

## Aufsatz ZR

Akad. Mitarb. Anton S. Zimmermann\*

# Erbrecht – Ein Examenscrashkurs (Teil 2)

<https://doi.org/10.1515/jura-2018-0229>

### III. Äußerungsformen des letzten Willens

Der letzte Wille eines Menschen kann verschieden geäußert werden. Das Recht stellt hierzu neben dem einfachen Testament auch den Erbvertrag und das gemeinschaftliche Testament zur Verfügung.

#### 1. Einfaches Testament

Unter diesen Formen der Verfügung von Todes wegen bildet das einfache Testament den Archetypus. In ihm kann der Erblasser ohne Beteiligung weiterer Personen über seinen Nachlass verfügen.

##### a. Modifikationen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre

Das Testament ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das durch eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung zustande kommt.<sup>1</sup> Damit sind bereits einige entscheidende Weichen dafür gestellt, welche Vorschriften des allgemeinen Teils auf das Testament anwendbar sind.

Im Folgenden werden die wichtigsten Besonderheiten dargestellt, die sich entweder aus der spezifischen erbrechtlichen Interessenlage oder der fehlenden Empfangsbedürftigkeit der Erklärung ergeben.

##### (aa) Testierfähigkeit

Wie alle Rechtsgeschäfte setzt auch das Testament eine gewisse geistige Reife voraus.<sup>2</sup> Da der Verfügende im Fall des Testaments zwar wichtige Entscheidungen trifft,

sich selbst aber nicht belastet oder bindet, sind die §§ 104 ff. BGB als Maßstab ungeeignet. Das Gesetz regelt die Testierfähigkeit deshalb gesondert in § 2229 BGB: Danach ist grundsätzlich jeder testierfähig, der das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat – und zwar unabhängig von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.<sup>3</sup> Allerdings ist dem Minderjährigen die Niederlegung seines Willens in einem eigenhändigen Testament verwehrt, § 2247 IV BGB.<sup>4</sup>

##### (bb) Testierwille

Dem in einer idealtypischen Willenserklärung enthaltenen Rechtsbindungswillen entspricht im Erbrecht der sog. Testierwille, also der Wille zur Errichtung eines rechtsverbindlichen Testamentes.<sup>5</sup> In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre besteht seit jeher Streit darüber, ob der fehlende Rechtsbindungswille die Wirksamkeit der Erklärung von vorneherein hindert, oder ob nur ein Anfechtungsrecht begründet wird.<sup>6</sup> Im Erbrecht hingegen fällt die Antwort einhellig zu Gunsten der Nichtigkeit bei fehlendem Testierwillen aus.<sup>7</sup> Dafür spricht in der Tat die typisch erbrechtliche Fixierung auf den Erblasserwillen, der sich gegen etwaige Erbeninteressen am Bestehen eines wirksamen Testamentes durchsetzt.

##### (cc) Form

Für das Testament stehen verschiedene Formen zur Verfügung, relevant sind im Besonderen das notarielle Testament gem. § 2232 BGB und das eigenhändige Testament gem. § 2247 BGB. Da die Errichtung eines eigenhändigen Testamentes keinerlei juristischen Beistand voraussetzt, ist es fehleranfälliger und deshalb für Klausuren interessanter.

<sup>1</sup> S. MünchKomm-BGB/Leipold, Vor § 2064 Rn. 8.

<sup>2</sup> Ausführlich dazu Schreiber JURA 2011, 19 ff.

\*Kontaktperson: Anton S. Zimmermann, Der Verf. ist akademischer Mitarbeiter am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller).

<sup>3</sup> MünchKomm-BGB/Hagena, Band 10, 7. Aufl. 2017, § 2219 Rn. 7: »Eine »beschränkte Testierfähigkeit« gibt es eben nicht«.

<sup>4</sup> Zu den Rechtsfolgen (unheilbare Nichtigkeit) s. Burandt/Rojahn/Lauck, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2247 Rn. 40.

<sup>5</sup> MünchKomm-BGB/Hagena, § 2247 Rn. 5.

<sup>6</sup> S. zum Streitstand mit weiteren Nachweisen Medicus/Petersen, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 607 ff.

<sup>7</sup> So etwa OLG München ZEV 2008, 596, 597; Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2247 Rn. 5.

Das eigenhändige Testament unterliegt gem. § 2247 I BGB einem sogenannten Holographieerfordernis. Das bedeutet, dass nicht nur die Unterschrift des Erblassers erforderlich ist (so die allgemeine Schriftform des § 126 I BGB), sondern die gesamte Urkunde eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden muss.<sup>8</sup> Diese verhältnismäßig strenge Formvorschrift dient einerseits dazu, die Herkunft und Inhalt des Testaments leicht nachweisbar zu machen (Authentizitäts- und Beweissicherungsfunktion) und andererseits dazu, den Erblasser vor leichtfertigem Unterzeichnen vorgefertigter Dokumente zu bewahren (Übereilungsschutz).<sup>9</sup> Das Eigenhändigkeitserfordernis ist gewahrt, wenn der Erblasser – und sei es mit von Dritten gestützter Hand<sup>10</sup> – so selbstständig schreibt, »daß der Schriftzug von seinem Willen abhängig bleibt.«<sup>11</sup> Ist diese Hürde aber bewältigt, ist der Erblasser nicht an die deutsche Sprache gefesselt<sup>12</sup> und darf sich auch einer Kurzschrift bedienen, solange er personalisierte Schriftzüge verwendet.<sup>13</sup> Auch die Schreibunterlage ist gleichgültig. Sofern der Testierwille feststeht, kann ein wirksames Testament beispielsweise auch auf einer Postkarte errichtet werden.<sup>14</sup>

Die Unterschrift zeigt, neben der Urheberschaft des Erblassers, auch das räumliche Ende des Testaments auf (Abschlussfunktion).

Fall 9 (nach BGH NJW 1974, 1083): Erblasserin E hatte auf der linken Seite eines Doppelbogens ein eigenhändiges Testament verfasst und unterschrieben. Sodann fügte sie rechts auf Höhe des Textes ihrer vorangegangenen Verfügung noch einen Zusatz ein, in dem sie ihrem Enkel A ein Vermächtnis betreffend ihr Kfz zuweist. Hat A nach dem Tod der E gegen die Erben einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Kfz?

Lösung: Ein Anspruch des A kann sich hier aus § 2174 BGB ergeben, wenn E ihm wirksam gem. § 2147 BGB ein Vermächtnis ausgesetzt hat. Hier liegt ein wirksames eigenhändiges Testament vor. Auch hat E ein Vermächtnis zugunsten des A ausgesetzt. Problematisch ist aber, dass das Vermächtnis durch einen Zusatz beigefügt wurde und im übrigen Testament noch nicht einmal angedeutet ist. Zwar ist der Zusatz eigenhändig verfasst. Es könnte aber diesbezüglich an einer Unterschrift fehlen, das Vermächtnis wäre dann formnichtig gem. §§ 2247, 125 S. 1 BGB. Maßgeblich ist die Abschlussfunktion der Unter-

schrift: Es kommt darauf an, ob spätere Zusätze »rein äußerlich durch die vorhandene Unterschrift mitgedeckt werden.«<sup>15</sup> Die zeitliche Abfolge von Verfügungstext und Unterschrift ist hingegen unerheblich. Hier ergibt der Zusatz zusammen mit dem restlichen Verfügungstext aufgrund des verwendeten Doppelbogens ein räumlich homogenes Bild und ist deshalb von der Unterschrift erfasst.<sup>16</sup> Das Vermächtnis ist wirksam, A hat gegen die Erben einen Anspruch aus § 2174 BGB.

Die übrigen vorgesehenen Formalia (§ 2247 II, III BGB), also Datums- und Ortsangabe sowie die Verwendung von Vor- und Nachnamen in der Unterschrift sind nicht unbedingt notwendig (»soll«) und schaden der Wirksamkeit nur, wenn diese ohnehin schon zweifelhaft ist. Die Datumsangabe ist zudem für den Nachweis der zeitlichen Abfolge bei mehreren Testamenten relevant: Werden mehrere Testamente ohne Datumsangabe und sonstigen Nachweis ihrer zeitlichen Abfolge gefunden, so gelten sie als gleichzeitig errichtet und heben sich gegenseitig auf.<sup>17</sup>

#### (dd) Auslegung von Testamenten

Wegen der fehlenden Empfangsbedürftigkeit kann sich die Auslegung von Testamenten nicht an einem Empfängerhorizont (§ 157 BGB) orientieren. Die Testamentsauslegung richtet sich deshalb allein nach § 133 BGB und damit nach dem Erblasserwillen.<sup>18</sup> Das ist historisch wenig überraschend: § 133 BGB gibt die Auslegungslehre des römischen Rechts wieder, die gerade anhand von Legaten (in heutiger Terminologie: Vermächtnissen) entwickelt wurde.<sup>19</sup> Noch verstärkt wird die Auslegung nach dem Erblasserwillen durch § 2084 BGB, demzufolge letztwillige Verfügungen erfolgsmaximierend auszulegen sind (sog. *benigna interpretatio*).<sup>20</sup>

Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei die Testamentserrichtung.<sup>21</sup> Setzt beispielsweise eine Erblasserin als Erben den »Ehemann« ein, lässt sich scheiden und heiratet

8 Burandt/Rojahn/Lauck, § 2247 Rn. 7.

9 MünchKomm-BGB/Hagen, § 2247 Rn. 1.

10 Burandt/Rojahn/Lauck, § 2247 Rn. 10.

11 BGH NJW 1981, 1900, 1901.

12 Erman/Kappler/Kappler, 15. Aufl. 2017, § 2247 Rn. 5.

13 Burandt/Rojahn/Lauck, § 2247 Rn. 17. Daran fehlt es nach h.M. etwa bei einem Testament in Blindenschrift, MünchKomm-BGB/Hagen, § 2247 Rn. 13.

14 Firsching/Graf/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, 1.104.

15 BGH NJW 1974, 1083, 1084.

16 BGH NJW 1974, 1083, 1084. Ausreichen kann unter Umständen auch die Unterschrift auf einem Briefumschlag, in dem sich das Testament befindet. S. dazu Firsching/Graf/Graf, 1.108.

17 BayObLG FamRZ 2003, 711, 713.

18 Allg. M., Jauernig/Stürmer, § 1922 Rn. 2 und ausführlich Staudinger/Singer, 2017, § 133 Rn. 6.

19 Medicus/Petersen, BGB AT, Rn. 320.

20 Ausführlich dazu Werner, FS von Lübtow, 1990, 265 ff. Nach der Rechtsprechung kann aus § 2084 BGB sogar zu folgern sein, dass eine Erklärung, welche die erbrechtlich Form nicht wahrt, überhaupt keine Verfügung von Todes wegen bedeutet, s. etwa BGH NJW 1988, 2731, 2732 (str.).

21 BGHZ 31, 13 = NJW 1959, 2252, 2253; MünchKomm-BGB/Leipold, § 2084 Rn. 26.

einen anderen Mann, so muss sie erneut testieren.<sup>22</sup> Daneben bestehen einige Auslegungs- und Ergänzungsvorschriften, die den Erblasserwillen subsidiär ergänzen.

### (ee) Spannungsverhältnis von Form und Willen

Mit den beiden vorgenannten Punkten ist bereits das zentrale Spannungsfeld der Testamentsauslegung aufgezeigt: Einerseits bestehen verhältnismäßig strenge Formvorschriften, andererseits erfolgt die Auslegung allein nach dem Willen des Erblassers. Hat der Erblasser seinen Willen nur unvollständig in der vorgeschriebenen Form niedergelegt, stellt sich die Frage nach der Beachtlichkeit des überschießenden Willens.

Löste man dieses Spannungsverhältnis einseitig zugunsten der Form und verlangte folglich eine eindeutige Erklärung des Erblasserwillens in der jeweiligen Form, so verlöre die Auslegung nach § 133 BGB jede Bedeutung. Ginge man hingegen von einem unbeschränkten Vorrang des Willens aus,<sup>23</sup> würde die mit der Formstrenge einhergehende Rechtssicherheit untergraben, weil dann ungeachtet der Urkunde jeder Wille des Erblassers die Rechtslage formen könnte. Zudem geht es nicht um ein reines Form-, sondern auch um ein Erklärungsproblem: In der Welt des Rechts bedarf der Wille grundsätzlich einer geäußerten Grundlage, eben einer *Willenserklärung*.<sup>24</sup> Zu Recht verfolgt die überwiegende Auffassung deshalb eine mittlere Linie: Der wahre Wille des Erblassers ist zu beachten, wenn und soweit er in der Testamentsurkunde zumindest eine Andeutung erfahren hat (sog. Andeutungstheorie).<sup>25</sup> Daraus folgt, dass eine Testamentsauslegung in weitem Umfang möglich ist und dass insbesondere auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände heranzuziehen sind. Hat also beispielsweise der Erblasser ein Vermächtnis über sein »Tafelsilber« ausgesetzt, die Liste der im Einzelnen gemeinten Stücke aber lediglich maschinenschriftlich dem Testament beigelegt, so ist der Begriff »Tafelsilber« dennoch im Sinne dieser Liste zu verstehen.<sup>26</sup>

### b. Beseitigung von Testamenten

Wie alle Willenserklärungen, können auch Testamente unter dem Einfluss von Willensmängeln entstehen oder in ihrem Inhalt mit einem nachträglich veränderten Erblas-

serwillen in Widerspruch stehen. Dann stellt sich sowohl für den Erblasser als auch für die durch das Testament in der Erbfolge zurückgesetzten Personen die Frage, ob sie das Testament beseitigen können.

### (aa) Widerruf durch den Erblasser

Der Erblasser kann sein Testament jederzeit durch Widerruf beseitigen, § 2253 BGB. Dieser Widerruf kann verschiedene Formen annehmen: So kann er einerseits durch ein neues Testament erfolgen, das ähnlich dem aus der allgemeinen Normtheorie bekannten *lex posterior*-Grundsatz alle früheren Testamente mit widersprechendem Inhalt im Umfang der Kollisionslage verdrängt, § 2258 BGB.<sup>27</sup> Daneben kann ein Widerruf auch in Testamentsform vorgenommen werden, ohne dass eine neue Verfügung errichtet wird, § 2254 BGB. Zuletzt kann ein Widerruf auch durch Veränderung der zu widerrufenden Testamentsurkunde in Widerrufsabsicht erfolgen, § 2255 BGB.

Fall 10: E, deren einziger lebender Familienangehöriger ihr Sohn S ist, setzt durch wirksames Testament ihren Lebensgefährten L als Alleinerben ein. Später bereut sie ihren Entschluss und versieht das Testament in der linken oberen Ecke mit dem Vermerk: »nicht mehr gültig«. Nach einem Streit mit S möchte E nun doch wieder L als Alleinerben einsetzen und streicht den Ungültigkeitsvermerk durch. Wer wird Erbe der E?

Lösung: Hier kann L Alleinerbe geworden sein, wenn E wirksam zu seinen Gunsten testiert hat. Ursprünglich war das der Fall. Allerdings hat E die Urkunde mit einem Ungültigkeitsvermerk versehen. Darin kann ein Widerruf durch Testament zu sehen sein, § 2254 BGB. Er muss dann aber den Formerfordernissen für Testamente genügen. Das ist nicht der Fall, weil es an einer Unterschrift des Widerrufstestamentes fehlt, § 2247 I BGB. Auf die Unterschrift unter dem zu widerrufenden Testament kann ungeachtet der räumlichen Nähe nicht zurückgegriffen werden, weil das Widerrufstestament ein eigenständiges Testament bedeutet und die Formerfordernisse selbst gesondert erfüllen muss.<sup>28</sup> Als Widerrufstestament wäre der Vermerk formnichtig, § 125 S. 1 BGB. Nach h. M. kann in einem Ungültigkeitsvermerk aber zugleich ein Widerruf durch Veränderung der Testamentsurkunde zu sehen sein, der keinen besonderen Formerfordernissen unterliegt, solange nur – wie hier geschehen – die Testamentsurkunde in Widerrufsabsicht verändert wird, § 2255 BGB.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Lange/Kuchinke, § 34 III. 7., S. 789.

<sup>23</sup> In diese Richtung Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 16 5., insb. 334.

<sup>24</sup> Lange/Kuchinke, § 34 III. 2., 779.

<sup>25</sup> Kipp/Coing, § 21 III. 1., 139.

<sup>26</sup> So zu einem ähnlichen Fall OLG Hamm NJW 2003, 2391, 2392.

<sup>27</sup> Zur Gesetzesähnlichkeit von Testamenten s. bereits Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 3, 1840, 133.

<sup>28</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 632 unter Verweis auf BayObLG NJW 1975, 314, 315: »Hier aber kann schon begrifflich nicht von einer Ergänzung oder Änderung [...] gesprochen werden.«

<sup>29</sup> KG NJW 1957, 1364, 1365; Palandt/Weidlich, § 2255 Rn. 6; zur Kasuistik BeckOGK/Grziwotz, 2017, § 2255 Rn. 5. Enger wegen Umgehung von § 2254 BGB: Lange/Kuchinke, § 23 II. 2., S. 410 f.

Das Testament wurde also wirksam widerrufen, sodass L nicht Erbe wäre.

Zu klären bleibt die Bedeutung des Durchstreichens des Ungültigkeitsvermerks. Zwar kann gem. § 2257 BGB der Widerruf seinerseits widerrufen werden, sodass im Zweifel das ursprüngliche Testament wiederauflebt. Allerdings greift die Vorschrift nur bei dem durch Testament erfolgten Widerruf, der hier gerade nicht stattgefunden hat. Es wäre also die Errichtung eines neuen Testamentes erforderlich gewesen.<sup>30</sup> Dazu wird man aber zur Authentizitätssicherung zumindest ein erneutes Unterzeichnen der Testamentsurkunde verlangen müssen,<sup>31</sup> woran es hier fehlt. Demnach ist mangels wirksamen Testamentes nicht L, sondern gem. §§ 1924, 1922 BGB der S Alleinerbe geworden.

### (bb) Anfechtung durch unmittelbar subsidiäre Erben

Da der Erblasser sein Testament jederzeit grundlos durch Widerruf beseitigen kann, besteht für ein Anfechtungsrecht in seiner Person kein Bedarf.<sup>32</sup> Zeigt sich aber nach dem Tod des Erblassers, dass dessen Verfügung von einem Willensmangel herrührte, so haben durch sie zurückgesetzte Personen ein Interesse an der Beseitigung der Verfügung. Diesem Interesse tragen die §§ 2078 ff. BGB Rechnung, indem sie das allgemeine Recht der Anfechtung durch erbrechtliche Sondervorschriften modifizieren. Lücken der erbrechtlichen Regeln sind durch Rückgriff auf den Allgemeinen Teil zu schließen.<sup>33</sup> Wie bei der Anfechtung des allgemeinen Teils gilt auch bei der Testamentsanfechtung ein Vorrang der Auslegung.<sup>34</sup> Dieser Vorrang ist im Erbrecht von besonderer Bedeutung, weil dem Erblasserwillen häufig bereits auf Ebene der Auslegung nach § 133 BGB entsprochen werden kann.

Die wichtigste Besonderheit der Testamentsanfechtung besteht darin, dass, anders als in § 119 II BGB, jeder kausale Motivirrtum<sup>35</sup> des Erblassers zur Anfechtung berechtigt, § 2078 II BGB.<sup>36</sup> Der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung wird von dieser Vorschrift ebenfalls erfasst und ist deshalb nicht gesondert normiert.<sup>37</sup>

Auf Rechtsfolgenseite bleibt § 142 I BGB maßgebend. Allerdings führt die Testamentsanfechtung nicht zu einem Schadensersatzanspruch gem. § 122 BGB, weil das Ver-

trauen auf die eigene Erbenstellung nicht schützenswert ist, § 2078 III BGB.<sup>38</sup>

## 2. Erbvertrag

Sieht man das jederzeit widerrufliche, einseitige und nicht empfangsbedürftige einfache Testament als das eine Ende eines Spektrums an, so bildet dessen anderes Ende der bindende Erbvertrag gem. §§ 2274 ff. BGB.

### a. Grundlagen

Der Erbvertrag ist ein echter Vertrag.<sup>39</sup> Er ist keine, auch keine besondere Form des Testamentes.<sup>40</sup> Durch ihn kann der Erblasser seine Rechtsnachfolge von Todes wegen verbindlich regeln. Er bewirkt eine sofortige Bindung des letzten Willens, schränkt aber die lebzeitige Verfügungsfreiheit des Erblassers nicht ein.<sup>41</sup> Es handelt sich dabei um ein reines Verfügungsgeschäft ohne schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft.<sup>42</sup>

Der Erblasser kann in einem Erbvertrag unentgeltlich verfügen. Häufig wird er sich jedoch im Gegenzug durch einen *eigenständigen Vertrag* eine Leistung versprechen lassen, die regelmäßig in Pflege oder Unterhalt besteht.<sup>43</sup> Die Verbindung zwischen dem Erbvertrag und dem eigenständigen vertraglichen Versprechen des anderen Teils schafft § 2295 BGB, wonach der Erblasser bei Aufhebung der Verpflichtung seines Vertragspartners vom Erbvertrag zurücktreten kann (dazu sogleich Fall 11).

Die Auslegung des Erbvertrages erfolgt, anders als die des Testamentes, nach dem objektiven Empfängerhorizont, §§ 133, 157 BGB.<sup>44</sup> Daneben sind aber die dem Testamentsrecht entstammenden Ergänzungs- und Auslegungsvorschriften gem. § 2279 BGB entsprechend anwendbar,<sup>45</sup> weil sie den Erblasserwillen typisiert wiedergeben und deshalb mit dem objektiven Empfängerhorizont in Einklang stehen.

<sup>30</sup> MünchKomm-BGB/Hagena, § 2257 Rn. 3; Burandt/Rojahn/Lauck, § 2255 Rn. 2.

<sup>31</sup> Im Einzelnen str., wie hier BeckOGK/Grziwotz, § 2255 Rn. 9; Palandt/Weidlich, § 2255 Rn. 12.

<sup>32</sup> BGH NJW 1978, 264, 266; Medicus/Petersen, BürgR, Rn. 146.

<sup>33</sup> Staudinger/Otte, § 2078 Rn. 13: »[Es] sind §§ 142, 144 insgesamt und § 143 teilweise anwendbar.«

<sup>34</sup> BeckOGK/Harke, 2017, § 2078 Rn. 8.

<sup>35</sup> Zu den Anforderungen an den Motivirrtum, insb. zu unbewussten Vorstellungen s. Röthel JURA 2017, 1183, 1185 f.

<sup>36</sup> Burandt/Rojahn/Czubayko, § 2078 Rn. 10.

<sup>37</sup> Röthel JURA 2013, 773, 779; Staudinger/Otte, § 2078 Rn. 13.

<sup>38</sup> So zutr. Röthel JURA 2013, 773, 779; BeckOGK/Harke, § 2078 Rn. 51.

<sup>39</sup> Zur Vertragsqualität s. insbesondere Röthel JURA 2014, 781 f.

<sup>40</sup> Kipp/Coing, § 36. II., S. 238; MünchKomm-BGB/Musielak, Vor § 2274 Rn. 2.

<sup>41</sup> MünchKomm-BGB/Musielak, Vor § 2274 Rn. 2.

<sup>42</sup> Vgl. dazu § 2302 BGB.

<sup>43</sup> Frank/Helms, § 13 Rn. 13.

<sup>44</sup> BayObLG NJW-RR 1997, 7, 8; MünchKomm-BGB/Musielak, Vor § 2274 Rn. 31.

<sup>45</sup> MünchKomm-BGB/Musielak, § 2279 Rn. 2.

### b. Voraussetzungen des Zustandekommens

Der Erbvertrag bindet die für das Erbrecht prägende Testierfreiheit dauerhaft. Dieser Atypik korrespondiert ein strenger Formzwang. Der Erbvertrag kann grundsätzlich nur zur Niederschrift eines Notars abgeschlossen werden, § 2276 I BGB. Auch genügt mit Blick auf die geistige Reife nicht die mit sechzehn Jahren eintretende Testierfähigkeit; vielmehr ist grundsätzlich unbeschränkte Geschäftsfähigkeit vonnöten, § 2275 I BGB. Einzig unter Ehegatten gelten für beide Kriterien geringfügige Erleichterungen.

### c. Vertragsmäßige Verfügungen

Seinen Zweck findet der Erbvertrag in der Möglichkeit des Erblassers, vertragsmäßig bindende Verfügungen zu treffen. Jeder Erbvertrag muss mindestens eine solche Verfügung enthalten. Daneben kann er aber auch nichtbindende einseitige Verfügungen enthalten, § 2299 BGB. Die Abgrenzung zwischen einseitigen und vertragsmäßigen Verfügungen ist eine allgemeine Auslegungsfrage, bei der es insbesondere auf die erkennbaren Interessen des Vertragspartners des Erblassers ankommt. Sie wird aber häufig zu Gunsten der vertragsmäßigen Bindung zu beantworten sein, weil der Erbvertrag gerade in dieser seine Daseinsberechtigung findet.<sup>46</sup> Zumindest dann, wenn der Erblasser durch eine Verfügung seinen Vertragspartner begünstigt, spricht die Lebenserfahrung dafür, dass diese Verfügung auch als vertragsmäßig bindend im Sinne des § 2278 BGB gewollt ist.<sup>47</sup> Auf der anderen Seite besteht für Anordnungstypen, die vertragsmäßig getroffen werden können gem. § 2278 II BGB ein *numerus clausus*. Andere als die dort genannten Verfügungen können nur einseitig getroffen werden.

Die vertragsmäßigen Verfügungen schränken die Testierfreiheit des Erblassers erheblich ein: Er kann nicht mehr wirksam von Todes wegen verfügen, wenn dadurch der Begünstigte einer vertraglichen Verfügung beeinträchtigt wird, § 2289 I BGB.<sup>48</sup> Der Begriff der Beeinträchtigung ist dabei weit zu verstehen, er erfasst insbesondere auch solche Anordnungen, die selbst gar nicht vertragsmäßig hätten verfügt werden können. Eine unzulässige Beeinträchtigung kann deshalb beispielsweise auch in der nachträglichen Anordnung einer Testamentsvollstreckung bestehen.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Staudinger/Kanzleiter, 2014, § 2278 Rn. 10.

<sup>47</sup> BGHZ 106, 359 = NJW 1989, 2885; ebenso MünchKomm-BGB/Musielak, § 2278 Rn. 4.

<sup>48</sup> Staudinger/Kanzleiter, § 2289 Rn. 9.

<sup>49</sup> Staudinger/Kanzleiter, § 2289 Rn. 12a.

Allerdings hindert der Erbvertrag den Erblasser nicht daran, unter Lebenden zu verfügen. Damit droht aber die erbvertragliche Bindung leerzulaufen: Der Erblasser könnte sein gesamtes Vermögen bereits zu Lebzeiten verteilen, sodass für den Vertragserben kein Aktivvermögen im Nachlass verbliebe. Dem tritt die Vorschrift des § 2287 BGB entgegen. Der Vertragserbe kann nach dem Tod des Erblassers solche Schenkungen dem Rechtsfolgenregime des Bereicherungsrechts<sup>50</sup> zurückfordern, die der Erblasser in Beeinträchtigungsabsicht getätigt hat. Beeinträchtigungsabsicht wird dabei deutlich extensiver interpretiert, als der Wortlaut zunächst nahelegt.<sup>51</sup> Sie soll bereits dann vorliegen, wenn der Erblasser die Nachlassschmälerung kennt und an der Schenkung objektiv(!) kein beachtenswertes lebzeitiges Eigeninteresse hat.<sup>52</sup> Dafür spricht, dass eine enger verstandene, auf das Leitmotiv der Schlechterstellung des Vertragserben abstellende Beeinträchtigungsabsicht kaum je nachweisbar wäre.<sup>53</sup>

### d. Lösungsmöglichkeiten bei vertraglichen Verfügungen

Es leuchtet unmittelbar ein, dass die Bindung des Erblassers nicht um jeden Preis aufrecht erhalten bleibt. Auch bei anderen vertraglichen Vereinbarungen gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda* schließlich nicht unbeschränkt.<sup>54</sup> Insbesondere können die Vertragsparteien den Vertrag durch eine erneute Vereinbarung aufheben (sog. *contrarius consensus*), § 2290 BGB. Ein einseitiges Lösungsrecht des Erblassers besteht hingegen nur in Ausnahmefällen.

#### (aa) Anfechtung, § 2281 ff. BGB

Mit der Bindungswirkung der vertragsmäßigen Verfügungen bricht die bei Testamenten gegebene, jederzeitige Widerrufsmöglichkeit des Erblassers weg. Damit lebt das Interesse des Erblassers daran wieder auf, sich bei Willensmängeln durch Anfechtung lösen zu können. Die §§ 2281 ff. BGB regeln deshalb die Anfechtungsmöglichkeit des Erblassers, wobei für die Anfechtungsgründe auf das Testamentsrecht verwiesen wird.<sup>55</sup> Wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 2281 BGB (»auch«) ergibt, besteht das

<sup>50</sup> Rechtsfolgenverweisung, s. Palandt/Weidlich, § 2287 Rn. 11.

<sup>51</sup> Siehe im Einzelnen zur Anwendung Röthel JURA 2013, 583, 588.

<sup>52</sup> St. Rspr., BGH NJW 1973, 240, 242; NJW-RR 2012, 207, 208; Palandt/Weidlich, § 2287 Rn. 6.

<sup>53</sup> BGH NJW 1973, 240, 241.

<sup>54</sup> S. zum Grundsatz Weller, Die Vertragstreue, 2009, 285 ff.

<sup>55</sup> Medicus/Petersen, BürgR, Rn. 146; BeckOGK/Röhl, 2017, § 2281 Rn. 5.

Anfechtungsrecht der durch den Erbvertrag zurückgesetzten Personen neben dem des Erblassers fort.

### (bb) Rücktritt des vertragsmäßig Verfügenden

Auch wenn kein Willensmangel vorliegt, kann dem Erblasser das Festhalten an seiner Verfügung unzumutbar sein. Das Gesetz gesteht ihm für diese Fälle in engen Grenzen Rücktrittsrechte zu. Wenn sich der Erblasser den Rücktritt nicht vorbehält (§ 2293 BGB), hat er ein Rücktrittsrecht nur bei schweren, zur Pflichtteilsentziehung berechtigenden Verfehlungen (§ 2294 i. V. m. 2333 BGB) des vertragsmäßig Bedachten, sowie bei der Aufhebung der »Gegen«verpflichtung seines Vertragspartners, § 2295 BGB. Insbesondere der letztgenannte Rücktrittsgrund bereitet dogmatisch einige Schwierigkeiten, weil § 2295 BGB das Schicksal zweier getrennter Verträge, das des Erbvertrags und das eines Verpflichtungsvertrags, verbindet.

Fall 11: E schließt mit seiner Nichte N einen formwirksamen Erbvertrag. Der E setzt darin die N als Alleinerbin ein, im Gegenzug soll N ihn bis zu seinem Tod in näher bestimmter Art und Weise pflegen. Nach einiger Zeit verliert die N das Interesse daran, sich um E zu kümmern, die Pflege bleibt trotz mehrfacher Aufforderungen schließlich ganz aus. Nachdem die Pflege über Jahre ausgeblieben ist, fragt E sich, ob er sich von der Erbeinsetzung lösen kann.

Lösung: E hat hier seine Vertragspartnerin N als Erbin eingesetzt. Diese Verfügung ist nach der Lebenserfahrung als vertragsmäßig bindend im Sinne des § 2278 BGB gewollt.<sup>56</sup> Wegen § 2289 BGB kann sich E dieser Bindung nicht durch neues Testament entledigen.

Eine Anfechtung des Erbvertrags gem. § 2281 i. V. m. § 2078 BGB scheidet hier aus, weil jedenfalls die Anfechtungsfrist abgelaufen ist (§ 2283 BGB).<sup>57</sup> Die Verfehlung der N bedeutet keinen Pflichtteilsentziehungsgrund i. S. v. § 2333 BGB, sodass auch eine Lösung vom Erbvertrag nach § 2294 BGB ausscheidet.

In Betracht kommt damit allein ein Recht des E zum Rücktritt von seiner erbvertraglichen Verfügung nach § 2295 BGB.<sup>58</sup> N hat E wiederkehrende Pflegeleistungen versprochen. Diese Verpflichtung muss vor dem Tod des E aufgehoben worden sein, was nach h. M. nicht einvernehmlich geschehen muss.<sup>59</sup> Eine Anfechtung des Pflegevertrages, die sich allein nach den §§ 119 ff. BGB richtet,<sup>60</sup> scheidet hier jedenfalls an der abgelaufenen Anfechtungsfrist. Möglicherweise konnte der E die Pflegevereinbarung aber aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB kündigen.<sup>61</sup> Die unterblie-

bene Leistung durch N ist gewiss ein wichtiger Grund, allerdings ist eine Kündigungserklärung nach mehreren Jahren nicht mehr als in angemessener Frist erfolgt anzusehen (§ 314 III BGB).<sup>62</sup>

Zuletzt könnte man an einen Rücktritt vom Versorgungsvertrag gem. § 323 BGB denken, der ebenfalls ein Recht zum Rücktritt vom Erbvertrag gem. § 2295 BGB zur Folge hätte. Indes verlangt § 323 BGB einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag. Im vorliegenden Fall fehlt es daran: N hat einen einseitig verpflichtenden Vertrag geschlossen, während E nur vertraglich von Todes wegen verfügt hat.<sup>63</sup> Ein Rücktritt vom Versorgungsvertrag scheidet damit aus. E kann sich nicht gem. § 2295 BGB vom Erbvertrag lösen. Er ist dann darauf beschränkt, auf die Pflegeleistung zu klagen und gegebenenfalls (insb. in Anbetracht von § 888 III ZPO)<sup>64</sup> Schadensersatz zu verlangen.<sup>65</sup>

## 3. Gemeinschaftliches Testament

### a. Grundlagen

Das gemeinschaftliche Testament ist eine Sonderform der Verfügung von Todes wegen, die Ehegatten vorbehalten ist, § 2265 BGB. Es erlaubt ihnen, ein eigenhändiges Testament zu errichten, ohne dass beide Gatten dessen Text eigenhändig niederschreiben müssen. Vielmehr genügt, nachdem ein Ehegatte das Holographieverfordernis des § 2247 BGB erfüllt hat, die bloße Unterschrift des zweiten Gatten, § 2276 BGB (Formprivileg).

Freilich müssen die Ehegatten von diesem Privileg keinen Gebrauch machen. Allerdings liegt bei getrennten Urkunden ein gemeinschaftliches Testament nur vor, wenn zwischen beiden ein sog. Errichtungszusammenhang besteht, der aus den jeweiligen Testamentsurkunden hervorgehen muss.<sup>66</sup> Andernfalls handelt es sich lediglich um zwei einfache Testamente, in denen insbesondere keine bindenden wechselbezüglichen Verfügungen möglich sind.<sup>67</sup>

Schon die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches bezeichneten das gemeinschaftliche Testament als die »unklare Mitte zwischen Erbvertrag und Testament«<sup>68</sup>. Zu

<sup>56</sup> BGH NJW 1989, 2885.

<sup>57</sup> Vgl. *Kipp/Coing*, § 40 I. 2. b), 258.

<sup>58</sup> Zur Unanwendbarkeit von § 323 BGB auf den Erbvertrag selbst s. *Röthel JURA* 2014, 781, 785.

<sup>59</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 708, 709; *Frank/Helms*, § 13 Rn. 34.

<sup>60</sup> BeckOGK/Röhl, § 2281 Rn. 6.

<sup>61</sup> BGH NJW 2011, 224, 226. OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 708, 710 will als Grundlage § 626 BGB analog anwenden.

<sup>62</sup> BGH NJW 2011, 224, 226. A. A. vertretbar, wenn man von einer täglich neuen Pflichtverletzung ausgeht.

<sup>63</sup> Anders lag der Fall bei BGH NJW 2011, 224, 225.

<sup>64</sup> MünchKomm-ZPO/Gruber, Band 2, 5. Aufl. 2016, § 888 Rn. 20.

<sup>65</sup> Auf den ersten Blick ist dieses Ergebnis unter Wertungsgesichtspunkten unbefriedigend, weil die Vertragserbin nun ihre Begünstigung erhält, ohne ihre eigene Pflicht erfüllt zu haben. Man muss sich aber klarmachen, dass der Erblasser hierfür im Wesentlichen selbst verantwortlich ist, weil er die Fristen für Kündigung und Anfechtung versäumt hat.

<sup>66</sup> BGHZ 9, 113, 116.

<sup>67</sup> *Frank/Helms*, § 12 Rn. 8.

<sup>68</sup> Mot. V, 253, abgedruckt bei *Mugdan*, Die gesammten Materialien, Band V (1899), 133.

Recht: Denn zwar handelt es sich eindeutig nicht um einen Vertrag, sondern zwei einseitige letztwillige Verfügungen. Gleichwohl erlaubt das gemeinschaftliche Testament den Ehegatten die Schaffung einer erbvertragsähnlichen Bindungswirkung durch wechselbezügliche Verfügungen.<sup>69</sup> Die Folge dieser beiden Pole ist eine dogmatische Spaltung im Recht des gemeinschaftlichen Testaments.

Als Faustregel kann gelten: Grundsätzlich ist das gemeinschaftliche Testament wie ein formprivilegiertes einfaches Testament zu behandeln. Soweit es aber um bindend gewordene wechselbezügliche Verfügungen geht, folgt das gemeinschaftliche Testament der Dogmatik des Erbvertrages, nötigenfalls im Wege der Analogie (siehe dazu sogleich auch Fall 12).<sup>70</sup>

### b. Gestaltungsoptionen: Einheits- und Trennungslösung

Die Ehegatten wollen sich in einem gemeinschaftlichen Testament in der Regel gegenseitig absichern und nachrangig ihre Abkömmlinge bedenken. Diese Ziele können auf zwei Wegen erreicht werden.

Erstens können die Ehegatten sich gegenseitig als Alleinerben und ihre Abkömmlinge nur als Erben des Letztversterbenden, sog. Schlusserven, einsetzen. In dieser Gestaltungsvariante sind die Abkömmlinge für den Tod des Erstversterbenden enterbt. Mit dessen Tod fällt sein gesamtes Vermögen dem überlebenden Ehegatten an und bildet mit dessen Eigenvermögen eine Einheit. Mit dem Tod des Letztversterbenden geht dieses *einheitliche Vermögen* auf die Abkömmlinge über. Man spricht deshalb von der Einheitslösung.<sup>71</sup> Weit verbreitet ist auch die Bezeichnung als »Berliner Testament«. <sup>72</sup> Der Vorteil dieser Konstruktion besteht darin, dass der überlebende Ehegatte als Alleinerbe keinen Beschränkungen im Umgang mit dem Nachlass unterworfen ist. Dem steht der Nachteil gegenüber, dass den somit für den ersten Erbfall enterbten Abkömmlingen Pflichtteilsansprüche zustehen. Dieser Gefahr wird in der Praxis mit sog. Pflichtteilsstrafklauseln begegnet: Jene Abkömmlinge, die nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ihren Pflichtteil verlangen, erhalten auch beim Tod des Letztversterbenden nur den Pflichtteil.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Kipp/Coing, § 32 II., 219.

<sup>70</sup> Ähnlich Kipp/Coing, § 32 II., 219 f.

<sup>71</sup> Lange/Kuchinke, § 24 IV. 1., 436.

<sup>72</sup> Palandt/Weidlich, § 2269 Rn. 1.

<sup>73</sup> Eine Formulierung könnte etwa lauten: »Falls eines unserer Kinder nach dem Tode des Erstversterbenden von uns einen Pflichtteilsanspruch gegen den Längstlebenden geltend machen sollte, soll er [...] auch nach dem Tode des Längstlebenden von uns nur den Pflicht-

Alternativ können die Ehegatten sich gegenseitig als Vorerben und die Kinder für den Tod des Letztversterbenden als Nacherben einsetzen. Der überlebende Ehegatte unterliegt dann den Beschränkungen und Pflichten der Vorerbschaft, von denen er auch nicht vollständig befreit werden kann (§ 2136 BGB). Das Vermögen des Erstversterbenden bleibt in der Hand des Überlebenden ein Sondervermögen, das von dessen eigenem Vermögen getrennt bleibt. Stirbt auch der zweite Ehegatte, so tritt *erstens* der Nacherbfall in das Vermögen des Erstversterbenden ein und *zweitens* der (einfache) Erbfall in das Vermögen des Letztversterbenden. Man spricht deshalb von der sog. Trennungslösung.<sup>74</sup> Deren Vorteil besteht darin, dass die Abkömmlinge nicht enterbt sind und folglich keinen Pflichtteil geltend machen können, solange sie nicht die Nacherbschaft ausschlagen, § 2306 II BGB.

Beide Gestaltungsvarianten haben ihre Vor- und Nachteile. Zweifelsfälle entscheidet das Gesetz zu Gunsten der Einheitslösung, § 2269 I BGB. Dafür sprechen in der Tat die erheblichen Komplikationen, die mit einer Vorerbestellung des überlebenden Ehegatten einhergehen.

### c. Wechselbezügliche Verfügungen

Auch ein gemeinschaftliches Testament kann ohne weiteres Anordnungen enthalten, die frei von jeder Bindungswirkung sind. Betreffend diese Anordnungen bietet das gemeinschaftliche Testament nicht mehr als eine Form-erleichterung.<sup>75</sup>

Das Herzstück der gemeinschaftlichen Testamente bilden jedoch die sog. wechselbezüglichen Verfügungen gem. § 2270 I BGB. In einem Wechselbezüglichkeitsverhältnis stehen zwei oder mehr Verfügungen dann, wenn sie miteinander stehen und fallen sollen.<sup>76</sup> In Zweifelsfällen kann hier auf die Auslegungsregel des § 2270 II BGB zurückgegriffen werden. Wie bei den vertraglichen, besteht auch für die wechselbezüglichen Verfügungen gem. § 2270 III BGB ein *numerus clausus*.

Selbst wechselbezügliche Verfügungen binden die Ehegatten noch nicht, solange sie beide noch leben. Für den einseitigen Widerruf gilt aber die Besonderheit, dass er in notariell beurkundeter Form gegenüber dem anderen Erblasser erklärt werden muss, § 2271 I 1 i. V. m. § 2296

teil erhalten.« Zitiert aus Schulze/Grziwotz/Lauda/Zimmer, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 3. Aufl. 2017, § 2278 BGB Rn. 8.

<sup>74</sup> Palandt/Weidlich, § 2269 Rn. 2.

<sup>75</sup> Frank/Helms, § 12 Rn. 16.

<sup>76</sup> Lange/Kuchinke, § 24 V. 2., S. 449; Frank/Helms, § 12 Rn. 17.

BGB.<sup>77</sup> Diese Formstrenge und das Zugangserfordernis verstehen sich von selbst: Wenn sich ein Ehegatte von seiner wechselbezüglichen Verfügung lossagt, bricht gem. § 2270 I BGB auch die entsprechende Verfügung des anderen Ehegatten weg. Das ist aber nur gerechtfertigt, wenn letzterer rechtssicher Kenntnis vom Widerruf erlangt.<sup>78</sup>

Erst mit dem Tod des Erstversterbenden entfalten die wechselbezüglichen Verfügungen des überlebenden Ehegatten eine erbvertragsähnliche Bindungswirkung, die § 2271 II BGB unvollständig ausdrückt.

Fall 12 (teilweise nach BGH NJW 2014, 782): Die Ehegatten M und F errichten ein formwirksames gemeinschaftliches Testament mit folgendem Text: »Wenn einer von uns beiden stirbt, soll zuerst der andere sein Erbe sein. Erst nachdem der zweite gestorben ist, soll unser Sohn S zum Zuge kommen.« Nach dem Tod des M zerstreiten sich S und F. F ordnet deshalb in einem formwirksamen Testament eine Testamentsvollstreckung an. Zudem schenkt und übereignet sie unter Lebenden ein Hausgrundstück ihrem Onkel O, der es an seine Tochter T verschenkt und übereignet. Kurz darauf stirbt F. S fragt sich,

- a) ob die Testamentsvollstreckungsanordnung wirksam ist und
- b) ob er auf das Grundstück zugreifen kann.

#### Lösung:

a) S ist aufgrund des gemeinschaftlichen Testamentes Alleinerbe der F geworden. Das Testament ist nach § 2269 I BGB so zu verstehen, dass F Alleinerbin des M war und sodann S Alleinerbe der F werden sollte. Ursprünglich bestand auch keine Testamentsvollstreckungsanordnung.

Allerdings könnte F durch ihr späteres Testament eine Testamentsvollstreckung angeordnet haben. Das hätte unter anderem zur Folge, dass der S zwar Inhaber der Erbschaft geworden wäre, aber der Verfügungsbefugnis über die Nachlassgegenstände entbehre, § 2211 BGB (absolutes Verfügungsverbot).<sup>79</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Erbeinsetzung des S infolge der Zweifelsfallregelung des § 2270 II Alt. 2 BGB um eine wechselbezügliche Verfügung handelt.<sup>80</sup> Mit dem Tod des M ist diese Verfügung bindend geworden § 2271 II 1 BGB. Problematisch ist, dass im Recht des gemeinschaftlichen Testamentes allein das Erlöschen des Widerrufsrechts des überlebenden Ehegatten geregelt ist, was dem Konzept der Bindungswirkung unzureichend Rechnung trägt.

Aufgrund der oben bereits dargestellten dogmatischen Nähe zwischen wechselbezüglichen und vertraglichen Verfügungen sind zum Schutz der Bindungswirkung die Vorschriften des Erbvertragsrechts analog anwendbar.<sup>81</sup> Die Unzulässigkeit der nach Eintritt der Bindungswirkung verfügten Testamentsvoll-

streckung folgt dann aus § 2289 I 1 BGB, weil sie den durch die wechselbezügliche Verfügung begünstigten S beeinträchtigen würde.

b) Zu ihren Lebzeiten ist die F Alleineigentümerin des Hausgrundstücks gewesen und konnte dieses folglich gem. §§ 873, 925 BGB an O übereignen, dieser wiederum hat es wirksam an T übereignet. Eine Vindikation des S scheidet daher aus.

In den Vorschriften über das gemeinschaftliche Testament finden sich auch keine Vorschriften zum Schutz des wechselbezüglich Bedachten vor lebzeitigen Verfügungen. Erneut kommt aber eine Anleihe aus dem Erbvertragsrecht in Frage. Wegen der vergleichbaren Interessenlage findet § 2287 BGB entsprechende Anwendung.<sup>82</sup> Demnach muss O das Grundstück, das F ihm ohne billigenwertes lebzeitiges Eigeninteresse unentgeltlich übertragen hat, nach Bereicherungsrecht herausgeben (Rechtsfolgenverweisung). O hat aber seinerseits das Eigentum an T verloren. Ein Anspruch gegen O führt deshalb ins Leere.

Allerdings findet nach h.M. auch § 822 BGB im Rahmen des § 2287 I BGB Anwendung.<sup>83</sup> Das kann man damit begründen, dass § 822 BGB nur eine Rechtsfolge des ursprünglichen Bereicherungsanspruchs in Gestalt einer Haftungsüberleitung bedeutet.<sup>84</sup> Selbst wenn man dem nicht folgt und in § 822 BGB einen eigenständigen Anspruch sieht,<sup>85</sup> muss man jedoch anerkennen, dass ohne eine Anwendung des § 822 BGB in erheblichem Maße Umgehungen des § 2287 I BGB drohen würden. S kann daher von T Herausgabe und Rückübereignung gem. §§ 2287, 822 BGB verlangen.

## F. Erbengemeinschaft

### I. Grundlagen

Ist eine Mehrheit von Personen zu Erben berufen, so ist das Gesetz mit widerstreitenden Interessen konfrontiert. Einerseits haben die Erben ein legitimes Interesse an baldiger Auseinandersetzung des Nachlasses. Zudem kann die gerechte Verteilung des Nachlasses entsprechend den Erbquoten häufig Probleme bereiten. Andererseits haben aber die Nachlassgläubiger ein Interesse daran, ihre Forderungen durchzusetzen, bevor der Nachlass in alle Winde zerstreut wird. Das Gesetz begegnet diesem komplizierten Interessengeflecht mit den Vorschriften über die Erbengemeinschaft, §§ 2032ff. BGB.

<sup>77</sup> Der gemeinsame Widerruf richtet sich weiterhin nach §§ 2254 ff. BGB, vgl. OLG Braunschweig ZEV 2007, 178; *Lange/Kuchinke*, § 24 IV. 2., 452f.

<sup>78</sup> *Lange/Kuchinke*, § 24 VI. 2., 454.

<sup>79</sup> MünchKomm-BGB/W. *Zimmermann*, § 2211 Rn. 2.

<sup>80</sup> Zu dieser Kombination beider Alternativen des § 2270 II BGB s. MünchKomm/*Musielak*, § 2270 Rn. 12.

<sup>81</sup> Palandt/*Weidlich*, § 2271 Rn. 12.

<sup>82</sup> MünchKomm/*Musielak*, § 2269 Rn. 36.

<sup>83</sup> BGHZ 199, 123 = NJW 2014, 782, 783.

<sup>84</sup> So m.w.N. MünchKomm-BGB/*Schwab*, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 822 Rn. 7.

<sup>85</sup> So insbesondere noch die Verfasser des BGB, s. Prot. VI, 212 und dazu Staudinger/*S. Lorenz*, § 822 Rn. 2.

## II. Dingliche Rechtslage am Nachlassvermögen

Am Nachlass besteht gesamthänderisches Eigentum der Erben selbst gem. gem. § 2032 I BGB. Die Erbengemeinschaft als solche ist hingegen noch nicht einmal rechtsfähig.<sup>86</sup> Zwar hat sie mit der GbR, deren Rechtsfähigkeit mittlerweile anerkannt ist, die Ausgestaltung als Gesamthand gemein.<sup>87</sup> Jedoch unterscheidet sich die Erbengemeinschaft durch ihre unfreiwillige Entstehung (»Zwangsgemeinschaft«)<sup>88</sup> und ihr Angelegtsein auf bloß vorübergehendes Bestehen (»sterbende Gemeinschaft«).<sup>89</sup>

Diese Gesamthandsinhaberschaft der Erben ist streng von einer Inhaberschaft nach Bruchteilen zu unterscheiden. Bei der Bruchteilsgemeinschaft steht jedem Mitglied ein Anteil an den *konkreten* Vermögensgegenständen zu.<sup>90</sup> Ersteren also beispielsweise zwei Personen zwei Vasen zu hälftigem Bruchteilseigentum, so kann jeder von ihnen über seinen hälftigen Anteil an jeder Vase verfügen.

Bei der Gesamthand hingegen haben die Parteien lediglich einen *abstrakten* Anteil an dem gesamten Vermögen der Gesamthand inne.<sup>91</sup> Stehen die oben angesprochenen Vasen also zwei Personen zur gesamten Hand zu, kann keine von ihnen einem Dritten eine Rechtsposition an einer konkreten Vase, sondern allenfalls seinen abstrakten Anteil am Gesamthandsvermögen verschaffen. Dementsprechend kann in der Erbengemeinschaft zwar jeder Miterbe über seinen abstrakten Erbteil verfügen, § 2033 I 1 BGB, nicht aber über Anteile an konkreten Vermögenswerten im Nachlass. Derartige Verfügungen über Nachlassgegenstände können die Erben nur in Gemeinschaft treffen, § 2040 I BGB. Sie halten, bildlich gesprochen, den Schlüssel zum Nachlass gemeinsam in Händen.

## III. Nachlassverwaltung

Da Erbengemeinschaften oft über geraume Zeit bestehen, sind Streitigkeiten über die Verwaltung des Nachlasses keine Seltenheit. Mit dem Begriff der Verwaltung des

Nachlasses (§ 2038 BGB) adressiert das Gesetz sowohl das Innenverhältnis (Geschäftsführung) als auch das Außenverhältnis (Vertretung) der Erbengemeinschaft.<sup>92</sup> Den Ausgangspunkt bildet auch hier die Einstimmigkeit gem. § 2038 I 1 BGB.

Die ausnahmslose Durchführung des Einstimmigkeitserfordernisses hätte indes eine erhebliche Entscheidungsträgheit der Gemeinschaft zur Folge. Dies wäre nicht angemessen, wenn es um unwesentliche Maßnahmen geht, die zudem ohnehin den objektiven Erbeninteressen entsprechen. Bei solchen Geschäften, die das Gesetz als ordnungsgemäße Verwaltung bezeichnet,<sup>93</sup> richtet sich deshalb sowohl die Befugnis zur Geschäftsführung als auch die zur Ausführung erforderliche Vertretungsmacht für die Miterben nach dem Mehrheitsprinzip gem. § 2038 I 2 Hs. 1, II i. V. m. § 745 I 1 BGB. Hat sich danach die Mehrheit der Erben für eine bestimmte Verwaltungsmaßnahme entschieden, so kann die Mehrheit aufgrund ihres Beschlusses auch die überstimmten Erben nach außen vertreten.<sup>94</sup>

Zuletzt kann und darf in Notfällen auch ein Erbe allein für die anderen Miterben handeln, § 2038 I 2 Hs. 2 BGB. Aufgrund dieser weitreichenden Rechtsfolge muss der Notfall objektiv vorliegen, eine entsprechende Vorstellung des Handelnden genügt nicht.<sup>95</sup>

Sowohl das Mehrheitsprinzip als auch die Notverwaltung durch einen einzelnen Erben steht in einem Spannungsverhältnis zu dem oben bereits angesprochenen § 2040 BGB, der für Verfügungen ein gemeinschaftliches Handeln aller Erben fordert.

**Fall 13:** E verstirbt. A, B und C sind zu gleichen Teilen seine Erben.

a) A und B wollen an ihre jeweiligen Kinder im Nachlass befindliche Goldmünzen verschenken und übereignen. Sie fragen sich, ob sie den C auch gegen dessen Willen mitverpflichten und die Münzen auch gegen seinen Willen übereignen können.

b) A und B wollen ferner einen von E mit D abgeschlossenen Mietvertrag kündigen. E hatte diesen zu einem Freundschaftspreis, der deutlich unter dem Marktwert liegt, abgeschlossen. A und B erwarten trotz vorliegenden Kündigungsrechts erheblichen Widerstand seitens des C, mit dem sie zerstritten sind. Sie fragen sich deshalb, ob sie auch ohne C wirksam kündigen können.

c) Im Nachlass befindet sich ein Hausgrundstück. C findet heraus, dass dieses unmittelbar einsturzgefährdet ist. A und B sind

<sup>86</sup> BGH NJW 2002, 3389, 3390; Palandt/*Weidlich*, § 2032 Rn. 1. Ausführlich dazu *Reuter AcP* 207 (2007), 673, 704 ff.

<sup>87</sup> S. zu Rechtsfähigkeit und Gesamthandseigenschaft der GbR *Hübner JURA* 2017, 130, 131.

<sup>88</sup> *Stützel* NJW 2013, 3543, 3549; Burandt/*Rojahn/Flechtner*, 2. Aufl. 2014, § 2042 Rn. 1.

<sup>89</sup> *Lange/Kuchinke*, § 42 I. 5., 1086.

<sup>90</sup> MünchKomm-BGB/*Schmidt*, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 6: »[D]ie dingliche Bruchteilszuständigkeit ist subjektiv geteilt [...].«

<sup>91</sup> *Kipp/Coing*, § 114 III., 627.

<sup>92</sup> *Lange/Kuchinke*, § 43 I. 2., S. 1107.

<sup>93</sup> S. etwa BGH ZEV 2010, 36, 38.

<sup>94</sup> MünchKomm-BGB/*Gergen*, Band 10, 7. Aufl. 2017, § 2038 Rn. 51; BeckOK-BGB/*Lohmann*, 42. Ed. 2017, § 2038 Rn. 7.

<sup>95</sup> Palandt/*Weidlich*, § 2038 Rn. 11 f.

außer Landes und bis auf weiteres nicht erreichbar. Der einzige Handwerker im Ort ist nur gegen Vorkasse bereit, sich der Reparaturen anzunehmen. C fragt sich, ob er im Namen aller Miterben einen Handwerker beauftragen und mit Nachlassmitteln bezahlen kann.

#### Lösung:

a) Hier kommt für die schuldrechtliche Einigung eine Vertretung des C durch A und B nur gem. § 2038 BGB in Frage. Danach ist aber grundsätzlich gemeinsames Handeln aller Erben erforderlich, § 2038 I 1 BGB. Das Verschenken von Nachlassbestandteilen an Kinder einzelner Erben liegt zudem objektiv gerade nicht im Interesse aller Erben. Es liegt deshalb keine ordnungsgemäße Verwaltung vor, sodass sich A und B auch nicht durch Mehrheitsbeschluss gem. § 2038 I 2 Hs. 1 BGB eine Vertretungsmacht verschaffen können. Sie können daher C nicht wirksam vertreten.

Für die Verfügung ist § 2040 BGB maßgebend,<sup>96</sup> sodass diese nur von allen Erben gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. A und B können die Münzen also auch nicht an ihre Kinder übereignen.

b) Da das Fortsetzen des Mietvertrages mit D aufgrund der deutlich unter dem Marktwert liegenden Miete nachteilig ist, liegt die Kündigung im objektiven Interesse aller Erben. Es handelt sich folglich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung. A und B können sich deshalb grundsätzlich nach § 2038 I 2 Hs. 1, II i. V. m. § 745 I 1 BGB durch Mehrheitsbeschluss die für die Kündigung erforderliche Vertretungsmacht verschaffen.

Problematisch ist aber, dass in der Kündigung zugleich die Aufhebung des Mietvertrages und folglich eine, freilich nicht sachenrechtliche, sondern schuldrechtliche, Verfügung liegt.<sup>97</sup> Es könnte deshalb gem. § 2040 BGB gemeinschaftliches Handeln aller Erben einschließlich C erforderlich sein.

Das Konkurrenzverhältnis von ordnungsgemäßer Verwaltung durch die Mehrheit und der Verfügung durch alle Erben ist aufgrund der sich überschneidenden Anwendungsbereiche von § 2040 BGB und § 2038 BGB problematisch. Einerseits kann in der Verfügung ein Sonderfall der Verwaltung, umgekehrt aber auch in der *ordnungsgemäßen* Verwaltung ein Sonderfall der Verfügung liegen. Da somit kein Spezialitätsverhältnis im engeren Sinne besteht, muss eine wertende Betrachtung entscheiden. Ginge man von einem Vorrang des § 2040 BGB aus, könnte es zu dem eigenartigen Ergebnis kommen, dass die Mehrheit zwar alle Erben verpflichten, aber nicht im Namen aller Erben verfügen kann. Die wohl h. M. hält deshalb das Mehrheitsprinzip bei ordnungsgemäßer Verwaltung für vorrangig gegenüber § 2040 BGB.<sup>98</sup> A und B können nach außen wirksam kündigen, ohne auf die Mitwirkung des C angewiesen zu sein.<sup>99</sup>

c) Hier kommt für den Schuldvertrag eine Vertretungsmacht des C gem. § 2038 I 2 Hs. 2 BGB in Betracht. Dazu muss es sich ob-

jektiv um eine Maßnahme handeln, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig ist. Zudem muss die Maßnahme so dringlich sein, dass keine gemeinschaftliche Entscheidung herbeigeführt werden kann. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn die Einsturzgefahr besteht unmittelbar und eine gemeinschaftliche Entscheidung kann nicht herbeigeführt werden, da A und B nicht erreichbar sind. C kann also mit Wirkung gegen alle Erben einen Vertrag mit einem Handwerker schließen, um den Einsturz zu vermeiden.

Nach allgemeiner Auffassung richtet sich im Kontext der Notgeschäftsführung auch die Möglichkeit, über Nachlassgegenstände zu verfügen, allein nach § 2038 I 2 Hs. 2 BGB.<sup>100</sup> C kann den Handwerker also auch durch Verfügung über Nachlassmittel bezahlen.

## IV. Auseinandersetzung und Teilung des Nachlasses

Die Erbengemeinschaft ist nicht darauf angelegt, dauerhaft zu bestehen.<sup>101</sup> Jeder Miterbe kann deshalb grundsätzlich jederzeit ihre Auseinandersetzung verlangen, § 2042 I BGB. Die vollständige Durchführung dieser Auseinandersetzung (sog. Teilung) führt zur endgültigen Auflösung der Erbengemeinschaft.<sup>102</sup> Für die Teilung des Nachlasses wird in § 2042 II BGB auf die Vorschriften über die Aufteilung bei der Bruchteilsgemeinschaft verwiesen.<sup>103</sup> Der Erblasser kann aber durch eine in seiner Verfügung von Todes wegen enthaltene Teilungsanordnung auf die Nachlassenteilung Einfluss nehmen, § 2048 BGB. Sowohl die Teilungsanordnung als auch die gesetzlichen Teilungsvorschriften sind aber hinfällig, wenn sich die Erben anderweitig einigen.<sup>104</sup>

## V. Einstandspflicht der Miterben

Inwieweit ein Miterbe für Nachlassverbindlichkeiten entstehen muss, regelt das Gesetz in den §§ 2058 ff. BGB.

Danach haben Gläubiger *bis zur Teilung* des Nachlasses die Wahl: Die Erben haften gem. § 2058 BGB gesamtschuldnerisch, sodass Gläubiger gegen jeden von ihnen einzeln in voller Höhe vorgehen können (sog. Gesamtschuldklage).<sup>105</sup> Die Erben werden dabei gem. § 2059 I BGB

<sup>96</sup> Lange/Kuchinke, § 43 III. 6., 1129; vgl. auch Staudinger/Löhnig, 2016, § 2038 Rn. 2.

<sup>97</sup> Zum Verfügungsbegriff lesenswert ist Haedicke JuS 2001, 966 ff.

<sup>98</sup> S. etwa BGH ZEV 2015, 339 und dazu Röthel JURA (JK) 2016, 107; ZEV 2010, 36, 38; Palandt/Weidlich, § 2038 Rn. 7; a. A. Lange/Kuchinke, § 43 III. 6., S. 1129f. Völlig klar ist die Linie der Rechtsprechung allerdings (noch) nicht.

<sup>99</sup> So zur Kündigung auch BGH ZEV 2010, 36, 38.

<sup>100</sup> BGH ZEV 2010, 36, 38; Staudinger/Löhnig, § 2038 Rn. 21.

<sup>101</sup> Staudinger/Löhnig, § 2042 Rn. 1.

<sup>102</sup> Jauernig/Stürmer, § 2042 Rn. 12; Staudinger/Löhnig, § 2042 Rn. 66.

<sup>103</sup> MünchKomm-BGB/Ann, Band 10, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 23.

<sup>104</sup> Erman/Bayer, 15. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 3; MünchKomm-BGB/Ann, § 2042 Rn. 21.

<sup>105</sup> BGH NJW 2014, 2574, 2576.

durch ein Leistungsverweigerungsrecht geschützt, demzufolge sie den Gläubiger bis zur Teilung auf ihren Nachlassanteil verweisen können.<sup>106</sup> Wahlweise und gegebenenfalls kumulativ können Gläubiger bis zur Teilung des Nachlasses auch von allen Erben als Gesamthänder gemeinsam die Befriedigung aus dem Nachlass verlangen, § 2059 II BGB (sog. Gesamthandsklage).<sup>107</sup> Notwendige Streitgenossen im Prozess gem. § 62 ZPO sind die Erben allein bei der Gesamthandsklage.<sup>108</sup>

Nach der Teilung gilt weiterhin § 2058 BGB, die Erben haften also weiter als Gesamtschuldner, nunmehr aber ohne die Möglichkeit, Gläubiger auf ihren Nachlassanteil zu verweisen.<sup>109</sup> Nur ausnahmsweise findet dann noch eine Beschränkung gem. §§ 2060 f. BGB statt. Die Option der Gläubiger, sich an alle Erben als Gesamthand zu wenden, scheidet mit der vollständigen Teilung aus, denn damit geht die Gesamthand unter.

## G. Erbschein als Rechtsscheinserbenstellung

Bei der Bestimmung von Erben können leicht Fehler unterlaufen, etwa wenn ein späteres Testament zunächst nicht gefunden wird. Deshalb hält das Erbrecht zum Schutz des Rechtsverkehrs einen eigenen Rechtsscheinsträger bereit: den Erbschein gem. §§ 2353 ff. BGB.<sup>110</sup> Dieser wird dem Erben auf Antrag durch das Nachlassgericht erteilt und gibt Auskunft über dessen Erbrecht, § 2353 BGB. Das Erbscheinsverfahren dürfte seit der Versetzung der einschlägigen Vorschriften in die §§ 352 ff. FamFG an Prüfungsrelevanz verloren haben. Ungebrochen bleibt aber die Bedeutung *erstens* der Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung des Erbscheins gem. § 2365 BGB und *zweitens* seiner Funktion als Rechtsscheinsträger, §§ 2366 f. BGB. Die Prüfung der §§ 2366 f. BGB sollte in einer Klausur nach dem allgemeinen Schema für Rechtsscheinstatbestände erfolgen.

<sup>106</sup> Staudinger/Marotzke, 2016, § 2059 Rn. 30.

<sup>107</sup> BGH NJW 2014, 2574, 2577.

<sup>108</sup> BGH NJW 2014, 2574, 2577.

<sup>109</sup> Staudinger/Marotzke, § 2060 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Ann, § 2060 Rn. 1.

<sup>110</sup> Ausführlich zum Erbschein Muscheler JURA 2009, 329 ff.; 567 ff.; 731 ff.

## I. Rechtsgeschäft i. S.e. Verkehrsgeschäfts<sup>111</sup>

Rechtsscheinstatbestände dienen dem Schutz des Rechtsverkehrs. Sie sind dementsprechend unanwendbar, wenn der Rechtsverkehr an einem Geschäft überhaupt nicht beteiligt ist. Der Erbscheinserbe und sein Geschäftspartner müssen sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich verschieden sein.<sup>112</sup> Nicht unter den Schutz der §§ 2366 f. BGB fallen damit insbesondere Geschäfte innerhalb einer (vermeintlichen) Erbengemeinschaft.<sup>113</sup>

## II. Objektiver Rechtsschein

Der objektive Rechtsschein wird durch das Bestehen des Erbscheins erzeugt. Der Erbschein ist Rechtsscheinsträger, sobald er erteilt und bis er eingezogen oder für kraftlos erklärt wird.<sup>114</sup>

Fall 14: Nach dem Tod des E wird dem Nichterben N ein Alleinerbschein ausgestellt. Danach erlangt auch der wahre Alleinerbe A einen Alleinerbschein. Können Dritte gem. § 2366 BGB von N erwerben?

Lösung: Hier ist problematisch, ob trotz zweier einander widersprechender Erbscheine noch ein objektiver Rechtsschein für eine Erbenstellung des N besteht. Die h.M. vermeint dies und spricht beiden Erbscheinen im Umfang des Widerspruchs sowohl die Richtigkeitsvermutung als auch die Rechtsscheinwirkung ab.<sup>115</sup> Auf den ersten Blick mag dies verwundern, können Verkehrsteilnehmer doch weiterhin durch den Erbschein des Nichterben in die Irre geführt werden.<sup>116</sup> Verständlich wird die h.M. aber, wenn man sich klar macht, dass es auf eine Kenntnis des Erbscheins ohnehin nie ankommt, sog. abstrakter Vertrauensschutz (s. dazu sogleich). Maßgebend ist der Rechtsschein des bloß bestehenden Erbscheins. Auf derselben Abstraktionsebene kann der Rechtsschein deshalb auch vernichtet werden, wenn ein widersprechender Erbschein besteht.<sup>117</sup> In der Sache ist die Situation mit einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch vergleichbar, der den Rechtsschein der Eintragung neutralisiert, ganz gleich ob das Grundbuch überhaupt eingesehen wird.<sup>118</sup> Zudem kann der Erbschein gem. § 353 I 1 FamFG auch durch Kraftloserklärung seine Wirkung verlieren, ohne dass ein

<sup>111</sup> Zu dieser Voraussetzung allgemein Kindler/Paulus JuS 2013, 393, 394 f.

<sup>112</sup> BGHZ 173, 71 = NJW 2007, 3205.

<sup>113</sup> BGH NJW 2015, 1881 f. und dazu Rötthel JURA (JK) 2015, 1255.

<sup>114</sup> Staudinger/Herzog, 2016, § 2366 Rn. 4.

<sup>115</sup> BGHZ 33, 314, 317; Palandt/Weidlich, § 2366 Rn. 3.

<sup>116</sup> Herminghausen NJW 1986, 571, 572.

<sup>117</sup> Thomale/Schüßler ZfPW 2015, 454, 461: »ideelle Einheit des [...] Rechtsscheinsträgers«.

<sup>118</sup> Zu dieser Vergleichbarkeit, s. Herminghausen NJW 1986, 571, 572.

Rechtsverkehrsteilnehmer dies am Erbschein selbst erkennen kann. Dritte können also nicht gem. § 2366 BGB von N erwerben.

### III. Schutzwürdiges Vertrauen

Neben dem objektiven Rechtsschein ist nach allgemeiner Rechtsscheinsdogmatik ein schutzwürdiges Vertrauen desjenigen erforderlich, der aus dem Rechtsschein Vorteile herleiten will.<sup>119</sup> Dieses äußert sich im Fall des Erbscheins zum einen in der fehlenden Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins beziehungsweise von einem etwaigen Rückgabeverlangen des Nachlassgerichts. Zum anderen ist nach h.M. erforderlich, dass sich der Rechtsscheinsbegünstigte des Nachlassbezuges der jeweiligen Rechtsbehandlung bewusst ist.<sup>120</sup> Ein Bezug zum Erbschein selbst, eine Kenntnis von ihm oder gar die Einsichtnahme in ihn ist hingegen nicht erforderlich: Wie auch das Grundbuch zeitigt der Erbschein öffentlichen Glauben und erfordert gerade keine Kenntnis vom Rechtsscheinsträger, sog. abstrakter Vertrauensschutz (vgl. auch § 15 HGB).<sup>121</sup>

### IV. Kein besonderes Zurechenbarkeitserfordernis

Grundsätzlich muss der Rechtsscheinsbelastete, hier also der wahre Erbe, den Rechtsschein zurechenbar gesetzt haben. Das zeigen andere Fälle des Rechtsscheins im Bürgerlichen Recht. Bei dem Erwerb gem. § 932ff. BGB geschieht die Zurechnung zum wahren Eigentümer etwa durch die freiwillige Weggabe der Sache, § 935 I BGB *e contrario*.<sup>122</sup> Im Fall der Duldungsvollmacht ist der Rechtsschein einer Innenvollmacht aufgrund des bewusst unterlassenen Einschreitens des Vertretenen zurechenbar.<sup>123</sup>

Für den Erbschein hingegen fehlt ein solcher Zurechnungsstatbestand, man spricht vom »reinen Rechtsschein-

prinzip«<sup>124</sup>. Der falsche Erbschein kann völlig ohne Zutun oder Kenntnis des Erben erlangt werden. Dies rechtfertigt sich daraus, dass der Erbschein von einer staatlichen Stelle erteilt wird und deshalb eine besondere Gewähr für seine Richtigkeit besteht. Zudem kommt bei unzureichender Prüfung der Erteilungsvoraussetzungen ein Staatshaftungsanspruch des wahren Erben gem. § 839 BGB, Art. 34 GG in Betracht.<sup>125</sup>

### V. Rechtsfolge

Liegen objektiver Rechtsschein und schutzwürdiges Vertrauen des Gegenübers vor, so kann ein Nichterbe mit Erbschein über den Nachlassinhalt so verfügen, als stünde ihm das eingetragene Erbrecht wirklich (*Richtigkeitsfiktion*) und ohne weitere als die genannten Beschränkungen (*Vollständigkeitsfiktion*) zu, § 2366 i. V. m. § 2365 BGB.<sup>126</sup> Der Rechtsschein des Erbscheins betrifft damit alle Arten von Nachlassgegenständen, insbesondere auch Forderungen, die somit entgegen verbreiteter Merksätze durchaus gutgläubig erworben werden können.<sup>127</sup> Komplettiert wird der Verkehrsschutz durch § 2367 BGB. Danach kann der Erbscheinserbe auch nicht unter § 2366 BGB fallende Verfügungen über Nachlassgegenstände treffen. Zudem kann an den Erbscheinsinhaber mit Erfüllungswirkung geleistet werden.<sup>128</sup> Ein Ausgleich findet dann nur zwischen dem Erbscheinsinhaber und dem wahren Erben statt.<sup>129</sup>

Zudem kann der Rechtsschein des Erbscheins auch mit anderen Rechtsscheinsträgern kombiniert werden, wenn beispielsweise der veräußerte Gegenstand nicht zum Nachlass gehört.

**Fall 15:** Witwer W ist als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen, das in Wahrheit im Eigentum des E steht. Als W stirbt, erlangt sein einziger Sohn S zu Unrecht einen Alleinerbschein, weil das ihn enterbende Testament des W nicht entdeckt wird. S veräußert das Grundstück sodann formwirksam und unter Vorlage des Erbscheins an D, der auch als neuer Eigentümer ins

**119** Zur h.M., s. Palandt/*Weidlich*, § 2366 Rn. 2; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger*, 42. Ed. 2017, § 2366 Rn. 9.

**120** Palandt/*Weidlich*, § 2366 Rn. 2; krit. *Muscheler JURA* 2009, 731, 739.

**121** Ganz h.M., BGH NJW 1961, 605, 606; MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, Band 10, 7. Aufl. 2017, § 2366 Rn. 25. A.A. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Neudruck 1981, 508.

**122** MünchKomm-BGB/*Oechsler*, Band 7, 7. Aufl. 2017, § 935 Rn. 1: »denn [der Eigentümer] ist das in der Person des neuen unmittelbaren Besitzers liegende Loyalitätsrisiko bewusst eingegangen.« (Einschub des Verf.).

**123** MünchKomm-HGB/*Krebs*, Band 1, 4. Aufl. 2016, § 48 Rn. 48.

**124** S. dazu grundlegend *Westermann JuS* 1963, 1, 6f.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 471.

**125** *Westermann JuS* 1963, 1, 6f.; zur Amtshaftung *Canaris*, Vertrauenshaftung, 471f.

**126** S. etwa MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, § 2366 Rn. 2; *Lange/Kuchinke*, § 39 VII 3, S. 1035.

**127** *Lange/Kuchinke*, § 39 VII. 3., S. 1034. S. zum gutgläubigen Forderungserwerb im BGB *Thomale JuS* 2010, 857 ff.

**128** *Medicus/Petersen*, BürgR, Rn. 572.

**129** Bspw. nach dem Erbschaftsanspruch oder gem. § 816 II BGB MünchKomm-BGB/*Schwab*, § 816 Rn. 83; zu § 823 BGB s. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 1994, 397.

Grundbuch eingetragen wird. Als E davon erfährt, verlangt er Grundbuchberichtigung. Zu Recht?

**Lösung:** Ein Anspruch des E aus § 894 BGB setzt voraus, dass nicht der formell berechtigte D, sondern der E materieller Eigentümer des Grundstücks ist. Ursprünglich war das der Fall. S hat schon deshalb nicht nach § 1922 BGB Eigentum an dem Grundstück erworben, weil er nicht Erbe ist. Auch ein Erwerb des wahren Erben gem. § 1922 BGB scheidet, da das Grundstückseigentum nicht Teil des Nachlasses war.

E kann sein Eigentum aber durch eine Verfügung von S an D gem. §§ 873, 925 BGB verloren haben. Eine formwirksame Auflassung hat stattgefunden und D wurde als Eigentümer eingetragen. Einzig problematisch ist, dass S weder Eigentümer noch sonst über das Grundstück Verfügungsbefugter war. Allerdings kann S gem. § 892 I BGB zu Gunsten des D als Eigentümer gelten. Hier war aber der W und nicht der S als Eigentümer eingetragen, sodass ein Erwerb des D gem. § 892 BGB am fehlenden objektiven Rechtsschein scheitert. Ein Erwerb aufgrund des Erbscheins gem. § 2366 BGB führt isoliert auch nicht weiter, denn Erblasser W war nicht Eigentümer des Grundstücks, sodass die Rechtscheinschenstellung des S keinen Erwerb des D ermöglicht.

Erforderlich ist deshalb eine Verkettung beider Rechtsscheinstatbestände:<sup>130</sup> W ist im Grundbuch ohne Widerspruch als Eigentümer eingetragen, was zu Gunsten des D mangels Kenntnis des Gegenteils als richtig gilt, § 892 I BGB. Sodann gilt zu Gunsten des D, der keine Kenntnis von der fehlenden Erbenstellung des S hat, aufgrund des Alleinerbscheins gem. § 2366 BGB der S als wahrer Erbe, auf den das Grundstückseigentum gem. § 1922 BGB übergegangen ist. Der Erbschein überwindet also die fehlende Erbenstellung des S, das Grundbuch die fehlende Eigentumsposition des Erblassers W. D hat also Eigentum an dem Grundstück gem. §§ 873, 925, 892, 2366 BGB erworben. Das Grundbuch ist richtig, ein Anspruch des E aus § 894 BGB besteht nicht.

Zu einer ähnlichen Verquickung von Rechtsscheinstatbeständen kommt es beim Mobiliarerwerb.

**Fall 16:** Erblasser E verstirbt, seiner Tochter T wird ein Alleinerbschein ausgestellt. T veräußert ein in der Wohnung des E gefundenes Fahrrad als Nachlassobjekt an den Nachbarn N. Später stellt sich heraus, dass nicht T, sondern ihr Bruder B Alleinerbe ist und E das Rad von seiner Ex-Frau F gestohlen hatte. Wer ist Eigentümer(in) des Fahrrades?

**Lösung:** Ursprünglich war F Eigentümerin. Ein Eigentumsverlust gem. § 1922 BGB hat nicht stattgefunden, weil das Rad nicht zum Nachlass gehörte. In Betracht kommt ein Erwerb des N durch Rechtsgeschäft mit T, wobei – wie im vorangegangenen Fall – § 2366 BGB mit einem sachenrechtlichen Gutgläubenserwerb zu verbinden ist. Konkret kann N gem. §§ 929, 932, 2366 BGB Eigentum erworben haben. Der N war hier mangels gegenteiliger Angaben gutgläubig und auch die übrigen Voraussetzungen der §§ 929, 932 BGB liegen vor. Problematisch ist indes das Abhandenkommen (§ 935 BGB): Ein etwaiges Abhandenkommen beim

wahren Erben B könnte sich nur aus der Besitzfiktion des § 857 BGB ergeben und ist deshalb irrelevant, weil zu Gunsten des N gem. § 2366 BGB die T als Alleinerbin gilt.

Zudem war das Rad aber der ursprünglichen Eigentümerin F durch den Diebstahl des W abhandengekommen. Darüber hilft auch der Erbschein nicht hinweg: Denn selbst wenn man die Erbenstellung der T fingiert, bleibt das Abhandenkommen bestehen. Der Erbschein hilft also über ein Abhandenkommen beim wahren Erben hinweg, nicht aber über das Abhandenkommen bei einem Dritten.<sup>131</sup> Ein Erwerb des N scheidet deshalb aus, § 935 BGB. F ist noch immer Eigentümerin des Fahrrads.

## H. Erbschaftsanspruch, §§ 2018 ff. BGB

Der mit dem Erbfall eintretende Gesamtvermögensübergang verlangt nach einer besonderen Anspruchsform für den Fall, dass ein Nichterbe sich als Erbe ausgibt. Der wahre Erbe hat in diesem Fall ein legitimes Interesse daran, nicht auf die einzelgegenstandsfixierte Vindikation verwiesen zu sein. Hat der Erbprätendent zudem – etwa wegen eines Erbscheins – wirksam über Nachlassgegenstände verfügt, so hat der wahre Erbe ein Interesse daran, dass der Nachlass zumindest vermögensmäßig beisammengehalten wird.

Diesen Bedürfnissen trägt der Erbschaftsanspruch gem. § 2018 BGB Rechnung: Danach kann der wahre Erbe von einem Erbprätendenten die Herausgabe der Erbschaft als Gesamtheit verlangen, sog. Gesamtanspruch.<sup>132</sup> Im Prozess muss der Erbe zwar dennoch die einzelnen Gegenstände benennen, (§ 495 i. V. m.) § 253 II Nr. 2 ZPO. Ihm steht dafür aber ein entsprechender Informationsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer zur Seite, § 2027 BGB. Der Erbe kann die Ansprüche auf Herausgabe und vorgelagerte Information in einer Stufenklage gem. § 254 ZPO geltend machen.

Der Erbschaftsanspruch greift nur ein, wenn der Anspruchsgegner nicht nur einen Nachlassgegenstand erlangt hat, sondern sich darüber hinaus auch gut- oder bösgläubig ein Erbrecht<sup>133</sup> an der Sache anmaßt.<sup>134</sup> Das bloße Erlangen eines Erbschaftsgegenstandes aus anderem Grund genügt nicht.

<sup>131</sup> Allg. M., s. nur Palandt/Weidlich, § 2366 Rn. 6.

<sup>132</sup> Röthel JURA 2012, 947, 948; Staudinger/Gursky, 2016, Vor §§ 2018 ff. Rn. 5.

<sup>133</sup> Dem gleichgestellt wird der Erbschaftserwerber, § 2030 BGB. Davon streng zu unterscheiden ist derjenige, der nur einen Erbschaftsgegenstand erwirbt, s. Jauernig/Stürner, § 2033 Rn. 1.

<sup>134</sup> Erman/Horn, 15. Aufl. 2017, § 2018 Rn. 2; Staudinger/Gursky, § 2018 Rn. 6.

<sup>130</sup> Palandt/Weidlich, § 2366 Rn. 4; MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2366 Rn. 38. Dazu auch Schlinker/Zickgraf JuS Extra 2013, 12f.

Der Herausgabeanspruch erstreckt sich auch auf Nutzungen und Surrogate §§ 2020, 2019 BGB. Die Surrogation wirkt hier, anders als im Bereicherungsrecht (§ 818 I BGB), dinglich, der wahre Erbe wird also unmittelbar Eigentümer bzw. Inhaber erworbener Rechte.<sup>135</sup> Jedoch kann sich im Gegenzug der Erbprätendent gegebenenfalls auf Entreichung berufen, § 2021 i. V. m. § 818 III BGB.<sup>136</sup>

Diese kondiktionsähnliche Haftung verschärft sich im Fall von Rechtshängigkeit, anfänglicher Bösgläubigkeit oder späterem Kenntniserwerb von der fehlenden eigenen Erbenstellung.<sup>137</sup> Dann ordnet § 2023 BGB in weitem Umfang die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis an.<sup>138</sup>

Für Klausuren von Belang ist zudem das Verhältnis der §§ 2018 ff. BGB zu anderen Herausgabeschuldverhältnissen. Andere Herausgabeansprüche, insbesondere aus § 812 BGB und § 985 BGB, kann der Erbe nach dem Grundsatz der freien Anspruchskonkurrenz neben § 2018 BGB geltend machen.<sup>139</sup> Für die Haftung des Erbschaftsbesitzers im Rückgewährschuldverhältnis trifft das Recht des Erbschaftsanspruchs hingegen eine abschließende Interessenabwägung.<sup>140</sup> Das Gesetz drückt dies in § 2029 BGB aus, wonach die Haftung auch bei konkurrierenden Einzelansprüchen den §§ 2020 ff. BGB folgt. Anders als im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geht das Recht hier also nicht den Weg einer Sperrwirkung, sondern modifiziert – freilich mit derselben Folge – die Rechtsfolgen konkurrierender Haftungssysteme.<sup>141</sup>

## I. Schenkung von Todes wegen

Der letzte Themenkomplex dieses Beitrags betrifft die Schenkung von Todes wegen i. S. v. § 2301 BGB. In dieser Regelung fängt das Recht das Problem auf, dass die Erbeinsetzung oder zumindest die Vermächtnisaussetzung inhaltliche Überschneidungen mit der Schenkung aufweist: In beiden Fällen erhält der Begünstigte einen Gegenstand, ohne eine Gegenleistung zu erbringen. Ein Erblasser könnte deshalb versucht sein, sein Vermögen durch

bedingte Schenkungen zu verteilen, anstatt eine Verfügung von Todes wegen zu errichten. Damit ginge aber die Gefahr einher, dass das erbrechtliche System samt seiner Formvorschriften umgangen wird.<sup>142</sup>

Das Recht reagiert auf diese Bedrohung mit dem Institut der Schenkung von Todes wegen, die gem. § 2301 I BGB den Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen untersteht.<sup>143</sup> Da die Schenkung einen Vertrag darstellt und sich § 2301 BGB gesetzessystematisch im Abschnitt »Erbvertrag« befindet, sind konkret die Vorschriften des Erbvertragsrechts gemeint.<sup>144</sup> Genügt eine Schenkung von Todes wegen nicht den Anforderungen an einen Erbvertrag, so kommt eine Heilung nur mittelbar in Frage: Sofern der Schenker die Schenkung bereits zu Lebzeiten vollzieht, ist gem. § 2301 II BGB das Recht der Schenkung unter Lebenden anwendbar – samt der Heilungsmöglichkeit bei Formmängeln gem. § 518 II BGB.

Fall 17 (nach RGZ 83, 223, sog. Bonifatius-Fall): Pfarrer P liegt im Sterben und möchte, weil sich sein Leben dem Ende zuneigt, bestimmte Wertpapiere dem Bonifatius-Verein zuwenden. Er beauftragt den Vikar V damit, seine auf Abschluss der Schenkung gerichtete Willenserklärung und die Papiere zu überbringen. Dies geschieht erst nach dem Tod des P. Wurde die Schenkung – unterstellt, es handelt sich um eine Schenkung von Todes wegen –<sup>145</sup> i. S. d. § 2301 II BGB zu Lebzeiten vollzogen?

Lösung: Hier kommt es darauf an, wie der Begriff des lebzeitigen Vollzugs zu verstehen ist. Die h. M. stellt darauf ab, ob der Erblasser alles aus seiner Sicht für den Vollzug Erforderliche getan hat.<sup>146</sup> Dafür spricht, dass dann die wertungsmäßige Parallele zur Verfügung von Todes wegen entfällt, die ja gerade keine Belastung des Erblassers zu Lebzeiten bedeutet. Die Subsumtion unter diesen Maßstab ist hier problematisch: Die Überbringung der Übereignungsofferte durch den Boten V erfolgte erst nach dem Tod des P. Andererseits hatte P den V noch zu seinen Lebzeiten mit der erforderlichen Botenmacht ausgestattet. Das RG hat seinerzeit den lebzeitigen Vollzug verneint.<sup>147</sup>

<sup>135</sup> *Medicus/Petersen*, BürgR, Rn. 603 a ff.; *Staudinger/Gursky*, § 2019 Rn. 4.

<sup>136</sup> *MünchKomm-BGB/Helms*, Band 10, 7. Aufl. 2017, § 2021 Rn. 5.

<sup>137</sup> *Jauernig/Stürmer*, § 2023 Rn. 1; *MünchKomm-BGB/Helms*, § 2023 Rn. 5.

<sup>138</sup> Siehe zum Verhältnis zum EBV generell *Medicus/Petersen*, BürgR, Rn. 603 g ff.

<sup>139</sup> Zu diesem Grundsatz s. *Thomale* JuS 2013, 296; und konkret zum Erbschaftsanspruch *Röthel* JURA 2012, 947, 952.

<sup>140</sup> *Jauernig/Stürmer*, § 2029 Rn. 1.

<sup>141</sup> *MünchKomm-BGB/Helms*, § 2029 Rn. 1.

<sup>142</sup> *MünchKomm-BGB/Musielak*, § 2301 Rn. 1; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2301 Rn. 1.

<sup>143</sup> *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn. 4: »Der Gesetzgeber deutet somit ein Schenkungsversprechen unter Überlebensbedingung in eine Verfügung von Todes wegen um.«

<sup>144</sup> H.M., s. etwa *Burandt/Rojahn/Burandt*, § 2301 Rn. 15. A. A. (Anwendung auch der Testamentsform) *MünchKomm-BGB/Musielak*, § 2301 Rn. 13.

<sup>145</sup> Das RG hat dies seinerzeit angenommen. Das ließe sich durchaus auch anders sehen. S. zur Abgrenzung sogleich, insb. auch Fn. 149.

<sup>146</sup> Der Eintritt des Leistungserfolges soll dagegen nicht erforderlich sein und kann deshalb auch nach dem Tod erfolgen. S. dazu BGHZ 87, 19 = NJW 1983, 1487, 1489; OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 367, 368.

<sup>147</sup> RGZ 83, 223, 226 f.; krit. zur Entscheidung *Martinek/Röhrborn* JuS 1994, 564, 568 f.

Probleme bereitet außerdem die Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen von der Schenkung unter Lebenden. Diese Abgrenzung wichtig, weil die Möglichkeit zur Heilung von Formmängeln durch Vollzug *nach* dem Tod des Erblassers allein bei der Schenkung unter Lebenden besteht, § 518 II BGB.<sup>148</sup> Den entscheidenden Hinweis für die Abgrenzung enthält der Wortlaut des § 2301 I BGB. Danach liegt eine Schenkung von Todes wegen nur vor, wenn das Schenkungsversprechen »unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker *überlebt*«. Darin liegt eine zweifache Hürde: Nicht nur muss erstens der Schenker sterben (Todesbefristung), sondern der Beschenkte muss ihn auch überleben (Überlebensbedingung).<sup>149</sup> Liegen diese beiden Voraussetzungen nicht kumulativ vor, so handelt es sich um eine, gegebenenfalls auf den Todesfall des Schenkers befristete, Schenkung unter Lebenden, auf welche allein die §§ 516 ff. BGB anwendbar sind.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Eingliederung von Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall in dieses Abgrenzungssystem.

**Fall 18:** Großmutter G legt auf den Namen ihrer Enkelin E ein Sparbuch bei der B-Bank an. Dabei behält sich G die Verfügung über das Guthaben bis zu ihrem Tode vor, erst danach – aber immerhin dann – soll die E Zugriff erlangen. Nach dem Tod der G übergibt ein Mitarbeiter der B-Bank das Sparbuch an E und erklärt, die G habe ihr dies schenken wollen. E nimmt dankend an. Die G wird von ihrer Tochter T beerbt. Diese verlangt das Sparbuch heraus, erforderlichenfalls vorgelagert die Abtretung etwaiger Ansprüche der E gegen die B-Bank. Mit Recht?

**Lösung:** Ansprüche der T gegen E können sich hier aus § 985 und § 812 I 1 Alt. 1 BGB ergeben.

Der Anspruch aus § 985 BGB setzt eine Eigentümerstellung der T voraus. Da es sich bei einem Sparbuch um eine Urkunde gem. § 952 II BGB handelt, ist Eigentümer der Inhaber der im Sparbuch festgehaltenen Forderung gegen die Bank.<sup>150</sup> Ursprünglich war dies G, insbesondere hatte diese sich die Verfügung über das Guthaben zu Lebzeiten ausdrücklich vorbehalten. Allerdings lag in der Vereinbarung zwischen G und der B-Bank eine Sonderform des Vertrags zugunsten Dritter (§§ 328, 331 BGB): Mit dem Tod der G stand die Forderung aus dem Sparvertrag der E zu. Auf diesen Vertrag zugunsten Dritter ist § 2301 BGB nicht anwendbar.

Denn zwischen G und B war gerade keine Schenkung vereinbart und zwischen G und E wurden durch den bloßen Vertrag zugunsten Dritter keine Verpflichtungen begründet.<sup>151</sup> E ist Inhaberin der Forderung gegen die Bank und folglich Eigentümerin des Sparbuchs, ein Anspruch der T aus § 985 BGB scheidet aus.

In Betracht kommt aber ein Anspruch von T gegen E auf Abtretung der Forderung aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB. Die E hat die Forderung durch Leistung der G erlangt, in die Leistendenstellung der G ist T gem. § 1922 BGB eingerückt.<sup>152</sup> Problematisch ist das Bestehen eines Rechtsgrundes. Dieser muss zwischen T und E bestehen, der Vertrag zugunsten Dritter reicht also nicht aus.

Im Verhältnis zwischen T und E kann aber ein Rechtsgrund in Gestalt einer Forderung aus Schenkung vorliegen. Ein entsprechender Vertragsschluss lässt sich mittels der Bank als Botin konstruieren, dem steht auch der Tod der G nicht entgegen (§§ 130 II, 153 BGB). Dieser Vertrag würde dann gegen T als Erbin wirken. Problematisch ist aber, dass eine Schenkung von Todes wegen vorliegen könnte. Den Umständen nach ist anzunehmen, dass die Schenkung unter der Bedingung stand, dass E die G überlebt. Damit wäre § 2301 BGB eigentlich anwendbar. Die Schenkung wäre dann gem. § 125 BGB nichtig, weil sie nicht die Erbvertragsform gewahrt hat, §§ 2301, 2276 BGB, und auch nicht mehr vor dem Tod der G vollzogen wurde.

Dies würde aber in der Mehrheit der Fälle dazu führen, dass gem. § 331 BGB nur kondizierbare Zuwendungen erworben werden. Im Ergebnis liefe die Vorschrift damit *in praxi* leer. Das wäre mit dem hinter ihr stehenden Fürsorgezweck unvereinbar.<sup>153</sup> Es soll gerade ermöglicht werden, für den Todesfall Vorkehrungen zur Versorgung nahestehender Personen zu treffen. Aus der Wertung des § 331 BGB soll deshalb folgen, dass Schenkungen als Grundlage einer Zuwendung durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall nicht der Vorschrift des § 2301 BGB unterliegen.<sup>154</sup> Es liegt dann im vorliegenden Fall eine Schenkung unter Lebenden vor, die auch nach dem Tod der G formwirksam geschlossen werden konnte (§§ 516 I, 518 II BGB). E hat die Leistung mit Rechtsgrund erhalten. T hat keinen Anspruch auf Abtretung der Forderung.

**Danksagung:** Dem Lehrstuhlinhaber dankt der Verfasser für die Ermunterung zur Abfassung des Manuskripts sowie zahlreiche Anmerkungen. Dank gebührt ferner Lisa Engelhardt und Vanessa Ludwig für hilfreiche Anregungen sowie Leonhard Hübner, Gabriel Lipps und Jan Lukas Werner für die kritische Lektüre des Manuskripts.

<sup>148</sup> So auch Staudinger/*Kanzleiter*, § 2301 Rn. 10 a.

<sup>149</sup> Unter diesem Gesichtspunkt kann man im Bonifatius-Fall schon am Vorliegen einer Schenkung von Todes wegen zweifeln, weil der Verein ohne weiteres gar nicht vorversterben konnte. S. zur Abgrenzung im Einzelnen Staudinger/*Kanzleiter*, § 2301 Rn. 10.

<sup>150</sup> BGH NJW 1972, 2268, 2269; MünchKomm-BGB/*Füller*, Band 7, 7. Aufl. 2017, § 952 Rn. 6.

<sup>151</sup> *Flume*, AT II, § 11 6. c), 150.

<sup>152</sup> Vgl. Jauernig/*Stürmer*, § 1922 Rn. 2.

<sup>153</sup> S. zum Fürsorgezweck schon Prot. I, 753 ff., abgedruckt bei Mugdan, *Materialien* II, 704 ff.

<sup>154</sup> BGH NJW 1984, 480, 481; *Flume*, AT II, § 11 6. c), S. 151; Staudinger-Eckpfeiler/*Meyer-Pritzl*, Y., Rn. 83 will ergebnisgleich von einem Spezialitätsverhältnis ausgehen.