

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 280

# Die erbrechtliche Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren

Von

Wilm Bodo Wirtz



Duncker & Humblot · Berlin

WILM BODO WIRTZ

Die erbrechtliche Position des Ehegatten  
im Scheidungsverfahren

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 280**

# Die erbrechtliche Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren

Von

Wilm Bodo Wirtz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit  
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 3-428-11038-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Die nachfolgende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 als Dissertation bei der juristischen Fakultät der Universität Passau eingereicht. Das Verfahren ist am 17. Juli 2002 mit dem Rigorosum abgeschlossen worden. Literatur und Rechtsprechung befinden sich dementsprechend auf dem Stand Frühjahr 2002.

Herzlichen Dank sage ich an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. em. Hans-Joachim Musielak für die äußerst wertvolle Förderung und Forderung, die ich durch ihn während meiner Zeit an seinem Lehrstuhl wie auch im Rahmen dieser Arbeit erfahren durfte.

Danken möchte ich überdies Herrn Josef Buschmeier, Vizepräsident des OLG Hamm a. D., und RA'in Beate Buschmeier für die sorgfältige und kritische Lektüre meines Manuskriptes, Frau Manja Besser für die Erstellung des Stichwortverzeichnisses, Herrn Dr. Torsten Brand (LL.M. eur.) für seine in vielfältiger Weise gewährte Unterstützung sowie meinen Partnern RA Claus Meffert und RA'in Kerstin Dobschlaff für ihre Geduld mit meinen „Forschungsreisen“ der vergangenen Jahre.

Die Fertigstellung dieser Arbeit neben meiner anwaltlichen Tätigkeit wurde zudem wesentlich unterstützt durch den außerordentlich engagierten Einsatz meiner früheren Assistentin Dipl.-Wirtsch.-Ing. Frauke Haschke wie auch durch das fortgesetzte große Verständnis meiner Weggefährten und Mandanten.

Ebenfalls danke ich der Friedrich-Naumann-Stiftung, die das Zustandekommen dieser Arbeit durch ein Promotionsstipendium ermöglicht hat.

Abschließend danke ich der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die mir als Student der Rechtswissenschaft durch ihre Förderung sowohl in ideeller als auch finanzieller Hinsicht in entscheidender Weise geholfen hat, die akademischen Voraussetzungen für eine Promotion zu schaffen.

Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern M. A. Maria Dorothea und Wilhelm Friedrich Emil Wirtz.

Passau, im Frühsommer 2003

*Wilm Bodo Wirtz*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	21
I. Der Gegenstand der Betrachtung .....	21
II. Der Verlauf der Darstellung .....	22
<b>B. Die erbrechtliche Position des Ehegatten</b> .....	23
I. Das gesetzliche Ehegattenerbrecht .....	23
1. Die gesetzliche Erbfolge .....	23
2. Der Inhalt des gesetzlichen Ehegattenerbrechtes .....	24
a) Der Anteil am Nachlass .....	24
b) Der Einfluß des Güterstandes .....	26
aa) Die Zugewinnngemeinschaft .....	26
(1) Das Entfallen des Zugewinnausgleiches .....	27
(2) Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Zugewinnausgleich .....	28
(3) Stellungnahme .....	28
bb) Der Sondererbrecht bei Gütertrennung .....	29
cc) Die Gütergemeinschaft .....	30
c) Der Pflichtteilsanspruch des Ehegatten nach § 2303 BGB .....	31
aa) Die Grundlagen .....	31
bb) Die Besonderheiten der Zugewinnngemeinschaft .....	31
(1) Der Zugewinnausgleich .....	31
(2) Pflichtteil, Enterbung und Vermächtnis .....	32
cc) Gütertrennung und Gütergemeinschaft .....	33
d) Der Voraus und der Dreißigste .....	34
aa) Der Voraus .....	34
bb) Der Dreißigste .....	35



e) Der Ehegatte als gesetzlicher Hoferbe .....	36
aa) Der Grundsatz .....	36
(1) Der Ehegatte als gesetzlicher Hoferbe .....	37
(2) Der Ehegatte als gesetzlicher Miterbe .....	37
(a) Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht .....	37
(b) Das Altenteil .....	38
(c) Das Hoferbenbestimmungsrecht .....	38
bb) Die Ausnahme: Der Ehegattenhof .....	40
(1) Der Vorrang der Testierfreiheit .....	40
(2) Ein Zwangsanerbenrecht .....	40
(3) Stellungnahme .....	41
II. Die Vermögensnachfolge unter Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen .	41
1. Die Vermögensnachfolge durch einseitige letztwillige Verfügung .....	41
2. Das Ehegattenprivileg: das gemeinschaftliche Testament .....	42
a) Der Kreis der Berechtigten .....	42
b) Das Handeln mehrerer .....	43
aa) Das Reichsgericht .....	43
bb) Die Gegenauffassungen .....	44
cc) Stellungnahme .....	44
3. Die vertragliche Erbfolge unter Ehegatten .....	45
a) Der Wille des Verfügenden .....	46
b) Die Differenzierung in entgeltliche und unentgeltliche Verträge .....	46
c) Die Vermutung für die Vertragsmäßigkeit aus der Eigenschaft als Teil des Erbvertrages .....	46
d) Die Grundsätze über die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes .....	47
e) Das Interesse des Bedachten am Erwerb der Stellung eines Begünstig- ten .....	47
f) Stellungnahme .....	48
III. Der sonstige Erwerb von Todes wegen unter Eheleuten .....	50
1. Das Schenkungsversprechen von Todes wegen .....	50
a) Schenkungsversprechen oder Schenkungsvertrag .....	50

aa)	Der Schenkungsvertrag als Schenkungsversprechen im Sinne des § 2301 BGB .....	50
bb)	Das Schenkungsversprechen als einseitige, auf Annahme gerichtete und empfangsbedürftige Willenserklärung .....	51
cc)	Stellungnahme .....	51
b)	Die Überlebensbedingung .....	52
aa)	Der Tatbestand der Überlebensbedingung .....	52
(1)	Aufschiebende oder auflösende Überlebensbedingung .....	52
(2)	Negative Fassung der Überlebensbedingung .....	53
(3)	Die Kombination der Überlebensbedingung mit weiteren Bedingungen .....	54
(4)	Die konkludente Überlebensbedingung .....	55
bb)	Auf den Todesfall betagte und befristete Schenkungsversprechen ..	56
(1)	Betagte Schenkungsversprechen .....	56
(2)	Befristete Schenkungsversprechen .....	57
(3)	Die erweiterte Auslegung des § 2301 BGB, Analogie .....	58
c)	Die Abgrenzung zur vollzogenen Schenkung unter Lebenden (§ 2301 Abs. 2 BGB) .....	60
aa)	Die vor dem Erbfall vollzogene Schenkung (§ 2301 Abs. 2 BGB) ..	60
(1)	Die Voraussetzungen des Vollzuges .....	60
(a)	Das sofortige Vermögensopfer .....	60
(b)	Das Veranlassen des Rechtsüberganges .....	60
(c)	Der Erwerb eines Anwartschaftsrechtes .....	61
(d)	Stellungnahme .....	61
(2)	Der Sonderfall: Das Versterben des Schenkers vor Zugehen der vollziehenden Willenserklärung .....	62
bb)	Die nach dem Erbfall vollzogene formnichtige Schenkung .....	62
(1)	Das Eingreifen von § 2301 Abs. 1 BGB .....	63
(2)	Der Vollzug durch unwiderrufliche Vollmacht bei unwiderruflichem Auftrag .....	63
(3)	Stellungnahme .....	64
d)	Die Rechtsfolge des § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	65
aa)	Erbvertragsrecht .....	65
bb)	Erbvertrags- oder Testamentsrecht .....	66
2.	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall .....	66
a)	Der Grundsatz .....	67
aa)	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall als formlos gültige letztwillige Verfügung .....	67

bb)	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall als vermächtnisweise Zuwendung von Todes wegen sui generis .....	68
cc)	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall als Schenkungsvertrag zugunsten Dritter .....	68
dd)	Das Valutaverhältnis als Schenkungsvertrag zwischen Schenker und Begünstigtem .....	68
ee)	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall als Schenkung von Todes wegen .....	69
ff)	Die Konstruktion der Rechtsprechung .....	69
gg)	Stellungnahme .....	70
b)	Der Sonderfall: Postmortale Übermittlung und Annahme .....	72
aa)	Die Überlebensbedingung im Sinne des § 2301 Abs. 1 BGB .....	73
bb)	Der Vollzug im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB .....	74
c)	Insbesondere: Die Lebensversicherung .....	74
3.	Die Hofübergabe .....	75
a)	Die Hofübergabe durch Hofübergabevertrag .....	76
aa)	Die Doppelnatur des Hofübergabevertrages .....	76
bb)	Der Hofübergabevertrag als einer Verfügung von Todes wegen angenähertes Rechtsgeschäft unter Lebenden .....	76
cc)	Stellungnahme .....	77
b)	Die formlose Hoferbenbestimmung .....	78
4.	Zwischenergebnis .....	78
<b>C.</b>	<b>Der Verlust der erbrechtlichen Position des Ehegatten durch Scheidung .....</b>	<b>80</b>
I.	Der Verlust durch rechtskräftiges Scheidungsurteil .....	80
1.	Das gesetzliche Ehegattenerbrecht .....	80
a)	Der Grundsatz .....	80
b)	Die Ausnahme: Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ..	80
aa)	Die Bestimmung des Unterhaltsanspruches nach § 1586b BGB ...	81
bb)	Die Begrenzung des Unterhaltsanspruches .....	81
cc)	Der Ausschluss des Unterhaltsanspruches nach § 1586b BGB ....	82
(1)	Kein Einfluss des Pflichtteilsverzichts auf § 1586b BGB ....	82
(2)	Der Ausschluss des § 1586b BGB durch Pflichtteilsverzicht ..	82
(3)	Stellungnahme .....	83

2. Die Vermögensnachfolge durch Verfügungen von Todes wegen .....	83
a) Die Ehegatteneigenschaft .....	84
aa) Funktionaler oder personaler Ehegattenbegriff .....	84
(1) Die Idee eines funktionalen Ehegattenbegriffes in § 2077 BGB .....	84
(2) Die Kritik an einem funktionalen Ehegattenbegriff .....	84
(3) Stellungnahme .....	85
bb) Der Zeitpunkt der Ehegatteneigenschaft .....	86
(1) Der Grundsatz .....	86
(a) Das Erfordernis lediglich einer nachfolgenden Eheschließung .....	86
(b) Das Erfordernis des Verheiratet- oder Verlobt-Seins im Moment der letztwilligen Verfügung .....	87
(c) Stellungnahme .....	87
(2) Der Sonderfall: „Alt“-Verfügung nach Wiederheirat .....	88
(a) Die spätere Heirat eines Dritten .....	88
(b) Die spätere Heirat des geschiedenen Ehegatten .....	89
(aa) Das Fortbestehen der in erster Ehe errichteten letztwilligen Verfügung .....	89
(bb) Kritik .....	90
(cc) Stellungnahme .....	90
cc) Der „jeweilige Ehegatte“ als Bedachter .....	91
(1) Der Fall der Einehe .....	91
(2) Der Fall der Mehrehe .....	91
b) Der grundsätzliche Ausschluss der Vermögensnachfolge nach § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	92
aa) Die Reichweite der Unwirksamkeitsanordnung .....	93
(1) Im Falle der Anwendbarkeit des § 139 BGB .....	93
(2) Im Falle der Anwendbarkeit des § 2085 BGB .....	93
(3) Stellungnahme .....	93
bb) Der Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass .....	94
c) Besonderheiten im Falle des gemeinschaftlichen Testamentes (§§ 2077, 2268 Abs. 1 Satz 1 BGB) .....	95
aa) Die Unwirksamkeit nur solcher gemeinschaftlicher Testamente, die (auch) den überlebenden Ehegatten bedenken .....	95
bb) Die Reichweite der Unwirksamkeitsanordnung .....	96
d) Besonderheiten im Falle des Erbvertrages (§§ 2077, 2279 Abs. 1, 2 BGB) .....	97

aa)	Die einseitigen Verfügungen: § 2077 Abs. 1 BGB unmittelbar ....	97
bb)	Die Verweisung auf die Vorschriften über letztwillige Zuwendungen: § 2077 BGB .....	99
cc)	Die Auswirkung der Verweisung auf den Inhalt des Tatbestandes des § 2077 Abs. 1 BGB .....	100
dd)	Verfügungen zugunsten Dritter .....	101
ee)	Die Auswirkungen der Unwirksamkeitsanordnung der §§ 2279, 2077 Abs. 1 BGB gemäß §§ 2298, 2085 BGB .....	101
	(1) Im Falle eines einseitigen Erbvertrages .....	101
	(2) Im Falle eines zweiseitigen Erbvertrages .....	101
	(a) Die Nachträglichkeit der Unwirksamkeit gemäß §§ 2279, 2077 Abs. 1 BGB .....	102
	(b) Unwirksamkeit nach § 2077 Abs. 1 BGB als Nichtigkeit im Sinne des § 2298 Abs. 1 BGB .....	102
	(c) Stellungnahme .....	102
3.	Der sonstige Erwerb von Todes wegen .....	103
a)	Die Schenkung von Todes wegen .....	103
aa)	Das Recht des Erbvertrages oder der einseitigen Verfügung von Todes wegen .....	103
bb)	Das Recht des gemeinschaftlichen Testamentes oder der einseitigen letztwilligen Verfügung .....	104
cc)	Ergebnis .....	105
b)	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall .....	105
c)	Die Lebensversicherung .....	106
d)	Die Hoferbenbestimmung .....	106
II.	Der Verlust vor Rechtskraft der Scheidung .....	106
1.	„Gleichlauf“ der Ausschlussstatbestände .....	107
a)	Der erste Entwurf zum BGB .....	107
b)	Der zweite Entwurf zum BGB .....	108
c)	Die Fassung des BGB unter der Geltung des eherechtlichen Verschuldensprinzips .....	108
d)	Die Anpassung an das Zerrüttungsprinzip .....	109
2.	Die Tatbestandsvoraussetzungen .....	111
a)	Der Scheidungsantrag im Sinne der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	111

aa)	Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit .....	111
bb)	Die Anwendbarkeit des § 270 Abs. 3 ZPO .....	112
b)	Die Zustimmung zum Scheidungsantrag im Sinne der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	113
aa)	Die Zustimmung im Rahmen der offenen Konventionalscheidung nach § 630 Abs. 1 Nr. 1 ZPO .....	113
	(1) Der Zeitpunkt der Erklärungsabgabe .....	113
	(a) Vor oder nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages .....	113
	(aa) Ausschluss einer Erklärung vor Rechtshängigkeit ..	113
	(bb) Möglichkeit einer Erklärung vor Rechtshängigkeit ..	114
	(cc) Stellungnahme .....	114
	(b) Das Erfordernis der Zustellung vor dem Tode des Erblassers .....	115
	(2) Die Erklärung durch schlüssiges Verhalten .....	116
	(a) Das Erfordernis ausdrücklicher Erklärung .....	116
	(b) Das Ausreichen schlüssigen Verhaltens .....	116
	(c) Stellungnahme .....	117
bb)	Besonderheiten im Kontext der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	118
	(1) Die Zustimmungserklärung außerhalb eines „Verfahrens auf Scheidung nach § 1565 in Verbindung mit § 1566 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches“ .....	118
	(a) Die Zustimmung im Sinne der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB nur in Bezug auf eine Scheidung nach § 1566 Abs. 1 BGB .....	118
	(b) Die Zustimmung im Sinne des § 1933 BGB auch außerhalb der Scheidung nach § 1566 Abs. 1 BGB .....	118
	(c) Stellungnahme .....	119
	(2) Die Erfordernisse des § 630 Abs. 2 BGB außerhalb des § 1566 Abs. 1 BGB .....	120
	(a) Unbeachtlichkeit der Formerfordernisse des § 630 Abs. 2 ZPO .....	120
	(b) Erfordernis der Erklärung gegenüber dem Gericht gemäß § 630 Abs. 2 BGB .....	120
	(c) Stellungnahme .....	121
	(3) Der Widerruf der Zustimmung außerhalb der offenen Konventionalscheidung nach § 1566 Abs. 1 BGB .....	121
c)	Die materiellen Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe .....	122
aa)	Das Scheitern der Ehe (§ 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB) .....	122

bb)	Die „offene Konventionalscheidung“ (§ 1566 Abs. 1 BGB) .....	123
	(1) Allgemeines .....	123
	(2) Das Erfordernis der Einigung nach § 630 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO im Rahmen der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	124
	(a) Die Einigung nach § 630 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO als materielle Scheidungsvoraussetzung .....	124
	(b) Die Unbeachtlichkeit des Fehlens einer Einigung nach § 630 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO im Rahmen der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	125
	(c) Stellungnahme .....	125
cc)	Die unwiderlegliche Vermutung des Scheiterns nach drei Tren- nungsjahren (§ 1566 Abs. 2 BGB) .....	126
3.	Die Rechtsfolge der Ausschlusstatbestände .....	126
a)	Die Rechtsfolge dem Wortlaut nach .....	126
aa)	Im Falle des gesetzlichen Ehegattenerbrechtes (§ 1933 Satz 1 BGB) .....	127
	(1) Der Verlust der Erbenstellung .....	127
	(2) Der Zugewinnausgleich .....	127
	(3) Der Unterhaltsanspruch .....	128
	(4) Der Versorgungsausgleich .....	129
	(5) Die Rechte am Hausrat .....	129
bb)	Im Falle der einseitigen letztwilligen Verfügung (§ 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB) .....	130
	(1) Die Reichweite der Unwirksamkeitsanordnung .....	130
	(2) Der Unterhaltsanspruch nach § 1933 S. 3 BGB .....	131
cc)	Im Falle der gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung (§ 2268 Abs. 1 Satz 2 BGB) .....	131
	(1) Die Reichweite des Tatbestandes des § 2268 Abs. 1 BGB ...	131
	(a) Das Wirksambleiben des gemeinschaftlichen Testamen- tes im Falle des einseitigen nicht-konsentierten Schei- dungsantrages .....	131
	(b) Die erweiternde Auslegung der §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	132
	(c) Stellungnahme .....	133
	(2) Der Unterhaltsanspruch nach § 1933 Satz 3 BGB .....	134
dd)	Im Falle des Erbvertrages (§ 2279 BGB) .....	135
	(1) Der Erblasser einer vertragsmäßigen Verfügung im Sinne der §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2279 BGB .....	135

(2) Die Wirksamkeit der vertraglichen Verfügungen im Falle des einseitigen Erbvertrages .....	137
(a) Die Anwendung des Rechtsgedankens des § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	137
(b) Das Erfordernis der Initiative des Erblassers in § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	138
(c) Stellungnahme .....	138
(3) Die Wirksamkeit der vertraglichen Verfügungen im Falle des zweiseitigen Erbvertrages .....	139
(a) Erfordernis der Initiative des Erblassers .....	139
(b) Anwendung des § 2298 Abs. 1 BGB .....	139
(c) Stellungnahme .....	140
(aa) Der Ehegatte als Vertragspartner .....	140
(bb) Ein Dritter als Vertragspartner .....	140
(4) Zwischenergebnis .....	141
(5) Exkurs: Das Schicksal einseitiger Verfügungen in Erbverträgen, deren vertragliche Verfügungen nach §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2279 und ggf. 2298 Abs. 1 BGB unwirksam werden .....	141
ee) Im Falle der Schenkung von Todes wegen (§ 2301, 2077 Abs. 2 Satz 1 BGB) .....	142
b) Die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Erbberechtigung in §§ 1933 Satz 1 BGB und 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 2279 BGB .....	143
aa) Die Verletzung der Eigentums- und Erbrechtsgarantie (Art. 14 GG) .....	144
(1) Der Schutzbereich .....	144
(a) Individualschutzgut Testierfreiheit .....	144
(b) Die Institutsgarantie .....	145
(2) Die Schranken .....	145
(a) § 1933 Satz 1 BGB als Inhaltsbestimmung des Ehegattenerbrechtes .....	146
(b) § 1933 Satz 1 BGB als Abwägung zugunsten des Verwandtenerbrechtes .....	146
(3) Ergebnis .....	147
bb) Die Verletzung des besonderen Schutzes der Ehe (Art. 6 GG) .....	147
(1) Der Schutzbereich .....	147
(2) Der Eingriff .....	148
(3) Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	149
(4) Ergebnis .....	151



cc)	Die Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) .....	151
	(1) Der Schutzbereich .....	151
	(2) Die Verletzung .....	152
	(a) Die Ungleichbehandlung innerhalb der §§ 1933 Satz 1, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	152
	(b) Frage nach einer Ungleichbehandlung im Rahmen des § 2268 BGB .....	153
	(c) Frage nach einer Ungleichbehandlung im Rahmen der §§ 2279, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	153
	(3) Willkür .....	153
	(a) Kein Ehegattenerbrecht bei Zerrüttung der Ehe .....	155
	(b) Der mutmaßliche Wille des Erblassers .....	157
	(4) Ergebnis .....	158
dd)	Die Konsequenz .....	158
	(1) De lege lata: Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung .....	159
	(a) Die verfassungskonforme Auslegung des § 1933 Satz 1 BGB .....	159
	(b) Die verfassungskonforme Auslegung des § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	160
	(c) Die verfassungskonforme Auslegung des § 2268 BGB ..	160
	(d) Die verfassungskonforme Auslegung der §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2279 BGB .....	161
	(e) Die verfassungskonforme Auslegung der §§ 2077, (2279), 2301 BGB .....	162
	(2) De lege ferenda .....	162
III.	Die Aufrechterhaltung grundsätzlich unwirksamer Verfügungen von Todes wegen .....	163
1.	Die Aufrechterhaltung von Verfügungen von Todes wegen nach §§ 2077 Abs. 3, 2268 Abs. 2 BGB .....	163
a)	Die allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechterhaltung .....	164
aa)	Der kritische Zeitpunkt .....	164
bb)	Der wirkliche Wille .....	164
	(1) Umstände außerhalb der Urkunde als Anhaltspunkte .....	165
	(2) Spätere Umstände als Anhaltspunkte .....	166
cc)	Der mutmaßliche Wille .....	166
	(1) Das Kriterium .....	166

(2) Die Ermittlung des mutmaßlichen Willens .....	167
(a) Spätere Umstände als Anhaltspunkte .....	167
(b) Die Eigenart möglicher Anhaltspunkte .....	168
(3) Mutmaßlicher versus wirklicher Wille .....	169
b) Besonderheiten im Rahmen der Aufrechterhaltung .....	170
aa) Besonderheiten im Falle gemeinschaftlicher letztwilliger Verfügungen .....	170
(1) Die Reichweite der Aufrechterhaltung .....	171
(a) Der Gegenstand der Aufrechterhaltung .....	171
(b) Die Aufrechterhaltung wechselbezüglicher und nicht-wechselbezüglicher Verfügungen .....	172
(c) Die Verfügungen des Antragsgegners .....	173
(2) Der Träger des Aufrechterhaltungswillens .....	174
(a) Das Erfordernis eines Aufrechterhaltungswillens beider Eheleute .....	174
(b) Das Ausreichen des Aufrechterhaltungswillens nur des Verfügenden .....	174
(c) Stellungnahme .....	175
(3) Die Wechselbezüglichkeit aufrechterhaltener wechselbezüglicher Verfügungen .....	175
(a) Die Möglichkeit der Aufrechterhaltung auch der Wechselbezüglichkeit .....	176
(b) Stellungnahme .....	176
bb) Besonderheiten im Falle vertraglicher Verfügungen von Todes wegen .....	177
(1) Der Träger des Aufrechterhaltungswillens .....	177
(a) Die Aufrechterhaltung nach § 2298 Abs. 1 BGB grundsätzlich unwirksamer Verfügungen .....	177
(b) Die Aufrechterhaltung der im Sinne des § 2298 Abs. 1 BGB nach § 2077 Abs. 1 BGB grundsätzlich nichtigen Verfügung .....	177
(aa) Das Erfordernis des Willens beider Vertragspartner .....	178
(bb) Stellungnahme .....	178
(2) Die Aufrechterhaltung auch der Bindungswirkung .....	179
c) Die Auswirkung der Aufrechterhaltung auf den Unterhaltsanspruch (§ 1586b BGB) .....	180
aa) Nach dem Wortlaut .....	180
bb) Nach dem Regelungsziel .....	180
cc) Stellungnahme .....	181

2. Exkurs: Die Aufrechterhaltung durch Umdeutung nach § 140 BGB .....	182
a) Das grundsätzliche Umdeutungsverbot im Falle der §§ 2268, 2279 BGB .....	182
b) Anwendungsfälle .....	183
aa) Im Falle des gemeinschaftlichen Testamentes (§ 2268 Abs. 2) ....	183
bb) Im Falle des zweiseitigen Erbvertrages unter Ehegatten .....	184
<b>D. Der Fortbestand der Ehegattenerbberechtigung .....</b>	<b>185</b>
I. Nach Rechtskraft der Scheidung: Die Wiederheirat .....	185
II. Vor Rechtskraft der Scheidung .....	186
1. Das abweisende Urteil .....	186
2. Die Antragsrücknahme .....	187
a) Durch den Erblasser .....	187
b) Durch den Überlebenden .....	187
c) Durch Nichtbetreiben des Verfahrens .....	188
3. Die Rücknahme der Zustimmung zum ursprünglichen Scheidungsantrag ..	189
<b>E. Mögliche Analogien zu den Vorschriften über die erbrechtliche Position des Ehegatten .....</b>	<b>190</b>
I. Exkurs: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft .....	190
1. Die analoge Anwendung des gesetzlichen Ehegattenerbrechtes .....	190
a) Die mögliche Grundlage einer entsprechenden Anwendung der §§ 1931, 1933 BGB .....	190
b) Zweifel an den Voraussetzungen einer Analogie zu §§ 1931, 1933 BGB	191
c) Stellungnahme .....	191
2. Die analoge Anwendung der Vorschriften über das gemeinschaftliche Testament .....	192
3. Die analoge Anwendung des § 2077 BGB auf Testamente und Erbverträge zwischen Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften .....	193
a) Argumente für eine analoge Anwendung des § 2077 BGB .....	193
b) Kritik an einer analogen Anwendung des § 2077 BGB .....	193
c) Stellungnahme .....	194

II. Entsprechende Anwendung der Ausschlussnormen §§ 1933, 2077 BGB auf andere Lebenssachverhalte .....	195
1. Entsprechende Anwendung auf die zivil- und öffentlich-rechtliche Sonderrechtsnachfolge: § 1933 BGB analog .....	195
a) Die Sonderrechtsnachfolge in das Mietverhältnis (§§ 563 ff. BGB) ....	195
b) Der Ersatzanspruch bei Tötung (§ 844 Abs. 2 BGB) .....	196
c) Der Übergang von Sozialhilfe (§§ 56 ff. SGB I) .....	197
d) Exkurs: Die Hoferbfolge in den Ehegattenhof (§§ 6, 8 HöfeO) .....	198
2. Erweiterungen des Anwendungsbereiches des § 2077 Abs. 1 BGB .....	199
a) Die Verfügung eines Dritten zugunsten eines Ehegatten .....	199
aa) Vergleichbarkeit der Motivationslage des Dritten .....	200
bb) Stellungnahme .....	200
b) Fälle, in denen der Erblasser als Antragsgegner weder dem gegnerischen Antrag zugestimmt noch selbst einen Antrag gestellt hatte .....	201
c) Die Treuwidrige Zugangsvereitelung .....	203
aa) Die Zustimmung zur Scheidung nach § 630 ZPO .....	203
bb) Der eigene Antrag .....	203
d) Die Zerrüttung ohne Scheidungsantrag .....	204
3. Die analoge Anwendung des § 2279, 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Bindung des Überlebenden im Falle des einseitigen Erbvertrages .....	204
4. Die Lebensversicherung: § 2077 BGB analog .....	205
a) Der Bedarf einer analogen Anwendung des § 2077 BGB auf die Lebensversicherung .....	206
b) Stellungnahme .....	206
<b>F. Zusammenfassung .....</b>	<b>208</b>
I. Der Ausgangspunkt: Die erbrechtliche Position eines Ehegatten bei intakter Ehe .....	208
1. Das gesetzliche Ehegattenerbrecht .....	208
2. Die Vermögensnachfolge unter Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen .....	208
3. Sonstiger Erwerb von Todes wegen unter Ehegatten .....	209

II. Der Verlust der erbrechtlichen Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren	209
1. Der Verlust durch rechtskräftiges Scheidungsurteil	209
2. Der Verlust vor Rechtskraft der Scheidung	210
3. Die Aufrechterhaltung	213
III. Der Fortbestand der Ehegattenerbberechtigung	214
IV. Mögliche Analogien zu den Vorschriften über die erbrechtliche Position des Ehegatten	214
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>216</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>224</b>

## A. Einleitung

### I. Der Gegenstand der Betrachtung

In der Bundesrepublik Deutschland steigt die Wahrscheinlichkeit stetig, dass eine bereits geschlossene Ehe wieder geschieden wird. Während beispielsweise von den Ehen, die zu Beginn der siebziger Jahre in den alten Ländern geschlossen wurden, voraussichtlich rund 20 Prozent scheitern werden, so werden es bei denjenigen, die dort zu Anfang der achtziger Jahre eingegangen wurden, bereits etwa 30 Prozent sein.<sup>1</sup> Statistisch wird es daher immer wahrscheinlicher, dass ein Ehepartner nicht nur nach, sondern auch während eines Scheidungsverfahrens ver stirbt.

Stirbt ein Partner einer intakten Ehe, kann der Überlebende aufgrund einer Vielzahl von Rechtsfiguren Rechtspositionen von dem Verstorbenen erwerben. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Rechtserwerb von Todes wegen und denjenigen Vermögensübergängen, die sich als Rechtsgeschäfte unter Lebenden vollziehen.

Unter der „erbrechtlichen Position“ eines Ehegatten wird im Folgenden die Summe potentieller Vermögensübergänge an diesen aufgrund eines Todesfalles gezählt, die den Vorschriften des Erbrechtes unterliegen. Die Chance des Begünstigten auf einen konkreten solchen Vermögensübergang wird als „Erbberechtigung“ bezeichnet.

Während der Ehezeit hat der Gesetzgeber als eine der Ehefolgen ein sogenanntes „gesetzliches Ehegattenerbrecht“ festgeschrieben (§ 1931 BGB). Als Ausfluss desselben wurden die Möglichkeiten eines Ehepartner, seinen Nachlass zu regeln, dergestalt eingeschränkt, dass der jeweils andere Ehepartner in den Kreis der Pflichtteilsberechtigten aufgenommen wurde, so dass eine vollständige „Enterbung“ des Ehegatten nur unter besonderen Umständen oder im Falle einer entsprechenden Verzichtserklärung des potentiellen Erben möglich ist.

Endet die Ehe hingegen durch Scheidung, so steht mit deren Rechtskraft dem früheren Ehegatten nicht nur dieses Ehegattenerbrecht nicht mehr zu; auch Verfügungen von Todes wegen zu seinen Gunsten durch den verstorbenen früheren Partner sind grundsätzlich unwirksam (§§ 2077 Abs. 1 Satz 1, 2265 Abs. 1, 2279 BGB). In bestimmten Fällen kann dies auch schon während eines Scheidungsverfahrens eintreten.

---

<sup>1</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen* § 24 IV.

Unter welchen Umständen sich die kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäftes gegebene Erbberechtigung eines Ehepartners nach dem jeweils anderen im Verlaufe eines Scheidungsverfahrens verändert, ist Gegenstand dieser Arbeit.

## II. Der Verlauf der Darstellung

Den Ausgangspunkt bildet die Darstellung der erbrechtlichen Position eines Ehegatten nach seinem Partner bei intakter Ehe in Teil B der Darstellung. Neben der gesetzlichen Erbfolge und den Instrumenten der Verfügung von Todes wegen wird untersucht, welche weiteren Instrumente als Erwerb von Todes wegen bezeichnet und daher als Bestandteil dieser erbrechtlichen Position bewertet werden können. Hier werden insbesondere die Schenkung von Todes wegen, der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall unter Berücksichtigung des Lebensversicherungsvertrages sowie die Hofübergabe nach Höfeordnung betrachtet.

Im Mittelpunkt des anschließenden Teils C steht die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich diese Erbberechtigung in Bezug auf den anderen Ehepartner während eines Scheidungsverfahrens verändern kann. Zunächst wird dabei betrachtet, wie sich die Rechtskraft des Scheidungsurteils auf die erbrechtliche Position des früheren Ehegatten auswirkt. Sodann stellt sich die Frage, unter welchen Umständen diese Auswirkungen bereits während des Scheidungsverfahrens eintreten können. Schließlich wird untersucht, wann das Gesetz die ausnahmsweise Aufrechterhaltung von solchen Verfügungen von Todes wegen zulässt, für die das Gesetz infolge des Stadiums des Scheidungsverfahrens die grundsätzliche Unwirksamkeit vorsieht.

Selbst wenn einer der in Teil C der Arbeit vorgestellten Ausschlussstatbestände eingetreten ist, soll die Erbberechtigung eines Ehegatten nach dem anderen möglicherweise ganz oder teilweise fortbestehen können, wenn später bestimmte weitere Ereignisse hinzutreten. In Teil D der Arbeit werden neben der insoweit teilweise vertretenen Möglichkeit der Wiederheirat Prozesshandlungen und Prozessergebnisse untersucht, die die Ausschlussstatbestände rückwirkend wieder beseitigen können.

Schließlich stellt sich die Frage, auf welche Lebenssachverhalte Vorschriften, die die erbrechtliche Position des Ehegatten nach seinem Partner regeln, analog anzuwenden sein könnten. Teil E beleuchtet hier neben der nichtehelichen Lebensgemeinschaft die nicht dem Erbrecht unterstehenden Regelungen der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsnachfolge im Todesfalle. Anschließend wird diskutiert, in wieweit die Wertung des § 2077 BGB verallgemeinerungsfähig ist.

Die gefundenen Erkenntnisse zu der eingangs gestellten Frage, unter welchen Umständen sich die kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäftes gegebene Erbberechtigung eines Ehepartners nach seinem Partner im Verlaufe eines Scheidungsverfahrens verändert, werden im letzten Teil zusammengefasst.

## **B. Die erbrechtliche Position des Ehegatten**

Ein Ehegatte kann sowohl kraft Gesetzes (§ 1931 BGB) als auch kraft Verfügung von Todes wegen<sup>1</sup> (§§ 1937, 1939, 1941 BGB) berechtigt sein, seinen Partner zu beerben, Vermächtnisnehmer zu sein oder sonst Vermögenswerte von Todes wegen von diesem zu erhalten. Unter bestimmten Umständen qualifiziert das Gesetz auch den Erwerb aufgrund von Rechtsgeschäften unter Lebenden als Erwerb von Todes wegen und wendet hierauf die Normen des Erbrechtes an (§ 2301 BGB).

Alle diese Tatbestände werden im Folgenden unter dem Oberbegriff der „Erbberechtigung des Ehegatten“ zusammengefasst, weil erbrechtliche Normen das „ob“ und „wie“ des jeweiligen Rechtserwerbs bestimmen.

### **I. Das gesetzliche Ehegattenerbrecht**

Der Ehegatte ist nach den Vorschriften des BGB gesetzlicher Erbe seines Ehepartners neben dessen Verwandten, wenn nicht eine anderslautende Verfügung von Todes wegen existiert und er im Zeitpunkt des Erbfalles noch lebt (gesetzliches Ehegattenerbrecht<sup>2</sup>). Das gesetzliche Ehegattenerbrecht besteht in einem Anteil am Nachlass gemäß § 1931 BGB und dem Voraus nach § 1932 BGB oder – im Falle der Enterbung durch Verfügung von Todes wegen – dem Pflichtteilsanspruch nach § 2033 BGB. Gegebenenfalls tritt der erbrechtliche Zugewinnausgleich nach § 1371 Absatz 1 BGB hinzu.

#### **1. Die gesetzliche Erbfolge**

Gesetzliche Erben sind die Verwandten (§§ 1924 ff. BGB), der Ehegatte (§ 1931 f. BGB) und der Fiskus (§ 1936 BGB). Das Erbrecht der Verwandten richtet sich gemäß deutscher Rechtstradition<sup>3</sup> nach Ordnungen und Stämmen. Für den überlebenden Ehegatten schuf das BGB daneben eine eigene Erbenstellung. Dabei

---

<sup>1</sup> Das Gesetz versteht die „Verfügung von Todes wegen“ als Oberbegriff für die testamentarische („letztwillige“) Verfügung und den Erbvertrag; Planck / Greif Vorbemerkung Erbvertrag Anm. 4.

<sup>2</sup> Staudinger / Werner § 1931 BGB RdNr. 7; MünchKomm / Leipold § 1931 BGB RdNr. 6.

<sup>3</sup> Vgl. Bluntschli / Dahn, S. 688 f.