

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 148

**Freiheit des gebundenen Erblassers
und Schutz des Vertrags- und Schluß-
erben vor Zweitverfügungen**

Von

Sabine Loritz



Duncker & Humblot · Berlin

SABINE LORITZ

**Freiheit des gebundenen Erblassers
und Schutz des Vertrags- und Schlußerben
vor Zweitverfügungen**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 148

Freiheit des gebundenen Erblassers und Schutz des Vertrags- und Schluß- erben vor Zweitverfügungen

Von

Sabine Loritz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Loritz, Sabine:

Freiheit des gebundenen Erblassers und Schutz des Vertrags-
und Schlusserben vor Zweitverfügungen / von Sabine Loritz –
Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 148)

Zugl.: Giessen, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07323-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-07323-1

Vorwort

Die Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen im Sommersemester 1991 als Dissertation vorgelegen.

Herrn Universitätsprofessor Dr. Heinze, Universität Münster, der Erstgutachter der Dissertation war, danke ich sehr herzlich für die Annahme als Doktorandin und für die Betreuung. Weiterhin sei Herrn Universitätsprofessor Dr. Weick für die Erstellung des Zweitgutachtens gedankt.

Herrn Rechtsanwalt Professor Simon, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, bin ich für die schnelle Aufnahme der Abhandlung in die "Schriften zum Bürgerlichen Recht" besonders verbunden.

Würzburg, im Juli 1991

Sabine Loritz

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Problemüberblick und Themenabgrenzung	19
A. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag - Gesetzliche Vorschriften und offene Fragen -	19
B. Themenabgrenzung	24

2. Kapitel

Freiheit und Bindung für Zweitverfügungen in Rechtsprechung und Literatur	26
A. Die Rechtsprechung und die Literatur bis zum Jahre 1972	26
I. Die Rechtsprechung	26
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	26
2. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone (OGH BrZ)	27
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	29
II. Zusammenfassung der Rechtsprechung	38
III. Die Literatur	41
B. Die Rechtsprechung und Literatur seit dem Urteil des BGH vom 5.7.1972	46
I. Darstellung der Rechtsprechung	46
II. Zusammenfassung des neuen Ansatzes der Rechtsprechung	58

III. Die Literatur	60
1. Die Aufsatzliteratur	60
2. Die Kommentar- und die Lehrbuchliteratur	62
3. Die Monographien	63
C. Würdigung der Rechtsprechung und der Literatur	65
I. Die Rechtsprechung	65
II. Die Literatur	66
III. Folgerungen aus der Kritik an Rechtsprechung und Literatur	68

3. Kapitel

Das Verhältnis von Bindung und Freiheit bei Zweitverfügungen	69
A. Die systematische Stellung der §§ 2286 - 2289 BGB im Gesetz und die Anwendung der §§ 134, 138, 826 BGB auf Zweitgeschäfte	69
I. §§ 2286 - 2289 BGB als Regelung bestimmter Einzelprobleme oder als abschließende Ordnung?	69
1. Wortlaut und Sinnzusammenhang der §§ 2286 - 2289 BGB	69
2. Die Entstehungsgeschichte	72
II. Die Heranziehung der §§ 134, 138 BGB und des § 826 BGB	76
1. Die Anwendung des § 134 BGB neben §§ 2286 - 2289 BGB	76
2. Die Anwendung des § 138 BGB neben §§ 2286 - 2289 BGB	78
3. Die Anwendung des § 826 BGB	80
III. Zwischenergebnis und weiterführende Ansätze	84
B. Die Bindung und ihr Verhältnis zur Freiheit des gebundenen Erblassers	86
I. Zweck und Funktion der Bindung	87

1. Die literarischen Stellungnahmen zur dogmatischen Einordnung des Erbvertrags und des gemeinschaftlichen Testaments	87
2. Schlußfolgerungen und eigener Lösungsansatz	89
3. Bindung und konkreter Parteiwille	92
a) Die dogmatische und systematische Einordnung im deutschen Zivilrecht	92
b) Die Bestimmung des der Bindung unterliegenden Erblasservermögens	94
II. Die Abstufung nach der Intensität der Bindung	96
1. Der gegenüber der h.M unterschiedliche Ansatz	96
2. Möglichkeiten der Differenzierung	97
III. Die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften (§§ 2286 - 2289 BGB) bei Berücksichtigung des Parteiwillens	99
1. Die Differenzierung nach der Rechtsnatur der Zweitverfügung	99
2. Methodische Überlegungen	100
a) Bislang vertretene Literaturmeinungen	101
b) Eigener Lösungsansatz	103
C. Die Konkretisierung der Bindung im einzelnen	107
I. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente, durch die dem Vertrags- oder Schlußerben im gewöhnlichen Rahmen Vermögen zugewendet werden soll	109
1. Das Tatbestandsmerkmal Schenkung	110
a) Die Ansicht der Rechtsprechung und der Literatur	110
b) Würdigung der bestehenden Ansichten	112
2. Das Tatbestandsmerkmal "Beeinträchtigungsabsicht"	113
3. Maßstäbe für die Interessenabwägung	115
4. Konkretisierung anhand von Einzelfällen	116
a) In vollem Umfang entgeltliche Rechtsgeschäfte	116
b) Unentgeltliche oder teilweise unentgeltliche Zuwendungen	117

c) Entgeltliche Rechtsgeschäfte, die das Vermögen des Erblassers erst mit oder nach seinem Tod vermindern	123
d) Verfügungen von Todes wegen	125
II. Letztwillige Verfügungen in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten mit möglichst großer Freiheit des Erblassers	126
III. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente mit besonders vereinbarter Bindung	128
D. Zwischenergebnis	129

4. Kapitel

Bindung und Parteiwille	132
A. Das Problem der Ermittlung des Parteiwillens hinsichtlich der Bindung und ihres Umfangs	132
B. Der Meinungsstand zur Ermittlung der Bindung beim gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag	133
I. Das gemeinschaftliche Testament	133
II. Der Erbvertrag	135
C. Der Parteiwille bezüglich des Umfangs der Bindung	140
I. Die Anwendung der Grundsätze der Testaments- oder der Vertragsauslegung beim Erbvertrag	140
II. Die Ermittlung des Parteiwillens in konkreten Einzelfällen	142
1. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente zwischen nahen Familienangehörigen	143
2. Erbverträge mit Gegenleistungen	145
3. Besondere Anhaltspunkte für eine umfassende Verfügungsfreiheit	146
4. Gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge mit konkreten Anhaltspunkten über eine besonders intensive Bindung	147

5. Verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse aus den Einzelfällen 148

5. Kapitel

**Beweislastfragen und Möglichkeiten zur Rechtsverwirklichung des
im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag Begünstigten** 150

A. Die Probleme 150

B. Beweislastfragen 151

 I. Nach § 138 BGB nichtige Zweitverfügungen 151

 II. Die Beweislast bei Ansprüchen aus §§ 2287 Abs. 1 BGB - Darstellung der Rechtsprechung und der Literatur - 151

 1. Die Unentgeltlichkeit 152

 2. Die Beeinträchtigungsabsicht 153

 III. Die Beweislastverteilung bei den im Rahmen dieser Arbeit gewonnenen Lösungen - Modifizierung der Ergebnisse der h.M. - 154

 IV. Zwischenergebnis 156

C. Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten nach Eintritt des Erbfalles und mögliche Ansprüche gegen diesen zu Lebzeiten des Erblassers 156

 I. Die Situation der Vertrags- und Schlußerben nach dem Tod des Erblassers 156

 II. Die Rechtsprechung zum Auskunftsanspruch nach dem Tod des Erblassers 157

 1. Das Urteil vom 26.2.1986 157

 2. Die Stellungnahmen der Literatur 159

 3. Eigene Ansicht 160

 III. Mögliche Ansprüche zu Lebzeiten des Erblassers 162

 1. Die Möglichkeit der Feststellungsklage 162

 a) Überblick über den Meinungsstand 163

 b) Stellungnahme 164

2. Die Möglichkeit eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung	167
3. Der Auskunftsanspruch	168

6. Kapitel

Zusammenfassung	169
------------------------	-----

Literatur	173
------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayNotZ	Bayerische Notariats-Zeitung und Zeitschrift für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern (bis 1899); dann: Zeitschrift für das Notariat für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern (bis 1912); dann: Zeitschrift für das Notariat, für die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Grundbuchwesen in Bayern (bis 1922); dann BayNotV; ab 1933: BayNotZ
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, ab 1948/50
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter oder Bearbeitung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. 195)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BrZ	Britische Zone
BWNotZ	Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErbR	Erbrecht
f., ff.	folgend(e)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
gg.	gegen
ggf.	gegebenenfalls
gl.	gleich(er)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gr.	Gründe

Halbbd.	Halbband
Halbs., HS	Halbsatz
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Jhb.	Jahrbuch
JMBINRW	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MünchKomm	Münchener Kommentar

m.w.	mit weiteren
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
o.	oben
OGH BrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die BritZ in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschl. der freiwilligen Gerichtsbarkeit ab 1965
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Sammlung von Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite <i>oder</i> Satz
s.	siehe
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
st.	ständiger
str.	streitig

st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.	und oder unten
u.a.	und andere, unter anderem
Überbl.	Überblick
u.U.	unter Umständen
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Kapitel

Problemüberblick und Themenabgrenzung

A. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag - Gesetzliche Vorschriften und offene Fragen -

Nach § 1941 BGB kann der Erblasser "durch Vertrag einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen (Erbvertrag)". In einem gemeinschaftlichen Testament können Ehegatten gemeinschaftlich, aber auch jeder einseitig über ihr Vermögen verfügen¹.

Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente bewirken, daß der Erblasser zwar in seiner Testierfreiheit beschränkt, nicht aber an Verfügungen unter Lebenden gehindert ist (§ 2286 BGB)².

Diese Beschränkung erfaßt beim gemeinschaftlichen Testament die sog. wechselbezüglichen Verfügungen. § 2270 Abs. 1 BGB beschreibt sie, allerdings nur vage. Es sind solche Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Die Wechselbezüglichkeit, so § 2270 Abs. 2 BGB, "ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht". Bei solchen wechselbezüglichen Verfügungen erlischt das Recht zum Widerruf seitens eines Ehegatten mit dem Tode des anderen Ehegatten, es sei denn, er schlägt das ihm Zugewendete aus (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB). Hat er dies, wie in der

¹ Unstr. Ansicht, statt aller: Palandt/*Edenhofer*, Einf. vor § 2265, Anm. 1; *Schlüter*, Erbrecht, § 26, S. 173 ff., 178, 183.

² § 2286 BGB ist nach unstreitiger Ansicht für wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechend anwendbar. Grundlegend BGHZ 31, 13 (15); BGH DNotZ 1965, 357 (358); Soergel/*Wolf*, § 2286, Rz. 1; § 2271, Rz. 33. Weitere Nachweise in Fn. 7.

Praxis der Regelfall, nicht getan, so ist dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit genommen, sein Vermögen durch Verfügung von Todes wegen nochmals, d.h. in anderer Weise als im gemeinschaftlichen Testament zu "verteilen"³.

Beim Erbvertrag kann der Erblasser seine vertraglichen Verfügungen zu Lebzeiten des Vertragspartners nur noch durch Vertrag mit diesem aufheben (§ 2290 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach dem Tode des Vertragspartners ist eine Aufhebung nicht mehr zulässig (§ 2290 Abs. 1 S. 2 BGB).

Ein durch Testament oder Erbvertrag gebundener Erblasser schließt diese Verträge oft zu einer Zeit, in der er die weitere Entwicklung seiner Lebensumstände nicht vorhersehen kann. Man denke etwa daran, daß er sich nach dem Tode des Ehepartners einen neuen Partner sucht und nunmehr sein - auch vom ersten Ehepartner ererbtes - Vermögen dem neuen Partner und/oder dessen Kindern zuwenden will, hieran jedoch durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag gehindert ist, das/der den Nachlaß einem Verwandten des vorverstorbenen Ehepartners zuweist. In diesem Fall wird der Erblasser häufig nach Möglichkeiten suchen, jedenfalls faktisch die Bindung durch das gemeinschaftliche Testament bzw. den Erbvertrag zu umgehen. Hat er den neuen Partner geheiratet, so kann er nach § 2079 S. 1 BGB wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten - der neue Ehepartner ist mit der Heirat pflichtteilsberechtigt geworden (vgl. § 2303 Abs. 2 BGB) - zwar seine letztwillige Verfügung anfechten⁴. Aber hierdurch tritt nach § 2270 Abs. 1 BGB bei wechselbezüglichen Verfügungen im Zweifel die Unwirksamkeit der Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten ein, mit der Folge, daß er, falls er nicht alleiniger gesetzlicher Erbe seines vorverstorbenen ersten Ehegatten ist, dessen Nachlaß nunmehr mit dessen weiteren gesetzlichen Erben teilen muß.

In solchen und weiteren Fällen wird der überlebende Ehegatte nicht selten nach Wegen suchen, seine Bindung zu "umgehen", auch, wenn er sie durch Anfechtung, falls diese Nachteile für ihn bringt, beseitigen könnte.

³ Lediglich bei groben Verfehlungen des Bedachten (vgl. § 2294 i.V.m. § 2336 BGB) besteht eine gesetzliche Möglichkeit, die wechselbezügliche Verfügung im gemeinschaftlichen Testament aufzuheben. Das interessiert für die Thematik dieser Arbeit im einzelnen nicht.

⁴ MünchKomm/Leipold, § 2079, Rz. 11; vgl. auch BayObLG FamRZ 1983, 952; LG Tübingen BWNtZ 1982, 166 (167).

Was liegt näher als möglichst zu Lebzeiten Vermögen auf diejenigen zu übertragen, denen er es zuwenden will⁵? Oft behält sich der Erblasser in solchen Fällen trotz der lebzeitigen Zuwendung den Nießbrauch vor, um sich damit den eigenen Genuß und Gebrauch des Vermögens zu erhalten⁶.

Damit wird ein Widerstreit zwischen den Interessen des Erblassers einerseits und denen des vorverstorbenen Ehepartners und des begünstigten Dritten andererseits heraufbeschworen.

Die gleiche Situation entsteht beim Erbvertrag, wenn ein vertragsmäßig gebundener Erblasser zu Lebzeiten über Teile seines Vermögens verfügt, die ansonsten der Vertragspartner oder der sonstige Bedachte geerbt hätte.

Anders als beim gemeinschaftlichen Testament enthält das BGB beim Erbvertrag in § 2287 BGB eine Regelung über beeinträchtigende Schenkungen, in § 2288 BGB, der allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt wird, eine solche über die Beeinträchtigung eines Vermächtnisnehmers.

§ 2287 Abs. 1 BGB bestimmt: "Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern".

Diese Vorschriften finden nach unstreitiger Ansicht auf gemeinschaftliche Testamente entsprechende Anwendung⁷. Sie regeln freilich die bei gemeinschaftlichen Testamenten und bei Erbverträgen auftretenden Probleme, die, grob umschrieben, darin bestehen, die Grenze zwischen Freiheit und Bindung des Erblassers zu ziehen, keinesfalls umfassend oder gar zufriedenstellend.

Literatur und Rechtsprechung haben seit Inkrafttreten des BGB nach Lösungen gesucht. Ohne bereits an dieser Stelle auf Einzelheiten dieses Streits einzugehen,

⁵ Zu solchen Fällen s. die im einzelnen unten (2. Kapitel A I und B I) dargestellte Rechtsprechung.

⁶ Vgl. BGH LM § 2271 BGB Nr. 9 = NJW 1960, 524; FamRZ 1961, 72, dargestellt unten 2. Kapitel A I 3 (g), (i); BGHZ 59, 343 = NJW 1973, 240; BGHZ 88, 269, dargestellt unten 3. Kapitel B I (1.), (12.).

⁷ Statt aller: BGHZ 59, 343 (348); BGH NJW 1982, 43 (44); *Finger/Füser/Hamm/Weber*, FamRZ 1975, 251; MünchKomm/Musielak, § 2287, Rz. 2; *Soergel/Wolf*, § 2271, Rz. 36 f.; *Speckmann*, NJW 1974, 341; *Spellenberg*, FamRZ 1972, 349 (354); *Teichmann*, JZ 1974, 32 (33).