

# Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 10: Erbrecht §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG

Bearbeitet von

Dr. Sibylle Kessal-Wulf, Prof. Dr. Christoph Ann, Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen, Prof. Dr. Wolfgang Grunsky, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Dr. Walter Hagena, Prof. Dr. Tobias Helms, Dr. Wolfgang Küpper, Prof. Dr. Knut Werner Lange, Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Leipold, Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, Mathis Rudy, Stefan Wegerhoff, Prof. Dr. Walter Zimmermann

7. Auflage 2017. Buch. XXXVII, 2372 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66549 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 1834 g

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Übersicht

|   | R.n.   |   | R.n.   |
|---|--------|---|--------|
| <b>I. Normzweck</b> .....   | 1      | 3. Beweislast .....   | 24     |
| <b>II. Begriff der Erbfähigkeit, Anwendungsbereich</b> .....              | 2–5    | 4. Berufung zum Erben .....   | 25     |
| 1. Begriff .....  | 2      | 5. Erfordernis der lebenden Geburt .....  | 26     |
| 2. Geltung für alle Berufungsgründe .....                                 | 3      | 6. Rückwirkung .....  | 27     |
| 3. Nacherbfolge .....   | 4      | 7. Schwebezustand zwischen Erbfall und Geburt .....                               | 28     |
| 4. Vermächtnisnehmer .....  | 5      | 8. Dogmatische Einordnung .....   | 29     |
| <b>III. Erbfähigkeit lebender natürlicher Personen</b> .....              | 6–8    | <b>VI. Nicht gezeugte Personen</b> .....  | 30–32  |
| 1. Überleben .....  | 6      | 1. Keine Erbfähigkeit, mögliche Nacherben- einsetzung .....                       | 30     |
| 2. Vorversterben oder gleichzeitiges Versterben .....                     | 7      | 2. Vermächtnis .....  | 31     |
| 3. Gleiche Wirkung wie das Vorversterben ..                               | 8      | 3. Dogmatische Einordnung .....   | 32     |
| <b>IV. Beweislast, Verschollenheit und Todeserklärung</b> .....           | 9–17   | <b>VII. Juristische Personen</b> .....  | 33–35  |
| 1. Beweislast, Verschollenheit .....                                      | 9      | 1. Erbfähigkeit bei Bestehen zum Zeitpunkt des Erbfalls .....                     | 33     |
| 2. Todeserklärung .....   | 10     | 2. Erweiterung der Erbfähigkeit für Stiftungen .....                              | 34     |
| 3. Vermutung gleichzeitigen Todes .....                                   | 11–15  | 3. Entstehung von juristischen Personen nach dem Erbfall .....                    | 35     |
| a) Kommorientenvermutung des VerschG .....                                | 11, 12 | <b>VIII. Rechtsfähige Personengesellschaften; nichtrechtsfähiger Verein</b> ..... | 36–40  |
| b) Kommorientenregelung der EuErbVO .....                                 | 13–15  | 1. Allgemeines .....  | 36     |
| 4. Todeszeitpunkt im Sterberegister .....                                 | 16     | 2. OHG, KG, BGB-Gesellschaft .....  | 37     |
| 5. Verhältnis von § 11 zu § 9 VerschG .....                               | 17     | 3. Nichtrechtsfähiger (nicht eingetragener) Verein .....                          | 38, 39 |
| <b>V. Erbfähigkeit des gezeugten, noch nicht geborenen Menschen</b> ..... | 18–29  | 4. Eheleiche Gütergemeinschaft und Miterbengemeinschaft .....                     | 40     |
| 1. Zweck der Erbfähigkeit des nasciturus ..                               | 18     | <b>IX. Einschränkungen der Erbfähigkeit</b> ..                                    | 41–43  |
| 2. Befruchtung außerhalb des Mutterleibes, postmortale Befruchtung .....  | 19–23  | 1. Ordensmitglieder .....   | 41     |
| a) Entstehung des Embryos vor dem Erbfall .....                           | 19     | 2. Ausländer sowie Juristische Personen mit Sitz im Ausland .....                 | 42     |
| b) Vor dem Erbfall begonnene und danach vollendete Befruchtung .....      | 20     | 3. Bei der Beurkundung mitwirkende Personen .....                                 | 43     |
| c) Postmortale Befruchtung .....  | 21–23  |   |        |

## I. Normzweck

Schon § 1922 bringt klar zum Ausdruck, dass der **Erbfall**, also der **Tod des Erblassers**, den **1** entscheidenden Zeitpunkt für den Eintritt der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge darstellt. § 1923 führt diesen Rechtsgedanken konsequent weiter und lässt grundsätzlich nur diejenigen als Erben zu, der **im Augenblick des Erbfalls lebt**. Die Vorschrift schließt die bereits *vor* dem Erblasser Verstorbenen von der Erbfolge aus, andererseits auch die erst *nach* dem Erbfall Geborenen, jedoch mit der Ausnahme des Abs. 2 zugunsten bereits gezeugter Personen. Auf diese Weise wird eine klare und im Regelfall sogleich im Zeitpunkt des Erbfalls feststehende Rechtslage geschaffen. Freilich gewinnt dadurch der Zufall erhebliche Bedeutung; denn der Umstand, ob eine zum Erben berufene Person wenige Sekunden vor oder nach dem Erblasser verstorben ist, kann den Nachlass in ganz verschiedene Hände lenken. Dies ist jedoch akzeptabel, weil das Erbrecht regelmäßig nicht auf Leistungen des Erben beruht, so dass zur Gewährung eines Anrechts, das schon zu Lebzeiten des Erblassers entstände und etwa selbst vererblich wäre, kein Anlass besteht.

## II. Begriff der Erbfähigkeit, Anwendungsbereich

**1. Begriff.** Die **Erbfähigkeit** ist zu definieren als Fähigkeit, den Nachlass eines Erblassers als **2** erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolger zu erlangen. § 1923 behandelt nur den Teilaspekt des maßgeblichen Zeitpunktes und auch dies nach dem Wortlaut nur beschränkt auf die natürliche Person als

Erbe. Die Erbfähigkeit der natürlichen und der juristischen Person ist als solche in § 1923 vorausgesetzt; sie ergibt sich ohne weiteres aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit. Tiere sind nicht erbfähig.<sup>1</sup>

- 3 **2. Geltung für alle Berufsgründe.** Die Erfordernisse des § 1923 gelten für alle Erben, gleich ob die Berufung auf Gesetz, Testament, gemeinschaftlichem Testament oder Erbvertrag beruht. Auch die Einsetzung eines Erben durch Erbvertrag wird also unwirksam, wenn der Bedachte vor dem Erbfall verstirbt. Ebenso wenig ist die Erbaussicht eines gesetzlichen Erben vererblich. Soweit an Stelle eines Vorverstorbenen dessen Abkömmlinge das gesetzliche Erbrecht erlangen (§ 1924 Abs. 3, § 1925 Abs. 3 usw), handelt es sich um ein eigenständiges Erbrecht der Eintretenden (→ § 1924 Rn. 32).
- 4 **3. Nacherbfolge.** Die Vorschrift ist auf die Nacherbfolge entsprechend anwendbar (§ 2108 Abs. 1), doch ergeben sich aus § 2108 Abs. 2 wesentliche Abweichungen. Die Einsetzung eines Nacherben ist unwirksam, wenn dieser vor dem Erbfall verstirbt. Wenn dagegen ein Nacherbe zwischen Erbfall und Nacherbfall verstirbt, so geht sein Recht im Regelfall auf seine Erben über. Andererseits braucht der Nacherbe beim Erbfall noch nicht zu leben oder gezeugt zu sein (§ 2101 Abs. 1); erst beim Eintritt des Nacherbfalls ist das Leben des Nacherben oder sein Gezeugtsein gemäß § 1923 Abs. 1 und 2 erforderlich.<sup>2</sup>
- 5 **4. Vermächtnisnehmer.** Von der Erbfähigkeit zu unterscheiden ist die Fähigkeit, Vermächtnisnehmer zu werden. Bei Vorversterben des Bedachten ist das Vermächtnis unwirksam (§ 2160). Für einen beim Erbfall **bereits gezeugten** Vermächtnisnehmer gilt Abs. 2 analog,<sup>3</sup> so dass ihm, wenn er lebend geboren wird, das Vermächtnis mit dem Erbfall anfällt. Vermächtnisnehmer kann aber auch eine beim Erbfall **noch nicht gezeugte** Person werden; ihr fällt das Vermächtnis mit der Geburt an (§ 2178).

### III. Erbfähigkeit lebender natürlicher Personen

- 6 **1. Überleben.** Der Erbe muss den Erblasser wenigstens um den Bruchteil einer Sekunde überleben. Verstirbt er sodann, so geht der angefallene (§ 1942 Abs. 1) Nachlass samt dem Ausschlagungsrecht (§ 1952 Abs. 1) auf den Erbes-Erben über. Das Nachlassgericht muss in erster Linie versuchen, den genauen Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu ermitteln und darf sich nicht damit begnügen, eine „Überlappung“ der in Frage kommenden Zeiträume festzustellen und dies als gleichzeitiges Versterben zu betrachten.<sup>4</sup> Zur Vermutung gleichzeitigen Versterbens, wenn die Reihenfolge der Todesfälle nicht geklärt werden kann → Rn. 11 ff. Zu den für den **Todeszeitpunkt** maßgebenden Kriterien → § 1922 Rn. 12 f.
- 7 **2. Vorversterben oder gleichzeitiges Versterben.** Wer vor dem Erblasser oder auch gleichzeitig mit diesem verstirbt, kann den Erblasser nicht beerben. Die gesetzliche oder gewillkürte Berufung zum Erben wird vielmehr unwirksam. Für diesen Fall kann der Erblasser Vorsorge treffen, indem er einen Ersatzerben (§ 2096) einsetzt (s. auch § 2069, zur ergänzenden Testamentsauslegung → § 2084 Rn. 108 ff.). Im Übrigen regeln die Vorschriften über das gesetzliche Erbrecht, wer nunmehr als Erbe berufen ist.<sup>5</sup> Zum Zugewinnausgleich bei gleichzeitigem Versterben der Ehegatten → § 1931 Rn. 36.
- 8 **3. Gleiche Wirkung wie das Vorversterben.** Dem Vorversterben in der Wirkung gleichgestellt sind die Ausschlagung (§ 1953 Abs. 2), die Erbnunwürdigerklärung (§ 2344 Abs. 2) und der Erbverzicht (§ 2346 Abs. 1 S. 2). Ein bis zum 1.4.1998 zustandegekommener vorzeitiger Erbausgleich nach § 1934d aF zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater schließt das gesetzliche Erbrecht (und das Pflichtteilsrecht) zwischen dem nichtehelichen Kind, dem Vater und väterlichen Verwandten auch für Erbfälle ab dem 1.4.1998 aus (§ 1934e aF sowie Art. 227 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Auch hier ist es so anzusehen, als ob die jeweils ausgeschlossenen Personen beim Erbfall nicht existierten.

### IV. Beweislast, Verschollenheit und Todeserklärung

- 9 **1. Beweislast, Verschollenheit.** Die Beweislast dafür, dass eine Person die andere überlebt hat, trägt, wer daraus (zB als Erbes-Erbe) Rechte herleitet.<sup>6</sup> Bei Verschollenheit (Begriff in § 1 Abs. 1

<sup>1</sup> Zur Testamentsauslegung – Erbeinsetzung einer Tierschutzorganisation oder Zweckaufgabe – BayObLG NJW 1988, 2742.

<sup>2</sup> Vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 1364 (auch zur Auslegung einer Einsetzung der Kinder des Vorerben in dem Sinn, dass auch die nach dem Tod des Erblassers entstandenen Kinder erfasst werden).

<sup>3</sup> → § 2178 Rn. 2; ebenso *Hafner* BWNotZ 1984, 67.

<sup>4</sup> OLG Hamm FamRZ 1995, 1606. → § 1922 Rn. 12 Fn. 4.

<sup>5</sup> Zur Hoferbfolge bei gleichzeitigem Versterben s. *Steffen* AgrarR 1984, 57.

<sup>6</sup> Dazu ausf. *Schmitz* in Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB Rn. 1 f.; aA *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 11.

VerschG v. 15.1.1951, BGBl. 1951 I S. 63) greift zunächst die sog **selbstständige Lebensvermutung** des § 10 VerschG ein. Danach wird (widerleglich) vermutet, dass ein *nicht für tot erklärter Verschollener* „bis zu dem in § 9 Abs. 3, 4 genannten Zeitpunkt weiter lebt oder gelebt hat“.<sup>7</sup> Geht es um einen Zeitpunkt nach Ablauf der gemäß § 10 VerschG begründeten Lebensvermutung, muss derjenige, der sich auf das Fortleben eines Verschollenen beruft, diese Tatsache wiederum positiv nachweisen.

**2. Todeserklärung.** Die Todeserklärung begründet die (widerlegliche) **Vermutung** des Versterbens in dem im Beschluss festgestellten Zeitpunkt (§ 9 Abs. 1 S. 1 VerschG). Der für tot Erklärte kann also von den Personen beerbt werden, die den festgestellten Zeitpunkt überlebt haben, mögen sie mittlerweile (und sei es auch vor Erlass des Todeserklärungsbeschlusses) auch selbst verstorben sein.<sup>8</sup> Andererseits kann der für tot Erklärte vom festgestellten Todeszeitpunkt an nicht mehr Erbe eines anderen werden, es sei denn, das Leben des Verschollenen nach dem festgestellten Todeszeitpunkt könnte bewiesen werden. **10**

**3. Vermutung gleichzeitigen Todes. a) Kommorientenvermutung des VerschG.** Soweit die Reihenfolge zweier Todesfälle nicht festgestellt werden kann, gilt die sog Kommorientenvermutung des § 11 VerschG. Die Vorschrift lautet: **11**

#### § 11 [Vermutung gleichzeitigen Todes]

Kann nicht bewiesen werden, daß von mehreren gestorbenen oder für tot erklärten Menschen der eine den anderen überlebt hat, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben sind.

Soweit diese Vermutung eingreift, kann keine der beteiligten Personen die andere beerben. § 11 VerschG ist sowohl anzuwenden, wenn der Todeszeitpunkt mehrerer Personen nicht bewiesen werden kann, als auch dann, wenn die genaue Todeszeit zwar bei einer Person feststeht, aber bei einem anderen Beteiligten nicht aufgeklärt werden kann. Erforderlich ist nur, dass die genaue **Reihenfolge mehrerer Todesfälle** nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann. § 11 VerschG setzt nicht voraus, dass sich die Todesfälle in gemeinsamer Gefahr ereigneten. **12**

**b) Kommorientenregelung der EuErbVO.** Probleme können sich ergeben, wenn die Reihenfolge des Todes von Personen nicht zu klären ist, deren Beerbung sich nach **verschiedenen Rechtsordnungen** richtet. Die EuErbVO enthält hierzu eine besondere Bestimmung. **13**

#### Art. 32 Kommorienten

Sterben zwei oder mehr Personen, deren jeweilige Rechtsnachfolge von Todes wegen verschiedenen Rechten unterliegt, unter Umständen, unter denen die Reihenfolge ihres Todes ungewiss ist, und regeln diese Rechte diesen Sachverhalt unterschiedlich oder gar nicht, so hat keine der verstorbenen Personen Anspruch auf den Nachlass des oder der anderen.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich nicht um eine kollisionsrechtliche Vorschrift, sondern um eine **sachrechtliche Norm**, die der Bewältigung einer **Normdiskrepanz** dient.<sup>9</sup> Sie setzt voraus, dass für die Beerbung zweier oder mehrerer Personen unterschiedliche Rechte anzuwenden sind, die den Fall der ungeklärten Todesreihenfolge verschieden regeln. Aus Art. 32 EuErbVO folgt zugleich, dass Regelungen über die Todesreihenfolge bei tatsächlicher Ungewissheit dem **Erbstatut** zuzurechnen sind, also nicht von der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 Buchst. c EuErbVO erfasst werden.<sup>10</sup> **14**

Art. 32 EuErbVO tritt in diesen Fällen an die Stelle der differierenden Regeln der anwendbaren Sachrechte, so beispielsweise, wenn eine dieser Rechtsordnungen eine Vermutung gleichzeitigen Todes aufstellt, während die andere eine Vermutung zugunsten des Überlebens der jüngeren Person enthält. Ist in einer der anzuwendenden Rechtsordnungen keine Regelung für den Fall der nicht geklärten Todesreihenfolge enthalten, so gilt ebenfalls Art. 32 EuErbVO, nicht die im anderen anzuwendenden Recht enthaltene Bestimmung. Voraussetzung ist immer, dass es nach dem jeweils anwendbaren Erbrecht auf die Reihenfolge des Todes ankommt.

In der Formulierung weicht Art. 32 EuErbVO insofern von § 11 VerschG ab, als er keine Vermutung des gleichzeitigen Todes ausspricht, sondern sogleich das Ergebnis – kein Anspruch auf den **15**

<sup>7</sup> Bei Verschollenen des 2. Weltkrieges reicht die Lebensvermutung des § 10 VerschG nur bis zu dem in Art. 2 § 2 Abs. 3 VerschÄndG vom 15.1.1951 (BGBl. 1951 I S. 59) bestimmten Zeitpunkt des 31.12.1945, OLG Frankfurt OLGZ 1977, 407; Palandt/*Weidlich* Rn. 3; Staudinger/*Habermann* (2013) VerschG § 10 Rn. 5.

<sup>8</sup> AA *Frisius* NJW 1956, 499.

<sup>9</sup> → EuErbVO Art. 32 Rn. 7 (*Dutta*) (6. Aufl., Bd. 10).

<sup>10</sup> → EuErbVO Art. 1 Rn. 14 (*Dutta*) (6. Aufl., Bd. 10). – Zweifelnd *Rugallis* ZVglRWiss 113 (2014), 186 (207f.).

Nachlass des anderen, also insbesondere wechselseitig keine Beerbung – nennt. In der Sache dürfte dies keinen Unterschied machen. Die Formulierung „unter Umständen, unter denen die Reihenfolge ihres Todes ungewiss ist“, ist so auszulegen, dass nur eine im gerichtlichen Verfahren **nicht zu klärende Ungewissheit** gemeint ist, so dass es sich ebenso wie bei § 11 VerschG um eine Regelung für den Fall des non liquet handelt.

- 16 4. Todeszeitpunkt im Sterberegister.** Im Sterberegister ist bei den Angaben über die Person des Verstorbenen der Todeszeitpunkt möglichst genau nach Tag, Stunde und Minute anzugeben (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 PStG). Für den eingetragenen Todeszeitpunkt gilt die erhöhte Beweiskraft des § 54 Abs. 1 S. 1 PStG, dh bis zum Nachweis der Unrichtigkeit oder der Fälschung erbringt die Eintragung vollen Beweis des beurkundeten Todeszeitpunkts.<sup>11</sup> Die Beweislast trägt derjenige, der einen anderen Todeszeitpunkt behauptet. Soweit die Eintragung im Sterberegister den Zeitpunkt nicht genau angibt (zB nur Angabe der Stunde oder Angabe eines Zeitraums, innerhalb dessen der Tod eingetreten ist), bleibt die Vermutung des gleichzeitigen Todes nach § 11 VerschG anwendbar.<sup>12</sup>
- 17 5. Verhältnis von § 11 zu § 9 VerschG.** Umstritten ist das Verhältnis von § 11 zu § 9 VerschG, namentlich die Frage, ob aus dem **in einer Todeserklärung festgestellten Todeszeitpunkt** auch abzuleiten ist, dass der für tot Erklärte einen anderen überlebt hat, der vor diesem Zeitpunkt verstorben bzw. unter Feststellung eines früheren Zeitpunktes für tot erklärt wurde. Der BGH<sup>13</sup> hat insoweit der festgestellten Todeszeit keine Vermutungswirkung beigemessen, vor allem deshalb, weil die Feststellung des Todeszeitpunktes in vielen Fällen sehr schematisch zu erfolgen hat (s. § 9 Abs. 3 VerschG sowie Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Verschollenheitsrechts v. 15.1.1951, BGBl. 1951 I S. 59). Vielmehr soll auch hier § 11 VerschG gelten, so dass keiner den anderen beerben kann, wenn der Überlebensbeweis nicht gelingt. Die erbrechtliche Wirkung der in der Todeserklärung festgestellten Todeszeit wird auf diese Weise erheblich eingeschränkt.

## V. Erbfähigkeit des gezeugten, noch nicht geborenen Menschen

- 18 1. Zweck der Erbfähigkeit des nasciturus.** Abs. 2 ermöglicht die Beerbung durch Personen, die beim Erbfall noch nicht geboren, aber bereits gezeugt waren (Leibesfrucht, nasciturus). Dies stimmt mit dem auch sonst erkennbaren Ziel des Gesetzes überein, den Nachlass bevorzugt an die jüngere Generation zu leiten. Vor allem zielt die Vorschrift darauf ab, das gezeugte Kind am Nachlass des **Vaters** auch dann zu beteiligen, wenn dieser **vor der Geburt des Kindes verstirbt**. Aber auch eine **Geburt nach dem Tod der Mutter** ist möglich (so etwa bei künstlicher Aufrechterhaltung des Kreislaufs der Schwangeren über den rechtlich maßgeblichen Todeszeitpunkt [→ § 1922 Rn. 13] hinaus und späterer Entbindung); § 1923 Abs. 2 ermöglicht dann dem Kind die Beerbung der Mutter. Auch bei der **Beerbung anderer Personen** als der Eltern gilt § 1923 Abs. 2, so dass etwa, wenn der Großvater seine Enkel eingesetzt hat, auch ein beim Tod des Großvaters bereits gezeugter, aber erst danach geborener Enkel bedacht ist. Soweit nach den Auslegungsregeln der §§ 2066 ff. diejenigen Personen bedacht sind, die zum Zeitpunkt des Erbfalls gesetzliche Erben sein würden, sind bereits gezeugte, nach dem Erbfall geborene Personen im Zweifel einzubeziehen.
- 19 2. Befruchtung außerhalb des Mutterleibes, postmortale Befruchtung. a) Entstehung des Embryos vor dem Erbfall.** Die Vorschrift des § 1923 Abs. 2 geht von der Existenz einer Leibesfrucht im Mutterleib zum Zeitpunkt des Erbfalls aus. Die heute mögliche Befruchtung außerhalb des Mutterleibes (in-vitro-Fertilisation) mit nachfolgender Einpflanzung des Embryos in die Gebärmutter einer Frau konnten die Verfasser des BGB noch nicht berücksichtigen. Der Schutzzweck des Abs. 2 erfordert es, in solchen Fällen die Erbfähigkeit des später lebend geborenen Kindes (→ Rn. 26) bereits dann zu bejahen, wenn die **in-vitro-Fertilisation zum Zeitpunkt des Erbfalls** erfolgt war, auch wenn die Implantation des Embryos erst nach dem Erbfall geschah.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> BayObLG NJW-RR 1999, 1309 (1310).

<sup>12</sup> Staudinger/*Habermann* (2013) VerschG § 11 Rn. 7. BayObLG NJW-RR 1999, 1309 (1310 f.) wendet § 11 VerschG auch bei der Bestimmung des im Sterberegister einzutragenden Todeszeitpunktes (bzw. bei der Berichtigung der Eintragung) an.

<sup>13</sup> BGHZ 62, 112 = NJW 1974, 699 mwN; KG FamRZ 1967, 514; *Schmitz* in Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB Rn. 8; aA Staudinger/*Habermann* (2013) VerschG § 11 Rn. 8 ff. mwN; *Nagel*, Das Versterben untereinander erbberechtigter Personen auf Grund derselben Ursache, 1983, 125 ff.

<sup>14</sup> Näher s. *Leipold* FS Kralik, 1986, 467 (476 f.); ebenso *Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, 1989, 31 f.; *Manses*, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 1991, 155 f.; *Soergel/Stein* Rn. 6; Staudinger/*Kannowski* (2013) § 1 Rn. 23; *Burandt/Rojahn/Große-Boymann* Rn. 6; *Brox/Walker* ErbR Rn. 9; *Muscheler* ErbR Rn. 130. Auch *Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 1987, 119 (insbesondere zum kryokonservierten Embryo) geht von der Anwendbarkeit des § 1923 Abs. 2 auf den beim

**b) Vor dem Erbfall begonnene und danach vollendete Befruchtung.** Das in § 4 Abs. 1 Nr. 3 Embryonenschutzgesetz enthaltene Verbot, eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich zu befruchten, greift nach einer neueren Entscheidung<sup>15</sup> nicht ein, wenn eine Eizelle bereits zu Lebzeiten des Mannes mit dessen Samen imprägniert, der Befruchtungsvorgang dann durch Kryokonservierung unterbrochen und nach dem Tod des Mannes durch Wiederauftauen fortgesetzt wurde. Die imprägnierten Eizellen stehen nach dieser Entscheidung im Eigentum der Frau, die von der verwahrenden Klinik die Herausgabe verlangen kann. Auch wenn in diesem Fall zum Zeitpunkt des Erbfalls noch kein „fertiger“ Embryo vorhanden war, so war doch der Befruchtungsvorgang so weit gediehen, dass von einer „Zeugung“ des Kindes iSd § 1923 Abs. 2 bereits zu diesem Zeitpunkt gesprochen werden kann. Es ist daher hier ebenso wie in den → Rn. 19 angesprochenen Fällen geboten, zum Schutz des Kindes § 1923 Abs. 2 anzuwenden und das gesetzliche Erbrecht eines auf diese Weise entstandenen Kindes nach dem Samenspender zu bejahen.

**c) Postmortale Befruchtung.** Die Konservierung menschlicher Samen- und Eizellen ermöglicht es, eine künstliche Insemination noch **nach dem Tod** des Samenspenders, eine in-vitro-Fertilisation und Embryo-Implantation noch nach dem Tod des Samenspenders bzw. der Eispenderin durchzuführen. Allerdings ist es nach § 4 Abs. 1 Nr. 3, § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Embryonenschutzgesetz verboten und strafbar, bei einer künstlichen Befruchtung Samen- oder Eizellen einer bereits verstorbenen Person zu verwenden (auch bei Einwilligung des Spenders oder der Spenderin). Gleichwohl muss mit dem tatsächlichen Vorkommen solcher Befruchtungen im Inland wie im Ausland gerechnet werden. Es stellt sich daher die Frage, ob auch in solchen Fällen ein gesetzliches Erbrecht nach dem bei Vornahme der Befruchtung bereits verstorbenen Spender der Samen- oder Eizelle anzuerkennen ist.

Es greift zu kurz, die Erbberechtigung unter Berufung auf den Wortlaut des § 1923 Abs. 2 kurzerhand abzulehnen, weil zum Zeitpunkt des Erbfalls noch keine Zeugung erfolgt war. Vielmehr weisen verfassungsrechtliche Überlegungen in eine andere Richtung. Aus dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie aus der Zusicherung besonderen staatlichen Schutzes für die Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) ergibt sich eine **Verpflichtung der Rechtsordnung**, jedem Kind eine **rechtlich geschützte Verbindung zu seinem Vater und seiner Mutter** zu gewähren. Im Regelfall muss die Rechtsordnung diejenigen Personen als Vater und Mutter anerkennen, von denen die Eizelle und die Samenzelle herrühren, deren Verschmelzung zur Entstehung des Kindes geführt hat. Ob die Spender dieser Zellen bei der Verschmelzung noch am Leben sind, darf dabei keine Rolle spielen. Die Rechtsordnung darf davon nur abweichen, wenn aus besonderen, auch aus der Sicht des Verfassungsrechts akzeptablen Gründen, andere Personen als die biologischen Eltern als Mutter oder Vater im Rechtssinne bestimmt werden. Dies ist hinsichtlich der Eispende durch § 1591 geschehen, wonach Mutter im Rechtssinne stets die Frau ist, die das Kind geboren hat, ohne dass eine Anfechtungsmöglichkeit besteht (näher, auch zur Leihmutterchaft → § 1924 Rn. 6f.). Keinesfalls darf aber einem Kind überhaupt ein Vater oder eine Mutter im Rechtssinne verweigert werden.

Zum verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der rechtlichen Beziehung des Kindes zu seinem Vater oder seiner Mutter gehört die **Gewährung des gesetzlichen Erbrechts nach Vater und Mutter**. Die Schutzverpflichtungen aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG werden insoweit durch die Garantie des Erbrechts ergänzt. Für das Erbrecht nach der durch § 1591 bestimmten Mutter ergeben sich insoweit keine Probleme.<sup>16</sup> Ist der Spender des Samens, der zur postmortalen Befruchtung verwendet wurde, im Rechtssinne der Vater des auf diese Weise gezeugten Kindes,<sup>17</sup> so ergibt sich hinsichtlich des Erbrechts aus den verfassungsrechtlichen Erwägungen die Notwendigkeit, das Gesetzesrecht entsprechend auszulegen bzw. fortzubilden. Das bedeutet konkret, die der heutigen Realität nicht mehr voll gerecht werdende Bestimmung des § 1923 Abs. 2 analog anzuwenden und das Erbrecht des Kindes gegenüber dem Vater auch in den vom Wortlaut nicht erfassten

Erbfall noch nicht implantierten Embryo aus; aA (Erbfähigkeit setzt Implantation vor dem Erbfall voraus) *Zierl DRiZ* 1986, 303; *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 27; *Erman/Lieder* Rn. 3; *Bamberger/Roth/Müller-Christmann* Rn. 7; *Lange/Kuchinke* ErbR, § 4 III 2b, α.

<sup>15</sup> OLG Rostock FamRZ 2010, 1117.

<sup>16</sup> Sollte allerdings auch noch die Entstehung eines Menschen ohne Einpflanzung des Embryos in die Gebärmutter einer Frau möglich werden, so wäre im Hinblick auf die Spenderin der Eizelle ebenfalls die analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 geboten. Dasselbe würde gelten, wenn die Rechtsordnung die Anfechtung der durch die Geburt bestimmten Mutterstellung und die Feststellung der Mutterschaft der Eizellen-Spenderin zulassen würde.

<sup>17</sup> Insoweit sind dieselben Regeln maßgebend wie bei einer Zeugung zu Lebzeiten des Vaters, näher → § 1592 Rn. 18–20, → § 1593 Rn. 10.

Fällen einer Befruchtung nach dem Tod des Vaters zu bejahen.<sup>18</sup> Rechtssicherheits- oder Vertrauensschutzerwägungen, weil sich die Erbberechtigung oder die Erbquoten anderer Beteiligter durch spätere Geburt erbberechtigter Kinder auf diese Weise noch nach einem längeren Zeitraum verändern können, haben gegenüber den dargestellten verfassungsrechtlichen Gründen kein Gewicht.

- 24 **3. Beweislast.** Die Beweislast für das Gezeugtsein im Zeitpunkt des Erbfalls obliegt demjenigen, der daraus Rechte ableitet, also dem erbberechtigten Kind. Die gesetzliche Empfängniszeit (§ 16000 Abs. 3, s. auch § 1593) ist als Niederschlag der Erfahrung zu beachten, aber rechtlich insoweit nicht bindend;<sup>19</sup> es gilt die freie Beweiswürdigung (§ 286 ZPO).
- 25 **4. Berufung zum Erben.** Die beim Tod des Erblassers bereits gezeugte Person kann nur dann Erbe werden, wenn sie als Erbe berufen wäre, falls sie beim Erbfall schon gelebt hätte. Die Berufungsgründe sind also nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Erbfalls zu beurteilen, sowohl bei gesetzlicher als auch bei gewillkürter Erbfolge. Die rechtliche **Abstammung** bzw. Verwandtschaft richtet sich dabei nach den allgemeinen Vorschriften. Von der bei Geburt des Kindes bereits verstorbenen Mutter (→ Rn. 18) stammt das Kind aufgrund § 1591 stets ab. Ob das Kind dem vor Geburt des Kindes verstorbenen Ehemann der Mutter zuzurechnen ist, ist nach § 1593 zu beurteilen. Bei einem nicht aus einer Ehe stammenden Kind kann die Vaterschaft eines verstorbenen Mannes durch (vor dem Tod erklärte) Anerkennung (§ 1592 Nr. 2) oder durch gerichtliche Feststellung (§ 1592 Nr. 3) begründet werden. Die Anerkennung ist schon vor der Geburt des Kindes zulässig (§ 1594 Abs. 4).
- 26 **5. Erfordernis der lebenden Geburt.** Abs. 2 bedeutet nicht, dass schon die Leibesfrucht Erbe, also Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers wäre. Der Erwerb der Erbenstellung setzt vielmehr voraus, dass die Leibesfrucht nach dem Erbfall lebend geboren wird und dadurch Rechtsfähigkeit nach § 1 erlangt. In der Formulierung des Gesetzes kommt dies allerdings nicht klar zum Ausdruck. Der geborene Mensch muss außerhalb des Mutterleibes noch gelebt haben,<sup>20</sup> während es auf die Dauer dieses Lebens und die Fähigkeit zum Weiterleben nicht ankommt (→ § 1 Rn. 16). Verstirbt die Mutter samt Leibesfrucht, kommt es zu einer Fehlgeburt oder Totgeburt, so kann der nasciturus nicht erben. Der Nachlass fällt dann an diejenigen Personen, die ohne Rücksicht auf die Leibesfrucht im Zeitpunkt des Erbfalls durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen zu Erben berufen sind.
- 27 **6. Rückwirkung.** Kommt die Leibesfrucht lebend zur Welt, so tritt eine rechtliche Rückwirkung ein; denn der gezeugte Mensch gilt nach Abs. 2 als vor dem Erbfall geboren. Ist der beim Erbfall bereits Gezeugte zum Erben berufen, so ist er mit der Geburt vom Erbfall an als Träger der Nachlassrechte und -verbindlichkeiten zu betrachten. Nur so lässt es sich vermeiden, den Nachlass für eine Zeitspanne endgültig als subjektloses Vermögen zu behandeln. Durch die Rückwirkung des Nachlasserwerbs ergibt sich schließlich doch wieder eine volle Übereinstimmung mit § 1922 Abs. 1. Freilich ändert die Rückbeziehung der Rechtsfolgen nichts daran, dass *tatsächlich* das Erbrecht erst mit der Geburt erlangt wurde. Für die **Ausschlagungsfrist** ist die tatsächliche Situation maßgebend, dh der Anfall der Erbschaft ist in dieser Hinsicht erst mit der Vollendung der Geburt des Erben eingetreten.<sup>21</sup> Jedoch kann die Ausschlagung bereits vom Erbfall an (durch die vertretungsberechtigten Eltern oder einen Pfleger) erklärt werden.<sup>22</sup> Dasselbe gilt für die Annahme (→ § 1943 Rn. 7).

<sup>18</sup> Näher *Leipold* FS Kralik, 1986, 467 (471 ff.); ebenso *Soergel/Stein* Rn. 6; *HK-BGB/Hoeren* Rn. 3; *Burandt/Rojahn/Große-Boymann* Rn. 6; *Brox/Walker* ErbR Rn. 9; *Brox* FS Stree und Wessels, 1993, 965 ff.; *Schlüter/Röthel* ErbR § 6 Rn. 9; s. auch *Shook-Wiercimok* FamRZ 1986, 859 (860) zum Recht der USA. – Dagegen *Mansees*, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 1991, 65 ff.; *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT 1986, Verhandlungen Bd. I, S. B 42; *Zierl* DRiZ 1986, 303; *Schumacher* FamRZ 1987, 313 (314); *Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, 1989, 190; *Britting*, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, 1989, 152 ff.; *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 26; *Erman/Lieder* Rn. 3; *Bamberger/Roth/Müller-Christmann* Rn. 8. – *Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 1987, 31 empfiehlt eine gesetzliche Regelung.

<sup>19</sup> Ebenso *Kipp/Coing* ErbR § 84 II 2; *Lange/Kuchinke* ErbR § 4 III 2c, β Fn. 37; *Erman/Lieder* Rn. 3; aA *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 20 ff., der bei einem innerhalb 300 Tagen nach Auflösung einer Ehe durch Tod des Ehemannes geborenen Kind aus § 1593 entnimmt, dass das Kind als vor dem Tod des Ehemannes gezeugt anzusehen ist, solange die Abstammung vom Ehemann nicht erfolgreich angefochten wurde; ebenso *Soergel/Stein* Rn. 5; *Schmitz* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting* Beweislast-HdB Rn. 11; *Muscheler* ErbR Rn. 129. Dagegen *Mansees*, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung, 1991, 66.

<sup>20</sup> Vgl. § 31 Abs. 1 der VO zur Ausführung des PStG v. 22.11.2008, BGBl. 2008 I S. 2263. Danach liegt eine Lebendgeburt vor, wenn bei einem Kinde nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen oder die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat. Es sind jedoch auch andere Lebenszeichen denkbar.

<sup>21</sup> KGJ 34 A, 79, 81.

<sup>22</sup> OLG Stuttgart NJW 1993, 2250; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 847; LG Osnabrück Rpfleger 1993, 342 (im Fall des § 1643 Abs. 2 S. 2 ohne familiengerichtliche Genehmigung); *Peter* Rpfleger 1988, 107; *Linde* BWNotZ

**7. Schwebezustand zwischen Erbfall und Geburt.** Zwischen Erbfall und Geburt des beim Erbfall bereits gezeugten Menschen besteht ein Schwebezustand, da offen ist, ob der nasciturus lebend geboren wird. Zur Wahrung der künftigen Rechte sind die Eltern berufen, falls das Kind, wenn es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stünde (§ 1912 Abs. 2). Soweit ein Bedürfnis dafür besteht, kann ein Nachlasspfleger (§ 1960 Abs. 2) oder ein Pfleger nach § 1912 Abs. 1 für die Leibesfrucht bestellt werden. Die Eltern bzw. der Pfleger können die erforderlichen materiellen Rechtshandlungen und Prozesshandlungen für den nasciturus vornehmen. Zu Annahme und Ausschlagung → Rn. 27. Auch eine Klage auf Feststellung der Erbberechtigung des nasciturus erscheint nach dem Erbfall (bei vorhandenem Feststellungsinteresse) zulässig,<sup>23</sup> da schon in der Schwebezeit eine rechtlich gesicherte Erbaussicht und damit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Zum Anspruch der Mutter auf Unterhalt aus dem Nachlass bis zur Entbindung s. §§ 1963, 2141; zum Aufschub der Erbauseinandersetzung § 2043; zur Berücksichtigung bei der Erbscheinserteilung → § 2353 Rn. 10; Anh. § 2353 Rn. 13.

**8. Dogmatische Einordnung.** Die Einordnung des Abs. 2 in die Systematik des Bürgerlichen Rechts ist nicht problemlos. Die Vorschrift enthält eine **Fiktion** der Geburt vor dem Erbfall. Aus der Rückwirkung ergibt sich, dass dem später Geborenen die Rechtsfähigkeit vom Erbfall an zugebilligt wird, soweit es um die Erbenstellung geht. Dies begründet aber noch keine Rechtsfähigkeit des nasciturus, sondern stellt eine **rückwirkende Rechtsfähigkeit des lebend geborenen Menschen** vom Erbfall an dar. Schon während der Schwebezeit ist aber eine rechtliche Fürsorge für den nasciturus durch Eltern oder Pfleger vorgesehen; es werden damit schon in dieser Phase schutzfähige und schutzbedürftige rechtliche Beziehungen des nasciturus anerkannt. Rechtsbeziehungen kann aber nur ein Rechtssubjekt haben, und auch seine Vertretung, sei sie rechtsgeschäftlich oder prozessual, verlangt nach einer rechtsfähigen Person als Bezugspunkt der Rechtswirkungen des Vertreterhandelns. Das geltende Recht erklärt sich daher am besten, wenn man schon dem **nasciturus** eine **beschränkte Rechtsfähigkeit**<sup>24</sup> und **Parteifähigkeit**<sup>25</sup> zubilligt (→ § 1 Rn. 25 ff.).

## VI. Nicht gezeugte Personen

**1. Keine Erbfähigkeit, mögliche Nacherbeneinsetzung.** Wer zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht gezeugt ist (nondum conceptus), kann nicht Erbe werden. Dagegen ist es möglich, nicht gezeugte Personen (zB die künftigen Enkel, die Kinder einer bestimmten Person, deren ersten Sohn uÄ) als Nacherben einzusetzen. Für den Anfall der Erbschaft ist dann erforderlich, dass der Eingesetzte bis zum Eintritt des Nacherbfalls geboren oder zumindest gezeugt ist (§ 2108 Abs. 1 iVm § 1923). Die Einsetzung einer zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht gezeugten Person als Erbe ist gemäß § 2101 Abs. 1 S. 1 im Zweifel als Nacherbeneinsetzung anzusehen. Die Erbschaft fällt dann – wenn die Voraussetzungen des Nacherbfalls nicht anders festgelegt sind – der bedachten Person mit ihrer Geburt an (§ 2106 Abs. 2 S. 1). Vorerben sind – vorbehaltlich einer anderen Verfügung des Erblassers – die gesetzlichen Erben (§ 2105 Abs. 2). Für den nicht gezeugten Nacherben kann gemäß § 1913 S. 2 bereits ein Pfleger bestellt werden.

**2. Vermächtnis.** Ein Vermächtnis ist nicht deshalb unwirksam, weil der Vermächtnisnehmer beim Erbfall noch nicht gezeugt ist. Das Vermächtnis fällt dem Bedachten aber erst mit seiner Geburt an (§ 2178); es wird bis dahin wie ein aufschiebend bedingter Anspruch behandelt (§ 2179). Zur zeitlichen Begrenzung s. § 2162 Abs. 2.

**3. Dogmatische Einordnung.** Auch die noch nicht gezeugte Person wird also von der Rechtsordnung in bestimmter Hinsicht bereits als Zuordnungsobjekt für rechtliche Beziehungen und für ein Vertreterhandeln (Pfleger) betrachtet. Darin liegt – ähnlich wie beim nasciturus, aber in noch engeren Grenzen – die Zuerkennung einer **beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit**.<sup>26</sup>

1988, 54 (56); aA AG Recklinghausen Rpfleger 1988, 106; AG Schöneberg Rpfleger 1990, 362; LG Berlin Rpfleger 1990, 362.

<sup>23</sup> Staudinger/Otte (2008) Rn. 19.

<sup>24</sup> Vgl. OLG Schleswig NJW 2000, 1271 (1272); Wolf/Neuner AT § 11 Rn. 11 ff.; Leipold BGB I, 8. Aufl., § 30 Rn. 8 f.; Staudinger/Kannowski (2013) § 1 Rn. 15; Soergel/Fahse § 1 Rn. 16; Palandt/Ellenberger § 1 Rn. 7; Mittenzwei AcP 187 (1987), 247 (273); eigenständig Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, 111 ff.; Fabricius FamRZ 1963, 404 (410) (Teil-Rechtsfähigkeit).

<sup>25</sup> OLG Schleswig NJW 2000, 1271 (1272); Stein/Jonas/Jacoby ZPO § 50 Rn. 5.

<sup>26</sup> Vgl. RGZ 65, 277 (281), das eine fingierte Rechtspersönlichkeit und die Parteifähigkeit des bedachten Nichterzeugten bejaht; Avenarius JR 1994, 267 (270).

## VII. Juristische Personen

- 33 1. Erfähigkeit bei Bestehen zum Zeitpunkt des Erbfalls.** Jede juristische Person des privaten Rechts (zB eingetragener Verein, GmbH, AG, Genossenschaft) oder des öffentlichen Rechts (zB Bund, Länder, Gemeinden, Universitäten), die im Zeitpunkt des Erbfalls und wenigstens noch einen Sekundenbruchteil darüber hinaus besteht, dh Rechtsfähigkeit besitzt, kann Erbe werden.<sup>27</sup> Dies folgt aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit und wird durch verschiedene erbrechtliche Normen bestätigt, die von der Erfähigkeit einer juristischen Person ausgehen (vgl. § 2044 Abs. 2 S. 3, § 2101 Abs. 2, § 2106 Abs. 2 S. 2, § 2109 Abs. 2, § 2163 Abs. 2). Zu Besonderheiten bei juristischen Personen mit Sitz im Ausland → Rn. 42.
- 34 2. Erweiterung der Erfähigkeit für Stiftungen.** Für Stiftungen<sup>28</sup> wird die Erfähigkeit durch § 84 erweitert.<sup>29</sup> Sie gelten als vor dem Tod des Stifters entstanden, auch wenn die Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig erst nach dessen Tod ausgesprochen wird, können also den Stifter unmittelbar beerben<sup>30</sup> (näher s. § 84). Dies gilt auch für **ausländische Stiftungen**, wenn sie nach ihrem Heimatrecht die Rechtsfähigkeit erlangen.<sup>31</sup> Das Stiftungsgeschäft kann auch in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sein (§ 83; → § 1937 Rn. 27). Dabei muss auch für das Stiftungsgeschäft die Form der Verfügung von Todes wegen gewahrt sein,<sup>32</sup> doch können, soweit das Stiftungsgeschäft hinsichtlich der Satzung der Stiftung unvollständig ist, seit der Reform des Stiftungsrechts (2002) Mängel nach Maßgabe des § 83 S. 2–4 behoben werden (→ § 83 Rn. 19). Die dem Testament beigefügte **Stiftungssatzung** muss nicht notwendigerweise eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein, wenn Stiftungswille und Stiftungszweck aus dem Testament zumindest im Wege der Auslegung entnommen werden können.<sup>33</sup>
- 35 3. Entstehung von juristischen Personen nach dem Erbfall.** Andere juristische Personen, die erst nach dem Erbfall entstehen, können dagegen nicht Erbe werden, wohl aber Nacherbe, und ihre Einsetzung ist im Zweifel als Nacherbeneinsetzung aufzufassen (§ 2101 Abs. 2, s. auch §§ 2105 Abs. 2, 2106 Abs. 2 S. 2). Angesichts dieser Vorschriften ist kein Raum für eine analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 oder des § 84 auf solche juristische Personen, die beim Erbfall bereits im Entstehen begriffen sind.<sup>34</sup>

## VIII. Rechtsfähige Personengesellschaften; nichtrechtsfähiger Verein

- 36 1. Allgemeines.** Grundsätzlich kann nur Erbe werden, wer rechtsfähig ist. Zur **wohlwollenden Auslegung** in Fällen fehlender Erfähigkeit → § 2084 Rn. 67. Neben den natürlichen und den juristischen Personen wird heute auch den Personengesellschaften weitgehend die Rechtsfähigkeit zuerkannt. Dies hat auch für das Erbrecht zu gelten. Das erfordert die Einheit der Rechtsordnung und der Schutz des Vertrauens; denn gerade durch das selbstständige Auftreten solcher Vereinigungen kann der Erblasser dazu veranlasst werden, sie auch testamentarisch als Einheit zu bedenken.
- 37 2. OHG, KG, BGB-Gesellschaft.** Erfähig sind OHG und KG,<sup>35</sup> da sie gemäß § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB als Einheit im Rechtsverkehr auftreten und Rechte sowie Verbindlichkeiten

<sup>27</sup> Vgl. (auch zu steuerrechtlichen Aspekten bei Personen- und Kapitalgesellschaften als Erben) *Groh* GS Knobbe-Keuk, 1997, 433.

<sup>28</sup> Auch ausländische, BayObLGZ 1965, 77 = NJW 1965, 1438.

<sup>29</sup> Zu den Voraussetzungen, insbesondere zur Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts BayObLG FamRZ 1991, 612. § 84 gilt auch für lebzeitige Stiftungsgründungen, wenn der Stifter vor der Anerkennung verstirbt, KG 30.12.2015 – 6 W 46/15, ErbR 2016, 331.

<sup>30</sup> Zum Stiftungsvermögen zwischen Todestag des Stifters und Genehmigung (jetzt Anerkennung) der Stiftung, insbesondere den steuerrechtlichen Aspekten: FG Düsseldorf ZEV 2000, 79 (*Ebeling*); Orth ZEV 1997, 327; *Ebeling* ZEV 1998, 93; *Matschke/Renner* FS Welf Müller, 2001, 815. – Gegen Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer sog. Vorstiftung BFH ZEV 2015, 359; → § 81 Rn. 52 ff.

<sup>31</sup> OLG München FamRZ 2009, 1358 = NJW-RR 2009, 1019.

<sup>32</sup> Dazu – hinsichtlich der Anforderungen an den Inhalt des Stiftungsgeschäfts jedoch noch nach altem Recht – OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 815 (817 f.); LG Berlin FamRZ 2001, 450.

<sup>33</sup> OLG Stuttgart ZEV 2010, 200 (maschinenschriftliche Satzung mit eigenhändigen Zusätzen erlaubt Feststellung des Erblasserwillens hinsichtlich des Stiftungszwecks; dazu abl. Anm. *Wachter* ZEV 2010, 201). – Zur Auslegung des Testaments bei Zweifel über die Errichtung einer selbständigen oder einer unselbständigen Stiftung OLG Hamm BeckRS 2012, 9390.

<sup>34</sup> v. *Lübtow* ErbR II S. 645; *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 33; *RGRK-BGB/Kregel* Rn. 7; aA *Soergel/Stein* Rn. 8.

<sup>35</sup> *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 29; *Palandt/Weidlich* Rn. 7; v. *Lübtow* ErbR II S. 643; s. auch BFH NJW 1989, 2495 (Gesamthandsgesellschaft als Erwerberin iSd ErbStG); aA *Flume*, Die Personengesellschaft, § 7 III 6 (S. 107); gegen die von *Flume* erhobenen Einwände *Otte* FS H. P. Westermann, 2008, 535 (538 ff.).