protego LEGAL

REFERENDARAUSBILDUNG

DAS ERBRECHTLICHE MANDAT IN DER ANWALTLICHEN PRAXIS

ANDREAS ABEL
managing partner

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Erbrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
Testamentsvollstrecker

@abel_erbrechtsanwalt
Andreas Abel

„ERBRECHT – DAS RECHTSGEBIET DER ZUKUNFT FÜR DIE ANWÄLTIN UND DEN ANWALT“

INHALT

INHALT 3
Vorbemerkungen 6
A. Ausgangslage 6
B. Anwaltliche Betätigungsfelder im Erbrecht 7
I. Grundbegriffe des Erbrechts 8
1. Erbfall und Erblasser 8
2. Erbschaft bzw. Nachlass 8
3. Erbfähigkeit 8
II. Erbfolge 9
1. Systeme der gesetzlichen Erbfolge bei Blutsverwandten 9
1.1. Parentelsystem 9
1.2.Stamm-bzw. Linienprinzip 11
1.3.Repräsentationsprinzip 11
1.4.Grad-oder Gradualsystem 11
2. Die Erben 1. Ordnung als Standardfall 11
3. Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Lebenspartners 12
3.1.Rein erbrechtliche Betrachtung 14
3.2.Korrekturen nach dem ehelichen Güterrecht 14
III. Die kautelarpraktische Tätigkeit des Anwalts 16
1. Arten letztwilliger Verfügungen 16
1.1.Das einseitige Testament 17
1.2.Der Erbvertrag 18
1.3.Exkurs: Das „Berliner Testament“ 18
2. Erb- und Pflichtteilsverträge 19
IV. Die Informationsrechte des Erben (Grundzüge) 20
V. Grundzüge des Pflichtteilsrechts 22
1. Pflichtteilsberechtigte 22
2. Voraussetzungen und Inhalt des Pflichtteilsrechts 22
3. Pflichtteilsrestanspruch 23
4. Pflichtteilsergänzungsanspruch 24

5. Pflichtteilsentziehung 26
VI. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft 26
1. Annahme der Erbschaft 27
2. Ausschlagung der Erbschaft 27
2.1.Ausschlagungsfrist 28
2.2.Wirkung der Ausschlagung 29
VII. Die Erbengemeinschaft 29
1. Einführung 29
2. Informationsbeschaffung 31
3. Die Verwaltung des Nachlasses 32
3.1.Allgemeine Grundsätze 32
3.2.Verwaltungshandlungen (§ 2038 BGB) 33
4. Nutzung und Fruchtziehung durch einen Miterben Beispiel 35
5. Verfügungen über Gegenstände des Nachlasses (§ 2040 BGB) 36
6. Die Auseinandersetzung des Nachlasses 38
6.1.Grundsätze 40
6.2.Die gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln 40
6.3.Die Arten der Auseinandersetzung 41
6.4.Klage auf Auseinandersetzung - Erbteilungsklage 42
6.5.Teilungsversteigerung 43
VIII.Die gesetzlichen Ausgleichungs- und Anrechnungsregelungen 43
1. Grundsätze 43
2. Die auszugleichenden Zuwendungen 44
3. Wirkung der Ausgleichungspflicht 44
4. Die Ausgleichungspflicht bei besonderen Dienstleistungen 45
XI. Die Erbenhaftung 45
1. System der Erbenhaftung 45
2. Nachlassverbindlichkeiten 46
3. Haftung bei mehreren Erben 47
IX. Nachlasspflegschaft/-verwaltung 48
1. Nachlasspflegschaft 48

2. Nachlassverwaltung 49
2.1. Grundsätze 49
2.2. Verfahren 49
2.3. Aufgaben/Befugnisse 50
3. Nachlassinsolvenzverfahren 51
3.1. Allgemeines 51
3.2. Verfahren 51
X. Der Erbschaftsprozess 52
1. Gerichtsstand im Erbprozess 52
2. Klage auf Feststellung des Erbrechts 52
3. Klage gegen den Erbschaftsbesitzer 53
4. Auskunftsklage 53
5. Wertermittlungsklage 54
6. Stufenklage, § 254 ZPO 55
XI. Das Erbscheinsverfahren 57
1. Inhalt 58
2. Arten von Erbscheinen 59
3. Das Verfahren 60
3.1. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen der Erteilung 61
3.2. Inhalt des Antrags 61
3.3. Nachweise - beizufügende Urkunden 62
3.4. Prüfung des Nachlassgerichts 63
3.5. Entscheidung des Nachlassgerichts 65
3.6. Rechtsmittel 67
4. Einziehung/Kraftloserklärung 69

Vorbemerkungen

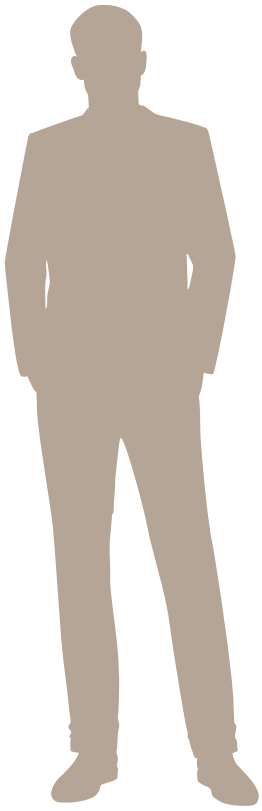
A. Ausgangslage

Laut einer Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) aus dem Jahr 2020 hat sich die Summe der Erbschaften und Schenkungen von 2012 bis 2018 auf etwa 400 Milliarden Euro verdoppelt. Nach Angaben des Statistischen Bundesamts wurden im Jahr 2018 in Deutschland insgesamt 108 Milliarden Euro vererbt oder verschenkt.

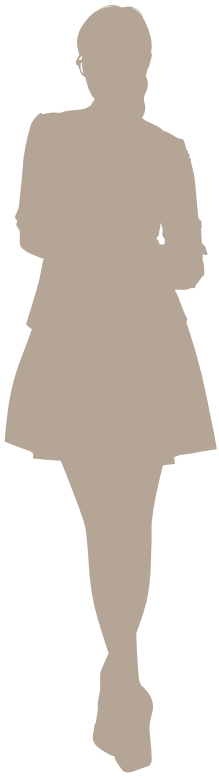
In den nächsten Jahren wird dieser Trend voraussichtlich anhalten, da in den kommenden Jahren viele Menschen der Babyboomer-Generation erben werden. Daraus ergeben sich vielfältige Betätigungsfelder im Anwaltsberuf. Es sind dabei jedoch besondere Anforderungen zu beachten:

- Erbrecht ist kein „Brot und Butter-Mandat“
- dem Generalisten ist das materielle Erbrecht größtenteils unbekannt
- Es gilt ein besonderes Verfahrensrecht (FamFG!)
- Mandant sucht zunehmend den absoluten Spezialisten

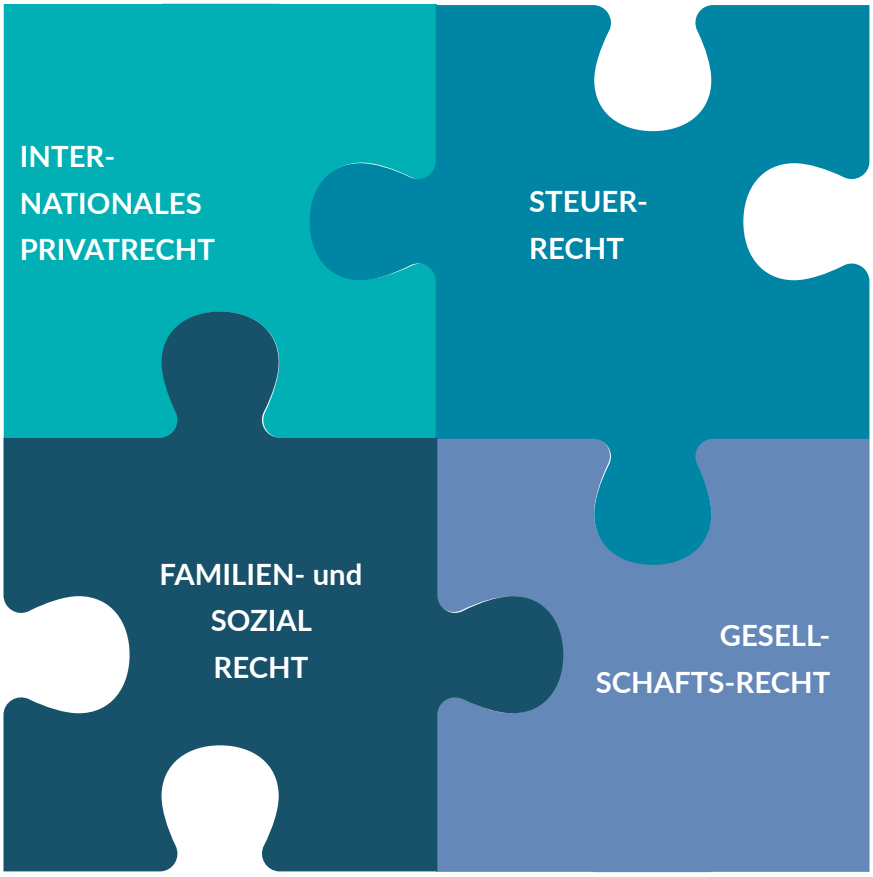
Der Anwalt / Die Anwältin im Erbrecht



- SPEZIALISIERT
- EMPATHISCH
- ENTSCHEIDER
- VERTRAUENSBILDEND
- SOZIAL



SCHNITTMENGEN zu anderen Rechtsgebieten



B. Anwaltliche Betätigungsfelder im Erbrecht

- Interessenvertreter/Prozessanwalt
- Berater/Gestalter der Vermögensnachfolge
- vorweggenommene Erbfolge
- Unternehmensnachfolge
- Testamentsvollstrecker
- Nachlasspfleger/-verwalter
- Nachlassinsolvenzverwalter

I. Grundbegriffe des Erbrechts

1. Erbfall und Erblasser

Erbfall ist nur der Tod eines Menschen, also einer natürlichen Person. Beerbt werden können nur Menschen, nicht aber juristische Personen. Da der Erbfall mit dem Tod eines Menschen eintritt, bestehen zu dessen Lebzeiten grundsätzlich keine erbrechtlichen Ansprüche hinsichtlich seines Vermögens.

Aus der Gleichsetzung des Erbfalles mit dem Tod einer Person kann geschlossen werden, dass immer nur eine einzelne Person Erblasser sein kann. Das gilt auch dann, wenn mehrere Gesamthänder, z.B. in ehelicher Gütergemeinschaft lebende Ehegatten, gemeinschaftlich versterben. Dann handelt es sich eben um zwei Erblasser und deshalb auch um zwei Erbfälle. Jeder einzelne Todesfall begründet einen besonderen Erbfall.

2. Erbschaft bzw. Nachlass

"Erbschaft" ist das Vermögen eines Menschen, des Erblassers, dass bei dessen Tod (Erbfall) mit allen Aktiva und Passiva dem oder den Erben als Ganzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge anfällt (§§ 1922 Abs.1, 1942 Abs.1 BGB) und zwar von selbst kraft Gesetzes ohne besondere Rechtsakte (sog. Vonselbsterwerb).

Während der Begriff Erbschaft hinsichtlich der Beziehung des Vermögens zu dem neuen Rechtsträger (Erbe) verwendet wird, erfasst der das gleiche Vermögen betreffende Begriff "Nachlass" dieses als Haftungsobjekt in seiner Beziehung zu den Nachlassgläubigern.

Die Erbschaft erstreckt sich auf die Gesamtheit aller Rechtsverhältnisse des Erblassers, einschließlich der Schulden, für die der Erbe grundsätzlich gem. § 1967 BGB einzustehen hat (Erbenhaftung). Die Erbschaft ist Gegenstand des Herausgabeanspruches gemäß § 2018 BGB.

3. Erbfähigkeit

Die Person(-en), auf welche das Vermögen des Erblassers mit dessen Tode übergeht, bezeichnet man als Erbe(n). Erbe kann nur werden, wer erbfähig ist. Erbfähig ist gemäß § 1923 BGB:

- wer zur Zeit des Erbfalls lebt (§ 1923 Abs. 1 BGB).
- wer noch nicht geboren, aber schon erzeugt ist und nach dem Erbfall mit der Geburt Rechtsfähigkeit (§ 1 BGB) erlangt (§ 1923 Abs. 2 BGB).
- juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts (diese natürlich nur als gewillkürte Erben).

II. Erbfolge

Das gesetzliche Erbrecht der Verwandten des Erblassers ist in den §§ 1924 bis 1930 BGB geregelt. Die Verwandtschaft kann auf Abstammung beruhen, aber auch eine rein rechtliche sein. Maßgeblich ist die Abstammung nach den Bestimmungen des Familienrechts (§§ 1591, 1592 BGB), die von der biologischen Abstammung abweichen kann.

Die Frage, ob darunter auch nichteheliche und adoptierte Kinder zu verstehen sind, wird zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, die diesen Begriff verwenden, unterschiedlich beantwortet.

Die gesetzliche Erbfolge tritt immer ein, wenn es der Erblasser versäumt hat, einen Erben zu bestimmen, oder die Erbenbestimmung in einer Verfügung von Todes wegen unwirksam ist, oder die wirksame Verfügung von Todes wegen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht ausgeführt werden kann (vorheriger Tod des Bedachten, Verzicht, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit).

1.Systeme der gesetzlichen Erbfolge bei Blutsverwandten

1.1. Parentelsystem

Das BGB geht bei der Auswahl der gesetzlichen Erben vom Parentel- oder Ordnungssystem aus. Unabhängig von ihrem Verwandtschaftsgrad werden die Verwandten des Erblassers zu Gruppen, den Parentelen, oder auch Ordnungen zusammengefasst. Zu jeder Parentel gehören alle von demselben Vorfahren (Parentes) abstammenden Verwandten sämtlicher Generationen einschließlich dieses Vorfahrens selbst.

Das Parentelsystem fasst so, von Grad zu Grad nach oben aufsteigend, den Erblasser, seine Eltern, seine Großeltern, seine Urgroßeltern und die weiteren Voreltern mit jeweils ihren Abkömmlingen zu einer selbstständigen Gruppe zusammen.

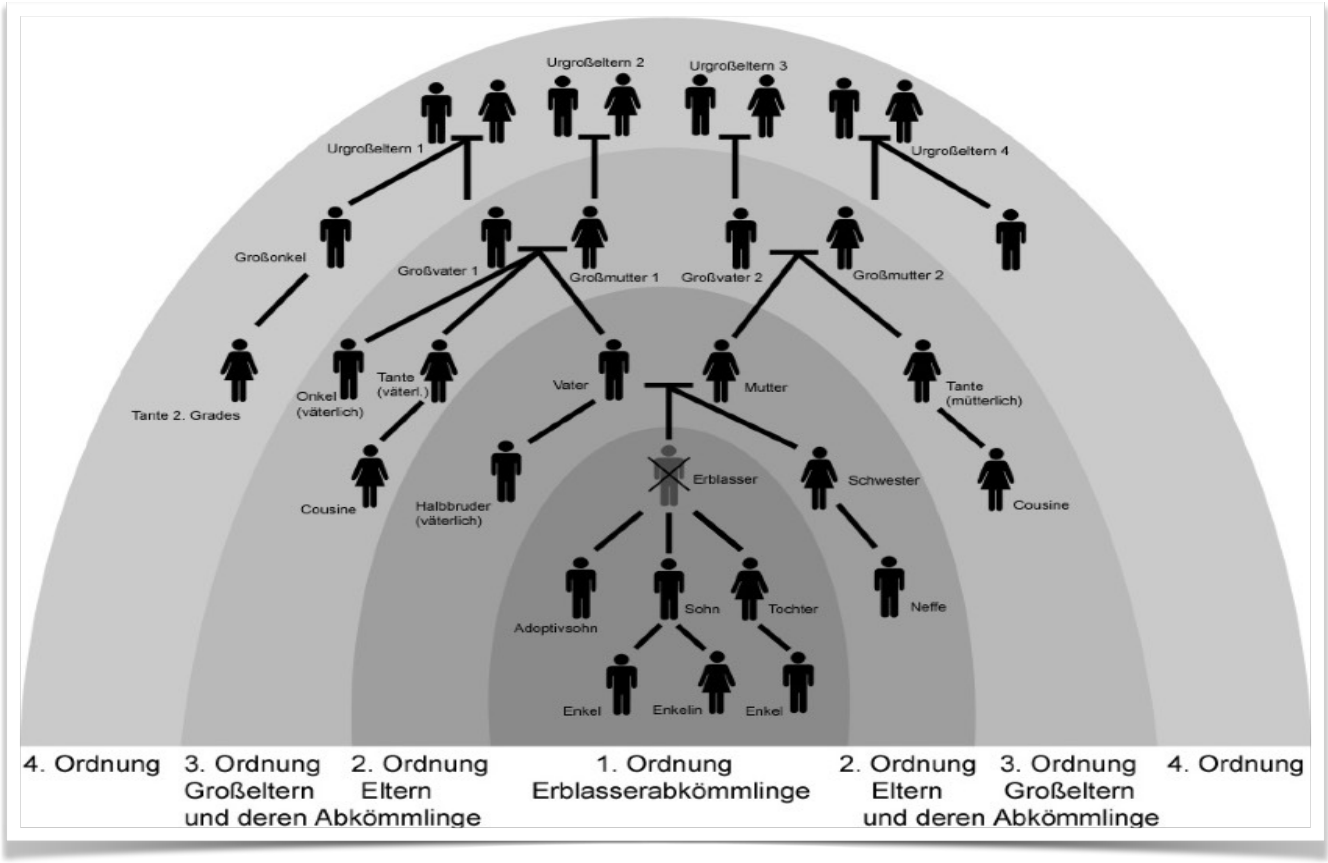
Zu den einzelnen Ordnungen gehören:

- 1. Ordnung: die Abkömmlinge des Erblassers (§ 1924 Abs. 1 BGB)
- 2. Ordnung: die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 1925 Abs. 1 BGB)
- 3. Ordnung: die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 1926 Abs. 1 BGB)
- 4. Ordnung: die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 1928 Abs.1 BGB)
- und fernere Ordnungen: die entfernteren Verwandten und deren Abkömmlinge (§ 1929 Abs. 1 BGB).

Die einzelnen Ordnungen sind nacheinander berufen. Zunächst berufen ist die vom Erblasser ausgehende erste Ordnung, dann folgen nach oben aufsteigend die weiteren Ordnungen. Jede früher berufene Ordnung schließt die spätere aus.

Die Auswahl des zum Erben berufenen Verwandten nach dem Parentelsystem kann bewirken, dass ein nach dem Verwandtschaftsgrad (vgl. § 1589 S. 3 BGB) entfernterer Verwandter vor einem dem Grade nach näheren Verwandten Erbe werden kann.

Ein Enkel des Erblassers (Erbe 1. Ordnung) schließt z.B. die Eltern des Erblassers (Erben 2. Ordnung) aus, obgleich der Verwandtschaftsgrad des Enkels (2. Grad) entfernter ist als derjenige der Eltern (1. Grad).



1.2.Stamm-bzw. Linienprinzip

Sind Erben der 1. Ordnung vorhanden, so erfolgt die Ermittlung der Erben nun nach Stämmen. Jedes Kind des Erblassers bildet einen Stamm, zu dem auch seine jeweiligen Abkömmlinge zählen. Die Stämme erben je zu gleichen Teilen. Bei zwei Kindern zu 1/2, bei drei Kindern je zu 1/3.

Sind nur Erben der 2. und 3. Ordnung vorhanden, so wird vor dem Stammes- das Linienprinzip angewandt. Linie ist die vom Erblasser aus betrachtete Abstammung von den Eltern bzw. den Großeltern. Sie wird von Mutter und Vater als eine mütterliche und eine väterliche Linie vermittelt.

Leben keine Erben der 1.Ordnung, aber die Eltern des Erblassers, so erben sie zu je 1/2. Lebt nur noch ein Elternteil, erbt er zu 1/2, die Abkömmlinge des verstorbenen Elternteils treten in dessen Erbe ein, wieder zu jeweils gleichen Teilen.

In der 3. Ordnung wären dann 4 Stammeltern, zwei in der mütterlichen Linie, zwei in der väterlichen.

1.3. Repräsentationsprinzip

Das Repräsentationsprinzip gilt innerhalb eines Stammes. Es besagt, dass lebende Stammeltern ihre Nachkommen von der Erbfolge ausschließen. Sind die Eltern verstorben, so gilt das Eintrittsrecht, § 1924 Abs. 3 BGB. Das bedeutete, dass die Kinder an die Stelle der verstorbenen Eltern treten.

1.4.Grad-oder Gradualsystem

Das Gradsystem gilt von der 4. Ordnung an statt der Erbfolge nach Linien und Stämmen, §§ 1928 Abs. 3, 1929 BGB. Das bedeutet, der gradmäßig nähere Verwandte schließt die entfernteren Verwandten von der Erbfolge aus. Die Verwandtschaft ist ein Begriff aus dem Familienrecht. Nach § 1589 S. 3 BGB bestimmt sich der Verwandtschaftsgrad nach der Anzahl der die Verwandtschaft vermittelnden Geburten.

2. Die Erben 1. Ordnung als Standardfall

Erben der ersten Ordnung sind nach § 1924 Abs. 1 BGB die Abkömmlinge des Erblassers, d h. seine Kinder sowie deren Abkömmlinge, also Enkel und Urenkel.

Nichteheliche Kinder stehen in den seit dem 1. 4. 1998 eingetretenen Erbfällen (Art. 227 Abs. 1 EGBGB) den Ehelichen gleich. Ein zurzeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge aus, § 1924 Abs. 2 BGB.

An die Stelle eines zurzeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge, § 1924 Abs. 3 BGB. Diese erben nach Stämmen, d.h. sie erben zusammen das, was der vorverstorbene Abkömmling erben würde, wenn er den Erbfall erlebt hätte. Jedes Kind und damit jeder Stamm erbt zu gleichen Teilen, § 1924 Abs. 4 BGB.

Lösung:
Die Brüder B1 und B2 scheiden als Erben 2. Ordnung aus, da Abkömmlinge (Erben 1. Ordnung) vorhanden sind (§ 1930 BGB). Die Abkömmlinge des Erblassers erben nach Stämmen (§ 1924 Abs. 3 BGB). Stämme werden durch die Kinder einer Person gebildet. Jedes Kind bildet einen Stamm. Die Kindeskinder (Enkel usw.) bilden weitere Unterstämme. Geteilt wird durch die Anzahl der Stämme und zwar zu gleichen Teilen (§ 1924 Abs. 4 BGB). Dabei wird ein Stamm nur dann berücksichtigt, wenn in ihm zum Zeitpunkt des Erbfalls überhaupt noch ein erbfähiger Abkömmling vorhanden ist. Da K3 ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vor dem Erbfall gestorben war, verteilt sich das Vermögen des Erblassers nur auf die Stämme K1, K2 und K4.

Innerhalb eines Stammes gilt das Repräsentationsprinzip (§ 1924 Abs. 2 BGB). Dies bedeutet, dass lebende Stammeltern ihre Abkömmlinge von der Erbschaft ausschließen. Sie repräsentieren den Stamm. Danach schließt K1 seinen Sohn E1 von der Erbschaft aus. Im Übrigen gilt innerhalb des Stammes das Eintrittsrecht (§ 1924 Abs. 3 BGB), d.h. an die Stelle eines verstorbenen Repräsentanten treten dessen Kinder. Statt des K2 sind also E2 und E3 zu Erben berufen; an die Stelle des verstorbenen K4 sind E5 und -weil E4 verstorben ist an dessen Stelle U1 und U2 getreten.

Die Stämme erben zu gleichen Teilen (§ 1924 Abs.4 BGB). Da der Stamm K3 dadurch, dass K3 ohne Abkömmlinge verstorben ist, weggefallen ist, erben die Stämme K1, K2 und K4 zu je 1/3. Während K1, der seinen Stamm allein repräsentiert, zu 1/3 Erbe wird, müssen sich E2 und E3 den Anteil des K2 teilen und erben je 1/6. Der 1/3-Anteil, der auf den Stamm des K4 fällt, teilt sich zu gleichen Anteilen zwischen den Unterstämmen E4 und E5, so dass E5 einen Anteil von 1/6 erhält, während der weitere 116-Anteiljeweils hälftig auf U1 und U2 aufgeteilt wird, so dass diese je 1/12 erben.

3. Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Lebenspartners

Aus § 1931 BGB als zentraler Vorschrift des Ehegattenerbrechts ergibt sich, dass dem überlebenden Ehegatten neben Verwandten ein gesetzliches Erbrecht zusteht.

Seit In-Kratt-Treten des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) am 1.8. 2001 sowie insbesondere des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004, welches am 1.1.2005 in Kraft getreten ist, sind gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschatten den Ehegatten erbrechtlich gleichgestellt. Die

erbschaftsteuerrechtliche Gleichstellung erfolgte allerdings erst teilweise zum 1.1.2009 und schließlich vollständig zum 14.12.2010.

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten findet seine Rechtfertigung in der durch die eheliche Gemeinschaft begründeten engen Beziehung der Ehegatten. Eine analoge Anwendung des § 1931 BGB auf nicht-eheliche Lebensgemeinschaften kommt daher nicht in Betracht.

Das Ehegattenerbrecht verfolgt sowohl rechtsethische als auch wirtschaftliche Ziele. Die rechtsethische Funktion liegt in der Anerkennung der Teilhabe am Leben des Verstorbenen. Der wirtschaftliche Zweck besteht in der Sicherung der weiteren Existenz im Anschluss an den bisherigen Lebenszuschnitt innerhalb der Ehe, den der überlebende Ehegatte durch seinen Anteil an der gemeinsamen Lebensführung und am gemeinschaftlichen Wirtschaften mitgeprägt hat.

Ein gesetzliches Erbrecht hat derjenige Ehegatte, der mit dem Erblasser bis zu dessen Tod in gültiger Ehe gelebt hat und gegen den keine besonderen Ausschlussgründe vorliegen.

Ausschlussgründe liegen u.a. dann vor, wenn

- gar keine wirksame Ehe oder Lebenspartnerschaft bestand, also zum Beispiel eine Nichtehe vorlag,
- die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgehoben (§§ 1313 ff. BGB), aufgelöst (§ 1390 Abs. 2 BGB, geschieden (§ 1564 BGB) oder nach altem Recht für nichtig erklärt (§ 23 EheG) wurde oder die Lebenspartnerschaft vor dem Tod des Erblassers aufgehoben wurde (§15 LPartG)
- zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe vorlagen und der Erblasser entweder die Scheidung beantragt oder dem Scheidungsantrag des Ehegatten zugestimmt hatte (§ 1933 Satz 1 BGB).

Der Umfang des Erbrechts des Ehegatten bestimmt sich zum einen danach, ob Verwandte des Erblassers vorhanden sind und welcher Ordnung diese angehören, zum anderen danach, in welchem Güterstand die Ehegatten im Zeitpunkt des Erbfalls gelebt haben.

3.1. Rein erbrechtliche Betrachtung

Bei rein erbrechtlicher Betrachtung erbt der Ehegatte

- neben Erben der 1. Ordnung 1/4
- neben Erben der 2. Ordnung oder den Großeltern (nicht deren Abkömmlingen) 1/2
- neben Erben der 3. Ordnung und weiteren Ordnungen, wenn keine Großeltern vorhanden sind 1/1

3.2. Korrekturen nach dem ehelichen Güterrecht

Je nachdem in welchem Güterstand die Eheleute im Zeitpunkt des Erbfalls gelebt haben, kommt es zu unterschiedlichen Korrekturen der Erbquoten.

3.2.1. ERBQUOTEN BEI GÜTERTRENNUNG

Die Gütertrennung tritt ein bei

- Ausschluss des gesetzlichen Güterstands (Zugewinngemeinschaft), § 1414 S.1 1. Alt. BGB
- Aufhebung des gesetzlichen Güterstands, ohne das im Ehevertrag ein anderer Güterstand vereinbart wird, § 1414 S.1 2. Alt. BGB
- Ausschluss des Zugewinnausgleichs, § 1414 S.2 1. Alt. BGB
- Aufhebung der Gütergemeinschaft, § 1414 S.2 2. Alt. BGB

Bei Gütertrennung ist nach § 1931 AbsA BGB gesichert, dass der überlebende Ehegatte neben den zu Erben berufenen Kindern (oder deren Abkömmlingen) an dem Nachlass **mindestens gleichermaßen** beteiligt ist. Der Ehegatte erbt dann bei

- 1 Kind 1/2
- 2 Kinder 1/3
- 3 Kinder und mehr 1/4

3.2.1. ERBQUOTEN BEI GÜTERGEMEINSCHAFT

In der in Gütergemeinschaft geführten Ehe bzw. Lebenspartnerschaft verändert sich die Erbquote nicht. Der überlebende Ehegatte/Lebenspartner erhält -wenn die Gütergemeinschaft nicht von dem Überlebenden und den Abkömmlingen fortgesetzt werden soll (§ 1483 BGB)- zunächst die Hälfte des Gesamtgutes im Wege der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft (§§ 1482, 1471 bis 1481 BGB).

Der hälftige Anteil des Verstorbenen am Gesamtgut der Gütergemeinschaft sowie dessen Sonder-und Vorbehaltsgut (§§ 1417, 1418 BGB) gehören zum Nachlass, an dem der überlebende Ehegatte dann in Höhe seiner Erbquote beteiligt ist.

Während der Durchführung der **Auseinandersetzung** nach Beendigung der Gütergemeinschaft durch Tod eines Ehegatten besteht die Gesamthandgemeinschaft aus dem überlebenden Ehegatten und den sonstigen Erben. Der überlebende Ehegatte ist während dieser Zeit sowohl mit seinem eigenen hälftigen Anteil als auch mit seinem von der Hälfte des Erblassers ererbten Anteil am Gesamtgut beteiligt.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft, bei welcher der überlebende Ehegatte/ Lebenspartner die Gütergemeinschaft nach dem Tod der Partners aufgrund ehevertraglicher Vereinbarung mit den gemeinsamen Abkömmlingen fortsetzt (§ 1483 BGB), bewirkt, dass der Anteil des Erblassers am Gesamtgut nicht zum Nachlass gehört und ein Erbfall insoweit nicht eintritt. Der Nachlass besteht dann nur aus dem Vorbehalts- und dem Sonderqut". Der überlebende Ehegatte kann die Fortsetzung der Gütergemeinschaft allerdings ablehnen (§ 1484 Abs. 1 BGB), so dass dann auch der Anteil am Gesamtgut in den Nachlass fällt.

3.2.2. ZUGEWINNGEMEINSCHAFT

Bei der Zugewinngemeinschaft sind die sog. **erbrechtliche** und die **güterrechtliche** Lösung zu unterscheiden.

a. Die erbrechtliche Lösung kommt immer dann zur Anwendung, wenn der überlebende Ehegatte/Lebenspartner Erbe oder Vermächtnisnehmer ist. Ist der Überlebende gesetzlicher Erbe, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des Überlebenden um ein (**weiteres**) **Viertel** erhöht - d. h. neben Abkömmlingen auf die Hälfte, neben Eltern und deren Abkömmlingen sowie den Großeltern auf drei Viertel (§ 1371 Abs. 1 BGB). Die Erhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB erfolgt auch dann, wenn der Überlebende "als gesetzlicher Erbe" eingesetzt (vgl. §§ 2066, 2067 BGB) oder zum Vorerben berufen wird. Erbrechtlich (nicht steuerrechtlich) unerheblich ist, ob die Ehepartner einen Zugewinn tatsächlich erzielt haben und wie lange der Güterstand gedauert hat. Ein Zugewinnausgleich erfolgt in diesen Fällen nicht.

b. Der Überlebende kann jedoch durch Ausschlagung der Erbschaft die **güterrechtliche Lösung** herbeiführen: Die vorbeschriebene erbrechtliche Lösung benachteiligt diejenigen Ehegatten, die bei Beendigung der Ehe durch Scheidung sehr **hohe Zugewinnausgleichsansprüche** geltend zu machen hätten, die deutlich über das pauschale erbrechtliche Viertel hinausgehen. Um solche Nachteile zu vermeiden, erlaubt das Gesetz dem überlebenden Ehegatten, die so genannte güterrechtliche Regelung herbeizuführen. Der Ehegatte muss dafür die **Erbschaft ausschlagen**, so dass er nicht Erbe wird. Er kann dann den tatsächlich erzielten Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen (§ 1371 Abs.3 BGB). Dasselbe gilt wenn, wenn der überlebende Ehegatte ohne Ausschlagung nicht Erbe oder

Vermächtnisnehmer wird (§ 1371 Abs.2 BGB). Neben dem Zugewinnausgleichsanspruch steht dem Ehegatten noch ein Pflichtteilsanspruch in Form des so genannten "**kleinen Pflichtteils**" zu. D.h. zur Bemessung des Pflichtteils wird lediglich die Erbquote des § 1931 BGB und nicht die Erhöhung nach § 1371 Abs.1 BGB herangezogen. Damit soll sichergestellt werden, dass der überlebende Ehegatte nicht zweimal -nämlich konkret und pauschaliert Zugewinn erhält. Der Ehegatte hat kein Wahlrecht, statt des Zugewinnausgleichs nebst kleinem Pflichtteil etwa den großen Pflichtteil zu verlangen.

III. Die kautelarpraktische Tätigkeit des Anwalts

Ein weites Betätigungsfeld anwaltlicher Tätigkeit bietet sich in der Gestaltung von Vermögensnachfolgen von Todes wegen oder unter Lebenden („vorweggenommene Erbfolge"), In der gebotenen Kürze sollen die Gestaltungsmöglichkeiten nachfolgend in Grundzügen dargestellt werden.

1. Arten letztwilliger Verfügungen

Der Erblasser kann durch **Testament** oder **Erbvertrag** die Erbfolge privatautonom gestalten.

In zahlreichen Vorschriften des objektiven Erbrechts (insbesondere: §§ 1937 bis 1941 BGB) kommt zum Ausdruck, dass diese privatautonome Gestaltungsmöglichkeit (= gewillkürte Erbfolge) den Vorrang hat vor der gesetzlichen Erbfolge. Der liberale Gesetzgeber hat sich ganz eindeutig für die **Testierfreiheit** als die erbrechtliche Ausprägung der Privatautonomie entschieden (BVerfGE 67, 341; LG Leipzig NJW 2000, 438).

Die Testierfreiheit erlaubt es dem Erblasser, durch seine privatautonom gestaltete Erbregelung für die Zeit nach seinem Tode eine aus seiner Sicht angemessene und gerechte Vermögensverteilung zu bewirken. Ihr Zweck liegt daher darin, die (allgemeine) Verfügungsfreiheit des Eigentümers auch auf die Frage zu erstrecken, wer nach seinem Tode das von ihm hinterlassene Vermögen erhalten soll. Sie äußert sich im Vorrang der gewillkürten vor der gesetzlichen Erbfolge.

Die ihr zu Gebote stehenden Mittel sind in inhaltlicher Hinsicht u. a. folgende Anordnungen:

- Einsetzung eines oder mehrerer Erben (§ 1937 BGB);
- Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938 BGB);
- Vermächtnis und Auflage (§§ 1939, 1940 BGB);

- Anordnungen bezüglich der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft (§§ 2044, 2048 BGB);
- Anordnung der Testamentsvollstreckung, Bestimmung des Testamentsvollstreckers und Festlegung seiner Befugnis sowie seiner Vergütung (§§ 2197, 2207 ff., 2222 ff., 2221 BGB);
- Anordnungen bezüglich der Pflichtteilslast sowie die Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteilsrechts (§§ 2324, 2333 ff. BGB).

In formeller Hinsicht stehen für die Ausübung der Testierfreiheit verschiedener Formen zur Verfügung:

- das Testament, das eigenhändig (§ 2047 BGB) oder zur Niederschrift eines Notars (§ 2232 BGB), in Notfällen auch vor anderen Personen (§§ 2249 ff. BGB) errichtete werden kann, sowie
- der bindende, d. h. nicht widerrufliche, Erbvertrag (§ 2276 BGB).

1.1. Das einseitige Testament

Das Testament ist eine **einseitige** letztwillige Verfügung. Mit der Errichtung eines Testaments kann der Erblasser über die Verteilung seines Vermögens unter Beachtung der Vorgaben des Pflichtteils bestimmen, der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge wird ausgeschlossen. Das einseitige Testament kann jederzeit vom Erblasser widerrufen oder geändert werden.

Das Testament kann in Form des

- öffentlichen Testaments oder
- des privatschriftlichen Testaments

errichtet werden.

Das öffentliche Testament wird in der Weise errichtet, dass der Erblasser dem **Notar** seinen letzten Willen erklärt oder eine Schrift (offen oder verschlossen) mit der Erklärung übergibt, dass jene seinen letzten Willen enthalte, § 2232 BGB.

Möglich ist auch privatschriftliche die Errichtung eines Testaments durch eine vollständig **eigenhändig** geschriebene und unterschriebene Erklärung.

1.2. Der Erbvertrag

Ein Erbvertrag ist, im Gegensatz zum Testament, ein **Vertrag zwischen zwei oder mehreren Personen**, in dem Verfügungen über das Erbe getroffen werden.

Entscheidender Unterschied gegenüber dem Testament ist, dass zumindest ein Vertragspartner in dem Vertrag eine letztwillige Verfügung trifft, die von ihm nicht einseitig geändert werden kann, also für ihn **bindend** ist. Gerade durch dieses Merkmal unterscheidet sich der Erbvertrag vom Testament, das jederzeit frei widerrufbar ist. Ein Erbvertrag bedarf zwingend der notariellen Beurkundung.

1.3. Exkurs: Das „Berliner Testament"

Als Berliner Testament bezeichnet man im deutschen Erbrecht ein gemeinschaftliches Testament von Ehepartnern oder Lebenspartnern, in dem diese sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und bestimmen, dass mit dem Tod des zuletzt Verstorbenen der Nachlass an einen Dritten fallen soll.

NEGATIVASPEKTE DES BERLINER TESTAMENTS:

1. Erbschaftsteuerlich kann sich diese Gestaltung jedoch als fataler Fehler erweisen, weil nämlich das Vermögen bei wirtschaftlicher Betrachtung **zweimal besteuert** wird: einmal beim Übergang des Erstversterbenden auf den länger lebenden Ehegatten und anschließend beim Tod des länger lebenden Ehegatten auf die Kinder.
2. Als weiterer gravierender Nachteil erweist sich, dass die beträchtlichen erbschaft-und schenkungsteuerlichen **Freibeträge** (bei Kindern gem. § 16 Abs. I Nr. 2 ErbStG derzeit 400.000,00 € pro Kind) **ungenutzt** verloren gehen.
3. Auch die **wechselseitigen Verfügungen** des Berliner Testaments können zu Lebzeiten beider Ehegatten einseitig widerrufen werden. Mit dem Tod eines Ehegatten erlischt dieses Widerrufsrecht. Folge: Der überlebende Ehegatte ist an eine erfolgte Schlusserbeneinsetzung in nahezu aller Regel gebunden, eine Abänderung ist nicht mehr möglich. Allerdings können die wechselseitig getroffenen Verfügungen des Testaments im Falle der Wiederheirat des überlebenden Ehegatten angefochten werden, weil der neue Ehegatte gegenüber dem Überlebenden pflichtteilsberechtigt ist.
4. Schlussendlich darf nicht vergessen werden, dass die gegenseitige Erbeinsetzung der testierenden Ehegatten etwaige **Pflichtteilsansprüche** der Abkömmlinge beim Tod des ersten Ehegatten nicht verhindert.

2. Erb- und Pflichtteilsverträge

Gemäß § 311b Abs. 4 BGB sind Rechtsgeschäfte über den Nachlass eines noch lebenden Dritten grundsätzlich **nichtig**. Hiervon machen (u.a.) die Vorschriften der §§ 2346 ff. BGB eine bedeutsame gesetzliche **Ausnahme**. In der notariellen Praxis spielen Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge eine große Rolle. Insbesondere der Pflichtteilsverzichtsvertrag ist ein wichtiges Mittel sogenannter vorsorgender Rechtspflege.

Der Erbverzicht soll mit seiner unmittelbaren rechtsändernden, erbrechtlichen Wirkung schon vor dem Erbfall künftigen Erben, namentlich den Kindern die Möglichkeit geben, im Einverständnis mit dem Erblasser als Erbanwärter, künftige Pflichtteilsberechtigte oder Vermächtnisnehmer gegen eine **Abfindung** vor dem Erbfall auszuscheiden oder bei Beschränkung des Verzichts auf einen Bruchteil der Erbschaft oder des Erbteils Vorzuwendungen auch dort auszugleichen oder anzurechnen, wo das Gesetz dieses nicht vorsieht.

Er kann damit vor allem die gesetzliche Erbfolge der Besonderheit des einzelnen Erbfalls **anpassen** und die Voraussetzungen dafür schaffen, die Erbfolge vor dem Erbfall zugunsten einzelner gesetzlicher Erben vorwegzunehmen.

Bei eingesetzten Erben und Vermächtnisanordnungen (§ 2352 BGB) ist er bedeutsam, wenn der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist, so dass er seine Verfügungen nicht aufheben, sein gesetzlicher Vertreter aber einen Erbverzicht schließen kann; weiter, wenn der Erblasser an Verfügungen gebunden ist.

Das Gesetz (§§ 2346 ff. BGB) unterscheidet zwischen dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, § 2346 Abs. 1 BGB, dem Verzicht auf den Pflichtteil, § 2346 Abs. 2 BGB, sowie dem Verzicht auf Zuwendungen in letztwilligen Verfügungen, § 2352 BGB.

Die **Abgrenzung** kann durchaus **problematisch** sein (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1519). Für beide Arten des Verzichts bestimmt § 2347 BGB die persönlichen, § 2348 BGB die formellen Anforderungen für den Abschluss des Verzichtsvertrags und § 2351 BGB die Möglichkeit einer späteren Aufhebung.

Der **Erbverzicht** ist ein Vertrag zwischen dem Erblasser und einem durch Gesetz oder letztwillige Verfügung berufenen Erbanwärter, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmer, durch den der Anfall des Erbrechts, die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs oder eines Vermächtnisses ganz oder teilweise **ausgeschlossen** wird (BGH, NJW 1997, 653).

Rechtsfolge eines Erbverzichts ist die **unmittelbare Änderung der Erbfolge** (Palandt/ Edenhofer, § 2346 Rdnr. 4). Es wird der Anfall der Erbschaft beim Verzichtenden

verhindert, wie wenn dieser zurzeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB). Mit dem Erbverzicht erlöschen grundsätzlich auch Pflichtteilsansprüche (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz BGB) sowie Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB. Nach § 2310 Satz 2 BGB werden bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Erbteils die durch Erbverzicht ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten nicht mitgezählt. Es **erhöhen sich die Pflichtteilsquoten** der übrigen pflichtteilsberechtigten Erben.

Diese Rechtsfolge tritt nicht beim bloßen **Pflichtteilsverzicht** nach § 2346 Abs. 2 BGB ein. Zudem bleibt der Verzichtende in diesem Fall gesetzlicher Erbe (Palandt/Edenhofer, § 2346 Rdnr. 8).

Der Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrag erfasst in der Regel nicht einen Verzicht auf Zuwendungen, die in einer zum Zeitpunkt des Verzichts bereits bestehenden letztwilligen Verfügung zugunsten des Verzichtenden angeordnet sind (Palandt/Edenhofer, § 2346 Rdnr. 4).

Der Erbverzichtsvertrag bedarf der **notariellen Beurkundung** (§ 2348 BGB).

Die Wirkungen des Erbverzichts können von der Beteiligten in vielfacher Weise eingeschränkt werden. Das Gesetz selbst sieht in § 2346 Abs. 2 BGB die Beschränkung auf den bloßen Pflichtteilsverzicht vor. Die Beschränkung des Verzichts auf das Pflichtteilsrecht (§ 2346 Abs. 2 BGB) hat zur Folge, dass ein Pflichtteilsanspruch des Verzichtenden nicht entsteht.

Denkbar und in der notariellen Praxis häufig anzutreffen ist die **gegenständliche Beschränkung** hinsichtlich eines einzelnen Nachlassgegenstands. Beispielsweise kann vereinbart werden, einen bestimmten Gegenstand bei der Bewertung des Pflichtteilsrechts nicht zu berücksichtigen oder diesen hierbei besonders zu bewerten.

Dieser gegenständliche Pflichtteilsverzicht (Palandt/Edenhofer, § 2346 Rdnr. 8) bietet sich insbesondere bei der **vorweggenommenen Erbfolge** an, um sicherzustellen, dass dem Bedachten der gegenwärtige Vermögenswert im Hinblick auf den künftigen Erbfall erhalten bleibt (Erman/W. Schlüter, § 2346 Rdnr. 3; Palandt/Edenhofer, § 2346 Rdnr. 5; Fette, NJW 1970, 743; Cremer, MittRhNotK 1978, 169; Weirich, DNotZ 1986, 5).

IV. Die Informationsrechte des Erben (Grundzüge)

Das Vermögen des Erblassers geht mit seinem Tod auf den oder die Erben über, § 1922 BGB (Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge oder Universalsukzession).

Der Erbe wird mit dem Erbfall an der Stelle des Erblassers **Eigentümer** beweglicher und unbeweglicher Sachen (das außerhalb des Grundbuchs), **Inhaber schuldrechtlicher**

Forderungen und Wertpapiere usw. Der Erbe tritt mit dem Erbfall in diejenigen Rechtspositionen des Erblassers ein, die noch im Werden begriffen sind (sog. **Anwartschaftsrechte**).

Schließlich geht auch der **Besitz** mit dem Eintritt des Erbfalls auf den Erben über (§ 857 BGB). War der Erblasser unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer einer Sache, erhält auch der Erbe im Zeitpunkt des Tods des Erblassers die Stellung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzers, und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Zustand er (der Erbe) die tatsächliche Sachherrschaft erlangt.

Vom Eintritt des Erbfalls an wird der Erbe durch die besitzrechtlichen Vorschriften gegen verbotene Eigenmacht (§§ 858 ff. BGB) und durch die Vorschrift des § 935 BGB geschützt, denn eine ohne den Willen des Erben weggeschaffte Sache ist diesem abhanden gekommen.

Der gesamte Nachlass oder auch nur Teile davon können aus recht unterschiedlichen Gründen zunächst in die „falschen Hände" gelangen. Einmal wird dies durch die erfolgreiche Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, ein anderes Mal durch das verspätete Auffinden des Erben oder auch eine zunächst unklare Rechtslage bewirkt. Die vielfältigen Gründe können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden. Stellt sich aber schließlich heraus, dass diejenige Person, die die Erbschaft oder Teile davon in ihrem Besitz hat oder hatte, nicht der Erbe ist, sondern eine dritte Person, so kann der „wahre Erbe" seine Ansprüche gegen diese geltend machen.

Es kommt in der Praxis häufig vor, dass der Erbe nicht weiss, welche Gegenstände zu dem Nachlass gehören und wo sie verblieben sind.

Ohne diese Kenntnis kann er seine gesetzlichen Rechte aber nicht wahrnehmen, insbesondere die ihm zustehenden Herausgabeansprüche nicht geltend machen. Bereits nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 260, 261 BGB) ist der Erbschaftsbesitzer verpflichtet, dem Erben ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände vorzulegen und dieses Verzeichnis u.U. durch eine Versicherung an Eides statt zu bestätigen.

Die Vorschrift des **§ 2027 Abs. 1 BGB** konkretisiert und erweitert zugleich diesen allgemeinen Auskunftsanspruch. Danach hat der **Erbschaftsbesitzer** dem Erben und jedem, der den Erbschaftsanspruch geltend machen kann, über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände, ihre Veräußerung, Verschlechterung, ihren Verlust und ihre Ersatzgegenstände Auskunft zu erteilen (§ 2027 Abs. 1 BGB). Praktisch hat der Erbschaftsbesitzer damit über die Verwaltung des Nachlasses **Rechenschaft** zu geben, einschließlich der Vorlage von **Belegen**.

Die gleichen Auskunftspflichten treffen den **Besitzer von Nachlasssachen**, der nicht Erbschaftsbesitzer ist, wenn er die Sachen aus dem Nachlass in Besitz genommen hat, bevor der Erbe den Besitz (mittelbaren oder unmittelbaren) tatsächlich ergriffen hat (§ 2027 Abs. 2 BGB).

Auskunftspflichtig ist schließlich derjenige, der sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in **häuslicher Gemeinschaft** befunden hat.

Diese Auskunftspflicht des Hausgenossen ist nicht so weitgehend: Er hat lediglich Auskunft darüber zu erteilen, welche **erbschaftlichen Geschäfte** er **geführt** hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist (§ 2028 Abs. 1 BGB). Als Hausgenossen im Sinn dieser Auskunftspflicht sind anzusehen: Hausangestellte, Pflegepersonal, Zimmer- und Flurnachbarn. Ferner alle diejenigen Personen, die sich aufgrund der räumlichen oder persönlichen Beziehungen zu dem Erblasser Kenntnis über den Verbleib der Nachlassgegenstände verschaffen können.

V. Grundzüge des Pflichtteilsrechts

Grundsätzlich kann der Erblasser im Rahmen der Testierfreiheit durch Verfügung von Todes wegen frei über sein Vermögen verfügen. Eine Grenze hierzu stellt das Pflichtteilsrecht dar, das den nächsten Angehörigen des Erblassers eine Mindestteilhabe am Nachlass garantiert.

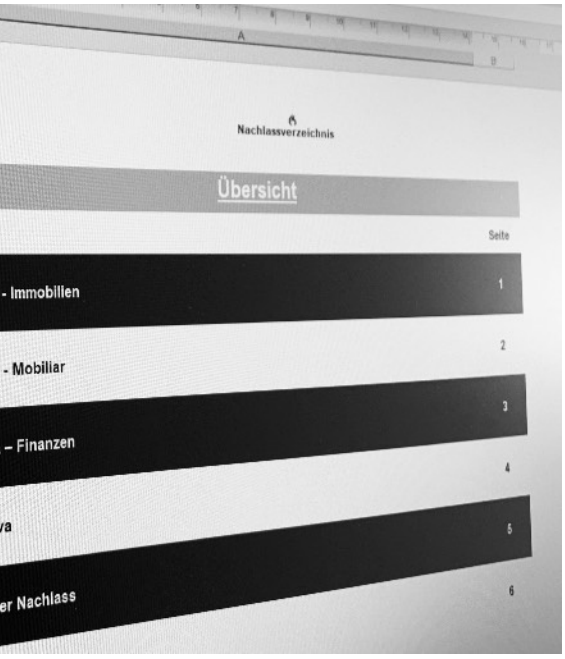
In seiner Entscheidung vom 19.04.2005 hat das BVerfG nicht nur die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge bestätigt, sondern sogar festgestellt, dass dieses als grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung am Nachlass des Erblassers durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 LV.m. Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet ist (BVerfG ZErb 2005, 169).

1. Pflichtteilsberechtigte

Pflichtteilsberechtigt sind gemäß § 2303 BGB neben dem **Ehegatten** (oder dem eingetragenen Lebenspartner) die **Abkömmlinge** des Erblassers. Hierunter fallen alle Personen, die mit dem Erblasser in absteigender gerader Linie (§ 1589 S. 1 BGB) verwandt sind, also Kinder, Enkel, Urenkel usw. Hierzu zählen auch angenommene (§§ 1754, 1770 BGB) Kinder.

2. Voraussetzungen und Inhalt des Pflichtteilsrechts

Der Pflichtteilsberechtigte muss durch Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) von der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge ausgeschlossen worden sein.



Das Entstehen des Pflichtteilsrechts setzt voraus, dass die vorgenannten Abkömmlinge im Zeitpunkt des Erbfalls gesetzliche Erben sind. Der nähere Abkömmling schließt hier den entfernteren Abkömmling gemäß § 1924 Abs. 2 BGB aus.

Das Pflichtteilsrecht kann nicht durch Ausschlagung der Erbschaft erlangt werden, da dessen Entstehung den Ausschluss von der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen voraussetzt. Der Erbe hat also grundsätzlich nicht die Wahl, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen.

Ausnahmen bestehen lediglich in den Fällen der §§ 1371 Abs. 3, 2306 Abs. 1 S. 2 BGB.

Der Pflichtteil besteht in der **Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils** (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB). Zur Feststellung des so genannten Pflichtteilsbruchteils werden bestimmte gesetzliche Erben gemäß § 2310 Abs. 1 BGB mit berücksichtigt. Diese sind:

- Erben, die enterbt worden sind;
- Erben, die die Erbschaft ausgeschlagen haben;
- Erben, die für erbunwürdig erklärt worden sind.

Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht gemäß § 2317 Abs. 1 BGB **mit dem Erbfall**. Der Erbe sieht sich also im Zweifel mit einer sofortigen Zahlungsverpflichtung konfrontiert. Es handelt sich um einen **Geldanspruch**.

3. Pflichtteilsrestanspruch

§ 2305 BGB gewährt dem **pflichtteilsberechtigten Miterben** einen Ausgleichsanspruch, wenn der durch Verfügung von Todes wegen zugewandte Erbteil geringer ist als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils (sog. Pflichtteilsrestanspruch oder Zusatzpflichtteil).

In Höhe dieses Differenzbetrags steht ihm dann eine Geldforderung zu.

> *Beispiel:*
> *Witwer E hat seine drei Kinder A, B und C zu Erben berufen, und zwar A zu 3/4 und B und C zu je 1/8. Der gesetzliche Erbteil von Bund C beträgt 1/3, so dass ihnen ein Pflichtteil von 1/6 zustehen würde. Da sie durch Testament nur zu je 1/8 berufen sind, haben sie weniger erhalten als ihren Pflichtteil. Folglich gewährt ihnen § 2305 BGB -da sie insoweit von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind einen Pflichtteilsrechtanspruch gegen den begünstigten Miterben A in Höhe der Differenz zwischen Pflichtteilsanspruch und zugewendetem Erbteil.*

B und C haben daher einen Anspruch auf Zahlung des Wertes von je 1/24 der Erbschaft, so dass sie dann insgesamt 1/6 (1/8 + 1/24) erhalten. Der Anspruch richtet sich gegen den Miterben A. Ein Miterbe, der selbst pflichtteilsberechtigt ist, kann die Befriedigung eines anderen soweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt (§ 2319 BGB).

Wenn B und C ausschlagen, werden sie nicht Erben. Ihnen kann jedoch insoweit, als sie von E als Erben berufen waren, kein Pflichtteilsanspruch zustehen, da sie zu diesem Anteil nicht durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind, sondern durch die eigene Ausschlagung. Sie behalten aber ihren Pflichtteilsrestanspruch gegen A von 1/24. Insoweit sind sie nämlich durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen; der Pflichtteilsrestanspruch wird also durch die Ausschlagung nicht berührt.

Der Pflichtteilsrestanspruch ist ein echter Pflichtteilsanspruch. Er stellt eine Nachlassverbindlichkeit dar, für die die Miterben nur beschränkt haften (§ 2063 Abs.2 BGB; OLG Düsseldorf ZEV1996, 72, 73; KG OLGE 1, 258, 263).

Der Pflichtteilsrestanspruch ist zu unterscheiden vom Pflichtteilsergänzungsanspruch (§§ 2325 ff. BGB), der ein außerordentlicher Pflichtteilsanspruch ist und an besondere Voraussetzungen geknüpft ist. Soweit Erbteil und Vermächtnis zugleich zugewandt werden, ist auch § 2307 BGB anzuwenden.

4. Pflichtteilsergänzungsanspruch

Dem Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB kommt in der Praxis eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch bewirkt, dass bestimmte **Geschenke** bzw. deren Wert dem Nachlass wieder hinzugerechnet werden, so dass sich ein **fiktiver Nachlass** ergibt, aus dem sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch ermittelt. Subsidiär haftet insoweit gemäß § 2329 BGB auch der Beschenkte.

Als Ausdruck einer über den Tod hinausgehenden Fürsorgepflicht des Erblassers für seine nächsten Angehörigen soll durch das Pflichtteilsrecht eine gesetzlich normierte **Mindestteilhabe** am Vermögen des Erblassers gesichert werden. Wäre der geschützte Personenkreis insoweit jedoch auf den aktuellen Bestand des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls angewiesen, so könnten derartige Pflichtteilsansprüche durch lebzeitige Vermögensverschiebungen jederzeit umgangen werden. Insoweit zielt der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB auf eine Beteiligung nicht nur am realen Nachlass, sondern im zeitlich festgelegten Rahmen am wirtschaftlichen Wert des lebzeitigen Vermögens ab.

Um eine solche Mindestbeteiligung zu gewährleisten, partizipieren die Pflichtteilsberechtigten rechnerisch über den realen Nachlass hinaus auch an den **unentgeltlichen Vermögensverfügungen** des Erblassers aus den letzten zehn Jahren vor dem Erbfall, wobei die **Zehn-Jahres-Frist** bei Verfügungen an den Ehegatten erst mit Beendigung der Ehe zu laufen beginnt (§ 2325 Abs. 3 BGB).

Beispiel:
Der Reinnachlass des verwitweten Erblassers E beläuft sich im Erbzeitpunkt auf 600.000,00 €. Als testamentarischer Erbe ist der familienfremde C eingesetzt. Kurz vor seinem Tod hat E seinem Freund F eine Schenkung in Höhe von 400.000,00 € gemacht. Gesetzliche Erben wären die beiden Kinder A und B.

Der jeweils ordentliche Pflichtteil der beiden Kinder beläuft sich auf 150.000,00 € (1/4 von 600.000 EUR). Unter Hinzurechnung der Schenkung zum Nachlass ergibt sich ein fiktiver Gesamtnachlass in Höhe von 1.000.000,00 €. Aus diesem würde sich ein Gesamtpflichtteil von jeweils 250.000,00 € für A und Bergeben. Beiden steht somit die Differenz zwischen dem ordentlichen Pflichtteil und dem fiktiven Gesamtpflichtteil, das heißt jeweils 100.000,00 € als Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen C zu.

Inhaber eines solchen Anspruchs kann nur der Kreis der Pflichtteilsberechtigten (§ 2303 BGB) sein. Während der ordentliche Pflichtteilsanspruch mit Ausnahme des Zusatzpflichtteils nach § 2305 BGB nur dem enterbten Pflichtteilsberechtigten zusteht, kann Inhaber eines Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB auch jemand sein, der nicht von der Erbfolge ausgeschlossen wurde.

Die Schenkung wird nach der gesetzlichen Neuregelung seit 2009 für die Pflichtteilsergänzung mit ihrem vollen Wert nur berücksichtigt, wenn sie kurz vor dem Erbfall vollzogen wurde; ansonsten wird der Wert der Schenkung - gestaffelt nach Jahren - nur noch **anteilig** dem Nachlass hinzugerechnet.

Die starre Frist des früheren Rechts führte demgegenüber dazu, dass es für die Beteiligten um ein "Alles oder Nichts" ging. Starb der Erblasser auch nur einen Tag vor Fristablauf, so war der volle Wert des verschenkten Gegenstands dem Nachlass hinzuzurechnen; starb er dagegen einen Tag nach Ablauf der Frist, wurde nichts hinzugerechnet, und der Pflichtteilsberechtigte ging leer aus.

Diese Zufälligkeit der Ergebnisse beseitigt der neugefasste § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB, der eine "**Pro-Rata-Lösung**", ein so genanntes "**Abschmelzungsmodell**" vorsieht:

Je länger die Schenkung zurückliegt, umso weniger wird sie berücksichtigt: die Schenkung wird dem Nachlass mit ihrem vollen Wert nur zugerechnet, wenn die Leistung des verschenkten Gegenstands innerhalb des letzten Jahres vor dem Erbfall erfolgte.

Beispiel
Erblasser E schenkt im März 2004 einer gemeinnützigen Organisation 100.000 € (wertindexiert) und verstirbt im Mai 2012 (acht Jahre seit Schenkung vergangen). In diesem Fall wird für den Pflichtteilsergänzungsanspruch nur der noch nicht "abgeschmolzene" Wert von 20 %, mithin 20.000 €, dem fiktiven Nachlass hinzugerechnet.

Die Neuregelungen betreffen jedoch nicht nur Schenkungen, die erst nach dem Inkrafttreten der Neuregelung vorgenommen wurden, sondern die Übergangsregel knüpft insoweit allein an den Erbfall an. Sind jedoch zehn Jahre verstrichen, so bleibt der Wert der Schenkung - wie bisher - außer Ansatz.

5. Pflichtteilsentziehung

Die bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass ist nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich unentziehbar und genießt Schutz durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. mit Art. 6 Abs. 1 GG.

Nur wenn **besondere schwere Verfehlungen** der Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Erblasser oder seinem Ehegatten vorliegen, kann der Erblasser den Pflichtteil entziehen. Die Entziehungsgründe gegenüber Abkömmlingen, Eltern dem Ehegatten sind in § 2333 BGB **abschließend** aufgezählt. Sie sind nicht ausdehnungs- oder analogiefähig. Sie setzen alle Rechtswidrigkeit, Verschulden und damit auch Zurechnungsfähigkeit voraus; war der Täter jedoch schuldunfähig i. S. des Strafrechts, kann für das pflichtteilsentziehungsrechtlich erforderliche Verschulden ausreichen, dass der Täter den Unrechtstatbestand wissentlich und willentlich verwirklichte (natürlicher Vorsatz).

Die Pflichtteilsentziehung hat heute **keine große praktische Bedeutung**. Grund dafür ist zum einen, dass der Katalog der Pflichtteilsentziehungsgründe von der Rechtsprechung **restriktiv** ausgelegt wird, zum anderen aufgrund der hohen formellen Anforderungen und schließlich auf der großzügigen Bejahung der Verzeihung (§ 2337 BGB).

VI. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft

Bis zur Annahme der Erbschaft ist der Erbe nur ein vorläufiger Erbe („**Erbprätendent**").

Dem vorläufigen Erben soll für die Prüfung der Nachlassverhältnisse und die Überlegung, ob er endgültiger Erbe werden will, die volle Ausschlagungsfrist zur Verfügung stehen. Er muss daher, solange die Frist noch läuft, umfassend geschützt werden. Dem dienen folgende Bestimmungen:

- Der vorläufige Erbe kann von den Nachlassgläubigern nicht verklagt werden (§ 1958 BGB). Die Nachlassgläubiger können gegen ihn auch keinen Arrest, keine einstweilige Verfügung und keinen Mahnbescheid beantragen;

- der vorläufige Erbe ist nicht verpflichtet, einen Rechtsstreit fortzusetzen, der vom oder gegen den Erblasser begonnen und durch seinen Tod unterbrochen worden ist (§ 239 Abs. 5 ZPO);

- gegen den vorläufigen Erben können Nachlassgläubiger keinen vollstreckbaren Titel erwirken oder sich umschreiben lassen (§§ 1958 BGB; 727, 795 ZPO);

- Zwangsvollstreckungen wegen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet (§ 1967 Abs. 2 BGB), sind nicht in das Eigenvermögen des vorläufigen Erben, sondern nur in den Nachlass als Sondervermögen zulässig (§ 778 Abs. 1 ZPO). Auch in den Nachlass kann nur dann vollstreckt werden, wenn die Vollstreckung bereits gegen den Erblasser begonnen hatte und daher ohne Klauselumschreibung fortgesetzt werden kann;

- die Eigengläubiger des vorläufigen Erben können nur in dessen Eigenvermögen vollstrecken, da der Nachlass noch nicht mit diesem verschmolzen ist (§ 778 Abs. 2 ZPO).

1. Annahme der Erbschaft

Der Erbe kann die Erbschaft jedoch nicht mehr ausschlagen, wenn er sie angenommen hat oder wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist (§ 1943 BGB).

Mit der Annahme der Erbschaft, spätestens jedoch mit dem Ablauf der Ausschlagungsfrist erwirbt der vorläufige Erbe die Erbschaft endgültig. Die Bedeutung der Annahme liegt darin, dass der vorläufige Erbe sein Ausschlagungsrecht schon vor Fristablauf verliert, wenn er die Annahme erklärt hat.

Die Annahme der Erbschaft ist eine **formlose**, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung mit dem Inhalt, endgültig Erbe werden zu wollen, und kann daher naturgemäß nur nach dem Tod des Erblassers abgegeben werden (Damrau/Masloff, Erbrecht, § 1943 Rdnr. 3).

In der Praxis erfolgt die Annahme zumeist durch **schlüssiges** (stillschweigendes) **Verhalten**. Ob und wann ein solches Verhalten einer Person als stillschweigende Annahme der Erbschaft anzusehen ist, kann stets nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden (vgl. BayObLG, FamRZ 1988, 213; OLG Oldenburg, NJW-RR 1995, 141;

2. Ausschlagung der Erbschaft

Mit der Möglichkeit für den Erben, die Erbschaft auszuschlagen, soll vor allem ein Erbschaftserwerb verhindert werden, der wegen **Überschuldung** des Nachlasses sich nur als eine Last für den Erben darstellen würde.

Daneben kann die Ausschlagung aber auch dazu dienen, die Erbschaft **einem anderen zukommen** zu lassen. Der Grundsatz des „Vonselbsterwerbs" bedeutet also nicht, dass der Erbe gezwungen ist, die Erbschaft anzunehmen. Zur Ausschlagung ist jeder Erbe berechtigt, gleich ob er durch Gesetz, Testament oder Erbvertrag berufen wurde.

2.1. Ausschlagungsfrist

Die Ausschlagungsfrist soll dem vorläufigen Erben Gelegenheit geben, sich über die Verhältnisse des Nachlasses näher zu unterrichten, um sich über eine eventuelle Ausschlagung schlüssig zu werden.

Die Dauer der Ausschlagungsfrist beträgt in der Regel **sechs Wochen** (§ 1944 Abs. 1 BGB). Sie beträgt ausnahmsweise **sechs Monate**, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland gehabt hat oder wenn der Erbe sich bei dem Beginn der Frist im Ausland aufgehalten hat (§ 1944 Abs. 3 BGB).

Das Recht zur Ausschlagung entsteht mit **Anfall der Erbschaft** (§ 1942 Abs. 1 BGB). Die Ausschlagungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung **Kenntnis** erlangt (§ 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, beginnt die Frist allerdings nicht vor der **Verkündung der Verfügung** zu laufen (§§ 1944 Abs. 2 Satz 2, 2260, 2261, 2262 BGB).

Der Erbe kennt den Berufungsgrund, wenn er sich nicht darüber im Unklaren ist, ob er gesetzlicher oder eingesetzter Erbe ist. Dabei wird verlangt, dass er eine derart zuverlässige Kenntnis hat, dass er bei Würdigung aller Umstände Anfall und Berufungsgrund nicht mehr ausschließen kann (BGH, NJW-RR 2000, 1530 = MDR 2000, 1193; BayObLG, FamRZ 1994, 264).

Der Fristbeginn ist besonders geregelt für den Pflichtteilsberechtigten (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei Miterben läuft die Frist für jeden Erben besonders. Ihre Hemmungen wirken nur in der Person des Miterben, bei dem sie eintreten. Der Lauf der Fristen ist nach den §§ 187 Abs. 1, 188, 193 BGB zu berechnen.

Die Erklärung muss dem örtlich zuständigen **Nachlassgericht zugehen** (§§ 342 Abs. 1 Nr. 5, 343, FamFG) und muss diesem in der notwendigen Form zugehen. Wichtig ist, dass die Erklärung innerhalb der Ausschlagungsfrist zugeht. Insoweit gelten die allgemeinen Bestimmungen über den Zugang von Willenserklärungen.

Über die allgemeine örtliche Zuständigkeit hinaus ist für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung der Erbschaft und für diejenige der Anfechtungserklärung der

Ausschlagung auch dasjenige Nachlassgericht (örtlich) zuständig, in dessen Bezirk der Ausschlagende oder Anfechtende seinen Wohnsitz hat. Die Niederschrift über die Erklärung ist von diesem Gericht an das nach § 343 FamFG zuständige Nachlassgericht zu übersenden, § 344 Abs. 7 FamFG.

2.2. Wirkung der Ausschlagung

Die form- und fristgerecht erklärte Ausschlagung wirkt auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück. Der Anfall der Erbschaft gilt als **von Anfang an nicht erfolgt** (§ 1953 Abs. 1 BGB). Die Erbfolge ist nunmehr so zu beurteilen, als ob der Ausschlagende bereits vorverstorben wäre (§ 1953 Abs. 2 BGB).

Anders als die Erklärung der Ausschlagung der Erbschaft, die nur dann erfolgen kann, wenn der Erbfall bereits eingetreten ist und die Erbschaft bereits angefallen ist, ermöglichen Erb- und Pflichtteilsverzicht es, die Erbfolge vor dem Eintritt des Erbfalls den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls anzupassen.

VII. Die Erbengemeinschaft

1. Einführung

Die Erbengemeinschaft entsteht durch gesetzliche oder infolge gewillkürter Erbfolge (Testament oder Erbvertrag). Nun bestimmt § 2032 BGB schlicht, dass der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen wird, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt. Wie bei der Alleinerbschaft werden auch die (Mit-)Erben Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers (§ 1922 BGB).

Es wird durch Gesetz eine **Gesamthandsgemeinschaft** am Nachlass begründet. Zweck der gesamthänderischen Bindung ist die **Absonderung** der Nachlassbeteiligung des Erben von dessen sonstigem Vermögen und die Sicherung der Liquidation im Interesse der Erben und der Nachlassgläubiger. Auch der Miterbe kann die Erbschaft ausschlagen.

Der Miterbe kann zwar über seinen Anteil am Nachlass verfügen (§ 2033 Abs. 1 BGB), nicht aber über den Anteil an einem einzelnen Nachlassgegenstand (§ 2033 Abs. 2 BGB). Der **Wert** des Anteils **realisiert** sich bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (Auseinandersetzungsguthaben) oder bei einer Veräußerung des Erbteils (§§ 2371 ff., 2033 Abs. 1 BGB).

Weil die Erbengemeinschaft der Auflösung zustrebt und nicht anderen, dauernden Zwecken dient, kann grundsätzlich **jeder Miterbe** die **Auseinandersetzung** des Nachlasses verlangen (§ 2042 BGB).

Bei der Miterbengemeinschaft ist die Interessenlage der Beteiligten demnach komplexer sowie vielschichtiger und unterscheidet sich deshalb wesentlich von derjenigen bei der Alleinerbschaft. Das gilt es auch bei der Beratung des bzw. der Miterben zu berücksichtigen. Erben mehrere, so stehen die Interessen der Nachlassgläubiger mit denen der Miterben und auch deren u.U. unterschiedlichen Belange und Interessen miteinander in **Widerstreit:** Die **Nachlassgläubiger** möchten nach Möglichkeit aus dem ungeteilten Nachlass **befriedigt** werden, um nicht nach einer Zersplitterung der Haftungsmasse einer Vielzahl von Schuldnern gegenüberzustehen. Die Miterben ihrerseits streben entweder eine möglichst **rasche Teilung** an, um über den Wert des Zugewendeten (frei) verfügen zu können, oder sie wollen aus höchst unterschiedlichen Motiven (z.B. Familienbindung) den Nachlass ungeteilt erhalten, was im Einzelfall auch sinnvoll sein kann.

Innerhalb der Gemeinschaft besteht die Notwendigkeit, alle Mitglieder an der **Verwaltung** zu beteiligen; anderseits darf die Gemeinschaft aber nicht durch die Sonderwünsche eines einzelnen oder einzelner (Mit-)Erben gelähmt werden. Soweit einzelnen Miterben Ansprüche gegen den Nachlass oder auch Ausgleichsforderungen zustehen, entsprechen deren Interessen weitgehend denen der Nachlassgläubiger.

Diese **Vielfalt der Interessenkonstellationen** versucht das Gesetz zu bewältigen und hat schließlich eine große Bedeutung für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen.

Der Berater von Miterben muss deshalb die Grundzüge und auch die Einzelheiten der Ausgestaltung der Miterbengemeinschaft kennen, um sie in eine den Umständen des Einzelfalles angemessene Beratung umsetzen zu können. Es sollen deshalb auch hier die Grundsätze der Ausgestaltung der Miterbengemeinschaft dargestellt werden.

Im Zentrum jeglicher Beratungstätigkeit hat stets der Einzelfall zu stehen. Gerade zu Beginn der Auseinandersetzungen zwischen den Miterben sind – oft eilige – Fragen von

- Auskunftsrechten und –pflichten,
- Verwaltungsangelegenheiten,
- Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten,
- Fristen sowie
- der Korrespondenz vor allem mit Banken und Sparkassen

im Vordergrund.

Später kommen die drängenden Fragen der Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft in allen ihren Facetten (einvernehmlich, im Verfahren nach den §§ 363ff. FamFG oder im Rahmen der Auseinandersetzungsklage) hinzu.

Problematisch für den Rechtsanwalt sind allerdings diejenigen Fälle in den gleich die gesamte Miterbengemeinschaft, bestehend aus drei Personen, ihren Besuch zum Beratungsgespräch ankündigt. Hier muss es – und zwar ehe es zum Beratungsgespräch kommt – die erste Handlung des Rechtsanwalts sein zu klären, ob sämtliche Mitglieder mit **gleichgerichteten Interessen** bei auftreten wollen, etwa weil sie sich im Grunde über die Auseinandersetzung geeinigt haben und nur in Einzelheiten um anwaltlichen Rat nachsuchen. Können gleichgerichtete Interessen festgestellt werden, kann ein Beratungsgespräch mit allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft ins Aussicht genommen werden.

Der Rechtsanwalt muss sich aber in solchen Fällen darüber im Klaren sein, dass die Verhältnisse sich schnell ändern können. So kann z.B. durch Intrigen eines Ehepartners eines Mitgliedes einer Miterbengemeinschaft die Stimmung von heute auf Morgen umschlagen mit der Folge, dass die Interessen zumindest eines der Mitglieder zu denjenigen der anderen Mitglieder gegenläufig werden.

Der Rechtsanwalt, der alle Mitglieder der Miterbengemeinschaft bereits mandatiert und beraten hat, muss nach der Feststellung des Meinungsumschwungs sein **Mandat niederlegen,** da er nunmehr, bei widerstreitenden Interessen keinen der Beteiligten mehr beraten darf. Dieses Risiko besteht fast in allen Fällen bei der Beratung mehrerer Miterben und kann nur dadurch ausgeschaltet werden, dass von vornherein das **Mandat auf einen einzelnen Miterben** beschränkt wird mit der Folge, dass die Erhöhungsgebühr nicht geltend gemacht werden kann. Hier allerdings kann eine Gebührenvereinbarung weiterhelfen.

2. Informationsbeschaffung

Für die Erben ist es auch bei ihrer Stellung als Miterben von entscheidender Bedeutung, so schnell wie möglich **Kenntnis vom Umfang und der Art der Zusammensetzung** des Nachlasses zu erhalten. Das ist zunächst von Bedeutung für die Frage, ob sie die Erbschaft behalten wollen und welche Risiken möglicherweise auf sie im Zusammenhang mit der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten zukommen können.

Dazu wollen die (Mit-)Erben die einzelnen zum Nachlass gehörenden Gegenstände auch in **Besitz** nehmen, sie verwalten und die daran bestehende Gemeinschaft irgendwann auseinandersetzen.

Deshalb müssen die Möglichkeiten in Betracht gezogen werden, wie die Erben den Umfang des Nachlasses feststellen können, z.B. durch:

- Auskunftseinholung bei Banken oder dem Finanzamt
- Einsichtnahme in das Grundbuch und das Handelsregister

Daneben bestehen Auskunftsansprüche wie z.B.

- zwischen den Miterben über lebzeitige Zuwendungen (§ 2057 BGB)
- gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 2027 BGB)
- gegenüber Hausgenossen (§ 2028 BGB) oder
- gegen denjenigen Miterben, der für den Erblasser entweder vor dessen Tod oder auch danach das Vermögen bzw. den Nachlass verwaltet hat (§§ 666, 681 BGB).

Die Rechtsprechung hat stets eine **eigenständige Auskunftsverpflichtung** zwischen Miterben **verneint** und auf die o.a. gesetzlichen Vorschriften verwiesen. Dies deshalb, weil jeder einzelne Miterbe genügend eigene Möglichkeiten hat, sich über den Bestand des Nachlasses als Gesamthänder in Kenntnis zu setzen und daher nur ganz ausnahmsweise die Mitwirkung des/der Miterben benötigt. Im Einzelfall stehen ihm die vorgenannten Ansprüche – auch gegen Miterben – zu.

Nur **ausnahmsweise** besteht ein Auskunftsanspruch einzelner Miterben gegenüber den anderen, wenn einzelne Erben in entschuldbarer Weise über den Nachlassumfang oder seinen Verbleib im ungewissen sind, andere Erben demgegenüber die erforderliche Auskunft indes ohne Schwierigkeiten erteilen können (BGHZ 61, 180).

3. Die Verwaltung des Nachlasses

3.1. Allgemeine Grundsätze

Die Erbengemeinschaft ist nach dem Gesetz keine Dauergemeinschaft, sondern nur zur **Abwicklung** und **Aufteilung** der Hinterlassenschaft des Erblassers geschaffen, wenn er mehrere Erben hinterlässt; sie ist also von Anfang an eine sogenannte (geborene) **Liquidationsgemeinschaft**, deren Auflösung jeder Miterbe betreiben kann, § 2042 Abs. 1 BGB.

Vor der (endgültigen) Auseinandersetzung steht meist eine mehr oder weniger lange andauernde und nicht selten streitbehaftete Verwaltung des Sondervermögens Nachlass durch die Gesamthandsgemeinschaft.

In der Zeit zwischen dem Erbfall und der Auseinandersetzung des Nachlasses sind in Bezug auf einzelne Nachlassgegenstände rein tatsächliche und rechtliche Handlungen vorzunehmen (Verwaltung des Nachlasses, § 2038 Abs. 1 BGB).

Dabei bedeutet **Verwaltung** gleich Maßnahmen zur **Erhaltung** oder **Vermehrung** des Nachlasses. § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB legt für die Beziehungen zwischen den Miterben untereinander das Prinzip der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses fest. Dieser Grundsatz folgt strikt der gesamthänderischen Ausgestaltung der Miterbengemeinschaft.

Es gibt allerdings einige gesetzliche Ausnahmen vom gesamthänderisch geprägten Grundprinzip der Gemeinschaft.

Das Gesetz hat sich für den **Einstimmigkeitsgrundsatz** entschieden: Alle Verwaltungsmaßnahmen sind von den Miterben grundsätzlich einstimmig zu treffen (§ 2038 Abs. 1 BGB). Wirkt ein Miterbe nicht mit, so ist er notfalls auf Zustimmung zu verklagen. Mit der Rechtskraft des Urteils wird seine Zustimmung ersetzt (§ 894 ZPO). **Ausnahmsweise** reicht eine **Mehrheitsentscheidung** der Miterben (nach Quoten), wenn eine der Beschaffenheit eines Nachlassgegenstandes entsprechende Verwaltung bzw. Benutzung beschlossen werden soll und diese nicht zu einer wesentlichen Veränderung des Gegenstandes führt (§§ 2038 Abs. 3, 745 Abs. 3 BGB).

Notwendige Erhaltungsmaßnahmen kann der einzelne Miterbe **allein** treffen (§ 2038 Abs. 1 S. 2. 2. HS BGB).

Über den einzelnen Nachlassgegenstand können die Miterben **nur gemeinschaftlich verfügen** (§ 2040 Abs. 1 BGB).

Das Gesetz räumt jedem Miterben eine **gesetzliche Prozessstandschaft** in der Weise ein, dass jeder einzelne Miterbe **Leistung an alle Erben** verlangen kann (§ 2039 S. 1 BGB). Das ergehende Urteil erzeugt nur zwischen den am Prozess beteiligten Parteien Rechtskraft, nicht auch im Verhältnis zu den anderen Miterben (BGHZ 92, 354), so dass ein Schuldner theoretisch trotz Klageabweisung zu seinen Gunsten mit einer gleichen Klage eines anderen Miterben überzogen werden kann.

3.2.Verwaltungshandlungen (§ 2038 BGB)

Unter Verwaltung des Nachlasses werden gemeinhin alle Maßregeln verstanden, welche die Verwahrung, Sicherung, Erhaltung, Vermehrung, Nutzungsgewinnung, Verwertung von Nachlassgegenständen und der Schuldenbegleichung dienen. Dabei kann sich die Verwaltung bei der Geschäftsführung im Innenverhältnis auswirken oder auch nach außen gegenüber Dritten äußern (MünchKommBGB/Dütz, § 2038 Rn. 14).

Bei den Verwaltungsmaßnahmen ist wegen des Mehrheitsprinzips im Innenverhältnis in dreifacher Weise zu unterscheiden zwischen:

- ordnungsgemäßen Verwaltungsmaßnahmen,
- nicht ordnungsgemäßen (außerordentlichen) Verwaltungsmaßnahmen und
- den Notverwaltungsmaßnahmen.

Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung ist nur bei den nicht ordnungsgemäßen Verwaltungsmaßnahmen erforderlich. Dabei muss Gemeinschaftlichkeit nicht nur im Innen- sondern auch im Außenverhältnis vorliegen. Verweigert ein Miterbe die Durchführung eines einstimmigen Geschäftsführungsbeschlusses gegenüber Dritten, so kommt nur eine Erzwingung über die Mehrheitsverwaltung in Betracht.

Die ordnungsgemäße Verwaltung umfasst Maßnahmen, die der Beschaffenheit des betreffenden Nachlassgegenstandes im konkreten Fall und dem objektiven Interesse aller Miterben entsprechen unter Ausschluss wesentlicher Veränderungen (§ 745 Abs. 1 BGB).

3.2.1. ORDNUNGSGEMÄßE VERWALTUNGSMAßNAHMEN

Entscheidungen im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung müssen **mit (einfacher) Mehrheit** getroffen werden (§ 2038 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 745 BGB). Die Stimmen berechnen sich dabei nach der Größe des Erbteils (§§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Mitwirkungspflicht kann durch Klage durchgesetzt werden. Der Klageantrag ist auf Zustimmung zu einer bestimmten Maßnahme zu richten, die dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechen muss.

Was ordnungsgemäße Verwaltung ist, richtet sich nach § 745 BGB:

- sie muss der Beschaffenheit des Gegenstands dienen, § 745 Abs. 1 BGB ,
- dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechen, § 745 Abs. 2 BGB, und
- darf keine wesentliche Veränderung des Nachlasses darstellen, § 745 Abs. 3 S. 1 BGB.

3.2.2. AUßERORDENTLICHE VERWALTUNGSMAßNAHMEN

Nur für die außerordentlichen Maßnahmen der Verwaltung ist **Einstimmigkeit** erforderlich (§ 2038 Abs. 1 S. 1 BGB).

3.2.3. NOTVERWALTUNGSMAßNAHMEN

Die zur Erhaltung notwendigen Maßnahmen der Verwaltung kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen (§ 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB); es ist dann von einer Einzelverwaltungsbefugnis, dem sog. **Notverwaltungsrecht** auszugehen. Der einzelne Miterbe ist gegenüber den anderen Miterben berechtigt, aber auch aufgrund des gegebenen Rechtsverhältnisses auch verpflichtet, unaufschiebbare Notverwaltungsmaßnahmen vorzunehmen.

Notverwaltungsmaßnahmen bestimmen sich grundsätzlich nach § 744 Abs. 2 BGB (BGH NJW-RR 1995, 705). Als Notverwaltungsmaßnahmen kommen deshalb nur Maßnahmen im Rahmen der ordnungsgemäßen (nicht der außerordentlichen) Verwaltung in Betracht. Zur Vornahme muss eine **Notwendigkeit** bestehen, Nützlichkeit reicht nicht aus. Bei

Nichtvornahme muss dem Nachlass oder einzelnen Gegenständen des Nachlasses ein **Schaden entstehen** oder jedenfalls ernstlich drohen.

Maßgebend für die Beurteilung des Vorliegens der Notwendigkeit ist dabei eine **objektive Betrachtung** aus der Sicht eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beobachters zur Zeit der Handlung. Hierzu zählen beispielsweise dringende Reparaturarbeiten an einem Hausgrundstück (BGHZ 6, 84).

4. Nutzung und Fruchtziehung durch einen Miterben

Beispiel

Die Witwe W (1/2) und drei Kinder A, B und C (je 1/6) aus erster Ehe des Ehemanns und Erblassers bilden eine Erbengemeinschaft. Die Witwe wohnt (auch nach Eintritt des Erbfalls) und zwar allein in dem zum Nachlass zugehörigen geräumigen Einfamilienhaus, der einzigen Immobilie des Nachlasses. Der Erbfall trat am 6. Mai 2013 ein.

Die Kinder fordern am 01. Juni 2014 von ihr "Miete" und zwar für Vergangenheit und Zukunft. Die Witwe möchte keine Miete zahlen.

Wie ist die Rechtslage?

Dieser Fall, der sich in der Praxis täglich abspielen kann, zeigt exemplarisch die Probleme der Miterbengemeinschaft, bereits zu deren Bestehen.
Grundsätzlich ist es so, dass der Anteil (= das Maß) eines jeden Miterben an den Früchten und Nutzungen betreffend die einzelnen Nachlassgegenstände nicht disponibel ist (§ 743 Abs. 1 BGB). Der jeweilige Anteil bestimmt sich nach der jeweiligen Erbquote. Zum Gebrauch ist jeder Miterbe befugt (§ 743 Abs. 2 BGB). Über die Art und Weise der Nutzung kann eine von § 743 Abs. 2 BGB abweichende Regelung getroffen werden.

Die gesetzliche Regelung zeigt, dass von Anfang an Regelungsbedarf sowohl bezüglich der Art und des Ausmaßes der Nutzung eines einzelnen Miterben und ebenfalls betreffend der Nutzungsentschädigung besteht.

Nutzt keiner der Miterben die Immobilie, sind die Verhältnisse um ein Vielfaches einfacher, weil dann Lasten und Früchte **nach den jeweiligen Erbanteilen** zu verteilen sind. Die Witwe bekäme so z.B. die Hälfte der Mieteinnahmen und die Kinder A, B und C jeweils 1/6 derselben. Im gleichen Umfange müssten sie sich auch an den Lasten beteiligen.

Dabei gilt:

- **jedem Miterben** steht nach den §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 743 Abs. 2 BGB das Recht zum Gebrauch zu, soweit der Mitgebrauch der übrigen Miterben nicht beeinträchtigt wird;
- ein **Nutzungsersatzanspruch** steht den nichtnutzenden Miterben gegen den nutzenden Miterben erst dann zu, wenn der nutzende Miterbe sich weigert, den Nachlassgegenstand zum Mitgebrauch den übrigen Miterben zur Verfügung zu stellen;
- durch Beschluss oder Vereinbarung zwischen den Miterben kann eine **Regelung** der ordnungsgemäßen Verwaltung und Benutzung des Nachlassgegenstandes gem. §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 1, Abs. 3 BGB herbeigeführt werden;
- kommt eine solche Regelung nicht zustande, kann ein Miterbe eine Regelung verlangen, die den Interessen aller Miterben **nach billigem Ermessen** entspricht (§§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 2 BGB) und
- nach der außergerichtlichen Geltendmachung kann der Miterbe gegen die übrigen Miterben entweder durch **Klage auf Zustimmung** zu dieser Regelung oder durch Erhebung einer Zahlungsklage vorgehen.

Ergebnis:
Die Kinder A, B und C können für die Zeit vor ihrem Verlangen nach Nutzungsentschädigung gegen die Witwe keine Ansprüche geltend machen. Ihnen ist zu raten, von der Witwe eine detaillierte Nutzungsentschädigung zu verlangen, die der ortsüblichen Miete entspricht. Jeder Miterbe erhält den seinem Anteil entsprechenden Betrag und zwar ab dem 01. Juni 2007.

Sofern A, B und C von der Witwe eine Nutzungsentschädigung beanspruchen, können sie – im Falle der Weigerung der Witwe - auch sogleich auf Zahlung klagen. Der einzelne Miterbe kann den Betrag einklagen, der nach seiner vorgeschlagenen Regelung der nutzende Miterbe ab außergerichtlicher Geltendmachung hätte zahlen müssen. In diesem Fall hat das Gericht inzidenter festzustellen, ob der beklagte Miterbe dieser Regelung hätte zustimmen müssen (am Maßstab des § 745 Abs. 2 BGB). Der Zahlungsklage muss jedenfalls keine Klage auf Zustimmung vorausgehen. Das Gericht entscheidet in jedem Fall, ob die begehrte Regelung eine dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entspricht.

Sollten A, B und C oder einer von ihnen die Mitbenutzung des Einfamilienwohnhauses begehren wollen, so wird ihnen zu raten sein, dass dieses Begehren kaum Aussicht auf Erfolg haben dürfte, da der Alleingebrauch der Witwe billigem Ermessen entsprechen dürfte (§ 745 Abs. 2 BGB), weil diese das Heim vor dem Tod des Erblassers mit diesem zusammen bewohnt hat und die Kinder das Haus bereits verlassen hatten.

5. Verfügungen über Gegenstände des Nachlasses (§ 2040 BGB)

In der Praxis kommt auch immer wieder die Frage auf, inwieweit ein Miterbe über einzelne Nachlassgegenstände (nicht den gesamten Nachlass) verfügen kann. Als

Ausdruck des **Gesamthandsprinzips** gewährleistet § 2040 Abs. 1 BGB im Interesse des einzelnen Miterben die Werterhaltung des Nachlasses. Die Miterben können über einen Nachlassgegenstand nur **gemeinschaftlich** verfügen.

Gemeinschaftlich im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB ist eine Verfügung dann erfolgt, wenn das Verfügungsgeschäft vom rechtsgeschäftlich geäußerten Willen eines jeden Miterben als gesamthänderische Maßnahme getragen ist. Dabei ist es nicht notwendig, dass stets sämtliche Miterben gleichzeitig und in einem einheitlichen Rechtsakt handeln. Es genügen vielmehr zeitlich **aufeinander folgende Einzelerklärungen** der Miterben.

Bei einer auf Verfügung über einen Nachlassgegenstand gerichteten Nachlassverbindlichkeit braucht die **Klage** nur gegen solche Miterben erhoben zu werden, die noch keine wirksame Verfügungserklärung abgeben haben und deren Bereitschaft zur Abgabe fehlt oder zweifelhaft ist. Der Klageantrag ist dahingehend zu stellen, den Miterben zur Mitwirkung bei der von allen Miterben vorzunehmenden Verfügung zu verurteilen.

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch die bestehende Rechte mit unmittelbarer Wirkung aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden. Dieser allgemeine Verfügungsbegriff gilt auch für § 2040 Abs. 1 BGB.

Zu Verfügungen zählen z.B. als

- Maßnahmen im Rahmen schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse:
- die Kündigung einer Forderung und deren Einziehung (RGZ 146, 314);
- die Kündigung eines Miet- oder Pachtvertrags (str. MünchKommBGB/Dütz, § 2040 Rn. 6ff.);
- die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten und Schadenersatzansprüchen;
- die Erklärung der Aufrechnung mit einer Nachlassforderung (BGHZ 38, 124);
- der Erlass einer Schuld
- der Rücktritt von einem Kaufvertrag (RGZ 151, 312).
- Maßnahmen im Rahmen dinglicher Rechtsverhältnisse:
- die Übertragung von Eigentum auf Dritte oder einen Miterben;
- die Eigentumsübertragung lediglich zur Sicherung (Sicherungsübereignung);
- die Einräumung eines obligatorischen Besitzrechts zur Besitzübertragung oder Besitzüberlassung;
- die Erteilung einer Löschungsbewilligung und die Zustimmung zu einer Grundbuchberichtigung;
- die Belastung eines Grundstücks mit Hypotheken und Grundschulden, auch wenn die Erbengemeinschaft nur Bruchteilseigentümerin ist (OLG Düsseldorf JMBl. NRW 1959, 180).
- sonstige Maßnahmen:

- die Annahme einer geschuldeten Leistung;
- der Abschluss eines Prozessvergleichs,
- der Verzicht auf ein (schuldrechtliches, dingliches oder sonstiges) Recht, z.B. auf ein Rücktrittsrecht.
- Nachlassforderungen (§ 2039 BGB) - Geltendmachung

Nach den Grundsätzen der Gesamthandsgemeinschaften muss ein Nachlassschuldner a**n alle Miterben gemeinschaftlich leisten**.

Auch müssen grundsätzlich die Miterben gemeinsam die zum Nachlass gehörenden Ansprüche geltend machen. Das wäre in der Praxis sehr umständlich. Deswegen will die Bestimmung des § 2039 BGB eine einfache und reibungslose Abwicklung der Nachlassgeschäfte ermöglichen, indem das Gesetz jeden einzelnen Miterben **allein** zur Vornahme von **Verwaltungshandlungen** ermächtigt. Die Bestimmung betrifft nur **Aktivprozesse**; für Passivprozesse gelten die §§ 2058ff. BGB und bei der Bestellung eines Testamentsvollstreckers ist § 2212 BGB zu beachten.

Der Miterbe kann **Leistung nur an alle Miterben** fordern, nicht an sich allein. Dies kann er ausnahmsweise nur dann, wenn ihn die anderen Miterben hierzu ermächtigt haben (LG Hamburg MDR 1947, 123) oder wenn damit in Höhe seiner Erbteilsquote eine vorweggenommene Teilauseinandersetzung verbunden wird (BGH MDR 1963, 578).

Bei Erhebung einer Leistungsklage hat der **Klageantrag** dabei auf Leistung an alle Miterben zu lauten. Der einzelne Miterbe führt den Prozess nicht in Vertretung der anderen Miterben, sondern in **gesetzlicher Prozessstandschaft**, also in eigenem Namen. Nur der einzelne Miterbe ist Partei des Rechtsstreits; die anderen Miterben können deshalb als Zeugen vernommen werden. Zwischen dem den Rechtsstreit führenden und den übrigen – nicht klagenden Miterben – besteht auch keine notwendige Streitgenossenschaft. Das auf die Klage des einen Miterben erlassene Urteil wirkt keine – materielle – Rechtskraft für und gegen die anderen Miterben.

6. Die Auseinandersetzung des Nachlasses

Nach der gesetzlichen Regelung hat die Verteilung des gemeinschaftlichen Nachlasses zunächst nur in Natur zu erfolgen (**Realteilung**).

Die freie **Vereinbarung** der Miterben untereinander hat dabei **Vorrang** gegenüber den gesetzlichen Regeln. Für die Einigung der Miterben untereinander gelten die Grundsätze der **Vertragsfreiheit** so wie bei jedem anderen Schuldverhältnis.

Hier liegt die wichtigste Aufgabe des Beraters, der stets nach reiflicher Prüfung und Abwägung der Interessen, insbesondere des von ihm vertretenen Miterben den größten Wert auf eine einvernehmliche Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft legen sollte.

Dabei sind uneinsichtige Miterben nachhaltig auf die **wirtschaftlichen Konsequenzen** (Zerschlagung von Vermögenseinheiten und Prozessrisiken) hinzuweisen, um in einem frühestmöglichen Stadium die erforderliche Vergleichsbereitschaft herbeizuführen.

Denn jede privatautonome Rechtsgestaltung zwischen Miterben mit der Möglichkeit gegenständlicher Zuordnung von Nachlassgegenständen ist im Zweifel sehr viel effektiver als die Unterwerfung unter ein unbewegliches Teilungskonzept mit der recht konkreten Aussicht auf Zerschlagung von Vermögenseinheiten und der Überantwortung von Wirtschaftseinheiten an familien- oder betriebsfremde Dritte.

Das Teilungskonzept des geltenden Rechts muss den uneinsichtigen Miterben deutlich vor Augen geführt werden. Nur damit kann ein Schlichtungsinteresse geweckt und die Bereitschaft zur einvernehmlichen Auseinandersetzung gefördert werden. Dies ist die ureigenste Aufgabe des juristischen Beraters in Erbangelegenheiten die eine Erbengemeinschaft betreffen.
Einigen sich die Miterben nicht freiwillig, dann ist ein **Auseinandersetzungsplan** aufzustellen, der mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden muss. Da die Auseinandersetzung, sollte sie streitig werden, auch meist äußerst kompliziert und oft langwierig ist, müssen die Regeln beherrscht werden.

Das geltende Recht ermöglicht es jedem einzelnen Miterben gegen den Willen der anderen Miterben (und oft der Mehrheit von Miterben), wertvolle wirtschaftliche Einheiten zu zerschlagen und angestammtes, über Jahrzehnte angesammeltes Familienvermögen zu verschleudern. Das zu verhindern kann nicht eine Aufgabe des Gerichtes sein, sondern muss durch die Miterben selbst und mit Hilfe ihrer Berater geleistet werden.

Ist ein **Testamentsvollstrecker** über alle Miterben eingesetzt, so hat er die Auseinandersetzung zu bewirken, sofern nichts Gegenteiliges anzunehmen ist, §§ 2204, 2208 BGB. Da er Verfügungsmacht hat (§ 2205 BGB), kann er auch den dinglichen Vollzug bewirken, indem er notfalls Einwilligung und Abnahme gerichtlich erzwingt. Damit ist die Anordnung der TV durch den Erblasser ein **probates Mittel**, vorhersehbaren Streit unter den Erben die Grundlage zu entziehen und eine neutrale Person zu beauftragen, unemotional und rational an eine sachgerechte Auseinandersetzung des Nachlasses heranzugehen. Bei der Aufstellung des Teilungsplans ist der Testamentsvollstrecker nicht an Vereinbarungen oder Weisungen der Miterben gebunden und nicht auf ihre Zustimmung angewiesen; er hat die Miterben nur über den Auseinandersetzungsplan vor der Ausführung zu hören, § 2204 Abs. 2 BGB. Er muss sich aber an die Anordnungen des Erblassers halten und im übrigen die gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln beachten, sofern ihm nicht Ermessensfreiheit eingeräumt ist, vgl. § 2048 S. 2 BGB.

6.1. Grundsätze

Das dem bürgerlichen Recht zugrunde liegende Teilungskonzept zur Auseinandersetzung gesamthänderischen Vermögens ist durch die Aufhebung der Gemeinschaft nach den strikten **Vorgaben der §§ 2042, 749ff. BGB** geprägt.

Vorrangig zu berücksichtigen sind durch die Miterben bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft die **Anordnungen** des Erblassers, die dieser in einem Testament oder in einem Erbvertrag niedergelegt hat. Der Erblasser kann insbesondere auch anordnen, dass die Teilung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen kann. Die Anordnungen des Erblasser haben allerdings nur schuldrechtliche Wirkungen wie eine Vereinbarung unter Miterben. Sie können durch einvernehmliches Handeln aller Miterben **übergangen** werden; auch bei der Anordnung der Testamentsvollstrecker, wenn der Testamentsvollstrecker zustimmt.

Die Erbauseinandersetzung richtet sich ansonsten ganz oder teilweise nach den vertraglich festlegbaren **freien Vorstellungen** der Miterben. Verbindliche gesetzliche Vorschriften fehlen insoweit. Die Auseinandersetzung durch Vereinbarung aller Miterben steht in deren **Ermessen** und stellt damit die vernünftigste Art der Auseinandersetzung dar.

6.2.Die gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln

Nur soweit weder vertragliche Abreden der Miterben noch Anordnungen des Erblassers vorliegen, greifen die gesetzlichen Auseinandersetzungsvorschriften ein, §§ 2042 Abs. 2, 2046 ff, 752ff. BGB.

Danach sind zunächst die **Nachlassverbindlichkeiten zu berichtigen,** §§ 2046, 755 f BGB. Ein verbleibender Überschuss ist nach dem Verhältnis der Erbteile und unter Berücksichtigung von Ausgleichspflichten (§§ 2050 ff. BGB), Aufwendungsersatz- und Schadensersatzansprüchen auf die Miterben zu **verteilen**, § 2047 BGB; hierfür gelten die Vorschriften über die Gemeinschaftsteilung sinngemäß, § 2042 Abs. 2 i.V.m. §§ 752 ff BGB.

Vorrangig ist dabei die **Teilung in Natur**, soweit sich die Nachlassgegenstände ohne Wertminderung in gleichartige, den Erbteilen der Miterben entsprechende Teile zerlegen lassen; Ausgleichungspflichten sind immer, nicht nur bei der Verteilung von Geld zu beachten. Die Verteilung gleicher Teile geschieht durch Los, § 752 BGB. Die Teilbarkeit bestimmt sich bei wirtschaftlicher Beurteilung nach der Verkehrsanschauung.

Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, erfolgt die **Auseinandersetzung durch Verkauf** der Nachlassgegenstände und Verteilen des Erlöses, § 753 BGB. Bewegliche Sachen und Rechte sind nach den Vorschriften über den **Pfandverkauf** (§§ 1233 ff., 1277, 1279 ff.

BGB) zu veräußern (§§ 753 Abs. 1 Satz 1, 754 BGB), Grundstücke im Wege der **Zwangsversteigerung**, §§ 180 ff. ZVG. Zur Betreibung der Teilungsversteigerung ist ein vollstreckbarer Titel nicht erforderlich, § 181 Abs. 1 ZVG; den Versteigerungsantrag kann jeder einzelne Miterbe schon vor der Auseinandersetzung des übrigen Nachlasses stellen, soweit es ihm um die Gesamtauseinandersetzung geht; bei überraschender Einleitung der Versteigerung kommt eine einstweilige Einstellung des Verfahrens in Betracht (§ 180 Abs. 2 ZVG), um insbesondere noch ein gütliches Übereinkommen zu erreichen.

6.3. Die Arten der Auseinandersetzung

Dieses Kapitel will die unterschiedlichen Verfahren der Auseinandersetzung ansprechen. Sie stehen zumeist unter der Herrschaft aller Miterben, die bei Einigkeit die Auseinandersetzung nahezu beliebig gestalten können. Es soll hier nur auf die Grundzüge eingegangen werden.

Die persönliche Teilauseinandersetzung kann in der Weise erfolgen, dass ein Miterbe seinen Miterbenanteil in einem notariell beurkundeten Vertrag (§ 2033 Abs. 1 S. 2 BGB) auf die übrigen Miterben **überträgt**. Der übertragene Erbteil wächst dann den übrigen Miterben im Verhältnis ihrer Anteile zu (BayObLGZ 1980, 328 = NJW 1981, 813).

Daneben kann aber nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 1998, 1557 = ZEV 1998, 141 = DNotZ 1999, 60 = FamRZ 1998, 673 = Rpfleger 1998, 287 = MDR 1998, 539) ein Miterbe auch aus einer Erbengemeinschaft, zu der ein Grundstück gehört, formfrei im Wege der **Abschichtung** ausscheiden. Ob seine Abfindung aus dem Nachlass oder aus dem Privatvermögen des (oder der) anderen Erben geleistet wird, ist für die Formbedürftigkeit des Ausscheidens nicht von Bedeutung. Wenn als Abfindung aber die Leistung eines Gegenstands vereinbart wird, der nur durch ein formbedürftiges Rechtsgeschäft übertragen werden kann (etwa ein Grundstück), ist die für dieses Rechtsgeschäft geltende Form zu beachten (§ 311b BGB).

Die Abschichtung unterscheidet sich von der Übertragung des Erbteils dadurch, dass der Miterbe dabei lediglich auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft **verzichtet**, sie aber nicht – gleichzeitig – auf bestimmte Rechtsnachfolger überträgt, was praktisch idR zum gleichen Ergebnis führt.

Darüber hinaus stehen als Auseinandersetzungsmöglichkeiten zur Verfügung:

- Auseinandersetzung durch Testamentsvollstreckung (s.o.)
- Auseinandersetzung durch Vereinbarung der Miterben (s.o.)
- Veräußerung des Erbteils, § 2033 BGB
- Vermittlungsverfahren nach §§ 363ff. FamFG

6.4.Klage auf Auseinandersetzung - Erbteilungsklage

Scheitert die Einigung aller Miterben über eine mögliche Auseinandersetzung des Nachlasses, bleibt als letztes Mittel die Erhebung der **Auseinandersetzungs**- oder **Erbteilungsklage**.

In der Praxis ist es bisweilen geboten, möglichst umgehend die Klage zu erheben. Dabei darf nicht verkannt werden, dass unter dem Druck des anhängigen Rechtsstreits festgefahrene Verhandlungen wieder in Gang kommen können.

Hinzu kommt, dass das nach § 278 ZPO der mündlichen Verhandlung eine **Güteverhandlung** vorauszugehen hat und auch das Gericht verpflichtet ist, alles zu tun, um eine einvernehmliche Regelung, sprich einen Vergleich, zu finden. Dazu wird es das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen und selbst Vorschläge zum Vergleichsabschluss machen.

Da der Kläger einen umfassenden **Teilungsplan** für den Nachlass vorlegen muss, ist der Klageantrag mit höchster Sorgfalt zu formulieren und auch auf die bestehende Darlegungs- und Beweislast Rücksicht zu nehmen.

Das **Prozessrisiko** der Beteiligten, insbesondere des Klägers ist unverhältnismäßig **hoch** und kann nur durch eine sorgfältige sehr gründliche Vorbereitung des Rechtsstreits unter Einbeziehung der Stellung von **Hilfsanträge** minimiert werden. Hier setzt zugleich die Pflicht des Gerichtes ein, auf die Stellung von ordnungsgemäßen Anträgen hinzuwirken und umfassend hinzuweisen (§ 139 ZPO); wobei die erteilten Hinweise aktenkundig gemacht werden müssen (§ 139 Abs. 4 ZPO).
Es ist dringend angeraten, in jedem Fall schon vorprozessual zu klären, ob **Teilungsreife** des Nachlasses eingetreten ist. Sollte dies nicht einvernehmlich mit den/dem Miterben gelingen, bietet sich insoweit die Erhebung der Feststellungsklage an.

Der Klageantrag richtet sich auf **Zustimmung** zum Abschluss des schuldrechtlichen Auseinandersetzungsvertrages (KG NJW 1961, 733).

"Die Beklagten werden verurteilt, folgendem Teilungsplan zuzustimmen:"

Hierzu ist ein bestimmter Teilungsplan vorzulegen, der von Fällen zulässiger Teilnachlassauseinandersetzung abgesehen - den gesamten Nachlass erfassen und die Auseinandersetzung zwischen allen Miterben regeln muss. Die Klage ist nur begründet, wenn der Teilungsplan den gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln entspricht.

6.5. Teilungsversteigerung

Die gerichtliche Praxis zeigt, dass in den Fällen in denen ein Grundstück zum Nachlass gehört, der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung ein äußerst **beliebtes Mittel** ist, Druck auf die übrigen Miterben auszuüben, um so deren Einigungsbereitschaft zu beeinflussen. Im Einzelfall beantragt sie aber auch der „reiche" Miterbe, der das zum Nachlass gehörende Grundstück in sein alleiniges Eigentum überführen will.

Soll die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft erfolgen, finden gem. § 180 Abs. 1 ZVG die Bestimmungen des 1. und 2. Abschnittes des Zwangsversteigerungsgesetzes entsprechender Anwendung, so weit sich aus den §§ 181 bis 185 ZVG nichts anderes ergibt.

Mit dieser Vorschrift ist die sog. Teilungsversteigerung geregelt und aus ihr ergibt sich zugleich, dass die Teilungsversteigerung zum **Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft** erfolgt (OLG Köln Rpfleger 1991, 197) und ein Verfahren der Zwangsvollstreckung, für die allerdings ein Titel nicht notwendig ist.

Weil sich nach erfolgter Zwangsversteigerung das Eigentum der Gemeinschaft an dem Erlös fortsetzt, bedeutet die Teilungsversteigerung an sich noch nicht die Auseinandersetzung der Gemeinschaft, sondern dient lediglich ihrer **Vorbereitung**.

Angeordnet wird die Teilungsversteigerung nur auf **Antrag** (§§ 180 Abs. 1, 15 ZVG). Der Antrag ist bei dem zuständigen Vollstreckungsgericht einzureichen. Dies ist das Gericht, in dessen Bezirk das Grundstück oder grundstücksgleiche Rechte belegen sind (§§ 180 Abs. 1,1 Abs. 1 ZVG). Der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung bedarf im Übrigen **keiner Begründung** und kann **jederzeit** gestellt werden.

Aus Vereinfachungsgründen soll an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf den weiteren Gang des Zwangsversteigerungsverfahres eingegangen werden. Auf die entsprechenden Vorschriften im ZVG sei verwiesen.

VIII. Die gesetzlichen Ausgleichungs- und Anrechnungsregelungen

1. Grundsätze

In den §§ 2050 ff. BGB bestimmt der Gesetzgeber für den Fall der gesetzlichen Erbfolge für die zu gesetzlichen Erben berufenen Abkömmlinge des Erblassers die Verpflichtung, bestimmte Vermögenszuwendungen auszugleichen, die sie von dem Erblasser zu dessen Lebzeiten erhalten haben. Das Gesetz geht bei dieser Regelung davon aus, dass es

regelmäßig der Wunsch des Erblassers ist, seine Abkömmlinge gleichen Grades bei der Verteilung des Nachlasses auch **gleichzubehandeln**.

Ausgleichspflichtig und -berechtigt sind nicht nur die Kinder, sondern **alle Abkömmlinge** des Erblassers, soweit sie gesetzliche Erben (§ 2050 BGB) oder von dem Erblasser auf ihren gesetzlichen Erbteil oder im Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile (§ 2052 BGB) zu Miterben berufen sind. Entferntere Abkömmlinge sind nur ausgleichspflichtig, wenn der Erblasser dies bei der Zuwendung bereits angeordnet hatte (§ 2053 BGB).

2. Die auszugleichenden Zuwendungen

Auszugleichen sind:

- Ausstattungen, die der Erblasser mit Rücksicht auf die Verheiratung oder zur Begründung einer selbständigen Lebensstellung gegeben hat (§§ 2050 Abs. 1, 1624 Abs. 1 BGB);
- die Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden (§ 2050 Abs. 2 1. Alt. BGB).
- Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf (§ 2050 Abs. 2 2. Alt. BGB)

Andere Zuwendungen sind nur dann auszugleichen, wenn der Erblasser vor oder bei der Zuwendung die Ausgleichung ausdrücklich oder auch schlüssig so **angeordnet** hat, dass der Empfänger sie mit Rücksicht darauf auch **hätte ablehnen können** (§ 2050 Abs. 3 BGB).

3. Wirkung der Ausgleichungspflicht

Die Ausgleichungspflicht **modifiziert** die Auseinandersetzung der Miterben. Der ausgleichungspflichtige Miterbe wird in der Regel bei der Auseinandersetzung weniger erhalten, als es seinem Erbteil entspricht.

Die Wertausgleichung wird nach folgenden Grundsätzen durchgeführt:

Zuerst werden die **Erbteile** von Miterben, die an der Ausgleichung nicht beteiligt sind, nach dem wirklichen Nachlass **berechnet**. Danach werden von dem gesamten Nachlass die Werte der Erbteile **abgezogen**, die an der Ausgleichung nicht beteiligt sind; zu der sich daraus ergebenden Wertdifferenz werden die Werte aller auszugleichenden Zuwendungen **zugerechnet** (§ 2055 Abs. 1 Satz 2 BGB) mit dem Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung. Nach dem so ermittelten **Gesamtwert** werden die Erbteile aller Miterben **errechnet**, die an der Ausgleichung beteiligt sind, und zwar im Verhältnis ihrer Erbteile. Dann wird von jedem Erbteilwert der Wert **abgezogen**, was der betreffende Erbe **vorempfangen** hat.

Führt die Wertermittlung zu dem Ergebnis, dass ein Miterbe durch die Zuwendung mehr erhalten hat, als ihm in der Auseinandersetzung zustehen würde, dann erhält er **nichts**. Er hat aber andererseits auch nichts in den Nachlass zur Verteilung unter die übrigen Miterben zuzuschießen (§ 2056 BGB), muss den Mehrempfang nicht zurückgeben.

4. Die Ausgleichungspflicht bei besonderen Dienstleistungen

Die Leistungen einzelner Miterben, die dem Nachlass zugute gekommen sind, sind in ähnlicher Weise wie die Vorempfänge kraft besonderer gesetzlicher Anordnung auszugleichen (§ 2057a BGB). Dazu gehören seit dem 01. Januar 2010 auch **Pflegeleistungen** des Abkömmlings, der den Erblasser während längerer Zeit gepflegt

XI. Die Erbenhaftung

1. System der Erbenhaftung

Mit dem Erbfall **verschmelzen** die beiden Vermögensmassen haftungsrechtlich zu einer Einheit, so dass der Erbe den Privat- und den Nachlassgläubigern sowohl mit dem Nachlass als auch mit dem Eigenvermögen haftet.

Geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben über (§ 1922 Abs. 1 BGB) so muss dieser demnach auch für die Schulden des Erblassers und die Verbindlichkeit sich aus dem Erbfall ergeben, einstehen (§ 1967 Abs. 1 BGB). Der Erbe tritt an die Stelle des Erblassers. In diesem Augenblick geben damit nicht nur die Forderungen, die der Erblasser als Gläubiger gegen den Schuldner geltend machen kann, auf ihn über; vielmehr wird er durch den Erbfall **auch Schuldner**, gegen den sich die Forderungen der Gläubiger richten.

Zugunsten der Nachlassgläubiger geht das BGB vom Grundsatz der **unbeschränkten Erbenhaftung** aus.

Daneben berücksichtigt das Gesetz auch die **Interessen des Erben**, möglichst nicht mit dem Privatvermögen in Anspruch genommen zu werden: Der Erbe hat daher unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken.

Bis zur Annahme der Erbschaft haftet der Erbe **nicht** (§ 1958 BGB).

Nach Annahme der Erbschaft während dreier Monate oder bis zur Beendigung des amtlichen Gläubigeraufgebotes (§§ 2014, 2015 BGB) wird nur bis zur Sicherung der Vollstreckung des Gläubigers (§ 782 ZPO) gehaftet.

Die vorläufig beschränkte Haftung des Erben gegenüber allen Nachlassgläubigern tritt in bestimmten Fällen schon mit dem Erbfall ein, ohne dass der Erbe etwas hierzu tun muss. Diese beschränkte Erbenhaftung, der keine Gütersonderung zugrunde liegt, ist vom Erben durch Erhebung der Einrede geltend zu machen. Dazu gehören:

- die Dreimonatseinrede, § 2014 BGB,
- die Aufgebotseinrede, § 2015 BGB,
- die Teilungseinrede des Miterben, § 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB,
- die Dürftigkeitseinrede, § 1990 BGB und
- die Einrede der Überbeschwerung, § 1922 BGB.

Die Mittel, die Haftung des Erben gegenüber allen Nachlassgläubigern **endgültig** auf den Nachlass zu beschränken sind die, die zu einer Gütersonderung zwischen Nachlass und Eigenvermögen des Erben führen. Das sind:

- die Anordnung der Nachlassverwaltung, § 1975 BGB;
- die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahren, §§ 11, 315ff. InsO;

2. Nachlassverbindlichkeiten

§ 1967 Abs. 2 BGB legt zunächst den Begriff der Nachlassverbindlichkeiten fest.

Als **Erblasserschulden** werden diejenigen Verbindlichkeiten angesehen, die schon vor dem Eintritt des Erbfalls in der Person des Erblassers entstanden waren, darüber hinaus solche, die zwar erst nach dem Erbfall voll entstehen, deren wesentliche Entstehungsgrundlagen schon vor dem Erbfall gesetzt waren (Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 1967 Rn. 2).

Erbfallschulden sind den Erben als solchen treffenden Schulden (Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 1967 Rn. 6). Mit dieser Gruppe sollen alle diejenigen Verbindlichkeiten erfasst werden, die aus Anlass des Erbfalls und in Bezug auf den Nachlass entstehen.

Dazu gehören z.B.:

- Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten (§§ 2303ff, 2317 BGB) einschließlich derjenigen nach § 2325 BGB; Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 1967 Rn. 6; BGHZ 80, 206);
- Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen (§§ 2147ff., §§ 2192ff. BGB; Erman/W. Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 1967, Rn. 6);
- Verbindlichkeiten für die standesgemäße Beerdigung (§ 1968 BGB; OLG München, NJW 1974, 704);

Die sog. **Nachlasskosten**- und **Nachlassverwaltungsschulden** sind eine Untergruppe der Erbfallschulden (MünchKommBGB/Siegmann, § 1967 Rn. 18). Sie sind ursächlich durch den Erbfall entstanden, aber zeitlich erst nach dessen Eintritt (Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 1967 Rn. 8. 9; Erman/W. Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 1967 Rn. 7).

Dazu gehören beispielsweise die Kosten der Nachlassverwaltung (Haftungsbeschränkungsmaßnahme nach §§ 1975 ff. BGB), der Nachlassinsolvenz als Haftungsbeschränkungsmaßnahme (§§ 1975 ff. BGB, 215 ff. InsO), der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (§§ 2260, 2300 BGB) o.ä.

Nachlasserbenschulden sind natürlich auch alle Verpflichtungen des Vorerben, des vorläufigen und des endgültigen Erben aus Verträgen, die diese in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses abgeschlossen haben, wobei es gleichgültig ist, ob dem Vertragspartner bekannt war, dass der Erbe für den Nachlass handelt (Erman/W. Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 1967 Rn. 9). Das ist verständlich, weil der Erbe, der vorbehaltlos im eigenen Namen Verträge abschließt, in erster Linie persönlich haftet.

Auf die Haftung für Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

3. Haftung bei mehreren Erben

Die Haftung der Miterben ist - ergänzend - in den §§ 2058 bis 2063 BGB geregelt. Im Gegensatz zur Systematik des Gesetzes, das vom Alleinerben ausgeht und den Miterben unter Bezugnahme auf die allgemeinen Regeln behandelt, ist die Miterbschaft - und nicht der Alleinerbe - faktisch der Regelfall.

Die Miterben können, wie auch der Alleinerbe, vor **Annahme** der Erbschaft **nicht** gerichtlich in Anspruch genommen werden (§ 1958 BGB).
Nach § 2058 BGB haftet jeder Miterbe **nach Annahme** der Erbschaft als **Gesamtschuldner**, wenn es sich um eine gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit handelt.

Dass diese gesamtschuldnerische Haftung auch nach der Teilung des Nachlasses bestehen bleibt, soll die Miterben veranlassen, die Nachlassverbindlichkeiten entsprechend ihrer Verpflichtung (§ 2046 Abs. 1 BGB) vor der Teilung zu begleichen.

Nach Annahme der Erbschaft und vor der Teilung des Nachlasses können die Nachlassgläubiger daher

- die Gesamtschuldklage (§ 2058 BGB) und auch
- die Gesamthandsklage (§ 2059 Abs. 2 BGB)

erheben.

Nach der **Teilung** des Nachlasses richtet sich die Haftung der Miterben grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften über die Erbenhaftung (s.o.)

IX. Nachlasspflegschaft/-verwaltung

1. Nachlasspflegschaft

§ 1960 BGB regelt eine **Fürsorgepflicht** des Nachlassgerichts. Besteht ein Bedürfnis, hat das Nachlassgericht bis zur Annahme der Erbschaft für die **Sicherung des Nachlasses** zu sorgen. Weiterhin hat das Nachlassgericht tätig zu werden, wenn der **Erbe unbekannt** oder wenn ungewiss ist, ob ein Erbe die Erbschaft angenommen hat. Zweck dieser Nachlassfürsorge ist es, dem Erben den Nachlas in seinem ursprünglichen Zustand zu erhalten.

Nimmt die Erbenermittlung jedoch längere Zeit in Anspruch und muss der Nachlass verwaltet werden, ist die **Bestellung eines Nachlasspflegers** angezeigt. Die Nachlasspflegschaft kann entweder

- als Sicherungspflegschaft, § 1960 Abs. 2 BGB, oder
- als Prozesspflegschaft, § 1961 BGB,

angeordnet werden.

Voraussetzung zur Anordnung einer Sicherungspflegschaft ist ein **Sicherungsbedürfnis** bei noch nicht erfolgter Erbschaftsannahme. Daneben muss der Erbe der Person nach dem Nachlassgericht unbekannt sein, oder Ungewissheit darüber bestehen, ob die Erbschaft angenommen worden ist. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn vom Standpunkt des Nachlassgerichts erhebliche Zweifel bestehen, wer von mehreren Erbprätendenten der wahre Erbe ist (OLG Köln, Rpfleger 1989, 238), die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen ernsthaft im Streit ist (OLG Celle, FamRZ 1959, 33) oder über der Erbberechtigung ein Rechtsstreit schwebt, (KG, OLGE 42, 127).

Wenn die Ungewissheit, wer Erbe geworden ist, nur hinsichtlich eines Erbteils besteht, ist die Anordnung der Nachlasspflegschaft auf diesen **Erbteil** zu beschränken.

Über die Anordnung einer gerichtlichen Nachlassfürsorge entscheidet gemäß § 1962 BGB grundsätzlich das **Nachlassgericht**.

Die sachliche und örtliche **Zuständigkeit** ergibt sich aus den §§ 342 Abs. 1 Nr. 2, 343 FamFG. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach § 343 FamFG nach dem **Wohnsitz** des Erblassers zur Zeit des Erbfalls.

Die **Auswahl** des Nachlasspflegers liegt im **Ermessen** des Nachlassgerichts.

Der Nachlasspfleger ist weder Vertreter des Nachlasses, noch Träger eines privaten Amtes. Er vertritt den noch unbekannten endgültigen Erben im Rahmen des vom Nachlassgericht angeordneten Wirkungskreises, also in der Regel mit dem Aufgabenkreis der Erbenermittlung, der Nachlasssicherung und der Nachlassverwaltung.

Da Nachlassgläubiger Ansprüche gegen den Nachlass vor Annahme der Erbschaft nicht gerichtlich geltend machen können, wird ihnen durch § 1961 BGB im Rahmen einer sog. **Klagpflegschaft** (Prozesspflegschaft) die Möglichkeit hierzu durch Bestellung eines Prozessnachlasspflegers, der sich auf den Rechtsstreit einlassen muss, gegeben.

2. Nachlassverwaltung

2.1. Grundsätze

Die Nachlassverwaltung ist eine Möglichkeit zur **Beschränkung der Haftung** des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass, § 1975 BGB. Sie wird vom Gesetz als Nachlasspflegschaft zum Zwecke der **Befriedigung der Gläubiger** umschrieben und ist damit eine Unterart der Nachlasspflegschaft.

Die Nachlassverwaltung dient vor allem dem **Interesse des Erben**. Denn dieser kann mit ihr sein Haftungsrisiko bei einem unübersichtlichen Nachlass beschränken (Damrau/Gottwald, Erbrecht, § 1975 Rn. 11).

Im Gegensatz zur Nachlasspflegschaft, die die Sicherung des Nachlasses bezweckt und von Amts wegen anzuordnen ist, setzt die Nachlassverwaltung als Pflegschaft zum Zweck der Befriedigung der Nachlassgläubiger einen **Antrag der Beteiligten** voraus (Damrau/Gottwald, Erbrecht, § 1975 Rn. 2).

2.2. Verfahren

Die Anordnung der Nachlassverwaltung setzt einen zulässigen **Antrag** eines Antragsberechtigten an das Nachlassgericht, § 1981 BGB, sowie eine den **Kosten entsprechende Masse**, § 1982 BGB, bzw. Leistung eines die Verfahrenskosten deckenden Vorschusses durch den Antragsteller voraus (im Einzelnen: Damrau/Gottwald, Erbrecht, § 1981 Rn. 5ff.).

Antragsberechtigt ist zunächst der Alleinerbe unter der Voraussetzung, dass er nicht allgemein unbeschränkt haftet, §§ 1981 Abs. 1, 2013 Abs. 1 S. 1 BGB.

Der **Miterbe** hat kein eigenständiges Antragsrecht, sondern kann die Nachlassverwaltung **nur gemeinschaftlich** mit den übrigen Miterben und nur bis zur Teilung des Nachlasses stellen.

Weiterhin hat jeder **Nachlassgläubiger** ein Antragsrecht, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Befriedigung der Nachlassgläubiger aus dem Nachlass durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird und dass **noch nicht zwei Jahre** seit der Annahme der Erbschaft verstrichen sind.

Die Nachlassverwaltung wird vom **Nachlassgericht** angeordnet. Örtlich ist das Amtsgericht **zuständig**, in dessen Bezirk der Erblasser seinen Wohnsitz zur Zeit des Erbfalls hatte, §§ 342 Nr. 8, 343 FamFG. Funktionell ist der **Rechtspfleger** zuständig, §§ 3 Nr. 2c, 16 Abs. 1 Nr. 1 RPflG.

In der Auswahl der Person des Nachlassverwalters ist das Nachlassgericht frei.

2.3. Aufgaben/Befugnisse

Der Nachlassverwalter ist dabei nicht wie der Nachlasspfleger gesetzlicher Vertreter des Erben oder der Nachlassgläubiger, sondern ein amtlich bestelltes Organ zur Verwaltung einer fremden Vermögensmasse mit eigener Parteistellung (BayObLGZ 1976, 167). Seine Stellung entspricht der des Insolvenzverwalters. Er und nicht der Erbe ist ausschließlich **prozessführungsbefugt**.

Mit der Anordnung der Nachlassverwaltung **verliert** der Erbe die **Befugnis**, den Nachlass zu verwalten und über Nachlassgegenstände zu verfügen. Diese Befugnis geht auf den vom Nachlassgericht eingesetzten Nachlassverwalter über. Dieser hat dann die Aufgabe, den Nachlass zu verwalten und die Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlass zu berichtigen.

Der Nachlassverwalter hat zunächst den **Nachlass** seinem Umfang nach **festzustellen**. Dazu hat ihm der Erbe auf Verlangen ein **Nachlassverzeichnis** zu erstellen und dem Nachlassgericht vorzulegen.

Kommt der Nachlassverwalter bei Bewertung des Nachlasses zum Ergebnis, dass der Nachlass **überschuldet** ist, hat er die Eröffnung des **Nachlassinsolvenzverfahrens** zu beantragen, § 1980 BGB.

Kommt eine Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens mangels Masse nicht in Betracht, muss der Nachlassverwalter die **Aufhebung der Nachlassverwaltung** beantragen, § 1988 Abs. 2 BGB.

Weiterhin muss der Nachlassverwalter den Nachlass in **Besitz nehmen**.

Hauptaufgabe des Nachlassverwalters ist die pflichtgemäße Verwaltung und Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten. Vor einer Zahlung an Nachlassgläubiger muss der Nachlassverwalter sorgfältig prüfen, einerseits welche Nachlassverbindlichkeiten vorhanden sind und noch entstehen können, sowie andererseits welche Aktiva zum Nachlass gehören und welchen Erlös er aus deren Verwertung erlangen wird. Ohne ein solches Vorgehen darf er nicht von der Zulänglichkeit des Nachlasses ausgehen (BGH, NJW 1985, 140).

Mit der Beendigung der Verwaltung hat der Nachlassverwalter den Nachlassrest an den/die Erben herauszugeben.

3. Nachlassinsolvenzverfahren

3.1. Allgemeines

Auch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens führt zur **Haftungssonderung**. Das Nachlassinsolvenzverfahren ist eines der Sonderinsolvenzverfahren. Es betrifft ausschließlich den Nachlass und nicht etwa (auch) das Eigenvermögen des Erben.

Die Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens über die Vermögensmasse »Nachlass« ergibt sich aus § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Dabei treffen die §§ 314 bis 331 InsO Regelungen für dieses Insolvenzverfahren, welche die allgemeinen Regeln über das Insolvenzverfahren ergänzen und teilweise ersetzen.

3.2.Verfahren

Örtlich zuständig für das Insolvenzverfahren über einen Nachlass ist ausschließlich (§ 40 Abs. 2 ZPO) das **Insolvenzgericht** - und nicht etwa das Nachlassgericht (OLG Köln ZEV 2000, 240) - in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12, 13 ZPO) hatte (§ 315 S. 1 InsO).

Das Nachlassinsolvenzverfahren wird nur auf einen **Antrag** hin eröffnet. Zum Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Nachlass ist jeder Erbe, der Nachlassverwalter sowie ein anderer Nachlasspfleger, ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, und jeder Nachlassgläubiger berechtigt (§ 317 Abs. 1 InsO).

Als **Eröffnungsgründe** für ein Insolvenzverfahren über den Nachlass (§ 320 InsO) gelten die Überschuldung, die Zahlungsunfähigkeit und die drohende Zahlungsunfähigkeit.

X. Der Erbschaftsprozess

Der Erbschaftsprozess tritt in der Praxis in solch vielfältigen Erscheinungsformen auf, dass er im Regelfall lediglich anhand konkreter Beispiele am Einzelfall darzustellen ist. Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, einige Beispiele besonderer Klagearten im Erbrecht darzustellen. Dabei beschränkt sich die Darstellung ganz bewußt auf den Zivilprozess. Das Erbscheinsverfahren (§§ 2353ff. BGB) wird an anderer Stelle behandelt.

1. Gerichtsstand im Erbprozess

Klagen, welche die Feststellung des Erbrechts, Ansprüche des Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen von Todes wegen, Pflichtteilsansprüche oder die Teilung der Erbschaft zum Gegenstand haben, können vor dem Gericht erhoben werden, bei dem der Erblasser zur Zeit seines Todes den **allgemeinen Gerichtsstand** hatte, § 27 Abs. 1 ZPO.

Ist der Erblasser ein Deutscher und hatte er zur Zeit seines Todes im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand, so können die in § 27 Abs. 1 ZPO bezeichneten Klagen (s. o.) vor dem Gericht erhoben werden, in dessen Bezirk der Erblasser seinen **letzten inländischen Wohnsitz** hatte; wenn er einen solchen Wohnsitz nicht hatte, am letzten bekannten Wohnsitz im Inland (§ 27 Abs. 2 ZPO).

Nach der Regelung des § 28 ZPO können an den Gerichtsstand des § 27 ZPO auch Klagen wegen anderer Nachlassverbindlichkeiten erhoben werden, solange sich der Nachlass noch ganz oder teilweise in Bezirk des Gerichts befindet oder die vorhandenen mehreren Erben noch als Gesamtschuldner haften. Zweck ist die Erleichterung der Rechtsverfolgung für einen begrenzten Zeitraum. Damit erweitert die Bestimmung den Gerichtsstand des § 27 ZPO.

2. Klage auf Feststellung des Erbrechts

Die Klage auf Feststellung des Erbrechts erfasst diejenigen Streitigkeiten, in denen entweder die durch rechtsgeschäftliche Anordnung (Testament oder Erbvertrag) oder die gesetzliche Erbfolge in Rede steht.

Davon sind insbesondere die **Feststellungsklagen** nach § 256 ZPO betroffen, die der Kläger auf ein vermeintliches Erbrecht gründet. Dazu gehören weiter

- die Testamentsanfechtung, §§ 2078ff. BGB,
- die Erbunwürdigkeitsklage, § 2342 BGB,
- die Anfechtung oder der Erbverzicht, § 2346 BGB.

3. Klage gegen den Erbschaftsbesitzer

Erbschaftsbesitzer ist nach der Legaldefinition des § 2018 BGB jeder, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft (dem Nachlass) erlangt hat.

4. Auskunftsklage

Die Auskunftsklage kommt in der Praxis eher selten "**isoliert**" vor. Dies deshalb, weil ihre Erhebung die Verjährung des mit ihr vorbereiteten Hauptanspruchs nicht hemmt (§§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 262 ZPO).

Meist wird sie – nicht zu letzt wegen dieser Wirkung - kombiniert mit der so genannten **Stufenklage**, bei der die Hemmung der Verjährung des zunächst unbestimmten Leistungsanspruchs mit Klageerhebung eintritt (Zöller/Greger, § 262 Rn. 3). Sie ist keine besondere Klageart, sondern eine Ausgestaltung der Leistungsklage.

Voraussetzung der Erhebung der Auskunftsklage ist, dass der Gläubiger einen Anspruch auf Auskunft (Information) und/oder einen solchen auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung hat. Umfasst vom Auskunftsanspruch werden **Informationsansprüche jeglicher Art**, nicht lediglich der Anspruch auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses.

Besteht der Verdacht, dass die Auskunftspflicht nicht mit der nötigen Sorgfalt erfüllt worden ist, sieht das Gesetz die Pflicht zur **Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** vor. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um diejenigen Fälle, in denen Rechnungslegung und die Errichtung eines Bestandsverzeichnisses geschuldet werden. Diese Pflicht kann jedoch über dem Gesetz geregelten Tatbestände hinaus auf diejenigen Auskunftsansprüche ausgedehnt werden, in denen die Geltendmachung des Informationsanspruchs der Prozessvorbereitung dient (MünchKommZPO/Lüke, § 254 Rn. 14).

In der Praxis bereitet es oft Schwierigkeiten festzustellen, ob Grund zu der Annahme besteht, dass die konkrete Auskunft nicht mit der nötigen Sorgfalt erfüllt worden ist. Das kann im Grunde nur dargelegt und später vom Gericht festgestellt werden, wenn **Umstände bekannt** sind, die an der Richtigkeit der Auskunft zweifeln lassen. Das ist z. B. dann der Fall, wenn er der Auskunft Verpflichtete die Auskunft "auf Raten" erteilt hat oder die Unvollständigkeit der erteilten Auskunft in einzelnen Punkten nachgewiesen werden kann (BGH MDR 1960, 200).

Wenn der Auskunftsverpflichtete **freiwillig** zur Abgabe bereit ist, kann er sich vor dem **Amtsgericht** seines Wohnsitzes (§§ 261 Abs. 1, 269 BGB; § 3 Nr. 1b RPflG) im Verfahren nach den 410 Nr. 1, 411ff. FamFG erklären.

Ist er es nicht, entscheidet das **Prozessgericht**. Dabei richtet sich die Vollstreckung bei Verurteilung nach § 889 ZPO i.V.m. den §§ 4 Abs. 2 Nr. 2, 20 Nr. 17 RPflG.

Der **Streitwert** der Auskunftsklage ist nach § 3 ZPO zu schätzen. In der Regel geht die Rechtsprechung von bestimmten **Bruchteilen** des vorbereitenden Zahlungsanspruchs bzw. Herausgabeanspruchs (Hauptanspruchs) zwischen 1/10 und 1/4 aus (BGH ZEV 1998, 162; KG FamRZ 1998, 500; OLG Düsseldorf FamRZ 1988,1188; OLG Bamberg JurBüro 1989, 1307; KG KGR 1994, 251).

Die **Kosten des Verzeichnisses**, der Zuziehung des Auskunftsberechtigten oder seines Beistands (OLG München Rpfleger 1997, 453), der Aufnahme des amtlichen Verzeichnisses und der Wertermittlung sind **Nachlassverbindlichkeiten** (§ 2314 Abs. 2 BGB), die im Nachlassbestand zu berücksichtigen sind, so dass der Pflichtteilsberechtigte zumindest mittelbar (nämlich in Höhe der Quote) an den Kosten **beteiligt** ist (BGH, NJW 1969, 436).
Die Kosten für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung trägt aufgrund der Sondervorschrift in § 261 Abs. 3 BGB der **Auskunftsberechtigte**.

Die Kosten des Erzwingungsverfahrens nach § 890 ZPO trägt demgegenüber der **auskunftsverpflichtete Schuldner** (Beklagte; MünchKommBGB/Keller, § 261 Rn. 5). Das gilt auch für die Prozesskosten, die durch den Streit auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung entstanden sind. Letztere sind - wenn der Erbe als Auskunftsverpflichteter im Rechtsstreit unterliegt - von ihm persönlich zu tragen.

5. Wertermittlungsklage

Der Anspruch auf Ermittlung des Wertes der Nachlassgegenstände ist von dem Auskunftsanspruch zu unterscheiden. Weil nämlich dem Bestandsverzeichnis eine Wertangabe nicht beigefügt werden muss, gibt das Gesetz dem Pflichtteilsberechtigten einen eigenen Anspruch auf Wertermittlung (OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 8). Bei der Auskunft geht es um die Weitergabe von Wissen, das der Verpflichtete hat oder sich verschaffen muss.

Der selbständige Wertermittlungsanspruch (vgl. OLG Köln ZEV 1999, 110) ist vom Pflichtteilsberechtigten gesondert geltend zu machen und nicht schon dann erfüllt, wenn der Auskunftspflichtige (z.B. Erbe) seiner Auskunftspflicht nach § 2314 Abs. 1 BGB nachkommt.

Zweck des Wertermittlungsanspruchs ist es, den Pflichtteilsberechtigten in den Stand zu versetzen, seinen Pflichtteilsanspruch im Einzelfall **berechnen** und dann klageweise geltend machen zu können (OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 8; Damrau/Riedel/Lenz, Erbrecht, § 2314 BGB, Rn. 30 m.w.N.). Der Verpflichtete schuldet deshalb die Vorlage aller für die konkrete Wertberechnung des tatsächlich vorhandenen oder fiktiven

Nachlasses erforderlichen Unterlagen (OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 58), soweit diese nicht schon im Rahmen des Auskunftsverlangens offenbart wurden.

Zusätzlich zu dem Anspruch auf Vorlage der für die Wertberechnung notwendigen Unterlagen hat der Pflichtteilsberechtigte auch einen Anspruch darauf, den Wert der tatsächlich vorhandenen und der fiktiven Gegenstände des Nachlasses durch ein Gutachten eines unparteiischen Sachverständigen auf Kosten des Nachlasses ermitteln zu lassen, wenn die dem Anspruchsteller vorgelegten Informationen und Unterlagen kein hinreichendes Bild über den Wert der Nachlassgegenstände bzw. einzelner Nachlassgegenstände ermöglichen (BGH NJW 1989, 2887 = FamRZ 1989, 856; OLG Köln ZEV 2006, 77; OLG Brandenburg ZErb 2004, 132; OLG Düsseldorf ZEV 1996, 431).

Die sachlichen Anforderungen an das Gutachten richten sich unter Berücksichtigung der zu bewertenden Nachlassgegenstände nach § 2311 BGB. Der Berechtigte hat keinen Anspruch auf ein bestimmtes, seinen Vorstellungen entsprechendes Gutachten, sondern nur auf eine Begutachtung, die den an die Tätigkeit von Sachverständigen zu stellenden Anforderungen genügt (OLG Köln NJW 2006, 625 = OLGR Köln 2006, 190 = ZEV 2006, 77).

Das vorzulegende Gutachten ist nicht dazu bestimmt, Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten über den Wert von Gegenständen des Nachlasses verbindlich zu entscheiden. Hierüber ist vielmehr erst in der **Leistungsstufe** zu befinden, erforderlichenfalls nach Einholung eines weiteren Gutachtens durch das Gericht (OLG Köln a.a.O.; BGHZ 107, 200; OLG Karlsruhe ZEV 2004, 468).

Der Pflichtteilsberechtigte hat auch keinen Anspruch darauf, dass es sich bei dem durch den Erben ausgewählten oder auszuwählenden Sachverständigen um einen „öffentlich vereidigten" Sachverständigen handelt, denn im allgemeinen sagt diese öffentliche Vereidigung weder etwas über die Unabhängigkeit noch etwas über die Qualifikation des Sachverständigen (vgl. hierzu: OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 58; LG Limburg WM 1990, 1832).

6. Stufenklage, § 254 ZPO

Beispiel:
Der Mandant M erscheint und führt aus, er sei ein Sohn des Erblassers E, der am 17. März 2015 verstorben ist. Sein Vater habe seinen Bruder, in dessen Haus er die letzten Lebensjahre verbracht hat, zum Alleinerben eingesetzt. Er habe seinen Vater seit Jahren nicht gesehen und auch keinen Kontakt zu seinem Bruder B. Er habe diesen aufgefordert, Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu geben und ihm den Pflichtteil auszuzahlen. Dies habe dieser schlichtweg abgelehnt.

Da neben der Quote (§ 2310 BGB) der Nachlassbestand (§§ 2311-2313 BGB) und dessen Wert die Höhe des Pflichtteilsanspruchs (§ 2303 BGB) des M bestimmen, sind

Informationen über den Bestand des Nachlasses und dessen Wert von zentraler Bedeutung, weil ohne diese der Geldanspruch nicht bestimmt werden kann.

Grundsätzlich kann zunächst auf Auskunft geklagt werden. Materiell-rechtlich helfen hier die **Auskunftsansprüche** der §§ 2314, 1580, 1605 BGB.

Ist der Anspruchsteller mit der Auskunft nicht zufrieden, kann er u.U. im Wege der Klage die **eidesstattliche Versicherung** (s.o.) hinsichtlich der Richtigkeit der Auskunft oder Rechnungslegung verlangen.

Dann schließlich kann er den Antrag bestimmt **beziffern** und **Leistungsklage** erheben. Die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, auf Versicherung an Eides statt und die Leistungsklage können aber auch im Wege der **Stufenklage** nach § 254 ZPO vorgegangen werden. Man wird selten zwei Prozesse führen, sondern eine Stufenklage geltend gemacht werden.

Dies hat folgende Vorteile:

- das **Kostenrisiko** wird gering gehalten
- auch die noch unbestimmte Leistungsstufe wird **rechtshängig**
- Eintritt der **Hemmung** der **Verjährung** auch für die Leistungsstufe
- Stufenklage ist – wegen der Degression der Gebührentabelle – stets **günstiger** als mehrere – bis zu drei – Einzelklagen.

In allen Fällen in denen die Bezifferung von einer – nicht erteilten – Auskunft des Gegners abhängt, ist die Stufenklage der getrennten Erhebung von Auskunfts- und Leistungsklage vorzuziehen. Es sollte jedoch stets sorgfältig geprüft werden, ob die begehrte Auskunft überhaupt zu einem **Zahlungsanspruch** führen kann. Denn ist dies nicht der Fall, trägt der Kläger das Prozessrisiko (OLG Hamm, MDR 1989, 461).

Eine „isolierte Auskunftsklage" reduziert das Kostenrisiko in diesen Fällen, in denen man sich nicht sicher ist, ob die Auskunft zu einem Anspruch führt, nicht unerheblich. Von der Stufenklage ist deshalb stets dann abzuraten, wenn (höchst) ungewiss ist, ob überhaupt ein Zahlungsanspruch besteht.

Besteht Grund zu der Annahme, dass die vom Beklagten erteilte Auskunft oder das von ihm abgelieferte Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erstellt worden sind, kann der Kläger nach §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2 BGB die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verlangen.

XI. Das Erbscheinsverfahren

Der Erbschein ist ein vom zuständigen Nachlassgericht einem (oder mehreren) Erben erteiltes **Zeugnis** über einerseits das Erbrecht des/der Erben und andererseits darüber, ob das **Verfügungsrecht** des/der Erben im Einzelfall durch Anordnung der Nacherbfolge oder der Testamentsvollstreckung **beschränkt** ist.

Der Erbschein wirkt nicht konstitutiv und erwächst nicht in **materielle Rechtskraft**. Er ändert damit die materielle Rechtslage in keinem Fall. Ist er unrichtig, ist er – von Amtswegen – **einzuziehen**. Das in ihm verbriefte Erbrecht ist dem Begünstigten nicht garantiert. Bezweckt wird mit dem Erbschein, die Erbfolge im Einzelfall nachweisbar zu machen, denn die Erbenstellung ist einer Person nicht anzusehen.

Der Erbschein ist ein dem Rechtsverkehr dienendes amtliches Zeugnis. Er begründet eine **widerlegliche Vermutung** dafür, dass der als Erbe bezeichneten Person das in ihm ausgewiesene Erbrecht zusteht und sie nicht durch andere als die angegebenen letztwilligen Anordnungen beschränkt ist, und legitimiert so den in ihm ausgewiesenen Erben (Legitimationsfunktion, § 2365 BGB).

Der Erbschein schützt durch den mit ihm verbundenen **öffentlichen Glauben** den Dritten bei Verfügungen der als Erbe ausgewiesenen Person über Nachlassgegenstände oder Rechte an solchen Gegenständen (§ 2366 BGB) oder bei Leistungen an diese Person (§ 2367 BGB), es sei denn, dass der Dritte die Unrichtigkeit des Erbscheins kennt oder weiß, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins verlangt hat (**Schutzfunktion**).

Der Erbschein dient also dem Verkehrsschutz.

Er enthält hingegen keine verbindliche Feststellung des Erbrechts. Diese können die Erbprätendenten nur durch eine **Feststellungsklage** im Zivilprozess und nur in den subjektiven Grenzen der Rechtskraft (d. h. regelmäßig nur mit Bindung zwischen den Parteien des Prozesses) erreichen. Der Erbschein bindet das Prozessgericht nicht (OLG München NJW-RR 1995, 779).

Nicht allein wegen der **Kosten** der Erteilung eines Erbscheins stellt sich die Frage, ob die Erbfolge auch anders nachgewiesen werden kann. Grundsätzlich kann die Erbfolge, etwa im Zivilprozess auf Feststellung der Erbenstellung, durch die Behauptung der gesetzlichen Erbfolge oder auch durch die Vorlage eines Testaments oder Erbvertrages nachgewiesen werden.

Ist der Erblasser im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, wird dieses nach Eintritt des Erbfalls unrichtig, da seine Erben an seine Stelle getreten sind. Der Erbschein wird für die Berichtigung des Grundbuchs nach dem Erbfall benötigt, wenn nicht ein die Erbfolge

regelndes öffentliches Testament oder Erbvertrag vorliegt (§ 35 GBO). Er ist für das Grundbuchamt grundsätzlich bindend (BayObLGZ 1990, 51 = NJW-RR 1990, 906).

Dem Grundbuchamt ist in diesen Fällen die öffentliche Urkunde (Testament oder Erbvertrag) zusammen mit der Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts (§ 2260 Abs. 3 BGB) vorzulegen.
Auch die **Banken** und Sparkassen verlangen für die Verfügungen über Erblasserkonten häufig einen Erbschein. Sie könnten sich nach ihren **AGB** aber auch mit der Vorlage einer beglaubigten Testamentsablichtung und der Niederschrift über die Testamentseröffnung begnügen.

Nach der Rechtsprechung des **Bundesgerichtshofs** (NJW 2005, 2779 = ZEV 2005, 388 = MDR 2005, 1352 = FamRZ 2005, 1548) ist der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht – gegenüber einer Bank – durch einen Erbschein nachzuweisen. Er hat auch die Möglichkeit den Nachweis in einer anderen Form zu erbringen. Nach Auffassung des BGH stellt ein **eröffnetes öffentliches Testament** in der Regel einen ausreichenden Nachweis für das Erbrecht des vorlegenden Erben dar. In dem durch den BGH entschiedenen Fall waren allerdings die vorgenannten AGB der Banken und Sparkassen nicht Vertragsinhalt geworden, weshalb der BGH sich mit ihrer Tragweite und ihrem Einfluss auf die Entscheidung nicht zu befassen hatte.

1. Inhalt

Der Erbschein bekundet, wer zu welchem Anteil Erbe ist (§ 2353 BGB), und welchen vom Erblasser angeordneten Verfügungsbeschränkungen dieser Erbe unterliegt. Er enthält daher

- den Namen und den Todestag des Erblassers,
- die möglichst genaue Bezeichnung des oder der Erben (Name und, im Hinblick auf § 15 GBVfg, Geburtstag),
- bei mehreren Erben die Erbquote(n) nach Bruchteilen (1⁄2 oder 1/8 etc.),
- wenn Vor- und Nacherbschaft angeordnet ist, diese Anordnung, die Voraussetzungen, unter denen der Nacherbfall eintritt, die Person des Nacherben und ggf. Befreiungen des Vorerben von den regelmäßigen (vgl. insbesondere § 2113 BGB) Verfügungsbeschränkungen (§ 2363 Abs. 1 BGB); hierbei ist zu beachten, dass der unter einer Bedingung (z.B. bei einer Verwirkungs- oder Wiederverheiratungsklausel) eingesetzte Erbe die Stellung eines Vorerben hat, so dass ein entsprechender Vermerk in den Erbschein aufzunehmen ist (MünchKommBGB/J. Mayer, § 2363 Rn. 123).
- die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, nicht aber die Person des Testamentsvollstreckers (§ 2364 BGB).
- Die Angabe des Berufungsgrundes (gesetzliche Erbfolge, letztwillige Verfügung) ist nicht erforderlich (BayObLGZ 1973, 28), wenngleich unschädlich und in der Praxis häufig.

2. Arten von Erbscheinen

Je nach dem Inhalt unterscheidet man verschiedene Arten des Erbscheins:

- der **Alleinerbschein** weist das Erbrecht des Alleinerben aus
- der **Teilerbschein** das Erbrecht eines Miterben
- Weist der Erbschein das Erbrecht aller Miterben aus, spricht man von einem **gemeinschaftlichen Erbschein**.
- wenn es sich nur um einzelne von mehreren Miterben handelt, von einem **gemeinschaftlichen Teilerbschein**.
- als **Gruppenerbschein** wird die urkundliche Zusammenfassung mehrerer Teilerbscheine innerhalb einer aus weiteren Miterben bestehenden Erbengemeinschaft bezeichnet, etwa für mehrere zu einem einzelnen Erbstamm gehörende Miterben.
- der **Doppelerbschein** ist die äußerliche Zusammenfassung von Erbfolgen, wenn in Folge einer Nachlassspaltung verschiedene Erbrechtsstatuten gelten, etwa teils inländisches, teils ausländisches Recht oder interlokal verschiedenes Recht, oder verschiedene Gesetze (z.B. allgemeine Erbfolge, daneben Hoffolge) anzuwenden sind;
- ein **gegenständlich beschränkter Erbschein** wird erteilt, wenn nur Teile des Nachlasses erfasst werden. Das ist der Fall bei einem Erblasser, bei dem sich die Erbfolge nicht nach deutschem Recht richtet, wenn sich Nachlassgegenstände in Deutschland befinden (gegenständlich beschränkter **Fremdrechtserbschein**, § 2369 BGB).

– Abschrift –

Amtsgericht Saarlouis

Gemeinschaftlicher Erbschein

ist von

1. zu 1/5 Anteil
2. zu 1/25 Anteil
3. zu 1/25 Anteil
4. zu 1/25 Anteil
5. zu 1/25 Anteil
6. zu 1/25 Anteil
7. zu 1/35 Anteil
8. zu 1/35 Anteil
9. zu 1/35 Anteil
10. zu 1/35 Anteil
11. zu 1/35 Anteil
12. zu 1/35 Anteil
13. zu 1/35 Anteil
14. zu 1/10 Anteil
15. zu 1/10 Anteil
16. zu 1/15 Anteil
17. zu 1/15 Anteil
18. zu 1/15 Anteil

beerbt worden.

Rechtspflegerin

3. Das Verfahren

Das Erbscheinsverfahren ist ein Verfahren in Angelegenheiten der **freiwilligen Gerichtsbarkeit**. Gleichwohl finden sich die wichtigsten Verfahrensbestimmungen im BGB, und zwar in den §§ 2353 bis 2370 BGB. Im Übrigen ist das FamFG anzuwenden. Diese Vorschriften gelten stets für das Erbscheinsverfahren vor einem deutschen Gericht unabhängig von der Frage, welches materielle Erbrecht anzuwenden ist (Grundsatz der lex fori).

Sachlich zuständig ist das Amtsgericht als Nachlassgericht (§ 2353 BGB). Nachlassgericht ist nach § 23a Abs. 2 Nr. 2 GVG stets das Amtsgericht; in Baden-Württemberg das staatliche Notariat (§§ 1 Abs. 2, 38 LFGG; Art 147 EGBGB). Eine Differenzierung nach der Höhe des Wertes des Nachlasses erfolgt nicht.

Örtlich zuständig ist das Nachlassgericht, in dessen Bezirk der Erblasser (Deutscher oder Ausländer) zur Zeit seines Todes wohnte usw. (§ 343 FamFG). Dabei wird an den Wohnsitz des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes angeknüpft (zum Sterbeort: BayObLG ZEV 2003, 168).

Die funktionelle Zuständigkeit für Nachlasssachen liegt grundsätzlich beim **Rechtspfleger** (§ 3 Nr. 2c RPflG). Dazu gehört die Erteilung eines Erbscheins, wenn **gesetzliche Erbfolge** nach deutschem Recht zur Anwendung kommt. Der Rechtspfleger ist im Erbscheinsverfahren zuständig für die Aufnahme des Erbscheinsantrages zu Protokoll, Eröffnung des Testaments, Feststellung des Fiskuserbrechts nach § 1964 BGB.

Dem **Richter** sind vorbehalten:

- die Erteilung von Erbscheinen, sofern eine (wirksame oder unwirksame) **Verfügung von Todes wegen** (Testament, Erbvertrag; auch nur in Kopie usw) vorliegt (§ 16 Abs. 1 Nr 6 RPflG) oder die Existenz eines (allerdings verlorenen) Testaments behauptet wird;
- die Erteilung von gegenständlich beschränkten Erbscheinen (**Fremdrechtserbschein**; § 2369 BGB), also die Anwendung ausländischen Erbrechts, gleichgültig ob der Erbscheins aufgrund Gesetzes oder einer Verfügung von Todes wegen erteilt wird (§ 16 Abs. 1 Nr 6 RPflG);
- die **Einziehung** von Erbscheinen nach § 2361 BGB (§ 16 Abs. 1 Nr 7 RPflG), wenn der Erbschein vom Richter erteilt wurde oder wegen einer Verfügung von Todes wegen einzuziehen ist;
- die **Kraftloserklärung**, wenn sie mit der Einziehung (soweit dem Richter übertragen) verbunden ist (§ 6 RPflG) oder hier isoliert erfolgt.

3.1.Verfahrensrechtliche Voraussetzungen der Erteilung

Der Erbschein wird nur auf **Antrag** erteilt (§ 2353 BGB; Antragsverfahren). Der Antrag ist nicht nur eine bloße Verfahrensvoraussetzung, sondern ein „Sachantrag". Das bedeutet, dass der/die Antragsteller dem Nachlassgericht die gewünschte Sachentscheidung derart vorgeben muss, dass dem Antrag ganz entsprochen werden kann; ist dies nicht der Fall, ist er zurückzuweisen.

Der Antrag bedarf keiner Form (§ 23 FamFG). Jedoch verlangt § 2356 Abs. 2 BGB grundsätzlich, dass der Antragsteller die Richtigkeit einiger gem. §§ 2354, 2355 BGB vorgeschriebener Angaben (vgl. unten) vor Gericht oder vor einem Notar an **Eides Statt** versichert.

Der Antragsteller kann:

- entweder den Antrag beim Nachlassgericht persönlich zu **Protokoll** stellen und dabei gleichzeitig die **eidesstattliche Versicherung** des § 2356 II BGB abgeben (das ist am günstigsten; die beim Notar anfallende Umsatzsteuer entfällt), oder
- einen **Notar** beauftragen, der den Antrag beurkundet und gleichzeitig die eidesstattliche Versicherung entgegennimmt sowie beurkundet und die Urkunde beim Nachlassgericht einreicht (sicherste Methode wegen Belehrungspflichten des Notars)

Der Antrag kann Antrag auch durch einen Vertreter (z.B. einen Rechtsanwalt) gestellt werden (§ 10 FamFG). Ein Nachweis der Vollmacht ist grundsätzlich vorgeschrieben (§ 11 S. 1 FamFG).

3.2. Inhalt des Antrags

Der Antrag muss das Erbrecht, das in dem Erbschein ausgewiesen werden soll, genau bezeichnen (BayObLGZ 1995, 47, 50; zu den Voraussetzungen im Einzelnen ausführlich: Hilger, BWNotZ 1992, 113). Der Antragsteller kann weder den Inhalt des Erbscheins dem Ermessen des Nachlassgerichts überlassen noch kann er beantragen, einen Erbschein „nach Maßgabe des Testaments" zu erteilen (BayObLG NJW-RR 1996, 1160).

Er muss angeben:

- die **Art** des gewünschten Erbscheins, z. B. Alleinerbschein, Teilerbschein, gemeinschaftlicher Erbschein, allgemeiner oder gegenständlich beschränkter Erbschein (BayObLGZ 1995, 47),
- den **Berufungsgrund**, auf den das im Erbschein auszuweisende Erbrecht gestützt wird, d.h. ob er den Erbschein als gesetzlicher Erbe oder aufgrund letztwilliger Verfügung beantragt (BayObLGZ a.a.O; NJW-RR 1996, 1160).

- den oder die **Erben**, d.h. ob er sich als alleinigen Erben betrachtet, oder ob und welche Personen neben ihm Erbe geworden sind (für den gemeinschaftlichen Erbschein vgl. § 2357 Abs. 2 BGB);
- bei mehreren Erben ist die **Erbquote** nach Bruchteilen für den oder die Erben anzugeben, die in dem Erbschein ausgewiesen werden sollen (OLG Frankfurt FamRZ 1998, 1394; vgl. § 2357 Abs. 2 BGB);
- die in den Erbschein aufzunehmenden **Beschränkungen** (§§ 2363, 2364 BGB);
- bei einem gemeinschaftlichen Erbschein die Erklärung, dass die übrigen Erben die Erbschaft **angenommen** haben (§ 2357 Abs. 3 BGB);

Außerdem muss der Antragsteller angeben (§§ 2354, 2355 BGB)

- die **Todeszeit**, § 2354 Abs. 1 Nr. 1 BGB,
- ob und welche **Verfügungen** des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind, § 2354 Abs. 1 Nr. 4 BGB,
- ob ein **Rechtsstreit** über das Erbrecht anhängig ist, § 2354 Abs. 1 Nr. 5 BGB,
- die Personen, durch die er von der Erbfolge **ausgeschlossen** oder sein Erbteil gemindert würde, § 2354 Abs. 1 Nr. 3 BGB (einschließlich weggefallener Personen und des Grundes des Wegfalls, §§ 2354 Abs. 2, 2355 BGB),

und zusätzlich

- bei gesetzlicher Erbfolge (§ 2354 Abs. 1 Nr. 2 BGB) das Verhältnis, auf dem das Erbrecht beruht (d. h. das **Verwandtschaftsverhältnis**, ggf. unter Angabe der Begründung wie Adoption, Vaterschaftsfeststellung o. ä.; bei Ehegatten die Eheschließung und den Güterstand),
- bei gewillkürter Erbfolge die **letztwillige Verfügung**, auf die das Erbrecht gestützt wird, § 2353 Abs. 1 Nr. 4 BGB.

Es ist zulässig, einen Hauptantrag und dazu Hilfsanträge mit sachlich anderem Inhalt zu stellen, jedoch muss jeder Antrag das damit beanspruchte Erbrecht genau bezeichnen, und es muss die (für das Nachlassgericht verbindliche) Reihenfolge der Prüfung angegeben werden (OLG Hamm FamRZ 1993, 111).

3.3. Nachweise - beizufügende Urkunden

Der Antragsteller hat diejenigen Tatsachen, die sein Erbrecht begründen, teils durch öffentliche Urkunden, durch eidesstattliche Versicherung und teils auch ohne besondere Form nachzuweisen.

Durch **öffentliche Urkunden** (§ 415 ZPO) sind nachzuweisen (§ 2356 Abs. 1 S. 1 BGB):

- Tod und Todeszeitpunkt des Erblassers, § 2354 Abs. 1 Nr. 1, 2355 BGB;

- bei gesetzlicher Erbfolge das Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser, § 2354 Abs. 1 Nr. 2 BGB;
- weggefallene Personen, § 2354 Abs. 2 BGB;

Die öffentliche Urkunde ist im Einzelfall dann nicht erforderlich, wenn sie nicht oder nur schwierig beschaffbar ist, § 2356 Abs. 1 S. 2 BGB oder die (nachzuweisende) Tatsache beim Nachlassgericht offenkundig ist, § 2356 Abs. 3 BGB.

Weitere Tatsachen wie z.B. Angaben über vorhandene Testamente (§ 2354 Abs. 1 Nr. 4 BGB) und anhängige Prozesse (§ 2354 Abs. 1 Nr. 5 BGB) sind eidesstattlich zu versichern. Die eidesstattliche Versicherung kann zu **Protokoll des Nachlassgerichts** oder eines deutschen **Notars** erklärt werden. Sie ist durch den Antragsteller persönlich abzugeben.

3.4. Prüfung des Nachlassgerichts

Neben der Prüfung der formellen Voraussetzungen ist die wesentlichste Prüfung des Nachlassgerichts diejenige, ob die **Erbenstellung** so, wie sie nach dem Antrag im Erbschein ausgewiesen werden soll, gegeben ist.

Hierzu hat es festzustellen, ob, welche und mit welchem Inhalt Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind. Bei Unklarheiten ist der Inhalt der letztwilligen Verfügung durch **Auslegung** festzustellen.

Nach § 26 FamFG hat das Gericht **von Amts wegen** die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Das Gericht entscheidet demnach nach pflichtgemäßem, teilweise aber auch nunmehr nach gebundenem Ermessen, ob es sich zur Beschaffung der für seine Entscheidung erheblichen Tatsachen mit formlosen Ermittlungen (**Freibeweis**: vgl. § 29 FamFG) begnügen kann oder ob es eine förmliche Beweisaufnahme nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung (**Strengbeweis**: vgl. § 30 FamFG) durchführen muss.

3.4.1. GESETZLICHE ERBFOLGE

Ist die Erbfolge nicht durch letztwillige Verfügung geregelt, tritt also gesetzliche Erbfolge ein, so erstreckt sich die Prüfung insbesondere darauf, ob der Erbprätendent nach seinem Verhältnis zum Erblasser mit der im Antrag angegebenen Quote gesetzlicher Erbe (§§ 1924ff. BGB) geworden ist.

Kommt ein Ehegattenerbrecht in Betracht, ist im Hinblick auf §§ 1371, 1931 BGB der **Güterstand** zu ermitteln. Sind Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Ehegatten in **Scheidung** gelebt haben, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1933 BGB gegeben sind; ggf. sind die Scheidungsakten beizuziehen.

3.4.2. GEWILLKÜRTE ERBFOLGE

Wird der Erbscheinsantrag auf gewillkürte Erbfolge gestützt, ist vor allem zu prüfen, ob die letztwillige Verfügung, auf die der Antragsteller das Erbrecht gründet, **wirksam**, d.h. insbesondere

- von dem **testier**- (§ 2229 BGB) oder geschäftsfähigen (§ 2275 BGB) Erblasser persönlich (§§ 2064 f., 2274 BGB)
- in der gebotenen **Form** (§§ 2231 ff., 2267, 2276 BGB) errichtet worden ist,
- und ob sie sich innerhalb der dem Erblasser für letztwillige Verfügungen gesetzten **Grenzen** hält, insbesondere nach ihrem Inhalt weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB), noch gegen bindende wechselbezügliche (§ 2271 Abs. 2 BGB) oder vertragsmäßige (§ 2289 BGB) Verfügungen verstößt.

Für die Feststellungslast im Rahmen der Auslegung von Verfügungen spielen die **gesetzlichen Auslegungs- und Ergänzungsregeln** (z.B. § 2069 BGB für die Berufung zum Ersatzerben, § 2087 BGB für die Abgrenzung von Erbeinsetzung und Vermächtnis, § 2270 Abs. 2 BGB für die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament) eine wichtige Rolle, da sie demjenigen, der sich auf sie beruft, das Risiko für den Nachweis des von ihm behaupteten Erblasserwillens abnehmen.

Besteht z.B. Anlass, an der Testierfähigkeit eines Erblassers zu zweifeln, so hat das Nachlassgericht ebenfalls und selbstverständlich den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären (BayObLG FamRZ 1994, 593). Solche Zweifel sind etwa begründet, wenn sich im Betreuungsverfahren Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit des Erblassers ergeben haben (BayObLG MittBayNot 1995, 56), obwohl die Anordnung einer Betreuung die Testierfähigkeit nicht berührt (OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635).

Die Frage der **Testierfähigkeit** erlangt in zahlreichen Verfahren mit steigender Tendenz (Stichwort: Altersdemenz) Bedeutung.

In der Praxis bedarf dann i. d. R. umfangreicher und sorgfältiger Ermittlungen unter Einbeziehung der Vorgeschichte und aller äußeren Umstände. Das Gericht hat das von den Beteiligten dargelegte Verhalten des Erblassers, das die Zweifel verursacht hat, sowie die tatsächlichen Umstände, die den medizinischen Befund ausmachen und den Geisteszustand im Zeitpunkt der Testamentserrichtung beeinflusst haben können, aufzuklären, etwa durch Vernehmung der Ärzte, durch die Beiziehung von Krankenunterlagen oder früher (z. B. in einem Betreuungsverfahren) erstatteter Gutachten.

Solange die Testierunfähigkeit des Erblassers nicht zur vollen Gewissheit des Nachlassgerichts feststeht, ist der Erblasser als testierfähig anzusehen (OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1159 = FamRZ 1996, 970). Die Feststellungslast für die Testierunfähigkeit

trägt grundsätzlich derjenige, der sich auf die darauf beruhende Unwirksamkeit des Testaments beruft.

3.5. Entscheidung des Nachlassgerichts

Die Entscheidung des Nachlassgerichts ergeht stets als „**Beschluss**" (§ 38 FamFG). Eine „mündliche Verhandlung" ist nicht Voraussetzung; findet sie statt, handelt es sich nicht um eine Verhandlung i.S. von § 128 ZPO, sondern um einen Termin im Sinne des § 32 FamFG. Eine Versäumnisentscheidung kennt das Amtsermittlungsverfahren nicht.

Als Entscheidungen kommen in Betracht:

- Erlass eines Feststellungsbeschlusses,
- Zurückweisung des Antrags durch Beschluss oder
- eine Zwischenverfügung.

3.5.1.FESTSTELLUNGSBESCHLUSS

Hat kein anderer Beteiligter dem Erbscheinsantrag widersprochen und hält das Nachlassgericht die Tatsachen (d.h. die Erbfolge, wie beantragt) für erwiesen (§ 2359 BGB), ist zunächst ein Beschluss (Inhalt und Formalien: § 38 FamFG) zu erlassen (§ 352 Abs. 1 S. 1 FamFG):

„Die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, werden für festgestellt erachtet".

Die Beschlussformel (§ 38 Abs. 2 Nr. 3 FamFG) enthält zweckmäßigerweise bereits den Text des beabsichtigten Erbscheins.

Dieser Beschluss wird **mit Erlass wirksam** (§ 352 Abs. 1 S. 2 FamFG), also (entgegen § 40 Abs. 1 FamFG) nicht erst mit Bekanntgabe an die Beteiligten. Der Beschluss bleibt in der Nachlassakte. Eine **Kostenentscheidung entfällt** (dass der Antragsteller die Kosten zu tragen hat, folgt aus § 2 Nr. 1 KostO).

Da kein anderer Beteiligter dem Antrag widersprochen hat, enthält der Feststellungsbeschluss **keine Begründung** (§ 38 Abs. 1, 4 Nr. 2 FamFG).

Dem „Feststellungsbeschluss" **kann** sogleich der **Vollzug**, nämlich die Erteilung des Erbscheins, das heißt die Ausfertigung des Erbscheins und die Aushändigung bzw. Übersendung der Urschrift bzw. Ausfertigung (je nach Landesrecht) an den Antragsteller oder einem von ihm bestimmten Dritten (OLG Hamm OLGZ 1994, 257), folgen. Dem anwesenden Antragsteller kann also der Erbschein mitgegeben werden.

3.5.2. WIDERSPRUCH EINES BETEILIGTEN - FESTSTELLUNGSBESCHLUSS MIT AUSSETZUNG

Widerspricht der nach § 352 Abs. 1 FamFG zu erlassende Feststellungsbeschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten, erhält der obige Beschluss einen Zusatz. Der Beschluss kann lauten (§ 352 Abs. 2 S. 2 FamFG) z.B.:

„Die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, werden für festgestellt erachtet. Die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses wird ausgesetzt; die Erteilung des Erbscheins wird bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses zurückgestellt".

Eine **Kostenentscheidung** nach §§ 81ff. FamFG ist **möglich** (dem Antragsgegner könnten beispielsweise Gutachterkosten auferlegt werden, wenn er ein Gutachten über die Testierfähigkeit **mutwillig** veranlasst hat).

Der Beschluss muss eine **Begründung** enthalten (§ 38 Abs. 3 S. 1 FamFG). Er ist den Beteiligten **bekannt zu geben** (§ 352 Abs. 2 S. 1 FamFG); demjenigen, der widersprochen hat, ist der Beschluss **zuzustellen** (§ 41 Abs. 1 S. 2 FamFG).

Nach Zustellung des Beschlusses, der die Feststellung mit der Aussetzung enthält, wartet das Nachlassgericht die **Beschwerdefrist** (ein Monat, § 63 FamFG) ab:

- wird keine Beschwerde eingelegt, so dass der Beschluss rechtskräftig geworden ist, wird dieser **vollzogen**, d.h. der Erbschein wird erteilt. Aus dem Feststellungsbeschluss wird nicht mit Rechtskraft automatisch ein Erbschein.
- wird Beschwerde eingelegt, wird das Verfahren dem **Beschwerdegericht** vorgelegt und dessen Entscheidung abgewartet. Das Nachlassgericht könnte der Beschwerde auch selbst **abhelfen** (§ 68 Abs. 1 S. 1 FamFG).

3.5.3. ZURÜCKWEISUNG DES ANTRAGES

Die Zurückweisung des Antrages kann wegen Unzulässigkeit (Fehlens einer Verfahrensvoraussetzung pp.) oder wegen Unbegründetheit erfolgen (die für die Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen konnten nicht festgestellt werden. Der Zurückweisungsbeschluss ist zu **begründen** (§ 38 Abs. 3 S. 1 FamFG) und mit einer **Rechtsmittelbelehrung** zu versehen (§ 39 FamFG). Die Bekanntgabe hat an den Antragsteller durch **Zustellung** (§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG) und an die übrigen Beteiligten in der Form des § 15 Abs. 2 FamFG zu erfolgen. Der Beschluss wird mit der **Bekanntgabe** wirksam, § 40 Abs. 1 FamFG.

3.5.4.ZWISCHENVERFÜGUNG

Die Zwischenverfügung ist im FamFG nicht ausdrücklich genannt. Das Gericht hat im Antragsverfahren auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken (§ 28 Abs. 2 FamFG) und auf rechtliche Gesichtspunkte **hinzuweisen**, die es anders beurteilt als die Beteiligten (§ 28 Abs. 1 S. 2 FamFG).

Deshalb sind Hinweise auf fehlende Unterlagen (z.B. Personenstandsurkunden, eidesstattliche Versicherung, Erklärung beim gemeinschaftlichen Teilerbschein, dass der/die Miterbe/n die Erbschaft angenommen haben) sowie sonstige behebbare Mängel des Antrags zulässig und erforderlich. Das kann als formloses Schreiben oder auch in Beschlussform erfolgen. Es erfolgt im Regelfall eine formlose Mitteilung im Sinne von § 15 Abs. 3 FamFG).

3.6. Rechtsmittel

3.6.1. FESTSTELLUNGSBESCHLUSS

Der Feststellungsbeschluss ist mit der **Beschwerde** nach § 58 FamFG anfechtbar. Mangels Bekanntgabe läuft eine Beschwerdefrist nicht (§ 63 Abs. 3 FamFG). Beschwerdeberechtigt ist jeder, der in seinen Rechten beeinträchtigt ist (§ 59 Abs. 1 FamFG), also jeder, der die Ablehnung der Einziehung des Erbscheins im Falle seiner Erteilung anfechten könnte.

Entscheidung des Beschwerdegerichts:

- ist der Erbschein noch nicht erteilt, wird der Feststellungsbeschluss bei begründeter Beschwerde dahin gehend **abgeändert**, dass der Antrag auf Erteilung des Erbscheins wird. Einen Feststellungsbeschluss bezüglich eines anderen Erbscheins darf das Beschwerdegericht nur dann erlassen, wenn das Nachlassgericht einen entsprechenden geänderten Antrag im Nichtabhilfeverfahren zurückgewiesen hat (§ 68 FamFG; OLG Düsseldorf NJW- RR 2007, 1237).
- ist der Erbschein erteilt, ist die Beschwerde mit dem Ziel der Einziehung desselben zulässig. Eine Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluss ist ein die nach § 352 Abs. 3 FamFG allein zulässige Beschwerde auszulegen. Bei begründeter Beschwerde erlässt das Beschwerdegericht die **Einziehungsanordnung** und weist das Nachlassgericht an, den Erbschein einzuziehen;
- ist die Beschwerde nicht zulässig oder nicht begründet, **verwirft** das Beschwerdegericht die Beschwerde oder **weist sie zurück**.

3.6.2. ZURÜCKWEISUNG DES ANTRAGES

Bei begründeter Beschwerde erlässt das Beschwerdegericht den Feststellungsbeschluss und weist das Beschwerdegericht zur **Erteilung des Erbscheins** an; ist einem anderen Antragsteller bereits ein anderslautender Erbschein erteilt worden, muss die Erteilung von dessen **Einziehung** abhängig gemacht werden (BayObLG NJW-RR 1990, 1481).

3.6.3. ERTEILUNG DES ERBSCHEINS

Die Erteilung des Erbscheins als solche ist nicht anfechtbar. Zulässig ist allein die Einlegung der Beschwerde mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins, § 352 Abs. 3 FamFG.

3.6.4. EINLEGUNG DER BESCHWERDE, § 64 FAMFG

§ 64 FamFG regelt in Anlehnung an das bisher geltende Recht (§ 21 FGG) die Formalien der Einlegung der Beschwerde. Die Beschwerde kann nur noch beim erstinstanzlichen Gericht (**iudex a quo**) eingelegt werden. Beim Beschwerdegericht (**iudex ad quem**) kann die Beschwerde **nicht** eingelegt werden. Das unterscheidet die Beschwerde im FamFG-Verfahren von derjenigen nach den Regeln der ZPO, wo sie nach § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO bei beiden Gerichten eingelegt werden kann.

Hält das Gericht, dessen Beschluss angefochten wird, die Beschwerde für begründet, hat es ihr **abzuhelfen**; anderenfalls ist die Beschwerde unverzüglich dem **Beschwerdegericht** vorzulegen (§ 68 Abs. 1 S. 1 FamFG).

Das Beschwerdegericht hat zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Beschwerde als **unzulässig** zu verwerfen, § 68 Abs. 2 FamFG. Das Beschwerdeverfahren bestimmt sich im Übrigen nach den Vorschriften über das Verfahren des ersten Rechtszuges (§ 68 Abs. 3 S. 1 FamFG).

Das Beschwerdegericht hat dabei in der Sache selbst zu entscheiden.

Es darf die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens nur dann an das Gericht des ersten Rechtszugs **zurückverweisen** (§ 69 Abs. 1 S. 2 FamFG), wenn

- dieses in der Sache noch nicht entschieden oder
- soweit das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet und zur Entscheidung eine umfangreiche oder aufwändige Beweiserhebung notwendig wäre und ein Beteiligter die Zurückverweisung beantragt.

3.6.5. RECHTSBESCHWERDE GEGEN DIE ENTSCHEIDUNG DES BESCHWERDEGERICHTS

Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts oder die Entscheidungen des Oberlandesgerichts in erster Instanz ist die (z.T.) zulassungsabhängige Rechtsbeschwerde.

Gegenstand der Rechtsbeschwerde sind Beschwerdeentscheidungen des Landgerichts oder Oberlandesgerichts in Form eines Beschlusses sowie erstinstanzliche Beschlüsse des Oberlandesgerichts. Rechtsbeschwerdegericht ist ausnahmslos der Bundesgerichtshof (§ 133 GVG).

4. Einziehung/Kraftloserklärung

Die nach § 2361 BGB vorgesehene Einziehung und Kraftloserklärung des Erbscheins dienen dem Schutz der wahren Erben, da sie die Wirkungen der §§ 2365 bis 2367 BGB entfallen lassen, insbesondere den gutgläubigen Erwerb Dritter verhindern. Sie beseitigen nämlich die Wirkungen der erteilten (aber unrichtigen) Erbscheins und die mit dem Gutglaubensschutz verbundenen Gefahren für den richtigen Erben.

Voraussetzung ist die **materielle Unrichtigkeit** des Erbscheins oder ein beachtlicher **Verfahrensverstoß**.

Es gilt der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG), ein Antrag ist zur Einleitung des Entziehungsverfahrens nicht erforderlich.

Ein Erbschein ist unrichtig, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins im Zeitpunkt der Entscheidung über die Einziehung nicht (mehr) gegeben sind und ein Erbschein desselben Inhalts nicht (mehr) erteilt werden könnte (BGHZ 40, 54; BayObLGZ 77, 59).

Die Einziehung ist anzuordnen, wenn die zur Begründung des Erbscheinsantrags erforderlichen Tatsachen nicht mehr als festgestellt zu erachten sind; bloße Zweifel sind nicht ausreichend (BGH a.a.O.). Einziehung auf Grund späterer abweichender Testamentsauslegung ist möglich (BGHZ 47, 58; BayObLG NJW-RR 1997, 836). Das Gericht hat umfassend zu ermitteln, wenn das Vorbringen eines Beteiligten oder der dem Gericht sonst zur Kenntnis gelangte Sachverhalt hierzu Anlass bietet (BGHZ 40, 54, 57).

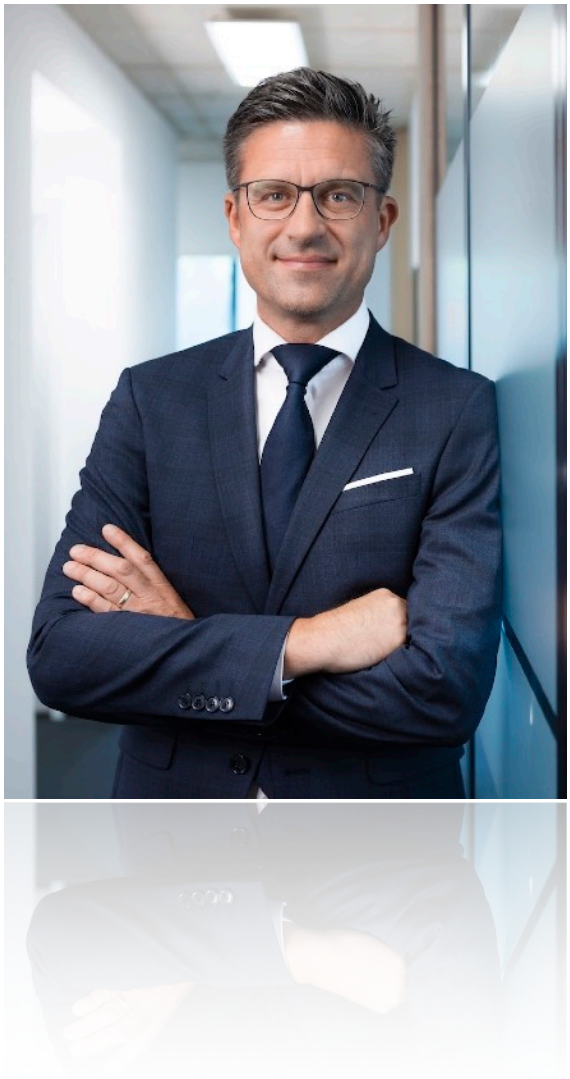
Zuständig für die Einziehung des Erbscheins ist das **Nachlassgericht** (in BW das Notariat), das den Erbschein erteilt hat, § 342 Abs. 1 Nr. 6 FamFG. Sachlich zuständig ist der **Richter**, wenn er den Erbschein erteilt hat oder er wegen einer Verfügung von Todes wegen einzuziehen ist; im übrigen ist der Rechtspfleger zur Einziehung sachlich zuständig.
Das Einziehungsverfahren ist **Amtsverfahren**. Antrag oder Anregung sind nicht erforderlich. Die Einziehung kann jederzeit erfolgen; insbesondere steht ihr eine lange Zeitdauer seit der Erteilung nicht entgegen (BGHZ 47, 58).

Die Erbscheinseinziehung erfolgt durch Beschluss des Nachlassgerichts nach § 38 FamFG, der allen Erbscheinserben zuzustellen ist, § 15 Abs. 1 FamFG. In der Praxis wird ein Beschluss erlassen mit dem Inhalt:

„Der Erbschein des Nachlassgericht vom XX wird eingezogen."

Wenn der Erbschein nicht sofort erlangt werden kann und ist die Vollstreckung der Einziehungsanordnung voraussichtlich aussichtslos, hat das Nachlassgericht ihn für kraftlos zu erklären (§ 2361 Abs. 2 S. 1 BGB).

Gegen den Beschluss, durch die die Einziehung des Erbscheins angeordnet wird, ist das Rechtsmittel der **Beschwerde** nach § 58 FamFG gegeben ebenso wie die Ablehnung der Einziehung.



DER AUTOR

- seit 2002 Rechtsanwalt
- Fachanwalt für Steuerrecht
- Fachanwalt für Erbrecht
- managing Partner bei protego legal
- Notarvertreter
- Regionalbeauftragter der ARGE Erbrecht im DAV für das OLG des Saarlandes
- Präsidiumsmitglied der SV Elversberg

ANDREAS ABEL
ABEL@PROTEGO.LEGAL

protego legal PartGmbB
Poststraße 43 | 66386 St. Ingbert