

Buch 5 Erbrecht

Abschnitt 1

Erbfolge

Vorbemerkungen Vor § 1922

Schrifttum: Heymann, Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem BGB, 1896; Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen BGB, I. Teil 1901, II. Teil 1903, III. Teil 1905; Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung, 1927; ders., Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben, RG-Festg III, 1929, S 216; Lange, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, 2. Denkschr des Erbrechtsausschusses der AkDR, 1938; Reinhardt, Identität und Rechtsnachfolge, NJW 1952, 441; Wegmann, Die Begründung des Erbrechts im 19. Jahrhundert, Diss Münster 1969; Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Diss Münster 1970; Stöcker, Der Ausbau des Ehegattenerbrechts, FamRZ 1970, 444; Reichert-Facilides, Generalreferat, in: Das Erbrecht von Familienangehörigen in positiv-rechtlicher und rechts-politischer Sicht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd 50, 1971, S 95; Filios, Schnelle Gütereinordnung und feste Güterzuordnung, in: Xenion, Festschr für Zepos, Bd II, 1973, S 173; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiet des Erbrechts, 9. Teil: Die Erbfolge, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, Fürsorge durch das Nachlaßgericht, die Erbenhaftung, der Erbschaftsanspruch, allgemeine Testamentsvorschriften und Erbeinsetzung, WM 1972, 914 m Ergänzungen in WM 1973, 549; WM 1977, 270; WM 1979, 598, 630; Brüggemann, Beeinträchtigungen von Erbanwartschaften durch den Erblasser, JA 1978, 209; Eccher, Antizipierte Erbfolge, 1980; Leopold, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980), 160; Riedel, Besondere erbrechtliche Vereinbarungen innerhalb und außerhalb des Erbrechts, insbesondere vorweggenommene Erbfolge, JurBüro 1980, 1281; Wesener, Sondervermögen und Sondererbfolge im nachklassischen römischen Recht, in: Festschr für Kaser, 1986, S 331; Dörner, Das Erbrecht als subjektives Recht, in: Festschr für Ferid, 1988, S 57; A Dietzel, Untergang statt Fortbestand – Zur Abgrenzung der unvererblichen Rechtsbeziehung im Schuldrecht, 1991; L Claussen, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, 1995; H Fischer, Vonselbsterwerb und Antrittserwerb, 1996; P A Windel, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1998; Muscheler, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002; Kroppenber, Privatautonomie von Todes wegen, 2008; Damrau, Der Minderjährige im Erbrecht, 2010; Dutta, Warum Erbrecht, 2014.

1. Systematischer Überblick. Der **erste Abschnitt** regelt nach zwei Vorschriften allgemeinen Inhalts (§§ 1922, 1923) zunächst die gesetzliche Erbfolge. Erbfolge, dh die Nachfolge des Erben in das Vermögen eines Verstorbenen, kann entweder auf Gesetz oder auf Testament oder Erbvertrag beruhen, letztere unter dem Begriff „Verfügung(en) von Todes wegen“ zusammengefasst. Eine Erbfolge gegen den Willen des Erblassers ist dem Gesetz fremd; das Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff) kann zwar im wirtschaftlichen Ergebnis eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Erblassers zur Folge haben, gewährt aber nur ein schuldrechtliches Forderungsrecht gegenüber den Erben, nicht aber eine dingliche Beteiligung am Nachlass. Die gesetzliche Erbfolge wird in den §§ 1924 – 1936 geregelt, und zwar in den §§ 1924 – 1930 die der Verwandten, in den §§ 1931 – 1934 die des Ehegatten und in § 1936 die Erbfolge des Fiskus. Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen finden sich erst im dritten und vierten Abschnitt (§§ 2064 ff). Der erste Abschnitt enthält darüber hinaus in den §§ 1937 – 1941 nur einige einführende Grundbestimmungen: Testament mit Erbeinsetzung (§ 1937), mit bloßer Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938), mit Vermächtnis (§ 1939), mit Auflage (§ 1940) sowie Erbvertrag (§ 1941).

2. Gesetzliche Erbfolge. Sie ist gegenüber der gewillkürten subsidiär (§§ 1937 f, 1941) und tritt ein, wenn und soweit (vgl §§ 2088, 2104 f) eine wirksame Verfügung von Todes wegen fehlt oder der Erwerb des gültig eingesetzten Erben infolge von Ausschlagung (§ 1953), Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2344) oder aus anderen Gründen als nicht erfolgt anzusehen ist. Es gilt der Grundsatz der unbeschränkten Verwandtenerbfolge. Der Fiskus kommt erst dann als gesetzlicher Erbe zum Zuge, wenn auch entfernteste Verwandte innerhalb der Frist des § 1964 nicht ermittelt werden können.

- 3 Die für die geltende Erbrechtsordnung **bestimmenden rechtspolitischen Vorstellungen** haben ihren Ursprung zum erheblichen Teil noch in der Zeit vor der Entstehung des BGB. Dessen Verfasser wollten in erster Linie das Ende des 19. Jahrhunderts vorhandene Recht vereinheitlichen. Reformiert haben sie die vorgefundenen Vorschriften nur dort, wo sich eine Harmonisierung divergierender Normen als unmöglich erwies. Solche Divergenzen ergaben sich insbesondere auch aus den unterschiedlichen Einflüssen des römischen und des deutschen Rechts. Leitend war bei der Kodifizierung der Gesichtspunkt des **Verwandtenerbrechts**, in dessen Rahmen von der Gleichheit der Kinder im Erbgang ohne Rücksicht auf Geschlecht und Reihenfolge der Geburten ausgegangen wurde. Die jüngere Generation wurde gegenüber der älteren in der Erbfolge begünstigt. Ein anderes, in der späteren Entwicklung des Gesetzes weiter ausgebauten Prinzip zeigte sich in der Stärkung des **Ehegattenerbrechts** gegenüber einer in der Vergangenheit vorherrschenden reinen Familienerbfolge. Da im Unterschied zu vielen fremden Rechtsordnungen die Verwandtschaft als Rechtsgrund für das gesetzliche Erbrecht unbeschränkt anerkannt wurde, könnte das gegenüber dem Recht des Ehegatten und jedes Verwandten nachrangige **Erbrecht des Staates** bei nicht überschuldeten Nachlässen theoretisch eigentlich nie zum Tragen kommen. In der Praxis spielt das allerdings keine besondere Rolle: Fehlen nähere Verwandte, verfügt der Erblasser, wenn es um größere Vermögensmassen geht, vielfach die Erbfolge selbst. In anderen Fällen verhindern die Schwierigkeiten des Nachweises der Verwandtschaft die Durchsetzung einer unbeschränkten Verwandtenerbfolge. Zu den gesetzgeberischen Grundgedanken vgl. Coing, Gutachten A zum 49. DJT (1972), S 19; Wegmann, Diss Münster 1969; Mertens, Diss Münster 1970.
- 4 **3. Verwandtenerbfolge.** Die Verwandtenerbfolge des BGB beruht auf dem **Parentelsystem**, dh dem Grundsatz, dass Verwandte, die mit dem Erblasser die näheren Vorfahren (parents) gemeinsam haben, solche Verwandte ausschließen, die mit ihm nur durch entferntere Stammeseltern verbunden sind. Es werden daher verschiedene **Ordnungen** aufgestellt: Die erste Ordnung (§ 1924) bilden die Abkömmlinge – Kinder, Enkel, Urenkel – des Erblassers, die zweite (§ 1925) die Eltern und deren Abkömmlinge (Geschwister, Geschwisterkinder etc), die dritte (§ 1926) die Großeltern und deren Abkömmlinge (Onkel, Tanten, Vettern, Basen und deren Nachkommen) usw. Solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist, ist ein Verwandter einer folgenden Ordnung nicht zur Erbfolge berufen; dieser in § 1930 aufgestellte und ausnahmslos durchgeführte Grundsatz hat zur Folge, dass ein Halbbruder oder Halbneffe die Großeltern vollständig ausschließt¹. Der **Verwandtschaftsgrad** erweist sich also als **bedeutungslos**.
- 5 Die Erbfolge **innerhalb der einzelnen Ordnungen** ist verschieden für die erste bis dritte Ordnung einerseits und die vierte und folgende andererseits. Innerhalb der ersten drei Ordnungen findet Erbfolge nach **Stämmen** statt, wobei ein Stamm von einem einzelnen Verwandten innerhalb der Ordnung mit seinen Abkömmlingen gebildet wird: Der Stamm-Elternteil schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten jüngeren Stammesglieder aus der Erbfolge aus; wenn er aber zur Zeit des Erbfalls weggefallen ist, treten diese an seine Stelle und erhalten den ihm zukommenden Erbteil (§§ 1924 Abs 3, 1925 Abs 3, 1926 Abs 3–5). Konsequenz dieser Regelung kann dann auch sein, dass Verwandte gleichen Grades in den verschiedenen Stämmen verschieden erben. Wer mit dem Erblasser mehrfach verwandt ist, wird mehrfach berücksichtigt (§§ 1927, 1934). Daneben hat in der zweiten und dritten Ordnung die Scheidung nach Vater- und Mutterseite eine Teilung nach **Linien** zur Folge. Ganz anders ab der vierten Ordnung; hier entscheidet allein die **Gradesnähe** (§ 1589 Satz 3), dh, die Abkömmlinge werden nur berufen, falls alle Voreltern der Ordnung gestorben sind, und unter ihnen entscheidet allein die Nähe der Verwandtschaft mit dem Erblasser; unter gleich nahen Verwandten tritt Teilung nach Kopfteilen ein (§§ 1928 Abs 2, 3; 1929 Abs 2).
- 6 Das **nichteheliche Kind**, das in der bis 1969 geltenden Fassung des BGB als mit dem Vater nicht verwandt galt, war durch das Ges über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder²

1 Vgl § 1925 Rz 9.

2 Vom 19. August 1969 (BGBl I, S 1243).

auch in der Erbfolge nach dem Vater dem ehelichen Kind grundsätzlich gleichgestellt. Das Zusammentreffen als Erbe mit dem überlebenden Ehegatten des Erblassers oder mit ehelichen Kindern wurde aber dadurch verhindert, dass es in einem solchen Fall auf einen schuldrechtlichen Erbersatzanspruch gegen den Nachlass verwiesen war (früher §§ 1934a, 1934b). Bereits zu Lebzeiten des Vaters konnte es, anders als das eheliche Kind, einen vorzeitigen Erbausgleich herbeiführen (früher § 1934d). Seit dem Fortfall der angeführten Vorschriften aufgrund des Ges zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz³) gelten für das nichteheliche Kind dieselben Regelungen wie für das eheliche⁴.

4. Ehegattenerbrecht. Der Anteil der Verwandten wird geschmälert durch die Erbfolge des Ehegatten. Dieser erhält nach der Regel des § 1931 neben Erben der ersten Ordnung ein Viertel, neben solchen der zweiten Ordnung die Hälfte, neben Großeltern mindestens die Hälfte und schließt sämtliche übrigen Verwandten aus. Außerdem stehen ihm bestimmte Erbschaftsgegenstände als Voraus – in Form eines Vermächtnisses – zu (§ 1932). Zusätzlichen Einfluss auf die Beteiligung des Ehegatten am Nachlass hat das Güterrecht. Zum Ausgleich des Zugewinns im Todesfall erhöht sich der gesetzliche Erbeil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel (§§ 1931 Abs 3, 1371), wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§§ 1363 ff) gelebt haben. Lebten sie in Gütertrennung und sind neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers als gesetzliche Erben berufen, so erben der Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen (§ 1931 Abs 4). Die Teilung nach Köpfen tritt entsprechend der allgemeinen Regel des § 1931 Abs 1 bei bestehender Gütertrennung auch noch bei drei Kindern als Miterben neben dem überlebenden Ehegatten ein. Erst bei höherer Kinderzahl bleibt der Erbteil des Ehegatten mit einem Viertel unverändert, während die Kinder sich den Rest nach Köpfen teilen. Zum Erbrecht bei der **eingetragenen Lebenspartnerschaft** s näher Soergel^{13/} Stein Anhang nach § 1931.

5. Erbrecht des Fiskus. Der bei dem Fehlen eines Ehegatten und von Verwandten eintretende Fiskus ist wahrer gesetzlicher Erbe, nicht etwa nur aneignungsberechtigt, doch gelten für ihn einige Besonderheiten (§ 1936, vgl auch EGBGB Art 138, 139).

6. Vorweggenommene Erbfolge.

Schrifttum: Eccher, Antizipierte Erbfolge, 1980; Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, 1984; Schmidt-Liebig, Erwerb von Wirtschaftsgütern im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge, BB 1986, 2244; Märkle/Franz, Die Erbauseinandersetzung über Betriebsvermögen und die vorweggenommene Erbfolge, BB 1991, Beil 5 zu Heft 5; Meincke, Erbauseinandersetzung und vorweggenommene Erbfolge im Einkommensteuerrecht, NJW 1991, 198; H P Westermann, Störungen bei vorweggenommener Erbfolge, in: Festschr für Kellermann, 1991, S 505; Kollhossler, Aktuelle Fragen der vorweggenommenen Erbfolge, AcP 194 (1994), 231; Horn, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Personengesellschaften im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und durch Vererbung, FR 1995, 304; Trompeter, Optimale Betriebsübertragung im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge, DStR 1995, 2017; J Mayer, Die Rückforderung der vorweggenommenen Erbfolge, DNotZ 1996, 605; Hermanns, Die vorweggenommene Erbfolge in Gesellschaftsbeteiligungen, MittRhNotK 1997, 149; Limmer, Nachfolgeregelungen durch den Notar bei mittelständischen Unternehmen, in: Freundesgabe für Weichler 1997, S 67; Reichert, Unternehmensnachfolge aus anwaltlicher Sicht, GmbHR 1998, 257; Siemers/Müller, Offshore-Trusts als Mittel zur Vermögensnachfolgeplanung?, ZEV 1998, 206; Winkler, Lebzeitige Vermögenszuwendungen gegen Versorgungsleistungen als Auslaufmodell vorweggenommener Erbfolge?, DNotZ 1998, 544; Schulze zur Wiesche, Vorweggenommene Erbfolge und Erbauseinandersetzung unter Berücksichtigung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BB 1999, 2223; Lieber/Steffens, Vorweggenommene Erbfolge von Gesellschaftsanteilen unter Vorbehalt von Versorgungsleistungen, ZEV 2000, 132; J Mayer, Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis, 2001²; Weidlich, Vorweggenommene Erbfolge und Behindertentestament, ZEV 2001, 97; s auch Lange/Kuchinke, ErbR, § 25 XI, S 495 ff; Soergel/M Wolf vor § 2274; Spiegelberger, Die Renaissance der vorweggenommenen Erbfolge, DStR 2004, 1105; Paal, Sittenwidrigkeit im Erbrecht, JZ 2005, 436; Crezelius, Das neue Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht im Rechtssystem, ZEV 2009, 1; Schubert, Die Verfassungswidrigkeit der Erbschaft- und Schenkungsteuer und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Neuregelung, Diss Düsseldorf 2011.

3 Vom 16. Dezember 1997 (BGBl 1997 I, S 2968, ber BGBl 1998 I, S 524), in Kraft seit 1. April 1998.

4 Vgl § 1924 Rz 11 ff.

- 9 Unter dem Begriff der vorweggenommenen Erbfolge werden alle Rechtsgeschäfte des künftigen Erblassers mit seinen potentiellen Erben zusammengefasst, mit denen der Erblasser noch zu Lebzeiten den Übergang (von wesentlichen Teilen) seines Vermögens auf andere Personen so steuert, dass sie beim Erbfall nicht mehr im Nachlass vorhanden sind⁵. Der beschriebene Sachverhalt ist damit Teil eines „**Estate Planning**“⁶, das sowohl die Übergabe unter Lebenden als auch das Vererben umfasst. Auslöser einer vorweggenommenen Erbfolge können steuerliche Überlegungen, betriebswirtschaftliche Erwägungen, familiäre Aspekte, Altersgründe oder auch die Unsicherheit über das Gelingen einer geplanten erbrechtlichen Lösung sein. Von den hier bestehenden Möglichkeiten der Gestaltung kommt als Mittel in erster Linie der Übergabevertrag in Betracht, der Schenkung oder Aussteuer (§ 1624) ist. Wird dabei eine keinen Gegenwert darstellende Gegenleistung vereinbart (uU „Altenteil“⁷), so handelt es sich um eine gemischte Schenkung oder eine Schenkung unter Auflagen⁸. Der Übergang des Vermögensgegenstandes kann befristet werden auf den Tod des Schenkers, gegebenenfalls zusätzlich aufschiebend bedingt durch das Überleben des Bedachten bzw auflösend durch sein Vorversterben⁹. Auflösende Bedingung kann auch ein bestimmtes Verhalten des Bedachten und seiner Erben sein, etwa die Verfügung über den Gegenstand zugunsten Dritter¹⁰. Bei Grundstücken scheidet diese Möglichkeit allerdings wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung aus. Das Bestreben des Übergabenden, auch bei Vorversterben des Bedachten ein Grundstück in der Familie zu halten, kann dennoch befriedigt werden. Man behilft sich hier mit einer (unbedingten) Übereignung des Grundstücks bei Vereinbarung eines die gewünschte Bedingung enthaltenden Rückübertragungsanspruchs¹¹ und dessen Sicherung durch Rückauffassungsvormerkung. Deren Zulässigkeit für auch über den Tod des Bedachten hinausreichende Bedingungen dürfte heute außer Streit sein¹².
- 10 Im Geltungsbereich der **HöfeO** bedeutet die Übergabe eines diesem Gesetz unterliegenden Hofes an einen Erben der ersten Hoferbenordnung zugleich Bestimmung des Hoferben (HöfeO §§ 7 Abs 2, 17). Der Erbfall gilt als mit der Übergabe eingetreten; Abfindungsansprüche der weichenden Erben und Vermächtnisnehmer entstehen schon zu diesem Zeitpunkt¹³. Soll der Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf der Grundlage eines Übergabevertrages übernommen werden (HöfeO § 7 Abs 1 Satz 1 Alternative 2), kann dies bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Rückübertragungspflicht bei Eintritt bestimmter Bedingungen geschehen¹⁴. – Zu den gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeregelungen s § 1922 Rz 82 ff.
- 11 Besondere Fragestellungen entstehen, wenn die vorweggenommene Erbfolge dazu führt, dass zu Lebzeiten des Erblassers seine **Vermögenslosigkeit** eintritt und **kompensierende staatliche**

5 Vgl BGH ZEV 1995, 265 = NJW 1995, 1349; Besprechungsaufs Mayer DNotZ 1996, 604.

6 Dazu Reimann ZEV 1997, 129.

7 Zur Frage der für eine Schenkung erforderlichen Ungleichwertigkeit der Leistungen BGH NJW-RR 1996, 754 = ZEV 1996, 197.

8 Dazu, dass der Hinweis im Übergabevertrag, es werde die Erbfolge vorweggenommen, noch nichts über die Unentgeltlichkeit besagt, s BGH ZEV 1995, 265 = NJW 1995, 1349, dem folgend BGH NJW-RR 1996, 754 = ZEV 1996, 197.

9 Die Privilegierung des Betriebsvermögens nach ErbStG § 13a Abs 1 Nr 2 bei Schenkungen als vorweggenommene Erbfolge setzt nach Auffassung des BFH jedoch Vorbehaltlosigkeit voraus (BFH BB 2001, 819 [mAnm Scherer/Geuyen] = ZEV 2001, 165 [mAnm Viskorf]; dazu auch Geck ZEV 2001, 180; Söffing ZEV 2001, 206).

10 Umstritten ist die Möglichkeit, die Schenkung auf die Lebenszeit des Bedachten zu befristen bei gleichzeitiger Vereinbarung, dass der Gegenstand nach dessen Tod einem Dritten zufallen soll (sog

Weiterleitungsklausel). Hier würde der Gegenstand auch am Nachlass des Bedachten vorbeigesteuert. Wegen Einzelheiten s Jülicher ZEV 1998, 285, 288 mweit Nachw.

11 Zu den Gestaltungsmöglichkeiten Weser ZEV 1995, 353; Vererblichkeit des künftigen Rückauffassungsanspruchs zutr bejaht von Stürner/Bruns Anm zu BGH LM Nr 24 zu § 883.

12 BGHZ 134, 182 = ZEV 1997, 77 (Anm Demharter) = LM Nr 24 zu § 883 (Anm Stürner/Bruns) = JZ 1997, 516 (Anm Berger) – ebenso schon der Vorlagebeschluss BayObLGZ 1997, 183 = FamRZ 1997, 187 = NJW-RR 1997, 208; BGHZ 130, 185; 117, 390; Jung Rpfleger 1998, 51; Preuß DNotZ 1998, 602; aA hinsichtlich der über den Tod des Bedachten hinausreichenden Bedingungen Hamm FamRZ 1995, 700 = Rpfleger 1995, 208 (Anm Sandweg S 404); s auch Preuß DNotZ 1998, 602; Amann DNotZ 1995, 251.

13 S unten § 1922 Rz 126, 130 sowie Rz 21 vor § 2274.

14 Köln AgrarR 1997, 160; Rückübertragung im Falle der Scheidung der Hofübernehmer.

Leistungen, etwa nach dem SGB XII, erbracht werden müssen¹⁵. Solange der Erblasser noch lebt, kann die Behörde seinen Anspruch gegen den Beschenkten aus § 528 auf sich überleiten (vgl SGB XII § 93) oder den Schenker veranlassen, ihr den Rückforderungsanspruch abzutreten. Ob und unter welchen Bedingungen ein staatlicher Rückgriff durch Befriedigung aus dem Rückforderungsanspruch auch nach dem Tod des Erblassers möglich ist, war längere Zeit umstritten. Zur Lösung dieser Frage musste zuerst die verbreitete These, der Anspruch aus § 528 sei nicht vererblich, aufgegeben werden. Die dies bewirkende Rechtsprechung des BGH entwickelte sich in mehreren Schritten. Zunächst wurde festgestellt, dass der Anspruch nicht erloschen sei, wenn er vor dem Tod des Schenkers gem BSHG § 90 (heute SGB XII § 93) auf den Träger der Sozialhilfe wegen der erbrachten Leistungen übergeleitet worden war¹⁶. In Fortführung dieser Entscheidung ging der BGH später davon aus, dass der Anspruch aus § 528 auch dann nicht mit dem Tod des Schenkers erlischt, wenn und soweit die öffentliche Hand oder Dritte zunächst für den hilfsbedürftigen Schenker „in Vorlage“ treten mussten, weil der Beschenkte seine Pflicht trotz Aufforderung nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt hat¹⁷. Der BGH begründete sein Ergebnis mit dem Rechtsgedanken der §§ 843 Abs 4 und 1615 Abs 1. Ob vom Weiterbestehen des Anspruchs auch dann auszugehen ist, wenn es an einer Nichterfüllung trotz Aufforderung fehlt, war nicht zu prüfen; eine solche Annahme wäre jedoch angesichts der Begründung konsequent gewesen¹⁸. Der entscheidende Schritt erfolgte wenig später. Wenn der Schenker fremde (hier: staatliche) Hilfe angenommen, sich also nicht im Interesse des Beschenkten eingeschränkt und mit einem unangemessenen Unterhalt zufrieden gegeben habe, sei der Anspruch vererblich¹⁹. Ist der Beschenkte zugleich Erbe, so sei der Anspruch auch nicht im Wege der Konfusion untergegangen; vom Fortbestehen einer Forderung sei auszugehen, wenn etwa mit Rücksicht auf Rechte Dritter die Interessenlage einem Erlöschen entgegensteht²⁰. Zu Recht folgt das Schrifttum dieser Rechtsprechung²¹. Im Ergebnis scheidet daher der Versuch, zulasten des Trägers der Sozialhilfe Vermögenslosigkeit herbeizuführen, indem die wesentlichen Gegenstände Dritten schenkweise zugeführt werden²². Gleichwohl verändert sich die hier geschilderte Rechtslage, wenn der Rückforderungsanspruch aus den Gründen des § 529 Abs 1 ausgeschlossen ist, eine Vererbung mangels bestehenden Rechts also ausscheidet. Das ist unproblematisch und auch im Interesse des Vertrauensschutzes des Beschenkten angemessen, wenn die Zehnjahresfrist verstrichen ist (§ 529 Abs 1 2. Alternative)²³. Die erste Alternative des § 529 Abs 1, die eine Abwägung (nur) der Interessen von Schenker und Beschenktem vornimmt, führte dagegen im vorliegenden Zusammenhang zu einem Wertungswiderspruch. Gerade dann, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich herbeigeführt hat, um sein Vermögen vor dem Zugriff etwa des Sozialhilfeträgers zu schützen, bliebe der Beschenkte vor dem Rückforderungsanspruch bewahrt. Zu Recht nimmt daher die herrschende Meinung das Fortbestehen des Rückforderungsanspruchs an, wenn die Bedürftigkeit durch die Schenkung her-

15 Die sozusagen umgekehrte Konstellation, die Herbeiführung der Vermögenslosigkeit bei dem eigentlich als Vermögensnachfolger im Todesfall Gewollten, liegt in den Fällen des sog Behindertentestaments vor (dazu § 1937 Rz 31).

16 BGHZ 96, 380 = NJW 1986, 1606 = JZ 1986, 602–603 (LS 1 und Gründe).

17 BGHZ 123, 264 = ZEV 1994, 49 (mAnm Kollhoser) = NJW 1994, 256; s auch BGHZ 125, 283 = NJW 1994, 1655 = ZEV 1994, 254 (Anm Skibbe).

18 In der Rechtsprechung der Instanzgerichte war die Frage umstritten; Das OLG Frankfurt (NJW 1994, 1805) verneint den Fortbestand des Anspruchs und seine Überleitbarkeit nach dem Tod des Schenkers, das OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1319 (mit unscharfem Leitsatz der Red.) bejahte sie; ebenso schon BVerwG DÖV 1990, 882 = FamRZ 1990, 1232.

19 BGH NJW 1995, 2287 (Besprechung Zeranski S 2574) = EWiR 1995, 749 – LS (Anm Gernhu-

ber) = FamRZ 1995, 1123 (Bespr Haarmann FamRZ 1996, 522) = ZEV 1995, 378 (Aufsatz Kollhoser S 391) = FuR 1995, 308 – LS (Anm Schellhorn) = JR 1996, 194 (Anm Probst) = JZ 1996, 632 (Anm Vollkommer/Schwaiger); BGH NJW 2001, 2084.

20 BGH NJW 1995, 2287 – wie zuvor.

21 Vgl jeweils mweitNachw Vollkommer/Schwaiger JZ 1996, 632; Gernhuber EWiR 1995, 749; Probst JR 1996, 194; Haarmann FamRZ 1996, 522; Kollhoser ZEV 1995, 391.

22 Man wird aber auch noch auf der Grundlage der neueren BGH-Rechtsprechung annehmen müssen, dass eine Überleitung des Anspruchs aus § 528 Abs 1 mangels seiner Entstehung ausscheidet, wenn die Schenkung durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall erfolgt war (LG Aachen FamRZ 1994, 1321).

23 Vgl dazu auch BFH BStBl II 1997, S 387 = ZEV 1997, 214 = BB 1997, 1135.

beigeführt wurde²⁴. Bei einem kollusivem Zusammenwirken der Parteien des Schenkungsvertrags könnte die Behörde zudem einen Anspruch aus § 826 gegen den Beschenkten haben, unter den Voraussetzungen des AnfechtungsG nach dessen § 11.

§ 1922 Gesamtrechtsnachfolge

(1) Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbchaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

(2) Auf den Anteil eines Miterben (Erbteil) finden die sich auf die Erbchaft beziehenden Vorschriften Anwendung.

ÜBERSICHT

I. Prinzipien der Erbfolge	1–17	b) Einzelheiten (Schuldvertragstypen. Atypische Verträge)	52–65
1. Erblasser	2	aa) Kaufvertrag	52
2. Erbfall	3–5	bb) Schenkungsvertrag	53
3. Erbe	6–12	cc) Mietrecht	54
a) Begriff des Erben	6–10	dd) Darlehensvertrag; Bürgschaft; Auftrag	55
b) Rechtsstellung vor dem Erbfall	11	ee) Dienst-, Arbeits- und Geschäftsbesorgungsvertrag	56–60
c) Sicherung künftigen Erbrechts	12	ff) Sonstige Dienstverträge	61
4. Gesamtnachfolge	13–16	gg) Reisevertrag	62
a) Umfang	13	hh) Bankverträge	63
b) Von-selbst-Erwerb	14	ii) Versicherungsverträge	64
c) Vermögensverschmelzung	15	jj) Atypische/typengemischte Verträge	65
d) Sondererbfolge	16	c) Gesetzliche Schuldverhältnisse	66–69
5. Erbschaft	17	8. Unterlassungspflichten und -ansprüche	70
II. Umfang der Gesamtnachfolge in das Vermögen	18–111	9. Verschwiegenheitspflichten	71–73
1. Allgemeines	18	10. Vollmachten	74–78
2. Persönlichkeitsrechte und Rechtsgüter	19–39	11. Gestaltungsrechte; Rechtsverkehrslagen; Wiederkaufs- und Vorkaufsrechte	79–81
a) Leiche des Erblassers	20–27	12. Mitgliedschaften	82–104
aa) Kein Eigentumserwerb	20	a) Mitgliedschaft in Personengesellschaften	82–84
bb) Aneignungsrecht?	21	aa) BGB-Gesellschafter	82
cc) Totenfürsorge	22–24	bb) Gesellschafter der OHG; Komplementär der KG	83, 84
dd) Transplantationen; Obduktionen	25, 26	b) Einfache Nachfolgeklauseln	85
ee) Sperma	27	c) Qualifizierte Nachfolgeklausel	86, 87
b) Künstliche Körperteile	28–30	d) HGB § 139 Abs 1	88
c) Postmortaler Persönlichkeitschutz	31–36	e) Rein rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel	89–98
aa) Schutz immaterieller Interessen	31–35	aa) Kommanditgesellschaft	92, 93
bb) Schutz bei unbefugter kommerzieller Verwertung	36	bb) Kommanditgesellschaft auf Aktien	94
d) Schadensersatzansprüche wegen zu Lebzeiten des Erblassers erfolgter Verletzungen seiner Persönlichkeitsrechte	37, 38	cc) Stiller Gesellschafter	95
e) Ansprüche aus §§ 844, 845	39	dd) Partnergesellschaft	96
3. Familien- u erbrechtliche Rechtsstellungen	40–42	ee) Reederei	97
a) Rechte aus familienrechtlichen Beziehungen	40, 41	ff) Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung	98
b) Erbrechtliche Rechtsstellungen	42	f) Mitgliedschaft in Kapitalgesellschaften	99–101
4. Ämter und Parteien kraft Amtes	43	aa) Grundlagen	99
5. Immaterialgüterrechte	44	bb) GmbH-Geschäftsanteile	100
6. Dingliche Rechte	45–47		
7. Schuldverhältnisse	48–69		
a) Allgemeines	48–51		

24 Vgl Soergel¹³/Eckert § 529 Rz 2.

cc) Aktien	101	IV. Übergang öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen	137–149
g) GmbH & Co KG	102	1. Allgemeines	137, 138
h) Genossenschaft	103	2. Sozialrechtliche Ansprüche	139–144
i) Verein	104	a) Sozialgesetzbuch	139–141
13. Unternehmen	105–108	b) BundesentschädigungsG	142
14. Firma	109, 110	c) LastenausgleichsG	143
15. Digitaler Nachlass	111	d) BundesrückerstattungsG	144
III. Sonderrechtsnachfolgen in zivilrechtliche Positionen	112–136	3. Beamtenrecht	145
1. Wohnraummiete	113	4. Steuerrecht	146
2. Wohnbesitzwohnung	114	5. Polizei- und Ordnungswidrigkeitenrecht	147
3. Heimstätte	115	6. Sonstiges	148, 149
4. Höferechtliche Sondererbfolge	116–136	V. Der Übergang prozessualer Rechtsverhältnisse	150–158
a) HöfeO Britische Zone	117–134	1. Allgemeines	150
aa) Sachlicher Geltungsbe- reich	118, 119	2. Zivilprozess. Vollstreckungsverfahren. Tod vor Rechtshängigkeit	151–156
bb) Gesetzliche Sondererbfolge	120–124	a) Zivilprozess	151–153
cc) Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben	125	b) Vollstreckungsverfahren	154
dd) Abfindungsanspruch der weichenden Erben	126, 127	c) Tod vor Rechtshängigkeit	155
ee) Gewillkürte Erbfolge	128, 129	d) Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren	156
ff) Ehegattenhof	130, 131	3. Verfahren vor Verwaltungs-, Sozial-, u Finanzgerichten	157
gg) Mehrere Höfe	132	4. Strafverfahren	158
hh) Vererbung nach BGB	133	VI. Absatz 2	159
ii) Sonstige Bestimmungen	134	VII. Nachlassabsonderung	160–162
b) Rechtslage in den übrigen Bundesländern	135		
c) Reichserbhofgesetz	136		

Schrifttum: Allgem erbrechtl Schrifttums Einl vor § 1922 vor Rz 1 (allg zur Erbfolge); § 1922 vor Rz 3 (zu Erbfall/Tod); § 1922 vor Rz 12 (zur Sicherung künft Erbrechts); § 1922 vor Rz 19 (Persönlichkeitsrechte); § 1922 vor Rz 40 (familienrechtliche Rechtsstellungen); § 1922 vor Rz 44 (Immateriälgüterrechte); § 1922 vor Rz 45 (dingliche Rechte); § 1922 vor Rz 47 (Schuldverhältnisse); § 1922 vor Rz 71 (Verschwiegenheitspflichten); § 1922 vor Rz 74 (Vollmachten); § 1922 vor Rz 81 (Mitgliedschaften in Personengesellschaften); § 1922 vor Rz 99 (Mitgliedschaften in Kapitalgesellschaften); § 1922 vor Rz 103 (Mitgliedschaften in Genossenschaften); § 1922 vor Rz 116 (Höferecht); § 1922 vor Rz 137 (Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen).

I. Prinzipien der Erbfolge

Die zwingende Vorschrift des § 1922 enthält die Grundgedanken der gesetzlichen und der gewillkürten Erbfolge. Diese wird ausgelöst durch den Tod des Erblassers, den Erbfall (Rz 3). Mit ihm geht das Vermögen des Erblassers unmittelbar (Von-selbst-Erwerb, Rz 14) und insgesamt (Gesamtnachfolge, Rz 13) auf den oder die Erben über. Eine Vermögensaufspaltung (Sondererbfolge) dagegen findet nur in Ausnahmefällen statt (Rz 16, 82 ff, 112 ff).

1. **Erblasser.** Erblasser ist diejenige Person, um deren Nachfolge von Todes wegen es im Erbrecht geht. Das Gesetz verwendet den Begriff des Erblassers dabei nicht immer erst, wenn die betreffende Person bereits verstorben ist, sondern zT auch schon davor (zB bei der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen, § 2247). Erblasser kann **jede natürliche Person** sein, aber auch nur sie, da lediglich bei ihr der Tod eintreten kann. Einzig vorausgesetzt ist die Rechtsfähigkeit (§ 1¹). Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit oder der Verfügungsmacht (Minderjährigkeit, Insolvenzverfahren) oder selbstgewählte Beschränkungen der Lebensführung (Eintritt in besondere religiöse Gemeinschaften) haben hingegen weder Einfluss auf die Beerbbarkeit noch führen sie zum bürgerlichen Tod (anders in früheren Rechten, etwa beim sog Klostertod infolge Ordenseintritts). Erlöschen **juristische Personen**, so hat das keine erbrechtlichen Konsequenzen; daher

1 Zum Beginn s § 1 Rz 1.

auch musste in § 46 Satz 1 für den Anfall des Vermögens an den Fiskus bei Auflösung eines Vereins oder Entzug seiner Rechtsfähigkeit die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das gesetzliche Erbrecht des Fiskus angeordnet werden. Wegen des Vermögensanfalls in solchen Fällen vgl §§ 45 ff, EGBGB Art 85.

2. Erbfall.

Schrifttum: Schönig, Zur Feststellung des Todeszeitpunkts, NJW 1968, 189; H Westermann, Fortschritte der Medizin und die Grenzen der ärztlichen Pflicht, Jahresschrift 1968 der Gesellschaft zur Förderung der Westf Wilhelms-Universität, 1968, S 87; Kallmann, Rechtsprobleme bei der Organtransplantation, FamRZ 1969, 572; Stratenwerth, Zum juristischen Begriff des Todes, in: Festschr für Engisch, 1969, S 528; Strätz, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten unter besonderer Berücksichtigung der Transplantationen, Veröff d Sektion f Rechts- und Staatswissenschaft d Görres-Gesellschaft, H 7, 1971; Geilen, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, in: Festschr für Heinitz, 1972, S 373; Neuhaus, Medizinische Probleme bei der Todesfeststellung nach erfolgloser Reanimation, in: Festschr für Heinitz, 1972, S 397; Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff, Diss Münster 1974; Engisch, Rechtliche Probleme im Grenzbereich zwischen Leben und Tod, in: Der Grenzbereich zwischen Leben und Tod, 1976, S 87; Englert, Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts, Arzt und Krankenhaus 1988, 278; Bosch, Toterklärung – Todeszeitfeststellung – Irrige Totmeldung, in: Festschr für Mikat, 1989, S 793; A Ruscher, Die Bestimmung des Todeszeitpunktes aus erbrechtlicher Sicht, 1989; Funck, Der Todeszeitpunkt als Rechtsbegriff, MedR 1992, 182; Coester-Waltjen, Der nasciturus in der hirntoten Mutter, in: Festschr für J Gernhuber (Hrsg Hermann Lange/Nörr/H P Westermann), 1993, S 837; Giesen/Poll, Recht der Frucht/Recht der Mutter in der embryonalen und fetalen Phase aus juristischer Sicht, JR 1993, 177; Kern, Anmerkung: Zum Todeszeitpunkt des BGB, MedR 1993, 112; Heuermann, Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau, JZ 1994, 133; Hochreuter, Gebärgang und tote Frau als Brüderin – patriarchale Ethik?, KJ 1994, 67; Höfling, Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben, JZ 1995, 26; ders, Hirntodkonzeption und Transplantationsgesetzgebung, MedR 1996, 6; Heun, Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen, JZ 1996, 213 (dazu Erwiderung Höfling, JZ 1996, 615; Schlußwort Heun, JZ 1996, 618); Spittler, Der menschliche Körper im Hirntod, ein dritter Zustand zwischen lebendem Menschen und Leichnam?, JZ 1997, 747; E Rosenboom, Ist der irreversible Hirnausfall der Tod des Menschen?, 2000; s auch Schrifttum bei Rz 18; Taupitz, Richtlinien in der Transplantationsmedizin, NJW 2003, 1145; Gross (Hrsg), Tod und toter Körper, 2007; H L Schreiber, Tod und Recht: Hirntod und Ende des Lebens, in: Festschr für Müller, 2008, 685; Röthel, Grundbegriffe des Erbrechts, JURA 2014, 179.

- 3 Maßgebliches Ereignis für die Auslösung des Erbfalls ist der **Tod** des Erblassers. Ungewissheit darüber, ob er eingetreten ist, besteht im Zusammenhang mit erbrechtlichen Fragestellungen regelmäßig nicht (zu Ausnahmen s u Rz 4), da diese faktisch erst geraume Zeit später einsetzen. Dagegen kann sich eine genaue Fixierung des Todeszeitpunkts als erforderlich erweisen, etwa weil in dem maßgebenden Zeitraum Todesfälle anderer Personen eingetreten sind, die im Hinblick auf den Verstorbenen als Erben oder Erblasser in Betracht kommen, sodass bereits geringfügige Zeitdifferenzen über die Erbfolge entscheiden können. Anders nun als für den Beginn der Rechtsfähigkeit hat das BGB keinen Versuch der Präzisierung des Beendigungszeitpunkts unternommen; dies erschien dem Gesetzgeber – trotz der Scheintod-Ängste des 19. Jahrhunderts – nicht klärungsbedürftig. Der Stand der heutigen medizinischen Erkenntnis lässt die Vorstellung vom Tod als unverrückbarem, fixiertem Naturereignis, das es nur zu konstatieren gilt, jedoch nicht mehr zu. Aber auch die deshalb notwendige Anknüpfung an medizinisches Wissen vermag nicht alle Probleme zu lösen. Zunächst ist festzustellen, dass bei der Frage nach dem Zeitpunkt, in dem im Kontinuum des Sterbens der Tod liegt, nicht auf die individuelle ärztliche Feststellung des Todes abgestellt werden kann, da § 1922 den tatsächlichen Eintritt, nicht die, wenn auch fachlich kompetente, Diagnose anspricht². Angesichts der bestehenden Reanimationsmöglichkeiten, insbesondere aber wegen der Möglichkeit, bei Toten Gehirn, Atmung und Kreislauf in Gang zu halten, definiert

2 Unzutr daher Schönig NJW 1968, 189.

auch deren Stillstand entgegen früheren Annahmen keine Lebensgrenze. Vielmehr ist es nach als gesichert geltender medizinischer Erkenntnis der **Eintritt des Gesamthirntodes**, der medizinisch den Tod des Menschen markiert³. Die weiterhin zunehmende Bedeutung der Transplantations- und der Reanimationsmedizin, aber auch der Fall des „Erlanger Babies“⁴ haben im Gleichlauf mit der Diskussion des Transplantationsgesetzes die Kontroverse um den Todeszeitpunkt erneut angefacht. Wenn auch dieses im Jahre 1997 erlassene Gesetz⁵ das Gesamthirntodkriterium als Minimum verankert, so betrifft dies eben nur die Frage der Organentnahme von einem Toten. Ob dieser auch im Sinne des Erbrechts tot ist, muss damit nicht entschieden sein. So wird etwa vertreten, bei der Schwangerschaft einer Hirntoten im Betreuungsrecht, aber auch im Erbrecht, den „**klinischen Tod**“ (Stillstand von Kreislauf und Atmung) maßgeblich sein zu lassen. Auf den Hirntod dagegen soll es nur für die Organentnahme ankommen⁶. Dieser Auffassung ist zumindest für das Erbrecht bereits wegen der in ihr enthaltenen Manipulationsmasse zu widersprechen.

Schon angesichts der relativ geringen Bedeutung einer minutengenauen Festlegung des Todeszeitpunktes – sie wäre in erster Linie für die Fälle gleichzeitigen Versterbens wesentlich (dazu sogleich) – und weil der Gleichlauf mit dem Transplantationsrecht sinnvoll ist, verdient die auch erbrechtlich vom **Gesamthirntod** ausgehende jetzt herrschende Meinung⁷ Zustimmung. Es erscheint nicht zutreffend, im Rahmen des § 1922 – anders als etwa bei Fragen der Organtransplantation – den Kreislauftod maßgeblich sein zu lassen⁸. Denn im Falle der Reanimation müsste sonst rückwirkend der Nichteintritt des Todes fingiert oder doch wieder der Gehirntod für entscheidend erklärt werden. Im Übrigen enthielte diese Lösung eine Wertung für den nichtmedizinischen Todesbegriff, die mit historischem Gehalt und Regelungszweck des § 1922 kaum vereinbar wäre. Die hier bevorzugte Annahme dagegen bringt keine weiteren Wertungsprobleme. Sie kann für alle Fälle gelten. Der unsichere, aber geringfügige Zeitraum „Sterbezeit“ ist unproblematisch im Vergleich zu der Vielzahl der Fälle, in denen erst längere Zeit nach dem Tod der Todeszeitpunkt bestimmt werden muss⁹. Soweit diese Sterbezeiten mehrerer Personen einen gemeinsamen Zeitraum haben, sollte entsprechend der Regelung in VerschG § 11 (Kommorientenvermutung) von der Gleichzeitigkeit des Todes ausgegangen werden¹⁰. Konsequenz dieser Auffassung wäre, dass auch bei einem Nacheinander der Herzstillstände derjenige, bei dem dieser zuletzt beobachtet worden ist, nicht Erbe würde, wenn der Herzstillstand bei ihm während der Sterbezeit des „Erst-

3 Zu den Methoden der Feststellung des Gehirntods vgl. Englert, Todesbegriff u. Leichnam als Elemente des Totenrechts, 1979, S. 34 ff.; Zenker, in: Festschr. für Bockelmann, 1979, S. 484 ff. jeweils mweitanachw; Wiss. Beirat der Bundesärztekammer Deutsches Ärzteblatt 1979, 190; Deutsches Ärzteblatt 1986, 2940. Auszugehen ist von dem endgültigen Ausfallen der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms.

4 Zum Fall und seiner unter verschiedenen rechtlichen und ethischen Aspekten kontroversen Beurteilung Coester-Waltjen, in: Festschr. für Gernhuber, 1993, S. 837; Giesen/Poll JR 1993, 177; Hochreuter KJ 1994, 67; Heuermann JZ 1994, 133.

5 Ges. über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) v. 5. Mai 1997 (BGBl. I, S. 2631).

6 Kern Anm. zu AG Hersbruck MedR 1993, 111, 112 = FamRZ 1992, 1471 (mAnm. Schwab) = NJW 1992, 3245.

7 BayObLGZ 1999, 1 = NJW-RR 1999, 1309; Frankfurt ZEV 1997, 426 = NJW 1997, 3099 mweitanachw; Köln FamRZ 1992, 860 = NJW-RR 1992, 1480; AG Hersbruck NJW 1992, 3245 = FamRZ 1992, 1471 (Anm. Schwab); aus dem Schrifttum etwa Pal/Weidlich Rz 2; MünchKomm/Spickhoff § 1 Rz 20 ff.; Ruscher, Die Bestimmung

des Todeszeitpunktes aus erbrechtlicher Sicht, 1989, S. 103 ff., 115 f. – der jedoch auf den Großhirn- und nicht auf den Gesamthirntod abstellt („Kortikaltodthese“); Englert, Todesbegriff u. Leichnam als Element des Totenrechts, 1979, S. 71 ff.; Kallmann JZ 1969, 572, 574 f.; weitNachw. bei Carstens, Das Recht der Organtransplantation, Recht u. Medizin Bd 2, 1978, S. 87 ff.; insbes. Fn 11; zT. aA MünchKomm/Leipold Rz 12 f.; Leipold JZ 1998, 660, 661; diff. Staud/Kunz Rz 41 ff.

8 Gespaltener Todesbegriff, vgl. H. Westermann, Fortschritte der Medizin u. Grenzen der ärztlichen Pflicht, 1968, S. 89; ähnlich Saerbeck, Diss. Münster 1974, S. 123 ff.

9 Etwa die Hälfte der Todesfälle in der Bundesrepublik tritt nicht in einer medizinischen Einrichtung ein.

10 Ebenso Köln FamRZ 1992, 860 = NJW-RR 1992, 1480; BayObLGZ 1999, 1 = NJW-RR 1999, 1309 (sinngemäße Heranziehung dieses Gedankens im personenstandsrechtlichen Verfahren zur Berichtigung des Sterbebuchs); aA Hamm FamRZ 1995, 1606 = NJW-RR 1996, 70, das auch für Fälle dieser Art Festlegung eines bestimmten Zeitpunkts fordert, dabei jedoch die oben geschilderte Problematik des Todesbegriffs verkennt; MünchKomm/Leipold Rz 12.

verstorbenen“ eintrat¹¹. Es bleiben zwei Problembereiche klärungsbedürftig. Zum einen muss in Kauf genommen werden, dass der Gehirntote, dessen Kreislauf und Atmung noch aufrechterhalten werden, auch tot im zivilrechtlichen Sinne ist („lebender Leichnam“); dies ist eine Frage wertender Betrachtung, deren Bejahung unter ethischen Aspekten hier sehr viel leichter fällt als im Zusammenhang mit der Organtransplantation. Zum anderen muss geklärt werden, welcher Zeitpunkt maßgeblich ist, wenn, wie auch bei medizinischer Betreuung der Regelfall, nicht der Gehirntod festgestellt, sondern nur ein Herz- und Atmungsstillstand beobachtet wurde, der nicht aufgehoben werden konnte. Mit Englert¹² sollte hier die Hinzurechnung einer „Sterbezeit“ erfolgen, dh jener empirisch gesicherten, individuell unterschiedlichen Zeitspanne (regelmäßig höchstens zehn Minuten), innerhalb derer der Gehirntod eintritt. Werden dagegen Herzfunktion und Kreislauf künstlich aufrechterhalten, ist der Tod eingetreten, sobald der zerebrale Kreislaufstillstand nachgewiesen und eine zeitliche Sicherheitsspanne verstrichen ist.

5 Dem Tod steht die **Todesvermutung** gleich, dh, die durch Todeserklärung begründete (widerlegliche) Vermutung, dass der Verschollene in dem im Beschluss festgestellten Zeitpunkt gestorben ist (VerschG §§ 9, 3 – 8, 44, VerschÄndG §§ 2, 3)¹³. Die Todeserklärung erfolgt auf Antrag im Aufgebotsverfahren (VerschG §§ 16, 13 ff, 2 ff). Antragsberechtigt sind der Staatsanwalt, der gesetzliche Vertreter, Ehegatte, Lebenspartner, Abkömmlinge und Eltern des Verschollenen sowie jeder, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat (VerschG § 16). Dieses rechtliche Interesse kann allein schon aufgrund der Tatsache erwachsen, dass der Antragsteller im Falle der Todeserklärung Erbe ist¹⁴. Der Beschluss führt den Erbfall rückwirkend auf den in ihm genannten Zeitpunkt herbei¹⁵. Wegen spezialgesetzlicher Verschollenheitsregelungen vgl Soergel¹¹/Stein VerschG § 1 Rz 12 ff und Sachse StAZ 1979, 57. Für Fälle, in denen keine Verschollenheit vorliegt (VerschG § 1 Abs 2), eine Eintragung im Sterberegister aber nicht erfolgt, stellen VerschG §§ 39 ff ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung von Tod und Todeszeitpunkt zur Verfügung.

6 3. **Erbe.** – a) **Begriff des Erben.** Erbe ist, wer kraft Gesetzes (§§ 1924 – 1931) oder durch Verfügung von Todes wegen (Testament § 1937; Erbvertrag § 1941) unmittelbar zur Erbfolge nach dem Erblasser berufen ist. Wegen Einzelheiten, insbesondere zur Erbfähigkeit, s die Kommentierung zu § 1923. Nicht in diesem Sinne Erben sind der Erbeserbe¹⁶ und der Erbschaftskäufer (§§ 2371 ff); auch der Erbteilkäufer (§ 2033) wird nicht Miterbe und kann keinen Erbschein auf seinen Namen beanspruchen¹⁷. Die Anerkennung eines unwirksamen Testaments macht den darin Berufenen nicht zum Erben¹⁸, ebensowenig ein nach dem Tod des Erblassers geschlossener Vertrag, etwa eine Übereinkunft bei der Nachlassverhandlung¹⁹. Ein Vergleich zwischen mehreren Erbprätendenten führt gegenüber Dritten zu keiner Zuordnungsänderung des (subjektiven) Erbrechts. Er verpflichtet lediglich denjenigen, der das Recht eines anderen anerkannt hat, alles zu tun, um diesem materiell die Erbenstellung zu verschaffen²⁰.

7 Die Rechtsstellung des Erben wird nicht allein durch seine Beziehung zu den übergegangenen Rechten und Verbindlichkeiten des Erblassers gekennzeichnet; vielmehr erwirbt der Erbe beim Tod des Erblassers **originäre Befugnisse**²¹, von denen etwa das Ausschlagungsrecht, die Ansprü-

11 S auch § 1923 Rz 3 ff.

12 Todesbegriff u Leichnam als Element des Totenrechts, 1979, S 72 ff.

13 Abgedr und erl Soergel¹¹ nach § 12.

14 In Abweichung von der früheren Rspr BGHZ 82, 83 = NJW 1982, 443; die vorstehende Entscheidung fortführend bejaht KG Rpfleger 1984, 419 ein Antragsrecht des gesetzlichen Erben, der das Erbrecht des Testamentserben mit beachtlichen Gründen bestreitet.

15 Zutr Erman/Lieder Rz 3.

16 Eine Ausnahme galt nach AllgKriegsfolgenG § 33 Abs 2 Nr 2a (BGH WM 1971, 1441).

17 RGZ 64, 173.

18 BayObLGZ 20, 210; s auch § 2358 Rz 11; vgl aber auch Soergel/Mayer § 2229 Rz 21.

19 BayObLGZ 19, 343; vgl auch LG Freiburg BWNotZ 1979, 67; vgl nunmehr auch Oldenburg FamRZ 2010, 1277.

20 Vgl § 2353 Rz 58, § 2358 Rz 11; § 2385 Rz 1; BGH v 22. 9. 1976, IV ZR 177/74-nv, mitgeteilt bei Johannsen WM 1977, 270; s auch BGH JR 1986, 375; ausfumweitNachw Staud/Kunz Rz 59 f.

21 Sie machen das subjektive Erbrecht aus, so Dörner, in: Festschr für Ferid, 1988, S 57, 61 ff.