

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 187

Zur Schenkung von Todes wegen

**unter besonderer Berücksichtigung
der legislativen Zielsetzung**

Von

Klaus Reischl



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS REISCHL

Zur Schenkung von Todes wegen

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 187

Zur Schenkung von Todes wegen

**unter besonderer Berücksichtigung
der legislativen Zielsetzung**

Von

Klaus Reischl



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Reischl, Klaus:

Zur Schenkung von Todes wegen : unter besonderer
Berücksichtigung der legislativen Zielsetzung / von
Klaus Reischl. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 187)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1994/95

ISBN 3-428-08851-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-08851-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meiner Mutter und meinem Vater

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 1994 / 95 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen.

Aufrichtig danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, der die Entwicklung meiner Arbeit durch stetige Gesprächsbereitschaft sowie Gewährung des zur Bearbeitung dieses Themas notwendigen wissenschaftlichen Freiraums maßgeblich gefördert hat; er ist mir stets ein vorbildlicher Doktorvater gewesen.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Manthe bin ich für die Übernahme und Erstattung eines engagierten Zweitgutachtens sehr verbunden.

Für wertvolle Anregungen und kritische Worte danke ich insbesondere Frau Gudrun Girnghuber sowie Frau Berenice Möller und Herrn VRiLG Dr. Michael Huber.

Passau, Dezember 1995

Klaus Reischl

Inhaltsverzeichnis

§ 1: Einleitung	15
I. Problemdarstellung und Klärungsvorgabe	15
II. Gang der Arbeit	25
§ 2: Das Schenkungsversprechen von Todes wegen, § 2301 I	26
I. Das Schenkungsversprechen	26
1. Das Schenkungsversprechen nach § 518 I	27
2. Das Schenkungsversprechen nach § 2301 I 1	28
a) Das Schenkungsversprechen im Sinne des § 2301 I 1 ist eine vertragliche Vereinbarung	28
b) Das Schenkungsversprechen im Sinne des § 2301 I 1 ist nur das Angebot des Schenkers	35
c) Stellungnahme	38
3. Ergebnis	44
II. Die Überlebensbedingung als Tatbestandsmerkmal	44
1. Erforderlichkeit der Überlebensbedingung	45
a) Die analoge Anwendung auf lediglich befristete Schenkungsversprechen	46
b) Die analoge Anwendung auf lediglich betagte Schenkungsversprechen ..	48
c) Stellungnahme	50

2. Ermittlung der Überlebensbedingung	60
a) Ermittlung durch Auslegung	60
b) Die Konfliktlösung mittels der benigna interpretatio, § 2084	62
(1) Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Anwendung des Rechts- gedankens aus § 2084 nach der Ermittlung einer Überlebensbe- dingung im Sinne des § 2301 I	65
(2) Die Kritik aus der Literatur an der Lösung über § 2084	74
(3) Stellungnahme	76
c) Ergebnis	92
3. Formulierung der Überlebensbedingung	92
a) Die Bedingung des § 2301 I 1 ist Suspensivbedingung	93
b) Die Bedingung des Nichtüberlebens des Begünstigten und andere Formulierungsmöglichkeiten	98
c) Stellungnahme	102
4. Ergebnis	106
III. Das Valutaverhältnis im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall als Schenkung im Sinne des § 2301 I	107
1. Das Einordnungsproblem	112
a) Der Rechtsgrund ist ein lebzeitiger Schenkungsvertrag	113
(1) Die Ansicht der Rechtsprechung	113
(2) Die Ansicht der Literatur	115
b) Der Rechtsgrund ist erbrechtlicher Natur	117
2. Das Formproblem	132
a) Vermächtnisähnliche Zuwendung	133
b) Die Zuwendung beruht auf einer Sondererbfolge	134
c) Stellungnahme	136
3. Ergebnis	145
IV. Die rechtstechnische Funktion des § 2301 I	145

1. § 2301 I als Verweisungsnorm	146
2. § 2301 I als gesetzliche Konversionsregel	148
V. Die nach § 2301 I zur Anwendung gelangenden Vorschriften	151
1. Erbvertrag oder Testament ?	152
a) Ausschließliche Anwendung der erbvertraglichen Vorschriften	152
b) Die Rechtsfolgen des § 2301 I beschränken sich nicht auf die erbvertraglichen Regelungen	158
c) Die Möglichkeit der Aufrechterhaltung eines unwirksamen Erbvertrages als Testament	160
2. Die Rechtsfolgen: Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung ?	162
a) Anwendung der allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze	162
b) Die Zuwendung ist stets als Vermächtnisanordnung zu behandeln	163
3. Zusammenfassung der Rechtsfolgen	165
§ 3: Vollzug im Sinne des § 2301 II	167
I. Der Anwendungsbereich und die Funktion des § 2301 II	168
1. Das Verhältnis der beiden Schenkungsformen im Rahmen des § 2301 II ...	168
2. § 2301 II als gesetzlich angeordnete Konversion	171
a) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift als Ausgangspunkt	173
b) Die Funktion des § 2301 II	174
c) Der Zusammenhang zwischen § 2301 II und § 518 II	177
d) Alternativkonzepte aus der Literatur	179
e) Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Handschenkung und Versprechensschenkung im Rahmen des § 2301 II	181
3. Ergebnis	181
II. Die Vollzugserfordernisse des § 2301 II	182
1. Die Entstehungsgeschichte des § 2301 II	182

a)	Der historische Aspekt der Entstehungsgeschichte als Grundlage der Auslegung des Vollzugsmerkmals in § 2301 II	182
b)	Der Vorentwurf für die erste Kommission	184
c)	Die Beratungen der ersten Kommission	189
d)	Die Beratungen der zweiten Kommission	192
e)	Ergebnis der Untersuchung des inhaltlichen Vollzugsbegriffes	195
2.	Die ratio legis	196
a)	Systematische Rechtfertigung des Erfordernisses des Leistungserfolgseintritts	196
b)	Zweckorientierte Rechtfertigung des Erfordernisses des Leistungserfolgseintritts	199
c)	Inhaltliche Rechtfertigung des Erfordernisses des Leistungserfolgseintritts als auch im Schenkungsrecht geltende Voraussetzung	205
(1)	Die Entwicklung der Interpretation des § 518 II	206
(2)	Die Folgen für den inhaltlichen Maßstab des Vollzugsbegriffes aus § 2301 II	210
III.	Der Vollzug im Sinne des § 2301 II aus der Sicht der Rechtsprechung und Literatur	214
1.	Die objektiven Theorien	215
a)	Die rein objektive Theorie	215
b)	Die gemischt objektiven Theorien	217
(1)	Die Anwartschaftsrechtstheorie	217
(2)	Die Erfüllungshandlungstheorie	218
(3)	Die vermittelnde Theorie	220
c)	Die rein subjektive Theorie	221
IV.	Der Vollzug im Sinne des § 2301 II als Abgrenzungsmerkmal zu § 2301 I	222
1.	Der Vorbehalt der freien Widerruflichkeit der Zuwendung	223
2.	Vollzug nach dem Tod des Schenkers	231

a) Der Normgehalt des § 130 II unabhängig von erbrechtlichen Wertungen	234
b) Der Normgehalt des § 130 II im Zusammenhang mit § 2301 II	237
(1) Die Einschaltung eines Boten	237
(2) Die Einschaltung eines Stellvertreters	245
(3) Vollzug durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	256
V. Zusammenfassung von § 3	265
§ 4: Die Widerruflichkeit durch die Erben	267
I. Der Widerruf	268
1. Die Widerrufsmöglichkeiten durch die Erben	269
2. Die Möglichkeiten des Zuwendenden, einen Widerruf durch die Erben zu verhindern	272
a) Die schuldrechtlichen Lösungen	272
(1) Die Erteilung unwiderruflicher Vollmacht und die Vereinbarung eines unwiderruflichen Auftragsvertrags	272
(2) Die Vereinbarung eines Auftragsvertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall	280
(3) Die Unwiderruflichkeit der Willenserklärung selbst	282
b) Die dingliche Lösung	286
c) Die erbrechtlichen Lösungen	288
d) Die Vorverlagerung des Vertragsschlusses oder des Rechtserwerbs	291
II. Einredemöglichkeit oder wertungsgerechter Kompromiß	303
1. Die Einredemöglichkeiten des Mittlers oder des Dritten	304
2. Der "Wettlauf" als gesetzssystematischer Kompromiß	308
§ 5: Zusammenfassung	312
Literaturverzeichnis	314

§ 1: Einleitung

I. Problemdarstellung und Klärungsvorgabe

In § 2301, nach Ansicht mancher der gesetzliche Schlüssel für unser heutiges Erbrecht¹, regelt das Bürgerliche Gesetzbuch die Schenkung von Todes wegen. Die Behandlung dieser Geschäfte, die sozusagen in der Mitte zwischen den Verfügungen von Todes wegen und den Rechtsgeschäften unter Lebenden stehen, weil sie, soweit unvollzogen, der Form nach zu diesen, der Wirkung und ihrem sachlichen Gehalt nach zu jenen gehören, stellt gesetzgeberisch ein besonderes Problem dar. Man kann versuchen, ihrer Eigenart dadurch gerecht zu werden, daß man sie besonderen Normen unterstellt; man kann auch eine Lösung anstreben, bei der sie nach bestimmten Abgrenzungskriterien entweder den Rechtsgeschäften unter Lebenden oder den Verfügungen von Todes wegen zugerechnet werden.² In der Begründung der Vorlage für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, auf dessen Konzeption der heutige § 2301 im wesentlichen beruht, rechtfertigt der zuständige Redaktor Gottfried von Schmitt seinen Vorschlag folgendermaßen: "Der Entwurf geht davon aus, daß die Formen der testamentarischen und vertragsweisen Einsetzung, andererseits der Schenkungen unter Lebenden genügen, um jeder Intention der Beteiligten Raum zu lassen, eben deshalb aber für ein weiteres Institut das Bedürfnis fehlt. Was aber als Bedürfnis erscheint, ist die Abschneidung der an das Institut der Schenkung auf den Todesfall schon vor Justinians Zeit anschließenden, bis heute ungelösten Streitfragen, ein unerreichbares Ziel, wenn die zwitterhafte Mischform selbst beibehalten wird."³ Während die *donatio mortis causa* von den römischen Juristen sowie von der beispielsweise durch Windscheid repräsentierten herrschenden Ansicht im rezipierten gemeinen Recht noch als eigenständiges Rechtsinstitut anerkannt wurde, das die fehlende Möglichkeit erbvertraglicher Bindungen kompensieren sollte, entschieden sich die Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches für deren Abschaffung. Gesetzessystematisch besehen, folgte man damit der überwiegenden Anzahl der damals geltenden Partikularrechte, in denen derartige Zuwendungen einmal als Vergabungen von Todes wegen, einmal als testamentarische Vermächtnisse oder schließlich unter dem Aspekt des Widerrufsvorbehalts sowie des lebzeitigen Vollzugs entweder als Verfügung von Todes wegen oder als Schenkung unter Lebenden eingeordnet wurden.⁴

¹ Staudinger/Boehmer¹¹, Einl.ErbR., § 26, Rdn. 1; ähnlich Zehner, AcP 153, 444.

² Kipp/Coing, § 81 I 2.

³ Von Schmitt, bei Schubert I, S. 653; ebenso die erste Kommission, vgl. Motive V, S. 350.

Nach der Ansicht von Schmitts liegt dabei die Annahme nahe, auch Justinian hätte für das römische Recht eine ähnliche Regelung getroffen, wenn es den Erbvertrag gekannt hätte.⁵ Das legislative Hauptanliegen ist also darin zu sehen, eine unstreitige, einheitliche und rechtssichere Abgrenzung zwischen den beiden involvierten Rechtsgebieten dadurch zu schaffen, daß die fraglichen Zuwendungen entweder dem Schenkungsrecht oder dem Erbrecht zugewiesen werden.

Diese gesetzliche Regelung scheint klar und einfach zu sein. Dennoch entstehen immer wieder Schwierigkeiten, wenn es darum geht, die vielfältigen Gestaltungen, die im Rechtsleben Zuwendungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall gefunden haben, in die durch § 2301 aufgestellten Kategorien einzuordnen. Hierbei sind häufig Wertungen vorzunehmen, die von der jeweiligen Einstellung gegenüber den damit betroffenen Interessen abhängen.⁶ Dieser individuelle Einschlag läßt auch die seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches schwelenden Meinungsstreitigkeiten, welche sich um die zentralen Probleme der vorliegenden Regelung ranken, zumindest nachvollziehbar erscheinen. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß damit die konkrete gesetzgeberische Intention fehlerhaft, die früheren Streitfragen abzuschneiden und sich somit den Weg zu einer einheitlichen und einschätzbaren Regelung zu ebnen, worauf es gerade in dem hier interessierenden Grenzbe-
reich ankommt. Betrachtet man den aktuellen Streitstand, bleibt einem nur die resignierende Feststellung, daß sich die verschiedenen Fronten unnachgiebig immer weiter auf eine ergebnisorientierte Argumentation zurückziehen und somit die historischen und dogmatischen Grundlagen aus den Augen verlieren. Dadurch vernachlässigt man die eigentliche Stärke des Bürgerlichen Gesetzbuches, die darin zu sehen ist, einen einerseits abstrakten, andererseits dennoch vollständigen Regelungskomplex geschaffen zu haben, der die auftretenden Interessenkollisionen wertungsgerecht auflöst. Mithin verwundert es nicht, wenn der Bundesgerichtshof zur Frage des Vollzugs im Sinne des § 2301 II trotz einer inzwischen nahezu hundertjährigen wissenschaftlichen Diskussion lapidar feststellen muß: "Die Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen (§ 2301 BGB) und der Verfügung von Todes wegen ist nicht einfach."⁷ Aufgrund der unüberschaubaren Vielzahl von Klärungsvorschlägen und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit scheinen sich hier Wissenschaft und Praxis gegenseitig im Stich zu lassen, so daß den Gerichten nichts anderes übrigbleibt, als eigene Wege zu gehen, deren dogmatische Rechtfertigung seitens der Literatur nicht vollständig abgesichert ist. Schon aus dieser Situation erhellt, daß das Bestreben nicht dahin gehen kann, durch die Entwicklung weiterer Theorien dem Gesetz ihm unbekannte Feinheiten aufzuzwängen oder den verschiedenen

⁴ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei: *von Schmitt*, bei Schubert I, S. 652 f.; Motive V, S. 350.

⁵ *Von Schmitt*, bei Schubert I, S. 653.

⁶ *MünchKomm/Musielak*, § 2301, Rdn. 3.

⁷ BGHZ 87, (19) 24.

Gestaltungsformen die Entfaltung eines Eigenlebens zu ermöglichen, das durch die jeweils intendierte legislative Zwecksetzung nicht gerechtfertigt wird. Vielmehr muß es vorrangiges Ziel sein, die einzelnen Lösungswege auszuwerten, sie auf ihren kleinsten gemeinsamen Nenner zu reduzieren und von diesem Punkt aus eine einheitliche und interessengerechte Grenzlinie anhand der gesetzlichen Vorgaben und Wertungsentscheidungen zu ziehen.

Die tatsächliche und praktische Bedeutung der Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die auf den Todesfall bezogen sind, zeigt sich in den zahlreichen entwickelten Gestaltungsvarianten sowie den hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen. Die Versuche, den erbrechtlichen Formaufwand sowie mögliche Bindungswirkungen der Verfügungen von Todes wegen und schließlich die mit ihnen nach dem Erbfall verbundenen Rechtsfolgen zu vermeiden und stattdessen Zuwendungen nach dem Recht der Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu wählen, ohne aber das mit solchen Geschäften gewöhnlich verbundene lebzeitige Vermögensopfer auf sich zu nehmen, sind weitverbreitet. Geschäfte dieser Art, wie zum Beispiel Anweisungen an Banken, Schuldner oder nahe Angehörige, besitzen demnach grundsätzlich den Vorteil der Formlosigkeit. Ihnen stehen auch nicht die psychologischen Hemmungen entgegen, welche die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen aufgrund der ihr immanenten Konfrontation mit dem eigenen Tod gegen sich hat: "In den Kreisen des Landvolkes herrsche vielfach der Aberglaube, daß die Errichtung eines Testaments eine schlimme Vorbedeutung habe, gleichsam den Tod beschleunigen würde. Deshalb werde die Errichtung eines Testaments stets auf die lange Bank geschoben. Solche ängstliche, abergläubische Menschen seien nur selten dazu zu bringen, schon in gesunden Tagen ein Testament zu errichten. Werde nun ein solcher Mensch plötzlich von einer Krankheit befallen oder erleide er einen Unfall, so daß er nicht mehr die bei Errichtung eines Testaments erforderlichen Formalitäten erfüllen könne, so gebe es für ihn keine Möglichkeit mehr, seinen letzten Willen in rechtlich erheblicher Weise festzulegen."⁸ Die genannten Rechtsgeschäfte gewähren aber auch die Gelegenheit, den Nachlaß zu verschleiern, dem Erben und dem Finanzamt den Überblick zu nehmen, verschwiegene Zuwendungen zu machen und den Zwang zur Offenbarung des letzten Willens (vgl. § 2263) zu umgehen.⁹ Demgegenüber steht das Erbrecht als geschlossenes, formalisiertes und die Interessen der Nachlaßberechtigten entsprechend schützendes System, dessen Vorschriften sich durch ihren Regelungszweck selbst rechtfertigen. Nun ist es nicht etwa so, daß das Erbrecht die Zuwendung gegenüber dem liberaler erscheinenden Schenkungsrecht diskriminieren würde, wie es im Hinblick auf die Formerfordernisse oft behauptet wird. Der entscheidende Grund für die Anwendung dieses oder jenen Rechtsgebietes liegt darin, daß beide auf die von den Parteien verfolgte sachliche Intention zugeschnitten sind. So beziehen sich viele Schenkungsvorschriften, beispielsweise der Widerruf wegen groben Undanks oder Verarmung des Schenkers, auf ein aktuelles, an und für sich

⁸ *Termeer*, S. 53 f.

⁹ *Lange/Kuchinke*, § 31 I 3 a.