

Teilungsanordnungen nach § 2048 BGB

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
am Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
STEPHAN RIBMANN
2023

Ich versichere, dass ich die vorliegende Dissertation selbständig verfasst und keine anderen als die von mir angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe.

Potsdam, 7. Dezember 2023

Stephan Reißmann

Erstgutachter:
Zweitgutachter
Tag der mündlichen Prüfung:

Professor Dr. Olaf Muthorst
Professor Dr. Ignacio Czeguhn
7. Dezember 2023

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	III
VERZEICHNIS DER FORMULIERUNGSBEISPIELE	XVI
LITERATURVERZEICHNIS	XVII
VERWALTUNGSANWEISUNGEN	XXVIII
ERSTER ABSCHNITT EINLEITUNG	29
ZWEITER ABSCHNITT BEGRIFF DER TEILUNGSANORDNUNG	34
DRITTER ABSCHNITT FORM DER TEILUNGSANORDNUNG	37
§ 1 Teilungsanordnung im Testament	38
§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag	39
A. Anordnung in einem gemeinschaftlichen Testament	39
B. Anordnung in einem Erbvertrag	41
C. Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?	43
	III

Inhaltsverzeichnis

I. Überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung	44
II. Auffassung Wolf: Praktisches Bedürfnis für bindende bzw. vertragsgemäße Anordnung	45
III. Auffassung Litzemberger: Möglichkeit der bindenden bzw. vertragsgemäßen Anordnung durch Wortlaut gedeckt	48
IV. Eigene Auffassung	49
§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag	52
A. Allgemeine Kriterien zur Beurteilung der Beeinträchtigung	54
I. Rechtliche Betrachtungsweise	55
II. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	56
III. Eigene Auffassung	56
B. Beeinträchtigung durch Anordnungen nach § 2048 S. 1 BGB	59
I. Zuweisung von Nachlassgegenständen.....	59
1. Meinungen in der Literatur.....	60
2. Auffassung der Rechtsprechung.....	65
3. Eigene Auffassung.....	69

Inhaltsverzeichnis

II. Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung	72
III. Anordnung eines Schiedsgerichts	72
C. Beeinträchtigung durch Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB	73
VIERTER ABSCHNITT ABGRENZUNG DER TEILUNGSANORDNUNG	76
§ 1 Motive des Gesetzgebers	81
§ 2 Systematik	82
§ 3 Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB	83
A. Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis	83
I. Bindungswirkung	84
II. Wertausgleich	85
III. Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung	87
IV. Einfluss auf Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung	89
V. Fälligkeit	90
VI. Schutz vor lebzeitigen Verfügungen	91

Inhaltsverzeichnis

VII. Übergang auf Erbschaftskäufer.....	91
VIII. Nachlassüberschuldung und - insolvenz.....	92
IX. Beschränkung der Erbenhaftung.....	93
X. Pfändbarkeit.....	94
XI. Erbschaftsteuer.....	95
XII. Überblick.....	96
B. Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Rechtsprechung.....	98
I. Urteile des BGH vom 8. November 1961 und 21. Februar 1962: Begünstigungswille als Abgrenzungskriterium.....	99
II. Urteil des BGH vom 14. März 1984: Keine Teilungsanordnung falls Wertverschiebung.....	101
III. Urteil des BGH vom 7. Dezember 1994: Zuwendung unabhängig von Erbeinsetzung.....	103
C. Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Literatur.....	104
I. Auffassung Coing: objektives wirtschaftliches Ergebnis.....	104
II. Auffassung Mattern: Begünstigungsabsicht und objektiver Vermögensvorteil.....	105

Inhaltsverzeichnis

III. Übrige Auffassungen in der Literatur.....	107
IV. Eigene Auffassung: Objektiver wirtschaftlicher Vorteil und entsprechender Wille des Erblassers	109
1. Objektiv wirtschaftlicher Vorteil.....	110
2. Wille des Erblassers zur Bevorteilung	112
D. Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)..	114
I. Beurteilung in der Literatur.....	115
II. Beurteilung in der Rechtsprechung	118
III. Eigene Auffassung	120
1. Betroffener Erbe wird durch die mit der Teilungsanordnung verbundene Anordnung begünstigt.....	121
a) Erbe schlägt die Erbschaft aus	122
b) Vertragserbe bzw. durch gemeinschaftliches Testament gebundener Ehegatte ändert Verfügung.....	123
2. Übrige Erben werden durch die mit der Teilungsanordnung kombinierte Anordnung begünstigt.....	124
§ 4 Abgrenzung zur Auflage, § 1940 BGB	126

Inhaltsverzeichnis

§ 5 Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung	127
§ 6 Abgrenzung zur Testamentsvollstreckung.....	132
§ 7 Abgrenzung zur Erbeinsetzung, § 2087 BGB.....	133
§ 8 Abgrenzung zum „Erblasserappell“.....	136

FÜNFTER ABSCHNITT ANORDNUNGEN NACH

§ 2048 BGB	138
------------------	-----

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne,

§ 2048 S. 1 BGB	141
-----------------------	-----

A. Zuweisung von Nachlassgegenständen	144
---	-----

I. Übernahmepflicht	144
---------------------------	-----

1. Zuweisung von Gegenständen und Forderungen .	145
---	-----

2. Zuweisung von Verbindlichkeiten	146
--	-----

II. Übernahmerecht.....	148
-------------------------	-----

1. Ausübung des Übernahmerechts.....	149
--------------------------------------	-----

2. Verlust des Übernahmerechts.....	151
-------------------------------------	-----

a) Veräußerung nach dem Erbfall	151
---------------------------------------	-----

b) Ausschlagung	152
-----------------------	-----

c) Auseinandersetzung	153
-----------------------------	-----

III. Rechtsfolgen.....	153
------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

1. Schuldrechtliche Wirkung.....	154
a) Übernahmepflicht	156
b) Übernahmerecht.....	157
2. Fälligkeit der Teilungsanordnung	158
3. Früchte	159
a) Ansicht der Rechtsprechung.....	159
b) Ansicht der Literatur.....	162
c) Eigene Ansicht.....	166
4. Notwendige und nützliche Verwendungen, Lasten.....	167
5. Ausgleichszahlung.....	170
a) Bestimmung des Übernahmepreises durch den Erblasser	171
b) Ausgleichszahlung bei fehlender Bestimmung durch den Erblasser	174
aa) Wertermittlung	175
aaa) Pflicht zur Mitwirkung bei der Wertermittlung.....	175
bbb) Stichtag zur Wertermittlung.....	179
ccc) Art und Weise der Wertermittlung	185
ddd) Kostentragung	187

Inhaltsverzeichnis

eee) Bindungswirkung der Wertermittlung.....	188
bb) Leistung der Ausgleichszahlung.....	188
aaa) Übernahmepflicht	188
bbb) Übernahmerecht.....	195
6. Verjährung	196
a) Dreijährige Verjährungsfrist	197
b) Unverjährbarkeit.....	199
c) Eigene Ansicht.....	201
7. Vollziehungskosten.....	202
8. Gewährleistung.....	202
9. „Gestörte“ Teilungsanordnung	207
a) Gegenstand ist ersatzlos untergegangen, wurde an Dritte verschenkt oder befand sich nie im Eigentum des Erblassers	208
aa) Analoge Anwendung der Vermächtnisvorschriften?	208
bb) Anfechtung?	210
cc) Ergebnis.....	211
b) Gegenstand veräußert oder anderweitig ersetzt.....	212

Inhaltsverzeichnis

c) Gegenstand an den durch das Testament Begünstigten verschenkt.....	213
aa) Auslegung.....	213
bb) Ausgleichung.....	215
aaa) Ausstattung.....	215
bbb) Anordnung der Ausgleichung.....	216
cc) Anfechtung	218
dd) Sittenwidriges Rechtsgeschäft, § 138 BGB.....	219
ee) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB.....	221
ff) Beeinträchtigende Schenkung, § 2287 BGB	222
10. Vor- und Nacherbschaft.....	223
11. Testamentsvollstreckung	224
12. Pflichtteilsrecht.....	226
a) Ausschlagungsrecht bei Beschränkung durch Teilungsanordnung, § 2306 BGB.....	226
aa) Begriff der Teilungsanordnung iSv § 2306 Abs. 1 BGB.....	226
bb) Beschränkung durch Teilungsanordnung...	227

Inhaltsverzeichnis

aaa) Ausschließlich die benachteiligende Teilungsanordnung berechtigt zur Ausschlagung	227
bbb) Jede Teilungsanordnung berechtigt zur Ausschlagung	229
ccc) Eigene Auffassung	230
cc) Fortbestand der Teilungsanordnung.....	231
b) Anspruch auf Zusatzpflichtteil, § 2305 BGB...	232
13. Prozessrecht.....	233
a) Klageart.....	233
b) Beweislast.....	236
14. Wirkung gegenüber Dritten.....	239
B. Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung.....	240
I. Anordnung einer Ausgleichspflicht?.....	241
II. Anordnungen zur Versilberung und Begleichung von Verbindlichkeiten	243
III. Änderung eines Gesellschaftsvertrages	245
C. Anordnung eines Schiedsgerichts.....	245
§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB	247

Inhaltsverzeichnis

A. Person des Dritten.....	250
B. Billiges Ermessen des Dritten.....	251
C. Bestimmung des Dritten.....	253
D. Verzögerung und sonstige Hindernisse bei der Bestimmung.....	254
E. Rechtsfolgen der Bestimmung des Dritten.....	257
I. Bestimmung nicht offenbar unbillig.....	257
II. Bestimmung offenbar unbillig.....	261
1. Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 319 Abs. 1 BGB.....	262
2. Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 2048 S. 2 BGB	264
3. Haftung des Dritten	266
4. Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 3 Hs. 2 BGB).....	267
a) Klagefrist.....	269
b) Parteien	270
aa) Ein oder mehrere Erben halten Bestimmung des Dritten für nicht offenbar unbillig.....	270

Inhaltsverzeichnis

bb) Sämtliche Erben halten Bestimmung des Dritten für offenbar unbillig.....	277
cc) Der Testamentsvollstrecker hält die Bestimmung für offenbar unbillig	279
c) Klageantrag.....	281
aa) Gestaltungsbefugnis des Gerichts	281
bb) Antragsformulierung	284
d) Verfahren.....	285
aa) Erkenntnisgewinn durch das Gericht	285
bb) Beweislast	287
aaa) Bestimmung des Dritten offenbar unbillig.....	287
bbb) Bestimmung durch Urteil.....	288
e) Rechtsfolge des Urteils	288
f) Kostenentscheidung.....	289
aa) Kläger verliert vollständig.....	289
bb) Kläger verliert teilweise	290
cc) Parteirollen zufällig, kein Verlierer	295
g) Zwangsvollstreckung	297
h) Rechtsmittel.....	297
F. Bedeutung der Norm	300

SECHSTER ABSCHNITT STEUERLICHE FOLGEN VON ANORDNUNGEN NACH § 2048 BGB.....	308
§ 1 Erbschaftsteuer	308
A. Reine Teilungsanordnung.....	308
B. Überquotale Teilungsanordnung.....	312
§ 2 Ertragsteuer	312
§ 3 Grunderwerbsteuer	316
SIEBENTER ABSCHNITT GESTALTUNG VON ANORDNUNGEN NACH § 2048 BGB.....	320
§ 1 Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB.....	321
§ 2 Überquotale Teilungsanordnung	326
§ 3 Übernahmerecht	333
§ 4 Absicherung der Teilungsanordnung.....	340
§ 5 Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB.....	341
§ 6 Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB.....	344
ACHTER ABSCHNITT ERGEBNISSE.....	355

Verzeichnis der Formulieringsbeispiele

Formulieringsbeispiel 1: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (Keim)	321
Formulieringsbeispiel 2: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (Keim)	322
Formulieringsbeispiel 3: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (R. Kössinger).....	324
Formulieringsbeispiel 4: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (R. Kössinger/Goslich)	325
Formulieringsbeispiel 5: Überquotale Teilungsanordnung (Keim).....	326
Formulieringsbeispiel 6: Überquotale Teilungsanordnung (R. Kössinger).....	327
Formulieringsbeispiel 7: Überquotale Teilungsanordnung (Szalai).....	328
Formulieringsbeispiel 8: Überquotale Teilungsanordnung (Kurze).....	329
Formulieringsbeispiel 9: Überquotale Teilungsanordnung (Braun)	331
Formulieringsbeispiel 10: Übernahmerecht (Keim).....	334
Formulieringsbeispiel 11: Übernahmerecht (Otto).....	334
Formulieringsbeispiel 12: Übernahmerecht (Kurze)	337
Formulieringsbeispiel 13: Übernahmerecht (Braun).....	339
Formulieringsbeispiel 14: Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB im Rahmen einer Verwaltungsvollstreckung (Reimann)	342
Formulieringsbeispiel 15: Aufgeschobene Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB im Rahmen einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich (Reimann) ..	343
Formulieringsbeispiel 16: Umfassendes Beispiel für Teilungsanordnung und Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB	344

Literaturverzeichnis

- ANN, CHRISTOPH: Die Erbengemeinschaft, Habil. Tübingen 2001
- BAMBERGER, HEINZ GEORG/ROTH, HERBERT: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 43. Edition Stand 15.6.2017
(zitiert: BeckOK BGB/*Bearbeiter*)
- BASTY, GREGOR, Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament, MittBayNot 2000, 73
- BAUMBACH, ADOLF/LAUTERBACH, WOLFGANG/HARTMANN, PETER: Zivilprozessordnung, 77. Auflage 2019
- BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED/LAUMEN, WILLI/PRÜTTING, HANNS: Handbuch der Beweislast, 4. Auflage 2019
(zitiert: Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Bearbeiter*)
- BECK, EMIL: Grenzen der Teilungsanordnung, DNotZ 1961, 565
- BEHRENS, STEFAN / WACHTER, THOMAS: GrEStG Kommentar, 1. Auflage 2018 (zitiert: Behrens/Wachter/*Bearbeiter*)
- BENGEL, MANFRED/REIMANN, WOLFGANG: Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Auflage 2017 (zitiert: Benge/Reimann/*Bearbeiter*)
- BEROLZHEIMER, RICHARD: Zuteilung eines nicht zum Nachlass gehörenden Gegenstandes durch erblasserische Teilungsanordnung (§ 2048 S. 1 BGB), AcP 117 (1919), 404
- BONEFELD, MICHAEL / WACHTER, THOMAS: Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Auflage 2014 (zitiert Bonefeld/Wachter/*Bearbeiter*)
- BRAMBRING, GÜNTER: Teilungsanordnung/Vorausvermächtnis/Übernahmerecht, ZAP Fach 12, S. 15
- BRAUN, CHRISTIAN: Nachlassplanung bei Problemkindern, 2. Auflage 2018.
- BROX, HANS/WALKER, WOLF-DIETRICH: Erbrecht, 28. Auflage 2018
- BRÜGGEMANN, DIETER: Judex statutor und judex investigator, Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und

Literaturverzeichnis

Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß,
Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Han-
dels- und Prozeßrecht Bd 50, 1968

BURANDT, WOLFGANG/ROJAHN, DIETER: Erbrecht,
3. Auflage 2019 (zitiert: Burandt/Rojahn/*Bearbeiter*)

BÜRGER, WOLFGANG: Einzelzuwendungen an Erben,
MDR 1986, 371

COHN, GEORG: Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen,
Band 4: Erbrecht, 1900

COING, HELMUT: Vorausvermächtis und Teilungsanordnung , JZ
1962, 529

DAMRAU, JÜRGEN/TANCK, MANUEL: Praxiskommentar Erbrecht,
3. Auflage 2014 (zitiert: Damrau/Tanck/*Bearbeiter*)

DAMRAU, JÜRGEN: Verjährungsregelungen nach der Reform,
EE 2009, 134

DARAGAN, HANSPETER: Anmerkung zum Urteil des BFH vom 4.
Mai 2000 - IV R 10/99, ZEV 2000, 375

DAUNER-LIEB, BARBARA/DÖTSCH, WOLFGANG: Prozessuale Fra-
gen rund um § 313 BGB NJW 2003, 921.

DAUNER-LIEB, BARBARA/GRZIWOTZ, HERBERT: Pflichtteilsrecht,
2. Auflage 2016 (zitiert: Dauner-Lieb/Grziwotz/*Bearbeiter*)

DICKHUTH-HARRACH, HANS-JÜRGEN: Handbuch der Erbfol-
ge-Gestaltung, 2011

DIECKMANN, ALBRECHT: Bemerkungen zur „wertverschiebenden“
Teilungsanordnung, Festschrift für Helmut Coing,
Bd. II, 1982, S. 53

DUNZ, WALTER: Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heuti-
gen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1984, 1734

EBENROTH, CARSTEN THOMAS: Erbrecht, 1992

EBERL-BORGES, CHRISTINA: Die Erbauseinandersetzung,
Habil. Potsdam, 2000

-
- EIDENMÜLLER, HORST: Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JA 1991, 150
- EMMERICH, PAUL: Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis-BGHZ 36, 155, JuS 1962, 269
- ENNECCERUS, LUDWIG/KIPP, THEODOR/WOLFF, MARTIN: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, fünfter Band: Erbrecht, bearbeitet von Helmut Coing, Zehnte Bearbeitung 1950 (zitiert: Ennecerus/Kipp/Wolff/Coing, Erbrecht)
- ERDMANN, MARCUS: Einzelzuwendung an Miterben- Die Abgrenzung in Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, Diss. Münster 2001
- ERMAN, WALTER: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (§§1- 761); Band II (§§ 762-2385), 9. Auflage 1993 sowie 15. Auflage 2017 (zitiert Erman/*Bearbeiter*)
- ESCH, GÜNTER: Letztwillige Teilungsanordnungen - Zur steuerlichen und bürgerlich-rechtlichen Interpretation, BB 1994, 1651
- FIRSCHING, KARL/GRAF, LOTHAR: Nachlassrecht, 11. Auflage 2019 (zitiert Firsching/Graf/*Bearbeiter*)
- FISCHER, MICHAEL: Nachlassteilung durch Teilungsanordnung, Vermächtnis, Auflage - Abgrenzung, Kombinationen und erbschaftsteuerrechtliche Behandlung, ErbStB 2004, 395
- FLUME, WERNER: Die Nachfolge von Todes wegen in ein Vermögen mit Betriebsvermögen und die Einkommensteuer bei der Übernahme von Ausgleichsverpflichtungen durch den Nachfolger in ein Einzelunternehmen oder die Beteiligung an einer Personengesellschaft - Anmerkung zu den beiden Beschlüssen des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, DB 1990, 2390
- FLUME, WERNER: Teilungsanordnung und Erbschaftsteuer, DB 1983, 2271
- GÄTZNER, CORNELIA: Vorweggenommene Erbfolge, Erbauseinandersetzung, Teilungsanordnung, Vermächtnis und Sondererbfolgen im Zivil- und Einkommensteuerrecht, Diss. Regensburg 1994

Literaturverzeichnis

- GECK, REINHARD: ErbStR 2011: Änderungen außerhalb der Verschonung von Betriebsvermögen, ZEV 2012, 130
- GERGEN, THOMAS: Begünstigung und Begünstigungswille als Abgrenzung zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung - zur Kritik der Rechtsprechung seit BGHZ 36, 115, ZErB 2006, 362
- GERSTENBERG, EIKE MARKUS: Der unbezifferte Klageantrag und der Dornröschenschlaf des § 92 II ZPO, NJW 1988, 1352
- GRUNSKY, WOLFGANG: Zur Abgrenzung der Teilungsanordnung gegenüber dem Vorausvermächtnis, JZ 1963, 250
- GSELL, BEATE/KRÜGER, WOLFGANG/LORENZ, STEPHAN/REYMAN, CHRISTOPH:
beck-online.GROSSKOMMENTAR,
Stand 1.2.2019 (zitiert BeckOGK/*Bearbeiter* BGB)
- GÜRSCHING, LORENZ/STENGER, ALFONS: Bewertungsrecht, 1. Auflage 2000, 144. Lieferung 1/2019
(zitiert: Gürsching/Stenger/*Bearbeiter*)
- HALACZINSKY, RAYMOND/WOCHNER, GEORG: Schenken, Erben, Steuern, 11. Auflage 2017
(zitiert: Halaczinsky/Wochner/*Bearbeiter*)
- HALACZINSKY, RAYMOND: Die Erbschaft- und Schenkungsteuererklärung, 4. Auflage 2018
- HANNES, FRANK: Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2. Auflage 2017
- HAUSMANN, RAINER/HOHLACH, GERHARD: Handbuch des Erbrechts, 2. Auflage 2010 (zitiert: Hausmann/Hohloch/*Bearbeiter*)
- HEILFRON, EDUARD: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, V. Abteilung: Erbrecht, 4. und 5. Auflage 1914
- HERBERGER, MAXIMILIAN/MARTINEK, MICHAEL/RÜBMANN, HELMUT/WETH, STEPHAN/WÜRDINGER, MARKUS/HAU, WOLFGANG, juris Praxiskommentar BGB, Band 5, 8. Aufl. 2017 (zitiert jurisPK-BGB/*Bearbeiter*)

-
- HERRLER, SEBASTIAN: Münchener Vertragshandbuch, Band 6: Bürgerliches Recht II, 7. Auflage 2016 (zitiert MVH/*Bearbeiter*)
- HORN, CLAUS-HENRIK: Materialienkommentar Erbrecht, 2020 (zitiert: Horn, MatK ErbR)
- HORN, CLAUS-HENRIK/KROIB, LUDWIG: Testamentsauslegung, 2. Auflage, 2019 (zitiert Horn/Kroiß/*Bearbeiter*)
- HORN, CLAUS-HENRIK / KROIB, LUDWIG: Die überquotale Teilungsanordnung in der Testamentsauslegung und der Auslegungsvertrag, ErbR 2014, 56
- JAKOBS, HORST HEINRICH: Gemeinschaftliches Testament und Wechselbezüglichkeit letztwilliger Verfügungen, Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, 1976, 447
- JOHANNSEN, KURT HERBERT / KREGEL, WILHELM: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V, 1. Teil, §§ 1922 bis 2146, 12. Auflage (1974), 1975 - 1999 (zitiert RGRK-BGB/*Bearbeiter*)
- KAPP, REINHARD/EBELING, JÜRGEN: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 79. Lieferung 3/2019 (zitiert: Kapp/Ebeling/*Bearbeiter*)
- KEIM, CHRISTOPHER/LEHMANN, DANIEL: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Auflage 2019 (zitiert Keim/Lehmann/*Bearbeiter*).
- KIPP, THEODOR/COING, HELMUT: Erbrecht, 14. Auflage 1990 (zitiert: Kipp/Coing)
- KIPP, THEODOR: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, dritte Abteilung: Das Erbrecht, 5. Bearbeitung, 14-16. Auflage 1923 (zitiert: Kipp (1923))
- KLEINSCHMIDT, JENS: Delegation von Privatautonomie auf Dritte: Zulässigkeit, Verfahren und Kontrolle von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen Dritter im Schuld- und Erbrecht, 2014
- KLINGER, BERND/ROTH, WOLFGANG: Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, NJW-Spezial 2008, 263

Literaturverzeichnis

- KOHLER, JOSEF: Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91 (1901), 309
- KORNBLUM, UDO: Rechtsnatur der Leistungsbestimmung, AcP 168 (1968), 450
- KRAUB, HANS-FRIEDER: Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Auflage 2018
- KROIB, LUDWIG/ANN, CHRISTOPH/MAYER, JÖRG: BGB, Band 5 Erbrecht §§ 1922-2385, 5. Auflage 2018 (zitiert: Kroiß/Ann/Mayer/Bearbeiter)
- KRÜGER, WOLFGANG/RAUSCHER, THOMAS: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§ 1-354, 5. Auflage 2016 (zitiert: MüKoZPO/Bearbeiter)
- KRUG, MANFRED: Wertermittlungsanspruch bei „überquotaler“ Teilungsanordnung (Anmerkung zum Urteil des LG Nürnberg/Fürth vom 25.1.200, ZErB 2001, 5
- KRUG, WALTER/RUDOLF, MICHAEL/KROIB, LUDWIG/BITTLER, JAN: Anwaltformulare Erbrecht, 5. Auflage 2015 (zitiert: Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler/Bearbeiter)
- KUCHINKE, KURT: Enttäuschte Erberwartungen eines Schlußerben-BGHZ 82, 274, JuS 1988, 853
- KUMMER, JOACHIM: Zur Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vermächtnis und zur Teilungsversteigerung: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 25. Oktober 1995 -IV ZR 362/94-, ZEV 1996, 71
- LANGE, HEINRICH/KUCHINKE, KURT: ERBRECHT, 5. Auflage 2001
- LANGE, HEINRICH: Bindung des Erblassers an seine Verfügungen, NJW 1963, 1571
- LANGE, KNUT WERNER: Erbrecht, 2. Auflage 2017 (zitiert: Lange, Erbrecht)
- LANGENFELD, GERRIT: Freiheit oder Bindung beim gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag von Ehegatten, NJW 1987, 1577

-
- LEHMANN, RUDOLF: Die Änderung einer vertragsmäßigen Erbeinsetzung, ZERb 2009, 351
- LEHMANN, RUDOLF: Ist eine Teilungsanordnung keine beeinträchtigende Verfügung?, MittBayNot 1988, 157
- LEIBOLD, DIETER: Erbrecht, 21. Auflage 2016
- LEONHARD, FRANZ: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Fünftes Buch Erbrecht, 2. Auflage 1912
- LÖHNIG, MARTIN: Die Verjährung der im fünften Buch des BGB geregelten Ansprüche, ZEV 2004, 267
- LÖHNIG, MARTIN: Erbrecht, 3. Auflage 2016
- LORITZ, KARL-GEORG: Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, NJW 1988, 2697
- MACKELDEY, FERDINAND: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Zweiter Band, 13. Ausgabe 1852
- MATTERN, FRIEDRICH: Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 450
- MAYER, ULRICH: Erbteil oder Pflichtteil? Frist läuft - Zur Auslegung des § 2306 BGB, DNotZ 1996, 422
- MEINCKE, JENS PETER: Zum Verfahren der Miterbenausgleichung, AcP 178 (1978), 45
- MENGES, JÜRGEN/STÄHLE, TOBIAS: Erbfolgeregelungen bei qualifizierter Nachfolgeklausele, BB 1994, 2122
- MUGDAN, BENNO: Die gesammten Materialien zu Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, V. Band, Erbrecht, 1899
- MÜLLER, PAUL: Das erbrechtliche Übernahmerecht, Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis?, Diss. Freiburg/Breisgau 1970
- MUSCHELER, KARLHEINZ, Erbrecht, Band I und II, 2010
- MUSCHELER, KARLHEINZ: Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, ErbR 2008, 105

Literaturverzeichnis

- MUSIELAK, HANS-JOACHIM/VOIT, WOLFGANG, : Zivilprozessordnung, 17. Aufl. 2020 (zitiert: Musielak/Voit/*Bearbeiter*)
- NIEDER, HEINRICH/KÖSSINGER, REINHARD/KÖSSINGER WINFRIED: Handbuch der Testamentgestaltung, 5. Auflage 2015 (zitiert Nieder/Kössinger/*Bearbeiter*)
- PALANDT, OTTO: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 53. Auflage, 1994; 78. Auflage 2019 (zitiert: Palandt/*Bearbeiter*)
- PILTZ, DETLEV: Die Teilungsanordnung als Instrument der Nachfolgeplanung, DStR 1991, 1075
- PLANCK, GOTTLIEB: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Band Erbrecht, 1. und 2. Auflage 1902; 3. Auflage 1908; 4. Auflage 1930 (zitiert: Planck/*Bearbeiter* (Jahr der Auflage))
- POHL, DIRK: Unternehmensnachfolge durch Teilungsanordnung und Sondererbfolge im Einkommensteuerrecht, Diss. Bonn 1997
- REIMANN, WOLFGANG/BENGEL, MANFRED/MAYER, JÖRG: Testament und Erbvertrag, 5. Auflage 2006 (zitiert: Bengel/Reimann/Mayer/*Bearbeiter*)
- RIßMANN, STEPHAN: Darf es ein bißchen mehr sein? - Der Wertermittlungsanspruch des § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des ordentlichen Pflichtteilsanspruches, Festschrift für Jürgen Damrau 2007, 235
- RIßMANN, STEPHAN: Die Erbengemeinschaft, 3. Auflage 2019 (zitiert: Rißmann/*Bearbeiter*)
- ROTH, WOLFGANG: Keine Teilungsversteigerung bei Teilungsanordnung: Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg vom 4.2.2014 - 12 U 144/13- NJW-Spezial 2014, 199
- RUDOLF, MICHAEL/JAN BITTLER/URSULA SEILER-SCHOPP: Handbuch Testamentsauslegung- und anfechtung, 2. Auflage 2013
- RUDOLFF, INGE: Zur Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis bei testamentarischer Zuwendung einzel-

ner Nachlaßgegenstände an Erben, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23. Mai 1984 - IVa ZR 185/82, FamRZ 1985, 63

RUHWINKEL, SEBASTIAN: DIE ERBENGEMEINSCHAFT, 2013

SÄCKER, FRANZ JÜRGEN, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Erbrecht (§§ 1922-2385), Beurkundungsgesetz (§§ 27-35), 2. Auflage 1989 (zitiert: MüKoBGB (1989)/*Bearbeiter*)

SÄCKER, FRANZ JÜRGEN/RIXECKER, ROLAND/OETKER, HARMUT/LIMPERG, BETTINA: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 8. Auflage 2018, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 2. Auflage 1989 sowie 7. Auflage 2015; Band 10, Erbrecht (§§ 1922-2385), Beurkundungsgesetz (§§ 27-35), 7. Auflage 2017 (zitiert: MüKoBGB/*Bearbeiter*)

SCHERER, STEPHAN: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018 (zitiert MAH ErbR/*Bearbeiter*)

SCHLINKER, STEFFEN: Der Anspruch eines Miterben aus einer Teilungsanordnung auf Ausgleich, JR 2010, 93

SCHUBERT, WERNER: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 - , JR 1982, 155

SIEGMANN, MATTHIAS: „Überquotale“ Teilungsanordnung und Teilungsversteigerung - Zugleich Besprechung des Nichtannahmebeschlusses des BGH vom 25.10.1995 -IV ZR 362/94-, ZEV 1996, 47

SKIBBE, MANFRED: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7. Dezember 1994 - IV ZR 281/93-, ZEV 1995, 145

SOERGEL, HANS-THEODOR: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 21 Erbrecht, §§ 1922 - 2063 BGB 13. Auflage 2002 (zitiert: Soergel/*Bearbeiter*)

SOMMER, MICHAEL/KERSCHBAUMER, KATRIN: „Echte“ und „überquotale“ Teilungsanordnungen - Zivil- und steuerrechtliche Probleme, ZEV 2004, 13-18

Literaturverzeichnis

- STAUDINGER, JULIUS VON: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741-764, Neubearbeitung 2015; V. Band, Erbrecht, 7./8. Auflage 1914; V. Band, Erbrecht, 1. Teil, 11. Auflage 1954; Fünftes Buch, §§ 1922-2063, 12. Auflage 1989; Buch 5: Erbrecht, §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben), Neubearbeitung 2010 sowie Neubearbeitung 2016; Buch 5: Erbrecht, §§ 2064-2196, Neubearbeitung 2013 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)
- STEDLER, JULIUS: Die Teilungsanordnung, Diss. Greifswald 1912
- STENGER, ERIKA: Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht unter Berücksichtigung des früheren (gemeinen und preußischen) Rechts, Diss. Leipzig 1933
- STEIN, FRIEDRICH/JONAS, MARTIN: Kommentar zur Zivilprozessordnung, herausgegeben von REINHARD BORK und HERBERT ROTH, 23. Auflage 2016 (zitiert: Stein/Jonas/*Bearbeiter*)
- STROHAL, EMIL: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage 1901; Band I, 3. Auflage 1903; Band II, 3. Auflage 1904
- STROHAL, EMIL: Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896 in kurzgefaßter Darstellung, 1896
- TIEDTKE, KLAUS: Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, 1. Auflage 2009 (zitiert: Tiedtke/*Bearbeiter*)
- TRAPPE, SEBASTIAN: Der Anspruch auf die Nutzungen bei der Teilungsanordnung - Zur Frage der analogen Anwendung des § 2184 BGB bei der Teilungsanordnung, ZEV 2018, 123
- TROLL, MAX/GEBEL, DIETER/JÜLICHER, MARC/GOTTSCHALK, PAUL RICHARD: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 7. Auflage, 56. Ergänzungslieferung Stand 15. November 2018 (zitiert: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/*Bearbeiter*)
- URICHER, ELMAR: Erbrecht, 3. Auflage 2017 (zitiert Uricher/*Bearbeiter*)

-
- VORWERK, VOLKERT/WOLF, CHRISTIAN: BeckOK ZPO, 36. Edition Stand 1.3.2020 (zitiert: BeckOK ZPO/*Bearbeiter*)
- WÄLZHOLZ, ECKHARD: Erbauseinandersetzung und Teilungsanordnung nach der Erbschaftsteuerreform, ZEV 2009, 113
- WÄLZHOLZ, ECKHARD: Aktuelle grunderwerbsteuerliche Gestaltungsprobleme im Rahmen der Erbauseinandersetzung, ZEV 2016, 369
- WEIRICH, HANS-ARMIN: Erben und Vererben, 6. Auflage 2010 (zitiert Weirich/*Bearbeiter*)
- WERTHEIM, HEDWIG: Die rechtliche Natur einer letztwilligen Teilungsanordnung, Diss. Hamburg, 1925
- WESTERMANN, HARRY: Festschrift für Philipp Möhring, 1965, 183
- WILMS, HEINRICH/JOCHUM, GEORG: ErbStG/BewG/GrEStG, 1. Auflage 2000, 99. Lieferung Stand: 1.2.2019 (zitiert: Wilms/Jochum/*Bearbeiter*)
- WOLF, MANFRED, Freiheit und Bindung beim gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag, Festschrift für Hans-Joachim Musielak, 2004, 693
- ZIMMERMANN, WALTER: Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze, 2. Auflage 2017 (zitiert: Zimmermann/*Bearbeiter*)
- ZÖLLER, RICHARD: Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018 (zitiert: Zöllner/*Bearbeiter*)

Verwaltungsanweisungen

„Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung; Erbauseinandersetzung durch Realteilung bei Vorliegen einer Teilungsanordnung durch den Erblasser“, BMF-Schreiben vom 11. Januar 1993, IV B 2 - S 2242 - 86/92, BStBl I 1993, 62

„Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung; Erbauseinandersetzung durch Realteilung bei Vorliegen einer Teilungsanordnung durch den Erblasser“, BMF-Schreiben vom 19. Juli -IV A 6 - S 2242- und 4. Oktober 2002 - 13/02 IV A 6 - S 2242 - 25/02, BStBl I 2002, 1392

„Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung“, BMF-Schreiben vom 11. Januar 2006,- IV B 2 - S 2242 - 2/04 -, BStBl I 2006, 253= ZEV 2006, 154

Anwendung der geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes 2017, Koordinierter Ländererlass v. 22. 6. 2017 zum ErbStG, BStBl I 2017, 902 (zitiert: AE-ErbSt 2017)

Erster Abschnitt Einleitung

Die Arbeit untersucht die offenen und umstrittenen Fragen im Zusammenhang mit letztwilligen Anordnungen nach § 2048 BGB. Bereits ein flüchtiger Blick in Literatur und Rechtsprechung aber auch die Kautelarpraxis zeigt deutlich, dass Anordnungen nach § 2048 S. 1 BGB Anlass zahlreicher kontroverser Erörterungen, Urteile und Auseinandersetzungen zwischen Miterben sind. Dabei beginnt die Unsicherheit bereits bei der Frage, welche Bindungswirkung einer Anordnung nach § 2048 S. 1 BGB von Gesetzes wegen beigelegt wurde oder aber vom Erblasser beigelegt werden kann.¹ Daran schließt unmittelbar die Frage an, warum Anordnungen nach § 2048 BGB außerhalb und nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes bzw. Erbvertrages wegen Beeinträchtigung des Schluss- bzw. Vertragserben unwirksam sein können.²

Hat man sich der Frage der Form und Bindungswirkung einer Anordnung nach § 2048 S. 1 BGB genähert, schließt sich die Frage der Abgrenzung der möglichen An-

¹ Vgl. hierzu unten Dritter Abschnitt § 2 C (Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?), Seite 43.

² Vgl. hierzu unten Dritter Abschnitt § 3 (Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag), Seite 52.

ordnung nach § 2048 S. 1 BGB zu anderen erbrechtlichen Anordnungen zwangsläufig an. Es ist ein geradezu „klassisches“ Problem, das bereits seit den Beratungen zum BGB bis heute in Literatur und Rechtsprechung erörtert wird- ohne dass ein eindeutiges Ergebnis erreicht worden wäre: Welche *sonstige* Anordnung oder auch Anordnungen könnte der Erblasser anstelle einer Anordnung nach § 2048 BGB gemeint haben und welche Kriterien zur Feststellung des Erblasserwillens können und müssen herangezogen werden?³

Im darauffolgenden fünften Abschnitt der Arbeit wird untersucht, welche Regelungen durch Anordnungen nach § 2048 möglich sind und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben.⁴ Regelungen nach § 2048 S. 1 BGB tauchen in der Kautelarpraxis häufig auf, was sich auch in zahlreichen Gerichtsentscheidungen und Ausführungen in der Literatur widerspiegelt. Die Rechtsfolgen von Anordnungen nach § 2048 S. 1 BGB sind dennoch vielfach ungeklärt.⁵ In jedem Fall einer Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne durch Zuweisung von Nachlassgegenständen stellt sich die Frage nach der Bestimmung der Ausgleichszahlung: Wer muss wann wieviel

³ Vgl hierzu unten Vierter Abschnitt (Abgrenzung der Teilungsanordnung), Seite 76.

⁴ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt (Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 138.

⁵ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 A III (Rechtsfolgen), Seite 153.

zahlen und auf welchen Stichtag ist der Ausgleichswert zu ermitteln, wenn die letztwillige Verfügung hierzu keine Regelung enthält? Wer trägt die Kosten der Wertermittlung? Welche Rechtsfolgen ergeben sich aus der Wertermittlung?

Daran schließen sich Probleme bei „gestörten“ Teilungsanordnungen an: Wie ist die Anordnung des Erblassers zu behandeln, wenn der zugewandte Gegenstand untergegangen ist, veräußert wurde oder sich aus anderen Gründen nicht mehr im Nachlass befindet?⁶

Regelungen nach § 2048 S. 2 BGB, also Teilungsanordnungen durch Bestimmung Dritter, finden sich in der Praxis kaum: sie sind in der Kautelarjurisprudenz die absolute Ausnahme. Auch die Rechtsprechung hatte praktisch keine Veranlassung, sich hiermit zu befassen. Dies zeigt sich durch die äußerst geringe Anzahl von nicht einmal zehn veröffentlichten Gerichtsentscheidungen hierzu in den letzten über einhundert Jahren. Daher sind zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit einer Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB unerörtert und damit auch ungeklärt: Welche Rechtsfolgen ergeben sich für die Miterben durch die Bestimmung des Dritten?⁷ Wel-

⁶ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 A III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

⁷ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 2 E (Rechtsfolgen der Bestimmung des Dritten), Seite 257.

cher Miterbe kann unter welchen Voraussetzungen auf welche Art und Weise ein Verfahren einleiten, an dessen Ende ein Urteil iSv § 2048 S. 3 BGB gesprochen wird? Wie läuft das gerichtliche Verfahren ab, welche Befugnisse hat das Gericht und wie ist die Kostenentscheidung zu treffen?⁸

Warum hat der Gesetzgeber diese Regelungen schlussendlich überhaupt in das BGB aufgenommen? Weder im Teilentwurf von v. Schmitt für die 1. Kommission⁹ noch im Entwurf der 1. Kommission¹⁰ wurde sie erwähnt. Erst im Rahmen der Beratungen der 2. Kommission wurden die Sätze 2 und 3 auf Antrag in dem I. Entwurf zum BGB in § 2152 E1 ergänzt.¹¹ Man nahm Bezug auf die bislang entsprechende, aber ausschließlich für den Testamentsvollstrecker, formulierte Regelung des § 1898 E1. Diese würde nun in § 2152 E1 auf Dritte erweitert werden. Außerdem habe das Reichsgericht entsprechendes „für das gemeine Recht schon als geltend angesehen“. Gab und gibt es eine Notwendigkeit für diese Art der Regelung? Die Praxis ignoriert sie wie kaum eine andere Gestaltungsmöglichkeit des Erbrechts - ist sie entbehrlich? Oder ist sie im Gegenteil eine weithin ungenutzte Möglichkeit,

⁸ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 (Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 3 Hs. 2 BGB)), Seite 267.

⁹ Horn, MatK ErbR, § 2048, Rn. 1.

¹⁰ Horn, MatK ErbR, § 2048, Rn. 5.

¹¹ Horn, MatK ErbR, § 2048, Rn. 7.

zeit- und kostenintensive Auseinandersetzungen unter Erben zu vermeiden und damit womöglich sogar notwendiger als der Gesetzgeber es dereinst selbst angenommen hat?¹²

Die steuerlichen Folgen einer Teilungsanordnung - auch unter Berücksichtigung der geänderten Rechtsprechung des BFH hinsichtlich eines Kaufrechtsvermögens¹³ - werden im sechsten Abschnitt untersucht¹⁴.

Im siebenten Abschnitt werden schließlich Formulierungsbeispiele für Anordnungen nach § 2048 BGB aus der Literatur im Licht der gewonnenen Erkenntnisse dieser Arbeit untersucht.¹⁵ Ein anschließendes Formulierungsbeispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB setzt die Ergebnisse der Arbeit um und fasst sie zusammen.¹⁶

¹² Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 2 F (Bedeutung der Norm), Seite 300.

¹³ Vgl. hierzu unten Sechster Abschnitt § 3 (Gründerwerbsteuer), Seite 316.

¹⁴ Vgl. hierzu unten Sechster Abschnitt (Steuerliche Folgen von Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 308.

¹⁵ Vgl. hierzu unten Siebenter Abschnitt (Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 320.

¹⁶ Vgl. hierzu unten Siebenter Abschnitt § 6 (Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 345.

Zweiter Abschnitt Begriff der Teilungsanordnung

Der Begriff „Teilungsanordnung“ hat sich seit Jahrzehnten für sämtliche möglichen Anordnungen nach § 2048 BGB eingebürgert. Der Begriff ist jedoch zu eng gefasst und beschreibt die Möglichkeiten der Norm nicht genügend. Der Gesetzgeber hat im I. Entwurf zum BGB das weite Verständnis der Norm noch deutlicher durch eine beispielhafte Aufzählung hervorgehoben:

„Der Erblasser kann durch Verfügung von Todeswegen Anordnungen für die Auseinandersetzung der Erben, insbes. für die Art der Theilung, treffen.“¹⁷

Die Anordnung für die Art der Teilung sollte danach mithin lediglich *eine* Möglichkeit einer Anordnung des Erblassers für die Auseinandersetzung der Erben sein. Anlässlich der Erweiterung des § 2048 BGB um Satz 2 und 3 im Rahmen des II. Entwurfes zum BGB wurde der Einschub gestrichen, ohne dass jedoch ersichtlich ist, dass damit eine qualitative Änderung des Satzes 1, gar eine Einschränkung, beabsichtigt gewesen sein könnte.

¹⁷ Mugdan Band V, LXXXIX, § 2152.

Im Rahmen der Beratungen zu den Rechten und Pflichten des Testamentsvollstreckers formulierte der Gesetzgeber:

„Von ‚Anordnungen‘, nicht von ‚Teilungsanordnungen‘ wird gesprochen, um auch Anordnungen einzubeziehen, welche nicht unmittelbar die Teilung betreffen, diese vielmehr nur vorbereiten.“¹⁸

Ogleich mithin bereits im Gesetzgebungsverfahren ein Unterschied zwischen „Teilungsanordnung“ und „Anordnungen“ im Gespräch war, verwendet das BGB im Weiteren ausschließlich den Begriff „Teilungsanordnung“ und meint damit *jegliche* Art der Anordnungen nach § 2048 BGB (vgl. § 2306 BGB und § 2376 BGB).

Im Laufe der Jahrzehnte nach Inkrafttreten des BGB war in Gesetztestexten und Kommentaren die Überschrift *„Teilungsanordnungen des Erblassers“* die Regel geworden. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1. Januar 2002 wurde dies zur amtlichen Überschrift.

Mittlerweile besteht in der Literatur Einigkeit, dass der Begriff „Teilungsanordnung“ zu eng ist und stattdessen der Begriff „Auseinandersetzungsanordnung“ treffender *sämtliche*

¹⁸ Motive Band V, 229 zit. nach Mugdan Band V, 121

Zweiter Abschnitt Begriff der Teilungsanordnung Begriff der TeilungsanordnungBegriff der TeilungsanordnungBegriff der Teilungsanordnung

mögliche Anordnungen des § 2048 BGB beschreibt.¹⁹ Durch die begriffliche Verengung der Möglichkeiten von Anordnungen nach § 2048 BGB ist es möglicherweise auch zu erklären, dass in der Praxis beispielsweise die Anordnung eines Schiedsgerichts nach § 2048 S. 1 BGB²⁰ selten und Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB die absolute Ausnahme sind. Der Begriff Teilungsanordnung beherrscht Literatur und Rechtsprechung heute²¹, bezeichnet zutreffend mithin jedoch lediglich *eine* Art der Anordnung nach § 2048 S. 1 BGB. Im Folgenden wird der Begriff der Teilungsanordnung entsprechend dem weitgehend Gebrauch für *sämtliche* Anordnungen nach § 2048 BGB verwendet, wobei eine Anordnung nach § 2048 S. 1 BGB, die sich tatsächlich lediglich auf die Teilung bezieht, als Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne oder reine Teilungsanordnung bezeichnet wird.²²

¹⁹ hM, vgl. z.B. Lange/Kuchinke § 44 III 5 a), S. 1150.; Erman/Schlüter (1993) § 2048 Rn. 1; Erman/Bayer § 2048 Rn. 1; MüKoBGB/*Dütz* (1989) § 2048 Rn. 2; MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn.2; *Ann*, S. 281 Fn. 62; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4000.

²⁰ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 C, „Anordnung eines Schiedsgerichts“, Seite 245.

²¹ Nach *Ann* handelt es sich um „*Umgangssprache*“, MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn.2.

²² Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 „Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB“, Seite 141.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

Anders als noch im gemeinen römischen und preußischen Recht, sieht das BGB kein Formprivileg für die Teilungsanordnung vor.²³ Der Gesetzgeber lehnte Formerleichterungen für die *divisio parentum inter liberos* (Verteilung des Nachlasses der Eltern unter ihren Kindern²⁴) für das BGB ab, da keine „*zureichenden Gründe*“ vorlagen.²⁵ Insbesondere wurde darauf abgestellt, dass anderenfalls „*häufig Streit und Ungewißheit darüber entstehen (würde), ob eine einfache Teilungsanordnung*“ im Sinne einer *divisio parentum inter liberos* „*oder eine Zuwendung, welche nur in der Form des ordentlichen Testamentes gewährt werden kann, vorliegt*“.²⁶ Im Folgenden wurden Formerleichterungen für die Teilungsanordnung iSv § 2048 BGB nicht weiter diskutiert. Nach § 2048 S. 1 BGB muss die Teilungsanordnung mithin in der Form einer „*letztwilligen Verfügung*“ erfolgen.

²³ Stedler, Seite 44.

²⁴ Mackeldey, § 648, S. 406.

²⁵ Motive Band V, 290 zit. nach Mugdan Band V, 153.

²⁶ Motive Band V, 291 zit. nach Mugdan Band V, 154.

§ 1 Teilungsanordnung im Testament

Nach dem Wortlaut des § 2048 S. 1 BGB kann der Erblasser durch „*letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen*“. Der Begriff der „*letztwilligen Verfügung*“ ist ebenso wie der Begriff des „*Testamentes*“ in § 1937 BGB als „*einseitige Verfügung von Todes wegen*“ definiert. Die Begriffe „*Testament*“ und „*letztwillige Verfügung*“ werden in § 1937 BGB gleichbedeutend verwendet.

Möchte der Erblasser in seinem Testament eine Teilungsanordnung regeln, kann er sich allein darauf beschränken und muss insbesondere keine Erbeinsetzung vornehmen, sondern kann es im Übrigen bei der gesetzlichen Erbfolge belassen.²⁷

²⁷ BGH, Urteil vom 23. Mai 1984 - IVa ZR 185/82 -, Rn. 26, juris; BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 1988 - BReg 1 Z 32/87 -, Rn. 43, juris; zur Abgrenzung der Teilungsanordnung zur Erbeinsetzung siehe unten Zweiter Abschnitt § 7 (Abgrenzung zur Erbeinsetzung, § 2087 BGB), Seite 133.

§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag

§ 2048 S. 1 BGB spricht von „*letztwilliger Verfügung*“ als Möglichkeit, Teilungsanordnungen zu regeln.²⁸ Nach der Legaldefinition des § 1937 BGB ist unter „*letztwilliger Verfügung*“ oder „*Testament*“ die einseitige Verfügung des Erblassers von Todes wegen zu verstehen. Fraglich ist daher zunächst, ob Teilungsanordnungen in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag überhaupt geregelt werden dürfen, da beide Formen der Verfügung von Todes wegen nicht in § 2048 BGB (iVm § 1937 BGB) genannt werden.

A. Anordnung in einem gemeinschaftlichen Testament

Der Begriff des gemeinschaftlichen Testamentes ist im BGB nicht definiert.²⁹ Wie sich aus den Vorschriften der §§ 2265-2272 BGB ergibt, ist es eine letztlich eine Variante des einseitigen Testamentes. Das gemeinschaftliche Testament eröffnet Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 LPartG) zunächst in § 2267 BGB eine Form erleichterung zur Abfassung ihrer letztwilligen Verfügung. Au-

²⁸ Siehe hierzu soeben § 1 (Teilungsanordnung im Testament), Seite 37.

²⁹ BGH, Urteil vom 12. März 1953 - IV ZR 131/52-, BGHZ 9, 113.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

ßerdem bietet das gemeinschaftliche Testament den Ehegatten die Möglichkeit, ihre Verfügungen wechselbezüglich auszugestalten und dadurch zu Lebzeiten (§ 2271 Abs. 1 BGB) und nach dem Tode eines Ehegatten (§ 2271 Abs. 2 BGB) eine Bindungswirkung zu erzielen.

Im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes ist es jedoch nicht etwa erforderlich, dass Ehegatten ausschließlich oder sogar überhaupt auch nur eine einzige wechselbezügliche Regelung treffen: Es bleibt den Ehegatten unbenommen beispielsweise jeweils unterschiedliche Personen als ihre Alleinerben zu bestimmen und so nur äußerlich eine Testiergemeinschaft zu bilden.³⁰ Dieser Fall des gemeinschaftlichen Testamentes wäre ein gleichzeitiges Testament³¹. Der einzige Unterschied zu einem (einseitigen) Testament iSv § 1937 BGB ist hier dann ggf. die Formerleichterung des § 2267 BGB, die sich die Ehegatten zu Nutzen machen: Ein Ehegatte schreibt das gesamte Testament für beide Ehegatten, der andere Ehegatte unterschreibt lediglich. Insoweit gibt es mithin keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Regelungsmöglichkeiten: Alle im Einzeltestament möglichen Anordnungen können somit in einem gemeinschaftlichen Te-

³⁰ MüKoBGB/*Musielak* Vorbem. § 2265 Rn. 14.

³¹ MüKoBGB/*Musielak* Vorbem. § 2265 Rn. 14; Jakobs, FS Bosch, 447, 452.

§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag

stament getroffen werden, mithin auch eine Teilungsanordnung.³²

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen (gegenseitiges Testament³³) oder zugunsten desselben Dritten testieren: In dem Fall des gegenseitigen Testamentes liegen grundsätzlich ebenfalls stets (lediglich) *einseitige* Verfügungen von Todes wegen vor, so dass auch in diesem Fall eine Teilungsanordnung angeordnet werden kann.

B. *Anordnung in einem Erbvertrag*

Der Erbvertrag wird im BGB in § 1941 BGB legal als ein Vertrag des Erblassers definiert. Der Erbvertrag wird mithin vom Wortlaut des § 2048 BGB nicht erfasst, da durch die Formulierung der „letztwilligen Verfügung“ auf § 1937 BGB und somit auf *einseitige* Verfügung von Todes wegen verwiesen wird.³⁴

In der Literatur wird teilweise formuliert, aus § 1937 BGB folge, dass „Verfügung von Todes wegen“ der

³² Zur Bindungswirkung siehe nachfolgend lit. C (Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?), Seite 43.

³³ MüKoBGB/*Musielak* Vorbem. § 2265 Rn. 15.

³⁴ Stenger, S. 18.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

Oberbegriff zu Testament und Erbvertrag sei.³⁵ Teilweise³⁶ wird dabei auf die Entscheidung des BGH vom 17. September 1970 Bezug genommen. In jenem Urteil wird allerdings zwischen *einseitigen* Verfügungen von Todes wegen iSv § 1937 BGB einerseits und *vertraglichen* Verfügungen von Todes wegen iSv § 1941 BGB andererseits unterschieden.³⁷ Wörtlich heißt es dort:

„Das Gesetz bezeichnet nur die einseitigen Verfügungen von Todes wegen als letztwillige Verfügungen oder Testament, während der Erbvertrag nicht als ‚letztwillige‘ Verfügung benannt wird, da er auch bei Änderung des im Vertrag niedergelegten Willens grundsätzlich unabänderlich ist“³⁸

Bereits 1902 formulierte RITGEN daher zutreffend, dass der Erbvertrag vom BGB

„den letztwilligen Verfügungen als eine zweite Kategorie der Verfügung von Todes wegen gegenübergestellt wird“³⁹

³⁵ MüKoBGB/*Leipold* § 1937 Rn. 4; BeckOK BGB/Müller-Christmann § 1937 Rn. 3; BeckOGK/*Tegelkamp* BGB § 1937 Rn. 8.

³⁶ So z.B. MüKoBGB/*Leipold* § 1937 Rn. 4.

³⁷ BGH, Urteil vom 17. September 1970 - III ZR 158/67-, Rn. 17, JurionRS 1970, 12365.

³⁸ BGH, Urteil vom 17. September 1970 - III ZR 158/67-, Rn. 17, JurionRS 1970, 12365.

³⁹ Planck/*Ritgen* (1902) § 1937 Nr. 2.

§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag

Ist mithin nach § 1937 BGB eine „letztwillige Verfügung“ stets eine *einseitige* Verfügung von Todes wegen, so kann eine Teilungsanordnung im Erbvertrag gleichfalls nach § 2299 BGB jedenfalls als einseitige Verfügung getroffen werden.⁴⁰

C. *Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?*

Nach Beantwortung der Frage, ob Teilungsanordnungen in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag überhaupt angeordnet werden können⁴¹, stellt sich die Folgefrage, welche Bindungswirkung die Anordnung haben kann.

Grundsätzlich haben nach dem BGB die Verfügungen von Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 S. 1 LPartG) in einem gemeinschaftlichen Testament keine Bindungswirkung⁴². Erst wenn der Wortlaut oder/und die Auslegung (zu beachten wäre dann die Zweifelsfallregelung des § 2271 Abs. 2 BGB) dazu führen, dass die

⁴⁰ Stenger, S. 19; Stedler, S. 45; Lehmann, ZErb 2009, 351, 353; zur Frage, ob Teilungsanordnung im Erbvertrag *vertragsgemäß* angeordnet werden können siehe sogleich lit C. (Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?), Seite 43.

⁴¹ Siehe oben § 2 „Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag“, Seite 39.

⁴² Lange/Kuchinke § 24 V 1, S. 448.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

Verfügungen der Ehegatten oder eingetragener Lebenspartner wechselbezüglich iSv § 2270 Abs. 1 BGB sein sollen, treten die besonderen Wirkungen der §§ 2270 Abs. 1, 2271 BGB ein. Das Gesetz nennt in § 2270 Abs. 3 BGB diejenigen Verfügungen, die im gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglicher Wirkung getroffen werden können.

Ebenso wie § 2270 Abs. 3 BGB formuliert § 2278 Abs. 2 BGB dieselben Verfügungen, die in einem Erbvertrag vertragsgemäß getroffen werden können. Nach dem reinen Wortlaut der §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB gilt diese Möglichkeit für Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und die Wahl des anzuwendenden Erbrechts. §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB nennen jedoch nicht die Teilungsanordnung als eine Verfügung, die zwischen Ehegatten bindend bzw. zwischen Erbvertragsparteien vertragsgemäß vereinbart werden könnte.

I. Überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung

Nach der überwiegenden Meinung in der Literatur und der allgemeinen Meinung in der Rechtsprechung ist die Aufzählung in §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB abschließend, so dass der überlebende Erbe eines gemeinschaftlichen Testa-

§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag

mentes oder Erbvertrages eine Teilungsanordnung jederzeit einseitig widerrufen, ändern oder hinzufügen kann.⁴³ Selbst wenn eine wechselbezügliche Verfügung von den Testierenden bzw. Vertragsschließenden gewollt war, kann daher die Teilungsanordnung nach dem Tod des Erstversterbenden auch frei widerrufen werden.⁴⁴

II. Auffassung Wolf: Praktisches Bedürfnis für bindende bzw. vertragsgemäße Anordnung

WOLF meint gegen die überwiegende Auffassung, die den Wortlaut der §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB für abschließend hält, dass ein praktisches Bedürfnis bestünde, auch Teilungsanordnungen bindend bzw. vertragsgemäß anzuordnen.⁴⁵ WOLF meint, dass der Wortlaut nicht zwingend gegen die Möglichkeit spräche, auch eine Teilungsanordnung als bindende bzw. vertragsgemäße Verfügung anzuordnen. Seiner Auffassung nach könnte der Begriff der „Erbeinsetzung“ in

⁴³ BGH, Urteil vom 02.12.1981, -IVa ZR 252/80-, NJW 1982, 441, 442; Planck/*Strecker* (1908) § 2270 Nr. 6; Lange, NJW 1963, 1571, 1572; Langenfeld, NJW 1987, 1577, 1576; Kuchinke, JuS 1988, 853, 854; Lange/Kuchinke § 24 V 2a), S. 449; Damrau/Tanck/*Klessinger* § 2270 Rn. 33; BeckOGK/*Braun*, BGB § 2270 Rn. 11; Basty, MittBayNot 2000, 7, 77; aA wohl noch BGH, Urteil vom 30. September 1959 - V ZR 66/58 -, BGHZ 31, 13, Rn. 16, juris.

⁴⁴ BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 1988 - BReg 1 Z 32/87 -, Rn. 46, juris Rn. 45.

⁴⁵ Wolf, FS Musielak, 693, 695 (bindend), 708 (vertragsgemäß).

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

§§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB wirtschaftlich zu verstehen sein.⁴⁶ „Erbeinsetzung“ könne

„in einem mehr wirtschaftlichen Sinn als Gesamtheit der Zuwendung (zu verstehen sein) (...) mit allen im Zusammenhang damit angeordneten Vergünstigungen und Belastungen. Zur Erbeinsetzung würden bei diesem wirtschaftlichen Verständnis dann auch Teilungsanordnungen oder die Anordnung einer Testamentsvollstreckung als wirtschaftliches Gesamtpaket der Erbeinsetzung gehören.“⁴⁷

Bindend könne eine Verfügung daher auch jenseits der in § 2270 Abs. 3 BGB genannten Verfügungen sein, wenn sie

„so eng mit den vermögensrechtlichen Wirkungen der erbrechtlichen Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) zusammenhängt, dass sie mit ihr eine wirtschaftliche Einheit bildet.“⁴⁸

Er schließt eine teleologische Auslegung der Wechselbezüglichkeit an und gelangt hierbei zu dem Ergebnis, dass Ehegatten - auch mit Blick auf Art. 6 und 14 GG- ein „*grundsätzlich breiter Spielraum*“ zu belassen sei,

„um ihre erbrechtlichen Verhältnisse möglichst umfassend in eigener Verantwortung gestalten zu können.“⁴⁹

⁴⁶ Wolf, FS Musielak, 693, 701 und 708.

⁴⁷ Wolf, FS Musielak, 693, 701.

⁴⁸ Wolf, FS Musielak, 693, 704.

§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag

Dies spräche gegen eine Beschränkung möglicher bindender Verfügungen, weswegen § 2270 Abs. 3 BGB „möglichst *bindungsfreundlich*“ auszulegen sei. Grenzen der Bindungswirkung sieht er dort, wo die Verfügung einen persönlichen - nicht wirtschaftlichen- Bereich betrifft, namentlich bei der Person eines Testamentsvollstreckers.⁵⁰

Gleichermaßen sieht Wolf auch beim Erbvertrag die Möglichkeit Teilungsanordnungen vertragsgemäß anzuordnen. Es

„müssen (...) alle letztwilligen Verfügungen, die im Sinne einer Gesamtplanung der Erbvertragsparteien in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den erbrechtlichen Zuwendung des § 2278 Abs. 2 BGB stehen, ebenfalls in die vertragsmäßige Bindung einbezogen werden.“

weswegen auch eine Teilungsanordnung erbvertraglich bindend getroffen werden könne.⁵¹

⁴⁹ Wolf, FS Musielak, 693, 703.

⁵⁰ Wolf, FS Musielak, 693, 704.

⁵¹ Wolf, FS Musielak, 693, 710.

III. Auffassung Litzenburger: Möglichkeit der bindenden bzw. vertragsgemäßen Anordnung durch Wortlaut gedeckt

LITZENBURGER tritt der Auffassung WOLFS bei und ergänzt, dass der Wortlaut der Norm die wirtschaftliche Interpretation WOLFS nicht nur decke, sondern sogar für diese Auslegung spräche. Nur so sei es zu erklären, dass §§ 2270 Abs. 3 BGB (und entsprechend § 2278 Abs. 3 BGB) drei Zuwendungsarten bezeichnen würde⁵² und nicht lediglich der in § 2270 Abs. 2 BGB aber auch in §§ 2065 Abs. 2, 2074, 2075 BGB genutzte „Sammelbegriff der Zuwendung“ verwendet werde.⁵³ Ergänzend führt LITZENBURGER an, dass eine Teilungsanordnung bereits deswegen eine wechselbezügliche Bindungswirkung haben könne, weil sie in Verbindung mit der Erbeinsetzung einen Zuwendungscharakter haben könne.⁵⁴ Die herrschende Meinung zwingt überhaupt erst zu den schwierigen Abgrenzungen zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis.⁵⁵

⁵² Seit 17.8.2015 ergänzt aufgrund Art. 16 Nr. 2 und 3 des Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29.6.2015 (BGBl. I S. 1042) durch „die Wahl des anzuwendenden Erbrechts“.

⁵³ BeckOK BGB/*Litzenburger* § 2270 Rn. 4.

⁵⁴ BeckOK BGB/*Litzenburger* § 2270 Rn. 5.

⁵⁵ BeckOK BGB/*Litzenburger* § 2270 Rn. 4.

IV. Eigene Auffassung

Die Argumente WOLFS und LITZENBURGERS können nicht überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Aufzählung in §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB versehentlich vorgenommen hat. Ebenso wenig gibt es eine praktische Notwendigkeit im Sinne einer Regelungslücke oder Anhaltspunkte im Gesetzgebungsverfahren, die eine extensive Erweiterung des Wortlauts der „Erbeinsetzung“ oder sonstige Erweiterung des Wortlauts auf Teilungsanordnungen für notwendig oder auch nur möglich erscheinen lassen. Der historische Gesetzgeber hat die Fassung des § 2278 Abs. 2 BGB (wortgleich mit § 2270 Abs. 3 BGB) im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens diskutiert. Es wurde dabei ausdrücklich unterstellt, dass eine Bindung des Erblassers „*nur insoweit zulässig (sei), als sie ausdrücklich gestattet*“ würde.⁵⁶ So wurde beispielsweise auch erörtert, die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit bindender Wirkung zuzulassen, der Vorschlag jedoch schließlich fallen gelassen⁵⁷ und später eine bindende Wirkung für „andere“- nicht in § 2278 Abs. 2 BGB genannten - Verfügungen ausdrücklich abgelehnt. Namentlich

⁵⁶ Protokolle Band V, 7304, zit. nach Mugdan Band V, 747.

⁵⁷ Protokolle Band V, 7304, zit. nach Mugdan Band V, 747.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

„die Ernennung eines Testamentsvollstreckers sowie (...) familienrechtliche Anordnungen“

können nicht vertragsgemäß getroffen werden, da

„der Erblasser (...) bei der persönlichen Natur der hier in Betracht kommenden Fragen die Freiheit der Entschließung gegenüber einer etwaigen Änderung der Verhältnisse behalten“

muss.⁵⁸ Da die Teilungsanordnung – anders als die sonst in §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB genannten Verfügungen – keinen wirtschaftlichen Unterschied für den Erben bedeuten darf (da die „reine“ Teilungsanordnung lediglich Nachlasswerte verteilt, ohne jedoch den Wert der Erbquote zu verändern), steht auch hier ein persönlicher Charakter der Regelung im Vordergrund: Die Teilungsanordnung bedeutet keinen wirtschaftlichen Gewinn oder Verlust für den von ihr betroffenen Erben.

Auch bei der Ergänzung der §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 3 BGB aufgrund des „Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29.

⁵⁸ Denkschrift Band V, 282, zit. nach Mugdan Band V, S. 872.

§ 2 Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag

Juni 2015⁵⁹ hat der Gesetzgeber keine Veranlassung gesehen, weitergehende Änderungen an der Aufzählung als diejenigen vorzunehmen, die zur Umsetzung der ErbVO⁶⁰ notwendig gewesen sind.⁶¹

Mit Blick auf den Erbvertrag verböte sich eine vertragsgemäße Anordnung einer Teilungsanordnung darüber hinaus bereits wegen des Wortlauts des § 2048 BGB. Denn wie bereits oben gezeigt⁶² bezieht sich § 2048 BGB mit seiner Formulierung („*letztwillige Verfügung*“) auf § 1937 BGB und somit auf lediglich einseitige Verfügungen von Todes wegen, nicht hingegen auf vertragsgemäße iSv § 1941 BGB.

Eine vertragsgemäße Verfügung einer Teilungsanordnung ist danach nicht möglich.⁶³ Eine bereits angeordnete Teilungsanordnung kann einseitig vom Überlebenden widerrufen werden.

⁵⁹ Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042).

⁶⁰ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

⁶¹ BT-Drucksache 644/14, 79.

⁶² Vgl. hierzu oben lit. B (Anordnung in einem Erbvertrag), Seite 41.

⁶³ Ebenso: Wertheim, S. 45.

Die Frage, ob eine erstmalige Anordnung oder Änderung einer bereits verfügten Teilungsanordnung durch den Überlebenden möglich ist, hängt hingegen nicht von der möglichen Bindungswirkung oder vertragsgemäßen Vereinbarung ab. Vielmehr ist die Änderung als ein Fall des – zulässigen - Widerrufs und gleichzeitiger Anordnung einer Teilungsanordnung zu sehen. Die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung oder Änderung einer Teilungsanordnung hängt davon ab, ob man die Teilungsanordnung als beeinträchtigende Verfügung ansieht.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

Die Bindung durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament führt zu einer Einschränkung der Testierfreiheit. Wer derart gebunden ist, kann nicht mehr jede beliebige Verfügung treffen, denn nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB sind spätere Verfügungen von Todes wegen unwirksam, soweit die Rechte

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

des Vertragserben bzw. des Schlusserben beeinträchtigt werden.⁶⁴

Bei der Frage der Beeinträchtigung durch eine Anordnung nach § 2048 BGB stellt die Literatur auf Beeinträchtigungen durch „Teilungsanordnungen“ ab und scheint darunter ausschließlich Anordnungen iSv § 2048 S. 1 BGB zu verstehen. Die Rechtsprechung stellt sogar ausdrücklich auf Teilungsanordnungen nach § 2048 S. 1 BGB ab.⁶⁵ Die weiteren Möglichkeiten die § 2048 S. 1 BGB neben der Zuweisung von Nachlassgegenständen ermöglicht (Anweisung für die Vorbereitung der Auseinandersetzung⁶⁶ und Anordnung eines Schiedsgerichts⁶⁷) werden nicht angesprochen. Ebenfalls nicht erörtert wurde bislang, ob die Frage der Beeinträchtigung durch eine Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB anders zu beurteilen sein könnte.⁶⁸

⁶⁴ Zur analogen Anwendung des § 2289 BGB sogleich Ziff. A, Seite 54.

⁶⁵ BGH, Urteil vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 -, BGHZ 82, 274 =NJW 1982, 43; BGH, Urteil vom 2. Dezember 1981, - IVa ZR 252/80 -, NJW 1982, 441.

⁶⁶ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 B (Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung), Seite 240.

⁶⁷ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 C (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 245.

⁶⁸ Vgl. hierzu nachfolgend C. (Beeinträchtigung durch Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB), Seite 73.

A. *Allgemeine Kriterien zur Beurteilung der Beeinträchtigung*

Nach Abschluss des *Erbvertrages* sind Verfügungen des Erblassers von Todes wegen unwirksam, soweit der Vertragserbe hierdurch „beeinträchtigt“ würde, § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB.

Beim gemeinschaftlichen Testament ist das Widerrufsrecht des Überlebenden gem. § 2271 Abs. 2 S.1 Hs. 1 BGB hinsichtlich der *wechselbezüglichen* Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes iSv § 2271 Abs. 1 BGB erloschen, sobald ein Ehegatte oder eingetragener Lebenspartner verstorben ist. Die Wirksamkeit nachträglicher Verfügungen des Überlebenden wird nach allgemeiner Meinung daher aufgrund der Ähnlichkeit der Situation beim Erbvertrag nach § 2289 BGB analog beurteilt.⁶⁹ Unwirksam sind danach solche letztwilligen Verfügungen von Todes wegen des Überlebenden, die das Recht des durch die wechselbezügliche Verfügung Bedachten beeinträchtigen⁷⁰. Die jüngere – also die *nach* dem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament – errichtete Verfügung von Todes wegen ist daher nicht etwa ohne weiteres unwirksam.⁷¹ Vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu

⁶⁹ BayObLG, Beschluss vom 9. Juni 2000 - 1Z BR 25/00 -, Rn. 26, juris; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 27. Juni 1994 - 20 W 108/94 -, NJW-RR 1995, 265, Lange/Kuchinke § 24 VI 4, 456; BeckOK BGB/*Litzenburger* BGB § 2271 Rn. 17; Damrau/Tanck/*Klessinger* § 2271 Rn. 53; Palandt/*Weidlich* § 2271 Rn. 12.

⁷⁰ Palandt/*Weidlich* § 2271 Rn.14.

⁷¹ Planck/*Planck* (1908) § 2289 Nr. 3a.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

prüfen und zu beurteilen, ob und inwieweit die jüngere Verfügung den Vertrags- oder Testamentserben in seiner durch Erbvertrag oder gemeinschaftlichem Testament zuvor eingeräumten Situation beeinträchtigt.⁷²

I. Rechtliche Betrachtungsweise

Nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur ist die Frage der Beeinträchtigung nicht nach wirtschaftlichen sondern rechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten.⁷³ Trifft der Erblasser eine Verfügung, die Bestimmungen widerspricht, die ein *Recht* des Vertragserben begründen, so ist danach diese Verfügung beeinträchtigend und gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 unwirksam; dies gilt selbst dann, wenn der Vertragserbe *wirtschaftlich* besser gestellt würde.⁷⁴ Maßgebend ist bei dieser Betrachtung allein, ob Inhalt und Umfang der Rechtsstellung des Begünstigten erbrechtlich zurückgesetzt, beschränkt oder beschwert wird⁷⁵, denn „§ 2289 Abs. 1 BGB

⁷² Lange/Kuchinke § 24 VI 4, S. 456.

⁷³ BGH, Urteil vom 8. 1. 1958 - IV ZR 219/57 -, BGHZ 26, 204 = NJW 1958, 498, 499; Urteil vom 6. April 2011 - IV ZR 232/09 -, BGHZ 189, 120 = ZEV 2011, 306, 308 Rn. 18; Lange/Kuchinke § 25 VI 2a)β, S. 502; MüKoBGB/*Musielak* § 2289 Rn. 10 und 16; Palandt/*Weidlich* § 2289 Rn. 2 (vielfach fälschlich als Vertreter der aA zitiert); aA Damrau/Tanck/*Krüger* § 2289 Rn. 2; Soergel/*Wolf* § 2289 Rn. 3.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 8. Dezember 1958 - IV ZR 219/57 -, BGHZ 26, 204 = NJW 1958, 498, 499; Burandt/Rojahn/*Burandt*, § 2289 Rn. 15.

⁷⁵ Lange/Kuchinke § 24 VI 4, S. 456.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

*will das Recht des vertraglichen Bedachten, nicht dessen wirtschaftlichen Erwerb schützen*⁷⁶. Die Frage der Beeinträchtigung ist dabei zum Zeitpunkt des Erbfalls zu beurteilen, nicht des Vertragsschlusses.⁷⁷ Selbst wenn der Erblasser mithin beispielsweise anstelle seines Vertragserben einen anderen Erben einsetzt, so wäre jene Verfügung wirksam, wenn der Vertragserbe durch vorzeitiges Versterben, Erbverzicht, Ausschlagung oder Erbnunwürdigkeit wegfiel.⁷⁸

II. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise fragt dagegen danach, ob der Begünstigte aufgrund einer nachträglichen Verfügung nun lediglich noch Anspruch auf einen geringeren Wert am Nachlass hat als zuvor, also „weniger erhält“.⁷⁹

III. Eigene Auffassung

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise reduziert das Maß der Beeinträchtigung des Vertrags- oder Schlusserben letztlich auf eine „mathematische Größe“, die in vielen Fällen nicht dazu

⁷⁶ BGH, Urteil vom 6. April 2011 - IV ZR 232/09 -, BGHZ 189, 120 = ZEV 2011, 306, 308 Rn. 18.

⁷⁷ Lange/Kuchinke § 25 VI 1, Fn. 193, S. 503 sowie § 25 VI 2c), S. 505; Palandt/*Weidlich* § 2289 Rn. 2; Staudinger/*Kanzleiter* § 2289 Rn. 7; OLG München, Urteil vom 26. März 2008 - 15 U 4547/07 -, Rn. 57, juris.

⁷⁸ Planck/*Planck* (1908) § 2289 Nr. 3a; Lange/Kuchinke § 25 VI 1 in Fn. 193.

⁷⁹ Damrau/*Tanck/Krüger* § 2289 Rn. 2; Soergel/*Wolf* § 2289 Rn. 3.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

führen würde, dass die Frage einer „Beeinträchtigung“ verlässlich beantwortet werden kann. So ist die Anordnung eines Schiedsgerichts nach § 2048 S. 1 BGB⁸⁰ möglich, führt aber für die Betroffenen kaum zu einem exakt zu bestimmenden wirtschaftlichen Nachteil. Dennoch ist es eine derart gewichtige Abweichung von der ursprünglichen Gestaltung und Situation in der sich der Vertrags- bzw. Schlusserbe befand, dass hier der Schutz des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB greifen muss. Dies lässt sich verlässlich allein durch einen Vergleich der *rechtlichen* Situation vor und nach der Änderung der letztwilligen Verfügung erreichen.⁸¹

Bei der Zuweisung von Nachlassgegenständen im Rahmen einer nachträglichen *reinen* Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB⁸² müsste bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise stets eine Beeinträchtigung des Vertrags- oder Schlusserben abgelehnt werden. Denn es werden bei einer reinen Teilungsanordnung keine Werte „verschoben“ und verändert: Kein Erbe erhält aufgrund einer Teilungsanordnung „mehr“,

⁸⁰ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 C (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 245.

⁸¹ BGH, Urteil vom 06. April 2011 - IV ZR 232/09 -, BGHZ 189, 120, Rn. 29, juris; BGH, Beschluss vom 17. Juli 2012 - IV ZB 23/11 -, Rn. 32, juris; BGH, Beschluss vom 13. September 2012 - IV ZB 23/11 -, Rn. 6, juris.

⁸² Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 A (Zuweisung von Nachlassgegenständen), Seite 144.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

keiner „weniger“ als dem „Wert“ seiner Erbquote entspricht. Eine Teilungsanordnung führt im Ergebnis der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft gerade nicht zu einer Wertverschiebung zwischen den Miterben.⁸³ Somit kann die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht zu dem Ergebnis führen, dass ein Erbe aufgrund einer nachträglich angeordneten Teilungsanordnung beeinträchtigt wird, denn er darf bei einer reinen Teilungsanordnung niemals „weniger“ erhalten.

Im Rahmen der Auslegung mag man nun zu dem Ergebnis gelangen, dass der Überlebende eine Verfügung getroffen hat, wonach der Begünstigte durch eine Wertverschiebung bevorzugt werden, also „mehr“ erhalten soll als es seiner Erbquote entspräche. In diesem Fall läge jedoch keine „reine“ Teilungsanordnung, sondern vielmehr eine Verfügung anderer Art vor. Dann - aber auch nur dann - wäre die nachträglich getroffene Anordnung beeinträchtigend und mithin unwirksam. Jedoch rührt in diesem Augenblick die Unwirksamkeit nicht daher, dass die Verfügung eine Teilungsanordnung wäre, sondern vielmehr daraus, dass es sich entweder insgesamt um ein - beeinträchtigendes - Vorausvermächtnis (und

⁸³ AA Staudinger/*Herzfelder* (1914), § 2048 Ziff. 1 Abs. 3 aE.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

nicht eine Teilungsanordnung)⁸⁴ oder eine Kombination von Teilungsanordnung und hinsichtlich der Werterhöhung über den Erbteil hinaus um ein – beeinträchtigendes - Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“⁸⁵) handeln würde. In Fällen, bei denen nicht eindeutig durch Auslegung geklärt werden kann, ob der Erblasser eine Wertverschiebung gewollt hat, ist § 2084 BGB zu beachten, der in Zweifelsfällen der Auslegung zugunsten einer wirksamen Regelung - und somit zugunsten einer „reinen“ Teilungsanordnung streitet, die im Ergebnis gerade *keine* Werte verschiebt.

B. Beeinträchtigung durch Anordnungen nach § 2048 S. 1 BGB

I. Zuweisung von Nachlassgegenständen

Literatur und Rechtsprechung unterschieden bei der Frage der Beeinträchtigung nicht nach Anordnungen im Sinne von § 2048 S. 1 BGB oder § 2048 S. 2 BGB. Soweit der Begriff „Teilungsanordnung“ verwendet wird, sind wohl stets ausschließlich Teilungsanordnungen nach § 2048 S. 1 BGB im

⁸⁴ Vgl. zur Unterscheidung unten Vierter Abschnitt § 3 (Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB), Seite 83.

⁸⁵ Vgl. hierzu unten Vierter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

Sinne der Zuweisung von Nachlassgegenständen gemeint (Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne⁸⁶).

Ob eine Anordnung des Überlebenden nach § 2048 S. 1 BGB eine Beeinträchtigung eines Vertragserben bzw. Schlusserben darstellen kann ist in der Literatur umstritten (nachfolgend 1); aber auch die – spärliche – Rechtsprechung hat hier noch keine gefestigte Linie gefunden (nachfolgend 2).

1. Meinungen in der Literatur

Die Meinungen in der Literatur, ob eine Teilungsanordnung „beeinträchtigend“ sein könne, gehen auseinander. Dabei wird nicht nach Anordnungen im Sinne von § 2048 S. 1 und S. 2 BGB differenziert. Die Formulierungen lassen allerdings annehmen, dass ausschließlich reine Teilungsanordnungen iSv § 2048 S. 1 BGB in Form der Zuweisung von Nachlassgegenständen gemeint sind.⁸⁷ Anordnungen zur Vorberei-

⁸⁶ Vgl. zum Begriff oben Zweiter Abschnitt (Begriff der Teilungsanordnung), Seite 34.

⁸⁷ Vgl. zu dieser Art der Anordnung unten Fünfter Abschnitt § 1 A (Zuweisung von Nachlassgegenständen), Seite 144.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

tion der Auseinandersetzung⁸⁸ und die Anordnung eines Schiedsgerichts⁸⁹ werden nicht erörtert.

LEHMANN, führt aus, dass

*„kein Zweifel bestehen (kann), daß eine Teilungsanordnung eine in diesem Sinne beeinträchtigende Verfügung ist“.*⁹⁰

Er argumentiert gegen zwei Entscheidungen des BGH aus dem Jahre 1981⁹¹ mit denen eine Beeinträchtigung iSv § 2289 BGB durch eine Teilungsanordnung abgelehnt wurde. Der BGH habe sich in diesen Entscheidungen bei der Prüfung der Beeinträchtigung durch Teilungsanordnung zu Unrecht auf § 2270 Abs. 3 BGB (wortgleich § 2278 Abs. 2 BGB) bezogen. Der BGH formuliert in seiner Entscheidung vom 23. September 1981, dass ein Änderungsvorbehalt im bindend gewordenen Testament *„nach der Gesetzeslage (§ 2270 Abs. 3 BGB) überflüssig war“*.⁹²

⁸⁸ Vgl. zu dieser Art der Anordnung unten Fünfter Abschnitt § 1 B (Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung), Seite 240.

⁸⁹ Vgl. zu dieser Art der Anordnung unten Fünfter Abschnitt § 1 C (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 245.

⁹⁰ Lehmann, MittBayNot 1988, 157, 158.

⁹¹ BGH, Urteil vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 -, BGHZ 82, 274 =NJW 1982, 43, juris; BGH, Urteil vom 2. Dezember 1981, -IVa ZR 252/80-, NJW 1982, 441.

⁹² BGH, Urteil vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 -, BGHZ 82, 274 =NJW 1982, 43, Rn. 11, juris.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

In der späteren Entscheidung vom 2. Dezember 1981 meint der BGH, dass die erbvertraglich gebundene Erblasserin „*nicht gebindert (war), die in dem Erbvertrag enthaltenen Teilungsanordnungen nachträglich aufzuheben oder durch andere zu ersetzen.*“⁹³

Zu Recht weist LEHMANN darauf hin, dass die §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB lediglich etwas über die Möglichkeit wechselbezüglicher bzw. vertraglicher Regelungen aussagen, nichts jedoch über die Frage der Beeinträchtigung durch nachfolgende letztwillige Verfügungen.

Tatsächlich ist die Begründung des BGH in diesen Urteilen nicht präzise und führt argumentativ in die falsche Richtung. Gleichwohl bleibt das Ergebnis der Entscheidungen zutreffend.⁹⁴

MUSIELAK hält es für möglich, dass eine Teilungsanordnung die Rechtsstellung des Vertragserben beeinträchtigen könne und dass daher bei einer nachträglich verfügten Teilungsanordnung zu prüfen sei, ob der Bedachte nunmehr schlechter gestellt sei.⁹⁵ Er erörtert dies im Einzelnen im Rahmen von Verfügungen des überlebenden Ehegatten, der

⁹³ BGH, Urteil vom 2. Dezember 1981, -IVa ZR 252/80-, NJW 1982, 441, Rn. 13, juris.

⁹⁴ Zu Einzelheiten siehe nachfolgend lit. 2 (Auffassung der Rechtsprechung), Seite 65.

⁹⁵ MüKoBGB/*Musielak* § 2289 Rn. 10, § 2270 Rn. 15 in Fn. 67 und § 2271 Rn. 10.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

durch wechselbezügliche Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament gebunden ist.⁹⁶

Diese Anordnungen seien dann im Rahmen des § 2271 BGB wie ein teilweiser Widerruf zu behandeln. Als Beispiel nennt er eine Teilungsanordnung, die im Widerspruch zu einer wechselbezüglichen Verfügung steht.⁹⁷ Unwirksam sei danach eine vom überlebenden Ehegatten (aber dann konsequenterweise auch einseitig zu Lebzeiten beider Ehegatten) angeordnete Teilungsanordnung, die zu einer Wertverschiebung zu Lasten des durch die wechselbezügliche Verfügung Begünstigten führe.⁹⁸ Dies gelte auch, wenn dem Begünstigten „die Pflicht auferlegt“ werde, die durch Teilungsanordnung herbeigeführte Wertverschiebung auszugleichen.⁹⁹

LITZENBURGER meint ebenfalls, dass eine Teilungsanordnung eine Beeinträchtigung beinhalte, da es eine „*Beschränkung und Beschwerung*“ sei.¹⁰⁰

KANZLEITER¹⁰¹ und KÖSSINGER¹⁰² sehen auch bei vollem Wertausgleich in einer Teilungsanordnung eine Beein-

⁹⁶ MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn. 17.

⁹⁷ MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn. 10.

⁹⁸ MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn. 17.

⁹⁹ MüKoBGB/*Musielak* § 2271 Rn. 17.

¹⁰⁰ BeckOK BGB/*Litzenburger* BGB § 2289 Rn. 10a; im Ergebnis ebenso: jurisPK-BGB/B. Hamdan/M. Hamdan § 2289 Rn. 17.

¹⁰¹ Staudinger/*Kanzleiter* § 2289 Rn. 12b.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

trächtigung iSv § 2289 BGB. Aus der Formulierung des § 2306 Abs. 1 BGB könne man nach der Meinung KÖSSINGERS ersehen, dass der Gesetzgeber in einer Teilungsanordnung eine Beeinträchtigung des Erben gesehen habe (§ 2306 Abs. 1 BGB: „*durch (...) eine Teilungsanordnung beschränkt*“). Außerdem sei der Vertragserbe dahingehend geschützt, nicht nur wertmäßig seine Erbquote zu erhalten sondern „*auch eine entsprechende Beteiligung an allen Nachlassgegenständen so dass auch nur mit ihm Verfügungen über Nachlassgegenstände möglich sind* (§ 2040 Abs. 1)“.¹⁰³

LANGE/KUCHINKE melden dagegen Bedenken an, ob eine Teilungsanordnung als beeinträchtigende Verfügung angesehen werden könne.¹⁰⁴ Sie weisen darauf hin, dass der Nachlass ohnehin bereits mit der *gesetzlichen* Teilungsanordnung belastet sei und der Erbe im Rahmen der Auseinandersetzung keinen Anspruch auf einen bestimmten Gegenstand hätte.¹⁰⁵

BRAUN¹⁰⁶ und KRÜGER¹⁰⁷ sehen keine Beeinträchtigung durch eine nachträgliche Teilungsanordnung, KRÜGER dabei

¹⁰² Nieder/Kössinger/R. *Kössinger* 2. Teil § 15 Rn. 240.

¹⁰³ Nieder/Kössinger/R. *Kössinger* 2. Teil § 15 Rn. 240.

¹⁰⁴ Lange/Kuchinke § 24 VI 4 S. 456.

¹⁰⁵ Lange/Kuchinke § 24 VI 4, S. 456.

¹⁰⁶ BeckOGK/*Braun*, BGB § 2271 Rn. 15.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

jedoch mit der Maßgabe, dass gleichzeitig ausdrücklich eine Ausgleichung angeordnet werde. Dieses überflüssige Kriterium hat auch der BGH genannt.¹⁰⁸

2. Auffassung der Rechtsprechung

Die oben¹⁰⁹ bereits angeführten Entscheidungen des BGH aus dem Jahr 1981 haben das Problem der Beeinträchtigung durch Teilungsanordnung nur gestreift.¹¹⁰ Der BGH entschied dort zum gemeinschaftlichen Testament¹¹¹ sowie zum Erbvertrag¹¹², dass - auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Testament oder Erbvertrag - der Vertragserbe bzw. überlebende Ehegatte nicht gehindert sei, Teilungsanordnungen nach § 2048 S. 1 BGB nachträglich zu treffen.

Der BGH schränkt das Recht des überlebenden Ehegatten bzw. Vertragserben insoweit ein, als sich im Testament ausdrücklich eine Anordnung der Ausgleichspflicht befinden müsse:

¹⁰⁷ Damrau/Tanck/*Krüger* § 2289 Rn. 3.

¹⁰⁸ Siehe hierzu sogleich lit. b) (Auffassung der Rechtsprechung).

¹⁰⁹ Oben lit. 1 (Meinungen in der Literatur), Seite 60.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 -, BGHZ 82, 274 =NJW 1982, 43; Urteil vom 2. Dezember 1981, -IVa ZR 252/80-, NJW 1982, 441.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 23.09.1981, -IV a ZR 185/80-, NJW 1982, 43.

¹¹² BGH, Urteil vom 02.12.1981 -IV a ZR 252/80-, NJW 1982, 441.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

"Wer durch bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament seine beiden Söhne zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt hat, (...) ist (auch) nicht gebindert, einem Sohn durch Teilungsanordnung mehr Grundstücke zukommen zu lassen, als dem Wert des Erbteils entspricht. Voraussetzung dafür ist, daß er diesem auferlegt, dem anderen Sohn einen entsprechenden Ausgleich aus dem eigenen Vermögen zukommen zu lassen."¹¹³

Die vom BGH geforderte Auferlegung einer Ausgleichsklausel im Testament ist tatsächlich jedoch nicht notwendig. Denn es gehört zum Wesen einer Teilungsanordnung, dass keine Werte verschoben, sondern lediglich Nachlassgegenstände im Rahmen der Auseinandersetzung zugewandt werden: Wer „mehr“ erhält, hat seinen Miterben die Wertdifferenz auszugleichen.

Führt die Auslegung mithin zum Willen des Erblassers - wie im entschiedenen Fall des BGH -, dass ein Sohn „durch Teilungsanordnung mehr Grundstücke zukommen (...), als dem Wert des Erbteils entspricht“, so ist damit bereits an dieser Stelle entschieden, dass er „dem anderen Sohn einen entsprechende Ausgleich“ zukommen lassen muss. Denn wenn der Sohn „durch Teilungsanordnung“ begünstigt wird, bedeutet dies gleichzei-

¹¹³ BGH, Urteil vom 23.09.1981, -IV a ZR 185/80-, NJW 1982, 43, LS 1 und 44; ebenso: BGH, Urteil vom 23. Mai 1984 - IVa ZR 185/82 -, Rn. 26, juris.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

tig, dass er im Ergebnis gerade nicht „mehr“ erhält als es seiner Erbquote entspricht: Die Pflicht zum Ausgleich folgt dann aus dem Gesetz, nicht aus einer Klausel des Testaments.

Nicht zutreffend ist es außerdem, dass dieser Ausgleich – wie der BGH formuliert - aus dem eigenen Vermögen des durch die Teilungsanordnung begünstigten Sohnes stammen müsse. Denn tatsächlich ist dieser Ausgleich im Rahmen der Nachlassauseinandersetzung dadurch zu gewähren, dass „der andere Sohn“ entsprechend „mehr“ aus dem Nachlass erhält, so dass im Ergebnis beide Söhne Werte entsprechend ihrer Erbquoten erhalten. Ein Ausgleich aus dem Eigenvermögen des Begünstigten hat im Rahmen der Ausgleichszahlung grundsätzlich nicht zu erfolgen.¹¹⁴

Nicht erforderlich sei es hingegen, dass dem überlebenden Ehegatten bzw. dem Vertragserben im Testament bzw. Erbvertrag das Recht ausdrücklich vorbehalten bleibt, eine von der Verfügung abweichende Teilungsanordnung zu treffen. Nach Ansicht des BGH sei „eine solche Ermächtigung nach der Gesetzeslage (§ 2270 Abs. 3 BGB) überflüssig“¹¹⁵. Wie LEH-

¹¹⁴ Vgl. hierzu und zur Frage der Ausgleichszahlung aus dem Eigenvermögen des Erben im Einzelnen unten Fünfter Abschnitt § 1 III 5 b) bb) aaa) (Übernahmepflicht), Seite 188.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 23.09.1981, -IV a ZR 185/80-, NJW 1982, 43, LS 1 und 44.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

MANN zu Recht erkannt hat, ist die Bezugnahme des BGH auf § 2270 Abs. 3 BGB in diesem Zusammenhang jedoch unzutreffend, weil die Norm lediglich die Möglichkeit wechselbezüglicher Verfügungen regelt.¹¹⁶

Das OLG Hamm hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 ausgeführt, dass die Unwirksamkeit einer Teilungsanordnung in einem gemeinschaftlichen Testament neben der Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung eine „*Beeinträchtigung der berechtigten Erberwartung des Schlusserben*“ voraussetze.¹¹⁷ Diese Beeinträchtigung fehle, wenn der Überlebende entweder „*durch das gemeinschaftliche Testament zu Teilungsanordnungen ermächtigt wurde, oder wenn die mit der Teilungsanordnung verbundene Beeinträchtigung aus anderen Gründen außerhalb des Schutzbereichs der eingegangenen testamentarischen Bindungen liegt*“.¹¹⁸ Das OLG führt aus, dass es den gemeinschaftlich testierenden Eheleuten nicht darauf angekommen sei, den Schlusserben bestimmte Nachlassgegenstände zuzuwenden. Führt man diese Argumentation des OLG fort, so scheint das OLG es für

¹¹⁶ Lehmann, MittBayNot 1988, 157, 158; ebenso BeckOGK/G. Müller BGB § 2289 Rn. 69; vgl. hierzu auch oben unter lit 1 (Meinungen in der Literatur), Seite 62.

¹¹⁷ OLG Hamm, Urteil vom 26. Februar 2015 - I-10 U 18/13, 10 U 18/13 -, Rn. 166, juris (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Beschluss des BGH vom 16. September 2015 -Az: IV ZR 186/15-, juris).

¹¹⁸ OLG Hamm, Urteil vom 26. Februar 2015 - I-10 U 18/13, 10 U 18/13 -, Rn. 166, juris.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

möglich zu halten, dass bei einer bindend gewordenen Schlusserbeneinsetzung, die *Änderung* einer Teilungsanordnung unwirksam sein könnte, weil die Erblasser den Erben bestimmte Nachlassgegenstände zuwenden wollten und eine Änderung dann eine Beeinträchtigung darstellt bzw. darstellen könnte.

3. Eigene Auffassung

Um die Frage der Beeinträchtigung beantworten zu können muss die Situation des Vertrags- bzw. Schlusserben mit und ohne die nachträgliche Regelung verglichen werden.¹¹⁹

Im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft hat grundsätzlich kein Erbe einen Anspruch darauf, einen bestimmten Gegenstand zu erhalten.¹²⁰ Soweit Nachlassgegenstände – wie im Regelfall - nicht in Natur gem.

§§ 2042 Abs. 2, 752 BGB geteilt werden können, sind sie in Geld umzusetzen, §§ 2042 Abs. 2, 753, 754 BGB. Ebenfalls sind Nachlassgegenstände zur Berichtigung von Nachlassver-

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 06. April 2011 - IV ZR 232/09 -, BGHZ 189, 120, Ls und Rn. 28 ff, juris.

¹²⁰ Lange/Kuchinke § 24 VI 4, S. 456.; BeckOGK/*Braun* BGB § 2271 Rn. 15; aA anscheinend Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 240: „Ist kein Abänderungsvorbehalt vorgesehen, ist der Vertragsmiterbe dabingehend geschützt, dass er nicht nur wertmäßig seine Erbquote erhält, sondern auch eine entsprechende Beteiligung an allen Nachlassgegenständen, so dass auch nur mit ihm Verfügungen über Nachlassgegenstände möglich sind (§ 2040 Abs. 1).“.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

bindlichkeiten in Geld umzusetzen, soweit der liquide Nachlass im Übrigen nicht ausreicht, § 2046 Abs. 3. Der Erlös ist schließlich - nach Abzug der Verbindlichkeiten- unter den Erben im Verhältnis der Erbteile aufzuteilen,

§ 2047 Abs. 1 BGB. Anspruch auf einen bestimmten - nicht in Natur teilbaren - Gegenstand hat ein Erbe dagegen nur und ausschließlich, wenn ihm dieser Gegenstand durch Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis vom Erblasser zugewiesen wurde.

Wurde eine Teilungsanordnung erstmalig vom Überlebenden angeordnet, so hat sich die rechtliche Situation derjenigen Erben, die nicht von der Teilungsanordnung betroffen sind, nicht verändert: Nach wie vor erhalten sie ihren versilberten Anteil am Nachlass entsprechend ihrer Erbquote.

Die erbrechtliche Situation des von einer Teilungsanordnung iSv § 2048 S. 1 BGB begünstigten – oder neutraler formuliert: *betroffenen* - Erben hat sich dagegen jedenfalls dann *verbessert*, soweit ihm durch die Teilungsanordnung ein Übernahmerecht eingeräumt wurde.¹²¹ Durch die Teilungsanordnung stehen ihm zusätzliche Rechte im Verhältnis zu seinen Miterben zur Seite. So könnte er sich z.B. gegen die Teilungs-

¹²¹ Zum Übernahmerecht vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 A II (Übernahmerecht), Seite 148.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

versteigerung (§ 180 ZVG) einer ihm durch Teilungsanordnung zugewiesenen Immobilie mit einer (unechten) Drittwiderspruchsklage analog §§ 768, 771 ZPO wehren.¹²² Im Übrigen kann er selbstverständlich die Übertragung des ihm durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstandes im Rahmen der Auseinandersetzung verlangen.¹²³

Die nachträgliche Anordnung einer *Übernahmepflicht* führt dagegen zu einer rechtlichen Benachteiligung des betroffenen Erben.¹²⁴ Denn während er ohne diese Anordnung im Rahmen der Versilberung auch die Möglichkeit des Erwerbs des Gegenstands gehabt hätte, ist er nun *gezwungen*, diesen Gegenstand zu übernehmen und sich den Wert auf seinen Erbteil anrechnen zu lassen.¹²⁵

Es kann mithin keine generelle Aussage geben, ob eine Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne zu einer Beeinträchtigung des Vertrags- bzw. Schlusserben führt, vielmehr ist stets auf den Einzelfall abzustellen.

¹²² OLG München, Urteil vom 16. November 2016 - 20 U 2886/16 -, Rn. 16, juris; OLG Oldenburg, Urteil vom 4.2.2014 - 12 U 144/13-, NJW-RR 2014, 782; Roth, NJW-Spezial 2014, 199; Staudinger/*Löbmg* § 2048 Rn. 9.

¹²³ Zu den Rechtsfolgen vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 A III (Rechtsfolgen), Seite 153.

¹²⁴ Zur Übernahmepflicht vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 A I, (Übernahmepflicht), Seite 144.

¹²⁵ Zur Wirkung vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 A III 1 a) (Übernahmepflicht), Seite 156.

II. Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung

Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung können vielfältiger Art sein.¹²⁶ Die teilweise in der Literatur besprochene Anordnung einer Ausgleichungspflicht¹²⁷ wäre als Vorausvermächtnis einzuordnen, soweit ein Miterbe begünstigt würde und wäre zweifelsohne bereits deswegen für die übrigen Miterben beeinträchtigend. Sie sind daher für denjenigen Erben beeinträchtigend, der aufgrund der Anordnung rechtlich (und hier auch wirtschaftlich) schlechter steht als er ohne die Anordnung stünde.

III. Anordnung eines Schiedsgerichts

Im Rahmen einer Anordnung nach § 2048 S. 1 BGB kann auch die Anordnung eines Schiedsgerichts erfolgen.¹²⁸

Einzig das OLG Hamm hat im Jahr 1990 die Einsetzung eines Schiedsrichters im Testament als eine beeinträchti-

¹²⁶ Zu Einzelheiten vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 B (Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung), Seite 240.

¹²⁷ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 B I (Anordnung einer Ausgleichungspflicht?), Seite 241.

¹²⁸ Vgl. hierzu unten Fünfter Abschnitt § 1 C (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 245.

§ 3 Teilungsanordnung nach gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag

gende Verfügung im Sinne des § 2289 BGB angesehen.¹²⁹ Das Gericht sieht die Beeinträchtigung „*eindeutig*“ darin, dass der „*Vermächtnisnehmer der uneingeschränkten Interpretationsmacht des Schiedsrichters unterworfen und zugleich der Möglichkeit beraubt (wird), die ordentlichen Gerichte anzurufen*“¹³⁰ Dabei wurde zwar die Ernennung eines Schiedsrichters nicht als eine Anordnung im Sinne des § 2048 S. 1 BGB eingeordnet. Wenngleich die Argumentation des Senats recht kurz und apodiktisch gefasst ist („*kann nach Ansicht des Senats nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden*“), so wird man ihr jedenfalls insoweit zustimmen können, dass die Anordnung eines Schiedsgerichts den hiervon Betroffenen regelmäßig mindestens eine Instanz „nimmt“ und mithin die Möglichkeit, den Schiedsspruch überprüfen zu lassen: Dies wird man als einen rechtlichen Nachteil ansehen müssen.

C. *Beeinträchtigung durch Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB*

Im Gegensatz zu einer reinen Teilungsanordnung im Sinne von § 2048 S. 1 BGB mit der Zuweisung eines Nachlassge-

¹²⁹ OLG Hamm, Urteil vom 8. Oktober 1990 - 8 U 38/90 -, NJW-RR 1991, 455, 456 (wobei der Senat die Anordnung nicht als einen Fall des § 2048 S. 1 BGB bezeichnet hat).

¹³⁰ OLG Hamm, Urteil vom 8. Oktober 1990 - 8 U 38/90 -, NJW-RR 1991, 455, 456.

Dritter Abschnitt Form der Teilungsanordnung

genstands greift eine Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB stärker in die Rechte der Schluss- bzw. Vertragserben sowohl in wirtschaftlicher als auch rechtlicher Hinsicht ein. Denn während die reine Teilungsanordnung aufgrund der Ausgleichspflicht zu keiner wirtschaftlichen Beeinträchtigung der Erben führen darf, gehen die Rechte des Dritten im Rahmen einer Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB darüber hinaus: Seine Bestimmungen sind erst dann *nicht* verbindlich, wenn sie offenbar unbillig sind, § 2048 S. 3 BGB. Offenbare Unbilligkeit liegt jedoch nicht bereits dann vor, wenn die Anordnungen zu einer wirtschaftlichen Ungleichbehandlung der Erben führen würde.¹³¹

¹³¹ Zu Einzelheiten vgl. unten Fünfter Abschnitt § 2 E II (Bestimmung offenbar unbillig), Seite 261.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

In privatschriftlichen Testamenten wird der Begriff „Teilungsanordnung“ nur selten verwendet, obwohl der Erblasser tatsächlich deren Wirkungen erreichen wollte. Aber selbst wenn der Begriff „Teilungsanordnung“ in einer letztwilligen Verfügung verwendet würde, bedeutet dies wiederum nicht mit Sicherheit, dass der Erblasser damit tatsächlich eine Teilungsanordnung iSv § 2048 BGB anordnen wollte. Auch letztwillige Verfügungen, die von einem Notar errichtet oder mit Hilfe eines Rechtsanwalts verfasst wurden, bieten keine Gewähr für eine zutreffende Verwendung des Begriffes im Sinne der Wünsche des Erblassers.¹³² Zum einen können auch Notare (und Rechtsanwälte) juristische Begriffe falsch oder unpräzise verwenden; zum anderen ist nicht das Verständnis des Notars sondern der Wille des Erblassers maßgebend.¹³³

¹³² BGH, Urteil vom 17. September 1970 - III ZR 158/67 -, MittBayNot 1972, 241; BGH, Urteil vom 23. April 1951 - IV ZR 17/51 -, Ls. 3, juris ; OLG Hamm, Beschluss vom 16. Dezember 2010 - I-15 Wx 470/10 -, Rn. 27; Beschluss vom 20. Januar 2005 - 15 W 427/04 -, Rn. 16, juris; MüKoBGB/*Leipold* BGB § 2084 Rn. 39; aA fälschlich: LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25. Januar 2000 - 10 O 8569/99-, Ziff. I 1., ZErB 2001, 5: „*Testament nicht auslegungsfähig*“.

¹³³ OLG Hamm, Beschluss vom 16. März 1993 - 15 W 135/92 -, Rn. 21, juris.

Nicht einmal der Wortlaut setzt der Auslegung eines Testamentes oder Erbvertrages Grenzen.¹³⁴ Soll jedoch der in einem notariellen Testament verwendete Begriff entgegen seinem Wortlaut ausgelegt werden, so müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass ein abweichender Erblasserwille gegeben war. Denn im Hinblick auf die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG kann zunächst davon ausgegangen werden, dass der Erblasser entsprechend der allgemeinen - juristischen - Bedeutung des verwendeten Begriffes testieren wollte.¹³⁵ Dies gilt gleichermaßen, wenn ein Rechtsanwalt bei der Testamentserrichtung zugegen war und die verwendeten Begriffe dem Erblasser im Einzelnen erklärt hat.¹³⁶

Umso mehr bedarf es einer Ermittlung des Erblasserwillens, wenn der Erblasser - wie meist in privatschriftlichen Testamenten - keine juristischen Begriffe verwendet, sondern lediglich „tatsächlich gewünschte Ergebnisse“ der Erbfolge formuliert („*Mein Sohn soll das Haus erhalten und meine Tochter das Depot-Vermögen*“).

¹³⁴ Lange/Kuchinke, § 34 III 4, S. 784: Falsa demonstratio non nocet.

¹³⁵ MüKoBGB/*Leipold* BGB § 2084 Rn. 39; OLG Hamm, Beschluss vom 16. Dezember 2010 - I-15 Wx 470/10 -, Rn. 27, juris.

¹³⁶ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6. Oktober 1997 - 3 W 166/97, NJWE-FER 1998, 39, 40 Nr. 2a).

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

Abgrenzungsschwierigkeiten der Teilungsanordnung ergeben sich zum Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB)¹³⁷, zur Auflage (§ 1940 BGB)¹³⁸, zur Verwaltungsanweisung (§ 2038 BGB)¹³⁹, zur Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 S. 1 Hs. 1 BGB)¹⁴⁰, zur Erbeinsetzung (§ 2087 BGB)¹⁴¹ und zum „Erblasserappell“¹⁴².

In den Motiven zum BGB¹⁴³ und der Literatur¹⁴⁴ wird teilweise der Eindruck erweckt, dass eine Teilungsanordnung „auch“ ein Vorausvermächtnis oder eine Auflage sein könne. So wird in den Motiven bei den Erörterungen zum Inventarrecht bemerkt, dass

„Nachlassverbindlichkeiten (...) auch die Verpflichtungen der Miterben gegenüber einem der Miterben aus einer Teilungsanordnung des Erblassers (§ 2152) sein (können), wenn und so-

¹³⁷ S. hierzu unten § 3 (Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB), Seite 83.

¹³⁸ S. hierzu unten § 4 (Abgrenzung zur Auflage, § 1940 BGB), Seite 126.

¹³⁹ S. hierzu unten § 5 (Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung), Seite 127.

¹⁴⁰ S. hierzu unten § 6 (Abgrenzung zur Testamentsvollstreckung), Seite 132.

¹⁴¹ S. hierzu unten § 7 (Abgrenzung zur Erbeinsetzung, § 2087 BGB), Seite 133.

¹⁴² S. hierzu unten § 8 (Abgrenzung zum „Erblasserappell“), Seite 136.

¹⁴³ Motive Band V, 603, zit. nach Mugdan Band V, 324.

¹⁴⁴ Staudinger/Werner (2010), § 2048 Rn. 7 und 9; Staudinger/Löhnig § 2048 Rn. 2; aA Staudinger/Otte, § 2150 Rn. 23.

*weit sich unter einer solchen Anordnung ein Vorausvermächtniß versteckt“.*¹⁴⁵

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Teilungsanordnung, Vermächtnis und Auflage gibt es jedoch keine „Gleichzeitigkeit“ von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis oder Auflage.¹⁴⁶ Die Teilungsanordnung ist vielmehr eine Verfügungsmöglichkeit des Erblassers sui generis¹⁴⁷. Das Gesetz nennt sie auch folgerichtig in § 2306 Abs. 1 Satz. 1 BGB als „Beschränkung“ neben Vermächtnis und Auflage („Beschwerung“). Es mag durch eine Verfügung des Erblassers teilweise eine Teilungsanordnung und *ergänzend* eine Auflage (zur Absicherung der Teilungsanordnung)¹⁴⁸ oder *teilweise* ein Vorausvermächtnis angeordnet sein (Gestaltungsvariante

¹⁴⁵ Motive Band V, 603, zit. nach Mugdan Band V, 324; ähnlich auch bei den Erörterungen zur Auseinandersetzung der Miterben: „(...) wenn unter einer solchen Teilungsanordnung ein Vermächtniß sich versteckt und mit Rücksicht hieraus ein begünstigter Erbe in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten beschwert ist, (...)“, Motive Band V, 688 zit. nach Mugdan Band V, 370.

¹⁴⁶ So dann auch Staudinger/Werner (2010) § 2048 Rn. 7; Staudinger/Löhnig § 2048 Rn. 6.

¹⁴⁷ Ebenso bereits im Ergebnis: Planck/Rüfen (1902) § 2048 Nr. 1; Stenger, Die Teilungsanordnung, S. 19, S. 86, S. 112 („selbständiger Begriff des Erbrechts“, das „seiner Art nach als antizipiertes, konstitutives richterliches Urteil gekennzeichnet werden darf“); zustimmend: Lange, Erbrecht, Kapitel 7. Rn. 7; aA Wertheim, S. 37 ff, die eine Teilungsanordnung als „wechselseitiges Vorausvermächtnis“, an anderer Stelle (S. 51) als „doppelseitiges Vorausvermächtnis“ ansieht.

¹⁴⁸ Siehe hierzu unten § 4 (Abgrenzung zur Auflage, § 1940 BGB), Seite 126.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

der sog. überquotalen Teilungsanordnung¹⁴⁹); jedoch ist auch und gerade in diesen Fällen klar abzugrenzen, wie weit die Teilungsanordnung reicht (Teilwert) und wo das Vorausvermächtnis beginnt (Mehrwert¹⁵⁰).

Insbesondere die Abgrenzung der Teilungsanordnung vom Vorausvermächtnis ist seit Jahrzehnten eine geradezu klassische Auseinandersetzung in der erbrechtlichen Rechtsprechung und Literatur. Bereits von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzungskriterien wurden wieder aufgegeben, neue wurden (weiter-)entwickelt und präzisiert.¹⁵¹ Die Literatur hat die Bemühungen der Rechtsprechung teilweise kritisiert und versucht, andere Abgrenzungskriterien zu entwickeln.¹⁵²

¹⁴⁹ Zu Einzelheiten der „überquotalen Teilungsanordnung“ vgl. unten § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

¹⁵⁰ Vgl. zu diesem Begriff unten D II (Beurteilung in der Rechtsprechung), Seite 118.

¹⁵¹ Hierzu nachfolgend § 3 B (Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Rechtsprechung), Seite 98.

¹⁵² Hierzu nachfolgend § 3 C (Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Literatur), Seite 104.

§ 1 Motive des Gesetzgebers

Mit § 2048 BGB sollte nach dem Willen des Gesetzgebers „*besonders ausgesprochen*“ werden, dass Regelungen, die „*nicht in den Bereich der Vermächtnisse und Auflagen*“ fallen, gleichfalls zulässig sind.¹⁵³ Es mögen „*Vermächtnisse oder Auflagen darin enthalten sein*“¹⁵⁴, die jedoch nicht die Rechtsnatur der Teilungsanordnung teilen. Vielmehr kann es so sein, dass sich „*unter einer solchen Teilungsanordnung ein Vermächtnis (...) versteckt*“¹⁵⁵, es ist jedoch nicht damit gleichzusetzen und führt zu anderen Rechtsfolgen. Daher hat es der Gesetzgeber „*Wissenschaft und Praxis*“ vorbehalten zu entscheiden, wie sich die Haftung der Erben gestaltet, wenn sich „*unter einer solchen Teilungsanordnung ein Vermächtnis (...) versteckt und mit Rücksicht hierauf ein begünstigter Erbe in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten beschwert ist, ob insbes. die Gläubiger sich unmittelbar an diesen begünstigten Erben halten können*“¹⁵⁶.

Der Gesetzgeber gab allerdings keine Anhaltspunkte, wie sich ein Vermächtnis oder eine Auflage unter einer Teil-

¹⁵³Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370.

¹⁵⁴Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370.

¹⁵⁵Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370.

¹⁵⁶Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370; vgl. hierzu auch nachfolgend § 7 (Abgrenzung zur Erbeinsetzung, § 2087 BGB), Seite 133.

lungsanordnung „verstecken“ oder darin enthalten sein könnte und welche rechtlichen Folgen dies haben würde.

§ 2 Systematik

Die Teilungsanordnung ist im 4. Titel des 2. Abschnittes des BGB unter „Mehrheit von Erben“ im Rahmen der „Rechtsverhältnisse der Erben untereinander“ und hier *hinter* den Regelungen zur Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 2042- 2047 BGB) eingeordnet. Der Gesetzgeber hat durch die systematische Stellung deutlich gemacht, dass § 2048 BGB dem Erblasser eine Möglichkeit gibt, die *gesamte* Auseinandersetzung zu regeln, mithin auch Vorgänge die der bloßen Verteilung des Überschusses nach § 2047 BGB vorangehen.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Vgl. hierzu auch unten Fünfter Abschnitt § 1 B (Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung), Seite 240.

§ 3 Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB

A. *Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis*

MATTERN fasst den Unterschied zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis als „gesetzliches Leitbild“ plastisch dahingehend zusammen, dass die Teilungsanordnung sich „in der Gegenstandszuweisung innerhalb des Rahmens des Erbteils (erschöpft), das Vorausvermächtnis ist zusätzlich Gegenstandszuweisung außerhalb des Erbteils, über den Erbteil hinaus“.¹⁵⁸

Aus diesem unterschiedlichen gesetzlichen Leitbild können sich unterschiedliche rechtliche oder/und wirtschaftliche Auswirkungen ergeben, wobei der Erblasser jedoch hier im Rahmen seiner Testierfreiheit grundsätzlich die Möglichkeit hat, die gesetzlichen Wirkungen zu beseitigen.

MATTERN schränkt diesen Grundsatz dahingehend ein, dass der Erblasser weder die Bindungswirkung im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag noch im Falle der beschränkten Erbenhaftung die Zugehörigkeit des durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstandes zur Haftungs-

¹⁵⁸ Mattern, DNotZ 1963, 450, 454.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

masse verhindern könne. Dies ist im Ergebnis jedoch nicht zutreffend.¹⁵⁹

I. Bindungswirkung

Die im Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament geregelte Teilungsanordnung ist nach der hier sowie in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung jederzeit einseitig frei widerruflich, §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB.¹⁶⁰

An das Vorausvermächtnis ist der Überlebende eines gemeinschaftlichen Testamentes dagegen gem. §§ 2270, 2271 BGB sowie der erbvertraglich Begünstigte gem. §§ 2290, 2278 BGB gebunden. Der Erblasser kann hier Abweichendes regeln.¹⁶¹ Eine faktische Bindungswirkung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag lässt sich durch eine Kombination von Bedingung, Auflage oder/und Testamentsvollstreckung erzielen.¹⁶² Die Widerruflichkeit des Vorausver-

¹⁵⁹ Siehe hierzu sogleich Ziff. I (Bindungswirkung), Seite 84 sowie Ziff. IX (Beschränkung der Erbenhaftung), Seite 93.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 2. Dezember 1981, -IVa ZR 252/80-, NJW 1982, 441, 442; vgl. hierzu ausführlich oben Zweiter Abschnitt § 2 C (Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?), Seite 43.

¹⁶¹ AA Mattern, DNotZ 1963, 450, 454.

¹⁶² Vgl. hierzu auch unten Siebenter Abschnitt § 4 (Absicherung der Teilungsanordnung), Seite 341.

mächtnisses lässt sich durch einen Änderungsvorbehalt für den Überlebenden („Freistellungsklausel“) erreichen.

II. Wertausgleich

Der durch eine Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB begünstigte Erbe erhält nicht „mehr“ als seiner Quote als Miterbe entspricht. Es findet nach der überwiegenden Meinung in der Literatur bei der (reinen) Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB keine Wertverschiebung unter den Erben statt.¹⁶³ LANGE / KUCHINKE formulieren dazu leicht einschränkend, dass

*„keine vollständige Wertübereinstimmung erreicht zu werden (braucht); der Wille des Erblassers darf jedoch allein auf die Durchführung der feststehenden Erbfolgeregelung, nicht auf darüber hinausgehende Zuwendungen gerichtet sein“.*¹⁶⁴

Die Rechtsprechung hierzu ist mittlerweile eindeutig in der Auffassung, dass es eine wertverschiebende Teilungsanordnung „nicht geben kann“; einzige Ausnahme ist eine Anordnung nach § 2049 BGB.¹⁶⁵ Lediglich in einer Entscheidung

¹⁶³ Staudinger/Löhnig § 2048 Rn. 5; MüKoBGB/Ann § 2048 Rn. 2.

¹⁶⁴ Lange/Kuchinke § 44 III 5 c

¹⁶⁵ BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 18, juris; BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 191/85 -, Rn. 15, juris; anders bei der „überquotalen Teilungsanordnung“, hierzu unten lit. D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114; zu

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

aus dem Jahre 1960 hatte der V. Zivilsenat des BGH die Figur einer „wertverschiebende Teilungsanordnung“ für zulässig gehalten, obgleich es in jener Entscheidung auch nach der Auffassung des Senats nicht einmal darauf ankam.¹⁶⁶ 20 Jahre später hat der IVa. Senat diese Entscheidung zunächst stillschweigend, später ausdrücklich aufgegeben und ist zu dem Grundsatz zurückgekehrt, dass eine Teilungsanordnung keine Werte unter den Miterben verschiebt.¹⁶⁷

Das Vorausvermächtnis gem. § 2150 BGB hingegen ist auf den Erwerb des Erben aufgrund seiner Stellung als Erbe nicht anzurechnen. Anders als bei der Teilungsanordnung erhält der Erbe mit einem Vorausvermächtnis somit etwas, dass über seinen durch die Erbquote bestimmten Anteil wertmäßig

§ 2049 siehe auch nachfolgend Fünfter Abschnitt (Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 138.

¹⁶⁶ BGH, Urteil vom 29. Dezember 1961 - V ZR 229/60 -, BeckRS 1961, 31184387, unter I. 2., beck-online; ablehnend zur wertverschiebenden Teilungsanordnung ausführlich Dieckmann, FS Coing, 53, 70, der dabei jedoch die Möglichkeit der Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis nicht erörtert; vgl. hierzu unten lit. D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 18, juris; BGH, Urteil vom 6. Dezember 1989 - IVa ZR 59/88 -, NJW-RR 1990, 391, 392 unter 3a; Urteil vom 14. März 1984 - IVa ZR 87/82 -, NJW 1985, 51, 52 unter 2; Urteil vom 2. Dezember 1981 - IVa ZR 252/80-, NJW 1982, 441, 442 unter I; Urteil vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 -, BGHZ 82, 274, 280 unter Nr. 2; dieser Rechtsprechung des BGH sich ausdrücklich anschließend BFH, Urteil vom 6. Oktober 2010 - II R 29/09 -, Rn. 55, juris.

hinausgeht, er erhält „mehr“ und muss diesen Mehrerwerb nicht ausgleichen.¹⁶⁸

III. Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung

Der Erbe kann das Vorausvermächtnis gem. § 2180 BGB ausschlagen, die Erbschaft im Übrigen jedoch unabhängig davon annehmen. Das Vorausvermächtnis verbleibt mithin grundsätzlich beim Begünstigten, auch wenn er nicht Erbe wird. Will der Erblasser hier etwas anderes erreichen, so müsste er dies ausdrücklich regeln. Beispielsweise kann der Erblasser den Anfall des Vorausvermächtnisses unter die Bedingung der Erbschaftsannahme stellen¹⁶⁹ und das Vorausvermächtnis für den Fall, dass der Erbe nachträglich die Erbschaft verliert (z.B. aufgrund einer Pflichtteilerschwerternisklausel u.ä.), im Übrigen aufschiebend bedingt als Vor- und Nachvermächtnis formulieren. Die Ausschlagung des Vermächtnisses ist an keine Frist gebunden.¹⁷⁰

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 18, juris; BGH, Urteil vom 28. Januar 1987, -IVa ZR 191/85-, Rn. 14f mwN, juris.; vgl. auch unten lit. D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

¹⁶⁹ Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 213.

¹⁷⁰ Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 214.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

In der für Erbfälle bis 31.12.2009 geltenden Fassung des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. galt eine Teilungsanordnung als nicht angeordnet, wenn der zum Erben berufene Pflichtteilsberechtigte zu einer geringeren Quote eingesetzt war als es seiner Pflichtteilsquote entsprach.

Für Erbfälle seit dem 1.1.2010 muss der von einer Teilungsanordnung betroffene pflichtteilsberechtigte Erbe sich nunmehr entscheiden, ob er die mit der Teilungsanordnung beschränkte Erbschaft insgesamt annehmen oder die gesamte Erbschaft einschließlich der Teilungsanordnung ausschlagen möchte (um hiernach seinen Pflichtteil zu verlangen). Der Erbe muss die Ausschlagung innerhalb der Frist des § 1944 BGB erklären, also innerhalb von sechs Wochen bzw. sechs Monaten.

Die Rechte aus der Teilungsanordnung „stehen und fallen“ mit der Erbeinsetzung und sind mit ihr untrennbar verbunden: Wer nicht Erbe wird, verliert auch seine Rechte aus der Teilungsanordnung. Wollte der Erblasser mithin den Gegenstand *unabhängig* von einer Erbeinsetzung zuwenden, kann dies im Rahmen der Testamentsauslegung ein gewichtiges In-

diz für die Annahme eines Vorausvermächtnisses sein¹⁷¹, da sich dieses Ziel des Erblassers mit einer Teilungsanordnung nicht realisieren ließe (Grundsatz der Auslegung zu Gunsten der Wirksamkeit, § 2084 BGB).

IV. Einfluss auf Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung

Ein durch Teilungsanordnung einem Erben zugewiesener Nachlassgegenstand bleibt auch nach der Erbauseinandersetzung „Erbteil“ und unterliegt daher weiterhin einer etwaigen Anordnung der Nacherbfolge und einer etwaigen Testamentsvollstreckung.¹⁷²

Der vorausvermachte Nachlassgegenstand unterliegt demgegenüber mit Übereignung (bzw. Abtretung der Forderung, Nießbrauchsbestellung¹⁷³) nach der Zweifelsregelung des § 2110 Abs. 2 BGB nicht mehr der Nacherbfolge. Bei einer angeordneten Testamentsvollstreckung würde der Gegenstand grundsätzlich nicht mehr der Verfügungsgewalt des Testamentsvollstreckers unterliegen.¹⁷⁴ Etwas anderes gilt nur

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994, -IV ZR 281/93-, ZEV 1995, 144 mit Anmerkung *Skibbe*; s. hierzu auch unten B III (Urteil des BGH vom 7. Dezember 1994: Zuwendung unabhängig von Erbeinsetzung), Seite 103.

¹⁷² Brambring, ZAP Fach 12, Seite 15, 18; Nieder/Kössinger/R. *Kössinger* 2. Teil § 15 Rn. 218.

¹⁷³ Mattern, DNotZ 1963, 450, 454.

¹⁷⁴ BeckOGK/*Hölscher* BGB § 2150 Rn. 19; Brambring, ZAP Fach 12, Seite 15, 18; Nieder/Kössinger/R. *Kössinger* 2. Teil § 15 Rn. 218.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

dann, wenn der Erblasser Testamentsvollstreckung auch hinsichtlich des Vorausvermächtnisses angeordnet hat.¹⁷⁵

V. Fälligkeit

Die Teilungsanordnung ist grundsätzlich erst im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu erfüllen.¹⁷⁶

Kein Miterbe hat Anspruch auf eine „Teilauseinandersetzung“, insbesondere nicht lediglich hinsichtlich einer ihn begünstigenden Teilungsanordnung.¹⁷⁷

Das Vorausvermächtnis kann grundsätzlich mit dem Erbfall gefordert werden und es ist als Nachlassverbindlichkeit iSv § 1967 Abs. 2 Hs. 2 BGB *vor* der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu erfüllen, §§ 2046, 2176 BGB. Hier wie dort kann der Erblasser jedoch abweichende Anordnungen treffen.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 218; Mattern, DNotZ 1963, 450,455.

¹⁷⁶ Vom Zeitpunkt der Erfüllung ist der Zeitpunkt zu unterscheiden, zu dem die Erfüllung der Teilungsanordnung frühestens *verlangt* werden kann, vgl. hierzu im Einzelnen unten Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 14.03.1984 - IVa ZR 87/82, NJW 1985, 51, 52.

¹⁷⁸ Mattern, DNotZ 1963, 450,455.

VI. Schutz vor lebzeitigen Verfügungen

Bei einem Vorausvermächtnis gewähren die §§ 2287, 2288 BGB bereits vor dem Erbfall Schutz vor beeinträchtigenden Schenkungen durch den Erblasser.¹⁷⁹

Der von einer Teilungsanordnung begünstigte Erbe genießt grundsätzlich dagegen keinen gesetzlichen Schutz vor lebzeitigen Verfügungen des Erblassers.¹⁸⁰

VII. Übergang auf Erbschaftskäufer

Das Vorausvermächtnis geht im Zweifel nicht auf den Käufer der Erbschaft über, § 2373 S. 1 Hs. 2 BGB. Derjenige Käufer, der ein mit einer Teilungsanordnung belastete Erbschaft erwirbt, erwirbt dagegen gleichfalls die Rechte und Pflichten aus der Teilungsanordnung, arg. e contrario § 2373 BGB¹⁸¹, wobei der Verkäufer in diesem Fall grundsätzlich nach § 2376 Abs. 1 BGB haftet.

¹⁷⁹ Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 216.

¹⁸⁰ Zu den Folgen lebzeitiger Verfügungen von Gegenständen, die vom durch Teilungsanordnung zugewandt wurden s. nachfolgend Fünfter Abschnitt § 1 A III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

¹⁸¹ Im Ergebnis ebenso: Mattern, DNotZ 1963, 450,455; Loritz, NJW 1988, 2697, 2699; Erdmann, S. 51.

VIII. Nachlassüberschuldung und -insolvenz

Bei Nachlassüberschuldung oder Nachlassinsolvenz, nimmt die Forderung des Vorausvermächtnisnehmers einen günstigeren Rang ein, als die Forderung des durch die Teilungsanordnung Begünstigten. Der Rang der Vermächtnisforderung wird bestimmt durch § 1991 Abs. 4 BGB iVm § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO, § 1992 BGB, d.h., dass die Vermächtnisforderung hinter den Forderungen der übrigen Nachlassgläubiger zurückgesetzt ist. Jedoch hat der Vermächtnisnehmer regelmäßig¹⁸² einen sofort und schon vor der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft fälligen¹⁸³ Anspruch auf Leistung gegen die Erbengemeinschaft. Die Erfüllung des Vermächtnisses ist grundsätzlich anfechtbar gem. §§ 322 InsO, 5 AnfG.

Die Teilungsanordnung gewährt dem durch sie begünstigten Erben bei Nachlassüberschuldung oder -insolvenz dagegen keinen Vorteil, denn sie ist erst bei der Teilung des Nachlasses beachtlich.¹⁸⁴

¹⁸² Ausnahme: der Erblasser hat die Fälligkeit abweichend geregelt.

¹⁸³ Vgl. hierzu oben V (Fälligkeit), Seite 90.

¹⁸⁴ Mattern, DNotZ 1963, 450,456; Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 212.

IX. Beschränkung der Erbenhaftung

Im Fall der beschränkten Erbenhaftung nach § 1975 BGB oder § 1990 BGB gehört der durch Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstand zum haftenden Nachlass. Der vorausvermachte und dem Vermächtnisnehmer bereits verschaffte Gegenstand gehört dagegen grundsätzlich nicht dazu.¹⁸⁵

RUHWINKEL weist zutreffend darauf hin, dass etwas anderes dann gilt, wenn der durch ein Vorausvermächtnis begünstigte Erbe persönliche haftet – auch wenn es lediglich quotaal nach § 2060 BGB ist: In diesem Fall kann auch in einen durch Vorausvermächtnis zugewandten Gegenstand vollstreckt werden.¹⁸⁶

Ein abweichender Wille des Erblassers ließe sich auch hier im Rahmen der testamentarischen Anordnung durch Begleitverfügungen umsetzen.¹⁸⁷ Zu Recht weist jedoch MATTERN darauf hin, dass die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes relativ gering sein wird und den Erblasser nur selten beeinflussen dürfte. Denn der Vorausvermächtnisnehmer erlangt den Vorteil, dass der Gegenstand nicht zur haftenden Masse gehört, erst nach dem dinglichen Vollzug. Aber auch

¹⁸⁵ Mattern, DNotZ 1963, 450,455.

¹⁸⁶ Ruhwinkel, Rn. 668.

¹⁸⁷ AA wohl Mattern, DNotZ 1963, 450,456.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

der dingliche Vollzug des Vorausvermächtnisses erfolgt als „nachrangige Verbindlichkeit“ erst *nach* Erfüllung der Verbindlichkeiten der übrigen Gläubiger, § 1991 Abs. 4 BGB, § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO.¹⁸⁸

X. Pfändbarkeit

Der Anspruch aus der Teilungsanordnung ist nicht selbstständig pfändbar. Er ist untrennbar verbunden mit dem Anspruch auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, der ebenfalls nicht selbstständig pfändbar ist. Pfändbar ist jedoch gem. § 859 Abs. 2 ZPO der Anteil des Miterben an der Erbengemeinschaft. Der Anteil am einzelnen Nachlassgegenstand ist hingegen nicht pfändbar, § 859 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 2. Fall ZPO, weswegen auch der durch Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstand solange nicht selbstständig pfändbar ist, wie er noch zum Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft gehört und nicht dem Miterben (Schuldner) von der Erbengemeinschaft übertragen wurde.

Der Anspruch auf Erfüllung des Vorausvermächtnisses ist hingegen bereits mit dem Anfall (§ 2176 BGB) pfändbar.

¹⁸⁸ Mattern, DNotZ 1963, 450,456 (dort noch zu dem insoweit sinngleichen § 226 Abs. 2 Nr 5 KO).

Grundsätzlich können der Miterbe die Erbschaft, der Vorausvermächtnisnehmer das Vorausvermächtnis auch nach Pfändung noch ausschlagen. Die Wirkung der Pfändung entfällt dann, weil der Miterbenanteil den übrigen Erben bzw. Ersatzerben anfällt und das Vermächtnis der Erbengemeinschaft verbleibt. Sie treten an die Stelle des Ausschlagenden, sind jedoch keine Rechtsnachfolger.¹⁸⁹ Der Miterbe verliert sein Ausschlagungsrecht durch Zeitablauf oder Annahme der Erbschaft (§1943 BGB), der Vorausvermächtnisnehmer durch Annahme (§ 2180 BGB).

XI. Erbschaftsteuer

Die Teilungsanordnung beeinflusst nicht die Höhe der zu zahlenden Erbschaftsteuer: Denn die Teilungsanordnung bestimmt - lediglich - die Zusammensetzung des Erbteils, erhöht oder verringert hingegen nicht die Werte, die ein Miterbe erhält.¹⁹⁰

Der durch ein Vorausvermächtnis begünstigte Erbe erhält sein Vorausvermächtnis zusätzlich zu seinem Erbteil, wodurch sich auch sein erbschaftsteuerlich relevanter Erwerb und die zu leistende Erbschaftsteuer erhöht.

¹⁸⁹ Zöller/Herget, § 859 Rn 17 (für die Ausschlagung des Miterben).

¹⁹⁰ Zu Einzelheiten siehe unten Sechster Abschnitt § 1 (Erbschaftsteuer), Seite 308.

XII. Überblick

	Teilungsanordnung, § 2048 BGB	Vorausvermächtnis, § 2150 BGB
Bindungswirkung ¹⁹¹	Im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag jederzeit einseitig widerruflich, §§ 2270 Absatz 3, 2278 Absatz 2 BGB	Nicht einseitig widerruflich, §§ 2270, 2271 BGB (gemeinschaftliches Testament) bzw. §§ 2278, 2290 ff. BGB (Erbvertrag)
Einfluss auf Vermögenszuwachs des Erben ¹⁹²	Beeinflusst weder die Erbquoten noch den Vermögenszuwachs; etwaige Wertverschiebung durch Teilungsanordnung muss ausgeglichen werden	Erhält der Begünstigte zusätzlich zum Erbteil; ist auf den Erwerb durch Erbeinsetzung nicht anzurechnen
Möglichkeit der Ausschlagung ¹⁹³	Kann nicht abgelehnt oder isoliert ausgeschlagen werden; Ausschlagung nur zusammen mit Erbschaft möglich	Kann isoliert ausgeschlagen werden, § 2180 BGB
Ausschlagungsfrist ¹⁹⁴	Frist von 6 Wochen bzw. 6 Monaten, § 1944 BGB	Keine Ausschlagungsfrist
Abhängigkeit von Erbeinsetzung ¹⁹⁵	„Steht und fällt“ mit der Erbeinsetzung: Wer nicht Erbe wird, verliert auch Rechte aus der Teilungsanordnung	Verbleibt grundsätzlich dem Begünstigten, auch wenn er nicht Erbe wird
Einfluss auf Nacherbfolge und Testaments-	Zugewiesener Gegenstand bleibt auch nach	Vermachter Gegenstand unterliegt mit Übereig-

¹⁹¹ Hierzu oben Ziff. I (Bindungswirkung), Seite 84.

¹⁹² Hierzu oben Ziff. II (Wertausgleich), Seite 85.

¹⁹³ Hierzu oben Ziff. III (Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung), Seite 87.

¹⁹⁴ Hierzu oben Ziff. III (Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung), Seite 87.

¹⁹⁵ Hierzu oben Ziff. III (Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung), Seite 87.

§ 3 Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB

vollstreckung (Dauer-vollstreckung) ¹⁹⁶	der Erbauseinandersetzung „Erbteil“ und unterliegt weiter der Anordnung der Nacherbfolge und der Testamentsvollstreckung	nung (bzw. der Forderungsabtretung) nicht mehr dem Recht des Nacherben, § 2110 Absatz 2 BGB und der Testamentsvollstreckung
Fälligkeit ¹⁹⁷	Erst bei der Auseinandersetzung zu erfüllen (kein Anspruch auf „Teilauseinandersetzung“)	Vor Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu erfüllen, §§ 1967 Abs. 2, 2046, 2176 BGB
Schutz vor lebzeitigen Verfügungen ¹⁹⁸	Kein unmittelbarer gesetzlicher Schutz	Schutz vor beeinträchtigenden Schenkungen bei gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag durch §§ 2287, 2288 BGB
Übergang auf Erbschaftskäufer ¹⁹⁹	Geht auf den Erbschaftskäufer mit über, arg. e contrario § 2373 BGB	Im Zweifel nicht mitverkauft, § 2373 BGB
Nachlassüberschuldung oder Nachlassinsolvenz ²⁰⁰	Keine Bevorzugung, kein Einfluss	Rang wird bestimmt durch § 1991 Abs. 4 BGB iVm § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO, § 1992 BGB (Vermächtnisforderung hinter Forderung der übrigen Nachlassgläubiger)
Beschränkte Erbenhaftung ²⁰¹	Der durch Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstand gehört zum	Der vorausvermachte und dem Vermächtnisnehmer bereits ver-

¹⁹⁶ Hierzu oben Ziff. IV (Einfluss auf Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung), Seite 89.

¹⁹⁷ Hierzu oben Ziff. V (Fälligkeit), Seite 90.

¹⁹⁸ Hierzu oben Ziff. VI (Schutz vor lebzeitigen Verfügungen), Seite 91.

¹⁹⁹ Hierzu oben Ziff. VII (Übergang auf Erbschaftskäufer), Seite 91.

²⁰⁰ Hierzu oben Ziff. VIII (Nachlassüberschuldung und - insolvenz), Seite 92.

²⁰¹ Hierzu oben Ziff. IX (Beschränkung der Erbenhaftung), Seite 93.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

	haftenden Nachlass	schaffte Gegenstand gehört nicht zum haftenden Nachlass
Pfändbarkeit ²⁰²	Weder der Anspruch auf noch der durch Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstand selbst sind vor der Teilung selbständig pfändbar (Ausnahme: § 747 ZPO)	Anspruch auf Erfüllung des Vorausvermächtnisses ist pfändbar ab Anfall
Erbschaftsteuer ²⁰³	Kein Einfluss auf Erbschaftsteuer	Vermögenszuwachs erhöht Erbschaftsteuer

B. *Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Rechtsprechung*

Die Kriterien zur Abgrenzung der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis haben sich im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung gewandelt. Anfänglich wurde zur Abgrenzung ausschließlich darauf abgestellt, ob eine Pflicht zur Anrechnung des zugewandten Gegenstandes besteht²⁰⁴. Im Jahre 1961 hat der BGH²⁰⁵ dann entschieden, dass es nicht allein auf die Zuwendung eines objektiven Vermögensvorteils durch den Erblasser zu Gunsten eines Miterben ankomme, um von

²⁰² Hierzu oben Ziff. X (Pfändbarkeit), Seite 94.

²⁰³ Hierzu oben Ziff. XI (Erbschaftsteuer), Seite 95 sowie im Einzelnen unten Sechster Abschnitt § 1 (Erbschaftsteuer), Seite 308 sowie zur Einkommensteuer unten Sechster Abschnitt § 2 (Ertragsteuer), Seite 312.

²⁰⁴ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 116 m. Nachw. zur bisherigen Rspr. und Lit.; vgl. zur Entwicklung im einzelnen *Loritz* NJW 1988, 2697, 2700 sowie Lange/Kuchinke § 29 V 1)d) δ) (2), S. 640.

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 8. November 1961, -V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115.

einem Vorausvermächtnis ausgehen zu können. Zu dieser objektiven Seite müsse vielmehr auch der Wille des Erblassers hinzukommen, den Erben zu begünstigen (subjektive Seite).

I. Urteile des BGH vom 8. November 1961 und 21. Februar 1962: Begünstigungswille als Abgrenzungskriterium

Mit seinem Urteil vom 8. November 1961²⁰⁶ hat der BGH erstmals auf den Begünstigungswillen abgestellt, um die Teilungsanordnung von einem Vorausvermächtnis abzugrenzen. Selbst wenn der Begünstigte eines Übernahmerechts den wahren Wert als Gegenleistung erbringen muss, könne ein Vorausvermächtnis vorliegen. Im Leitsatz heißt es hierzu:

„a) Ein Übernahmerecht zugunsten eines Miterben in einer Verfügung von Todes wegen kann auch bei objektiv vollwertigem Übernahmepreis über eine Teilungsanordnung hinaus ein Vermächtnis sein.

Ein Vermächtnis liegt immer dann vor, wenn nach dem Willen der an der Verfügung Beteiligten, insbesondere des Erblassers, der Übernahmeberechtigte durch das Übernahmerecht einen Vermögensvorteil gegenüber den übrigen Miterben bekommen soll; eine reine Teilungsanordnung ist dann gegeben, wenn ein solcher Begünstigungswille fehlt.

²⁰⁶ BGH, Urteil vom 8. November 1961, -V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

b) *Ein Übernahmerecht ist dann in der Regel ein Vermächtnis, wenn es in einem entgeltlichen Erbvertrag derart enthalten ist, daß Übernahmerecht und Entgelt des Berechtigten im Zusammenhang stehen(...).*²⁰⁷

Die Teilungsanordnung beschränke sich

*„gewissermaßen auf Fragen der technischen Durchführung der Erbauseinandersetzung, während die wertmäßige Gewichtsverteilung und Gewichtsverschiebung Sache anderer Rechtsinstitute, insbesondere der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses, ist.“*²⁰⁸

Ergänzend hebt der BGH aber auch hervor, dass selbst dann ein Vermächtnis vorliegen könne, wenn der übernahmeherechtigste Erbe den „wahren Wert“ für den zugewandten Gegenstand (dort eine Immobilie) zu leisten habe²⁰⁹, also der Erbe – jedenfalls auf den ersten Anschein - keinen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne eines „Mehrwertes“ erlangt:

*„Eine derartige Annahme liegt gerade darin nahe, wenn es sich bei dem Übernahmegenstand um ein Grundstück handelt, das den bedeutendsten Sachwert im Vermögen des Erblassers darstellt.“*²¹⁰

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115.

²⁰⁸ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 119.

²⁰⁹ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 120.

²¹⁰ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 120.

Abgelehnt hat der BGH als Entscheidungskriterium ausdrücklich, ob „*das Übernahmerecht vom späteren endgültig Erbschaftsantritt abhängig*“ (dann Teilungsanordnung) „*oder unabhängig ist*“ (dann Vorausvermächtnis).²¹¹

Nur wenige Wochen nach dieser grundlegenden Entscheidung hat der BGH mit seinem Urteil vom 21. Februar 1962 den Begünstigungswillen des Erblassers als maßgebendes Kriterium erneut betont und auf Fälle einfacher Zuweisung (ohne Übernahmerecht) ausgedehnt.²¹² Auch hier lehnte der BGH als Unterscheidungsmerkmal ab, ob die Zuwendung von der Erbenstellung abhängig ist und ob der Wert des zugewandten Gegenstandes bei der Erbauseinandersetzung angerechnet werden soll.²¹³

II. Urteil des BGH vom 14. März 1984: Keine Teilungsanordnung falls Wertverschiebung

In seinem Urteil vom 14. März 1984²¹⁴ führt der BGH aus, dass die Zuwendung von Gegenständen durch den Erblasser zu Gunsten eines Miterben, deren Wert über dem liegt, was

²¹¹ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 119.

²¹² BGH, Urteil vom 21. Februar 1962 - V ZR 114/60-, BeckRS 1962, 31186915 unter I; Coing, JZ 1962, 529, 532.

²¹³ BGH, Urteil vom 21. Februar 1962 - V ZR 114/60-, BeckRS 1962, 31186915 unter I.

²¹⁴ BGH, Urteil vom 14. März 1984, -IVa ZR 87/82-, NJW 1985, 51.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

der Erbe aufgrund seiner Erbquote erhalten hätte, jedenfalls *insoweit* ein Vorausvermächtnis ist.²¹⁵ Ergibt die Auslegung, dass der Erblasser *keinen* Mehrwert zuwenden wollte, so liegt eine Teilungsanordnung vor. Dies gelte auch dann, wenn der Erblasser keinen Mehrwert zuwenden *durfte*, weil er beispielsweise aufgrund eines Erbvertrages daran gehindert war. In diesem Fall ließe sich die Anordnung des Erblassers nur aufrechterhalten, wenn man sie ausschließlich als Teilungsanordnung auslegt. Der BGH wendet hier - ohne es zu ausdrücklich zu erwähnen - § 2084 BGB (Auslegung zugunsten der Wirksamkeit) an.

Bei der Auslegung des Testamentes hinsichtlich der *Höhe* der zugewandten Werte komme es

*„insbesondere (auf) das Verhältnis der Werte der einzelnen Gegenstände, die (die Erblasser den Erben) bei der Errichtung des Testamentes zugelegt haben, sowie die Vorstellung der (Erblasser) von diesen Wertverhältnissen“*²¹⁶

an.

²¹⁵ Später hat der BGH diese Verbindung als „überquotale Teilungsanordnung“ bezeichnet: BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 191/85 -, Rn. 15, juris; vgl. hierzu auch unten lit. D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

²¹⁶ BGH, Urteil vom 14. März 1984, -IVa ZR 87/82-, NJW 1985, 51, 53.

III. Urteil des BGH vom 7. Dezember 1994: Zuwendung unabhängig von Erbeinsetzung

Mit seinem Urteil vom 7. Dezember 1994²¹⁷ präzisierte der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung der Teilungsanordnung weiter. Die wertmäßige Begünstigung eines Erben gegenüber den anderen Miterben spreche zwar für die Anordnung eines (Voraus-)Vermächtnisses; jedoch kann im Umkehrschluss nicht beim Fehlen dieser Begünstigung zwingend von einer Teilungsanordnung ausgegangen werden.

Im Leitsatz heißt es:

„Wendet der Erblasser einen bestimmten Gegenstand einem Miterben zu und ordnet er die Anrechnung des Wertes dieses Gegenstandes auf den Erbanteil des Bedachten an, ist eine Auslegung dieser letztwilligen Zuwendung als Vorausvermächtnis (und nicht als Teilungsanordnung) nicht unter allen Umständen ausgeschlossen (Bestätigung von BGHZ 36, 115, 117f). Vielmehr kann im Einzelfall ein von der Erbeinsetzung unabhängiger Geltungsgrund für die Zuwendung und damit ein Vorausvermächtnis gewollt sein.“

²¹⁷ BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994, -IV ZR 281/93-, ZEV 1995, 144 mit Anmerkung *Skibbe*.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

Gelangt man durch Auslegung zu dem Ergebnis, dass der Begünstigte den Gegenstand auch dann erhalten soll, wenn er das Erbe ausschlägt oder aus anderen Gründen nicht Erbe wird, so spräche dies für die Anordnung eines Vorausvermächtnisses.

C. *Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Literatur*

I. **Auffassung Coing: objektives wirtschaftliches Ergebnis**

Unmittelbar nachdem die drei Entscheidungen des BGH vorlagen, die fortan für die Abgrenzung der Teilungsanordnung vom Vorausvermächtnis in der Rechtsprechung prägend sein sollten²¹⁸, kritisiert COING - „*bei grundsätzlicher Zustimmung*“ zu diesen Entscheidungen -, dass damit „*nun alle sonstigen Kriterien als unrichtig und wenig praktisch ab(ge)lebt*“ worden sind.²¹⁹

COING weist darauf hin, dass man „*in einer ganzen Reihe von Fragen das Recht der Teilungsanordnung und das des Vermächtnisses nicht nebeneinander anwenden kann*“.²²⁰ Die Feststellung, eine „*konkrete Verfügung sei Vermächtnis und zugleich Teilungsanord-*

²¹⁸ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 119; BGH, Urteil vom 29. Dezember 1961 - V ZR 229/60 -, DNotZ 62, 327=BeckRS 1961, 31184387; BGH, Urteil vom 21. Februar 1962 - V ZR 114/60-, DNotZ 63, 112=BeckRS 1962, 31186915.

²¹⁹ Coing, JZ 1962, 529, 532.

²²⁰ Coing, JZ 1962, 529, 533.

nung (ist daher) bedenklich“.²²¹ Stattdessen müsse geklärt werden, „ob das Recht der einen oder der anderen Einrichtung angewendet werden soll“.²²² Um hier zu einer Feststellung zu gelangen, müsse ausgehend vom „objektiven wirtschaftlichen Ergebnis“ der testamentarischen Anordnung geprüft werden.²²³ Dabei meint Coing, dass sich der „wahre Wert“ auch erst in der Zukunft zeigen könne, weil eine aktuelle Geldbewertung nicht die Chancen der Zukunft spiegelt.²²⁴

Ergibt dieses wirtschaftliche Ergebnis objektiv eine Besserstellung des Erben als dies seiner Erbquote entspricht, so müsse nunmehr geprüft werden, ob der Erblasser „eine Begünstigung durch Vermächtnis oder aber sogar eine abweichende Gestaltung der Erbquoten auch gewollt habe“.²²⁵

II. Auffassung Mattern: Begünstigungsabsicht und objektiver Vermögensvorteil

1963 nahm MATTERN – selbst Richter am BGH - die drei Entscheidungen des V. Senats des BGH aus dem Jahreswech-

²²¹ Coing, JZ 1962, 529, 533.

²²² Coing, JZ 1962, 529, 533.

²²³ Coing, JZ 1962, 529, 533.

²²⁴ Coing, JZ 1962, 529, 531.

²²⁵ Coing, JZ 1962, 529, 533.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

sel 1961/1962²²⁶ zum Anlass, dem vom BGH aufgestellte Kriterium der Begünstigungsabsicht als „Grenzlinie“ zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis wegen der „*Praktikabilität des Ergebnisses*“ zuzustimmen.²²⁷ Es käme so lediglich auf „*ein einziges Abgrenzungskriterium*“ an, was „*gedanklich denkbar einfach zu erfassen*“ sei.

Unter Bezugnahme auf COING²²⁸ und ihm gegenüber klarstellend, hebt MATTERN jedoch hervor, dass *neben* der Begünstigungsabsicht (die der BGH betont) *außerdem* beim Begünstigten ein objektiver Vermögensvorteil entstehen müsse, damit von einem Vorausvermächtnis ausgegangen werden könne.²²⁹ Dieser objektive Vermögensvorteil iSv § 1939 BGB könne aber auch in der „*bloßen Wahlfreiheit*“ eines Begünstigten zu sehen sein, dem im Rahmen einer Zuwendung ein Übernahmerecht eingeräumt wurde, mithin also auch bei der

²²⁶ BGH, Urteil vom 8. November 1961, - V ZR 31/60-, BGHZ 36, 115, 119; BGH, Urteil vom 29. Dezember 1961 - V ZR 229/60 -, DNotZ 62, 327=BeckRS 1961, 31184387; BGH, Urteil vom 21. Februar 1962 - V ZR 114/60-, DNotZ 63, 112=BeckRS 1962, 31186915.

²²⁷ Mattern, DNotZ 1963, 450,463.

²²⁸ Coing, JZ 1962, 529; vgl. hierzu auch oben Ziff. I (Auffassung Coing: objektives wirtschaftliches Ergebnis), Seite 104.

²²⁹ Mattern, DNotZ 1963, 450,457.

Pflicht zu vollständiger Anrechnung des zugewandten Nachlassgegenstandes.²³⁰

III. Übrige Auffassungen in der Literatur

Mittlerweile entspricht es der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur, dass zur Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis auf den Begünstigungswillen des Erblassers (dann Vorausvermächtnis) abzustellen sei. Dabei wird das Vorliegen eines objektiven (Vermögens-)Vorteils auf den sich der Begünstigungswillen des Erblassers beziehen müsse als ein weiteres Abgrenzungskriterium mal ausdrücklich betont²³¹, mal als selbstverständlich vorausgesetzt²³².

Vereinzelt werden auch weitere Kriterien neben dem Begünstigungswillen zur Abgrenzung herangezogen. So erwähnt LOHMANN beispielsweise die Rechtsfolge, dass der Begünstigte den Gegenstand auch behalten dürfe, wenn er nicht Erbe wird, als mögliches Abgrenzungskriterium.²³³ Wenn

²³⁰ Mattern, DNotZ 1963, 450,460; ganz ähnlich weitreichend den Begriff des Vermögensvorteils verstehend bereits Wertheim, S. 39.

²³¹ Ann, S. 283; Staudinger/Otte (2013), § 2150 Rn. 14 hält hier die Zuwendung einer „Rechtsstellung“ ohne einen „in Geld messbaren Wert“ für ausreichend.

²³² MüKoBGB/Ann § 2048 Rn. 17.

²³³ BeckOK BGB/Lohmann BGB § 2048 Rn. 4; zweifelnd wegen des drohenden Verlustes an Rechtssicherheit: MüKoBGB/Ann § 2048 Rn. 17; Mattern, DNotZ 1963, 450,458; vgl. zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen oben lit. A (Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis), Seite 83,

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

LOHMANN in diesen Fällen von einem „*fehlenden Begünstigungswillen*“ spricht, so ist dies irreführend; denn auch sie unterstellt in dem genannten Beispiel, dass der Wille des Erblassers darauf abzielen musste, dem Bedachten den Gegenstand unabhängig von seiner Erbenstellung zuzuwenden. Dies ist jedoch ein Wille des Erblassers zur Begünstigung des Bedachten, so dass auch nach dieser Auffassung die subjektive Seite der Erblasseranordnung zu prüfen wäre.

Dagegen meint MÜLLER, dass die Zuwendung eines Vermögensvorteils ohne eine beabsichtigte Begünstigung nicht denkbar sei.²³⁴ Er übersieht dabei jedoch, dass genau hier der Unterschied zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung liegt: Der Erblasser kann objektiv einem Erben einen Vermögensvorteil zuwenden, ohne ihn hierdurch - wertmäßig - begünstigen zu wollen. In diesem Fall handelt es sich um eine Teilungsanordnung.

MUSCHELER hält den Begriff des „Begünstigungswillens“ für „*konturlos*“.²³⁵ Er meint, dass danach zu fragen sei,

insbesondere zur Abhängigkeit von der Erbeneinsetzung lit. A III (Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung), Seite 87.

²³⁴ P. Müller, S. 56, Fn. 60; ebenso: Bürger, Einzelzuwendung an Erben, MDR 1986, 371, 372.

²³⁵ Muscheler, ErbR 2008, 105, 108.

„welche Rechtsfolgen der Erblasser in Bezug auf bestimmte Fragen wollte“.²³⁶

GERGEN stimmt der vom BGH gewählten Abgrenzung durch Begünstigungswillen und objektiven Vermögensvorteil ebenfalls zu.²³⁷ Um ein Übernahmerecht oder eine „überquotale Zuweisung“²³⁸ abzugrenzen, kommt es seiner Meinung nach ergänzend darauf an, ob in der der letztwilligen Verfügung anklänge, „wem der Erblasser gewisse von ihm in den Vordergrund gerückte Einzelgegenstände zuwenden möchte. (...). Außerdem müsse „das ‚Herausgehobensein‘ aus der Gruppe der Miterben (...) stets aus dem Willen des Erblassers anklängen.“²³⁹

IV. Eigene Auffassung: Objektiver wirtschaftlicher Vorteil und entsprechender Wille des Erblassers

Die Prüfung, ob eine Anordnung des Erblassers eine Teilungsanordnung darstellt, hat in zwei Schritten zu erfolgen:

1. Erhält der begünstigte Erbe einen objektiv wirtschaftlichen Vorteil?

²³⁶ Muscheler, ErbR 2008, 105, 109.

²³⁷ Gergen, ZErB 2006, 362, 369.

²³⁸ Vgl. hierzu unten lit. D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

²³⁹ Gergen, ZErB 2006, 362, 369.

2. Hatte der Erblasser den Willen, dem Erben diesen wirtschaftlichen Vorteil zuzuwenden?

1. **Objektiv wirtschaftlicher Vorteil**

Zunächst ist die objektive Seite der Regelung des Erblassers zu betrachten. Insoweit besteht weithin Einigkeit, dass für die Annahme eines Vorausvermächtnisses der Erblasser dem Begünstigten einen Vorteil zugewandt hat (§ 1939 BGB „Vermögensvorteil“). Über den Begriff des „Vorteils“ bzw. der „Begünstigung“ wird jedoch gestritten. Es ist dabei nicht sachgerecht - und führt wie auch ANN mit Recht bemerkt zu Rechtsunsicherheit²⁴⁰ - unter „Vorteil“ etwas anderes als einen rein *wirtschaftlichen* Vorteil zu verstehen: Erhält der Erbe aufgrund der Regelung des Erblassers „mehr“ an Wert als es seiner Erbquote entspricht? Dann - und nur dann - liegt objektiv ein wirtschaftlicher Vorteil - und mithin ein *Vermögensvorteil*, § 1939 BGB - vor.²⁴¹

Da jegliche Testamentsauslegung sich an dem Willen des Erblassers zu orientieren hat (subjektive Seite, hierzu nachfolgend 2.) ist es für die Auslegung maßgeblich den richtigen Zeitpunkt für die Feststellung des Wertes zu wählen.

²⁴⁰ MüKoBGB/Ann § 2048 Rn. 17.

²⁴¹ AA Staudinger/Otte § 2150 Rn. 14, der auch die Zuwendung einer Rechtsposition als Vermögensvorteil betrachtet.

Maßgebend sind die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung, da es auf die Vorstellung des Erblassers bei Abfassung seines Testamentes ankommt.²⁴² Etwas anderes gilt freilich, wenn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet hat.

Zu vergleichen ist hier auf der einen Seite der Wert des „reinen Erbteils“ ohne die zu prüfende Regelung oder sonstige Anordnungen; auf der anderen Seite ist der Wert des tatsächlich zugewandten Erbteils unter Berücksichtigung sämtlicher Regelungen des Erblassers zu berücksichtigen. Nur wenn dieser tatsächlich zugewandte Erbteil zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung wertmäßig über dem „reinen Erbteil“ liegt – ebenfalls betrachtet zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung –, kann in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob der Erblasser auch subjektiv den Willen zu dieser wertmäßigen Begünstigung hatte (subjektive Seite, hierzu nachfolgend 2.).

Mögliche Entwicklungen, also Chancen in der Zukunft – mögen sie auch bereits absehbar sein – begründen hin-

²⁴² BGH, Urteil vom 22. März 1972 - IV ZR 134/70 -, Rn. 45, juris; BGH, Urteil vom 14. März 1984, -IVa ZR 87/82-, NJW 1985, 51, 53; BGH, Urteil vom 16. Oktober 1996 - IV ZR 349/95 -, Rn. 15, juris; Rudolf/*Seiler-Schopp* in Rudolf/Bittler/*Seiler-Schopp*, Handbuch Testamentsauslegung- und anfechtung, § 1 C Rz. 38, S. 24.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

gegen keine wirtschaftliche Besserstellung.²⁴³ Denn die Chance einer positiven Entwicklung muss sich nicht realisieren. Es kann mithin bei der Bewertung nicht auf Hoffnungen und Erwartungen ankommen. Ebenso wenig begründet der „*wirtschaftliche Dauerwert*“ eines zugewandten Gegenstands²⁴⁴, „*ideelle Vorteile*“²⁴⁵ oder das bloße Wahlrecht (im Gegensatz zur Übernahmepflicht)²⁴⁶ eine wirtschaftliche Besserstellung. Wo ein wirtschaftlicher Vorteil bereits objektiv nicht feststellbar ist, kann ein Vorausvermächtnis nicht vorliegen.²⁴⁷

2. Wille des Erblassers zur Bevorteilung

Jede Testamentsauslegung hat in erster Linie den Willen des Erblassers zu berücksichtigen. Daher muss auch bei der Abgrenzung der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis gefragt werden, ob der Erblasser auch den *Willen* hatte, dem Erben den zuvor im ersten Schritt (oben Ziff. 1) festgestellten Vorteil zuzuwenden.

Nur wenn sich feststellen lässt, dass der Erblasser den Willen hatte, den Erben wertmäßig „besser“ zu stellen, ihn al-

²⁴³ AA Coing, JZ 1962, 529, 533.

²⁴⁴ Coing, JZ 1962, 529, 531; Mattern, DNotZ 1963, 450, 460.

²⁴⁵ Coing, JZ 1962, 529, 531.

²⁴⁶ So aber Coing, JZ 1962, 529, 532.

²⁴⁷ AA BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994, -IV ZR 281/93-, ZEV 1995, 144, vgl. hierzu oben lit. B III (Urteil des BGH vom 7. Dezember 1994: Zuwendung unabhängig von Erbeinsetzung), Seite 103.

so zu bevorteilen, liegt ein Vorausvermächtnis vor. Lassen sich diese Feststellungen nicht treffen, liegt eine Teilungsanordnung vor und der Erbe hat den wertmäßigen Vorteil auszugleichen.²⁴⁸ LANGE/KUCHINKE formulieren griffig, dass *„der Wille des Erblassers (...) allein auf die Durchführung der feststehenden Erbfolgeregelung, nicht auf darüber hinausgehende Zuwendungen gerichtet sein (darf)“*.²⁴⁹

Während STENGER 1933 glaubte festzustellen zu können, dass *„die Verwechslung eines Vermächtnisses, auch eines Vorausvermächtnisses und die Errichtung einer Teilungsanordnung (...) so verschieden voneinander (sind), daß eine Verwechslung unmöglich erscheint“*²⁵⁰, wird man heute prognostizieren können, dass die Frage der Abgrenzung der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis auch in der Zukunft Gegenstand von mannigfaltigen Auseinandersetzungen zwischen Erben und Anlass für gerichtliche Verfahren sein wird. Es kann in diesen Bereichen niemals eine „mathematische Gewissheit“ geben. Ausgehend von den vorgenannten Kriterien zur Feststellung des wirtschaftlichen Vorteils, wird sich die objektive Seite zwar häufiger noch zweifelsfrei feststellen lassen. Regelmäßig wird dann

²⁴⁸ Zur Beweislast vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 A III 13 b) (Beweislast), Seite 236.

²⁴⁹ Lange/Kuchinke § 44 III 5c), S. 1151.

²⁵⁰ Stenger, S. 38.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

aber die subjektive Seite des Begünstigungswillens des Erblassers im Vordergrund des Streits zwischen den Erben stehen.

D. Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)

Der Wille des Erblassers geht häufig dahin, den Erben Gegenstände zuzuweisen, ohne dass damit der Wunsch nach Ausgleichszahlungen der Erben einhergeht. Ebenso ist es denkbar, dass der Erblasser den Wert der Ausgleichszahlung durch letztwillige Verfügung niedriger oder auch höher fest schreibt als es dem tatsächlichen Wert des zugewandten Gegenstandes entspricht. Dies mag praktische Gründe haben (weil die Wertermittlung schwierig und/oder streitträchtig ist) oder auch daran liegen, dass der Erblasser die zugewandten Gegenstände für gleichwertig bzw. die von ihm festgesetzte Ausgleichszahlung für angemessen hält, um die Wertunterschiede auszugleichen. Gleichermaßen könnte hierdurch aber auch die Absicht umgesetzt werden, Erben zu bevorzugen.

Umstritten ist hierbei, wie diese Art der Gestaltung rechtlich einzuordnen ist: Nach heute wohl überwiegender Auffassung handelt es sich um eine Teilungsanordnung, soweit der Wert des zugewandten Gegenstands dem Erbteil des

Erben entspricht, und um ein Vorausvermächtnis, soweit eine wertmäßige Begünstigung vorliegt.²⁵¹ Dabei könnte ein einzelner Miterbe mit diesem Vorausvermächtnis entweder zu Lasten der übrigen Erben bedacht oder zu Gunsten der übrigen Erben beschwert sein (bei Pflicht zur Ausgleichszahlung über dem wirklichen Wert des zugewandten Nachlassgegenstands).²⁵² Gleichwohl liegen auch bei Annahme dieser Einordnung unterschiedliche Meinungen vor, wie diese Konstruktion im Einzelnen einzuordnen ist.

I. Beurteilung in der Literatur

Die grundsätzliche Wirksamkeit einer derartigen Gestaltung wurde bereits 1902 von RITGEN erörtert.²⁵³ Er bezeichnete dies als eine Verbindung von Teilungsanordnung und „*Vorausvermächtnis im weiteren Sinne*“, es sei jedoch nicht ein „*Vorausvermächtnis im Sinne des § 2150 BGB*“ mit dem auch der begünstigte Erbe beschwert ist.²⁵⁴ Das Vorausvermächtnis nach § 2150 BGB weicht von der Rechtslage im gemeinen Recht und Sächsischen BGB ab, wonach derartige Vermächtnisse unwirksam waren soweit der Erbe selbst begünstigt war, denn

²⁵¹ BGH, Urteil vom 14. März 1984 - IVa ZR 87/82 -, NJW 1985, 51, 52 unter Ziff. 2.

²⁵² Planck/*Ritgen* (1902) § 2150 Nr. 3.

²⁵³ Planck/*Ritgen* (1902) § 2150 Nr. 3.

²⁵⁴ Planck/*Ritgen* (1902) § 2150 Nr. 3.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

niemand könne Begünstigter und Verpflichteter in einer Person sein.²⁵⁵ Das Vorausvermächtnis im Sinne von § 2150 BGB ermöglicht dagegen *auch* den begünstigten Erben neben den übrigen Erben zu beschweren: Soweit der Erbe selbst beschwert ist, behält er alle Rechte als Erbe und soweit ihm als Vermächtnisnehmer eine günstigere Stellung gewährt wird, soll er auch diese erhalten.²⁵⁶ Bei einer Kombination einer Teilungsanordnung mit einem Vorausvermächtnis zu Gunsten oder zu Lasten des mit der Teilungsanordnung begünstigten Erben bedeutet dies jedoch im Fall der Begünstigung keine Belastung und umgekehrt keine Belastung im Fall der Begünstigung.

1912 griff STEDLER²⁵⁷ die Begrifflichkeit RITGENS („*Vorausvermächtnis im weiteren Sinne*“) auf, ohne jedoch das Problem näher zu beleuchten. WERTHEIM²⁵⁸ nahm 1923 für diese Fälle auf die Ergebnisse ihrer Untersuchungen zur Rechtsnatur der Teilungsanordnung Bezug. Sie ist der Auffassung, dass eine Teilungsanordnung ein „*wechselseitiges*“ bzw. „*doppelseitiges*“ Vorausvermächtnis sei.²⁵⁹ Nach ihrer Auf-

²⁵⁵ Motive Band V, 139 zit. nach Mugdan Band V, 73.

²⁵⁶ Motive Band V, 139 zit. nach Mugdan Band V, 73; Planck/*Ritgen* (1902) § 2150 Nr. 1.

²⁵⁷ Stedler, S. 55.

²⁵⁸ Wertheim, S. 48.

²⁵⁹ Wertheim, S. 37 ff.; S. 51.

fassung stellt sich mithin kein Problem einer Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis bzw. einer Feststellung, wie weit die Teilungsanordnung reicht und wo das Vorausvermächtnis beginnt; denn nach ihrer Theorie ist es stets wie ein Vorausvermächtnis zu behandeln.²⁶⁰

STENGER scheint 1933 das Problem nicht gesehen zu haben, wenn sie ausschließlich darauf abstellt, dass eine „*Verwechslung* (von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis) *unmöglich erscheint*“, jedoch mit keinem Wort erörtert, welche Rechtsfolgen sich bei den oben einleitend genannten Gestaltungen eines Erblassers ergeben.²⁶¹

In jüngster Zeit weist HÖLSCHER auf die Abgrenzungsschwierigkeiten hin, die sich ergeben, wenn ein und dieselbe Zuwendung Teilungsanordnung und Vermächtnis zugleich sein soll.²⁶² Namentlich führt er an, dass die Teilungsanordnung erst bei der Erbaueinandersetzung erfüllt werden muss, das Vermächtnis dagegen zuvor.²⁶³ Er hält anstelle der „*gleichzeitigen Annahme von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung*“ ei-

²⁶⁰ Wertheim S. 51; ebenso wohl Grunsky, JZ 1963, 250 Fn. 3.

²⁶¹ Stenger, S. 38.

²⁶² BeckOGK/Hölscher BGB § 2150 Rn. 14.1.

²⁶³ Zu den Unterschieden zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis vergleiche im Einzelnen auch oben lit. A (Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis), Seite 83.

ne Kombination für möglich, bei der das Vorausvermächtnis erst „im Rahmen der Erbauseinandersetzung fällig werden soll“.²⁶⁴

II. Beurteilung in der Rechtsprechung

Der BGH hatte bereits 1984 keinen Zweifel daran aufkommen lassen, dass der Erblasser einem Erben Gegenstände zuweisen kann, deren Wert höher ist, als es der Erbquote des Erben entspricht, ohne damals bereits den Begriff der „überquotalen Teilungsanordnung“ zu verwenden.²⁶⁵ Die Differenz zwischen dem, was dem Wert des Erbteils entspricht und dem tatsächlichen zugewandten, bezeichnete der BGH als „*Mehrwert*“. Jedenfalls dieser Mehrwert sei Vorausvermächtnis.²⁶⁶ Der BGH musste in dieser Entscheidung nicht auf die Bedenken in der Literatur eingehen, die sich daraus ergeben, dass die Annahme einer gleichzeitigen Teilungsanordnung und eines Vorausvermächtnisses hinsichtlich desselben Nachlassgegenstandes die oben²⁶⁷ aufgezeigten dogmatische Schwierigkeiten aufwirft (beispielsweise kann die Anordnung eines Vorausvermächtnis wechselbezüglich und vertragsge-

²⁶⁴ BeckOGK/Hölscher BGB § 2150 Rn. 14.1.

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 14. März 1984 - IVa ZR 87/82 -, NJW 1985, 51, 52 unter Ziff. 2; ebenso: BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 18, juris.

²⁶⁶ BGH, Urteil vom 14. März 1984 - IVa ZR 87/82 -, NJW 1985, 51, 52 unter Ziff. 2; ebenso: BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 18, juris.

²⁶⁷ Vgl. hierzu oben Ziff. I (Beurteilung in der Literatur), Seite 115.

mäß erfolgen²⁶⁸ und das Vorausvermächtnis kann ausgeschlagen werden²⁶⁹; eine Teilungsanordnung hingegen kann vom Überlebenden geändert werden und ist untrennbar mit dem Erbteil - der Stellung als Erbe - verbunden).

Drei Jahre nach dieser Entscheidung hat der BGH den Begriff der „überquotalen Teilungsanordnung“ erstmals aufgenommen, meint jedoch, dass ihre „Durchführung“ von einem Ausgleich abhängig sei:

„Zwar lässt sich bei feststehenden Erbquoten eine ‚überquotale‘ Teilungsanordnung nur dann durchführen, wenn der dadurch (zunächst) begünstigte Miterbe den Mehrwert durch Zahlung aus seinem eigenen Vermögen ausgleicht. Dazu wird er aber in vielen Fällen von vornherein bereit und im allgemeinen auch verpflichtet sein, zumal Teilungsanordnungen gemäß § 2048 Satz 1 BGB für alle Miterben verbindlich zu sein pflegen.“²⁷⁰

Die Aussage, dass die überquotale Teilungsanordnung sich „nur dann durchführen“ ließe, wenn der Mehrwert ausgeglichen würde, ist widersprüchlich - denn in diesem Fall wäre es keine überquotale Teilungsanordnung mehr. „Überquotale“ bedeutet nicht lediglich, dass der zugewandte Gegenstand ei-

²⁶⁸ Vgl. hierzu oben lit. A I (Bindungswirkung), Seite 84.

²⁶⁹ Vgl. hierzu oben lit. A III (Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung), Seite 87.

²⁷⁰ BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 191/85 -, Rn. 15, juris.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

nen höheren Wert als die Erbquote des Erblassers hat, sondern auch, dass er diesen Wert *nicht* ausgleichen muss; sonst ist es eine reine Teilungsanordnung.²⁷¹ Auch der zweite Satz des Zitats ist eher verwirrend als erhellend: Der BGH lässt offen, *weshalb* ein Erbe „*im allgemeinen auch verpflichtet*“ sein könne, einen Ausgleich aus eigenem Vermögen zu zahlen. Der folgende Halbsatz, dass eine Teilungsanordnung „*verbindlich zu sein (pflegt)*“, deutet darauf hin, dass der BGH die Zahlungsverpflichtung des Erben wohl unmittelbar aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers herleitet. Zur näheren Begründung führt der BGH hingegen nichts an. So bleibt es offen, ob sich diese Verpflichtung nach Meinung des BGH unmittelbar aus § 2048 S. 1 BGB oder aber aus einer entsprechenden Anwendung anderer Normen ergibt.²⁷²

III. Eigene Auffassung

Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis können nicht „deckungsgleich“ vorliegen, sie müssen abgrenzt werden.²⁷³ Sie können aber unmittelbar „hintereinander“ anschließend

²⁷¹ Ebenfalls übersehen von Klinger/Roth, NJW-Spezial 2008, 263, 264.

²⁷² Zur Frage, ob die Ausgleichspflicht aus dem Privatvermögen oder Nachlass bei Übernahmepflicht zu erfüllen ist vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 III 5 b) bb) aaa) (Übernahmepflicht), Seite 188.

²⁷³ Ebenso: Staudinger/Otte (2013), § 2150 Rn. 23; Nieder/Kössinger/R. Kössinger, 2. Teil § 15 Rn. 232.

und bezogen auf denselben Nachlassgegenstand bestehen. Dabei muss bei jeder Betrachtung einer letztwilligen Verfügung der Wille des Erblassers im Vordergrund stehen. Getrennt zu prüfen sind die Fälle, in denen der begünstigte Erbe durch die Teilungsanordnung „mehr“ erhält als seinem Erbteil entspricht (und keinen Ausgleich zahlen soll, nachfolgend 1.), sowie die Fälle, in denen der Erbe weniger erhält, also den durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstand „teuer“ erkaufen muss (nachfolgend 2.).

- 1. Betroffener Erbe wird durch die mit der Teilungsanordnung verbundene Anordnung begünstigt**
Gelangt man im ersten Schritt der Prüfung zur Feststellung, dass der Erblasser einen über dem Teilwert der Teilungsanordnung liegenden Wert durch Vorausvermächtnis als Mehrwert²⁷⁴ zugewandt hat, so muss geprüft werden, was der Erblasser geregelt hätte, wenn ihm die Abgrenzungsschwierigkeiten und deren Folgen bewusst gewesen wären. Folgende Situationen können dabei entstehen:

²⁷⁴ So der BGH, vgl. hierzu soeben II (Beurteilung in der Rechtsprechung), Seite 118.

a) Erbe schlägt die Erbschaft aus

Der durch kombinierte Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis begünstigte Erbe schlägt die ihm angefallene Erbschaft aus. Fraglich ist das Schicksal der Begünstigung durch den Mehrwert des Vorausvermächtnisses jenseits des Teilwertes der Teilungsanordnung. Die Auslegung des Erblasserwillens kann zu folgenden Ergebnissen führen:

- Der Erblasser hat das (Voraus-)Vermächtnis unter der *Bedingung* zugewandt, dass der Begünstigte Erbe wird und bleibt (und nicht ausschlägt oder anderweitig wegfällt).²⁷⁵
Der Erbe erhält den Mehrwert mithin ausschließlich dann, wenn er auch den Teilwert (die Erbschaft und damit die Teilungsanordnung) annimmt („Vorrang“ der Teilungsanordnung).
- Der Erblasser legte keinen Wert auf die rechtliche Stellung des Begünstigten als Erben, vielmehr stand für ihn die Begünstigung durch die Zuwendung eines bestimmten Gegenstandes im Vordergrund. In diesem Fall des „Vorrangs“ des Vorausvermächtnisses könnte auch der durch Ausschlagung u.ä. weggefallene Erbe die Zuwendung insgesamt fordern, wobei aus dem ursprünglichen als Teil-

²⁷⁵ Staudinger/Otte § 2150 Rn. 23.

lungsanordnung zugewandten Teilwert nunmehr insgesamt zusammen mit dem Mehrwert ein (bloßes) Vermächtnis (§ 1939 BGB) würde.

b) Vertragserbe bzw. durch gemeinschaftliches Testament gebundener Ehegatte ändert Verfügung

Der Erblasser regelte durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag eine Teilungsanordnung und bestimmte einen Ausgleichsbetrag, der den Erben begünstigt. Das Erfordernis der klaren Abgrenzung der Reichweite der Teilungsanordnung wird deutlich: der überlebende Vertragserbe kann die Teilungsanordnung ersatzlos streichen, das Vorausvermächtnis könnte dagegen mit dem Tod des Erstversterbenden bindend geworden sein.²⁷⁶

Das Vorausvermächtnis kann durch den Überlebenden aufgehoben werden, wenn sich durch Auslegung der letztwilligen Verfügung ergibt, dass der Erstverstorbene ihm eine entsprechend Freistellung eingeräumt hat bzw. ausdrücklich eingeräumt hätte, wenn ihm das Problem bewusst gewesen wäre. Die Auslegung kann auch zu dem Ergebnis führen, dass

²⁷⁶ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 2 C (Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?), Seite 43 sowie Zweiter Abschnitt § 3 A I (Bindungswirkung), Seite 84.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

der Verstorbene eine Bindungswirkung (auch) hinsichtlich der Teilungsanordnung erreichen wollte. Dies ließe sich durch entsprechende begleitende Anordnungen (Testamentsvollstreckung, Auflagen u.ä.) erreichen.²⁷⁷

2. Übrige Erben werden durch die mit der Teilungsanordnung kombinierte Anordnung begünstigt

Der Erblasser kann einen Ausgleichsbetrag für den durch die Teilungsanordnung betroffenen Erben ausweisen, der über dem tatsächlichen Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls liegt. Maßgebend sind auch hier die Vorstellungen des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung: In welchem Verhältnis stand der von ihm festgelegte Ausgleichsbetrag zu seiner damaligen Vorstellung vom Wert des Nachlassgegenstands?²⁷⁸ Soweit die Ausgleichzahlung nach den Vorstellungen des Erblassers über dem tatsächlichen Wert liegt und er diese Abweichung bewusst bestimmte, handelt es sich hinsichtlich dieses Mehrwerts um ein Vorausvermächtnis zugunsten der übrigen Erben.²⁷⁹ Der Erbe hat diese Leistung (Vor-

²⁷⁷ Vgl. hierzu unten Siebenter Abschnitt § 4 (Absicherung der Teilungsanordnung), Seite 341 sowie Siebenter Abschnitt § 6 (Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 320.

²⁷⁸ RG, Urteil vom 21. Februar 1924 - IV 274/23 -, RGZ 108, 83, 85 (wobei das RG hier nicht ausdrücklich auf die Vorstellungen des Erblassers abstellt, sondern auf den „wirklichen Wert“).

²⁷⁹ Lange/Kuchinke § 44 III 5)c)γ), S. 1152 .

ausvermächtnis) entweder aus dem übrigen Nachlass (seinem Auseinandersetzungsguthaben - jedoch zeitlich vor der Auseinandersetzung) zu erbringen oder - freiwillig - aus eigenen Mitteln.²⁸⁰ LANGE/KUCHINKE meinen, dass sich der betroffene Erbe nur durch eine Ausschlagung der Erbschaft von dieser Pflicht lösen könnte.²⁸¹ Dies wird man so generell jedoch nicht postulieren können: Auch hier steht die Auslegung der Verfügung im Vordergrund, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann:

- Der von der Teilungsanordnung betroffene Erbe sollte in jedem Fall Erbe werden und bleiben. Die Anordnung fiel dann weg, soweit der Erbe durch die Teilungsanordnung betroffen war. Der zugewandte Gegenstand ist zu versilbern und die durch das Vorausvermächtnis begünstigten Erben erhalten aus dem Erlös ihr Vorausvermächtnis (Mehrwert) erfüllt. Der betroffene Erbe erhält seinen Erbteil abzüglich dieser Vorausvermächtnisse im Rahmen der Auseinandersetzung ausgezahlt.
- Die Erbeinsetzung war abhängig von der Erfüllung des Vorausvermächtnisses. Weigert sich der betroffene Erbe,

²⁸⁰ Vgl. hierzu auch unten Fünfter Abschnitt § 1 III 5 a) (Bestimmung des Übernahmepreises durch den Erblasser), Seite 171; zur Leistungspflicht und den Folgen vgl. unten b) bb) aaa) (Übernahmepflicht), Seite 188.

²⁸¹ Lange/Kuchinke § 44 III 5)c)γ), S. 1152.

das Vorausvermächtnis zu erfüllen, so verliert er seine Stellung als Erbe.

§ 4 Abgrenzung zur Auflage, § 1940 BGB

Eine Auflage des Erblassers iSv § 1940 BGB verpflichtet den Erben zu einer Leistung, jedoch ohne dass einem anderen ein Recht auf die Leistung zugewandt wird. Teilweise wird vertreten, dass die Teilungsanordnung - ebenso wie der Ausschluss der Auseinandersetzung nach § 2044 BGB - „die Rechtsnatur einer Auflage“ haben könne.²⁸² Wie oben bereits gezeigt²⁸³ trifft dies so nicht zu oder ist zumindest missverständlich formuliert. Denn die Teilungsanordnung ist eine erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeit, die zunächst einmal unabhängig von anderen erbrechtlichen Instituten vorliegt: Entweder es liegt eine Teilungsanordnung vor - oder es ist eine andere erbrechtliche Gestaltung.²⁸⁴ Anders als die Auflage gewährt eine Teilungsanordnung dem begünstigten Erben ein Recht und begründet die Pflicht der Erbengemeinschaft auf Übereignung

²⁸² Staudinger/*Löhnig* § 2048 Rn. 8.

²⁸³ S. hierzu oben Zweiter Abschnitt (Begriff der Teilungsanordnung), Seite 34.

²⁸⁴ Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370; Stenger S. 57; Planck/Ebbecke (1930) § 2048 Ziff. 1.

§ 5 Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung

des durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstandes im Rahmen der Erbauseinandersetzung. Die Auflage vermittelt dem Begünstigten keinen Anspruch auf Vollziehung.

Denkbar ist die Anordnung einer Teilungsanordnung *neben* einer darauf bezogenen Auflage. Um die Vollziehung einer Teilungsanordnung abzusichern ist dies - neben der Anordnung einer Testamentsvollstreckung - eine geeignete Gestaltungsmöglichkeit.²⁸⁵ Ergibt mithin die Auslegung des Testamentes, dass der Erblasser eine Bindung der Erben an die Teilungsanordnung erreichen wollte, so kann dies für eine -zusätzlich neben der Teilungsanordnung - angeordnete Auflage sprechen. Dann gelten jedoch freilich auf der einen Seite Rechte und Pflichten aus der Teilungsanordnung und auf der anderen Seite Rechte und Pflichten aus einer Auflage (§§ 1940, 2192-2196 BGB).

§ 5 Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung

Das BGB regelt die Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich in § 2038 BGB. Nach häufig geäußelter Auffassung soll

²⁸⁵ Zu Einzelheiten vgl. unten Siebenter Abschnitt § 4 (Absicherung der Teilungsanordnung), Seite 341.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

§ 2048 BGB dem Erblasser die Möglichkeit bieten, abweichend von dieser grundsätzlichen Regelung, Anordnungen für die Verwaltung des Nachlasses bis hin zu dessen Auseinandersetzung zu treffen.²⁸⁶ Schon begrifflich ist es allerdings fraglich, ob eine Anordnung für die *Verwaltung* eine *Teilungsanordnung* im Sinne des § 2048 BGB sein kann, wie es häufig ohne Begründung angenommen wird.²⁸⁷ Denn die Teilungsanordnung bietet nach dem Wortlaut der Norm Möglichkeiten der „*Anordnungen für die Auseinandersetzung*“, nicht hingegen für die Verwaltung. Daher wäre auch der Begriff „Auseinandersetzungsanordnung“ anstelle von Teilungsanordnung der treffendere.²⁸⁸

Die Verwaltung des Nachlasses (§§ 2038 ff. BGB) ist von der Auseinandersetzung des Nachlasses (§§ 2042 ff. BGB) zu trennen; sie mögen aneinander angrenzen²⁸⁹, aber sie verfolgen unterschiedliche Ziele:

²⁸⁶ Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 2; Staudinger/*Löhnig* § 2048 Rn. 4;

MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 6; BeckOK BGB/*Lohmann* BGB § 2048 Rn. 2.

²⁸⁷ Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 2; BeckOK BGB/*Lohmann* BGB § 2048 Rn. 2; MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 6; Staudinger/*Werner* (2010) § 2048 Rn. 4, nunmehr auch Staudinger/*Löhnig* Rn. 4.

²⁸⁸ So auch Lange/*Kuchinke* § 44 III 5a), S. 1150; MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 2; vgl. hierzu auch bereits oben Erster Abschnitt (Einleitung), Seite 29.

²⁸⁹ Beispielsweise, wenn der Erblasser bestimmt, welche Gegenstände in welcher Reihenfolge zur Befriedigung der Nachlassgläubiger verwertet werden sollen, Lange/*Kuchinke* § 44 III 5a), S. 1150.

§ 5 Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung

Das Ziel der Verwaltung des Nachlasses ist auf dessen „*Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie (...) Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten*“ gerichtet.²⁹⁰ Mitwirkungspflichten ergeben sich hier für die Erben aus den §§ 2038 ff. BGB.²⁹¹

Das Ziel der Auseinandersetzung ist hingegen - nach Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten und Versilberung der Nachlassgegenstände - den Nachlass auf die Erben zu verteilen. Die Erben sind im Rahmen der *Auseinandersetzung* - ausschließlich - verpflichtet, an solchen Maßnahmen mitzuwirken, die *diesem* Ziel dienen.

Entgegen dem Grundsatz des § 2038 BGB, wonach die Verwaltung von den Erben gemeinschaftlich vorzunehmen ist, kann der Erblasser zwar bestimmen, dass die Verwaltung des Nachlasses nur von einem oder nur von einem Teil der Miterben ausgeübt werden soll.²⁹² Dies kann durch die Anordnung einer Auflage oder durch die Bestimmung eines Erben zum Testamentsvollstrecker mit beschränktem Aufga-

²⁹⁰ St. Rspr. BGH, Urteil vom 22. Februar 1965 - III ZR 208/63 -, Rn. 33, juris; zuletzt: BGH, Urteil vom 11. November 2009 - XII ZR 210/05 -, Rn. 20, juris=BGHZ 183, 131.

²⁹¹ Vgl. hierzu ausführlich Reißmann/*Reißmann*, Die Erbengemeinschaft, § 4 D, Rn. 51 ff.

²⁹² Staudinger/*Löhnig* § 2038 Rn. 37.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

benkreis erfolgen, § 2208 BGB.²⁹³ Er kann auch Anordnungen für die Verwaltungen treffen, die der Testamentsvollstrecker zu befolgen hat, § 2216 Abs. 2 BGB. Dies folgt jedoch allein aus der (Testier-)Freiheit des Erblassers, von § 2038 BGB abweichende Regelungen zu treffen, nicht aus § 2048 BGB.

STENGER führt mit überzeugenden Argumenten aus, weshalb die Teilungsanordnung von einer Verwaltungsanordnung abzugrenzen ist.²⁹⁴ Zunächst sei ein zeitliches Moment für die Trennung entscheidend. Denn mit Ausnahme einer Bestimmung gem. § 2044 Abs. 1 BGB gewinne die *Teilungsanordnung* des Erblassers erst mit dem Augenblick der Erbaueinandersetzung an Bedeutung. Lediglich ein Teilungsverbot nach § 2044 Abs. 1 BGB würde bereits in dem Zeitpunkt wirksam sein, in dem ansonsten die Teilung des Nachlasses erfolgen sollte, da aufgrund des Teilungsverbotes der Termin der Erbaueinandersetzung hinausgeschoben würde. Die *Verwaltungsanordnung* erstrecke sich demgegenüber gerade auf den Zeitpunkt zwischen Erbfall und Erbaueinandersetzung sowie auf den Zeitraum, in dem die Auseinandersetzung

²⁹³ Staudinger/*Löhnig* § 2038 Rn. 37.

²⁹⁴ Stenger, S. 38 f.

§ 5 Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung

aufgrund eines Teilungsverbot es ausgeschlossen sei.²⁹⁵ Überdies bestehe auch in sachlicher Hinsicht ein Unterschied, da eine Teilungsanordnung auf Auseinandersetzung des Nachlasses gerichtet sei, die Verwaltungsanordnung hingegen auf dessen Erhalt und Pflege in seiner Gesamtheit.²⁹⁶

Die zutreffende Abgrenzung ist nicht lediglich von theoretischer Bedeutung sondern auch praktisch entscheidend. Wäre nämlich eine Verwaltungsanordnung eine Anordnung für die Auseinandersetzung im Sinne von § 2048 BGB, so müsste man es konsequenterweise auch für zulässig erachten, dass diese Verwaltung „nach dem billigen Ermessen eines Dritten“ (§ 2048 S. 2 BGB) oder ggf. durch Urteil (§ 2048 S. 3 BGB) erfolgen kann. Würde man mithin „Verwaltungsanordnungen“ als Form der Teilungsanordnung zulassen, wäre § 2197 BGB (Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch Testament) überflüssig, da dies bereits durch § 2048 S. 2 BGB geregelt worden wäre. Die Verwaltung des Nachlasses durch *Urteil* schließlich ist kaum denkbar, da Verwaltung ein fortlaufender Prozess der Maßnahmenauswahl ist. Diese kann bei unbilligen Bestimmungen des Verwalters nach § 2048 BGB nicht durch Urteil ersetzt werden, sondern er-

²⁹⁵ Stenger, S. 39.

²⁹⁶ Stenger, S. 39.

fordert ständige Entscheidungsfindungen. Eine Verwaltungsanordnung ist daher keine Teilungsanordnung.²⁹⁷

§ 6 Abgrenzung zur Testamentsvollstreckung

Der Erblasser kann bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung bestimmen, dass der Testamentsvollstrecker lediglich den Nachlass zu verwalten hat (Verwaltungsvollstreckung, § 2209 S. 1 Hs. 1 BGB). Dabei handelt es sich jedoch ausschließlich um eine Anordnung iSv § 2209 S. 1 Hs. 1 BGB, nicht dagegen um eine Teilungsanordnung iSv § 2048 BGB. Eine Teilungsanordnung ist für den (reinen) Verwaltungsvollstrecker auch unbeachtlich, denn die Teilungsanordnung bezieht sich gerade nicht auf die Verwaltung.²⁹⁸

Andersherum ist die Anordnung der Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten iSv § 2048 S. 2 BGB keine Testamentsvollstreckung.²⁹⁹ Insbesondere

²⁹⁷ So wohl auch OLG München, Hinweisbeschluss vom 29. August 2018 - 8 U 3464/17 -, Rn. 18, juris sowie der daran anschließende Verwerfungsbeschluss vom 21. Dezember 2018 - 8 U 3464/17 -, Rn. 18, juris (Abgrenzung einer Verwaltungsanordnung nach § 2216 Abs. 2 BGB zur Teilungsanordnung).

²⁹⁸ Vgl. hierzu soeben § 5 (Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung), Seite 127.

²⁹⁹ MüKoBGB/Ann § 2048 Rn. 19.

§ 7 Abgrenzung zur Erbeinsetzung, § 2087 BGB

darf der Dritte - anders als der Testamentsvollstrecker, § 2205 S. 3 BGB - seine Bestimmung nicht selbst durchsetzen.³⁰⁰

Auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabengebiet (§ 2208 Abs. 1 BGB) beinhaltet keine Teilungsanordnung.

Ordnet der Erblasser jedoch an, dass der Testamentsvollstrecker von Beschränkungen befreit ist, soweit dies gesetzlich möglich ist, so mag darin umgekehrt die Anordnung einer Anordnung durch Bestimmung Dritter iSv § 2048 S. 3 BGB gesehen werden.³⁰¹

§ 7 Abgrenzung zur Erbeinsetzung, § 2087 BGB

In Testamenten, die juristische Laien errichten, wird es häufig versäumt, einen oder mehrere Erben (ausdrücklich) zu benennen. Stattdessen werden einzelne Gegenstände („*mein Haus*“, „*das Guthaben auf meinem Konto bei der Sparkasse*“) oder Vermögensgruppen („*meine Immobilien*“, „*mein Bar- und Depotvermögen*“) einzelnen Personen zugewandt. Dabei werden auch

³⁰⁰ Zu Einzelheiten vgl. unten Fünfter Abschnitt § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB), Seite 247.

³⁰¹ Vgl. hierzu unten § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB, Seite 247, insbes. Seite 249.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

die Begriffe „vererben“ und „vermachen“ von Laien nicht unbedingt im juristischen Sinne verwendet.³⁰² Der Gesetzgeber hat diese Probleme vorhergesehen und mit § 2087 BGB eine Auslegungsregel³⁰³ für jene Fälle in das BGB aufgenommen. Danach ist die Zuwendung des Vermögens oder eines Bruchteils an einen Bedachten als Erbeinsetzung anzusehen (§ 2087 Abs. 1 BGB), hingegen die Zuwendung einzelner Gegenstände auch dann nicht, wenn die Person als „Erbe“ bezeichnet wurde (§ 2087 Abs. 2 BGB). Die eingangs genannten Formulierungsbeispiele in einem Testament können mithin folgendes bedeuten:

- Ausschließliche Regelung einer Teilungsanordnungen als alleiniger Inhalt des Testaments, wobei der Erblasser will oder unterstellt, dass gesetzliche Erbfolge eintritt.³⁰⁴

³⁰² Ebenso: Palandt/*Weidlich* § 2087 Rn. 2 mit Hinweis auf eine „*allgemeine Meinung*“.

³⁰³ BGH, Urteil vom 07. Juli 2004 - IV ZR 135/03 -, Rn. 18, juris; OLG Köln, Beschluss vom 8. Januar 1993 - 2 Wx 45/92 -, Rn. 18, juris; Palandt/*Weidlich* § 2087 Rn. 1; Planck/*Rütgen* (1902) § 2087 Nr. 1 aE (zu § 2087 Abs. 1 „*Dispositivsatz*“, zu § 2087 Abs. 2 „*Auslegungsregel*“); aA Stenger, S. 36 („*gesetzliche Vermutung*“).

³⁰⁴ BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 1988 - BReg 1 Z 32/87 -, Rn. 43, juris; vgl. hierzu auch bereits oben Zweiter Abschnitt § 1 (Teilungsanordnung im Testament), Seite 37.

- Erbeinsetzung nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB (z.B. wenn „*das Haus*“ das wesentliche Vermögen des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung³⁰⁵ darstellte, „*heredis institutio ex re certa*“) in Verbindung mit Teilungsanordnungen und möglicherweise zusätzlich auch einer mittelbaren Bestimmung der Erbquoten.³⁰⁶
- Erbeinsetzung nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der Anordnung von Vorausvermächtnissen, wobei die Vorausvermächtnisse sich auf den gesamten genannten Vermögenswert beziehen mögen oder lediglich auf denjenigen Teil, der wertmäßig über der Erbquote liegt („überquotale Teilungsanordnung“³⁰⁷).³⁰⁸
- Die (bloße) Anordnung von (Voraus-)Vermächtnissen nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB.

Die Auslegung und Abgrenzung im Einzelfall hat mit-
hin hier unter Berücksichtigung des § 2087 BGB sowie der

³⁰⁵ BGH, Beschluss vom 12. Juli 2017 - IV ZB 15/16 -, Rn. 18, juris; Urteil vom 16. Oktober 1996 - IV ZR 349/95 -, Rn. 15, juris; Urteil vom 22. März 1972 - IV ZR 134/70 -, Rn. 45, juris.

³⁰⁶ Planck/*Strohal* (1908) § 2048 Nr. 2a und 3.

³⁰⁷ Vgl. hierzu oben § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

³⁰⁸ Planck/*Strohal* (1908) § 2048 Nr. 2a.

Vierter Abschnitt Abgrenzung der Teilungsanordnung

oben unter § 3³⁰⁹ entwickelten Grundsätze zu erfolgen. Maßgebend sind die Vorstellungen des Erblassers von seinem Vermögen (einschließlich seiner Erwartungen der Änderung in der Zukunft) zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung.³¹⁰ Ergibt sich nach der Auslegung, dass die Zuwendung der Einzelgegenständen keine Erbeneinsetzung darstellt (§ 2087 Abs. 2 BGB) und sind die im Testament genannten Begünstigten gleichzeitig die gesetzlichen Erben des Erblassers, so kann es sich bei der Anordnung im Testament ausschließlich um eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis handeln, andere Möglichkeiten bestehen nicht.³¹¹

§ 8 Abgrenzung zum „Erblasserappell“

Der rechtlich unbeachtliche Erblasserappell taucht nicht nur in Testamenten von Laien auf. Formulierungen wie „*Meine Erben sollen sich nicht streiten und fair miteinander umgehen*“ haben regelmäßig keine rechtliche Bedeutung. Insbesondere wenn

³⁰⁹ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 (Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB), Seite 83.

³¹⁰ MüKoBGB/Rudy § 2087 Rn. 12; BayObLG, Beschluss vom 19. Dezember 1996 - 1Z BR 107/96 -, FamRZ 1997, 1177, 1178.

³¹¹ BGH, Urteil vom 23. Mai 1984 - IVa ZR 185/82 -, Rn. 19, juris; jurisPK-BGB/Schütte, § 2048 Rn. 16.

§ 8 Abgrenzung zum „Erblasserappell“

sich der Erblasser mit seinem Appell an alle Erben wendet wird es regelmäßig zu weitgehend sein, in derartigen Formulierungen eine Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB zu sehen. Ausgeschlossen ist es bei entsprechenden Hinweisen im Rahmen der Auslegung jedoch nicht. Entscheidend ist hierbei die mutmaßliche Absicht des Erblassers, seine Erben zu binden: Die Teilungsanordnung berechtigt und verpflichtet und unterscheidet sich hierdurch von Wünschen oder Ratschlägen des Erblassers.³¹²

³¹² Lange/Kuchinke § 44 III 5e α), S. 1151.

Fünfter Abschnitt Anordnungen nach

§ 2048 BGB

Ausgehend vom Wortlaut des § 2048 BGB und auch in der Zusammenschau mit den übrigen Vorschriften des BGB scheint es keinerlei Einschränkungen hinsichtlich des möglichen Inhaltes einer Teilungsanordnung zu geben:

§ 2048 BGB ist allgemein und weit formuliert. Auch der Gesetzgeber hat in den Motiven keine Einschränkungen des Anwendungsbereiches formuliert.³¹³

§ 2049 BGB gibt indirekt ein Beispiel für den möglichen Inhalt einer Auseinandersetzungsanordnung. Die Norm ergänzt § 2048 BGB, stellt direkt jedoch ausschließlich für den besonderen Fall des angeordneten Rechts der Übernahme eines Landguts eine Zweifelsfallregelung dar. Danach gewährt § 2049 BGB dem Übernehmer des Landguts im Zweifel ein Bewertungsprivileg: Anstelle des höheren Verkehrswertes darf er den niedrigeren Ertragswert der Berechnung seines Ausgleichsbetrages zugrunde legen.³¹⁴ Hierdurch er-

³¹³ Motive Band V, 688 zit. nach Mugdan Band V, 370.

³¹⁴ Zu Einzelheiten der Berechnung vgl. BeckOGK/Rißmann BGB § 2049 Rn. 17.

öffnet das BGB die *einzig*e Möglichkeit einer wertverschiebenden Teilungsanordnung.³¹⁵

Grundsätzlich sind somit zunächst einmal *alle* Bestimmungen des Erblassers zulässig, die sich auf die Auseinandersetzung beziehen, soweit sie nicht gegen andere Normen verstoßen, wie z.B. § 138 BGB.³¹⁶ Angesichts der weiten Formulierung des § 2048 BGB, insbesondere von Satz 1, sind vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten einer Teilungsanordnung denkbar.

Um die Möglichkeiten von Regelungen nach § 2048 BGB aufzuzeigen, hat MÜLLER eine Unterteilung in „*formelle und materielle Teilungsanordnungen*“ vorgeschlagen. Dabei definiert MÜLLER „*formelle Teilungsanordnungen*“ als diejenigen Anordnungen, welche das Verfahren, Form und Zeitpunkt der Auseinandersetzung regeln. „*Materielle Teilungsanordnungen*“ hingegen betreffen den Nachlass als solchen und ordnen an, welcher Nachlassgegenstand letztlich wem zufallen solle und wie die Erbquote auszufüllen sei.³¹⁷

³¹⁵ Zu Einzelheiten vgl. BeckOGK/Rißmann BGB § 2049 Rn. 1, 8; zu dem Begriff der „wertverschiebenden Teilungsanordnung“ siehe auch oben Zweiter Abschnitt § 3 A II (Wertausgleich), Seite 85.

³¹⁶ Stenger, S. 20 f.

³¹⁷ P. Müller, S. 30; unter Bezugnahme auf P. Müller ebenso: Nieder/Kössinger/R. Kössinger 2. Teil § 15 Rn. 203 f sowie MAH ErbR/Steinhauer, § 16 Rn. 2.

Eine zweigliedrige Unterteilung anderer Art beschreiben WEIDLICH und LOHMANN. Sie differenzieren nach Teilungsanordnungen, welche die Verwaltung oder die Auseinandersetzung betreffen.³¹⁸

Eine Unterteilung in drei Gruppen möglicher Anordnungen nach § 2048 BGB wird von ANN³¹⁹ und WERNER³²⁰ angeführt. Sie differenzieren nach Anordnungen für die Verwaltung, Teilungsanordnungen im eigentlichen Sinne sowie Teilungsanordnungen durch Bestimmung Dritter (§ 2048 S. 2 u. 3 BGB). Wie oben bereits näher dargelegt sind Anordnungen für die Verwaltung des Nachlasses jedoch keine Teilungsanordnung iSv § 2048 BGB.³²¹

Tatsächlich bedarf es einer zweistufigen Betrachtung: Eine erste Gliederung der Teilungsanordnung in zwei Arten entspricht der Systematik des § 2048 BGB: Die Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne (§ 2048 S. 1 BGB)³²² und die Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter (§ 2048 S. 2

³¹⁸ Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 2; BeckOK BGB/*Lohmann* BGB § 2048 Rn. 2.

³¹⁹ MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 6.

³²⁰ Staudinger/*Werner* (2010) § 2048 Rn. 4, nunmehr auch Staudinger/*Löhnig* Rn. 4.

³²¹ Vgl. hierzu oben § 5 (Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung), Seite 127.

³²² Nachfolgend § 1 (Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB), Seite 141.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

und 3 BGB).³²³ Die Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne (§ 2048 S. 1 BGB) wiederum lässt sich in drei mögliche Arten gliedern (Zuweisung von Nachlassgegenständen, Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung, Anordnung eines Schiedsgerichts).³²⁴

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Die Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne bezieht sich auf Anordnungen für die Auseinandersetzung. Sie beschränkt sich vom Wortlaut („Anordnungen für die Auseinandersetzung“) gerade *nicht* ausschließlich auf Anordnungen für die Teilung des Überschusses iSv § 2047 BGB.³²⁵ Maßnahmen der Auseinandersetzungen nach §§ 2042 ff. BGB gehen der Verteilung des Überschusses voran.³²⁶ Teilungsanordnungen iSv § 2048 S. 1 BGB können mithin die Art und Weise der Aus-

³²³ Nachfolgend § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB), Seite 247.

³²⁴ Hierzu sogleich nachfolgend § 1 (Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB).

³²⁵ Ebenso: Lange/Kuchinke § 44 III 5 a), S. 1150.

³²⁶ Zum Begriff der Auseinandersetzung vgl. auch Damrau/Tanck/Rißmann, § 2042 Rn.5 ff sowie Rißmann/Rißmann, Die Erbengemeinschaft, § 8 B I, Rn. 7 ff.

einandersetzung umfassend bestimmen. Hierbei lassen sich grundsätzlich drei mögliche Anordnungen unterscheiden:³²⁷

1. Zuweisung von Nachlassgegenständen³²⁸
2. Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung³²⁹
3. Anordnung eines Schiedsgerichts³³⁰

Zu Lebzeiten des Erblassers gewährt die Teilungsanordnung dem Begünstigten auch dann keinerlei Rechte, wenn die Teilungsanordnung in einem bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag verfügt wurde. Bis in die 1970er Jahre wurde dies noch anders betrachtet. Ansprüche aufgrund lebzeitiger benachteiligender Verfügungen nach §§ 2287, 2288 BGB wurden stets abgelehnt und zunächst allenfalls ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB für denkbar gehalten.³³¹ Beginnend mit einer Entscheidung im Jahr 1954³³² und fortgesetzt bis in das Jahr 1970³³³ prägte der BGH die Rechtsprechung zur Nichtigkeit der lebzeitigen Ver-

³²⁷ AA Bürger MDR 1986, 371, 373, der lediglich zwei Unterteilungen annimmt (Zuweisung und Übernahmerecht)

³²⁸ Nachfolgend lit. A (Zuweisung von Nachlassgegenständen), Seite 144.

³²⁹ Nachfolgend lit. B (Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung), Seite 240.

³³⁰ Nachfolgend lit. C (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 245.

³³¹ OGH f.d. brit. Zone (II. ZS Köln), Urteil vom 22. September 1948 - II ZS 3/48 (ZS 35/48)-, NJW 1947/48, 690, Ziff. IV.

³³² BGH, Urteil vom 8. Juli 1954 - IV ZR 229/53-, BeckRS 1954, 31398122.

³³³ BGH, Urteil vom 20. April 1970 - III ZR 247/68 -, juris.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

fügung des (künftigen) Erblassers nach § 134 BGB durch Testamentsaushöhlung,

Diese in der Literatur kritisierte Rechtsprechung³³⁴ zur sog. „*Ausböhlungsichtigkeit*“ wurde schließlich mit dem Urteil des BGH vom 5. Juli 1972 ausdrücklich aufgegeben.³³⁵

Nach Eintritt des Erbfalls führt jede Art von Teilungsanordnung zu einer (lediglich) schuldrechtlichen Verpflichtung der Erben untereinander, sich entsprechend der Teilungsanordnung auseinanderzusetzen.³³⁶ Im Gegensatz zu den Bestimmungen des „Dritten“ iSv § 2048 S. 2 BGB³³⁷ muss der Erblasser seine Anordnungen *nicht* nach billigem Ermessen vornehmen. Nicht einmal „offenbare Unbilligkeit“ beschränkt seine Anordnungen, er kann willkürlich entscheiden.³³⁸ Dem pflichtteilsberechtigten Erben bliebe noch der Ausweg der Ausschlagung nach § 2306 BGB;³³⁹ die übrigen Erben könnten lediglich ersatzlos ausschlagen. Ein Außerkraftsetzen durch das Nachlassgericht nach § 2216 Abs. 2 BGB ist weder

³³⁴ Vgl. zahlreiche Nachweise in BGH, Urteil vom 5. Juli 1972 - IV ZR 125/70 -, BGHZ 59, 343, Rn. 31, juris.

³³⁵ BGH, Urteil vom 5. Juli 1972 - IV ZR 125/70 -, BGHZ 59, 343, Rn. 33, juris mw Nachw. zur bisherigen Rechtsprechung in Rn. 32.

³³⁶ Zu den Einzelheiten der Rechtsfolgen s. nachfolgend lit. A-C bei den einzelnen Arten der Teilungsanordnung.

³³⁷ Vgl. hierzu unten § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB), Seite 247.

³³⁸ Lange/Kuchinke § 44 III 5h), S. 1153.

³³⁹ Vgl. hierzu unten Nr. III 12 (Pflichtteilsrecht), Seite 226.

für den Testamentsvollstrecker³⁴⁰ noch für die Erben möglich.³⁴¹

A. Zuweisung von Nachlassgegenständen

I. Übernahmepflicht

Der Wunsch des Erblassers geht häufig dahin, sämtliche Nachlassgegenstände im Testament „zu verteilen“, also bestimmten Personen zuzuweisen. Für den Laien ist es regelmäßig schwer einzusehen, dass das Erbrecht nach dem BGB keine Erbeinsetzung nach Gegenständen kennt. Aus diesem Grund kommt es in Testamenten zu Formulierungen wie beispielsweise

„Mein Sohn erbt das Haus und meine Tochter das Depot-Vermögen“³⁴²

Das BGB trägt dem grundsätzlichen Bedürfnis nach der Zuweisung bestimmter Gegenstände an einzelne Erben durch die Möglichkeit der Teilungsanordnung und des Vorausver-

³⁴⁰ Vgl. hierzu unten Nr. III 11 (Testamentsvollstreckung), Seite 224.

³⁴¹ Keine Möglichkeit für die Erben: Lange/Kuchinke § 44 III 5h), S. 1153.

³⁴² Vgl. zur Problematik derartiger Anordnungen - auch ohne die Formulierung „erbt“- bereits oben Zweiter Abschnitt (Begriff der Teilungsanordnung), Seite 34.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

mächtnisses Rechnung.³⁴³ § 2048 S. 1 BGB räumt dem Erblasser die Möglichkeit ein, „Anordnungen für die Auseinandersetzung“ zu treffen. Gemeint sind damit solche Anweisungen, die vom gesetzlichen Regelfall der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft abweichen. Ohne solche Anweisungen des Erblassers hätte die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft – ausschließlich - nach den gesetzlichen Teilungsregeln gem. §§ 2042 iVm 752 ff. BGB zu erfolgen.³⁴⁴ Mithin wäre nach der Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten (§ 2046 BGB) der Nachlass zu „versilbern“ (soweit er nicht in Natur geteilt werden kann), um die Verteilung entsprechend den Erbquoten zu ermöglichen.³⁴⁵

1. Zuweisung von Gegenständen und Forderungen

Die Teilungsanordnung gewährt dem Erblasser die Möglichkeit, einzelne Gegenstände von der Versilberung auszuschließen und sie einem Erben unbedingt zuzuweisen. Dabei ist der Begriff des Gegenstands weit zu verstehen. Inhalt der Teilungsanordnung kann auch die Zuweisung von Forderungen,

³⁴³ Zur Abgrenzung der Teilungsanordnung vom Vorausvermächtnis vgl. oben Zweiter Abschnitt § 3 (Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB), Seite 83.

³⁴⁴ Ausführlich hierzu Rißmann/Rißmann, Die Erbengemeinschaft, § 8 B, Rn. 7 ff.

³⁴⁵ Ausführlich hierzu Rißmann/Rißmann, Die Erbengemeinschaft, § 8 A, Rn. 3 ff.

Barvermögen u.ä., aber auch eines GmbH-Anteils³⁴⁶ zugunsten eines Miterben sein. Ebenso kann der Erblasser den zugewandten Gegenstand lediglich allgemein oder der Gattung nach bezeichnen.³⁴⁷

2. Zuweisung von Verbindlichkeiten

So wie der Erblasser einem (oder mehreren) Erben einen Vermögenswert zuweisen kann, so bietet ihm § 2048 S. 1 BGB gleichfalls die Möglichkeit zu bestimmen, dass eine bestimmte (z.B. die Erfüllung der Pflichtteilsforderung), mehrere oder alle Nachlassverbindlichkeiten im Innenverhältnis der Erbengemeinschaft lediglich von einem einzelnen oder mehreren Miterben zu tragen sind.³⁴⁸ Im Außenverhältnis bleibt es freilich bei der gesamtschuldnerischen Haftung der Erbengemeinschaft, § 2058 BGB. Soweit hier etwas anderes gelten und ein Erbe allein haften soll, bedarf es der Zustimmung der Gläubiger, § 415 BGB.³⁴⁹ Denn auch die Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten (§ 2046 BGB) gehört

³⁴⁶ Nach OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Dezember 1989 - 6 U 119/89-, NJW-RR 1991, 1056, 1057 sogar bei Vorliegen einer Vinkulierungsklausel (entgegen OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Januar 1987 - 7 U 244/85-, NJW-RR 1987, 732, Vorprozess zu demselben Sachverhalt).

³⁴⁷ Zu den Folgen, wenn sich der Gegenstand beim Erbfall nicht im Nachlass befindet vgl. unten Ziff. III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

³⁴⁸ BGH, Urteil vom 6. Mai 1954 - IV ZR 53/54-, BeckRS 1954, 31391073, Ziff. 3, Abs. 14.

³⁴⁹ Enneccerus/Kipp/Wolff/Coing, Erbrecht, § 108 Ziff. IV 3, S. 409.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

zur „*Auseinandersetzung*“ der Erbengemeinschaft, für die der Erblasser nach § 2048 S. 1 BGB Anordnungen treffen darf.

Ebenso jedoch wie die Zuwendung eines Gegenstandes nicht dazu führen darf, dass der Begünstigte „mehr“ erhält als es seiner Erbquote entspricht³⁵⁰, darf die Zuweisung einer Verbindlichkeit nicht dazu führen, dass er „weniger“ erhält. Mithin muss letztlich im Innenverhältnis ein Ausgleich geschaffen werden, so dass im wirtschaftlichen Ergebnis letztlich die übrigen Miterben gleichermaßen an der Erfüllung der Verbindlichkeit beteiligt sind.³⁵¹ Selten wird ein Erblasser daher Anordnungen ausschließlich bezogen auf die Übernahme von Verbindlichkeiten treffen. Praxisrelevanter ist beispielsweise bei der Zuweisung von Gegenständen zu Gunsten eines Erben (beispielsweise die Zuweisung einer Immobilie) die *zusätzliche* Anordnung der Übernahme von Verbindlichkeiten (z.B. Übernahme derjenigen Darlehen, die mit Grundschulden zulasten der zugewandten Immobilie gesichert sind).

³⁵⁰ Vgl. hierzu bereits oben Zweiter Abschnitt § 3 A II (Wertausgleich), Seite 85 sowie unten Ziff. III 5 (Ausgleichszahlung), Seite 170.

³⁵¹ Offensichtlich übersehen in BGH, Urteil vom 6. Mai 1954 - IV ZR 53/54-, BeckRS 1954, 31391073, Ziff. 3, Abs. 14, da der BGH eine Teilungsanordnung für sittenwidrig angesehen hat, nach der lediglich die Kinder des Erblassers den Pflichtteil der enterbten Ehefrau zu tragen hätten, nicht hingegen die außereheliche Freundin des Erblassers.

II. Übernahmerecht

Dem Miterben kann es nach der Anordnung des Erblassers freigestellt sein, ob er den zugewiesenen Gegenstand - gegen den erforderlichen Wertausgleich - übernimmt (Übernahmerecht)³⁵². Denkbar ist auch eine Anordnung, wonach aus einem vom Erblasser bestimmten Personenkreis der meistbietende Erbe das Recht zur Übernahme hat.³⁵³

Bezieht sich das Übernahmerecht auf ein Landgut, so gewährt § 2049 BGB ein Bewertungsprivileg.³⁵⁴

OTTE sieht im Übernahmerecht keine Teilungsanordnung, sondern ein Vorausvermächtnis, „*weil sie eine Rechtsstellung beinhaltet, die über das hinausgeht, was der Bedachte als Miterbe im Rahmen der Erbauseinandersetzung verlangen könnte.*“³⁵⁵ Die Formulierung des § 2049 BGB zeigt dagegen, dass auch die

³⁵² BGH, Beschluss vom 05.10.1954 - V BLw 17/54 -, BeckRS 1954, 31375425, Ziff. II 3. MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 10; Halaczinsky/Wochner/*Wochner*, B. Erbrecht, Rn. 125 sieht das Übernahmerecht offenbar als nicht von § 2048 BGB umfasst: „*Mit der Teilungsanordnung verwandt ist das allgemein anerkannte, gesetzlich nicht geregelte Übernahmerecht.*“

³⁵³ Planck/Ebbecke (1930) § 2048 Ziff. 1.

³⁵⁴ S. hierzu oben Fünfter Abschnitt (Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 138.

³⁵⁵ Staudinger/*Otte* (2015), § 2306, Rn. 11; Dickhuth-Harrach, Teil 6, § 31 III, Rn. 10 (S. 756)

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Anordnung eines *Übernahmerechts* eine Teilungsanordnung und kein Vorausvermächtnis ist.³⁵⁶

1. Ausübung des Übernahmerechts

Die Teilungsanordnung in Form eines Übernahmerechts bewirkt kein Erbrecht an einem zugewandten Nachlassgegenstand und daher auch keine Sondererbfolge.³⁵⁷ Sie schränkt das Recht der übrigen Erben nicht ein und verschafft den Begünstigten - bis zur Teilung - kein „Mehr“ an Rechten an dem zugewandten Gegenstand.³⁵⁸

Bei einem Übernahmerecht wird dem betreffenden Miterben ein Gestaltungsrecht eingeräumt.³⁵⁹ Er kann selbst frei entscheiden, ob er den ihm zugeordneten Nachlassgegenstand übernehmen will (Option): Erst seine gestaltungsrechtliche Erklärung, dass er von seinem Übernahmerecht Gebrauch machen wolle, begründet den schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des fraglichen Nachlassgegenstandes zu einem

³⁵⁶ AA Staudinger/*Otte* (2015), § 2306, Rn. 13 (ausdrücklich entgegen Staudinger/*Otte* (2013), § 2150 Rn. 15) „wegen des ‚wertverschiebenden‘ Charakters der Bestimmung“.

³⁵⁷ Lange/*Kuchinke*, § 32 I 2 und Fn. 33, S. 734 sowie § 44 III 5 b), S. 1150; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4001.

³⁵⁸ Lange/*Kuchinke* § 32 I 2, S. 734.

³⁵⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 16. Juli 2015 - 8 W 255/15 -, Rn. 21, juris; Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 9.

vom Erblasser festgesetzten³⁶⁰ bzw. ermittelten Übernahmepreis bei der Teilung des Nachlasses.³⁶¹

Für die Ausübung eines Übernahmerechts sieht das Gesetz weder Form noch Frist vor. Sie kann grundsätzlich bis zum Verlust des Rechts³⁶² jederzeit erfolgen. Trifft der Erblasser insoweit in seiner letztwilligen Verfügung keine Bestimmung, kommt neben der ausdrücklichen Erklärung gegenüber den Miterben, das Übernahmerecht ausüben zu wollen, auch eine Klage mit dem Ziel der Übertragung des zugewandten Gegenstands als eine Ausübung des Übernahmerechts in Betracht.³⁶³ Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Teilungsanordnung auch bei Vorliegen eines Übernahmerechts erst im Rahmen der Teilung der Erbengemeinschaft zu erfüllen ist.³⁶⁴ Übt der Erbe sein Übernahmerecht trotz vorhergehender Aufforderung der Erbengemeinschaft schuldhaft erst später aus - beispielweise im Rahmen

³⁶⁰ Vgl. hierzu nachfolgend Ziff. 5 (Ausgleichszahlung), Seite 170.

³⁶¹ BGH, Beschluss vom 05.10.1954 - V BLw 17/54 -, BeckRS 1954, 31375425 Ziff. II 3; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16. Juli 2015 - 8 W 255/15 -, Rn. 21, juris; Coing JZ 1962, 529, 532; Kipp/Coing § 44 II 2; Emmerich JuS 1962, 269, 271.; Weirich/Bauer, B § 18 Rn.882; Keim/Lehmann/Keim, A. II. 5 ee); zur Ermittlung des Übernahmepreises nachfolgend III 5 b) aa) (Wertermittlung), Seite 175.

³⁶² Vgl. hierzu sogleich Ziff. 2 (Verlust des Übernahmerechts), Seite 151.

³⁶³ BGH, Beschluss vom 05.10.1954 - V BLw 17/54 -, BeckRS 1954, 31375425 Ziff. II 3.

³⁶⁴ Vgl. hierzu auch oben Zweiter Abschnitt § 3 A V(Fälligkeit), Seite 90.

einer Auseinandersetzungsklage -, so wird er die hierdurch entstandenen zusätzlichen Kosten zu tragen haben.

2. Verlust des Übernahmerechts

Zu prüfen ist, wann der begünstigte Erbe sein Übernahmerecht verlieren kann. Die Probleme der Ausübung des Übernahmerechts aufgrund lebzeitiger Veränderungen oder Verfügungen hinsichtlich des durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstands werden unten bei den Rechtsfolgen behandelt.³⁶⁵

a) Veräußerung nach dem Erbfall

Der faktische Verlust des Übernahmerechts durch Veräußerung des zugewandten Gegenstands kann grundsätzlich nicht ohne Mitwirkung des Begünstigten geschehen. Denn die Verfügung über Nachlassgegenstände hat grundsätzlich gemeinschaftlich zu erfolgen, § 2040 BGB. Wird ohne Mitwirkung und Zustimmung des begünstigten Erben verfügt, ist auch ein gutgläubiger Erwerb des Dritten nicht möglich, weil der Gegenstand dem begünstigten Erben abhandengekommen ist, § 935 BGB.³⁶⁶

³⁶⁵ Vgl. hierzu unten III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

³⁶⁶ Stenger, S. 79.

Der BGH hat zwar erstmals mit Urteil aus dem Jahr 2005 Ausnahmen vom Grundsatz der gemeinschaftlichen Verfügung der Erben nach § 2040 BGB zugelassen.³⁶⁷ Danach können auch Verfügungen zu den mehrheitlich möglichen Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne von § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB zählen.³⁶⁸ Jedoch bedeutet auch diese Änderung der Rechtsprechung³⁶⁹ weiterhin kein besonderes Risiko für den Begünstigten der Teilungsanordnung: Würde die Mehrheit der Erbengemeinschaft hier versuchen zu handeln, so läge wegen Missachtung der Teilungsanordnung keine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung vor.

b) Ausschlagung

Es besteht keine Notwendigkeit, dem durch das Übernahmerecht begünstigten Erben ein „Recht zur Ausschlagung“ ähnlich der Ausschlagung eines Vermächtnisses gem. § 2180 BGB einzuräumen.³⁷⁰ Es steht ihm frei, jederzeit auf die Ausübung des Übernahmerechts gegenüber der Erbengemeinschaft zu verzichten oder aber mit seiner Entschei-

³⁶⁷ BGH, Urteil vom 28. September 2005 - IV ZR 82/04 -, juris.

³⁶⁸ BGH, Urteil vom 28. September 2005 - IV ZR 82/04 -, Rn 12, juris.

³⁶⁹ Der BGH wollte dies dort allerdings nicht als Änderung seiner Rechtsprechung verstanden wissen, BGH, Urteil vom 28. September 2005 - IV ZR 82/04-, Rn 11, juris; zu Einzelheiten des Urteils, der Folgerechtsprechung und zur Kritik vgl. Reißmann/*Reißmann*, Die Erbengemeinschaft, § 4 Rn. 77 ff.

³⁷⁰ AA Enneccerus/Kipp/Wolff/Coing, Erbrecht, § 108 Ziff. IV 1, S. 408.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

dung bis zur Auseinandersetzung zu warten. Spätestens im Rahmen der Auseinandersetzung muss sich der Erbe entschieden haben, ob er das Übernahmerecht ausübt; hiernach entfällt es (s. hierzu sogleich lit. c)).

c) Auseinandersetzung

Der begünstigte Erbe hat seine Übernahmerecht spätestens bei vollständiger Teilung des Nachlasses, also mit Verteilung des Überschusses gem. § 2047 BGB verloren. Denn um die Teilungsreife des Nachlasses herzustellen, ist die Versilberung der Nachlassgegenstände notwendig, was auch die Veräußerung des von der Teilungsanordnung betroffenen Gegenstands umfassen würde. Hieran müsste der begünstigte Erbe mitgewirkt haben³⁷¹, so dass er durch seine Mitwirkung jedenfalls konkludent selbst auf sein Übernahmerecht verzichtet hätte. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss er sich im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht bei der Auseinandersetzung erklären, ob er sein Recht ausübt.

III. Rechtsfolgen

Neben den speziellen Rechtsfolgen wie sie oben unter Ziff. I für die Übernahmepflicht und unter Ziff. II für das Über-

³⁷¹ Vgl. hierzu soeben lit. a) (Veräußerung nach dem Erbfall), Seite 151.

nahmerecht dargestellt wurden, gibt es die nachfolgend dargestellten Rechtsfolgen, die für beiden Arten der Zuweisung durch Teilungsanordnung gleichermaßen gelten.

1. **Schuldrechtliche Wirkung**

Die Teilungsanordnung bewirkt keine Sondererbfolge in Gegenstände. Sie hat nach den Vorstellungen des Gesetzgebers lediglich eine „obligatorische Wirkung“, also eine schuldrechtliche Bedeutung für die Auseinandersetzung.³⁷² Die ausschließlich schuldrechtliche Wirkung folgt auch aus dem Wortlaut des § 2049 Abs. 1 BGB, der formuliert, dass „*einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlass gehörendes Landgut zu übernehmen*“. Der Übergang geschieht mithin nicht bereits durch den Erbfall, sondern erst durch Übernahme durch den begünstigten Erben.³⁷³ Der durch Teilungsanordnung zugewandte Gegenstand wird daher - wie auch das sonstige Vermögen des Erblassers - gemeinschaftliches Vermögen der Erbengemeinschaft und muss bei der Auseinandersetzung auf den begünstigten Erben in der jeweiligen Form übertragen werden, die der Nachlassgegenstand erfordert.³⁷⁴

³⁷² Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370; Planck/Ebbecke (1930) § 2048 Ziff. 1; Lange/Kuchinke § 44 III 5 b), S. 1150.

³⁷³ Planck/*Strohal* (1908) § 2048 Nr. 2; Lange/Kuchinke ErbR § 44 III 5b).

³⁷⁴ Planck/*Strohal* (1908) § 2048 Nr. 2; Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 8.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Die Erben sind wechselseitig verpflichtet, sich entsprechend der Teilungsanordnung auseinandersetzen. Hat der Erblasser keine flankierenden Schutzklauseln angeordnet (Auflagen, Testamentsvollstreckung u.ä.), so können sich die Erben einstimmig über die Teilungsanordnung hinwegsetzen. Eine Mehrheitsentscheidung der Erben nach § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB zur Änderung oder Aufhebung der Teilungsanordnung wäre dagegen jedenfalls keine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung und daher unbeachtlich.³⁷⁵

EBENROTH führt an, dass eine Teilungsanordnung, die sämtliche Nachlassgegenstände erfasse, eine Auseinandersetzungsvereinbarung überflüssig machen könne.³⁷⁶ Die Verpflichtung zur wechselseitigen Übertragung der Nachlassgegenstände im Rahmen der Auseinandersetzung folgt in diesem Fall unmittelbar aus der Teilungsanordnung.³⁷⁷

Für den Testamentsvollstrecker folgt die Pflicht zur Beachtung der Teilungsanordnung des Erblassers aus § 2204 Abs. 1 BGB. Ein Teilungsplan unter Missachtung der Teil-

³⁷⁵ Vgl. hierzu auch oben II 2 a) (Veräußerung nach dem Erbfall), Seite 151.

³⁷⁶ Ebenroth, Rn. 792.

³⁷⁷ Ebenroth, Rn. 792.

lungsanordnung des Erblassers ist für die Erben unverbindlich.³⁷⁸

Im Rahmen der wechselseitigen Verpflichtungen der Miterben - einerseits auf Übertragung des Nachlassgegenstandes, andererseits auf Entgegennahme sowie möglicherweise Leistung einer Ausgleichszahlung³⁷⁹ - stellen sich die nachfolgend erörterten Fragen, wie weit diese Verpflichtungen reichen können.

a) Übernahmepflicht

Bei der Übernahmepflicht³⁸⁰ hat der Miterbe grundsätzlich keine Möglichkeit, den Vollzug der Teilungsanordnung losgelöst von seiner Stellung als Erbe zu vermeiden: Soweit der Wert des zugewandten Gegenstands reicht, kann der Erbe aus seinem Erbteil nichts anderes verlangen.³⁸¹ Die isolierte Ausschlagung einer Teilungsanordnung ist nicht möglich.³⁸² Wenn der Erbe die mit der Teilungsanordnung verbundene Belastung aufgrund der Pflicht zur Übernahme des Nachlassge-

³⁷⁸ Bengel/Reimann/*Schaub*, § 4 Rn. 235, 257.

³⁷⁹ Vgl. hierzu sogleich Ziff. 5, Seite 170.

³⁸⁰ Vgl. dazu oben Ziff. I (Übernahmepflicht), Seite 144.

³⁸¹ Kipp/Coing, § 109 IV 1, S. 408.

³⁸² Im Gegensatz zum Vorausvermächtnis, dass der Erbe ausschlagen und die Erbschaft gleichwohl annehmen kann, vgl. dazu oben Zweiter Abschnitt § 3 A III (Ausschlagungsmöglichkeit und Abhängigkeit von Erbeinsetzung), Seite 87; Lange/Kuchinke, § 44 III 5 d, S. 1151.

genstands vermeiden möchte, bleibt ihm daher grundsätzlich nur die Möglichkeit die Erbschaft vollständig auszuschlagen. Gehört der ausschlagende Erbe zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten kann er nach § 2306 Abs. 1 BGB seinen Pflichtteil geltend machen. Anders als unter Geltung des § 2306 BGB a.F. kommt es dabei auf die Höhe der Erbquote nicht an: Allein die Anordnung der Teilungsanordnung ermöglicht dem Pflichtteilsberechtigten die Ausschlagung nach § 2306 Abs. 1 BGB.³⁸³

Ausnahmsweise fällt die Teilungsanordnung möglicherweise weg, wenn der Ausgleich nicht aus dem Nachlass erbracht werden kann und der von der Teilungsanordnung betroffene Erbe nicht bereit ist, die Ausgleichszahlung aus seinem Eigenvermögen zu leisten.³⁸⁴

b) Übernahmerecht

Hat sich der durch ein Übernahmerecht begünstigte Erbe entschieden, sein Gestaltungsrecht auszuüben³⁸⁵, so entstehen zweierlei Verpflichtungen: Zum einen die Verpflichtung der Erbengemeinschaft den durch Teilungsanordnung zugewand-

³⁸³ Vgl. hierzu unten Ziff. 12 (Pflichtteilsrecht), Seite 226.

³⁸⁴ Zu Einzelheiten vgl. unten Fünfter Abschnitt § 1 III 5 b) bb) aaa) (Übernahmepflicht), Seite 188.

³⁸⁵ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A II 1 (Ausübung des Übernahmerechts), Seite 149.

ten Nachlassgegenstand bei der Auseinandersetzung dem begünstigten Erben zu übertragen. Zum anderen entsteht die Verpflichtung des begünstigten Erben die notwendige Ausgleichszahlung³⁸⁶ Zug um Zug gegen Übereignung zu leisten.³⁸⁷ Dabei wird in der Praxis die Ausgleichszahlung regelmäßig mit einer Verrechnung des sonstigen Auseinandersetzungsguthabens stattfinden.³⁸⁸ Die Ausübung des Übernahmerechts wirkt auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück, so dass die Zurechnung der Früchte sowie der Verwendungen und Lasten entsprechend zu erfolgen hat.³⁸⁹

2. Fälligkeit der Teilungsanordnung

Die Teilungsanordnung ist ausschließlich bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu beachten (insbesondere im Gegensatz zum Vorausvermächtnis, das vorher zu erfüllen ist) und daher auch erst zu diesem Zeitpunkt fällig.³⁹⁰

³⁸⁶ Vgl. hierzu unten Ziff. 5 (Ausgleichszahlung), Seite 170.

³⁸⁷ Emmerich, JuS 1962, 269, 271.

³⁸⁸ Zu Einzelheiten, auch den Folgen bei Nichtleistung vgl. unten Ziff. 5 b) bb) bbb) (Übernahmerecht), Seite 195.

³⁸⁹ Vgl. hierzu sogleich Ziff. 3 (Früchte), Seite 159 und Ziff. 4 (Notwendige und nützliche Verwendungen, Lasten), Seite 167.

³⁹⁰ Zur Abgrenzung der Fälligkeit im Verhältnis zum Vorausvermächtnis vgl. oben Zweiter Abschnitt § 3 A V (Fälligkeit), Seite 90; zum Zeitpunkt der frühestmöglichen Geltendmachung einer Teilungsanordnung vgl. unten Ziff. 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

3. Früchte

Das Gesetz enthält keine Bestimmung wie mit Früchten (§ 99 BGB) zu verfahren ist, die ein Gegenstand abwirft, der durch Teilungsanordnung einem Miterben zugewandt wurde. Auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde ausweislich der Materialien zum BGB nicht diskutiert, wer hier von wem wann was verlangen könne.

a) Ansicht der Rechtsprechung

Eine ähnliche Situation wie der durch Teilungsanordnung begünstigte Erbe hat der Vermächtnisnehmer: Auch ihm ist durch den Erblasser etwas zugewandt worden, die Erfüllung der Zuwendung erfolgt zeitlich jedoch nach der Fälligkeit.³⁹¹ Im Vermächtnisrecht gewährt § 2184 S. 1 BGB dem Vermächtnisnehmer gegen den Beschwerten daher ausdrücklich einen Anspruch auf die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte sowie das sonst aufgrund des vermachten Rechts Erlangte.

Der BGH erwähnt 1962 in einer Entscheidung, dass bei einer Teilungsanordnung „§ 2184 BGB nicht unmittelbar

³⁹¹ Zur Fälligkeit der Teilungsanordnung vgl. oben Ziff. 2 (Fälligkeit der Teilungsanordnung), Seite 158.

(gilt)“.³⁹² Nicht ausdrücklich wird dort jedoch ausgesprochen, dass § 2184 BGB entsprechend bei der Teilungsanordnung anzuwenden sei. Vielmehr heißt es lediglich im nächsten Halbsatz, dass auch bei Teilungsanordnungen „nach der Lebenserfahrung (...) der Wille der zuwendenden Eltern normalerweise dahin geben (wird), daß der übernahmeberechtigte Abkömmling die Früchte schon alsbald nach Ausübung des Übernahmerechts und nicht erst von der Zeit nach Erledigung eines etwaigen Erbstreits an ziehen darf“.³⁹³ Der BGH nimmt zum Beleg für diese Annahme der „Lebenserfahrung“ Bezug auf entsprechende Vermutungen in den Materialien zum BGB. Beachtlich ist an dieser Formulierung die Abweichung im Halbsatz von der Regelung des § 2184 BGB. Während § 2184 BGB dem Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf die Früchte „seit dem Anfall des Vermächtnisses“ bietet (also „mit dem Erbfall“, § 2176 BGB), gewährt der BGH dem durch Teilungsanordnung Begünstigten die Früchte erst „alsbald nach Ausübung des Übernahmerechts“. Es bleibt offen, was der BGH mit dieser Formulierung ausdrücken wollte. Jedenfalls scheint es nicht der Zeitpunkt zu sein, zu dem die Auseinandersetzung gefordert werden kann, nicht aber auch zwingend gefordert wird. Der BGH erwartet eine „Ausübung“,

³⁹² BGH, Beschluss vom 16. Februar 1962 - V ZR 6/61 -, Rn. 17, juris.

³⁹³ BGH, Beschluss vom 16. Februar 1962 - V ZR 6/61 -, Rn. 17, juris.

also eine wie auch immer geartete weitere Handlung des begünstigten Erben.³⁹⁴

Der BFH ging in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2000 einen Schritt weiter. Nach diesem Urteil „(rechnen) zivilrechtlich (...) die seit Erbfall angefallenen Nutzungen des durch Teilungsanordnung einem der Erben zugewiesenen Vermögensgegenstandes regelmäßig nicht zur Teilungsmasse“, dies ergäbe „sich aus dem Rechtsgedanken des § 2184 BGB“. ³⁹⁵ Der BFH verweist auf die Meinung im Schrifttum, wonach „dem durch die Teilungsanordnung begünstigten Erben die Früchte des ihm zugedachten Nachlassgegenstandes von dem Zeitpunkt an zustehen, von dem an er die Durchführung der Teilungsanordnung verlangen kann“ und das „ist nach § 2042 BGB im Regelfall der Zeitpunkt des Erbfalls“. ³⁹⁶ Anders als in der vom BFH auch zitierten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1962 wird hier keine Erklärung des Erben erwartet, sondern es wird auf den Zeitpunkt der möglichen Geltendmachung der Auseinandersetzung abgestellt. ³⁹⁷ Schließ-

³⁹⁴ Diese unterschiedlichen Zeitpunkte sind auch bei der Frage des Bewertungszeitpunktes in Betracht zu ziehen, vgl. hierzu unten Ziff. 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

³⁹⁵ BFH, Urteil vom 4. Mai 2000 - IV R 10/99 -, BFHE 191, 529, BStBl II 2002, 850, Rn. 21, juris; Anmerkung Daragan, ZEV 2000, 375.

³⁹⁶ BFH, Urteil vom 4. Mai 2000 - IV R 10/99 -, BFHE 191, 529, BStBl II 2002, 850, Rn. 21, juris.

³⁹⁷ Zu den Einschränkungen durch §§ 2043-2045 BGB vgl. unten Ziff. 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

lich führt der BFH aus, dass die „*Zuweisung der Früchte zwar bis zur Auseinandersetzung hinausgeschoben (ist), (...) aber gleichwohl mit Wirkung für die Vergangenheit (erfolgt)*“, was auch mit Blick auf § 2038 Abs. 2 S. 2 BGB konsequent ist.³⁹⁸

Das OLG Celle begründet 2002 die entsprechende Anwendung des § 2184 auf Anordnungen nach § 2048 BGB mit der Ungerechtigkeit die entstünde, wenn „*den belasteten Miterben die Früchte des von der Teilungsanordnung erfassten Gegenstandes verblieben, solange es ihnen gelänge, die Erfüllung der Teilungsanordnung hinauszuzögern*“.³⁹⁹ Dieses Argument ist überzeugend.

b) Ansicht der Literatur

OTTE meint, dass § 2184 BGB auf die Teilungsanordnung nicht entsprechend angewendet werden könne.⁴⁰⁰ Er argumentiert, dass der durch die Teilungsanordnung begünstigte Erbe dann verlangen könnte, dass Nachlassverbindlichkeiten aus anderen Mitteln des Nachlasses getilgt werden müssten.⁴⁰¹ Dies könne jedoch „*nur Inhalt eines Vorausvermächtnisses und nicht einer Teilungsanordnung sein*“. Das Argument verfährt nicht,

³⁹⁸ Zu der steuerrechtlichen Bedeutung dieser Entscheidung vgl. unten Sechster Abschnitt § 2 (Ertragsteuer), Seite 312.

³⁹⁹ OLG Celle, Urteil vom 21. November 2002 - 6 U 43/02 -, Rn. 85, juris.

⁴⁰⁰ Staudinger/Otte (2013), § 2184, Rn. 9; ebenso: BeckOGK/Sachs BGB § 2184 Rn. 8.

⁴⁰¹ Staudinger/Otte (2013), § 2184, Rn. 9.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

denn der Erblasser könnte durch Teilungsanordnung auch bestimmen, welche Nachlassgegenstände (vorrangig) zur Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten versilbert werden sollen.⁴⁰² Es ist eine Frage der Auslegung des Testamentes, ob die Früchte mithin nicht zur Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten dienen sollen.

Im wirtschaftlichen Ergebnis wird es darauf jedoch regelmäßig ohnehin nicht ankommen. Denn ist nicht ausreichend Liquidität vorhanden, um die Nachlassverbindlichkeiten *ohne* Heranziehung der Früchte zu begleichen, so ist dieser Nachteil im Rahmen der Teilung des Überschusses (§ 2047 BGB) zugunsten des Erben auszugleichen, der durch die Teilungsanordnung begünstigt ist.

Auch hier überzeugt dagegen das Argument des OLG Celle⁴⁰³, dass es nicht zum Nachteil des begünstigten Erben gereichen kann, wenn die übrigen Erben die Auseinandersetzung verzögern und so mit „endgültiger Wirkung“ erreichen könnten, dass die Nachlassverbindlichkeiten aus den Früchten ohne späteren Ausgleich beglichen werden.

⁴⁰² Vgl. hierzu unten lit. B II (Anordnungen zur Versilberung und Begleichung von Verbindlichkeiten), Seite 243.

⁴⁰³ OLG Celle, Urteil vom 21. November 2002 - 6 U 43/02 -, Rn. 85, juris.

TRAPPE weist gegen die Meinung OTTES darauf hin, dass die analoge Anwendung des § 2184 BGB sich weder auf die Erbenhaftung im Außen- noch im Innenverhältnis auswirke.⁴⁰⁴ Denn die Früchte gehören weiterhin zum haftenden Nachlass und der Begünstigte habe insoweit kein Absonderungsrecht, §§ 2046, 2047 BGB. Die einzige Ausnahme nach der ein Miterbe die Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten aus dem gesamten Nachlass verweigern könnte, bietet § 2046 Abs. 2 BGB.⁴⁰⁵ Daher kann der begünstigte Erbe die Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten aus „seinen“ Früchten auch grundsätzlich nicht verhindern. Ergänzend ist anzumerken, dass dies nur dann gilt, soweit kein anderweitiger liquider Nachlass vorhanden ist bzw. zeitnah versilbert werden kann. Denn anderenfalls ist die Vorgehensweise keine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung und die Pflicht zur Mitwirkung entfällt, § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB.

Das Thema der Zuordnung der Früchte wird in der Literatur zu § 2048 BGB bei weitem nicht überall angesprochen. KREGEL⁴⁰⁶ nimmt Bezug auf das Urteil des BGH von

⁴⁰⁴ Trappe, ZEV 2018, 123, 126.

⁴⁰⁵ Vgl. zur Vorgehensweise bei einer entsprechenden Anordnung des Erblassers Damrau/Tanck/Rißmann, § 2046 Rn. 4.

⁴⁰⁶ RGRK-BGB/Kregel, § 2048 Rn. 1.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

1961⁴⁰⁷, billigt jedoch ausschließlich dem Erben Früchte zu, der ein eingeräumtes Übernahmerecht ausgeübt habe. ANN teilt diese Auffassung und ergänzt, dass dem Erben „*ab Ingebrauchnahme*“ dann auch „*etwaige Früchte zu(stünden)*“⁴⁰⁸. Unklar ist hier, ob sich „*Ingebrauchnahme*“ auf das Übernahmerecht oder den Nachlassgegenstand bezieht - für beide Varianten erscheint der Begriff unpassend.

FLUME wendet § 2184 BGB auf Früchte im Rahmen einer Teilungsanordnung ohne Einschränkung entsprechend an.⁴⁰⁹ WEIDLICH sieht darin sogar eine „*herrschende Meinung*“.⁴¹⁰ Angesichts der wenigen Stimmen in der Literatur, die sich überhaupt mit der Frage befassen (mehrheitlich dann auch ausschließlich im Rahmen der Kommentierung des § 2184 BGB) und die teilweise den analogen Anwendungsbe-

⁴⁰⁷ BGH, Beschluss vom 16. Februar 1962 - V ZR 6/61 -, juris; vgl. hierzu soeben lit. a) (Ansicht der Rechtsprechung), Seite 159.

⁴⁰⁸ MüKoBGB/Ann § 2048 Rn. 4.

⁴⁰⁹ Flume, DB 1990, 2390, 2391 (Ziff. 2); ebenso: Palandt/Weidlich § 2048 Rn. 4; BeckOK BGB/Müller-Christmann § 2184 Rn. 1; Kroiß/Ann/Mayer/Horn, § 2184 Rn. 4; offen: MüKoBGB/Rudy BGB § 2184 Rn. 1 (Bezugnahme auf BFH, Urteil vom 4. Mai 2000 - IV R 10/99 -, BFHE 191, 529, BStBl II 2002, 850); Burandt/Rojahn/Burandt, § 2184 Rn. 1 nimmt Bezug auf die überwiegende Meinung, die eine analoge Zuwendung zulasse, zitiert aber ausschließlich Otte, den Begründer der Gegenauffassung (Staudinger/Otte (2013), § 2184 Rn. 9).

⁴¹⁰ Palandt/Weidlich § 2048 Rn. 4.

reich des § 2184 BGB auf das Übernahmerecht einschränken⁴¹¹, erscheint dies etwas gewagt.

Ausführlich setzt sich TRAPPE mit der analogen Anwendung des § 2184 BGB bei der Teilungsanordnung auseinander.⁴¹² Er legt im Einzelnen zutreffend dar, dass eine planungswidrige Regelungslücke vorliegt und die Interessenlage der durch Vermächtnis oder Teilungsanordnung begünstigten Erben vergleichbar ist, weswegen eine analoge Anwendung des § 2184 BGB im Bereich der Teilungsanordnung nach § 2048 BGB nicht nur möglich sondern auch geboten ist. Anderenfalls stünde der durch eine Teilungsanordnung begünstigte Miterbe schlechter als der Vermächtnisnehmer.

c) Eigene Ansicht

Die eben aufgezeigten Argumente TRAPPES⁴¹³, verbunden mit den Argumenten des OLG Celle, wonach die übrigen Erben anderenfalls den durch Teilungsanordnung begünstigten Erben schädigen könnten⁴¹⁴, sind überzeugend und werden durch die Bedenken OTTES nicht entkräftet.

⁴¹¹ So MüKoBGB/*Dütz* (1989) § 2048 Rn. 5; Gätzner, S. 56.

⁴¹² ausführlich begründet - auch zur Analogiebildung-: Trappe, ZEV 2018, 123.

⁴¹³ Trappe, ZEV 2018, 123.

⁴¹⁴ OLG Celle, Urteil vom 21. November 2002 - 6 U 43/02 -, Rn. 85, juris; vgl. hierzu soeben lit. a) (Ansicht der Rechtsprechung), Seite 159.

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die analoge Anwendung auf Fälle der Übernahmerechte beschränkt sein und der Übernahmepflichtige somit gewissermaßen „doppelt geschädigt“ werden sollte. Denn einerseits ist er bereits gezwungen, den ihm zugewandten Gegenstand - grundsätzlich auch gegen seinen Willen - zu übernehmen und soll dann andererseits nicht den Vorteil erhalten, dass ihm die Früchte bereits ab dem Erbfall (bzw. unter Berücksichtigung des späteren Zeitpunktes nach §§ 2043-2045 BGB) zustehen? Dieses Verständnis der Zuwendung dürfte sich nur bei einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung annehmen lassen.

Mithin ist § 2184 BGB im Bereich der Teilungsanordnung umfassend sowohl bei Übernahmerechten als auch Übernahmepflichten entsprechend anwendbar.

4. Notwendige und nützliche Verwendungen, Lasten

Während sich mit der Frage der Zuordnung der Früchte eines durch Teilungsanordnung zugewiesener Gegenstand noch vereinzelte Urteile und wenige Stimmen in der Literatur befassen, finden sich für die praxisrelevante Frage der Tragung der notwendigen und nützlichen Verwendungen (§§ 994, 996 BGB) und Lasten (§ 995 BGB) keine Urteile und kaum Stimmen in der Literatur.

Teilt man die zutreffende Auffassung, dass auf Früchte die ein durch Teilungsanordnung zugewandter Gegenstand abwirft, § 2184 BGB analog anzuwenden ist⁴¹⁵, so bietet es sich an zu prüfen, ob § 2185 gleichermaßen für entsprechende Verwendungen und Aufwendungen angewandt werden kann.

SACHS ist - wie bei § 2184 gleichermaßen - der Auffassung, dass § 2185 BGB im Rahmen des § 2048 BGB nicht angewandt werden könne, weil eine Teilungsanordnung kein Vermächtnis sei.⁴¹⁶ Eine analoge Anwendung prüft er nicht, sondern stellt auf eine „*allgemeine Lebenserfahrung*“ ab, nach der anzunehmen sei, dass zugleich eine Auseinandersetzungsanordnung (vom Erblasser) gewollt sei, nach der durch die Teilungsanordnung begünstigte Erbe der Erbengemeinschaft diejenigen Aufwendungen zu erstatten habe, die nach § 2185 BGB ein Vermächtnisnehmer zu tragen hätte. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, wengleich der Weg dorthin („*allgemeine Lebenserfahrung*“) unnötigerweise in der Praxis weitere Probleme der Darlegung und Beweisführung aufwerfen würde.

Tatsächlich ist die Situation bei der Frage der Lastentragung ganz ähnlich der Situation bei der Frage der Früchtever-

⁴¹⁵ Vgl. hierzu soeben Ziff. 3 (Früchte), Seite 159.

⁴¹⁶ BeckOGK/*Sachs* BGB § 2185 Rn. 6.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

teilung. Hier wie dort schweigt das Gesetz und es ist nicht ersichtlich, dass dies mit Absicht geschehen ist. Es besteht eine Regelungslücke und die Situation des von einer Teilungsanordnung betroffenen Erben im Verhältnis zur Erbengemeinschaft ist vergleichbar mit der Situation des Vermächtnisnehmers zur Erbengemeinschaft. Mithin ist aufgrund der oben aufgezeigten Argumente⁴¹⁷ § 2185 BGB auf den von einer Teilungsanordnung betroffenen Erben entsprechend anwendbar.

Im Zusammenhang mit der direkten Anwendung des § 2185 BGB ist es umstritten, ob Verbindlichkeiten, die vor dem Erbfall entstanden sind (Erblasserschulden) von der Erbengemeinschaft zu tragen sind.⁴¹⁸ Das LG Osnabrück hat hier in einem ausführlich und gut begründeten Urteil dargelegt, weshalb diese Verbindlichkeiten vom Erben bzw. der Erbengemeinschaft zu tragen sind. Unter anderem wird zutreffend darauf hingewiesen, dass der Erblasser regelmäßig damit rechnet diese Verbindlichkeiten - die er selbst begrün-

⁴¹⁷ Vgl. hierzu oben lit. c) (Eigene Ansicht), Seite 166.

⁴¹⁸ LG Osnabrück, Urteil vom 17. Januar 2003 - 7 O 3125/00 -, Rn. 38, juris (umfangreich und überzeugend argumentierend gegen die aA von Staudinger/Otte (2003), § 2185, Rn. 4; Otte hat seine aA mittlerweile ausdrücklich aufgegeben, vgl. Staudinger/Otte (2013), § 2185, Rn. 4); BeckOGK/Sachs BGB § 2185 Rn. 10; Palandt/Weidlich § 2185 Rn. 2; aA Kroiß/Ann/Mayer/Horn, § 2185 Rn. 3; BeckOK BGB/Müller-Christmann § 2185 Rn. 3.

det hat - auch noch selbst zu bezahlen und sie daher nicht den Vermächtnisnehmer treffen.⁴¹⁹ Übertragen auf den von der Teilungsanordnung betroffenen Erben bedeutet es, dass die Verbindlichkeit aus dem Nachlass zu befriedigen ist (§ 2046 BGB) und der Erbe mit Erblasserschulden lediglich in Höhe seiner Erbquote belastet wird.

Die entsprechende Anwendung der Vermächtnisvorschrift beeinflusst auch hier nicht die gesamtschuldnerische Haftung der Erbengemeinschaft im Außenverhältnis für solche Schulden, die anlässlich der Verwaltung des Nachlassgegenstands eingegangen werden (Nachlasserschulden⁴²⁰). Gegenüber Vertragspartnern der Erbengemeinschaft kann daher nicht erfolgreich eingewandt werden, dass allein der von der Teilungsanordnung betroffene Erbe die Verbindlichkeit zu tragen habe.

5. Ausgleichszahlung

Die Teilungsanordnung verschiebt den Wert der Erbquoten der Erben nicht. Wer durch eine Teilungsanordnung „mehr“ erhält als seiner Quote entspricht muss sich einen Abzug bei der Verteilung des Überschusses (§ 2047 Abs. 1 BGB) gefal-

⁴¹⁹ LG Osnabrück, Urteil vom 17. Januar 2003 - 7 O 3125/00 -, Rn. 40 und 44, juris.

⁴²⁰ Palandt/*Weidlich* § 1967 Rn. 8.

len lassen, wer weniger erhält, hat hier Anspruch auf die Differenz.

a) Bestimmung des Übernahmepreises durch den Erblasser

Der Erblasser kann die Höhe oder die Art und Weise der Ermittlung des Übernahmepreises selbst vorgeben und so mit einer durchdachten Regelung Streit unter den Erben über den Wertansatz vermeiden. PILTZ nennt als Beispiel, dass der Erblasser bestimmen könne, dass der Wert einer GmbH-Beteiligung als gleichwertig mit dem übrigen Nachlass - beispielsweise Wohngrundstück und Bargeld - zu behandeln sei.⁴²¹

Starre Festlegungen („*Meine Tochter erhält gegen Zahlung eines Betrages von 300.000 € mein Einfamilienhaus*“) können bei deutlichen Wertänderungen zwischen Errichtung der Verfügung und dem Erbfall Probleme verursachen: Je größer der zeitliche Abstand und je höher die Wertveränderungen werden, umso wahrscheinlicher ist es, dass durch die Teilungsanordnung benachteiligten Miterben versuchen werden, die Festlegung des Übernahmepreises anzugreifen, sei es durch

⁴²¹ Piltz DStR 1991, 1075.

Auslegung oder Anfechtung.⁴²² Vorbeugen kann der Erblasser durch die ausdrückliche Festschreibung des Übernahmepreises, beispielsweise „*unabhängig von einer möglichen Wertveränderung*“. Beachten sollte er dann jedoch auch, ob inflationsbedingte Veränderungen gleichfalls unberücksichtigt bleiben sollen oder stattdessen beispielsweise eine Anpassung nach dem Verbraucherpreisindex erfolgen soll.⁴²³

Flexibler sind Verfügungen des Erblassers, wie der anzurechnende Übernahmewert ermittelt und die Ausgleichung vorzunehmen sein soll. Hier bietet es sich an, dass der Erblasser beispielsweise festschreibt, welcher Verband einen Sachverständigen benennt, der ein für die Erben verbindliches Gutachten über den Wert des durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstands errichtet.⁴²⁴ Eine derartige Regelung kann als Bestimmung der Auseinandersetzung nach billigem Ermessen eines Dritten § 2048 S. 2 BGB angesehen werden,

⁴²² RG, Urteil vom 21. Februar 1924 - IV 274/23 -, RGZ 108, 83, 85 (ergänzende Auslegung bei massiver Geldentwertung zwischen Testamentserrichtung und Erbfall); Grunsky, JZ 1963, 250, 252; Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler/Krug, § 19 Rz. 130; Weirich/Bauer, B § 18 Rz. 884.

⁴²³ Weirich/Bauer, B § 18 Rz. 884.

⁴²⁴ Formulierungsbeispiel bei Reißmann/*Kurze*, Die Erbengemeinschaft, § 10, Rn. 96 Muster 10.19 sowie unten Siebenter Abschnitt § 3 (Übernahmerecht), Seite 334.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

mit der Folge, dass bei Unbilligkeit eine Bestimmung durch Urteil zu erfolgen hat, § 2048 S. 3 BGB.⁴²⁵

Ebenso ist es denkbar, dass der Erblasser im Bereich der Übernahme von Immobilien und Gesellschaftsanteilen durch Anordnungen über die Wertermittlungsmethode die Begünstigung eines Erben beeinflusst (z. B. Bewertung der Immobilie ausschließlich nach dem Bodenrichtwert unter Außerachtlassung des Gebäudes oder bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen die Verwendung des Stuttgarter Verfahrens anstelle der Discounted-Cash-Flow-Methode).

Wünscht der Erblasser eine wertmäßige Begünstigung eines Erben (wobei er dann freilich jedenfalls insoweit den Bereich der Teilungsanordnung verlässt⁴²⁶) so kann er dies mit prozentual bestimmten Abschlägen vom ermittelten Wert verfügen. Im Ergebnis sind derartige Bestimmungen zweckmäßig und spiegeln den Wunsch des Erblassers auch Jahre nach Errichtung der Verfügung noch zutreffend wieder, so dass die Verfügung für die Erben meist nachvollziehbar und daher auch akzeptabel bleibt. Insbesondere in den Fällen, in

⁴²⁵ Vgl. hierzu unten lit. § 2 E II 4 (Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 3 Hs. 2 BGB), Seite 267.

⁴²⁶ Vgl. hierzu oben Vierter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114 sowie insbesondere III 2 (Übrige Erben werden durch die mit der Teilungsanordnung kombinierte Anordnung begünstigt), Seite 124.

denen der Erblasser einerseits seinen Nachlass umfassend in bestimmter Art und Weise verteilen möchte, andererseits jedoch einzelne Miterben nicht „zufällig“ aufgrund später eingetretener Änderungen bevorzugen oder benachteiligen möchte, bietet sich diese Lösung an.

Hat der Erblasser bewusst eine zu niedrige Ausgleichszahlung angesetzt, so könnte dies für die Anordnung eines *Übernahmerechts* sprechen.⁴²⁷ Die bewusste Anordnung einer zu hohen Ausgleichszahlung dagegen könnte für eine Begünstigung der übrigen Erben sprechen, dass die Übernahme erfolgen soll, wenn die übrigen Erben dies billigen.⁴²⁸ Im Rahmen gewissenhafter Beratung zur Nachlassgestaltung ist daher zu bestimmen, wer aufgrund der Teilungsanordnung welches Recht ausüben darf.

b) Ausgleichszahlung bei fehlender Bestimmung durch den Erblasser

Die Teilungsanordnung führt zu einer Ausgleichsverpflichtung desjenigen Erben, der wirtschaftlich mehr erhält, als es seiner Erbquote entspricht: Gerade diese Verpflichtung ist prägend für eine Teilungsanordnung. Trifft der Erblasser kei-

⁴²⁷ Enneccerus/Kipp/Wolff/Coing, *Erbrecht*, § 108 Ziff. IV 1, S. 408.

⁴²⁸ Enneccerus/Kipp/Wolff/Coing, *Erbrecht*, § 108 Ziff. IV 1, S. 408.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

ne Regelung für den Übernahmepreis⁴²⁹ muss der Wert des zugewandten Nachlassgegenstands und davon ausgehend die Ausgleichszahlung ermittelt werden, die für den durch das Übernahmerecht begünstigten bzw. verpflichteten Erben zu berücksichtigen ist. Anderenfalls könnte die Auseinandersetzung nicht durchgeführt werden.

aa) Wertermittlung

aaa) Pflicht zur Mitwirkung bei der Wertermittlung

Das BGB kennt ausdrücklich normierte Ansprüche auf Wertermittlung, beispielsweise in § 2314 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB. Für die zwingend notwendige Wertermittlung im Rahmen der Ausgleichszahlung des § 2048 S. 1 BGB hat der Gesetzgeber dagegen keine Regelung getroffen. Es wurde nicht einmal bestimmt, dass es überhaupt einen Anspruch der Miterben gegen den begünstigten Erben auf Wertermittlung gibt.

Eine ähnliche Problematik wirft § 2055 BGB auf: Auch hier stehen sich gleichberechtigte Miterben gegenüber und der Wert der Zuwendung, die auszugleichen ist, muss festgestellt werden, um die Auseinandersetzung zu ermöglichen. Abgesehen von der Bestimmung des Stichtags zu der die Wertermittlung zu erfolgen hat (§ 2055 Abs. 2 BGB) regelt auch

⁴²⁹ Vgl. hierzu soeben Ziff. 5 a) (Bestimmung des Übernahmepreises durch den Erblasser), Seite 170.

§ 2055 BGB keine weiteren Einzelheiten. Dort gelangt man im Rahmen einer teleologischen Auslegung der Norm zu einem Wertermittlungsanspruch derjenigen Erben (Abkömmlinge), die eine Wertermittlung verlangen können. Dazu müssen sie darlegen und beweisen können, dass die Zuwendung deren Wertermittlung sie verlangen, ausgleichungspflichtig im Sinne von §§ 2050 ff. BGB ist.⁴³⁰

§ 2048 BGB enthält dagegen im Wortlaut nicht einmal die Andeutung einer Wertbestimmung. Die Notwendigkeit ergibt sich hier allein aus dem Grundsatz, dass die Teilungsanordnung nicht zu einer Verschiebung der Erbquoten führt.⁴³¹ Daneben gibt § 2049 BGB Grundsätze der Wertermittlung an die Hand: Er enthält eine Zweifelsregelung für die günstigere Bewertung nach dem Ertragswertverfahren.⁴³² Auch § 2049 BGB gewährt vom Wortlaut her jedoch unmittelbar keinen Anspruch auf die Wertermittlung an sich.

In der veröffentlichten Rechtsprechung hat sich bislang lediglich das Landgericht Nürnberg-Fürth mit der Frage eines Wertermittlungsanspruches im Rahmen des § 2048 BGB be-

⁴³⁰ BeckOGK/*Rißmann* BGB § 2055 Rn. 22 ff, 24-

⁴³¹ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 A II (Wertausgleich), Seite 85.

⁴³² Vgl. hierzu unten lit. ccc) (Art und Weise der Wertermittlung), Seite 185.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

fasst.⁴³³ Danach soll dem ausgleichungsberechtigten Miterben ein Anspruch auf Wertermittlung durch Einholung eines Gutachtens eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen aus § 242 BGB zustehen.⁴³⁴ Die Kosten habe „*natürlich*“ der Nachlass zu tragen.⁴³⁵ In den wesentlichen Fragen wird in dieser Entscheidung jedoch nicht argumentiert, sondern lediglich behauptet, dass aus der „*erbrechtlichen Sonderverbindung*“ sich „*nach Ansicht des Gerichts gem. § 242 BGB ein Anspruch des Klägers auf Wertermittlung zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Wertausgleich*“ ergäbe.⁴³⁶ Mit Recht wirft KRUG in diesem Zusammenhang die Frage auf, welche erbrechtliche Sonderverbindung das Gericht meint (aufgrund der Miterbenstellung oder aufgrund der Teilungsanordnung?).⁴³⁷ Ebenso wenig legt das Gericht dar, weshalb der Nachlass „*natürlich*“ mit den Kosten der Wertermittlung zu belasten ist.

Tatsächlich gibt es keinen „Anspruch auf Wertermittlung“ eines Erben gegen einen anderen. § 2048 BGB gibt da-

⁴³³ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25. Januar 2000 - 10 O 8569/99 -, NJWE-FER 2000, 261.

⁴³⁴ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25. Januar 2000 - 10 O 8569/99 -, NJWE-FER 2000, 261.

⁴³⁵ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25. Januar 2000 - 10 O 8569/99 -, NJWE-FER 2000, 261.

⁴³⁶ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25. Januar 2000 - 10 O 8569/99 -, NJWE-FER 2000, 261.

⁴³⁷ Krug, ZErb 2001, 5.

zu keinen Anhaltspunkt (anders - wie eben gezeigt - dagegen § 2055 BGB). Denn wer sollte hier auch gegen wen einen Anspruch haben? Möglicherweise der Begünstigte der Teilungsanordnung, der den Gegenstand mit 100.000 € angerechnet wissen will, statt der 200.000 €, die die Miterben für „richtig“ halten? Oder wären es diejenigen Erben, die „mehr“ Ausgleich berücksichtigt wissen wollen? Worin soll - und spätestens hieran scheidert ein vermeintlicher Anspruch nach § 242 BGB auf Wertermittlung - der Anspruch bestehen? Der durch Teilungsanordnung zugewandte Gegenstand gehört bis zur Teilung (Vollziehung der Teilungsanordnung) zum Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft. Die Erben haben insoweit grundsätzlich (vorbehaltlich abweichender Anordnungen in der letztwilligen Verfügung) die gleichen Rechte und Pflichten - auch hinsichtlich des durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstands.

Die Ermittlung des Wertes des zugewandten Gegenstands (und damit die Berechnung der Ausgleichszahlung) ist eine offensichtlich notwendige Vorbereitungshandlung vor der endgültigen Verteilung des Nachlasses. Sämtliche Miterben haben einen Nutzen durch die Wertfeststellung und sind an dem Ergebnis beteiligt (anders ist es bei der Wertermittlung im Rahmen der Ausgleichung nach § 2055 BGB, wo ausschließlich die ausgleichungsberechtigten Abkömmlinge ein Interesse an der Wertermittlung haben und ausschließlich

Abkömmlinge überhaupt an der Ausgleichung beteiligt sind). Daher haben sämtliche Erben im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht bei der Vorbereitung der Auseinandersetzung⁴³⁸ die Pflicht, an der Wertermittlung von Gegenständen mitzuwirken, die durch Teilungsanordnung zugewandt wurden.

bbb) Stichtag zur Wertermittlung

Die Auslegung letztwilliger Verfügungen ist von dem Grundsatz geprägt, dem Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen: die Erben genießen keinen Vertrauensschutz. Unter diesem Gesichtspunkt könnte man daran denken den Stichtag zur Wertermittlung (und damit zur Bemessung der Ausgleichszahlung) auf den Tag der Testamenterrichtung festzulegen.⁴³⁹ Denn maßgebend für die Umsetzung des Willens des Erblassers sind grundsätzlich seine Vorstellungen und Motive am Tag der Errichtung des Testaments, spätere Wertveränderungen dürfen grundsätzlich insbesondere nicht die Auslegung von Testamenten beeinflussen.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen Reißmann/Reißmann, Die Erbengemeinschaft, § 8 B II 1 Rn. 14.

⁴³⁹ Erman/Bayer, § 2048 Rn. 4: „Dabei ist mangels eines sicheren Maßstabs nicht der objektive, sondern der Wert maßgebend, den sich der Erblasser vorgestellt hat“.

⁴⁴⁰ Ein Grundsatz, der in der Praxis der Nachlassgerichte häufig übersehen wird, so dass bei der Ermittlung von Erbquoten nach § 2087 Abs. 1 BGB fälschlich auf die Vermögensverhältnisse zum Todestag abgestellt wird.

Bei der Wertermittlung im Rahmen der Teilungsanordnung geht es *nicht* darum, eine Erbquotenbestimmung nach § 2087 Abs. 1 BGB vorzunehmen. Vielmehr werden in diesem Stadium der Auseinandersetzung die Erbquoten als „feststehend“ (bekannt) vorausgesetzt (sei es durch vorangehende Auslegung oder durch ausdrückliche Regelung des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung von Todes wegen) und das Vorliegen einer Teilungsanordnung wird daher als gegeben betrachtet. Die Teilungsanordnung „schließt“ an die Erbquoten an, denn der durch Teilungsanordnung begünstigte Erbe muss sich den ihm zugewandten Gegenstand auf seine Erbquote anrechnen lassen: gerade das hatte der Erblasser bereits bei Testamentserrichtung so gewollt, als er eine Teilungsanordnung anordnete - anderenfalls wäre es ein Vorausvermächtnis o.ä.⁴⁴¹ LOHMANN weist daneben mit Recht darauf hin, dass bei der Zugrundelegung eines anderen als des „wirklichen“ Wertes zu Wertverschiebungen kommen könne, *„die eine reine Teilungsanordnung gerade nicht zulässt“*.⁴⁴²

Die Wertermittlung hat mithin auf den Zeitpunkt zu erfolgen, zu dem es „auf die Teilungsanordnung ankommt“.

Auch dies führt jedoch noch zu keinem eindeutigen Ergebnis:

⁴⁴¹ Vgl. zur Abgrenzung oben Vierter Abschnitt § 3 (Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB), Seite 83.

⁴⁴² BeckOK BGB/Lohmann BGB, § 2048 Rn. 5.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Da die Teilungsanordnung erst bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu vollziehen ist, könnte man als Zeitpunkt der Wertbestimmung den Tag der Teilung des Nachlasses - also den endgültigen *Vollzug* der Auseinandersetzung - betrachten. Diese Auffassung vertreten SCHÜTTE, und FLECHTNER, die sie allerdings nicht begründen.⁴⁴³ SCHÜTTE nimmt vielmehr fälschlich Bezug auf WOLF⁴⁴⁴ sowie WEIDLICH⁴⁴⁵ und FLECHTNER nimmt ihrerseits unzutreffend Bezug auf ANN⁴⁴⁶. SCHLINKER argumentiert mit Bezugnahme auf WOLF, dass die Teilungsanordnung nur dann „wertneutral wirken“ könne, wenn es bei der „Ermittlung des objektiven Verkehrswertes (...) auf den Zeitpunkt der Durchführung der Teilungsanordnung“ ankomme.⁴⁴⁷

Namentlich WOLF (und ihm folgend WEIDLICH⁴⁴⁸ sowie auch ANN⁴⁴⁹, EBERL-BORGES⁴⁵⁰, LOHMANN⁴⁵¹ und STEIN-

⁴⁴³ jurisPK-BGB/*Schütte*, § 2048 Rn. 20; Burandt/Rojahn/*Flechtner*, § 2048 Rn. 27; RG, Urteil vom 21. Februar 1924 - IV 274/23 -, RGZ 108, 83, 86 könnte ebenfalls so zu verstehen sein (dort Ausgleichszahlung als Vorausvermächtnis angesehen).

⁴⁴⁴ Soergel/*Wolf*, § 2048 Rn. 13.

⁴⁴⁵ Palandt/*Weidlich*, § 2048 Rn. 5.

⁴⁴⁶ MüKoBGB/*Ann*, § 2048 Rn. 21.

⁴⁴⁷ Schlinker, JR 2010, 93, 94.

⁴⁴⁸ Palandt/*Weidlich*, § 2048 Rn. 5.

⁴⁴⁹ MüKoBGB/*Ann*, § 2048 Rn. 21.

⁴⁵⁰ Kroiß/Ann/Mayer/Eberl-Borges, § 2048 Rn. 19.

⁴⁵¹ BeckOK BGB/*Lohmann* BGB, § 2048 Rn. 5: „Zeitpunkt in dem der Anspruch auf Ausführung der Teilungsanordnung entsteht“.

HAUER⁴⁵²) ist aber Vertreter der Auffassung, dass auf den Zeitpunkt abzustellen sei, „zu dem die Durchführung der Teilungsanordnung verlangt werden kann“⁴⁵³ - und dieser Zeitpunkt des „Verlangens“ kann Jahre vor dem Vollzug der Auseinandersetzung liegen. Denn der Moment, in dem der durch die Teilungsanordnung Begünstigte, die Vollziehung der Teilungsanordnung fordern kann, ist gleichzeitig der Moment, in dem er die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verlangen kann: Die Teilungsanordnung wird bei der Auseinandersetzung erfüllt und steht mit ihr in einem untrennbaren Zusammenhang. Die Teilungsanordnung ist somit zwar bei der Auseinandersetzung zu erfüllen. Nach dieser Auffassung ist es jedoch nicht einmal erforderlich, dass die Auseinandersetzung auch tatsächlich verlangt wird („verlangt werden kann“ anstelle von „verlangt wird“). Ebenso wenig wäre es dann konsequenterweise erforderlich, dass die Erbengemeinschaft auch so gleich auseinandergesetzt werden könnte, also Teilungsreife besteht: Es käme lediglich darauf an, wann (frühestens) die Auseinandersetzung verlangt werden könnte. Nach § 2042 BGB kann jeder Miterbe *jederzeit* die Auseinanderset-

⁴⁵² MAH ErbR/Steinhauer, § 16 Rn. 6: „Dabei ist auf den Zeitpunkt abzustellen, zu welchem die Ausführung der Teilungsanordnung erstmals verlangt werden kann.“

⁴⁵³ Ebenfalls auf diesen Zeitpunkt Bezug nehmend: OLG Köln, Urteil vom 14. November 2006 - 24 U 83/06 -, Rn. 22, juris.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

zung verlangen. Somit könnte auf den ersten Blick auf den Eintritt des Erbfalls abgestellt werden. § 2042 BGB schränkt das Recht jedoch ein, dass sich nicht aus § 2043 BGB bis § 2045 BGB etwas anderes ergeben dürfe. Danach ist die Auseinandersetzung nach § 2043 BGB aufgeschoben, wenn Erbteile wegen der erwartenden Geburt eines Miterben, eines schwebenden Adoptionsverfahren bzw. eines entsprechenden Aufhebungsverfahrens oder der Anerkennung einer rechtsfähigen Stiftung ungewiss sind. § 2044 BGB ermöglicht dem Erblasser den Ausschluss der Auseinandersetzung durch letztwillige Verfügung, sog. negative Teilungsanordnung.⁴⁵⁴ Die in der Praxis kaum relevante Vorschrift des § 2045 BGB ermöglicht den Erben schließlich einen Aufschub der Auseinandersetzung zu erreichen, bis ein Aufgebotsverfahren nach § 1970 BGB beendet oder die Anmeldefrist des § 2061 BGB abgelaufen ist. § 2042 BGB steht damit im Gegensatz zur „Parallelregelung“ im Gesellschaftsrecht in § 723 Abs. 2 BGB: während dort eine Kündigung nur dann zur Unzeit erfolgen darf, wenn wichtige Gründe vorliegen, gibt es bei der Erbengemeinschaft grundsätzlich keine Einschränkung irgendeiner Art.⁴⁵⁵ Mit anderen Worten: Von den Ausnahmen der §§ 2043 - 2045 BGB abgesehen, ist der frühest-

⁴⁵⁴ Vgl. hierzu Damrau/Tanck/Rißmann, § 2044 Rn. 15.

⁴⁵⁵ Damrau/Tanck/Rißmann, § 2042 Rn. 4.

mögliche Zeitpunkt, zu dem die Vornahme der Auseinandersetzung *verlangt* werden könnte der Eintritt des Erbfalls. Dies wäre - betrachtet man die „Lebensdauer“ einer Erbengemeinschaft - das zeitlich entgegengesetzte Ende zur endgültigen Teilung.

Die Frage des Bewertungszeitpunktes stellt sich gleichermaßen bei der Berechnung des ausgleichsrelevanten Nettobachlasses nach § 2055 BGB.⁴⁵⁶ Dort vertreten die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur die Auffassung, dass auf den Eintritt des Erbfalls abzustellen sei. Der BGH begründet diese Entscheidung im Wesentlichen mit einer Parallelwertung zum Pflichtteilsrecht: Auch für die Berechnung des Pflichtteilsanspruches nach § 2316 BGB ist gem. § 2311 BGB auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen. Daher stünde eine Bewertung zum Zeitpunkt des Erbfalls im Einklang mit den benachbarten gesetzlichen Regelungen.⁴⁵⁷ Zudem müssen bei der Verteilung des Nachlasses zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Rahmen von - einvernehmlich möglichen - Teil-Auseinandersetzungen nicht für jeden Tag der Teil-Auseinandersetzung Werte ermittelt werden, sondern

⁴⁵⁶ Vgl. hierzu auch BeckOGK/*Rißmann* BGB § 2055 Rn. 9.

⁴⁵⁷ Palandt/*Weidlich*, § 2055 Rn. 3; Meincke AcP 178 (1978), 45.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

lediglich ein Wert zum Todestag.⁴⁵⁸ Eine andere Meinung in der Literatur stellt demgegenüber auf den Tag der Auseinandersetzung ab: Der Vollzug der Ausgleichung ist Teil der Auseinandersetzung, weswegen auch dieser Tag maßgebend für die Bewertung sein müsse.⁴⁵⁹

Die Argumente des BGH zum Bewertungszeitpunkt im Rahmen des § 2055 BGB sind rechtlich überzeugend und vor allen Dingen praktikabel. Sie lassen sich ohne weiteres auf den Bewertungszeitpunkt im Rahmen des § 2048 BGB übertragen, so dass auch hier maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die Bewertung zu erfolgen hat, der Eintritt des Erbfalls ist. Lediglich in den Fällen der §§ 2043 - 2045 BGB muss insoweit auf den entsprechend späteren Zeitpunkt abgestellt werden.

ccc) Art und Weise der Wertermittlung

Die Wertermittlung wird regelmäßig durch Sachverständigen-gutachten zu erfolgen haben. Ausnahmen dürften ausschließlich bei Einigung der Erben denkbar sein (z.B. Werteschätzung durch Internetportale).

Es lässt sich darüber streiten, ob der Sachverständige öffentlich bestellt und vereidigt oder lediglich unabhängig sein

⁴⁵⁸ BGH, Urteil vom 30. Oktober 1985 - IV a ZR 26/84-, NJW 1986, 931, 932 unter Bezugnahme auf die Untersuchung von Meincke AcP 178 (1978), 45.

⁴⁵⁹ Soergel/Wolf, § 2055 Rn. 1; Staudinger/Löhnig § 2055 Rn. 1; MüKoBGB/Ann § 2055 Rn. 12.

sollte. Eine ähnliche Diskussion gibt es im Zusammenhang mit der Wertermittlung im Rahmen des § 2314 BGB. Dort wie hier bietet es sich an, den Rechtsgedanken aus § 404 Abs. 2 ZPO heranzuziehen und die Wertermittlung durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vornehmen zu lassen.⁴⁶⁰ Letztlich geht es darum, dass das Gutachten für sämtliche Erben überzeugend ist und Grundlage der Teilung sein kann. Bindend ist es freilich lediglich dann, wenn sich sämtliche Miterben darauf geeinigt haben. In der Praxis ist es üblich, sich im Vorfeld der Begutachtung darauf zu verständigen, dass das Gutachten als Schiedsgutachten zwischen den Parteien bindend ist und lediglich in den zwischen den Erben vereinbarten Grenzen oder gem. § 319 BGB angegriffen werden kann.⁴⁶¹

Maßgebend ist grundsätzlich der objektive Verkehrswert des zugewandten Gegenstands.⁴⁶² Eine Ausnahme gilt nach der Zweifelsregelung des § 2049 BGB bei der Übernahme landwirtschaftlicher Betriebe: § 2049 BGB gewährt dem Übernehmer hier mit einer Zweifelsregelung ein Bewertungsprivileg: Statt des - höheren - Verkehrswertes darf er den

⁴⁶⁰ Zu 2314 Abs. 1 S. 2 BGB: Reißmann, FS Damrau, 235, 243.

⁴⁶¹ Vgl. hierzu auch sogleich lit. eee) (Bindungswirkung der Wertermittlung), Seite 188.

⁴⁶² Soergel/Wolff, § 2048 Rz. 13.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

niedrigeren Ertragswert nach § 2049 Abs. 2 BGB der Berechnung des Ausgleichsbetrages zugrunde legen.⁴⁶³ Hierdurch soll der Bestand des Hofes auch nach dem Erbfall erhalten und dem übernehmenden Erben die Weiterführung des Hofes ermöglicht werden.⁴⁶⁴ Die Norm dient jedoch in erster Linie nicht privatwirtschaftlichen Interessen.⁴⁶⁵ Vielmehr dient sie „dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung durch leistungsfähige Höfe in bäuerlichen Familien“.⁴⁶⁶ § 2049 BGB schützt somit einerseits den Erben vor einer hohen Ausgleichszahlung; andererseits wird auch die Allgemeinheit vor der Zerschlagung der Landwirtschaft geschützt.⁴⁶⁷

ddd) Kostentragung

Wie oben unter aaa) dargelegt, sind sämtliche Erben verpflichtet, an der Wertermittlung mitzuwirken, da sämtliche Erben auch ein Interesse an der Wertermittlung haben. Die Kosten der Wertermittlung sind mithin von der Erbengemeinschaft aus dem Nachlass zu tragen (Nachlasserschuld).

⁴⁶³ BeckOGK/Rißmann, BGB § 2049 Rn. 1.

⁴⁶⁴ BGH, Urteil vom 21. März 1973 - IV ZR 157/71 -, Rn. 14, juris.

⁴⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 20. März 1963 - 1 BvR 505/59-, BVerfGE 15, 337, 342; BVerfG, Beschluss vom 16. Oktober 1984 - 1 BvL 17/80-, BVerfGE 67, 348= NJW 1985, 1329 (1330) unter I 3 a zu § 1376 Abs. 4.

⁴⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 16. Oktober 1984 - 1 BvL 17/80-, BVerfGE 67, 348= NJW 1985, 1329 (1330) unter I 3 a zu § 1376 Abs. 4.

⁴⁶⁷ BeckOGK/Rißmann, BGB § 2049 Rn. 2.

eee) Bindungswirkung der Wertermittlung

Die Ergebnisse der Bewertung sind für die Miterben nicht verbindlich. Wer ein für ihn günstigeres Ergebnis der Bewertung im Rahmen der Auseinandersetzung durchsetzen möchte, trägt die Beweislast. Bindend ist die Bewertung zwischen den Miterben selbstverständlich bei einer entsprechenden vorhergehenden Vereinbarung der Parteien (Schiedsgutachtervereinbarung) oder entsprechender Anordnung in der letztwilligen Verfügung von Todes wegen. Ein derartige Anordnung ist für die Praxis auch dringend zu empfehlen ist, um die Auseinandersetzung nicht zu verzögern und die Aufwendungen für Bewertungen zu begrenzen.⁴⁶⁸

bb) Leistung der Ausgleichszahlung

aaa) Übernahmepflicht

Es ist umstritten, woher der zur Übernahme verpflichtete Erbe seine Ausgleichszahlung zu leisten hat. Schwierigkeiten bereitet dies vor allen Dingen in den Fällen, in denen der Übernahmepflichtige eine Ausgleichszahlung zu leisten hätte, die *über* seinem verbliebenen Anteil am Erbe liegt (Teilungsüberschuss), wenn also im Rahmen der Teilung keine Nachlass-

⁴⁶⁸ Beispiels für eine Schiedsgutachtervereinbarung unter Miterben: Uricher/Rißmann, § 3 Rn. 138; Beispiel für eine Anordnung im Testament unten Siebenter Abschnitt § 6 (Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 345.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

vermögen mehr vorhanden ist, von dem der Wertausgleich zu Gunsten der übrigen Erben erfolgen kann.⁴⁶⁹

Grundsätzlich kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

1. Der Übernahmeberechtigte ist verpflichtet, aus seinem eigenen Vermögen die Ausgleichszahlung zu leisten (dann möglicherweise sogar in voller Höhe und nicht lediglich in Höhe einer etwaigen Differenz zu seinem sonstigen Auseinandersetzungsguthaben)

2. Die Ausgleichszahlung ist ausschließlich durch eine anderweitige Verteilung des Auseinandersetzungsguthabens zu erfüllen. Daran schließt sich die weitere Frage an, welches Schicksal die Teilungsanordnung erfährt, wenn der Übernahmeberechtigte nicht bereit ist, Leistungen aus seinem Privatvermögen in den Nachlass zu geben.

α) Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist zu dieser Frage nicht eindeutig. In der bereits oben⁴⁷⁰ erörterten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1981 wurde erstmals formuliert, dass der Erblasser eine Ausgleichszahlung anordnen müsse, wenn er durch eine nach-

⁴⁶⁹ Zur Ausgleichszahlung vgl. im Übrigen oben Ziff. 5 (Ausgleichszahlung), Seite 170.

⁴⁷⁰ Vgl. hierzu oben Dritter Abschnitt § 3 B I 2 (Auffassung der Rechtsprechung), Seite 65.

trägliche Teilungsanordnung nicht gegen die Bindungswirkung eines bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments verstoßen wolle. Diese Zahlung „aus dem Vermögen des Beklagten“ (eines Miterben) wäre genügend, um eine nachträgliche Teilungsanordnung des Erblassers zu ermöglichen.⁴⁷¹

In seinem darauffolgenden Urteil aus dem Jahr 1984 nahm der BGH auf diese Entscheidung Bezug und formulierte, dass „die Zuweisung nur dann als Teilungsanordnung gedeutet werden (kann), wenn eine Wertverschiebung ausgeschlossen ist (Senatsurteil vom 14.3.1984), wenn er also dem betreffenden Miterben auferlegte, einen entsprechenden Ausgleich aus seinem eigenen Vermögen zu leisten (BGHZ 82, 274, 279)“.⁴⁷²

In beiden Entscheidungen ist die erhobene Bedingung unrichtig, dass der Erblasser den durch die Teilungsanordnung betroffenen Miterben „auferlegen“ müsse, einen Ausgleich zu zahlen.⁴⁷³ Denn die Notwendigkeit der Ausgleichszahlung folgt bereits aus der Feststellung, dass es sich um eine Teilungsanordnung handelt. Hat der Erblasser gleichwohl *zusätzlich* ausdrücklich die Ausgleichszahlung verfügt, bleibt für

⁴⁷¹ BGH, Urteil vom 23. September 1981 - IVa ZR 185/80 -, BGHZ 82, 274 =NJW 1982, 43, Rn. 18, juris.

⁴⁷² BGH, Urteil vom 23. Mai 1984 - IVa ZR 185/82 -, Rn. 26, juris; hierzu Anmerkung Rudolf, FamRZ 1985, 63.

⁴⁷³ So aber auch Brox/Walker, § 31 Rn. 14 und Leibold, § 21 Rn. 748.

„Deutungen“ praktisch kein Raum mehr, weil es sich dann offenkundig ausschließlich um eine Teilungsanordnung handeln *kann*. Unterlässt der Erblasser eine entsprechende Verfügung zur Ausgleichszahlung ist die Annahme einer Teilungsanordnung freilich - entgegen der mindestens missverständlichen Entscheidungen des BGH - jedoch nicht etwa ausgeschlossen. Es ist nun vielmehr eine Frage der Auslegung der letztwilligen Verfügung nach den oben gezeigten Grundsätzen, was der Erblasser erreichen wollte.⁴⁷⁴

Beide Entscheidungen erwähnen - ohne weitere Erörterung -, dass der von der Teilungsanordnung betroffene Erbe seinen Ausgleich aus seinem *eigenen* Vermögen zu leisten habe. Gleichfalls wird in den Entscheidungen jedoch auch erwähnt, dass diese Pflicht eine ausdrückliche Regelung des Erblassers voraussetze.

Eine weitere Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1987 beschreibt die Ausgleichszahlung „*aus seinem eigenen Vermögen*“ als etwas, wozu der der Erbe „*im Allgemeinen auch ver-*

⁴⁷⁴ Vgl. hierzu oben Vierter Abschnitt (Abgrenzung der Teilungsanordnung), Seite 76.

pflichtet“ sei. Eine Begründung enthält das Urteil für diese Aussage nicht.⁴⁷⁵

Im Jahr 1990 formulierte der BGH die Voraussetzungen der Ausgleichszahlung zurückhaltender: „*Eine derartige Teilungsanordnung hat zur Folge, daß der durch sie ‚überquotale‘ ausgestattete Miterbe den ihm nicht gebührenden Mehrwert im Rahmen der Auseinandersetzung auf andere Weise wieder auszugleichen hat*“.⁴⁷⁶ Eine nähere Darlegung, was diese „*andere Weise*“ sein könnte, enthält das Urteil nicht. In seinem am Ende dieses Satzes mit einer konkreten Stelle in Bezug genommenen Urteil aus dem Jahr 1989⁴⁷⁷ finden sich ebenfalls keine Ausführungen, mit welchen Mitteln die Ausgleichsleistung zu erfüllen ist, wenn die verbliebene Teilungsmasse zu Gunsten des verpflichteten Erben nicht ausreichend ist, oder welche Konsequenzen es hat, wenn der Erbe nicht bereit ist, diese Leistung aus Mitteln außerhalb des Nachlasses zu erbringen. Es wird dort lediglich

⁴⁷⁵ BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 191/85 -, Rn. 15, juris; zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. bereits oben Vierter Abschnitt § 3 D II (Beurteilung in der Rechtsprechung), Seite 118.

⁴⁷⁶ BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 18, juris.

⁴⁷⁷ BGH, Urteil vom 6. Dezember 1989 - IVa ZR 59/88 -, NJW-RR 1990, 391, 392 unter 3a.

ausgeführt, dass bei einer Teilungsanordnung eine Pflicht zum Wertausgleich besteht.⁴⁷⁸

β) Ansicht der Literatur

In der Literatur begründet ausschließlich HORN seine Auffassung, dass der Erbe verpflichtet sei, die Ausgleichzahlung aus dem Eigenvermögen zu leisten. Er argumentiert mit der Ähnlichkeit der Situation des Vermächtnisnehmers, §§ 2169 ff. BGB. Außerdem könne der Erbe die Erbschaft nebst Teilungsanordnung „*auschlagen bzw. ggf. die Annahme anfechten*“.⁴⁷⁹ Ergänzend nimmt er Bezug auf den Wortlaut der oben angeführten Entscheidung des BGH von 1987.⁴⁸⁰

Im Übrigen wird in der Literatur die Meinung, dass der Ausgleich aus dem Eigenvermögen des Erben erfolgen müsse, nicht begründet.⁴⁸¹ Meist wird sie lediglich mit einem Nichtannahmebeschluss des BGH von 1995⁴⁸² belegt.⁴⁸³ Dieser Beschluss des BGH, mit dem die Annahme der Revision abgelehnt wurde, gibt jedoch für diese Auffassung nichts her.

⁴⁷⁸ BGH, Urteil vom 6. Dezember 1989 - IVa ZR 59/88 -, NJW-RR 1990, 391, 392 unter 3a.

⁴⁷⁹ Horn/Kroiß/Horn, § 6 Rn. 18; Horn/Kroiß, ErbR 2014, 56, 58.

⁴⁸⁰ BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 191/85 -, Rn. 15, juris.

⁴⁸¹ Vgl. z.B. Nieder/Kössinger/R. Kössinger, 2. Teil § 15 Rn. 227.

⁴⁸² BGH, Beschluss vom 25. Oktober 1995 -IV ZR 362/94-, juris; zustimmend Kummer, ZEV 1996, 71; ablehnend Siegmann, ZEV 1996, 47.

⁴⁸³ Staudinger/Löbnig § 2048 Rn. 5; Palandt/Weidlich, § 2048 Rz. 1; zweifelnd wohl: Zimmermann/Botke, Nr. 290 § 180 ZVG Rn. 115.

Vielmehr ist dort eher das *Gegenteil* vom BGH festgestellt worden. Denn der BGH erklärt ausdrücklich, dass der Ausgleich des „überquotalen Mehrwerts durch eine **freiwillige** Leistung in den Nachlaß (...) Voraussetzung dafür (ist), daß die Teilungsanordnung im Rahmen einer gem. § 2042 BGB vorzunehmenden Auseinandersetzung verwirklicht werden kann“.⁴⁸⁴

Andere Meinungen räumen dem Erben das Recht ein - ohne ihn zu verpflichten -, aus seinem Eigenvermögen den Ausgleich zu zahlen. Ist der Erbe dazu nicht bereit, entfällt die Teilungsanordnung.⁴⁸⁵

γ) Eigene Ansicht

Ist der von der Teilungsanordnung betroffenen Miterbe nicht bereit, die Ausgleichszahlung aus seinem Eigenvermögen zu leisten und ist sein verbliebener Nachlassanteil am Auseinandersetzungsguthaben nicht ausreichend, diese Differenz zu Gunsten der übrigen Erben auszugleichen, dann entfällt die Teilungsanordnung ersatzlos.

⁴⁸⁴ BGH, Beschluss vom 25. Oktober 1995 -IV ZR 362/94-, Rn. 2, juris (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁸⁵ Eidenmüller, JA 1991, 150, 155; Esch, BB 1994, 1651, 1654 (mit Hinweis auf mögliche ertragsteuerliche Nachteile wird ein Verpflichtungswille des Erblassers abgelehnt); MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 17; Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler/*Krug*, § 19 Rz. 116.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Andernfalls ergäben sich auch nicht zu lösende Schwierigkeiten, wenn die Erbengemeinschaft durch Auseinandersetzungsklage geteilt und ein Teilungsplan vorgelegt werden muss: Der Teilungsplan müsste dahin lauten, den Erben zu verurteilen, eine bestimmte Summe aus seinem Eigenvermögen in den Nachlass zu zahlen. Dann würde es sich jedoch nicht mehr um eine Anordnung für die *Auseinandersetzung* handeln, da bei der Auseinandersetzung das *Gesamthandsvermögen* der Erbengemeinschaft unter Beachtung der gesetzlichen Teilungsregeln zu verteilen ist. Eine Verpflichtung der Erben, ihr *persönliches* Vermögen einzusetzen, kann so nicht begründet werden.⁴⁸⁶

Der Erblasser kann freilich Abweichendes regeln und somit die Leistung aus dem Eigenvermögen zur Bedingung des Erbanfalls erheben. Ohne Anhaltspunkte gibt es hierfür jedoch keine Vermutung.⁴⁸⁷

bbb) Übernahmerecht

Die Leistung der Ausgleichszahlung hat grundsätzlich (erst) bei der (endgültigen) Vollziehung der Auseinandersetzung zu

⁴⁸⁶ Im Ergebnis ebenso bereits MünchKomm/Dittz (1989), § 2048 Rn. 16; BeckOGK/Rißmann/Szalai, BGB § 2048 Rn. 39.1.

⁴⁸⁷ Für den Fall, dass der Erblasser die Höhe des Ausgleichsbetrages über dem wahren Wert angeordnet hat vgl. oben Zweiter Abschnitt § 3 D III 2 (Übrige Erben werden durch die mit der Teilungsanordnung kombinierte Anordnung begünstigt), Seite 124.

erfolgen, denn auch die Teilungsanordnung selbst ist erst dann zu erfüllen. Dementsprechend muss bei der Teilung das Auseinandersetzungsguthaben erhöht bzw. verringert werden.⁴⁸⁸ Ist das Auseinandersetzungsguthaben nicht ausreichend, um die Ausgleichsverpflichtung zu erfüllen und hat der begünstigte Erbe sein Übernahmerecht bereits ausgeübt, so ist er verpflichtet den Ausgleich aus seinem eigenen Vermögen auszugleichen. Denn anders als bei der *Übernahmepflicht* hat er sich durch seine gestaltende Erklärung selbst verpflichtet, für einen etwaigen Ausgleich zu sorgen. Für etwaige Leistungsverzögerungen haftet der begünstigte Erbe der Erbengemeinschaft nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen. Anspruchsinhaber der Ausgleichszahlung ist die Erbengemeinschaft, wobei ein Erbe den Anspruch zugunsten der Erbengemeinschaft geltend machen kann, § 2039 BGB.

6. Verjährung

Die Frage der Verjährung des Anspruches aus einer Teilungsanordnung wird in Literatur und Rechtsprechung bislang nicht diskutiert.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ BeckOGK/*Rißmann/Szalai*, BGB § 2048 Rn. 38.

⁴⁸⁹ Ausnahme: BeckOGK/*Rißmann/Szalai*, § 2048 Rn. 33.5.

a) Dreijährige Verjährungsfrist

Wie oben unter Ziff. 1 gezeigt hat die Teilungsanordnung schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Erben: der von der Teilungsanordnung betroffene Erbe kann die Erfüllung verlangen (Übernahmerecht) bzw. hat sie zu dulden (Übernahmepflicht), die übrigen Erben haben Anspruch auf einen Wertausgleich. Man könnte daher erwägen, dass die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB nach drei Jahren verjähren.⁴⁹⁰

Wenn man dieser Meinung folgt, stellt sich die Frage, wann die Verjährung beginnen würde. Nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist eine der Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn die Entstehung des Anspruches. „Entstanden“ im Sinne der Norm ist ein Anspruch sobald er „*erstmalig geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann*“.⁴⁹¹ Dabei ist „Entstehung“ nicht gleichbedeutend mit der „Fälligkeit“ des Anspruches, so dass die Möglichkeit genügt, Feststel-

⁴⁹⁰ Offensichtlich liegt kein Fall des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor und es ist auch keine Möglichkeit der erweiternden Auslegung der Norm ersichtlich, so dass eine dreißigjährige Verjährung nicht in Betracht kommt.

⁴⁹¹ BGH, Urteil vom 17. Februar 1971 - VIII ZR 4/70 -, BGHZ 55, 340-344, Rn. 5; MüKoBGB/Grothe § 199 Rn. 4.

lungsklage erheben zu können.⁴⁹² Dies würde bei Ansprüchen aus einer Teilungsanordnung dazu führen, dass der Anspruch regelmäßig bereits mit Eintritt des Erbfalls entstehen würde. Denn bereits ab diesem Zeitpunkt kann ein Erbe - unabhängig von einer etwaigen Teilungsreife des Nachlasses - eine Feststellungsklage mit dem Ziel erheben, seine Ansprüche und Verpflichtungen aus der Teilungsanordnung gerichtlich zu klären.⁴⁹³ Liegen die weiteren Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor - was regelmäßig spätestens mit der Zustellung des eröffneten Testaments der Fall sein wird -, so ergäbe sich ein relativ früher Verjährungsbeginn mit einer relativ kurzen Frist (im Vergleich zur früheren und bis 1. Januar 2002 gültigen Frist nach § 195 BGB a.F. von 30 Jahren). Da bereits streitige Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins - und damit für viele (potentielle) Erben der „erste Schritt“ zur Feststellung, ob sie überhaupt Erben geworden sind - häufig einige Jahre in Anspruch nehmen kann, wären viele Erben gezwungen frühzeitig Klage

⁴⁹² BGH, Urteil vom 19. Januar 1978 - VII ZR 304/75 -, Rn. 16, juris; BGH, Urteil vom 22. Februar 1979 - VII ZR 256/77 -, BGHZ 73, 363-369, Rn. 12; MüKoBGB/Grothe § 199 Rn. 4; Palandt/*Ellenberger* § 199 Rn. 3.

⁴⁹³ BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 10, juris; Zur Feststellungsklage zur Vorbereitung der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft vgl. *Rißmann/Rißmann*, Die Erbengemeinschaft, § 9 B III Rn. 36 ff.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

auf Feststellung zu erheben, um die Verjährung des Anspruches aus der Teilungsanordnung zu hemmen.

b) Unverjährbarkeit

Auf der anderen Seite muss gesehen werden, dass sämtliche Ansprüche aus der Teilungsanordnung ausschließlich bei der Teilung des Nachlasses (der endgültigen Auseinandersetzung, § 2047 BGB) zu erfüllen sind und kein Erbe Anspruch auf eine hiervon losgelöste Erfüllung hat.⁴⁹⁴ Mehr noch: Wer die Vollziehung der Teilungsanordnung klageweise durchsetzen wollte (und nicht lediglich eine Feststellungsklage erheben mag), müsste zunächst darlegen und beweisen, dass der Nachlass teilungsreif ist.⁴⁹⁵

Unter diesem Gesichtspunkt könnte man daran denken, dass der Anspruch aus einer Teilungsanordnung ebenso wie der Anspruch auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft unverjährbar ist, § 2042 BGB, § 758 BGB.⁴⁹⁶ Eine ver-

⁴⁹⁴ In der Praxis geschehen Übereignung und Ausgleichszahlung fraglos regelmäßig vorher im Rahmen einer oder mehrerer Teilausinandersetzungen; hierauf hat jedoch kein Erbe einen Anspruch, auch nicht hinsichtlich der ihn betreffenden Teilungsanordnung, vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14.03.1984 - IVa ZR 87/82, NJW 1985, 51, 52.

⁴⁹⁵ Zum Begriff der „Teilungsreife“ vgl. Damrau/Tanck/Rißmann, § 2042 Rn. 14.

⁴⁹⁶ Dies gilt nach der hM auch nach der Schuldrechtsmodernisierung: Löhnig, ZEV 2004, 267, 269; MüKoBGB/Karsten Schmidt § 758 Rn. 2; BeckOGK/Fehrenbacher BGB § 758 Rn. 6; Palandt/Sprau § 758 Rn. 1; aA Damrau, EE 2009, 134.

gleichbare Situation gibt es im Rahmen des § 749 BGB (dessen Abs. 1 mit § 2042 Abs. 1 BGB im Wesentlichen inhaltsgleich ist und dessen Abs. 2 und 3 auch im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft anzuwenden sind, § 2042 Abs. 2 BGB). Dort ist eine Möglichkeit des Vollzuges der Auseinandersetzung der Abschluss eines Teilungsvertrages⁴⁹⁷ bzw. einer Teilungsvereinbarung⁴⁹⁸ zwischen sämtlichen Teilhabern. Darin regeln die Teilhaber das „Wie“ der Teilung, (was vergleichbar ist mit einer Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB, mit der durch den Erblasser gleichfalls das „Wie“ der Teilung des Nachlasses bestimmt wird). Der Erfüllungsanspruch aus einer Teilungsvereinbarung (Teilungsvertrag) ist noch Anspruch auf Aufhebung im Sinne von § 749 Abs. 1 BGB und unterliegt daher nicht der Verjährung, § 758 BGB.⁴⁹⁹ Es ist nicht zwischen dem Anspruch *auf* Aufhebung und dem Anspruch *aus* der Aufhebung zu unterscheiden.⁵⁰⁰

Diese Situation der Teilhaber ist vergleichbar mit der Situation der Erben, die die Teilungsanordnung des Erblassers zu erfüllen haben. Es wäre auch schlechterdings nicht nach-

⁴⁹⁷ Motive Band II, 881 zit. nach Mugdan Band II, 492.

⁴⁹⁸ MüKoBGB/*Karsten Schmidt* § 749 Rn. 31.

⁴⁹⁹ MüKoBGB/*Karsten Schmidt* § 758 Rn. 2.

⁵⁰⁰ Staudinger/*Eickelberg*, § 758, Rn. 2.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

vollziehbar, würde man die Ansprüche aus einem Teilungsvertrag (mit der ganz herrschenden Meinung) für unverjährbar halten, die vorhergehende Anordnung des Erblassers nach § 2048 S. 1 BGB, die es im Rahmen der Teilungsvertrages umzusetzen gilt, hingegen für verjährbar hielte.

c) Eigene Ansicht

Bereits die Nähe der Teilungsanordnung zur und die unbedingte Verbindung ihrer Vollziehung mit dem unverjährbaren Anspruch auf Auseinandersetzung rechtfertigt die Gleichbehandlung der Teilungsanordnung mit dem Anspruch auf Auseinandersetzung. Der Anspruch aus einer Teilungsanordnung unterliegt daher (ebenfalls) keiner Verjährung, §§ 2042 Abs. 2, 758 BGB. Dies entspricht auch der vergleichbaren Situation im Gemeinschaftsrecht, wonach Ansprüche aus Teilungsvereinbarungen ebenfalls unter § 758 BGB fallen und somit unverjährbar sind. Die Situation der Teilhaber im Rahmen einer Teilungsvereinbarung entspricht der Situation der Miterben im Rahmen einer vom Erblasser verfügten Teilungsanordnung.

7. Vollziehungskosten

Die Kosten für die Vollziehung der Teilungsanordnung sind Kosten der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Sie sind daher von den Miterben zu tragen.⁵⁰¹ Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen des (Voraus-) Vermächtnisnehmers: Auch dort hat die Erbengemeinschaft ohne anderweitige Anordnung des Erblassers die Kosten der Erfüllung des Vermächtnisses zu tragen, da sie nach § 2147 S. 2 BGB mit der Erfüllung beschwert ist.⁵⁰² Dies gilt gleichermaßen bei der Übertragung von Grundstücken, da § 448 Abs. 2 BGB hier nicht entsprechend anwendbar ist.⁵⁰³

8. Gewährleistung

Die Miterben haften für Mängel des durch Teilungsanordnung zugewiesenen Gegenstands nach §§ 2042 Abs. 2, 757 BGB, es sei denn, dass ein anderer Wille des Erblassers ausdrücklich bekundet wurde oder anzunehmen ist.⁵⁰⁴ Hat der Erblasser den Mangel gekannt, entfällt insoweit selbstverständlich eine Gewährleistung, denn der Erblasser hat be-

⁵⁰¹ Keim/Lehmann/R. Kössinger/Goslich C. IV. 3. Anm. 6; vgl. zu den Kosten der Aufhebung der Gemeinschaft MüKoBGB/Karsten Schmidt § 753 Rn. 33; zu den Kosten der Wertermittlung der Ausgleichszahlung vgl. ausführlich oben Nr. 5 b) aa) ddd) (Kostentragung), Seite 187.

⁵⁰² Motive Band V, 193, zit. nach Mugdan Band V, 101; BeckOGK/Schellenberger, BGB § 2174 Rn. 51.

⁵⁰³ So für § 2174: BeckOGK/Schellenberger, BGB § 2174 Rn. 51.

⁵⁰⁴ Planck/Strohal (1908) § 2048 Nr. 2.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

wusst diesen mangelbehafteten Gegenstand zugewandt.⁵⁰⁵ Der Erblasser kann auch hier abweichende Bestimmungen treffen. Kannte der Erblasser den Mangel *nicht*, liegt er jedoch spätestens bereits zu dem Zeitpunkt vor, zu dem die Wertermittlung zu erfolgen hat⁵⁰⁶, so spiegelt sich der Mangel im geringeren Wert wider, zu dem der Erbe sich den zugewandten Gegenstand auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss (bzw. in der geringeren Ausgleichszahlung, die der Erbe an die Erbengemeinschaft zu leisten hat).

Im Falle der Gewährleistungspflicht haftet jeder Miterbe nach seinem Anteil, § 757 BGB. Dabei gelten §§ 2042 Abs. 2, 757 BGB jedoch ausschließlich bei der Zuteilung eines Nachlassgegenstands von der Erbengemeinschaft an einen Miterben zum Zwecke der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, also bei der Übertragung eines Nachlassgegenstandes auf einen Erben allein, nicht dagegen bei einer Bruchteilsveräußerung innerhalb der Erbengemeinschaft.⁵⁰⁷ Die Übertragung des durch Teilungsanordnung zugewandten Nachlassgegenstands gegen Ausgleichszahlung, um die Wert-

⁵⁰⁵ Bengel/Reimann/Mayer/Bengel, Rn. A 267.

⁵⁰⁶ Grundsätzlich somit Eintritt des Erbfalls (Ausnahmen bei Fällen der §§ 2043-2045 BGB), vgl. hierzu oben Ziff. 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

⁵⁰⁷ Vgl. MüKoBGB/Karsten Schmidt, § 757 Rn. 2; BeckOK BGB/Gehrlein § 757 Rn. 1.

differenz zur Erbquote auszugleichen, ist kein entgeltliches Geschäft in diesem Sinne.⁵⁰⁸ Auch in diesen Fällen bleibt es daher bei Gewährleistungspflichten nach §§ 2042 Abs. 2, 757 BGB.

Es ist fraglich, ob Fehler bei der Bewertung des Gegenstands eine Gewährleistung nach §§ 2042, 757 BGB begründen.⁵⁰⁹ Bei erheblichen Wertabweichungen halten LANGE/KUCHINKE eine „*Vernichtung der Auseinandersetzung*“ durch Anfechtung (einseitiger Irrtum) oder Irrtum über die Geschäftsgrundlage (beiderseitiger Irrtum) für möglich, sofern eine Anpassung der Ausgleichsforderung nach § 242 BGB nicht möglich ist.⁵¹⁰ KARSTEN SCHMIDT ist ebenfalls der Auffassung, dass in Fällen „*gravierender Äquivalenzstörungen*“ ein Anwendungsfall der Störung der Geschäftsgrundlage vorläge, § 313 BGB.⁵¹¹ Er argumentiert, dass nach dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten die Gefahr gemeinschaftlich bis zum Gefahrübergang getragen werden solle.⁵¹²

⁵⁰⁸ Im Ergebnis ebenso: Staudinger/*Eickelberg*, § 757, Rn. 3 (§ 757 bleibt anwendbar, wenn die Veräußerung zur Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt).

⁵⁰⁹ So Staudinger/*Eickelberg*, § 757, Rn. 7; BeckOK BGB/Gehrlein § 757 Rn. 2.

⁵¹⁰ Lange/Kuchinke § 44 IV 5b), S. 1166.

⁵¹¹ MüKoBGB/*Karsten Schmidt*, § 757 Rn. 3; ebenso: Erman/Aderhold, § 757, Rn. 2; OLG München, Urteil vom 10. Juli 1997 - 1 U 5931/96 -, Rn. 7, juris.

⁵¹² MüKoBGB/*Karsten Schmidt*, § 757 Rn. 3.

In der Praxis der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft sind derartig „gravierende“ Abweichungen äußerst selten. Es könnte sich um Wertveränderungen zwischen Vereinbarung des Teilungsplanes und dessen Vollzug bzw. Bewertung des Nachlassgegenstandes und Vollzug der Teilung handeln. STROHAL bildete 1901 hierzu folgendes Beispiel:

*„Eine Erbschaft besteht thatsächlich aus einem auf 20 000 Mark geschätzten Grundstück und Werthpapieren, die gleichfalls mit zusammen 20 000 Mark in Ansatz gebracht werden. Die Auseinandersetzung zwischen den beiden zu gleichen Theilen eingesetzten Erben findet in der Weise statt, daß der einen von ihnen A das Grundstück, der andere B die Werthpapiere übernimmt. Bevor jedoch A noch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden ist, wird der zu Gunsten des Erblassers vorgenommene Eigenthumsantrag von einem Dritten bestritten. Während des zwischen dem A und dem Dritten geführten und mit dem Siege des letzteren endigenden Rechtstreites ist der Wert des Grundstücks auf 24 000 gestiegen, der Werth der Papiere dagegen auf 16 000 gefallen. Nach den berufenen Vorschriften kann A hier vom B die Hälfte desjenigen verlangen, was er haben würde, wenn ihm das Eigenthum an dem Grundstück gewährt worden wäre, d.i. den Betrag von 12 000 Mark, so daß dem B nach Berichtigung dieses Anspruchs nur noch 4 000 Mark verbleiben“*⁶¹³ Er führt weiter aus, dass dieses Ergebnis einer-

⁵¹³ Strohal (1901), § 65 V 5, S. 364.

seits zwar unbillig sei, das Gesetz aber andererseits eine Lösung nur für den Fall anböte, dass die Aufteilung auf einer Anordnung des Erblassers - also einer Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB - beruhen würde. In diesem Fall der irrtümlichen Annahme des Erblassers, dass ein Gegenstand zu seinem Vermögen gehören würde, gäbe es die Möglichkeit der Anfechtung der letztwilligen Verfügung, § 2078 Abs. 2 BGB.⁵¹⁴ Im übrigen (und das wären im Falle der Teilungsanordnung insbesondere die oben aufgezeigten Bewertungsprobleme) gebe es keine Möglichkeiten und „(Abhilfe) könnte also nur durch eine schöpferische Praxis und die hierdurch ansetzende freie Rechtsbildung geschaffen werden“.⁵¹⁵ Hier könnte man möglicherweise an den Rechtsgedanken aus § 779 Abs. 1 BGB anknüpfen.⁵¹⁶

Tatsächlich tauchen diese Fälle - entgegen der Erwartung STROHALS - in der Praxis auch nach über einhundert Jahren allerdings praktisch nicht auf. Jedenfalls ist in der Rechtsprechung bislang lediglich eine Entscheidung ersichtlich: Einzig das OLG München hat sich im Jahr 1997 mit dieser Frage befasst. In jenem Fall kam es zu einem unabsichtli-

⁵¹⁴ Strohal (1901), § 65 V 5, S. 364; vgl. hierzu auch sogleich Ziff. 9a) (Gegenstand ist ersatzlos untergegangen, wurde an Dritte verschenkt oder befand sich nie im Eigentum des Erblassers), Seite 208.

⁵¹⁵ Strohal (1901), § 65 V 5, S. 364.

⁵¹⁶ Strohal (1901), § 65 V 5, S. 364 in Fn. 27.

chen Ungleichgewicht im Rahmen eines Erbauseinandersetzungsvertrages, weil die Parteien aufgrund mangelhaft im Grundbuch vollzogener Flurbereinigung eine unrichtige Gesamtfläche angenommen hatten.⁵¹⁷

Für die Praxis wird man festhalten können, dass es Sache derjenigen Partei ist, die ein eigenes Risiko für möglich hält, vorsorgende Regelungen für entsprechende Entwicklungen im Teilungsplan bzw. der Schiedsgutachterabrede⁵¹⁸ zu treffen.

9. „Gestörte“ Teilungsanordnung

In Rechtsprechung und Literatur finden sich wenige Ausführungen zu den Rechtsfolgen von „gestörten“ Teilungsanordnungen, also Zuteilung von nicht mehr zum Nachlass gehörenden Gegenständen. Anfang des vergangenen Jahrhunderts finden sich die kurzen Anmerkungen STROHALS⁵¹⁹ sowie die Veröffentlichungen von KOHLER⁵²⁰ und BEROLZHEIMER⁵²¹, die sich mit dieser Frage befassen, die in der täglichen Praxis

⁵¹⁷ OLG München, Urteil vom 10. Juli 1997 - 1 U 5931/96 -, Rn. 7, juris.

⁵¹⁸ Verbindlichkeit der Bewertung nur im Falle einer entsprechenden Schiedsgutachtervereinbarung, vgl. hierzu oben Ziff. 5 b) aa) eee) (Bindungswirkung der Wertermittlung), Seite 188.

⁵¹⁹ Strohal (1901), § 65 V 5, S. 364.

⁵²⁰ Kohler AcP 91 (1901), 309, 334 f.

⁵²¹ Berolzheimer AcP 177 (1977), 404

häufig auftaucht.⁵²² Anfang 2000 hat sich ERDMANN gleichfalls kurz mit dieser Frage befasst⁵²³, BRAUN weist 2018 insoweit auf das Regelungsbedürfnis hin⁵²⁴. Für den Fall, dass der Gegenstand bereits unter Lebenden dem begünstigten Erben zugewandt wurde, schlägt er für die letztwillige Verfügung eine vorbeugende Formulierung vor.⁵²⁵

a) Gegenstand ist ersatzlos untergegangen, wurde an Dritte verschenkt oder befand sich nie im Eigentum des Erblassers

aa) *Analoge Anwendung der Vermächtnisvorschriften?*

Am Anfang des vorigen Jahrhunderts wurde von KOHLER der Gedanke aufgeworfen, bei „gestörten“ Teilungsanordnungen die Vermächtnisvorschriften entsprechend anzuwenden, also insbesondere §§ 2165 ff. BGB (Belastungen), § 2169 BGB (Vermächtnis fremder Gegenstände), § 2170 BGB (Verschaffungsvermächtnis).⁵²⁶ Mit diesem Gedanken hat sich später dann BEROLZHEIMER auseinandergesetzt und mit zutreffenden Gründen abgelehnt:⁵²⁷ Der Wille des Erblassers bei der

⁵²² Kohler AcP 91 (1901), 309, 334 f.

⁵²³ Erdmann, Dritter Teil § 8 J II, S. 71.

⁵²⁴ Braun, § 3 A II 4, Rn. 70, S. 237.

⁵²⁵ Braun, § 3 A II 4, Rn. 71, S. 238; vgl. zu dieser Formulierung auch unten Siebenter Abschnitt § 2 (Überquotale Teilungsanordnung), Seite 331.

⁵²⁶ Kohler AcP 91 (1901), 309, 334 f..

⁵²⁷ Berolzheimer AcP 177 (1977), 404.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Zuwendung eines Vermächtnisses ist ein gänzlich anderer als bei Anordnungen für die Auseinandersetzung. Beim Vermächtnis wird dem Vermächtnisnehmer ein Vermögensvorteil zugewandt, § 1939 BGB. Dies ist bei der Teilungsanordnungen (in Form eines Übernahmerechts oder einer Übernahmepflicht), gerade nicht der Fall, denn die Teilungsanordnung wendet keinem Erben ein „Mehr“ zu. Vielmehr sind die Erben untereinander zu Ausgleichszahlungen verpflichtet, wenn sie aufgrund einer Teilungsanordnung „mehr“ erhalten haben als ihrer Erbteilsquote entspricht. Der Erblasser wollte bei der Bestimmung der Teilungsanordnung lediglich erreichen, dass ein bestimmter Erbe einen bestimmten Gegenstand aus dem Nachlass erhält. Allein daraus lässt sich jedoch kein Wille herleiten, dass der Erblasser wollte, dass der Gegenstand erst aus Nachlassmitteln beschafft werden muss. Hierfür gibt es auch keine Notwendigkeit, eben gerade weil durch die Teilungsanordnung dem „Begünstigten“ kein „Mehr“ zugesprochen wurde: Fällt die Teilungsanordnung weg, erhält der „Begünstigte“ wirtschaftlich genauso viel wie er *mit* der Teilungsanordnung erhalten hätte und ist somit in der Lage, den Gegenstand ggf. selbst zu erwerben.⁵²⁸ Der

⁵²⁸ AA Erdmann, § 3 A II 4, Rn. 70, S. 237, der es für möglich hält, dass sich nach Auslegung eine von ihm sog. „*Verschaffungs-Teilungsanordnung*“ ergäben könne,

Vermächtnisnehmer würde demgegenüber einen wirtschaftlichen Nachteil erleiden, wenn das Vermächtnis ersatzlos nicht erfüllt würde.

bb) Anfechtung?

Hat der Erblasser irrtümlich angenommen, dass ein Gegenstand zu seinem Vermögen gehört und diesen Gegenstand im Rahmen einer Teilungsanordnung einem Erben zugewandt, mag man mit STROHAL an eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB denken.⁵²⁹ § 2078 Abs. 2 BGB gewährt die Möglichkeit, den Motivirrtum des Erblassers anzufechten, wobei die Anfechtung sich einzig auf die betroffene Regelung beschränken kann und sich nicht auf das gesamte Testament beziehen muss.⁵³⁰

Fraglich bleibt dann jedoch, ob ein von einer Teilungsanordnung betroffener Erbe (oder die übrigen Erben) überhaupt anfechtungsberechtigt im Sinne von § 2080 BGB wären. Denn danach ist nur derjenige anfechtungsberechtigt, „*welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustattenkommen würde*“, § 2080 Abs. 1 BGB. Nach der allgemeinen

aufgrund derer der „Gegenstand bei der Auseinandersetzung mit Nachlassmitteln zu beschaffen und auf den Bedachten zu übertragen“ sei.

⁵²⁹ Strohal (1901), § 65 V 5, S. 364.

⁵³⁰ BGH, Urteil vom 08. Mai 1985 - IVa ZR 230/83 -, Ls. 1 und Rn. 13, juris; RG, Urteil vom 11. März 1909 - IV 304/08, RGZ 70, 391, 394/395; BayObLG, Beschluss vom 20. Juli 1994 - 1Z BR 108/93 -, Ls. 2.1. und Rn. 33, juris.

Meinung in der Literatur ist danach anfechtungsberechtigt, wer durch die Anfechtung einen unmittelbaren *rechtlichen* Vorteil erlangt.⁵³¹ Ohne weitere Problematisierung wird angenommen, dass derjenige Erbe, der mit einer Teilungsanordnung „*beschwert*“⁵³², durch sie „*belastet*“⁵³³ oder „*beschränkt*“⁵³⁴ würde, gleichfalls zur Anfechtung berechtigt sei.⁵³⁵ Tatsächlich wird es jedoch bei einer Teilungsanordnung bezogen auf einen Nachlassgegenstand der ersatzlos untergegangen ist, an Dritte verschenkt wurde oder sich nie im Eigentum des Erblassers befand, keinen Anfechtungsberechtigten geben können. Denn keiner der Erben würde durch die Anfechtung einen rechtlichen Vorteil erlangen, wenn eine undurchführbare Teilungsanordnung durch Anfechtung wegfällt.

cc) Ergebnis

Gehört der zugewandte Gegenstand nicht zum Nachlass sind weder die Vermächtnisvorschriften analog anwendbar noch wäre ein Erbe anfechtungsberechtigt. Daher fällt die Teil-

⁵³¹ Planck/*Ritzgen* (1902) § 2080 Nr. 1a („*muß von rechtlicher Natur, kann im Uebrigen aber sehr verschiedenartig sein*“); Damrau/*Tanck/Seiler-Schopp/Rudolf*, § 2080 Rn. 4; jurisPK-BGB/Lehrmann, § 2080 Rn. 6.

⁵³² Planck/*Ritzgen* (1902) § 2080 Nr. 1a); Planck/*Strohhal* (1908) § 2080 Nr. 1a).

⁵³³ Damrau/*Tanck/Seiler-Schopp/Rudolf*, § 2080 Rn. 9.

⁵³⁴ Staudinger/*Otte* (2013), § 2080, Rn. 7.

⁵³⁵ Zur Abgrenzung „*Beschränkung*“ und „*Beschwerung*“ durch Teilungsanordnung vgl. unten Ziff. 12 a) bb) (Beschränkung durch Teilungsanordnung), Seite 227.

lungsanordnung in diesen Fällen aus den vorstehend unter lit. aa) und bb) genannten Gründen ersatzlos weg.⁵³⁶

b) Gegenstand veräußert oder anderweitig ersetzt

Wurde der Gegenstand der Teilungsanordnung vor dem Erbfall veräußert oder ist er untergegangen und ist statt dessen ein Anspruch auf Wertersatz in den Nachlass gefallen, so wird man durch Auslegung zu dem Ergebnis gelangen können, dass das Surrogat nunmehr Gegenstand der Teilungsanordnung ist. Dies könnte entweder der Veräußerungserlös oder der (auch schon realisierte) Anspruch auf Wertersatz sein. Tatsächlich ist es jedoch überflüssig, hier „Umwege“ über Auslegung oder auch eine analoge Anwendung von § 2169 Abs. 3 BGB⁵³⁷ zu gehen, denn die Teilungsanordnung führt nicht zur wirtschaftlichen Besserstellung des „Begünstigten“. Wurde der Gegenstand der Teilungsanordnung mithin durch Geld „ersetzt“, dann ergibt sich hier ohnedies eine Aufteilung entsprechend der Erbquoten, ohne dass die Teilungsanordnung hieran etwas ändern würde.

Etwas anderes wird dann gelten können, wenn der ursprüngliche Gegenstand getauscht worden ist. Hier könnte der ge-

⁵³⁶ Im Ergebnis ebenso: Löhnig, Rn. 128.

⁵³⁷ So Berolzheimer AcP 177 (1977), 404, 410.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

tauschte Gegenstand den ursprünglichen Gegenstand der Teilungsanordnung ersetzen. Dies bleibt letztlich aber auch eine Frage der Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers. Auf die Zweifelsregelung des § 2169 Abs. 3 BGB kann hier aus den oben genannten Gründen⁵³⁸ nicht zurückgegriffen werden.⁵³⁹

c) Gegenstand an den durch das Testament Begünstigten verschenkt

Wie sehen die gegenseitigen Ansprüche der Miterben aus, wenn ein Erbe den ihm durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstand bereits zu Lebzeiten vom Erblasser erhalten hat? Diese Situationen kommen in der Praxis häufig vor und führen ebenso häufig zu tiefen Zerwürfnissen zwischen den Erben. Es bieten sich hier mehrere Lösungsmöglichkeiten an, die stets einzelfallabhängig zu prüfen sind.

aa) Auslegung

In erster Linie ist dem Erblasser durch Auslegung des Testaments zu helfen. Denn es darf nicht vergessen werden, dass die Zuwendung von Todes wegen im Interesse des Erblassers geschieht und es daher auf *seinen* mutmaßlichen Willen an-

⁵³⁸ Vgl. hierzu soeben lit a) (Gegenstand ist ersatzlos untergegangen, wurde an Dritte verschenkt oder befand sich nie im Eigentum des Erblassers), Seite 208.

⁵³⁹ AA Berolzheimer AcP 177 (1977), 404, 410.

kommt. Kann durch - ggf. ergänzende - Auslegung eines Testamentes der Wille des Erblassers verwirklicht werden, liegt kein Irrtum (mehr) vor, der zur Anfechtung berechtigen würde. Daher geht die Auslegung der Anfechtung stets vor.⁵⁴⁰

Bei der Auslegung von Testamenten ist vorrangig der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen, es ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, § 133 BGB.⁵⁴¹ Hat der Erblasser mithin lebzeitig bereits seine letztwillige Verfügung zu Teilen „vorweggenommen“, wird daher zunächst zu prüfen sein, ob Anhaltspunkte bestehen, dass der Erblasser von der ursprünglichen geplanten Aufteilung seines Vermögens wie sie in seiner letztwilligen Verfügung niedergelegt ist, bewusst abweichen wollte. Dabei werden auch entsprechende Zuwendungsverträge darauf zu prüfen sein, ob sie Hinweise auf die Motive des Erblassers bieten.

War aus Gegenständen, die durch Teilungsanordnung zugewandt wurden, die testamentarische Erbquote zu entnehmen und wendet der Erblasser hiervon lebzeitig Gegen-

⁵⁴⁰ BGH, Urteil vom 29. September 1977 - II ZR 214/75 -, Rn. 21, juris; BGH, Urteil vom 23. April 1951 - IV ZR 17/51 -, Ls. 1, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 27. Juni 1997 - 1Z BR 240/96 -, Rn. 18, juris; Staudinger/*Otte* (2013), § 2078, Rn. 6; Rudolf/Bittler/*Seiler-Schopp*, § 4 Rn. 9 mwN.

⁵⁴¹ BGH, Urteil vom 7. Oktober 1992 - IV ZR 160/91 -, Rn. 10, juris; Rudolf/Bittler/*Seiler-Schopp*, § 1 Rn. 9 f.

stände dem Bedachten zu, so soll es nach einem nicht näher begründeten obiter dictum in einem Urteil des BGH möglich sein, dass eine ergänzende Auslegung des Testamentes ergeben könne, dass die lebzeitige Zuwendung „auf die mit seiner Erbeinsetzung verbundene Teilungsanordnung anzurechnen ist“.⁵⁴² Dabei lässt der BGH offen, welche Art von „Anrechnung“ dies sein könnte. In dieser speziellen Konstellation (durch Teilungsanordnung zugewandte Gegenstände sind Grundlage für die Ermittlung der Erbquoten), wird es stattdessen zutreffend sein, im Rahmen der Auslegung die Erbquoten entsprechend zu reduzieren soweit der Bedachte einen Gegenstand der Grundlage der Ermittlung der Erbquote gewesen ist, bereits zu Lebzeiten erhalten hat.⁵⁴³

bb) Ausgleichung

aaa) Ausstattung

Die lebzeitige „Vorwegnahme“ der Teilungsanordnung könnte als Ausstattung im Sinne von § 1624 BGB ausgleichungspflichtig nach § 2050 Abs. 1 BGB sein. Diese Möglichkeit eröffnet sich freilich überhaupt nur bei Abkömmlingen des Erblassers und auch nur dann, wenn die Abkömmlinge als ge-

⁵⁴² BGH, Urteil vom 16. Oktober 1996 - IV ZR 349/95-, Rn. 15, juris.

⁵⁴³ Ebenso: Staudinger/Otte (2013), § 2087, Rn. 31.

gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen (§ 2050 Abs. 1 BGB⁵⁴⁴) oder im Fall der Erbfolge aufgrund einer letztwilligen Verfügung, wenn die gesetzliche Erbfolge wiederholt wird bzw. die Anordnung in einem entsprechenden Verhältnisse geschieht (§ 2052 BGB⁵⁴⁵).

Gelangt man zu einer grundsätzlichen Pflicht zur Ausgleichung nach § 2050 Abs. 1 BGB würde der nicht lebzeitig bedachte erbende Abkömmling über § 2055 BGB einen Ausgleich verlangen können⁵⁴⁶. Bei der Berechnung der Ausgleichung ist die Grenze des § 2056 BGB (keine Herauszahlung des Mehrempfangs) zu beachten.⁵⁴⁷ Wer nicht Abkömmling des Erblassers ist, ist weder zur Ausgleichung berechtigt noch verpflichtet.⁵⁴⁸ Auch der ausgleichsrelevante Nettonachlass bestimmt sich ausschließlich nach den an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlingen.⁵⁴⁹

bbb) Anordnung der Ausgleichung

Nach § 2050 Abs. 3 BGB hat ein Abkömmling (unter den weiteren Voraussetzungen des § 2050 Abs. 1 BGB) auch Zuwendungen auszugleichen, bei deren Zuwendung der Erblasser

⁵⁴⁴ Im Einzelnen hierzu: BeckOGK/Rißmann, BGB § 2050 Rn. 6 ff.

⁵⁴⁵ Im Einzelnen hierzu: BeckOGK/Rißmann, BGB § 2052 Rn. 1 ff.

⁵⁴⁶ Im Einzelnen hierzu: BeckOGK/Rißmann, BGB § 2055 Rn. 1 ff.

⁵⁴⁷ Im Einzelnen hierzu: BeckOGK/Rißmann, BGB § 2056 Rn. 1 ff.

⁵⁴⁸ BeckOGK/Rißmann, BGB § 2050 Rn. 7 und 13.

⁵⁴⁹ BeckOGK/Rißmann, BGB § 2055 Rn. 9.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

ser die Ausgleichung angeordnet hat. Die Anordnung muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent erfolgen.⁵⁵⁰

Wurde bei der lebzeitigen Zuwendung an einen der Erben bestimmt, dass dies „*im Wege der vorweggenommenen Erbfolge*“ geschieht, so kann dies verschiedene Bedeutung haben:

- bloße Mitteilung eines Motivs, ohne erb- und pflichtteilsrechtliche Auswirkung
- Anordnung einer Ausgleichung nach § 2316 Abs. 1 BGB, § 2050 Abs. 3 BGB⁵⁵¹
- Bestimmung, Zuwendung auf den Pflichtteil nach § 2315 Abs. 1 BGB anzurechnen⁵⁵²
- Zuwendung ist sowohl nach § 2316 Abs. 1 BGB, § 2050 Abs. 3 BGB auszugleichen als auch nach § 2315 Abs. 1 BGB anzurechnen⁵⁵³.

Was der Erblasser gemeint hat, ist durch Auslegung zu ermitteln.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ Planck/*Strohal* (1908) § 2050 Nr. 4d); Lange/Kuchinke ErbR § 15 III 3 c) sowie Fn. 38, 320.

⁵⁵¹ BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 - IV ZR 91/09 -, BGHZ 183, 376, Ls. 1 und Rn. 15, juris; BGH, Urteil vom 23. September 1981, -IV a ZR 185/80-, NJW 1982, 43,44 lit. b).

⁵⁵² BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 - IV ZR 91/09 -, BGHZ 183, 376, Ls. 1 und Rn. 15, juris.

⁵⁵³ BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 - IV ZR 91/09 -, BGHZ 183, 376, Ls. 1 und Rn. 15, juris.

Einseitig kann der Erblasser eine Anrechnungsbestimmung im Sinne von § 2050 Abs. 3 BGB nicht nachholen. Hier bleibt ihm ausschließlich die Möglichkeit der letztwilligen Verfügung, namentlich der Anordnung von Vorausvermächtnissen zugunsten der übrigen Erben.⁵⁵⁵

cc) *Anfechtung*

Die Problematik der Anfechtung der Anordnung einer „gestörten“ Teilungsanordnung wurde oben bereits unter lit. a) bb) diskutiert. Der Erbe, der bereits zu Lebzeiten mit dem Gegenstand bedacht wurde, der ihm „eigentlich erst“ aufgrund der Teilungsanordnung zugewandt worden wäre (nach der ursprünglichen Absicht des Erblassers) erhält nun diesen Gegenstand *zusätzlich* zu seiner Erbquote, faktisch mithin ähnlich einem Vorausvermächtnis. Dabei kommt es jedoch auf die Anordnung der Teilungsanordnung nicht mehr an, denn durch den lebzeitigen Vollzug ist ihre Erfüllung unmöglich geworden. Wie bereits in der oben unter lit. a) besprochenen Konstellation (Gegenstand untergegangen, an Dritte verschenkt, nie Eigentum des Erblassers) würde auch hier eine Anfechtung nicht zum gewünschten Ergebnis führen

⁵⁵⁴ BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 - IV ZR 91/09 -, BGHZ 183, 376, Ls. 1 und Rn. 16 ff., juris; BGH NJW 1982, 43, Ls. 2 und S. 44 für den Fall eines bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments; vgl. zur Anordnung „*im Wege vorweggenommener Erbfolge*“ auch BeckOGK/Rißmann, BGB § 2050 Rn. 74 ff.

⁵⁵⁵ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 82/08 -, Rn. 16, juris.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

(„Ausgleich“ der lebzeitigen Zuwendung zu Gunsten der „benachteiligten“ Erben). Denn die Anfechtung kassiert nur, sie reformiert nicht; Rechtsfolge aus § 142 Abs. 1 BGB.

Durch die „Beseitigung“ der Teilungsanordnung erlangen die wirtschaftlich „benachteiligten“ Erben (die keine lebzeitige Zuwendung erhalten haben) keinerlei Änderung ihrer wirtschaftlichen Situation. Mehr noch: Die Erben sind nicht anfechtungsberechtigt im Sinne von § 2080 Abs. 1 BGB, denn der Wegfall der Teilungsanordnung durch Anfechtung führt nicht einmal zu einem *rechtlichen* (geschweige denn einem wirtschaftlichen) Vorteil, da ihre „Beseitigung“ einerseits nicht zu einem Ausgleich zu Gunsten der übrigen Erben führt und andererseits die Teilungsanordnung ohnehin wegfällt, da der Gegenstand nicht mehr vorhanden ist, auf den sie Bezug nimmt und sie daher undurchführbar geworden ist.⁵⁵⁶

dd) Sittenwidriges Rechtsgeschäft, § 138 BGB

Verfügt der Erblasser lebzeitig entgegen einer Vereinbarung mit dem Vertrags- bzw. Schlusserben, so könnte der Ver-

⁵⁵⁶ Soweit man eine Anfechtung für zulässig hielte, ergäbe sich das Folgeproblem, ob die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären wäre (§ 2081 Abs. 1 BGB, so MüKoBGB/Leibold § 2081 Rn. 6, für § 2081 Abs. 3 BGB Staudinger/Otte (2013), § 2081, Rn. 4) oder gegenüber dem Begünstigten (§ 143 Abs. 4 S. 1 BGB, so Planck/Rüger (1902) § 2081 Nr. 4; Lange/Kuchinke § 36 VI 3, S. 860, Palandt/Weidlich § 2081 Rn. 5); vorsorglich sollte ggf. sowohl gegenüber dem Nachlassgericht als auch gegenüber sämtlichen Erben die Anfechtung erklärt werden.

trags- bzw. Schlusserbe möglicherweise einen Anspruch aufgrund der Sittenwidrigkeit der Verfügung (§ 138 BGB) geltend machen.⁵⁵⁷ Allein aufgrund eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testamentes ist der Erblasser an lebzeitigen Verfügungen jedoch nicht gehindert (§ 2286 BGB), so dass ein eigener Anspruch des Erben aufgrund der Unwirksamkeit der lebzeitigen Verfügung nach § 138 BGB ausscheidet, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten.⁵⁵⁸

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu Lebzeiten des Erblassers vorlag (beispielsweise weil der Erblasser durch sittenwidriges Vorgehen zum Abschluss des Vertrages verleitet wurde).⁵⁵⁹ In diesem Fall wäre der aufgrund der Nichtigkeit des Vertrages entstandene Anspruch Teil des Vermögens des Erblassers, fiel in seinen Nachlass und könnte von den Erben geltend gemacht werden.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ BGH, Urteil vom 30. September 1959 - V ZR 66/58 -, BGHZ 31, 13, Ls. 1 und Rn. 22.

⁵⁵⁸ BGH, Urteil vom 30. April 1991 - IV ZR 104/90 -, Rn. 14, juris; BGH, Urteil vom 05. Juli 1972 - IV ZR 125/70 -, BGHZ 59, 343, Rn. 33, juris: „Anstößiges Zusammenwirken beider Parteien, um die in einem entgeltlichen Erbvertrag übernommene Bindung im Ergebnis wirkungslos zu machen und einen Dritten zu bereichern“; zu §§ 2286, 2287 BGB siehe auch sogleich lit. ff) (Beeinträchtigende Schenkung, § 2287 BGB), Seite 222.

⁵⁵⁹ BGH, Urteil vom 21. Juni 1989 - IVa ZR 302/87 -, BGHZ 108, 73, Rn. 23.

⁵⁶⁰ Zur vergleichbaren Situation bei § 826 BGB s. sogleich lit. ee) (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB), Seite 221.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Der Erblasser, der lediglich durch Testament verfügt hat, ist erst recht nicht an lebzeitigen Verfügungen gehindert.

ee) *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB*

Der Erblasser kann sein Testament und damit auch eine etwaige Teilungsanordnung jederzeit ändern oder aufheben. Für die Frage eines Anspruches wegen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung im Sinne von § 826 BGB kann es daher ausschließlich darauf ankommen, ob der Zuwendungsempfänger (der außerdem durch die Teilungsanordnung begünstigt ist) oder ein Dritter den Erblasser zu einer Zuwendung veranlasst, wodurch (bereits) in der Person des Erblassers ein Anspruch aus § 826 BGB begründet wurde.⁵⁶¹ Ist dieser Anspruch nach § 826 BGB zu Lebzeiten des Erblassers entstanden, ist er vererblich und kann von den benachteiligten Erben geltend gemacht werden.⁵⁶²

Wurde der Erblasser nicht selbst im Sinne von § 826 BGB geschädigt, können auch die Vertrags- oder Schlusserben keinen Anspruch wegen ihrer eigenen Schädigung aufgrund der lebzeitigen Zuwendung nach § 826 BGB

⁵⁶¹ BGH, Urteil vom 21. Juni 1989 - IVa ZR 302/87 -, BGHZ 108, 73, Rn. 20.

⁵⁶² BGH, Urteil vom 30. April 1991 - IV ZR 104/90 -, Rn. 8, juris; BGH, Urteil vom 21. Juni 1989 - IVa ZR 302/87 -, BGHZ 108, 73-81, Rn. 20.

geltend machen. Ihnen bleibt insoweit ausschließlich die Möglichkeit eines Herausgabeanspruches nach § 2287 BGB.⁵⁶³

ff) Beeinträchtigende Schenkung, § 2287 BGB

Der Vertragserbe bzw. der Ehegatte oder Lebenspartner sind frei, über Nachlassgegenstände unter Lebenden zu verfügen, § 2286 BGB (entsprechende Anwendung auf das gemeinschaftliche Testament⁵⁶⁴): Er hat weiterhin „volle Entschließungsfreiheit für Rechtsgeschäfte unter Lebenden“.⁵⁶⁵ Beschränkt wird dieses Recht lediglich durch § 2287 BGB. Danach können „den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen“ vom Vertragserben nach Anfall der Erbschaft herausgefordert werden, § 2278 Abs. 1 BGB. Dabei ist jedoch bei weitem nicht jede lebzeitige Zuwendung ohne Bestimmung einer Ausgleichung für die übrigen Miterben und in Vorwegnahme einer Teilungsanordnung sogleich ein Fall des § 2287 BGB.⁵⁶⁶ In der Praxis scheitern entsprechende Ansprüche regelmäßig an dem lebzeitigen

⁵⁶³ BGH, Urteil vom 21. Juni 1989 - IVa ZR 302/87 -, BGHZ 108, 73, Ls. 1 und Rn. 19; BGH, Urteil vom 30. April 1991 - IV ZR 104/90 -, Rn. 13, juris.

⁵⁶⁴ BGH, Urteil vom 4. Mai 1983 - IVa ZR 229/81 -, Rn. 28, juris; BGH, Urteil vom 23. September 1981, - IV a ZR 185/80 -, NJW 1982, 43,44 Ziff. 1a); BGH, Urteil vom 29. Januar 1958 - IV ZR 234/57 -, BGHZ 26, 274, 279; BeckOGK/Müller-Engels BGB § 2286 Rn. 5.

⁵⁶⁵ BGH, Urteil vom 30. April 1991 - IV ZR 104/90 -, Rn. 14, juris.

⁵⁶⁶ Vgl. hierzu auch: BGH, Urteil vom 23. September 1981, -IV a ZR 185/80-, NJW 1982, 43,44 Ziff. 1b); ablehnende Anmerkung Schubert, JR, 1982, 155, 156.

Eigeninteresse des Schenkers, wodurch ein Anspruch nach § 2287 BGB ausgeschlossen wird.⁵⁶⁷

10. Vor- und Nacherbschaft

Erfüllt der Vorerbe den bereits fälligen Anspruch aus einer Teilungsanordnung bedarf es keiner Zustimmung des Nach-
erben. Denn in diesem Fall ist davon auszugehen, dass der
Erblasser den Vorerben für solchen Verfügungen nach
§ 2136 BGB von den Beschränkungen des § 2113
Abs. 1 BGB befreien wollte.⁵⁶⁸ Diese Befreiung muss nicht
ausdrücklich erklärt werden sondern kann sich auch aus Sinn
und Zweck der letztwilligen Verfügung ergeben.⁵⁶⁹ Jedenfalls
liegt in der Erfüllung einer Teilungsanordnung keine unent-
geltliche Verfügung des Vorerben iSv § 2113 Abs. 2 BGB und
bei nichtbefreiter Vorerbschaft keine unzulässige Verfügung
über ein Grundstück.⁵⁷⁰

Will ein Vorerbe dagegen eine Teilungsanordnung vor-
wegnehmen, die sonst erst im Rahmen der Auseinanderset-

⁵⁶⁷ BGH, Urteil vom 21. Juni 1989 - IVa ZR 302/87 -, BGHZ 108, 73, Rn. 18;
BGH, Urteil vom 23. September 1981, - IVa ZR 185/80 -, NJW 1982, 43,45
Ziff. 3; BGH, Urteil vom 5. Juli 1972 - IV ZR 125/70 -, BGHZ 59, 343, Rn. 35,
juris.

⁵⁶⁸ BayObLG, Beschluss vom 30. Juli 1974 - 2 Z 28/74 -, NJW 1974, 2323; OLG
Hamm, Beschluss vom 19. September 1994 - 15 W 205/94 -, Rn. 14, juris

⁵⁶⁹ BayObLG, Beschluss vom 30. Juli 1974 - 2 Z 28/74 -, NJW 1974, 2323; OLG
Hamm, Beschluss vom 19. September 1994 - 15 W 205/94 -, Rn. 14, juris

⁵⁷⁰ Beck, DNotZ 1961, 565, 573.

zung der Nacherbengemeinschaft zu vollziehen wäre, bedarf es der Zustimmung sämtlicher Mitnacherben. Anderenfalls greift der Vorerbe durch die vorzeitige Verfügung in unzulässiger Weise in die Rechte der Nacherbengemeinschaft ein, da die Frage der Beeinträchtigung der Nacherben im Sinn von § 2113 BGB nach rechtlichen und nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist.⁵⁷¹

11. Testamentvollstreckung

Der Testamentvollstrecker ist verpflichtet, die Teilungsanordnung des Erblassers umzusetzen, §§ 2203, 2204, 2216 Abs. 2 S. 1 BGB.⁵⁷² Gemeinschaftlich mit allen Erben kann er die Erbengemeinschaft abweichend auseinandersetzen: Anders als bei einer Auflage gibt es keinen Vollziehungsanspruch für andere Personen als die Miterben. Ansonsten ist die Anordnung der Testamentvollstreckung eine der Möglichkeiten, wie der Erblasser die Vollziehung der Teilungsanordnung durch die Erben absichern kann.⁵⁷³

⁵⁷¹ BayObLG, Beschluss vom 30. Juli 1974 - 2 Z 28/74 -, NJW 1974, 2323.

⁵⁷² OLG München, Hinweisbeschluss vom 29. August 2018 - 8 U 3464/17 -, Rn. 29, juris sowie der daran anschließende Verwerfungsbeschluss vom 21. Dezember 2018 - 8 U 3464/17 -, Rn. 18, juris; Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 9.

⁵⁷³ Zu Gestaltungsbeispielen s. unten Siebenter Abschnitt § 4 (Absicherung der Teilungsanordnung), Seite 341.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Teilungsanordnungen dürfen nicht durch das Nachlassgericht nach 2216 Abs. 2 S. 2 BGB aufgehoben werden⁵⁷⁴, da es sich hierbei nicht um „Anordnungen (...) für die Verwaltung“ gem. § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB handelt. Nach vielfach geäußelter Meinung in der Literatur soll eine Aufhebung durch das Nachlassgericht dann möglich sein, wenn die Teilungsanordnung „zugleich“ eine Verwaltungsanordnung sei oder daran „angrenze“.⁵⁷⁵ Dem kann nur insoweit zugestimmt werden, dass Verwaltungsanordnungen durch das Nachlassgericht nach § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB aufgehoben werden dürfen; es handelt sich dann jedoch nicht „auch“ um eine Teilungsanordnung, denn wie oben bereits gezeigt, sind Teilungsanordnung und Verwaltungsanordnung klar voneinander abzugrenzen.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ AA Planck/Ebbecke (1930) § 2048 Ziff. 2 aE.

⁵⁷⁵ Staudinger/Reimann, § 2216, Rn. 29; MüKoBGB/Zimmermann § 2216 Rn. 20; Erman/M. Schmidt, § 2216 Rn. 6; Erman/Bayer, § 2048 Rn. 9; nicht eindeutig: BeckOK BGB/Lange, § 2216 Rn. 35 („kann (...) zusammentreffen“); unklar, ob Lange/Kuchinke § 44 III 5h), S. 1153 dies ausschließlich für die Erben oder auch den Testamentsvollstrecker ablehnen („Ein Außerkraftsetzen durch das Nachlassgericht, wie es der Testamentsvollstrecker nach § 2216 Abs. 2 bei erheblicher Gefährdung des Nachlasses erzielen kann, ist nicht vorgesehen“); aA Muscheler, Rn. 4001.

⁵⁷⁶ Zur Abgrenzung der Teilungsanordnung zur Verwaltungsanordnung s. oben Zweiter Abschnitt § 5 (Abgrenzung zur Verwaltungsanordnung), Seite 127; zur Position des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Dritten iSv § 2048 S. 2 BGB vgl. nachfolgend § 2 E II 4 b) cc) (Der Testamentsvollstrecker hält die Bestimmung für offenbar unbillig), Seite 279.

12. Pflichtteilsrecht

a) Ausschlagungsrecht bei Beschränkung durch Teilungsanordnung, § 2306 BGB

Nach § 2306 BGB kann ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen, wenn er durch „*eine Teilungsanordnung beschränkt*“ ist.

aa) *Begriff der Teilungsanordnung iSv § 2306 Abs. 1 BGB*

§ 2306 BGB verwendete bereits in der Fassung vor der Änderung zum 1.1.2010 (lediglich) den Begriff der Teilungsanordnung und erfasst somit unzweifelhaft jedenfalls § 2048

S. 1 BGB. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB enthält die Norm dagegen nicht.⁵⁷⁷

Gleichwohl ist § 2306 Abs. 1 auch auf eine Anordnung im Sinne von § 2048 S. 2 BGB anzuwenden. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffes „Teilungsanordnung“ Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB vom Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 1 BGB ausschließen wollte. Dies wäre auch nicht sachgerecht. Denn die (erst künftige) Auseinandersetzung nach billigem Ermessen eines Dritten birgt für den pflichtteilsberechtigten Erben

⁵⁷⁷ Zum Begriff der „Teilungsanordnung“ für *sämtliche* Anordnungen nach § 2048 BGB vgl. oben Erster Abschnitt (Einleitung), Seite 29.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

im Vergleich zu einer (bereits mit Eröffnung des Testaments bekannten) Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB noch eher die Gefahr einer Beschränkung. Da dem pflichtteilsberechtigten Erben die konkrete Ausgestaltung der Beschränkung erst später bekannt wird, muss er hier „erst recht“ die Möglichkeit haben, sich durch Ausschlagung nach § 2306 BGB dieser Erbschaft zu entziehen und seinen Pflichtteil zur fordern.⁵⁷⁸

bb) *Beschränkung durch Teilungsanordnung*

In der Literatur wird diskutiert, wie die Formulierung zu verstehen ist, dass die Teilungsanordnung den Pflichtteilsberechtigten „beschränken“ muss, § 2306 Abs. 1 BGB.

aaa) Ausschließlich die benachteiligende Teilungsanordnung berechtigt zur Ausschlagung

Wohl STROHAL hat erstmals angemerkt, dass der Anwendungsbereich des § 2306 BGB bei angeordneter Teilungsanordnung nicht betroffen sei, wenn sich aus ihr lediglich ein *Recht* des Pflichtteilsberechtigten ergäbe.⁵⁷⁹ Er verweist hierzu auf die Erläuterungen zu § 2312 BGB, woraus sich die Differenzierung zwischen dem *Recht* auf und der *Pflicht* zur Über-

⁵⁷⁸ Insgesamt auf § 2048 verweist auch bereits Planck/*Ritgen* (1902) §2306 Nr. 2a).

⁵⁷⁹ Planck/*Strohal* (1908) § 2306 Nr. 2a).

nahme ergibt.⁵⁸⁰ Soweit der Erbe aufgrund der Teilungsanordnung ein Übernahmerecht⁵⁸¹ habe, so bedürfe es keines Rückgriffs auf § 2306 BGB, um ihn von Beschränkungen der Teilungsanordnung zu befreien, denn er muss lediglich das Übernahmerecht nicht ausüben. Daher eröffne ausschließlich die Teilungsanordnung in Form der *Übernahmepflicht*⁵⁸² dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit der Ausschlagung nach § 2306 BGB.⁵⁸³ Als „*ein praktisch wichtiges Beispiel*“ einer beschränkenden Teilungsanordnung nennt STROHAL den Fall, „*daß der Pflichtteilsberechtigte eine an sich nicht der Ausgleichung unterliegende lebzeitige Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen habe*“.⁵⁸⁴

STROHAL hat seine Auffassung etwas verkürzt formuliert, da er lediglich auf denjenigen Erben abstellt, der durch letztwillige Verfügung das Recht oder die Pflicht zur Übernahme erlangt hat. „*Beschränkt*“ durch eine Teilungsanordnung im Sinne des § 2306 BGB sind jedoch im Falle eines Übernahmerechts die übrigen Miterben, die verpflichtet sind, diesen Gegenstand - wenn auch gegen Wertausgleich - an den begünstigten Erben zu übertragen. Darin wird jedenfalls eine Beschränkung der übrigen Erben liegen, auch weil keiner der

⁵⁸⁰ Planck/*Strohal* (1908) § 2312 Nr. 5.

⁵⁸¹ Zum Übernahmerecht s. oben Ziff. II (Übernahmerecht), Seite 148.

⁵⁸² Zur Übernahmepflicht vgl. oben Ziff. I (Übernahmepflicht), Seite 144.

⁵⁸³ Planck/*Strohal* (1908) § 2312 Nr. 5; ebenso: U. Mayer, DNotZ 1996, 422, 424.

⁵⁸⁴ Planck/*Strohal* (1908) § 2306 Nr. 2a).

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

übrigen Erben die Möglichkeit bekommt, den Gegenstand im Rahmen der Versilberung selbst zu erwerben.

BIRKENHEIER sieht eine „Beschränkung“ des Pflichtteilsberechtigten ebenfalls ausschließlich dann, wenn er durch die Teilungsanordnung benachteiligt wird.⁵⁸⁵ Eine benachteiligende Teilungsanordnung setzt gleichfalls RÖTHEL voraus, jedoch ohne dies zu begründen und mit Verweis auf eine Entscheidung des BGH, in der diese Aussage nicht enthalten ist.⁵⁸⁶

bbb) Jede Teilungsanordnung berechtigt zur Ausschlagung

OTTE und LANGE sind der Auffassung, dass eine Unterscheidung zwischen begünstigenden und benachteiligenden Teilungsanordnungen nicht möglich (OTTE) bzw. nicht notwendig (LANGE) sei. Sie begründen dies damit, dass eine „begünstigende Teilungsanordnung“ keine Teilungsanordnung sondern vielmehr ein Vorausvermächtnis sei (das nicht zur Ausschlagung nach § 2306 BGB berechtigten würde, weil die Aufzählung abschließend ist⁵⁸⁷).⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ jurisPK-BGB/Birkenbeier, § 2306 Rn. 29.

⁵⁸⁶ Erman/Röthel, § 2306, Rn. 2 (unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 06. Dezember 1989 - IVa ZR 59/88 -, in dem diese Aussage jedoch nicht enthalten ist).

⁵⁸⁷ Planck/Ritgen (1902) § 2306 Nr. 2a).

⁵⁸⁸ Staudinger/Otte (2015), § 2306, Rn. 11; MüKoBGB/Lange § 2306 Rn. 12; ebenso: BeckOK BGB/Müller-Engels, § 2306 Rn. 7 („überflüssig“) sowie Dauner-Lieb/Grziwotz/Schmidt-Recla, § 2306 Rn. 16.

OBERGFELL meint, dass „*in objektiver Hinsicht keine Benachteiligung eines Miterben eintreten kann*“ und ist der Auffassung, dass im Rahmen des § 2306 BGB nicht geprüft werden dürfe, ob eine Beschränkung belastend sei oder nicht.⁵⁸⁹ Dabei übersieht er jedoch, dass § 2306 BGB keine „Benachteiligung“ des Erben voraussetzt, sondern eine Beschränkung durch die Teilungsanordnung. Zutreffend führt OBERGFELL aus, dass eine Teilungsanordnung „*als Abweichung von den gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln (...) stets alle Miterben (berührt)*“.⁵⁹⁰ Jedoch folgt aus dem Berühren noch keine *Beschränkung* aller Miterben. Denn insbesondere ein Übernahmerecht *beschränkt* ausschließlich diejenigen Erben, denen *nicht* das Recht zur Übernahme zugewandt wurde.⁵⁹¹

ccc) *Eigene Auffassung*

Für das Ausschlagungsrecht nach § 2306 Abs. 1 BGB kommt es maßgebend darauf an, ob die Teilungsanordnung für denjenigen pflichtteilsberechtigten Erben belastend wirkt, der nach § 2306 BGB ausschlagen möchte. Dies folgt eindeutig aus der Formulierung des Gesetzes, in der die *Beschränkung* des pflichtteilsberechtigten Erben durch Teilungsanordnung

⁵⁸⁹ BeckOGK/*Obergfell* § 2306 Rn. 9.

⁵⁹⁰ BeckOGK/*Obergfell* § 2306 Rn. 9.

⁵⁹¹ S. hierzu sogleich lit. ccc)(*Eigene Auffassung*), Seite 230.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

und nicht lediglich die „Anordnung“ oder „Bestimmung“ u.ä. einer Teilungsanordnung vorausgesetzt wird.

Es kommt daher nicht auf eine „allgemein“ (für jeden Erben) gültige Charakterisierung der Teilungsanordnung an, sondern allein darauf, ob die Teilungsanordnung für den Erben, der nach § 2306 BGB ausschlägt, eine Beschränkung darstellt. Eine Teilungsanordnung, die der pflichtteilsberechtigte Erbe befolgen muss, stellt für ihn ebenso eine Beschränkung dar wie für die Erben, die verpflichtet sind, die Teilungsanordnung zu erfüllen. Im Falle des Übernahmerechts stellt die Teilungsanordnung lediglich für die Erben eine Beschränkung dar, die zur Erfüllung verpflichtet sind. Der durch das Übernahmerecht begünstigte Erbe kann sich von der Teilungsanordnung „befreien“, in dem er das Übernahmerecht nicht ausübt, ein Ausschlagungsrecht nach § 2306 BGB steht ihm jedoch nicht zu, weil die Teilungsanordnung ihn nicht beschränkt.⁵⁹²

cc) Fortbestand der Teilungsanordnung

Die Teilungsanordnung muss beim Erbfall noch vollziehbar sein, um ein Ausschlagungsrecht nach § 2306 BGB zu begründen. Ist sie bereits vor dem Erbfall weggefallen - z.B: weil der Gegenstand bereits zu Lebzeiten dem Begünstigten oder

⁵⁹² Ebenso: MAH ErbR/Steinhauer, § 16 Rn. 5.

Dritten zugewandt wurde⁵⁹³ - oder nachträglich mit Rückwirkung - aufgrund erfolgreicher Anfechtung⁵⁹⁴, so entfällt auch die Möglichkeit der Ausschlagung nach § 2306 BGB.⁵⁹⁵

b) Anspruch auf Zusatzpflichtteil, § 2305 BGB

§ 2306 BGB bietet dem pflichtteilsberechtigten Erben die Möglichkeit, sich *vollständig* von einer Erbschaft zu befreien, die durch eine Teilungsanordnung beschränkt ist. Der pflichtteilsberechtigten Erbe, dem neben der Beschränkung mit einer Teilungsanordnung auch noch weniger als sein Pflichtteil als Erbteil hinterlassen wurde, kann alternativ zur Ausschlagung nach § 2306 BGB seinen Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305 BGB geltend machen. Bei der Bestimmung des Wertes des zugewandten Erbteils wird die Teilungsanordnung nicht berücksichtigt, § 2305 S. 2 BGB iVm § 2306 BGB. Durch die Erbrechtsreform mit Wirkung zum 1.1.2010 sollte die frühere Meinungsverschiedenheit überholt sein, ob „Wert“ iSv § 2305 BGB nach der zugewandten Quote („Quotentheorie“) oder dem zugewandten Wert („Werttheorie“) zu ermitteln sei. Angesichts der durch § 2305 S. 2 BGB seit der Erbrechtsre-

⁵⁹³ Vgl. zu diesen „Störfällen“ oben Ziff. 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu oben Ziff. 9 a) bb) (Anfechtung?), Seite 210, sowie Nr. 9 c)cc) (Anfechtung), Seite 218.

⁵⁹⁵ Planck/*Rügen* (1902) § 2306 Nr. 2d).

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

form angeordneten Nichtberücksichtigung von Beschränkungen und Beschwerden lassen sich keine überzeugenden Argumente mehr für die Werttheorie erkennen.⁵⁹⁶

§ 2305 S. 2 BGB bedeutet jedoch lediglich, dass die Teilungsanordnung bei der Prüfung unberücksichtigt bleibt, ob der pflichtteilsberechtigte Erbe weniger als seine Pflichtteilsquote erhalten hat. Schlägt er mithin nicht nach § 2306 BGB aus⁵⁹⁷, so bleibt die Teilungsanordnung für ihn wirksam.⁵⁹⁸

13. Prozessrecht

a) Klageart

Der durch eine Teilungsanordnung begünstigte bzw. betroffene Erbe hat keine prozessuale Möglichkeit, den Vollzug der Teilungsanordnung isoliert von der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im Übrigen zu erreichen: Der Anspruch aus einer Teilungsanordnung kann grundsätzlich nicht gesondert im Wege der Klage geltend gemacht (unzulässige Teilauseinandersetzung). Soweit der BGH in einer Entscheidung erwähnt, dass die Teilungsanordnung „*schuldrechtliche*

⁵⁹⁶ Ebenso: MüKoBGB/Lange § 2305 Rn. 5 mwNachw. auch zur aA.

⁵⁹⁷ Vgl. hierzu soeben lit. a) (Ausschlagungsrecht bei Beschränkung durch Teilungsanordnung, § 2306 BGB), Seite 226.

⁵⁹⁸ MüKoBGB/Lange § 2305 Rn. 8.

Wirkung wie eine Miterbenvereinbarung“ habe, „in ihrem Umfang den Teilungsplan ersetzt und den gesetzlichen Regeln für die Auseinandersetzung vor(geht)“⁵⁹⁹, kann daraus nicht geschlossen werden, dass aus der Teilungsanordnung ein Anspruch begründet wird, der losgelöst von der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im Übrigen geltend gemacht werden könnte.⁶⁰⁰ Nur ausnahmsweise hält der BGH gegen den Willen eines Erben eine gegenständlich beschränkte Teilauseinandersetzung für möglich, „wenn besondere Gründe vorliegen und die Belange der Erbengemeinschaft nicht beeinträchtigt werden“.⁶⁰¹ Im Rahmen einer Auseinandersetzungsklage, die eine endgültige Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zum Ziel hat, ist die Teilungsanordnung im Teilungsplan zu berücksichtigen, für den der Kläger die Zustimmung durch Klage begehrt.⁶⁰²

In der Praxis ist von der Erhebung einer Auseinandersetzungsklage abzuraten, da der Kläger praktisch nie die Teilungsreife des Nachlasses herbeiführen kann, was jedoch für eine zulässige und begründete Auseinandersetzungsklage

⁵⁹⁹ BGH, Versäumnisurteil vom 17. April 2002 - IV ZR 226/00 -, Rn. 11, juris.

⁶⁰⁰ BGH, Urteil vom 14. März 1984 - IVa ZR 87/82 -, NJW 1985, 51, 52 unter Ziff. 4; OLG Rostock, Beschluss vom 27. März 2009 - 3 W 18/09 -, Rn. 9, juris; aA OLG Frankfurt, Urteil vom 21. Oktober 1976 - 6 U 106/75 -, Rn. 138, juris; Staudinger/Werner (2010), § 2042, Rn. 43.

⁶⁰¹ BGH, Urteil vom 13. März 1963 - V ZR 208/61 -, Ls. 1 und Rn. 10, juris.

⁶⁰² Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 18. Juni 2008 - 4 U 726/06 -, Ls. 4 und Rn. 23, juris

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

notwendig wäre.⁶⁰³ Steht die Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis im Streit, so könnte derjenige Erbe, der sich auf ein Vorausvermächtnis beruft, stattdessen eine entsprechende Leistungsklage auf Erfüllung des Vorausvermächtnisses erheben. Inzident würde das Gericht dann entscheiden müssen, ob es sich bei der Zuwendung um eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis handelt. Wer eine Teilungsanordnung behauptet, kann diese Frage im Rahmen einer Feststellungsklage klären lassen. Selbst wenn möglicherweise die Klage auf Zustimmung zum Teilungsplan grundsätzlich als Leistungsklage vorrangig sein könnte, hat der BGH die Zulässigkeit einer „Klage auf Feststellung einzelner Streitpunkte“ ausdrücklich anerkannt, „wenn eine solche Feststellung einer sinnvollen Klärung der Grundlagen der Erbauseinandersetzung dient“.⁶⁰⁴ Zu denken ist hier einerseits an eine isolierte Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO sowie andererseits auch an eine Zwischenfeststellungs(wider)klage nach § 256 Abs. 2 ZPO.

⁶⁰³ Zu den erheblichen Risiken einer Auseinandersetzungsklage vgl. Reißmann/Rißmann, Die Erbengemeinschaft, § 9 Rn. 27 ff sowie Bonefeld/Wachter/Rißmann, § 9 Rn. 280 ff.

⁶⁰⁴ BGH, Urteil vom 27.06.1990 - IV ZR 104/89 -, Rn. 10, juris; BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 191/85 -, Rn. 9, juris: „unbedenklich zulässig“.

b) Beweislast

Grundsätzlich hat im Zivilprozess „jede Partei die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen, dessen Rechtsfolge sie geltend macht“. ⁶⁰⁵ Die Auslegung eines Testaments ist jedoch grundsätzlich eine Frage, „die als solche nichts mit Beweislast zu tun hat, sondern vom Richter beantwortet werden muß“. ⁶⁰⁶ Gleichermäßen handelt es sich bei der „Auslegung einer Willenserklärung (...) weitbin nicht um eine der Beweisaufnahme zugängliche Tatsachenfeststellung, sondern um eine nach bestimmten rechtlichen Regeln vorzunehmende Würdigung“. ⁶⁰⁷ Die Würdigung „hat daher, soweit es nicht um den tatsächlichen (inneren) Willen der Beteiligten oder um sonstiges "Material" geht, das der Auslegung zugrunde zu legen ist, nichts mit Beweislast zu tun und darf dementsprechend auch nicht nach Beweislastgrundsätzen entschieden werden.“ ⁶⁰⁸

Testamentsauslegung erfolgt nach den Grundsätzen der §§ 133, 2084 BGB mit dem Ziel, den wahren Willen des Erblassers zu ermitteln. ⁶⁰⁹ Es ist Sache der Parteien, dem Gericht die Grundlagen für die Auslegung zu verschaffen, in dem sie

⁶⁰⁵ BGH, Urteil vom 24. Februar 1993 - IV ZR 239/91 -, BGHZ 121, 357-367, Rn. 29, juris.

⁶⁰⁶ BGH, Urteil vom 10. Dezember 1986 - IVa ZR 169/85 -, Rn. 18, juris.

⁶⁰⁷ BGH, Urteil vom 10. Dezember 1986 - IVa ZR 169/85 -, Rn. 18, juris.

⁶⁰⁸ BGH, Urteil vom 10. Dezember 1986 - IVa ZR 169/85 -, Rn. 18, juris.

⁶⁰⁹ BeckOGK/Gierl BGB § 2084 Rn. 2; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Kessen § 133 Rn. 3.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

die für eine bestimmte Auslegung sprechenden Umstände darlegen und beweisen.⁶¹⁰ Trägt eine Partei zur Auslegung der letztwilligen Verfügung nichts weiter vor, so darf das Gericht ausschließlich die sich aus der letztwilligen Verfügung selbst ergebenden Umstände berücksichtigen.⁶¹¹ Wer sich zu der von ihm behaupteten Auslegung auf Umstände außerhalb der letztwilligen Verfügung beruft, hat diese Umstände darzulegen und zu beweisen.⁶¹²

Steht zwischen den Parteien das Vorliegen einer Teilungsanordnung im Streit, so gibt es keine Zweifelsregelung in der einen oder anderen Richtung: Es gelten die vorgenannten Grundsätze zur Pflicht der Auslegung durch das Gericht. Anhaltspunkte jenseits des reinen Wortlauts der letztwilligen Verfügung hat somit derjenige darzulegen und zu beweisen, der eine ihm günstige Auslegung - möglicherweise auch entgegen des Wortlauts des Testaments - behauptet. Ist es streitig, ob der Erblasser eine Teilungsanordnung angeordnet hat und führt die Auslegung zu keiner Überzeugungsbildung des

⁶¹⁰ Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Kessen* § 133 Rn. 2.

⁶¹¹ Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Kessen* § 133 Rn. 2 (allgemein zur Auslegung von Willenserklärungen durch das Gericht).

⁶¹² Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Kessen* § 133 Rn. 2 (allgemein zur Auslegung von Willenserklärungen durch das Gericht).

Richters, so muss er sich „*notfalls mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht*“.⁶¹³

Gelangt der Tatrichter durch Auslegung zu dem Ergebnis, dass der Erblasser eine Teilungsanordnung verfügt hat und ist in dem Testament hinsichtlich der Frage der Ausgleichung keinerlei Bestimmungen getroffen, so spricht dieses „*Schweigen des Testaments für einen Wertausgleich*“.⁶¹⁴ Wer sich dagegen darauf beruft, dass er lediglich eine „vergünstigte“ Ausgleichszahlung (geringeren Wertausgleich) zu leisten habe (also unter dem wahren Verkehrswert⁶¹⁵, im Sinne einer überquotalen Teilungsanordnung⁶¹⁶), muss mithin Umstände darlegen und beweisen, die zu einer Auslegung der letztwilligen Verfügung in diesem Sinne führen.

Wer sich darauf beruft, gar *keine* Ausgleichszahlung zu schulden, behauptet damit im Regelfall letztlich das Vorliegen eines Vorausvermächtnisses.⁶¹⁷ Er muss diejenigen Tatsachen

⁶¹³ BGH, Urteil vom 7. Oktober 1992 - IV ZR 160/91 -, Rn. 11, juris.

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 06. Dezember 1989 - IVa ZR 59/88 -, Rn. 29, juris; Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 7; Hausmann/Hohloch/*Everts*, Kapitel 10 I 3, Rn. 12 (S. 849)

⁶¹⁵ Vgl. hierzu oben Ziff. 5 a) (Bestimmung des Übernahmeprices durch den Erblasser), Seite 171.

⁶¹⁶ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

⁶¹⁷ Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Ausgleichszahlung aus entsprechend genannten anderen Gründen verweigert wird (Aufrechnung u.ä.).

darlegen und beweisen, die eine entsprechende für ihn günstige Auslegung der letztwilligen Verfügung stützen.⁶¹⁸

14. Wirkung gegenüber Dritten

Die Teilungsanordnung wirkt ausschließlich zwischen den Mitgliedern der Erbengemeinschaft (auch etwaigen Nacherben⁶¹⁹ und Erbschaftskäufern⁶²⁰). Dritte können aus ihr keine Rechte herleiten. Da der Anspruch aus der Teilungsanordnung untrennbar mit dem Anspruch auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verbunden ist, kann ein Gläubiger eines von einer Teilungsanordnung betroffenen Miterben den durch die Teilungsanordnung zugewandten Gegenstand nicht „vorab“ pfänden.⁶²¹

Ist zur Übertragung von Wohnungseigentum nach § 12 WEG in der Teilungserklärung vereinbart, dass die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist, so bedarf es dieser

⁶¹⁸ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz § 2048 Rn. 1.; zur Abgrenzung der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis vgl. oben Zweiter Abschnitt § 3 (Abgrenzung zum Vorausvermächtnis, § 2150 BGB), Seite 83.

⁶¹⁹ Vgl. hierzu oben Ziff. 10 (Vor- und Nacherbschaft), Seite 223.

⁶²⁰ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 A VII (Übergang auf Erbschaftskäufer), Seite 91.

⁶²¹ Vgl. hierzu bereits oben Zweiter Abschnitt § 3 X (Pfändbarkeit), Seite 94.

Zustimmung auch, wenn durch die Übertragung eine Teilungsanordnung erfüllt werden soll.⁶²²

Der Verkäufer einer Erbschaft haftet dem Käufer darauf, dass die Erbschaft nicht mit einer Teilungsanordnung belastet ist, § 2376 Abs. 1 BGB.⁶²³

B. *Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung*

Die Vollziehung von Teilungsanordnungen in Form des Übernahmerechts sowie der Übernahmepflicht sind keine notwendigen Maßnahmen zur *Vorbereitung* der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Gerade diese Anordnungen können tatsächlich erst im *letzten* Akt der Auseinandersetzung umgesetzt und vollzogen werden. In der Praxis ist die „Auseinandersetzung in Teilschritten“ dagegen die Regel und die Vollziehung der Auseinandersetzung in lediglich *einem* Akt die Ausnahme. Der Begriff der „Auseinandersetzung“ ist dabei weit zu verstehen und umfasst neben der Verteilung des nach Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten (§ 2046 BGB) verbliebenen Überschusses (§ 2047 BGB) auch alle Handlungen, die die Beendigung der gesamthänderischen Bindung des

⁶²² BayObLG, Beschluss vom 29. Januar 1982 - BReg. 2 Z 50/81-, BayObLGZ 1982, 46, 51.

⁶²³ Zur Gewährleistung bei der Erfüllung der Teilungsanordnung vgl. soeben Ziff. 8 (Gewährleistung), Seite 202.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

Vermögens der Erbengemeinschaft vorbereiten.⁶²⁴ Daher sind im Rahmen des § 2048 S. 1 BGB auch solche Anordnungen möglich, die der Vorbereitung der endgültigen Verteilung vorangehen.

I. Anordnung einer Ausgleichspflicht?

Nach § 2050 Abs. 3 BGB kann der Erblasser bei einer Zuwendung an seine Abkömmlinge anordnen, dass die Zuwendung bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach §§ 2050 ff. BGB auszugleichen ist. *Nach* der Zuwendung kann der Erblasser einseitig keine Ausgleichsanordnung durch eine Erklärung unter Lebenden treffen.⁶²⁵ § 2050 Abs. 3 BGB ist hier auch nicht analog anwendbar.⁶²⁶ Der Gesetzgeber hatte im Jahr 2009 zunächst zwar beabsichtigt mit dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, § 2050 BGB um einen vierten Absatz zu ergänzen und dem Erblasser dadurch die Möglichkeit zu geben, eine Ausgleichung nachträglich und einseitig anzuordnen.⁶²⁷ Im Rahmen

⁶²⁴ Ebenso: Lange/Kuchinke § 44 III 5 a), S. 1150; BeckOGK/Rißmann/Szalai BGB § 2042 Rn. 1, 9.

⁶²⁵ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 82/08 -, Rn. 16, juris

⁶²⁶ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 82/08 -, Rn. 15, juris.

⁶²⁷ BT-Drs. 16/13543, 5: verworfene Ergänzung des § 2050 mit einem Abs. 4: „Der Erblasser kann nachträglich Anordnungen über die Ausgleichung oder den Ausschluss der Ausgleichung von Zuwendungen treffen. Die Anordnung erfolgt durch Verfügung von Todes wegen“.

der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Gesetzesentwurf wurde der geplante vierte Absatz dann aber mit der Begründung gestrichen, dass das Vertrauen des Zuwendungsempfängers zu schützen sei, dass nicht nachträglich Auswirkungen der Zuwendung auf den Erbteil entstehen.⁶²⁸

Trifft der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen - und damit auch nachträglich zur Zuwendung - die Anordnung, dass der Begünstigte die Zuwendung „ausgleichen“ muss, so soll dies nach WEIDLICH eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis zu Gunsten der anderen Abkömmlinge sein.⁶²⁹ Tatsächlich kann es sich jedoch ausschließlich um ein Vorausvermächtnis handeln:⁶³⁰ Die Teilungsanordnung würde die wirtschaftliche Beteiligung am Nachlass nicht ändern - genau das soll jedoch gerade durch die Ausgleichsanordnung erreicht werden. Gleiches muss auch gelten, wenn der Erblasser die gesetzliche Ausgleichspflicht nach § 2050 BGB durch letztwillige Verfügung von Todes wegen *ausschließen* will: Würde man diese Ausschließung als Teilungsanordnung ansehen, so hätte der Begünstigte die Zuwendung im Verhältnis zu den Miterben auszugleichen, so

⁶²⁸ BT-Drs. 16/13543, 12; vgl. hierzu auch BeckOGK/*Rißmann* BGB § 2050 Rn. 70, 72.1.

⁶²⁹ Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 3.

⁶³⁰ Muscheler, Erbrecht, Rn. 4000 Fn. 348; MüKoBGB/*Ann* § 2050 Rn. 31.

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

dass die lebzeitige Zuwendung bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft jedenfalls noch anteilig zu berücksichtigen wäre.

Ordnet der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen an, dass ein Abkömmling „*ein Vermächtnis auszugleichen*“ hat, so kann darin allerdings eine Teilungsanordnung dahingehend gesehen werden, dass der Abkömmling bei der Auseinandersetzung sich den Wert des zugewandten Gegenstands auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss.⁶³¹

II. Anordnungen zur Versilberung und Begleichung von Verbindlichkeiten

Der Erblasser kann durch Teilungsanordnung bestimmen, in welcher Reihenfolge Nachlassgegenstände versilbert oder Nachlassverbindlichkeiten beglichen werden sollen.⁶³² Die praktische Bedeutung dieser Möglichkeiten sind gering: In der Rechtsprechung ist kein Fall ersichtlich, wo derartige Teilungsanordnungen eine Rolle gespielt hätten. Es sind auch kaum Konstellationen denkbar, wo sich ein Gestaltungsvorteil ergäbe, wenn der Erblasser die Reihenfolge der Versilberung bestimmen würde, da die Versilberung sich letztendlich auf

⁶³¹ Planck/*Strohal* (1908) § 2050 Ziff. 4b) aE.; BeckOGK/*Rißmann*, BGB § 2050 Rn. 71.

⁶³² Stenger, S. 23; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4000.

den gesamten Nachlass beziehen muss. Will der Erblasser dagegen eine Versilberung *ausschließen*, so bedarf es entweder der Zuwendung des betreffenden Gegenstandes an einen Erben durch Teilungsanordnung bzw. Vorausvermächtnis oder eines gegenständliche beschränkten Teilungsverbot, § 2044 Abs. 1 BGB.

Ebenso bedeutungslos wäre (und ist in der Praxis daher) die Möglichkeit der Bestimmung der Reihenfolge der Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten. Es wäre mit einer derartigen Regelung nicht einmal eine Vereinfachung der Vorbereitung der Auseinandersetzung zu erwarten: Denn entweder die Erben sind ohnehin einsichtig und wirken bei der Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten entsprechend ihrer Verpflichtung aus § 2046 BGB mit oder aber sie müssen hierzu durch Klage gezwungen werden. Ob sich eine derartige Klage nun auf Erfüllung der Teilungsanordnung oder Mitwirkung bei der Auseinandersetzung durch Erfüllung der Nachlassverbindlichkeit bezieht, macht im Ergebnis und von der zeitlichen Verzögerung keinen Unterschied.

Anordnung des Erblassers, die einem (oder mehreren) Miterben oder außerhalb der Erbengemeinschaft stehenden Personen weitergehende Befugnisse im Rahmen der Ausein-

§ 1 Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB

andersetzung einräumen sind - jedenfalls wenn insoweit keine Testamentsvollstreckung angeordnet ist - Anordnungen iSv § 2048 S. 2 BGB.⁶³³

Eine Teilungsanordnung des Erblassers, die bestimmt, welcher Erbe im Innverhältnis eine Nachlassverbindlichkeit zu tragen hat, wurde bereits oben behandelt.⁶³⁴

III. Änderung eines Gesellschaftsvertrages

Der Erblasser kann im Rahmen einer Teilungsanordnung anordnen, dass für die Auseinandersetzung unter den Erben der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft zu ändern ist, wenn es außer den Erben keine weiteren Gesellschafter gibt.⁶³⁵

C. Anordnung eines Schiedsgerichts

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit der Anordnung eines Schiedsgerichts nach § 1066 ZPO durch Teilungsanordnung bereits im Rahmen des § 2048 S. 1 BGB gesehen und wollte dies nicht etwa als eine „Bestimmung Dritter“ iSv § 2048 S. 2

⁶³³ RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110 270, 273; zu Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB vgl. unten § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB), Seite 247.

⁶³⁴ Vgl. hierzu oben § 1 A I 2 (Zuweisung von Verbindlichkeiten), Seite 146.

⁶³⁵ BGH, Urteil vom 26. März 1990 - II ZR 123/89 -, Rn. 17, juris; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4000.

und 3 BGB verstanden wissen. Denn die Fassung des § 2048 BGB im I. Entwurf zum BGB (dort § 2152) lautete zunächst ausschließlich:

„Der Erblasser kann durch Verfügung von Todeswegen Anordnungen für die Auseinandersetzung der Erben, insbesondere für die Art der Theilung, treffen.“⁶³⁶

Schon in der Fassung des I. Entwurfes - noch ohne Satz 2 und 3, die erst im II. Entwurf zum BGB ergänzt wurden - sah man die Möglichkeit der Anordnung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser als mögliche „*Folge*“ an.⁶³⁷ Die Anordnung eines Schiedsgerichts richtet sich daher ausschließlich nach § 2048 S. 1 BGB. Der Erblasser kann jedoch sowohl ein Schiedsgericht nach § 2048 S. 1 BGB einsetzen und außerdem (daneben) einen Dritten nach § 2048 S. 2 BGB bestimmen.⁶³⁸

⁶³⁶ I. Entwurf der 1. Kommission, zit. nach Horn, MatK ErbR, § 2048 Rn. 5.

⁶³⁷ Motive Band V, 688, zit. nach Mugdan Band V, 370 sowie LXXXIX (Gegenüberstellung des I. und II. Entwurfes).

⁶³⁸ Stenger, S. 29.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

Das BGB bietet dem Erblasser verschiedene Möglichkeiten, Entscheidungen nach seinem Tod anderen Personen anzuvertrauen. Zu nennen sind hier die Bestimmungsmöglichkeit einer Auflage (§ 2193 Abs. 1 BGB), allgemein die Anordnung einer Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff. BGB) und im speziellen die Ernennung des Testamentsvollstreckers durch einen Dritten bzw. das Nachlassgericht (§§ 2198, 2200 BGB) sowie das Verteilungsvermächtnis mit Anteilsbestimmungsrecht (§§ 2151, 2153 BGB) und das Wahl-, Gattungs- und Zweckvermächtnisse (§§ 2154-2156 BGB). Diese Möglichkeiten werden in der Gestaltungspraxis unterschiedlich häufig genutzt: Während sich verschiedene Varianten der Testamentsvollstreckung in vielen letztwilligen Verfügungen finden, sind Anordnungen von Verteilungsvermächtnissen mit Anteilsbestimmungsrecht und Wahl-, Gattungs- und Zweckvermächtnis selten und die Nutzung der Bestimmungsmöglichkeit einer Auflage die Ausnahme.

Eine in der Praxis noch weniger beachtete⁶³⁹, gleichwohl aber im höchsten Maße nützliche Regelungsvariante bietet § 2048 S. 2 BGB. Auch hier kann der Erblasser das Schicksal des Nachlasses teilweise in die Hände eines Dritten legen: Statt selbst nähere Anweisungen zu geben, ordnet der Erblasser an, dass die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Eine derartige Anordnung kommt nicht nur den Wünschen vieler Erblasser entgegen (die „*heute*“ nicht wissen, wie „*morgen*“ der Nachlass idealerweise unter ihren Erben auseinandergesetzt werden sollte), sondern sie würde auch zahlreiche Streitfälle im Rahmen der Auseinandersetzung vermeiden.

Nur auf den ersten Blick mag dies im Widerspruch zu § 2065 BGB stehen. Nach § 2065 BGB ist es nicht zulässig, einen Dritten eine *Person* benennen zu lassen, die eine Zuwendung erhalten soll, oder den *Gegenstand* einer Zuwendung festlegen zu lassen. Bei einer Auseinandersetzungsanordnung nach § 2048 S. 2 BGB ist die Person der Erben jedoch bekannt und daher auch die dingliche Zuordnung des Nachlas-

⁶³⁹ Dies spiegelt sich auch darin wieder, dass es zu § 2048 S. 2 und 3 BGB kaum veröffentlichte Gerichtsentscheidungen gibt und in der Literatur zur Gestaltung von Testamenten und Formularsammlungen Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB entweder gar nicht oder ausschließlich im Rahmen der Regelung einer Testamentsvollstreckung betrachtet werden, vgl. hierzu auch unten Siebenter Abschnitt § 5 (Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB), Seite 342.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

ses (als Haftungsmasse für Nachlassgläubiger) gewiss; lediglich die Verteilung der Nachlassgegenstände auf die Erben ist ungewiss und vom Willen des Dritten abhängig. Ungeachtet der Frage, welchen Normzweck man somit in § 2065 BGB sehen mag⁶⁴⁰, regelt der Erblasser auch bei einer Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB das Wesentliche jedenfalls selbst, da der Dritte ausschließlich die Art und Weise der Auseinandersetzung bestimmen, dabei jedoch keine Wertverschiebung der Zuwendungen vornehmen darf. Schließlich bietet § 2048 S. 3 BGB den Erben einen Schutz, indem er offensichtlich unbillige Bestimmungen des Dritten durch Urteil ersetzen lassen kann.

Es ist nicht erforderlich - aber möglich -, dass zugleich Testamentsvollstreckung angeordnet wird. Bestimmt der Erblasser im Rahmen der Anordnung der Testamentsvollstreckung, dass der Testamentsvollstrecker *„alle Rechte und Befreiungen haben (soll), die einem Testamentsvollstrecker gesetzlich eingeräumt werden können“*, so kann dies eine Auseinandersetzung nach billigem Ermessen gemäß § 2048 S. 2 BGB einschließen.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Zum Streitstand BeckOGK/*Gomille* BGB § 2065 Rn. 3 ff.

⁶⁴¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 74, juris.

A. Person des Dritten

„Dritter“ iSv § 2048 S. 2 BGB kann jede Person sein, auch ein Miterbe, denn es ist nicht erforderlich, dass der Dritte außerhalb der Erbengemeinschaft steht, also ein „echter Dritter“ ist.⁶⁴² Ebenso über den reinen Wortlaut hinaus („eines Dritten“) können auch mehrere Personen, beispielsweise die Mehrheit der Miterben, vom Erblasser bestimmt werden, die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen vorzunehmen.⁶⁴³

Auch ein Testamentsvollstrecker kann als Dritter berufen werden⁶⁴⁴, jedoch hat andersherum der berufene Dritte nicht automatisch die Stellung eines Testamentsvollstreckers.⁶⁴⁵ Zu prüfen ist aber stets, ob möglicherweise mit der Benennung des Dritten auch dessen Ernennung als Testamentsvollstrecker unter Beschränkung seiner Aufgaben gemeint ist, vgl. § 2208 BGB.⁶⁴⁶

Eine Anordnung gem. § 2048 S. 2 BGB kann auch dann vorliegen, wenn Sachverständige den Übernahmepreis zu ermitteln haben, zu dem ein Miterbe einen Nachlassgegen-

⁶⁴² RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110 270, 274.

⁶⁴³ RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110 270, 274.

⁶⁴⁴ Westermann, FS Möhring, 1965, 183, 197; MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 19.

⁶⁴⁵ Planck/*Ritzgen* (1902) § 2048 Nr. 3.

⁶⁴⁶ Staudinger/*Löhnig* § 2048 Rn. 10; zur Abgrenzung vgl. oben Zweiter Abschnitt § 6 (Abgrenzung zur Testamentsvollstreckung), Seite 132.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

stand übernehmen soll oder darf.⁶⁴⁷ Die Anordnung eines Schiedsgerichts ist dagegen *keine* Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB, sondern vielmehr eine Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne gem. § 2048 S. 1 BGB.⁶⁴⁸

B. Billiges Ermessen des Dritten

Der Dritte hat die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen durchzuführen. Aufgabe des Dritten ist es somit jedenfalls, nach billigem Ermessen einen Auseinandersetzungplan aufzustellen, wobei er an die gesetzlichen Teilungsregeln nicht gebunden ist.⁶⁴⁹ Wie oben bereits gezeigt⁶⁵⁰ geht der Begriff der Auseinandersetzung über den Begriff der Teilung (des Überschusses nach § 2046 BGB) hinaus und bezieht sämtliche Maßnahmen im Rahmen der Vorbereitung der Teilung des Überschusses nach §§ 2042 ff. BGB mit ein. Der Dritte kann somit beispielsweise zur Versilberung die freihändige Veräußerung eines Nachlassgrundstücks an Stelle der

⁶⁴⁷ OLG Rostock, Urteil vom 15. April 1918, -1 ZS- OLGE 36, 242; vgl. zum Übernahmerecht auch oben Fünfter Abschnitt § 1 A II (Übernahmerecht), Seite 148.

⁶⁴⁸ Vgl. hierzu oben § 1 C (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 245.

⁶⁴⁹ Kipp/Coing, § 117 IV 2; Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 11; MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn. 19; Eberl-Borges, S. 115.

⁶⁵⁰ Vgl. hierzu oben § 1 (Teilungsanordnung im eigentlichen Sinne, § 2048 S. 1 BGB), Seite 141.

Zwangsversteigerung bestimmen.⁶⁵¹ Der Erblasser kann seine Anordnung im Rahmen des § 2048 S. 2 BGB auch näher beschreiben (und hierdurch einschränken) und bestimmen, dass ein Mehrheitsbeschluss der Erben für den freihändigen Verkauf genügend ist.⁶⁵²

Gerade auch weil der Dritte nicht an die gesetzlichen Teilungsregeln gebunden ist (wo wäre sonst sein Ermessenspielraum?) kann der Dritte die Aufteilung einzelner Nachlassgegenstände auf die Erben bestimmen, beispielsweise wenn eine Versilberung praktisch nicht möglich oder wirtschaftlich ist. Genauso kann der Dritte aber auch bestimmen, dass Hausrat vollständig zu entsorgen ist und keine - häufig aussichtslosen - Versuche der Veräußerung (oder Anrechnung im Rahmen der Entrümpelung) unternommen werden müssen. Der praktische Vorteil dieser Freiheit des Dritten ist enorm und kaum zu unterschätzen. Umso erstaunlicher - regelrecht unverständlich -, ist es, dass Regelungen nach § 2048 S. 2 BGB in der Praxis die absolute Ausnahme sind, wobei sie doch regelmäßig dem Bedürfnis der Testierenden nach einer gewissen Freiheit und Flexibilität zugunsten der Erben entsprechen würden.

⁶⁵¹ Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 11; RGRK-BGB/*Kregel* § 2048 Rn. 6.

⁶⁵² RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110 270, 273.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

C. *Bestimmung des Dritten*

Die Bestimmung des Dritten ist eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung.⁶⁵³

COING meint, der Zugang der Bestimmung bei *einem* Miterben genüge.⁶⁵⁴ EBERL-BORGES erörtert, ob § 318 Abs. 1 BGB entsprechend angewandt werden könnte (und mithin die Bestimmung danach lediglich einem Erben gegenüber erfolgen müsse).⁶⁵⁵ Sie weist mit Recht darauf hin, dass der Hintergrund des § 318 Abs. 1 BGB ein anderer ist als bei der Bestimmung des Dritten nach § 2048 S. 2 BGB: Dort haben sich die Vertragsschließenden zuvor auf den Dritten verständigt, weswegen er ihr besonderes Vertrauen genießt. Die Bestimmung ausschließlich gegenüber einem Vertragsschließenden (wobei es ohnedies meist nur zwei sein werden) dient mithin auch der Beschleunigung der Leistungsbestimmung.⁶⁵⁶

Hier hat dagegen der *Erblasser* den Dritten bestimmt, besonderes Vertrauen der Erben gegenüber dem Dritten besteht daher bestenfalls zufälligerweise. Wenn jedoch ein besonderes

⁶⁵³ Enneccerus/Kipp/Wolff/Coing, Erbrecht, § 108 Ziff. IV 2, S. 408; Eberl-Borges, S. 116, jedoch ausschließlich bezogen auf einen Auseinandersetzungsplan.

⁶⁵⁴ Enneccerus/Kipp/Wolff/Coing, Erbrecht, § 108 Ziff. IV 2, S. 408 (jedoch ohne Begründung).

⁶⁵⁵ Eberl-Borges, S. 116.

⁶⁵⁶ Motive Band II, 194, zit. nach Mugdan Band II, 106.

Vertrauensverhältnis fehlt, „*kommt es vor allem darauf an, dass alle Miterben schnelle und zuverlässige Kenntnis vom Auseinandersetzungspan erlangen*“. ⁶⁵⁷ Gerade bei einer zerstrittenen Erbengemeinschaft ist im übrigen eine verlässliche Weitergabe der Informationen nicht gesichert. ⁶⁵⁸ Eine analoge Anwendung von § 318 Abs. 1 BGB scheidet daher aus. Die Mitteilung des Dritten über seine Bestimmung hat daher gegenüber *sämtlichen* Miterben zu erfolgen (wie auch der Testamentsvollstrecker im Rahmen des § 2204 Abs. 2 BGB sämtliche Erben anhören muss). ⁶⁵⁹

D. Verzögerung und sonstige Hindernisse bei der Bestimmung

Im Gegensatz zu § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB regelt § 2048 BGB nicht den Fall der Verzögerung bei der Bestimmung durch den Dritten. Ebenso wenig ist der Fall geregelt, dass der Dritte vor oder nach dem Erbfall durch Geschäftsunfähigkeit oder Tod wegfällt, also die Bestimmung nicht „*treffen kann oder will*“, § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB. Aus den Motiven zum BGB ist nicht erkennbar, dass diese Auslassung bei § 2048 BGB absichtlich geschehen ist. Es ist auch sonst kein Grund er-

⁶⁵⁷ Eberl-Borges, S. 117.

⁶⁵⁸ Eberl-Borges, S. 117.

⁶⁵⁹ Eberl-Borges, S. 117.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

sichtlich, der gegen die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB spräche.

In der älteren Literatur wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass die Anordnung des Erblassers unbeachtlich sei, wenn der Dritte die Entscheidung nicht treffen wolle: Die Auseinandersetzung habe dann entsprechend den gesetzlichen Regeln nach §§ 2042 ff. BGB zu erfolgen.⁶⁶⁰

Für den Fall der Verzögerung wählte HEILFRON eine Analogie zu § 2151 Abs. 3 BGB. Danach soll dem Dritten durch das Nachlassgericht zunächst eine Frist zu setzen sein. Nach dem fruchtlosen Ablauf wäre der Dritte dann als nicht berufen anzusehen.⁶⁶¹

Maßgebend ist hier jedoch - wie bei der Mehrzahl der erbrechtlichen Regelungen - der Wille des *Erblassers* und - wenn dieser keinen Ausdruck in der letztwilligen Verfügung von Todes wegen gefunden hat - sein *mutmaßlicher* Wille. Hat der Erblasser die Bestimmung des § 2048 S. 3 BGB nicht

⁶⁶⁰ Strohal, § 65 III 3, S. 357 („als ob der Erblasser eine Anordnung der bezeichneten Art nicht getroffen hätte“) sowie Fn. 13; Leonhard, § 2048 III; Heilfron, S. 189 (lit. a); Staudinger/*Herzfelder* (1914), § 2048 Ziff. 2 Abs. 3 aE.; aA Planck/*Ritgen* (1902) § 2048 Nr. 3 (Bezugnahme auf § 319 BGB); im Ergebnis ebenso: Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 3 (§ 319 Abs. 1 S. 2 entsprechend); im Einzelnen hier zu sogleich Ziff. 4 (Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 3 Hs. 2 BGB)), Seite 267.

⁶⁶¹ Heilfron, S. 189; ebenso: Kipp-Coing § 118 V 2.

ausgeschlossen, so ging er davon aus, dass ein Gericht „erst Recht“ durch Urteil zu entscheiden habe, wenn die Bestimmung des Dritten ausbleibt. Daher wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass der Erblasser auch im Falle der Verzögerung, Wegfall des Dritten u.ä. eine Bestimmung gewollt hätte.⁶⁶²

„Verzögerung“ ist dann wie bei § 319 BGB zu verstehen und nicht mit Verzug gleichzusetzen. Verschulden ist daher nicht erforderlich; ausreichend ist vielmehr, dass die Handlung nicht innerhalb objektiv angemessener Zeit vorgenommen wird.⁶⁶³

Etwas anderes gilt selbstverständlich für den Fall, dass der Erblasser für diesen Fall die Anwendung des § 2048 S. 3 BGB ausdrücklich ausgeschlossen hat (was möglich ist). In der Praxis kommen derartige Ausschlüsse jedoch nicht vor, da bereits Regelungen nach § 2048 S. 2 BGB die Ausnahme sind.

Ist in der Anordnung der Bestimmung durch einen Dritten gleichzeitig die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabengebiet zu sehen

⁶⁶² RGRK-BGB/*Kregel* § 2048 Rn. 9; Staudinger/Boehmer/Lehmann/Senbold (1954) § 2048 Rn. 14; Staudinger/*Werner* (1989) § 2048 Rn. 16; Palandt/*Edenhofer* (1994) § 2048 Rn. 9; Erman/Bayer § 2048 Rn. 10.

⁶⁶³ BGH, Urteil vom 26. Oktober 1989, - VII ZR 75/89-, NJW 1990, 1231, 1232.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

(§ 2208 BGB)⁶⁶⁴, so kommt die Entlassung des Testamentsvollstreckers in Betracht, wenn er die Bestimmung verweigert, verzögert oder schlicht unterlässt.⁶⁶⁵

E. Rechtsfolgen der Bestimmung des Dritten

I. Bestimmung nicht offenbar unbillig

Die Bestimmung des Dritten nach § 2048 S. 2 BGB hat - wie die Teilungsanordnung des Erblassers nach § 2048 S. 1 BGB auch -⁶⁶⁶ keine dingliche Wirkung. Vielmehr führt sie zur schuldrechtlichen Verpflichtung der Miterben, den Nachlass entsprechend der Bestimmung des Dritten auseinanderzusetzen und z.B. an einer Verfügung über Nachlassgegenstände nach § 2040 BGB entsprechend der Bestimmung des Dritten mitzuwirken.⁶⁶⁷ Eine entsprechende Klage eines Miterben (nicht des Dritten, es sei denn, dass er selber Miterbe ist) wäre daher auf Mitwirkung an der Verfügung zur Umsetzung der Bestimmung der Auseinandersetzungsanordnung des Dritten zu richten.⁶⁶⁸ Außenstehende können aus der Bestimmung des

⁶⁶⁴ S. hierzu oben lit. A (Person des Dritten), Seite 250.

⁶⁶⁵ Heilfron, S. 189.

⁶⁶⁶ Vgl. oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 1 (Schuldrechtliche Wirkung), Seite 154.

⁶⁶⁷ RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110, 270, 274; Strohal (1904), § 65 III 3, S. 113.

⁶⁶⁸ RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110 270, 274.

Dritten keine Rechte herleiten und sind nicht an den Inhalt des Auseinandersetzungsplans des Dritten gebunden.⁶⁶⁹

Zwar ist die (nicht offenbar unbillige) Bestimmung des Dritten für die Erben verbindlich. Da den Erben aber - anders als bei der Testamentsvollstreckung (§ 2205 S. 2 BGB) - die Verfügungsbefugnis nicht entzogen ist, können sie sich einvernehmlich über die Bestimmung des Dritten hinwegsetzen, §§ 2040, 137 S. 2 BGB.⁶⁷⁰ Mithin bedarf es „erst recht“ keiner Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 2 Hs. 2 BGB), wenn sich die Erben über die „offenbare Unbilligkeit“ einig sind.⁶⁷¹ Der Erblasser muss ggf. durch begleitende Verfügungen verhindern (Anordnung Testamentsvollstreckung, bedingte Erbeinsetzung, Auflage zur Befolgung der Bestimmung des Dritten⁶⁷²), wenn er Wert darauf legt, dass die Bestimmung des Dritten beachtet wird. Regelmäßig wird der Erblasser bei Einstimmigkeit der Erben gegen die Bestimmung des Dritten jedoch damit einverstanden sein, dass

⁶⁶⁹ Kleinschmidt, S. 611/612 vgl. auch zur Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB oben § 1 III 14 (Wirkung gegenüber Dritten), Seite 239.

⁶⁷⁰ RG, Urteil vom 16. März 1925, -IV 118/24-, RGZ 110, 270, 274; Strohal (1896), § 65 III 3, S. 122; RGRK-BGB/*Kregel* § 2048, Rn. 6; Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 13; Kleinschmidt, S. 620.

⁶⁷¹ RGRK-BGB/*Kregel* § 2048 Rn. 8.

⁶⁷² Vgl. hierzu auch unten Siebenter Abschnitt § 4 (Absicherung der Teilungsanordnung), Seite 341.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

die Bestimmung durch den Dritten entbehrlich ist und daher deren Vollzug in diesen Fällen nicht abgesichert werden muss.

Räumt der Erblasser dem Dritten dagegen ausdrücklich auch das Recht ein, über die Nachlassgegenstände zu verfügen, so liegt darin – auch - die Anordnung einer Testamentsvollstreckung (möglicherweise mit beschränktem Aufgabengebiet, § 2208 BGB). Denn nur so erhält der Dritte die Befugnis, anstelle der Miterben zu verfügen, §§ 2205 S. 2, 2040 BGB. Keine Auslegungsbedürfnisse ergeben sich, wenn der Dritte ohnehin sogleich vom Erblasser ausdrücklich zum Testamentsvollstrecker ernannt wird: In diesem Fall vollzieht der Dritte die von ihm vorgenommene Bestimmung selbst, § 2205 S. 2 BGB.

Hat der Erblasser angeordnet, dass die Mehrheit der Erben Nachlassgegenstände freihändig veräußern darf (anstelle der Versilberung durch Zwangsversteigerung bzw. Pfandverkauf), so ist zu erwägen, ob die Erbenmehrheit nunmehr auch *verfügen* darf. Man könnte hier eine Parallele zur kritikwürdigen Rechtsprechung des BGH zur Möglichkeit der Mehrheitsverfügung der Erbengemeinschaft im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung nach § 2038 Abs. 1, Hs. 1 BGB

ziehen.⁶⁷³ Beurteilungsmaßstab für Maßnahmen zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist jedoch nicht § 2038 BGB. Denn während (Verwaltungs-)Maßnahmen iSv § 2038 BGB auf Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung laufender Verbindlichkeiten des Nachlasses gerichtet sind⁶⁷⁴, zielt die Auseinandersetzung letztlich ausschließlich auf die Verteilung des Nachlasses unter den Erben - und das ist keine Verwaltung.⁶⁷⁵ Möchte der Erblasser mithin der Erbenmehrheit auch das Verfügungsrecht einräumen, so bedarf es auch hier der – ergänzenden - Anordnung einer Testamentsvollstreckung. In diesen Fällen (die Erben*mehrheit* ist „Dritter“ iSv § 2048 S. 2 BGB), ergeben sich Gestaltungsprobleme, wenn nun gewünscht ist, dass *sämtliche* bestimmungsberechtigten Personen gleichzeitig auch Testamentsvollstrekker sein sollen: Bei Abfassung des Testamentes sind die Personen nicht bekannt, weil der Erblasser noch nicht wissen kann, welche Mehrheiten sich ergeben werden. Man wird möglicherweise darauf ausweichen können, dass der Erblasser

⁶⁷³ Zur Kritik vgl. ausführlich Reißmann/*Reißmann*, Die Erbengemeinschaft, § 4 D IV 4 Rn. 79 ff.

⁶⁷⁴ BGH, Urteil vom 28 September 2005 - IV ZR 82/04-, Rn 12, juris unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 22 Februar 1965 - III ZR 208/63-, FamRZ 1965, 267, 269; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Februar 1995 - 7 U 69/94-, OLGR 1995, 301; Staudinger/*Löhnig* § 2038 Rn 6.

⁶⁷⁵ Reißmann/*Reißmann*, Die Erbengemeinschaft, § 8 B II 1 Rn. 14.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

die Mehrheit der Erben zum ernennungsberechtigten Dritten iSv § 2198 Abs. 1 BGB ernennt, die sodann berechtigt sein sollen, aus dem Kreis der Miterben *einen* Testamentsvollstrecker zu ernennen.⁶⁷⁶

II. Bestimmung offenbar unbillig

Die Ermessensentscheidung des Dritten ist für die Erben erst dann unverbindlich, wenn sie *offenbar* unbillig ist. Es ist mithin nicht jedwede Unbilligkeit und Abweichung von einer möglicherweise rechnerisch „richtigen“ Entscheidung „*offenbar unbillig*“ iSv § 2048 S. 3 BGB. Die Leistungsbestimmung des Dritten ist vielmehr nur dann „*offenbar unbillig*“, wenn die Maßstäbe der Einzelfallgerechtigkeit in so grober Weise verletzt sind, dass sich die Unbilligkeit zwar nicht jedermann, jedoch dem unbefangenen Sachkundigen sofort aufdrängt.⁶⁷⁷ Dabei kann „Offenbarkeit“ auch noch dann vorliegen, wenn sie sich im Prozess erst nach einer Aufklärung des Sachverhalts durch Beweisaufnahme ergibt.⁶⁷⁸

§ 2048 S. 3 BGB verwendet hier dieselbe Begrifflichkeit wie § 319 S. 1 BGB, weswegen die entsprechende Literatur

⁶⁷⁶ Vgl. hierzu BeckOGK/*Leitzgen* BGB § 2198 Rn. 14.

⁶⁷⁷ BGH, Urteil vom 26 April 1991 -V ZR 61/90-, NJW 1991, 2761; OLG Rostock, Urteil vom 15. April 1918, -1 ZS- OLGE 36, 242.

⁶⁷⁸ OLG Köln, Urteil vom 25. Mai 1960 - I ZS 85/49-, OGHZ 4, 39, 44.

und Rechtsprechung zur Bestimmung des Begriffes in § 2048 S. 3 BGB (ergänzend) herangezogen werden kann.⁶⁷⁹

1. Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 319

Abs. 1 BGB

„Offenbare Unbilligkeit“ geht weiter als ein bloßer Ermessensfehler. Im Rahmen von § 319 BGB hat der BGH die offenbare Unbilligkeit als „eine Zwischenstufe zwischen dem billigen Ermessen einerseits und der Willkür andererseits“ bezeichnet.⁶⁸⁰ Die Entscheidung „ist nur dann ‚offenbar unbillig‘, wenn sie den Grundsatz von Treu und Glauben in grober Weise verletzt und wenn sich ihre Unrichtigkeit dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängen muß“.⁶⁸¹ Offenbare Unbilligkeit ist danach nicht gleichzusetzen mit (bloßer) offener Unrichtigkeit („Billigkeit ist größer als das Recht“⁶⁸²): Neben der Unrichtigkeit der Entscheidung muss ein Verstoß gegen Treu und Glauben hinzutreten.⁶⁸³

⁶⁷⁹ OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 76, juris; Nichtannahmebeschluss des BGH vom 25. Februar 1998, - IV ZR 96/97 -, LG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2017 - 5 O 487/83 -, Rn. 222, juris.

⁶⁸⁰ BGH, Urteil vom 14. Oktober 1958 - VIII ZR 118/57 -, NJW 1958, 2067.

⁶⁸¹ BGH, Urteil vom 14. Oktober 1958 - VIII ZR 118/57 -, NJW 1958, 2067/2068; BGH, Urteil vom 26. April 1961 - V ZR 183 -, II 2 b), BeckRS 1961, 31348737; BGH, Urteil vom 26. April 1991 - V ZR 61/90 -, Rn. 11, juris.

⁶⁸² Cohn, § 2048, Spruch 3.

⁶⁸³ BGH, Urteil vom 26. April 1991 - V ZR 61/90 -, Rn. 12, juris; MüKoBGB/Würdinger, § 319 Rn. 6.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

Für die Beantwortung der Frage, ob die Bestimmung offenbar unbillig ist, kommt es weder auf ein Verschulden noch auf die Motive an, von denen der Dritte sich bei der Auseinandersetzung hat leiten lassen und aufgrund derer er zu seiner Entscheidung gelangt ist. Es genügt, dass die Unbilligkeit objektiv vorhanden ist: maßgeblich ist allein das Ergebnis.⁶⁸⁴ Der Dritte hat einen erheblichen Ermessensspielraum, der auch nicht eingeengt werden darf. Andernfalls würde dies die Gefahr von Streitigkeiten auslösen, die durch die Übertragung der Bestimmung auf den Dritten gerade verhindert werden sollte.⁶⁸⁵ Nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1991 ist „eine Ergebnisdifferenz von nur 16,79 % (...) so geringfügig, daß sie kein erhebliches Ausmaß hat“ und mithin noch nicht offenbar unbillig ist.⁶⁸⁶ In einer Entscheidung aus dem Jahr 1961 wurde eine Abweichung von 22,4 % noch nicht als grobe Verletzung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben angesehen, ohne jedoch dort auf eine *prozentuale* Abweichung abzustellen.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ BGH Urteil vom 25. Juni 1952, -II ZR 104/51 -, BGHZ 6, 335, 341 (obiter dictum); BGH, Urteil vom 3. November 1995 - V ZR 182/94 -, Rn. 37, juris; MüKoBGB/Würdinger, § 319 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, § 319 Rn. 3.

⁶⁸⁵ BGH, Urteil vom 26. April 1961 - V ZR 183/59 -, II 2 b), BeckRS 1961, 31348737; MüKoBGB/Würdinger, BGB § 319 Rn. 8.

⁶⁸⁶ BGH, Urteil vom 26. April 1991 - V ZR 61/90 -, I S und Rn. 17, juris.

⁶⁸⁷ BGH, Urteil vom 26. April 1961 - V ZR 183 -, II 2 b), BeckRS 1961, 31348737: Vom Schiedsgutachter ermittelter Grundstückspreis von 38.400 DM

2. Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 2048

S. 2 BGB

Ergänzend zu den soeben im Rahmen von § 319 BGB aufgezeigten Grundsätzen kann sich aus dem Blickwinkel des § 2048 S. 2 BGB eine offenbare Unbilligkeit aus einer Abweichung der Anordnung des Dritten vom Erblasserwillen ergeben.⁶⁸⁸ Dabei genügt jedoch nicht jede Abweichung, sondern die Anordnung muss in einem deutlichen Gegensatz zum Erblasserwillen stehen und es dürfen keine hinreichenden Gründe für die Abweichung vorhanden sein, mit der der Spielraum überschritten wird, den der Erblasser dem Dritten eingeräumt hat.⁶⁸⁹ Die Sachwidrigkeit der Bestimmung des Dritten muss für jeden auf dem betreffenden Gebiet Sachkundigen erkennbar zutage liegen.⁶⁹⁰ Offensichtlich unbillig wäre beispielsweise ein Auseinandersetzungsplan, der die Verteilung des Nachlasses vor der Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten vorsieht⁶⁹¹, eine andere Festlegung der Tei-

lag „in Höhe von nur 8.600 DM“ unter der Ersatzbestimmung des Berufungsgerichts.

⁶⁸⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 77, juris, Nichtannahmebeschluss des BGH vom 25. Februar 1998, -IV ZR 96/97-.

⁶⁸⁹ OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 77, juris, Nichtannahmebeschluss des BGH vom 25. Februar 1998, - IV ZR 96/97 -; MüKoBGB/*Zimmermann*, BGB § 2204 Rn. 7.

⁶⁹⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 76, juris, Nichtannahmebeschluss des BGH vom 25. Februar 1998, - IV ZR 96/97 -.

⁶⁹¹ Eberl-Borges, S. 115.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

lungsquoten (auch durch Missachtung von Ausgleichungspflichten)⁶⁹² oder die Bestimmung, dass eine zum Nachlass gehörende Immobilie „für ein Nichts“ veräußert werden soll.⁶⁹³

Die Bestimmungserklärung ist aber nur dann offenbar unbillig, wenn sie es zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung ist. Die offenbare Unbilligkeit muss sich unter Zugrundelegung der *damaligen* Verhältnisse ergeben, wie sie für einen Sachkundigen erkennbar waren. Auf später eingetretene Veränderungen oder bekanntgewordene Tatsachen kommt es daher grundsätzlich nicht an.⁶⁹⁴

Schließlich bedarf es zur Beurteilung einer Betrachtung der *gesamten* Bestimmung des Dritten. Dies folgt nicht allein bereits aus der Verwendung des Singulars in § 2048 S. 3 („Die (...) getroffene Bestimmung (...)“), sondern auch aus der Notwendigkeit der Gesamtbetrachtung sämtlicher durch den Dritten getroffenen Einzelbestimmungen. Nur bei Würdigung des Verhältnisses *sämtlicher* Einzelbestimmungen zueinander

⁶⁹² Eberl-Borges, S. 115.

⁶⁹³ RG, Urteil vom 16. März 1925, - IV 118 24 -, RGZ 110, 270, 274 (Vertrag über 475.000 Mark, geschlossen von der Mehrheit der Erben im Jahr 1922, als die Hyperinflation bereits zu einer praktisch vollständigen Entwertung der „Papiermark“ geführt hatte und somit „ein Nichts“ wert war).

⁶⁹⁴ RG, Urteil vom 12. Juni 1908, - Rep. VII 565/07 -, RGZ 69, 167, 168; RG, Urteil vom 23. Mai 1919, - II 22/19 -, RGZ 96, 57, 62; BGH, Urteil vom 25. Januar 1979 - X ZR 40/77 -, NJW 1979, 1885, 1886.

lässt sich entscheiden, ob die Bestimmung des Dritten *insgesamt* gesehen „*offenbar unbillig*“ ist.⁶⁹⁵

3. Haftung des Dritten

Der Dritte kann für seine billige Bestimmung nicht haften, da kein Haftungstatbestand gegeben ist.

Fraglich könnte sein, ob eine Haftung für die Teilung aufgrund einer offenbar unbilligen Bestimmung in Betracht kommt. Grundsätzlich können diejenigen Erben, die sich benachteiligt sehen, in diesem Fall den Weg der Klage nach § 2048 S. 3 BGB gehen, so dass allein und unmittelbar aus einer unbilligen Bestimmung des Dritten kein Schaden erwächst.⁶⁹⁶

Wie ist es dann jedoch zu beurteilen, wenn Erben erst *nach* der Verteilung aufgrund der (offenbar unbilligen) Bestimmung des Dritten meinen, dass sie benachteiligt worden wären? Der oder die benachteiligten Erben hätten in diesem Fall *selbst* durch ihre Mitwirkung an dem Teilungsplan die Schadensursache gesetzt und es besteht kein unmittelbarer Zurechnungszusammenhang mehr zu der Bestimmung des

⁶⁹⁵ Vgl. hierzu auch unten Nr. 4 f) bb) (Kläger verliert teilweise), Seite 290.

⁶⁹⁶ AA scheinbar Leonhard, § 2048 III, ohne dabei jedoch zu erörtern, wie der Schaden allein durch die Bestimmung des Dritten entstehen soll („Für Fahrlässigkeit bei der Entscheidung haftet der Dritte ähnlich einem Testamentsvollstrecker (§ 2219)“).

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

Dritten (gegen die sie sich durch Klage hätten wehren bzw. sich auf Zustimmung hätten verklagen lassen können). Hier gilt - wie generell bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft -, dass die Erben im Rahmen des Vollzuges der Bestimmung des Dritten eigenverantwortlich handeln: Widerspricht kein Erbe der Bestimmung des Dritten, so ist die Bestimmung des Dritten von den Erben zu vollziehen. Ein „zu viel“ oder „zu wenig“ kann nur in engen Grenzen angegriffen werden.⁶⁹⁷ Es liegt also in der Verantwortung eines jeden Erben, *vor* der Vollziehung der Teilung aufgrund der Bestimmung des Dritten zu prüfen, ob die Bestimmung ihn derart benachteiligt, dass sie „*offenbar unbillig*“ ist und ihm daher den Weg der Bestimmung durch Urteil eröffnet, § 2048 S. 3 BGB (hierzu sogleich Ziff. 4).⁶⁹⁸

4. Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 3 Hs. 2 BGB)

Ist die Bestimmung des Dritten zur Auseinandersetzung „*offenbar unbillig*“, erfolgt die Bestimmung durch Urteil, § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB. Dies ist nicht erforderlich, wenn sich die Erben über die Unbilligkeit einig sind: In diesem Fall können

⁶⁹⁷ Zu Einzelheiten vgl. Reißmann/Reißmann, Die Erbengemeinschaft, § 8 Rn. 86 f.

⁶⁹⁸ AA Kipp (1923), § 127, S. 413/414: er meinte, dass der Dritte „*nach Analogie des Testamentsvollstreckers im Falle seines Verschuldens auf Schadensersatz haften*“ müsse, „*vorbehaltlich des Einflusses eines Mitverschuldens des Geschädigten, § 254*“, wenn die offenbare Unbilligkeit durch den Erben erst später entdeckt werde.

sich die Erben über die (lediglich schuldrechtlich wirkende) Bestimmung des Dritten einvernehmlich hinwegsetzen.⁶⁹⁹ Nur wenn sich die Erben nicht einig sind, bedarf es der Bestimmung durch Urteil.⁷⁰⁰

Die Formulierung des Gesetzes lässt jedoch offen, in welcher Art ein Urteil ergeht: Verweist die Formulierung lediglich auf die auch sonst mögliche Form der Erbauseinandersetzungsklage (Zustimmung zu einem vorzulegenden Teilungsplan, von dem der Richter nicht abweichen darf⁷⁰¹) oder hat der Richter eigenes Ermessen anstelle des Dritten auszuüben? Ebenso bleibt offen, in welcher Frist gegen wen welche Art von Klage einzureichen ist, welche Rechtsfolgen das Urteil für die Erben mit sich bringt und wie die Zwangsvollstreckung sowie ein etwaiges Rechtsmittel erfolgen kann bzw. muss.

⁶⁹⁹ Strohal (1901), § 65 III 3, S. 356.

⁷⁰⁰ Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b, S. 206; Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 14.

⁷⁰¹ Zu Einzelheiten vgl. Damrau/Tanck/*Rißmann*, § 2048 Rn. 59 ff sowie Rißmann/*Rißmann*, Die Erbengemeinschaft, § 9 B II, Rn. 27 ff.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

a) Klagefrist

Das Gesetz nennt keine Frist zur Erhebung der Klage und auch nach Auslegung der Norm ist keine zeitliche Begrenzung ersichtlich.⁷⁰²

Im Rahmen des § 319 BGB wird eine Verwirkung des Klagerechts durch illoyale Verzögerung der Klageerhebung für möglich gehalten.⁷⁰³ Dabei müssen „*seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen [sein] (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment)*“.⁷⁰⁴

Im Bereich des § 2048 S. 3 BGB wird die Feststellung einer Verwirkung des Klagerechts regelmäßig an diesem Umstandsmoment scheitern. Denn dafür wäre es erforderlich, dass der Dritte sich „*im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet (hat), daß ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde*“.⁷⁰⁵ Ein derartig schutzwürdiges Vertrauen des Dritten erscheint im Rahmen des § 2048 S. 3 BGB kaum denkbar.

⁷⁰² Vgl. zu § 315 BGB: MüKoBGB/*Würdinger*, BGB § 315 Rn. 48.

⁷⁰³ BGH, Urteil vom 6. März 1986 - III ZR 195/84 -, BGHZ 97, 212-223, Rn. 36, juris; MüKoBGB/*Würdinger*, BGB § 315 Rn. 48.

⁷⁰⁴ BGH, Urteil vom 6. März 1986 - III ZR 195/84 -, BGHZ 97, 212-223, Rn. 36, juris.

⁷⁰⁵ BGH, Urteil vom 6. März 1986 - III ZR 195/84 -, BGHZ 97, 212-223, Rn. 36, juris.

b) Parteien

Es ist nicht offensichtlich, wer die Parteien einer Klage auf Bestimmung durch Urteil nach § 2048 S. 3 BGB sind:⁷⁰⁶ Müssen beispielsweise lediglich diejenigen Erben verklagt werden, die die Bestimmung des Dritten für verbindlich halten (und daher keine Notwendigkeit einer Bestimmung durch Urteil sehen)? Oder müssen aufgrund der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft *sämtliche* Miterben verklagt werden?⁷⁰⁷

Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob zwischen den Erben Einigkeit über die Unbilligkeit der Bestimmung des Dritten besteht.⁷⁰⁸

aa) *Ein oder mehrere Erben halten Bestimmung des Dritten für nicht offenbar unbillig*

Derjenige Erbe, der die Bestimmung des Dritten für nicht offenbar unbillig und damit verbindlich hält, muss diejenigen Erben auf Zustimmung zum Teilungsplan und Mitwirkung bei der Umsetzung verklagen, die die Bestimmung des Dritten für unverbindlich halten.⁷⁰⁹ Nur so kann er die Auseinander-

⁷⁰⁶ AA Brüggemann, 3. Kap. § 1 III B 3 c, S. 261: „*Einbeziehung sämtlicher Miterben (...) dürfte ohne weiteres einleuchten*“.

⁷⁰⁷ Brüggemann, 3. Kap. § 1 III B 3 c, S. 261.

⁷⁰⁸ So auch Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b, S. 206.

⁷⁰⁹ MüKoBGB/Dittz (1989) § 2048 Rn. 19.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

setzung erzwingen. Er kann hilfsweise einen Antrag auf Bestimmung durch Urteil erheben,⁷¹⁰ wobei er hier Gefahr laufen wird, dass der Beklagte den Hilfsantrag sofort unter Protest gegen die Kosten anerkennt (§ 93 ZPO), denn das Rechtsschutzziel des Hilfsantrages ist gleichermaßen das Rechtsschutzziel der Verteidigung des Beklagten. Der Dritte wäre dagegen ausschließlich dann zu verklagen, wenn er entweder auch Erbe und/oder gleichzeitig Testamentsvollstrecker ist und im Rahmen seines Amtes eine Bestimmung getroffen hat.⁷¹¹

Fraglich ist es, ob im Rahmen des Hilfsantrages (Bestimmung durch Urteil) alle Erben an dem Klageverfahren beteiligt werden müssen. Dies wäre dann der Fall, wenn die Miterben hier notwendige Streitgenossen wären, § 62 ZPO. Der BGH ist bei der Feststellung einer notwendigen Streitgenossenschaft der Miterben äußerst zurückhaltend. So lehnt er beispielsweise eine notwendige Streitgenossenschaft der beklagten Miterben sogar bei einer begehrten Feststellung der Nichtigkeit eines Testamentes ab.⁷¹² Wörtlich heißt es dort:

⁷¹⁰ Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b, S. 206.

⁷¹¹ RGRK/*Kregel*, § 2048 Rz. 8.

⁷¹² BGH, Urteil vom 9. Januar 1957 - IV ZR 259/56 -, BGHZ 23, 73, Rn. 18, juris.

„Wenn eine unterschiedliche Feststellung auch unlogisch ist, so ist sie doch denkbar und möglich. Es mögen sich dadurch Schwierigkeiten ergeben. Sie sind aber nicht unlösbar. Der Kläger kann im Verhältnis zu einem Beklagten als Miterbe und im Verhältnis zu anderen als von der Erbschaft ausgeschlossen behandelt werden.“⁷¹³

Die Klage auf Teilungsbestimmung durch das Gericht nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB ist jedoch keine Feststellungs-, sondern Gestaltungsklage.⁷¹⁴ Die Frage der Streitgenossenschaft richtet sich hier mithin nicht nach § 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO. Zu prüfen ist vielmehr, ob hier notwendige „Streitgenossenschaft aus einem sonstigem Grund“ vorliegt, § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO. Bei gesamthänderischer Bindung ist grundsätzlich stets eine gemeinsame Prozessführung notwendig, weil den Gesamthändlern das Gestaltungsrecht nur gemeinsam zusteht.⁷¹⁵ Gleiches gilt bei der Gestaltungsklage gegen Gesamthänder.⁷¹⁶ Die Klage auf Teilungsbestimmung ist eine Klage unter den Gesamthändlern mit dem Ziel eines Ge-

⁷¹³ BGH, Urteil vom 9. Januar 1957 - IV ZR 259/56 -, BGHZ 23, 73, Rn. 18, juris; ähnlich bereits: RG, Urteil vom 3. März 1919 - IV 422/18 -, RGZ 95, 97, 98.

⁷¹⁴ Vgl. hierzu auch unten lit. e) (Rechtsfolge des Urteils), Seite 288.

⁷¹⁵ Musielak/Voit/Weth, ZPO § 62 Rn. 10.

⁷¹⁶ Musielak/Voit/Weth, ZPO § 62 Rn. 11.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

staltungsurteils. Die Miterben sind daher auf Kläger- und Beklagenseite notwendige Streitgenossen, denn die gerichtliche Bestimmung kann ihnen gegenüber nur einheitlich getroffen werden und muss mit Wirkung für und gegen alle Miterben ergehen.⁷¹⁷

Der Beklagte muss für eine erfolgreiche Verteidigung gegen die Klage beweisen, dass die Bestimmung des Dritten offenbar unbillig ist.⁷¹⁸ Gleichzeitig kann der Beklagte Widerklage auf Bestimmung durch Urteil erheben.⁷¹⁹

All dies gilt gleichermaßen, wenn die Erben mit vertauschten Parteirollen klagen, also der „widersprechende“ Erbe (derjenige Erbe, der die Bestimmung für unbillig hält) auf Bestimmung durch Urteil klagt. Auch hier trägt er die Beweislast und kann der Beklagte (derjenige, der die Bestimmung des Dritten verteidigt) widerklagend den Vollzug des Teilungsplans verlangen.

Derjenige Erbe, der mit dem Ziel der Bestimmung durch Urteil klagt, soll nach BRÜGGEMANN im Wege der Stufenklage analog § 254 ZPO vorgehen dürfen bzw. sogar vorgehen müssen (da anderenfalls das Rechtsschutzinteresse für

⁷¹⁷ Brüggenmann, 3. Kap. § 3 II B 4 a bb), S. 307.

⁷¹⁸ Vgl. zur Beweislast unten lit. bb) (Beweislast), Seite 287.

⁷¹⁹ Brüggenmann, 3. Kap. § 1 II A 2 b aa), S. 206.

die Bestimmungsklage fehle):⁷²⁰ Zunächst Bestimmung durch Urteil und in der folgenden Stufe Mitwirkung am Vollzug der Bestimmung durch das Gericht.⁷²¹ Wenn der die Bestimmung durch Urteil herbeiführende Erbe keinen Zweifel daran habe, dass sich die übrigen Erben dem Urteil unterwerfen und sich entsprechend auseinandersetzen würden, so wären sie nach der Auffassung BRÜGGEMANNS auf das Verfahren nach §§ 86 ff. FGG (nunmehr § 363 ff. FamFG) zu verweisen (weswegen ihnen für eine Klage auf Bestimmung durch Urteil nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB das Rechtsschutzbedürfnis fehle).

Den Erben allerdings derartig zu einer sehr weitreichenden Klageerhebung zu zwingen, geht insbesondere auch angesichts des klaren Wortlauts des § 254 ZPO („*Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses*“ sowie „*Herausgabe*“) zu weit. Daneben ist auch keine Regelungslücke zu erkennen, die eine Analogie überhaupt erst ermöglichen würde. Denn zu einer Lücke gelangt man lediglich dann, wenn man wie BRÜGGEMANN unterstellen würde, dass eine Be-

⁷²⁰ Brüggenmann, 3. Kap. § 1 II A 2 b aa), S. 207.

⁷²¹ Brüggenmann, 3. Kap. § 1 II A 2 b aa), S. 207; im Rahmen der Durchsetzung von Rechten aus § 313 Abs. 1 BGB sprechen sich Dauner-Lieb/Dötsch gleichfalls für eine analoge Anwendung des § 254 ZPO aus: zunächst Antrag auf Anpassung (Stufe 1), hiernach Geltendmachung der Rechte aus dem angepassten Vertrag (Stufe 2), Dauner-Lieb/Dötsch, NJW 2003, 921, 926.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

stimmung nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB sogleich mit einer Leistungsklage verbunden werden müsse. Dafür gibt die Norm jedoch keinen Anhalt. Allein die Möglichkeit, dass weitere Klagen notwendig werden, rechtfertigt keine Analogie.

Gegen eine analoge Anwendung des § 254 ZPO spricht auch folgendes: Die Bestimmung durch Urteil iSv § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB ist weder Rechnungslegung noch ein Vermögensverzeichnis, es ist auch nichts „ähnliches“. Ebenso wenig ist die Klage auf Zustimmung zur Mitwirkung an der Bestimmung des Gerichts „Herausgabe“ noch etwas ähnliches: Vielmehr wird im Rahmen dieser Klage regelmäßig eine Klage auf Abgabe von Willenserklärungen erhoben werden, § 894 ZPO (Zustimmung zum Teilungsplan, Erklärungen zur Umsetzung des Teilungsplans).

Zwar mag es im Sinne der Prozessökonomie manches Mal wünschenswert sein, beide Klagen zu verbinden. § 254 ZPO ist jedoch ein Sonderfall der objektiven Klagehäufung, § 260 ZPO.⁷²² Mithin soll die Norm dem Kläger nicht ermöglichen, jegliche möglicherweise in Betracht kommende, folgende Klage gegen den Beklagten sogleich „hintereinander“ zu erheben. DAUNER-LIEB/DÖTSCH gehen daher auch deutlich zu weit, wenn sie mit Bezug auf HARTMANN behaupten

⁷²² Zöller/Greger, § 254 Rn. 1.

ten, dass § 254 ZPO „*anerkanntermaßen (...) nicht eng auszulegen*“ sei.⁷²³ Denn dies schreibt so auch nicht HARTMANN. Vielmehr weist er richtig darauf hin, dass die Norm „*trotz ihres formellen Ausnahmeharakters (..) nicht zu eng auszulegen*“ sei. Im Folgenden erläutert er dies näher und geht selbstverständlich davon aus, dass in der ersten Stufe eine Klage auf Auskunft erhoben wird. Denn während die Auskunft den folgenden Leistungsantrag *ausfüllt*, würde eine Klage auf Anpassung iSv § 313 BGB oder Bestimmung durch Urteil iSv § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB den Anspruch erst *begründen*.⁷²⁴

Aus den oben genannten Gründen besteht mithin weder die Möglichkeit einer Stufenklage noch die Notwendigkeit einer anders begründeten Klagehäufung (§ 260 ZPO). Vielmehr steht es dem - *jedem* - Erben frei, aufgrund der durch Urteil erlangten Bestimmung gegebenenfalls die sich widersetzenden Erben - erneut - zu verklagen. Etwaige sich dann anschließende Schwierigkeiten in der Umsetzung (weil nicht verklagte Erben sich nun unerwartet weigern) lassen sich insoweit auch *nicht* durch verbindliche Bestätigung der Bereitschaft sämtlicher Erben vermeiden, den Nachlass entsprechend der Bestimmung des Urteils auseinanderzusetzen.

⁷²³ Dauner-Lieb, NJW 2003, 921, 92 Fn. 69.

⁷²⁴ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 254 Rn. 2.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

Denn eine derartige „Blanko-Erklärung“ im Vorfeld des Urteils kann die notwendige Mitwirkung - insbesondere abzugebende Willenserklärungen - nicht ersetzen (Auflösung von Konten, Übertragung von Immobilien etc.).⁷²⁵

bb) *Sämtliche Erben halten Bestimmung des Dritten für offenbar unbillig*

Sind sich die Erben darüber einig, dass die Bestimmung des Dritten unbillig ist, so haben sie zwei Möglichkeiten: Entweder setzen sie sich einvernehmlich über die Bestimmung des Dritten hinweg,⁷²⁶ oder jedem von ihnen ist die Möglichkeit eröffnet, klageweise nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB vorzugehen: Die Verteilung der Rollen „Kläger“ und „Beklagter“ sind mehr oder weniger zufällig.⁷²⁷ Dies eröffnet die eigenartige Situation, dass im Grunde kein kontradiktorisches Verfahren vorliegt, sondern Kläger und Beklagter dasselbe Interesse haben: Die Bestimmung durch Urteil, § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB. Daran schließt sich die Frage an, ob ein Zivilgericht für eine derartige Klage überhaupt zuständig ist, wenn sich Kläger und Beklagter nicht im eigentlichen Sinne „gegenüberstehen“. Denn ein kontradiktorisches Verfahren setzt zwei Parteien

⁷²⁵ Vgl. iÜ. zum Klageantrag nachfolgend lit. c) (Klageantrag), Seite 281.

⁷²⁶ Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b, S. 206; Staudinger/*Löhnig* § 2048, Rn. 14.

⁷²⁷ Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b bb), S. 209.

voraus, die sich als *Gegner* gegenüberstehen.⁷²⁸ Ist es daher möglicherweise richtig und zulässig, dass lediglich ein Erbe einen „Klageantrag“ ohne Nennung eines Beklagten einreicht, mit dem Ziel, dass das Gericht eine Bestimmung nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB treffen möge? Denn was könnte der Beklagte auch zu seiner Verteidigung vorbringen?

Zwar sind auch dem Zivilprozess Verfahren geläufig, die nicht kontradiktorisch sind (z.B. Ablehnungsverfahren, §§ 41 ff. ZPO⁷²⁹). Sie sind jedoch die Ausnahme und stehen in einem Zusammenhang mit dem eigentlichen Klageverfahren. Auch kennt der Zivilprozess nicht kontradiktorische Entscheidungen wie z.B. das Versäumnisurteil (§ 321 ZPO). Aber auch hier „fehlt“ der Beklagte nicht im gesamten Verfahren, sondern lediglich im Termin zur mündlichen Verhandlung. Ein von vorneherein isoliert einseitiges Verfahren ist dem Zivilprozess dagegen fremd: Derartige Verfahren sind der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vorbehalten.

In der Praxis stellt sich das Problem bislang bereits deswegen nicht, weil es ohnehin kaum letztwillige Verfügungen mit Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB und daraus resultierend noch weniger Entscheidungen von Gerichten nach

⁷²⁸ Zöller/Greger, Vorbem. zu § 253-299a Rn. 1.

⁷²⁹ Zöller/Vollkommer, § 46 Rn. 3.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

§ 2048 S. 3 Hs. 2 BGB gibt. Gerät eine Erbengemeinschaft tatsächlich in die besondere Situation, dass

- die Entscheidung des Dritten offenbar unbillig ist,
- worüber sich alle Miterben einig sind,
- sie gleichwohl keine Einigung untereinander finden können oder wollen und
- der Dritte kein Miterbe ist (denn anderenfalls wäre er ein „geeigneter“ Prozessgegner),

so wird der Erbengemeinschaft keine andere Möglichkeit bleiben, als eine „abgesprochene“ Klage zwischen den Erben, „verteilt“ als Kläger und Beklagter einzureichen. Dem Beklagten steht es auch frei, den Klageanspruch anzuerkennen (Reduzierung der Gerichtskosten auf 1,0, vgl. Nr. 1211 Ziff. 2 KV GKG) oder sich durch Versäumnisurteil verurteilen zu lassen (Reduzierung der Terminsgebühr auf 0,5, vgl. Nr. 3105 VV RVG), um so die Kosten zu reduzieren.⁷³⁰

cc) *Der Testamentsvollstrecker hält die Bestimmung für offenbar unbillig*

Der Erblasser kann als Dritten iSv § 2048 S. 2 BGB und Testamentsvollstrecker unterschiedliche Personen bestimmen.

Dem Testamentsvollstrecker stehen die Rechte der Erben auf

⁷³⁰ Vgl. zu den Kosten sogleich lit. f) (Kostenentscheidung), Seite 289.

Auseinandersetzung zu soweit sein Amt reicht, § 2204 Abs. 1 BGB. Insoweit wäre auch allein *er* berechtigt, Ansprüche für den Nachlass geltend zu machen und eine Klage gem. § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB zu erheben, § 2212 BGB.⁷³¹ Auch hier wäre nicht etwa der Dritte zu verklagen, sondern ebenfalls diejenigen Erben, die der Bestimmung des Dritten widersprechen.⁷³²

Der Testamentsvollstrecker ist jedoch nicht gezwungen, sich die Zustimmung sämtlicher Erben zu sichern: Ist der Testamentsvollstrecker von der Bestimmung des Dritten überzeugt oder hält sie zumindest nicht für offenbar unbillig (§ 2048 S. 3 Hs. 1 BGB), kann er die Bestimmung des Dritten selbständig ausführen, §§ 2204, 2205 S. 2 BGB (vorausgesetzt der Erblasser hat umfassend Testamentsvollstreckung angeordnet und nicht lediglich für einzelne Erben oder Gegenstände, § 2208 Abs. 1 BGB). Die Klage gegen widersprechende Erben wird der Testamentsvollstrecker gleichwohl wählen, wenn er mögliche Schadensersatzforderungen der Erben aufgrund der Ausführung der Bestimmung des Dritten gegen sich ausschließen möchte.⁷³³

⁷³¹ Planck/Ebbecke (1930) § 2048 Ziff. 1.

⁷³² Planck/Ebbecke (1930) § 2048 Ziff. 1.

⁷³³ Zum Klageantrag siehe sogleich lit. c), (Klageantrag), Seite 281.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

c) **Klageantrag**

Welcher Antrag durch den Kläger zu stellen ist, steht untrennbar im Zusammenhang mit dem verfolgten Rechtsschutzziel. Das mögliche Rechtsschutzziel wiederum ist abhängig von den Möglichkeiten, die § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB dem Kläger und/oder überhaupt dem Gericht bietet: Welche Gestaltungsbefugnis hat das angerufene Gericht im Rahmen des § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB?

aa) ***Gestaltungsbefugnis des Gerichts***

RITGEN und STROHAL gingen davon aus, dass ein Urteil nach § 2048 S. 3, Hs. 2 BGB eine Klage auf Zustimmung zu einem konkreten Teilungsplan voraussetzt (und nicht der Richter anstelle des Dritten eine Bestimmung nach billigem Ermessen trifft, keine gemeinrechtliche adjudicatio).⁷³⁴ Ihrer Auffassung nach hätte also eine offenbar unbillige Bestimmung des Dritten lediglich dazu geführt, das die Erbengemeinschaft in denjenigen Zustand „zurückgeworfen“ würde, in dem sie ohne eine Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB stünde: Auseinandersetzung nach § 2042 BGB. Dies hätte zur Folge, dass mithin zunächst die Teilungsreife des Nachlasses erreicht werden müsste, um dann dem Gericht einen Teilungsplan vorlegen zu

⁷³⁴ Planck/*Ritgen* (1902) § 2048 Nr. 3; Strohal (1901), § 65 III 3, S. 357 oben („als ob der Erblasser eine Anordnung der bezeichneten Art nicht getroffen hätte“) sowie Fn. 14; Planck/*Strohal* (1908) § 2048 Nr. 3.

können, zu deren Zustimmung die nicht mitwirkenden Erben zu verurteilen wären.⁷³⁵ Jegliche Gestaltungsfreiheit für die Auseinandersetzung (und Vollziehung der endgültigen Verteilung), die der Erblasser mit seiner Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB angestrebt hatte, wäre mithin nach dieser Auffassung bei einer offenbar unbilligen Bestimmung des Dritten verloren.⁷³⁶

Angesichts des Wortlauts der Norm kann diese Auffassung nicht überzeugen. Denn § 2048 S. 3 BGB verwendet zweimal das Wort „Bestimmung“: Zunächst für den Teilungsplan des Dritten („auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung“) und hiernach - im selben Satz - für die Entscheidung des Gerichts anstelle des Dritten („die Bestimmung erfolgt in diesem Falle“). Die „Bestimmung“ meint im ersten Teil des Satzes auch nach Auffassung von RITGEN und STROHAL den Teilungsplan des Dritten. Sprachlich logisch ist dann im zweiten Teil des Satzes auch ein Teilungsplan gemeint, der „durch Urteil“ erfolgt. Eine Klage auf Zustimmung zu einem Teilungsplan ist jedoch kein Teilungsplan *durch* Urteil, sondern ersetzt lediglich die Zustimmung der sich weigernden Erben zum Teilungsplan.

⁷³⁵ Zu den erheblichen Risiken einer derartigen Auseinandersetzungsklage vgl. Rißmann/Rißmann, Die Erbengemeinschaft, § 9 Rn. 27 ff.

⁷³⁶ Zur Gestaltungsfreiheit des Dritten vgl. oben lit. B, (Billiges Ermessen des Dritten), Seite 251.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

Vielmehr muss im Gegensatz zur Auseinandersetzungsklage bei einer Klage nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB kein Teilungsplan durch die Erben vorgelegt werden. Stattdessen legt das Gericht einen Teilungsplan fest, der dem Willen des Erblassers nach billigem Ermessen entspricht.⁷³⁷ Das Urteil ist kein Feststellungsurteil, sondern ein Gestaltungsurteil, was jedoch lediglich zwischen den am Prozess beteiligten Erben verpflichtend ist und *nicht* dinglich wirkt.⁷³⁸ Das Gericht entscheidet nach § 2048 S. 3 BGB in Form eines Gestaltungsurteils durch die Bestimmung der Auseinandersetzung, die billigem Ermessen entspricht.⁷³⁹ Dabei wird das Gericht regelmäßig über einen reinen Teilungsplan hinausgehen müssen (der Teilungsreife vorraussetzen würde): Hier muss das Gericht nicht allein die Verteilung auf die Erben festlegen („*was*“, „*wieviet*“ und „*wer*“), sondern gleichermaßen auch den Weg dorthin („*wie*“). Das Gericht wird mithin je nach Lage des Falles beispielsweise auch zu bestimmen haben, welche Nachlassgegenstände auf welche Art und Weise zu versilbern oder anderweitig aufzuteilen sind (Abweichung vom gesetzlichen Weg nach § 2042 Abs. 2 BGB iVm §§ 752 ff. BGB). Maßstab

⁷³⁷ Lange/Kuchinke § 44 III 5g), S. 1153; MüKoBGB/Dütz (1989) § 2048 Rn. 19.

⁷³⁸ Kipp/Coing, § 117 IV 2.

⁷³⁹ LG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2017 - 5 O 487/83 -, Rn. 249, juris; Staudinger/Löhnig §2048 Rn. 14; MüKoBGB/Ann § 2048 Rn.20.

des gerichtlichen Handelns ist daher nicht vorrangig das Gesetz sondern - ebenso wie zuvor für den Dritten - billiges Ermessen.⁷⁴⁰

Der Erbe, der die Unbilligkeit geltend macht, wird nur die Erben verklagen, die seiner Auffassung widersprechen.⁷⁴¹

bb) Antragsformulierung

Im Fall der offenbaren Unbilligkeit der Bestimmung des Dritten ist der Klageantrag auf Bestimmung eines (anderen) Teilungsplans durch das Gericht zu richten.⁷⁴² Wird das Rechtsschutzziel des Klägers auch durch die Fortdauer einer angeordneten Testamentsvollstreckung bei Unterlassung der Auseinandersetzung aufgrund einer (offenbar unbilligen) Bestimmung nach § 2048 S. 2 BGB erreicht, so kann der Kläger seine Klage auch auf einen Unterlassungsantrag beschränken, dass der Nachlass nicht entsprechend der Bestimmung des Dritten auseinandergesetzt wird.⁷⁴³

⁷⁴⁰ LG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2017 - 5 O 487/83 -, Rn. 249, juris; Staudinger/*Löhnig* §2048 Rn. 14; Palandt/*Weidlich* § 2048 Rn. 3; MüKoBGB/*Ann* § 2048 Rn.20.

⁷⁴¹ Vgl. hierzu im Einzelnen oben lit. b) (Parteien), Seite 270.

⁷⁴² OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 72, juris; MüKoBGB/*Dittz* (1989) § 2048 Rn. 19.

⁷⁴³ OLG Stuttgart, Urteil vom 20. März 1997 - 19 U 156/96 -, Rn. 72, juris.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

d) Verfahren

aa) Erkenntnisgewinn durch das Gericht

Das gerichtliche Verfahren nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB ist ein zivilprozessual „untypisches“ Verfahren.⁷⁴⁴ Denn das „typische“ Verfahren nach der ZPO ist (neben anderem) bestimmt vom Beibringungsgrundsatz und dem Grundsatz der Parteimaxime: Jede Partei ist verpflichtet, dem Gericht diejenigen Tatsachen vorzutragen, die zu der von ihr gewünschten Rechtsfolge führen. Die Bestimmung durch Urteil nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB ist ein Gestaltungsurteil des angerufenen Gerichts.⁷⁴⁵ Die Parteien tragen mithin nicht den ihrer Auffassung nach sachgerechten („billigen“) Teilungsplan vor, sondern das Gericht trifft von sich aus eine Bestimmung.

Bei der Billigkeitsentscheidung nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB muss das Gericht daher nicht allein Kenntnis vom vollständigen Nachlassbestand haben, sondern darüber hinaus auch beispielsweise, welche Vorstellungen der Erblasser von einer möglichen Verteilung der Nachlassgegenstände hatte, welchen Affektionswert einzelne Nachlassgegenstände mög-

⁷⁴⁴ Vgl. z.B. zur Beliebigkeit der Rollenverteilung Kläger und Beklagter oben lit. b) bb) (Sämtliche Erben halten Bestimmung des Dritten für offenbar unbillig), Seite 277.

⁷⁴⁵ Zur Erörterung der aA vgl. oben lit. c) aa) (Gestaltungsbefugnis des Gericht), Seite 281.

licherweise (nur für bestimmte Erben?) haben und auch welche persönlichen Verhältnisse der Erben die Zuordnung einzelner Nachlassgegenstände bestimmen könnten.⁷⁴⁶ Wie kann das Gericht hier vorgehen, wenn die Parteien hier nicht oder nicht vollständig vortragen? Während im „regulären“ Zivilprozess in dieser Situation diejenige Partei die Klage verlieren wird, die nicht ausreichend vorträgt, kann sich diese Folge im Prozess nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB nicht ergeben. Daher ist im Prozess nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB dem Beibringungsgrundsatz „*der Boden entzogen*“: Genügt der Vortrag der Parteien des Rechtsstreits nicht, dass das Gericht eine billige Entscheidung treffen kann, hat das Gericht hier von sich aus die notwendigen Grundlagen von Amts wegen zu beschaffen.⁷⁴⁷ Es bleibt dennoch ein Verfahren nach den Vorschriften der ZPO, so dass das Gericht nicht etwa nunmehr die Möglichkeit hätte, im Wege der „reinen“ Amtsermittlung iSv § 26 FamFG vorzugehen. Als Mittel der Tatsachengewinnung, bei denen das Gericht nicht auf entsprechende Anträge der Parteien angewiesen ist, sondern von Amts wegen handeln kann, kommen jedoch auch im Zivilprozess in Betracht:

⁷⁴⁶ Brüggenmann, 3. Kap. § 3 II B 4 a bb), S. 307.

⁷⁴⁷ Brüggenmann, 3. Kap. § 3 II B 4 a bb), S. 307.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

- Anhörung der Partei, § 141 ZPO⁷⁴⁸,
- Einnahme des richterlichen Augenscheins, § 144 Abs. 1 Alt. 1 ZPO,
- Einholung von Sachverständigengutachten, § 144 Abs. 1 Alt. 2 ZPO,
- Vernehmung der Parteien, § 448 ZPO,
- Anordnung der Vorlegung von Handelsbüchern, § 260 HGB⁷⁴⁹.

bb) Beweislast

aaa) Bestimmung des Dritten offenbar unbillig

Die Darlegungs- und Beweislast liegt - wie bei § 319 Abs. 1 BGB - bei demjenigen Miterben, der die Bestimmung des Dritten für offenbar unbillig hält.⁷⁵⁰ Dies folgt aus der negativen Formulierung des § 2048 S. 3 Hs. 1 BGB („nicht ver-

⁷⁴⁸ Zur Bedeutung des formlosen Parteianhörungs nach § 141 ZPO als (alleinige) Grundlage der Überzeugungsbildung des Gerichts vgl. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14 -, Rn. 58, juris; BGH, Beschluss vom 27. September 2017 - XII ZR 48/17 -, Ls. 2 und Rn. 13, juris.

⁷⁴⁹ Zur wortgleichen Vorgängernorm § 47 HGB: Brüggemann, 3. Kap. § 3 II B 4 a bb), S. 309: Möglichkeit der umfassenden Durchsicht, ohne Bindung an Behauptungen - oder Behauptungslast.

⁷⁵⁰ LG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2017 - 5 O 487/83 -, Rn. 223, juris; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz § 2048 Rn. 3; Staudinger/*Herzfelder* (1914), § 2048 Ziff. 2 Abs. 1; zu § 319: Kornblum, AcP 168 (1968), 450, 468 mw Nachw.

*bindlich, wenn sie offenbar unbillig ist*⁷⁵¹). Eine Beweiserhebung über die offenbare Unbilligkeit ist nicht ausgeschlossen.⁷⁵² Sie muss sich jedoch auf die Frage beschränken, ob die Unbilligkeit für einen Sachkundigen offensichtlich war.⁷⁵³

bbb) Bestimmung durch Urteil

Das Verfahren aus § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB kennt keine festgelegten Parteirollen von Kläger und Beklagtem⁷⁵⁴ und daraus folgend auch keine Beweislastverteilung.⁷⁵⁵ Vielmehr hat das Gericht die Aufgabe, mit den ihm zur Verfügung stehenden prozessrechtlichen Möglichkeiten die Tatsachen für seine billige Entscheidung nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB zu ermitteln (insoweit „Aufweichung“ des Beibringungsgrundsatzes und der Parteimaxime).⁷⁵⁶

e) Rechtsfolge des Urteils

Die Bestimmung des Gerichts nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB wird mit Rechtskraft des Urteils (ausschließlich) zwischen den

⁷⁵¹ Zur wortgleichen Formulierung des § 319 Abs. 1 BGB: Baumgärtel/Laumen/Prütting/Reppen § 319 Rn. 1.

⁷⁵² BGH, Urteil vom 25.05.1950, -I ZS 85/49-, BGHZ 4, 39, 44.

⁷⁵³ RG, Urteil vom 23.05.1919, -II ZS 22/19-, RGZ 96, 57, 62; Palandt/*Weidlich* § 319 Rz. 3; MüKoBGB/*Würdinger* § 319 Rn. 13.

⁷⁵⁴ Vgl. hierzu oben lit. b) bb) (Sämtliche Erben halten Bestimmung des Dritten für offenbar unbillig), Seite 277.

⁷⁵⁵ Brüggemann, 3. Kap. § 3 II B 4 a bb), S. 307.

⁷⁵⁶ Vgl. hierzu oben lit. aa) (Erkenntnisgewinn durch das Gericht), Seite 285.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

am Prozess beteiligten Erben verbindlich. Die Wirkung des Urteils reicht nicht weiter als eine wirksame Bestimmung des Dritten selbst.⁷⁵⁷ Daher kommt auch dem Urteil eine lediglich schuldrechtliche Wirkung zu und die Erben müssen den Vollzug der Bestimmung selbst herbeiführen.⁷⁵⁸

f) Kostenentscheidung

aa) *Kläger verliert vollständig*

Bei der Frage der Kostenlast wirft folgende Konstellation keine Fragen auf: Ein Miterbe macht klageweise gegen einen oder mehrere Miterben die Unbilligkeit der Entscheidung des Dritten geltend⁷⁵⁹ und verliert diese Klage umfassend. In diesem Fall hat er die Kosten seiner verlorenen Klage zu tragen, § 91 ZPO. Er hat diese Kosten auch aus *eigenen* Mitteln zu tragen und keinen Erstattungsanspruch gegen die Erbengemeinschaft.

⁷⁵⁷ Vgl. hierzu oben Nr. I (Bestimmung nicht offenbar unbillig), Seite 257.

⁷⁵⁸ Zu der - hier abgelehnten - Auffassung Brüggemanns der Kombination der Klage auf Bestimmung mit dem Vollzug der Bestimmung durch eine Stufenklage (Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b aa), S. 207) vgl. oben lit. b) aa) (Ein oder mehrere Erben halten Bestimmung des Dritten für nicht offenbar unbillig), Seite 273.

⁷⁵⁹ Vgl. oben lit. b) aa) (Ein oder mehrere Erben halten Bestimmung des Dritten für nicht offenbar unbillig), Seite 273.

bb) Kläger verliert teilweise

Es stellt sich zunächst die Frage, ob im Rahmen der Bestimmung durch Urteil nach § 2048 S. 3 BGB überhaupt ein Teilerliegen denkbar ist. Denn der Dritte hat *eine* Bestimmung getroffen⁷⁶⁰, die der Kläger mit seiner Klage angreift. Diese Bestimmung mag sich zwar aus einzelnen Anordnungen zusammensetzen, aber diese Bestimmung wird entweder *insgesamt* durch das Urteil ersetzt – oder die Klage wird abgewiesen. Hinzukommt folgendes: Der Kläger ist nicht verpflichtet, dem Gericht eine „eigene“ Bestimmung (anstelle derjenigen des Dritten) als Klageantrag vorzulegen.⁷⁶¹ Er muss lediglich zur Überzeugung des Gerichts die offenbare Unbilligkeit der Bestimmung des Dritten geltend machen, um mit seiner Klage durchzudringen.

Aber auch wenn die Bestimmung des Dritten insgesamt betrachtet werden muss, um die Wirkungen der Anordnungen in ihrem Verhältnis zueinander würdigen, so kann sich der Teilungsplan des Dritten dennoch aus mehreren voneinander selbstständigen Teilbereichen zusammensetzen, die zwar in *einer* Bestimmung getroffen werden, gleichwohl aber ohne weiteren Bezug zueinander stehen. Mithin ist es auch im Bereich

⁷⁶⁰ Vgl. hierzu oben Nr. 2 (Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 2048 S. 2 BGB), Seite 264.

⁷⁶¹ Vgl. hierzu oben lit. c) (Klageantrag), Seite 281.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

der Klage nach § 2048 S. 3 BGB denkbar, dass der Kläger teilweise unterliegt.

Verliert der Kläger teilweise (weil die Bestimmung des Dritten ausschließlich in einem oder mehreren selbständigen Teilbereichen offenbar unbillig gewesen ist), wird man auf den ersten Blick ausschließlich an eine Verteilung der Kosten nach dem Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen denken, § 92 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ZPO. Fraglich ist, ob das Gesetz darüber hinaus mit § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO dem Gericht eine Möglichkeit bietet, dem Beklagten die gesamten Prozesskosten aufzuerlegen. Nach dieser Norm *„kann (das Gericht) der einen Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen, wenn (...) der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen (...) abhängig war“*. Ist dies somit ein Fall des § 2048 S. 3 BGB?

Der Hauptanwendungsfall der Norm dürften Schmerzensgeldprozesse sein.⁷⁶² Doch selbst in diesem Bereich werden Kostenentscheidungen so kaum getroffen.⁷⁶³ Urteile zur Anwendung des § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO in Verfahren nach § 2048 S. 3 BGB sind nicht veröffentlicht. In der Litera-

⁷⁶² Stein/Jonas/Muthorst, § 92 Rn. 12.

⁷⁶³ Musielak/Voit/*Flockenhans* ZPO § 92 Rn. 6; Dunz, NJW 1984, 1734, 1735; Gerstenberg, NJW 1988, 1352, 1357.

tur erwähnt FLOCKENHAUER in seiner abschließenden Aufzählung der Fälle des § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO § 2048 BGB nicht, führt jedoch §§ 315, 319 ZPO an, so dass die Auslassung versehentlich erfolgt sein mag.⁷⁶⁴ Auch HERGET erwähnt § 2048 S. 3 BGB nicht, führt aber neben § 287 BGB ebenfalls § 315 BGB beispielhaft als Anwendungsfall an.⁷⁶⁵ MUTHORST⁷⁶⁶ und SCHULZ⁷⁶⁷ führen § 2048 S. 3 BGB als einen Beispielfall an. JASPERSEN führt § 2048 BGB (neben weiteren) als einen der „wichtigsten Fälle“ des § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO auf.⁷⁶⁸

Der Wortlaut des § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO setzt eine *Forderung* des Klägers voraus. Ist der Antrag auf Bestimmung durch Urteil iSv § 2048 S. 3 BGB insoweit eine *Forderung*? Der Antrag des Klägers lautet nicht auf Bestätigung eines durch den Kläger vorgelegten Teilungsplans⁷⁶⁹; vielmehr ist das Gericht *selbst* gehalten eine billige Bestimmung zu tref-

⁷⁶⁴ Musielak/Voit/*Flockenhaus* ZPO § 92 Rn. 7; nicht erwähnt in beispielhafter Aufzählung bei Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 92 Rn. 52.

⁷⁶⁵ Zöller/*Herget*, § 92 Rn. 12.

⁷⁶⁶ Stein/Jonas/*Muthorst*, § 92 Rn. 12.

⁷⁶⁷ MüKoZPO/*Schulz* ZPO § 92 Rn. 23.

⁷⁶⁸ BeckOK ZPO/*Jaspersen* ZPO § 92 Rn. 36.

⁷⁶⁹ So allerdings Planck/*Ritgen* (1902) § 2048 Nr. 3; Strohal (1901), § 65 III 3, S. 357 oben („als ob der Erblasser eine Anordnung der bezeichneten Art nicht getroffen hätte“) sowie Fn. 14; Planck/*Strohal* (1908) § 2048 Nr. 3.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

fen.⁷⁷⁰ Worin läge also die „Forderung“ des Klägers iSv § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO? Der Kläger, der ohne jede Einschränkungen den *gesamten* Teilungsplan des Dritten als offenbar unbillig zur Entscheidung des Gerichts stellt, erhebt die Forderung, dass das Gericht einen vollständig neuen Teilungsplan aufstellt. Wenn das Gericht hier in Teilbereichen zu der Auffassung gelangt, dass die Ermessensausübung des Dritten nicht offenbar unbillig gewesen ist, wird der Kläger *insoweit* mit seiner Forderung verlieren – und der Anwendungsbereich des § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO ist eröffnet. Dabei ist der Anwendungsbereich hier an deutlich geringere Voraussetzungen geknüpft als in § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO: Eine Entscheidung nach Nr. 1 kann das Gericht lediglich bei einem Unterliegen zwischen 5% und 10%⁷⁷¹ treffen, wenn *außerdem* hierdurch „*keine oder nur geringfügig höhere Kosten veranlasst*“ worden sind. Dagegen ist dem Gericht eine Kostenentscheidung nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO auch bei einem deutlich höheren Unterschied zwischen Forderung und Urteil möglich, *ohne* dass es daneben noch darauf ankäme, welche Kosten hierdurch verursacht wurden. Der Wortlaut der Norm

⁷⁷⁰ Zum Klageantrag vgl. ausführlich oben lit. c) (Klageantrag), Seite 281.

⁷⁷¹ Stein/Jonas/Muthorst, § 92 Rn. 11 („*eher bei 5% als bei 10%*“); Muisiak/Voit/Flockenhaus ZPO § 92 Rn. 6 („*weniger als 1/10%*“); MüKoZPO/Schulz ZPO § 92 Rn. 19 („*als Faustregel eine Grenze von 10%*“); BeckOK ZPO/Jaspersen ZPO § 92 Rn. 32 („*Eine mathematische Regel (...) lässt sich nicht aufstellen*“).

schränkt den Anwendungsbereich - anders als bei Nr. 1 - nicht weiter ein.

§ 92 Abs. 2 ZPO eröffnet dem Gericht eine Ermessensentscheidung. Wenngleich § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (anders als Nr. 1) gerade keinen Bezug auf den Wertunterschied zwischen Obsiegen und Unterliegen nimmt, so wird man auch hier im Rahmen der Ermessensübung zu berücksichtigen haben, inwieweit der Kläger mit seiner Klage Erfolg hatte. Bei Schmerzensgeldklagen rechtfertigt noch eine Abweichung von bis zu 30% der vom Kläger angegebenen Größenordnung des Schmerzensgeldes, dem Beklagten die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.⁷⁷² Während allerdings im Bereich der Schmerzensgeldklage Angaben des Klägers zu seiner Vorstellung von der Höhe des Schmerzensgeldes notwendig sind, damit überhaupt ein zulässiger Klageantrag vorliegt⁷⁷³, bedarf es keiner derartiger Angaben im Rahmen eines Antrages nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB. Hier muss der Kläger jedoch für die *Begründung* seiner Klage vortragen, welche Bestimmungen des Dritten er für „*offenbar unbillig*“ hält und die daher sein Klagebegehren der Bestimmung durch das Gericht nach § 2048 S. 3 BGB rechtfertigen sollen. Es bietet sich auch

⁷⁷² MüKoZPO/Schulz ZPO § 92 Rn. 23 („*nicht mehr als 20-30%*“);
Stein/Jonas/Muthorst, § 92 Rn. 13 („*nicht mehr als 20 bis 25%*“)

⁷⁷³ BGH, Urteil vom 28. Februar 1984, - VI ZR 70/82 -, Rn. 23, juris.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

hier an, den Prozesserfolg wirtschaftlich betrachtet ins Verhältnis zur Niederlage zu setzen. In Anlehnung an die im Bereich der Schmerzensgeldklagen diskutierten möglichen Abweichungen bis zu 30%⁷⁷⁴, mag bei einer Abweichung des Erfolges im Verhältnis zum Angriff von jedenfalls 1/4 noch eine Entscheidung nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugunsten des Klägers ergehen. Dieser Prozentsatz ist nicht starr zu beachten, denn das Gesetz gibt für eine derartige Vorgabe keinen Anhalt. Im Einzelfall mag die Abweichung darüber liegen und die Ermessensentscheidung dennoch zugunsten des Klägers ausfallen (z.B. schwierige Bewertungsfragen⁷⁷⁵). Ebenso kann die Abweichung darunter liegen und dennoch eine Aufhebung oder Quotelung der Kosten nach § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO geboten sein.

cc) *Parteirollen zufällig, kein Verlierer*

Probleme bereitet die Konstellation, in der sämtliche Erben die Entscheidung des Dritten für unbillig halten und nunmehr eine Bestimmung durch Urteil erstreben.⁷⁷⁶ Denn weder Kläger noch Beklagter „verlieren“ den Prozess: Die Parteien des Rechtsstreits sind sich im Grunde einig, dass die Entschei-

⁷⁷⁴ MüKoZPO/Schulz ZPO § 92 Rn. 23 („nicht mehr als 20-30%“).

⁷⁷⁵ Ähnlich: BeckOK ZPO/Jaspersen ZPO § 92 Rn. 36 („Bemessung“).

⁷⁷⁶ Vgl. hierzu oben lit. b) bb) (Sämtliche Erben halten Bestimmung des Dritten für offenbar unbillig), Seite 277.

derung des Dritten unbillig ist, sie können sich jedoch nicht allein auf eine andere – billige - Auseinandersetzung verständigen und wählen daher den vom Gesetz vorgesehen Weg der Klage nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB. BRÜGGEMANN spricht hier davon, dass es „eine siegreiche und eine unterlegene Partei nur im formalen, nicht im materiellen Sinne“ gäbe. Der „Prozesskostenaufwand“ sei daher letztlich bei allen Miterben „als *Aufwendung zur Ermöglichung der Auseinandersetzung der Teilungsmasse*“ zu berücksichtigen (es sei denn, dass aufgrund besonderer Umstände und aus gesondertem Titel die Kosten gegenüber dem Dritten geltend gemacht werden können, der die unbillige Bestimmung getroffen hat).⁷⁷⁷

Dieser Auffassung ist im Ergebnis zuzustimmen, weil die Entscheidung des Gerichts nicht nur sämtlichen Erben gleichermaßen zugutekommt, sondern allseitige Voraussetzung der Auseinandersetzung ist. BRÜGGEMANN lässt jedoch offen, wie einerseits die gleichwohl notwendige Kostenentscheidung des Gerichts lauten muss sowie andererseits welche Kosten der Nachlass zu tragen hat.

Da es in diesem Verfahren grundsätzlich keinen „Verlierer“ im prozessualen Verständnis gibt, ist es sachgerecht, dass bereits das Gericht die Kosten des Rechtsstreits gegen-

⁷⁷⁷ Brüggemann, 3. Kap. § 1 II A 2 b) bb) S. 209.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

einander aufhebt, § 92 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ZPO. Hinsichtlich des Umfangs der Erstattung der Prozesskosten werden sowohl die Gerichtskosten als auch die Anwaltsvergütung vollständig aus dem Nachlass zu zahlen bzw. zu erstatten sein. Denn jeder Miterbe muss die Möglichkeit haben, mit seinem Vortrag zu einer billigen Bestimmung durch das Gericht gehört zu werden. Der Erblasser kann - und sollte - in seiner letztwilligen Verfügung von Todes wegen eine entsprechende Regelung treffen.⁷⁷⁸

g) Zwangsvollstreckung

Das Bestimmungsurteil nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB ist Gestaltungsurteil ohne dingliche Wirkung.⁷⁷⁹ Der Vollzug muss durch die Erben freiwillig vorgenommen werden oder sie müssen auf Mitwirkung verklagt werden. Das Bestimmungsurteil kann daher nicht vollstreckt werden.

h) Rechtsmittel

Sowohl der Erbe, der die offenbare Unbilligkeit der Entscheidung des Dritten erfolglos erstinstanzlich geltend macht, als auch sein Prozessgegner, der die Entscheidung des Dritten er-

⁷⁷⁸ Vgl. hierzu unten Siebenter Abschnitt § 6 (Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 320.

⁷⁷⁹ Vgl. hierzu oben lit. e), (Rechtsfolge des Urteils), Seite 288.

folglos verteidigt hat, haben jeweils die Möglichkeit Berufung einzulegen. Die jeweils unterlegene Partei ist durch das Urteil beschwert und die Berufungssumme wird ebenfalls regelmäßig erreicht sein.

Deutlich problematischer ist die Situation, wenn eine der Parteien die Bestimmung des Gerichts iSv § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB angreift. Dies gilt umso mehr, wenn alle Erben bei Klageerhebung über die offenbare Unbilligkeit der Bestimmung des Dritten einig waren und – lediglich - Klage erhoben haben, um eine Bestimmung des Gerichts iSv § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB zu erlangen. Entscheidungsmaßstab des Gerichts nach § 2048 S. 3 Hs. 2 BGB ist - ebenso wie es dies für den Dritten war - billiges Ermessen. Bei der Ausübung des billigen Ermessens muss das Gericht die Interessen der Parteien berücksichtigen, sich im Rahmen des in vergleichbaren Fällen Üblichen halten und bestimmen, was nach Lage der besonderen Umstände des Falles als angemessen, sachlich begründet und persönlich zumutbar erscheint.⁷⁸⁰

Schwierigkeiten bereitet es daher zu bestimmen, ob insbesondere der Kläger durch das Urteil „beschwert“ sein

⁷⁸⁰ Jeweils zu § 319 BGB: BGH, Urteil vom 20. März 1964 - V ZR 46/63-, Rn. 16, JurionRS 1964, 13520; BGH, Urteil vom 6. Oktober 1978 - V ZR 132/76 -, Rn. 17, juris.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

könnte. Denn sein Antrag lautet lediglich dahin, dass das Gericht anstelle des Dritten eine Bestimmung durch Urteil fällen möge. Dem ist das Gericht nachgekommen; allein der *Inhalt* der Bestimmung mag dem Kläger nicht gefallen.

Kann eine Berufung lediglich darauf gestützt werden, dass das erstinstanzliche Gericht kein billiges Ermessen getroffen hat? Da sowohl der Billigkeitsmaßstab für die Entscheidung des Gerichts dem billigen Ermessen des nach § 2048 S. 2 BGB zuvor zur Ermessensentscheidung berufenen Dritten entspricht⁷⁸¹ als auch die Wirkung des Urteils nicht weiter reicht als jene Bestimmung⁷⁸², wird man auch für die Angreifbarkeit der Entscheidung des Gerichts den Maßstab der offenbaren Unbilligkeit⁷⁸³ anlegen müssen. Ergänzend wird man (auch) zu einer offenbaren Unbilligkeit der gerichtlichen Bestimmung gelangen, wenn die eben genannten Entscheidungsgrundsätze missachtet und/oder entsprechender Vortrag der Parteien übersehen wurde *und* dies zwingend („offenbar“) zu einer anderer Entscheidung des Gerichts hätte führen müssen. Eine ausschließlich „ebenfalls vertretbare billige Bestimmung“ durch eine der Prozessparteien rechtfertigt

⁷⁸¹ Vgl. hierzu oben lit c) aa) (Gestaltungsbefugnis des Gericht), Seite 281.

⁷⁸² Vgl. hierzu oben lit. e) (Rechtsfolge des Urteils), Seite 288.

⁷⁸³ Vgl. hierzu oben Ziff. 1 (Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 319 Abs. 1 BGB), Seite 262 sowie Ziff. 2 (Begriff der „Offenbaren Unbilligkeit“ iSv § 2048 S. 2 BGB), Seite 264.

tigt für sich genommen noch *keine* Berufung: Die Berufung kann nicht allein auf eine andere Ausübung des Ermessens gestützt werden. Vielmehr müsste das erstinstanzliche Gericht aufgrund der Missachtung und/oder fehlerhaften Feststellung des Sachverhalts zu einer schlechterdings unvertretbaren Entscheidung gelangt sein. Inwieweit der Berufungsführer mit nachträglichem Vortrag in der Berufungsinstanz noch gehört werden kann beurteilt sich nach §§ 529 ff. ZPO.

F. *Bedeutung der Norm*

Angesichts des geringen Verbreitungsgrades von letztwilligen Verfügung von Todes wegen, die Regelungen nach § 2048 S. 2 BGB enthalten, stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber § 2048 BGB um Satz 2 und 3 ergänzt hat. Ist § 2048 S. 2 BGB mit Satz 3 entbehrlich?

Der I. Entwurf der 1. Kommission zu § 2048 BGB (§ 2152 im I. Entwurf der 1. Kommission) bestand lediglich aus dem heutigen § 2048 S. 1 BGB. Im Rahmen der Beratungen zur Gestaltung des Testamentsvollstreckungsrechts wurde erwogen, bei § 2204 BGB (§ 1898 des I. Entwurfes zum BGB) eine Zweifelsregelung aufzunehmen, wonach der Testamentsvollstrecker mangels anderer Anhaltspunkte die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen vornehmen darf. § 1898 des 1. Entwurfes zum BGB sollte danach lauten:

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

*„Soweit der Erblasser für die Auseinandersetzung Anordnungen nicht getroffen hat, ist anzunehmen daß er sie dem billigen Ermessen des Testamentsvollstreckers überlassen hat.“*⁷⁸⁴

Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass ohne konkrete Anordnungen des Erblassers davon auszugehen sei, dass er die *„Art der Auseinandersetzung dem billigen Ermessen des Testamentsvollstreckers überlassen habe“*.⁷⁸⁵ Im weiteren Verlauf der Beratung wurde aus der Zweifelsregelung ein Anordnungsrecht formuliert. Nunmehr war der Vorschlag daher § 2204 BGB (§ 1898 des I. Entwurfes zum BGB) wie folgt zu ergänzen:

„Der Erblasser kann den Vollstrecker ermächtigen, die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen herbeizuführen. Wenn die Erben einig sind, hat der Vollstrecker dem Willen der Erben Folge zu geben“

Man meinte, dass es einer besonderen Anordnung des Erblassers bedürfe, wenn er die Art der Auseinandersetzung dem billigen Ermessen des Testamentsvollstreckers überlassen wolle. Es sei dies keine *„selbstverständliche Aufgabe des Testamentsvollstreckers“*.

⁷⁸⁴ Protokolle Band V, 7071 zit. nach Mugdan Band V, 653.

⁷⁸⁵ Protokolle Band V, 7072 zit. nach Mugdan Band V, 653.

mentsvollstreckers“, so dass die zunächst erwogene Zweifelsregelung zu weit ginge.⁷⁸⁶

Nach dem Entwurf der Redaktionskommission zum BGB wurde die Norm um zwei Sätze ergänzt:

„Die von dem Vollstrecker auf Grund einer solchen Ermächtigung vorgenommene Auseinandersetzung ist für die Miterben unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. (Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil.)“⁷⁸⁷

Aus den Materialien zum BGB ist nicht ersichtlich, mit welchen Argumenten dann jedoch im Zusammenhang mit den Beratungen zum Recht der Erbengemeinschaft beschlossen wurde, die zuvor formulierte Ergänzung in § 1898 Abs. 2 vollständig zu streichen und die Möglichkeit der Anordnung nicht mehr lediglich auf den Testamentsvollstrecker zu beschränken, sondern allgemein auf Dritte zu erweitern. Die Regelung wurde nun zum Recht der Erbengemeinschaft verschoben und § 2048 BGB (§ 2152 des I. Entwurfes zum BGB, § 1922 des II. Entwurfes zum BGB) wurde um die

⁷⁸⁶ Protokolle Band V, 7073 zit. nach Mugdan Band V, 653.

⁷⁸⁷ Protokolle Band V, 8319 zit. nach Mugdan Band V, 655.

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

heutigen Sätze 2 und 3 des § 2048 BGB ergänzt.⁷⁸⁸ Hier wurde zur Begründung lediglich angeführt, dass bereits das Reichsgericht eine entsprechende Anordnung „für das gemeine Recht schon als geltend angesehen“ habe.⁷⁸⁹ Weitere Begründungen bieten die Materialien zum BGB insoweit nicht.

Es war bereits eine weitsichtige Idee, im I. Entwurf des BGB eine Zweifelsregelung für die Möglichkeit der Auseinandersetzung nach billigem Ermessen durch den Testamentsvollstrecker aufzunehmen.⁷⁹⁰ Aus heutiger Sicht und mit der praktischen Erfahrung aus zahlreichen Testamentsvollstreckungen würde man sich wünschen, der Gesetzgeber hätte diese Norm im BGB belassen (und *zusätzlich* § 2048 S. 2 und 3 BGB aufgenommen). Die Gründe, die gegen diesen Vorschlag damals vorgebracht wurden, können nicht überzeugen. Denn jeder Testamentsvollstrecker (aber auch Erblasser) würde es begrüßen, wenn diese Regelung - neben § 2048 S. 2 und 3 BGB - im BGB aufgenommen worden wäre, um so dem Testamentsvollstrecker eine größere Freiheit bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu ermöglichen (bei gleichzeitiger Möglichkeit der Erben, in Fällen

⁷⁸⁸ Mugdan Band V, LXXXIX ; Protokolle Band V, 7071 zit. nach Mugdan Band V, 653; Protokolle Band V, 8320, zit. nach Mugdan Band V, 655 (dort Druckfehler „§ 1298“, gemeint ist „§ 1898“).

⁷⁸⁹ Protokolle Band V, 8146 zit. nach Mugdan Band V, 506.

⁷⁹⁰ Protokolle Band V, 7071 zit. nach Mugdan Band V, 653.

grober Unbilligkeit gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen). Das Fehlen einer derartigen - wie es damals formuliert wurde - „*Ermächtigung*“ in der letztwilligen Verfügung von Todes wegen bedeutet gerade *nicht*, dass der Erblasser dies bewusst unterlassen hat und er nunmehr eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach den §§ 2042-2057a BGB durch den Testamentsvollstrecker erwartet, vgl. § 2204 Abs. 1 BGB. Es bedeutet vielmehr regelmäßig, dass der Erblasser sich bei Errichtung seiner letztwilligen Verfügung schlichtweg keine Gedanken über eine derartige Regelungsmöglichkeit gemacht hat.

Ebenso ist den wenigsten Testierenden bewusst, vor welchen Problemen ein Testamentsvollstrecker – aber eben auch sonst die Erbengemeinschaft – steht, wenn der *gesamte* Nachlass nach den §§ 2042-2057a BGB auseinanderzusetzen ist. Als eingängiges Beispiel führt jedem Laien die Auseinandersetzung hinsichtlich des Hausrats vor Augen, dass hier eine Versilberung und Verteilung des Erlöses unter den Erben (§§ 2042 Abs. 2, 753 Abs. 1 S. 1 BGB) in der Praxis praktisch nie auch nur annähernd vollständig möglich sein wird. Auch eine Versteigerung unter den Erben (§§ 2042 Abs. 2, 753 Abs. 1 S. 2 BGB) führt selten zum Erfolg und verzögert die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft erheblich. Hier einem Dritten – sei es nun einem Erben oder dem Testamentsvollstrecker oder einem Außenstehenden - die Möglich-

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

keit einzuräumen, die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen vorzunehmen, bietet genau diejenige Flexibilität, die das Gesetz im Übrigen nicht ermöglicht. Hinzu kommt ein Schutz der Erben durch § 2048 S. 3 BGB vor „Übervorteilung“ aufgrund der Bestimmung des Dritten. Ohne § 2048 S. 2 und 3 BGB wäre der Erblasser bereits „heute“ bei Abfassung seiner letztwilligen Verfügung gezwungen zu bestimmen, wie „morgen“ bestimmte Gegenstände des Hausrats unter den Miterben zu verteilen sind - von denen er nicht einmal wissen kann, ob sie noch vorhanden oder weitere hinzugekommen sind.

Regelungen nach § 2048 S. 2 BGB finden freilich nicht ihre Grenze im möglicherweise wirtschaftlich eher unbeachtlichen Hausrat (wobei gerade auch hier aufgrund des Affektionsinteresses an einzelnen Gegenständen der verwandten Erben häufig heftige Auseinandersetzungen geführt werden). Denn es kann die *gesamte* Auseinandersetzung des Nachlasses dem billigen Ermessen des Dritten überlassen bleiben. So ist es dem Erblasser möglich, eine Auseinandersetzung losgelöst von den relativ starren Vorgaben der §§ 2042-2047 BGB und mit höchstmöglicher Flexibilität durch seine letztwillige Verfügung von Todes wegen zu ermöglichen, ohne dabei den wirtschaftlichen Anteil eines Erben am Nachlass wesentlich zu ändern (anders wäre dies beim Zweckvermächtnis gemäß § 2156 BGB). Gleichzeitig hält der Erblasser den Erben die

Möglichkeit offen, über § 2048 S. 3 BGB bei einer offenbaren Unbilligkeit gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Hier besteht auch der offensichtliche Unterschied und praktische Vorteil zum Verteilungsvermächtnis mit Anteilsbestimmungsrecht (§§ 2151, 2153 BGB), Wahlvermächtnis (§ 2154 BGB) sowie Gattungsvermächtnis (§ 2155 BGB), die nach überzeugender herrschender Meinung keiner gerichtlichen Nachprüfung unterliegen.⁷⁹¹

Keine andere Regelung als § 2048 S. 2 BGB gewährt einem Dritten eine Flexibilität, die beispielsweise auch dazu führen kann, dass Gegenstände nicht einzelnen Erben zugewandt sondern anderweitig verschenkt oder vielleicht auch entsorgt werden. Insbesondere ließe sich dies nicht durch eine Anordnung nach §§ 2151 ff. BGB erreichen, da hier wenigstens der Kreis der Zuwendungsempfänger bekannt sein muss und beispielsweise die Entsorgung so nicht ermöglicht wird.

Betrachtet man all diese Vorteile, so ist es nur schwer zu erklären, weshalb in der ganz überwiegenden Mehrzahl der letztwilligen Verfügungen, in der eine Mehrheit von Erben bestimmt wird, keine Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB getroffen wird. Beratungsgespräche mit Testierenden zeigen da-

⁷⁹¹ BeckOK BGB/Müller-Christmann BGB § 2151 Rn. 5; MüKoBGB/Rudy BGB § 2151 Rn. 12;

§ 2 Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB

gegen stets, dass eine derartige Regelung gewünscht wird. Gleichwohl werden in der Literatur Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB kaum behandelt und Formulierungsvorschläge nur selten angeboten.⁷⁹² Gespräche mit Beratern zeigen dabei, dass die Möglichkeiten des § 2048 S. 2 BGB eher unbekannt sind und daher Unsicherheit bei der Anwendung besteht. Dabei lassen sich vielfältige Gestaltungsprobleme der alltäglichen Praxis mit einer Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB relativ knapp und auch für den Laien gut verständlich regeln.⁷⁹³

⁷⁹² Vgl. hierzu Siebenter Abschnitt § 5 (Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB), Seite 342.

⁷⁹³ Vgl. hierzu Siebenter Abschnitt § 6 (Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 353.

Sechster Abschnitt Steuerliche Folgen von Anordnungen nach § 2048 BGB

§ 1 Erbschaftsteuer

A. *Reine Teilungsanordnung*

§ 20 ErbStG bestimmt, wer Steuerschuldner der Erbschaft- und Schenkungsteuer ist, sog. Steuersubjekt. Bei Erwerben von Todes wegen (vgl. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 ErbStG) ist der Erwerber Steuerschuldner. Dies kann entweder der Erbe oder der von Todes wegen Beschenkte sein. Mehrere Erben werden erbschaftsteuerlich grundsätzlich getrennt veranlagt. Jeder einzelne ist für den Teil des Erwerbes, der auf ihn entfällt, unabhängig von den Miterben erbschaftsteuerpflichtig. Sowohl die Steuerklasse als auch die Freibeträge beziehen sich nur auf die Person, bei der die Erbschaft anfällt. Durch die reine Teilungsanordnung erhält zivilrechtlich kein Miterbe mehr als ihm aufgrund seiner Erbquote zusteht.⁷⁹⁴ Daher ist die Teilungsanordnung erbschaftsteuerlich grund-

⁷⁹⁴ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt A III 5 (Ausgleichszahlung), Seite 170.

sätzlich unbeachtlich⁷⁹⁵, auch wenn sie verbindlich angeordnet ist⁷⁹⁶ oder zum Nachlass ein Hof im Sinn der HöfeO gehört.⁷⁹⁷ Dies spiegelt sich auch in den Erbschaftsteuerrichtlinien unter R E 3.1. Abs. 1 S. 3 ErbStR 2019 wieder.

Bis zur Erbschaftsteuerreform 2009 sowie der Neuregelung des ErbStG vom 4.11.2016 aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 17.12.2014⁷⁹⁸ kam es für die Besteuerung der Miterben nach dem ErbStG überhaupt nicht darauf an, wie die Erbauseinandersetzung durchgeführt wird oder welche Bestimmungen der Erblasser in einer Teilungsanordnung getroffen hat.⁷⁹⁹ Entscheidend war insoweit ausschließlich der Erwerb „*durch Erbanfall*“, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, nicht dagegen der Erwerb „*auf Grund Erbanfall*“, also das Ergebnis der

⁷⁹⁵ BFH, Urteil vom 30. Juni 1960 - II 254/57 U -, BFHE 71, 266, Ls. 1 und Rn. 3, juris; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/*Gottschalk*, § 3 Rn. 114; Fischer, ErbStB 395, 398 (Ziff. III 1).

⁷⁹⁶ BFH, Urteil vom 02. Juli 2004 - II R 73/01 -, Ls. 1 und 12; juris; BFH, Urteil vom 10. November 1982 - II R 85-86/78 -, BFHE 137, 500, BStBl II 1983, 329, Ls. 1 und Rn. 11, juris (wobei Flume, DB 1983, 2271, 2272 in dem zugrundeliegenden Sachverhalt keine Teilungsanordnung, sondern eine qualifizierte Nachfolgeklausele sieht) unter ausdrücklicher Aufgabe der gegenteiligen Rechtsauffassung aus BFH, Urteil vom 16. März 1977 - II R 11/69 -, BFHE 121, 519-524, BStBl II 1977, 640, Ls. 1 und Rn. 25, juris.

⁷⁹⁷ BFH, Urteil vom 01. April 1992 - II R 21/89 -, BFHE 167, 562, BStBl II 1992, 669, Ls. 1 und 21, juris.

⁷⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 -, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136, juris.

⁷⁹⁹ Ebenroth, Rn. 1369; BFH Urteil vom 10.11.1982 -II R 85-86/78, BStBl II 1983, 329; FG Hessen Urteil vom 6.2.1990 - 10 K 1089/89 EFG 1990, 367; a.A Flume, DB 1983, 2271.

Abwicklung des Erbfalls.⁸⁰⁰ Maßgebende Bemessungsgröße für die Höhe der Erbschaftsteuer war somit nicht der steuerliche Wert der einzelnen Gegenstände, die die Miterben bei der Auseinandersetzung erhalten. Entscheidend war ausschließlich der Anteil des jeweiligen Erbens am Gesamtnachlass. Nach dieser Erbquote ermittelte sich im Verhältnis zum steuerlichen Wert des Gesamtnachlasses die Bemessungsgröße für die Festsetzung der Erbschaftsteuer.

Hinsichtlich einer Zuweisung des Erblassers durch Teilungsanordnung hat sich die Situation seit der Erbschaftsteuerreform 2009 sowie der Neuregelung des ErbStG vom 4.11.2016 aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 17.12.2014⁸⁰¹ geändert, wenn erbschaftsteuerlich privilegiertes Vermögen in Form des Familienheims (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b, c ErbStG), von Betriebsvermögen (§§ 13a, 13b ErbStG) oder von zu Wohnzwecken vermieteten Grundstücken (§ 13d ErbStG) einem oder mehreren Erben zugewiesen wird.⁸⁰²

⁸⁰⁰ Wilms/Jochum/*Söffing*, § 13a ErbStG Rn. 89.

⁸⁰¹ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 - 1 BvL 21/12 -, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136, juris.

⁸⁰² Rißmann/*Unger*, Die Erbengemeinschaft, § 18 Rn. 3; Gürsching/Stenger/*Götz*, § 3 ErbStG Rn. 97.

Nunmehr kommen die Steuerbefreiungen nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b und c ErbStG, § 13d Abs. 1 ErbStG, die Bewertungsprivilegien nach § 13a ErbStG sowie die Tarifbegrenzung bei Betriebsvermögen gem. § 19a Abs. 2 ErbStG ausschließlich demjenigen zugute, der den erbschaftsteuerlich privilegierten Gegenstand auch erhält.⁸⁰³ Die Vergünstigung wird mithin nicht dem Betrieb oder Familienwohnheim im Rahmen der Bewertung gewährt (und käme so allen Erben zugute), sondern demjenigen Erben, der den Gegenstand (endgültig) erhält.⁸⁰⁴ Erforderlich für die entsprechende Zuordnung ist der tatsächliche Vollzug der Teilungsanordnung, nicht die bloße Absicht.

Erfolgt die Übertragung - die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft - erst nach längerer Zeit, so liegt darin ein rückwirkendes Ereignis, § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO.⁸⁰⁵ Dies führt dazu, dass sich auch noch Jahre nach dem Erbfall - und Vorliegen eines Erbschaftsteuerbescheides - die Bewertung des Erbschaftserwerbs bei den Erben ändern kann.⁸⁰⁶

⁸⁰³ Wälzholz, ZEV 2009, 113, 114/115; jurisPK-BGB/Reymann, § 2150 Rn. 65; Kapp/Ebeling/Geck, § 13a RN. 77 und § 19a ErbStG Rn. 10.

⁸⁰⁴ Ribmann/Unger, Die Erbengemeinschaft, § 18 Rn. 4; Tiedtke/Reich/Voß/Striegel, § 13a Rn. 53; Kapp/Ebeling/Geck, § 3ErbStG Rn. 118.1; Geck, ZEV 2012, 130.

⁸⁰⁵ Wälzholz, ZEV 2009, 113, 118.

⁸⁰⁶ Wälzholz, ZEV 2009, 113, 118; Wilms/Jochum/Söffing, § 13a ErbStG Rn. 90.

B. Überquotale Teilungsanordnung

Bei einer überquotalen Teilungsanordnung⁸⁰⁷ erhält der begünstigte Erbe „mehr“: Im Rahmen eines Vorausvermächtnisses wird er von seiner Ausgleichspflicht gegenüber den anderen Miterben befreit. Der Wert dieser „ersparten“ Ausgleichspflicht ist mit dem gemeinen Wert bei der Ermittlung der Erbschaftsteuer anzusetzen, § 12 Abs. 1 ErbStG, § 9 Abs. 1 BewG.⁸⁰⁸ Bei den übrigen Miterben ist der Wert der Ausgleichsverpflichtung als Nachlassverbindlichkeit in der Höhe abziehbar, in der ihnen der durch die überquotale Teilungsanordnung begünstigte Miterben einen Ausgleich hätte zahlen müssen, wenn der Erblasser ihn nicht durch die Anordnung begünstigt und von der Ausgleichspflicht befreit hätte.⁸⁰⁹

§ 2 Ertragsteuer

Grundsätzlich beeinflusst die Teilungsanordnung nicht die Reihenfolge des Erwerbs der Nachlassgegenstände. Denn da

⁸⁰⁷ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

⁸⁰⁸ BFH, Urteil vom 06. Oktober 2010 - II R 29/09 -, Rn. 53, juris; Sommer/Kerschbaumer, ZEV 2004, 13, 17.

⁸⁰⁹ BFH, Urteil vom 06. Oktober 2010 - II R 29/09 -, Rn. 53, juris.

die Teilungsanordnung lediglich schuldrechtliche (und keine dingliche) Wirkung hat, erwirbt zunächst die Erbengemeinschaft jeden Nachlassgegenstand zur gesamten Hand.⁸¹⁰ Dies gilt auch für diejenigen Gegenstände, die im Rahmen der Auseinandersetzung aufgrund einer Teilungsanordnung einem Miterben zu übertragen sind.

Wirft der durch Teilungsanordnung einem Miterben zugewandte Gegenstand Früchte ab, so stehen diese zivilrechtlich gleichwohl regelmäßig mit dem Erbfall (Ausnahmen bei §§ 2043-2045 BGB) dem durch die Teilungsanordnung begünstigten Miterben zu.⁸¹¹ Verhalten sich die Miterben bereits vor Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und mithin vor Erfüllung der Teilungsanordnung entsprechend der Teilungsanordnung (und rechnen dem begünstigten Erben die Früchte zu), können nach der Entscheidung des BFH vom 4. Mai 2000 die Einkünfte (auch solche aus einem zum Nachlass gehörenden Unternehmen) steuerlich rückwirkend dem Begünstigten zugerechnet werden.⁸¹² Der BFH stellte sich mit dieser Entscheidung ausdrücklich gegen die Auffassung der Finanzverwaltung, wonach in diesen Fällen die

⁸¹⁰ RiBmann/*Unger*, Die Erbengemeinschaft, § 18 Rn. 70; Pohl, S. 8.

⁸¹¹ Vgl. hierzu im Einzelnen oben Fünfter Abschnitt § 1 III 3 (Früchte), Seite 159.

⁸¹² BFH, Urteil vom 04. Mai 2000 - IV R 10/99 -, BFHE 191, 529, BStBl II 2002, 850, Ls. 1 und 34.

Auseinandersetzung binnen einer Frist von sechs Monaten nach dem Erbfall vollzogen sein müsste.⁸¹³ Im Nachgang zu dieser Entscheidung ergänzte die Finanzverwaltung das BMF-Schreiben vom 11. Januar 1993 durch das BMF-Schreiben vom 5. Dezember 2002:⁸¹⁴ Die zeitliche Begrenzung für die rückwirkende Zurechnung der Einkünfte war danach weggefallen.⁸¹⁵ Mit dem überarbeiteten BMF-Schreiben vom 14.3.2006 hat die Finanzverwaltung diese Auffassung aufrechterhalten und lässt weiterhin entsprechend der Rechtsprechung des BFH eine rückwirkende Zurechnung auch über einen längeren Zeitraum zu.⁸¹⁶ In diesem Fall wird die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft steuerlich behandelt, „*als ob sich die Erbengemeinschaft unmittelbar nach dem Erbfall auseinandergesetzt hätte (Durchgangserwerb der Erbengemeinschaft)*“.⁸¹⁷ Erforderlich ist dabei eine „*klare und rechtlich bindende Vereinbarung über die Auseinandersetzung und ihre Mo-*

⁸¹³ BMF-Schreiben vom 11. Januar 1993, -IV B 2 - S 2242-86/92 -, BStBl. I 1993, 62; Rn. 8 und 9.

⁸¹⁴ BMF-Schreiben vom 05.12.2002 - IV A 6 - S 2242- 25/02- zur Berücksichtigung des BFH-Urteils vom 4. Mai 2000 - IV R 10/99-, BStBl I 2002, 1392.

⁸¹⁵ BMF-Schreiben vom 05.12.2002 - IV A 6 - S 2242- 25/02- zur Berücksichtigung des BFH-Urteils vom 4. Mai 2000 - IV R 10/99-, BStBl I 2002, 1392, dort Tz. 8.

⁸¹⁶ BMF Schreiben vom 14. 3. 2006 IV B 2 - S 2242 - 7/06, Rn. 8 und 67, ZEV 2006, 154, 155.

⁸¹⁷ BMF Schreiben vom 14. 3. 2006 IV B 2 - S 2242 - 7/06, Rn. 8, ZEV 2006, 154, 155.

dalitäten“.⁸¹⁸ Darin müssen der „*Übergang von Nutzungen und Lasten für die von dieser Auseinandersetzung betroffenen Wirtschaftsgüter auf den Zeitpunkt des Erbfalls*“ bestimmt sein und die Vereinbarung muss anschließend tatsächlich auch so durchgeführt werden.⁸¹⁹

Insgesamt folgt die Finanzverwaltung dem durch den Großen Senat des BFH 1990⁸²⁰ aufgestellten Grundsatz, dass Erbfall und Erbauseinandersetzung als zwei getrennt voneinander zu beurteilende Vorgänge anzusehen sind. Wenn sich die Erben einverständlich über die Teilungsanordnung des Erblassers hinwegsetzen, ist für die steuerliche Beurteilung die „*tatsächliche Auseinandersetzung maßgeblich*“.⁸²¹ Hat der von der Teilungsanordnung betroffene Miterbe Ausgleichszahlungen zu leisten, so liegt nach Auffassung der Finanzverwaltung ein Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft vor: Die Ausgleichszahlung führt bei ihm zu Anschaffungskosten, während beim Empfänger der Ausgleichszahlung ein Veräuße-

⁸¹⁸ BMF Schreiben vom 14. 3. 2006 IV B 2 - S 2242 - 7/06, Rn. 9, ZEV 2006, 154, 155.

⁸¹⁹ BMF Schreiben vom 14. 3. 2006 IV B 2 - S 2242 - 7/06, Rn. 9, ZEV 2006, 154, 155.

⁸²⁰ BFH, Beschluss vom 05. Juli 1990 - GrS 2/89 -, BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837, Ls. 1 Rn. 60; hierzu: Menges/Stähle, BB 1994, 2122.

⁸²¹ BMF Schreiben vom 14. 3. 2006 IV B 2 - S 2242 - 7/06, Rn. 67, ZEV 2006, 154, 162.

rungserlös erzielt wird.⁸²² Hat der Erblasser durch Teilungsanordnung einem Miterben ein Grundstück zugewiesen, ihm jedoch auferlegt, dafür an andere Miterben Zahlungen zu leisten, so bilden diese Zahlungen daher auch Anschaffungskosten des Grundstücks.⁸²³

§ 3 Grunderwerbsteuer

Der ungeteilte Übergang einer Immobilie auf die Erbengemeinschaft durch den Erbfall ist nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG grunderwerbsteuerfrei.⁸²⁴ Die nachfolgende Übertragung von Immobilien auf Miterben im Rahmen und zur Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft ist grundsätzlich ebenfalls grunderwerbsteuerfrei, § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG. Diese Befreiung gilt jedoch lediglich für die (erste) Übertragung von Immobilieneigentum von der Gesamthand Erbengemeinschaft auf einen Miterben.⁸²⁵

⁸²² BMF Schreiben vom 14. 3. 2006 IV B 2 - S 2242 - 7/06, Rn. 14, ZEV 2006, 154, 156; Halaczinsky, § 4 Rn. 41, S. 110/111. jurisPK-BGB/*Reymann*, § 2150 Rn. 4.

⁸²³ BFH, Urteil vom 15. März 1994 - IX R 84/89 -, Ls und Rn. 16, juris.

⁸²⁴ Behrens/Wachter/*Berke*, § 3 Rn. 76.

⁸²⁵ FG Münster, Urteil vom 20. Februar 2002 -8 K 7765/00 GrE und 8 K 7991/00 GrE, Rn. 22, juris; Wälzholz, ZEV 2016, 369, 371.

Im Rahmen der Zuwendung eines *Vermächtnisses* hat der BFH seine Rechtsprechung zur Grunderwerbsteuerpflicht eines Kaufrechtsvermächtnisses geändert.⁸²⁶ Nach der Entscheidung des BFH ist es für die Frage der Grunderwerbsteuerpflicht eines Vermächtnisses nunmehr maßgebend, ob der Vermächtnisnehmer

- durch Vermächtnis (lediglich) das Recht erworben hat, vom Erben den Abschluss eines Kaufvertrages zu fordern (Kaufrechtsvermächtnis; dann unterliegt der Kaufvertrag der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG)
- oder
- bereits durch das Vermächtnis das Recht erhält, die Übertragung eines Grundstückes unmittelbar zu fordern (sei es auch gegen Zahlung eines Kaufpreises; dann ist der Vorgang grunderwerbsteuerfrei, § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG).⁸²⁷

Nach dieser Rechtsprechungsänderung des BFH ist zu prüfen, ob bei der Auseinandersetzung einer Erbengemein-

⁸²⁶ BFH, Urteil vom 16. Januar 2019 - II R 7/16 -, BFHE 263, 465, BStBl II 2019, 617.

⁸²⁷ BFH, Urteil vom 16. Januar 2019 - II R 7/16 -, BFHE 263, 465, BStBl II 2019, 617, Ls. 1 und 2 sowie Rn. 11, juris.

schaft durch Übertragung von Immobilien auf Miterben aufgrund einer Teilungsanordnung ebenfalls unterschieden werden muss, welche Art der Teilungsanordnung angeordnet wurde.

Weist der Erblasser einem Miterben eine Immobilie im Wege der *Übernahmepflicht*⁸²⁸ zu, so erwirbt der Erbe den Anspruch auf Übertragung der Immobilie durch die Erbengemeinschaft an ihn bereits durch den Erbfall. Der Vorgang ist nach § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG bedenkenlos grunderwerbsteuerfrei.

Anders könnte es zu beurteilen sein, wenn dem Erben durch den Erblasser ein *Übernahmerecht*⁸²⁹ zugewandt wurde. Ohne besondere Anordnung des Erblassers (Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis) hat kein Erbe Anspruch darauf, bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft eine bestimmte Immobilie zu erhalten. Vielmehr hätte der Erbe im Rahmen der Erbauseinandersetzung ausschließlich Anspruch auf Auskehr des Erlöses der veräußerten Immobilie in Höhe seiner Erbquote, § 2047 Abs. 1 BGB. Anders als bei der *Übernahmepflicht* erwirbt der Begünstigte bei einem Über-

⁸²⁸ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A I (Übernahmepflicht), Seite 144.

⁸²⁹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A II (Übernahmerecht), Seite 148.

nahmerecht nicht bereits durch den Erbfall einen Anspruch auf Übertragung der Immobilie im Rahmen der Erbaueinandersetzung. Vielmehr erwirbt der begünstigte Erbe durch den Erbfall das Recht, durch (und auch erst nach) Ausübung seines Übernahmerechts,⁸³⁰ von der Erbengemeinschaft den Abschluss eines Vertrages zur Übertragung der Immobilie im Rahmen der Erbaueinandersetzung zu verlangen.⁸³¹

Eine Grunderwerbsteuerpflicht scheidet jedoch aus, weil der begünstigte Erbe bereits zuvor als Mitglied der Erbengemeinschaft Eigentümer der Immobilie gewesen ist. Anders als bei einem Kaufrechtsvermächtnis dient hier der Abschluss des Übertragungsvertrages hinsichtlich der Immobilie nicht der Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit, sondern der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Daher ist der Vorgang der Übertragung aufgrund der Ausübung eines Übernahmerechts ebenfalls noch ein nach § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG grunderwerbsteuerfreier „*Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses*“.

⁸³⁰ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A II 1 (Ausübung des Übernahmerechts), Seite 149.

⁸³¹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 1 b) (Übernahmerecht), Seite 157.

Siebenter Abschnitt Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB

Dieser Abschnitt untersucht die in der Literatur erörterten Formulierungen für Anordnungen nach § 2048 BGB. In der Literatur gibt es relativ wenige Formulierungsbeispiele für Teilungsanordnungen. Noch weniger Versuche gibt es, die in der Praxis regelmäßig auftauchenden regelungsbedürftigen weitergehenden Fragen im Zusammenhang mit einer Teilungsanordnung zu lösen: Manche Formularbücher bieten nicht ein einziges Formulierungsbeispiel an.⁸³² Dies deshalb erstaunlich, weil sowohl in letztwilligen Verfügungen von Laien als auch solchen, die von Rechtsanwälte und Notaren verfasst sind, regelmäßig Teilungsanordnungen auftauchen - und praktisch jede Formulierung gibt Anlass zu Fragen und kann Quell von Meinungsverschiedenheit der Erben werden.

⁸³² Z.B. Hannes, Formularbuch Vermögens und Unternehmensnachfolge.

§ 1 Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB

Eine Erbeinsetzung verbunden mit einer bloßen Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB, ergänzt um die Wiederholung der sich daraus ergebenden Pflicht zur Anrechnung auf den Erbteil, formuliert KEIM wie folgt:⁸³³

Formulierungsbeispiel 1: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (Keim)

§ 1

Zu meinen Erben setze ich ein: a) ... b) ... c) ...

§ 2

Als Teilungsanordnung bestimme ich, dass in Anrechnung auf ihre Erbteile erhalten:

Irmgard das Tafelsilber,

Dorothea den Schmuck und

Wolfgang das Bild „Venedig“.

Die Erben können einverständlich auch eine andere Verteilung der Gegenstände vornehmen.

⁸³³ Weirich/Keim, Rn. 1724.

Siebenter Abschnitt Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB

Diese Formulierung lässt vieles ungeklärt und wird in der Praxis zu Auseinandersetzungen führen. Als Beispiele seien nur folgende Fragen genannt:

- Wie wird der „Anrechnungswert“ bestimmt?⁸³⁴
- Wie ist zu verfahren, wenn ein zugewandter Gegenstand weggefallen, an Dritte oder den Zuwendungsempfänger verschenkt wurde oder sich nie im Vermögen des Erblassers befand?⁸³⁵
- Was ist unter „Schmuck“ zu verstehen (nur der Damenschmuck oder auch der Herrenschmuck, wie z.B. Uhren, Manschettenknöpfe, aber auch Ringe, Armreifen etc.)?

An anderer Stelle schlägt KEIM folgende Formulierung für eine bloße Teilungsanordnung vor:⁸³⁶

Formulierungsbeispiel 2: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (Keim)

Die Auseinandersetzung unter meinen Erben soll alsbald nach meinem Tode erfolgen. Hierfür ordne ich an, dass meine Tochter mein Hausgrundstück Meisenweg 4 und mein Sohn das Baugrundstück Amselweg 19 erhält.

⁸³⁴ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt A III 5 b) (Ausgleichszahlung bei fehlender Bestimmung durch den Erblasser), Seite 174.

⁸³⁵ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

⁸³⁶ Keim/Lehmann/Keim, A. II. 5 ee).

Sollte eines meiner Kinder durch die angeordnete Teilung meines Nachlasses einen Mehrwert erhalten, so ist dieser auszugleichen. Können sich meine Kinder über den Wert der Grundstücke nicht einigen, ist dieser verbindlich durch einen vereidigten Grundstückssachverständigen festzustellen.

Zwar wird hier nun im Ansatz geregelt, wer den Übernahmewert ermitteln soll. Es bleiben gleichwohl viele Fragen ungeklärt, die in der Praxis eine zügige Umsetzung der Anordnung verhindern werden:

- Auf welchen Stichtag soll der Wert festgestellt werden?⁸³⁷
- *Wer darf wie und wann* den Gutachter auswählen?⁸³⁸
- Wann darf der Gutachter beauftragt werden?
- Wer trägt die Kosten des Gutachtens?⁸³⁹
- Auch hier (wie bereits im erstgenannten Beispiel): Wie ist zu verfahren, wenn ein zugewandtes Grundstück an Drit-

⁸³⁷ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 III 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

⁸³⁸ Vgl. hierzu auch oben Fünfter Abschnitt § 1 III 5 b) aa) ccc) (Art und Weise der Wertermittlung), Seite 185.

⁸³⁹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 III 5 b) aa) ddd) (Kostentragung), Seite 187.

Siebenter Abschnitt Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB

te oder den Zuwendungsempfänger verschenkt wurde oder sich nie im Vermögen des Erblassers befand?⁸⁴⁰

R. KÖSSINGER formuliert eine bloße Teilungsanordnung lediglich wie folgt:⁸⁴¹

Formulierungsbeispiel 3: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB (R. Kössinger)

Diesen Nachlassgegenstand erhält der Miterbe im Wege der reinen Teilungsanordnung, dh unter Anrechnung auf seinen Erbteil und ggf. Ausgleichung aus seinem sonstigen Vermögen.

Nahezu sämtliche oben aufgeworfenen Fragen werden auch mit dieser Formulierung nicht beantwortet. Diese Formulierungen sollten daher nicht verwendet werden.

R. KÖSSINGER/GOSLICH klären in ihrem folgenden Beispiel zwar die Frage der Kostenlast sowie die Bestimmung des Sachverständigen. Die übrigen oben aufgeworfenen Fragen bleiben jedoch auch in ihrer Formulierung offen:⁸⁴²

⁸⁴⁰ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

⁸⁴¹ Nieder/Kössinger/R. Kössinger, 2. Teil § 15 Rn. 227; ebenso: Ruhwinkel, D I 4b) S. 258.

⁸⁴² Keim/Lehmann/R. Kössinger/Goslich, Form. C. IV. 3..

**Formulierungsbeispiel 4: Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB
(R. Kössinger/Goslich)**

Ich treffe folgende Anordnungen für die Auseinandersetzung des Nachlasses, wobei hiermit klargestellt wird, dass es sich um eine reine Teilungsanordnung handelt und der jeweilige Miterbe dies erhält unter Anrechnung auf seinen Erbteil bzw. Ausgleichung aus seinem sonstigen Vermögen:

- 1. Der Miterbe A erhält den Anspruch auf das Alleineigentum an dem Hausgrundstück Flst^{ooo} Gem^{ooo}*
- 2. Die Miterbin B erhält den Anspruch auf das Alleineigentum an der Gemäldesammlung des Künstlers^{ooo}, die sich im Erdgeschoss des Anwesens^{ooo} befindet.*
- 3. Der Miterbe C erhält das Übernahmerecht, das Grundstück Flst. Gemarkung^{ooo} zum Verkehrswert zu übernehmen. Das Übernahmerecht ist durch den Miterben durch Erklärung gegenüber den anderen Miterben auszuüben binnen drei Monaten ab Kenntnis von dem Übernahmerecht. Der Miterbe ist zur Übernahme nur berechtigt, nicht verpflichtet.*
- 4. Allgemein gilt: Der anzurechnende Wert ist durch einen vereidigten Sachverständigen auf Kosten des Nachlasses zu ermitteln, soweit sich die Miterben nicht einvernehmlich auf einen Wert verständigen. Sofern über die Person des Sachverständigen keine Einigung erzielt wird, ist dieser vom Präsidenten der IHK zu bestimmen. Die Kosten der Erfüllungsgeschäfte trägt die Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassauseinandersetzung.*

§ 2 Überquotale Teilungsanordnung

Zur Regelung einer überquotalen Teilungsanordnung⁸⁴³ schlägt KEIM folgende Formulierung vor:⁸⁴⁴

Formulierungsbeispiel 5: Überquotale Teilungsanordnung (Keim)

Für die Auseinandersetzung unter meinen Erben ordne ich an, dass mein Sohn das Einfamilienhausgrundstück Sperberweg 18 erhält. Er ist zur Ausgleichung gegenüber meinen weiteren Erben verpflichtet, jedoch nicht in Höhe des wirklichen Wertes, sondern zu einem um 30 % gekürzten Wert; die Wertdifferenz ist meinem Sohn im Voraus vermacht. Können sich meine Erben über den Wert des Hausgrundstücks nicht einigen, ist dieser verbindlich durch einen vereidigten Grundstückssachverständigen festzustellen.

Auch dieses Beispiel lässt die oben⁸⁴⁵ aufgeworfenen Fragen ungeklärt. Hier kommt außerdem hinzu, dass nicht geklärt ist, was mit dem Vorausvermächtnis geschieht, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt: Verbleibt es als Vermächtnis oder fällt es weg?

⁸⁴³ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

⁸⁴⁴ Keim/Lehmann/Keim, A. II. 5 ee) (dort als „wertverschiebende“ Teilungsanordnung“ bezeichnet).

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu oben unter § 1 (Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB), Seite 322.

R. KÖSSINGER geht bei der Regelung der überquotalen Teilungsanordnung einen Schritt weiter und stellt den Anfall des Vorausvermächtnisses unter die Bedingung der Annahme der Erbschaft. Um eine vorzeitige Forderung des Vorausvermächtnisses zu verhindern (das Vorausvermächtnis ist grundsätzlich mit dem Erbfall fällig⁸⁴⁶) wird in diesem Beispiel die Fälligkeit bis zur Auseinandersetzung aufgeschoben:⁸⁴⁷

Formulierungsbeispiel 6: Überquotale Teilungsanordnung (R. Kössinger)

*Ich setze A, B und C zu gleichen Erbteilen zu meinen Erben ein.
Meine folgenden Nachlassgegenstände teile ich meinen Erben wie folgt zu:
...
Falls dadurch einer meiner Erben wertmäßig mehr erhält, als es seiner Erbquote entspricht, so wird ihm dieser Überschuss als Vorausvermächtnis zugewandt, so dass ein Ausgleich zwischen den Erben nicht stattfindet. Das Vorausvermächtnis wird unter der Bedingung der Annahme der Erbschaft angeordnet und fällt erst bei Auseinandersetzung des Nachlasses an.*

⁸⁴⁶ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 V (Fälligkeit), Seite 90.

⁸⁴⁷ Nieder/Kössinger/R. Kössinger, 2. Teil § 15 Rn. 233; ebenso: Ruhwinkel, D I 4b) S. 258.

SZALAI schlägt für eine überquotale Teilungsanordnung folgende Formulierung vor:⁸⁴⁸

Formulierungsbeispiel 7: Überquotale Teilungsanordnung (Szalai)

Wenn der Wert des ... [zugesdachter Gegenstand] zum Zeitpunkt meines Todes den der Erbquote von ... [„Begünstigter“] entsprechenden Wert des Anteils an meinem Nachlass übersteigt, soll ... [zugesdachter Gegenstand] insoweit als Vorausvermächtnis ... [„Begünstigter“] insoweit zugewendet sein, als der Wert des ... [zugesdachter Gegenstand] den der Erbquote entsprechenden Anteil am Nachlass übersteigt. Das vorstehende Vorausvermächtnis entfällt, wenn der ... [„Begünstigter“] die Erbschaft ausschlägt oder aus einem anderen Rechtsgrund nicht Erbe wird.

Übersteigt der Wert des durch Teilungsanordnung zugewandten Gegenstands die Erbquote des begünstigten Erben, wäre dieser Mehrwert grundsätzlich auszugleichen. Die Formulierung vermeidet dies und wendet einen etwaigen Mehrwert als Vorausvermächtnis zu. Um Auslegungsprobleme zu vermeiden, die sich daraus ergeben, dass das Vorausvermächtnis isoliert *angenommen* wird, die mit der Teilungsanordnung verbundene Erbschaft dagegen *ausgeschlagen* werden könnte, steht das Vermächtnis unter der Bedingung der Erbenstellung des Begünstigten.

⁸⁴⁸ BeckOGK/Rißmann/Szalai BGB § 2048 Rn. 39.3.

KURZE ergänzt eine entsprechende Formulierung um die Regelung für den Fall, dass sich der zugewandte Gegenstand nicht mehr im Nachlass befindet, sowie um eine Anordnung der Bewertung durch einen Schiedsgutachter.⁸⁴⁹

Formulierungsbeispiel 8: Überquotale Teilungsanordnung (Kurze)

I. Erbeinsetzung

1. Ich setze meine Abkömmlinge

(Vorname Nachname), geborene/ r (Geburtsname),
geboren am (Datum), zurzeit wohnhaft (Wohnadresse),

(Vorname Nachname), geborene/ r (Geburtsname),
geboren am (Datum), zurzeit wohnhaft (Wohnadresse),

(Vorname Nachname), geborene/ r (Geburtsname),
geboren am (Datum), zurzeit wohnhaft (Wohnadresse),

zu gleichen Teilen zu Vollerben meines gesamten Vermögens ein.

D. h. mein Vermögen geht in das Vermögen der Erben über und vereinigt sich mit deren Vermögen zu einer Vermögensmasse. Eine Nacherbfolge wünsche ich somit ausdrücklich nicht.

2. Ersatzerbenbestimmung

II. Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis

⁸⁴⁹ RiBmann/Kurze, Die Erbengemeinschaft, § 10, Rn. 95 Muster 10.18.

Mir gehört zurzeit folgende Immobilie: (Bezeichnung). Für den Fall, dass diese Immobilie beim Erbfall sich noch in meinem Eigentum befindet, treffe ich die nachfolgende Anordnung. Sollte die Immobilie nicht mehr in meinem Eigentum stehen, entfällt die Anordnung. Sie ist auch nicht sinngemäß oder auf Surrogate anzuwenden (etwa auf eine ersatzweise angeschaffte Immobilie).

Für die Teilung des Nachlasses unter den Erben wird in der Form einer Teilungsanordnung und bezüglich des über den Erbteil hinausgehenden Wertes als Vorausvermächtnis bestimmt:

Der Erbe (Vorname Name) erhält im Wege der Teilungsanordnung die Immobilie (Bezeichnung). Der Wert der Immobilie ist also auf seinen Erbteil anzurechnen.

Für den Fall, dass er vor oder nach dem Erbfall entfällt, bestimme ich entgegen jeder anders lautenden gesetzlichen oder gerichtlichen Vermutungs- oder Auslegungsregel seine Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolgeordnung zu Ersatzbegünstigten. Fallen auch diese weg, entfällt die Teilungsanordnung.

Den Anteil am Nachlass, den der Erbe (Vorname Name) durch die Teilungsanordnung mehr erhält, als seiner Erbquote entspricht, ist als Vorausvermächtnis angeordnet, so dass ein Ausgleich insofern nicht stattfindet. Dieses erhält der Bedachte aber nur, wenn er Erbe wird, also nicht ausschlägt.

III. Schiedsgutachtenklausel zur Bewertung

Sollten sich die Erben nicht innerhalb von sechs Wochen nach dem Erbfall auf einen Wert für die Immobilie einigen, hat jeder der Erben das Recht, ein verbindliches Schiedsgutachten durch einen vom Bundesverband Deutscher Sachverständiger benannten Sachverständigen für die Bewertung bebauter und unbebauter Grundstücke in Auftrag zu geben. Maßgeblich soll der Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erbfalles sein. Die Kosten des Gutachtens gehen zu Lasten des Nachlasses.

IV. Testamentsvollstreckung

BRAUN ergänzt seinen Formulierungsvorschlag einer (möglicherweise) überquotalen Teilungsanordnung als einziger durch eine Regelung für den Fall, dass der zugewandte Gegenstand dem (eigentlich von Todes wegen) begünstigten Erben bereits zu Lebzeiten zugewandt wurde.⁸⁵⁰

Formulierungsbeispiel 9: Überquotale Teilungsanordnung (Braun)

x. Ausgestaltung der Teilungsanordnung

a) Geltungsbereich

Die folgende Teilungsanordnung nach § 2048 BGB ist von meinen/den Erben des Erstversterbenden/Längerlebenden von uns bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu befolgen. Sie gilt auch für etwaige Ersatzerven.

⁸⁵⁰ Braun, § 3 A II 4, Rn. 71, Baustein 51, S. 237f.

b) Bedingtes Vorausvermächtnis

Sollte ein Miterbe infolge der Teilungsanordnung bei Durchführung der Erbauseinandersetzung wertmäßig mehr erhalten, als ihm nach seiner Erbquote zusteht, ist ihm dieser Mehrwert als bedingtes Vorausvermächtnis zugewendet.

Dieses zugunsten des betroffenen Miterben angeordnete Vorausvermächtnis steht jedoch unter einer weiteren Bedingung. Es gilt nur, wenn sämtliche von der Teilungsanordnung erfassten Gegenstände in meinen Nachlass/ den Nachlass des Erstversterbenden/Längerlebenden fallen. Andernfalls hat der überquotale begünstigte Miterbe den ihm über seine Erbquote hinaus zufallenden Mehrwert aus seinem eigenen Vermögen auszugleichen. Will er dies nicht, kann er auf die Ausführung der Teilungsanordnung hinsichtlich einzelner, ihm zugedachter Gegenstände verzichten. Diese sind dann wieder den für die Erbauseinandersetzung geltenden gesetzlichen Regeln unterworfen; die Teilungsanordnung ist insoweit auflösend bedingt.

c) Wirkung bei vorweggenommener Erbfolge

Fällt ein von der Teilungsanordnung erfasster Gegenstand nur deshalb nicht in den Nachlass, weil er bereits durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den betroffenen Miterben übertragen worden ist, ist er für die Berechnung eines etwaigen Ausgleichsbetrages so zu behandeln, als ob er durch Erbfolge und Teilungsanordnung erworben worden wäre. Der Gegenstand ist jedoch mit seinem Wert bei der

Übertragung zu berücksichtigen, wenn dieser – bereinigt um den zwischenzeitlichen Kaufkraftschwund – niedriger ist als der Wert beim Erbfall. Etwaige Gegenleistungen oder Auflagen bei Vorwegnahme der Erbfolge bleiben dabei unberücksichtigt.

d) Zuweisung der Vermögenswerte

Bei der Erbauseinandersetzung sollen jeweils zum Alleineigentum erhalten:

(Name der einzelnen Miterben und zugewiesene Vermögenswerte)

§ 3 Übernahmerecht

Auch im Rahmen eines Übernahmerechts⁸⁵¹ ist die Bestimmung der Ermittlung des Übernahmewertes von entscheidender, Streitvermeidender Bedeutung.

KEIM wählt wie auch bei der bloßen Teilungsanordnung⁸⁵² hier Formulierungen, die im Ergebnis viele Fragen offen lassen:⁸⁵³

⁸⁵¹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 II (Übernahmerecht), Seite 148 sowie III 5 (Ausgleichszahlung), Seite 170.

⁸⁵² Vgl. hierzu oben § 1 (Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB), Seite 321.

⁸⁵³ Keim/Lehmann/Keim, A. II. 5 ee).

Formulierungsbeispiel 10: Übernahmerecht (Keim)

Meine Tochter^{ooo} ist berechtigt, bei der Auseinandersetzung das Hausgrundstück Spatzennweg 3 mit Einfamilienhaus zu übernehmen. Übt sie dieses Recht aus, hat sie den Wert des Hausgrundstücks gegenüber meinen weiteren Erben auszugleichen. Können sich meine Erben über den Wert des Hausgrundstücks nicht einigen, ist dieser verbindlich durch einen vereidigten Grundstückssachverständigen festzustellen.

Zu den Problemen dieser Formulierungen kann auf die Ausführungen zu KEIMS Vorschlag für eine bloße Teilungsanordnung verwiesen werden.⁸⁵⁴

OTTO stellt mit folgendem Vorschlag die Erben unmittelbar vor ein Auslegungsproblem:⁸⁵⁵

Formulierungsbeispiel 11: Übernahmerecht (Otto)

§ 3 Teilungsanordnungen und Teilungsverbot

Für die Teilung meines Nachlasses treffe ich folgende Anordnungen, die, soweit sie Gegenstandszuweisungen an Erben enthalten, innerhalb des Rahmens des Erbteils erfolgen, dh. auszugleichen sind:

a) Mein Sohn D erhält im Wege des Vorausvermächtnisses das Recht, mein Einfamilienhausgrundstück in M-Stadt, S-Straße Nr.

⁸⁵⁴ Vgl. hierzu oben § 1 (Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB), Seite 322.

⁸⁵⁵ MVH/Otto, Kap. XII, Muster 23.

°°, eingetragen im Grundbuch von M-Stadt Blatt °°° Flst. Nr. °°° zum amtlichen Schätzwert, abzüglich des Wertes des unter § 2 lit. a meiner Ehefrau an dem Hausgrundstück vermachten Nießbrauchsrecht, zu übernehmen.

b) Diejenigen meiner Kinder, die darauf bauen wollen, können die Bauplätze in M-Stadt im Gewinn „Rosengärtle“ zum amtlichen Schätzwert übernehmen. Sollten mehr daran interessiert sein, als Bauplätze vorhanden sind, soll das Los unter Aufsicht des Testamentsvollstreckers entscheiden.

c) Mein Vermögen an in- und ausländischen Wertpapieren, die ich in verschiedenen Depotkonten im In- und Ausland habe, soll zur Versorgung meiner Erben ungeteilt und unter Dauerverwaltung eines fachkundigen Testamentsvollstreckers bleiben. Ich schliesse daher insoweit im Wege der Auflage das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, auf die Dauer von 30 Jahren nach meinem Tod aus. Das Teilungsverbot soll auch nach dem Tode eines Miterben fortbestehen.

Zwar lautet die Überschrift dieses Formulierungsbeispiels „Teilungsanordnung“ und OTTO bestimmt im Einleitungssatz auch sogleich die Pflicht zur Ausgleichung (was für eine Teilungsanordnung auch wesensprägend ist), aber die sogleich darauffolgende Verfügung ist die Anordnung eines Vorausvermächtnisses. Das ist ein direkter Widerspruch zum Einlei-

Siebenter Abschnitt Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB

tungssatz.⁸⁵⁶ Endgültig verwirrend wird es mit dem darauffolgenden Satz, wonach der Begünstigte das Recht erhält, die Immobilie zu einem definierten Wert zu erwerben. Dies könnte für die dritte Variante der Anordnung sprechen: eine Kombination aus beiden Möglichkeiten in Form der überquotalen Teilungsanordnung.⁸⁵⁷ Dieser Widerspruch in der Anordnung zwischen „Teilungsanordnung mit Ausgleichspflicht“ und „Vorausvermächtnis“ wird auch in der nachfolgenden Erläuterung von OTTO nicht aufgelöst.⁸⁵⁸

Die darauffolgende Formulierung unter lit. b) wirft die oben⁸⁵⁹ zu den dortigen Beispielen aufgeworfenen Fragen auf wie z.B:

- *Wer* ermittelt *wann wie* den Wert?
- Was geschieht bei Fehlen der Immobilie?
- Hier dazu noch: Was ist ein „*amtlicher Schätzwert*“?

⁸⁵⁶ Zu den Unterschieden vgl. oben Zweiter Abschnitt § 3 A (Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis), Seite 83.

⁸⁵⁷ Vgl. hierzu oben Zweiter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“), Seite 114.

⁸⁵⁸ MVH/*Otto*, Kap. XII, Muster 23, Anm. Nr. 6.

⁸⁵⁹ Vgl. hierzu oben § 1 (Bloße Teilungsanordnung nach § 2048 S. 1 BGB), Seite 322.

- Ist der Relativsatz („Diejenigen meiner Kinder, die darauf bauen wollen“) eine Bedingung oder Auflage?
- Die Bedingung für die Losbestimmung ist unklar: Könnte beispielsweise ein Kind auch alle Baugrundstücke übernehmen (entsprechendes Losglück vorausgesetzt)?

Den Übernahmewert regelt KURZE in nachfolgender Formulierung. Dabei bestimmt er sowohl die Ausgleichungspflicht aus dem Privatvermögen als auch die Bestimmung des Übernahmewerts bei angeordnetem Übernahmerecht:⁸⁶⁰

Formulierungsbeispiel 12: Übernahmerecht (Kurze)

Für die Teilung des Nachlasses unter den Miterben ordne ich folgende Auseinandersetzung in Form einer Teilungsanordnung an (Übernahmerecht):

Wenn sich meine Immobilie (Bezeichnung) beim Erbfall noch in meinem Eigentum befindet, soll sie mein Sohn (Vorname Name) erhalten. Erklärt er den anderen Erben gegenüber nicht innerhalb von drei Monaten nach dem Erbfall, dass er die Immobilie übernehmen will, so können meine anderen Kinder (Vornamen Namen) innerhalb eines weiteren Monats erklären, dass sie die Im-

⁸⁶⁰ RiBmann/Kurze, Die Erbengemeinschaft, § 10, Rn. 96 Muster 10.19.

mobilität übernehmen. Sollten mehrere der anderen Kinder die Immobilie übernehmen wollen, entscheidet zwischen ihnen das Los.

Mit dieser reinen Teilungsanordnung ist keine Besserstellung eines meiner Kinder gewollt. Diesen Nachlassgegenstand erhält der Miterbe also unter Anrechnung auf seinen Erbteil bzw. Ausgleich aus seinem Privatvermögen. Ein solcher Ausgleich aus dem Privatvermögen ist erst sechs Monate nach der Übertragung des Eigentums fällig.

Sollte zwischen den Miterben Uneinigkeit über den Wert der Immobilie bestehen, so ist dieser durch einen vom Bundesverband Deutscher Sachverständiger benannten Sachverständigen für die Bewertung bebauter und unbebauter Grundstücke verbindlich zu ermitteln. Die Kosten des Gutachtens gehen zu Lasten des Nachlasses.

Sollte kein Miterbe die Immobilie übernehmen wollen, entfällt diese Teilungsanordnung.

BRAUN gewährt durch eine Teilungsanordnung sämtlichen Erben ein Übernahmerecht für sämtliche Nachlassgegenstände, wobei derjenige Erbe den Gegenstand erhält, der bereit ist, den höchsten Betrag zu zahlen.⁸⁶¹ Dies ist eine gute Lösung, um Streit und Enttäuschungen unter den Erben über vermeintlich „zu günstige/zuhohhe“ Bewertungen durch

⁸⁶¹ Braun, § 3 A II 4, Rn. 74, Baustein 52, S. 237f.

Sachverständige zu vermeiden und gleichzeitig keinen Erben zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Formulierungsbeispiel 13: Übernahmerecht (Braun)

x. Ausgestaltung des Übernahmerechts bei der Erbauseinandersetzung

a) Verfahrensregeln als Teilungsanordnung

Jeder Miterbe kann die Übertragung bestimmter Nachlassgegenstände auf sich unter Einhaltung des folgenden Verfahrens verlangen:

aa) Der übernahmewillige Miterbe hat den übrigen den Betrag zu nennen, mit welchem ihm der Nachlassgegenstand auf sein Auseinandersetzungsguthaben im Rahmen der Erbauseinandersetzung angerechnet werden soll.

bb) Erklärt mindestens ein anderer Miterbe innerhalb von [] Wochen nach Angabe des Betrages durch den übernahmewilligen Miterben, dass er diesen Betrag als zu niedrig ansieht oder er den betreffenden Nachlassgegenstand selbst übernehmen will, haben innerhalb einer weiteren Frist von [] Wochen (gerechnet ab der Erklärung des anderen Miterben) sämtliche am Streit beteiligte Miterben nunmehr schriftlich niederzulegen, welchen Wert sie dem Gegenstand jeweils beimessen.

cc) Derjenige Miterbe, welcher den höchsten Betrag angegeben hat, ist verpflichtet, den Gegenstand zu diesem Betrag bei der Aus-

einandersetzung zu übernehmen.

b) Bedingte Vermächtnisse

Übernimmt hierdurch ein Miterbe einen Nachlassgegenstand unter dem Verkehrswert, ist ihm der Differenzbetrag als bedingtes Vorausvermächtnis zugewendet.

Erfolgt die Übernahme hingegen zu einem über dem Verkehrswert liegenden Betrag, ist der übernehmende Miterbe insoweit mit einem bedingten Untervermächtnis zugunsten der übrigen Miterben beschwert. Dieses Untervermächtnis kommt den übrigen Miterben im Verhältnis ihrer Erbquoten zugute.

§ 4 Absicherung der Teilungsanordnung

Bei der Gestaltung der Teilungsanordnung muss der Erblasser entscheiden, ob ihm die Durchsetzung der Teilungsanordnung wichtig ist. Steht er auf dem Standpunkt, dass er einvernehmliches Hinwegsetzen seiner Erben über seine Teilungsanordnung begrüßt, so bedarf es keiner weitergehenden Regelung. Legt er jedoch Wert darauf, dass ein letzter Wille auch gegen einstimmigen Beschluss der Erben umgesetzt wird, bedarf es einer „Absicherung“ der Teilungsanordnung. In Betracht kommen dafür die Anordnung einer Testaments-

vollstreckung, einer Auflage oder eines „Strafvermächtnisses“⁸⁶².

GÄTZNER erörtert die Anordnung einer postmortalen Vollmacht zur Absicherung einer Teilungsanordnung.⁸⁶³ Hierdurch soll der durch eine Teilungsanordnung begünstigte Erbe die Möglichkeit erlangen, die Teilungsanordnung so- gleich zu seinen Gunsten zu erfüllen. Sie übersieht dabei die Möglichkeiten der gegenständlich beschränkten Testaments- vollstreckung (§ 2208 Abs. 1 S. 2 BGB). Hierdurch könnte ebenfalls erreicht werden, dass der begünstigte Erbe die Teilungsanordnung zu seinen Gunsten vollzieht, ohne jedoch die Probleme des Widerrufs durch die übrigen Erben gestalte- risch auffangen zu müssen, wie es dagegen bei einer postmor- talen Vollmacht notwendig wäre.

§ 5 Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB

Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB finden sich in der Litera- tur - wenn überhaupt - meist im Zusammenhang mit der Er-

⁸⁶² Zu möglichen Formulierungen vgl. nachfolgend § 6 (Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB), Seite 345.

⁸⁶³ Gätzner, S. 60.

Siebenter Abschnitt Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB

weiterung der Rechte des Testamentsvollstreckers.⁸⁶⁴ So schlägt REIMANN für die Formulierung einer Verwaltungsvollstreckung folgende Formulierung vor:⁸⁶⁵

Formulierungsbeispiel 14: Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB im Rahmen einer Verwaltungsvollstreckung (Reimann)

Der Testamentsvollstrecker hat die in diesem Testament angeordneten Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen. Auch nach Erfüllung der in diesem Testament angeordneten Vermächtnisse und Auflagen dauert die Testamentsvollstreckung bis zum Tod des überlebenden Ehegatten an, längstens jedoch ist sie auf die Dauer von zehn Jahren, gerechnet ab dem Tag meines Ablebens, angeordnet.

Der Testamentsvollstrecker hat die Auseinandersetzung unter den Miterben entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen, also insbesondere nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung – spätestens zum Ende der Verwaltungsvollstreckung (alternativ.: bis zum ...) durchzuführen. Dabei ist er insbesondere berechtigt, die Auseinandersetzung des Nachlasses nach billigem Ermessen (§§ 2204 Abs. 1, 2048 S. 2 BGB) vorzunehmen und Gegenstände, die den Miterben zur Einzelberechtigung zugewiesen wurden, gemäß § 2217 BGB auf deren Verlangen zur freien Verfügung zu überlas-

⁸⁶⁴ Vgl. hierzu bereits oben Fünfter Abschnitt § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB), Seite 249.

⁸⁶⁵ Bengel/Reimann/Reimann, § 2 Rn. 64.

sen. Im Übrigen dauert eine etwa angeordnete Dauervollstreckung auch über den Zeitpunkt der Auseinandersetzung an.

In der Eingebung von Verbindlichkeiten für den Nachlass ist der Testamentsvollstrecker nicht beschränkt.

In einer anderen Variante verschiebt Reimann im Rahmen einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich die Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker mit den Freiheiten nach § 2048 S. 2 BGB bis zum Abschluss der Ausbildung der erbenden Kinder:⁸⁶⁶

Formulierungsbeispiel 15: Aufgeschobene Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB im Rahmen einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich (Reimann)

(...) Der Testamentsvollstrecker hat nach Abschluss der Berufsausbildung meines jüngsten Kindes die Auseinandersetzung unter den Miterben entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen herbeizuführen. Dabei ist er insbesondere berechtigt, die Auseinandersetzung des Nachlasses nach billigem Ermessen (§§ 2204 Abs. 1, 2048 S. 2 BGB) vorzunehmen. Im Rahmen der so vorzunehmenden Auseinandersetzung ist der Testamentsvollstrecker auch berechtigt, das in meinen Nachlass fallende einzelkaufmännische Unternehmen (HRA Nr... .) nach billigem Ermessen umzustrukturieren, also in eine Gesellschaft oder in mehrere Gesellschaften, auch im Rahmen einer Be-

⁸⁶⁶ Bengel/Reimann/Reimann, § 2 Rn. 95.

triebspaltung, umzuwandeln; dabei ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, die Beteiligungsverhältnisse auch abweichend von der Erbquote festzulegen. Bei der Umstrukturierung des in den Nachlass fallenden Unternehmens hat der Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung jedoch folgende Richtlinien zu beachten: ...“

In beiden Gestaltungsvarianten finden sich jedoch keine Regelungen, innerhalb welcher Frist der Dritte seine Bestimmung zu treffen hat, wie bei einer Verzögerung der Bestimmung durch den Dritten vorgegangen werden kann und wie die Kosten zu verteilen sind, wenn die Bestimmung durch Urteil (§ 2048 S. 3 BGB) erfolgt.

§ 6 Beispiel für umfassende Anordnungen nach § 2048 BGB

Das nachfolgende Formulierungsbeispiel enthält Anordnungen nach § 2048 BGB jeglicher Art und berücksichtigt die notwendigen begleitenden Anordnungen.

Formulierungsbeispiel 16: Umfassendes Beispiel für Teilungsanordnung und Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB

I. Erben

Zu meinen Erben setze ich meine drei Kinder T, S und R zu jeweils 1/3 ein. Bei Wegfall...

(...)

II. Teilungsanordnung

1. Übernahmerecht⁸⁶⁷

Im Wege der Teilungsanordnung ist meine Tochter T berechtigt, meine Immobilie xx, in xx, eingetragen im Grundbuch von xx, Bl. xx unter vollständiger Anrechnung auf ihren Erbteil zu übernehmen.

Sollte die Immobilie zum Wertermittlungsstichtag (vgl. unten lit. b) cc)) mehr wert sein, als es der Erbquote von T entspricht, hat sie den Mehrwert auszugleichen. Wenn der verbleibende Nachlassanteil von T nicht ausreichend ist, den Mehrwert auszugleichen, steht es T frei, den Ausgleich aus ihrem Eigenvermögen den übrigen Erben zu leisten. T hat ihre Bereitschaft, den Ausgleich aus ihrem Eigenvermögen zu leisten, spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Vorlage des Sachverständigengutachtens entsprechend lit. b) gegenüber allen Erben zu erklären. Ist T nicht bereit, den Mehrwert aus ihrem Eigenvermögen auszugleichen, fällt die Teilungsanordnung ersatzlos weg.

⁸⁶⁷ Vgl. zum Übernahmerecht oben Fünfter Abschnitt § 1 A II (Übernahmerecht); Seite 148, Fünfter Abschnitt § 1 A III 1 b) (Übernahmerecht), Seite 157 und Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) bb) bbb) (Übernahmerecht), Seite 195.

a) Ausübung des Übernahmerechts⁸⁶⁸

T hat die Übernahme binnen drei Monaten nach Kenntnis von diesem Testament durch Bekanntgabe durch das Nachlassgericht (§ 1944 Abs. 2 S. 2 BGB entsprechend) allen anderen Erben gegenüber zu erklären. Nach Ablauf der Frist ohne Ausübung des Übernahmerechts fällt die Teilungsanordnung gem. Ziff. 1 ersatzlos weg.

Alternativ ergänzend:

T kann bis zu zwei Monate nach Vorlage des Sachverständigengutachtens bei ihr (siehe nachfolgend lit. b) auf ihr Übernahmerecht verzichten, obwohl sie die Übernahme bereits erklärt hat. Sie hat dann die Kosten der Wertermittlung allein - insoweit abweichend von nachfolgend lit. b) dd) - aus ihrem Erbteil der Erbengemeinschaft zu erstatten.

b) Wertermittlung⁸⁶⁹

Sollten sich die Erben nicht binnen eines Monats nach Erklärung der Übernahme durch T auf einen Wert einigen, mit dem die Immobilie im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft anzusetzen ist, so wird der

⁸⁶⁸ Vgl. zur hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A II 1 (Ausübung des Übernahmerechts), Seite 149.

⁸⁶⁹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) (Wertermittlung), Seite 175.

Wert der Immobilie für alle Erben abschließend verbindlich von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für die Bewertung bebauter und unbebauter Grundstücke festgestellt. Insoweit gilt das folgende:

aa) Person des Sachverständigen

Zur Bestimmung des Sachverständigen hat T den Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger e.V., Charlottenstr. 79/80, 10117 Berlin (BVS e.V.) unverzüglich nach Ablauf der Monatsfrist gem. lit. b) zu bitten, drei geeignete Sachverständige zur Bewertung der Immobilie mitzuteilen. Kommt T dieser Pflicht auch nach Aufforderung durch die übrigen Erben nicht binnen zwei Wochen nach, so können die übrigen Erben den BVS e.V. um die entsprechende Benennung bitten.

bb) Beauftragung des Sachverständigen

T hat den erstgenannten der drei Sachverständigen namens der Erbengemeinschaft zu beauftragen, den Wert der Immobilie zu ermitteln, jedoch unter der Bedingung, dass der Sachverständige sich bereit erklärt, das Gutachten innerhalb von längstens zwei Monaten nach Beauftragung zu erstatten.

Sollte der Sachverständige die Übernahme des Auftrages ablehnen, so ist der von dem BVS e.V. nächstbenannte Sachverständige entsprechend zu beauftragen.

Sollte keiner der von dem BVS e.V. benannten Sachverständigen den Auftrag annehmen bzw. keiner eine Erfüllung des Auftrages in weniger als zwei Monaten in Aussicht stellen, so wird die BVS e.V. um die Benennung anderer Sachverständiger unter Ausschluss der bisher genannten gebeten. Für diese genannten Sachverständigen gelten die bisherigen Bedingungen gleichermaßen.

Wenn T dieser Pflicht zur Beauftragung für die Erbengemeinschaft auch nach Aufforderung durch die übrigen Erben nicht binnen zwei Wochen nachkommt, so können die übrigen Erben den Auftrag im Namen der Erbengemeinschaft erteilen.

cc) Stichtag der Wertermittlung⁸⁷⁰

Der Wert der Immobilie ist auf den Eintritt des Erbfalls festzustellen.

Alternative 1:

⁸⁷⁰ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

Der Wert der Immobilie ist auf den Tag der Besichtigung durch den Sachverständigen festzustellen.

Alternative 2:

T kann entscheiden, ob der Sachverständige den Wert der Immobilie auf den Eintritt des Erbfalls oder den Tag der Besichtigung durch den Sachverständigen festzustellen hat.

dd) Fragen, Einwände und Nachbesserungsansprüche

Jeder Erbe kann ohne Mitwirkung der anderen binnen zwei Wochen nach Eingang des Gutachtens bei ihm gegenüber dem Sachverständigen schriftlich Fragen und Einwände sowie Nachbesserungsansprüche geltend machen. Er hat den anderen Erben spätestens gleichzeitig mit der Geltendmachung eine Abschrift seines Schreibens an den Sachverständigen zu übersenden und hat den Sachverständigen aufzufordern, seine Stellungnahme hierzu bzw. Änderung des Gutachtens gleichzeitig allen Erben zu übermitteln. Bei Nichtbeachtung des Vorstehenden durch den fordernden Erben ist eine etwaige Änderung oder Nachbesserung des Gutachtens für die anderen Erben ohne deren Zustimmung unbeachtlich.

Wenn und soweit der Sachverständige sein Gutachten binnen weiterer vier Wochen ändert, gilt das geänderte Gutachten als verbindlich. Eine spätere Änderung der Gutach-

ten wird ohne Zustimmung der anderen Erben nicht zur Grundlage der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft.

dd) Kosten der Wertermittlung⁸⁷¹

Die Kosten der Wertermittlung sind vom Nachlass zu tragen.

c) Wegfall der Immobilie⁸⁷²

Sollte sich das Eigentum an der Immobilie xx, in xx, eingetragen im Grundbuch von xx, Bl. xx zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr in meinem Vermögen befinden, so entfällt die Teilungsanordnung gem. Ziff. 1 ersatzlos. Wenn ich die Immobilie bereits zu Lebzeiten auf T übertragen haben sollte, ist die Teilungsanordnung ebenfalls ohne Bedeutung und ist zu behandeln, als ob ich sie nicht angeordnet hätte.

⁸⁷¹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) ddd) (Kostentragung), Seite 187.

⁸⁷² Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 9 („Gestörte“ Teilungsanordnung), Seite 207.

d) Früchte⁸⁷³, Verwendungen und Lasten⁸⁷⁴

Etwaige Früchte der zugewandten Immobilie stehen T beginnend mit dem Erbfall zu (entsprechend § 2184 BGB). Gleichmaßen hat sie auch solche notwendigen und nützlichen Verwendungen (§§ 994, 996 BGB) und Lasten (§ 995 BGB) zu tragen, die seit dem Erbfall entstehen (entsprechend § 2185 BGB). Verbindlichkeiten, die bezogen auf die Immobilie bereits vor dem Erbfall entstanden waren, sind von der Erbengemeinschaft zu tragen. Dies gilt auch für etwaige Darlehen, die dinglich durch Grundpfandrechte an der zugewandten Immobilie gesichert sind.

2. Übernahmepflicht⁸⁷⁵

Im Wege der Teilungsanordnung - also mit vollständiger Anrechnung auf den Erbteil - bestimme ich, dass mein Sohn S, meine Immobilie yy, in yy, eingetragen im Grundbuch von yy, Bl. yy in Anrechnung auf seinen Erbteil erhält. Sollte die Immobilie zum Zeitpunkt des Erbfalls mehr wert sein als es der Erbquote von S entspricht, hat er den Mehrwert nicht auszugleichen. Insoweit wende ich ihm den Mehrwert als Vorausvermächtnis zu. Dieses Vorausver-

⁸⁷³ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 3 (Früchte), Seite 159.

⁸⁷⁴ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A III 4 (Notwendige und nützliche Verwendungen, Lasten), Seite 167.

⁸⁷⁵ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 1 A I (Übernahmepflicht), Seite 144.

mächtnis steht unter der Bedingung, dass S Erbe entsprechend dieses Testamentes wird und bleibt.

a) Wertermittlung

(entsprechend oben unter 1. b)

b) Wegfall der Immobilie

(entsprechend oben unter 1. c)

c) Früchte, Verwendungen und Lasten

(entsprechend oben unter 1. d)

III. Auseinandersetzung durch Bestimmung Dritter⁸⁷⁶

1. Hausrat

Im Wege der Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB bestimme ich, dass die Auseinandersetzung des Hausrats in dem von mir zuletzt bewohnten Haus bzw. der von mir zuletzt bewohnten Wohnung nach dem billigen Ermessen von T zu erfolgen hat. Zum Hausrat zählen sämtliche Gegenstände, die sich zum Zeitpunkt des Erbfalls in meinem von mir zuletzt bewohnten Haus bzw. der von mir zuletzt bewohnten Wohnung befinden. Ausgenommen sind hiervon Bargeld

⁸⁷⁶ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 2 (Teilungsanordnung durch Bestimmung Dritter, § 2048 S. 2 und 3 BGB), Seite 247.

sowie etwaige Inhaberpapiere - gleich welcher Art -, Gold, Schmuck - gleich welchen Wertes -; all dies gehört zu meinem sonstigen Nachlass (nachfolgend Ziff. 2).

2. Sonstiger Nachlass

Im Wege der weiteren Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB bestimme ich, dass die Auseinandersetzung des sonstigen Nachlasses unter Beachtung meiner vorstehenden Anordnungen und im Übrigen nach dem billigen Ermessen meines Sohnes R zu erfolgen hat.

3. Verzögerungen⁸⁷⁷ und Kostentragung bei Bestimmung durch Urteil⁸⁷⁸

Sollte T oder R nicht binnen drei Monaten nach der Aufforderung durch einen der übrigen Erben ihre Bestimmung entsprechend der vorstehenden Ziffern 1 und 2 vorgenommen und einen entsprechenden Auseinandersetzungsplan vorgelegt haben, so erfolgt die Bestimmung durch Urteil, § 2048 S. 3 BGB. Die Kosten des Verfahrens⁸⁷⁹ sind im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemein-

⁸⁷⁷ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 2 D (Verzögerung und sonstige Hindernisse bei der Bestimmung), Seite 254.

⁸⁷⁸ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 f) (Kostenentscheidung), Seite 289.

⁸⁷⁹ Vgl. hierzu oben Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 f) (Kostenentscheidung), Seite 289.

Siebenter Abschnitt Gestaltung von Anordnungen nach § 2048 BGB

schaft ausschließlich von demjenigen zu tragen, der die Bestimmung nicht vorgenommen hat. Haben weder T noch R eine Bestimmung getroffen, sind die Kosten von ihnen im Rahmen der Auseinandersetzung hälftig zu tragen. Dies gilt jeweils auch bei einer abweichenden Kostenentscheidung des Gerichts.

Zur Tragung der Kostenlast ist das Auseinandersetzungsguthaben desjenigen (derjenigen), der (die) die Bestimmung nicht vorgenommen hat (haben), entsprechend zu verringern und bei den übrigen Erben, die nicht von der Kostenlast betroffen sind, anteilig entsprechend zu erhöhen.

Achter Abschnitt Ergebnisse

Eine Teilungsanordnung kann im gemeinschaftlichen Testament nicht mit Bindungswirkung und im Erbvertrag nicht vertragsgemäß angeordnet werden.⁸⁸⁰

Die Frage der Beeinträchtigung des Schluss- bzw. Vertragserben ist rechtlich und nicht wirtschaftlich zu beurteilen.⁸⁸¹

Es ist im Einzelfall zu beurteilen, ob die einseitig nachträglich angeordnete Zuweisung von Nachlassgegenständen den Schluss- bzw. Vertragserben beeinträchtigt.⁸⁸²

Einseitig nachträglich angeordnete Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung können für den Schluss- bzw. Vertragserben beeinträchtigend sein.⁸⁸³

Die einseitig nachträgliche Anordnung eines Schiedsgerichts nach § 2048 S. 1 BGB beeinträchtigt den Schluss- bzw. Vertragserben.⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ Dritter Abschnitt § 2 C (Bindungswirkungen bzw. vertragsgemäße Verfügung durch Teilungsanordnung im gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag?), Seite 43.

⁸⁸¹ Dritter Abschnitt § 3A (Allgemeine Kriterien zur Beurteilung der Beeinträchtigung), Seite 54.

⁸⁸² Dritter Abschnitt § 3 B I (Zuweisung von Nachlassgegenständen), Seite 59.

⁸⁸³ Dritter Abschnitt § 3 B II (Anweisungen für die Vorbereitung der Auseinandersetzung), Seite 72.

⁸⁸⁴ Dritter Abschnitt § 3 B III (Anordnung eines Schiedsgerichts), Seite 72.

Die einseitig nachträgliche Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB beeinträchtigt den Schluss- bzw. Vertragserben.⁸⁸⁵

Die Teilungsanordnung ist vom Vorausvermächtnis danach abzugrenzen, ob der begünstigte Erbe einen objektiv wirtschaftlichen Vorteil erlangt und der Erblasser den Willen hatte, dem Erben diesen wirtschaftlichen Vorteil zuzuwenden.⁸⁸⁶

Die rechtlichen Folgen der Verbindung einer Teilungsanordnung mit einem Vorausvermächtnis richten sich danach, ob der betroffene Erbe oder aber die übrigen Erben durch die Anordnung begünstigt werden.⁸⁸⁷

Die Pflicht zur Übernahme eines Gegenstands kann nicht losgelöst vom Erbteil ausgeschlagen werden.⁸⁸⁸

Die Ausübung des Übernahmerechts wirkt auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück, so dass die Zurechnung der Früchte sowie der Verwendungen und Lasten entsprechend zu erfolgen

⁸⁸⁵ Dritter Abschnitt § 3 C (Beeinträchtigung durch Anordnungen nach § 2048 S. 2 BGB), Seite 73.

⁸⁸⁶ Vierter Abschnitt § 3 C (Abgrenzungskriterien der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis in der Literatur), Seite 104.

⁸⁸⁷ Vierter Abschnitt § 3 D (Verbindung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis („überquotale Teilungsanordnung“)), Seite 114.

⁸⁸⁸ Fünfter Abschnitt § 1 A I (Übernahmepflicht), Seite 144.

hat. Gleiches gilt bei einer Übernahmepflicht: in beiden Varianten sind §§ 2184, 2185 BGB analog anzuwenden.⁸⁸⁹

Sämtliche Erben müssen aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht bei der Vorbereitung der Auseinandersetzung an der Wertermittlung von Gegenständen mitwirken, die durch Teilungsanordnung zugewandt wurden.⁸⁹⁰

Der Zeitpunkt, zu dem die Wertermittlung zu erfolgen hat, ist grundsätzlich der Eintritt des Erbfalls; lediglich in den Fällen der §§ 2043-2045 BGB ist auf einen späteren Zeitpunkt abzustellen.⁸⁹¹

Die Kosten der Wertermittlung sind von der Erbengemeinschaft aus dem Nachlass zu tragen.⁸⁹²

Die Wertermittlung ist für die Miterben nicht verbindlich.⁸⁹³

Der von einer Übernahmepflicht betroffene Miterbe ist nicht verpflichtet eine etwaige Ausgleichszahlung aus seinem Eigenvermögen zu leisten. Leistet er nicht und ist sein verblie-

⁸⁸⁹ Fünfter Abschnitt § 1 A III 3 (Früchte), Seite 159 sowie Fünfter Abschnitt § 1 A III 4 (Notwendige und nützliche Verwendungen, Lasten), Seite 167.

⁸⁹⁰ Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) aaa) (Pflicht zur Mitwirkung bei der Wertermittlung), Seite 175.

⁸⁹¹ Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) bbb) (Stichtag zur Wertermittlung), Seite 179.

⁸⁹² Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) ddd) (Kostentragung), Seite 187.

⁸⁹³ Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) aa) eee) (Bindungswirkung der Wertermittlung), Seite 188.

bener Anteil am Auseinandersetzungsguthaben nicht ausreichend die Differenz auszugleichen, entfällt die Übernahmepflicht ersatzlos.⁸⁹⁴

Der durch ein Übernehmer begünstigte Miterbe ist verpflichtet, eine etwaige Ausgleichszahlung aus seinem Eigenvermögen zu leisten.⁸⁹⁵

Der Anspruch aus einer Teilungsanordnung unterliegt nicht der Verjährung.⁸⁹⁶

Gehört der durch Teilungsanordnung zugewandte Gegenstand nicht zum Nachlass, fällt die Teilungsanordnung ersatzlos weg.⁸⁹⁷

Eine Ausschlagung nach § 2306 BGB aufgrund einer Teilungsanordnung ist nur durch denjenigen pflichtteilsberechtigten Erben möglich, der durch die Teilungsanordnung belastet betroffen ist.⁸⁹⁸

⁸⁹⁴ Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) bb) aaa) (Übernahmepflicht), Seite 188.

⁸⁹⁵ Fünfter Abschnitt § 1 A III 5 b) bb) bbb) (Übernahmerecht), Seite 195.

⁸⁹⁶ Fünfter Abschnitt § 1 A III 6 (Verjährung), Seite 196.

⁸⁹⁷ Fünfter Abschnitt § 1 A III 9 a) (Gegenstand ist ersatzlos untergegangen, wurde an Dritte verschenkt oder befand sich nie im Eigentum des Erblassers), Seite 208.

⁸⁹⁸ Fünfter Abschnitt § 1 A III 12 a) Ausschlagungsrecht bei Beschränkung durch Teilungsanordnung, § 2306 BGB), Seite 226.

Die Bestimmung des Dritten nach § 2048 S. 2 BGB hat gegenüber sämtlichen Miterben zu erfolgen.⁸⁹⁹

Der Dritte iSv § 2048 S. 2 BGB haftet nicht für seine Bestimmung.⁹⁰⁰

Die Erhebung der Klage nach § 2048 S. 3 BGB ist an keine Frist gebunden.⁹⁰¹

Das Urteil nach § 2048 S. 3 BGB reicht nicht weiter als die Bestimmung des Dritten; es hat lediglich schuldrechtliche Wirkung.⁹⁰²

Im Prozess nach § 2048 S. 3 ZPO ist § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO anwendbar.⁹⁰³

Die Berufung gegen ein Urteil, mit dem das Gericht eine Bestimmung nach § 2048 S. 3 BGB getroffen hat, kann nicht auf eine andere Ausübung des Ermessens gestützt werden, sondern muss eine Missachtung und/oder fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts rügen, wodurch das Gericht zu einer schlechterdings unvertretbaren Entscheidung gelangt ist.⁹⁰⁴

⁸⁹⁹ Fünfter Abschnitt § 2 C (Bestimmung des Dritten), Seite 253.

⁹⁰⁰ Fünfter Abschnitt § 2 E II 3 (Haftung des Dritten), Seite 266.

⁹⁰¹ Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 a) (Klagefrist), Seite 269.

⁹⁰² Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 e) (Rechtsfolge des Urteils), Seite 288.

⁹⁰³ Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 f) bb) (Kläger verliert teilweise), Seite 290.

⁹⁰⁴ Fünfter Abschnitt § 2 E II 4 h) (Rechtsmittel), Seite 297.

Achter Abschnitt Ergebnisse

Eine Anordnung nach § 2048 S. 2 BGB ermöglicht die Auseinandersetzung des Nachlasses losgelöst von den Regelungen der §§ 2042 – 2047 BGB.⁹⁰⁵

⁹⁰⁵ Fünfter Abschnitt § 2 F (Bedeutung der Norm), Seite 300.