

Erbrecht

Burandt / Rojahn

4. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77039-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

meinschaft verzichtet (BGH NJW 2007, 992). Der nichteheliche Lebensgefährte kann nur durch letztwillige Zuwendungen begünstigt werden (Grüneberg/Weidlich Rn. 2).

2. Voraussetzungen. Voraussetzung für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ist, dass zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers eine wirksame **Ehe** bestand. 2

a) Wirksame Ehe. Der überlebende Ehegatte des Erblassers muss mit diesem überhaupt in einer wirksamen Ehe gelebt haben. Ob eine wirksame Ehe zu Stande gekommen ist, richtet sich nach § 1310. Für das Ehegattenerbrecht ist es unerheblich, wie lange die Ehe zum Zeitpunkt des Todes des einen Ehegatten bereits bestanden hat oder ob man getrennt lebte. Das Ehegattenerbrecht ist ausgeschlossen, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers rechtskräftig geschieden (§ 1564) oder aufgehoben (§ 1313) war oder die Voraussetzungen des § 1933 vorlagen. Der überlebende Ehegatte ist dann darauf beschränkt, seine güterrechtlichen Ansprüche im Rahmen der Scheidung bzw. Aufhebung der Ehe nach den familienrechtlichen Regelungen durchzusetzen. Erbrechtliche Ansprüche hat er nicht. Für Lebenspartner, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, enthält das Gesetz eine entsprechende erbrechtliche Regelung in § 10 I–III LPartG. 3

Eine **Nichtehe** entfaltet keine erbrechtlichen Wirkungen. Eine solche liegt immer dann vor, wenn schwerwiegende formelle oder materiell-rechtliche Mängel dazu führen, dass der Versuch der Eheschließung ohne familienrechtliche Wirkungen bleibt. Dies kann von jedem jederzeit eingewendet werden. Es bedarf insoweit keiner gerichtlichen Feststellungs- oder Gestaltungsentscheidung etwa in Form eines Aufhebungs- oder Scheidungsbeschlusses (Grüneberg/Siede Einf. § 1313 Rn. 4). Eine Nichtehe liegt bspw. vor, wenn die Ehe nicht vor einem Standesbeamten, sondern vor einem Geistlichen geschlossen wird. Werden die Erklärungen zwar vor einem Standesbeamten abgegeben, hat der Standesbeamte allerdings klargestellt, dass er zur Mitwirkung an der Eheschließung nicht bereit ist, liegt ebenfalls eine Nichtehe vor. Gleiches gilt, wenn die Eheleute keine auf eine Eheschließung gerichteten Erklärungen abgegeben haben. Auch mit einem Minderjährigen, der zur Zeit der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte, kann keine wirksame Ehe geschlossen werden (§ 1303 S. 2). Eine solche, im Gesetz als unwirksam bezeichnete Ehe entfaltet nach dem Willen des Gesetzgebers keine Rechtswirkungen und ist als Nichtehe zu verstehen (BeckOK BGB/Kienwald Rn. 31; BT-Drs. 18/12377, 2). 4

Bestand zum Zeitpunkt des Erbfalls eine **Doppelehe** des Erblassers, war der Erblasser also bei der Eingehung der Ehe bereits mit einem Dritten verheiratet oder durch eine Lebenspartnerschaft nach dem LPartG mit einem Dritten verbunden, so sind beide überlebenden Partner des Erblassers nach § 1931 BGB als Erben berufen, wenn nicht § 1318 V eingreift (MüKoBGB/Leipold Rn. 14). Die Ehepartner/Lebenspartner des verstorbenen Bigamisten erhalten dann zu je ein Halb den Erbteil, der nach § 1931, § 10 I LPartG auf den überlebenden Ehepartner/Lebenspartner entfällt. Lebte der Bigamist mit seinen Partnern in verschiedenen Güterständen und ergeben sich daraus für die überlebenden Partner unterschiedliche Erbquoten, so ist der höhere Ehegattenerbteil anzusetzen und dieser dann unter den zwei Partnern im Verhältnis der ihnen eigentlich zustehenden Erbteile zu verteilen. Der Rest wird nach § 1924 IV auf die Kinder zu gleichen Teilen verteilt, gleichgültig aus welcher Verbindung sie stammen (MüKoBGB/Leipold Rn. 14). Ist einer der Partner des Bigamisten vorverstorben, so hatte der verstorbenene Bigamist zum Zeitpunkt seines Todes nur noch einen Partner. Dieser erhält dann nach § 1931/§ 10 I LPartG die sich für ihn ergebende Erbquote, ohne dass diese durch die ursprünglich bestehende Doppelehe beeinflusst würde (MüKoBGB/Leipold Rn. 11). Ist die Wirksamkeit der Ehe nach ausländischem Recht zu beurteilen und ist die Ehe danach nichtig und nicht, wie nach deutschem Recht, anfechtbar (§§ 1306, 1314 I Nr. 2 BGB), so ist dies auch im Rahmen von § 1931 BGB zu berücksichtigen, mit der Folge, dass dann kein gesetzliches Erbrecht besteht (MüKoBGB/Leipold Rn. 15; OLG Frankfurt Beschl. v. 11.9.2000 – 20 W 70/2000, ZEV 2001, 493 zu Doppelehe mit einer Philippinin) 5

Wurde ein Ehegatte für **tot erklärt** und hat der andere Ehegatte eine neue Ehe geschlossen, so gilt die frühere Ehe mit der Schließung der neuen Ehe als aufgelöst. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn beide Ehegatten bei Eingehung der neuen Ehe wussten, dass der für tot erklärte Ehegatte zum Zeitpunkt der Todeserklärung noch lebte (§ 1319 II). Ein gegenseitiges gesetzliches Erbrecht steht den Ehegatten aus der früheren Ehe vor diesem Hintergrund im Regelfall nicht zu. Die neue Ehe kann nur dann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, nach § 1306 BGB aufgehoben werden, wenn beide Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung wussten, dass der für tot erklärte Ehegatte noch lebt. 6

b) Ausschluss des Ehegattenerbrechts. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten entfällt, wenn zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers zwar noch eine Ehe bestand, die Voraussetzungen für die **Scheidung** der Ehe jedoch gegeben waren und der Erblasser entweder selbst die Scheidung beantragt oder dem Scheidungsantrag des anderen Ehegatten wirksam zugestimmt hat (§ 1933 S. 1). Gleiches gilt dann, wenn ein **Eheaufhebungsgrund** (§ 1314) vorlag und der Erblasser die Aufhebung der Ehe beantragt hat (§ 1933 S. 2; vgl. zum Verfahren EGGPSSW Familiensachen-HdB/Schael § 5 Rn. 123 ff.). Das Ehegattenerbrecht entfällt nach § 1318 V ferner, wenn der überlebende Ehegatte bei der Eheschließung einen **Eheaufhebungsgrund** aus §§ 1304, 1306, 1307, 1311 oder § 1314 II Nr. 1 kannte. Hier hat der bösgläubige überlebende Ehegatte, obwohl die Ehe bestand und auch kein Eheaufhebungsverfahren durch den Erblasser vor seinem Tod eingeleitet worden war, kein Erbrecht. Die Beweislast hat derjenige, der das Erbrecht des Ehegatten bestreitet (vgl. OLG Bremen Urt. v. 13.11.2015 – 4 UF 73/15, NJW-RR 2016, 195 Rn. 24). 7

Allein das **Getrenntleben** hat auf das Ehegattenerbrecht keine Auswirkungen. Auch der getrenntlebende Ehegatte erbt, wenn nicht die vorgenannten Voraussetzungen für den Ausschluss des Ehegattenerbrechts vorliegen. 8

- 9 **3. Grundregeln.** Die Grundregeln für die Erbquote des Ehegatten enthalten die Abs. 1 u. 2.
- 10 **a) Erbrecht neben Verwandten 1. Ordnung.** Hat der Erblasser einen Ehegatten hinterlassen, so erbt dieser neben den **Kindern** des Erblassers zu $\frac{1}{4}$. Dabei ist es unerheblich, ob diese Kinder aus der durch den Tod des Erblassers aufgelösten Ehe stammen oder ob es sich um einseitige Abkömmlinge des Erblassers aus einer früheren oder anderen Verbindung handelt. Für Altfälle ist zu berücksichtigen, dass nicht-eheliche Kinder neben dem Ehegatten nur einen Erbersatzanspruch hatten und nicht Erben wurden. Auch dann, wenn das nichteheliche Kind mit seinem Vater wirksam einen vorzeitigen Erbausgleich vereinbart hatte, ist das Kind nicht mehr erb- und pflichtteilsberechtigt (§ 1934a I aF, Art. 227 I EGBGB; § 1924 → Rn. 9).
- 11 **b) Erbrecht neben Verwandten 2. Ordnung.** Hat der Erblasser neben dem Ehegatten keine Abkömmlinge hinterlassen und leben noch seine Eltern, so erhält der überlebende Ehegatte nach § 1931 I 1 die Hälfte des Nachlasses. Die Abkömmlinge eines jeden Elternteils erben neben dem Ehegatten, wenn die Eltern des Erblassers selbst vorverstorben sind und Abkömmlinge hinterlassen haben, die entweder nur einseitig von der Mutter oder einseitig von dem Vater des Erblassers abstammen. Der Erbteil, der auf diese Abkömmlinge, also Schwäger und Schwägerinnen des überlebenden Ehegatten, entfällt, geht nicht auf den überlebenden Ehegatten analog § 1931 I 2, Abs. 2 über, dafür fehlt es an einer Grundlage im Gesetz (BGH NJW 2003, 1796 (1801)).
- 12 **c) Erbrecht neben Verwandten 3. Ordnung.** Hinterließ der Erblasser neben dem Ehegatten nur noch Großeltern, so erhält der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses des Erblassers. Sind einzelne Großelternanteile als Erben weggefallen, so werden deren Abkömmlinge nicht Erben. Vielmehr geht der Anteil, der eigentlich nach § 1926 III 1 auf die Abkömmlinge entfallen würde, nach § 1931 I 2 auf den Ehegatten über. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, so gilt allerdings § 1926 III 2. Der Anteil des verstorbenen Erben dritter Ordnung, also des verstorbenen Großelternanteils, fällt dem anderen Großelternanteil zu. Der überlebende Ehegatte schließt also nicht die Großeltern, wohl aber deren Abkömmlinge, von der Erbfolge aus (Grüneberg/Weidlich Rn. 8)). Sind weder Verwandte der ersten oder zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte allein (§ 1931 II).
- 13 Bei der Berechnung ist von einem Ehegattenerbteil von $\frac{1}{2}$ nach § 1931 auszugehen. Leben alle vier Großelternanteile, so entfällt auf jeden Großelternanteil eine Erbquote von $\frac{1}{8}$. Ist ein Großelternanteil verstorben und hinterlässt dieser einen Abkömmling, so würde der Abkömmling eigentlich nach § 1926 III 1 den $\frac{1}{8}$ Anteil vom Nachlass des Erblassers als gesetzlicher Erbe im Wege des Eintrittsrechts erhalten. Dieser Anteil geht jedoch nach § 1931 I 2 auf den überlebenden Ehegatten über. Dieser hat dann insgesamt $\frac{3}{8}$ und nicht lediglich $\frac{1}{2}$ (→ § 1371 Rn. 7). Ist allerdings ein Großelternanteil verstorben, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen, so geht der Anteil dieses Großelternanteils nach § 1926 III 2 auf den anderen Großelternanteil dieses Großelternpaares über. Der Überlebende aus diesem Großelternpaar hat dann also eine Erbquote von $\frac{2}{8}$ ($\frac{1}{4}$). Diesen Anteil erhält also der überlebende Ehegatte nicht nach § 1931 I 2. Gleiches gilt, wenn ein Großelternpaar ohne Abkömmlinge zu hinterlassen verstorben ist. In dem Fall beerbt das andere Großelternpaar den Erblasser (§ 1926 IV), jeder Großelternanteil erhält eine Erbquote von $\frac{1}{4}$.
- 14 **d) Erbrecht neben Verwandten entfernterer Ordnungen.** Der überlebende Ehegatte schließt Verwandte entfernterer Ordnungen nach § 1931 II komplett von der gesetzlichen Erbfolge aus. Hinterlässt der Erblasser neben dem Ehegatten weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern, so ist der überlebende Ehegatte gesetzlicher Alleinerbe des Erblassers.
- 15 **4. Einfluss der Zugewinnngemeinschaft.** Nach Abs. 3 hat der gesetzliche Güterstand Einfluss auf das Erbrecht des überlebenden Ehegatten. Dies ergibt sich daraus, dass § 1371 anwendbar ist. Lebte der Erblasser mit seinem Ehegatten zum Zeitpunkt des Todes im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (→ § 1371 Rn. 2), so wird der Zugewinn regelmäßig pauschal durch die Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten um $\frac{1}{4}$ ausgeglichen (§ 1371 I). Dieses zusätzliche gewährte Viertel muss der überlebende Ehegatte jedoch ggf. für Unterhaltsansprüche der erbberechtigten Abkömmlinge des Erblassers aus einer anderen Beziehung nach § 1371 IV einsetzen. Zugewinnausgleichsansprüche kann der überlebende Ehegatte daneben nicht geltend machen. Ist der überlebende Ehegatte von dem Erblasser enterbt worden und wurde ihm auch kein Vermächtnis zugewendet, so steht dem überlebenden Ehegatten nach § 1371 II nur der Pflichtteil zu. Dieser beläuft sich auf den kleinen Pflichtteil, also auf die Hälfte des Erbteils nach Abs. 1 oder Abs. 2 (→ § 1371 Rn. 10ff.). Daneben hat der überlebende Ehegatte dann einen Anspruch auf Zugewinnausgleich nach den familienrechtlichen Vorschriften. Will ein überlebender Ehegatte, der Erbe des Erblassers geworden ist und/oder dem der Erblasser ein Vermächtnis zugewendet hat, Zugewinnausgleichsansprüche nach dem Tod des Erblassers geltend machen, so muss er sowohl die Erbschaft als auch ein ihm eventuell zugewendetes Vermächtnis ausschlagen. Nur dann, wenn er aufgrund der Ausschlagung weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, hat er einen Anspruch auf Zugewinnausgleich. Daneben steht ihm dann noch der Anspruch auf den „kleinen Pflichtteil“ zu, obwohl im Fall der Ausschlagung der Erbschaft ansonsten nach den erbrechtlichen Vorschriften ein Pflichtteilsanspruch nicht besteht (§ 1371 III).
Verstirbt der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn hat, zuerst, so gibt es auch dann keinen Zugewinnausgleichsanspruch des verstorbenen Ehegatten, der auf seine Erben übergehen könnte. Ein Zugewinnausgleich findet auch dann nicht statt, wenn die Eheleute gleichzeitig verstorben sind (BGH Urt. v. 28.6.1978 – V ZR 47/77, NJW 1978, 1855; Grüneberg/Brudermüller § 1371 Rn. 13). Selbst wenn der

Erblasser den Zugewinnausgleich als Folgesache im Scheidungsverfahren bereits rechtshängig gemacht hat, jedoch vor Rechtskraft der Scheidung verstirbt, besteht keine in den Nachlass des verstorbenen Ehegatten fallende Zugewinnausgleichsforderung, die von den Erben gegenüber dem überlebenden Ehegatten geltend gemacht werden könnte (BGH Urt.v. 8.3.1995 – XII ZR 54/94, NJW 1995, 1832). Hiergegen werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, insbesondere wird vertreten, dass zumindest beim gleichzeitigen Versterben der Ehegatten deshalb, weil dann kein Ehegatte den anderen beerben kann und tatsächlich eine Situation besteht, wie bei einer vollständigen Enterbung, von einer Vererblichkeit des Zugewinnausgleichsanspruchs auszugehen sei. Auch dann, wenn der vorverstorbene Ehegatte den Zugewinnausgleichsanspruch als Folgesache im Scheidungsverfahren rechtshängig gemacht hatte und der überlebende Ehegatte nach § 1933 vom gesetzlichen Ehegattenerbrecht ausgeschlossen ist, soll § 1378 II 1 verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass der Zugewinnausgleichsanspruch des zuerst verstorbenen Ehegatten vererblich ist (MüKoBGB/Leipold Rn. 48).

Bei Fällen mit **Auslandsberührung** kann aufgrund des Auseinanderfallens von Güter- und Erbstatut neben deutschem Güterrecht ausländisches Erbrecht zur Anwendung kommen. Zwar werden die Fälle seit Inkrafttreten der EuErbVO am 17.8.2015 abnehmen, weil für das anzuwendende Erbrecht nicht mehr die Staatsangehörigkeit des Erblassers sondern dessen letzter gewöhnlicher Aufenthalt entscheidend ist (Art. 21 I EuErbVO), doch wird es weiterhin Fälle geben, in denen deutsches Güterrecht neben ausländischen Erbrecht anwendbar ist (Reimann ZEV 2015, 413). Streitig war in diesem Zusammenhang, ob § 1371 I ausschließlich erbrechtliche oder zumindest auch güterrechtlich zu qualifizieren sei. Der BGH (Beschl. v. 13.5.2015 – IV ZB 30/14, ZEV 2015, 409 Rn. 24, Rn. 20ff. zum früheren Streitstand) hatte entschieden, die Regelung sei rein güterrechtlich zu qualifizieren. Folge der mittlerweile überholten Rspr. des BGH war: Gilt für die durch Tod aufgelöste Ehe deutsches Güterrecht und liegen die Voraussetzungen des § 1371 I vor, erhält der überlebende Ehegatte den pauschalen Zugewinnausgleich i. H. v. einem Viertel der Erbschaft zusätzlich zu der Erbquote nach ausländischem Recht. Kommt es insgesamt zu einer höheren Quote als nach deutschem Recht, ist das Ergebnis der Normanwendung den Umständen des Einzelfalls anzupassen. Es hat dann also eine Korrektur im Wege der Anpassung stattzufinden (BGH aaO Rn. 34, 40). Mittlerweile hat der EuGH (Urt.v. 1.3.2018 – C-558/16, BeckRS 2018, 2032) entschieden, dass Art. 1 I EuErbVO dahingehend auszulegen ist, dass die Bestimmung, wonach beim Tod eines Ehegatten ein pauschaler Zugewinnausgleich durch Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten vorzunehmen ist, in den Anwendungsbereich der EuErbVO fällt. § 1371 I wurde im Gegensatz zur Auffassung des BGH rein erbrechtlich qualifiziert. Die Erbteilerhöhung nach § 1371 I ist daher in ein Europäisches Nachlasszeugnis aufzunehmen (s. MüKoBGB/Leipold Rn. 34; Grüneberg/Weidlich Rn. 10, s. a. KG (Vorlage)Beschl. v. 25.10.2016 – 6 W 80/16, ZEV 2017, 209). Für Erbfälle vor dem Inkrafttreten der EuErbVO, also vor dem 17.8.2015, soll es bei der vom BGH im Jahre 2015 angenommenen güterrechtlichen Einordnung von § 1371 I verbleiben (OLG München RNotZ 2020, 48). Für Erbfälle nach dem 17.8.2015 gilt Folgendes: Die Erbteilerhöhung aus § 1371 greift, wenn sich die Erbfolge nach deutschem Erbrecht richtet und durch den Tod eines der Ehegatten der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft beendet wurde (Dörner ZEV 2018, 305, 307; MüKoBGB/Leipold Rn. 36). Richtet sich die Erbfolge nach deutschem Erbrecht, haben die Ehegatten jedoch in einem ausländischen Güterstand gelebt, so stellt sich die Frage, ob auch dieser ausländische Güterstand als Zugewinnsgemeinschaft im Sinne von § 1371 I angesehen werden kann und zur Erbteilerhöhung führt. Eine solche Substitution wird allenfalls dann anzunehmen sein, wenn der fremde Güterstand der deutschen Zugewinnsgemeinschaft funktionell gleichwertig ist (vgl. dazu Dörner ZEV 2018, 305, 308; MüKoBGB/Leipold Rn. 39). Zweifelfhaft ist, ob es auf eine solche Substitution überhaupt ankommt oder ob in dem Fall eine Erbteilerhöhung grundsätzlich ausscheidet (so Dörner ZEV 2018, 305 (308)). Ob dann in Fällen, in denen es durch die Ablehnung der Erbteilerhöhung zu unbilligen Ergebnissen kommt, eine Anpassung aus Billigkeitserwägungen zu erfolgen hat, wird ebenfalls diskutiert (Dörner ZEV 2018, 305 (310); MüKoBGB/Leipold Rn. 40). Gilt deutsches Güterrecht neben ausländischem Erbrecht, so kommt eine erbrechtlich zu qualifizierende Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten nach § 1371 nicht in Betracht (kritisch dazu Bandel ZEV 2018, 207 (208)). Dem überlebenden Ehegatten steht neben dem Erbteil nach ausländischem Recht ein nach §§ 1372 ff. zu berechnender Zugewinnausgleichsanspruch zu, sofern der vorverstorbene Ehegatte den höheren Zugewinn erzielt hat (MüKoBGB/Leipold Rn. 38; Süß DNotZ 2018, 742 (747)). Zumindest soll dies dann gelten, wenn das ausländische Erbstatut keine dem § 1371 I entsprechende Regelung kennt und keine Erhöhung der Erbquote aufgrund güterrechtlicher Motivation vorsieht (Dörner ZEV 2018, 305 (309)). Wohl kann dem Ehegatten durch letztwillige Verfügung oder durch Wahl des deutschen Ehegüterrechts gemäß Art. 22 I EuGüVO die Erbteilerhöhung um $\frac{1}{4}$ zugewendet werden (MüKoBGB/Leipold Rn. 41; kritisch Dörner ZEV 2018, 305 (309)). **Einfluss der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft auf die Erbquote.** Die Regelungen des WZGA sind zum 1.5.2013 in Kraft getreten und gelten zunächst für zehn Jahre, danach wird die Geltung auf unbestimmte Zeit verlängert (Art. 20 WZGA). Die Ehegatten können durch Ehevertrag den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft vereinbaren (§ 1519 BGB). Offen steht dieser Güterstand nicht nur gemischt deutsch-französischen Ehepaaren, sondern auch rein deutschen Ehepaaren (Art. 1 WZGA; dazu Jünemann ZEV 2013, 353). Der Zugewinnausgleich wird, allerdings mit Modifikationen (Art. 8, 9 WZGA), ähnlich berechnet, wie nach deutschem Recht. Für den Fall des Todes eines Ehegatten gibt es keine besondere Regelung, insbesondere findet keine Pauschalierung, wie nach deutschem Recht nach § 1371 I statt. Die Erbquote für den überlebenden Ehegatten richtet sich daher ausschließlich nach § 1931 I, II. Der Zugewinn ist immer nach den güterrechtlichen Vorschriften auszugleichen. Der Güterstand wird durch Tod eines Ehegatten

beendet (Art. 7 Nr. 1 WZGA). Der Zugewinnausgleichsanspruch ist nach Beendigung des Güterstandes vererblich und übertragbar (Art. 12 III WZGA). Aus der Regelung wird gefolgert, dass der Ausgleichsanspruch des verstorbenen Ehegatten gegen den überlebenden Ehegatten in den Nachlass des verstorbenen Ehegatten fällt, also vererblich ist und den Nachlass erhöht (Süß Zerb 2010, 281 (285); Dutta FamRZ 2011, 1829 (1838); zweifelnd MüKoBGB/Leipold Rn. 61). Ferner steht auch dem überlebenden Ehegatten ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen die Erben des verstorbenen Ehegatten zu, im Gegensatz zum deutschen Recht auch dann, wenn der überlebende Ehegatte Erbe wird. Die Zugewinnausgleichsforderung ist dann eine Nachlassverbindlichkeit (Jünemann ZEV 2013, 353 (358/359); Jäger DNotZ 2010, 804 (824); Grüneberg/Weidlich Rn. 3).

- 16 5. Einfluss der Gütertrennung auf die Erbquote.** Die Gütertrennung wird grds. (→ § 1371 Rn. 2) durch notariellen Ehevertrag begründet (§§ 1414, 1408). Lebten die Eheleute zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers im Güterstand der Gütertrennung, so richtet sich die Erbquote nach § 1931 I, II, wenn der Erblasser neben dem überlebenden Ehegatten keine oder mehr als **zwei Kinder** hinterlassen hat. Hat der Erblasser neben dem Ehegatten nur ein oder zwei Kinder hinterlassen, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen (§ 1931 IV). Abs. 4 wurde durch das NEhelG als Sonderregelung eingefügt, um zu verhindern, dass der überlebende Ehegatte eine geringere Erbquote erhält als das Kind. Die Besserstellung des Ehegatten erfolgt, um ihn für seine Mitarbeit beim Vermögenserwerb zu entschädigen. Neben nur einem Kind des Erblassers erbt der überlebende Ehegatte also mit einer Quote von $\frac{1}{2}$. Insoweit ergibt sich also kein Unterscheid zu der Erbquote des überlebenden Ehegatten, der mit dem Erblasser im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hat bei Anwendung der erbrechtlichen Lösung (→ § 1371 Rn. 4ff.). Neben zwei Kindern erbt der überlebende Ehegatte mit einer Quote von $\frac{1}{3}$. Sind drei oder mehr Kinder vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte nach § 1931 I nur $\frac{1}{4}$, die übrigen $\frac{3}{4}$ des Nachlasses erhalten die Abkömmlinge des Erblassers. Hat ein Kind die Erbschaft ausgeschlagen, wurde es für erbunwürdig erklärt, liegt ein Erbverzicht vor oder wurde ein vorzeitiger Erbausgleich nach § 1934d aF durchgeführt, so ist dieses Kind nicht mehr gesetzlicher Erbe des Erblassers und nicht mehr mitzuzählen (MüKoBGB/Leipold Rn. 53). Ist ein Kind vorverstorben, so treten dessen Abkömmlinge an seine Stelle. § 1924 III gilt auch im Rahmen von § 1931 (IV Hs. 1).
- 17** Lebte der überlebende Ehegatte mit dem Erblasser zum Zeitpunkt des Todes im Güterstand der Gütertrennung, so haben die einseitigen Abkömmlinge des Erblassers auch dann keinen Anspruch auf Ausbildungsunterhalt nach § 1371 IV, wenn der überlebende Ehegatte neben einem oder zwei Kindern eine Erbquote von $\frac{1}{2}$ bzw. $\frac{1}{3}$ hat. Eine analoge Anwendung scheidet aus, weil die Kinder eine relativ hohe Erbquote erhalten. Bei den Fällen, auf die § 1371 IV zugeschnitten ist, teilen sich regelmäßig mehrere Kinder die Hälfte des Nachlasses des Erblassers. Sie sind daher mit geringeren Erbquoten ausgestattet, was es rechtfertigt, ihnen den Anspruch auf Ausbildungsunterhalt zuzubilligen (vgl. MüKoBGB/Leipold Rn. 54). Hat der verstorbene Ehegatte keine erbberechtigten Kinder, so richtet sich die Erbquote des überlebenden Ehegatten nach § 1931 I und II.
- 18 6. Einfluss der Gütergemeinschaft auf die Erbquote.** Lebten die Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft, so richtet sich die Erbquote des überlebenden Ehegatten ausschließlich nach § 1931 I, II. Zum Nachlass gehören das Sondergut (§ 1417), das Vorbehaltsgut (§ 1418) und der Gesamthandsanteil des Erblassers am Gesamtgut (§§ 1482 S. 1, 1416). Die Beerbung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften (§ 1482 S. 2). Ist der überlebende Ehegatte Alleinerbe, so bedarf es keiner Auseinandersetzung, die Gütergemeinschaft erlischt mit dem Erbfall (Ruby ZEV 2017, 72 (74)). Ist der überlebende Ehegatte nur Miterbe, so ist zunächst das Gesamtgut der Gütergemeinschaft auseinanderzusetzen. Erst danach ist das Gesamtgut der Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen (dazu Ruby ZEV 2017, 72).
- 19** Zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinsamen Abkömmlingen tritt eine fortgesetzte Gütergemeinschaft nur dann ein, wenn dies ehevertraglich vereinbart wurde (§ 1483 I 1). Folge der Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist, dass eine Beerbung des Verstorbenen nach den allgemeinen Regelungen nur bezüglich seines Vorbehalts- und Sondergutes stattfindet, nicht an seinem Anteil am Gesamtgut (MüKoBGB/Leipold Rn. 57). IÜ findet eine Auseinandersetzung nicht statt (Grüneberg/Siede § 1483 Rn. 2). Sind neben dem Ehegatten gemeinschaftliche und einseitige Abkömmlinge des Erblassers vorhanden, bspw. Kinder des Erblassers aus einer früheren Beziehung, so ändert dies für den Ehegatten und die gemeinschaftlichen Kinder nichts. Die einseitigen Abkömmlinge des Erblassers sind jedoch nicht an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt. Sie erben so, als gäbe es die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht. Sie erben aus dem Vorbehalts- und Sondergut und auch aus dem Gesamtgut. Die Auseinandersetzung muss zunächst mit den einseitigen Abkömmlingen erfolgen (§ 1471), allerdings nur unter der Voraussetzung, dass sie Erben/Miterben geworden sind. (Grüneberg/Siede § 1483 Rn. 3). Die Erbquote des überlebenden Ehegatten wird durch die Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht berührt (MüKoBGB/Leipold Rn. 47).
- 20 7. Erbrecht der Lebenspartner.** Seit dem 1.10.2017, seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, können keine Lebenspartnerschaften mehr begründet werden. Die schon eingetragene Lebenspartnerschaften bestehen fort, können allerdings nach § 20a LPartG in eine Ehe umgewandelt werden. Wird eine solche Erklärung abgegeben, so werden die früheren Lebenspartner so behandelt, als hätten sie am Tage der Begründung der Lebenspartnerschaft geheiratet (§ 20a V LPartG). Das Erbrecht des überlebenden Lebenspartners entspricht nach § 10 LPartG dem Ehegattenerbrecht.

a) Voraussetzungen. Voraussetzung für ein gesetzliches Erbrecht des überlebenden Lebenspartners ist, dass zum Zeitpunkt des Erbfalls überhaupt eine eingetragene Lebenspartnerschaft bestand. War die Lebenspartnerschaft zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers rechtskräftig aufgehoben (§ 15 LPartG), so entfällt das Erbrecht des überlebenden Lebenspartners. Das Erbrecht des überlebenden Lebenspartners ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Lebenspartnerschaft zwar nicht rechtskräftig aufgehoben wurde, die Voraussetzungen für die Aufhebung der Lebenspartnerschaft nach § 15 II Nr. 1, 2 LPartG aber vorliegen und der Erblasser entweder selbst den Antrag auf Aufhebung der Lebenspartnerschaft gestellt oder dem Antrag des überlebenden Lebenspartners zugestimmt hatte (§ 10 III Nr. 1 LPartG). Der überlebende Lebenspartner erbt auch dann nicht, wenn der Erblasser einen Antrag auf Aufhebung der Lebenspartnerschaft nach § 15 II Nr. 3 LPartG gestellt hatte und dieser Antrag begründet war (§ 10 III Nr. 2 LPartG). 21

b) Erbquote. Die Höhe des Erbteils des überlebenden Lebenspartners ist ebenso wie die des Ehegatten davon abhängig, ob und ggf. mit welchen Verwandten des Erblassers der Lebenspartner als Erbe zusammentrifft. Neben den Verwandten der ersten Ordnung erbt der Lebenspartner $\frac{1}{4}$, neben den Verwandten der zweiten Ordnung und den Großeltern $\frac{1}{2}$. Seit dem Jahre 2004 enthält § 10 I LPartG nunmehr auch eine dem § 1931 I 2 entsprechende Regelung, wonach der überlebende Lebenspartner dann, wenn er mit Großeltern und Abkömmlingen von Großeltern Erbe wird, den eigentlich nach § 1926 III auf die Abkömmlinge entfallenden Anteile erhält. Hat der Erblasser weder Abkömmlinge noch Eltern oder Großeltern hinterlassen, so wird der Lebenspartner Alleinerbe (§ 10 II LPartG). 22

c) Einfluss der Güterstände. Ebenso wie beim Ehegattenerbrecht wird auch das Erbrecht des überlebenden Lebenspartners durch den Güterstand, in dem die Lebenspartner zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers gelebt haben, beeinflusst. Die Lebenspartner leben im Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft**, wenn sie nicht durch einen Lebenspartnerschaftsvertrag etwas anderes vereinbart haben (§ 6 S. 1 LPartG). Leben die Lebenspartner im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so gilt § 1371 auch für die Lebenspartnerschaft (§ 6 S. 2 LPartG). Hier ergeben sich zum Ehegattenerbrecht keine Unterschiede (→ Rn. 15ff.). Haben die Lebenspartner zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls im Güterstand der Gütertrennung gelebt, so enthält § 10 II 2 LPartG jetzt eine mit § 1931 IV identische Regelung (→ Rn. 16ff.). Hatten die Lebenspartner den Güterstand der Gütergemeinschaft vereinbart, was nach § 7 S. 2 LPartG, der auch auf §§ 1415ff. verweist, unproblematisch möglich ist, so finden die für die Gütergemeinschaft bei Eheleuten geltenden Vorschriften (§§ 1415–1563) entsprechend Anwendung. Nach § 7 S. 2 LPartG gilt auch § 1482. Eine fortgesetzte Gütergemeinschaft kann lebenspartnerschaftsvertraglich mit den oben genannten Folgen für das Erbrecht vereinbart werden (→ Rn. 18). Auch die Wahl-Zugewinnngemeinschaft konnte vereinbart werden, da § 7 LPartG auch auf § 1519 BGB verweist (→ Rn. 4). 23

§ 1932 Voraus des Ehegatten

(1) ¹ Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke als Voraus. ² Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der ersten Ordnung gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm diese Gegenstände, soweit er sie zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt.

(2) Auf den Voraus sind die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften anzuwenden.

1. Rechtsnatur. Der Voraus ist kein Sondererbrecht und unabhängig davon, in welchem Güterstand die Eheleute gelebt haben. Er wird wegen der Verweisung auf die Vermächtnisvorschriften in 1932 II als gesetzliches Vorausvermächtnis bezeichnet (BGH NJW 1979, 546 (547)). 1

2. Voraussetzungen. Der Ehegatte muss **gesetzlicher Erbe** des Erblassers sein. Erbt er aufgrund einer letztwilligen Verfügung, so bekommt er den Voraus nicht (BGH NJW 1983, 2874; 1979, 546; OLG Naumburg FamRZ 2001, 1406). Es wird vertreten, in der Einsetzung des Ehegatten auf den gesetzlichen Erbteil in einem Testament liege eine stillschweigende Zuwendung des Voraus, wenn deutlich werde, dass der Erblasser dem Ehegatten eine Stellung, wie einem gesetzlichen Erben, zubilligen wollte. Insbesondere dann, wenn ein Fall von § 2066 vorliege, stehe dem Ehegatten auch der Voraus zu (MüKoBGB/Leipold Rn. 5). Dies kann zumindest dann gelten, wenn sich aus dem Testament wenigstens stillschweigend ergibt, dass dem überlebenden Ehegatten der Voraus zugewendet sein soll (Grüneberg/Weidlich Rn. 2). 2

Den Voraus erhält der überlebende Ehegatte nicht, wenn das Ehegattenerbrecht nach § 1933 **ausgeschlossen** ist, der überlebende Ehegatte einen Erbverzicht erklärt hat oder eine Erbnunwürdigkeitsklärung entgegensteht. Schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft als testamentarischer Erbe aus, um gesetzlicher Erbe zu werden (§ 1948), so erhält er den Voraus (BGH Urt. v. 6.12.1978 – IV ZR 82/78, NJW 1979, 546 (547)). Schlägt er die Erbschaft als gesetzlicher Erbe aus, entfällt auch sein Anspruch auf den Voraus (Grüneberg/Weidlich Rn. 2), denn nach dem Gesetzeswortlaut muss der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe sein und nicht lediglich als solcher berufen werden. Da auf den Voraus die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften anzuwenden sind, kann allerdings der Voraus ausgeschlagen und die Erbschaft angenommen werden (Grüneberg/Weidlich Rn. 2). 3

- 4 Vor dem Hintergrund der bestehenden Testierfreiheit hat der Erblasser das Recht, in einer letztwilligen Verfügung seinem Ehegatten den Voraus zu entziehen (MüKoBGB/Leipold Rn. 7; Grüneberg/Weidlich Rn. 2). Dass dieses Recht des Erblassers besteht, ergibt sich zum einen daraus, dass der Erblasser die dem Voraus unterliegenden Gegenstände Dritten im Wege des Vermächtnisses zuwenden oder auch zu Lebzeiten über die dem Voraus unterliegenden Gegenstände selbst verfügen kann. Ferner hat der Voraus nicht den Charakter eines Pflichtteilsanspruchs und steht daher zur freien Disposition des Erblassers.
- 5 **3. Inhalt.** Nach dem Gesetzeswortlaut erhält der überlebende Ehegatte alle zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände einschließlich der Hochzeitgeschenke, soweit sie zum Nachlass gehören. Der Voraus ist nicht auf Sachen nach § 90 BGB beschränkt. Zum Voraus gehören **Sachen aber auch Rechte** (MüKoBGB/Leipold Rn. 12; Staudinger/Werner Rn. 16).
- 6 **a) Gemeinsamer Haushalt.** Voraussetzung für die Zugehörigkeit von Gegenständen zum Voraus ist zunächst, dass die Eheleute überhaupt einen **gemeinsamen Haushalt** hatten. Fehlt es daran, weil die Ehegatten bis zum Tod des Erblassers noch keinen gemeinsamen Haushalt begründet oder hatten sie ihre ehelichen Lebensverhältnisse so gestaltet, dass sie ohnehin in getrennten Wohnungen lebten, so gibt es keine Gegenstände, die als Voraus auf den überlebenden Ehegatten übergehen könnten (MüKoBGB/Leipold Rn. 9). Hatten die Eheleute zunächst einen gemeinsamen Haushalt begründet und lebten sie zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls getrennt, so ändert dies allerdings an der Zuordnung der Gegenstände zum ehelichen Haushalt nichts (KG OLGE 24, 80) Allerdings ist die Zuordnung zum ehelichen Haushalt und damit zum Voraus aufgehoben, wenn die Ehegatten die Haushaltsgegenstände einvernehmlich aufgeteilt, also den Haushalt aufgelöst haben (MüKoBGB/Leipold Rn. 9; Grüneberg/Weidlich Rn. 4). Auf Gegenstände, die die Eheleute nach der Trennung neu angeschafft haben, bezieht sich § 1932 nicht (MüKoBGB/Leipold Rn. 9). Hatten die Eheleute Gegenstände für den ehelichen Haushalt angeschafft, waren diese aber bspw. bis zum Tod des Erblassers noch nicht geliefert, so fällt auch der schuldrechtliche Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an solchen Sachen in den Voraus. Gleiches gilt dann, wenn der Erblasser ein Anwartschaftsrecht an einem Haushaltsgegenstand erworben oder einen solchen gemietet hatte (MüKoBGB/Leipold Rn. 12).
- 7 **b) Zugehörigkeit zum Haushalt.** Haushaltsgegenstände sind alle, die zur Ausstattung der ehelichen Wohnung und der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen. Auf den Wert der Gegenstände kommt es nicht an. So können auch Tafelsilber, wertvolle Gemälde, Möbel oder Teppiche Voraus sein. Diente ein Pkw oder ein Wohnmobil in erster Linie familiären Zwecken, so gehören sie zum Voraus, auch wenn damit ein oder beide Ehegatten die Fahrten zur Arbeit zurücklegten (MüKoBGB/Leipold Rn. 10). Nicht erfasst von diesem Anspruch werden persönliche Sachen des Erblassers, wie Schmuck, Kleidung etc oder Gegenstände, die der Erblasser zur Ausübung seines Berufes benötigte, wie zB Werkzeug oder der PKW eines Taxiunternehmers (Grüneberg/Weidlich Rn. 5). Soweit Sachen Zubehör (§ 97) eines Grundstücks sind, unterfallen sie dem Voraus nicht. Für das Mietrecht an der ehelichen Wohnung enthalten die §§ 563 ff. eine Sonderregelung, zum Voraus gehört dieses ebenfalls nicht (MüKoBGB/Leipold Rn. 13).
- 8 **c) Hochzeitgeschenke.** Zum Voraus gehören auch die Geschenke, die die Eheleute anlässlich der Hochzeit erhalten haben. Dabei ist es unerheblich, ob diese Geschenke, also diese unentgeltlichen Zuwendungen, vor oder nach der Hochzeit gegeben wurden. Hochzeitgeschenke stehen regelmäßig im Miteigentum beider Eheleute, es sei denn, der Schenker hat das Geschenk ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten nur einem der Ehegatten zugewendet. Der Anspruch richtet sich auf Übertragung des Eigentums (Anteils) an dem Gegenstand des Haushalts, der im Eigentum des Erblassers stand (Grüneberg/Weidlich Rn. 5)
- 9 **d) Zugehörigkeit zum Nachlass.** Voraussetzung für die Zugehörigkeit zum Voraus ist, dass der Gegenstand oder das Recht zum **Nachlass** gehört. Zum Nachlass gehören nicht Sachen, die im Alleineigentum des überlebenden Ehegatten stehen. Hat der Erblasser Miteigentum an § 1932 BGB unterfallenden Sachen, so fällt sein Miteigentumsanteil in den Nachlass und ist Gegenstand des Voraus. Haben die Ehegatten eine fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart, so gehören die Gegenstände, die als Gesamtgut gelten, nicht zum Nachlass (§ 1483 I 3) und unterfallen daher nicht dem Voraus.
- 10 **e) Umfang.** In welchem Umfang der überlebende Ehegatte den Voraus erhält, hängt davon ab, ob er neben den Verwandten der ersten Ordnung oder neben den Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe wird. Der Ehegatte erhält neben den Verwandten der zweiten Ordnung und den Großeltern den gesamten Voraus. Neben den Verwandten der ersten Ordnung, also den Abkömmlingen des Erblassers, erhält der überlebende Ehegatte den Voraus nach Abs. 1 S. 2 nur in dem Umfang, wie er die Haushaltsgegenstände und Hochzeitgeschenke zur Führung eines angemessenen Haushalts für sich selbst benötigt. Abzustellen ist dabei auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erbfalls. In jedem Fall bekommt der überlebende Ehegatte die Gegenstände, die zur Führung eines angemessenen Haushalts notwendig sind und die er entweder selbst nicht besitzt und die er auch nicht mit eigenen Mitteln anschaffen kann (Grüneberg/Weidlich Rn. 6). Darüber hinaus wird man dem Ehegatten einen Anspruch auf weitere Gegenstände des Haushalts einräumen müssen, auch wenn er in der Lage wäre, entsprechende Gegenstände aus eigenen Mitteln neu zu erwerben (MüKoBGB/Leipold Rn. 15; aA Grüneberg/Weidlich Rn. 6). Der überlebende Ehegatte muss eine Verkleinerung seines Haushalts wegen seines geringeren Bedarfs hinnehmen (Grüneberg/Weidlich Rn. 6, so aber auch BeckOK BGB/Tegelkamp/Rn. 9). Er bekommt als Voraus die Gegenstände des täglichen Gebrauchs nicht, die er als alleinstehende

hende Person in seinem Haushalt nicht mehr benötigt. Zu berücksichtigen ist, dass die Gegenstände, die nicht in den Voraus fallen, Nachlass sind und der Ehegatte dann in Höhe der Quote seines gesetzlichen Erbteils an diesen Gegenständen partizipiert. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, bei der Interessenabwägung die Höhe des Erbteils des Ehegatten mit zu berücksichtigen. Je geringer der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten ist, desto großzügiger dürfte der Voraus im Verhältnis zu den Abkömmlingen ausfallen (so auch MüKoBGB/Leipold Rn. 15).

4. Folgen. Die Gegenstände des Voraus fallen in den Nachlass. § 1932 verschafft dem Ehegatten einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den zum Voraus gehörenden Sachen zusätzlich zu seinem gesetzlichen Erbteil, auf den die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften Anwendung finden. Der Anspruch richtet sich gegen die Erben des Erblassers (S. 2 iVm § 2174). Gerichtet ist der Anspruch auf Einigung und Übergabe von Sachen bzw. Abtretung von Rechten. Ist der Ehegatte bereits im Besitz der Sachen, so ist die Übergabe entbehrlich. Der Anspruch entsteht mit dem Erbfall (§ 2176) und stellt eine Nachlassverbindlichkeit nach § 1967 II dar, die im Rahmen der Auseinandersetzung nach § 2046 I zu berichtigen ist. Der Ehegatte als Vermächtnisnehmer muss dann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, nach §§ 2318, 2322 eine Kürzung seines Vermächtnisses hinnehmen. Bei der Nachlassinsolvenz hat der Ehegatte ein minderes Recht (§ 327 I Nr. 2 InsO). Bei der Berechnung des Nachlasses zum Zwecke der Ermittlung der Höhe des **Pflichtteils** eines Abkömmlings oder der Eltern des Erblassers wird der Voraus unberücksichtigt gelassen, also nicht mit in den Nachlass eingerechnet (§ 2311 I 2; BGH NJW 1979, 546 (547); MüKoBGB/Lange § 2311 Rn. 52).

5. Lebenspartner. Auch dem Lebenspartner des verstorbenen Erblassers steht ein Voraus zu. Der Anspruch ergibt sich aus § 10 I 3 LPartG. Insoweit gibt es im Verhältnis zu dem Voraus bei Ehegatten keine Besonderheiten. Zwar ist in § 10 I 3 LPartG nicht ausdrücklich geregelt, dass auch der Lebenspartner gesetzlicher Erbe sein muss, um einen Anspruch auf den Voraus zu haben, doch ergibt sich dies daraus, dass dem Lebenspartner der Voraus nach § 10 I 3 LPartG zusätzlich zu seinem gesetzlichen Erbteil zukommen soll (BT-Drs. 14/3751, 40; Walter FPR 2005, 279 (282)) und in § 10 I 4 LPartG die Stellung des Überlebenden als gesetzlicher Erbe ausdrücklich genannt ist.

§ 1933 Ausschluss des Ehegattenerbrechts

¹Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sowie das Recht auf den Voraus ist ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. ²Das Gleiche gilt, wenn der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, und den Antrag gestellt hatte. ³In diesen Fällen ist der Ehegatte nach Maßgabe der §§ 1569 bis 1586b unterhaltsberechtig.

1. Inhalt. Nach § 1931 ist das Bestehen einer wirksamen Ehe zum Zeitpunkt des Erbfalls Voraussetzung für das Erbrecht des Ehegatten. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten entfällt aber nicht nur dann, wenn die Ehe zum Zeitpunkt des Erbfalls durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung geschieden oder aufgehoben war, sondern schon dann, wenn nach dem materiellen Recht die Voraussetzungen für die **Scheidung** der Ehe nach §§ 1565 ff. bzw. Aufhebung der Ehe nach §§ 1314 ff. vorlagen und der Erblasser entweder die Scheidung bzw. **Eheaufhebung** selbst beantragt oder dem Scheidungsantrag des anderen Ehegatten zugestimmt hatte. War die Ehe wegen des Vorliegens eines Aufhebungsgrundes nach § 1314 BGB aufhebbar, ist jedoch zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers weder eine Aufhebung durch Beschluss ausgesprochen worden noch ein Aufhebungsverfahren rechtshängig, ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten dennoch unter den besonderen Voraussetzungen des § 1318 V ausgeschlossen.

Für die **gewillkürte Erbfolge** gilt § 1933 nicht. Hier enthält das Gesetz für Testamente Regelungen in §§ 2077, 2268 und für den Erbvertrag in § 2279. Bei diesen Regelungen, die der für die gesetzliche Erbfolge geltenden ähnlich sind, handelt es sich jedoch im Gegensatz zu § 1933 um Auslegungsregeln. (Grüneberg/Weidlich Rn. 1).

2. Scheidungsverfahren. Die formellen und materiellen Voraussetzungen für ein begründetes Scheidungsverfahren müssen vorliegen.

a) Materielle Voraussetzungen. Die **Scheidungs Voraussetzungen** müssen zum Todeszeitpunkt vorgelegen haben, die Ehe hätte also geschieden werden müssen, wenn sie nicht durch den Tod des Erblassers aufgelöst worden wäre (BGH NJW 1995, 1082). Die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe liegen vor, wenn die Ehe gescheitert ist (§ 1565). Das Scheitern der Ehe wird unwiderlegbar vermutet, wenn die Ehegatten ein Jahr getrennt leben und entweder beide die Scheidung beantragt haben oder der Antragsgegner dem Scheidungsbegehren des Antragstellers zugestimmt hat (§ 1566 I). Leben die Ehegatten bereits drei Jahre getrennt, so wird ebenfalls unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist (§ 1566 II). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so muss das Gericht prognostisch unter Berücksichtigung aller Umstände entscheiden, ob die eheliche Lebensgemeinschaft aufgehoben und nicht zu erwarten war, dass die Ehegatten sie wieder herstellen (OLG Düsseldorf NJW-RR 2020, 198). Die **Beweislast** für das Vorliegen der materiellen Scheidungsvoraussetzungen hat derjenige, der sich auf den Wegfall des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten beruft (BGH NJW 1995, 1082; BayObLG FamRZ 1992, 1349; OLG München NJW 2013, 3732). Die Beweislast ändert sich auch nicht dadurch, dass einem Erbprätendenten, der sich gegenüber dem überlebenden Ehegatten auf § 1933 beruft, ein Erbschein erteilt

wurde, der den überlebenden Ehegatten nicht als Erben benennt. Derjenige, der sich auf den Wegfall des Ehegattenerbrechts beruft, muss auch beweisen, dass zum Zeitpunkt des Erbfalls keine Versöhnungsbereitschaft der Ehegatten bestand (BGH NJW 1995, 1082). Allerdings streiten für ihn dann die Vermutungen aus § 1566 I, II, sofern deren tatsächliche Grundlagen feststehen (Grüneberg/Weidlich Rn. 9). Der überlebende Ehegatte hat allerdings die Beweislast dafür, dass ausnahmsweise trotz des Vorliegens der Scheidungsvoraussetzungen eine Scheidung nicht durchgeführt worden wäre, etwa weil die Voraussetzungen für die Anwendung der Härteklausele nach § 1568 vorliegen (MüKoBGB/Leipold Rn. 14; Grüneberg/Weidlich Rn. 9). Gilt ausländisches Scheidungsrecht, so müssen die danach geltenden Voraussetzungen für die Scheidung vorliegen (Grüneberg/Weidlich, Rn. 7; OLG Köln ZEV 2014, 495).

- 5 **b) Formelle Voraussetzungen.** Voraussetzung für den Ausschluss des Ehegattenerbrechts in formeller Hinsicht ist, dass der Erblasser vor seinem Tod entweder selbst den Antrag auf Scheidung gestellt oder dem Scheidungsantrag seines Ehegatten zugestimmt hat. Der Scheidungsantrag muss zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls rechtshängig (§ 124 II FamFG), also zugestellt gewesen sein (BGH NJW 1990, 2382). Eine Zustellung des Antrages erst nach dem Tod des Erblassers genügt nicht, auch dann nicht, wenn sie „alsbald“ erfolgte. Für eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsantrags analog § 167 ZPO fehlt eine Grundlage, weil es bei dem Ausschluss des Ehegattenerbrechts weder um eine Frist zur Erhaltung eines Rechts noch um die Hemmung der Verjährung geht (BGH NJW 1990, 2382 (2383)). Es reicht auch nicht, wenn Verfahrenskostenhilfe für eine beabsichtigte Scheidung beantragt worden ist (Grüneberg/Weidlich Rn. 2; MüKoBGB/Leipold Rn. 5). Wird das Scheidungsverfahren nicht betrieben, so wird dadurch die einmal eingetretene Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags nicht berührt, selbst dann nicht, wenn die Akte nach der Aktenordnung beim Gericht weggelegt wird (BGH NJW-RR 1998, 898; Grüneberg/Weidlich Rn. 2). Allerdings steht das Nichtbetreiben eines Verfahrens durch den Erblasser über einen längeren Zeitraum einer Antragsrücknahme gleich (OLG Düsseldorf FamRZ 1991, 1107; zust. MüKoBGB/Leipold Rn. 13). So wird in einem **Nichtbetreiben** des Scheidungsverfahrens über 26 Jahre (OLG Düsseldorf FamRZ 1991, 1107) oder über 21 Jahre (OLG Saarbrücken ZErB 2011, 21) die endgültige Aufgabe des Scheidungsbegehrens gesehen. Ein Nichtbetreiben über rund 7 Jahre reicht jedoch zumindest dann nicht, wenn vor dem Tod des Erblassers der Scheidungsantrag wiederholt wird (OLG Köln FamRZ 2012, 1755, sa. OLG Düsseldorf ZEV 2018, 165). Die formellen Voraussetzungen für den Ausschluss des Ehegattenerbrechts liegen auch dann vor, wenn dem Antrag behebbare verfahrensrechtliche Mängel anhaften, wie zB die Antragstellung beim örtlichen unzuständigen Familiengericht. Dadurch wird die Rechtshängigkeit des Antrages nicht beseitigt (Grüneberg/Weidlich Rn. 2). Hatte der Erblasser seinen Scheidungsantrag vor seinem Tod **zurückgenommen**, so wird dadurch der Ausschluss des Ehegattenerbrechts beseitigt, der überlebende Ehegatte wird also wieder gesetzlicher Erbe des Erblassers. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Rücknahme des Scheidungsantrags erst nach dem Tod des Erblassers durch dessen Bevollmächtigten erfolgte (OLG Naumburg Beschl. v. 30.3.2015 – 2 WX 55/14, NJW-RR 2015, 1100; OLG Stuttgart FamRZ 2007, 502). Gleiches gilt dann, wenn der antragstellende überlebende Ehegatte den Scheidungsantrag, dem der Erblasser vor seinem Tod zugestimmt hatte, nach dessen Tod zurücknimmt. Auch dann ist das Ehegattenerbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen (OLG Frankfurt a.M. NJW 1997, 3099).
- 6 Hat der überlebende Ehegatte den Scheidungsantrag gestellt, entfällt das Ehegattenerbrecht nur, wenn der Erblasser vor seinem Tode die **Zustimmung** zum Scheidungsantrag erklärt hat. Diese Zustimmung ist eine Verfahrenshandlung und muss von dem Erblasser entweder durch Schriftsatz seines bevollmächtigten Rechtsanwalts (OLG Frankfurt a.M. NJW 1997, 3099; Bumiller/Harders FamFG § 134 Rn. 1, 2, 3) oder in der Form des § 134 FamFG, also zur Niederschrift der Geschäftsstelle oder in der mündlichen Verhandlung zur Niederschrift des Gerichts erklärt worden sein. Anwaltszwang besteht insoweit nach § 114 IV Nr. 3 FamFG nicht, so dass der Erblasser die Zustimmung zur Scheidung persönlich wirksam erklären kann. Es genügt, wenn der Erblasser selbst in einem Schreiben an das Familiengericht seine Zustimmung zur Scheidung erklärt hat (OLG Köln BeckRS 2013, 06724). Es reicht allerdings nicht, wenn der Erblasser etwa im Rahmen einer Trennungvereinbarung mit dem überlebenden Ehegatten der Scheidung zugestimmt hatte (BGH NJW 1995, 1082). Hat der Erblasser in dem von seinem Ehegatten eingeleiteten und rechtshängig gewordenen Scheidungsverfahren beim Familiengericht einen eigenen Scheidungsantrag gestellt, der vor seinem Tod beim Gericht eingegangen ist, ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen (Grüneberg/Weidlich § 1933 Rn. 2). Hat sich der Erblasser vor seinem Tod zu dem von dem überlebenden Ehegatten gestellten Scheidungsantrag nicht geäußert, so ist das Ehegattenerbrecht des überlebenden Ehegatten – mangels Zustimmung des Erblassers – nicht ausgeschlossen (OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 1642). Hat der Erblasser seine Zustimmung zur Scheidung zweifelsfrei und wirksam (OLG Oldenburg ZEV 2019, 108) **widerrufen**, was noch bis zur mündlichen Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz möglich ist (Bumiller/Harders FamFG § 134 Rn. 8, 9; vgl. aber BGH Beschl. v. 4.9.2013 – XII ZB 87/12, NJW 2013, 3722 Rn. 21 zum Widerruf der Zustimmung nur zu dem Zweck, noch Folgesachen in das Bundesverfahren einführen zu können), so wird der überlebende Ehegatte wieder gesetzlicher Erbe des Erblassers, da die Voraussetzungen des § 1933 für den Ausschluss des Ehegattenerbrechts dann nicht mehr vorliegen. Für eine **Versöhnung** der Ehegatten vor dem Tod des Erblassers, die zum Wegfall der Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe und damit zum Entfall der Voraussetzungen für den Ausschluss des Ehegattenerbrechts führen können, sind konkrete Umstände darzulegen. Allein der Hinweis darauf, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass man sich dann, wenn der Erblasser nicht verstorben wäre, vor einem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Familien-