NOTARPRAXIS

Die Erbengemeinschaft

3. Auflage 2019

Herausgegeben von

Stephan Rißmann
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht,
Potsdam

DeutscherNotarVerlag

Zitiervorschlag:
Rißmann/*Bearbeiter*, Die Erbengemeinschaft, § 1 Rn 1

Hinweis
Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Buch enthaltenen Ausführungen.

Anregungen und Kritik zu diesem Werk senden Sie bitte an
info@notarverlag.de
Autoren und Verlag freuen sich auf Ihre Rückmeldung.

Lizenzausgabe des zerb verlags, Bonn
ISBN 978-3-95661-081-3

Copyright 2019 by zerb verlag, Bonn
Umschlaggestaltung: gentura, Holger Neumann, Bochum
Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn
Druck: CPI books GmbH, Leck
Deutscher Notarverlag
ISBN 978-3-95646-161-3

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.ddb.de abrufbar.

Vorwort

Zu dieser dritten Auflage der „Erbengemeinschaft“ gibt es viel Neues zu berichten:

Im Kreise der Autoren freue ich mich, drei weitere hervorragende Spezialisten begrüßen zu dürfen:

- Frau Diplom-Juristin **Jana Schulte** hat das Buch um ein umfassendes Kapitel zum Thema „Vor- und Nacherbschaft“ erweitert. Dieses Kapitel wurde insbesondere auch auf Wunsch von Lesern aufgenommen. Sämtliche Fragestellungen bei Zusammentreffen von Vor- und Nacherbschaft mit dem Recht der Erbengemeinschaft werden im neuen Kapitel 5 (ab Seite 133) ausführlich und praxisnah behandelt.
- Frau Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht **Dr. Gudrun Möller** zeichnet ab sofort gemeinsam mit Herrn Professor Dr. Jürgen Damrau verantwortlich für das Kapitel „Minderjährige“ (Kapitel 12, ab Seite 423).
- Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht **Michael Maaß** hat die Kapitel „Mietrecht“ (Kapitel 19, ab Seite 635) und „Arbeitsrecht“ (Kapitel 21, ab Seite 685) übernommen und auf den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Literatur gebracht.

Das ebenfalls neue Kapitel „Bestattungsrecht“ wurde von Frau Rechtsanwältin und Fachanwältin für Erbrecht Désirée Goertz verfasst (Kapitel 22, ab Seite 705). Bereits von der ersten Auflage an ist sie auch für das Kapitel Haftung verantwortlich.

Gleichfalls auf Anregung von Lesern und Teilnehmern meiner Vorträge habe ich das Kapitel „Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare“ neu aufgenommen (Kapitel 24, Seite 783).

Selbstverständlich sind auch sämtliche bisherigen Kapitel überarbeitet und aktualisiert, das Stichwortverzeichnis wurde erneut deutlich erweitert.

Dem zerb verlag – dort namentlich Frau Rechtsanwältin Andrea Albers und Frau Marita Blaschko – möchte ich im Namen sämtlicher Autoren für ihre gleichermaßen gewissenhafte wie geduldige Begleitung bis zum Erscheinen dieser dritten Auflage herzlich danken.

Anregungen, Fragen und Verbesserungsvorschläge erreichen uns wie auch bisher unter www.Die-Erbengemeinschaft.de oder direkt per E-Mail unter (Nachname)@Die-Erbengemeinschaft.de:

Nutzen Sie die Gelegenheit, auch die kommende Auflage mitzugestalten – wir schreiben für Sie!

Berlin, im Oktober 2018 *Stephan Rißmann*

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

(…)

Unser Ziel ist es, Ihnen mit diesem Buch eine Möglichkeit an die Hand zu geben, *alle* Fragen und Probleme zu lösen, die im Zusammenhang mit einer Erbengemeinschaft auftauchen können. Dabei haben wir neben den „klassischen“ Themengebieten (Entstehung, Verwaltung und Beendigung der Erbengemeinschaft) im rein erbrechtlichen Sinne auch zahlreiche andere Rechtsgebiete mit herangezogen und ihr Verhältnis zur Erbengemeinschaft betrachtet. Natürlich ist es nicht möglich, stets eine unmittelbare Antwort zu bieten. Unser Ziel war es, das notwendige Wissen zu bündeln, damit Sie *eigene* Lösungswege finden und *eigene* Strategien sowie taktische Maßnahmen der Interessenvertretung entwickeln und umsetzen können.

Daher haben wir in der „Einführung“ des ersten Teils auch vermeintliche „Randthemen“ wie soziologische Aspekte, einen rechtsgeschichtlichen Überblick und Rechtsvergleichung mit aufgenommen: Eine Erbengemeinschaft muss in vielerlei Hinsicht „verstanden“ werden. Dazu zählen die beteiligten Personen, ihre Interessen und Handlungsmotivation ebenso wie die Entwicklung juristischer Regelungen.

Im zweiten „Allgemeinen Teil“ haben wir die Themenbereiche behandelt, die bei nahezu jeder Erbengemeinschaft unmittelbar von Interesse sind. Im dritten „Besonderen Teil“ werden Rechtsgebiete erörtert, die mittelbar von einer Erbengemeinschaft betroffen sein können.

(…)

Berlin, im April 2009 *Stephan Rißmann*

Inhaltsübersicht

Vorwort V

Autorenverzeichnis IX

Literaturverzeichnis XI

Teil 1 Einführung 1

§ 1 Rechtsgeschichtliche Einführung 1
Dr. Dietmar Kurze

§ 2 Soziologische Aspekte 17
Dr. Dietmar Kurze

§ 3 Rechtsvergleichung 33
Mario Filtzinger

Teil 2 Allgemeiner Teil 63

§ 4 Rechte und Pflichten der Miterben untereinander und gegenüber Dritten 63
Stephan Rißmann

§ 5 Vor- und Nacherben in der Erbengemeinschaft 133
Jana Schulte

§ 6 Haftung 159
Désirée Goertz, LL.M.

§ 7 Ausgleichung 231
Nina Lenz-Brendel

§ 8 Beendigung der Erbengemeinschaft 267
Stephan Rißmann

§ 9 Prozessführung, Erbscheinsverfahren und Zwangsvollstreckung 297
Stephan Rißmann

§ 10 Gestaltungsmöglichkeiten 329
Dr. Dietmar Kurze

§ 11 Gebühren und Kosten 395
Monika Hähn

Teil 3 Besonderer Teil 423

§ 12 Der Minderjährige in der Erbengemeinschaft 423
Dr. Gudrun Möller/Prof. Dr. Jürgen Damrau

§ 13 Betreuung und Vorsorgevollmacht 453
Dr. Dietmar Kurze

§ 14 Testamentvollstreckung 473
Prof. Dr. Martin Löhnig

§ 15 Nachlasspflegschaft 491
Prof. Dr. Martin Löhnig

§ 16 Landwirtschaftserbrecht 499
Monika Hähn

§ 17 Gesellschaftsrecht 535
Matthias Unger

§ 18 Steuerrecht 609
Matthias Unger

§ 19 Mietrecht 633
Michael Maaß

§ 20 Versicherungsrecht 669
Dr. Hubert W. van Bühren

§ 21 Arbeitsrecht 683
Michael Maaß

§ 22 Bestattungsrecht 703
Désirée Goertz, LL.M.

§ 23 Strafrecht 717
Dr. Carsten Tiemer

§ 24 Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare 781
Stephan Rißmann

§ 25 Auslandsberührung 803
Mario Filtzinger

§ 26 Länderkurzübersichten 861
Mario Filtzinger

Stichwortverzeichnis 903

Autorenverzeichnis

Dr. Hubert W. van Bühren
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Versicherungsrecht, Köln

Professor Dr. Jürgen Damrau
Richter am Landgericht a.D., Konstanz

Mario Filtzinger
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Frankfurt a.M.

Désirée Goertz, LL.M. (Stockholm)
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Berlin

Monika B. Hähn
Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachanwältin für Familienrecht, Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht, Lübbecke

Dr. Dietmar Kurze
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Berlin

Nina Lenz-Brendel
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Wirtschaftsmediatorin, Mannheim

Professor Dr. Martin Löhnig
Regensburg

Michael Maaß
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Mediator, Berlin

Dr. Gudrun Möller
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht, Münster

Stephan Rißmann
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Berlin

Jana Schulte
Diplom-Juristin, Potsdam

Dr. Carsten Tiemer
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin

Matthias Unger
Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin

Allgemeines Literaturverzeichnis

Ausführliche Literaturhinweise befinden sich vor den jeweiligen Kapiteln.

A. Kommentare

Andres/Leithaus, Insolvenzordnung: InsO, Kommentar, 3. Auflage 2014

Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage 2012

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 76. Auflage 2018

Beuthien, Kurzkommentar Genossenschaftsgesetz, 16. Auflage 2018

Bienwald/Sonnenfeld/Harm, Betreuungsrecht, Kommentar, 6. Auflage 2016

Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit, 11. Auflage 2015

Damrau/Tanck, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Auflage 2014

Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 4. Auflage 2010

Daragan/Halaczinsky/Riedel, Praxiskommentar ErbStG und BewG, 3. Auflage 2017

Demharter, Grundbuchordnung, 31. Auflage 2018

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 2015

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 15. Auflage 2017

Gadow/Barz, Aktiengesetz Großkommentar, 4. Auflage 1992 ff.

Große-Wilde/Quart, Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Auflage 2010

Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht: GesR, 3. Auflage 2016

Jürgens, Betreuungsrecht, 5. Auflage 2014

Kurze, Vorsorgerecht, Kommentar, 2017

Meilicke/Graf von Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolff, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 3. Auflage 2015

Müller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2000

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. v. Goette/Habersack, Band 2, 4. Auflage 2014

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8: Familienrecht II §§ 1589–1921, 7. Auflage 2017; Band 10: Erbrecht §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 7. Auflage 2017

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Auflage 2016

Nomos-Kommentar, hrsg. von Kroiß/Ann/Mayer, BGB, Band 5: Erbrecht, 5. Auflage 2018

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage 2018

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Band Erbrecht, 1. und 2. Auflage 1902, 3. Auflage 1908

Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012

Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, 12. Auflage 2017

RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 5. Bd. Erbrecht, 12. Auflage 1975–1999

Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Auflage 2015

Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Auflage 1973 ff.

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 11. Auflage 2015

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage 2002 f.

Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 5. Auflage 2014

Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage 2017

Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage 2002 ff.

Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, 39. Auflage 2018

Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, Loseblatt, Stand Mai 2018

Zimmermann, Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze, 2. Auflage 2017

Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Auflage 2018

B. Lehr- und Handbücher, Monographien

Anders/Gehle/Kunze, Streitwertlexikon: Stichwortkommentar mit systematischer Einführung, 4. Auflage 2002

Ann, Die Erbengemeinschaft (Habil.-Schr.), 2001

Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Auflage 2010

Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Auflage 2017

Bonefeld/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Auflage 2014

Bonefeld/Kroiß/Tanck, Der Erbprozess, 5. Auflage 2017

Brox/Walker, Erbrecht, 28. Auflage 2018

Ebenroth, Erbrecht, 1992

Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung (Habil.-Schr.), 2000

Damrau, Der Minderjährige im Erbrecht, 2. Auflage 2010

Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Auflage 2014

Flick/Piltz, Der internationale Erbfall, 2. Auflage 2008

Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 6. Auflage 2010

Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts, 2. Auflage 2010

Herzog, Die Erbenhaftung, 2017

Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 2018

Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 3. Auflage 2011

Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, 5. Auflage 2014

Kerscher/Krug/Spanke, Das erbrechtliche Mandat, 6. Auflage 2019

Kerscher/Riedel/Lenz, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Auflage 2002

Kipp/Coing, Erbrecht. Ein Lehrbuch, 14. Auflage 1990

Krafka/Willer/Kühn, Handbuch der Rechtspraxis, Band 7, Registerrecht, 8. Auflage 2010

Krug/Daragan, Die Immobilie im Erbrecht, 2010

Kurze/Goertz, Bestattungsrecht in der Praxis, 2. Auflage 2016

Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Auflage 2001

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 6. Auflage 1991

Leipold, Erbrecht, 21. Auflage 2016

v. Lübtow, Erbrecht, 2 Bände, 1971

Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, 3. Auflage 2013

Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 4. Auflage 2015

Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Auflage 2015

Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Auflage 2015

Riedel, Immobilien in der Erbrechtspraxis, 2018

Riedel, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, 2. Auflage 2018

Schellhammer, Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Auflage 2010

Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018

Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 3. Auflage 2013

Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Handbuch, 15. Auflage 2012

Schlüter/Röthel, Erbrecht, 17. Auflage 2015

Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, 2. Auflage 2017

Süß, Erbrecht in Europa, 3. Auflage 2015

Süß/Ring, Eherecht in Europa, 3. Auflage 2017

C. Formularbücher

Beck'sches Formularbuch, hrsg. v. Hoffmann-Becking/Rawert, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Auflage 2016

Kroiß, Anwaltformulare Nachlassgerichtliches Verfahren, 2012

Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler, Anwaltformulare Erbrecht, 6. Auflage 2019

Tanck/Krug, Anwaltformulare Testamente, 5. Auflage 2015

Uricher, Erbrecht, 3. Auflage 2017

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. Die 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 Abschichtung, ZEV 1996, 361; *Eberl-Borges*, Reformvorschläge zum Recht der Erbauseinandersetzung, ZErb 2010, 255–262; *Erler/Stammler* (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 Abschichtung, 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.; *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 Verklagte im DDR-Zivilprozess, 2005; *Lange*, Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit, Akademie für Deutsches Recht, 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses, 1940; *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des Völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 25 f. – zitiert nach: *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Band 3 (seit 1650), 1989; *Mugdan*, 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 geblieben!": 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 Brüdergemeinschaft. 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; *Simnacher*, Die Fuggertestamente des 16. Jahrhunderts, 1960; *Tacitus*, Germania, übers. v. Perl, in: Griechische und lateinische Quellen zur Frühgeschichte Mitteleuropas bis zur Mitte des 1. Jahrtau-

sends u.Z., hrsg. v. Herrmann, Band 37, Teil 2, 1990; *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 Erbengemeinschaft 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.[1] 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 Erbengemeinschaft 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.[2]

Tacitus berichtete über die Germanen: „*Doch als Erben und Rechtsnachfolger hat jeder nur die eigenen Söhne, und es gibt auch kein Testament.*"[3] 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.[4]

3 Grundsätzlich erbten die Kinder, der Familienverband, die Sippe. Eine Sondererbfolge 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.[5]

Für eine Art „Erbengemeinschaft" („Gemeinderschaft") blieb das im Sondereigentum des Hausherrn befindliche unbewegliche und sonstige bewegliche Gut. Unbewegliches Gut war aber teilweise noch Eigentum der Sippe insgesamt.[6] Über sein Gut konnte der Hausherr auch zu Lebzeiten nicht frei verfügen. Er war durch Anwartschaftsrecht der Hausgenossen

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.

– insbesondere der Söhne – in seiner Verfügungsmacht beschränkt und bedurfte im Einzelfall deren Zustimmung[7] – wenn man so will, ein verschärfter § 2287 BGB.

Verstarb der Hausherr, nahmen die Hausgenossen sein Gut als Gesamthänder.[8] Die Töchter waren ausgeschlossen. Die Söhne bewirtschafteten den Hof oft gemeinschaftlich.[9] Eine ungeteilte Gemeinschaft wurde auch „Brüdergemeinschaft" genannt.[10] 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.[11]

Rechtshistoriker haben verschiedene Ansichten über die Stellung des ältesten Bruders ver- 4
treten. 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.[12]

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.[13]

Auch im fränkischen Königtum lebten der Gedanke der Samtherrschaft und damit die Idee 5
des Gesamtreiches weiter.[14] 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.[15]

C. Mittelalter

Das Verwandtenerbrecht blieb auch nach der fränkischen Zeit bestehen, selbst wenn die 6
alten Bindungen der Hausgemeinschaft und der Sippe zurückgingen.[16] Das germanische Recht kannte keine gewillkürte Erbfolge. Eine „Vergabung von Todes wegen" wurde erst nach und nach möglich, zunächst nur zugunsten der Kirche.[17] Verfügungen von Todes wegen wurden in der Form des „Klerikertestaments" und in den Städten deutlich häufiger, auch wenn es beim Grundsatz des Verwandtenerbrechts blieb („Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben.").[18]

---

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.
18 *Conrad*, S. 556, 559 f.

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.[19] Die „Familienfideikomisse" waren ähnliche Güter des niederen Adels.[20] Es sind wichtige „Hausfideikomisse" überliefert, welche die Stammgüter adliger Häuser zusammenhielten.[21]

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 Sondererbfolgen ausgeschlossen.[22] 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"*.

Im Übrigen entstanden regelmäßig Erbengemeinschaften. Sie wurden weiter „Brüdergemeinschaften" oder „Gemeinderschaften" genannt.[23]

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.[24]

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.[25]

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 Reiches nennen dürfe.[26] 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.[27]

9 Den bäuerlichen Gemeinderschaften stand meist das älteste Mitglied als Vertreter vor.[28] Die vollständige Auflösung der Gemeinderschaft etwa durch Abfindung Einzelner war weitgehend erlaubt.[29]

---

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 *Buchda*, HRG (1971), Spalte 1588; *Schneider*, S. 81 ff.
24 *Buchda*, HRG (1971), Spalte 1589; *Hübner*, S. 154 ff., 749; *Heusler*, S. 236 ff.
25 Schröder/*Künßberg*, S. 444 ff.
26 *Neitmann*, S. 109–126, 112.
27 *Grass*, HRG (1971), Spalte 963.
28 *Hübner*, S. 156.
29 *Hübner*, S. 156 f.

Ein Verfahren der Aufteilung enthält den bekannten Rechtsspruch: „Der Ältere teilt, der Jüngere wählt."[30] *Jacob Grimm* hielt ihn für nachvollziehbar, „weil teilen dem reiferen Verstande zusagt, wählen der Unschuld der Jugend".[31] Daneben waren die Zuordnung durch das Los und die Auszahlung von Erben durch einen anderen, weniger der Verkauf einer Sache zur Teilung üblich.[32]

Ritterliche Gemeinderschaften wurden auch als „Ganerbschaften" bezeichnet, der „Ganerbe" war ein „Miterbe".[33] Für die Ritterschaft stand neben der Erhaltung des Gutes auch das Ziel im Vordergrund, die an das Gut gebundenen Standesvorrechte zu sichern.[34] 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.[35] 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.[36] 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.[37] 10

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".[38] In den 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.[39] 11

D. Frühe Neuzeit

Die Zeit des wachsenden Handels und der Ausbildung reicher, städtischer Handelsfamilien erforderte auch angepasste rechtliche Strukturen.[40] Es bildeten sich Gesellschaften, beispielsweise die auf Verträgen beruhende der Fugger. 12

30 *Hübner*, S. 749 f., mit Verweis auf den Sachsenspiegel; vgl. Schröder/*Künßberg*, S. 823, ähnlich auch schon im § 170 des Codex Hammurabi.
31 *Grimm*, Rechtsalterthümer, S. 60; vgl. auch *Hübner*, S. 750.
32 *Hübner*, S. 750; Schröder/*Künßberg*, S. 823; *Ogris*, HRG (1971), Spalte 954.
33 Deutsches Rechtswörterbuch (1935–1938), Spalte 1150 f.
34 *Ogris*, HRG (1971), Spalte 1381.
35 *Ogris*, HRG (1971), Spalten 1381 f.
36 *Hübner*, S. 157 m.w.N.; *Heusler*, S. 231 f.; url: http://de.wikipedia.org/wiki/Ganerbschaft und www.burg-eltz.de; umfassend auch zu den Ganerbenburgen, die durch einen anderen Anlass als einen Erbfall durch Vertrag entstanden: *Alsdorf*, Ganerbenburgen (1980).
37 *Ogris*, HRG (1971), Spalte 1382.
38 Bader/*Dilcher*, S. 665.
39 *Hagemann*, HRG (1971), Spalte 973.
40 Vgl. auch schon zur Entwicklung in den Städten des Mittelalters: Bader/*Dilcher*, S. 503 f.

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.[41]

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 ergebene 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.[42]

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.[43]

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.[44] In anderen (besonders italienischen) Familien wurde ähnlich vorgegangen, um die Handelsgeschäfte besser flächenmäßig auszudehnen, über Generationen zusammenzuhalten und auch das Risiko zu begrenzen.[45] Durch Hausgesetze wurden zudem schon seit dem 14. Jahrhundert familien- und erbrechtliche Regelungen außerhalb der bürgerlichen Normen getroffen, etwa bei den Hohenzollern und den Habsburgern.[46]

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 Erbengemeinschaft. 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 Ganerbengemeinschaften. 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

41 Auch zum Meinungsstand: *Simnacher*, S. 62–68; vgl. zudem *Fleischer*, NZG 2017, 1201.
42 *Simnacher*, S. 65.
43 *Simnacher*, S. 65 f.
44 *Simnacher*, S. 68 ff.
45 Vgl. ausführlich: *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1203.
46 *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1205.

Erbengemeinschaften kann es sonst für Unternehmen zu existenzbedrohenden Situationen kommen.

Ein „erbrechtliches Eigenleben" führte weitgehend die bäuerliche Bevölkerung.[47] 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.[48] 14

E. Rezeption

Rezeption meint in unserem Zusammenhang die Übernahme des antiken römischen Rechts im mittelalterlich-neuzeitlichen Europa.[49] 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"[50] 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 533 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.[51] 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.[52]

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).[53] Über Vorschriften im Preußischen Allgemeinen Landrecht, etwa zur Auseinandersetzung notfalls durch Versteigerung und Erlösverteilung,[54] 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.[55] Wesentlich beeinflusst wurde von diesen „Pandektisten" auch die Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Im römischen Recht galt der Grundsatz der Universalsukzession. Sondererbfolgen wie im deutschen Recht (etwa hinsichtlich der Heergewäte und der Geraden) waren dem römischen 16

47 Bader/*Dilcher*, S. 241.
48 Bader/*Dilcher*, S. 240 f.
49 *Köbler*, S. 503 f.
50 *Kaser*, S. 1.
51 *Kaser*, S. 6.
52 *Kaser*, S. 8.
53 *Kaser*, S. 9.
54 Vgl. *Ann*, S. 388 f.
55 *Kaser*, S. 9.

fremd.[56] Dagegen konnten im römischen Recht der Tod und der Erbschaftserwerb auseinanderfallen, zumindest wenn hausfremde Erben berufen wurden.[57] Der Satz „Der Tote erbt den Lebendigen" ist deutschrechtlich.[58] 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.*"[59]

Insbesondere durch die Möglichkeit des Erbeinsetzungstestaments wurde die Bildung einer Erbengemeinschaft zugunsten der Alleinerbschaft zurückgedrängt.[60]

17 Im römischen Recht gab es keine Gesamthandschaft.[61] Erbschaftsgegenstände wurden geteilt. Dies betraf auch Geldforderungen und Schulden des Nachlasses, was auf die XII-Tafel-Gesetzgebung zurückgeht.[62] Bei unteilbaren Gegenständen stellte sich der Anteil eines jeden Miterben als ideeller Anteil an jedem einzelnen dar, es galt die „Bruchteilsgemeinschaft".[63]

In der Rezeption wurde das Recht der Erbengemeinschaft in Deutschland insofern nicht geändert: Es behielt die gesamthänderische Bindung des Vermögens bei.[64] Dies galt für das preußische Allgemeine Landrecht und für das Bürgerliche Gesetzbuch.[65]

Die Ausgleichung („Kollation") unter Miterben kannten deutsches und römisches Recht. Nach letzterem galt sie zunächst nur bei der gesetzlichen Erbfolge („Intestarerbfolge") und wurde durch Justinian auf die Testamentserbfolge ausgedehnt.[66]

Eine Regelung für mehrere Erbfälle suchte das römische Recht durch sog. „fideikommissarische Sukzession" zu erreichen. Dem Erben wurde – in Annäherung an die Legate – auferlegt, 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.[67]

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.[68] Heute wird der Begriff immer noch für einen wirtschaftlichen Zusammenschluss gebraucht, wenn auch nicht mehr vor einem erbrechtlichem Hintergrund.

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

---

56 *Heilfron*, S. 741.
57 *Kaser*, S. 286 ff.
58 *Heilfron*, S. 748 f.
59 *Heilfron*, S. 749; vgl. auch: *Hagemann*, HRG (1971), Spalten 975 f.
60 *Kaser*, S. 292.
61 Wobei es im altrömischen Recht wohl noch einen „gesamthandartigen Verband der Miterben als fortgesetzte Hausgemeinschaft" gab, *v. Lübtow*, S. 796 f.
62 *Kaser*, S. 292, 294.
63 *Köbler*, S. 129; *Kaser*, S. 292 f.; *Kipp/Coing*, S. 609.
64 Ausführlich: *C. Schmidt*, S. 23–33.
65 *Heilfron*, S. 750; *Ogris*, HRG (1971), Spalte 955.
66 *Heilfron*, S. 751; *Kaser*, S. 293 f.
67 *Kaser*, S. 303 ff.
68 *Köbler*, S. 83; *Selb*, S. 170, 171; *Gergen*, ZErb 2008, 371, 372.

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.[69]

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[70] und im Österreichischen Gesetzbuch wurde die gesamthänderische Lösung, in der „Mehrzahl der Rechte" (etwa Bayern, Württemberg, Sachsen) die Bruchteilsgemeinschaft gewählt.[71] 18

Bei der Begründung des 1. Entwurfs des BGB wurden beide Alternativen ausführlich und kritisch einander gegenübergestellt.[72] 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.[73] *„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."*[74] Darin liege etwas *„Anormales"*.[75] 19

Bei der Gesamthandschaft[76] sei ein einzelner Miterbe gehindert, über Nachlassgegenstände zu disponieren, wolle er nicht über seinen Erbteil insgesamt verfügen. Seine Verfügungsgewalt sei *„auf kürzere oder längere Zeit gänzlich gelähmt"*.[77] 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"*.[78]

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 beseitig"*.[79] Das Ergebnis – womöglich auch auf den Einfluss des Kommissionsmitgliedes und Pandektisten *Windscheid* zurückgehend:[80] *„Der Entwurf folgt dem gemeinen Rechte."*[81]

69 *Kaufmann*, HRG (1971), Spalte 961.
70 *Orgis*, HRG (1971), Spalte 955; *Hoffmann*, Jura 1995, 126.
71 *Mugdan*, Motive (1899), S. 281.
72 Vgl. auch *C. Schmidt*, S. 39–72.
73 *Mugdan*, Motive (1899), S. 282.
74 *Mugdan*, Motive (1899), S. 282.
75 *Mugdan*, Motive (1899), S. 281.
76 Vgl. auch *C. Schmidt*, S. 74–174.
77 *Mugdan*, Motive (1899), S. 282.
78 *Mugdan*, Motive (1899), S. 282.
79 *Mugdan*, Motive (1899), S. 282.
80 *Hoffmann*, Jura 1995, 126.
81 *Mugdan*, Motive (1899), S. 281, 2; *v. Lübtow*, S. 798.

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.*“[82] 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. Im Ergebnis fiel die Wahl zugunsten des deutschrechtlichen Modells aus.[83]

21 Die weiteren in den Kommissionen beratenen Fragen zur Erbengemeinschaft waren weniger richtungsweisend. So wurde hinsichtlich der Regelung von Verfügungen über Anteile an der Erbengemeinschaft, das Vorkaufsrecht, die Teilung der Früchte, über Nuancen und rechtstechnische Fragen gestritten.[84]

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.[85]

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 Amtsgerichtsprozesse 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.*“[86]

Eingehend wurden auch der Umfang der Ausgleichungspflicht,[87] die Probleme der Haftung der Miterben sowie die Zwangsvollstreckung bei einer Erbengemeinschaft diskutiert.[88]

22 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.*“[89]

82 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 495.
83 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.
84 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 497–501.
85 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 501.
86 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 508 f.
87 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 509 ff.; siehe dazu auch *Fries*.
88 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 515 ff.
89 *Mugdan*, Protokolle (1899), S. 507.

G. Drittes Reich

23 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.[90] 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*".[91] Dogmatisch untermauert wurde solch ein Vorgehen durch Rechtswissenschaftler wie *Karl Larenz* und *Carl Schmitt*.

24 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.

25 Eine „Denkschmiede" im Dritten Reich war die „Akademie für Deutsches Recht". Ihr Präsident war der berüchtigte Reichsminister *Hans Frank*. Vorsitzende des Erbrechtsausschusses 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 München.[92] Er legte 1940 die 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses vor, in welcher er den Abschnitt zur „Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit" selbst bearbeitet hatte.[93]

26 Zur „Miterbengemeinschaft" fasste Landgerichtsrat *Dr. Horst Bartholomeyczik* die Diskussion und Beschlüsse des Erbrechtsausschusses zusammen.[94] 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.*"[95]

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.*"[96]

---

90 *R. Schröder*, „… aber im Zivilrecht", 1988.

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

92 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".

93 *Lange*, S. 1 f.

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

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

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