

**Timotheus-Stiftung**

**Erben und Vererben**

Dr. Sven Menke  
Rechtsanwalt Steuerberater  
Fachanwalt für Steuerrecht

## **I. Grundbegriffe und Grundsätze des Erbrechts**

Das Erbrecht ist integraler Teil unserer auf Anerkennung des Privateigentums und der Privatautonomie des Menschen beruhenden Rechtsordnung. Es wird durch drei rechtspolitische Grundentscheidungen geprägt:

### **1. Grundsatz der privaten Erbrechts**

Das Privateigentum ist die Grundlage der Unabhängigkeit und damit der Freiheit des Individuums. Daraus ergibt sich notwendigerweise die Anerkennung des privaten Erbrechts: Stirbt ein Mensch, fällt sein Vermögen nicht unmittelbar an den Staat, sondern es geht grundsätzlich auf Privatpersonen über. Das Erbrecht gewährleistet somit den Fortbestand des Privateigentums über den Tod des jeweiligen Eigentümers hinaus. Ohne privates Erbrecht würde sich das persönliche Eigentum in der nächsten Generation in staatliches Eigentum verwandeln.

Das Erbrecht wird von der Verfassung garantiert. In Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes heißt es hierzu: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“ Damit haben Erbrecht und Eigentum den Rang eines verfassungsgeschützten Grundrechts. Aus seinem Wesen als Grundrecht folgt die Konsequenz, dass es nicht durch Gesetze in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf, Art. 19 Abs. 2 GG. Demnach wäre ein Gesetz verfassungswidrig, das die private Erbfolge durch ein Staatserbrecht ersetzen oder aber die Vermögensnachfolge naher Familienangehöriger mit einer die Substanz vernichtenden Erbschaftsteuer belegen würde. Faktisch wird der Staat allerdings durch die Erhebung der Erbschaftsteuer in vielen Fällen neben den Erben zum stillen Teilhaber.

### **2. Grundsatz der Testierfreiheit**

Nach dem Grundsatz der Privatautonomie, der unser bürgerliches Recht beherrscht, hat jeder Mensch das Recht, über sein Vermögen frei zu bestimmen. Hieraus folgt die Befugnis, auch über das rechtliche Schicksal seines Vermögens für die Zeit nach dem Tode Bestimmungen zu treffen.

### **3. Grundsatz der Familienerbfolge**

Grundlage für das gesetzliche Erbrecht ist die Familie. Wenn und soweit der Erblasser keine Bestimmungen über seine Erbfolge getroffen hat, soll das Vermögen seinen Verwandten und seinem Ehegatten nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zukommen.

Zwangsläufig steht dieser Grundsatz in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Testierfreiheit. Das gesetzliche Ergebnis stellt letztlich einen Kompromiss dar, denn übergeht der Erblasser seine Verwandten gerader Linie und seinen Ehegatten, steht ihnen ein Mindesterbrecht in Form eines Pflichtteilsanspruchs zu. Der Grundsatz der Familienerbfolge hat ebenfalls Verfassungsrang, Ehe und Familie stehen unter dem Schutz des Staates. Dem Gesetzgeber ist es deshalb untersagt, die erbrechtliche Beteiligung des Ehegatten und der Kinder am Nachlass des Erblassers völlig zu beseitigen, was das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach bestätigt hat.

## II. Die gesetzliche Erbfolge

Vielfach ist zu hören, eine verstorbene Person habe keine Erben. Diese Aussage trifft nicht ganz zu, gemeint ist hiermit in der Regel, dass der Erblasser keine nahen Angehörigen hinterlassen habe. Niemand kann aber versterben, ohne Erben zu haben. Hiervon zu unterscheiden ist freilich die Frage, ob die Erben zu ermitteln sind und ob ein nennenswerter Nachlass vorhanden ist, für den sich die Erben überhaupt interessieren.

Hat der Erblasser keine Erbenbestimmung getroffen, tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Das ist entweder dann der Fall, wenn der Erblasser überhaupt keine Verfügung von Todes wegen, also ein Testament oder einen Erbvertrag errichtet hat oder wenn die von ihm errichtete Verfügung keine Erbeinsetzung enthält oder wenn die Erbeinsetzung u. U. sogar unwirksam ist.

Für den Fall der gesetzlichen Erbfolge enthält das Gesetz ganz bestimmte Regeln, wer Erbe wird und in welchem Bruchteilsverhältnis mehrere Erben zueinander stehen.

### 1. Die Verwandtenerbfolge

Hier gilt zunächst der Grundsatz der Blutsverwandtschaft. Gesetzliche Erben des Erblassers sind seine Verwandten und der Ehegatte.

Das Verwandtenerbrecht folgt dem alten deutsch-rechtlichen Grundsatz: „**Das Gut rinnt wie das Blut**“. Verwandte sind grundsätzlich die Blutsverwandten des Erblassers. Dabei unterscheidet man Verwandtschaft in gerader Linie und Verwandte der Seitenlinie.

Verwandtschaft in gerader Linie ist gegeben, wenn die eine Person von der anderen abstammt, bspw. Vater – Sohn – Enkel. Verwandte in der Seitenlinie sind solche Personen, die von derselben dritten Person abstammen, aber nicht in gerader Linie verwandt sind.

### **a) Die Erbfolge nach verschiedenen Ordnungen**

Nach der gesetzlichen Erbfolge erben nicht alle Verwandten, sondern das Gesetz bestimmt in den §§ 1924 – 1929 BGB dafür eine Rangordnung. **Erben der ersten Ordnung** sind die Abkömmlinge des Erblassers, also Kinder, Enkel usw.. **Erben der zweiten Ordnung** sind dagegen die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. **Erben der dritten Ordnung** sind schließlich die Großeltern und deren Abkömmlinge.

Die jeweils dem Erblasser nähere Ordnung schließt die entferntere aus, § 1930 BGB. Sind z.B. Erben der ersten Ordnung vorhanden, so kommen die Erben der zweiten Ordnung nicht zum Zuge, sog. Parentelsystem.

### **b) Repräsentationsprinzip**

Repräsentation bedeutet, dass innerhalb der zum Zuge kommenden Ordnung der dem Erblasser dem gerade nach am nächsten stehende seine eigenen Abkömmlinge von der Erbfolge ausschließt. Er „repräsentiert“ seinen Stamm und schließt damit seine Abkömmlinge aus. Der Vater schließt z. B. seine Söhne von der gesetzlichen Erbfolge nach dem Großvater aus.

### **c) Eintrittsrecht**

Fällt ein gesetzlicher Erbe weg, treten an seine Stelle nur seine Abkömmlinge nicht etwa auch sein Ehegatte (§ 1924 Abs. 3 BGB).

Eng mit dem Eintrittsrecht hängt die Erbfolge nach Stämmen zusammen. Mit seinen Abkömmlingen bildet jeder Abkömmling einen erbrechtlichen Stamm. Auf jeden Stamm entfällt die gleiche Erbquote, unabhängig von der Anzahl seiner Mitglieder.

## **2. Das Erbrecht des Ehegatten**

War der Erblasser im Zeitpunkt des Erbfalles verheiratet, so ist sein überlebender Ehegatte gesetzlicher Miterbe. Dieses ist deshalb bedeutsam, weil der Ehegatte kein Verwandter des Erblassers, d. h. seines Ehegatten ist.

### **a) Die erbrechtliche Quote**

Beim gesetzlichen Güterstand erhält der überlebende Ehegatte neben Abkömmlingen **ein Viertel**, neben Verwandten der zweiten Ordnung **die Hälfte der Erbschaft**. Erst wenn weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung, noch Großeltern des Erblassers vorhanden sind, erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.

### **b) Zusatzerbteil beim gesetzlichen Güterstand**

Haben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand gelebt, also der sogenannten Zugewinn-  
gemeinschaft, erhält der überlebende Ehegatte zu seiner erbrechtlichen Quote noch ein **weiteres Viertel der Erbschaft**, § 1371 Abs. 1 BGB. Dies ist also immer dann einschlägig, wenn die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand nicht ehevertraglich durch einen anderen Güterstand also entweder Gütergemeinschaft oder Gütertrennung ersetzt haben.

Der Sinn dieses zusätzlichen Erbteils liegt darin, dass beim gesetzlichen Güterstand der Zuge-  
winnungsgemeinschaft im Falle der Scheidung der Ehe derjenige Ehegatte, der in der Ehe den ge-  
ringeren Zugewinn an Vermögen erzielt hat, von dem anderen Ehegatten ein Ausgleich verlan-  
gen kann; ihm steht die Hälfte des während der Ehe erzielten Mehrgewinns zu.

Neben Verwandten der zweiten Ordnung erhält der überlebende Ehegatte aufgrund des gesetz-  
lichen Erbrechts die Hälfte der Erbschaft, dazu beim gesetzlichen Güterstand ein ehегüterrech-  
tliches Viertel, also insgesamt drei Viertel der Erbschaft.

Haben die Ehegatten demgegenüber in Gütertrennung gelebt und hinterlässt der Erblasser ein  
oder zwei Kinder, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen.

### **c) Das gesetzliche Voraus des Ehegatten**

Dem überlebenden Ehegatten soll die Fortsetzung seines bisherigen Haushalts mit den ihm ver-  
trauten Gegenständen und damit eine Kontinuität seiner Lebensführung ermöglicht werden. Für  
den Fall der gesetzlichen Erbfolge steht ihm deshalb von Gesetzes wegen der Anspruch auf die  
zum **ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände und auch die Hochzeitsgeschenke** zu,  
§ 1913 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hierbei darf man den Begriff des Haushalts indes nicht zu eng ver-  
stehen, er erfasst neben den Möbeln sowie Wäsche, Kühlschrank, Gefriertruhe, Waschmaschi-  
ne, Radio, Fernsehapparat usw. auch solche Sachen, die zur Annehmlichkeit und zum Schmuck  
der Wohnung dienen, wie etwa Gemälde, Teppiche und eine allgemeine Haus-Bibliothek, und  
zwar ungeachtet der Werthaltigkeit der jeweiligen Gegenstände.

Eine Einschränkung macht das Gesetz allerdings für den Fall, dass der überlebende Ehegatte  
Miterbe neben den Abkömmlingen des Erblassers ist. Dieses ist nahezu der Regelfall. Dann  
stehen ihm diese Gegenstände nur insoweit zu, als er sie zur **Führung eines angemessenen  
Haushalts** benötigt. Diese Regelung hat somit zur Folge, dass sich der Ehegatte eine Reduzie-  
rung des Haushalts entsprechend dem geringeren tatsächlichen Bedarf gefallen lassen muss.

Diese Konsequenz macht deutlich, dass man für diesen Punkt zur Vermeidung von späteren Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten eine klare und unmissverständliche Regelung treffen sollte.

### III. Die Verfügungen von Todes wegen

Das Gesetz stellt zur individuellen Gestaltung der Erbfolge dem Erblasser drei Formen zur Verfügung: Das Testament, das gemeinschaftliche Ehegattentestament und den Erbvertrag. Man nennt sie „Verfügungen von Todes wegen“ (§ 1937 BGB), „letztwillige Verfügung“ oder „Testament“ (§ 1937 BGB).

Die **Testierfähigkeit** beantwortet zunächst die Frage, wer überhaupt ein Testament errichten kann. Testierfähigkeit ist die rechtliche Fähigkeit, ein Testament rechtswirksam errichten zu können. Unbeschränkt testierfähig ist, wer die volle Geschäftsfähigkeit besitzt, d. h. grundsätzlich der, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat, § 2 BGB.

Die Testierfähigkeit geht weiter als die Geschäftsfähigkeit. Auch derjenige, der das 16., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, also noch beschränkt geschäftsfähig ist, darf bereits ein Testament errichten. Um seine rechtliche Beratung sicherzustellen, kann er dies aber nicht in der Form eines privatschriftlichen Testaments, sondern nur vor einem Notar tun, und zwar nur durch mündliche Erklärung oder Übergabe einer offenen Schrift. Die Mitwirkung oder Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ist hierfür nicht erforderlich, § 2229 Abs. 2 BGB. Maßgebend für die persönliche Testierfähigkeit ist der Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen.

#### 1. Die Formen der Testamentserrichtung

Für die Errichtung von Verfügungen von Todes wegen hat der Gesetzgeber bestimmte zwingende Formvorschriften vorgesehen. Mit diesen soll sichergestellt werden, dass der letzte Wille bewusst und verantwortlich, frei von fremder Beeinflussung, beweisbar, deutlich und ohne Unklarheiten der letzte Wille gebildet wird.

#### 2. Das eigenhändige Testament

Das Testament kann durch **eigenhändige geschriebene und unterschriebene Erklärung** vom Erblasser errichtet werden, § 2247 BGB. Diese auch als Privattestament bezeichnete Urkunde ist allerdings nur rechtsgültig, wenn sie ganz, d. h. von Anfang bis zum Ende, mit eigener Hand (auch mit Prothese, Mund oder Fuß) geschrieben und dann auch unterschrieben wird. Eine mit

Schreibmaschine geschriebene Erklärung, auch wenn sie letztlich unterschrieben wurde, ist also ungültig.

Bei Schreibbehinderungen, etwa in Folge eines Schlaganfalls, ist eine **Schreibhilfe** vom Grundsatz her zulässig. Es stellt sich hier jedoch die Frage, wieweit man dem Erblasser beim Schreiben behilflich sein darf. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll ein bloßes Halten der Schreibunterlage oder des zitternden Handgelenks noch zulässig sein, das Führen der Hand beim Schreiben jedoch nur, wenn die Schriftzüge gleichwohl noch als die eigenen des Erblassers angesehen werden können. Die Grenze sieht der Bundesgerichtshof dann als überschritten an, wenn die Eigenhändigkeit zur „Feder in der Hand des Erblassers“ verkümmert. Entscheidend ist deshalb, dass der Erblasser schreiben will und diesen Willen so betätigt, dass der Schriftzug von seinem Willen abhängig bleibt. In Zweifelsfällen sollte daher in jedem Fall das notarielle Testament gewählt werden.

Das Testament selbst muss keine Überschrift haben. Es bietet sich jedoch an, eine solche zu wählen, um jeden Zweifel über den Inhalt der Erklärung auszuschließen. Schließlich kann der Erblasser selbst für den Fall des Erbgangs keine Angaben mehr dazu machen, was er mit der Erklärung gemeint hat. Das Testament kann auch ohne weiteres aus mehreren Blättern bestehen; nicht jedes einzelne Blatt muss unterschrieben werden. Auch müssen die Blätter nicht fest mit einander verbunden werden. Ihre Zusammengehörigkeit muss aber feststehen, wobei es genügt, dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt des Schriftstücks selbst, durch Nummerierung der Seiten oder aus anderen Umständen ergibt. Zur Rechtsgültigkeit muss die Erklärung am Ende mit einer eigenhändigen Unterschrift abgeschlossen werden. Allerdings verlangt die Rechtsprechung für die Gültigkeit einer Unterschrift nicht, dass der Name lesbar geschrieben ist. Ein genialischer Schlenker oder drei Kreuze genügen den Anforderungen an eine individualisierbare Unterschrift aber nicht.

Schließlich „soll“ in der Erklärung vom Erblasser angegeben werden, wann und an welchem Ort der Erblasser sie niedergeschrieben hat, § 2247 Abs. 2 BGB. Hierbei handelt es sich zwar nicht um zwingend notwendige Bestandteile eines Testaments, sie sollten aber unbedingt aufgenommen werden, denn **ein späteres Testament hebt ein früheres auf**, soweit es mit diesem in Widerspruch steht. Die Datumsangabe ist dann erforderlich, um bei mehreren Testamenten den tatsächlichen letzten Willen zu ermitteln.

### 3. Das notarielle Testament

Wie vorstehend dargestellt, können Privattestamente mit mancherlei Unsicherheiten verbunden sein. Formmängel oder Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers können durch die Errichtung eines sog. öffentlichen Testaments (fast) ausgeschlossen werden. So hat der Notar die Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften zu wahren und sich im Wege eines Gesprächs zu überzeugen, dass der Erblasser testierfähig ist. Seine Feststellungen hierüber hat der Notar nach dem Beurkundungsgesetz in einer Niederschrift zu vermerken.

Neben der Regelform der Errichtung eines notariellen Testaments durch **mündliche Erklärung des Willens unmittelbar gegenüber dem Notar** gibt es noch zwei Sonderformen, die aber in der Praxis äußerst selten vorkommen.

So kann der Erblasser ein notarielles Testament auch dadurch errichten, dass er dem Notar eine **offene oder verschlossene Schrift** mit der Erklärung übergibt, dass diese seinen letzten Willen enthalte. Über diese Übergabe fertigt der Notar dann ein Protokoll. Die übergebene Schrift braucht der Erblasser nicht eigenhändig geschrieben zu haben, sie kann dann auch mit einer Schreibmaschine hergestellt werden oder von einer anderen Hand stammen. Bei dieser Form der Testamentserrichtung besteht jedoch ganz offensichtlich die Gefahr, dass der Erblasser womöglich nicht selbst bestimmt, seine letztwillige Verfügung gefertigt haben könnte.

### 4. Die sog. Nottestamente

Schließlich sind der Vollständigkeit halber noch drei Sonderformen des Testaments anzusprechen, die in der Praxis jedoch kaum (noch) eine Rolle spielen. Allen dreien ist gemein, dass sie nur in Ausnahmesituationen zulässig sind. Die Geltungsdauer eines solchen Testaments ist aber beschränkt; es verliert seine Gültigkeit, wenn drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt.

Ein Nottestament zur Niederschrift des Bürgermeisters der Aufenthaltsgemeinde in Gegenwart von zwei Zeugen kann errichten, wer sich in Lebensgefahr befindet, wenn zu befürchten ist, dass ein Notar nicht rechtzeitig erreicht werden kann oder wer sich an einem Ort aufhält, der in Folge außerordentlicher Umstände so abgesperrt ist, dass eine Testamentserrichtung vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist, etwa bei Überschwemmungen, Quarantänen, polizeilichen Absperrungen und ähnlichem. Solche Testamente werden **Bürgermeistertestament oder Dorftestament** genannt.

Im Falle einer Absperrung kann ein **Testament auch durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen** errichtet werden. Das Gleiche gilt für den Fall einer akuten Lebensgefahr, wenn auch die Errichtung eines Bürgermeistertestaments nicht mehr möglich ist. Es ist dann über die Errichtung eine Niederschrift aufzunehmen, die zu verlesen und von dem Erblasser sowie allen drei Zeugen zu unterschreiben ist.

Schließlich gibt es noch das sog. **Seetestament**. Ein solches kann auf einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes außerhalb eines deutschen Hafens durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden. Hier braucht eine besondere Notlage nicht vorliegen, allerdings muss auch hier eine Niederschrift aufgenommen werden.

## **5. Verwahrung und Registrierung von Testamenten**

Wer ein eigenhändiges Testament errichtet hat, kann dies vom Grundsatz her natürlich selbst aufbewahren. Es besteht dann aber zwangsläufig immer eine gewisse Gefahr, dass das Testament im Laufe der Zeit verloren geht oder nach dem Erbfall nicht gefunden, zu spät gefunden oder sogar von jemand, dem der Inhalt des Testaments nicht gefällt, bei Seite geschafft wird. Um diese Risiken auszuschließen, kann ein Testament beim Amtsgericht zur Verwahrung hinterlegt werden. Gegen eine Gebühr erteilt das Nachlassgericht dem Hinterleger einen Hinterlegungsschein. Ein notariell errichtetes Testament kommt immer in amtliche Verwahrung. Der Notar nimmt die Urkunde in einen dafür vorgesehenen Umschlag, der mit den wichtigsten Bestimmungsdaten beschriftet, vom Notar unterschrieben und mit dem Prägesiegel verschlossen wird. Übergeben wird das so verschlossene Testament dem für den Amtssitz des Notars zuständigen Amtsgerichts.

Das Amtsgericht, das ein privatschriftliches oder ein beurkundetes Testament in die amtliche Verwahrung nimmt, hat dies mittels einer dafür vorgeschriebenen Karteikarte dem Standesbeamten des Geburtsorts des Erblassers mitzuteilen. Der Standesbeamte des Geburtsorts versieht diese Mitteilung mit einer Nummer, stellt sie nach der Nummernfolge in seiner Testamentskartei und vermerkt die Nummer durch einen Randvermerk neben der Geburtseintragung des Erblassers im Geburtenbuch. Der Vermerk ist bei Herstellung einer Ablichtung abzudecken.

Die Registrierung soll sicherstellen, dass nach dem Eintritt des Erbfalls das Testament von dem verwahrenden Amtsgericht eröffnet, d. h. amtlich zur Kenntnis genommen wird und an das zuständige Nachlassgericht gelangt, § 2261 BGB. Konkret funktioniert dieses Verfahren wie folgt: Beim Todesfall einer Person benachrichtigt das Standesamt des Sterbeorts, bei dem der Sterbe-

fall beurkundet wird, das Standesamt des Geburtsorts zwecks Austragung im Geburtenbuch. Der Standesbeamte des Geburtsorts sieht dabei im Geburtenbuch den dort angebrachten Randvermerk, der auf die Karteikarte verweist. Er nimmt sodann diese Karte aus der Kartei und teilt dem darauf angegebenen das Testament verwahrenden Amtsgericht als Nachlassgericht zum Aktenzeichen der Hinterlegung den Sterbefall mit, worauf diese das Eröffnungsverfahren einleitet.

## **6. Das gemeinschaftliche Ehegattentestament**

Ehegatten bilden eine Lebens-, Wirtschafts- und Schicksalsgemeinschaft und wollen deshalb nicht nur die Dinge des täglichen Lebens miteinander gestalten. Aufgrund dessen besteht meist der Wunsch, auch für den Todesfall die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse gemeinschaftlich zu regeln. Hierzu gibt ihnen das Gesetz in Form des gemeinschaftlichen Testaments ein besonderes Gestaltungsmittel, das sowohl Formerleichterungen bietet als auch mit gewissen Bindungswirkungen ausgestattet ist.

Inhaltlich besteht das gemeinschaftliche Testament aus zwei Testamenten, wobei jeder Ehegatte einseitig über seinen Nachlass verfügt. Die beiden Testamente bilden jedoch ein gemeinschaftliches Testament, wenn der Wille der Ehegatten besteht und erkennbar ist, ihre Erbfolge gemeinsam zu regeln.

Ein gemeinschaftliches Testament kann – wie ein Einzeltestament – durch notarielle Beurkundung oder privatschriftlich also eigenhändig errichtet werden.

Für das notariell beurkundete gemeinschaftliche Testament bestehen gegenüber dem beurkundeten Einzeltestament keine Besonderheiten der Form. Der Unterschied besteht nur darin, dass nicht nur ein Erblasser verfügt, sondern zwei miteinander verheiratete Personen in gemeinsamer Willensbildung letztwillig verfügen.

Für die eigenhändige Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gibt es einige formelle Erleichterungen für Ehegatten. So genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der Form eines einseitigen Testaments eigenhändig schreibt und unterschreibt und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung mitunterzeichnet. Hierbei soll er angeben, zu welcher Zeit und an welchem Ort er seine Unterschrift beigefügt hat, § 2267 BGB.

### **a) Wechselbezügliche Verfügungen**

Durch diese Form des Testaments entsteht eine gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen. In einem gemeinschaftlichen Testament können die Ehegatten alle letztwilligen Verfügungen treffen, die sie auch in einem Einzeltestament treffen können. Im Hinblick auf das Einzeltestament besteht der Unterschied darin, dass bestimmte Verfügungen in der Weise getroffen werden können, dass sie voneinander abhängig sind, d. h. dass jede Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll, § 2270 Abs. 1 und 3 BGB. Solche gegenseitig voneinander abhängigen Verfügungen nennt man wechselbezüglich. Wechselbezüglichkeit einer Verfügung ist gegeben, wenn anzunehmen ist, dass sie nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen wären.

Allerdings können nur bestimmte Verfügungen eine wechselbezügliche Wirkung haben. Der Gesetzgeber hat diese ausdrücklich auf drei Verfügungen beschränkt, nämlich auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, § 2270 Abs. 3 BGB.

Mit der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments drücken die Ehegatten ihr gegenseitiges Vertrauen aus, dass sich letztlich in der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen widerspiegelt. Diesem Vertrauensschutz dienen folgende Regelungen.

1. Die Ehegatten können das gemeinschaftliche Testament jederzeit durch ein anderes gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag aufheben oder ändern. Eine Aufhebung oder Änderung durch einen Ehegatten allein, ohne Mitwirkung des anderen ist jedoch nicht möglich.
2. Solange beide Ehegatten leben, kann jeder von ihnen seine wechselbezüglichen Verfügungen frei widerrufen. Allerdings muss der Widerruf zwingend in notariell beurkundeter Form erklärt werden. Ein Widerruf durch privatschriftliche Erklärung oder durch Testament ist also nicht möglich. Hierneben muss der Widerruf dem anderen Ehegatten zu seinen Lebzeiten zugehen. Durch den Widerruf werden auch die wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten unwirksam.
3. Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments ist das Bestehen und Fortbestehen der Ehe bis zum Ableben des Erstversterbenden. Hierzu gibt § 2077 BGB vor, dass bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder der Erhebung einer begründeten Scheidungsaufhebungsklage die Verfügung unwirksam wird, es sei denn, dass die Ehegatten die Wirksamkeit auch für diesen Fall gewollt haben.

4. Mit dem Tode eines Ehegatten erlischt für den anderen das Recht zum Widerruf und es tritt erbrechtlich eine materielle Bindung des überlebenden Ehegatten an seine wechselbezüglichen Verfügungen ein.

**b) Nur zu Lebzeiten beider Ehegatten ist ein Widerruf möglich**

Solange beide Ehegatten leben, kann jeder von ihnen seine wechselbezüglichen Verfügungen frei widerrufen. Hierbei ist die Angabe eines Grundes nicht erforderlich. Der Widerruf kann nur in notariell beurkundeter Form erklärt werden, ein Widerruf durch privatschriftliche Erklärung oder durch Testament ist also nicht möglich.

Der Widerruf muss dem anderen Ehegatten noch zu seinen Lebzeiten zugehen. Durch den Widerruf werden auch die wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten unwirksam, § 2270 Abs. 1 BGB. Dieser kann nunmehr auch selbst über seinen Nachlass anderweitig verfügen. Verfügt er nicht, gilt die gesetzliche Erbfolge.

Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments ist das Bestehen und Fortbestehen der Ehe bis zum Ableben des Erstversterbenden. Es ist daher davon auszugehen, dass das gemeinschaftliche Testament dann nicht gelten soll, wenn die Ehe beim Erbfall nicht mehr besteht. Dementsprechend ordnet § 2077 BGB an, dass für den Fall, dass die Ehe durch Scheidung oder Aufhebung aufgelöst oder der Erblasser eine (begründete) Scheidungs- oder Aufhebungsklage erhoben hat, die Verfügung unwirksam ist, es sei denn, dass die Ehegatten die Wirksamkeit auch explizit für diesen Fall gewollt haben. Mit dem Tode eines Ehegatten erlischt für den anderen das Recht zum Widerruf und es tritt erbrechtlich eine materielle Bindung des überlebenden Ehegatten an seine wechselbezüglichen Verfügungen ein. Vergleichbar ist diese Bindung mit der Bindung des Erblassers an eine vertragsmäßige Verfügung in einem Erbvertrag. Wenn einer der Ehegatten verstirbt, tritt eine erbrechtliche Bindung des überlebenden Ehegatten ein.

Für das gemeinschaftliche Testament gelten folgende Regeln:

1. Die erbrechtliche Bindung des überlebenden Ehegatten entfällt, wenn seine wechselbezügliche Verfügung gegenstandslos wird. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Bedachte vorzeitig stirbt, die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt ist.

2. Der überlebende Ehegatte kann das ihm zugewendete – sei es die Erbschaft, ein Erbteil oder ein Vermächtnis – ausschlagen. Die Ausschlagung beseitigt weder die wechselbezüglichen Verfügungen des Erstverstorbenen, noch die eigene Verfügung des Überlebenden. Sie gibt aber dem Überlebenden das Recht, seine wechselbezüglichen Verfügungen zu widerrufen und anderweitig zu verfügen.
3. Der überlebende Ehegatte ist zur Aufhebung seiner wechselbezüglichen Verfügung berechtigt, wenn der von ihm Bedachte sich einer schweren Verfehlung schuldig macht, die dazu berechtigt, ihm den Pflichtteil zu entziehen.
4. Ist der Bedachte ein Pflichtteilsberechtigter Abkömmling, so können im Falle der Verschwendung oder Überschuldung gewisse Beschränkungen angeordnet werden, so genannte Beschränkungen in guter Absicht.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass das Recht jedes Ehegatten, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verfügen, durch das gemeinschaftliche Testament nicht beschränkt wird. Der Erblasser kann also, sowohl zu Lebzeiten des anderen Ehegatten als auch nach dessen Ableben über die Gegenstände seines eigenen Vermögens nach fremdem Ermessen verfügen. Der von beiden vorgesehene Schlusserbe erhält nur das, was beim Erbfall dann noch vorhanden ist.

### **c) Das „Berliner Testament“**

Wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig und als Erben des längstlebenden Dritten (in der Regel die gemeinsamen Kinder) eingesetzt haben, spricht man üblicherweise von einem „Berliner Testament“.

Hintergrund für diese Bezeichnung ist der Umstand, dass früher in Berlin eben diese Testamentsgestaltung häufig Anwendung gefunden hat. Für die Auslegung eines solchen Testaments kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

#### **aa) Vor- und Nacherbfolge**

Die Ehegatten können die Begründung einer **Vor- und Nacherbfolge** gewollt haben. Dann ergibt sich beim Tode eines Ehegatten d. h. beim ersten Erbfall folgende Vermögenslage: Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe, die Kinder als Nacherben, erben zunächst noch nichts,

haben jedoch bereits eine veräußerliche und vererbliche Anwartschaft nach dem erstverstorbenen Elternteil.

Das Vermögen des überlebenden Ehegatten setzt sich dann aus zwei rechtlich verschieden zu beurteilenden Vermögensmassen zusammen, nämlich seinem bisherigen Eigenvermögen und dem Nachlass des verstorbenen Ehegatten als gebundenen Vorerbschaftsvermögen. Über sein Eigenvermögen kann er rechtsgeschäftlich frei verfügen. Bezüglich des vom Erblasser stammenden Vorerbschaftsvermögens unterliegt er demgegenüber auch den rechtsgeschäftlichen **Verfügungsbeschränkungen des Vorerben**. Hier kann die Vorerbschaft entweder als normale oder als befreite Vorerbschaft ausgestaltet werden.

Beim Tode des überlebenden Ehegatten also beim zweiten Erbfall erhalten die Kinder dann das Vermögen des zuerst verstorbenen Elternteils als dessen Nacherben und das Vermögen des nachverstorbenen Elternteils als dessen unmittelbare Erben. Die Kinder beerben ihre Eltern somit in zwei getrennten Erbgängen.

#### **bb) Vollerbschaft**

Die andere Möglichkeit eines „Berliner Testaments“ ist, dass sich die Ehegatten mit dem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu unbeschränkten Erben einsetzen wollen. Bei dieser Gestaltung beerbt der überlebende Ehegatte den Erstverstorbenen als Vollerbe.

Die beiden Vermögensmassen verschmelzen in der Person des überlebenden Ehegatten zu einer einheitlichen Vermögensmasse, über die er zwar durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nicht aber durch Verfügung von Todes wegen verfügen kann. Nach dem Tode des überlebenden Ehegatten erben dann die Kinder das gesamte Vermögen ihrer beiden Elternteile als Schlusserben in einem einheitlichen Erbgang, soweit es noch vorhanden ist.

Im Zweifelsfall sieht das Gesetz in § 2069 Abs. 1 BGB eine Auslegungsregel vor, wonach im Zweifel eine Vollerbschaft anzunehmen ist.

### **6. Der Erbvertrag**

Der Erbvertrag ist, wie schon sein Name sagt, ein erbrechtlicher Vertrag. Er hat eine Doppelnatur, einerseits ist er Verfügung von Todes wegen, andererseits aber auch ein Vertrag. In einem Erbvertrag können alle erbrechtlichen Verfügungen getroffen werden, die auch in einem Testament möglich sind. Allerdings können nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen ver-

tragsmäßig bindend vereinbart werden. Die Bindungswirkung hat zur Folge, dass jede spätere erbrechtliche Verfügung eines Vertragspartners unwirksam ist, die das Recht des Bedachten rechtlich oder wirtschaftlich beeinträchtigt.

## **VI. Vermächtnis und Auflage**

### **1. Einsetzung von Vermächtnissen**

Neben der Erbeinsetzung ist das Vermächtnis die zweite Form, in der der Erblasser über sein Vermögen verfügen kann. Während bei der Erbeinsetzung der Begünstigte unmittelbar zum Rechtsnachfolger in den gesamten Nachlass mit allen Rechten und Pflichten des Erblassers wird, ist das Vermächtnis die Zuwendung eines bestimmten einzelnen Vermögensvorteils, d. h. in der Regel eines einzelnen Gegenstandes oder mehrerer Gegenstände. Das Vermächtnis legt somit lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber den Erben fest.

Das deutsche Erbrecht kennt grundsätzlich keine direkte Vererbung von Einzelgegenständen, der Erb ist Gesamtrechtsnachfolger, er erlangt den gesamten Nachlass. Aufgrund dessen stellt es in der Praxis ein häufiges Problem dar, wenn sprachlich ungenau formuliert wird, dass etwa der Sohn die Häuser und die Tochter den Schmuck erhalten soll. Es stellt sich dann die Frage, ob eine Erbeinsetzung oder nur ein Vermächtnis festgelegt werden soll.

Gegenstand eines Vermächtnisses kann nach § 1939 BGB jeder Vermögensvorteil sein. In Frage kommen somit nicht nur körperliche Gegenstände, wie z. B. Grundstücke, eine Münzsammlung, Schmuckgegenstände u. ä., sondern auch Forderungen und Rechte wie beispielsweise die Zuwendung eines bestimmten Geldbetrages. Der Anspruch auf Rente, der Verzicht auf eine Forderung, der Nießbrauch an einem Grundstück. Der Begriff „Vermögensvorteil“ ist nach allgemeiner Auffassung weit auszulegen, so dass auch Gegenstände ohne Geldwert wie etwa Änderungsstücke vermacht werden können.

Das angefallene Vermächtnis begründet einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Beschwerten (in der Regel der Erbe) auf Leistung des vermachten Gegenstandes. Der Vermächtnisnehmer wird demnach nicht Erbe oder Miterbe, er ist demzufolge nicht dinglich am Nachlass beteiligt, sondern nur Gläubiger des Nachlasses oder eines Hauptvermächtnisnehmers, der mit einem Untervermächtnis belastet ist.

Vermächtnisnehmer kann jede rechtsfähige Person sein. Das sind zunächst alle natürlichen Personen. Allerdings kann auch eine juristische Person als Vermächtnisnehmer bedacht werden, hierunter fallen insbesondere eingetragene Vereine, Kirchengemeinden, Stiftungen und andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts. Der Vermächtnisnehmer braucht noch nicht einmal erzeugt zu sein, in diesem Falle tritt der Anfall erst mit der Geburt ein, § 2178 BGB.

Beispiele für mögliche Vermächtnisse sind etwa

„Meiner Heimatstadt Hannover vermache ich zur Ausstattung eines Altenheims € 10.000“.

„Die Timotheus-Stiftung erhält € 3.000 mit der Verpflichtung, hiermit die Diakonie zu unterstützen“.

„Wenn meine Tochter Siglinde Kinder bekommt, sollen diese jeweils € 5.000 von meinen Pfandbriefen als Grundstock für eine spätere Existenzgründung erhalten“.

Auch kann für den Fall, dass der Vermächtnisnehmer vor dem Erbfall stirbt, das Vermächtnis ausschlägt oder aus anderen Gründen wegfällt, ein **Ersatzvermächtnisnehmer** eingesetzt werden. Selbst wenn ein solcher nicht festgelegt werden soll, ist dringend zu empfehlen, auch diesen Umstand im Testament festzuhalten, da sich andernfalls die Frage stellt, ob ggf. beim Tod eines Vermächtnisnehmers dessen gesetzliche Erben nachrücken sollen.

Allerdings kann der Erblasser über die Gegenstände seines Vermögens, solange erlebt, frei verfügen. Es kommt deshalb häufig vor, dass der im Testament vermachte Gegenstand zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr zum Vermögen des Erblassers gehört. Wenn man daher ein Testament oder einen Erbvertrag mit Vermächtnissen errichtet, sollte man das Schriftstück deshalb **von Zeit zu Zeit darauf hin überprüfen**, ob dieses noch den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, insbesondere auch darauf, ob etwaig festgelegte Geldvermächtnisse noch den tatsächlichen Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass man im Rahmen des Testaments auch Vorausvermächtnisse vorsehen kann. Der Begriff des Vermächtnisses geht davon aus, dass der Vermächtnisnehmer einen Anspruch gegen den Erben hat, dass also Erbe und Vermächtnisnehmer

verschiedene Personen sind, ein Vermächtnis kann aber auch den Erben oder einem Miterben zugewendet werden, man nennt dies dann „Vorausvermächtnis“. In der Praxis sind Hauptfälle eines Vorausvermächtnisses, das ein Miterbe bestimmte Zuwendungen vorweg und ohne Anrechnung auf seinen Erbteil erhält oder der alleinige Vorerbe einzelne Gegenstände oder Vermögensteile zu freiem Eigentum erhält.

## **2. Die Auflage**

Der Erblasser kann durch Testament einen Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung einzuräumen, § 1940 BGB. Bei der Auflage hat der Beschwerte ähnlich wie beim Vermächtnis eine ihm auferlegte Verpflichtung zu erfüllen. Zwischen Auflage und Vermächtnis steht deshalb eine nahe Verwandtschaft. Allerdings bestehen auch wesentliche Unterschiede, sie betreffen den Inhalt der Leistung und den Anspruch auf den Vollzug. Die Auflage im Erbrecht darf auch nicht verwechselt werden mit dem Auflagenbegriff bei der Schenkung.

Der Begriff Leistung ist bei der Auflage im weitesten Sinne zu verstehen. Die Leistung braucht keinen Vermögenswert darzustellen und kann auf jedes Tun oder Unterlassen gerichtet sein. Beispiele sind etwa die Anordnung der Feuerbestattung, die Verpflichtung zur Grabpflege, zur Errichtung eines Grabsteins, das Öffnen eines zum Nachlass gehörenden Parks für die Öffentlichkeit oder die Pflege des hinterlassenen Hundes. In dem Fall „Thomas Mann“ wurden die Erben vom Erblasser verpflichtet, die hinterlassenen autobiografischen Papiere nicht vor dem Ablauf von 20 Jahren zur Veröffentlichung freizugeben.

Begrifflich abzugrenzen ist die Auflage von bloßen Wünschen und Erwartungen, die der Erblasser ausgesprochen hat. Sie begründen keine Rechtspflicht zu einer Leistung, sondern bleiben im persönlichen menschlichen Bereich und sind ganz allein in die Verantwortung des angesprochenen gestellt.

Beispiele sind etwa die Äußerung des dringenden Wunsches, dass der Sohn das übermäßige Trinken unterlässt oder dass sich die Kinder auch in Zukunft gut vertragen werden. Eine erbrechtliche Auflage kann nur durch eine Verfügung von Todes wegen angeordnet werden. Die Bestimmung des Zwecks muss der Erblasser persönlich treffen. Die Bestimmung an wen die Leistung erfolgen soll, kann er dagegen dem Beschwerten oder dem Dritten überlassen. So kann beispielsweise festgelegt werden, dass der Erbe einen bestimmten Betrag aus dem Nach-

lass an bedürftige Sozialeinrichtungen einer Stadt zu verteilen hat, wobei die Auswahl der Empfänger dem Sozialamt der Stadt obliegen soll.

Bei der Auflage hat der Begünstigte **keinen Anspruch auf die Erfüllung**. Dieses ist ein wesentlicher Unterschied zum Vermächtnis. Vielfach ist überhaupt keine begünstigte Person vorhanden, etwa wenn dem Erben die Grabpflege, die Instandhaltung von Sachen, die Pflege von Tieren oder ähnliches zur Auflage gemacht wird. Darin liegt eine gewisse Schwäche der Auflage, so dass es sich in manchen Fällen empfehlen kann, die Ausführung oder die Überwachung auf einen Testamentsvollstrecker zu übertragen.

Schließlich ist eine Auflage für den Fall unwirksam, wenn sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eine unmögliche Leistung verlangen.

#### **V. Die Testamentsvollstreckung**

Wie bereits im Hinblick auf im Testament vorgesehene Auflagen angesprochen, kann es zweckmäßig sein, eine Person des Vertrauens zu berufen, um die Erfüllung bestimmter Anliegen sicherzustellen. Das deutsche Erbrecht gibt dem Erblasser hierzu die Möglichkeit, einen Testamentsvollstrecker einzusetzen. Ein Testamentsvollstrecker kann und soll dafür sorgen, dass die erbrechtlichen Verfügungen des Erblassers in dessen Sinne ausgeführt werden, etwa der Nachlass bis zur Auseinandersetzung fachkundig verwaltet und bei mehreren Erben unparteiisch auseinandergesetzt wird. Hierzu ist allgemein zu sagen: Je größer die Anzahl der Erben ist, je schutzbedürftiger ein Erbe (etwa wegen Minderjährigkeit, je komplizierter der Nachlass durch die in ihm enthaltenen Gegenstände, je weniger einträchtig die Erben vermutlich sein werden, desto näher liegt der Gedanke an die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers.

Im Gesetz wird der Normaltyp eines Testamentsvollstreckers beschrieben, gleichzeitig werden dem Erblasser jedoch sehr weitgehende Möglichkeiten der individuellen Ausgestaltung seiner Aufgaben und Befugnisse eingeräumt. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers **kann nur durch Verfügung von Todes wegen** erfolgen. Es können auch mehrere Testamentsvollstrecker bestellt werden. Auch kann (und soll) für den Fall, dass der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, ein oder mehrere Ersatz-Testamentsvollstrecker bestellt werden.

Die Anordnung, dass eine Testamentsvollstreckung stattfinden soll, kann nur der Erblasser persönlich vornehmen. In der Regel wird der Erblasser dabei auch den Testamentsvollstrecker namentlich benennen. Allerdings kann er auch die Bestimmung der Person, die das Amt wahrnehmen soll, einem Dritten oder dem Nachlassgericht übertragen. Zum Testamentsvollstrecker ernannt werden kann jede voll geschäftsfähige und nicht nur unter Gebrechlichkeitspflegschaft stehende natürliche Person. Auch jede juristische Person z. B. eine Bank, eine Treuhandgesellschaft, eine Stiftung kann ernannt werden, nicht jedoch eine Behörde oder das Nachlassgericht. Auch ein Miterbe kann Testamentsvollstrecker sein, wobei bei der Ernennung jedoch ein besonderes Augenmerk darauf verwendet werden sollte, ob hiermit die mit der Testamentsvollstreckung verfolgten Zwecke erreicht werden. Insbesondere stellt sich hier die Frage der zu wahrenden Neutralität.

Die Ernennung verpflichtet den Ernannten nicht zur Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers, weil nur die freiwillig übernommene Tätigkeit eine zufrieden stellende Amtsführung erwarten lässt. Niemand kann daher ohne seinen Willen Testamentsvollstrecker werden. Das Amt beginnt deshalb erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Ernannte das Amt annimmt. Mit der Annahme gehen in die Verwaltung des Nachlasses und das Verfügungsrecht über den Nachlass auf den Testamentsvollstrecker über.

Um seine Aufgabe erfüllen zu können, hat der Testamentsvollstrecker gesetzlich weitgehende Befugnisse. So ist der zur Verfügung über Nachlassgegenstände in eigenem Namen berechtigt. Neben den Verfügungsrechten hat der Testamentsvollstrecker auch die Befugnis, den Nachlass zu verpflichten. Diese Befugnis besteht jedoch nur insoweit, wie solche Geschäfte zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind.

Dies trifft etwa bei Aufnahme eines Darlehens zur Renovierung des im Nachlass befindlichen Hauses zu. Überschreitet der Testamentsvollstrecker die Grenzen seiner Ermächtigung, so haftet er dem Vertragsgegner nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Dem Testamentsvollstrecker steht die Verwaltung und die Verfügung über den Nachlass zu. Er muss sich deshalb gegenüber Dritten als Inhaber des Amtes legitimieren können. Hierzu wird ihm auf Antrag ein **Testamentsvollstrecker-Zeugnis** vom Nachlassgericht erteilt. Dieses Zeugnis begründet einen ähnlichen Gutglaubensschutz wie ein Erbschein.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass dem Testamentsvollstrecker vom Grundsatz her auch eine Vergütung zusteht. Er kann, wie ein Beauftragter, Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Darüber hinaus hat er für seine Amtsführung nach § 2221 BGB Anspruch auf eine Vergütung; es handelt sich nicht um ein unentgeltliches Ehrenamt. Ein Anspruch auf Vergütung besteht allerdings nicht, wenn der Erblasser ihn ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Die Höhe der Vergütung bestimmt sich in erster Linie nach der Anordnung des Erblassers. Eine solche ist zweckmäßig, um spätere Unsicherheiten und Streitigkeiten auszuschließen. Auch kann die Höhe der Vergütung durch eine Vereinbarung zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben festgesetzt werden. Ist eine Vergütung nicht festgelegt worden, bestimmt sich deren Bemessung nach Richtlinien, die jedoch weder eine gesetzliche Regelung sind noch verbindlich. In der Vergangenheit haben die Richtlinien des Vereins für das Rheinpreußische Notariat aus dem Jahre 1925 weitgehend Beachtung gefunden. Bereits die Tatsache, dass hier für die Bemessungsgrundlage noch die Reichsmark maßgeblich war, zeigt auch die Erforderlichkeit einer vorherigen verbindlichen Vergütungsvereinbarung auf.

## **VI. Der Nachweis der Erbfolge**

Es genügt nicht, zivilrechtlich Erbe geworden zu sein, man muss sich in der Praxis regelmäßig auch als Erbe legitimieren können. Wenn der Erbe beispielsweise über das Bankkonto des Erblassers verfügen will, wird diese von ihm den Nachweis verlangen, dass er tatsächlich der Erbe ist, um sicherzugehen, dass nicht an den Falschen ausgezahlt wird.

Der Nachweis der Erbfolge wird in der Regel durch einen **Erbschein** geführt. Hierbei handelt es sich um ein amtliches Zeugnis des Nachlassgerichts mit der Bezeichnung des Erblassers und des Erben. Sind mehrere Erben vorhanden, so wird das Verhältnis der Erbteile angegeben. Hat der Erblasser das Verfügungsrecht des Erben durch die Anordnung einer Nacherbfolge oder einer Testamentsvollstreckung beschränkt, werden auch diese vermerkt. Allerdings enthält der Erbschein keine Angaben über die Zusammensetzung oder den Wert des Nachlasses.

Der Erbschein soll der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen. Er begründet deshalb eine gesetzliche Vermutung seiner Richtigkeit und Vollständigkeit. Durch diesen öffentlichen Glauben wird geschützt, wer sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einem „Erben“ einlässt, dessen vermeintliches Erbrecht in einem rechtswirksam erteilten Erbschein bezeugt ist. Das Gleiche gilt sinngemäß, wenn der Erbschein unrichtigerweise eine Verfügungsbeschränkung des Erben nicht erwähnt, obwohl eine Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung angeordnet ist.

Der Erbschein wird **nur auf Antrag vom Nachlassgericht erteilt**. Nachlassgerichte sind die Amtsgerichte und zwar unabhängig vom Geschäftswert der Sache. In Württemberg wird diese Aufgabe von den Bezirksnotaren und in Baden von den Amtsnotaren wahrgenommen. Antragsberechtigt sind der Alleinerbe, alle bzw. mehrere Miterben oder auch ein einzelner Miterbe, der Vorerbe und – nach dem Eintritt des Nacherbfalls – der Nacherbe.

Der verfahrensrechtliche Antrag an das Nachlassgericht auf Erteilung eines Erbscheins bedarf keiner Form. Im Antrag hat der Antragsteller anzugeben, welchen Inhalt der Erbschein haben soll.

## **VII. Die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft**

Wie bereits dargestellt, geht die Erbschaft sofort mit dem Erbfall kraft Gesetzes auf den Erben über. Dieser von Gesetzes wegen angeordnete Zustand ist aber zunächst nur in vorläufiger, denn der Erbe kann die Erbschaft endgültig annehmen oder er kann sie ausschlagen, § 1942 BGB. Mit der Annahme beendet der Erbe den vorläufigen Zustand in dem die Erbschaft sich seit dem Erbfall befindet; aus der vorläufigen Erbenstellung wird jetzt eine endgültige. Die Annahme stellt eine Willenserklärung dar.

Allerdings kann es auch vielerlei Gründe dafür geben, dass der Erbe mit der Erbschaft nichts zu tun haben möchte. Erbschaften können, danach eher – Geschenke sein, in deren hohlen Bauch unschöne Überraschungen stecken. Der in der Praxis wohl häufigste Grund dürfte die Überschuldung des Nachlasses sein, da der Erbe aufgrund der angeordneten Gesamtrechtsnachfolge grundsätzlich auch die hinterlassenen Verbindlichkeiten des Erblassers erfüllen muss.

Der Erbe ist nicht gezwungen die Erbschaft anzunehmen. Bis zur Annahme kann er nach freier Willensentscheidung die Erbschaft ausschlagen und dadurch den bereits erfolgten vorläufigen Anfall der Erbschaft wieder rückgängig machen. Dieses gilt unabhängig davon, ob gesetzliche oder testamentarische Erbfolge vorliegt. Nur der Staat als gesetzlicher Erbe hat kein Ausschlagungsrecht.

Aus Gründen der Rechtssicherheit bedarf die Ausschlagungserklärung durch den Erben einer besonderen Form, sie muss gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht, d. h. dem für den letzten Wohnsitz des Erblassers zuständigen Amtsgericht, erklärt werden, und zwar mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift oder zu Protokoll des Nachlassgerichts. Demnach genügt also nicht eine briefliche, telegrafische oder telefonische Mitteilung an das Nachlassgericht. Die

Frist für die Ausschlagung beträgt sechs Wochen. Die Ausschlagungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe von dem Anfall und seiner Berufung positive Kenntnis erlangt hat.

Mit der form- und fristgerecht erklärten Ausschlagung gilt der Anfall an den zunächst berufenen Erben als nicht erfolgt, er wird so behandelt, als habe er den Erbfall nicht erlebt.

Das Nachlassgericht hat hierauf unverzüglich von Amts wegen und gebührenfreier Ermittlungen darüber anzustellen, wem durch die Ausschlagung die Erbschaft angefallen ist. Für den Nächstberufenen läuft dann eine neue Ausschlagungsfrist. Die Ausschlagung bewirkt grundsätzlich auch den Verlust des Pflichtteilsrechts. Wegen besonderer Interessenlage bleibt aber in einigen Fällen auch bei Ausschlagung der Erbschaft das Pflichtteilsrecht erhalten. Haben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft gelebt, kann der überlebende Ehegatte die Erbschaft ausschlagen und stattdessen den güterrechtlichen Zugewinnausgleich und daneben den kleinen Pflichtteil verlangen. Ist der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil zwar größer als der Pflichtteil, aber beschränkt durch die Anordnung einer Nacherbschaft, einer Testamentsvollstreckung oder eine Teilungsanordnung oder beschwert mit einem Vermächtnis oder eine Auflage, so kann er den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Ist der Pflichtteilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt, so kann er die Nacherbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Ist der Pflichtteilsberechtigte nur mit einem Vermächtnis bedacht, so kann er das Vermächtnis ausschlagen und den Pflichtteil verlangen.

#### **VIII. Die „Notbremse“ des Erbrechts – der Pflichtteil**

Dem Pflichtteilsrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass ein bestimmter Kreis von nahen Angehörigen des Erblassers einen Mindestanspruch an den Nachlass haben soll. Die Freiheit des Erblassers, von Todes wegen zu verfügen, unterliegt insoweit Einschränkungen. Dieser Mindestanspruch in Gestalt des Pflichtteils ist ein obligatorischer – schuldrechtlicher – Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme, die der Hälfte des dem Berechtigten an sich zustehenden gesetzlichen Erbteils entspricht (§§ 2310 – 2316).

**Pflichtteilsberechtig**t sind die Abkömmlinge, der Ehegatte und die Eltern des Erblassers, nicht aber Geschwister und andere Verwandte.

Die **Berechnung des Pflichtteils** ergibt sich somit aus dem maßgeblichen Erbteil, d. h. der Quote, dem Nachlassbestand und dessen Wert.

In der Praxis stellt gerade die Bemessung des Werts ein großes Problem dar. Diesen Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten haben die Erben zu erfüllen, was mitunter nur durch Sachverständigengutachten erfüllt werden kann.

Eine Beeinträchtigung des Pflichtteilsanspruchs kann sich auch aus Verfügungen des Erblassers unter Lebenden ergeben, also durch Schenkungen und zwar dann, wenn der Erblasser unentgeltliche Zuwendung vornimmt und auf diese Weise den (künftigen) Nachlassbestand schmälert. Für diese Fälle sichern die §§ 2325 ff BGB die Rechte des Pflichtteilsberechtigten. Bestimmte vom Erblasser vorgenommenen Schenkungen sind pflichtteilerhöhend heranzuziehen, soweit sie innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall erfolgt sind.

In seltenen Ausnahmefällen kann der Erblasser auch den **Entzug des Pflichtteils** verfügen. Die in den §§ 2333 – 2335 genannten Entziehungsgründe sind abschließend, eine Ausdehnung ist grundsätzlich nicht zulässig. So kann einem Abkömmling vom Erblasser etwa dann der Pflichtteil entzogen werden, wenn dieser dem Erblasser, dessen Ehegatten oder einem anderen Abkömmling nach dem Leben trachtet. Auch kommt eine Pflichtteilsentziehung in Betracht, wenn sich der Abkömmling einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers oder dessen Ehegatten schuldig gemacht hat.

Diese Beispiele machen deutlich, dass die Pflichtteilsentziehung an sehr enge Voraussetzungen gebunden ist.