

## Erbrecht

von

Prof. Dr. Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, Christian Braun, Dr. Peter Bräutigam, Ulrike Czubayko, Dr. Slavko Djordjevic, Dr. Thomas Egerland, Ursula Flechtner, Dr. Susanne Frank, Susanne Franke, Walter Gierl, Dr. Hellmut Götz, Dr. Tamara Große-Boymann, Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dr. Jörn Heinemann, Dr. Norbert Joachim, Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Dr. Dietmar Kurze, Martin Lang, Franz-Georg Lauck, Jürgen E. Milatz, Dr. Gabriele Müller, Dr. Damian Wolfgang Najdecki, Stephan Neubauer, Gerhard Ruby, Herbert Schons, Prof. Dr. Dennis Solomon, Finn Zwißler

2. Auflage

[Erbrecht – Burandt / Rojahn / Braun / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Testamente und Erbverträge](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65752 8

gen werden. Vielmehr kann der Nacherbe bereits nach dem Erbfall eine Annahmeerklärung abgeben und muss nicht den Zeitpunkt des Nacherbfalls abwarten (§ 2142 Rn. 10).

**b) Ersatzerbe.** Zeitliche Voraussetzung für die Annahme oder Ausschlagung ist der Erbfall, nicht aber den Anfall der Erbschaft, so dass es gerechtfertigt ist, wie beim Nacherben (§ 2142 I BGB) auch dem Ersatzerben die Möglichkeit der Ausschlagung einzuräumen, selbst wenn der vorberufene Erbe noch nicht weggefallen ist und es damit eventuell nicht zu einem Anfall an den Ersatzerben kommt (BGH NJW 1998, 543).

**c) Aufschiebend bedingte Erbeinsetzung.** Hat der Erblasser eine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung getroffen, dann ist die Erbeinsetzung bereits vor Eintritt der Bedingung möglich, da § 1946 lediglich auf den Erbfall des Erblassers abstellt und nicht auf den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen (vgl. ebenfalls MüKoBGB/Leipold § 1946 Rn. 2).

**d) Ausschlagungen im Anwendungsbereich des § 2306.** Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er gem. § 2306 I 1 den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Die Ausschlagungsfrist beginnt gem. § 2306 I 2 erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwer Kenntnis erlangt. Hat der Erbe die Erbschaft wirksam angenommen, kann auch er innerhalb der Frist des § 2306 I 2 die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, sondern lediglich die Anfechtung der Annahme erklären, falls er bei der Annahme einem Irrtum unterlag (BGH NJW 1989, 2885, 2886). Die besondere Regelung des § 2306 I 2 hindert den Erben jedoch nicht, die Erbschaft vor Beginn der dort geregelten Frist anzunehmen (OLG Hamm MittBayNot 2004, 456, 457).

**4. Juristische Personen.** Juristische Personen können die Erbschaft ebenfalls nach den allgemeinen Regeln annehmen. Bedarf es jedoch einer Genehmigung nach Landesrecht, dann können diese zwar vor Erteilung der Genehmigung die Erbschaft ausschlagen, jedoch diese nicht annehmen (Palandt/Weidlich § 1946 Rn 1; str.).

**5. Nasciturus.** Da das noch nicht geborene Kind (Nasciturus) gem. § 1923 II Erbe sein kann, kann die Ausschlagung der Erbschaft von den vertretungsberechtigten Personen vor seiner Geburt bereits erklärt werden (OLG Stuttgart DNotZ 1993, 458, 459). Eine Ausschlagung im Namen des ungeborenen Kindes ist bereits vor seiner Geburt möglich, da das Recht der Ausschlagung allein noch keine Schmälerung der Rechtsstellung des Nasciturus bewirkt und diese bei einem überschuldeten Nachlass von vornherein dem Interesse des Nasciturus dienen kann (OLG Stuttgart DNotZ 1993, 458, 459). Zur Vertretung des Nasciturus durch den gesetzlichen Vertreter vgl. § 1943 Rn. 12. Dem allgemeinen Interesse an Rechtsklarheit und -sicherheit ist daher Rechnung zu tragen. Eine Annahme im Namen des Nasciturus ist hingegen nicht möglich, da dieser erst Rechtsfähigkeit mit Geburt erlangt (vgl. § 1942 Rn. 4) und daher vor seiner Geburt nicht sicher ist, ob er überhaupt zur Erbfolge gelangen kann (Palandt/Weidlich § 1943 Rn 4; str.).

## § 1947 Bedingung und Zeitbestimmung

Die Annahme und die Ausschlagung können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen.

**1. Normzweck.** Der beim Vonselbsterwerb entstehende Schwebezustand soll im Hinblick auf die baldige Erreichung von Rechtsklarheit möglichst schnell beseitigt werden (vgl. § 1943 Rn. 1). Würde die Möglichkeit des Erben bestehen, die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft unter eine Bedingung im Sinn der §§ 158 ff. oder eine Zeitbestimmung zu stellen, dann würde dies dem Zweck der § 1922 ff. zuwiderlaufen. Aus diesem Grund verbietet § 1947 die Bedingung oder Befristung der Erbschaftsannahme und Ausschlagung. Eine gegen § 1947 verstoßende Ausschlagung ist gem. § 134 nichtig. Für Vermächtnisse ist eine Parallelvorschrift in § 2180 II 2 Halbs. 2 zu finden, wonach eine Annahme oder Ausschlagung unwirksam ist, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Die Annahme oder Ablehnung des Amtes als Testamentsvollstrecker ist ebenfalls unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

**2. Begriff der Bedingung.** Der Begriff der Bedingung im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterscheidet sich von der Begrifflichkeit, die im Sprachgebrauch als Bedingung bezeichnet wird.

**a) Rechtsgeschäftliche Bedingungen.** Motive des Ausschlagenden oder Annehmenden stellen keine Bedingung dar. Zum Wesen einer echten Bedingung i.S.d. §§ 158 ff. gehört, dass die Wirkung eines Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird (BayObLG NJW 1967, 729). Das Ereignis, von dem die Wirkung des Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird, muss nicht nur objektiv ungewiss sein, sondern nach dem im Rechtsgeschäft zum Ausdruck kommenden Willen zugleich als subjektiv ungewiss angesehen werden. Das Rechtsgeschäft soll nach dem Willen des Handelnden von einem ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden, also einem

## 10 BGB § 1948

Buch 5. Abschnitt 2. Titel 1. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft

Ereignis, dessen Eintritt gerade auch für ihn ungewiss ist (BayObLG NJW 1967, 729). Erklärt ein Erbe seine Ausschlagung der testamentarischen Zuwendung unter der als selbstverständlich betrachteten „Bedingung“ der Anerkennung des gesetzlichen Erbrechts, dann bezieht sich das weder auf ein ungewisses noch auf ein künftiges Ereignis. Ob nämlich die gesetzliche Erbfolge durch die Ausschlagung eingetreten ist oder nicht, steht bereits fest, so dass dies nicht gegen § 1947 verstößt (BayObLG BeckRS 1977, 00170).

- 4 **b) Gegenwarts- und Vergangenheitsbedingung.** Es ist umstritten, inwiefern eine Bedingung im Sinn dieser Vorschrift vorliegt, wenn der Erbe die Ausschlagung vom Eintritt eines vergangenen oder gegenwärtigen Ereignisses abhängig macht, von dem er nicht weiß, ob es eingetreten ist. Diese werden in der Literatur zum Teil als Gegenwartsbedingungen oder Vergangenheitsbedingungen bezeichnet (vgl. *Specks ZEV* 2007, 356). Da allerdings bei Verwendung einer Gegenwartsbedingung oder Vergangenheitsbedingung objektiv für Dritte erkennbar ist, ob das Erbe ausgeschlagen wurde, liegt kein Schwebezustand vor, wie er durch eine Bedingung, der ein ungewisses Ereignis zugrunde liegt, herbeigeführt wird. Daher ist eine derartige Ausschlagung nicht als unwirksam zu qualifizieren (vgl. *MüKoBGB/Leipold* § 1947 Rn. 5; *Specks ZEV* 2007, 356, 360 mwN).
- 5 Die Ausschlagung der Erbschaft kann auf einen Berufsungsgrund beschränkt werden. Dies kann aus § 1948 I und § 1949 II gefolgert werden. Nach § 1949 II erstreckt sich die Ausschlagung im Zweifel auf alle Berufsungsgründe, so dass im Umkehrschluss die Ausschlagung auf einen Grund beschränkt werden kann (OLG München *ZEV* 2006, 554, 556).
- 6 **c) Rechtsbedingung.** Keine Bedingung i.S.d. § 158 und damit auch i.S.d. § 1947 stellt die Rechtsbedingung (*conditio iuris*) dar, bei welcher die Beteiligten gesetzliche Wirksamkeitserfordernisse in das Rechtsgeschäft aufnehmen, weil der Schwebezustand nicht rechtsgeschäftlich, sondern gesetzlich begründet ist (*Nieder/Kössinger* Rn. 18; *MüKoBGB/Westermann* § 158 Rn. 54). Folglich hat diese Art der Bedingung keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Annahme oder Ausschlagung.
- 7 **3. Ausschlagung zugunsten eines Dritten.** Besonderheiten bestehen bei der Ausschlagung zugunsten Dritter. Möchte der Erbe einen Dritten begünstigen, kann das lediglich das Motiv der Ausschlagung sein, ohne dass der Ausschlagende die Wirksamkeit seiner Erklärung vom Eintritt des vorausgesetzten Erfolgs abhängig machen will. In diesem Fall liegt keine Bedingung im Sinn dieser Vorschrift vor (DNofI-Report 3/2006 S. 22). Weitgehende Einigkeit besteht vielmehr darüber, dass eine bedingte und damit nach § 1947 unzulässige Erbschaftsausschlagung gegeben ist, wenn es dem Ausschlagenden erkennbar daran liegt, dass die Erbschaft an bestimmte Dritte gelangt und der Erklärende mit einem möglichen anderen Erfolg keineswegs einverstanden ist (BayObLGZ 1977, 163, 169). Schlägt ein Erbe aus, damit ein schon kraft gesetzlicher Erbfolge berufener Erbe, an seine Stelle tritt, wie z.B. ein Elternteil, der für sein Kind ausschlägt, ist dies lediglich als Motiv anzusehen, weil der Nächstberufene bereits objektiv für alle erkennbar feststeht (*MüKoBGB/Leipold* § 1947 Rn. 5). Inwiefern eine zur Unwirksamkeit führende Bedingung vorliegt oder lediglich ein unbeachtliches Motiv gegeben ist, hat das Gericht anhand der Gesamtumstände durch Auslegung der Ausschlagungserklärung zu ermitteln (BayObLGZ 1977, 163, 169).

## § 1948 Mehrere Berufsungsgründe

(1) Wer durch Verfügung von Todes wegen als Erbe berufen ist, kann, wenn er ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde, die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen.

(2) Wer durch Testament und durch Erbvertrag als Erbe berufen ist, kann die Erbschaft aus dem einen Berufsungsgrund annehmen und aus dem anderen ausschlagen.

- 1 **1. Normzweck.** Die Vorschrift eröffnet dem Erben, der durch Verfügung von Todes wegen als Erbe berufen ist und zugleich gesetzlicher Erbe wäre, die Erbeinsetzung aufgrund Verfügung von Todes wegen auszuschlagen und i.Ü. die Erbschaft als gesetzlicher Erbe anzunehmen. Zudem kann der Erbe sich bei einer Erbeinsetzung im Testament und Erbvertrag für eine der Verfügungen entscheiden und die andere ausschlagen. Diese Vorschrift ist von § 1951 zu unterscheiden, wo die Berufung zu mehreren Erbteilen geregelt ist. § 1948 betrifft hingegen die Konstellation, wonach ein Erbe aus mehreren Gründen zur Erbschaft berufen ist. Im Übrigen können gem. § 1950 die Annahme und die Ausschlagung nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. Die Bedeutung dieser Vorschrift in der Praxis ist jedoch eher gering.
- 2 **2. Berufung als gesetzlicher und gewillkürter Erbe (Abs. 1).** Wer aufgrund einer Verfügung von Todes wegen und zugleich als gesetzlicher Erbe zur Erbschaft berufen ist, kann zwar nach dieser Vorschrift als Testamentserbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen. Diese Vorschrift verschafft dem Erben jedoch nicht ein Wahlrecht zwischen gesetzlichem und letztwillig verfügbarem Erbteil, sondern legt lediglich fest, dass der Erbe aufgrund eines Testaments durch Ausschlagung dieses Erbes nicht das Recht verliert, aufgrund gesetzlicher Erbfolge des Erbe anzunehmen, wenn ihm sein

Wegfall als testamentarischer Erbe die gesetzliche Erbfolge eröffnet (OLG Frankfurt NJW 1955, 466). Hat der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen angeordnet, dass die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen ist, kommt diese Vorschrift nicht zur Anwendung und der Ausschlagende gelangt überhaupt nicht zur Erbfolge (BayObLG BeckRS 1977, 00170). Dies ist stets der Fall, wenn die Erbfolge umfassend durch Testament geregelt wurde und die gesetzliche Erbfolge in Folge dessen nicht eintritt (OLG München NJW-RR 2006, 1668, 1670), was bereits dann gegeben ist, wenn der Erblasser einen Ersatzerben bestimmt hat oder sich der Ersatzerbfolge aus § 2069 ergibt. Daher ist bei Anwendung dieser Vorschrift äußerste Vorsicht geboten, weil eine Ausschlagung im Zusammenhang mit dieser Norm die gewollte Wirkung schnell verfehlen vermag. Der Anwendung von § 1948 steht es hingegen nicht entgegen, falls der gesetzliche Erbteil kleiner oder größer ist, als der aufgrund gewillkürte Erbfolge zugewandte Erbteil (*Schramm* DNotZ 1965, 734, 735).

**3. Doppelte Berufung als gewillkürter Erbe (Abs. 2).** § 1948 II hat ebenfalls kaum praktische Bedeutung. Hat der Erblasser eine testamentarische Anordnung getroffen und danach einen Erbvertrag mit einer anderen Person zur Niederschrift eines Notars geschlossen, wird in den meisten Fällen der Erbvertrag die Aufhebung der testamentarischen Verfügungen zur Folge haben. Hat der Erblasser als erstes einen Erbvertrag geschlossen und danach eine testamentarische Verfügung von Todes wegen errichtet, sind die im Testament getroffenen Verfügungen nach § 2289 unwirksam, falls diese im Widerspruch zum Erbvertrag stehen. Beruht die Erbeinsetzung hingegen auf zwei Testamenten oder zwei Erbverträgen, die zwischen den gleichen Personen geschlossen wurden, gelangt nicht die vorliegende Norm, sondern wohl § 1951 II zur Anwendung.

## § 1949 Irrtum über den Berufungsgrund

(1) Die Annahme gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtum war.

(2) Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.

**1. Normzweck.** Die Vorschrift des § 1949 verdeutlicht, dass es bei der Annahme und bei der Ausschlagung einer Erbschaft nicht allein auf die Erbschaft per se ankommt, sondern vielmehr dem Grund der Berufung eine herausragende Rolle zu Teil wird. Dieser gesetzgeberische Wille ist ebenfalls den Regelungen der §§ 1944 II 1, 1948 und 1951 zu entnehmen. Eine weitere Besonderheit ist darin zu erblicken, dass es bei einem Irrtum nicht einer Anfechtungserklärung bedarf, um die Nichtigkeit herbeizuführen. Vielmehr besteht die Unwirksamkeit bereits schon, wenn der Irrende sich darauf beruft. Eine Anfechtungserklärung kann hingegen vorsorglich jederzeit abgegeben werden. Damit nimmt die Vorschrift im Vergleich zu den sonstigen Regelungen eine Sonderrolle ein und entspricht der Regelung des gemeinen römischen Rechts (vgl. dazu ebenfalls *Kraiß* BWNotZ 1992, 31, 32 mwN).

**2. Annahme bzw. Ausschlagung.** Die Vorschrift des § 1949 gelangt nur dann zur Anwendung, falls der Erbe die Erbschaft ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten angenommen hat. Bei einer fingierten Annahme durch Fristablauf kommt die Norm nicht zum Tragen, weil die Ausschlagungsfrist nicht ohne Kenntnis des Berufungsgrundes bereits tatbestandsmäßig zu laufen beginnen kann (*MüKoBGB/Leipold* § 1949 Rn. 4). Gemäß § 1949 II erstreckt sich die Ausschlagung im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind, und damit nicht lediglich auf den tatsächlichen Berufungsgrund, den der Erbe nicht kennt (BayObLG BeckRS 2001, 16028).

§ 1949 I kommt ferner zur Anwendung, wenn der Erbe sich über den Berufungsgrund geirrt hat und nur aus diesem Grund das Erbe ausgeschlagen hat, was dem Umkehrschluss zur Regelung in § 1949 II zu entnehmen ist (BeckOK/Siegmann/Höger § 1949 Rn. 2). Hat der Ausschlagende jedoch die Ausschlagung nicht auf einen bestimmten Berufungsgrund beschränkt, erstreckt sich die Ausschlagung gem. § 1949 II im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind, wobei entsprechend dem Wortlaut der Zeitpunkt der Erklärung für den Irrtum maßgeblich ist.

**3. Irrtum über den Berufungsgrund.** Die Anwendung der vorliegenden Vorschrift setzt zudem einen Irrtum über den Berufungsgrund voraus. Berufungsgrund ist dabei der konkrete Tatbestand, aus dem sich die rechtliche Folge der Berufung zur Erbschaft ergibt (BayObLG BeckRS 2001, 16028; *MüKoBGB/Leipold* § 1949 Rn. 2). Ein Irrtum ist gegeben, wenn der Erbe glaubt, dass er aufgrund testamentarischer Verfügung zum Erben berufen wurde, dies in Wirklichkeit aber aufgrund gesetzlicher Erbfolge geschehen ist. Ferner liegt ein Irrtum im Sinn dieser Vorschrift vor, wenn der Erbe sich über die Verwandtschaftsbeziehung täuscht oder glaubt, er habe aufgrund eines Testaments den Nachlass geerbt, in Wirklichkeit aber in einem Erbvertrag die Verfügung von Todes wegen enthalten war (*MüKoBGB/Leipold* § 1949 Rn. 2). Ein Rechtsirrtum kann einen beachtlichen Willensmangel

## 10 BGB § 1950

Buch 5. Abschnitt 2. Titel 1. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft

darstellen, wenn beispielsweise der Erbe ein Testament gem. § 2247 für unwirksam hält, dies jedoch ordnungsgemäß errichtet wurde (BGH NJW 1997, 392, 394). Die Nichtigkeit der Erbschaftsannahme kommt lediglich in Frage, wenn der Irrtum über den Berufungsgrund für die Annahme ursächlich war und dem Annehmenden der Berufungsgrund nicht gleichgültig war (OLG Karlsruhe ZEV 2007, 380, 381; Palandt/Weidlich § 1949 Rn. 1). Zwar kann der Vorschrift nicht ausdrücklich entnommen werden, ob für deren Anwendung es auf die Kausalität ankommt, doch folgt die Notwendigkeit bereits aus der Natur des Irrtums (MüKoBGB/Leipold § 1949 Rn. 5). Ob der Irrtum entschuldbar war, ist für die Anwendung der vorliegenden Norm unerheblich (Palandt/Weidlich § 1949 Rn. 3).

- 5 **4. Rechtsfolge.** Lag ein Irrtum vor, gilt die Annahme der Erbschaft als nicht erfolgt, ist also nichtig, ohne dass es einer Anfechtungserklärung bedarf. Da keine „klassische“ Anfechtung im Sinn der §§ 119ff. gegeben ist, scheidet eine Schadensersatzpflicht des Anfechtenden gem. § 122 zugleich aus.

### § 1950 Teilannahme; Teilausschlagung

<sup>1</sup>Die Annahme und die Ausschlagung können nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. <sup>2</sup>Die Annahme oder Ausschlagung eines Teils ist unwirksam.

- 1 **1. Normzweck.** § 1950 liegt das Prinzip der Universalsukzession gem. § 1922 zugrunde. Nach dem Grundprinzip des deutschen Erbrechts soll der Nachlass als Ganzes auf einen oder mehrere Erben übergehen. Lediglich über punktuelle Eingriffe, wie Vermächtnisse, kann und darf es zu Abweichungen der Gesamtrechtsnachfolge kommen. Die Regelung dient dabei Zweckmäßigkeitserwägungen und beugt einer Zersplitterung des Nachlasses, auch aus Gläubigerschutzgründen, vor (KG NJW-RR 2005, 592, 593). Damit dieses Prinzip durch die Annahme oder Ausschlagung nicht unterlaufen wird, können sowohl Annahme als auch Ausschlagung der Erbschaft nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. Zu beachten ist aber die Vorschrift des § 1948, die dem Erben ausnahmsweise ein beschränktes Wahlrecht bei der Berufung als gesetzlichen Erben und aufgrund Verfügung von Todes wegen einräumt. Auf Vermächtnisse findet diese Vorschrift gem. § 2180 III entsprechende Anwendung. Hat der Erblasser dem Erben zugleich ein Vorausvermächtnis zugewandt, handelt es sich um keine Form der Teilausschlagung, wenn er diesen gem. § 2180 gegenüber den Erben ausschlägt, solange die Annahme des Vermächtnisses nicht Bedingung für die Erbeinsetzung war (*Keim* RNotZ 2006, 602, 604).
- 2 **2. Teilannahme und Teilausschlagung.** § 1950 will Konstellationen regeln, wonach die Ausschlagung auf rechtlich nicht existierende Teile der Erbschaft (Bruchteile der Erbschaft oder des Erbteils) oder der Nachlassmasse beschränkt wird (OLG Hamm NJW 1981, 2585). Erklärt der Erbe die Ausschlagung unter Vorbehalt des Pflichtteils, ist diese Ausschlagung nicht gem. § 1950 als Teilausschlagung unwirksam (OLG Hamm NJW 1981, 2585; kritisch und differenzierend MüKoBGB/Leipold § 1950 Rn. 5). Unzulässig wäre eine derartige Ausschlagung jedoch dann, wenn der Ausschlagende damit zum Ausdruck bringen möchte, dass er einen Erbteil in Höhe des Pflichtteils behalten und den restlichen Erbteil ausschlagen möchte (vgl. *Ivo* ZEV 2002, 145). Bei der Auslegung einer Ausschlagungserklärung ist auf das Verständnis desjenigen Personenkreises abzustellen, der von der Ausschlagung rechtlich betroffen wird. Die gleiche Betrachtung gilt auch für die Teilausschlagung (BayObLG DtZ 1992, 284).
- 3 **3. Rechtsfolge.** Die Annahme oder Ausschlagung eines Teils der Erbschaft ist gem. § 1950 S. 2 unwirksam. Erklärt der Ausschlagende nicht innerhalb der Ausschlagungsfrist noch eine wirksame Ausschlagung, hat er die Erbschaft insgesamt wegen der gesetzlichen Annahmefiktion angenommen. Eine Umdeutung einer unwirksamen Teilausschlagung in eine Vollausschlagung würde wohl dem gesetzgeberischen Willen widersprechen, da dieser in S. 2 ausdrücklich die Unwirksamkeit anordnet und nicht die automatische Umdeutung in eine Vollausschlagung.
- 4 **4. Ausnahmen.** Von dem Verbot dieser Vorschrift bestehen jedoch Möglichkeiten der Abweichung. Beispielsweise kann der Erblasser durch eine geschickte Gestaltung seiner Verfügung von Todes wegen, dem Erben die Möglichkeit der Teilausschlagung eröffnen. Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbteile ein, kann er ihm gem. § 1951 III durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen. Insoweit wird es von der h. M. für zulässig erachtet, dass der Erblasser die Erbschaft in Bruchteile aufspaltet, um eine gesonderte Annahme oder Ausschlagung zu ermöglichen (BayObLG NJW-RR 1997, 72, 73 mwN). Ferner kann der Erblasser für dieselbe Person mehrere Erbeinsetzungen unter verschiedenen Voraussetzungen und mit unterschiedlicher Ausgestaltung der Erbenstellung, wie zum Beispiel der Belastung mit einer Nacherbschaft oder der Beschwerung mit Vermächtnissen, anordnen und auf diese Weise zugleich dem Erben die gesonderte Annahme oder Ausschlagung der verschiedenen Erbschaften gestatten (BayObLG NJW-RR 1997, 72; LG Berlin BeckRS 2003, 13017). Eine zu dieser Vorschrift speziellere Norm ist in der Höfeordnung zu finden. Der Hoferbe kann gem. § 11 HöfeO den Anfall des Hofes

durch Erklärung gegenüber dem Gericht ausschlagen, ohne die Erbschaft in das übrige Vermögen auszuschlagen. Auf diese Ausschlagung finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Ausschlagung der Erbschaft entsprechende Anwendung.

## § 1951 Mehrere Erbteile

(1) Wer zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen.

(2) <sup>1</sup>Beruht die Berufung auf demselben Grund, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt. <sup>2</sup>Die Berufung beruht auf demselben Grund auch dann, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist.

(3) Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbteile ein, so kann er ihm durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen.

1. **Normzweck.** Während die Vorschriften der §§ 1948, 1950 die Teilannahme oder Teilausschlagung eines Erbteils behandeln, soll durch § 1951 die Konstellation erfasst werden, bei der ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen ist. Besonders leicht verwechselt werden kann die Regelung des § 1951 mit dem Anwendungsbereich des § 1948. Letztere Norm behandelt die Berufung aus mehreren Gründen, wobei hingegen § 1951 die Berufung zu mehreren Erbteilen behandelt. Während der Erblasser die Möglichkeit einer derartigen Erbeinsetzung nutzen kann, also für dieselbe Person mehrere Erbeinsetzungen unter verschiedenen Voraussetzungen anordnen darf (BayObLGZ 1966, 227, 231), werden die Rechte eines Erben, der auf mehrere Erbteile eingesetzt wurde, eingeschränkt. Dabei unterscheidet § 1951 zwischen der Berufung aus verschiedenen Gründen (Abs. 1) und der Berufung aus demselben Grund (Abs. 2). Eine Erbeinsetzung zu mehreren Erbteilen im Sinn dieser Vorschrift ist beispielsweise gegeben, wenn der Erblasser einen Erben zu einem Teil als Erben und zum anderen Teil lediglich als Nacherben einsetzt.

2. **Mehrere Erbteile.** Die Berufung zu mehreren Erbteilen kann sich sowohl aufgrund gesetzlicher Erbfolge als auch aufgrund Verfügung von Todes wegen ergeben, wobei Mischformen ebenfalls in Frage kommen.

a) **Gesetzliche Erbfolge.** Hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge kann sich aus § 1927 und § 1934 die Berufung zu mehreren Erbteilen ergeben. Wer in der ersten, der zweiten oder der dritten Ordnung verschiedenen Stämmen angehört, erhält den in jedem dieser Stämme ihm zufallenden Anteil. Jeder Anteil gilt gem. § 1927 S. 2 als besonderer Erbteil. Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten, erbt er zugleich als Verwandter. Der Erbteil, der ihm aufgrund der Verwandtschaft zufällt, gilt gem. § 1934 als besonderer Erbteil.

b) **Gewillkürte Erbfolge.** Hinsichtlich der gewillkürten Erbfolge führt beispielsweise die vorstehend angesprochene Erbeinsetzung teilweise zum Vollerben und teilweise zum Nacherben zu mehreren Erbteilen im Sinn dieser Vorschrift. Mehrere Erbteile können bei gewillkürter Erbfolge entstehen, wenn der Erblasser mit mehreren unterschiedlichen Personen jeweils einen Erbvertrag geschlossen hat, was eben zur Bildung mehrerer Erbteile führen kann. Auch eine Erbfolge, die zum Teil aufgrund testamentarischer Erbeinsetzung erfolgt und zum Teil aufgrund erbvertraglicher Verfügungen von Todes wegen, kann die Bildung mehrerer Erbteile zur Folge haben.

c) **Kombination aus gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge.** Praxisrelevant ist insbesondere die Konstellation, bei welcher der Erblasser lediglich über einen Bruchteil seines Erbteils eine Verfügung von Todes wegen getroffen hat, während der verbleibende Anteil seines Nachlasses zur gesetzlichen Erbfolge gelangen soll. Hat der Erblasser nur einen Erben eingesetzt und die Einsetzung auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt, tritt in Ansehung des übrigen Teils gem. § 2088 I die gesetzliche Erbfolge ein. Das Gleiche gilt gem. § 2088 II, wenn der Erblasser mehrere Erben unter Beschränkung eines jeden auf einen Bruchteil eingesetzt hat und die Bruchteile das Ganze nicht erschöpfen.

d) **Sonstige Fälle.** Hat ein Miterbe die Erbschaft ausgeschlagen und sich daher der Erbteil des Erben erhöht, stellt dies grundsätzlich keinen gesonderten Erbteil im Sinn dieser Vorschrift dar. Nach § 1935 wird nur hinsichtlich bestimmter Rechtsfolgen ein besonderer Erbteil begründet, was aber nicht zur gesonderten Annahme oder Ausschlagung berechtigt (vgl. § 1935 Rn. 4; MüKoBGB/Leipold § 1951 Rn. 3). Die Anwachsung nach § 2095 sowie die güterrechtliche Erhöhung der Erbquote des Ehegatten nach § 1371 I führen ebenfalls nicht zu mehreren Erbteilen im Sinne dieser Vorschrift.

3. **Mehrere Berufungsgründe.** Liegen mehrere Erbteile im Sinn der vorliegenden Norm vor, ist zwischen der Berufung aus verschiedenen Gründen (Abs. 1) und aus einem Grund (Abs. 2) zu differenzieren. Berufungsgrund ist dabei der konkrete Tatbestand, aus dem sich die rechtliche Folge der



## 10 BGB § 1952

Buch 5. Abschnitt 2. Titel 1. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft

Berufung zur Erbschaft ergibt (vgl. § 1949). Wer zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen.

- 8 Beruht die Berufung auf demselben Grund, gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt. Die Berufung beruht auf demselben Grund auch dann, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist (§ 1951 II 2). Im Umkehrschluss dazu kann gefolgert werden, dass die Berufung durch ein Testament und einen Erbvertrag oder durch Erbverträge mit unterschiedlichen Personen zu verschiedenen Berufungsgründen führt.
- 9 **4. Gestattung durch den Erblasser (Abs. 3).** Durch die Regelung in § 1951 III kann der Erblasser, der einen Erben auf mehrere Erbteile einsetzt, ihm durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen. Um eine Teilannahme oder Teilausschlagung im Sinn dieser Vorschrift zu ermöglichen, darf der Erblasser im Testament die Erbschaft in Bruchteile aufspalten (BayObLG NJW-RR 1997, 72, 73). Diese Ermächtigung muss nicht ausdrücklich unter Verwendung des § 1951 III erklärt werden, vielmehr muss diese durch Auslegung ermittelt werden können. Bei Abs. 3 handelt es sich um eine Ausnahmebestimmung, denn sie stellt eine Durchbrechung der Unteilbarkeit des Erbteils dar, und ist daher eng auszulegen (LG Berlin BeckRS 2003, 13017 = FamRZ 2003, 1134). Hat der Erblasser einen Erben teilweise zum Erben und teilweise zum Nacherben eingesetzt, enthält die gewählte Konstellation eine Vermutung dahingehend, dass der Erblasser entsprechend der Regelung in § 1951 III dem Erben eine selektive Ausschlagung gestatten wollte (offen gelassen von KG NJW-RR 2005, 592, 593; v. Oertzen/Hannes ZEV 2003, 361, bejahend MüKoBGB/Leipold § 1952 Rn. 2). In diesem Zusammenhang ist es dem Erblasser auch gestattet, die gesonderte Annahme und Ausschlagung der verschiedenen Erbschaften anzuordnen.
- 10 **5. Rechtsfolgen.** Liegen mehrere Erbteile bei einer Berufung aus verschiedenen Gründen oder mehrere Erbteile auf einem Grund, wobei eine Gestattung i.S.d. § 1951 III vorliegt, dann kann der Erbe einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen. Gerade bei der Vertragsgestaltung von Verfügungen von Todes wegen ist die Vorschrift von Bedeutung, wenn die Größe des Nachlasses im Todesfall nicht absehbar ist, aber im Hinblick auf die Erbschaftsteuer die Möglichkeit einer Ausschlagung von einem Teil des Nachlasses erhalten bleiben soll.

## § 1952 Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts

(1) Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich.

(2) Stirbt der Erbe vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist, so endet die Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist.

(3) Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen.

- 1 **1. Normzweck/Vererblichkeit.** Zweck dieser Vorschrift ist die Sicherstellung eines Übergangs des Ausschlagungsrechts auf die Erben, wenn der Ausschlagungsberechtigte vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstirbt. Auf Vermächtnisse finden Abs. 1 und 3 dieser Vorschrift gem. § 2180 III entsprechende Anwendung. Auf wen sich das Ausschlagungsrecht vererbt, ergibt sich jedoch nicht aus § 1952, sondern aus dem in § 1942 zum Ausdruck gekommenen Wesen des Ausschlagungsrechts (BGH NJW 1965, 2295). Im Umkehrschluss zu dieser Vorschrift muss gefolgert werden, dass das Ausschlagungsrecht als Gestaltungsrecht, welches an die Erbenstellung gebunden ist, nicht durch ein Rechtsgeschäft übertragen werden kann (OLG Zweibrücken DNotZ 2008, 384). Eine Pfändung oder Überleitung auf den Sozialhilfeträger ist ebenfalls nicht möglich (MüKoBGB/Leipold § 1952 Rn. 1). Der Erbesebe darf die erste Erbschaft auch dann ausschlagen, wenn er bei dieser als Ersatzerbe zur Erbfolge gelangt. Auf diese Weise kann er Nachlassgläubigern den Zugriff auf die Erbschaft entziehen.
- 2 **2. Ausschlagungsfrist.** Wurde für den Erblasser eine Ausschlagungsfrist gem. § 1944 in Gang gesetzt, läuft diese grundsätzlich für dessen Erben weiter, und zwar unabhängig von seiner Kenntnis vom ersten Erbfall. Abs. 2 dieser Vorschrift bestimmt aber, dass die Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist endet. Die Frist beträgt gem. § 1944 III ebenfalls sechs Monate, wenn der Erbesebe seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland hatte oder wenn sich der Erbesebe bei dem Beginn der Frist im Ausland aufhielt.
- 3 **3. Vor- und Nacherbschaft.** Bei einer Vor- und Nacherbschaft kann die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts ebenfalls zum Tragen kommen. Für die gesetzlichen Erben eines Vorerben, denen der Nachlass durch Eintritt des Nacherbfalles nicht zufällt, besteht auch noch nach Eintritt des Nacherbfalles die Möglichkeit, den Anfall der Vorerbschaft an ihre Rechtsvorgänger auszuschlagen, solan-

ge die Ausschlagungsfrist noch läuft (BGH NJW 1965, 2295). Durch ein Ausschlagen der Erben des Vorerben erlangt der Vorerbe den Nachlass letztlich nicht, so dass auch kein Raum für den Nacherbfall bleibt (MüKoBGB/Leipold § 1952 Rn. 3). Ist hingegen der Erbeserbe lediglich Vorerbe, kann er dennoch den Nachlass nach dem Ersterben ausschlagen, ohne dass der Ausschlagung die §§ 2112, 2113 entgegen stehen. Entsprach die Ausschlagung jedoch nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung, kann der Erbeserbe als Vorerbe dem Nacherben gem. §§ 2130, 2131 verantwortlich sein (Palandt/Weidlich § 1952 Rn. 5).

**4. Mehrheit von Erbeserben (Abs. 3).** Sind mehrere Erbeserben, also nicht nur ein alleiniger Erbe vorhanden, erlangen die Erbeserben den Erbteil in Form einer Erbengemeinschaft, so dass grundsätzlich alle Erbeserben die Erbschaft gemeinsam ausschlagen müssten. Davon normiert § 1952 III eine Ausnahme. Danach kann von mehreren Erben des Erben jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen. Die Ausschlagung durch einen von mehreren Erbeserben führt zur Anwachsung unter den annehmenden übrigen Erbeserben, da dies der Struktur der gesonderten Gesamthandsgemeinschaft entspricht (MüKoBGB/Leipold § 1952 Rn. 18; Palandt/Weidlich § 1952 Rn. 3; zur abweichenden Lösung vgl. Staudinger/Otte BGB Rn 8).

Haben Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt und sind diese kurz nacheinander verstorben, stellt sich die Frage, inwiefern im Hinblick auf das Wahlrecht in § 1371 zu verfahren ist. Im Hinblick auf die in § 1952 III vorgegebene Regelung könnte man die Ansicht vertreten, jedem Miterbeserben solle das Wahlrecht zustehen. Nachdem der Sinn und Zweck des § 1952 III darin zu sehen ist, jedem Erbeserben das Ausschlagungsrecht ohne Zustimmung des jeweils anderen Miterben zu gewähren, kann das Wahlrecht jedoch nur insgesamt entstehen, wenn alle Erbeserben die Erbschaft im Hinblick auf das Wahlrecht ausschlagen (MüKoBGB/Leipold § 1952 Rn. 19; Palandt/Weidlich § 1952 Rn. 4 mwN).

## § 1953 Wirkung der Ausschlagung

(1) Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt.

(2) Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt.

(3) <sup>1</sup>Das Nachlassgericht soll die Ausschlagung demjenigen mitteilen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen ist. <sup>2</sup>Es hat die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

**1. Normzweck/Allgemeines.** Der Vonselbsterwerb im deutschen Erbrecht hat unter Umständen die Folge, dass der Nachlass durch Ausschlagung herrenlos werden könnte. Um dies zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Wirkung einer Erbschaftsausschlagung in § 1953 ausdrücklich geregelt und dabei zwei Fiktionen in das Gesetz aufgenommen. Wird die Erbschaft ausgeschlagen, gilt der Anfall gem. Abs. 1 an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Zugleich wird der Anfall der Erbschaft für den endgültigen Erben auf den Zeitpunkt des Erbfalls fingiert, was sowohl für den vorläufigen als auch für den endgültigen Erben rechtliche Konsequenzen hat. Die Vorschrift des § 1953 wird analog zum Teil auf die Auflösung von Stiftungen angewandt (vgl. dazu ausführlich LG Mainz NZG 2002, 738). Auf Vermögensverhältnisse finden Abs. 1 und 2 dieser Norm gem. § 2180 III entsprechende Anwendung. Das Rechtsverhältnis zwischen dem endgültigen und dem vorläufigen Erben ist in § 1959 normiert, wobei darin die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag für anwendbar erklärt werden.

**2. Folgen für den Ausschlagenden.** Durch eine formgerecht (§ 1945) innerhalb der Ausschlagungsfrist (§ 1944) zum richtigen Zeitpunkt (§ 1946) erklärte Ausschlagung, die an keinem sonstigen Wirksamkeitsmangel leidet, gilt gem. Abs. 1 der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Mangels Universalsukzession nach § 1922 war der Ausschlagende damit zu keinem Zeitpunkt Erbe des Nachlasses. Damit sind Forderungen des vorläufigen Erben gegenüber dem Erblasser auch nicht durch Konfusion erloschen. Erbschaftsteuerbescheide sind aufzuheben (BFH ZEV 2006, 38). Nach der Ausschlagung der Erbschaft sind alle Klagen gegen den vorläufigen Erben nicht nur erledigt, sondern sogar unbegründet (AG Northheim NJW-RR 2007, 9; LG Bonn ZEV 2009, 575).

**a) Pflichtteilsansprüche.** Zwar führt die Ausschlagung zum Verlust der Erbenstellung, dennoch ist diese nicht mit dem Ausschluss des Erben von der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen i. S. d. § 2303 gleichzusetzen. Im Gegensatz zu der Regelung in § 2303 beruht dieser Ausschluss auf einem freien Willensentschluss des Erben (vgl. § 2303 Rn. 30). Damit verliert der Erbe trotz der Fiktion des § 1953 seine Pflichtteilsansprüche, falls nicht ein Fall des § 1371 III (bei Ehegatten) oder der §§ 2306 I, 2307 I vorliegt.

**b) Rechtsgeschäfte.** Hat der Ausschlagende Rechtsgeschäfte vor der Ausschlagung getroffen, also beispielsweise Verträge geschlossen oder sonstige Willenserklärungen abgegeben, sind diese als



Rechtsgeschäfte eines Nichtberechtigten anzusehen. Verfügungen des einstweiligen Erben werden daher im Allgemeinen unwirksam (BGH NJW 1969, 1349). Von diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber in § 1959 zum Schutz Dritter sowie des vorläufigen Erben Ausnahmen festgelegt. Verfügt der Erbe vor der Ausschlagung über einen Nachlassgegenstand, wird die Wirksamkeit der Verfügung durch die Ausschlagung gem. § 1959 II nicht berührt, falls die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben werden konnte. Ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden muss, bleibt, wenn es vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen wird, auch nach der Ausschlagung gem. § 1959 III wirksam. Ferner können auf Grund des Gutglaubensschutzes Rechte an Grundstücken erworben werden, falls der vorläufige Erbe bereits im Grundbuch eingetragen war (§§ 892, 893) oder ihm ein Erbschein erteilt wurde (§§ 2366, 2367) und er die Annahme im Nachhinein, nachdem er die Verfügungen getroffen hat, wieder erfolgreich gemäß §§ 1954 ff. angefochten hat (BGH NJW 1969, 1349).

- 5 c) **Besitz.** Die Vererblichkeit von Besitz ist in § 857 normiert. Dieser geht ohne weitere Maßnahme auf den Erben über. Hat der vorläufige Erbe die Sachherrschaft nicht ausschließlich über § 857 erhalten, sondern gem. § 854 zudem die tatsächliche Gewalt über die Sache erworben, führt dies trotz der Regelung in § 1953 nicht mehr zu einem Besitzübergang auf den endgültigen Erben. Aufgrund der Konstruktion der §§ 854 ff. muss die tatsächliche Sachherrschaft Vorrang genießen vor der Fiktion des § 1953. In Folge dessen ist es für den Besitzerwerb des endgültigen Erben notwendig, dass ihm der vorläufige Erbe die in den Nachlass fallenden Sachen herausgibt. Verfügt der vorläufige Erbe über Gegenstände, die zum Nachlass gehören, dann erwirbt ein Dritter unabhängig von § 1959 diese gutgläubig nach §§ 932 ff., da die Sache dem wirklichen Eigentümer (endgültigen Erben) weder gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 935 I; MüKoBGB/Leipold § 1953 Rn. 4 mwN). Eine verbotene Eigenmacht des vorläufigen Erben liegt gerade nicht vor. Der endgültige Erbe hat jedoch einen Herausgabeanspruch.
- 6 d) **Vermächtnisse und Auflagen.** Ein Vermächtnis bleibt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, gem. § 2161 wirksam, wenn der Beschwerter nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird. Beschwer ist in diesem Falle derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwererten unmittelbar zustattenkommt. Die gleiche Regelung gilt gem. § 2192 für Auflagen. Hat der Erblasser zugunsten des vorläufigen Erben ein Vorausvermächtnis angeordnet, bleibt dieses auch nach der Ausschlagung der Erbschaft bestehen, es sei denn ein abweichender Wille ist der Verfügung von Todes wegen zu entnehmen. Möchte der vorläufige Erbe auch dieses Vermächtnis nicht annehmen, muss er es nach § 2180 unter den dort genannten Bedingungen ausschlagen.
- 7 3. **Nächstberufener Erbe.** Hat der vorläufige Erbe die Erbschaft ausgeschlagen, fällt gem. Abs. 2 die Erbschaft demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Durch Abs. 2 Halbs. 2 gilt die Fiktion einer Rückwirkung zum Zeitpunkt des Erbfalls, also dem Todestag. Wer der nächstberufene Erbe ist, muss ermittelt werden, indem man die Erbfolge unter der Annahme prüft, dass der Ausschlagende zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht gelebt hätte. Daher kann zugleich nächstberufener Erbe nur derjenige sein, der zum Zeitpunkt des Erbfalls gelebt hat. Bezüglich der Erbfolge des Nasciturus vgl. § 1943 Rn 12. Bei der Ermittlung des nächstberufenen Erben ist zwischen gesetzlicher Erbfolge und gewillkürter Erbfolge zu differenzieren.
- 8 a) **Gesetzliche Erbfolge.** Hatte der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen getroffen, ist anhand der Vorgaben für die gesetzliche Erbfolge gem. §§ 1924 ff. der endgültige Erbe zu ermitteln. An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten gem. § 1924 III die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen). Schlägt ein Elternteil aus, treten gem. § 1915 III an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, erbt der überlebende Teil allein. Falls ein Großelternteil die Erbschaft ausschlägt, treten an die Stelle des Verstorbenen gem. § 1925 III dessen Abkömmlinge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teil des Großelternpaars und, wenn dieser nicht mehr lebt, dessen Abkömmlingen zu. Sind keine Abkömmlinge dieser Ordnung vorhanden, erben die Mitglieder der entfernteren Ordnung (§§ 1928 ff.).
- 9 Bei Ausschlagen der Erbschaft des überlebenden Ehegatten nach seinem Ehepartner ist die Regelung des § 1931 zu beachten. Schlägt ein Ehegatte aus, erhöht sich der Erbteil der übrigen Erben gem. § 1931 I. Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, begründet nach § 1931 II die Ausschlagung durch einen Ehegatten das Erbrecht der übrigen Ordnungen. Für gleichgeschlechtliche Lebenspartner gilt die Regelung in § 10 II LPartG.  
Im Fall einer Erbteilserhöhung gilt der Teil, um welchen sich der Erbteil erhöht, in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichspflicht als besonderer Erbteil (§ 1935). Sind keine Verwandten, Lebenspartner oder Ehegatten vorhanden, gelangt der Fiskus zur Erbfolge (§ 1936).
- 10 b) **Gewillkürte Erbfolge.** Hatte der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen in Form eines Testaments oder Erbvertrags errichtet, ist maßgeblich, ob er jemanden bzw. wen er zum Ersatzerben