlose Sache auszuüben? Wie knüpfte dieser Vertrag ein Unrecht des Vertrags-Erben an die Sache? Was würde dieser antworten, wenn der Okkupant ihm sagte: ‚Durch meine Handlung ist die Sache zur meinigen geworden. Was hast du getan? Etliche Worte hast du gesprochen. Aber seit wann sind deine Worte Gesetze für andere?‘ ... – Die einzige im Naturrecht denkbare Erbfolge ist also die Intestat-Erbfolge, welche nämlich die Konsolidation des Mit-Eigentums begründet“.
- 357 Warum findet in der neuen Phase des Naturrechts, liberal geprägt, wie sie ist, die Ableitung der Testierfreiheit aus dem Eigentumsbegriff, wie sie die Mehrheit der ersten Phase des Naturrechts vertreten hatte, jetzt fast keine Anhänger mehr? Zwei Gründe sind entscheidend. Zum einen wird der Eigentumsbegriff mehr und mehr personalisiert²⁹. Man sieht Sacheigentum als Ausfluss des Personaleigentums, also des Rechts des Menschen auf Freiheit in der Äußerung seines Willens und seiner Anlagen, letztlich des Rechts auf sich selbst. Endet mit dem Tod

der Ethik, 2. Aufl. 1868, S. 310: Anders als die „Vergabung von Todeswegen“ seien im Testament „die Momente des Erblässens und Erbnehmens, des Schenkens und Annehmens in getrennten ausdrücklichen Akten dargestellt“.

28 Theodor Schmalz, *Das reine Naturrecht*, 1792, §§ 74f. (Orthographie aktualisiert).

29 Dieter Schwab, *Arbeit und Eigentum*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 3/4 (1974/75), 509ff. (517ff.); *ders.*, Art. Eigentum in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Kosellek (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, S. 94ff.

die Existenz eines Menschen, so erscheint es nur konsequent, zusammen mit dem Personaleigentum, d. h. seinem Willen und seiner Freiheit, auch sein Sacheigentum enden zu lassen. Der zweite Grund für die beschriebene Entwicklung liegt in Folgendem: Um 1800 hatte jede liberale Theorie des Erbrechts damit zu kämpfen, dass das ihr vorschwebende „freie Eigentum“ noch nicht überall restlos verwirklicht war, insbesondere nicht alle aus der Feudalverfassung herrührenden Rechte ihr Ende gefunden hatten. Solange jedoch die Freiheit des Eigentums noch nicht gänzlich verwirklicht war, musste Testierfreiheit die Gefahr in sich bergen, dass nach dem liberalen Eigentumsbegriff unerwünschte Rechte, z. B. das Familienfideikommiss, durch das Testament begründet oder perpetuiert wurden. „Vor einer Privatisierung des Eigentums besteht lediglich ein Interesse daran, daß das Erbrecht diesen Prozeß nicht behindert, nicht aber daran, eine naturrechtlich gestützte Garantie des Erbrechts zu fordern“³⁰.

Auch für die zweite Phase des Naturrechts gilt der Satz, dass die meisten Naturrechtler dem Staat nicht qua Naturrecht verbieten, im positiven Recht das Testament zuzulassen. So wie in der ersten Phase gibt es aber auch hier Stimmen, die selbst in Bezug auf das positive Recht deutlicher werden. 358

So schreibt Wilhelm v. Humboldt³¹: Zwar könne „freilich der ganzen Gesellschaft die Befugniss nicht bestritten werden ..., letztwilligen Erklärungen die ihnen sonst mangelnde Gültigkeit positiv beizulegen. Allein wenigstens in der Ausdehnung, welche ihnen die meisten unsrer Gesetzgebungen beilegen, nach dem System unsres gemeinen Rechts, in welchem sich hier die Spitzfindigkeit Römischer Rechtsgelehrten mit der eigentlich auf die Trennung aller Gesellschaft hinauslaufenden Herrschsucht des Lehnswesens vereint, hemmen sie die Freiheit ... Denn sie sind das vorzügliche Mittel, wodurch eine Generation der andren Geseze vorschreibt, wodurch Misbräuche und Vorurtheile ... von Jahrhunderten zu Jahrhunderten forterben, wodurch endlich, statt dass die Menschen den Dingen die Gestalt geben sollten, diese die Menschen selbst ihrem Joche unterwerfen ... Diese Gründe zeigen ... hinlänglich die Nothwendigkeit, wenigstens gegen die Gefahr zu sichern, welche die testamentarischen Dispositionen der Freiheit der Bürger drohen“. Ausgangspunkt für Humboldt ist der Satz, der Staat habe darüber zu wachen, dass niemand gültigerweise über etwas einen Vertrag schließen oder sonst seinen Willen erklären kann, als über das, „was wirklich sein Eigentum ist, *seine* Handlungen oder *seinen* Besitz“. Dennoch finde man immer noch ganze Gattungen von Geschäften, bei welchen man die Anwendung dieses Satzes gänzlich vermisst; dazu gehörten alle Dispositionen von Todes wegen. „Alles Recht kann sich unmittelbar nur immer auf die Person beziehen; auf Sachen ist es nicht anders denkbar, als insofern die Sachen durch Handlungen mit der Person verknüpft sind. Mit dem Aufhören der Person fällt daher auch dies Recht weg. Der Mensch darf daher zwar bei seinem Leben mit seinen Sachen nach Gefallen schalten, sie ganz oder zum Teil, ihre Substanz oder ihre Benutzung oder ihren Besitz veräußern, auch seine Handlungen, seine Disposition über sein Vermögen, wie er es gut findet, im voraus beschränken. Keineswegs aber steht ihm die Befugnis zu, auf eine für andre verbindliche Weise zu bestimmen, wie es mit seinem Vermögen nach seinem Tode 359

30 Klippel SZGerm 100 (1984), 149ff. (150).

31 Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, 1792, in: Werke (hrsgg. v. A. Flitner/K. Giel), Bd. 1, 1960, S. 165 f.

gehalten werden oder wie der künftige Besitzer desselben handeln oder nicht handeln solle“. Humboldts praktische Gründe gegen die Testierfreiheit sind folgende: Entsprechende Dispositionen hemmen die Freiheit der künftigen Generationen. Sie lenken „am meisten den Gesichtspunkt der Menschen von der wahren Kraft und ihrer Ausbildung ab und auf den äußeren Besitz und das Vermögen hin, da dies nun einmal das einzige ist, wodurch dem Willen nach dem Tode Gehorsam erzwungen werden kann“. Schließlich diene die Freiheit letztwilliger Verfügungen „sehr oft und meistens gerade den unedleren Leidenschaften des Menschen, dem Stolze, der Herrschsucht, der Eitelkeit usf., sowie überhaupt viel häufiger nur die minder Weisen und minder Guten davon Gebrauch machen, da der Weisere sich in acht nimmt, etwas für eine Zeit zu verordnen, deren individuelle Umstände seiner Kurzsichtigkeit verborgen sind, und der Bessere sich freut, auf keine Gelegenheit zu stoßen, wo er den Willen anderer einschränken muß, statt dieselben noch begierig hervorzusuchen. Nicht selten mag sogar das Geheimnis und die Sicherheit vor dem Urteil der Mitwelt Dispositionen begünstigen, die sonst die Scham unterdrückt hätte“. – Letztlich ist es Humboldt aber doch nicht so ganz geheuer mit der völligen Ablehnung der Testierfreiheit. Er kommt, weil an sich der „mannigfaltige und wechselnde Wille der einzelnen Menschen dem einförmigen und unveränderlichen des Staats vorzuziehen“ und ein völliges Testierverbot leicht durch lebzeitige Schenkungen zu umgehen sei, zu folgendem *Kompromiss*: Der Erblasser kann bestimmen, wer unmittelbar nächster Eigentümer des Nachlasses sein soll. Er kann aber nicht bestimmen, wie der Nachfolger damit umzugehen hat, wem er ihn seinerseits zu hinterlassen hat, dass der Erbe nur unter der Bedingung Erbe sein soll, dass er nach dem Tod des Erblassers etwas tut oder nicht tut, dass eine Sache nicht dem Umfang, sondern den Rechten nach (z.B. Substanz und Nießbrauch) geteilt werde.

c) Mirabeau

- 360 Wichtig ist die Diskussion über die Testierfreiheit im Verlauf der französischen Revolution und hier namentlich die berühmte Rede Mirabeaus vom 2. 4. 1791³². Sie bleibt repräsentativ für einen Strang der naturrechtlichen Diskussion.
- 361 Für Mirabeau ist Eigentum Errungenschaft der Gesellschaft, es besteht nicht schon auf Grund der Naturgesetze. Als solche kann es durch Gesetze der Gesellschaft geregelt und beschränkt werden. Dasselbe gilt für das Erbrecht. Weil dem so ist, muss und kann sich die Gesellschaft fragen, ob sie aus dem von ihr an sich anerkannten Eigentum ableiten will, dass der Eigentümer testamentarisch über seine Güter soll verfügen können. Und in diesem Punkt sieht Mirabeau zwischen dem Verfügungsrecht jedes Menschen über sein Vermögen zu Lebzeiten und dem nach seinem Tode einen ebenso großen Unterschied wie zwischen Tod und Leben selbst. „Der Abgrund, den die Natur unter dem Weg des Menschen aufzutut, verschlingt seine Rechte ebenso wie ihn selbst, dergestalt, dass tot zu sein oder nie gelebt zu haben in dieser Hinsicht gleichbedeutend ist. Wenn der Tod uns zunichte gemacht hat, wie könnten dann die an unsere Existenz

³² Abgedruckt in deutscher Übersetzung bei F. Lettke (Hrsg.), Erben und Vererben, Konstanzer Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, Bd. 11, S. 11 ff. Der Leser beachte den zeitlichen Zusammenhang zwischen den Äußerungen Mirabeaus und den oben zitierten Humboldts; Letzterer kannte Mirabeaus Rede.

gebundenen Verhältnisse noch fortbestehen? Dies vorauszusetzen, wäre wahrhaftig eine Illusion und hieße, die Eigenschaften eines wirklichen Wesens auf das Nichts zu übertragen“. Da Eigentum mit dem Tod des Eigentümers an die Allgemeinheit zurückfällt, kann Testierfreiheit auch aus diesem Grunde, zusätzlich zur Nichtnaturrechtlichkeit von Eigentum selbst, nicht ein Recht der Natur sein.

Mirabeau weist aber noch auf weitere, diesmal praktische und an der Nützlichkeit für die Allgemeinheit orientierte Gründe gegen die Testierfreiheit hin. „Und wirklich: trägt die Gesellschaft nicht schon genug an den Launen und Leidenschaften der Lebenden? Müssen wir ihre Launen und Leidenschaften auch dann noch ertragen, wenn sie nicht mehr sind? Reicht es nicht, dass die Gesellschaft noch heute an all den Folgen des seit Urzeiten herrschenden Testamentsdespotismus zu tragen hat? Müssen wir diesem auch noch den Weg bereiten, damit künftige Erblasser durch ihre oft ungereimten, ja unmenschlichen letzten Willen weitere Übel hinzufügen können? Haben wir nicht eine Unzahl von Testamenten gesehen, die entweder von Hochmut oder von Rache, von unrechter Ablehnung oder von blinder Vorliebe zeugten? Das Gesetz erklärt Testamente *ab irato* [vom Zornigen verfasst] für ungültig; aber all die Testamente, die man *ab decepto* [aus Enttäuschung], *ab moroso* [aus Krankheit], *ab imbecilli* [aus Torheit], *ab delirante* [aus Wahn] oder *ab superbo* [aus Hochmut] bezeichnen könnte, werden vom Gesetz nicht für ungültig erklärt und können es auch nicht. Wie viele solcher von den Toten für die Lebenden bestimmten Zeugnisse gibt es wohl, in denen die Narrheit mit der Leidenschaft ringt, in denen der Erblasser Verfügungen über sein Vermögen trifft, die er zu Lebzeiten niemandem anzuvertrauen gewagt hätte; Verfügungen, die er sich nur erlauben konnte, indem er, kurz gesagt, jedes künftige Gedenken seiner außer Acht ließ und wohl der Meinung war, das Grab biete ihm Schutz vor Lächerlichkeit und Vorwürfen! (*Beifall*)“.

Mirabeaus Rede hat Erfolg, zwar nicht schon in der Constituante, wohl aber einige Zeit später im Konvent. Das gesetzliche Erbrecht bleibt aufrechterhalten und wird ganz am Gedanken der Gleichheit orientiert. Die Zurückdrängung der Testierfreiheit hat vor allem die Funktion, diese Gleichheit gegen Primogenitur, Fideikommiss, Voraus zu sichern. Am 7. 3. 1793 beschloss der Konvent ein Gesetz, das die Testierfreiheit gänzlich aufhob. Mit Gesetz vom 26. 10. 1793 wurde sogar die rückwirkende Geltung der Aufhebung von Testierfreiheit angeordnet, und zwar zum 14. 7. 1789, freilich verbunden schon mit einer ersten Lockerung des Testierverbots, indem eine *quotité disponible* in Höhe eines Zehntels bei Vorhandensein von Deszendenten in direkter Linie, andernfalls in Höhe von einem Sechstel eingeräumt wurde; allerdings durfte der frei verfügbare Teil nicht einem Kind überlassen werden, sondern nur Fremden, um so die Gleichheit zwischen den Kindern aufrechtzuerhalten. In den Jahren danach erfolgten weitere Lockerungen, wurde die *quotité disponible* ausgeweitet und sie auch zugunsten von Kindern für anwendbar erklärt. Nach dem Code civil von 1804 (Art. 913) ist der Anteil der *quotité disponible* abhängig von der Familiensituation des Erblassers. Bei einem Kind kann der Erblasser über die Hälfte seines Vermögens frei verfügen, bei zwei Kindern über ein Drittel, bei drei Kindern über ein Viertel. Hat der Erblasser keine Kinder, leben aber noch Aszendenten,