

NOMOSLEHRBUCH

Schmoeckel

Erbrecht

7. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

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

Erbrecht

7. Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-7560-0310-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3695-4 (ePDF)

7. Auflage 2025

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2025. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 7. Auflage

Aufgrund der regen Nachfrage war es möglich, dieses Lehrbuch zu aktualisieren. In dieser Neuauflage konnte eine Reihe von Gesetzesnovellierungen berücksichtigt werden: insbesondere das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) sowie die Stiftungsrechtsreform von 2023. Bei der EU-ErbrechtsVO zeigt sich immer weiterer Anpassungsbedarf. Ebenso im Hinblick auf das Betreuungsrechts und das FamFG wurden Angleichungen notwendig. In diesem Bereich half mir besonders mein wissenschaftlicher Mitarbeiter Matthias Bernhard Haase mit Rat und Tat.

Doch auch der Einblick auf den im Entstehen begriffenen neuen Band des Historisch-Kritischen Kommentars zum Erbrecht hat mir Anregungen vermittelt, sogar wenn es wie hier um die Einführung in das Thema geht. Manches konnte dadurch präzisiert und einige Aspekte ergänzt werden.

Bei der Drucklegung halfen mir im Institut besonders Julia Hüffel, Henning Allartz, Justus v. Loewenich, Christoph Schäfer, Narvik Reinhardt sowie Dominik Weber. Wieder war es eine Freude, mit Herrn Dr. Peter Schmidt und dem Nomos-Verlag die Neuauflage zu realisieren. Allen sei herzlich gedankt.

Ich hoffe, damit vielen weiteren Lesern das Interesse am Erbrecht sowie die Faszination für die Bedeutung dieses Fachs zu wecken.

im Sommer 2024

Mathias Schmoeckel

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Inhalt

Vorwort zur 7. Auflage	5
Aus dem Vorwort zur 1. Auflage	6
Abkürzungsverzeichnis	15
Bibliographische Hinweise	17

A. Einleitung

§ 1 Aufgabe	19
§ 2 Historischer Überblick	21
§ 3 Alternativen zum Erbrecht	27
§ 4 Grundbegriffe und Prinzipien	30
I. Testierfreiheit	30
II. Nachlass	31
1. Grundsatz	31
2. Höchstpersönliche Rechte	33
3. Digitaler Nachlass	35
III. Prinzipien	36
1. Universalsukzession	36
2. Soforterbfolge	37
3. Vonselbsterwerb	38
§ 5 Berufung zum Erben, Erbfähigkeit	40
§ 6 Einschlägige Normen und Geltungsbereich	41
I. Einschlägige Gesetze	41
II. Geltungsbereich	42
§ 7 Das Erbrecht des Staates, Erbschaftsteuer	45
I. Bedeutung	45
II. Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Steuerpflicht	49
§ 8 Legalordnung des Erbrechts	52
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	52

B. Vom Erbfall zum Erbe

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

Inhalt

III. Erbschein	57
1. Inhalt und Funktion	57
2. Verfahren	62
§ 10 Erbschaftsanspruch, § 2018 BGB	65
§ 11 Annahme und Ausschlagung der Erbschaft	69
I. Fragestellung	69
II. Ausschlagung §§ 1942 ff BGB	70
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	73

C. Gesetzliche Erbfolge

§ 12 Ziele der gesetzlichen Erbfolge	74
§ 13 Parentelordnung	78
§ 14 Erbrecht der verschiedenen Ordnungen	81
§ 15 Erbrecht der nichtehelichen Kinder	84
§ 16 Erbrecht des überlebenden Ehepartners	86
§ 17 Weitere Erbrechte	90
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	90
§ 18 Pflichtteilsrecht	91
I. Einleitung	91
II. Pflichtteilsberechtigte	92
III. Voraussetzungen des Pflichtteilsanspruchs	93
IV. Natur des Anspruchs	94
V. Anspruchsinhalt	95
VI. Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils	97
VII. Entzug des Pflichtteils	98
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	99

D. Gewillkürte Erbfolge

§ 19 Einführung	101
I. Sinn und Aufgabe des Testamentsrechts	101
II. Funktion der Testierfreiheit	106
III. Erbrecht der Angehörigen?	108
§ 20 Testament – Allgemeine Voraussetzungen	111
I. Charakteristika des Testaments	111
II. Testierfähigkeit	112
III. Testamentsformen	116
1. Das privatschriftliche Testament	116

2. Das öffentliche Testament	119
3. Formen des Testaments in Notfällen	120
IV. Widerruf eines Testaments	120
V. Höchstpersönlichkeit	122
VI. Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen	125
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	130
§ 21 Weitere Arten letztwilliger Verfügungen	132
I. Gemeinschaftliches Testament	132
1. Anwendungsbereich	132
2. Formerleichterung	133
3. Trennungs- oder Einheitsprinzip	133
4. Wechselbezügliche Verfügungen	135
5. Besondere Nichtigkeitsgründe	137
II. Erbvertrag	138
1. Anwendungsbereich	138
2. Umgehungsgeschäfte	139
3. Voraussetzungen	140
4. Grenzen der Bindungswirkung	141
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	142
§ 22 Testamentarische Anordnungen	144
I. Erbeinsetzung	144
1. Einsetzung und Erbquote	144
2. Wegfall eines Erben: Ersatzerbe, Nacherbe, Anwachsung	146
3. Vor- und Nacherbschaft	148
a) Funktion	148
b) Gestaltungsmöglichkeiten	149
c) Vor- und Nacherbfall	151
d) Zeitliche Beschränkung der Nacherbfolge	151
e) Rechte des Vorerben	152
II. Vermächtnis	156
1. Funktion	156
2. Abgrenzungen	157
3. Vorausvermächtnis	157
4. Voraussetzungen	158
5. Forderungsrecht	158
6. Haftungsfragen	160
7. Verschiedene Arten des Vermächtnisses	160
8. Abgrenzung von Vermächtnis und Erbeinsetzung	161
III. Auflage	162
IV. Weitere mögliche Inhalte eines Testaments	163
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	165
§ 23 Auslegung letztwilliger Verfügungen	166
I. Einleitung	166
II. Ermittlung des wirklichen Willens	167
III. Auslegungsregeln und gesetzliche Vermutungen	170

Inhalt

IV. Ergänzende Auslegung	171
V. Spätere Willensänderung	172
VI. Auslegungsvertrag	173
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	174

E. Ausschluss von der Erbfolge

§ 24 Einleitung	175
§ 25 Erbverzicht	176
§ 26 Erbnunwürdigkeit	178
§ 27 Anfechtung letztwilliger Verfügungen	180
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	182

F. Lebzeitige Geschäfte auf den Erbfall hin

§ 28 Einleitung und Folgeprobleme	183
I. Einleitung	183
II. Zusammenhang zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen	185
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	186
§ 29 Die Trennung nach § 2301 BGB	187
§ 30 Die postmortale Vollmacht	190
§ 31 Die Fälle von § 331 BGB	192
§ 32 Kollision von Erb- und Handelsrecht, Nachfolgeklauseln	195
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	199
§ 33 Der Familienvertrag	200

G. Stellung der Erben in der Erbengemeinschaft

§ 34 Erbengemeinschaft	202
§ 35 Auseinandersetzung	205
I. Inhalt und Zeitpunkt	205
II. Teilungsverfahren	206
1. Teilungsanordnung	206
2. Ausgleichung	207
a) Zuwendungen	207
b) Leistungen	208
III. Vollzug der Teilung	209
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	210

H. Fürsorge für den Nachlass und Erbschafts Kauf

§ 36 Nachlasspflegschaft	211
§ 37 Nachlassinsolvenzverfahren	213
§ 38 Nachlassverwaltung	215
§ 39 Testamentsvollstreckung	217
I. Einführung	217
II. Ernennung und Dauer des Amts	217
III. Aufgaben	219
IV. Befugnisse	221
V. Pflichten	221
VI. Testamentsvollstreckung in Gesellschaftsanteile	222
§ 40 Erbschafts Kauf	224
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	225

J. Haftung der Erben

§ 41 Einführung	226
§ 42 Feststellung des Nachlasses	229
§ 43 Erschöpfungseinreden	231
§ 44 Beginn der Haftungspflicht	235
§ 45 Haftung der Miterben	237
I. Bis zur Nachverteilung	237
II. Nach der Nachlassteilung	238
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	239
§ 46 Gestaltung eines Testaments	241
I. Alternativen zum Testament	241
II. Vorzüge der gesetzlichen Erbfolge?	242
III. Testierfähigkeit	242
IV. Pflichtteilsrechte	243
V. Ermittlung des Erblasserwillens	243
VI. Art der letztwilligen Verfügung	243
VII. Gestaltungsmöglichkeiten	244
VIII. Mögliche Veränderungen der Rechts- und Sachlage	244
IX. Form	244

Inhalt

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen und Antworten	247
Definitionen	281
Paragrafenregister	283
Stichwortverzeichnis	305

Abkürzungsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

Bibliographische Hinweise

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

Bibliographische Hinweise

Auch ältere Literatur bleibt hier verwendbar wie z. B.

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

A. Einleitung

§ 1 Aufgabe

Das Erbrecht zielt auf die Situation **nach einem Todesfall**. Zur Verteilung steht das, was nach einem Leben übrig ist. Es ist das Resultat eines Lebens im Guten wie im Bösen, doch nur in materieller Hinsicht. Selbst die Pflichten des Individuums erlöschen mit dem Tod und es verbleiben davon allenfalls Schulden oder Nachwirkungen. Es hilft den Hinterbliebenen, die Verteilung des Nachlasses vorzunehmen. Doch schon **vorher** steht es auch dem Erblasser zur Verfügung, um die Nachlassverteilung zu regeln und um Unklarheiten vorzubeugen.

1

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

Das Erbrecht ist rein materieller Natur. Die Pflichten sind hier prinzipiell erloschen, während alle anderen Bücher des BGB Pflichten ausgleichen müssen: Das Schuldrecht dient dem Ausgleich mit dem Vertragspartner; das Sachenrecht regelt die Verpflichtungen erga omnes, die natürlich auch nach dem Tod verbleiben; im Familienrecht werden die Pflichten in der Familie geregelt. Im Erbrecht bleibt nur die Frage der Verteilung. Entsprechend kümmert sich das Erbrecht auch um Fragen, wie die Aufteilung durchgeführt werden kann. Deswegen wird neuerdings neben der Zuweisung durch das Erbrecht, eigentlich der Anerkennung der testamentarischen Verteilung, noch die Vollzugsdimension des Erbrechts unterschieden¹.

Das Erbrecht ist wie die anderen Bücher des BGB auch von einer **Grundfreiheit** durchdrungen. So wie der Allgemeine Teil die Vereinsfreiheit gewährt oder von der allgemeinen Gleichheit und Freiheit der Personen ausgeht, das Schuldrecht die Privatautonomie unterstellt, das Sachenrecht dann die Eigentumsfreiheit und das Familienrecht die Freiheit des Eheschlusses zugestehen, so liegt dem Erbrecht die **Testierfreiheit** zugrunde. Die Frage der Verteilung des Nachlasses liegt damit in der Hand des Erblassers. Damit wird deutlich, dass das Recht der Verteilung des Nachlasses vor allem ein lebzeitiges Freiheitsrecht darstellt, obwohl die Wirkung erst nach dem Tod des Erblassers eintritt. Dies kann sogar als (moralische) Pflicht im Vordergrund stehen, wie die weiterlaufende Nutzung des römischen Ausdrucks für das gesetzliche Erbrecht als „**Intestaterbrecht**“ und damit als Ausnahmefall zur Regel des Testaments zeigt. Zweck des Erbrechts ist also einerseits, die Errichtung letztwilliger Verfügungen zu steuern und interpretieren zu helfen sowie andererseits die Verteilung des Nachlasses nach dem Tod des Erblassers zu regeln. Das Erbrecht ist daher nicht nur ein Nachlassrecht.

2

¹ Jan Peter Schmidt, *Itinera hereditatis. Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive*, (Jus Privatum, 258), Mohr 2022, 5.

- 3 In gewisser Weise ist das Erbrecht die **Vollendung des Privatrechts**. Dies gilt weniger aufgrund der systematischen Stellung im deutschen BGB, sondern ergibt sich eher aus inhaltlichen Gründen.
- Erstens lässt sich das Erbrecht nur mit guten Grundkenntnissen in allen anderen zivilrechtlichen Materien verstehen: Das Testament ist eine einseitige Willenserklärung und muss gemäß § 133 BGB ausgelegt werden, das Vermächtnis verweist als schuldrechtlicher Anspruch gegen die Erben auf das Schuldrecht, der Erbschaftsanspruch auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und die für die gesetzliche Erbfolge maßgebliche Verwandtschaft wird im Familienrecht geregelt. Das Erbrecht wiederholt und vertieft dabei das Verständnis der anderen Bücher des BGB.
 - Zweitens stellt die Auslegung der letztwilligen Verfügungen oft eine große Herausforderung dar, um trotz gewandelter tatsächlicher Verhältnisse ein Ergebnis zu erzielen, das dem Willen des Erblassers noch entspricht. Die für Juristen zentrale Kunst der Auslegung ist in anderen Bereichen kaum derart gefordert wie im Erbrecht, hier kann man oder muss man sogar besonders frei und kreativ interpretieren. Die im Umgang mit Testamenten gewonnenen Fertigkeiten helfen in allen anderen Bereichen, die Möglichkeiten der Auslegung zu erkennen. Die Verbindung von Vermögensgegenständen und Menschen ist stets nur vorübergehender Natur. Jedenfalls der Tod schließt diese Beziehung ab. Während die ersten vier Bücher zunächst dem Erwerb gelten, dient das Erbrecht vor allem dazu, die sinnvolle Weitergabe des Nachlasses sicherzustellen.
 - Drittens und vor allem ist die Verantwortung des Menschen im Umgang mit seiner Habe erst dann abgeschlossen, wenn die Weitergabe seiner Habe nach bestem Wissen und Gewissen geregelt wurde. Wenn dies unbestimmt blieb, muss das Gesetz eine Lösung vorgeben, damit das Vermögen wieder von anderen erworben wird.

§ 2 Historischer Überblick

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

Erbrecht entwickelte sich überall besonders langsam, wahrscheinlich weil sich hier die Mentalitäten der Gesellschaft besonders stark auswirken.² Das geltende Recht spiegelt die Erfahrungen der Vergangenheit. Die Geschichte kann daher zum Verständnis der erbrechtlichen Regelungen besonders aufschlussreich sein. Überdies wird bis heute in erheblicher Weise mit historischen Erfahrungen – z. T. in stark verkürzter und irreführender Weise – argumentiert, so dass historische Grundkenntnisse selbst für die aktuelle politische Diskussion relevant sind.

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

In den spätantiken Gesetzen germanischer Herrscher finden sich nur rudimentäre Formen der gewillkürten Erbfolge. Dies liegt wohl an der vorherrschenden Landwirtschaft dieser Zeit, die auf langfristigen und eindeutigen Regeln sowie besonders an der Konzentration des Besitzes interessiert ist. Familien wirtschaften in diesem Modell zusammen, um Synergien zu nutzen. Bis in die Neuzeit herrschte vornehmlich in den adligen Familien Europas die Vorstellung vor, das Vermögen gehöre nicht einem allein, sondern der Gesamtfamilie. Auch wenn es von einem verwaltet wurde, konnte dieser darüber nicht frei verfügen. Lebzeitig musste er davon die Interessen der Familie finanzieren und letztwillig konnte er nicht frei testieren, sondern war gebunden, das Vermögen innerhalb der Familie weiterzugeben nach dem Motto: „**Das Gut rinnt wie das Blut**“. Allerdings konnten im Wege der „**Spezialsukzession**“ spezielle Gegenstände vom Vermögen getrennt und an einen allein vererbt werden. Der älteste Sohn etwa konnte Waffen und Rüstung des Vaters erwerben unabhängig von der Frage, was mit dem übrigen Vermögen geschah.

Dagegen versuchte insbesondere die **Kirche**, die Möglichkeit einer freien letztwilligen Verfügung über zumindest einen Teil des Vermögens durchzusetzen³, besonders als sich um 1200 wieder ein Handel in Europa etablierte. Kaufleute sind eher an flexiblen

² Jens Beckert, Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts, 2004, 101, 323 ff.

³ Zur kirchlichen Abgabe aufgrund eines Erbfalls s. David von Mayenburg, „Laudabilis usus“ oder „detestabilis consuetudo“ – Mortuaria und andere Abgaben von Todes wegen aus der Perspektive des Kirchenrechts,

Regeln des Erbrechts interessiert, um etwa den Geeignetsten aus dem Kreis der Erben auszusuchen und sich den Bedingungen des Umfelds anzupassen. Beide Erbrechtsmodelle zu kombinieren, war kaum möglich. Indem die Kirche beispielsweise fingierte, Jesus habe die Stellung eines Kindes, setzte sich die Vorstellung durch, dass der Testator jedenfalls einen Teil seines Reichtums, seinen „Seelteil“, zur Verfügung habe, um ihn der Kirche zu hinterlassen.⁴ Ein anderer Weg bestand darin, jede Verfügung über das Familienvermögen nicht nur mit dem Herrn des Hauses zu beschließen, sondern noch die Zustimmung der Erben einzuholen (Erbenlaub), um so deren Widerspruch nach dem Erbfall auszuschließen.

Im System des adligen Erbrechts war die Bindung von Hab und Gut an die Familie wichtig, um große **Familienvermögen** zu sammeln. Auf diese Weise sollte das Gut nach dem Tod nicht verteilt und so verkleinert werden, vielmehr sollten alle Geschwister und Generationen gemeinsam zur Vergrößerung des Familienguts beitragen. Je reicher die Familie, desto größer waren entsprechend ihr Ansehen („splendor familiae“) und ihre Macht; zudem hatte auch jedes Familienmitglied mehr Chancen, in der Gesellschaft Reichtum, politische Macht und Ansehen zu erwerben. In einer Zeit, in der kaum Vermögen neu geschaffen wurden, bewirkte das Erbrecht in entscheidender Weise, welche Stellung jemand dank des ererbten Vermögens und Standes einnehmen konnte⁵.

Den adligen Familien wurde in der Neuzeit gestattet, einen „**Familienfideikommiss**“ anzuordnen. Damit wurde das Familienvermögen als eigene Organisationsform ausgestaltet, wodurch es vom persönlichen Vermögen des Erben getrennt wurde. Der Chef des Hauses hatte nur die Nutznießung am Familienvermögen; die Masse sollte dabei für die Familie eingesetzt und musste nach seinem Tod ungeschmälert an den Erben der nächsten Generation weitergegeben werden. Dadurch war dieses rechtlich abgesonderte Vermögen vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt, das unter bestimmten Bedingungen genutzt, nie jedoch verbraucht werden konnte. Doch diese Bindung belastete die Familien stark, die selbst in besonderen Gefahren das Vermögen nicht antasten durften, so dass diese Gestaltung nach Möglichkeit vermieden wurde.

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

Insbesondere der bedeutende französische Liberale Alexis de Tocqueville (1805–1859) machte in seiner Beschreibung des demokratischen Amerika den Unterschied zwischen

in: Orazio Condorelli/Franck Roumy/Mathias Schmoeckel (Hrsg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Band 1, 2009, 337–387.

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

5 *Dirk Heirbaut*, *A History of the Law of Succession, in Particular the Southern Netherlands/Belgium*, in: Ch. Castelein/R. Foqué/A. Verbeke (Hg.), *Imperative Inheritance Law in a Late-modern Society*, 2009, 65–84, 65.

einem demokratischen und einem aristokratischen Erbrecht deutlich.⁶ Die gleiche politische Teilhabe der Demokratie erfordere die Verteilung, nicht die Bündelung der Erbschaft. Das Erbrecht sollte also jede Vermögensakkumulation zu Lebzeiten wieder durch Aufteilung unter den Erben ausgleichen. Seither wurde über das richtige Modell des Erbrechts gestritten. Bis heute prägt dies das grundlegende Verständnis des Erbrechts.

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

Zur Zeit der **Kodifikation** des BGB galten in Deutschland ganz heterogene Erbrechtssysteme: teilweise römisches Recht mit seiner Testierfreiheit, teilweise Regime mit der Vorstellung einer völligen oder zumindest anteiligen Bindung des Vermögens an die Familie. Auch in den übrigen Streitpunkten⁷ mussten die verschiedenen Entwürfe zum BGB gemeinsame Lösungen finden. Gottfried von Schmitt legte 1878 einen Teilentwurf vor, der von der 1. Kommission in großem Maße herangezogen wurde. Während er in der sprachlichen Fassung und logischen Konsequenz gelobt wurde, wurde die politische Entscheidung auf verschiedene Weisen harsch kritisiert. Grundsätzlich folgte der Entwurf dem liberalen Modell. Die Testierfreiheit wurde zum allgemeinen Prinzip des gewillkürten Erbrechts.

Die Zulassung der Testierfreiheit hielt **Otto von Gierke** (1841–1921) für einen Fehler. Er kritisierte das neue Erbrecht als „Standesrecht des liberalen Bürgertums“, das dem Einzelnen zu viel Freiheit lasse. Dadurch werde die einheitliche Familienwirtschaft nicht genügend geschützt.⁸ Stattdessen wollte er durch den Ausbau einer nicht zu entziehenden Erbenstellung seine Ideen eines sozialen Schutzes verwirklichen. **Anton Menger** (1841–1906) sah im BGB den Konflikt verschiedener Konzepte konserviert, deren Heterogenität durch die Testierfreiheit verschleiert würde.⁹ Einerseits gebe es eine Zwangsquote aus der Erbmasse für die engsten Familienangehörigen (Pflichtteil), andererseits lasse man die aristokratischen Fideikomisse weiterhin zu. Das BGB beschränkte sich darauf, das allgemeine Zivilrecht zu regeln; das den Adel betreffende Recht wollte es nicht erfassen. Menger setzte sich erst in der Nachfolge der Weimarer Reichsverfassung von 1919 durch. Diese ordnete in Art. 155 WRV an, die Familienfideikomisse und die ähnlichen Formen durch nachfolgende Landesgesetze abzuschaffen. Diese sind bis in die 1950er Jahre erlassen worden.

Immerhin war Menger noch der Auffassung, der „freundliche Gedanke“ der **Beseitigung des Erbrechts** sei unsinnig, da es für den Erhalt von Eigentum erforderlich sei. Dafür wurde ein solches Experiment 1917 in Russland durchgeführt. Die Abschaffung

6 *Alexis de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika (zuerst 1835/40), übersetzt v. Hans Zbinden, 2. Aufl. 1984, 686 f.: zur Trennung des aristokratischen von einem demokratischen Erbrecht.

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

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

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

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

des Erbrechts zeigte dort jedoch, dass neben der allmählichen Übertragung des Eigentums auf den Fiskus schnell jeglicher Markt zusammenbrach und damit die Wirtschaft so geschädigt wurde, dass die Abschaffung bald revidiert wurde. Auf der Ebene des Reiches wurde 1906 eine Erbschaftsteuer eingeführt,¹⁰ wodurch das Reich jedenfalls wertmäßig an den deutschen Nachlässen beteiligt wurde. 1907 und 1912 versuchte man ohne Erfolg, das Erbrecht des Staates auszudehnen, sofern nur weit entfernte Verwandte vorhanden seien.

- 6 Erhebliche Veränderungen wurden im **Nationalsozialismus** vorgenommen. Auch das Erbrecht wurde zur Diskriminierung der Juden herangezogen, etwa durch das Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5.11.1937, das ausgebürgerte Juden für erbunfähig erklärte. Nach 1933 wurde § 138 Abs. 1 BGB zunehmend dafür genutzt, politisch missliebige Verfügungen von Todes wegen zu annullieren. 1938 wurde zusätzlich das Testamentgesetz geschaffen, das in Erweiterung dieses Ansatzes in § 48 Abs. 2 TestG bestimmte:¹¹

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

In einem Urteil von 1944 wurde in der Entwicklung dieses Gedankens schließlich derjenige aus dem Umkreis des Erblassers als Erbe ausgesucht, der nach der Auffassung des Gerichts am ehesten versprach, den Betrieb erfolgreich und damit im Sinne der Volksgemeinschaft zu führen.¹² In der Verordnung zur Regelung der Erbfolge in besonderen Fällen vom 4.10.1944 wurde angeordnet, dass in allen Fällen gesetzlicher Erbfolge der Richter die Freiheit zur Disposition über den Nachlass erhalten solle.

- 7 Nach 1945 wurde in der Rechtsprechung der **Bundesrepublik** der Schutz der Familie zunächst so betont, dass im Ergebnis die weite Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB erhalten blieb. 1997 wurde der letzte Schritt zur völligen Gleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern gemacht. Für die Altfälle der vor dem 1.7.1949 geborenen Erben hat der EGMR die Verletzung der EMRK festgestellt.¹³ Wegen des gebotenen Vertrauensschutzes kann sich die damit gebotene Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern als gesetzlichen Erben des Erblassers nur auf Erbfälle nach dem 28.5.2009 beziehen.¹⁴ Eine Invasion des Europarechts in erbrechtliche Materien ist bislang jedoch kaum und vor allem durch den Bezug zu Fragen des Allgemeinen Teils zu konstatieren.

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

11 § 48 Abs. 2 TestG vom 31.7.1938, aufgehoben durch KontrollratsG Nr. 37 vom 31.10.1946.

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

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

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

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

Periodisch wird in Deutschland darum gestritten, ob den engen Familienangehörigen ein besonderes Erbrecht, der Pflichtteil, garantiert werden muss.¹⁵ Mit der Schaffung des Arbeits- und Sozialrechts hat das Erbrecht allerdings viel von seiner ursprünglichen Funktion der sozialen Absicherung der Familie verloren. Der durch die eigene Arbeitsleistung akkumulierte Renten- oder Pensionsanspruch tritt in den meisten Fällen an die Stelle von Sachen und Forderungen als Grundlage des Vermögens. Die Bedürftigkeit im Fall der Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit und Alter wird durch die sozialen staatlichen Leistungen abgedeckt.¹⁶ In neoliberalen ökonomischen Theorien wird dagegen wieder die Notwendigkeit großer Vermögen betont, denen mit jedem Tod des Inhabers droht, durch notwendige Erbverteilung zerschlagen zu werden.¹⁷ Langsam werden die zugrunde liegenden Fragen damit wieder eröffnet.

Das **Vermögen**, welches aufgrund des Erbrechts verteilt wird, ist erheblich; die Schätzungen sind im letzten Jahrzehnt kontinuierlich gestiegen. Inzwischen nimmt man an, dass jährlich 400 Milliarden Euro vererbt werden.¹⁸ Für die Jahre 2015 bis 2020 wird ein Gesamtvolumen an Erbschaften in Deutschland von 3,1 Billionen Euro prognostiziert.¹⁹ Bis 2024 sollen dabei alleine Immobilien im Wert von 664 Milliarden Euro vererbt werden. Dabei ist das Vermögen sehr ungleich verteilt, insbesondere zwischen Ost- und Westdeutschland. Diese Fakten sollen den Spruch belegen: „Vermögen werden in der Bundesrepublik nicht mehr gemacht, sondern geerbt“. Die politische Signifikanz des Erbrechts wird daraus deutlich und das Erbrecht selbst zunehmend in Frage gestellt.²⁰

Angesichts der Zahlen wird man jedoch konstatieren müssen, dass die praktische **Bedeutung** des Erbrechts erheblich ist.²¹ Der florierende Sozialstaat der Bundesrepublik weckte zwar bis in die 1980er Jahre die Erwartungen, dass der Staat in allen Situationen finanzieller Bedrängnis einspringen könnte, so dass eine private Versorgung durch Nachlässe weder erforderlich noch im Sinne der Gleichheit gerecht sei. Man wird wohl auch nicht annehmen können, das Wirtschaften innerhalb der Familie gehöre der Vergangenheit an: Die inzwischen begründete Förderung privater Vorsorge und Altersabsicherung indiziert, dass das eigene Vermögen incl. dessen Weitergabe innerhalb der Familie weiterhin auch für den Staat seine zentrale Rolle behält. Das Ererbte behält damit weiterhin seine Funktion der Alterssicherung und als Rücklage für Notfälle auch im personellen Umfeld. Man sollte nicht die Erfahrung der Russischen Revolution vergessen, dass die Möglichkeit der Absicherung der Familie ein maßgeblicher Faktor des Gewinnstrebens überhaupt ist. Wer etwas vererbt, leistet zunächst Konsumverzicht, dann einen Akt der Solidarität.²² Wer also heute gegen die Erbschaften wettet, muss gleichermaßen gegen Schenkungen und innerfamiliäre Unterstützung sein. Diese

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

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

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

18 Vgl. Der Spiegel vom 15.7.2017.

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

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

21 Vgl. *Rainer Schröder*, Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven (= *Ius Commune*, Sonderheft 32), 1987, 281–294.

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

Propaganda vergisst, dass das „kalte“ Eigentum der Existenzgrundlage der Familie dient und Erbschaften innerfamiliär der Angleichung dienen, welche angeblich mit der Einschränkung der Erbschaft erreicht werden soll. Insofern entpuppt sich die meiste Agitation als gedankenlose Propaganda, die nur dann folgerichtig wäre, wenn sämtliche Einflüsse der Familie im Sinne allgemeiner Nivellierung ausgeschlossen würden. Das leistete nicht einmal der totalitäre Kommunismus der DDR und ist sicher nicht möglich, solange das Grundgesetz gilt.

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

§ 3 Alternativen zum Erbrecht

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

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

Stiftungsrecht erfreut sich allgemeiner Beliebtheit, zu seiner Förderung wurde es zum 01.09.2002 geändert.²³ Mit Wirkung zum 01.07.2023 kam es zu einer weiteren Reform des Stiftungsrechts.²⁴ Hierbei wurde das sog. Stiftungszivilrecht vereinheitlicht und abschließend durch den Bund geregelt.²⁵ Erstmals wurde dabei in § 80 Abs. 1 BGB eine Definition von Stiftungen geschaffen. Der Rechtsanspruch auf Anerkennung einer Stiftung wanderte dabei in § 82 S. 1 BGB. Bzgl. der formalen Voraussetzungen wird in § 81 Abs. 1-3 BGB verwiesen. Dabei darf die Stiftung nicht das Gemeinwohl gefährden. Darüber hinaus muss sie das dauernde und nachhaltige Erfüllen des Stiftungszweckes gewährleisten. Bei den nun ausdrücklich anerkannten Verbrauchsstiftungen (§ 80 Abs. 1 S. 2 BGB) wird Letzteres ab einer Dauer von 10 Jahren vermutet.²⁶ Darüber hinaus sollen ab dem 01.01.2026 die Normen an ein bis dahin noch zu schaffendes Register andocken.

Juristische Personen müssen grundsätzlich existieren, wenn der Vermögenstransfer stattfinden soll, spätestens also im Zeitpunkt des Todes. Eine Besonderheit von Stiftungen ist demgegenüber, dass sie nach § 80 Abs. 2 S. 2 BGB erst nach dem Erbfall gegründet bzw. anerkannt werden können. § 81 Abs. 4 S. 2 BGB stellt dabei sicher, dass die zuständige Behörde ein unzureichendes Stiftungsgeschäft im Sinne des § 81 Abs. 1, 2 BGB gemäß dem Willen des Stifters ergänzen kann. Sicherlich stellt es eine Verfahrenserleichterung dar, das unvollständige Stiftungsgeschäft durch selbstverständliche Regeln zu ergänzen, bevor das Stiftungsgeschäft nach Ablehnung erneut vorgenommen werden muss, sofern dies überhaupt noch möglich ist. Die Vorschrift ist jedoch insoweit missglückt, als die Grenzen der Ergänzungsbefugnis der Behörde nicht ersichtlich sind; der kreativen Ergänzung „im Sinn des Erblassers“ nach dem Belieben der zuständigen Beamten und ihrer Regierung sind Tür und Tor geöffnet. So erinnert die neue Bestimmung fatal an das große Ermessen der erwähnten Verordnung zur Regelung der Erbfolge in besonderen Fällen vom 4.10.1944 und kann aus der Sicht des Stifterwillens gefährlich sein. 2

Neben diesem Fall der Gründung einer selbstständigen rechtsfähigen Stiftung gibt es auch nichtrechtsfähige **unselbständige Stiftungen**. Dabei handelt es sich um treuhänderisch nach den Grundsätzen des Treuhandvertrags verwaltete Vermögensmassen. Sie unterliegen keiner staatlichen Aufsicht und müssen nicht staatlich anerkannt werden. 3

23 Vgl. Bernd Andrick/Joachim Suerbaum, Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, NJW 2002, 2905–2910; Andreas Schlüter/Stefan Stolte, Stiftungsrecht: Formen und Errichtung, Stiftungsaufsicht, Verwaltung, Besteuerung, Internationales Stiftungsrecht, 4. Aufl. 2025.

24 Ausführlich zu dieser Reform: Burghard/Burghard, Stiftungsrecht, 2022, Vor § 80 Rn. 2-8, 11-19a.

25 Burghard/Burghard, Stiftungsrecht, 2022, Vor § 80 Rn. 2-8, 11-19a.

26 Burghard/Burghard, Stiftungsrecht, 2022, § 82 Rn. 32.

Da sie bereits mit kleineren Kapitalien errichtet werden können, stellen sie tatsächlich den häufigsten Fall der Stiftungen dar. Davon zu trennen sind die **Zustiftungen**, wodurch einer bestehenden Stiftung ein weiteres Vermögen zugewandt wird. Dabei kann es sich um den Stifter handeln, welcher für den Fall seines Todes der Stiftung sein restliches Vermögen überträgt, oder um einen Dritten, der die Stiftung unterstützen will und dabei durchaus einen besonderen Aufgabenkreis definieren kann.

- 4 Die Übertragung von Vermögen auf eine Stiftung zu ihrer Gründung ist ein Vorgang, der nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG schenkungssteuerpflichtig ist. Steuerfrei bleiben aber einstweilen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen. Das Vermögen einer Stiftung unterliegt weiterhin nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG der Erbschaftsteuer, sofern es sich um eine Familienstiftung handelt. Alle 30 Jahre soll das Vermögen einmal insgesamt versteuert werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass auch das einer Stiftung übertragene Familienvermögen nach jeder Generation einmal versteuert werden soll. Die Weiterleitung an eine gemeinnützige Stiftung wird angeregt durch § 29 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Wer das Geld nur weiterleitet, ist steuerfrei.
- 5 Die **Schenkung unter Lebenden** berührt sich insbesondere dann mit dem Erbrecht, wenn Verfügungen im Hinblick auf den Todesfall getätigt werden. Das Erbschaftsteuergesetz versucht diese Umgehung zu unterbinden, indem Schenkungen innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Erbfall erbschaftsteuerpflichtig werden, also zusammen mit dem Erbteil versteuert werden müssen. Dennoch kann man gerade bei großen Vermögen versuchen, unter Ausnutzung des Freiteils immer wieder Vermögensteile zu transferieren.

Noch enger ist der Bezug bei im Hinblick auf den Todesfall bedingten Schenkungen. Bei diesen postmortalen Schenkungen stellt sich jedoch die Frage, ob sie als Umgehungsgeschäft nicht doch den Regeln des Erbrechts unterliegen müssen (daher s. u. § 21, S. 136). Diese Frage wird ebenso für die Geschäfte zu klären sein, die eine Leistung nach dem Todesfall im Sinn der §§ 331 ff BGB vorsehen.

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

Ein Weg dazu ist die gesetzlich nicht vorgegebene **Treuhand**, die darum vielfach ausgestaltet werden kann: Der Treuhänder kann schlicht Stellvertreter sein oder das Vermögen wird an ihn übereignet und der Treuhänder ist nur durch die Abrede mit dem Treugeber schuldrechtlich gebunden.²⁷ Sonst kommt die Errichtung eines Trusts

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

im Ausland bzw. nach ausländischem Recht in Betracht, besonders seit der Einführung des Trusts in den Steueroasen Guernsey und Jersey.²⁸

► **Antwort:** Sofern sich kein britischer Trust errichten lässt und die Anordnung einer Treuhand mit Unsicherheiten verbunden ist, empfiehlt sich vor allem die Lösung von E's Problem durch die Schaffung einer Stiftung. Mittlerweile sind auch sog. „Verbrauchstiftungen“ gemäß § 80 Abs. 1 S. 2 BGB unproblematisch zulässig. Die lebzeitige Einrichtung erfordert, dass E sich schon vor seinem Tod vom Stiftungskapital trennt und es der Stiftung überträgt. Im Rahmen der Stiftung kann er über die Verwendung des Geldes aber mitentscheiden, wenn deren Organisation entsprechend eingerichtet ist. ◀

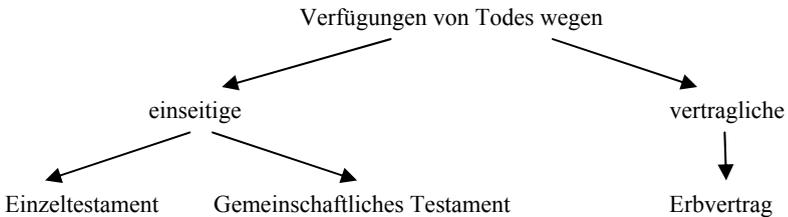
28 Malte Schindhelm/Klaus Stein, Der Trust im deutschen Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht, Arbeitspapier 5/98, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht Universität Osnabrück [<https://d-nb.info/1059710455/34>, Erscheinungsdatum 2005, zuletzt 23.7.2020], mit weiterer Literatur Fn. 2.

§ 4 Grundbegriffe und Prinzipien

I. Testierfreiheit

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

- 1 Erbrecht ist grundsätzlich dispositives Recht. Der historische Überblick zeigt, dass es in der Bundesrepublik zweierlei Wege gibt, Erbe zu werden: Zum einen kann das Gesetz die Erbfolge bestimmen und den Nachlass unter den Familienmitgliedern aufteilen, zum anderen gibt es die Möglichkeit einer letztwilligen Verfügung. Hier wird die Erbfolge „gewillkürt“, insofern sie vom freien Willen des Erblassers abhängt. Dabei gibt es verschiedene Formen der Verfügungen von Todes wegen.
- 2 Zunächst gibt es **einseitige Verfügungen**: In Übernahme des französischen Rechts darf der Erblasser allein in Deutschland ein „Testament“ aufsetzen. Er kann sich vom Notar beraten lassen und durch die notarielle Form die Rechtssicherheit erhöhen. Möglich ist aber auch, dass **Ehegatten** ein „**gemeinschaftliches Testament**“ aufsetzen; sie bestimmen zusammen in einem Verfügungsakt über ihre Vermögen. Nach § 10 Abs. 4 LPartG ist dies auch für eingetragene Lebenspartnerschaften möglich. Auch im Fall eines gemeinschaftlichen Testaments liegen einseitige Verfügungen vor, nämlich die beider Ehegatten. Wegen der möglichen Wechselbezüglichkeit gestattet das Erbrecht die besondere Form, die beiden Testamente räumlich in einer Urkunde zusammenzufügen. Daneben gibt es auch die Möglichkeit einer vertraglichen Verfügung von Todes wegen; den „**Erbvertrag**“, der insbesondere in größeren Familien oder bei unverheirateten Paaren genutzt werden kann.



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

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

brecht; es wird durch das Fehlen einer letztwilligen Verfügung gekennzeichnet. Der Wille des Erblassers zu testieren hat also Vorrang vor der gesetzlichen Erbfolge.

Das BGB gestattet die Erbfolge grundsätzlich nach dem **Willen des Erblassers**, nennt aber einige **Einschränkungen**:

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

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

II. Nachlass

1. Grundsatz

Gegenstück zur Testierfreiheit ist die Verantwortung für alle Vermögenswerte und Belange des Verstorbenen. Das **Vermögen** des Erblassers bildet den **Nachlass** (Legaldefinition: „Erbschaft“; sowohl der Begriff „Erbschaft“, als auch „Nachlass“ werden vom Gesetz verwendet²⁹) nach § 1922 Abs. 1 BGB. Damit wird deutlich gemacht, dass Aktiva und Passiva zur „Erbschaft“ (vgl. § 1967 Abs. 2 HS. 1 BGB) gehören. Nachlass und Erbschaft meinen beide umfassend das, was der Erbe hinterlässt. Der Gesetzgeber der ersten Kommission wollte dabei mit dem Begriff des „Vermögens“ keinen wesentlichen Begriff prägen, sondern im Gegenteil nur deutlich machen, dass der Erblasser kein Vermögen haben muss, damit überhaupt ein Erbfall vorliegt: Auch der Obdachlose hat einen Nachlass, selbst wenn es nur seine Kleider sind. Darin erkennt man den Ansatz des Gesetzgebers, zwischen vermögenswerten Gegenständen und den übrigen Belangen, die den Erblasser betreffen, nicht differenzieren zu wollen. Eine Differenzierung nach dem Wert des Nachlasses ist unbedingt abzulehnen.

Grds. wird also „alles“ im Wege der Erbfolge übertragen. Doch es gibt Fälle, in denen dieses Prinzip nicht ohne Weiteres erkannt werden kann. So werden höchstpersönliche Rechte des Erblassers nicht an die Erben weitergegeben (z. B. die Berechtigung einen Dokortitel zu führen) (s. dazu auch weiter unten). Oft wird noch zwischen den (Vermögens-) Rechten des Erben und den immateriellen der Familie unterschieden. So gelten etwa beim Erbschafts Kauf **Familienpapiere** und -bilder nach der Auslegungsregel

29 Näher dazu: BeckOK BGB/Müller-Christmann, 70. Aufl. 01.11.2023, BGB § 1922 Rn. 11.