

## Vorwort

Darf ich Ihnen etwas verraten (da außer uns beiden niemand ein Vorwort liest, sind wir ja gewissermaßen unter uns)? Wenn ich mir anschauere, welche großartigen Autorinnen und Autoren bei der nunmehr vierten Auflage von „Die Erbgemeinschaft“ mitgeschrieben haben, erfüllt mich das mit Stolz. Lassen Sie mich Ihnen bitte „die Neuen“ im Team etwas vorstellen (in alphabetischer Reihenfolge):

Frau Kollegin **Nadine Braband** aus Leipzig ist Fachanwältin für Erbrecht und hat sich zusätzlich auf Immobilienrecht spezialisiert. Sie hat das neue Kapitel „**Immobilien**“ (§ 16, ab Seite 505) verfasst und nimmt darin die Besonderheiten von Immobilien im Zusammenhang mit einer Erbgemeinschaft in den genauen Blick.

Frau **Dr. Cathrin Krämer** ist ehemalige Rechtsanwältin und Fachanwältin für Erbrecht, nunmehr Richterin in Berlin am Landgericht. Sie hat schon vor vielen Jahren die Bedeutung des digitalen Nachlasses erkannt und ihr Wissen in zahlreichen Vorträgen geteilt. Im neuen Kapitel „**Digitaler Nachlass**“ (§ 15, ab Seite 491) betrachtet sie die besonderen Probleme der „Bits & Bytes“, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt.

Herr Kollege **Sebastian Höhmann** ist Fachanwalt für Steuerrecht und Fachanwalt für Erbrecht in Berlin. Er hat mit dieser Auflage die Kapitel „**Nachlasspflegschaft**“ (§ 14, ab Seite 481) und „**Testamentsvollstreckung**“ (§ 13, ab Seite 455) übernommen. Dabei hat er nicht lediglich Rechtsprechung und Literatur auf den aktuellen Stand gebracht, sondern den Text auch durch seine Ergänzungen aus der anwaltlichen Sichtweise näher an die Praxis herangeführt.

Herr Kollege **Dr. Konrad B. Osthold** ist Fachanwalt für Erbrecht und Notar in Pinneberg. Er hat im Jahr 2019 zum Thema „Erbgen und Haftung“ promoviert. Somit war und ist er prädestiniert, das Kapitel „**Haftung**“ (§ 6, ab Seite 161) fortan weiterzuführen, das bislang von Frau Kollegin Désirée Goertz verfasst worden ist.

Herr Kollege **Ulf Schönenberg-Wessel** ist Notar sowie Fachanwalt für Erbrecht und Fachanwalt für Sozialrecht. Aufgrund seines hervorragenden Wissens aus dieser eher seltenen Kombination zweier Fachanwaltschaften war er meine erste Wahl für das neue Kapitel „**Sozialrecht**“ (§ 24, ab Seite 781).

Frau Kollegin **Josefine Wilke** ist ausschließlich im öffentlichen Recht tätig und arbeitet in einer ebenfalls entsprechend spezialisierten renommierten Kanzlei in Potsdam. In der Praxis der im Erbrecht tätigen Anwältinnen und Anwälte tauchen immer wieder Fragen an der Schnittstelle zum oder unmittelbar aus dem öffentlichen Recht auf – manchmal sogar ohne dass man sich dessen bewusst geworden ist. Frau Kollegin Wilke hat im neuen Kapitel „**Öffentliches Recht**“ (§ 26, ab Seite 863) sowohl die Probleme als auch mögliche Lösungen beleuchtet.

Sie verstehen nun sicherlich, weshalb ich auf dieses Team stolz bin: Alle Autorinnen und Autoren – die bisherigen und die zu dieser Auflage hinzugekommenen – sind ausgewiesene Praktiker und Spezialisten in ihren jeweiligen Gebieten. Sie teilen ihr Spezialwissen mit Ihnen für Ihren praktischen Nutzen – denn wir schreiben für Sie!

Zu diesem Team gehören aber nicht allein die Autorinnen und Autoren: Ohne die Unterstützung des Verlages würde es „Die Erbgemeinschaft“ nicht geben. Namentlich Frau Kollegin Andrea Albers und Frau Marita Blaschko waren von meiner ersten Konzeptidee an bis über meine von Auflage zu Auflage hinzukommenden Ideen für weitere Kapitel stets aufgeschlossen und eine unentbehrliche Unterstützung. Sie sind es auch, die ebenso beharrlich wie geduldig dafür sorgen, dass die Manuskripte so rechtzeitig vorliegen, dass

Sie „Die Erbegemeinschaft“ nun auch zu Weihnachten verschenken könnten: Vielen herzlichen Dank für all dies – auch im Namen aller Autorinnen und Autoren!

Ihre Anmerkungen zu „Die Erbegemeinschaft“ – gleich welcher Art – erreichen uns unter [Kontakt@Die-Erbegemeinschaft.de](mailto:Kontakt@Die-Erbegemeinschaft.de).

Berlin, im November 2024

*Dr. Stephan Reißmann*

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Autorenverzeichnis .....	IX
Literaturverzeichnis .....	XI
<b>Teil 1 Einführung</b> .....	<b>1</b>
§ 1 Rechtsgeschichtliche Einführung .....	1
<i>Dr. Dietmar Kurze</i>	
§ 2 Soziologische Aspekte .....	17
<i>Dr. Dietmar Kurze</i>	
§ 3 Rechtsvergleichung .....	33
<i>Mario Filtzinger</i>	
<b>Teil 2 Allgemeiner Teil</b> .....	<b>63</b>
§ 4 Rechte und Pflichten der Miterben untereinander und gegenüber Dritten .....	63
<i>Dr. Stephan Reißmann</i>	
§ 5 Vor- und Nacherben in der Erbengemeinschaft .....	133
<i>Jana Schulte</i>	
§ 6 Haftung .....	161
<i>Dr. Konrad B. Osthold, MLE./Désirée Goertz, LL.M.</i>	
§ 7 Ausgleichung .....	241
<i>Nina Lenz-Brendel</i>	
§ 8 Beendigung der Erbengemeinschaft .....	275
<i>Dr. Stephan Reißmann</i>	
§ 9 Erbscheinsverfahren, Prozessführung und Zwangsvollstreckung .....	307
<i>Dr. Stephan Reißmann</i>	
§ 10 Gestaltungsmöglichkeiten .....	339
<i>Dr. Dietmar Kurze</i>	
<b>Teil 3 Besonderer Teil</b> .....	<b>403</b>
§ 11 Der Minderjährige in der Erbengemeinschaft .....	403
<i>Dr. Gudrun Möller</i>	
§ 12 Betreuung und Vorsorgevollmacht .....	435
<i>Dr. Dietmar Kurze</i>	
§ 13 Testamentsvollstreckung .....	455
<i>Sebastian Höhmann</i>	

---

§ 14	Nachlasspflegschaft .....	481
	<i>Sebastian Höbmann</i>	
§ 15	Der digitale Nachlass in der Erbengemeinschaft .....	491
	<i>Dr. Cathrin Krämer</i>	
§ 16	Immobilien in der Erbengemeinschaft .....	505
	<i>Nadine Braband</i>	
§ 17	Landwirtschaftserbrecht .....	553
	<i>Monika Hähn</i>	
§ 18	Gesellschaftsrecht .....	591
	<i>Matthias Unger</i>	
§ 19	Arbeitsrecht .....	667
	<i>Michael Maaß</i>	
§ 20	Mietrecht .....	689
	<i>Michael Maaß</i>	
§ 21	Versicherungsrecht .....	725
	<i>Dr. Hubert W. van Bühren</i>	
§ 22	Bestattungsrecht .....	739
	<i>Dr. Dietmar Kurze/Désirée Goertz, LL.M.</i>	
§ 23	Steuerrecht .....	755
	<i>Matthias Unger</i>	
§ 24	Sozialrecht .....	781
	<i>Ulf Schönenberg-Wessel</i>	
§ 25	Strafrecht .....	799
	<i>Dr. Carsten Tiemer</i>	
§ 26	Öffentliches Recht .....	863
	<i>Josefine Wilke</i>	
§ 27	Auslandsberührung .....	877
	<i>Mario Filtzinger</i>	
§ 28	Länderkurzübersichten .....	937
	<i>Mario Filtzinger</i>	
§ 29	Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare .....	983
	<i>Dr. Stephan Reißmann</i>	
	Stichwortverzeichnis .....	1005

## Autorenverzeichnis

*Nadine Braband*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Leipzig

*Dr. Hubert W. van Bühren*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Versicherungsrecht, Köln

*Dr. Cathrin Krämer*

Richterin, Berlin

*Mario Filtzinger*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Groß-Gerau

*Monika B. Hähn*

Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachanwältin für Familienrecht, Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht, Lübbecke

*Sebastian Höhmann*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT), Berlin

*Dr. Dietmar Kurze*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Berlin

*Nina Lenz-Brendel*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Wirtschaftsmediatorin, Mannheim

*Michael Maaß*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Mediator, Berlin

*Dr. Gudrun Möller*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht, Münster

*Dr. Konrad B. Osthold, MLE.*

Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht, zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT), Pinneberg

*Dr. Stephan Reißmann*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Berlin

*Ulf Schönenberg-Wessel*

Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Sozialrecht, Kiel

*Jana Schulte*

Rechtsanwältin, Potsdam

*Dr. Carsten Tiemer*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin

*Matthias Unger*

Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin

*Josefine Wilke*

Rechtsanwältin, Potsdam



## Allgemeines Literaturverzeichnis

*Ausführliche Literaturhinweise befinden sich vor den jeweiligen Kapiteln.*

### A. Kommentare

*Altmeppen*, GmbHG, 11. Auflage 2023

*Anders/Gehle*, Zivilprozessordnung: ZPO, 82. Auflage 2024

*Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung: InsO, Kommentar, 4. Auflage 2018

*Bamberger/Roth/Haul/Poseck* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: §§ 1922–2385, CISG, IPR, EGBGB, 5. Auflage 2023

*Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, hrsg. v. Hau/Poseck, (zit. BeckOK BGB/Bearbeiter)

*Beck'scher Online Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (zit. BeckOGK/Bearbeiter)

*Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit, 13. Auflage 2022

*Burandt/Rojahn*, Erbrecht, Kommentar, 4. Auflage 2022

*Damrau/Tanck*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2021

*Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 5. Auflage 2023

*Daragan/Halaczinsky/Riedel*, Praxiskommentar ErbStG und BewG, 4. Auflage 2023

*Demharter*, Grundbuchordnung, 33. Auflage 2023

*Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch, 5. Auflage 2024

*Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 17. Auflage 2023

*Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Auflage 2024

*Hensler/Strohn*, Gesellschaftsrecht: GesR, 6. Auflage 2024

*Jürgens*, Betreuungsrecht, 7. Auflage 2023

*Kroiß/Horn* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Band 5: Erbrecht, 6. Auflage 2021 (zit. NK-BGB/Bearbeiter)

*Kurze*, Vorsorgerecht, Kommentar, 2. Auflage 2023

*Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 4. Auflage 2014 (zit. MüKo-AktG/Bearbeiter)

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

Band 10: Familienrecht II §§ 1589–1921, 9. Auflage 2024;

Band 11: Erbrecht §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 9. Auflage 2022

(zit. MüKo/Bearbeiter)

*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 5. Auflage 2021 ff. (zit. MüKo-HGB/Bearbeiter)

*Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Auflage 2022 (zit. MüKo-ZPO/Bearbeiter)

- Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Band Erbrecht, 1. und 2. Auflage 1902, 3. Auflage 1908
- RGRK*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 5. Bd. Erbrecht, 12. Auflage 1975–1999
- Soergel* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch
- Band 32: Erbrecht 1: §§ 1922–2146, 14. Auflage 2021
- Band 33: Erbrecht 2: §§ 2147–2385, 14. Auflage 2021
- Staub*, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 6. Auflage 2021 ff.
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5: Erbrecht, §§ 2229–2264 BGB, Neubearbeitung 2022
- Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2014 ff.
- Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung: ZPO, FamFG Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, VDuG, EU-Zivilverfahrensrecht, 45. Auflage 2024
- Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, Loseblatt, 68. Auflage 2024
- Zimmermann*, Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze, 2. Auflage 2017
- Zöller*, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024

#### **B. Lehr- und Handbücher, Monographien**

- Ann*, Die Erbengemeinschaft (Habil.-Schr.), 2001
- Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast, 5. Auflage 2023
- Beck'sches Notarhandbuch*, hrsg. von Heckschen/Herrler/Münch, 8. Auflage 2024 (zit. BeckNotar-HdB/Bearbeiter, § Rn)
- Bengel/Reimann/Holtz/Röhl*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Auflage 2023
- Bonefeld/Wachter*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 4. Auflage 2024
- Bonefeld/Kroiß/Tanck*, Der Erbprozess, 6. Auflage 2023
- Brox/Walker*, Erbrecht, 28. Auflage 2018
- Ebenroth*, Erbrecht, 1992
- Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, 3. Auflage 2019
- Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Auflage 2020
- Hausmann/Hohloch*, Handbuch des Erbrechts, 2. Auflage 2010
- Herzog*, Die Erbenhaftung, 2. Auflage 2024
- Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 2018
- Kerscher/Krug/Spanke*, Das erbrechtliche Mandat, 6. Auflage 2019
- Kipp/Coing*, Erbrecht. Ein Lehrbuch, 14. Auflage 1990
- Krug/Daragan/Bernauer*, Die Immobilie im Erbrecht, 2. Auflage 2023
- Kurze/Goertz*, Bestattungsrecht in der Praxis, 2. Auflage 2016
- Lange*, Erbrecht, 3. Auflage 2022

- Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Auflage 2001  
*Mayer/Bonefeld/Tanck*, Testamentvollstreckung, 5. Auflage 2022  
*Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Auflage 2020  
*Reimann/Bengel/Dietz/Sammet*, Testament und Erbvertrag, 8. Auflage 2023  
*Riedel*, Immobilien in der Erbrechtspraxis, 2018  
*Riedel*, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, 2. Auflage 2018  
*Rott/Kornau/Zimmermann*, Praxishandbuch Testamentvollstreckung, 3. Auflage 2022  
*Schellhammer*, Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Auflage 2021  
*Scherer* (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Auflage 2024 (zit. MAH ErbR/  
Bearbeiter)  
*Schiffer*, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Auflage 2016  
*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Handbuch, 16. Auflage 2020  
*Schulz*, Handbuch Nachlasspflegschaft, 2. Auflage 2017  
*Süß*, Erbrecht in Europa, 5. Auflage 2025  
*Süß/Ring*, Eherecht in Europa, 4. Auflage 2021  
*Zimmermann*, Die Testamentvollstreckung, 6. Auflage 2023

### C. Formularbücher

- Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, hrsg. v. Gebele/  
Scholz, 14. Auflage 2022  
*Beck'sches Formularbuch Erbrecht*, hrsg. v. Keim/Lehmann, 5. Auflage 2023  
*Horn*, Anwaltformulare Vorsorgevollmachten, 2. Auflage 2023  
*Kroiß*, Anwaltformulare Nachlassgerichtliches Verfahren, 2. Auflage 2023  
*Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltformulare Erbrecht, 7. Auflage 2023  
*Plottek/Weiten*, Anwaltformulare Stiftungsrecht, 2023  
*Tanck/Krug/Süß*, Anwaltformulare Testamente, 6. Auflage 2020  
*Uricher*, Erbrecht, 5. Auflage 2023



## Teil 1 Einführung

### § 1 Rechtsgeschichtliche Einführung

Dr. Dietmar Kurze

Übersicht:	Rdn	Rdn	
A. Einleitung .....	1	F. Bürgerliches Gesetzbuch .....	18
B. Germanische und fränkische Zeit .....	2	G. Drittes Reich .....	23
C. Mittelalter .....	6	H. DDR .....	28
D. Frühe Neuzeit .....	12	I. Bundesrepublik Deutschland .....	33
E. Rezeption .....	15	J. Ausblick .....	35

#### Literatur

*Alsdorf*, Untersuchungen zur Rechtsgestalt und Teilung deutscher Ganerbenburgen, 1980; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001; *Bader/Dilcher*, Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Stadt – Bürger und Bauer im Alten Europa, 1999; *Bartholomeyczik*, Die Miterbengemeinschaft in künftigem Recht, Akademie für Deutsches Recht, 1941; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage 1906; *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1: Frühzeit und Mittelalter, 1954; *Damrau*, Die Abschtung, ZEV 1996, 361; *Eberl-Borges*, Reformvorschläge zum Recht der Erbauseinandersetzung, ZErB 2010, 255–262; *Erlor/Stammeler* (Hrsg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, 1971; *Flaig*, Tacitus, Der neue Pauly, Enzyklopädie der Antike, Band 11, 2001; *Fleischer*, Familiengesellschaften und Familienverfassungen: Eine historisch-vergleichende Standortbestimmung, NZG 2017, 1201–1210; *Fries*, Die erbrechtliche Behandlung von Ausbildungs- und Studienkosten seit dem gemeinen Recht und die Miterbenausgleichung im geltenden Recht, 1993; *Frieser* Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung im Erbrecht – Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, ErbR 2012, 98–112; *Gergen*, Die gesetzliche Erbfolge einschließlich des gesetzlichen Erbrechts des Staates und seine Bezüge zum Römischen Recht, ZErB 2008, 371–374; *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, Nachdruck der von Heusler und Hübner besorgten Auflage von 1899 durch Hartwig Freiherrn von Meusebach, Band 1, 1956; *Hagmaier*, Erbauseinandersetzung durch Abschtung, 2006; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 2. Auflage 2002; *Heilfron*, Deutsche Rechtsgeschichte, 1914; *Heusler*, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885; *Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1930; *Hoffmann*, Die geschichtliche Entwicklung der Erbengemeinschaft, JURA 1995, 125 f.; *Horn*, Materialienkommentar Erbrecht, 2020; *Kaser*, Römisches Privatrecht, 16. Auflage 1992; *Köbler*, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, 1997; *Kollmeyer*, Ausgleich von Pflegeleistungen unter Abkömmlingen, NJW 2017, 1849; *Kuchinke*, Heinrich Lange, NJW 1978, 309; *Kurze*, Sozialistische Institutionen und Betriebe als Verklage im DDR-Zivilprozess, 2005; *Lange*, Erbfähigkeit und Erbwürdigkeit, Akademie für Deutsches Recht, 4. Denkschrift des Erbrechtausschusses, 1940; *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des Völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 25 f. – zitiert nach: *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Band 3 (seit 1650), 1989; *Mugdán*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899; *Neitmann*, Die Hohenzollerntestamente, in: Beck/Neitmann (Hrsg.), Brandenburgische Landesgeschichte und Archivwissenschaft – Festschrift für Lieselott Enders, 1997; *Preussische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), Deutsches Rechtswörterbuch, Band 3, Weimar 1935–1938; *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015; *Schneider*, Brüdergemeine und Schwurfreundschaft, 1964; *R. Schröder*, „... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geliebt!“: Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich, 1988; *Schröder/Künßberg*, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage 1932; *Schubert* (Hrsg.), Volksgesetzbuch, Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, „Entwurf des Volksgesetzbuches. Vorgelegt von J. W. Hedemann, H. Lehmann und W. Siebert, 1942“, 1988; *Schulz*, Zur Rechtsgeschichte der germanischen Brüdergemeine. Ein Beitrag aus dem altnorwegischen und dem altisländischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung, 1936; *Selb*, „Erbrecht“, in: Jahrbuch für Antike und Christentum, 1971, Nachträge zum Reallexikon für Antike und Christentum, S. 170–184; *Siegel*, Mediation in Erbstreitigkeiten, 2010; *Simmacher*, Die Fuggertestamente des 16. Jahrhunderts, 1960; *Tacitus*, Germania, übers. v. Perl, in: Griechische und lateinische Quellen zur

Frühgeschichte Mitteleuropas bis zur Mitte des 1. Jahrtausends u.Z., hrsg. v. Herrmann, Band 37, Teil 2, 1990; *Wesener*, Die Entwicklung des Ehegattenerbrechts vom römischen Recht bis zum geltenden Recht, 2015; *Wolf*, Vom alten zum neuen Privatrecht. Das Konzept der normgestützten Kollektivierung in den zivilistischen Arbeiten Heinrich Langes (1900–1977) (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 21), 1998.

## A. Einleitung

- 1 Eine Erbgemeinschaft wurde im Mittelalter auch als „Gemeinderschaft“ bezeichnet, deren Mitglieder als „Gemeinder“. Wollten die Gemeinder ein Rechtsgeschäft vollziehen, mussten sie ihre Hände zusammenschlagen und so mit verbundenen Händen, mit gesamter Hand verfügen.<sup>1</sup> Auf diese Form des Handelns geht der Name einer solchen Personengemeinschaft im Erbrecht zurück. So tief in der Geschichte sind Grundsätze unseres Erbrechtes und insbesondere des Rechtes der Erbgemeinschaft verwurzelt. Die Kenntnis dieser Wurzeln und ihrer Entwicklung bis heute mag zu einem umfassenderen, tieferen Verständnis führen.

## B. Germanische und fränkische Zeit

- 2 *Tacitus* war ein römischer Chronist in der Zeit Kaiser Trajans, etwa 100 Jahre nach Christus. Sein bekanntestes Werk heißt „Germania“. Obwohl Tacitus wahrscheinlich nie selbst in Germanien war, ist diese Schilderung für unser Bild vom germanischen Recht grundlegend.<sup>2</sup> Tacitus berichtete über die Germanen: „Doch als Erben und Rechtsnachfolger hat jeder nur die eigenen Söhne, und es gibt auch kein Testament.“<sup>3</sup> Diese Feststellung gilt als gesichert. Die neuere Forschung ergänzt sie nur für den besonderen Fall, dass es bei Erblassern ohne Kinder ein gewisses Bestimmungsrecht gegeben haben mag (der sog. gekorene Erbe). Unter Zustimmung einer öffentlichen Versammlung wurde der gekorene Erbe an Kindes statt angenommen. Es trat sonst ein Heimfallrecht an die Sippe oder den später an deren Stelle tretenden Staat ein.<sup>4</sup>
- 3 Grundsätzlich erbten die Kinder, der Familienverband, die Sippe. Eine Sondererfolge gab es für bestimmtes Gut: Dies waren die „Heergewäte“ beim Mann – also etwa die Kleider, Waffen und das Streitross – und die „Gerade“ bei der Frau – also z.B. Kleidung und Schmuck. Diese Sondergüter fielen jeweils an den nächsten männlichen bzw. weiblichen Verwandten (meist an den ältesten Sohn oder die Tochter), wenn sie nicht als Totengabe mit in das Grab gelegt worden waren.<sup>5</sup>

Für eine Art „Erbgemeinschaft“ („Gemeinderschaft“) blieb das im Sondereigentum des Hausherrn befindliche unbewegliche und sonstige bewegliche Gut. Unbewegliches Gut war aber teilweise noch Eigentum der Sippe insgesamt.<sup>6</sup> Über sein Gut konnte der Hausherr

1 *Hübner*, S. 154; v. *Lübtow*, S. 796.

2 Vgl. zu Leben und Werk von Tacitus: *Flaig*, in: Der neue Pauly, Spalten 1209–1214.

3 *Tacitus*, Germania c. 20 (Übersetzung von *Perl*), S. 100 f.; vgl. *Conrad*, S. 61; Schröder/*Künßberg*, S. 78; *Hagemann*, HRG (1971), Spalte 974.

4 *Conrad*, S. 61; Schröder/*Künßberg*, S. 357; *Brunner*, S. 90.

5 *Conrad*, S. 61; Schröder/*Künßberg*, S. 77 f.; *Bader/Dilcher*, S. 99.

6 *Conrad*, S. 59; *Hübner*, S. 734 f.

auch zu Lebzeiten nicht frei verfügen. Er war durch Anwartschaftsrecht der Hausgenossen – insbesondere der Söhne – in seiner Verfügungsmacht beschränkt und bedurfte im Einzelfall deren Zustimmung<sup>7</sup> – wenn man so will, ein verschärfter § 2287 BGB.

Verstarb der Hausherr, nahmen die Hausgenossen sein Gut als Gesamthänder.<sup>8</sup> Die Töchter waren ausgeschlossen. Die Söhne bewirtschafteten den Hof oft gemeinschaftlich.<sup>9</sup> Eine ungeteilte Gemeinschaft wurde auch „Brüdergemeinschaft“ genannt.<sup>10</sup> Ähnliche „Hausgenossenschaften“ oder „Gemeinderschaften“ sind in den Volksrechten der Langobarden, Alemannen, Bayern und Franken bezeugt und Sachsen, Friesen, Angelsachsen, Ostgermanen und Skandinavier kannten sie ebenfalls.<sup>11</sup>

Rechtshistoriker haben verschiedene Ansichten über die Stellung des ältesten Bruders vertreten. Sicher ist, dass sie herausgehoben war. Ob der älteste Bruder aber „nur“ der „primus inter pares“ war oder im Sinne eines „Ältestenrechts“ fast eine „Individualsukzession“ beanspruchen konnte, bei welchem mit der Teilung die jüngeren Brüder gleichsam „Grundholden“ des ältesten wurden, also eine Frühform der Grundherrschaft entstand, war unsicher.<sup>12</sup> 4

*Conrad* gibt eine schlüssige Darstellung: Nach ihm nahm der älteste Bruder den Sitz des Hausherrn ein und übte die Hausgewalt aus. Eine Auseinandersetzung erfolgte zu gleichen Teilen. Der älteste Sohn hatte auch hier wieder ein Vorrecht: Ihm konnte der Hof zugeteilt werden.<sup>13</sup>

Auch im fränkischen Königtum lebten der Gedanke der Samtherrschaft und damit die Idee des Gesamtreiches weiter.<sup>14</sup> Zwar konnten „Reich und Schatz“ unter mehreren Söhnen geteilt werden. Starb ein Teilkönig, wurden aber seine Söhne wiederholt von der Erbfolge ausgeschlossen, so dass das Reich wieder vereint werden konnte.<sup>15</sup> 5

## C. Mittelalter

Das Verwandtenerbrecht blieb auch nach der fränkischen Zeit bestehen, selbst wenn die alten Bindungen der Hausgemeinschaft und der Sippe zurückgingen.<sup>16</sup> Das germanische Recht kannte keine gewillkürte Erbfolge. Eine „Vergabung von Todes wegen“ wurde erst nach und nach möglich, zunächst nur zugunsten der Kirche.<sup>17</sup> Verfügungen von Todes wegen wurden in der Form des „Klerikertestaments“ und in den Städten deutlich häufiger, 6

7 *Conrad*, S. 59; mit Hinweisen zu lokalen Unterschieden: *Heusler*, S. 228.

8 *Hübner* spricht zunächst weniger von Erbrecht sondern einem „gemeinschaftlichem Nachrücken in das Gesamtgut“, vgl. *Hübner*, S. 735.

9 Schröder/*Künßberg*, S. 358.

10 *Conrad*, S. 59; *Schneider*, S. 111 f.

11 *Hübner*, S. 155.

12 Einem Einblick in die Diskussion liefern *Schulz*, S. 264–272, und *Conrad*, S. 60, mit Nachweisen, die für ein modifiziertes Bild des germanischen Erbrechts, insbesondere für eine noch stärkere Stellung des ältesten Sohnes sprechen.

13 *Conrad*, S. 59; anders: *Brunner*, S. 104 f.

14 *Schneider*, S. 82.

15 *Grass*, HRG (1971), Spalten 962 f.

16 *Conrad*, S. 216 f.

17 *Conrad*, S. 218 ff.; vgl. auch *Selb*, S. 170, 181 f.

auch wenn es beim Grundsatz des Verwandtenerbrechts blieb („Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben.“).<sup>18</sup>

Für bestimmte Güter galt eine Sondererbfolge, die eine Zersplitterung verhindern sollte: Es gab die „Stammgüter“ des hohen Adels, die grundsätzlich alleine auf den nächsten männlichen Verwandten übergingen.<sup>19</sup> Die „Familienfideikomisse“ waren ähnliche Güter des niederen Adels.<sup>20</sup> Es sind wichtige „Hausfideikomisse“ überliefert, welche die Stammgüter adliger Häuser zusammenhielten.<sup>21</sup>

Bei den Bauerngütern wurde – zumindest partiell – die Realteilung durch das Anerbenrecht verdrängt – eine „Keimzelle“ des Höferechts. Der älteste oder jüngste Erbe konnte zum Hoferben („Anerben“) berufen und die anderen konnten abgefunden werden. Eine Erbengemeinschaft wurde durch diese Sondererfolgen ausgeschlossen.<sup>22</sup> Noch in der heute gültigen Höfeordnung heißt es entsprechend unter § 6: „*ist als Hoferbe berufen: ... 3. in dritter Linie der älteste Miterbe oder, wenn in der Gegend Jüngstenrecht Brauch ist, der jüngste von ihnen*“.

Für überlebende Ehegatten gab es schon Sondererfolgen in bestimmte Gegenstände des Haushaltes, wie es sich bis heute noch im gesetzlichen Voraus erhalten hat, § 1932 BGB.<sup>23</sup> Insgesamt war die Einordnung eines Erbrechts des Ehegatten neben den Abkömmlingen nicht immer einfach, da auf Letzteren der Fokus lag („Das Gut rinnt wie das Blut“).<sup>24</sup>

Im Übrigen entstanden regelmäßig Erbengemeinschaften. Sie wurden weiter „Brüdergemeinschaften“ oder „Gemeinderschaften“ genannt.<sup>25</sup>

- 7 Für die Erbengemeinschaften galt das Prinzip der „gesamten Hand“, der Gesamthandschaft, auf das in der Einleitung schon eingegangen wurde. Es gab Gesamthandvermögen, über das nur gemeinsam verfügt werden konnte. Der Gesamthänder konnte allein weder über das Ganze noch über einen Teil verfügen. Als Gläubiger durfte die Leistung nur an die Gemeinschaft verlangt werden, Schuldner konnten mit befreiender Wirkung nur an alle leisten.<sup>26</sup>
- 8 Im Lehnswesen war der Herr zunächst nicht verpflichtet, das Lehen im Erbfall zu teilen, so dass nur einer von mehreren Erben die Lehnserneuerung beanspruchen konnte. Ab dem 14. Jahrhundert war die Lehnserneuerung weitgehend zu einem Anspruch geworden, wobei es auch zu Beleihungen zur gesamten Hand und späteren Teilungen kommen konnte.<sup>27</sup>

Für den Übergang der Kurwürde enthielt die Goldene Bulle Regelungen, die auch von den Kurfürsten beachtet wurden. So bestimmten die Hohenzollern in Testamenten aus dem 15. Jahrhundert, dass nur *ein* Sohn sich Kurfürst und Erzkämmerer des Heiligen Römischen

18 Conrad, S. 556, 559 f.

19 Conrad, S. 558 f.

20 Conrad, S. 558 f.; Hübner, S. 803 f.

21 Schröder/Künßberg, S. 933 f.

22 Conrad, S. 558 f.; Hübner, S. 804 ff.

23 Vgl. mit Verweisen auf den Sachsenspiegel und das Preußische Allgemeine Landrecht: Krug, ErbR 2023, 767; mit Bezügen zum österreichischen Recht: Wesener, S. 27.

24 Krug, ErbR 2024, 268.

25 Buchda, HRG (1971), Spalte 1588; Schneider, S. 81 ff.

26 Buchda, HRG (1971), Spalte 1589; Hübner, S. 154 ff., 749; Heusler, S. 236 ff.

27 Schröder/Künßberg, S. 444 ff.

Reiches nennen dürfe.<sup>28</sup> Die Fürstenhäuser Württemberg, Lippe, Hanau und Baden führten die Primogeniturfolge ein (Erbfolge des Erstgeborenen). In Österreich etwa blieb aber die „Teilungsunsitte“ zunächst bestehen. Auch die Frage, ob die Töchter oder Schwestern des letzten männlichen Erben ein Recht auf die Nachfolge hätten, führte zu Erbfolgekriegen. Bekannt sind die – weitgehend erfolgreichen – Anstrengungen, die noch Maria Theresia zur Behauptung ihres Erbes anstellen musste.<sup>29</sup>

Den bäuerlichen Gemeinderschaften stand meist das älteste Mitglied als Vertreter vor.<sup>30</sup> Die vollständige Auflösung der Gemeinderschaft etwa durch Abfindung Einzelner war weitgehend erlaubt.<sup>31</sup>

Ein Verfahren der Aufteilung enthält den bekannten Rechtsspruch: „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt.“<sup>32</sup> *Jacob Grimm* hielt ihn für nachvollziehbar, „weil teilen dem reiferen Verstande zusagt, wählen der Unschuld der Jugend“.<sup>33</sup> Daneben waren die Zuordnung durch das Los und die Auszahlung von Erben durch einen anderen, weniger der Verkauf einer Sache zur Teilung üblich.<sup>34</sup>

Ritterliche Gemeinderschaften wurden auch als „Ganerbschaften“ bezeichnet, der „Ganerbe“ war ein „Miterbe“.<sup>35</sup> Für die Ritterschaft stand neben der Erhaltung des Gutes auch das Ziel im Vordergrund, die an das Gut gebundenen Standesvorrechte zu sichern.<sup>36</sup> Durch einen Ganerbschaftsvertrag sollte eine „ewige“ Gesamthandsgemeinschaft errichtet werden. Wurde die gemeinsame Haushalts- und Wirtschaftsführung den Ganerben unangenehm, wurden die Nutzungen und mitunter auch die Substanz geteilt.<sup>37</sup> Noch heute sind sog. „Ganerbenburgen“ bekannt. Den Familienteilen wurden einzelne Türme, Häuser oder Bereiche einer Burg zugewiesen. Beispiele sind die Burg Eltz im Moseltal, Burg Münzenberg in der Wetterau und die Schwarzburg in Thüringen.<sup>38</sup> Durch diese Teilungsbestrebungen nahm die ritterliche Gesamthandsgemeinschaft schon früh Elemente der Bruchteilsgemeinschaft auf. Es war die Möglichkeit des Verkaufs von (ideellen) Anteilen gegeben. Als Gegenmaßnahmen wurden in die Ganerbschaftsverträge Veräußerungsverbote, Zustimmungsvorbehalte und Vorkaufsrechte der anderen Ganerben aufgenommen. Eine Kündigungsmöglichkeit der Gemeinschaft blieb dem Institut im Gegensatz zu bäuerlichen Gemeinderschaften fremd.<sup>39</sup>

In den Städten des Mittelalters war den kaufmännischen Bedürfnissen zu entsprechen. Eine starre Bindung des Vermögens mit Anwartschafts- und Zustimmungsrechten der Sippe war hinderlich. Diese Rechte wurden daher „beschnitten und meist ganz gekappt“.<sup>40</sup> In den

28 *Neitmann*, S. 109–126, 112.

29 *Grass*, HRG (1971), Spalte 963.

30 *Hübner*, S. 156.

31 *Hübner*, S. 156 f.

32 *Hübner*, S. 749 f., mit Verweis auf den Sachsenspiegel; vgl. *Schröder/Künßberg*, S. 823, ähnlich auch schon im § 170 des Codex Hammurabi.

33 *Grimm*, Rechtsalterthümer, S. 60; vgl. auch *Hübner*, S. 750.

34 *Hübner*, S. 750; *Schröder/Künßberg*, S. 823; *Ogris*, HRG (1971), Spalte 954.

35 Deutsches Rechtswörterbuch (1935–1938), Spalte 1150 f.

36 *Ogris*, HRG (1971), Spalte 1381.

37 *Ogris*, HRG (1971), Spalten 1381 f.

38 *Hübner*, S. 157 m.w.N.; *Heusler*, S. 231 f.; url: <http://de.wikipedia.org/wiki/Ganerbschaft> und [www.burg-eltz.de](http://www.burg-eltz.de); umfassend auch zu den Ganerbenburgen, die durch einen anderen Anlass als einen Erbfall durch Vertrag entstanden: *Alsdorf*, Ganerbenburgen (1980).

39 *Ogris*, HRG (1971), Spalte 1382.

40 *Bader/Dilcher*, S. 665.

Städten begann auch die Entwicklung, nach der nicht mehr verschiedene Erbfolgen in einzelne Nachlassgegenstände existierten (Grundbesitz, Heergewäte, Gerade etc.). Es kam zur grundsätzlich einheitlichen Vererbung des ganzen Nachlasses.<sup>41</sup>

#### D. Frühe Neuzeit

- 12 Die Zeit des wachsenden Handels und der Ausbildung reicher, städtischer Handelsfamilien erforderte auch angepasste rechtliche Strukturen.<sup>42</sup> Es bildeten sich Gesellschaften, beispielsweise die auf Verträgen beruhende der Fugger.

Es ist umstritten, ob die offene Handelsgesellschaft der Fugger in ihrer Ursprungsform mit der fortgesetzten Erbengemeinschaft identisch ist. Die OHG wäre nach der befürwortenden Ansicht eine durch mehrere Generationen hindurch fortgesetzte Ganerbschaft gewesen.

Dagegen spricht zum einen der Erbfall der Mutter Barbara, nach dem die fortgesetzte Erbengemeinschaft **neben** der ausschließlich von den Brüdern geführten Handelsgesellschaft bestand. Zum anderen ergeben die unter den Brüdern geschlossenen Verträge für die Regelung der Geschäftstätigkeit insbesondere hinsichtlich Vertretung und Haftung ein anderes Bild. Die Gesellschaft orientierte sich an dem in Italien entwickelten Institut der „**compagnia**“. Die „compagnia“ war eine Handelsgesellschaftsform, die sich aus der Familiengesellschaft gelöst hatte, deren genauer Ursprung aber unsicher ist.<sup>43</sup>

Schon mit dem im Jahre 1502 zwischen den drei Brüdern geschlossenen Gesellschaftsvertrag wurden detaillierte Regelungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbart. Die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft sollte durch einen Erbfall und die sich damit unter Umständen ergebende Beteiligung einer Mehrheit von Erben nicht beeinträchtigt werden. Die erbberechtigten Laien-Söhne traten als Gesellschafter ein, hafteten auch unbeschränkt, blieben aber von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen. Der überlebende der drei Brüder wurde alleiniger Geschäftsführer.<sup>44</sup>

Eng abgestimmt mit den Gesellschaftsverträgen wurden die Testamente der Familienmitglieder. In ihnen wurden die Verträge und Testamente von Vorfahren ausgiebig zitiert. Die Einhaltung und der Vollzug der Regelungen wurden den Erben zur Auflage gemacht. Die enge Verzahnung hielt das Familienvermögen trotz der Erbgänge zusammen.<sup>45</sup>

- 13 Im 16. Jahrhundert entstanden Fideikommissbestimmungen. In umfangreichen „Familienverträgen“ wurden erb- und gesellschaftsrechtliche Regelungen zusammengefasst, um das Vermögen und damit die Machtfülle der Fugger gebündelt zu erhalten. Testamente flankierten die Fideikommissbestimmungen.<sup>46</sup> In anderen (besonders italienischen) Familien wurde ähnlich vorgegangen, um die Handelsgeschäfte besser flächenmäßig auszudehnen, über Generationen zusammenzuhalten und auch das Risiko zu begrenzen.<sup>47</sup> Durch Hausgesetze wurden zudem schon seit dem 14. Jahrhundert familien- und erbrechtliche Regelungen

41 Hagemann, HRG (1971), Spalte 973.

42 Vgl. auch schon zur Entwicklung in den Städten des Mittelalters: Bader/Dilcher, S. 503 f.

43 Auch zum Meinungsstand: Simnacher, S. 62–68; vgl. zudem Fleischer, NZG 2017, 1201.

44 Simnacher, S. 65.

45 Simnacher, S. 65 f.

46 Simnacher, S. 68 ff.

47 Vgl. ausführlich: Fleischer, NZG 2017, 1201, 1203.

außerhalb der bürgerlichen Normen getroffen, etwa bei den Hohenzollern und den Habsburgern.<sup>48</sup>

Die wachsende wirtschaftliche Dynamik in der deutschen frühen Neuzeit beeinflusste so auch das Erbrecht. Die zum Vermögensaufbau notwendige Kontinuität über Erbfälle hinaus erforderte Anpassungen beim Recht der Erbgemeinschaft. Wie am Beispiel der Fugger gezeigt werden konnte, ging ein Weg hin zur Ausformung von Gesellschaften, um einen Vermögensbestand vom Nachlass zu trennen. Diese waren noch eng an die Familie gebunden und ähnelten Ganerbergemeinschaften. Da das Erbrecht der Familienmitglieder nicht vollständig ausgeschlossen werden konnte, mussten die gesellschaftsrechtlichen Verträge genau mit den Testamenten abgestimmt und durch diese gestützt werden. Daran hat sich bis heute nichts geändert: Die Vermögensnachfolge muss bei unternehmerisch gebundenen Vermögen besonders sorgfältig abgestimmt werden. Insbesondere bei der Nachfolge von Erbgemeinschaften kann es sonst für Unternehmen zu existenzbedrohenden Situationen kommen.

Ein „erbrechtliches Eigenleben“ führte weitgehend die bäuerliche Bevölkerung.<sup>49</sup> In den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts wurden sie vielfach nicht beachtet. Die Erbfolge wurde stattdessen oft durch Verträge geregelt. Höfe blieben nach alter Sitte zugunsten eines Kindes meist ungeteilt. Die anderen Kinder gingen mit einem geringen Abfindungsgeld oft leer aus, „zumal sie auf dessen Auszahlung nicht selten Jahre, ja Jahrzehnte lang warten“ mussten.<sup>50</sup>

14

## E. Rezeption

Rezeption meint in unserem Zusammenhang die Übernahme des antiken römischen Rechts im mittelalterlich-neuzeitlichen Europa.<sup>51</sup> Wenn vom „römischen Recht“ gesprochen wird, ist dies selbstverständlich eine erhebliche Verkürzung. Es wird auf eine mehrere Jahrhunderte umfassende Periode voller Entwicklungen zurückgeblickt. Den Höhepunkt erreichten die „genialen Schöpfungen der Juristen“<sup>52</sup> im Zeitalter der „klassischen Jurisprudenz“, also in den ersten zweieinhalb Jahrhunderten nach Christi Geburt. In dem Sammelwerk „Corpus Iuris Civilis“ des Kaisers Justinian aus den Jahren 529 und 534 wurden als „Digesten“ (auch: „Pandekten“) und „Institutionen“ wesentliche Elemente aus der Rechtsliteratur des klassischen Zeitalters im ursprünglichen Wortlaut festgehalten und die Gesetze des Justinians (in griechischer Sprache) hinzugefügt.<sup>53</sup>

15

Auf das Corpus Iuris Civilis – kommentiert von den Glossatoren des 11. Jahrhunderts und den Postglossatoren des 14. und 15. Jahrhunderts – griffen schon während des gesamten Mittelalters Richter und Rechtsgelehrte zurück. Mit der sog. „Rezeption“ gelangte das römische Recht im 15. und 16. Jahrhundert verstärkt nach Deutschland. Es wurde als „gemeines Recht“ bezeichnet, im Gegensatz zu den deutschen, zersplitterten Partikularrechten.<sup>54</sup>

48 *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1205.

49 *Bader/Dilcher*, S. 241.

50 *Bader/Dilcher*, S. 240 f.

51 *Köbler*, S. 503 f.

52 *Kaser*, S. 1.

53 *Kaser*, S. 6.

54 *Kaser*, S. 8.

Das römisch-gemeine Recht wurde in den Kodifikationen des bürgerlichen Rechts an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert aufgenommen, etwa im Allgemeinen Landrecht (Preußen, 1794).<sup>55</sup> Über Vorschriften im Preußischen Allgemeinen Landrecht, etwa zur Auseinandersetzung notfalls durch Versteigerung und Erlösverteilung,<sup>56</sup> haben sich römischrechtliche Einflüsse dadurch bis in die heute geltenden Regeln des BGB gehalten. Die sog. „historische Schule“ unter ihrem Begründer Friedrich Carl von Savigny gab seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts dem römischen Recht starken Auftrieb.<sup>57</sup> Wesentlich beeinflusst wurde von diesen „Pandektisten“ auch die Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches.

- 16 Im römischen Recht galt der Grundsatz der Universalsukzession. Sondererbfolgen wie im deutschen Recht (etwa hinsichtlich der Heergewäte und der Geraden) waren dem römischen fremd.<sup>58</sup> Dagegen konnten im römischen Recht der Tod und der Erbschaftserwerb auseinanderfallen, zumindest wenn hausfremde Erben berufen wurden.<sup>59</sup> Der Satz „Der Tote erbt den Lebendigen“ ist deutschrechtlich.<sup>60</sup> Diese Unterschiede wirkten sich indirekt auch bei Erbengemeinschaften aus.

Für das Recht der Erbengemeinschaft im engeren Sinne stellt *Heilfron* fest: „*Hinsichtlich des Verhältnisses mehrerer Miterben zueinander weicht das römische Recht entschieden vom deutschen Recht ab.*“<sup>61</sup>

Insbesondere durch die Möglichkeit des Erbeinsetzungstestaments wurde die Bildung einer Erbengemeinschaft zugunsten der Alleinerbschaft zurückgedrängt.<sup>62</sup>

- 17 Im römischen Recht gab es keine Gesamthandschaft.<sup>63</sup> Erbschaftsgegenstände wurden geteilt. Dies betraf auch Geldforderungen und Schulden des Nachlasses, was auf die XII-Tafel-Gesetzgebung zurückgeht.<sup>64</sup> Bei unteilbaren Gegenständen stellte sich der Anteil eines jeden Miterben als ideeller Anteil an jedem einzelnen dar, es galt die „Bruchteilsgemeinschaft“.<sup>65</sup>

In der Rezeption wurde das Recht der Erbengemeinschaft in Deutschland insofern nicht geändert: Es behielt die gesamthänderische Bindung des Vermögens bei.<sup>66</sup> Dies galt für das preußische Allgemeine Landrecht und für das Bürgerliche Gesetzbuch.<sup>67</sup>

Die Ausgleichung („Kollation“) unter Miterben kannten deutsches und römisches Recht. Nach letzterem galt sie zunächst nur bei der gesetzlichen Erbfolge („Intestaterbfolge“) und wurde durch Justinian auf die Testamentserbfolge ausgedehnt.<sup>68</sup>

Eine Regelung für mehrere Erbfälle suchte das römische Recht durch sog. „fideikommissarische Sukzession“ zu erreichen. Dem Erben wurde – in Annäherung an die Legate – auferlegt,

55 *Kaser*, S. 9.

56 Vgl. *Ann*, S. 388 f.

57 *Kaser*, S. 9.

58 *Heilfron*, S. 741.

59 *Kaser*, S. 286 ff.

60 *Heilfron*, S. 748 f.

61 *Heilfron*, S. 749; vgl. auch: *Hagemann*, HRG (1971), Spalten 975 f.

62 *Kaser*, S. 292.

63 Wobei es im altrömischen Recht wohl noch einen „gesamthandartigen Verband der Miterben als fortgesetzte Hausgemeinschaft“ gab, v. *Lübtow*, S. 796 f.

64 *Kaser*, S. 292, 294.

65 *Köbler*, S. 129; *Kaser*, S. 292 f.; *Kipp/Coing*, S. 609.

66 Ausführlich: C. *Schmidt*, S. 23–33.

67 *Heilfron*, S. 750; *Ogris*, HRG (1971), Spalte 955.

68 *Heilfron*, S. 751; *Kaser*, S. 293 f.

den Nachlass als Fideikommiss an einen Nachfolger herauszugeben und mit diesem dazu eine Vereinbarung zu treffen. Eine Nacherbfolge im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches war in Rom ausgeschlossen, da eine Erbenstellung nicht auf Zeit erworben werden konnte.<sup>69</sup>

Schlossen sich nach altrömischem Recht die Erben nach der Nachlassteilung durch Vereinbarung wieder zu einer Gemeinschaft zusammen oder hatten die Erben den Nachlass noch nicht aufgeteilt, wurde dies „consortium“ genannt.<sup>70</sup> Heute wird der Begriff immer noch für einen wirtschaftlichen Zusammenschluss gebraucht, wenn auch nicht mehr vor einem erbrechtlichen Hintergrund.

Insgesamt setzte sich der auch für die Erbengemeinschaft wichtige Grundsatz der Universal-sukzession durch, brachte die Rezeption für das Recht der Erbengemeinschaft in Deutschland aber nur wenig direkte Änderungen.

In vielem waren römisches und deutsches Erbrecht nicht so verschieden, dass die Rezeption einen völligen Bruch mit der „heimischen Gewohnheit“ bedeutete. Es vollzog sich ein Anpassungsprozess, wobei „wichtige deutschrechtliche Institute sich im Kern“ behaupteten.<sup>71</sup>

## F. Bürgerliches Gesetzbuch

Zentraler Punkt bei der Regelung der Erbengemeinschaft war die Wahl zwischen der deutschrechtlichen Gesamthandschaft und der römisch-gemeinrechtlichen Bruchteilsgemeinschaft. Beide Systeme mussten nicht nur in der Theorie gegeneinander abgewogen werden. Es lagen auch Erfahrungen aus dem künftigen Geltungsbereich des BGB vor: Im preußischen Allgemeinen Landrecht<sup>72</sup> und im Österreichischen Gesetzbuch wurde die gesamthänderische Lösung, in der „Mehrzahl der Rechte“ (etwa Bayern, Württemberg, Sachsen) die Bruchteilsgemeinschaft gewählt.<sup>73</sup> 18

Bei der Begründung des 1. Entwurfs des BGB wurden beide Alternativen ausführlich und kritisch einander gegenübergestellt.<sup>74</sup> Es scheint, als sei versucht worden, zwischen zwei Übeln das kleinere ausfindig zu machen. Nachteilig bei der Bruchteilsgemeinschaft sei, dass ein Miterbe, der eine Nachlassschuld voll bezahlt hat, aus dem Nachlass keinen Ersatz erlangen könne.<sup>75</sup> *„Dazu tritt der schon erwähnte Übelstand, daß die Gläubiger des Erblassers ohne ihr Zutun statt eines Schuldners eine große Anzahl von Schuldnern erhalten, wenn eine große Anzahl von Miterben vorhanden ist, und daß dadurch eine Forderung erheblich im Werte verringert werden kann.“*<sup>76</sup> Darin liege etwas „Anormales“.<sup>77</sup> 19

Bei der Gesamthandschaft<sup>78</sup> sei ein einzelner Miterbe gehindert, über Nachlassgegenstände zu disponieren, wolle er nicht über seinen Erbteil insgesamt verfügen. Seine Verfügungsge-

69 Kaser, S. 303 ff.

70 Köbler, S. 83; Selb, S. 170, 171; Gergen, ZErB 2008, 371, 372.

71 Kaufmann, HRG (1971), Spalte 961.

72 Orgis, HRG (1971), Spalte 955; Hoffmann, Jura 1995, 126.

73 Mugdan, Motive (1899), S. 281.

74 Vgl. auch C. Schmidt, S. 39–72.

75 Mugdan, Motive (1899), S. 282.

76 Mugdan, Motive (1899), S. 282.

77 Mugdan, Motive (1899), S. 281.

78 Vgl. auch C. Schmidt, S. 74–174.

walt sei „auf kürzere oder längere Zeit gänzlich gelähmt“.<sup>79</sup> Die gemeinschaftliche Geltendmachung von erbschaftlichen Ansprüchen bereite große Schwierigkeiten. Für die Auseinandersetzung sei „eine weitgehende Tätigkeit des Nachlassgerichts sowie ein umständliches und kostspieliges Verfahren notwendig“.<sup>80</sup>

Schließlich spreche „für das gemeine Recht, daß es zu einer Vereinfachung der Rechtsverhältnisse und zu einer klaren Rechtslage führt, obschon es für gewisse Fälle nicht alle Schwierigkeiten beseitigt“.<sup>81</sup> Das Ergebnis – womöglich auch auf den Einfluss des Kommissionsmitgliedes und Pandektisten Windscheid zurückgehend:<sup>82</sup> „Der Entwurf folgt dem gemeinen Rechte.“<sup>83</sup> Es wurde formuliert: „Sind mehrere Erben vorhanden, so gehen die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes auf die Erben nach Verhältniß der Erbtheile über.“<sup>84</sup>

- 20 Der erste Entwurf wurde insbesondere von Rechtgelehrten und von Vertretern der Gebiete kritisiert, in denen das deutschrechtliche Prinzip der Erbengemeinschaft galt. In den Protokollen wurde festgehalten: „Die Vorteile und Nachteile hielten sich bei der Erbengemeinschaft ungefähr die Waage. ... Das wesentliche Moment für die Erbengemeinschaft liege in dem Interesse der Nachlaßgläubiger.“<sup>85</sup> Diese seien nach dem römisch-gemeinen Recht weniger geschützt. Inwieweit noch andere als rechtsdogmatische – etwa politische – Gründe für den Wechsel zur gesamthänderischen Erbengemeinschaft verantwortlich waren, ist aus den Protokollen nicht zu entnehmen. Die Nachteile der Erbengemeinschaft wurden gesehen: „Für die Miterben selbst liege der Nachteil in der Beseitigung der freien Verfügung jedes einzelnen über seinen Anteil an den Erbschaftsgegenständen und in der statt dessen bestehenden Abhängigkeit von der Mitwirkung der übrigen Miterben, welche vielleicht unbekannt oder schwer zu erreichen oder auch böswillig seien.“<sup>86</sup> Im Ergebnis fiel die Wahl zugunsten des deutschrechtlichen Modells der Erbengemeinschaft aus.<sup>87</sup>
- 21 Die weiteren in den Kommissionen beratenen Fragen zur Erbengemeinschaft waren weniger richtungweisend. So wurde hinsichtlich der Regelung von Verfügungen über Anteile an der Erbengemeinschaft, das Vorkaufsrecht, die Teilung der Früchte, über Nuancen und rechtstechnische Fragen gestritten.<sup>88</sup>

Gegen die Möglichkeit eines einzelnen Miterben, Forderungen für die Gemeinschaft gerichtlich geltend zu machen, wurde – erfolglos – der Einwand erhoben, es bestehe ein „innerer Widerspruch“, wenn die klageweise Geltendmachung möglich sei, das „weit weniger intensive Recht der Kündigung und Mahnung“ aber versagt werde.<sup>89</sup>

Aus den Erfahrungen mit dem preußischen Recht erwuchs Kritik an der Erbteilungsklage. Erfolgverheißende Anträge seien schwer zu stellen. Daher solle der Prozessrichter nicht an die Anträge der Parteien gebunden sein und die Teilung „nach Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsrücksichten“ vornehmen können. Dies wurde abgelehnt: „Die Richter im Amtsge-

79 Mugdan, Motive (1899), S. 282.

80 Mugdan, Motive (1899), S. 282.

81 Mugdan, Motive (1899), S. 282.

82 Hoffmann, Jura 1995, 126.

83 Mugdan, Motive (1899), S. 281, 2; v. Lübtow, S. 798.

84 Entwurf 1 der Kommission, Horn, S. 364.

85 Mugdan, Protokolle (1899), S. 495.

86 Protokolle der 2. Kommission, Horn, S. 364.

87 Vgl. auch v. Lübtow, S. 798 f.; Orgis, HRG (1971), Spalte 955; Hoffmann, Erbengemeinschaft (1995), 126; Kipp/Coing, S. 609 f.; MüKo/Gergen, Vor § 2032 Rn 4.

88 Mugdan, Protokolle (1899), S. 497–501.

89 Mugdan, Protokolle (1899), S. 501.

*richtsprozesse und die Anwälte im Anwaltsprozesse würden dafür sorgen, daß die richtigen Anträge gestellt würden. Neben dem prinzipalen Antrage auf eine gewisse Art der Teilung werde event. stets der Antrag auf Verkauf gestellt werden können, man werde keine Klageänderung darin finden dürfen, wenn die im Antrage begehrte Art der Teilung nachträglich anders bestimmt werde.*<sup>90</sup>

Eingehend wurden auch der Umfang der Ausgleichspflicht,<sup>91</sup> die Probleme der Haftung der Miterben sowie die Zwangsvollstreckung bei einer Erbengemeinschaft diskutiert.<sup>92</sup>

Eher einer Fußnote der Geschichte gleicht die Auseinandersetzung über die Frage, was mit unteilbaren, da materiell wertlosen und somit unverkäuflichen, aber (familien-)geschichtlich bedeutsamen Nachlassschriftstücken geschehen solle. Der Vorschlag, sie dem Miterben mit dem größten Anteil zuzuordnen, wurde abgelehnt. Solche Schriftstücke sollten gemeinschaftlich bleiben, denn *„es erscheine wenig angemessen, über den Verbleib etwa geschichtlich wichtiger Familienpapiere den zufälligen Umstand entscheiden zu lassen, welcher Erbe den größten Erbteil erhalte, wonach solche Urkunden auch an den Weiberstamm kommen und so leichter der Familie entfremdet werden könnten.*“<sup>93</sup> 22

## G. Drittes Reich

Wesentliche Änderungen erfuhr das Recht der Erbengemeinschaft im Dritten Reich nicht. In seiner Anwendung wird es im Einzelfall genauso der nationalsozialistischen Ideologie unterworfen worden sein wie andere Rechtsgebiete. Auch das Zivilrecht war im Dritten Reich keine *„Insel der Reinheit“*, was spätestens durch die Untersuchung von Zivilrechtsurteilen durch *Rainer Schröder* belegt ist.<sup>94</sup> Juden und andere Verfolgte wurden entweder durch direkte Eingriffe benachteiligt oder Entscheidungen zu ihren Lasten wurden über das Einfallstor der unbestimmten Rechtsbegriffe begründet, aber auch unter Berufung auf die *„völkische Ordnung“* mit der Aufforderung an Richter, *„als Sachwalter der höchsten Grundsätze unseres Gemeinschaftslebens das Gesetz nicht nur zu ergänzen, sondern zu korrigieren“*.<sup>95</sup> Dogmatisch untermauert wurde solch ein Vorgehen durch Rechtswissenschaftler wie *Karl Larenz* und *Carl Schmitt*. 23

Das Bürgerliche Gesetzbuch sollte im Dritten Reich durch ein *„Volksgesetzbuch“* ersetzt werden. Durch den Zweiten Weltkrieg rückte dieses Vorhaben aber in den Hintergrund und wurde nicht verwirklicht. Gleichwohl gab es zumindest in den 30er Jahren Diskussionen über die Um- und Neugestaltung des Zivilrechts, auch des Erbrechts und damit des Rechts der Erbengemeinschaft. 24

Eine *„Denkschmiede“* im Dritten Reich war die *„Akademie für Deutsches Recht“*. Ihr Präsident war der berüchtigte Reichsminister *Hans Frank*. Vorsitzende des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht war bis zu seinem Ausscheiden 1939 *Heinrich Lange*. Der Name ist heute noch aufgrund des seit der zweiten Auflage von *Kurt Kuchinke* weitergeführten Erbrechtslehrbuches bekannt. *Lange* war seit dem Jahr 1939 Professor in 25

90 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 508 f.

91 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 509 ff.; siehe dazu auch *Fries*.

92 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 515 ff.

93 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 507.

94 *R. Schröder*, „... aber im Zivilrecht“, 1988.

95 *Larenz*, S. 25 f., zitiert nach *Kroeschell*, S. 268, 276–279.

München.<sup>96</sup> Er legte 1940 die 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses vor, in welcher er den Abschnitt zur „Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit“ selbst bearbeitet hatte.<sup>97</sup>

- 26 Zur „Miterbengemeinschaft“ fasste Landgerichtsrat *Dr. Horst Bartholomeyczik* die Diskussion und Beschlüsse des Erbrechtsausschusses zusammen.<sup>98</sup> Auch er nahm nationalsozialistisches Gedankengut auf.

In den „*Grundsätzen des völkischen Gemeinschaftslebens*“ zum Entwurf des Volksgesetzbuches hieß es: „*Das Erbrecht wahrt zum Wohl der Familie und des Volkes die von dem Erblasser erarbeiteten und überkommenen Güter. Verfügungen von Todes wegen genießen Schutz, soweit sie mit diesem Ziel vereinbar sind.*“<sup>99</sup>

*Bartholomeyczik* betont die Bedeutung der Erbengemeinschaft zum Erhalt „wertvollen Familiengutes“: „*Denn die Volksgemeinschaft ist an der Stärkung des Familiengedankens besonders interessiert, weil die Familie ihr Kern ist.*“<sup>100</sup>

Zentraler, von *Bartholomeyczik* vorgetragener Vorschlag des Erbrechtsausschusses war die Einführung eines „gestaltenden Teilungsverfahrens“.<sup>101</sup> Aufgegriffen wurde die auch heutzutage vorhandene Kritik an dem Teilungsverfahren nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erfahrene Juristen berichten noch heute in Seminaren, eine schon im ersten Hauptantrag begründete Auseinandersetzungsklage hätten sie noch nicht gesehen.

Nach *Bartholomeyczik* war die Neuordnung „*geboten, damit nicht die Wahrung der übergeordneten Interessen der Erbengemeinschaft am Widerspruch des einzigen Querkopfes und an der Unvollkommenheit der Teilungsregeln scheitert.*“<sup>102</sup>

- 27 Ideologisch weniger problematisch war die vorgeschlagene zentrale Stellung des Nachlassrichters. Ihm sollte regelmäßig die Auseinandersetzung obliegen. Er sollte den Nachlass dazu in Besitz nehmen. Zur Vorbereitung sollte er sich eines „Erbchaftsverwalters“ bedienen können.<sup>103</sup> Soweit sieht das Verfahren nach einer Art staatlichen Testamentsvollstreckung auch für Fälle der gesetzlichen Erbfolge aus. Sie ist mit dem probate-Verfahren der USA zu vergleichen, in dem das Nachlassgericht einen „*executor*“ oder „*administrator*“ bestimmt.<sup>104</sup>

Problematisch ist die im Ergebnis aufgehobene Bindung des Nachlassrichters an eine letztwillige Verfügung und sogar an die gesetzlichen Vorgaben. Er hat bei der Verteilung „freies Ermessen“.<sup>105</sup> Zur Erhaltung von Familienbesitz kann der Nachlassrichter gegen den Widerspruch einzelnen Erben bestimmte Gegenstände ganz zuteilen. Die für das nationalsozialistische Rechtsdenken typische Unbestimmtheit sollte mit der ebenso kennzeichnenden Machtfülle des Staates einhergehen: „*Die erweiterte Machtbefugnis des Nachlassrichters gestattet es, die gesetzliche Erbfolge verhältnismäßig knapp, nur für den Regelfall bestimmt,*

96 Vgl. – unkritisch – *Kuchinke*, NJW 1978, 309; ausführlich zu Lange: *Wolf*, Vom alten zum neuen Privatrecht. Arbeiten Heinrich Langes, 1998; *R. Schröder*, S. 205 f., unterscheidet zwischen dem „frühen Heinrich Lange und dem ...“, der 1941 bereits recht kritisch die Entwicklung im Dritten Reich beobachtet“.

97 *Lange*, S. 1 f.

98 Den *Hoffmann*, Jura 1995, 125 f., unkritisch als Sekundärliteratur nutzt.

99 *Schubert* (Hrsg.), S. 45 f.

100 *Bartholomeyczik*, Denkschrift (1940), S. 121.

101 *Bartholomeyczik*, Denkschrift (1940), S. 224.

102 *Bartholomeyczik*, Denkschrift (1940), S. 224.

103 *Bartholomeyczik*, Denkschrift (1940), S. 224, 242 ff.

104 *Hay*, Rn 546 ff.

105 *Bartholomeyczik*, Denkschrift (1940), S. 196, 289.

zu regeln, weil es dem Nachlaßrichter überlassen bleibt, den besonderen Familien- und Erbverhältnissen noch in der Auseinandersetzung gerecht zu werden.“<sup>106</sup> Bartholomeyczik fasste zusammen: „Mit diesen ... Grundsätzen ist die Hauptforderung der nationalsozialistischen Rechtserneuerung auf dem Gebiete des Erbrechts erfüllt.“<sup>107</sup>

## H. DDR

In der DDR galt bis zum Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches (ZGB) am 1.1.1976 das Bürgerliche Gesetzbuch weitgehend fort.<sup>108</sup> Das Erbrecht blieb also zunächst unverändert. Änderungen insbesondere im Familienrecht (Adoption, uneheliche Kinder etc.) wirkten sich auf das Erbrecht indirekt aus.<sup>109</sup> 28

Das ZGB von 1976 war insgesamt deutlich einfacher gefasst als das BGB. Ermöglicht wurde dies auch durch die Ausgliederung der Rechtsverhältnisse zwischen Betrieben und die allgemein deutlich geringere wirtschaftliche Dynamik in der DDR. Die Verwaltung einer gemeinsam ererbten, vermieteten Immobilie war in der DDR aufgrund der nicht kostendeckenden Mieteinkünfte für gemeinschaftliche Erben weniger „reizvoll“ und damit auch weniger konfliktträchtig.

Die Erbengemeinschaft wurde in § 400 Abs. 1 ZGB beschrieben:

*„Sind mehrere Erben vorhanden, steht ihnen die Erbschaft gemeinschaftlich zu. Bis zur Aufhebung der Erbengemeinschaft können sie über die Erbschaft und die einzelnen Nachlassgegenstände nur gemeinschaftlich verfügen.“*

Auch in der DDR war die Erbengemeinschaft also eine Gesamthandgemeinschaft. Die Miterben hatten Gesamteigentum. Die wesentlichen Regelungen zu Verfügungen, Einziehung von Forderungen sowie Veräußerungen von Erbteilen bei Vorkaufsrecht der anderen Erben entsprachen den hergebrachten Grundsätzen. Nur die gesetzliche Vertretungsbefugnis für die anderen Miterben war nicht auf dringliche Maßnahmen beschränkt.<sup>110</sup> Im Rahmen des Notverwaltungsrechts durften einzelne Miterben gem. § 400 Abs. 2 S. 2 ZGB Kredite für die Erhaltung von Grundstücken und Gebäuden auch alleine aufnehmen.<sup>111</sup> 29

DDR-typisch ist der in § 424 ZGB kodifizierte Vorrang von genossenschaftlichen Bestimmungen und immobilienbezogenen Rechtsvorschriften. Bei unter Umständen für die auferlegte Gesellschaftsordnung wesentlichen Vorgängen behielt der Staat die Möglichkeit, nach seinen Interessen regulierend einzugreifen. 30

Interessant ist die dem Staatlichen Notariat in §§ 425–427 ZGB eingeräumte Befugnis, bei über die Auseinandersetzung uneinigen Erben nicht nur zu vermitteln, sondern selbst „über die Teilung zu entscheiden“ (§ 427 Abs. 1 ZGB). Zu ihrer praktischen Relevanz ist nichts bekannt. 31

<sup>106</sup> Bartholomeyczik, Denkschrift (1940), S. 225.

<sup>107</sup> Bartholomeyczik, Denkschrift (1940), S. 224 mit Verweis auf „Lange, Gemeinschaftsgebundenes Erbrecht, im Jahrb. d. Ak. DR. 1935, 18 ff.“.

<sup>108</sup> Vgl. Kurze, S. 173 m.w.N.

<sup>109</sup> MüKo/Leipold, Einleitung, Rn 72 sowie 4. Auflage Rn 291 ff. (worauf ab der 5. Auflage „verzichtet“ wurde, vgl. dort Rn 377).

<sup>110</sup> MüKo/Leipold, 4. Auflage, Einleitung, Rn 363.

<sup>111</sup> *Ann.*, S. 390.

- 32 Nach Artikel 8 des Einigungsvertrages übernahmen die neuen Bundesländer auch das Erbrecht der Bundesrepublik. Für die – indirekte – Fortgeltung von DDR-Recht sind die Artikel 235 f. Einführungsgesetzbuch zum BGB zu beachten, die aber keine spezielle Bedeutung für das Recht der Erbengemeinschaft hatten.<sup>112</sup> Die für in dem Gebiet der ehemaligen DDR gelegenen Grundstücke mögliche Nachlassspaltung tritt nicht ein, wenn eine Miterbenbeteiligung des Erblassers an einem solchen Grundstück in den Nachlass fällt.<sup>113</sup>

## I. Bundesrepublik Deutschland

- 33 In der Bundesrepublik Deutschland wurden das Erbrecht und auch das Recht der Erbengemeinschaft wiederholt geändert.<sup>114</sup> Doch waren die Änderungen regelmäßig mehr das Nachvollziehen von Entwicklungen im Familienrecht. Durch die Reformen beim Recht der nichtehelichen und der adoptierten Kinder veränderten sich auch die personalen Zusammensetzungen von Erbengemeinschaften. Die Regelungen zur Erbengemeinschaft blieben insgesamt weitgehend erhalten.
- 34 Mit dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 wurde als eine der wenigen „direkten“ Veränderungen der § 2057a BGB (Ausgleichspflicht bei besonderen Leistungen eines Abkömmlings) eingefügt (vgl. § 7 Rdn 65–68). Er modifiziert die ohnehin komplizierten Ausgleichspflichten.<sup>115</sup> Diese Norm wurde zum 1.1.2010 wieder geändert. Von den ursprünglichen Plänen u.a. hinsichtlich der §§ 2050, 2053 BGB, nach welchen es möglich werden sollte, eine Ausgleichspflicht auch in einer letztwilligen Verfügung anzuordnen, blieb fast nichts übrig. Allein die Ausgleichspflicht gem. § 2057a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. ist jetzt nicht mehr von einem Verzicht auf berufliches Einkommen abhängig.<sup>116</sup>

## J. Ausblick

- 35 Steht das Erbrecht überhaupt im Fokus der gesellschaftlichen Diskussion und der Politik, bezieht dieser sich meist ausschließlich auf das Steuer- und das Pflichtteilsrecht. Dort sind weitere Reformen denkbar.

In absehbarer Zeit sind beim Recht der Erbengemeinschaft höchstens kleine Änderungen – z.B. im Rahmen der europäischen Rechtsvereinheitlichung<sup>117</sup> – zu erwarten, welche die in der Praxis erheblichen Probleme etwa bei der Ausgleichung, der Auseinandersetzung<sup>118</sup> und

112 MüKo/Gergen, Vor § 2032, Rn 16.

113 MüKo/Leipold, 4. Auflage, Einleitung, Rn 380 m.w.N.

114 Eine Zusammenstellung enthält MüKo/Leipold, Einleitung, Rn 57–72.

115 Ein Berechnungsbeispiel findet sich bei: Damrau/Tanck/Bothe, § 2057a Rn 24–28.

116 Zu Möglichkeiten und Problemen in Rechtsprechung und sonstiger Anwendungspraxis siehe Kollmeyer, NJW 2017, 1849.

117 MüKo/Leipold, Einleitung, Rn 61–67.

118 Staudinger/Otte, kritisch zu der Idee, auf (oben erläuterte) Vorschläge der Akademie für Deutsches Recht zurückzugreifen und die Befugnisse des Nachlassgerichtes zu erweitern, Einl zum ErbR Rn 126 m.w.N.

der Verwaltung innerhalb der Erbengemeinschaft nicht lösen werden. Ein „großer Wurf“, welcher auch einen Systemwechsel beinhalten könnte,<sup>119</sup> ist nicht in Aussicht.

Es ist eher zu beobachten, dass insbesondere bei der praxisrelevanten Auseinandersetzungsproblematik alternative Konfliktlösungsmechanismen gesucht werden. Dabei stehen sich zwei Ansätze gegenüber: Es kann zum einen die staatliche Ordnungsfunktion gestärkt werden, namentlich durch die Verbesserung des notariellen Auseinandersetzungsverfahrens (§§ 363 ff. FamFG; vgl. auch § 8 Rdn 96–98).<sup>120</sup> Zum anderen können private Konfliktlösungsmechanismen gefördert werden, wie die Mediation.<sup>121</sup>

36

Zum Teil werden beide Ansätze als ausbaufähig dargestellt.<sup>122</sup> Daraus zu folgern, dass auch beide Alternativen gleichermaßen gefördert werden sollten, erscheint aber nicht sachgerecht. Nach hier vertretener Ansicht schließen sie sich zwar nicht aus, behindern sich aber im Ergebnis gegenseitig. Das notarielle Verfahren hat sich in der Praxis bislang aufgrund fehlender Verbindlichkeit (§ 370 FamFG: Aussetzung bei Streit) sowie mangelhafter Kompetenz und wohl auch Motivation bei den Notaren nicht bewährt. Um zu funktionieren, müsste es zumindest verbindlich und kostendeckend gestaltet werden. Das ist nicht in Sicht.<sup>123</sup> Auch vor dem Gedanken der bürgerlichen Eigenverantwortung ist nach hiesiger Ansicht das private Mediationsverfahren jedenfalls in familiären Konstellationen meist vorzuziehen.<sup>124</sup> Mit der wirtschaftlichen Aufteilung wird so auch die oft begleitende persönliche Auseinandersetzung behandelt. Bei wirtschaftlich dominierten Auseinandersetzungen wird es allerdings meist bei der anwaltlich begleiteten Konfliktregulierung bleiben. Dann bieten auch Güterrichterverfahren eine gute Möglichkeit zur einvernehmlichen Klärung in einer längeren Vergleichsverhandlung. Prozessuale Lösungen sind jedenfalls in einem zumutbaren zeitlichen Rahmen kaum zu erreichen.

Eine Weiterentwicklung ist im Übrigen eher durch die zunehmende Spezialisierung der Rechtsberater und eine daraus resultierende Dynamisierung der Diskussion zu erhoffen. Aus der Praxis geborene Lösungen wie etwa die sog. „Abschichtung“<sup>125</sup> (siehe auch § 8 Rdn 90) verändern das Recht der Erbengemeinschaft. Durchdachte Nachlassgestaltungen können Konflikten um die Gesetzesanwendung den Boden entziehen. So kann das schwierige Gebiet der Erbengemeinschaft auch ohne wesentliche gesetzgeberische Aktivitäten beherrschbar werden.

37

119 Zur Frage einer – dort verneinten – verfassungsrechtlichen Garantie der Gesamtrechtsnachfolge: MüKo/Leipold, Einleitung Rn 53 m.w.N.; kritisch zur Gesamthand („ohne innere Wahrheit“): v. Lübtow, S. 799 f.

120 Dafür: Frieser, ErbR 2012, 98, 104 f. m.w.N.

121 Zu beiden: Eberl-Borges, ZErB 2010, 255.

122 Eberl-Borges, ZErB 2010, 255.

123 Auch der 68. Deutsche Juristentag lehnte dies ab, vgl. Frieser, ErbR 2012, 98, 102.

124 Vgl. ausführlich Siegel, bes. S. 57 f., 76 f., 103.

125 Damrau, ZEV 1996, 361; ausführlich: Hagmaier; seit dem 1.1.2023 auch durch die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in § 1852 Nr. 3 BGB ausdrücklich berücksichtigt.



## S 2 Soziologische Aspekte

Dr. Dietmar Kurze

Übersicht:	Rdn	Rdn
A. Einleitung	1	Pflegeleistungen aufgrund soziologischer Erkenntnisse? . . . . . 21
B. Stand der Forschung	4	VII. Erhöhter Bedarf an Gesetzen wegen größerer sozialer Mannigfaltigkeit? . . . . . 26
C. Einzelne Aspekte und Fragestellungen	8	VIII. Relevanz von Persönlichkeits- und Verhaltensmustern der Miterben . . . . . 28
I. Einleitung	8	IX. Geschwister in Erbengemeinschaft . . . . . 29
II. Wandel bei der Zusammensetzung von Erbengemeinschaften – Rechtstatsachen und Erklärungen	10	X. Gesetzliche Vermeidung von Erbengemeinschaft aufgrund veränderter Funktion des Vererbens? . . . . . 31
III. Wandel bei der Zusammensetzung von Erbengemeinschaften und deren Folgen für die Interaktion unter den Miterben	12	XI. Erbrechtliche Stellung nichtehelicher Kinder . . . . . 33
IV. Wandel der Interaktion innerhalb der Erbengemeinschaft aufgrund eines Wandels der familiären Strukturen	13	XII. Soziologische Begründung des Hoferbrechts . . . . . 35
V. Zunahme von Erbengemeinschaften mit vielen Miterben und deren Folgen für die Auseinandersetzung	19	XIII. Weitere Aspekte und Fragestellungen . . . . . 36
VI. Änderung der Ausgleichsregelungen hinsichtlich der Berücksichtigung von		D. Schluss . . . . . 38

### Literatur

*Bauer*, Soziologie und Erbrechtsreform. Die Reform des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts im Spiegel von Demoskopie, Demographie und Rechtstatsachenforschung, 2003; *Beckert*, Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts, 2004; *Beise/Jakobs*, Streit ums Erbe, 2012; *Burandt*, Aktuelle Änderungen im Erbrecht, ZAP Fach 12 (2010), 181 ff.; *Frenzel*, Rechtssoziologie – das unbenannte Prüfungsfach: Bedeutung, Methoden, Geschichte; JuS 2018, 517; *Kosmann*, Wie Frauen erben. Geschlechterverhältnis und Erbprozeß, 1998; *Leipold*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, AcP 180, 1980, 160–241; *Lettke* (Hrsg.), Erben und Vererben. Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen, 2003; *ders.*, Kommunikation und Erbschaft, in: Erben und Vererben, 2003, 157–188; *ders.*, Desiderata und Perspektiven für eine Soziologie des Erbens und Vererbens, in: Erben und Vererben, 2003, 157–188; *Lüscher*, Widersprüchliche Mannigfaltigkeit: Ehe, Familie und Verwandtschaft im aktuellen gesellschaftlichen und erbrechtlichen Kontext heute, ZEV 2004, 2–8; *ders.*, Erben und Vererben. Ein Schlüsselthema der Generationenforschung, in: Erben und Vererben, 2003, 125–142; *Nave-Herz*, Eine kleine Geschichte des soziologischen Familienbegriffs; NZFam 2018, 1057; *Papantoniou*, Die soziale Funktion des Erbrechts, AcP 173 (1973), 385–401; *Plogstedt*, Abenteuer Erben, 2011; *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 5. Auflage 2009; *Rauscher*, Die erbrechtliche Stellung nicht in einer Ehe geborener Kinder nach Erbrechtsgleichstellungsgesetz und Kindschaftsreformgesetz, ZEV 1998, 41–45; *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987; *Schulte*, (Ver-)Erben aus psychologischer Sicht. Einstellungen, Emotionen und Verhaltensabsichten von Erblassern, in: Erben und Vererben, 2003, 205–232; *Schwäglner*, Soziologie der Familien, 2. Auflage 1975; *Siegel*, Mediation in Erbstreitigkeiten, 2010; *Stutz/Bauer*, Erben und Vererben in der ökonomischen Theorie, in: Erben und Vererben, 2003, 75–90; *Vollmer*, Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht. Ein Reformvorschlag anhand empirisch gewonnenen Tatsachenmaterials, 2001; *von der Ropp*, Gemeinnütziges Vererben in Deutschland, Berliner Anwaltsblatt 2024, 131; *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, Hrsg.: Winkelmann, 5., revidierte Auflage 1976, zuerst: 1922; *Willer/Weigel/Jussen* (Hrsg.), Erbe, Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur, 2013; *Willutzki*, Generationensolidarität versus Partnersolidarität – quo vadis, Erbrecht?, in: Erben und Vererben, 2003, 59–74.

## A. Einleitung

- 1 Eine facheinheitliche Definition für „Soziologie“ besteht nicht. Das Konzept *Max Webers*, eines für dieses Gebiet wegweisenden Wissenschaftlers,<sup>1</sup> legt den Schwerpunkt in der folgenden Definition auf das soziale Handeln (menschliche Verhalten): „*Soziologie soll heißen: eine Wissenschaft, welche soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären will.*“<sup>2</sup>
- 2 Konkrete Themen, mit denen sich die Soziologie beschäftigt, sind beispielsweise Sozialstrukturen, Arbeit, Geschlechter, soziale Netzwerke, Medien, Migration, Alltag und Lebenswelt. Für viele dieser Themen haben sich spezielle Soziologien etabliert, andere – wie etwa die allgemeine Frage nach den Wechselwirkungen von Handeln und Struktur – sind Themen der allgemeinen Soziologie. Soziologische Fragestellungen überschneiden sich häufig mit solchen der Sozialpsychologie, anderer Sozialwissenschaften und mit denen der Philosophie und anderen Geisteswissenschaften, aber auch mit solchen der Naturwissenschaften, etwa der Neurobiologie.

In der Rechtswissenschaft hat sich die Rechtssoziologie als eigenes Gebiet etabliert.<sup>3</sup> Innerhalb dieser Spezialdisziplin ist das Zivilrecht ein Komplex, worin wiederum das Erbrecht nur ein Teilgebiet bildet.

Die Rechtssoziologie kann durch die Förderung des Verständnisses von Vererben und Erben insgesamt helfen, Verteilungsaueinandersetzungen und deren Hintergründe sowie die Motivationen des Erblassers zu beleuchten.<sup>4</sup>

- 3 Die „Soziologie der Erbgemeinschaft“ ist ein spezielles und zugleich ein weites Thema. Lediglich eine Personenkonstellation ist Gegenstand der Betrachtung. Sie kann aber mit einer **Vielzahl** von Ansätzen untersucht werden – von der historischen Entwicklung ihrer Zusammensetzung bis zu internationalen Vergleichen, von den inneren Mechanismen bis zu ihrer gesellschaftlichen Relevanz und Rechtfertigung.

Was für den vorliegenden Beitrag nicht geleistet werden konnte, ist eigene Forschung anzustellen. Sie erfordert einen erheblichen zeitlichen und meist auch finanziellen Aufwand.<sup>5</sup>

Dieser Einblick musste sich daher auf veröffentlichte Untersuchungen und Abhandlungen beziehen. Dabei wurden aber nicht nur Publikationen direkt zur Erbgemeinschaft herangezogen – sie sind dünn gesät. Es wurden vielmehr aus Werken zu anderen Themen Versatzstücke und dortige Teilaspekte für die hier interessierenden Fragen genutzt.

Das Kapitel ist ein Versuch, das Thema „Soziologie der Erbgemeinschaft“ überhaupt zu erfassen. Dazu wird sogleich der Stand der Forschung dargestellt. Daraus werden im dritten Teil einige Fragestellungen entwickelt und Aspekte behandelt, zu denen schon (Teil-)Antworten gegeben werden können.

1 Vgl. zu Max Weber: *Raiser*, S. 86–106; *Rottleuthner*, S. 22 ff.

2 *Weber*, *Wirtschaft* (1922 [1976]), S. 1.

3 Vgl. *Raiser*, S. 10–18; *Frenzel*, JuS 2018, 517.

4 Vgl. *Lettke*, *Kommunikation und Erbschaft*, S. 181.

5 Beispielhaft sei hier auf die einleitenden Worte von *Beckert* in seiner Habilitationsschrift verwiesen, die erahnen lassen, welchen Aufwand er für das eingehende Werk betreiben musste, Unverdientes Vermögen, S. 9 f.

## B. Stand der Forschung

*Raiser* und *Rottleuthner* zeigen, auf welche Themen sich die Rechtssoziologie bis heute konzentrierte: Es sind etwa die Verfahrenssoziologie (z.B. Dauer und Ablauf von Gerichtsverfahren), Richtersozologie (z.B. soziale Herkunft der Richter) sowie die Effektivität und Selektivität der Strafverfolgung – das Erbrecht wird nicht erwähnt.<sup>6</sup> 4

Entsprechend stellt *Leipold* zutreffend fest, dass man auf dem Gebiet des Erbrechts bisher nur „in bescheidenem Umfang“ auf rechtssoziologische Untersuchungen zurückgreifen kann.<sup>7</sup> Die rechtstatsächlichen Grundlagen sind sehr beschränkt.<sup>8</sup>

*Leipold* wertete Nachlassakten zur Frage der Testierhäufigkeit aus und stützt sich sonst auf allgemein zugängliche statistische Quellen, wie Statistische Jahrbücher.<sup>9</sup> Andere Darstellungen, wie die von *Lüscher*, beziehen sich fast ausschließlich auf allgemeine Zahlenwerke.<sup>10</sup>

Auch als Folge der dünnen Datengrundlage gibt es kein umfassendes Werk „Soziologie des Erbrechts“. *Beckert* fasst zusammen: „Eine Soziologie der Erbschaft besteht in Deutschland allenfalls in Ansätzen.“<sup>11</sup>

*Bauer* hat sich mit soziologischen Aspekten des Erbrechts in Bezug auf Reformvorschläge auseinandergesetzt und interessante Ergebnisse geliefert.<sup>12</sup> Aber auch er verweist darauf, dass zumeist nur auf allgemeine Daten der Demographie zurückgegriffen würde und Rechtstatsachenforschung vornehmlich im Hinblick auf das Testierverhalten vorläge.<sup>13</sup> 5

Weitere soziologische Arbeiten zeigen, dass sich Auseinandersetzungen um Reformen im Erbrecht meist auf Fragen des gesetzlichen Erbrechts, der Erbquoten (insbesondere dem Verhältnis zwischen Ehegatten- und Kindererbrecht) und der Testierfreiheit, aber nicht der Erbengemeinschaft beziehen.<sup>14</sup> *Willutzki* gibt einen Einblick in Reformdiskussionen, etwa bei Juristen- oder Rechtspflegertagen oder in Akademien.<sup>15</sup> *Vollmer* stellt ausführlich Hintergründe für das Ehegatten- und das Pflichtteilsrecht dar, wobei sie eigene Untersuchungen zum Verfügungsverhalten durchführte und auf Ergebnisse anderer Erhebungen zurückgreift.<sup>16</sup>

*Beckerts* Werk verspricht im Untertitel „Soziologie des Erbrechts“ zwar zu viel, da er (allein mit Blick auf den Titel) „lediglich“ vier Aspekte näher beleuchtet: Die Testierfreiheit, das Erbrecht der Familie, die Auflösung der Fideikommisse und die Besteuerung von Erbschaften. Diese Themen werden aber mit Blick auf die Lösungen und Entwicklungen in Deutschland, Frankreich und den USA behandelt. Die Gegenüberstellung bietet die Möglichkeit,

6 *Raiser*, S. 45 m.w.N.; *Rottleuthner*, S. 100 ff.

7 *MüKo/Leipold*, Einleitung Rn 61.

8 *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 162; vgl. zur Abgrenzung zur Rechtssoziologie: *Rehbinder*, S. 4 f.

9 *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, insbes. 162.

10 *Lüscher*, ZEV 2004, 2–8; neuere Daten in der Untersuchung des Institutes für Demoskopie Allensbach für die Deutsche Bank AG von 2015, [https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie\\_final.pdf](https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf).

11 *Beckert*, S. 9.

12 *Bauer*, Soziologie und Erbrechtsreform.

13 *Bauer*, Soziologie und Erbrechtsreform, S. 228.

14 Wenngleich nicht explizit soziologisch, sondern auch historisch und rechtstatsächlich zu nennen sind die von *Willer/Weigel/Jussen* zusammengestellten Beiträge in: *Erbe, Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur*, 2013.

15 *Willutzki*, Quo vadis, Erbrecht?, S. 59–74.

16 *Vollmer*, Verfügungsverhalten.