

Verträge über den Nachlass eines zukünftigen Erblassers

Vorschläge zur Deutung und Reform des § 311b Abs.4 und 5 BGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Philipp Trautmann
aus Sindelfingen

Tübingen
2022

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Forster
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Martin Gebauer
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Stephan Dusil

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 2022

Meinen geliebten Eltern.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden hierbei bis Februar 2022 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Gebauer für die Betreuung und die Unterstützung der Arbeit. Zudem gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Stephan Dusil für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

In diesem Zuge möchte ich mich auch bei meinen Freunden Dr. Janis Leifeld und Prof. Dr. Christian F. Majer für das Korrekturlesen und die sehr hilfreichen Anmerkungen bedanken.

Zusätzlich bedanken möchte ich mich bei allen meinen Freunden, die mich in der Zeit tatkräftig unterstützt, mich motiviert und mit mir mitgefiebert haben und ohne die es nicht so eine schöne Zeit und Erfahrung geworden wäre.

Von Herzen danken möchte ich für deren großzügige Unterstützung in jeglicher Hinsicht meiner Freundin Ellen, meinen lieben Eltern und meinem Bruder Matthias. Ohne sie wäre die Anfertigung dieser Arbeit nicht möglich gewesen.

Tübingen, im Februar 2022

Philipp Trautmann

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
DB	Der Betrieb
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotI-Report	Deutsches Notarinstitut-Report
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
EE	Erbrecht effektiv
f.	folgende
FamRZ	Die Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
G.	Gesetz
gem.	gemäß
h. L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.S.d.	Im Sinne des
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kp.	Kapitel
LG	Landgericht
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht
m.	mit
MDR	Monatszeitschrift des Deutschen Rechts
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
OGH/ OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OT	Obertribunal
Prot.	Protokolle
Red.	Redaktion
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
Tit.	Titel
u.	und
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vors.	Vorschlag
z.B.	zum Beispiel
ZBIFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	I
Abkürzungsverzeichnis	III
Inhaltsübersicht.....	V
Inhaltsverzeichnis	VII
§1 Problemaufriss	1
Kapitel 1 – Grundlagen der Normierung in § 311b IV, V BGB	3
§2 Normensystematik	3
§3 Terminologie.....	4
§4 Historische Einordnung	9
§5 Normzweck	22
Kapitel 2 – Einzelne Tatbestandsmerkmale	42
§6 Vertragssubjekt	42
§7 Vertragsobjekt.....	51
§8 Weitere Voraussetzungen	83
Kapitel 3 – Gesetzesänderung	102
§9 De lege ferenda – Eigener Vorschlag für eine Gesetzesänderung.....	102
Kapitel 4 – Schlussbemerkung	144
§10 Fazit	144
Literaturverzeichnis	148
Anhang	168

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Abkürzungsverzeichnis	III
Inhaltsübersicht.....	V
Inhaltsverzeichnis	VII
§1 Problemaufriss	1
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	1
II. Gang der Untersuchung	2
Kapitel 1 – Grundlagen der Normierung in § 311b IV, V BGB	3
§2 Normensystematik	3
§3 Terminologie	4
I. Existierende Terminologie	4
II. Beleuchtung der spezifischen Merkmale.....	5
III. Bevorzugte Terminologie	5
IV. Ergebnis der terminologischen Überlegungen	8
§4 Historische Einordnung	9
I. Römisches Recht	9
1. Grundregel.....	9
a. D 18.4.1	9
b. contra bonos mores	10
c. D 34.9.2.3	11
2. Ausnahmen	11
a. C 2.3.30.2 (3).....	11
b. D 17.2.3.2 (1).....	12
II. Gemeines Recht und Partikularrechte	13
1. Klärung der allgemeinen Rechtslage	13
2. Generalverbot und Ausnahmen	15
3. Besonderheiten	17
4. Wegfall der Ausnahme	18
5. Zusammenfassung	19
III. Bürgerliches Gesetzbuch	20
IV. Änderung des Beurkundungsgesetzes im Jahre 1970	20
V. Schuldrechtsmodernisierungsreform	21
§5 Normzweck.....	22
I. Normzweck und Schutzgut des § 311b IV BGB.....	22
1. Interessenbereich des Erblassers	22
a. Respektierung der Person des Erblassers	22
1) Römisches Recht	22
2) Gesetzesbegründung.....	23
3) Literatur bis heute.....	23
4) Rechtsprechung	23
b. Schutz des Testierwillens bzw. Dispositionsbefugnis des Erblassers	24
1) Römisches Recht	24
2) Gesetzesbegründung.....	24
3) Literatur	25

4)	Rechtsprechung	25
c.	Schutz von Leib und Leben des Erblassers	26
1)	Römisches Recht	26
2)	Gesetzgebung.....	26
3)	Literatur/ Rechtsprechung	26
d.	Stellungnahme zu Interessen des Erblassers	26
2.	Interessenbereich des Versprechenden	27
a.	Schutz des zukünftigen Nachlassvermögens des Versprechenden.....	27
1)	Gesetzesbegründung.....	28
2)	Literatur	28
b.	Schutz vor Ausnutzung des Leichtsinns.....	28
1)	Gesetzesbegründung.....	28
2)	Literatur	29
3)	Rechtsprechung	29
c.	Stellungnahme zu Interessen des Versprechenden.....	29
3.	Interessenbereich des Versprechensempfängers	30
a.	Schutz vor Veränderung des Nachlassvermögens.....	30
b.	Schutz vor Ausnutzung des Leichtsinns.....	31
c.	Insolvenzrisiko bei Vorleistung zu Lebzeiten des Erblassers	31
d.	Stellungnahme zu Interessen des Versprechensempfängers	31
4.	Sonstige nicht unmittelbar einem Personenkreis zuordenbare Schutzzwecke 32	
a.	Wuchertatbestand § 138 II BGB	32
1)	Rechtsprechung	32
2)	Literatur	32
3)	Stellungnahme:	33
b.	Fehlende Notwendigkeit durch Nähe zum Erbvertrag	33
c.	Vertrag zulasten Dritter	34
d.	Leistungsgegenstand nicht existent	35
e.	Rechtskontinuität	36
f.	Umgehung von erbrechtlichen Vorschriften	36
II.	Normzweck und Schutzgut des § 311b V BGB	37
1.	Festlegung einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung	37
a.	Gesetzesbegründung.....	37
b.	Literatur und Rechtsprechung	37
2.	Wahrung des Familienfriedens.....	38
a.	Gesetzesbegründung.....	38
b.	Literatur	38
III.	Stellungnahme zum Normzweck und Schutzgut des § 311b IV, V BGB	39
	Kapitel 2 – Einzelne Tatbestandsmerkmale	42
	§6 Vertragssubjekt.....	42
I.	Auslegung „künftigen gesetzlichen Erben“.....	42
1.	Wortlaut.....	44
2.	Systematik	45
3.	Wille des Gesetzgebers.....	47
4.	Sinn und Zweck.....	47
5.	Zwischenergebnis	48
II.	Sonderfall: Fiskus als Vertragspartei.....	49
1.	Wortlaut.....	49

2.	Systematik	49
3.	Wille des Gesetzgebers.....	50
4.	Sinn und Zweck	50
5.	Zwischenergebnis	50
§7	Vertragsobjekt	51
I.	„Gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB	51
1.	Auslegung des „gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB.....	51
a.	Wortlaut.....	53
b.	Wille des Gesetzgebers.....	54
c.	Sinn und Zweck	54
d.	Zwischenergebnis	55
2.	Umfang des Erbteils bei gewillkürter Erbfolge	56
a.	Wortlaut	57
b.	Systematik	58
c.	Wille des Gesetzgebers.....	58
d.	Sinn und Zweck	59
e.	Zwischenergebnis	59
3.	Alleinerbrecht i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB	60
a.	Wortlaut	60
b.	Wille des Gesetzgebers.....	60
c.	Sinn und Zweck	60
d.	Zwischenergebnis	61
II.	Nachlassgegenstand.....	62
1.	Wortlaut	64
2.	Systematik	64
3.	Wille des Gesetzgebers.....	65
4.	Sinn und Zweck	66
5.	Zwischenergebnis	68
III.	Vermächtnis i.S.v. § 311b IV 2 Var.2 BGB	69
1.	Anwendbarkeit von § 311b V BGB auf Vermächtnisse aus dem zukünftigen Nachlass?.....	69
a.	Wortlaut	71
b.	Wille des Gesetzgebers.....	72
c.	Sinn und Zweck	72
d.	Zwischenergebnis	74
2.	Umfang von Vermächtnissen i.S.d. § 311b V BGB	74
a.	Wortlaut	75
b.	Wille des Gesetzgebers.....	75
c.	Sinn und Zweck	75
d.	Zwischenergebnis	76
IV.	„Pflichtteil“ i.S.v. § 311b IV 2 Alt.1 BGB und § 311b V 2 Alt.2 BGB.....	77
1.	Wortlaut	78
2.	Systematik	78
3.	Wille des Gesetzgebers.....	79
4.	Sinn und Zweck	80
5.	Zwischenergebnis	82
§8	Weitere Voraussetzungen	83
I.	Notarielle Beurkundung gem. § 311b V 2 BGB	83

1.	Bedeutung des Formerfordernisses bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.....	83
a.	Generelles Formerfordernis.....	83
b.	Formzwecke der notariellen Beurkundung bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten	84
1)	Schutz des Versprechenden.....	85
2)	Schutz des Versprechensempfängers.....	85
3)	Schutz der Erblasserinteressen	86
2.	Stellungnahme	86
II.	Gegenleistung	88
1.	Arten von Gegenleistungen bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten	88
2.	Risiken bei den Gegenleistungen	89
a.	Zeitpunkt der Gegenleistungsbestimmung	89
b.	Vertragsstörungen.....	89
3.	Stellungnahme und Lösungsansätze.....	90
III.	„Vertrag“	92
1.	Wortlaut.....	92
2.	Wille des Gesetzgebers.....	93
3.	Systematik	94
4.	Sinn und Zweck.....	95
a.	Erbteil	97
b.	Pflichtteilsrecht/ Pflichtteilsanspruch/ Pflichtteilsergänzungsanspruch	98
1)	Pflichtteilsrecht.....	98
2)	Pflichtteilsanspruch	99
3)	Pflichtteilsergänzungsanspruch	99
c.	Nachlassgegenstand.....	99
d.	Vermächtnis.....	101
5.	Zwischenergebnis	101
	Kapitel 3 – Gesetzesänderung	102
	§9 De lege ferenda – Eigener Vorschlag für eine Gesetzesänderung.....	102
I.	Allgemeines	102
II.	Entfernung der gesetzlichen Regelung	102
III.	Gesetzesänderung und Verhältnis zur bisherigen Auslegung	103
1.	Normensystematik.....	103
2.	Vertragssubjekt.....	104
a.	„gesetzlichen Erben“ i.S.d. § 311b V 1 BGB.....	104
b.	Erweiterung der Vertragssubjekte	107
1)	Vertragsparteien ohne Beschränkung.....	107
2)	Versprechender ist zukünftiger gesetzlicher Erbe i.S.d. § 311b V BGB, Versprechensempfänger ohne Beschränkung	108
3)	Zukünftige gewillkürte Erben.....	109
a)	erweiterter gesetzlicher Personenkreis	110
b)	Beteiligung des zukünftigen Erblassers.....	112
c)	besondere Verfügungen von Todes wegen.....	113
c.	Stellungnahme zum Vertragssubjekt	116
3.	Vertragsobjekt	119
a.	„Gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 BGB.....	119

b.	Nachlassgegenstand und Vermächtnis	121
c.	Pflichtteil i.S.d. § 311b IV 2 Var.1, V 1 Var.2 BGB.....	124
4.	Normzweck.....	125
5.	Form	126
a.	Anpassung des Formerfordernisses	126
1)	Zustimmung des zukünftigen Erblassers	127
2)	Heilungsmöglichkeit.....	130
3)	Einseitiges Beurkundungserfordernis.....	132
4)	Strengere Voraussetzungen bei notarieller Beurkundung	133
5)	Einzelfallprüfung	136
b.	Stellungnahme und Fazit beim Formerfordernis	136
6.	Vertragswirkung	138
7.	Zusammenfassung der Ergebnisse für § 311b IV, V BGB Vors.....	141
a.	Normensystematik	142
b.	Terminologie	142
c.	Normzweck.....	142
d.	Vertragssubjekt.....	142
e.	Vertragsobjekt	142
f.	Vertragswirkung	143
g.	Form	143
	Kapitel 4 – Schlussbemerkung	144
	§10 Fazit	144
	Literaturverzeichnis	148
	Anhang	168
I.	Verzeichnis aller wichtigen Gerichtsentscheidungen zum Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten	168
II.	Norm- und Quellenverzeichnis.....	169
1.	Römisches Recht	169
a.	D 17.2.3.2	169
b.	D 17.2.73	169
c.	D 18.4.1	170
d.	D 34.9.2.3	170
e.	C 2.3.30	170
2.	Gemeines Recht, Partikularrechte und Entwürfe	172
a.	Freiburger Stadtrecht von 1520	172
1)	II Tit.4 [11]	172
2)	III Tit.2 [1].....	172
b.	Württembergisches Landrecht von 1610.....	172
c.	bayrische Landrecht von 1756 (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis).....	173
d.	Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) von 1794	173
1)	ALR I 11 § 446.....	173
2)	ALR I 12, § 649.....	173
3)	ALR I 12, § 650.....	173
4)	ALR I 12 § 651	173
e.	badische Landrecht von 1810.....	173
f.	Entwurf bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Bayern von 1860	174
g.	Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1865	174
h.	Dresdener Entwurf von 1866.....	174

i.	Mommsens Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes von 1876	174
3.	Sonstige wichtige Regelungen.....	174
a.	§ 17 BeurkG	174
b.	§ 312 BGB a.F.....	175
c.	§ 419 BGB a.F.....	175
d.	Code civil in der Fassung von 1810	176
1)	Art. 791	176
2)	Art. 1130.....	176
3)	Art. 1600.....	176

§1 Problemaufriss

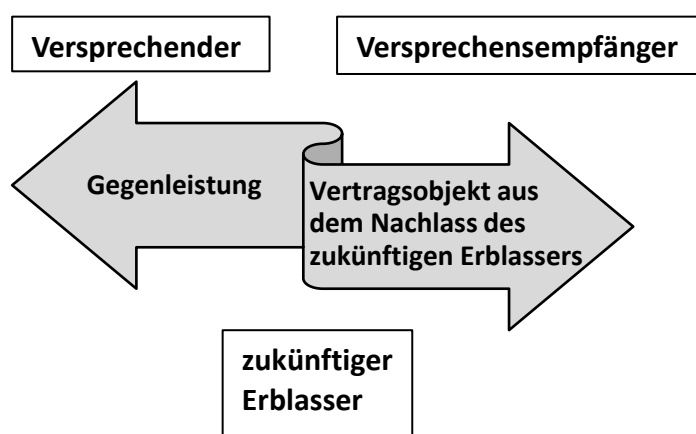
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Das BGB bietet Vertragsparteien nur in § 311b IV, V BGB die Möglichkeit, unter Ausschluss des zukünftigen Erblassers die Verteilung des zukünftigen Nachlassvermögens zu regeln. Die Grundproblematik beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gem. § 311b IV, V BGB folgt hiernach immer einem bestimmten Standardfall:

Zwei oder mehr Personen treffen eine Vereinbarung über einen Rechtsgegenstand, der in Verbindung zum Vermögen des zukünftigen Erblassers steht und damit den zukünftigen Nachlass betreffen könnte. Zusätzlich darf der Erblasser zum Zeitpunkt des Vertragschlusses noch nicht verstorben sein.

Beispielsweise können so Geschwister schon zu Lebzeiten der Eltern vertraglich festhalten, dass einer der Geschwister die Eltern pflegen und versorgen wird. Im Gegenzug verzichtet der andere auf seinen in der Zukunft erwarteten Erb- und/oder Pflichtteil.

Abbildung 1:



Trotzdem oder gerade wegen dieser im BGB einmalig vorkommenden Konstellation ist kaum ein Rechtsinstitut nach über hundert Jahren seit Inkrafttreten des BGBs noch immer so undurchsichtig und zweifelhaft, wie der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Dies liegt zum einen an dem unklaren Wortlaut der Norm, an widersprüchlicher oder fehlender Rechtsprechung und an Lösungsansätzen in der Literatur, welche zu inkonsequenten Ergebnissen führen können. Ferner ist sich die Literatur auch uneinig über die tatsächliche praktische Relevanz von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Manche Autoren schreiben ihnen keine große Bedeutung zu.¹ Andere hingegen sehen ein Bedürfnis für diese Verträge.²

Große Schwierigkeiten hierbei machen die verschiedenen Normzwecke des § 311b IV, V BGB, die nur allzu oft nicht sorgfältig getrennt werden. Die

¹ Martinius, DNotZ 1903, 253 (260f.); Wachter, DB 2017, 2500 (2504); Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.56; Damrau, ZEV 1995, 425 (427) spricht sich aufgrund der vielen ungeklärten Rechtsfragen sogar für eine Vermeidung dieses Rechtsinstituts aus.

² Für ein Bedürfnis dieser Verträge in Abgrenzung zu den Erbverträgen: Protokolle, S.918, in: Mugdan, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618; für eine vorgezogene Erbauseinandersetzung: Schwarz, BWNotZ 1995, 139 (141).

widersprüchliche Systematik bei den Vertragsobjekten in § 311b IV und V BGB führt zu Auslegungsproblemen. Auch große Uneinigkeit besteht darüber, wer alles als Vertragspartei in Frage kommt. Zusätzlich erschweren auch alltägliche schwer kontrollierbare Veränderungen im Lebensalltag die Problematik. Denn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegen oft andere Umstände vor als später zum Zeitpunkt des Erbfalls. Diesem Umstand muss sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht hinreichend Rechnung getragen werden.

Diese Arbeit setzt sich zum Ziel, eine dogmatisch kohärente und auch an praktischen Gesichtspunkten orientierte Lösung für derartige Verträge zu entwickeln. Darüber hinaus sollen weitere Möglichkeiten für eine Gesetzesveränderung ausgelotet werden.

Eine zentrale Rolle im aktuellen Forschungsstand fällt der Dissertation von *Daniels* zu, welche sich mit der Problematik im Jahre 1973 schon ausgiebig befasst hat. Die vorliegende Arbeit setzt sich mit ihren Erkenntnissen kritisch auseinander und wird auch versuchen, neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung und in der Literatur nach dem Erscheinen von *Daniels* Dissertation vor fast einem halben Jahrhundert einzubeziehen.

Dabei gilt zu beachten, dass die Rechtsprechung zum Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gegenüber manchen anderen Rechtsinstituten sich als sehr überschaubar darstellt.³

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in vier Kapitel:

Das erste Kapitel widmet sich den Grundlagen des § 311b IV, V BGB und nimmt eine historische Einordnung der Norm vor.

Im zweiten Kapitel sollen die Problemfelder des § 311b IV, V BGB unter Analyse der Rechtsprechung und der Literatur de lege lata herausgearbeitet werden, die besonders problematisch erscheinen und sich für eine gesetzliche Korrektur anbieten.

Auf dieser Basis soll dann im dritten Kapitel der Untersuchung ein Vorschlag für eine aktuelle Norminterpretation und ein Vorschlag für eine eigene Gesetzesänderung unterbreitet werden.

Das vierte Kapitel fasst die wichtigsten Erkenntnisse der Dissertation noch einmal in einer Schlussbemerkung zusammen.

³ Siehe Tabelle unter Anhang I.; auch *Odemer*, ZEV 2021, 414 (418); *Frenz*, DNotZ 1996, 763 (766).

Kapitel 1 – Grundlagen der Normierung in § 311b IV, V BGB

§2 Normensystematik

Das Gesetz ordnet in § 311b IV BGB ein Generalverbot für bestimmte Verträge an. Nicht zugelassen werden gem. § 311b IV 1 BGB Verträge „[...] über den Nachlass [...]“ und gem. § 311b IV 2 BGB Verträge „[...] über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis [...]“. eines noch lebenden Dritten.⁴ Fällt ein Vertragsobjekt in den Anwendungsbereich des § 311b IV BGB, so kann gem. § 311b V BGB unter engen Voraussetzungen das Verbot jedoch wieder aufgehoben werden. Hierfür müssen sowohl die Vertragssubjekte als auch das Vertragsobjekt selbst bestimmte Qualifikationsmerkmale aufweisen und zusätzlich muss die Form der notariellen Beurkundung gem. § 128 BGB eingehalten werden.⁵

Die vorherrschende Meinung in der Literatur und in der Rechtsprechung geht deshalb davon aus, dass § 311b IV BGB die Regelvorschrift darstellt, wohingegen § 311b V BGB von dieser Regel Ausnahmen zulässt.⁶ Nur *Kues* sieht von § 311b IV BGB und § 311b V BGB unterschiedliche Vertragsarten erfasst, deren einzige Gemeinsamkeit der Bezug auf eine Erbschaft eines noch lebenden Dritten darstellt. Begründet wird dies damit, dass § 311b IV BGB dem Wortlaut nach andere Vertragssubjekte⁷ und -objekte⁸ als § 311b V BGB aufzählt.⁹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass alle in § 311b V BGB erwähnten Vertragsobjekte auch von § 311b IV 1 BGB durch den Wortlaut „Nachlass“ erfasst werden. Auch für alle in § 311b V BGB erwähnten Vertragssubjekte gilt das Generalverbot in § 311b IV BGB. Und zusätzlich verweist der § 311b V 1 BGB durch den Wortlaut „Absatz 4 gilt nicht“ auf § 311b IV BGB, was ebenfalls gegen eine getrennte Betrachtung der Normen spricht.

Somit bleibt festzuhalten, dass nur Vertragsobjekte unter § 311b V BGB fallen können, soweit sie von § 311b IV BGB erfasst werden.¹⁰ Andernfalls ist ein wirksamer Vertragsschluss nach allgemeinen Regeln möglich, sofern kein Verstoß gegen andere Normen im Einzelfall vorliegt. Für das Verständnis des § 311b IV und V BGB ist diese Normensystematik von zentraler Bedeutung.

⁴ Siehe bzgl. Besonderheiten und Ausnahmen: §7. und §9.III.3.

⁵ Siehe bzgl. Einzelproblemen und Ausnahmen: §6., §7., §8.I.

⁶ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (931); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.435 bezeichnet dies als „Regel-Ausnahme-Verhältnis“; so auch *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (224); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.22; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.78; BGH, NJW 1956, 1151f.

⁷ § 311b IV BGB gilt ohne Einschränkung für alle Vertragssubjekte, während § 311b V BGB für die „gesetzlichen Erben“ gilt.

⁸ § 311b IV BGB zählt als Vertragsobjekte den Nachlass, den Pflichtteil oder das Vermächtnis auf, während § 311b V BGB nur den gesetzlichen Erbteil und den Pflichtteil auflistet.

⁹ *Kues*, ZEV 2001, 13 (14).

¹⁰ DNotI-Report 16/1996, 141 (142).

§3 Terminologie

Schwierigkeiten bereitet bereits die begriffliche Abgrenzung zwischen den Absätzen IV und V des § 311b BGB. Zunächst sollen hier die gebräuchlichen Begriffe vorgestellt (§3.I.) und sodann Kriterien für eine sinnvolle begriffliche Abgrenzung herausgearbeitet werden (§3.II.). Schließlich erfolgt eine Festlegung auf die in dieser Arbeit zugrunde gelegten Begrifflichkeiten (§3.III.).

I. Existierende Terminologie

Im deutschen Recht werden sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur hauptsächlich zwei Begriffe verwendet – „Erbvertragsvertrag“ und „Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten“.¹¹ Das Gesetz verwendet ausdrücklich in § 311b IV 1 BGB nur die Bezeichnung „*Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten*“.

Der Begriff „Erbvertragsvertrag“ wurde erstmals von *Hasse* im Jahre 1828 verwendet. *Hasse* wollte durch die Begriffseinführung die Abgrenzung zum „Erbvertrag“ verdeutlichen.¹² Denn sowohl ein Vertrag über eine fremde künftige Erbschaft als auch der Vertrag über eine schon angefallene Erbschaft, kann im weitesten Sinne noch als „Erbvertrag“ bezeichnet werden.¹³ Diese Einteilung geht *Hasse* jedoch zu weit. Er ist der Meinung, dass es nicht darauf ankommen könne, ob der Erblasser noch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lebt. Entscheidend sei vielmehr, ob mit dem Vertrag die Erbfolge verändert werden kann. Da dies Dritte in der hier relevanten Konstellation¹⁴ gerade nicht könnten, handele es sich um keinen Erbvertrag, sondern um „eine gemeine Obligatio, die sich nur durch ihren Gegenstand auszeichnet“¹⁵. Bei einem Erbvertrag dagegen könne die Erbfolge an den Willen des Erblassers jederzeit mit dessen Zusammenarbeit angepasst werden.¹⁶

Keine einheitliche Begriffsbezeichnung lässt sich aus den Motiven zum BGB aus dem Jahre 1888 ablesen. Denn dort finden sich neben der Bezeichnung „Erbvertragsverträge“¹⁷ auch die Bezeichnung „Veräußerung der Erbschaft eines noch lebenden Dritten“¹⁸ oder „Verträge über die Erbschaft eines bestimmten Dritten“¹⁹.

Dies setzt sich auch in Urteilen aus der Rechtsprechung, sowohl aus den Anfängen des BGBs als auch aus neuerer Zeit, fort. Es werden verschiedene Begriffe als Synonyme behandelt und teilweise sogar hintereinander in zahlreichen Abwandlungen verwendet.²⁰ In der Literatur ist ähnliches zu beobachten.²¹

¹¹ Vgl. hierzu Fn.19; *Schiffner*, Der Erbvertrag, S.201, Fn.2 erwähnt auch zwei ältere Bezeichnungen für diese Rechtskonstellation, „pactum de hereditate tertii viventis“ und „dispositiver Erbvertrag“.

¹² So ausdrücklich *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (220).

¹³ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (218).

¹⁴ S.o. §1.I.

¹⁵ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (219).

¹⁶ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (220).

¹⁷ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184ff.

¹⁸ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.182.

¹⁹ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.182.

²⁰ So z.B. in BGH, FamRZ 1996, 162 (163): „Erbvertragsvertrag über ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten unter § 312 I BGB“; für „Erbvertragsvertrag“ z.B.: BGH, NJW 1995, 448; BGHZ 104, 279.

²¹ Siehe für „Erbvertragsvertrag“ z.B. *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (220); Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184ff.; *Limmer*, DNotZ 1998, 927, Fn.2 m.w.N.; *Grüneberg-Grüneberg*, BGB (2022), §311b, Rn.74; *Schwarz*, BWNNotZ 1995, 139 (140); *Damrau*, ZErB 2004, 206; jurisPK-

II. Beleuchtung der spezifischen Merkmale

Die hier beleuchtete Rechtsproblematik zeichnet im Grunde vier zentrale Merkmale aus:

Es ist von Bedeutung, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses²² der Erblasser noch am Leben ist (Merkmal 1), wobei die Vertragssubjekte nicht identisch mit der Person des zukünftigen Erblassers sind (Merkmal 2). Das Vertragsobjekt muss von § 311b IV, V BGB erfasst sein (Merkmal 3). Und schließlich schreibt § 311b V 2 BGB die Form vor (Merkmal 4).

III. Bevorzugte Terminologie

Besonders geeignet erscheint eine Begriffsdefinition, die möglichst genau diese Merkmale wiedergibt.²³ Im Verlauf der Untersuchung soll deshalb geklärt werden, welche Begriffsbezeichnung am besten die hier vorliegende Rechtsproblematik wiedergibt.

Als Maßstab dient vorrangig der Gesetzeswortlaut des § 311b IV 1 BGB. Denn diese Beschreibung gibt die angesprochene Rechtsproblematik mit fast allen wichtigen Komponenten wieder. Er zeigt auf, dass der Erblasser zum Vertragszeitpunkt noch am Leben sein muss („[...] *noch lebenden Dritten*“) (Merkmal 1) und als Dritter keine Vertragspartei sein kann. Vertragssubjekt sind implizit somit andere Beteiligte, die zu Lebzeiten des Erblassers einen Vertrag abschließen („*Vertrag über [...] eines noch lebenden Dritten*“) (Merkmal 2). Vertragsobjekt ist der „*Nachlass*“ im weitesten Sinne (Merkmal 3).

Weniger aufschlussreich ist hingegen der Begriff „Erbchaftsvertrag“. Denn es werden innerhalb des Begriffs nur die Erbschaft als Vertragsobjekt (Merkmal 3) erwähnt. Das Merkmal „Vertrag“ impliziert in diesem Zusammenhang weder, dass der Erblasser zum Abschlusszeitpunkt noch am Leben sein muss, noch dass er nicht Vertragspartei sein kann.

Trotzdem hat der Begriff „Erbchaftsvertrag“ eine historisch lange Tradition und ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur anerkannt.²⁴ Hinzu tritt als ein großer Vorteil des Begriffs „Erbchaftsvertrag“ seine Kürze, mit der er ein komplexes Rechtsproblem beschreiben möchte. Es verwundert somit nicht, dass *Hasse* genau aus diesen Gründen der Präzision und als Gegenstück zum Begriff „Erbvertrag“ diese Bezeichnung eingeführt hat.²⁵ Aber auch die Gesetzesformulierung „*Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten*“ existiert unverändert seit Einführung des BGBs am 01.01.1900.²⁶

Des Weiteren verwenden die beiden Begriffe unterschiedliche Beschreibungen für die Vertragsobjekte. Der „Erbchaftsvertrag“ will demnach alles erfasst haben, was die zukünftige „Erbschaft“ betrifft, wohingegen der „*Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten*“ den zukünftigen „*Nachlass*“ als wesentlich ansieht.

Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.435; Bamberger/Roth-Gehrlein, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.52; und für „Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten“ z.B. *Limmer*, DNotZ 1998, 927.

²² Ob dieser Vertrag schuldrechtlich oder auch dinglich sein kann, spielt hier noch keine Rolle und wird an einer anderen Stelle erörtert. Vgl. hierzu Ausführungen unter §8.III. und §9.III.3.

²³ Vgl. *Staudinger-Otte*, BGB (2015), Vor.§2303ff., Rn.27 (allerdings speziell zum „Pflichtteilsrecht“) weist darauf hin, dass ein unklarer Begriff keine Hilfe darstellt und deshalb überflüssig ist.

²⁴ *Damrau*, ZErB 2004, 206 sieht diesen Begriff seit BGHZ 104, 279 als „amtlich“ an.

²⁵ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (220).

²⁶ S.u. §4.III.-V.

Häufig wird der Begriff „*Erbschaft*“ vom Gesetz dann verwendet, wenn die Rechtsstellung des Erben herausgehoben werden soll.²⁷ „*Nachlass*“ hingegen verwendet das Gesetz im Allgemeinen als Bezeichnung für das Vermögen des Erblassers ohne unmittelbaren Bezug zu seinem rechtlichen Träger.²⁸ Diese Trennung wird vom Gesetzgeber jedoch nicht stringent durchgehalten²⁹, weshalb auch keine rechtlichen Auswirkungen bzgl. dieser unterschiedlichen Begriffswahl zu befürchten sind.³⁰

Trotzdem verwendet das Gesetz in § 311b IV und V BGB nach diesen Kriterien richtigerweise den Begriff „*Nachlass*“, da das von den Parteien intendierte Vertragsobjekt ausschließlich die Zugehörigkeit zum zukünftigen Nachlassvermögen beschreibt. § 311b IV BGB findet dem Wortlaut nach insoweit auf alle Verträge Anwendung, die inhaltlich mit dem Nachlass des zukünftigen Erblassers in Verbindung gebracht werden können.³¹ Auf die explizite Rechtsstellung der zukünftigen Erben kommt es bei § 311b IV BGB gerade nicht an.³² Somit spricht mehr für die vom Gesetzgeber verwendete Auslegung des Wortes „*Nachlass*“ in der Begriffsbezeichnung bzgl. der Beschreibung der vorliegenden Rechtsproblematik, auch wenn inhaltlich kein Unterschied zur „*Erbschaft*“ auszumachen ist.

Weitere Begriffsvorschläge für diese Rechtsproblematik:

Aufgrund dieses Verständnisses könnte sogar der Begriff „Nachlassvertrag“ als weiterer neuer Begriff neben dem „*Erbschaftsvertrag*“ als Alternative für die Beschreibung der Rechtsproblematik in Betracht kommen. Als Kritik an dieser Bezeichnung lassen sich ebenfalls die Argumente anführen, dass innerhalb des Begriffs nur der Nachlass als Vertragsobjekt (Merkmal 3) erwähnt wird.

Als weitere alternative Begriffe könnten auch „Erbschaftsbezogener Vertrag“ oder „Nachlassbezogener Vertrag“ erwogen werden. Auch „Vertrag mit Bezug auf den Nachlass“ oder „Vertrag mit Bezug auf die Erbschaft“ wären denkbar. Ein Vorteil gegenüber dem Begriff „*Erbschaftsvertrag*“ wäre, dass diese Begriffe den Rechtsbezug zur Erbschaft respektive dem Nachlass klarstellen und gleichzeitig die Eigenständigkeit des Rechtsproblems ausdrücken. Auf der anderen Seite werden auch nur die Komponente „*Erbschaft*“ respektive „*Nachlass*“ als Vertragsobjekt (Merkmal 3) erwähnt und tragen insoweit nicht bedeutend mehr zur Präzision bei.

Eine Erweiterung und Hinweis auf den noch lebenden Erblasser zum Vertragszeitpunkt (Merkmal 1) stellen Bezeichnungen wie „Vertrag über die Erbschaft eines Dritten“ oder „Vertrag über den Nachlass eines Dritten“ dar. Auch „Drittbezogener Nachlassvertrag“ oder „Drittbezogener Erbschaftsvertrag“ wären denkbar.

Ebenfalls eine Möglichkeit wäre „Nachlassbezogene Rechtsgeschäfte unter Lebenden“. Unter den Begriff „*Lebenden*“ kann zwar mittelbar der noch lebende Erblasser subsumiert werden (Merkmal 1). Dass die Vertragspartner (Merkmal 2) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch noch am Leben sind, ist selbsterklärend und bedarf keines

²⁷ Siehe Motive BGB, Band 5 (1888), §2092, 2093, S.603f., welche den „*Erbschaftsbesitzer*“ und „*Erbschaftsanspruch*“ hier anführen. Der Begriff „*Erbschaftsverbindlichkeiten*“ ist mit dieser Definition nicht möglich.

²⁸ MüKoBGB-*Leipold*, Band 11 (2020), §1922, Rn.18.

²⁹ Ausdrücklich Staudinger-*Kunz*, BGB (2017), §1922, Rn.93; MüKoBGB-*Leipold*, Band 11 (2020), §1922, Rn.18 nennt hier § 2032f. BGB als Beispiel.

³⁰ Ausdrücklich Staudinger-*Kunz*, BGB (2017), §1922, Rn.93; in diesem Sinne auch MüKoBGB-*Leipold*, Band 11 (2020), §1922, Rn.18.

³¹ Bamberger/Roth-*Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.47.

³² Streitdarstellung bei §6. und §9.II.2.

Hinweises. Insofern ist dieser Begriff sogar noch weitläufiger und damit unpräziser als die vorherigen Begriffsvorschläge, weswegen er abzulehnen ist.

Als *Hasse* den Begriff „Erbchaftsvertrag“ einführte, erkannte er ebenfalls, dass dies möglicherweise Missverständnisse hervorrufen könnte. Aus diesem Grund führte er äquivalent die Bezeichnung „Vertrag über die Erbschaft eines bestimmten noch Lebenden“ ein und zog diese dem kürzeren Begriff „Erbchaftsvertrag“ sogar vor.³³ Diese Bezeichnung entspricht sogar fast dem heutigen Wortlaut des § 311b IV 1 BGB, der einige Jahrzehnte nach *Hasses* Begriffsschöpfung auch so ins BGB aufgenommen wurde.

Der Begriff „Vertrag über den Nachlass/ die Erbschaft eines noch lebenden Dritten“ hat, wie bereits erörtert, den Vorteil, dass er die wesentlichen spezifischen Merkmale dieser Rechtsproblematik wiedergibt. Der Hinweis auf die Form (Merkmal 4) ist hingegen ein spezielles Tatbestandsmerkmal, welches zwar wichtig ist für die Wirksamkeit, aber bei der Begriffsgenerierung, insbesondere im Hinblick auf § 311b IV BGB, nicht unbedingt notwendig erscheint.

Dasselbe gilt für die Bezeichnung „bestimmten“ Dritten im Sinne der Definition von *Hasse*. Es erscheint logisch, dass die Person des zukünftigen Erblassers den Vertragsparteien bekannt sein muss. Denn nur bei Kenntnis kann auch das Vertragsobjekt ausreichend definiert werden. Zudem suggeriert auch die Bezeichnung „eines noch lebenden Dritten“, dass sich die Vertragsparteien über die Person des zukünftigen Erblassers, über dessen zukünftiges Nachlassvermögen sie sich vertraglich einigen wollen, im Klaren sind.³⁴ Das Wort „bestimmt“ hat somit keinen nennenswerten Mehrwert und ist überflüssig. Der Begriff „Dritte“ dient insofern der Klarstellung, dass der Erblasser nicht Vertragspartei sein kann.

Der für die Rechtsproblematik geeignetste Begriff scheint somit der zu sein, welcher sowohl möglichst viele spezifische Komponenten aufnehmen kann und zugleich flexibel sich dem jeweiligen Vertragsobjekt anpassen kann.

Einen solchen Sammelbegriff für die in Frage kommenden Vertragsobjekte stellt der Gesetzeswortlaut „*Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten*“ in § 311b IV 1 BGB dar. Sollte das Vertragsobjekt der Pflichtteil sein, so gilt „Vertrag über den Pflichtteil aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten“. Bei dem Vermächtnis als Vertragsobjekt hingegen „Vertrag über das Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten“. Alternativ verwendbar erscheint auch „Vertrag mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten“³⁵. Der Vorteil wäre zusätzlich, dass klar gekennzeichnet wird, dass diese Rechtsproblematik einen weiten Anwendungsbereich hat. Es müsste im Voraus auch nicht untersucht werden, was genau das Vertragsobjekt ist, da schon ein Bezug zum zukünftigen Nachlass ausreicht.

³³ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (220).

³⁴ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.80, Fn.7 lehnt Verträge ab, bei denen der zukünftige Erblasser unbekannt ist. In diesen Fällen ist eine Berechtigung der Vertragsparteien beim Vertragsabschluss nicht feststellbar. Zu den Voraussetzungen der Vertragssubjekte s.u. §6. und §9.III.2.; BGB/RG-*Michaelis*, §312a.F., S.494 lässt das Verbot des § 311b IV BGB gelten, gleichgültig, ob der Erblasser beim Vertragsschluss eine bestimmte oder noch ungewisse Person ist; ebenso Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.186; dies war noch anders im römischen Recht. Hierzu D 17.2.3.2 (1) (s.u. §4.I.2.a.); kritisch hierzu HKK-*Harke*, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.14, Fn.45.

³⁵ So der Titel von *Daniels* Monografie „Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten“. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.21 bezeichnet das Rechtsproblem so am Anfang der Dissertation und übernimmt dann ohne weitere Reflektion die Definitionen „Erbchaftsvertrag“ oder „Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten“.

IV. Ergebnis der terminologischen Überlegungen

Auch wenn der Begriff „Erbchaftsvertrag“ sich wohl mittlerweile für dieses Rechtsinstitut etabliert hat, so eignet er sich nicht, auch nicht wie *Hasse* vorschlägt als geeignetes Gegenstück zum Begriff „Erbvertrag“, für die Beschreibung der Problematik. Denn es bleibt unklar, welche Besonderheiten für dieses Rechtsinstitut zugrunde liegen müssen.³⁶ Zum einen ist es der unbeteiligte Erblasser³⁷ und zum anderen das nicht vorhandene Ableben des Erblassers bei Vertragsschluss³⁸. Deshalb sollte dieser Begriff aufgegeben werden. Am präzisesten und geeignetsten erscheint zum einen der Gesetzestext des § 311b IV 1 BGB „*Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten*“ mit der Anpassung an das jeweilige speziellere Vertragsobjekt oder „Vertrag mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten“. Diese Begriffe beschreiben sehr gut die vorliegende Problematik und werden im Folgenden ausnahmslos verwendet.

³⁶ *Schiffner*, Der Erbvertrag, S.201, Fn.2 sieht die Bezeichnung „Erbchaftsvertrag“ als nicht passend an.

³⁷ In Abgrenzung zum Erbvertrag.

³⁸ In Abgrenzung zum Erbschaftskauf; der Erbschaftskauf/ Erbteilskauf (§ 2371ff. BGB) wird nach dem Tod des Erblassers abgeschlossen und ist das Gegenstück zum Vertrag über den Nachlass eines noch Lebenden Dritten, der vor dem Tod des Erblassers abgeschlossen wird: *Meincke*, JuS 1976, 501 (503).

§4 Historische Einordnung

Für das Verständnis einer Norm kann der Blick auf ihre historische Entwicklung lohnen. Denn durch sie lassen sich Änderungen und Entwicklungen in der Rechtsauffassung feststellen und die heutige Auffassung argumentativ stärken. Nicht umsonst wird bei der juristischen Argumentation dem historischen Argument erhebliches Gewicht beigemessen.

Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten haben eine lange Tradition. Auch wenn sich im Laufe der Jahre einiges geändert hat, so finden sich Spuren bis ins römische Recht. Eine Schwierigkeit stellt hierbei die Entwicklung des römischen Rechts dar, denn dieses hatte Gültigkeit über einen sehr langen Zeitraum und war durch die geographische Ausdehnung vielen unterschiedlichen regionalen Einflüssen ausgesetzt.³⁹ Außerdem galt es in weiten Gebieten fast ausschließlich als nichtkodifiziertes Gewohnheitsrecht, was die Aufarbeitung erheblich erschwert.

I. Römisches Recht

Schon im römischen Recht war die Problematik von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten bekannt. Insbesondere der 529 n.Chr. veröffentlichte Codex von Justinian I., sowie die 533 n.Chr. veröffentlichten Digesten⁴⁰ enthalten mehrere Stellen, welche sich mit der Problematik beschäftigen. Da die wichtigsten Regeln immer wieder bei der Auslegung als Nachweise in der heutigen Literatur und Rechtsprechung herangezogen werden, soll auf eine kurze Darstellung dieser Regeln nicht verzichtet werden.

1. Grundregel

Im römischen Recht können mehrere Quellen als Hinweis auf eine Grundregel für die Problematik in Betracht gezogen werden:

a. D 18.4.1

Obwohl D 18.4.1⁴¹ seinem Wortlaut nach genau den Grundfall umschreibt, der bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten vorliegen würde, kann daraus trotzdem keine Grundregel hergeleitet werden. Denn D 18.4.1 will nur über einen Erbschafts Kauf eine Aussage treffen, bei dem die Parteien sich über den Tod des Erblassers geeinigt haben.⁴² Dort ist aber der Tod des Erblassers eine zwingende Voraussetzung, da

³⁹ Zur römischen Zeitepoche und der römischen Rechtswissenschaft siehe einen Überblick in Kaser/*Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, S.3ff.; eine zeitliche Aufarbeitung siehe unter Kaser, Römische Rechtsgeschichte, S.286ff.

⁴⁰ Oder auch griechisch „Pandekten“ genannt. Die Digesten (von digerere = ordnen, sammeln) sind die wichtigste Quelle im römischen Recht. Sie geben bruchstückhaft Rechtsauffassungen von berühmten Juristen wieder. Sie haben das spätere Recht beeinflusst und stellen mangels anderer zusammenhängender Quellen die gesamte Kenntnis des römischen Rechts zu dieser Zeit dar. Siehe hierzu ausführlich Kaser, Römische Rechtsgeschichte, S.246ff.

⁴¹ „Wenn die Erbschaft jemandes, der noch lebt oder den es überhaupt nicht gibt, verkauft wird, dann ist nichts wirksam vereinbart worden, weil das, was verkauft worden ist, in der Wirklichkeit nicht vorhanden ist.“ Übersetzt aus dem Lateinischen in: Behrends/*Knütel/Kupisch/Seiler-Luig*, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S.483; Originaltext s.u. Anhang II.1.c.

⁴² *Götschen*, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, Band 3 (1843), Kp.4, §956, S.431 weist darauf hin, dass bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ein Leistungsgegenstand existiert. Der Vertrag ist dann aber aus sittlichen Gründen ungültig. Dies lässt im Gegensatz die Ansicht zu, dass dem

erst zu diesem Zeitpunkt der Leistungsgegenstand (also die Erbschaft) entstehen kann. Folglich wird auch die Nichtexistenz des Leistungsgegenstandes als Begründung in der Quelle aufgeführt. Nicht umfasst ist der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, bei dem sich beide Parteien aber gerade im Bewusstsein des nicht stattgefundenen Ablebens des Erblassers über dessen zukünftigen Nachlass vertraglich einigen wollen.⁴³ D 18.4.1 kann somit nicht als Regel für Verträge über den Nachlass eines noch Lebenden Dritten herangezogen werden, da er trotz missverständlichem Wortlaut keine Aussage zu diesem Rechtsinstitut tätigt.⁴⁴

b. contra bonos mores

Trotzdem gehen die einschlägigen Quellen⁴⁵ von einem generellen Verbot dieser Verträge im römischen Recht aus.⁴⁶ Als Rechtfertigung des Verbotes werden die *boni mores*⁴⁷ als Beurteilungskriterium herangezogen.⁴⁸ Aufgrund der besonders engen Beziehung von Erblasser und Erbe galt es nämlich als ein vom Recht her missbilligtes Verhalten gegenüber dem künftigen Erblasser, der durch einen solchen Vertrag auch in gewisser Weise in seiner Willensfreiheit niederträchtig behandelt und beleidigt wird.⁴⁹ Ebenfalls als sittenwidrig wird die vorgezogene Auseinandersetzung mit der zukünftigen Erbschaft des Erblassers angesehen. Aber auch die Nichteinbeziehung des Erblassers und der Außerachtlassung der Erblasserinteressen ist beachtenswert.⁵⁰ Zusätzlich könnte der Erblasser der Gefahr einer Lebensnachstellung durch die Vertragsparteien verstärkt ausgesetzt werden.⁵¹ Auch den Erfolg eines Rechtsgeschäftes durch eine Bedingungskonstruktion vom Tod eines anderen Menschen abhängig zu machen, kann *contra bonos mores* zu werten sein.⁵² Das römische Recht kommt somit aufgrund von sittlichen Gründen, die sich wie oben gezeigt aus verschiedenen Gesichtspunkten zusammensetzen, zu einem Generalverbot von allen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Alle Gründe hängen mit der Person des Erblassers und dessen Schutz zusammen. Eine explizite Aussage sowohl über das Vertragssubjekt und das Vertragsobjekt wird allerdings nicht gemacht.

Wortlaut nach aus dieser Quelle keine Rückschlüsse bzgl. der Problematik bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gezogen werden können.

⁴³ So zuvor schon z.B. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.26.

⁴⁴ Im Übrigen wären die Ausnahmen C 2.3.30.2 (3) und D 17.2.3.2 (1) (s.u. §4.I.2.) mit einer solchen Interpretation des D 18.4.1 nicht vereinbar. Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.26.

⁴⁵ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.182 verorten diese Auffassung auch schon auf das Rechtsverständnis vor Justinian I.; *HKK-Harke*, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.12; *Götschen*, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, Band 3 (1843), Kp.4, §956, S.431; RGZ 4, 125 (126).

⁴⁶ Auch C 2.3.30 berichtet davon, dass ein Vertrag über den Nachlass eines noch Lebenden Dritten nichtig sein muss aufgrund eines Verstoßes gegen die guten Sitten (s.u. §4.I.2.a.).

⁴⁷ Vgl. Kaser/*Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, S.121.

⁴⁸ So auch C 2.3.30 (hierzu s.u. §4.I.2.a.); nach *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.28 besteht kein Raum für eine Abstellung auf die Interessen des Versprechenden; insbesondere der Schutz vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung kann nicht angenommen werden.

⁴⁹ Hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.27f.

⁵⁰ Zu beiden Argumenten *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.29.

⁵¹ RGZ 4, 125 (126); *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (226) führt hier als Argument die zahlreichen Vergiftungen und Meuchelmorde der Römer auf.

⁵² *HKK-Harke*, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.12.

c.D 34.9.2.3

Die Rechtsfolge dieser Regel kann in D 34.9.2.3⁵³ abgelesen werden. Dem Empfänger der Rechtsposition aus dem Nachlass wird diese wegen „Unwürdigkeit entzogen“. Auch diese Quelle zeugt somit indirekt davon, dass von der Nichtigkeit des Vertrages ausgegangen wird.⁵⁴

2. Ausnahmen

Von dieser Regel macht das römische Recht aber vereinzelt Ausnahmen. Im Codex von Justinian I. und in den Digesten lassen sich diesbezüglich verschiedene Quellen finden.

a. C 2.3.30.2 (3)

Eine aufschlussreiche Quelle ist C 2.3.30⁵⁵, die von Justinian I. stammt. Hier wird der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten diskutiert und für unzulässig gehalten. Eine Ausnahme soll aber dann möglich sein, wenn der zukünftige Erblasser zum Vertrag seine Zustimmung erteilt und diese bis zu seinem Tode nicht widerruft.⁵⁶ Denn in diesen Fällen ist eine sittliche Anstößigkeit gegenüber dem künftigen Erblasser aufgrund seiner Einwilligung ausgeschlossen und auch dessen Testierwillen kann unabhängig von der Einwilligung zwecks allzeitiger Widerrufsmöglichkeit rechtlich uneingeschränkt ausgeübt werden. Die allzeitige Widerrufsmöglichkeit des Vertrages durch den Erblasser bis zu seinem Tode offenbart hierbei die Abgrenzung zum ebenfalls im römischen Recht verbotenen Erbvertrag.⁵⁷ Eine Beseitigung von wirtschaftlichen Risiken für den Versprechenden wird durch C 2.3.30 allerdings nicht erreicht.⁵⁸

⁵³ „[...] , wenn jemand das Vermögen eines Verwandten zu dessen Lebzeiten und ohne dessen Wissen verschenkt. Denn die Erbschaft [die ihm später zufällt] wird ihm wegen Unwürdigkeit entzogen.“ Übersetzt aus dem Lateinischen in: Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler-Rüfner, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 5 (2012), S.692; Originaltext s.u. Anhang II.1.d.

⁵⁴ Hierzu äußert sich auch Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S.61 und Fn.1a) und Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.329f.

⁵⁵ „[...] Zwei oder mehrere Personen hatten Hoffnung auf eine fremde Erbschaft, welche ihnen etwa wegen Verwandtschaft zufallen sollte, und es sind unter ihnen in Bezug auf die gehoffte Erbschaft Pacta eingegangen worden [...]. 1. Es machte ihnen nämlich der Umstand Bedenken, weil ein solcher Vertrag noch beim Leben Desjenigen, auf dessen Erbschaft man hoffte, eingegangen worden ist, und weil [die Pacten] nicht so abgeschlossen, als wenn die Erbschaft jeden Falls an sie kommen würde [...]. 2. Aber **Uns scheinen alle Verträge der Art widrig und voll des traurigsten und gefährlichsten Erfolges zu sein.** Denn warum treffen beim Leben und wider Wissen Jemandes Andere über sein Vermögen eine Uebereinkunft? 3. **Wir verordnen daher den alten Regeln gemäss, dass solche Pacta, welche gegen die guten Sitten eingegangen sind, schlechterdings verworfen werden sollen, und dass Nichts solchen Verträgen gemäss beobachtet werden soll, wenn nicht etwa Der selbst, über dessen Erbschaft man paciscirt hat, zu denselben seine Einwilligung gegeben haben, und bei derselben bis zum letzten Lebensaugenblick verharret sein wird, dann nämlich, nachdem die so bittere Hoffnung beseitigt worden ist, werden die [Paciscenten], mit Wissen und auf das Geheiss Jenes, solche Verträge halten dürfen. [...]**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser). Übersetzt aus dem Lateinischen in: Otto/Schilling/Sintenis, Codex (Übersetzung), Band 5 (1985), S.285; Originaltext s.u. Anhang II.1.e.

⁵⁶ Für OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.151, S.469f. ist dies sogar zu diesem Rechtsproblem die Hauptquelle im römischen Recht.

⁵⁷ Siehe HKK-Harke, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.12.

⁵⁸ Hierzu im Ganzen Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.30.

b. D 17.2.3.2 (1)

D 17.2.3.2 (1)⁵⁹ deutet ebenfalls auf eine wichtige Ausnahme vom Generalverbot hin.⁶⁰ Dem Wortlaut nach kann mit einer anderen Partei wirksam ein Vertrag geschlossen werden, bei dem eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbestimmte zukünftige gesetzliche Erbschaft unter den Parteien aufgeteilt werden kann. Das bedeutet, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder das Vertragsobjekt noch der Vertragsumfang bestimmbar sein müssen. Hintergrund dieser Regelung ist, dass durch die fehlende Konkretisierung ein Hintergehen des Willens eines bestimmten Erblassers nicht erkennbar und möglich ist. Auch die besonders enge Beziehung von Erblasser und Erben kommt bei dieser Ansicht aufgrund der Unbestimmtheit nicht zum Tragen.⁶¹

Diese Schlussfolgerung kann folglich nur erreicht werden, wenn ausschließlich sittliche Motive für das Generalverbot angenommen werden. Wird hingegen ein wirtschaftlicher Schutzzweck vertreten, so müsste es beim Verbot bleiben, da das Risiko einer Vermögensverschwendung und dem Ausnutzen der Leichtsinnigkeit sogar noch in gesteigerter Form vorliegen würde.⁶²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vertrag im römischen Recht nichtig bleibt, wenn in einem speziellen Fall keine Ausnahme⁶³ einschlägig ist, also insbesondere der bestimmte zukünftige Erblasser keine Zustimmung⁶⁴ erteilt hat.⁶⁵

⁵⁹ „Wurde eine Gesellschaft mit der Abrede eingegangen, daß, wenn einem von beiden Gesellschaften **irgendeine rechtmäßige Erbschaft zufällt, diese gemeinschaftlich ist**, so stellt sich die Frage, was eine rechtmäßige Erbschaft ist: Nur die kraft gesetzlicher Erbfolge anfallende oder auch die auf Testament beruhende? Und es ist mehr zu billigen, daß die **Vereinbarung nur die gesetzliche Erbschaft betrifft**.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser). Übersetzt aus dem Lateinischen in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Misera, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S.403; Originaltext s.u. Anhang II.1.a.

⁶⁰ RGZ 4, 125 (126) ordnet diese Quelle als die ältere der beiden Ausnahmen ein; die Aussage der Quelle wird ebenfalls unterstützt von D 17.2.73: „[...] Wenn sie eine Gesellschaft zum gesamten Vermögen eingegangen sind, das heißt auch bezüglich solcher Dinge, die später von einem jeden erworben werden, **so ist eine Erbschaft, die irgendeinem von ihnen anfällt, in das Gesellschaftsvermögen einzubringen**. [...]“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Übersetzt aus dem Lateinischen in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Misera, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S.435; Originaltext s.u. Anhang II.1.b.

⁶¹ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.29.

⁶² So auch Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.29f.

⁶³ Diese zwei Ausnahmen erwähnt auch Weiske-Buddeus, Band 4 (1843), S.28, insbesondere hierzu Weiske-Buddeus, Band 4 (1843), S.28, Fn.7.

⁶⁴ Die Zustimmung muss ausdrücklich erfolgen, der bloße Wille des Erblassers reicht nicht. Hierzu Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.332.

⁶⁵ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.182; auch Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechtes, S.51.

II. Gemeines Recht und Partikularrechte

Der Zerfall des römischen Reichs⁶⁶ war nicht gleichbedeutend mit dem völligen Bedeutungsverlust des römischen Rechts. U.a. bei der Rezeption des gemeinen Rechts (ius commune) im 16. Jahrhundert wurde das römische Recht herangezogen. Die zu dieser Zeit führenden Juristen versuchten das vom römischen Recht stark beeinflusste spätmittelalterliche Recht zu modernisieren.⁶⁷ Im 17. und 18. Jahrhundert wurde diese Rezeption noch einmal verstärkt, indem nunmehr das bis dahin geltende gemeine-römische Recht noch einmal an den Zeitgeist angepasst wurde. Resultat dieses usus modernus pandectarum war die Schaffung von vielen einzelnen Rechtssätzen.⁶⁸

1. Klärung der allgemeinen Rechtslage

So stellte sich im Laufe dieser andauernden Rezeption vermehrt die Frage, ob bei den Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten weiterhin eine Rechtfertigung des ursprünglich aus dem römischen Rechte herrührenden und ins gemeine Recht übernommenen Verbotes gegeben sei.⁶⁹

Die Anerkennung von Erbverträgen führte hierbei zur Skepsis⁷⁰. Denn diese Erbverträge⁷¹ könnten durch die systematische Nähe zu den Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eine Aufhebung des Verbotes von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten begründen.⁷² Dieses Argument lässt sich aber in der Weise entkräften, dass beide Verträge nach römischem Recht inhaltlich nicht konform und auch die Schutzzwecke unterschiedlich sind.⁷³ Während ein Erbvertrag die unmittelbare Erbfolge verändern kann⁷⁴, kann sich aus der Zulässigkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kein eigenständiges Erbrecht ergeben. Denn diese Vereinbarung soll nur inter partes zwischen den Vertragspartnern die anschließende rechtliche

⁶⁶ Meder, Rechtsgeschichte, S.20: Im Westen ca. 476 n.Chr. und im Osten 1453 n.Chr.

⁶⁷ Vgl. Meder, Rechtsgeschichte, S.243ff.

⁶⁸ Meder, Rechtsgeschichte, S.252; Kaser/Knützel/Lohsse, Römisches Privatrecht, S.13.

⁶⁹ Hierzu der Hinweis bei Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183; Roth, Bayrisches Civilrecht, Teil 3 (1875), §394, S.818.

⁷⁰ Im römischen Recht waren Erbverträge verboten. Zumindest im gemeinen Recht sind solche Verträge aber möglich nach Koeppe, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S.60f. und Fn.1a).

⁷¹ Bestimmte Vertragssubjekte können zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers eine verbindliche Verfügung von Todes wegen mit diesem über die Aufteilung des zukünftigen Erblasservermögens abschließen. Somit ergibt sich zumindest eine faktische Überschneidung des Sachverhalts zwischen dem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten und dem Erbvertrag. Vgl. hierzu Coing, Europäisches Privatrecht, Band 2 (1989), S.605f.

⁷² Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, Band 3 (1843), Kp.4, §956, S.431; ebenso Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.334; Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183 weist auf die gewohnheitsrechtliche Gültigkeit der Erbverträge in Deutschland hin; Weiske-Buddeus, Band 4 (1843), S.29.

⁷³ So Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183; zu beiden Schutzzwecken RGZ 4, 125 (126): „Erbvertrag“: Schutzzweck ist die Wahrung der Testierfähigkeit des Erblassers; „Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten“: Schutzzweck (s.o. §4.I.b.).

⁷⁴ Weiske-Buddeus, Band 4 (1843), S.29.

Bindung der Erbschaft regeln.⁷⁵ Es handelt sich also allenfalls um eine Veränderung der Erbfolge auf mittelbare Art und Weise.⁷⁶

Durch das beiderseitige Erfordernis der Zustimmungsbedürftigkeit des Erblassers kann allenfalls nur von einer Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute gesprochen werden.⁷⁷ Ein Rückschluss von der Wirksamkeit des Erbvertrages auf die Wirksamkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten darf mangels erkennbarer Vergleichbarkeit somit nicht erfolgen.⁷⁸

Nicht überzeugend aus heutiger Sicht ist *Beseler's* Argument, dass ein Verbot deshalb gerechtfertigt sein muss, weil dies mehr Befürworter in der Literatur gefunden hätte als die Gegenmeinung.⁷⁹

Für eine Aufhebung des Verbots könnte im Übrigen sprechen, dass sich im Laufe der Zeit die sittlichen Moralvorstellungen gewandelt haben und nicht mehr die gleichen des römischen Rechts sind.⁸⁰ Da die Moralvorstellungen des römischen Rechts nicht pauschal auf das deutsche gemeine Recht übertragbar sind⁸¹, könnte dies eine Abweichung vom im römischen Recht vorherrschenden Verbot rechtfertigen.⁸²

So hat sich im gemeinen Recht das Verständnis durchgesetzt, dass eine Informierung des Erblassers über den Vertragsinhalt gerade nicht erfolgen soll, um eine unnötige Kränkung des zukünftigen Erblassers zu vermeiden.⁸³ Auch eine veränderte Bewertung von Interessen beim Vertragsabschluss können einen Unterschied machen. Sollte ein solcher Vertrag z.B. vielmehr aus Sorgfalt und Zukunftsabsicherung abgeschlossen werden, sind dies keine verwerflichen Gründe.⁸⁴ Dies deutet durchaus auf eine Verschiebung des Schutzzweckes hin. Auch die Rechtsprechung zu den Spezialfällen⁸⁵ bei Verträgen über den Nachlass eines Verschollenen impliziert, dass es im Verständnis der damaligen Auffassung Einzelfälle gibt, bei denen die Sittlichkeit kein Argument mehr darstellt.⁸⁶

⁷⁵ So RGZ 4, 125 (126); *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.332f.; auch § 2563 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1865 zeigt dies an. (Originaltext s.u. Anhang II.2.g.).

⁷⁶ So *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.28, der auf S.29 sich für eine Zuordnung in das Schuldrecht ausspricht.

⁷⁷ Siehe *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.29.

⁷⁸ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.32, Fn.85 listet hier den Unterschied dieser beiden Vertragsarten auf; ebenso *Koeppe*n, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S.61 und Fn.1a) m.w.N.; auch RGZ 4, 125 (126).

⁷⁹ *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.336f.

⁸⁰ *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.30 m.w.N. in Fn.12.

⁸¹ So *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.30 m.w.N. in Fn.12; unsicher über den Zusammenhang von römischem Recht und gemeinem Recht bzw. der Fortgeltung vom römischen Recht im gemeinen Recht ist sich z.B. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.33; *HKK-Harke*, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.12 vermutet im gemeinen Recht einen Wandel der Regelung.

⁸² Zu beiden Argumenten *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.32, der sogar diese Ansicht als die h.M. bis zum Aufsatz von *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149-241 ansieht; auch *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.30f.

⁸³ So *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.30.

⁸⁴ *Weiske-Buddeus*, Band 4 (1843), S.30.

⁸⁵ Ein anderer Spezialfall ist, wenn der Vertrag der Sicherung der Verfügung von Todes wegen dienen soll. Hierzu *OLG Oldenburg*, Seuffert's Archiv, Band 18 (1864), Nr.91, S.448.

⁸⁶ *OLG Oldenburg*, Seuffert's Archiv, Band 38 (1883), Nr.37, S.59f. lässt einen solchen Vertrag zu, wobei im speziellen Fall nicht abschließend bewiesen werden konnte, ob die Parteien bei Vertragsschluss noch davon ausgingen, ob der Verschollene am Leben war; auch *Hufnagel*, Seuffert's Archiv, Band 1 (1847), Nr.252, S.94 verweist hier mit der gleichen Aussage auf eine Entscheidung des OT Stuttgart vom 14.06.1836.

Trotz einer möglichen Zweckänderung der Norm scheint es aber, dass auch das gemeine Recht letztendlich noch an dem Verbot, trotz nicht abschließender Klärung der Frage, festgehalten hat.⁸⁷ Dies bedeutet, dass im Grunde das gemeine Recht sowohl die römische Regel als auch die Ausnahmen übernommen hat.⁸⁸

Zu beachten ist aber, dass diese Ansicht nur die generelle Sichtweise des gemeinen Rechts wiedergibt. Denn gerade, weil eine Untersuchung des anfänglichen gemeinen Rechts aufgrund der erschwerten Nachprüfbarkeit problematisch ist, bedarf es einer solchen Argumentation. Es lassen sich aber auch unterschiedliche Kodifizierungen aus dieser und späterer Zeit finden, die sich sehr gebietsbezogen zu dieser Problematik geäußert haben und anhand derer sich exemplarisch die damalige Rechtsbeurteilung besser einschätzen lässt.⁸⁹

Diese Kodifizierungen sollen im Folgenden kurz dargelegt werden und mit dem römischen Recht auf Unterschiede und Gemeinsamkeiten analysiert werden. Hierbei gibt es Regelungen, die ebenfalls ein Generalverbot verfolgen und zu den bereits dargelegten Ausnahmen im römischen Recht Stellung beziehen (§4.II.2.). Andere Regelungen weisen Besonderheiten auf (§4.II.3.) oder verzichten ganz auf zulässige Ausnahmeregelungen (§4.II.4.).

2. Generalverbot und Ausnahmen

Im **Freiburger Stadtrecht von 1520**⁹⁰ wird in III Tit.2 [1]⁹¹ verboten, zukünftige Erbschaften zum Gegenstand eines Ehevertrages zu machen. Eine Ausnahme soll nur möglich sein, wenn es um den „*väterlichen oder mütterlichen erbteils*“ geht. Soweit ersichtlich, ist dies die einzige Stelle zu dieser Thematik im Freiburger Stadtrecht. Der oft zitierte II Tit.4 [11]⁹² des Freiburger Stadtrechts spricht dagegen von einer „*gefallen erb-schaft*“. Damit gemeint ist der Erbschafts Kauf, bei dem die Erbschaft bei Vertragsschluss bedingungs halber schon angefallen sein muss. Die Rechtsquellen beschreiben deshalb keinen Fall des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Somit lässt sich aus dem Freiburger Stadtrecht von 1520 keine allgemeine Aussage über dieses Rechtsinstitut entnehmen. Vielmehr wird eine spezielle Aussage darüber gemacht, wie

⁸⁷ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.33 weist auf die ungeklärte abschließende Frage hin, ob das gemeine Recht die aus dem römischen Recht geltende Regelung übernommen hat. Es gibt aber für die Übernahme eine Tendenz in der Rechtsprechung und Literatur: Weiske-Buddeus, Band 4 (1843), S.30 m.w.N.; OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.151, S.469; auch der Hinweis bei Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183; so Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechtes, S.51, Fn.12 m.w.N.; viele Nachweise finden sich bei RGZ 4, 125 (126), Fn.1, das auf die schwankende Praxis und auf eine herrschende Literaturmeinung und Territorialgesetzgebung hinweist.

⁸⁸ Hierzu Koepfen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S.61 und Fn.1a) m.w.N., der die verschiedenen Ausnahmen noch einmal aufzeigt; auch Sintenis, gemeine Civilrecht, Band 3 (1861), §159, S.299, Fn.6; OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 2 (1849), Nr.313, S.312 weist darauf hin, dass die Ausnahme des C 2.3.30.2 (3) des römischen Rechts noch Anwendung hat und es keinen gegenteiligen allgemeinen Gerichtsbrauch gegen diese Norm im gemeinen Recht gibt; Roth, Bayrisches Civilrecht, Teil 3 (1875), §394, S.818, Fn.7 m.w.N.; a.A. OAG Wiesbaden, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.44, S.408 m.w.N.; OT Berlin, Seuffert's Archiv, Band 32 (1877), Nr.256, S.326f. mit zahlreichen Nachweisen, wobei in einer Nachschrift die Uneinigkeit der beteiligten Richter betont wird; RGZ 4, 125 (126).

⁸⁹ Weitere Statuten aufgelistet bei Roth, Bayrisches Civilrecht, Teil 3 (1875), §394, S.819f.

⁹⁰ Das Freiburger Stadtrecht war kein gemeines Recht. Es galt als ausgezeichnetes Stadtrecht seiner Zeit und zielte auf Rechtserneuerung ab. Hierzu Nassall, Freiburger Stadtrecht von 1520, S.1f.

⁹¹ Originaltext s.u. Anhang II.2.a.2).

⁹² Originaltext s.u. Anhang II.2.a.1); Knoche, Freiburger Stadtrecht von 1520, S.91 ordnet diese Norm dem Erbschafts Kauf zu.

Eheverträge ausgestaltet sein können.⁹³ Trotzdem existieren Hinweise, dass beim Freiburger Stadtrecht inzident die Regel des römischen Rechts (evtl. durch Gewohnheitsrecht) adaptiert wurde.⁹⁴

Eine andere Norm findet sich im **Württembergischen Landrecht von 1610** in II. Teil, 9. Titel, § 7⁹⁵ wieder. Der Wortlaut der Grundregel kennzeichnet hier ebenfalls ein Verbot solcher Verträge. Ausnahmsweise ist der Kauf einer Erbschaft noch zu Lebzeiten des Erblassers aber möglich, wenn der Erblasser seine Zustimmung hierzu gegeben hat.⁹⁶ Interessanterweise wurde diese Vorschrift aus dem Freiburger Stadtrecht von 1520 übernommen⁹⁷, allerdings ohne die ehevertragliche Einkleidung und auch in einer ganz anderen zweckorientierten Eingliederung.⁹⁸

Einen differenzierten Ansatz wählt das **Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) von 1794**.⁹⁹ Die Hauptvorschrift für diese Art von Verträgen ist der ALR I 11 § 446¹⁰⁰, welche zwei Fallkonstellationen regelt. Zum einen verbietet sie den vorzeitigen Erbschafts Kauf, aber auch für Verträge über den Nachlass eines noch bekannten oder unbekannt lebenden Dritten stellt sie ein Verbot auf.¹⁰¹ Somit rückt diese Regelung in die Nähe des römischen Verbotes, wendet sich aber explizit von der Ausnahme im römischen Recht ab, welche den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten bei unbestimmtem Erblasser zulässt¹⁰². Der ALR I 12, §§ 650¹⁰³, 651¹⁰⁴ dagegen bezieht sich zwar auf ALR I 12, § 649¹⁰⁵. Allerdings nur auf seinen Vertragsinhalt. Gerade das Partizipieren des Erblassers¹⁰⁶ an dem Vertrag macht deutlich, dass es sich im Ergebnis nicht um einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten handeln kann, sondern vielmehr

⁹³ *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.338 weist darauf hin, dass dies in einigen Statuten (er erwähnt einige davon) so gewesen ist, da dort auch die Lehre der Erbverträge verankert wurde.

⁹⁴ Immerhin aber weist *Knoche*, Freiburger Stadtrecht von 1520, S.118, Fn.544 darauf hin, dass diese Regelung von der oben erwähnten römischen Quelle C 2.3.30 herrührt; siehe auch zur selben Problematik bei der Frankfurter Reformation von 1578, bei der explizit die Weitergeltung des römischen Rechts vorausgesetzt wird. Hierzu *Coing*, Frankfurter Reformation von 1578, S.64.

⁹⁵ Originaltext s.u. Anhang II.2.b.

⁹⁶ So *Griesinger*, Kommentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 2 (1793), S.533; zu weiteren Äußerungen bezüglich dieser Lehre macht Griesinger auf S.534 keine näheren Ausführungen, sondern verweist auf bereits vorhandene herzogliche Verordnungen.

⁹⁷ So *Griesinger*, Kommentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 2 (1793), S.533.

⁹⁸ Hierzu *Griesinger*, Kommentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 2 (1793), S.533f. der beschreibt, dass vor allem Regelungsinhalt der Vorschrift die Frage des Regresses ist. Denn im römischen Recht konnte vom Käufer der Erbschaft nur etwas zurückgefordert werden, wenn der Vertrag mit dem Fiskus geschlossen wurde. Im Württembergischen Landrecht von 1610 dagegen können die Gläubiger des Erblassers sowohl den Käufer als auch den Verkäufer in Anspruch nehmen. Daraufhin muss dann der Käufer vom Verkäufer bei Vorleistung Regress nehmen.

⁹⁹ Das ALR ist zwar nicht gleichzusetzen mit dem gemeinen Recht. Trotzdem haben die Redaktoren des BGBs das ALR bei der Ausarbeitung von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten herangezogen. Siehe: Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184f.

¹⁰⁰ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.1).

¹⁰¹ *Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 1 (1862), 11.Titel, §446, Fn.1a), S.852.

¹⁰² Hierzu s.o. §4.I.2.a.

¹⁰³ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.3).

¹⁰⁴ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.4).

¹⁰⁵ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.2).

¹⁰⁶ Der Erblasser ist gem. ALR I 12, § 651 an seine Erklärung gebunden und darf nicht anderweitig eine Verfügung von Todes wegen abgeben.

um einen Erbvertrag zwischen einem Fremden, dem Erben und dem beitretenden zukünftigen Erblasser.¹⁰⁷

Das **Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1865** kennt in § 2563¹⁰⁸ sowohl ein Generalverbot für Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als auch eine Ausnahme, wenn der Erblasser dem Vertrag zugestimmt hat. Dies lässt erkennen, dass das sächsische Gesetzbuch in dieser Norm sehr stark dem römischen Recht gefolgt ist.¹⁰⁹

Auch der **Dresdener Entwurf von 1866** enthält in seinem Art. 33¹¹⁰ eine Regelung zu der Problematik. Wirksam ist demnach ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur bei der Zustimmung des bestimmten Erblassers.

Speziell an der Regelung ist seine Formulierungsweise. Es wird nicht mehr von einem Generalverbot ausgegangen, sondern die Ausnahmeregelung wird mit dem Wort „nur“ herausgehoben. Das Generalverbot gilt zwar immer noch konkludent, aber trotzdem ist eine Abgrenzung zu der vorangegangenen Gesetzesformulierung möglich. Inhaltlich folgt die Norm aber dem römischen Recht mit Ausnahme der Regelung bzgl. einer vorhandenen Unbestimmtheit der Erbschaft bei Vertragsschluss.¹¹¹

Es finden sich somit sehr viele Rechtsnormen im gemeinen Recht und bei den Partikularrechten wieder, die dem römischen Recht sogar bei dessen gewählten systematischen Aufbau Folge leisten. Tendenziell bleibt es beim Generalverbot und auch die Zustimmungsmöglichkeit des Erblassers wird oft sogar ausdrücklich, aber auch aus allgemeinen Grundsätzen übernommen. Für die andauernde Geltung der zweiten Ausnahme¹¹² des römischen Rechts spricht dagegen nicht viel.¹¹³

3. Besonderheiten

Eine besondere Regelung hält III. Kap. 11 §1 Nr.5¹¹⁴ des **bayrischen Landrechts von 1756** bereit. Zum einen ergibt sich konkludent aus dem Wortlaut, dass ein solcher Vertrag bei Zustimmung des Erblassers wirksam ist. Sollte eine solche „*Mitbewilligung*“ nicht vorliegen, dann ist ein solcher Vertrag wirksam, wenn der Versprechende Erbe wird und damit die Bedingung eintritt. Ob der Erblasser und damit sein Nachlass bestimmbar bleiben oder nicht, ist dabei irrelevant.

Es scheint so, dass hier ein solcher Vertrag mit Zustimmung des Erblassers grundsätzlich Gültigkeit erlangt. Dies stellt insoweit keine Abweichung zum römischen Recht dar. Liegt aber keine Zustimmung vor, so ist der Vertrag nicht unwirksam, sondern es kommt darauf an, ob die Bedingung eintritt oder nicht. Man könnte somit von einer aufschiebenden Bedingung ausgehen. Dies wäre zumindest die Konsequenz einer solchen Gesetzestextformulierung. Eine vergleichbare Regelung kann aber bei den oben erörterten Kodifikationen nicht gefunden werden.

¹⁰⁷ Das sieht auch so *Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 2 (1862), 12. Titel, §649, Fn.20, S.160.

¹⁰⁸ Originaltext s.u. Anhang II.2.g.

¹⁰⁹ *OAG Dresden*, Seuffert's Archiv, Band 36 (1881), Nr.135, S.193 weist darauf hin, dass die Vorschrift aus dem römischen Recht herrührt; ob hingegen auch die zweite Ausnahme des römischen Rechts (es geht um den unbestimmten Dritten) übernommen wurde bleibt unklar. Zumindest aus Wortlautgesichtspunkten könnte zwecks Nichterwähnung dies abzulehnen sein.

¹¹⁰ Originaltext s.u. Anhang II.2.h.

¹¹¹ Hierzu s.o. §4.I.

¹¹² Es geht um die Gültigkeit eines Vertrags über die zukünftige Erbschaft eines unbekanntem zukünftigen Erblassers; s.o. §4.I.2.b.

¹¹³ ALR I 11 § 446 spricht sich sogar explizit dagegen aus. Originaltext s.u. Anhang II.2.d.1).

¹¹⁴ Originaltext s.u. Anhang II.2.c.

4. Wegfall der Ausnahme

Abgeleitet aus dem **Code civil** gem. Artt. 761, 1130, 1600¹¹⁵ in der Fassung von 1810 verbietet das **badische Landrecht von 1810**¹¹⁶ in § 1600¹¹⁷ den Verkauf einer Erbschaft auch mit Bewilligung des zukünftigen Erblassers. Durch die explizite Bezugnahme auf die Bewilligungsmöglichkeit des Erblassers und dessen Ausschluss vertritt der code civil und damit auch das badische Landrecht von 1810 ein sehr strenges Generalverbot ohne Ausnahmemöglichkeit. Hiermit grenzt es sich von anderen Rechten, aber auch vom römischen Recht erheblich ab.¹¹⁸

Außerdem veröffentlichte im Jahre 1860 das königliche bayrische Staatsministerium der Justiz einen **Entwurf für ein bürgerliches Gesetzbuch, das für das Königreich Bayern** gelten sollte. In II. Art. 27¹¹⁹ beinhaltet es eine Norm über Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Hierbei wird ein generelles Verbot statuiert und auch explizit die Zustimmungsmöglichkeit des zukünftigen Erblassers ausgeschlossen. Eine Vermeidung einer Ausnahmemöglichkeit soll hier aus sittlichen Gründen gerechtfertigt sein und ein Heraufbeschwören einer Lebensgefahr für den Erblasser vermieden werden.¹²⁰

Auch *Mommsen* veröffentlicht im **Jahre 1876 einen Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes** im Bereich des Erbrechts. Hierbei fasst er die Regelungen aus verschiedenen Rechten zusammen und lässt sich insbesondere vom Sächsischen Gesetzbuch inspirieren.¹²¹ In § 208¹²² seines Entwurfes spricht er sich allerdings für ein allgemeines Verbot ohne Unterscheidung bei den Vertragssubjekten aus.¹²³ *Mommsen* erkennt, dass zu Lebzeiten des Erblassers zum einen zwei unbeteiligte Personen aus wirtschaftlichen Gründen einen Vertrag über eine Erbschaft untereinander erzielen können. Hieraus kann aber noch kein Bedürfnis für eine Zulassung begründet werden.¹²⁴ Zusätzlich können auch zwei gesetzliche Erben durch Erbverzicht untereinander eine Vereinbarung treffen.¹²⁵ Dieser in Frage kommende Personenkreis sollte aber auf andere Wege ausweichen,

¹¹⁵ Originaltext s.u. Anhang II.3.d.; Hinweis auch bei Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183; *Brauer*, Erläuterungen über den Code Napoléon, Band 2 (1986), S.376, Rn.61: Der Code Napoléon kennt ein Verbot von Erbverträgen, und macht nur bei einem engen Bezug der Vertragssubjekte zueinander eine Ausnahme.

¹¹⁶ Das Badische Landrecht wird als Tochterrecht des Code civil angesehen. Dieses Recht wurde ohne Fremdzwang adaptiert, um der Rechtszersplitterung Einhalt zu gebieten. Nach Napoléon Bonapartes Sturz wurde das Gesetz nur noch als „Landrecht für das Großherzogthum Baden“ bezeichnet. Siehe hierzu z.B. Müller-Wirth/Wagner-Gross, Code Napoléon – Badisches Landrecht, S.27 und S.31.

¹¹⁷ Originaltext s.u. Anhang II.2.e.

¹¹⁸ Vgl. auch Hinweis zur Abgrenzung vom Code civil zum römischen Recht bzgl. dieser Regelung in RGZ 15, 325 (326).

¹¹⁹ Originaltext s.u. Anhang II.2.f.

¹²⁰ So *Kaiser*, Motive zum Entwurfe Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, Theil II (1861), S.62, welche die Herkunft der Vorschrift mit dem französischen Art. 1130 cc in Verbindung bringen.

¹²¹ *Mommsen*, Entwurf Erbrecht, S.274f. nimmt Bezug zum A.L.R., code civil, ABGB, Zürcher Gesetzbuch, hessischer Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sächsisches Gesetzbuch, teilweise bayrischer Entwurf eines Gesetzbuchs und römisches Recht.

¹²² Originaltext s.u. Anhang II.2.i.

¹²³ Angelehnt ist diese Regelung nach *Mommsen*, Entwurf Erbrecht, S.274 an das code civil (Artt. 791, 1130), ABGB (§ 879) und hessischer Entwurf des Obligationenrechts (Art. 54).

¹²⁴ Insbesondere sei dies kein wirtschaftlich sinnvoller Vertrag, weil nur die Person einen solchen Vertrag abschließen wird, die bereits verzweifelt ist und zudem wird dieser Person die Möglichkeit der Wiederrichtung genommen. Hierzu *Mommsen*, Entwurf Erbrecht, S.274.

¹²⁵ *Mommsen*, Entwurf Erbrecht, S.274.

um eine Vereinbarung zu treffen.¹²⁶ Zusätzlich ist es sittenwidrig und „unziemlich“, Vereinbarungen auf den Tod eines anderen abzugeben, weswegen es generell bei dem Verbot bleiben muss.¹²⁷ Aus diesen Gründen grenzt er sich zu zahlreichen anderen Rechtsauffassungen zu dieser Zeit bewusst ab.¹²⁸

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es starke Gemeinsamkeiten zwischen dem römischen Recht und dem gemeinen Recht, respektive den Partikularrechten gibt. Oder anders ausgedrückt: Der Regelungsgehalt des römischen Rechts ist zu einem gewissen Grade in allen Kodifikationen und Rechtsauffassungen des gemeinen Rechts und den Partikularrechten wiederzufinden. Das gemeine Recht und manche Partikularrechte kennen ebenfalls Abweichungen vom römischen Recht und lassen diese auch zu. Dies macht deutlich, dass nur sehr schwer eine generelle Aussage über das gemeine Recht und die Partikularrechte getroffen werden kann. Dies liegt auch an dem langen zeitlichen und geografisch weiten Anwendungsbereich des gemeinen Rechts.

Die Mannigfaltigkeit der Regelungen sollten hierbei beachtet und ausreichend gewürdigt werden. Allerdings konnte auch gezeigt werden, dass durch die Heranziehung der einzelnen Rechtsquellen klare Aussagen im Einzelfall möglich sind und tendenziell eine Orientierung am römischen Recht sehr stark erkennbar ist.

¹²⁶ Hier wird vor allem vorgeschlagen, abzuwarten, bis der Erblasser verstorben ist. Es geht hier auch nach *Mommsen* gerade um den Eigennutz der Parteien und die Förderung von Familienstreitigkeiten; siehe hierzu unter §5.II.2. auch den Schutzzweck bzgl. § 311b V BGB.

¹²⁷ So *Mommsen*, Entwurf Erbrecht, S.274f.

¹²⁸ Hierzu *Andres*, Erbschaftsentwurf von Friedrich Mommsen, S.426 und insbesondere Fn.77.

III. Bürgerliches Gesetzbuch

Auch die Schöpfer des BGBs mussten sich mit dem Rechtsproblem der Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auseinandersetzen. Im Ergebnis fanden Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten Eingang in den § 312 a.F. BGB¹²⁹ der ersten Fassung des BGBs vom 18.08.1896. In Kraft trat die Regelung am 01.01.1900.¹³⁰

Hierbei ging die 1. Kommission noch von einem Generalverbot für Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aus. Die 2. Kommission dagegen setzte sich schließlich für eine Aufweichung dieses Verbotes ein und brachte den § 312 II a.F. BGB, bzw. den heutigen § 311b V BGB in die Norm ein. Was aber für die Redaktoren des BGBs der leitende Zweck der Vorschrift gewesen ist, erscheint gar nicht so klar und wird immer noch unterschiedlich beurteilt.¹³¹

Erkennbar ist aber, dass aus den Vorgängerregelungen sich letztendlich diese durchgesetzt haben, die sich für ein Generalverbot ausgesprochen haben.¹³² Die Ausnahmeregelung des § 311b V BGB ist dagegen in seiner jetzigen Form ohne Vorgänger. Am ehesten weist die Regelung des ALR I 12, § 649¹³³ noch Gemeinsamkeiten mit § 311b V BGB auf.¹³⁴

Die größte Abweichung vom römischen Recht und dem gemeinen Recht ist die Aufgabe des Zustimmungserfordernisses des Erblassers. Dies erfolgte vor allem, weil durch die Zustimmung keine Steigerung der Rechtssicherheit erlangt wurde. Denn der Erblasser konnte weiterhin anderweitig testieren. Zusätzlich aber führte es zu einer Bedrohung für das Leben des Erblassers, wenn er die Zustimmung verweigerte.¹³⁵

IV. Änderung des Beurkundungsgesetzes im Jahre 1970

Der ursprüngliche Gesetzestext wurde im Rahmen einer Gesetzesänderung im Beurkundungsrecht im Jahre 1970 abgeändert. Ersatzlos gestrichen wurden in § 312 II a.F. BGB die Wörter „*gerichtlichen oder*“.¹³⁶ Ursache hierfür war gem. § 56 I BeurkG der Wegfall der durch Bundesrecht zuvor angeordneten Doppelzuständigkeit von gerichtlicher und notarieller Beurkundungsfähigkeit. Hintergrund dieser Gesetzesänderung waren mehrere angestrebte Hauptziele. Darunter zu finden waren vor allem eine angestrebte Vereinfachung des Beurkundungsverfahrens, eine bundeseinheitliche Regelung des Beurkundungsverfahrensrechts und eine Festlegung eines Beurkundungsmonopols bei den Notaren.¹³⁷ Hinweise darauf, dass diese Gesetzesänderung tatsächliche Auswirkungen auf die Gesamtinterpretation der Norm verursachte, sind in der Literatur jedoch nicht erkennbar.

¹²⁹ Originaltext s.u. Anhang II.3.b.

¹³⁰ Siehe bzgl. anderen ausführlichen Erläuterungen zur Entstehungsgeschichte des §§ 311b IV, V BGB in der Literatur u.a. Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184-186; HKK-*Harke*, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.13f.; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.33-35.

¹³¹ Im Einzelnen die Ausführungen s.u. §5.

¹³² Vgl.§4.I.1. und §4.II.2.

¹³³ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.2).

¹³⁴ Hierauf weisen auch die Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184f. hin.

¹³⁵ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185. S.u. §5.I.1.c.

¹³⁶ Beurkundungsgesetz vom 28.08.1969, BGBI. I S.1513, § 56 I BeurkG.

¹³⁷ So *Scharfenberg*, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, S.443.

V. Schuldrechtsmodernisierungsreform

Eine weitere Veränderung erfolgte durch die Schuldrechtsmodernisierungsreform im Jahre 2002. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in der Fassung vom 26.11.2001¹³⁸ kam es zur Veränderung des Gesetzestextes und zu einer Neuverortung der Vorschrift in § 311b IV, V BGB. Der Gesetzestext lautet nun wie folgt:

„§ 311b BGB

[...]

(4) Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.

(5) Absatz 4 gilt nicht für einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung.“

Eine Wortvergleichsanalyse ergibt somit, dass zumindest § 312 I a.F. BGB wortgleich in § 311b IV BGB wiederzufinden ist.¹³⁹ Abweichend hiervon sind sprachliche Differenzen zwischen § 312 II a.F. BGB und § 311b V BGB zu erkennen.¹⁴⁰ Jedoch sind diese von untergeordneter Bedeutung, so dass festgestellt werden muss, dass § 312 II a.F. BGB zumindest inhaltsgleich in § 311b V BGB übernommen wurde.¹⁴¹

Festzuhalten bleibt, dass die Schuldrechtsmodernisierungsreform auf die § 311b IV, V BGB keine inhaltlichen Auswirkungen gehabt hat und die Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auf den ersten Blick seit den Anfängen des BGBs unveränderten Regelungen unterstehen.¹⁴² Diese Feststellung ist deshalb von großer Bedeutung, weil ältere Rechtsquellen somit bei der Auslegung de lege lata ohne besondere Vorbehalte herangezogen werden können.

¹³⁸ BGBI I 2001, 3138.

¹³⁹ Siehe auch Hinweis bei Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, S.284.

¹⁴⁰ Die Formulierung „Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag“ in § 312 II a.F. BGB wurde mit „Absatz 4 gilt nicht für einen Vertrag“ in § 311b V BGB ersetzt. Es handelt sich um eine sprachliche Veränderung des Normtextes, die der Neuverortung zu verdanken ist. „Diese Vorschriften“ beziehen sich auf § 312 I a.F. BGB und verdeutlichen den Ausnahmecharakter des § 312 II a.F. BGB. Hierzu z.B. Soergel-Wolf, BGB, Band 2 (1990), §312 a.F., Rn.10; in der aktuellen Normenfassung bezieht sich § 311b V BGB („Absatz 4 gilt nicht [...]“) sehr explizit auf § 311b IV BGB und verdeutlicht auch hier den Ausnahmecharakter. Letztendlich handelt es sich um eine gewollte sprachliche Veränderung, die nicht den Inhalt der Norm berührt.

¹⁴¹ Das sieht auch jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.434 so; ebenso Abgeordnete BT, Gesetzesentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, 166; jedoch nicht mehr erwähnt (allerdings mit Anlage des oben erwähnten Gesetzesentwurfes der Abgeordneten) in BReg, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6857; dies lässt den Rückschluss zu, dass durch die Bundesregierungserklärung diese Vorschrift nicht geändert werden sollte, da in der Erklärung nur die problematischen Änderungen angesprochen werden; auch Hk-Fries/Schulze, BGB (2021), §311b, Rn.2.

¹⁴² Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, S.284 der kritisiert, dass bei der Gesetzesreform der Gesetzgeber die Chance verpasst hat, durch Veränderung des Gesetzeswortlauts in § 311b V BGB manche Streitfragen obsolet werden zu lassen. Ausführungen s.u. §9.

§5 Normzweck

Die Beurteilung von Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter ist sehr stark geprägt von der § 311b IV, V BGB zugrundeliegenden ratio legis. Welche Interessen und welcher Normzweck den jeweiligen Regelungen zugrunde liegt, wurde und wird in der Rechtsprechung und in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Im Folgenden werden die insoweit diskutierten Schutzzwecke dargestellt, wobei die Darstellung sich vorrangig an den jeweils betroffenen Interessen der am Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten beteiligten Personen orientiert.

I. Normzweck und Schutzgut des § 311b IV BGB

Als Rechtfertigung für das Generalverbot gem. § 311b IV BGB von Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter kommen Eingriffe in den Interessenbereich des zukünftigen Erblassers (§5.1.), des Versprechenden (§5.2.) und des Versprechensempfängers (§5.3.) in Betracht. Aber auch sonstige nicht unmittelbar einem Personenkreis zuordenbare Schutzzwecke können betroffen sein (§5.4.).

1. Interessenbereich des Erblassers

a. Respektierung der Person des Erblassers

1) Römisches Recht

Schon im römischen Recht wurde ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als sozial-ethisch anstößig und als pietätlos eingeordnet.¹⁴³ Begründet wurde dies damit, dass die vorgezogene Auseinandersetzung mit der zukünftigen Erbschaft des Erblassers den fehlenden Respekt gegenüber der Person des Erblassers zum Ausdruck bringt. Denn eine immanente Bedingung beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist der Tod des zukünftigen Erblassers. Jeder derartige Vertrag bringt daher zum Ausdruck, dass für die Vertragsparteien das Wohl des Erblassers nicht von Bedeutung ist, sondern nur dessen Eigentum und sein Vermögen. Insoweit wird die Auseinandersetzung der Vertragsparteien mit dieser Thematik unter Nichteinbeziehung des Erblassers und Außerachtlassung der Erblasserinteressen als sittenwidrig gewertet.¹⁴⁴ Zusätzlich spekulieren die Vertragspartner hierdurch auch auf eine contra bonos mores verwerfliche Art und Weise auf den baldigen Tod eines Dritten, indem der Erfolg eines Rechtsgeschäftes durch eine Bedingungskonstruktion vom Tod genau dieses Dritten ohne dessen Wissen abhängig gemacht wird.¹⁴⁵ Untermuert wird die vorhandene Verletzung der Pietät gegenüber dem zukünftigen Erblasser auch dadurch, dass im römischen Recht die Beziehung zwischen dem zukünftigen Erblasser und den zukünftigen Erben als besonders eng angesehen wurde und deshalb das römische Recht einen Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als ein missbilligtes Verhalten gegenüber dem zukünftigen Erblasser angesehen hat.¹⁴⁶

¹⁴³ S.o. §4.I.1.

¹⁴⁴ Zu beiden Argumenten Weiske-Buddeus, Band 4 (1843), S.29.

¹⁴⁵ HKK-Harke, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.12.

¹⁴⁶ Hierzu Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.27f.

2) Gesetzesbegründung

Auch die Motive zum Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten führen als Nichtigkeitsgrund „sittliche Verwerflichkeit“ an. Wann jedoch eine solche „sittliche Verwerflichkeit“ vorliegt, geht aus den Motiven nicht hervor.¹⁴⁷

3) Literatur bis heute

Die mit dem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten verbundene Spekulation auf den Tod des zukünftigen Erblassers wird heutzutage teilweise in der Literatur auch noch als sittlicher Angriff auf die Ehre und die Person des zukünftigen Erblassers gesehen.¹⁴⁸ Denn der zukünftige Erblasser wünscht sich in der Regel, dass gerade keiner außer ihm selbst sich zu seinen Lebzeiten über sein Ableben und die Vermögensverwertung seines Nachlasses ohne sein Wissen oder sein Einverständnis Gedanken macht und noch weniger mit seinem Ableben rechtsgeschäftliche Hoffnungen verbunden werden. Hierbei ist der sittliche Angriff auf die Ehre und die Person des zukünftigen Erblassers nicht darin zu sehen, dass von den Vertragsparteien der Tod einer Person zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts gemacht wird. Denn z.B. beim Erbvertrag ist der Tod des Erblassers ebenfalls Vertragsbestandteil.¹⁴⁹ Eine Differenzierung scheint somit insofern geboten, als der Tod eines Menschen im Rahmen des Bedingungseintritts nicht das entscheidende Kriterium sein kann, welches von der Rechtsordnung untersagt werden soll. Denn der Umstand, dass jemand sterben wird, ist weder eine unsichere Tatsache noch eine unmoralische Annahme.¹⁵⁰ Es geht demnach vielmehr darum, dass die Parteien darauf spekulieren, zu welchem Zeitpunkt der Erblasser versterben wird und welchen Umfang das Nachlassvermögen haben wird.¹⁵¹

Es wird aber auch diskutiert, ob sittliche Aspekte bei der Auslegung von § 311b IV BGB überhaupt noch eine Rolle spielen sollen.¹⁵² So geht beispielsweise *Henssler* davon aus, dass diese von untergeordneter Bedeutung seien.¹⁵³ Er begründet dies damit, dass die Spekulation der Parteien auf das Ableben oder den baldigen Tod des zukünftigen Erblassers als Verbotgrund in § 311b IV BGB nicht mehr zeitgemäß sei.¹⁵⁴

4) Rechtsprechung

Bis ins Jahr 1993 haben Gerichte die sittliche Anstößigkeit, die mit einem solchen Vertrag verbunden ist, als Grund für das Generalverbot in § 311b IV BGB angeführt.

¹⁴⁷ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

¹⁴⁸ *Stöcker*, JZ 1970, 675 (676); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.35; *Du Chesne*, ZBIFG 1909, 234 (237); ebenfalls *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.46; *Mommson*, Entwurf Erbrecht, S.275; so auch *HKK-Harke*, Band II/2 (2007), §311b, Rn.13f., für den hierin der einzige Grund für die Nichtigkeit liegt.

¹⁴⁹ Auch wenn der Erblasser hier selbst Vertragspartei gem. §§ 1941 I, 2274 BGB ist.

¹⁵⁰ Der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann erst erfüllt werden, wenn die Bedingung eintritt, dass der Versprechende auch Rechtsinhaber wird. Dies kann wiederum nur geschehen, wenn der Erblasser verstirbt. Somit hängt der Bedingungseintritt unmittelbar mit dem Todeszeitpunkt des Erblassers zusammen und im Ergebnis spekulieren die Parteien zumindest mittelbar durch den Vertragsabschluss auf das Ableben des Erblassers.

¹⁵¹ Vgl. *HKK-Harke*, Band II/2 (2007), §311b, Rn.13.

¹⁵² *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2.

¹⁵³ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223); auch *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (455); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2.

¹⁵⁴ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223).

Häufig wurden als Begründung jedoch zusätzlich noch weitere Aspekte herangezogen, auf die später noch einzugehen sein wird.¹⁵⁵

Mit den Gerichtsentscheidungen des BGH vom 23.11.1994¹⁵⁶ und 25.10.1995¹⁵⁷ hat sich dies jedoch gewandelt. Hier hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich ausgeführt, dass die Entwicklung der Rechtsprechung dazu geführt hat, dass die Spekulation auf den Tod eines Erblassers als Schutzzweck von § 311b IV BGB stark in den Hintergrund getreten ist.¹⁵⁸

Ob diese Auffassung allerdings in der Rechtsprechung allgemein vorherrschend ist, kann zumindest angezweifelt werden. Das OLG Koblenz entschied im Jahr 2002, dass Feststellungsklagen über Rechte am zukünftigen Nachlass zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers unzulässig sind, weil u.a. eine solche Entscheidung die Würde des Erblassers verletzen würde.¹⁵⁹

b. Schutz des Testierwillens bzw. Dispositionsbefugnis des Erblassers

Ein anderer Schutzgedanke möchte vorwiegend die Testierfreiheit, respektive die Dispositionsbefugnis des zukünftigen Erblassers schützen.

1) Römisches Recht

Denn schon im römischen Recht bestand die Auffassung, dass Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten unzulässig in die Willensfreiheit des zukünftigen Erblassers eingreifen.¹⁶⁰

2) Gesetzesbegründung

Die Protokolle der 2. Kommission zu den Gesetzesmaterialien der Norm nehmen dieses Argument ebenfalls wieder auf und führen nunmehr aber aus, dass aufgrund der gemachten Erfahrungen in ALR I 12 § 649¹⁶¹ keine „unlauteren Einwirkungen“ auf den zukünftigen Erblasser durch den Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zu beobachten waren.¹⁶² Die Motive zur Norm verweisen dagegen auf die weiterhin noch relevanten Nichtigkeitsgründe aus dem römischen Recht, ohne aber speziell die Einschränkung der Testierfreiheit des Erblassers noch einmal zu erwähnen. Vielmehr nennen sie sehr allgemein die hieraus resultierende „sittliche Verwerflichkeit“ als Nichtigkeitsgrund.¹⁶³

¹⁵⁵ Sittliche Anstößigkeit wurde u.a. in folgenden Entscheidungen neben anderen Gründen als ausreichend erachtet: BGH, DNotZ 1960, 382 (383) (zusätzlich: volkswirtschaftliche Bedenken wegen Spekulationsgefahr); BGHZ 26, 320 (324f.) (zusätzlich: leichtsinnige Vermögensverschleuderung, Ausbeutung solchen Leichtsinns); BGHZ 104, 279 (281) (zusätzlich: Spekulationsgefahr, leichtsinnige Vermögensverschleuderung, Ausbeutung solchen Leichtsinns).

¹⁵⁶ BGH, NJW 1995, 448.

¹⁵⁷ BGH, FamRZ 1996, 162 (163).

¹⁵⁸ BGH, NJW 1995, 448; BGH, FamRZ 1996, 162 (163).

¹⁵⁹ OLG Koblenz, Urt. v. 26.09.2002 – 5 U 1940/01.

¹⁶⁰ Hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.27f.

¹⁶¹ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.2).

¹⁶² Protokolle, S.918, in: *Mugdan*, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618.

¹⁶³ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185.

3) Literatur

In der Literatur wird dieser Gesichtspunkt zur Begründung ebenfalls herangezogen.¹⁶⁴ Auch wenn ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht die Testierfreiheit des Erblassers unmittelbar aufgrund seiner aufschiebenden Wirkung beeinträchtigen kann, könnte sich der Erblasser in seiner Testierfreiheit beschränkt sehen, wenn ihm die Existenz oder sogar der Inhalt eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten bekannt wird. Denn zumindest aus moralischer Sicht könnte sich der Erblasser an den Vertragsinhalt der Vertragsparteien gebunden fühlen und tatsächlich seine letztwillige Verfügung daran anpassen oder eben gerade eine Testierung unterlassen.¹⁶⁵ Oder um es mit den Worten *Stöckers* auszudrücken: „Tatsächlich sind eben seine [Hinweis: gemeint sind die des zukünftigen Erblassers] Interessen doch berührt, wenn ihm die ungeduldrigen Erbprätendenten den Eindruck vermitteln, daß die Aasgeier bereits kreisen und die Beute untereinander schon verteilt haben.“¹⁶⁶ Sollte der zukünftige Erblasser hingegen bereits eine Verfügung von Todes wegen verfasst haben, so könnte ihn der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten verärgern, weil er das Gefühl bekommen könnte, dass hierdurch die Erbfolge hinter seinem Rücken wieder korrigiert werden soll.¹⁶⁷ Beide Argumente zeigen somit auf, dass die Vertragsparteien durch den Vertragsschluss dem Erblasserwillen auf pietätlose Art und Weise gegenüberstehen.¹⁶⁸

Es gibt aber auch Stimmen in der Literatur, die diesen Schutzzweck nicht mehr als Rechtfertigung für das Verbot gelten lassen wollen. Dies liegt zum einen daran, dass dieser Schutzzweck aufgrund veränderter Wertvorstellungen als veraltet angesehen wird.¹⁶⁹ Zum anderen bestehe bei jedem zukünftigen Erben die Gefahr, dass potenzielle zukünftige Erben versuchen Einfluss auf dessen Testierung zu nehmen. Hierin sei keine Besonderheit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auszumachen.¹⁷⁰

4) Rechtsprechung

Dass solche Fälle auch in der Praxis vorkommen können, zeigt ein Fall aus dem Jahre 1949. Dort wurde im Rahmen einer Entscheidung zum heutigen § 311b IV, V BGB dem Versprechenden und letztlich Erben von seinem Bruder der Vorwurf gemacht, dass er unrechtmäßig den Erblasser zur Veränderung der Erbfolge veranlasste, um beide Höfe an sich zu bringen.¹⁷¹ Das Gericht ist allerdings bei der Begründung nicht näher auf diesen Vorwurf eingegangen.¹⁷²

Auch in einer Entscheidung des OLG Koblenz aus dem Jahre 2002 stellte das Gericht fest, dass Feststellungsklagen über den zukünftigen Nachlass zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers für den zukünftigen Erben nicht möglich sind. Denn dies würde eine Verletzung der Dispositionsbefugnis des zukünftigen Erblassers darstellen, was gem.

¹⁶⁴ *Kues*, ZEV 2001, 13 (14); *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.46.

¹⁶⁵ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.24 m.w.N.

¹⁶⁶ *Stöcker*, JZ 1970, 675 (676).

¹⁶⁷ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.24 m.w.N.

¹⁶⁸ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.24.

¹⁶⁹ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223); dies sieht auch *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930) so; vgl. auch *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2.

¹⁷⁰ Vgl. *HKK-Harke*, Band II/2 (2007), §311b, Rn.13.

¹⁷¹ OGHZ 2, 114 (117).

¹⁷² OGHZ 2, 114 (118): Dies könnte evtl. daran liegen, dass vom Gericht in diesem Fall kein Widerspruch zum Erblasserwillen der Tante festgestellt werden konnte.

§ 311b IV BGB untersagt ist. Es sollen demnach Feststellungsklagen vermieden werden, bei denen Auseinandersetzungen geführt werden, die das Vermögen des zukünftigen Erblassers berühren.¹⁷³

c. Schutz von Leib und Leben des Erblassers

Aus dem Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann auch ein zusätzliches Risiko für Leib und Leben des Erblassers entstehen.¹⁷⁴ Denn nach Abschluss eines solchen Vertrages haben die Vertragsparteien, insbesondere der Versprechensempfänger, großes Interesse daran, dass das zukünftige Nachlassvermögen möglichst nicht bis zum Tode des zukünftigen Erblassers erheblich geschmälert wird. Sollte aber erkennbar werden, dass der Erblasser sein Vermögen anderweitig aufbraucht, wäre zumindest grundsätzlich bei den Vertragsparteien der Wunsch nach (zumindest schnellerem) Ableben des Erblassers nicht vollständig abwegig.

1) Römisches Recht

Vor allem zur römischen Zeit kam es zu zahlreichen Vergiftungen oder Meuchelmorden.¹⁷⁵ Insofern liegt der Verdacht nahe, dass im römischen Recht der Erblasser vor solchen Motiven der Vertragsparteien durch ein Verbot geschützt werden sollte.¹⁷⁶

2) Gesetzgebung

Die Protokolle der 2. Kommission zur Gesetzgebung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten griffen dieses Argument ebenfalls auf. Sie stuften aufgrund der gemachten Erfahrungen im ALR I 12 § 649¹⁷⁷ nunmehr die Gefährdung für das Leben des zukünftigen Erblassers durch den Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten jedoch für ein Verbot als nicht mehr beachtenswert ein.¹⁷⁸

3) Literatur/ Rechtsprechung

Auch in der Literatur und in der Rechtsprechung hat dieser Schutzzweck an Bedeutung verloren. Zu erkennen ist diese Entwicklung auch daran, dass dieser Schutzzweck zumeist bei der Auflistung der Schutzzwecke der Norm nicht mehr angeführt wird. *Limmer* führt zudem explizit aus, dass für das Leben des zukünftigen Erblassers keine gesteigerte Bedrohung vorliegt, wenn heutzutage ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abgeschlossen wird.¹⁷⁹

d. Stellungnahme zu Interessen des Erblassers

Die Ausführungen zeigen auf, dass die Bedeutung der Erblasserinteressen für den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sich im Laufe der Zeit gewandelt haben. Während im römischen Recht der Ehre und dem Respekt für die Person des Erblassers noch eine zentrale Bedeutung zugemessen wurde, so werden diese Kriterien in der

¹⁷³ OLG Koblenz, Urt. v. 26.09.2002 – 5 U 1940/01.

¹⁷⁴ Vgl. Hinweis bei *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223).

¹⁷⁵ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (226).

¹⁷⁶ RGZ 4, 125 (126); *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (226).

¹⁷⁷ Originaltext s.u. Anhang II.2.d.2).

¹⁷⁸ Protokolle, S.918, in: *Mugdan*, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618.

¹⁷⁹ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930); auch *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223).

neusten Rechtsprechung und in der neusten Literatur immer mehr als Hilfsargument für das Verbot in § 311b IV BGB aufgeführt.

Der Hauptgrund hierfür könnte darin liegen, dass der Erblasser als Dritter nicht an den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gebunden ist und somit auch dessen Interessen als weniger schützenswert in die Gesamtbeurteilung einfließen können. Auch die Argumente bzgl. des Schutzes des Testierwillens respektive der Dispositionsfreiheit des zukünftigen Erblassers zeigen diese Tendenz. Da dem zukünftigen Erblasser selbst das letzte Wort bei der Verwertung seines zukünftigen Nachlasses obliegt, kann er auch ohne den Schutz des § 311b IV BGB die Vertragserfüllung eines wirksamen Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten verhindern.¹⁸⁰ So könnte er z.B. dem Versprechenden das Vertragsobjekt¹⁸¹ durch Testament entziehen oder zu Lebzeiten anderweitig verwerten. Auch hat der Erblasser die Möglichkeit, seinen Erblasserwillen z.B. durch einen Erbvertrag zu Lebzeiten entsprechend abzusichern.¹⁸² Testiert der Erblasser jedoch in der vom Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten geforderten Art und Weise, so wird er dies wahrscheinlich nur dann tun, wenn er nichts gegen diese Verwertung seines zukünftigen Vermögens einzuwenden hat. In diesen Fällen entspricht dann der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch dem (konkludenten) Erblasserwillen und beeinträchtigt nicht die Dispositionsbefugnis des Erblassers.

Eine andere Frage ist, inwieweit ein Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zu einer gesteigerten Bedrohung für Leib und Leben des zukünftigen Erblassers führen kann. Nicht auszuschließen ist, dass dies im Einzelfall auch heutzutage noch vorkommen kann. Sanktioniert wird ein solches Verhalten der Beteiligten u.a. schon durch das Strafrecht. Im Übrigen kann auch nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass das Vermögen des zukünftigen Erblassers unverhofft bei zunehmender Lebensdauer doch noch anwächst.¹⁸³ Ausreichender Schutz von der Rechtsordnung für den zukünftigen Erblasser wird deshalb in solchen Fällen schon durch die allgemeinen Regeln, insbesondere § 134 BGB oder § 242 BGB, gewährt.

2. Interessenbereich des Versprechenden

Des Weiteren soll der Versprechende keine vertraglichen Vereinbarungen über Vermögen abschließen, dessen Zusammensetzung und Wert er bei Vertragsschluss noch nicht sicher kennen kann. Hierdurch wird zum einen sein künftiges Vermögen geschützt (§5.I.2.a.) und zum anderen wird er davor bewahrt, dass die Spekulation auf zukünftiges Vermögen von anderen Vertragspartnern zu seinen Ungunsten ausgenutzt werden kann (§5.I.2.b.).

a. Schutz des zukünftigen Nachlassvermögens des Versprechenden

Durch den wirksamen Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist der Versprechende schuldrechtlich verpflichtet, bei Bedingungseintritt das Vertragsobjekt dem Versprechensempfänger zu übertragen. Diese Verpflichtung kann – je nach Ausgestaltung des Vertrages – unabhängig davon bestehen, ob das ererbte

¹⁸⁰ Hierzu muss der zukünftige Erblasser allerdings Kenntnis von der Vereinbarung über seinen Nachlass haben oder zumindest den gegensätzlichen Willen der zukünftigen Erben vermuten.

¹⁸¹ S.u. §7.

¹⁸² Vgl. HKK-Harke, Band II/2 (2007), §311b, Rn.13.

¹⁸³ Z.B. durch Lotteriegewinn, Erbschaft usw.

Vermögen größer oder kleiner ausfällt, als dies bei Vertragsabschluss von den Vertragsparteien erwartet wurde. Dies bedeutet, dass ein wirksamer Vertragsabschluss zumindest zu einer relativen Umverteilung der Vermögenspositionen führt und somit auch schon das Vermögen des Versprechenden (wenn auch nur relativ zwischen den Vertragsparteien und unter Berücksichtigung der aufschiebenden Bedingung) beeinträchtigt wird.

Ein zusätzliches Risiko für den Versprechenden beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten besteht darin, dass der exakte Vermögenswert und die Zusammensetzung des Nachlasses zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vollständig bekannt sein müssen.¹⁸⁴ Vor diesem Hintergrund wird diskutiert, ob § 311b IV BGB auch das zukünftige, durch die Erbschaft entstehende Vermögen des Versprechenden schützen soll.

1) Gesetzesbegründung

In den Motiven zur Gesetzesbegründung findet sich insoweit bereits folgender Hinweis: „Auch, wo die Noth zu solcher Veräußerung treiben könnte, wäre dem Veräußernden in der überwiegenden Anzahl der Fälle dadurch wenig geholfen, wohl aber die letzte Aussicht auf eine spätere Wiederaufrichtung abgeschnitten.“¹⁸⁵ Dies zeigt, dass die Motive das zukünftige Vermögen des Versprechenden als schutzwürdig ansehen. Denn die Motive gehen davon aus, dass ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten für einen finanziell notleidenden Versprechenden in den meisten Fällen keinen Ausweg aus der finanziellen Not bedeutet, sondern vielmehr ihm die Chance entzieht, sich in Zukunft durch eine ihm zufallende Erbschaft finanziell wieder aufzurichten zu können.¹⁸⁶

2) Literatur

Auch in der Literatur wird das zukünftige Vermögen des Versprechenden als Schutzgut aufgegriffen. *Daniels* führt insoweit aus, dass diese Verpflichtung nicht nur dem Nachlassbegünstigten die Chance entziehen könnte, sich in Zukunft finanziell wieder aufzurichten zu können, sondern auch zugleich das Wohl seiner Familie mitgefährden könnte.¹⁸⁷

b. Schutz vor Ausnutzung des Leichtsinns

Zusätzlich wird diskutiert, ob der Versprechende auch durch § 311b IV BGB vor einer Ausnutzung durch den Vertragspartner bewahrt werden soll, welcher sich den Leichtsinns und den fehlenden Überblick über die Tragweite eines Vertragsschlusses vom Versprechenden zu Nutzen machen könnte.

1) Gesetzesbegründung

Die Motive führen diesbezüglich aus: „Ueberdies sind dieselben [Hinweis: gemeint sind Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten], abgeschlossen zwischen dem präsumtiven Erben und einem Fremden, vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus bedenklich. In den meisten Fällen würde dadurch nur dem Leichtsinne ein weiterer Weg zur Vermögensverschleuderung und der unlauteren Spekulation Gelegenheit zur

¹⁸⁴ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223).

¹⁸⁵ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

¹⁸⁶ *Mommsen*, Entwurf Erbrecht, S.274; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.24.

¹⁸⁷ Vgl. hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.23f.

Ausbeutung des Leichtsinns eröffnet“.¹⁸⁸ Die Motive heben somit hervor, dass durch die Unkenntnis des Versprechenden über den exakten Vermögenswert und die Zusammensetzung des Nachlasses zu Lebzeiten des Erblassers die Eingehung eines Vertrages über dieses zukünftige Vermögen mit einem Fremden leichtsinnig vom Versprechenden wäre. Zusätzlich könnte dieser Leichtsinn bewusst von den fremden Personen zu Ungunsten des Versprechenden ausgenutzt werden.

2) Literatur

Auch die Literatur greift dieses Argument auf. Für *Limmer* ist dieses Argument sogar so bedeutend, dass er hierin den einzigen Normzweck für § 311b IV BGB sieht.¹⁸⁹ Zusätzlich weist *Henssler* darauf hin, dass der Vertragspartner nicht nur einen durch Leichtsinn eingegangenen Vertrag zu seinen Gunsten ausnutzen kann, sondern dass der Versprechende auch einem Vertragsschluss aus Unerfahrenheit oder aus einer Zwangslage heraus zustimmen könnte.¹⁹⁰ Einen solchen Vertrag dürfe das Rechtssystem nicht anerkennen.¹⁹¹ Zentraler Gedankenansatz ist hierbei der Beteiligtenschutz¹⁹², der den uninformierten Versprechenden schützen möchte.¹⁹³ Der Schutzzweck wird somit von der Literatur als bedeutend angesehen.¹⁹⁴

3) Rechtsprechung

Auch der Fall aus BGHZ 37, 319 kann verdeutlichen, dass der Versprechende sich in einer Situation wiederfinden kann, in welcher er ohne genaue Kenntnis der Vermögenszusammensetzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine spekulative Rechtsposition weggibt. Streitpunkt war in diesem Fall u.a. die zu geringe Abfindungshöhe eines „Erbverzichts“ zwischen fünf Geschwisterstämmen des bereits verstorbenen Ehemannes und dessen Ehefrau, welche von einem Bruder des Ehemanns vertreten wurde. Die Beklagten fühlten sich hier über den Wertumfang des „Erbverzichts“ nicht ausreichend aufgeklärt und getäuscht.¹⁹⁵

c. Stellungnahme zu Interessen des Versprechenden

Für zahlreiche Stimmen nimmt der Schutz des zukünftigen Nachlassvermögens vor einer leichtfertigen Vermögensverschleuderung des Versprechenden und dem Schutz vor einer

¹⁸⁸ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

¹⁸⁹ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930).

¹⁹⁰ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223).

¹⁹¹ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930).

¹⁹² *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930) erwähnt hier in vergleichbarer Weise das Schutzbedürfnis bei Haustürsituationen, Verbraucherkrediten, AGB-Regelungen.

¹⁹³ So *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930), der den Schutzzweck des § 311b IV BGB mit dem von der Rechtsprechung bei Bürgschaftsverträgen und ähnlichen Sicherungsmitteln angenommenen allgemeinen Grundgedanken zum Schutz von vermögens- und einkommenslosen Personen vergleicht.

¹⁹⁴ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (223); auch *Kues*, ZEV 2001, 13 (14); ebenfalls dieses Argument aufgeführt bei *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2; *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.46; *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.122; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.23 m.w.N.; *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (455); BGHZ 26, 320 (324f.) bejaht dies auch bei Verträgen über einen erbrechtlichen Vermögenszuwachs.

¹⁹⁵ BGHZ 37, 319f.

Ausnutzung dieser leichtfertigen Entscheidung durch den Versprechensempfänger einen zentralen Aspekt bei der Rechtfertigung des Verbotes aus § 311b IV BGB ein.¹⁹⁶

Gegen die Sonderstellung dieses Schutzzwecks lassen sich jedoch auch Argumente anführen: Zum einen nimmt das Verbot des § 311b IV BGB einem Versprechenden, welcher sich der Entscheidungstragweite seiner Willenserklärung bewusst und daher nicht schutzwürdig ist, die Möglichkeit auf den Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten und schränkt dessen Privatautonomie somit ein. Denn durch das Verbot in § 311b IV BGB verdeutlicht das Gesetz, dass es dem einzelnen Versprechenden in allen Fällen nicht zutraut, die Risiken des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zu überblicken und richtig einschätzen zu können. *Limmer* bewertet aus diesem Grund § 311b IV BGB als eine moderne Schutznorm.¹⁹⁷

Im Übrigen kennt das Gesetz auch andere Möglichkeiten, einen unterschiedlichen Wissensstand zwischen Parteien auszugleichen und die Parteien über die Tragweite ihrer Entscheidung aufzuklären. Als gutes Beispiel dient hier das Formerfordernis in § 311b V 2 BGB. Nach der Belehrung durch den Notar sollte die unterlegene Partei in der Lage sein, die Tragweite eines Vertragsschlusses und das vorhandene Risiko richtig einzuschätzen. Nicht eliminiert werden können allerdings durch die Form die Ungewissheit und das Risiko, ob und inwieweit der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten im Zeitpunkt des Erbfalls auch erfüllbar ist.¹⁹⁸

Dieses Risiko und eine möglicherweise drohende Vermögensverschleuderung kann der Versprechende aber dadurch eingrenzen, dass die Gegenleistung für das Versprochene bei einer Abweichung des Wertes zwischen Vertragsschluss und Bedingungseintritt nach dem Erbfall angepasst werden darf.¹⁹⁹

3. Interessenbereich des Versprechensempfängers

a. Schutz vor Veränderung des Nachlassvermögens

Wenig beachtet werden hingegen die Schutzinteressen des Versprechensempfängers. Doch auch für dessen Vermögen kann die Unkenntnis der exakten Zusammensetzung und der Wert des zukünftigen Nachlassvermögens ein Risiko darstellen. Denn hat der Versprechensempfänger mit einem bestimmten einkalkulierten Nachlassbetrag den Vertragsschluss angestrebt, so kann eine Veränderung des zukünftigen Nachlassvermögens vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zum Erbfall die Vertragsgrundlage erheblich stören.

Diese Veränderung des zukünftigen Nachlassvermögens droht dem Versprechensempfänger insbesondere durch den zukünftigen Erblasser. Da dieser selbst bei Kenntnis des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten keine rechtliche Bindung für sein Vermögen befürchten muss, kann er zu Lebzeiten über sein Vermögen beliebig verfügen und dadurch auch Vermögenspositionen verändern oder das zukünftige Nachlassvermögen reduzieren. Es steht ihm aber auch rechtlich frei, nach Kenntnis des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten anders als von den Vertragsparteien

¹⁹⁶ BGH, NJW 1995, 448; BGHZ 104, 279 (281); BGH, FamRZ 1996, 162 (163); für *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930) liegt hierin heutzutage der einzige Normzweck von § 311b IV BGB; im römischen Recht lassen sich jedoch keine Quellen finden, die auf den Schutz des zukünftigen Erben abstellen. Hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.27f.

¹⁹⁷ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930).

¹⁹⁸ Siehe hierzu auch unten §8.I.2.

¹⁹⁹ Vgl. auch Ausführungen zur Gegenleistung unter §8.II.3.

ursprünglich gewünscht zu testieren und hierdurch Veränderungen am vom Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erfassten Nachlassvermögen vorzunehmen.

b. Schutz vor Ausnutzung des Leichtsinns

Zusätzlich besteht auch die Möglichkeit, dass der Versprechende versucht zu seinem Gunsten die Spekulation auf zukünftiges Vermögen auszunutzen. So ist der Fall denkbar, dass der Versprechende nach Vertragsschluss anstrebt, die Vermögensmasse nachhaltig zu verringern, indem er beispielsweise den Erblasser anweist, das Vermögen schon zu dessen Lebzeiten anderweitig (evtl. sogar zu seinen Gunsten) zu verwenden.

c. Insolvenzzisiko bei Vorleistung zu Lebzeiten des Erblassers

Wird der Versprechende nicht Rechtsinhaber des durch den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten bestimmten Vertragsobjektes und ist der Versprechende gleichzeitig insolvent, so stellt das für den Versprechensempfänger dann ein Problem dar, wenn er bereits in Vorleistung getreten ist.

In BGHZ 104, 279 versuchte die Klägerin vom beratenden Notar eine an ihren Bruder bereits vorgeleistete Geldsumme wiederzuerlangen, weil der Notar sie aufgrund einer „Fehlberatung“ zur Zahlung veranlasst hatte und nicht aufgeklärt hatte, dass die Abtretung des gesetzlichen Erbteils des Bruders gemäß der damaligen Rechtslage unwirksam sein könnte. Der BGH hat anders als die Vorinstanzen damals eine „Fehlberatung“ des Notars abgelehnt. Somit wäre bei Insolvenz des Bruders in diesem Fall der Rückforderungsanspruch der Klägerin durch die Quote begrenzt gewesen.

Im Ergebnis trägt der Versprechensempfänger schon ab dem Zeitpunkt der Vorleistung das Insolvenzzisiko seines Vertragspartners. Dies kann bei Verträgen mit hohen Spekulationselementen, welche bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten insbesondere aufgrund der Testierfreiheit des Erblassers²⁰⁰ vorliegen können, ein erhebliches Risiko für das Vermögen des Versprechensempfängers darstellen.

d. Stellungnahme zu Interessen des Versprechensempfängers

Die Ausführungen zeigen, dass ein Verbot von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch die Interessen des Versprechensempfängers schützen kann.

Auf der anderen Seite kann der Versprechensempfänger sich vor Veränderungen des Nachlassvermögens durch den zukünftigen Erblasser bis zum Erbfall nur absichern, wenn er sich die Möglichkeit vertraglich zusichern lässt, bei erheblichem Wertverlust des Nachlassvermögens zum Zeitpunkt der Übereignung die Gegenleistung vertraglich anpassen zu können.²⁰¹ Sonst kann der Versprechensempfänger nur darauf hoffen, dass der finale Erblasserwille den intendierten Vertragsinhalt nicht konterkariert und der zukünftige Erblasser sein Vermögen nicht „verprasst“. Zumindest gegenüber dem Versprechenden kann sich der Versprechensempfänger auf den Grundsatz „venire contra factum proprium“ berufen, sofern der Versprechende Maßnahmen einleitet, die der Erfüllung des Vertrages entgegenstehen.²⁰²

²⁰⁰ S.o. §5.I.3.a.

²⁰¹ Siehe auch Probleme bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage. S.u. §8.II.2.

²⁰² *Odemer*, ZEV 2021, 414 (420) bei Erbausschlagung des Versprechenden; zum Grundsatz siehe *Bamberger/Roth-Sutschet*, BGB, Band 1 (2019), §242, Rn.109.

Auch vor dem Insolvenzrisiko des Versprechenden bei Vorleistungen kann der Versprechensempfänger sich am besten selbst davor schützen, indem er entweder den Vertrag nicht abschließt oder zu seinen Gunsten Absicherungen in den Vertrag einfügt.²⁰³ Die Interessen des Versprechensempfängers können somit zwar berührt sein, aber benötigen nicht den Schutz der Rechtsordnung, zumal der Versprechensempfänger sich die Auswirkungen des Vertragsschlusses meistens am besten verdeutlicht haben wird und dieses Risiko bei jeder Vorleistung aller Art von Verträgen bestehen kann.²⁰⁴

Andernfalls könnte auch auf Seiten des Versprechensempfängers das Argument angeführt werden, dass ein Generalverbot von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten jeden Versprechensempfänger in seiner Privatautonomie unverhältnismäßig beschränkt, und zwar unabhängig von seinem jeweiligen Wissensstand.

4. Sonstige nicht unmittelbar einem Personenkreis zuordenbare Schutzzwecke

a. Wuchertatbestand § 138 II BGB

Die Nichtigkeit von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten könnte sich auch aus § 138 II BGB ableiten lassen, wenn in § 311b IV BGB der allgemeine Rechtsgedanke des Wuchertatbestandes § 138 II BGB noch einmal speziell normiert wurde.

1) Rechtsprechung

Vertreten wird zum einen vom BGH, dass der § 311b IV BGB als eine besondere Ausgestaltung des § 138 BGB angesehen wird.²⁰⁵ Dies könnte daran liegen, dass bei der Konstellation des Wuchers genauso wie beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten die Vermögensmasse geschützt werden soll und das Bewusstsein der Entscheidungstragweite gesichert werden soll.²⁰⁶ Doch obwohl § 311b IV BGB eine besondere Ausgestaltung des § 138 BGB darstellt, wendet der BGH beide Normen nebeneinander an.²⁰⁷ Diese Abgrenzung gelingt dem BGH dadurch, dass er beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten im Gegensatz zu § 138 II BGB eine Einzelfallprüfung nicht zulässt.²⁰⁸ Denn andernfalls würde die Gefahr bestehen, dass das Verbot in § 311b IV BGB zu einer widerlegbaren Vermutung verkommen würde, welches eine große Einengung der Vorschrift zur Folge hätte, weil die Bestimmung neben § 138 BGB kaum mehr einen Anwendungsbereich hätte und dies auch der Entstehungsgeschichte der Norm zuwiderlaufen würde.²⁰⁹

2) Literatur

Einige Stimmen in der Literatur sehen das Verhältnis von § 138 II BGB zu § 311b IV BGB differenziert:

²⁰³ Z.B. Erfüllung Zug um Zug; festgelegter Minimalbetrag; keine Vorleistung erbringen; Leistung vom angefallenen Vermögen abhängig machen.

²⁰⁴ Auch im Rahmen der notariellen Beurkundung werden die Parteien auf dieses Risiko hingewiesen. S.u. §8.I.1.b.

²⁰⁵ BGHZ 26, 320 (326); auch erwähnt in DNotI-Report, 24/1995, 217; *Baldus/Stremmitzer*, DNotZ 2006, 598 (616).

²⁰⁶ *MüKoBGB-Armbrüster*, Band 1 (2018), §138, Rn.140 erwähnt hier explizit den Mangel an Urteilsvermögen der Personen und ein eventuelles Leistungsmissverhältnis.

²⁰⁷ BGHZ 26, 320 (326); auch erwähnt in DNotI-Report, 24/1995, 217.

²⁰⁸ BGHZ 26, 320 (326).

²⁰⁹ Siehe BGHZ 26, 320 (327).

Schumacher z.B. vertritt die Ansicht, dass § 311b IV BGB kein tatbestandsmäßig festgelegter Fall des § 138 II BGB darstellt. Er begründet dies allerdings damit, dass der Schutzzweck des § 311b IV BGB die Vertragsparteien nunmehr vorwiegend vor wirtschaftlichen Risiken schützen möchte und deshalb vom Leitgedanken des § 138 II BGB abgerückt ist.²¹⁰ Beide Normen können somit ebenfalls parallel angewendet werden.

Leonhard auf der anderen Seite sieht in einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten mit einer fremden Person (also nicht unter zukünftigen Miterben) ebenfalls wucherische Ausmaße. Er begründet diese Annahme damit, dass bei solchen Verträgen in der Regel der Versprechende seine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unsicheren Rechtspositionen unter dem tatsächlichen Wert abgibt.²¹¹

3) Stellungnahme:

Die Ansichten begründen im Ergebnis die gleichzeitige Anwendbarkeit von § 138 II BGB und § 311b IV BGB unterschiedlich.

Dies könnte auch damit zusammenhängen, dass bei den Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten der Tatbestand des § 138 II BGB nicht zwangsläufig erfüllt sein muss. Gerade das Kriterium des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung ist eine Frage des Einzelfalls.²¹²

Aber auch bei § 138 I BGB führt nicht zwangsläufig ein besonders risikobehaftetes Rechtsgeschäft zur Sittenwidrigkeit.²¹³ Vielmehr kommt es auf andere Kriterien an, wie z.B. ein besonders grobes Missverhältnis bei Leistung und Gegenleistung²¹⁴ und auch eine verwerfliche Gesinnung²¹⁵ beim Versprechensempfänger bezüglich der Möglichkeit des Ausnutzens eines vorliegenden Vorteils. Auch ist das Verbot eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aufgrund sittlicher Gründe als historisch älter zu bewerten als die allgemeine Regel des § 138 I BGB.²¹⁶

So zeigt sich, dass beide Normen unterschiedliche Schutzzwecke haben und sich gegenseitig nicht ausschließen.

b. Fehlende Notwendigkeit durch Nähe zum Erbvertrag

Ein Verbot für Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten könnte sich auch daraus ergeben, dass der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als überflüssig angesehen werden kann. Für die Motive ergibt sich diese fehlende Notwendigkeit für Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aus seiner Nähe zum Erbvertrag.²¹⁷ Die Begründung dieser Annahme könnte sich daraus herleiten lassen, dass vor dem Inkrafttreten des BGBs beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten teilweise genauso wie beim Erbvertrag die Zustimmung des Erblassers notwendig war.²¹⁸

²¹⁰ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2.

²¹¹ So *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB, Band 1 (1929), S.287.

²¹² Dies ist das Hauptargument von BGHZ 26, 320 (326f.).

²¹³ MüKoBGB-Armbrüster, Band 1 (2018), §138, Rn.13.

²¹⁴ Unter MüKoBGB-Armbrüster, Band 1 (2018), §138, Rn.114 wird erläutert, dass die Rechtsprechung eine Äquivalenzstörung der Leistung zur Gegenleistung beim doppelten Wert der Gegenleistung vermutet.

²¹⁵ Die Rechtsprechung vermutet diese allerdings beim Vorliegen eines besonders groben Missverhältnisses, hierzu MüKoBGB-Armbrüster, Band 1 (2018), §138, Rn.116.

²¹⁶ *Meincke*, JuS 1976, 501 (504).

²¹⁷ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185; noch eindeutiger: *HKK-Harke*, Band II (2007), §311b, Rn.13, bezieht sich auf die Auffassung der 1. Kommission.

²¹⁸ S.o. §4.I.2.a. und §4.II.2. zu den Ausnahmen.

Somit kann zumindest von einer faktischen Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute gesprochen werden.²¹⁹

Einen wesentlichen Unterschied im Anwendungsbereich dieser beiden Verträge sieht jedoch nicht nur *Hasse*.²²⁰ Die beiden Rechtsinstitute waren nicht inhaltlich konform und auch die Schutzzwecke wurden unterschiedlich beurteilt.²²¹ Denn während ein Erbvertrag die unmittelbare Erbfolge verändern kann²²², wirkt der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur aufgrund schuldrechtlicher Wirkung *inter partes*.²²³

Trotzdem wurde die Frage aufgeworfen, ob die Anerkennung des Erbvertrags im gemeinen Recht²²⁴ auch die Aufhebung des Verbotes eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nach sich zieht.²²⁵ Aber gerade durch die fehlende inhaltliche Vergleichbarkeit besteht keine Möglichkeit Rückschlüsse von der Wirksamkeit des Erbvertrages auf die Wirksamkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zu ziehen.²²⁶ Der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann demnach nicht aufgrund seiner historisch-faktischen Nähe zum Erbvertrag als überflüssig angesehen werden.

c. Vertrag zulasten Dritter

Sofern der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zulasten des zukünftigen Erblassers geht, könnte sich das Verbot in § 311b IV BGB auch aus diesem Grundsatz ableiten lassen. Denn es ist anerkannt, dass durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen zwei Personen keinem Dritten Pflichten auferlegt oder dessen Rechte entzogen oder beeinträchtigt werden dürfen. Ist dies trotzdem der Fall, so liegt ein Verstoß gegen die Privatautonomie vor, weil hier die Vereinbarung in den Interessenbereich eines unbeteiligten Dritten unzulässig eingreift.²²⁷ Beim Vertrag über den Nachlass eines noch

²¹⁹ Siehe Weiske-*Buddeus*, Band 4 (1843), S.29; die normierte Verbotregelung hätte beim Fehlen der Notwendigkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur deklaratorischen Charakter, da die Gesetzessystematik wohl gänzlich von einer Normierung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abgesehen hätte.

²²⁰ *Hasse*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149 (218ff.).

²²¹ So Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.32, Fn.85 listet hier den Unterschied dieser beiden Vertragsarten auf; zu beiden Schutzzwecken RGZ 4, 125 (126): „Erbvertrag“: Schutzzweck ist die Wahrung der Testierfähigkeit des Erblassers; „Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten“: Schutzzweck (s.o. §5.).

²²² Weiske-*Buddeus*, Band 4 (1843), S.29.

²²³ So RGZ 4, 125 (126); *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.332f.; auch der § 2563 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1865 zeigt dies an. (Originaltext s.u. Anhang II.2.g.); Weiske-*Buddeus*, Band 4 (1843), S.28 spricht sich auf S.29 für eine Zuordnung in das Schuldrecht aus; vgl. aber unter §8.III. und §9.III.6. die Erwägungen zu den Wirkungen des dinglichen Vertrags über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.

²²⁴ Im römischen Recht waren Erbverträge verboten. Zumindest im gemeinen Recht sind solche Verträge aber möglich nach *Koepfen*, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S.60f. und Fn.1a); auch Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183 weisen auf die gewohnheitsrechtliche Gültigkeit der Erbverträge in Deutschland hin.

²²⁵ *Göschel*, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, Band 3 (1843), Kp.4, §956, S.431; so auch erwähnt in *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.334; Weiske-*Buddeus*, Band 4 (1843), S.29.

²²⁶ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.32; ebenso *Koepfen*, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S.61 und Fn.1a) m.w.N.; auch RGZ 4, 125 (126).

²²⁷ So grundsätzlich *Martens*, AcP 177 (1977), 113 (125).

lebenden Dritten muss somit erkennbar sein, dass hier die Vertragspartner dem Erblasser bewusst Pflichten auferlegen oder in seine Rechte eingreifen.²²⁸

Beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist der Erblasser an einen bestehenden Vertrag gem. § 311b IV, V BGB zwischen den Vertragspartnern nicht gebunden. Denkbar ist nur eine gefühlte moralische Verpflichtung des Erblassers, welche aber keine ausreichende Einschränkung der Rechte des zukünftigen Erblassers darstellt, wenn es darum geht, dass er seine Testierung nach Kenntnis des Inhalts des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten an diesen anpasst oder unterlässt.²²⁹ Auch eine vollständige Vertragserfüllung kann erst erfolgen, wenn der Erblasser verstorben ist und somit nicht mehr Rechtsinhaber sein kann. Es kommt somit zu keinem Verlust oder ausreichender Einschränkung der Rechte des Erblassers durch einen Vertrag gem. § 311b IV, V BGB. Das Verbot kann deshalb nicht aus den Grundsätzen eines Vertrages zu Lasten Dritter abgeleitet werden.

d. Leistungsgegenstand nicht existent

Die Nichtigkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten könnte ggf. auch damit begründet werden, dass der Rechtsverkehr vor Verträgen geschützt werden muss, bei denen der Leistungsgegenstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch rechtlich nicht existent ist.²³⁰ D 18.4.1²³¹ im römischen Recht wäre hier gemäß seinem Wortlaut auf den ersten Blick ein geeignetes Beispiel. Wie festgestellt, bezieht sich diese Stelle aber nur auf den Erbschafts Kauf und nicht auf den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.²³² D 18.4.1 kann somit nicht als Regel für Verträge über den Nachlass eines noch Lebenden Dritten herangezogen werden, da trotz des missverständlichen Wortlauts keine Aussage zu diesem Rechtsinstitut getroffen wird.²³³ Deshalb geht *Daniels* davon aus, dass auch im römischen Recht die Nichtigkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht mit dem Fehlen des Leistungsgegenstandes begründet wurde.²³⁴ Dies entspricht auch der heutigen Rechtslage, wie beispielsweise die Existenz der Norm § 311b V BGB belegt.²³⁵

²²⁸ *Martens*, AcP 177 (1977), 113 (177), der generell einen Vertrag zulasten eines Dritten ablehnt, wenn von einer fehlenden Spürbarkeit der Eingriffswirkung für den Dritten ausgegangen werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Dritte eine zumutbare Ausweichmöglichkeit durch Vertrag hat oder zumindest auf andere Weise sich des Eingriffs in seine Interessenssphäre erwehren kann.

²²⁹ Hierzu schon §5.I.1.b.

²³⁰ Hinweis unter *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.25 m.w.N. in Fn.28.

²³¹ „Wenn die Erbschaft jemandes, der noch lebt oder den es überhaupt nicht gibt, verkauft wird, dann ist nichts wirksam vereinbart worden, weil das, was verkauft worden ist, in der Wirklichkeit nicht vorhanden ist.“ Übersetzt aus dem Lateinischen in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Luig, *Corpus Iuris Civilis* (Übersetzung), Band 3 (1999), S.483; Originaltext s.u. Anhang II.1.c.

²³² S.o. §4.I.1.a.

²³³ Im Übrigen wären die Ausnahmen C 2.3.30 und D 17.2.3.2 (s.o. §4.I.2.) mit einer solchen Interpretation des D 18.4.1 nicht vereinbar. Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.26.

²³⁴ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.27; *OAG Cassel*, *Seuffert's Archiv*, Band 14 (1861), Nr.216, S.729 mit dem Hinweis, dass bereits im späteren römischen Recht Verträge gültig waren, wenn der zukünftige Erblasser eingewilligt hat und somit nicht mehr an der mangelnden Existenz eines Vertragsobjekts scheitern konnten.

²³⁵ Vgl. auch die Ausführungen zur Anwartschaft s.u. §9.III.6.

e. Rechtskontinuität

Die Vorgängerregelungen des § 311b IV BGB im römischen und überwiegend im gemeinen Recht gingen ebenfalls von einem Generalverbot bei Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter aus.²³⁶ In Anlehnung an diese lange Tradition deuten auch die Motive des BGBs an, dass eine Veränderung der zuvor herrschenden Regelung nicht erwünscht war.²³⁷ Deshalb wird auch argumentiert, dass im Rahmen der Wahrung der Rechtskontinuität hieraus das Verbot abgeleitet werden kann.²³⁸ Im Laufe der Zeit sind jedoch viele Hinweise in der Literatur und in der Rechtsprechung erkennbar, die auf eine Veränderung bzw. Verlagerung des Normzwecks bei § 311b I BGB hindeuten.²³⁹ Obwohl sich die Rechtsfolge nicht geändert hat, so sind doch auch Abweichungen von dieser sehr alten Regelung in der jüngeren Zeit zu beobachten.²⁴⁰ Dies deutet darauf hin, dass das Argument der Rechtskontinuität deutlich an Bedeutung verloren hat.

f. Umgehung von erbrechtlichen Vorschriften

Die Motive des BGBs deuten an, dass ohne das Verbot eine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften drohe.²⁴¹ Naheliegender ist, dass sich die Motive damit vor allem auf die dort beschriebene Rechtskonstellation berufen: „Es liegt solchenfalls nicht bloß ein obligatorischer Vertrag zwischen den ersten Kontrahenten vor, sondern das Verhältnis löst sich auf in einen Erbverzichtsvertrag zwischen dem Veräußerer und dem künftigen Erblasser, einen Erbeinsetzungsvertrag zwischen dem letzteren und dem Erbschaftserwerber, und einen Vertrag zwischen dem letzteren und dem Veräußerer, dessen Gegenstand der Erbverzicht, in der Regel gegen eine Abfindung, bildet“.²⁴²

Dies zeigt, dass mit Einbeziehung des Erblassers die gleiche Lösung wie bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erreicht werden kann. Zuerst schließt der Versprechende mit dem zukünftigen Erblasser einen Erbverzichtsvertrag. Dann als zweites schließt der Versprechensempfänger mit dem zukünftigen Erblasser einen Erbeinsetzungsvertrag. Und abschließend wird ein Erbverzichtsvertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger vereinbart.

Die rechtlichen Unterschiede können zwischen diesen beiden Vertragsgestaltungen jedoch beachtlich sein. Zum einen wirkt ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur schuldrechtlich²⁴³ zwischen den Parteien und zum anderen erfordert der

²³⁶ Siehe §4.I.1. und §4.II.2.

²³⁷ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.183.

²³⁸ Hinweis unter *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (928); *Ravit*, AcP 58, (1875), 1 (65) leitet aus den römischen Vorstellungen über Sittlichkeit das geltende Verbot ab.

²³⁹ BGH, NJW 1995, 448; BGH, FamRZ 1996,162 (163); *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2.

²⁴⁰ Siehe z.B. die Auffassungen bzgl. der Erschöpfungstheorie bei den Nachlassgegenständen (s.o. §7.II.), des Erbteils bei gewillkürter Erbfolge (s.o. §7.I.) und den Vermächtnissen als Vertragsobjekt (s.o. §7.III.) bei § 311b V BGB.

²⁴¹ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185; deutlicher *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2.

²⁴² Zitiert aus Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185.

²⁴³ Die Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185 erwähnen hier, dass auch bei Zustimmung des Erblassers nur schuldrechtliche Wirkungen erlaubt sind, wenn erbrechtliche Prinzipien nicht verletzt werden sollen: „Auch bei Zustimmung des Erblassers zu dem Vertrage (im Gegensatz zu seiner Theilnahme als Kontrahent) könnte ohne Durchbrechung erbrechtlicher Prinzipien einem solchen Vertrage keine über obligatorische Rechtsbeziehungen hinausgehende erbrechtliche Wirkung beigelegt werden“. Vgl. auch §8.III. und §9.III.6. zur Möglichkeit von dinglichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.

Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gerade nicht die Einbeziehung des Erblassers. Es ist somit nicht erkennbar, dass ein Verbot mit der Aussage gerechtfertigt wäre, dass den Parteien zugemutet werden kann, auf andere erbrechtliche Regeln auszuweichen.²⁴⁴

II. Normzweck und Schutzgut des § 311b V BGB

1. Festlegung einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung

Ohne die Regelung in § 311b V BGB hätten die zukünftigen Nachlassbegünstigten aufgrund des Generalverbotes aus § 311b IV BGB keine Möglichkeit, noch zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers und ohne seine Mitwirkung Planungssicherheit über die Verteilung des zukünftigen Erbschaftsvermögens zu erreichen.

a. Gesetzesbegründung

Die Motive zum Entwurf des BGBs aus dem Jahre 1888 umschreiben deshalb den Schutzzweck der Norm mit einer Auflistung der in Frage kommenden Fallgestaltungen. So soll ein Bedürfnis für diese Art von Verträgen in folgenden Fällen mal mehr, mal weniger aufgetreten sein: bei „[...] Verträge[n] innerhalb der Familie, bei Gutsübergaben, Auswanderungen, Abfindungen von Geschwistern u. dergl.“²⁴⁵ Als Begründung führen die Motive aus, dass diese Verträge dann „im Volke nicht als etwas Anstößiges betrachtet werden.“²⁴⁶ Eine Analyse der aufgelisteten Anwendungsfälle ergibt, dass die dort angesprochenen Sachverhalte größtenteils alle im Familienbereich angesiedelt sind und vorgezogene Erbauseinandersetzungen beschreiben.²⁴⁷

b. Literatur und Rechtsprechung

Auch die Literatur und die Rechtsprechung sehen zum einen den Schutzzweck des § 311b V BGB in einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung. Denn durch eine Festlegung von künftigen Vermögensverhältnissen unter den zukünftigen Miterben kann die Rechtssicherheit gefördert werden.²⁴⁸ Unterstützt werden kann diese Annahme auch durch den Wortlaut „*künftigen gesetzlichen Erben*“ des § 311b V BGB. Denn dieser zeigt auf, dass der Gesetzgeber vor allem für die Verwandten des zukünftigen Erblassers eine Ausnahme vom Generalverbot des § 311b IV BGB zulassen will.²⁴⁹ Zum anderen war die Entwicklung der in den Motiven erwähnten Fälle bei der Ausarbeitung des BGBs noch nicht absehbar. Diese haben nachweislich im Laufe der Zeit teilweise an Wichtigkeit oder Relevanz verloren. In der heutigen Zeit gibt es auch aktuellere Anwendungsbeispiele für

²⁴⁴ Anders Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185: Der Vertrag soll besser ganz unterbleiben, wenn der Erblasser nicht zustimmen will. Denn in diesen Fällen wird unterstellt, dass der Erblasser einen guten Grund hierfür hat. „Wo die Theilnahme des künftigen Erblassers an dem Vertrage nicht zu erzielen ist, werden regelmäßig gute Gründe für die Weigerung des Erblassers vorhanden sein. Der Vertrag unterbleibt dann besser ganz auch in den Kreisen und Verhältnissen, für welche das bezeichnete Bedürfnis nicht ganz zu leugnen ist.“

²⁴⁵ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

²⁴⁶ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

²⁴⁷ Henssler, RNotZ 2010, 221 (223).

²⁴⁸ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.22f.; Limmer, DNotZ 1998, 927 (931); Bamberger/Roth-Gehrlein, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.46.

²⁴⁹ Im Einzelnen §7.I.

die Norm.²⁵⁰ Diesen aktuelleren Anwendungsbeispielen eröffnet der Wortlaut in den Motiven mit dem Zusatz „dergl.“²⁵¹ auch Raum. Sollte jedoch „dergl.“ so interpretiert werden, dass hierdurch Bezug auf die Vertragssubjekte „Geschwister“ genommen wird und die Motive hier nicht den Anwendungsbereich für weitere Fälle eröffnen wollte, so spricht zumindest der Umstand gegen eine Ausschließlichkeit der aufgelisteten Fälle, dass der Gesetzgeber die Fälle ausdrücklich in den Gesetzestext hätte aufnehmen müssen, wenn er eine Ausschließlichkeit angestrebt hätte. Nur auf die Motivation im Erörterungsprozess der Norm kann er sich nicht berufen. Somit sind andere als die erfassten Konstellationen denkbar, wenn sie nur dem Zwecke der vorgezogenen Erbauseinandersetzung dienlich sind.

2. Wahrung des Familienfriedens

Zusätzlich kann ein zukünftiger Erbfall den Familienfrieden negativ beeinflussen. Der Schutzzweck der Ausnahmeregelung gem. § 311b V BGB kann somit auch darin gesehen werden, Familienkonflikten vorzubeugen oder sie niederzulegen.

a. Gesetzesbegründung

Schon die Motive zum BGB geben einen Hinweis auf diesen Schutzzweck. Aus den dort aufgelisteten Anwendungsfällen ist erkennbar, dass alle Personen zueinander eine familiäre Beziehung aufweisen.²⁵² Dies könnte ebenfalls stark dafür sprechen, dass das Wohl der Familie von zentraler Bedeutung bei der Zweckfestlegung ist.

b. Literatur

Auch die Festlegung der Vertragssubjekte in § 311b V BGB auf die „*künftigen gesetzlichen Erben*“ legt nahe, dass die Norm besonders für Familienmitglieder²⁵³ geschaffen wurde und das Ziel haben könnte, den zukünftigen Familienfrieden durch den Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abzusichern.²⁵⁴ Denkbar wäre, dass die zukünftige Erbschaft sowohl zu Lebzeiten des Erblassers als auch nach dessen Tod den Familienfrieden zwischen den zukünftigen Miterben beeinträchtigen kann.²⁵⁵

Somit verfolgt § 311b V BGB neben der Festlegung einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung auch die Wahrung des Familienfriedens.

²⁵⁰ So besteht heutzutage vor allem im Unternehmensbereich oder beim Grundbesitz ein Interesse, einen geordneten Übergang zu gewährleisten. Hierzu Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.23; Möller, EE 2019, 174.

²⁵¹ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

²⁵² Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184 sprechen von einem Bedürfnis, das in gewissen Grenzen mal mehr, mal weniger aufgetreten ist für folgende Fälle: „[...] nämlich für Verträge innerhalb der Familie, bei Gutsübergaben, Auswanderungen, Abfindungen von Geschwistern u. dergl.“.

²⁵³ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.103 m.w.N.

²⁵⁴ Hierzu Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.23.

²⁵⁵ Odemer, ZEV 2021, 414 (418).

III. Stellungnahme zum Normzweck und Schutzgut des § 311b IV, V BGB

Grundsätzlich anerkannt von der Rechtsordnung ist der Abschluss von risikoreichen Rechtsgeschäften. Dies liegt an der hohen Wertschätzung der Vertragsfreiheit innerhalb des BGBs. Hieraus ergibt sich, dass die Eingriffsschwelle demnach für ein Verbot des Rechtsgeschäftes relativ hoch sein muss.²⁵⁶

Wie aufgezeigt, ordnete das römische und das gemeine Recht beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten den Rechtsverstoß als bedeutend genug ein, um eine Nichtigkeit anzunehmen.²⁵⁷ Erkennbar bei der Argumentation im römischen Recht ist, dass alles von einem einheitlichen sittlichen Zweck ausgeht. Fast ausschließlich werden dabei die Person des Erblassers oder dessen Interessen von den *boni mores* zentral erfasst. Diesem schließen sich die angesprochenen Ausnahmen dieser Regel ohne Abweichung an.²⁵⁸ Auch hier ist die Zulässigkeit nur gegeben, wenn sichergestellt ist, dass entweder kein bestimmter Erblasser in seinen Interessen verletzt werden könnte oder aber der zukünftige Erblasser selbst durch seine Zustimmung die Sittenwidrigkeit beseitigt hat. Im gemeinen Recht und bei den Partikularrechten ist, wie bereits erörtert, es nicht eindeutig klar, ob immer noch die gleichen sittlichen Wertvorstellungen galten wie im römischen Recht. Vieles spricht für einen Wandel bzw. für eine Aufweichung des Normzwecks.²⁵⁹ Da aber die meisten Regelungen die Zustimmung des Erblassers erforderlich machten und auch auf die Herkunft des römischen Rechts verwiesen wurde, dürften höchstwahrscheinlich hauptsächlich sittliche Gründe für die damalige Regelung bedeutsam gewesen sein.

Auch das BGB beurteilte die verletzten Schutzgüter als beachtenswert. Das BGB ermöglichte jedoch in § 311b V BGB den ebenfalls bedeutenden Interessen der Privatautonomie einen Ausweg zum Abschluss eines wirksamen Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.²⁶⁰

Aus den Untersuchungen konnte die Erkenntnis gewonnen werden, dass vor allem das Schutzgut der Respektierung der Person des Erblassers und zudem der Schutz vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung und dessen Ausnutzung durch den anderen Vertragspartner für den Normzweck des § 311b IV BGB eine gewichtige Rolle spielen. Es gibt also sowohl sittenwidrige als auch wirtschaftliche²⁶¹ Schutzgüter, welche Stimmen in der Literatur und die Rechtsprechung als tragend für eine Rechtfertigung eines Verbotes ansehen.²⁶²

Die zahlreichen untersuchten verschiedenen Schutzgüter, die von einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten berührt sein können, zeugen von einem weiten Anwendungsbereich.²⁶³ Trotzdem ist zu beobachten, dass es auf den jeweiligen Einzelfall ankommt, welches Schutzgut besonders verletzt ist. Somit kann es vorkommen, dass sich

²⁵⁶ Hierzu MüKoBGB-*Armbriüster*, Band 1 (2018), §138, Rn.13.

²⁵⁷ S.o. §4.I.1. und §4.II.2.

²⁵⁸ D 18.4.1 gehört nicht zu diesen Fällen. S.o. §4.I.1.a.

²⁵⁹ S.o. §4.II.5.

²⁶⁰ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184; Staudinger-*Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.2 sieht das Schutzgut der Sittenwidrigkeit und die Testierfreiheit des zukünftigen Erblassers durch § 311b V BGB erheblich eingeschränkt.

²⁶¹ Die Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184 sprechen hier noch von volkswirtschaftlichen Gründen („[...] vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus bedenklich. [...]“), meinen aber wirtschaftliche Gründe: hierzu *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (770).

²⁶² S.o. §5.I.

²⁶³ Für nur einen Schutzzweck aber z.B. *HKK-Harke*, Band II/ 2 (2007), §311b, Rn.14; *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (930).

der Schutzzweck auch von Fall zu Fall ändert, bzw. ein bestimmtes Schutzgut besondere Bedeutung erlangt.²⁶⁴ Mit dieser Annahme könnten sich auch die ambivalenten und widersprüchlichen Äußerungen in der Rechtsprechung und in der Literatur begründen lassen.

Dies führt zu der Ansicht, dass ein Verbot nur durch die Gesamtheit der betroffenen Schutzgüter bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zu rechtfertigen wäre. Einige Stimmen in der Literatur vertreten trotzdem, dass bei einem solchen Vertrag nur noch ein einziges Schutzgut betroffen sein kann. Welches Schutzgut dann entscheidend ist, kann jedoch nicht abschließend festgestellt werden.²⁶⁵

Die Abwendung des BGBs vom totalen Verbot des römischen und teilweise gemeinen Rechts zeigen auch die Untersuchungsergebnisse von § 311b V BGB. Der Gesetzgeber ist gewillt, die Schutzzwecke aus § 311b IV BGB zurückzustellen, wenn die Interessen des § 311b V BGB erfüllt sind.

Dass die Schutzzwecke von § 311b IV und V BGB nicht identisch sind²⁶⁶ und § 311b V BGB nicht alle in § 311b IV BGB erörterten Schutzgutsgefährdungen vollständig eliminieren kann, zeigt der Umstand, dass selbst eine Begrenzung der Vertragssubjekte in § 311b V BGB die Interessensverletzungen gegen den zukünftigen Erblasser nicht beeinflussen kann. Durch diese Veränderung würde der zukünftige Erblasser in seiner Person und seinen Interessen nicht stärker respektiert werden. Denn auch bei einem eingeschränkten Personenkreis gem. § 311b V BGB auf die „*künftigen gesetzlichen Erben*“ besteht die Möglichkeit, dass der zukünftige Erblasser einem Vertragsinhalt gem. § 311b V BGB nicht wohlwollend gegenübersteht.²⁶⁷

Des Weiteren kann nicht ausgeschlossen werden, dass unter (gesetzlich) eng verbundenen Personen eine Ausnutzung eines Wissensvorsprungs ganz unterbleiben wird. Somit besteht auch unter einem eingeschränkten Personenkreis die Möglichkeit einer leichtsinnigen Vermögensverschleuderung und einer Ausbeutung dieses Leichtsinns unter den Vertragspartnern.²⁶⁸ Die Formvorschrift in § 311b V 2 BGB könnte jedoch bei der Aufklärung der vorhandenen Risiken behilflich sein.²⁶⁹

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung von § 311b V BGB bemüht war, das vorhandene Verletzungspotential für die betroffenen Schutzgüter durch Restriktionen lediglich zu verringern, aber nicht vollständig auszuschließen.²⁷⁰ Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist deshalb dann möglicherweise wirksam, wenn entweder eine vorgezogene Erbaueinandersetzung angestrebt wird oder der Familienfrieden gewahrt werden soll. Denn gerade auch zu Lebzeiten des Erblassers kann es schon wichtig werden, solche vorgezogene und absichernde Vereinbarungen aus rechtlicher Sicht verbindlich treffen zu können und zukünftige

²⁶⁴ Bei BGH, FamRZ 1996, 162 (163) und BGH, NJW 1995, 448 ist es die Ausbeutung des Leichtsinns und eine leichtsinnige Vermögensverschleuderung, die im Vordergrund steht; bei OLG Koblenz, Urt. v. 26.09.2002 – 5 U 1940/01 dagegen wieder die Würde des Erblassers; MüKoBGB-Ruhwinkel, Band 3 (2019), §311b, Rn.122 deutet an, dass es mehrere Schutzzwecke gibt, die in bestimmten Situationen relevant sind.

²⁶⁵ Meincke, JuS 1976, 501 (503).

²⁶⁶ Limmer, DNotZ 1998, 927 (931); Kues, ZEV 2001, 13 (14).

²⁶⁷ S.u. §7.I. und §9.III.2.a.

²⁶⁸ S.o. §5.I.2. und §5.I.3.b.; HKK-Harke, Band II/2 (2007), §311b, Rn.14.

²⁶⁹ Siehe Ausführungen zur Form: §8.I. und §9.III.5.

²⁷⁰ So sieht das Protokolle, S.918, in: Mugdan, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618; auch BGHZ 104, 279 (283).

Familienstreitigkeiten so schon frühzeitig zu vermeiden.²⁷¹ Insbesondere können solche familiäre Rechtsstreitigkeiten Unternehmen vor erhebliche personelle und finanzielle Schwierigkeiten stellen.²⁷² Dies erkannten auch schon die Motive und hatten bestimmte Fälle im Bereich des Familienlebens im Blickpunkt, die diesem Zweck besonders oft erfüllen würden.²⁷³ Die Norm des § 311b V BGB muss demnach so ausgelegt werden, dass sie unter Beachtung verschiedener Verletzungen von Schutzgütern eine Lösung für (moderne) vermögensrechtliche Familienauseinandersetzungen bietet.²⁷⁴

²⁷¹ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (931) führt hier das Argument auf, dass so eine gewisse Anzahl von Gerichtsstreitigkeiten vorzeitig erledigt werden können; vor allem bei Geschäftsunfähigkeit oder Verschollenheit des Erblassers, oder bei bestehender Bindung des Erblassers durch z.B. einen Erbvertrag u.a. oder bei Vermeidung der Einbeziehung des Erblassers aus Gründen der Wahrung des Familienfriedens kann ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten hilfreich sein. Hierzu *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.23.

²⁷² *Joachim/Lange*, Pflichtteilsrecht (2017), Rn.520.

²⁷³ Die Motive nennen hier nicht abschließend folgende Fälle: „[...] Verträge innerhalb der Familie, bei Gutsübergaben, Auswanderungen, Abfindungen von Geschwistern u. dergl. [...]“ in Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184.

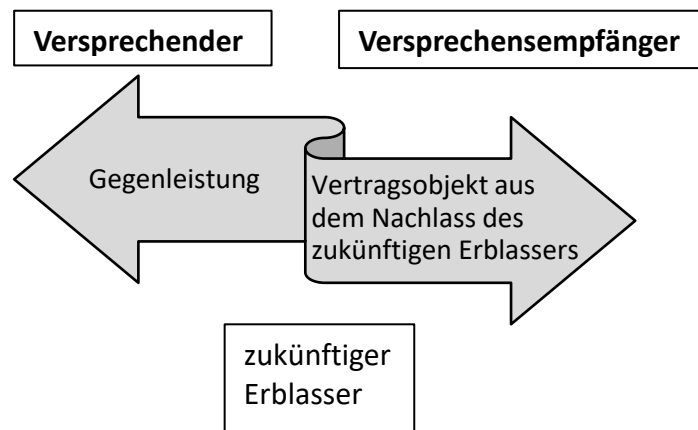
²⁷⁴ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.23: Aufgeführt werden hier Regelungen insbesondere in Unternehmensbereichen und Übergaben bei Grundbesitz.

Kapitel 2 – Einzelne Tatbestandsmerkmale

Im zweiten Kapitel dieser Arbeit sollen die Problemfelder des § 311b IV, V BGB herausgearbeitet werden, welche sich für eine gesetzliche Korrektur anbieten könnten. Hierbei werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Norm *de lege lata* unter Analyse der Rechtsprechung und der Literatur ausgelegt. Unterteilt wird hierbei die Untersuchung in die personenspezifischen Voraussetzungen (Vertragssubjekte siehe §6) und die objekt-spezifischen Voraussetzungen (Vertragsobjekte siehe §7) des § 311b IV, V BGB. Die Rechtsfragen, welche durch die Auslegung nicht abschließend entschieden werden können, werden in Kapitel 3 bewertet und auf weitere sinnvolle Gesetzesveränderungen untersucht.

§6 Vertragssubjekt

Abbildung 2:



I. Auslegung „künftigen gesetzlichen Erben“

Gem. § 311b V BGB wird der Personenkreis, für den das Verbot von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht gelten soll, auf die „*künftigen gesetzlichen Erben*“ beschränkt. Ob sich damit nur die tatsächlichen Erben oder alle Personen, welche gem. §§ 1924 – 1936 BGB sowie § 10 LPartG²⁷⁵ zur gesetzlichen Erbfolge gehören, nunmehr auf Absatz 5 berufen können, regelt das Gesetz nicht. Da der Gesetzgeber insoweit keine klare Regelung getroffen hat, ist diese Frage in der Literatur und in der Rechtsprechung auch umstritten. Im Einzelnen werden folgende Ansichten vertreten.

- Nach einer weiten Ansicht müssen die Vertragsparteien nicht unbedingt die nächsten gesetzlichen Erben in der Erbfolge sein. Es reicht aus, wenn der Personenkreis unter §§ 1924 – 1936 BGB, sowie § 10 LPartG rein theoretisch zur

²⁷⁵ § 10 LPartG gilt nur noch nach § 1 LPartG für vor dem 01.10.2017 in der BRD begründete Lebenspartnerschaften und im Ausland begründete Lebenspartnerschaften, soweit auf sie deutsches Recht anwendbar sind. § 1353 I BGB ist seit dem 01.10.2017 durch Art. 1 G. v. 20.07.2017 BGBI. I S.2787 auch auf die gleichgeschlechtliche Ehe anwendbar.

gesetzlichen Erbfolge berufen werden kann.²⁷⁶ Für die Beurteilung ist hierbei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedeutend.²⁷⁷

- Eine engere Ansicht interpretiert den Rechtsbegriff in der Weise, dass nur die jeweils nächsten Verwandten in der Erbfolge zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berechtigt sind, einen wirksamen Vertrag abzuschließen. Die einzigen zulässigen Ausnahmen sind Fälle, bei denen ein nächstberechtigter gesetzlicher Erbe einen solchen Vertrag mit einem durch ihn selbst ausgeschlossenen entfernteren gesetzlichen Erben abschließen möchte.²⁷⁸
- Nach einer sehr engen Ansicht sind nur Verträge wirksam, wenn sie ausschließlich von den tatsächlichen Erben im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geschlossen werden.²⁷⁹ Wichtigster Umstand ist hierbei, dass für die Beurteilung auf den Zeitpunkt des Erbfalls abgestellt werden muss und nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.²⁸⁰

Anschaulich verdeutlichen lassen sich die Ansichten zusätzlich durch einen Rückgriff auf den zu Beginn erwähnten Beispielfall²⁸¹.

²⁷⁶ So RGZ 98, 330 (332); auch erwähnt, aber ohne abschließenden Entscheid in BGHZ 104, 279 (281f.); BGH, NJW 1995, 448; *Damrau*, EE 2019, 195; *Thode*, ZEV 1995, 143 (144); *Damrau*, ZEV 1995, 425 (426); BGB/RG-*Michaelis*, §312a.F., S.494; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.24; ebenfalls *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771); DNotI-Report 15/2019, 123 (124); DNotI-Report 16/1996, 141 (142); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.472 rezipiert diese Ansicht und weist darauf hin, dass dies die h.M. in der Literatur darstellt; *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.51; *Kues*, ZEV 2001, 13 (14); die damit in Betracht kommenden Vertragsparteien aus Sicht des Erblassers wären im Allgemeinen: Ehegatte (§§ 1931, 1371); 1.Ordnung (§ 1924 BGB): Kinder (Söhne, Töchter), auch: Adoptivkinder (siehe aber: §§1754 II, 1770 I 1 BGB); Enkel, Urenkel; 2.Ordnung (§ 1925 BGB): Eltern, Geschwister, Nichte/Neffe, Großnichte/Großneffe und ggf. deren Abkömmlinge; 3.Ordnung (§ 1926 BGB): Großeltern, Tante/Onkel, Cousin/Cousinen; Kinder von Cousins/Cousinen und ggf. deren Abkömmlinge; 4.Ordnung (§ 1928 BGB): Urgroßeltern; Urgroßtante; Urgroßonkel; 5.Ordnung und weitere (§ 1929 BGB): entferntere Voreltern und ggf. deren Abkömmlinge. Siehe hierzu *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht* (2001), §11, S.242-246; **nicht** erfasst von Auflistung bei *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (232): Stiefkinder, Stiefgeschwister, Stiefeltern, Schwiegerkinder, Schwiegereltern, geschiedene Ehegatten gem. §1564 BGB, nichteheliche Lebensgefährten, Verlobte (hierzu **a.A.** *Damrau*, ZErB 2004, 206 (208); *Damrau*, EE 2019, 195 (196) ist der Meinung, dass ein Vertragsschluss für einen Verlobten dann möglich ist, wenn das Vertragsangebot des Verlobten über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nach der Eheschließung angenommen wird und s.u., §9.III.2.b.3)a); s.u. §6.II. bzgl. Fiskus (§ 1936 BGB).

²⁷⁷ Nicht erfasst werden können somit Personen, deren Status sich erst nach Vertragsschluss ändert. Hier müsste z.B. ein neuer Vertrag geschlossen werden. Hierzu *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.475; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (233).

²⁷⁸ Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.80-90, insbesondere S.80, Fn.11 m.w.N.; eine andere Variante führt *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771) an. So soll nur der Verpflichtende der tatsächliche Erbe zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sein. Im Ergebnis lehnt er diese Auffassung jedoch ab. Die Argumentation wäre jedoch vergleichbar mit der von *Daniels* vertretenen Ansicht.

²⁷⁹ Siehe z.B. *Staudinger-Kuhlenbeck*, BGB (1906), §312a.F., II.2a); *Schollmeyer*, BGB (1900), §312 a.F., S.164.

²⁸⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.79 betont, dass es als eine zusätzliche Bedingung angesehen werden muss, dass die Vertragspartner auch tatsächliche Erben werden. Der Vertrag wird nicht wirksam, wenn beim Erbfall diese Bedingung nicht vorliegt.

²⁸¹ S.o. §1.I.

Variante 1: In der ersten Variante schließen gleichrangige zukünftige gesetzliche Erben, wie z.B. Geschwister, einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ab. Ein Beispiel aus der Praxis ist BGH, NJW 1995, 448. Hier wurde zwischen den Geschwistern mit Einverständnis der zukünftigen Erblasserin im Anschluss an einen Erbvertrag, in welchem das erste Kind auf seinen zukünftigen Erb- und Pflichtteil verzichtete, ein mündlicher Vertrag abgeschlossen, in welchem dem einen Kind trotz des Erb- und Pflichtteilsverzichts wesentliche Teile des Nachlassvermögens zugesichert wurden.²⁸²

Variante 2: In der zweiten Variante sind die Vertragsparteien ebenfalls zwei zukünftige Erben, die aber nicht gleichrangig in der Erbfolge des Erblassers sind. Als konkreter Beispielfall wäre ein Vertrag zwischen der Tochter des Erblassers und einem Abkömmling des noch nicht verstorbenen Sohnes des Erblassers anzudenken.²⁸³

Für die weite Ansicht bedeutet dies, dass die Geschwister in der Fallvariante 1 einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen können. Auch in der Fallvariante 2 können die Tochter des Erblassers und der Abkömmling des noch nicht verstorbenen Sohnes des Erblassers nach dieser Ansicht einen Vertrag abschließen. Dies liegt daran, dass zum Vertragszeitpunkt ein Verwandtheitsgrad gem. §§ 1924 – 1936 BGB, sowie § 10 LPartG zwischen den Parteien feststellbar ist.

Nach der engen Ansicht zum Vertragszeitpunkt kann ein wirksamer Vertragsschluss hingegen nur bei der Variante 1 des Beispielfalls in Betracht kommen, da nur dort die Geschwister die hypothetischen Erben zum Vertragszeitpunkt sind.

Nach der sehr engen Ansicht, welche auf den Erbfallzeitpunkt abzielt, wäre hingegen ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in der Variante 1 nur dann wirksam, wenn die Geschwister später wirklich auch tatsächlich erben. Das Gleiche gilt in Variante 2 für die Tochter des Erblassers und für den Abkömmling des noch nicht verstorbenen Sohnes des Erblassers.

Im Folgenden wird herausgearbeitet, welche Argumente für die dargestellten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm *de lege lata* zu einer klaren Entscheidung kommt:

1. Wortlaut

Der Normtext „*unter künftigen gesetzlichen Erben*“ lässt mehrere Auslegungen zu. So kann einerseits der Personenkreis erfasst sein, der auch nach dem juristischen und vom Gesetzgeber verwendeten Sprachgebrauch unter den „*gesetzlichen Erben*“ verstanden wird. Dies wären die von §§ 1924 – 1936 BGB, sowie § 10 LPartG erfassten Personen. Andererseits wird dieser Personenkreis durch das Adjektiv „*künftigen*“ näher beschrieben und eingegrenzt. Künftig bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „**angehend**, [darauf] folgend, in spe, kommend, nachfolgend, **nächste**, später, weiter, **zukünftig**“²⁸⁴.

Hieraus könnte sich zum einen schlussfolgern lassen, dass nur die **nächsten** gesetzlichen Erben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses darunter zu verstehen sind. Andererseits

²⁸² Die Parteien wollten in diesem Fall den Gläubigern den Zugriff auf ein Hausgrundstück entziehen; vgl. ebenfalls OGHZ 2, 114.

²⁸³ Siehe zu ähnlicher Konstellation BGHZ 59, 343f.

²⁸⁴ Siehe Definition „künftig“ auf Duden online <www.duden.de/rechtschreibung/kuenftig_demnaechst_spaeter> (Abrufdatum: 22.02.2022).

könnten aber auch nur die **angehenden** gesetzlichen Erben erfasst sein. Damit kämen nur die tatsächlichen Erben als Vertragsparteien in Frage. Eine weitere Möglichkeit wäre den Begriff „*künftige[n]*“ sehr abstrakt auszulegen. Hierdurch wären alle in Frage kommenden potenziellen **zukünftigen** gesetzlichen Erben erfasst. Offen bleibt zudem nach dem Wortlaut, ob für die Festlegung des Personenkreises der Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der des Erbfalls entscheidend ist.

Da eine Wortlautauslegung des Begriffs „*künftigen gesetzlichen Erben*“ für alle Ansichten Argumente liefert, ist der Wortlaut der Norm demnach als juristisch ungenau anzusehen.²⁸⁵

2. Systematik

Aus systematischen Gesichtspunkten könnte sich aus § 2346 I BGB ein Ergebnis ableiten lassen. Denn diese Vorschrift regelt den Erbverzicht. Es geht um einen Vertrag eines zukünftigen Erben mit dem Erblasser über dessen gesetzliches Erbrecht und damit um eine thematisch eng mit § 311b IV, V BGB verbundene Problematik. Der Gesetzgeber schränkt hier nach dem Wortlaut die Möglichkeit eines solchen Vertrages auf die Verwandten und den Ehegatten des Erblassers ein. Vom personellen Anwendungsbereich der Norm wird dagegen lediglich der Fiskus ausgeschlossen.²⁸⁶ Der Wortlaut lässt somit erkennen, dass gem. § 2346 I BGB der Verzichtende im Zeitpunkt des Verzichts nicht der nächstberufene Erbe sein muss, sondern nur zum erwähnten Personenkreis zählen muss.²⁸⁷ Aufgrund der engen Verbundenheit und der Vergleichbarkeit der geregelten Vertragskonstellationen könnte argumentiert werden, dass auch in § 311b V 1 BGB einer weiten Auslegung der Vorzug gegeben werden sollte. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass der Erbverzichtsvertrag durch die Besonderheit gekennzeichnet ist, dass eine Vertragspartei der Erblasser selbst ist. Ein Vergleich ist deshalb nur zwischen den Voraussetzungen an den Verzichtenden beim § 2346 I BGB und an die Vertragsparteien beim § 311b V 1 BGB zulässig.²⁸⁸ In Frage gestellt werden kann die Zulässigkeit einer systematischen Vergleichbarkeit des Personenkreises von § 2346 BGB und § 311b V 1 BGB zudem noch mit einem anderen Argument. So ist es nach § 2347 I BGB möglich, dass insbesondere Verlobte und Personen, denen die Annahme an Kindes statt in Aussicht gestellt worden ist, ebenfalls einen Erbverzicht abschließen können. Diese Personen gehören aber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht zu den gesetzlichen Erben gem. §§ 1924 – 1936 BGB, § 10 LPartG. Hieraus folgt, dass der Personenkreis des § 2346 I BGB nicht mit dem des § 311b V BGB vergleichbar ist und somit auch nicht übertragbar ist, dass die Vertragsparteien nur abstrakt die gesetzlichen Erben sein müssen.²⁸⁹ Im Ergebnis zeigt sich, dass ein systematischer Vergleich von § 2346 I BGB mit

²⁸⁵ RGZ 98, 330 (332) führt die Formulierung auf eine gesetzestypische Ausdrucksweise zurück und wagt einen Vergleich mit ALR I 12 § 649 (Originaltext s.u. Anhang II.2.d.2)); so auch jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.471.

²⁸⁶ So RGZ 98, 330 (332): im Umkehrschluss wäre dann der Fiskus von § 311b V 1 BGB erfasst; zu den Ausführungen des Fiskus als Vertragssubjekt bei § 311b V BGB s.u. §6.II.

²⁸⁷ Vgl. MüKoBGB-*Wegerhoff*, Band 11 (2020), §2346, Rn.9.

²⁸⁸ § 2346 I BGB: „*Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. [...]*“ im Vergleich zu § 311b V BGB: „*[...] unter künftigen gesetzlichen Erben [...]*“.

²⁸⁹ So in *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.81f. entgegen RGZ 98, 330 (332).

§ 311b V BGB die Problematik aufgrund der unterschiedlichen Schutzzwecke nicht abschließend beantworten kann.

Aus § 311b V 1 Alt.2 BGB selbst lassen sich zwei Argumente für ein weites Verständnis des Begriffs „*künftigen gesetzlichen Erben*“ herleiten. Zum einen ist der Wortlaut „*gesetzlichen Erbteil*“ in § 311b V 1 BGB widersprüchlich, wenn nur die wirklichen Erben als Vertragspartei zulässig sind. Denn wäre nur diesen Personen ein Vertragsschluss erlaubt, so kommt als Vertragsgegenstand nur der gesetzliche Erbteil in Frage. Der Wortlaut „*gesetzlich*“ in Bezug auf den Erbteil in § 311b V 1 BGB wäre somit überflüssig. Der Gesetzgeber hätte also bei der Normfindung den Wortlaut „*gesetzlich*“ vor der Bezeichnung „*Erbteil*“ streichen können, was jedoch nicht geschah.²⁹⁰ Diesem Argument kann jedoch entgegengebracht werden, dass der Bezeichnung „*gesetzlichen*“ vor dem Wort „*Erbteil*“ in § 311b V 1 BGB nur Klarstellungscharakter zukommen soll.²⁹¹ Zum anderen sieht § 311b V 1 BGB vor, dass zumindest eine Vertragspartei auch Pflichtteilsberechtigter sein kann und damit kein tatsächlicher nächster gesetzlicher Erbe sein muss. Dies ergibt sich daraus, dass in diesen Fällen eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die den Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge einschränkt oder von selbiger sogar ausschließt.²⁹² Sinnvoll ist eine solche Regelung somit nur, wenn es auf die abstrakte Eigenschaft der Personen ankommt.²⁹³ Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass in den Fällen, in denen der Pflichtteil Vertragsobjekt des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist, auch die enge Ansicht anwendbar ist, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwei Voraussetzungen vom Versprechenden erfüllt sind. So muss der Versprechende zum einen bei Vertragsschluss noch nächster gesetzlicher Erbe sein. Und zum anderen gem. § 2303 BGB zu den Pflichtteilsberechtigten gehören.²⁹⁴

Auch ein Vergleich mit den Vertragssubjekten des Generalverbots gem. § 311b IV BGB hilft bei der Auslegung nicht abschließend weiter. Denn der Wortlaut des § 311b IV 1 BGB erfordert keine besondere Eigenschaft der Vertragssubjekte, weshalb vom Verbot alle möglichen Personengruppen erfasst sind. Das Verbot für diesen Personenkreis wird zwar von § 311b V BGB durch die „*gesetzlichen Erben*“ als Ausnahme zum Verbot durchbrochen. Da allerdings alle Personengruppen der diskutierten Ansichten dem Wortlaut nach unter diesen Begriff subsumiert werden können²⁹⁵, kann aus der systematischen Stellung des § 311b IV BGB zu § 311b V BGB kein Argument für eine der Ansichten gewonnen werden.

Dies zeigt, dass auch der § 311b V 1 Alt.2 BGB sowohl zugunsten der weiten als auch der engen Interpretation ausgelegt werden kann.

²⁹⁰ RGZ 98, 330 (331f.).

²⁹¹ Es existiert zumindest kein ausdrücklicher Hinweis, weshalb die 2. Kommission in E-I-VorlZust § 349 der Protokolle zur Norm erstmalig den Wortlaut „*gesetzlichen Erbtheile*“ wählt. Siehe Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.404.

²⁹² RGZ 98, 330 (333f.) weist darauf hin, dass trotz Zugehörigkeit dieser Person zu den §§ 1924ff. BGB in so einem Fall die Berufung als Pflichtteilsberechtigter und nicht als gesetzlicher Erbe erfolgt.

²⁹³ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.25; Wiedemann, NJW 1968, 769 (771).

²⁹⁴ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.91.

²⁹⁵ S.o. §6.I.1.

3. Wille des Gesetzgebers

Auch aus der historischen Entwicklung des § 311b IV, V BGB lässt sich kein eindeutiges Ergebnis ableiten. Denn zum einen ist aus den Protokollen der 2. Kommission zur Norm herauszulesen, dass bei der Konzipierung des § 311b V BGB der ALR I 12 § 649²⁹⁶ des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten herangezogen wurde. Hiernach dürfen nur diejenigen Personen wirksam einen Vertrag abschließen, „*welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind.*“ Dies sind die nächstberechtigten Erben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.²⁹⁷ Allerdings ergibt sich aus den Protokollen der 2. Kommission auch, dass § 311b V BGB nicht so weitreichende Wirkungen wie ALR I 12 § 649 haben soll²⁹⁸: „[...] So weit, wie das ALR., wolle man jedoch nicht gehen. Es sei nicht nothwendig, mit einem derartigen Verträge die Wirkung zu verbinden, daß dadurch die Intestaterbfolge abgeändert werde; es genüge, wenn dem abfindenden Erben ein obligatorischer Anspruch auf den Erbtheil des Abgefundenen zuerkannt werde. [...]“²⁹⁹ Somit kann aus den Protokollen der 2. Kommission nicht abschließend geklärt werden, ob das Verständnis von den „*gesetzlichen Miterben*“ aus ALR I 12 § 649 auch auf die „*künftigen gesetzlichen Erben*“ gem. § 311b V BGB übertragen werden kann.

Der zunächst von der 2. Kommission geplante Absatz 3 im Entwurf § 349 E I-RJA hingegen ermöglicht auch keine eindeutige Auslegung. Er lautete: „Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden keine Anwendung auf Verträge, welche unter den zukünftigen gesetzlichen Erben des Dritten zum Zwecke ihrer Auseinandersetzung als zukünftige Miterben geschlossen werden.“³⁰⁰ Denn zum einen ist erkennbar, dass eine sehr enge Verbindung der Vertragsparteien zur Erbfolge erwünscht wird. Dies ergibt sich daraus, dass die Vertragsparteien „Miterben“ sein müssen und der Vertragsschluss dem Auseinandersetzungszweck dienen muss. Auf der anderen Seite allerdings wird als ausreichend angesehen, wenn die gesetzlichen Erben „zukünftige Miterben“ sind, was wiederum für die abstrakte Wortlautinterpretation spricht. Letztlich wurde dieser Entwurf von der 2. Kommission jedoch abgelehnt und fand keinen Eingang ins BGB. Dies spricht gegen die Annahme, dass sich aus § 349 E I-RJA ein stichhaltiges Argument zugunsten einer Auslegungsvariante ableiten lässt.³⁰¹

4. Sinn und Zweck

Auch der Schutzzweck von § 311b V BGB, welcher vor allem in der Sicherung der vorgezogenen Erbauseinandersetzung im Familienbereich und der Wahrung des Familienfriedens zu sehen ist³⁰², erlaubt kein eindeutiges Auslegungsergebnis. Denn einerseits ist eine vorgezogene Erbauseinandersetzung besonders zwischen den tatsächlich

²⁹⁶ Originaltext von ALR I 12 § 649 s.u. Anhang II.2.d.2).

²⁹⁷ So *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.83f., entgegen der Ansicht des RGZ 98, 330 (332); frühere Bezeichnung auch: nächste präsumtive gesetzliche Erben. Hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.84, Fn.26 m.w.N.

²⁹⁸ Protokolle, S.918f., in: *Mugdan*, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618f. weist darauf hin, dass bei ALR I 12 § 649 (Originaltext s.u. Anhang II.2.d.2)) die gesetzlichen Miterben die Wirkung des Erbrechts beeinflussen konnten.

²⁹⁹ Protokolle, S.918f., in: *Mugdan*, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618f.

³⁰⁰ Zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.403.

³⁰¹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.85 vermutet jedoch, dass die letztlich vorgenommene Änderung bei der Normschaffung lediglich auf eine redaktionelle Änderung im Verfahren zurückzuführen ist und nicht zu einer Veränderung der Auslegung führt.

³⁰² S.o. §5.II.

berufenen Erben notwendig und sinnvoll. So vertritt *Daniels* die Meinung, dass kein generelles Bedürfnis bzgl. der vorgezogenen Erbauseinandersetzung bei einem erweiterten Personenkreis festgestellt werden kann.³⁰³ Dieser Schutzzweck könnte am besten mit der engen Ansicht und der Ansicht, welche auf den Zeitpunkt des Erbfalls abstellt, durch die stärkere Eingrenzung der Vertragsparteien erreicht werden.

Andererseits entsteht nicht selten nach dem Erbfall Streit zwischen den Erben oder in der Familie über die Aufteilung der Erbschaft. Der Schutzzweck der Wahrung des Familienfriedens wird somit auch eingehalten, wenn allen Personen, welche gem. §§ 1924 – 1936 BGB sowie § 10 LPartG ein berechtigtes Interesse an der Erbauseinandersetzung haben und zur Familie des Erblassers gehören, die Möglichkeit zum wirksamen Vertragsabschluss gegeben wird.³⁰⁴

Zusätzlich kritisiert werden kann an der sehr engen Ansicht, dass durch diese Auslegungsvariante des Begriffs „*gesetzlichen Erben*“ theoretisch der Personenkreis auf Personen erweitert werden kann, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht zu den gesetzlichen Erben dazuzählen, jedoch zum Erbfallzeitpunkt die tatsächlichen Erben sind³⁰⁵. Da nicht sichergestellt werden kann, dass diese Personen ein anfängliches berechtigtes Interesse an der vorgezogenen Erbauseinandersetzung und dem Familienfrieden haben, könnte dies dem Normzweck des § 311b V BGB zuwiderlaufen.³⁰⁶

Somit kann festgehalten werden, dass die Schutzzwecke des § 311b V BGB jeweils eine voneinander abweichende Interpretation des Begriffs „*unter künftigen gesetzlichen Erben*“ unterstützen.

5. Zwischenergebnis

Die Frage, welche Personen unter die „*künftigen gesetzlichen Erben*“ zu subsumieren sind, kann somit nicht eindeutig zugunsten einer Auslegungsvariante entschieden werden. Für alle Ansichten lassen sich vertretbare Argumente anführen.³⁰⁷

³⁰³ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.85f.

³⁰⁴ Dieses vorhandene Bedürfnis sieht auch Staudinger-*Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.24.

³⁰⁵ Also solche, die durch Heirat, Adoption oder Legitimation nach Vertragsschluss zu gesetzlichen Erben geworden sind.

³⁰⁶ Hinweis zur Verfehlung des Normzwecks bei dieser Variante unter RGZ 98, 330 (331).

³⁰⁷ Für weitere Argumente und Stellungnahme zur Streitfrage s.u. §9.III.2.a.

II. Sonderfall: Fiskus als Vertragspartei

Eine in der Literatur umstrittene Frage ist, ob auch der Fiskus Vertragspartei eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sein kann. Eine gerichtliche Entscheidung explizit zu dieser Problematik findet sich nicht, weswegen der Streit zumindest bis in die heutige Zeit nur in der Theorie Bedeutung erlangt.³⁰⁸

Im Einzelnen werden folgende Ansichten vertreten:

- Nach der einen Ansicht gehört der Fiskus gem. § 1936 BGB ebenfalls zum von der weiten Ansicht vorgeschlagenen Personenkreis.³⁰⁹
- Die enge Ansicht zum Vertragszeitpunkt wiederum möchte den Fiskus als Vertragspartei bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ausklammern.³¹⁰
- Letztlich wollen auch einige Anhänger der weiten Ansicht beim Fiskus eine Ausnahme zulassen und ihn nicht als mögliche Vertragspartei zulassen.³¹¹

In der Folge soll durch die Auslegung der Norm *de lege lata* herausgearbeitet werden, welche Argumente für die Ansichten sprechen und ob einer Ansicht der Vorzug eingeräumt werden kann:

1. Wortlaut

Eine Auslegung der „*künftigen gesetzlichen Erben*“ nach dem juristischen und vom Gesetzgeber verwendeten Sprachgebrauch ergibt, dass der Fiskus gem. § 1936 BGB auch gesetzlicher Erbe des Erblassers sein kann, sofern zur Zeit des Erbfalls kein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner des Erblassers vorhanden ist. Ist dieser Umstand aber schon zum Vertragsschluss erfüllt, so wäre auch die Auslegung der engen Ansicht erfüllt, bei der der Fiskus der **nächste** Erbe sein muss. Aber auch als möglicher **zukünftiger** Erbe wäre der Fiskus nach einem abstrakten Verständnis des Wortlautes denkbar.

Somit kann nach der Wortlautauslegung der Fiskus sowohl nach der engen als auch nach der weiten Ansicht Vertragspartei eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sein.

2. Systematik

Ein Vergleich mit § 2346 BGB führt dazu, dass der Fiskus nicht als Vertragspartei infrage kommt, da er nicht in § 2346 I BGB explizit aufgeführt wird. Auf der anderen Seite kann aber auch das Argument vorgebracht werden, dass § 2346 BGB aus dem Grund nicht als systematische Vergleichsnorm herangezogen werden kann, weil der Fiskus eben gerade keine Vertragspartei gem. § 2346 I BGB sein kann. Abweichend zu der bereits diskutierten Problematik bei den gesetzlichen Erben gem. §§ 1924 – 1935 BGB

³⁰⁸ *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (2001), §13II, S.291, Fn.79 sieht einen Anwendungsfall der Problematik, wenn zwei Bundesländer zum Erben berufen sind. Ebenfalls Beispiele bei *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.485.

³⁰⁹ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (232); RGZ 98, 330 (332).

³¹⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.81.

³¹¹ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.24.

sowie § 10 LPartG, kann ein Vergleich mit § 2346 BGB die Auslegungsproblematik mit dem Fiskus somit nicht abschließend entscheiden.³¹²

Ein Argument dafür, dass das Gesetz den Fiskus anders als die übrigen Erben beurteilt, könnte sich auch aus § 1942 II BGB ergeben. Hiernach hat der Fiskus, anders als die Erben gem. § 1942 I BGB, kein Recht, eine angefallene Erbschaft auszuschlagen.

Auch § 1936 BGB wäre ein Argument dafür, dass der Fiskus von der Rechtsordnung in seinen Interessen allen anderen Erben nachgestellt wird.

3. Wille des Gesetzgebers

Die Entstehungsgeschichte der Norm spricht hingegen gegen die Aufnahme des Fiskus als Vertragspartei. Denn zum einen soll eine Aufweichung des Generalverbots nur mit einer Abwicklung von Familienangelegenheiten einhergehen, zu welcher der Fiskus nicht zu zählen ist. Und zum anderen erwähnen die Motive den Fiskus nicht explizit als Vertragssubjekt.³¹³

4. Sinn und Zweck

Sollte der Fiskus berechtigt sein, einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abzuschließen, so wäre zumindest der Schutzzweck der vorgezogenen Erbauseinandersetzung von § 311b V BGB bei einem sehr weiten Verständnis erfüllt. Eine Vermeidung von zukünftigen Familienstreitigkeiten kann jedoch nicht erreicht werden, da der Fiskus nur erben kann, wenn alle Familienmitglieder bereits verstorben sind.³¹⁴ Die Heranziehung des Schutzzwecks des § 311b V BGB führt somit zu keiner eindeutigen Auslegung.

5. Zwischenergebnis

Dies zeigt, dass auch bei der Frage, ob der Fiskus Vertragspartei sein kann, keine eindeutige Auslegung erreicht wird.³¹⁵

³¹² Argumentiert wurde in RGZ 98, 330 (332) mit § 2346 BGB, dessen Formulierung deshalb anders ausfalle, weil hier der Fiskus gerade nicht Vertragssubjekt sein soll; auch *Nieder/Kössinger-Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, §19, Rn.60f.

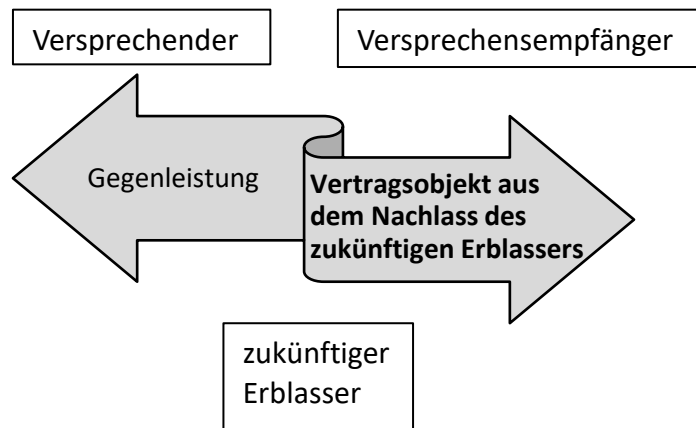
³¹³ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184 erwähnen explizit den Fiskus nicht; beschrieben in *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.81, der sich auch auf den Zweck der Norm bezieht.

³¹⁴ So *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.24, der zwar der weiten Ansicht folgt, jedoch den Fiskus nicht vom Zweck des § 311b V BGB umfasst sieht, da der Zweck des § 311b V BGB nur den Familienbereich betrifft; *a.A. Henssler*, RNotZ 2010, 221 (232), der dies mit dem zu vernachlässigendem Zweck der Vereinbarung begründet.

³¹⁵ S.u. §9.III.2.a. zur Stellungnahme und Ergebnis dieser Problematik.

§7 Vertragsobjekt

Abbildung 3:



Des Weiteren stellt sich die Frage, welche unterschiedlichen Vertragsobjekte für einen wirksamen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten überhaupt in Betracht kommen. Der Gesetzeswortlaut des § 311b V BGB erwähnt zwei Fälle, bei denen neben dem „gesetzlichen Erbteil“ (§7.I.) auch über den „Pflichtteil“ (§7.IV.) ein solcher Vertrag abgeschlossen werden darf. Im Übrigen verdienen auch die Nachlassgegenstände (§7.II.) und Vermächtnisse (§7.III.) eine umfassende Auseinandersetzung.

I. „Gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB

§ 311b V 1 Alt.1 BGB bietet den Parteien die Möglichkeit, einen Vertrag über den „gesetzlichen Erbteil“ abzuschließen. Der größte Streitpunkt bei der Auslegung besteht darin, ob auch bei gewillkürter Erbfolge der Erbteil von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst ist (§7.I.1.). Sofern diese Rechtsfrage bejaht werden kann, stellt sich zusätzlich die Anschlussfrage, bis zu welcher Höhe die Norm solche Verträge zulässt (§7.I.2.). Diskutiert wird ebenfalls, ob auch der Alleinerbteil von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst sein kann (§7.I.3.).

1. Auslegung des „gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB

Der von den Parteien zum Vertragsgegenstand eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gemachte „Erbteil“ kann sowohl durch Gesetz als auch durch eine Verfügung von Todes wegen vererbt werden.

Ausdrücklich erwähnt wird von § 311b V 1 Alt.1 BGB der Vertrag „über den gesetzlichen Erbteil“ eines noch lebenden Dritten. Voraussetzung hierfür ist, dass beim Erbfall keine wirksame Verfügung von Todes wegen vorliegt und die Erben nach der gesetzlichen Erbfolge erben. Was der gesetzliche Erbteil i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB alles abstrakt beinhaltet, wird vom Gesetz in § 1922 II BGB zusätzlich legaldefiniert. Erfasst wird demnach der Anteil eines Miterben. Dieser wiederum besteht aus einer ideellen Quote oder einem Bruchteil am gesamthänderisch gebundenen Nachlass.³¹⁶ Falls der Erbteil im

³¹⁶ MüKoBGB-Leipold, Band 11 (2020), §1922, Rn.194.

Einzelfall einzelne Gegenstände beinhaltet, so ist aus dem Wert der Gegenstände die Erbteilsquote zu bilden.³¹⁷

Als Beispiel für die vom Gesetz angenommene Grundkonstellation kann folgender Fall herangezogen werden: Ohne Kenntnis der geschiedenen Mutter verpflichtet sich der Bruder gegenüber der Schwester, seinen gesetzlichen Erbteil nach dem Ableben der Mutter z.B. gem. § 1942 BGB auszuschlagen. Im Gegenzug erhält er eine Abfindung von der Schwester.³¹⁸

Da die Vertragspartner oftmals jedoch nicht beeinflussen können, ob der zukünftige Erblasser seinen Nachlass durch die vom BGB vorgeschlagene gesetzliche Erbfolge oder durch eine Verfügung von Todes wegen auf die Erben überträgt, stellt sich die Frage, ob auch der Erbteil bei gewillkürter Erbfolge von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst sein kann. Diesbezüglich werden unterschiedliche Ansichten vertreten:

- Nach einer Ansicht ist ein Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten über einen Erbteil nur möglich, wenn keine gleichzeitige Verfügung von Todes wegen vorliegt.³¹⁹ Liegt gewillkürte Erbfolge vor, so bleibt auch ein Vertrag über einen zukünftigen Erbteil unwirksam, welcher sich inhaltlich mit der gesetzlichen Erbfolge deckt.³²⁰
- Eine andere Ansicht will einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch dann zulassen, wenn der Erbteil durch eine Verfügung von Todes wegen zugewendet wird.³²¹
- Nach einer dritten differenzierenden Ansicht werden Verträge über den Erbteil eines noch lebenden Dritten von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst, die keinen Regelungscharakter haben, sondern nur den Willen des Erblassers wirtschaftlich zweckmäßig ausgestalten wollen, ohne dabei die Verteilung unter den Erben abzuändern oder zu verschieben.³²² In den Fällen, in denen der Erblasser zum einen durch eine bindende Verfügung von Todes wegen³²³ seine Testierfähigkeit eingebüßt hat oder er durch einen anderen Umstand nicht mehr testierfähig ist, kann ebenfalls von den Parteien bei gewillkürter Erbfolge der zukünftige Erbteil zum Vertragsgegenstand gemacht werden, da eine Abänderung des Erblasserwillen

³¹⁷ MüKoBGB-*Leipold*, Band 10 (2020), §1922, Rn.194.

³¹⁸ Siehe bzgl. Fall: *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (234); allgemein: *Damrau*, ZErB 2004, 206 (211). Der Bruder lässt sich beispielsweise hierauf ein, weil die Schwester sich den gesamten zukünftigen Nachlass der Mutter (und evtl. hierin noch nicht bezifferbare Gegenstände) sichern möchte.

³¹⁹ *Planck-Siber*, BGB, Band II/1 (1914), §312a.F., S.335, Anm.2b; RGZ 98, 330 (332); BGHZ 104, 279 (282f.) hingegen setzt sich ausdrücklich mit der RG-Entscheidung auseinander und wendet sich von dieser Entscheidung ab.

³²⁰ *Planck-Siber*, BGB, Band II/1 (1914), §312a.F., S.335, Anm.2b; selbst eine Verfügung von Todes wegen des Erblassers mit dem Inhalt „Es gilt die gesetzliche Erbfolge.“, wäre demnach nicht zulässig.

³²¹ Siehe auch aufgelistete ausgewählte Literatur bis 1973 in *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.98, Fn.103; zuletzt in neuerer Literatur: u.a. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (937); *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (234); DNotI-Report 15/2019, 123 (124).

³²² *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771) spricht hier von Verträgen, die lediglich den Zahlungsmodus unter den Vertragsparteien festhalten sollen. Anzudenken wäre, dass dies z.B. der Fall wäre, wenn für die Parteien der Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt etwas klarstellen soll, der Vertrag mögliche Streitigkeiten beseitigen soll oder Abfindungszahlungen schon detailliert festgeschrieben werden sollen.

³²³ Hierunter versteht *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771) den Erbvertrag und ein bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament gem. § 2271 BGB.

rechtlich nicht mehr möglich ist.³²⁴ Sollte jedoch keine bindende Verfügung von Todes wegen vorliegen, so ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Form eines Verteilungsvertrags nur möglich, sofern der Erblasser voraussichtlich diesem Vertrag bei Kenntnis positiv gegenüberstehen würde.³²⁵

Welche Argumente für die dargestellten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm *de lege lata* zu einer klaren Entscheidung kommt, soll im Folgenden herausgearbeitet werden:

a. Wortlaut

Der Gesetzeswortlaut gem. § 311b V 1 Alt.1 BGB besagt, dass der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten „*über den gesetzlichen Erbteil*“ abgeschlossen wird. Möglich erscheint deshalb eine Auslegung in der Weise, dass der Erbteil nur dann Gegenstand eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sein kann, wenn der Nachlass durch die gesetzliche Erbfolge vererbt werden soll. Da der Inhalt einer wirksamen Verfügung von Todes wegen die Regelungen der gesetzlichen Erbfolge verdrängt, wäre nach dieser Auslegung ein Vertragsschluss nicht möglich, wenn eine wirksame Verfügung von Todes wegen vom Erblasser zum Zeitpunkt des Erbfalls vorliegt.

Eine andere Auslegungsvariante besteht darin, den Wortlaut „*gesetzlichen Erbteil*“ als eine quantitative Mengenangabe für die dem Gesetz nach erwartete Erbteilshöhe zu interpretieren.³²⁶ Denn § 311b V 1 Alt.1 BGB erfordert nicht, dass der „*gesetzliche[n] Erbteil aufgrund gesetzlicher Erbfolge*“³²⁷ an die Erben übergeht. Erwähnt wird lediglich der gesetzliche Erbteil, was sicherstellen soll, dass der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten inhaltlich dem Umfang des gesetzlichen Erbteils entspricht. Dies würde bedeuten, dass eine Verfügung von Todes wegen keine Auswirkung auf die Gültigkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten hat, solange die Höhe des hypothetischen gesetzlichen Erbteils eingehalten wird.³²⁸

Zusätzlich könnte der Wortlaut auch so ausgelegt werden, dass der „*gesetzliche[n] Erbteil*“ ein nicht abschließendes Regelbeispiel für die Fälle darstellt, welche vom Gesetzgeber ursprünglich als häufigste Praxisfälle angedacht waren.³²⁹ Eine andere Möglichkeit wäre zudem den Wortlaut „*gesetzliche[n] Erbteil*“ teleologisch auf den „*Erbteil*“ zu reduzieren. Erbteile bei gewillkürter Erbfolge könnten somit auch erfasst sein.

Ein Anhaltspunkt für die differenzierende Ansicht findet sich im Gesetzeswortlaut der Norm hingegen nicht. Nach einer Auslegung des Gesetzestextes kann somit keiner Ansicht der Vorzug erteilt werden.

³²⁴ Wiedemann, NJW 1968, 769 (771).

³²⁵ So die Tendenz bei Wiedemann, NJW 1968, 769 (771); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.101 weist darauf hin, dass nicht klargestellt wird, wie diese Einstellung des verstorbenen Erblassers ermittelt wird und wie die Situation beurteilt wird, wenn die Einstellung des verstorbenen Erblassers sich nach Vertragsschluss wieder geändert hat.

³²⁶ Siehe hierzu Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.34; vgl. auch §7.I.2.b.

³²⁷ Unterstrichene Wörter wurden vom Verfasser in den aktuellen Gesetzestext eingefügt.

³²⁸ Soergel-Mayer, BGB, Band 5/1a (2013), §311b, Rn.271; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.34; jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.499 schließt sich zumindest bei der Zulässigkeit einer Verfügung von Todes wegen dem BGH an; ebenfalls Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.112 und S.115.

³²⁹ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184 sprechen von einem Bedürfnis, das in gewissen Grenzen mal mehr, mal weniger für folgende Fälle aufgetreten ist: „[...] nämlich für Verträge innerhalb der Familie, bei Gutsübergaben, Auswanderungen, Abfindungen von Geschwistern u. dergl.“.

b. Wille des Gesetzgebers

Ein konkreter Hinweis auf die Frage, ob neben dem gesetzlichen auch der Erbteil bei gewillkürter Erbfolge von der Norm erfasst sein soll, lässt sich aus den Motiven des BGBs zum Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht ableiten. Denn im Zusammenhang mit dem Generalverbot beschreiben die Motive die Problematik nur allgemein als „obligatorische Verträge über die Erbschaft eines Dritten oder über den **Bruchteil** einer solchen Erbschaft“.³³⁰

Ebenso vage äußern sich die Protokolle der 1. Kommission. So findet sich in Prot I 11290 in Bezug auf die Ausnahmeregelung der Vorschrift die Formulierung: „Die Bestimmungen des ersten und zweiten Absatzes finden auf den Vertrag über **Bruchteile** eines Vermögens oder einer Erbschaft entsprechende Anwendung“.³³¹

Aus den Protokollen der 2. Kommission ist erkennbar, dass die 2. Kommission in ihrem ersten Antrag auf die in der 1. Kommission eingeführte Regelung, dass Bruchteile einer Erbschaft Vertragsgegenstand sein können, verzichtet und stattdessen folgende Formulierung vorschlägt: „[...] Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden keine Anwendung auf Verträge, welche unter den zukünftigen gesetzlichen Erben des Dritten **zum Zwecke der Auseinandersetzung als zukünftige Miterben** geschlossen werden.“³³² Erst im Schlussantrag der 2. Kommission in E I-ZustRedKom § 349 wird ohne Begründung³³³ der spätere Gesetzestext vorgeschlagen: „[...] Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf einen Vertrag, welcher unter künftigen **gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil** oder über den Pflichttheil eines desselben geschlossen wird. [...]“³³⁴.

Die Entstehungsgeschichte der Norm lässt somit keinen klaren Willen des Gesetzgebers erkennen, warum nur der gesetzliche Erbteil als Vertragsobjekt erfasst sein soll. Konkrete Hinweise, welche bei gewillkürter Erbfolge für den Erbteil als zulässiges Vertragsobjekt eines Vertrages gem. § 311b V BGB sprechen, lassen sich in den Gesetzesmaterialien allerdings auch nicht finden. Nach einer Auslegung der Motive und der Protokolle zur Norm kann somit keine der vertretenen Ansichten eindeutig präferiert werden.

c. Sinn und Zweck

Bei der teleologischen Auslegung der Norm kann als erstes das Argument herangezogen werden, dass bei gewillkürter Erbfolge durch ein Verbot eines Vertrages über einen zukünftigen Erbteil der Erblasserwille besser geschützt wäre.³³⁵ Denn nur durch die gesetzliche Erbfolge kann sichergestellt werden, dass der mutmaßliche Erblasserwille von Dritten nicht zu Lebzeiten des Erblassers und ohne dessen Heranziehung umgangen wird.³³⁶

³³⁰ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185 (Hervorhebung durch Verfasser).

³³¹ Jakobs/Schubert-*Schubert*, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.401 (Hervorhebung durch Verfasser).

³³² Jakobs/Schubert-*Schubert*, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.403 (Hervorhebung durch Verfasser).

³³³ DNotI-Report 15/1997, 167 (168).

³³⁴ Jakobs/Schubert-*Schubert*, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.404 (Hervorhebung durch Verfasser).

³³⁵ RGZ 98, 330 (333); das RG lässt aber an gleicher Stelle den Fall zu, bei dem ein durch Gesetz berufener Erbe sich verpflichtet, seinen gesetzlichen Erbteil an einen testamentarisch berufenen verwandten Erben (also einen hypothetischen gesetzlichen Erben) abzutreten. Begründet wird dies damit, dass es hier um einen gesetzlichen Erbteil geht und das Testament auf den Inhalt des Vertrages zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Auswirkung hat.

³³⁶ DNotI-Report 1/1994, 1 (2); Planck-*Siber*, BGB, Band II/1 (1914), §312a.F., S.335, Anm.1c weist auf die Unbeachtlichkeit einer Zustimmung des Erblassers hin. Siehe hierzu auch die aufgeführten abstrakten Beispiele unter gleicher Stelle; hierzu aber die Kritik am Abstellen auf den Erblasserwillen bei *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.105-108.

Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass ein zulässiger Vertrag über den zukünftigen gesetzlichen Erbteil ebenfalls dem Erblasserwillen widersprechen könnte. Denn ist der Erblasser mit der gesetzlichen Erbfolge einverstanden und verfasst deshalb keine Verfügung von Todes wegen, so bedeutet dies, dass hier die gesetzliche Erbfolge Ausdruck des tatsächlichen Erblasserwillen ist. Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten mit dem Inhalt, dass die vom Gesetz vorgeschlagene Verteilung nach dem Erbfall nicht eingehalten werden soll, wäre demnach nicht weniger geeignet, gegen den Erblasserwillen zu verstoßen. Der Unterschied zur Verfügung von Todes wegen besteht somit darin, dass bei einer Verfügung von Todes wegen im Gegensatz zur gesetzlichen Erbfolge der Wille des Erblassers nur deutlicher in Erscheinung tritt.³³⁷

Im Übrigen kann keine der Ansichten den Erblasser ausreichend davor schützen, dass die zukünftigen Erben den Testierwillen des Erblassers nicht beeinflussen können. Denn zum einen kann in den Fällen, in denen nur die gesetzliche Erbfolge zum Zeitpunkt des Erbfalls gelten soll, nicht ausgeschlossen werden, dass die Erben in der Weise noch auf den Erblasser eingewirkt haben, dass dieser auf eine Verfügung von Todes wegen verzichtet hat. Sollte der zukünftige Erblasser jedoch eine Verfügung von Todes wegen verfasst haben, so kann ebenfalls nicht ausgeschlossen werden, ob der Inhalt der Verfügung von Todes wegen ohne Einflussnahme der Erben entstanden ist. Und selbst in den Fällen, in denen der Erblasser seinen uneingeschränkten Testierwillen nicht mehr ausüben kann, besteht die Möglichkeit, dass zuvor die Erben Einfluss auf den Erblasser genommen haben und er deshalb dem Vertragsinhalt eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten voraussichtlich positiv gegenüberstehen würde oder die ihn bindende Verfügung von Todes wegen dem Willen der Erben angepasst hat.³³⁸

Hieraus lässt sich ableiten, dass der Schutz des Erblasserwillen kein geeignetes Kriterium ist³³⁹, um zielführende Abgrenzungen vorzunehmen, ob auch der Erbteil bei gewillkürter Erbfolge von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst wird. Somit führt auch eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung zu keiner eindeutigen Beurteilung dieser Rechtsfrage.

d. Zwischenergebnis

Durch eine Auslegung des Begriffs „*über den gesetzlichen Erbteil*“ kann nicht abschließend geklärt werden, ob neben dem gesetzlichen Erbteil auch der Erbteil bei gewillkürter Erbfolge von § 311b V 1 Alt.1 BGB umfasst wird oder nicht.³⁴⁰

³³⁷ Siehe BGHZ 104, 279 (284); auch beschrieben in: *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.98.

³³⁸ Vgl. *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771).

³³⁹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.105-108 zeigt auf, dass der Erblasserwille bei den Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter keine große Rolle spielt und die gesetzliche Erbfolge eine Verkörperung des mutmaßlichen Erblasserwillen ist. Somit ist der Erblasserwillen nicht mehr das entscheidende Kriterium für eine Abgrenzung.

³⁴⁰ Für weitere Argumente und Auflösung der Streitfrage s.u. §9.III.3.a.

2. Umfang des Erbteils bei gewillkürter Erbfolge

Ein Anschlussproblem bzgl. dieser Rechtsfrage zeigt eine Abänderung des Beispielfalls³⁴¹ auf: So setzt dieses Mal die geschiedene Mutter per Verfügung von Todes wegen sowohl ihre Tochter als auch ihren kinderlosen Sohn als Erbe ein. Auch hier hat sich, ohne Kenntnis der Mutter, der Bruder gegenüber der Schwester verpflichtet, die Erbschaft nach dem Ableben der Mutter gem. § 1942 BGB auszuschlagen. Im Gegenzug erhält er eine Abfindung von der Schwester.³⁴²

In Fällen, in denen vom zukünftigen Erblasser eine Verfügung von Todes wegen vorliegt und die Parteien einen Vertrag gem. § 311b IV, V BGB über die Umverteilung der Erbteilshöhe abschließen, kann der durch die Verfügung von Todes wegen beeinflusste Erbteil vom (hypothetischen) gesetzlichen Erbteil abweichen. Die Erbteilshöhe des zukünftigen Erben bei gewillkürter Erbfolge könnte, entweder weniger, gleich viel oder mehr als der (hypothetische) gesetzliche Erbteil betragen.³⁴³ Die Beurteilung muss hierbei abstrakt erfolgen, da der spezielle Wert des Erbteils im Einzelfall immer variiert und vom jeweiligen gesamten Nachlassvermögen abhängt.

Planen die Parteien dagegen mit der gesetzlichen Erbfolge und liegt zum Zeitpunkt des Erbfalls keine Verfügung von Todes wegen und kein Ausgleichserfordernis gem. §§ 2050–2057a BGB vor, so ist nur die Höhe des gesetzlichen Erbteils essenziell.

In Fällen, in denen eine Verfügung von Todes wegen vom zukünftigen Erblasser vorliegt und die Parteien einen Vertrag über § 311b IV, V BGB bzgl. ihres zukünftigen Erbteils abschließen, werden bzgl. des Vertragsumfangs verschiedene Ansichten vertreten:

- Eine Ansicht lässt als Höchstgrenze eines Vertrages über den zukünftigen Erbteil bei gewillkürter Erbfolge nur die hypothetische Grenze des gesetzlichen Erbteils zu.³⁴⁴ Geht die Zuwendung der Verfügung von Todes wegen aber über diesen Wert hinaus, so wird von einigen Stimmen innerhalb der Ansicht entweder der gesamte Vertrag als unwirksam angesehen³⁴⁵ oder Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB angenommen.³⁴⁶ Eine Verfügung von Todes wegen würde nach dieser Ansicht nicht zu einer Unwirksamkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten führen, sofern der dem Erben zugewendete Erbteil genau die gleiche Höhe hat, wie der durch die Verfügung von Todes wegen ausgeschlossene theoretische gesetzliche Erbteil.³⁴⁷
- Eine weitere Ansicht fügt diesem Grundverständnis explizit noch hinzu, dass bei gewillkürter Erbfolge zusätzlich die Höhe des Erbteils auch niedriger sein darf,

³⁴¹ S.o. §7.I.1.

³⁴² Siehe bzgl. Fall: *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (234); allgemein: *Damrau*, ZErB 2004, 206 (211).

³⁴³ Auch *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.95.

³⁴⁴ Siehe *Kuchinke*, NJW 1990, 601 (602), der dies auch so feststellt und auf *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), § 312a.F., S.238, Anm.4 hinweist; weitere Nachweise bei BGHZ 104, 279 (284f.); *Damrau*, EE 2019, 195 (196); *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); so auch die h.L. u.a. *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.52; *Grüneberg-Grüneberg*, BGB (2022), §311b, Rn.74; *Soergel-Mayer*, BGB, Band 5/1a (2013), §311b, Rn.271; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.34.

³⁴⁵ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.34; *Kuchinke*, JZ 1990, 601 (602); *Hohloch*, JuS 1989, 61 (62).

³⁴⁶ *Damrau*, ZErB 2004, 206 (210); *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (234).

³⁴⁷ Anders aufgrund der abweichenden Grundsatzbeurteilung: *Planck-Siber*, BGB, Band II/1 (1914), §312a.F., S.335, Anm.2b.

als es sich aus dem Gesetz ergeben würde. Sollte der zukünftige Erbteil bei gewillkürter Erbfolge die gesetzliche Höhe übersteigen, so bleibt es trotzdem maximal bei der (hypothetischen) gesetzlichen Erbteilshöhe.³⁴⁸ Somit ist zumindest klargestellt, dass auch wenn die Verfügung von Todes wegen einen niedrigeren Erbteil als die vom Gesetz angedachte Erbteilshöhe anstrebt, ein gültiger Vertrag gem. § 311b IV, V BGB geschlossen werden kann und der Versprechende nicht für die Differenz aufkommen muss.³⁴⁹

- Eine weitere Ansicht weicht von den bisherigen Ansichten bei der Frage der zulässigen Höhe ab. Denn sobald eine bindende Verfügung von Todes wegen vorliegt, lässt diese Ansicht nicht mehr den gesetzlichen Erbteil als Grenze gelten.³⁵⁰ Vielmehr gilt dann das in der Verfügung von Todes wegen Vereinbarte als die maximale Erbteilshöhe.³⁵¹
- Eine andere Ansicht geht noch weiter und schlägt vor, dass ganz unabhängig vom Bindungsgrad der Verfügung von Todes wegen für den Erblasser, ein von der gewillkürten Erbfolge abgeänderter Erbteil in seiner unbegrenzten Höhe als Vertragsobjekt eines Vertrages gem. § 311b IV, V BGB zulässig ist.³⁵²

Welche Argumente für die dargestellten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm de lege lata zu einer klaren Entscheidung kommt, soll im Folgenden erläutert werden:

a. Wortlaut

Der Normtext „gesetzlichen Erbteil“ in § 311b V 1 Alt.1 BGB rückt die vom Gesetz zugelassene Regelung zur Erbteilshöhe in den Fokus und lässt zum einen die Interpretation zu, dass der theoretische gesetzliche Erbteil als Maximalhöhe beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht überschritten werden darf. Dies bedeutet, dass auch der Erbteil einer gewillkürten Erbfolge eine quantitative Beschränkung auf die Höhe des gesetzlichen Erbteils erfahren muss.³⁵³ Möglich wäre aber auch den Gesetzeswortlaut „gesetzlichen Erbteil“ als nicht abschließendes Regelbeispiel zu interpretieren. In diesem Fall lässt sich bei einer gewillkürten Erbfolge aus dem Wortlaut der Norm für den Erbteil keine Maximalbeschränkung des Umfangs ableiten.

Der Wortlaut „gesetzlichen Erbteil“ führt somit zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis.³⁵⁴

³⁴⁸ Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), § 312a.F., S.238, Anm.4; DNotI-Report 15/1997, 167 (168).

³⁴⁹ Hierzu Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), § 312a.F., S.238, Anm.4.; auch Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.99f., der den Schluss zieht, dass Oertmann dann auch einen Vertrag als gültig ansieht, wenn die Verfügung von Todes wegen über dem Wert des gesetzlichen Erbteils liegt.

³⁵⁰ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.115.

³⁵¹ So Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.110.

³⁵² Limmer, DNotZ 1998, 927 (938); dem schließt sich jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.501 an; jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.502 weist jedoch auf den teilweise unterschiedlichen Anwendungsbereich beim Vertragssubjekt zwischen Limmer und Ludwig hin. S.o. bei der weiten Ansicht §6.I.

³⁵³ So zu finden z.B. in Kuchinke, JZ 1990, 601.

³⁵⁴ So Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.102, der den Wortlaut als misslungen bezeichnet.

b. Systematik

Ein systematisches Argument lässt sich aus §§ 2050-2057a BGB ableiten. Denn in Fällen, in denen der Erblasser Ausgleichung gem. § 2050 III BGB angeordnet hat, kann es vorkommen, dass die tatsächliche Teilungsquote eines Erben höher ausfällt als die gesetzliche Erbquote. Dies kann Auswirkungen auf den Umfang eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten haben.³⁵⁵ Unter der Regelung des § 2052 BGB stellt sich für gewillkürte Erben die gleiche Problematik.³⁵⁶

Im ursprünglich beschriebenen Beispielsfall³⁵⁷ wäre folgende Konstellation denkbar:³⁵⁸ Der Bruder verpflichtet sich gegenüber seiner Schwester, seinen gesetzlichen Erbteil nach dem Ableben der Mutter gegen Erhalt des vollen Gegenwertes auf sie zu übertragen. Die geschiedene Mutter erlangt hierbei keine Kenntnis dieser Verpflichtung. Der Nachlasswert beträgt im Zeitpunkt des Todes 100 000 €, wobei die Schwester allerdings schon 30 000 € als ausgleichspflichtige Schenkung von der Mutter zu deren Lebzeiten erhalten hat. Der eigentliche Nachlasswert beträgt somit nicht 100 000 €, sondern 130 000 €, da sich die Schwester die Zuwendung gem. § 2050 III BGB auf das Gesamterbe anrechnen lassen muss. Dies führt dazu, dass die Teilungsquote des Bruders 65 000 € anstatt der anfänglichen durch die gesetzliche Erbfolge zugeteilten 50 000 € beträgt und der Schwester nach Abzug der Ausgleichung nur 35 000 € zustehen.

Somit könnte nach der Ansicht, welche einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur in der Höhe des gesetzlichen Erbteils zulässt, der Bruder seinen gesetzlichen Erbteil nur in Höhe von 50 000 € auf die Schwester übertragen. Nach der anderen Ansicht hingegen könnte der Bruder seinen vollen Erbteil über 65 000 € auf die Schwester übertragen.

Aus diese Sachlage heraus könnte für die Ansicht, welche keine Beschränkung der Höhe bei Erbteilen einer gewillkürten Erbfolge bei Verträgen gem. § 311b IV, V BGB erfordert, sprechen, dass eine Begrenzung auf den quantitativen gesetzlichen Erbteil beim Erbteil einer gewillkürten Erbfolge schon deshalb abzulehnen ist, weil sogar bei gesetzlicher Erbfolge die Grenze des quantitativen gesetzlichen Erbteils überschritten werden kann.³⁵⁹ Auf der anderen Seite könnte bei einer Anordnung einer Ausgleichung durch den zukünftigen Erblasser ein gesetzlicher Ausnahmefall vorliegen, woraus nicht auf eine generelle Aufgabe der quantitativen Begrenzung auf den gesetzlichen Erbteil geschlossen werden kann.

Somit ergibt sich auch aus der systematischen Auslegung keine eindeutige Präferenz für eine der Ansichten.

c. Wille des Gesetzgebers

Die Entstehungsgeschichte der Norm führt auch bei der Auslegung über die zulässige Höhe eines Erbteils bei gewillkürter Erbfolge zu keinem eindeutigen Ergebnis. Da, wie bereits erläutert, nicht offengelegt werden kann, weshalb der Normtext „gesetzlichen Erbteil“ ins BGB aufgenommen wurde und ob der Erbteil bei gewillkürter Erbfolge überhaupt hierunter subsumierbar ist, lassen sich folglich auch keine Hinweise bzgl. der

³⁵⁵ Henssler, RNotZ 2010, 221 (235); Kues, ZEV 2001, 13 (14): Ausgleichsvereinbarungen sind von § 311b IV, V BGB umfasst, jedoch ohne Aussage bzgl. der Höhe des Maximalumfangs; Mayer, ZEV 1996, 441 (444); Limmer, DNotZ 1998, 927 (938).

³⁵⁶ Mayer, ZEV 1996, 441 (444).

³⁵⁷ S.o. §7.I.1.

³⁵⁸ Vgl. auch Kues, ZEV 2001, 13 (14); Henssler, RNotZ 2010, 221 (234) (Beispielsfall 15).

³⁵⁹ jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.498.

Maximalhöhe eines solchen Erbteils in den Protokollen und in den Motiven zur Norm finden.³⁶⁰ In der Literatur wird deshalb die Einführung einer quantitativen Begrenzung von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als eine nicht näher begründete Kompromissentscheidung gesehen, die Ausdruck der im Gesetzgebungsverfahren angesprochenen gegensätzlichen Interessen der beteiligten Personen sein soll.³⁶¹

d. Sinn und Zweck

Des Weiteren möchte die Vorschrift die Parteien vor Spekulation schützen.³⁶² Dies kann nur durch die Beschränkung der zulässigen Maximalhöhe auf den gesetzlichen Erbteil erreicht werden. Auch eine bestehende Ausgleichspflicht eines zukünftigen Erblassers verringert nicht den spekulativen Charakter dieser Rechtsgeschäfte³⁶³ und könnte deshalb ebenfalls gegen eine Erhöhung der Teilungsquote über den quantitativen gesetzlichen Erbteil hinaus sprechen. Zusätzlich wird befürchtet, dass sonst den Parteien eine nahezu umfassende Möglichkeit der vorzeitigen Nachlassregelung offenstehen würde.³⁶⁴ Dass diese Argumente jedoch nicht ausnahmslos gelten können zeigt der Umstand, dass zumindest dann kein Verstoß gegen die Spekulationsgefahr vorliegen kann, wenn der Erblasser durch bindende Verfügungen von Todes wegen schon seine Testierfreiheit eingebüßt hat. In diesen Fällen haben die Parteien Kenntnis über die zukünftige Erbschaft und müssen nicht mehr über die zukünftige Erbverteilung spekulieren.³⁶⁵ Allerdings könnte in genau diesen Fällen wiederum das Argument vorgebracht werden, dass eine Abänderung der vom Erblasser angedachten Nachlassverteilung durch einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten besonders pietätlos ist und gegen den Schutzzweck der Erblasserinteressen verstößt.

Auf der anderen Seite entspricht die Reduzierung eines Erbteils bei gewillkürter Erbfolge auf den qualitativen (hypothetischen) gesetzlichen Erbteil ebenfalls nicht dem Erblasserwillen, weil der zukünftige Erblasser mit einer gewissen Intention die gesetzliche Erbaufteilung gerade abändern möchte.³⁶⁶ Hiergegen lässt sich wiederum einwenden, dass bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten dem Erblasserwillen³⁶⁷ eine verringerte Bedeutung zugemessen wird.³⁶⁸

e. Zwischenergebnis

Die Auslegung der Norm in den verschiedenen Auslegungsmethoden lässt somit keine eindeutigen Rückschlüsse zu, über welche Maximalhöhe die gewillkürten Erben einen Vertrag über den zukünftigen Erbteil abschließen dürfen. Für eine abschließende Beurteilung der Problematik müssen noch andere Kriterien herangezogen werden.³⁶⁹

³⁶⁰ Vgl. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.102 und S.111. Grundlage ist für *Daniels* der Entwurf E II § 264 in *Jakobs/Schubert-Schubert*, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.404. Dort wurde ohne Begründung zum ersten Mal der „[...] gesetzliche[n] Erbtheil [...]“ erwähnt.

³⁶¹ DNotI-Report 1/1994, 1 (2).

³⁶² S.o. §5.I.2.a. und §5.I.3.a.

³⁶³ Beispiel s.o. §7.I.2.b.

³⁶⁴ So sieht es *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (235), der auch die Rechtssicherheit als gegeben ansieht, weil nur zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

³⁶⁵ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.110.

³⁶⁶ So *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.109f.; *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938).

³⁶⁷ S.o. §5.I.1.

³⁶⁸ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.109.

³⁶⁹ Für weitere Argumente und Auflösung der Streitfrage s.u. §9.III.3.a.

3. Alleinerbrecht i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB

Der gesetzliche Erbteil i.S.d. § 311b V 1 Alt.1 BGB wird vom Gesetz in § 1922 II BGB als der „*Anteil eines Miterben*“ legaldefiniert. Ist jedoch abzusehen, dass der Versprechende Alleinerbe des zukünftigen Erblassers sein wird, (und zwar unabhängig davon, ob dies durch Gesetz oder einer Verfügung von Todes wegen geschieht), so kann dieser nur einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen, wenn auch der Alleinerbteil von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst wird.

Vertreten werden hierzu zwei unterschiedliche Ansätze:

- Eine Ansicht sieht den zukünftigen Nachlass eines Alleinerben nicht von § 311b V 1 Alt.1 BGB erfasst und verwehrt Alleinerben die Möglichkeit über ihren zukünftigen „*gesetzlichen Erbteil*“ einen solchen Vertrag abzuschließen.
- Eine andere Ansicht unterscheidet nicht zwischen Alleinerben und Miterben. Somit können auch Alleinerben insoweit einen Vertrag gem. § 311b IV, V BGB über den zukünftigen Erbteil abschließen, wie dies auch Miterben erlaubt ist.³⁷⁰

Im Folgenden wird herausgearbeitet, ob durch die Auslegung der Norm *de lege lata* eine klare Entscheidung für eine der dargestellten Ansichten getroffen werden kann:

a. Wortlaut

Der Wortlaut des § 311b V 1 Alt.1 BGB erfordert, dass der Vertragsgegenstand den „*Erbteil*“ umfasst. Unter einem Erbteil wird der „Anteil eines Erben an der gesamten Erbschaft“ verstanden.³⁷¹ Somit wäre eine Auslegung möglich, dass ein Vertrag gem. § 311b IV, V BGB nur dann zulässig ist, wenn die zukünftige Erbschaft zwischen mehreren Personen aufgeteilt werden kann. Dies ist bei einem Alleinerben gerade nicht der Fall.³⁷² Die Legaldefinition in § 1922 II BGB unterstützt diese Auslegung, weil sie den Erbteil als „*Anteil eines Miterben*“ definiert.

Auf der anderen Seite kann der Wortlaut auch so ausgelegt werden, dass der Anteil an der gesamten Erbschaft bei einem Alleinerben sogar 100% beträgt. In diesen Fällen benötigt es somit keinen weiteren „*Miterben*“. Insoweit würde § 1922 II BGB so ausgelegt werden, dass ein Erbteil auch der „Anteil eines Erben“ sein kann. Der Gesetzeswortlaut führt somit zu keinem klaren Auslegungsergebnis.

b. Wille des Gesetzgebers

Eine historische Auslegung führt zu keinem Ergebnis, da aus den Protokollen und Motiven zur Norm sich keine Hinweise ableiten lassen, ob der Alleinerbteil von der Norm erfasst sein soll oder nicht.

c. Sinn und Zweck

Eine Auslegung des Normzwecks des § 311b V BGB führt ebenfalls zu keinem klaren Auslegungsergebnis. Denn auf der einen Seite lässt sich das Argument anbringen, dass eine vorgezogene Erbauseinandersetzung besonders unter Miterben eine große

³⁷⁰ Henssler, RNotZ 2010, 221 (235), Fn.188.

³⁷¹ Siehe Definition „Erbteil“ auf Duden online <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Erbteil>> (Abrufdatum: 22.02.2022).

³⁷² Siehe Henssler, RNotZ 2010, 221 (235).

Bedeutung.³⁷³ Eine vorgezogene Erbauseinandersetzung kann aber auch in den Fällen dienlich sein, wenn ein voraussichtlicher Alleinerbe einen solchen Vertrag mit von §§ 1924 ff. BGB erfassten Personen abschließt.³⁷⁴

Zusätzlich kann ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in beiden Fällen der Vorbeugung von Familienstreitigkeiten dienen.

d. Zwischenergebnis

Somit bleibt festzuhalten, dass durch die Auslegung der Regelung „*Erbteil*“ nicht eindeutig die Rechtsfrage geklärt werden kann, ob der zukünftige Alleinerbe einen Vertrag über seinen zukünftigen Erbteil eines noch lebenden Dritten abschließen darf oder nicht.³⁷⁵

³⁷³ S.o. §5.II.1.

³⁷⁴ jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.478; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (235); siehe weite Ansicht s.o. §6.I. bei den Vertragssubjekten.

³⁷⁵ Bzgl. weiterer Auslegung und Stellungnahme s.u. §9.III.3.a.

II. Nachlassgegenstand

Ob Verträge über einen Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten³⁷⁶ von § 311b IV, V BGB erfasst werden oder nicht ist umstritten und eine wichtige Rechtsfrage beim § 311b IV, V BGB. Denn sollten diese Verträge ohne die Einschränkungen von § 311b IV, V BGB möglich sein, so könnten die Vertragsparteien die Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB auch bei allen anderen Vertragsobjekten umgehen, sofern sich diese in Einzelgegenstände aufteilen lassen. Die Bedeutung der Norm würde hierdurch stark sinken.³⁷⁷

Folgender Beispielfall kann die Rechtsproblematik verdeutlichen:³⁷⁸ Im Jahre 2003 beschlossen die Eheleute M und F in einem gemeinschaftlichen Testament, dass die einzige Enkelin (E) Schlusserbin des überlebenden Ehegatten werden soll. Der Sohn (S) der Eheleute und Vater der Enkelin dagegen sollte bis auf den Pflichtteil leer ausgehen. Nachdem M gestorben war, schlossen die E und der S einen Vertrag über den Nachlass der noch lebenden F ab.³⁷⁹

Variante 1: In diesem verpflichtete sich die E gegenüber S nach dem Tod der F einen von mehreren zukünftigen Nachlassgegenständen zu übereignen.³⁸⁰

Variante 2: Zusätzlich möchte S die Notarkosten gem. § 311b V 2 BGB vermeiden. Er befürchtet zudem, dass E ihre Meinung nach Aufklärung des Notars wieder ändern könnte.

Variante 3: In diesem Vertrag verpflichtete sich die E gegenüber S nach dem Tod der F den gesamten Nachlass zu übertragen, der nur aus einem wertvollen Nachlassgegenstand bestehen wird.

Auf dieser Grundlage haben sich für das BGB im Laufe der Zeit drei Meinungsrichtungen herauskristallisiert:

- Eine weite Ansicht will generell Verträge über einzelne Nachlassgegenstände³⁸¹ oder Sachgesamtheiten³⁸² von § 311b IV BGB vollständig ausgliedern.³⁸³ Im

³⁷⁶ Auch „Nachlassgegenstandsvertrag“ genannt: *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (933); *Kulke*, ZEV 2000, 298 (302).

³⁷⁷ Vgl. *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226).

³⁷⁸ Weitere Beispiele für Verträge über den Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten: Nach *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (934) kommen Sicherheitsübertragungsverträge über zukünftige Vermögensgegenstände oder eine Verpflichtung zur Bestellung eines Wohnrechts an einem Grundstück in Frage; ebenfalls: Verpflichtung dem Vertragspartner gegenüber, nach dem Erbfall daran ein Recht einzuräumen. *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226); Verpflichtung ein Grundstück weder zu belasten noch zu veräußern. Vgl. BGH, DNotZ 1960, 382; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.48; *Kaufhold*, ZEV 1996, 454.

³⁷⁹ Angelehnt an BGH, DNotZ 1960, 382; vgl. auch *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (225) Beispiel 5.

³⁸⁰ Siehe *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226).

³⁸¹ Unter Nachlassgegenständen werden alle zum Sondervermögen der Miterbengemeinschaft gehörenden Sachen i.S.d. §§ 90, 90a S.3 BGB und Rechte gefasst. Siehe *MüKoBGB-Gergen*, Band 11 (2020), §2040, Rn.2.

³⁸² *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (225f.) zählt darunter einen landwirtschaftlichen Betrieb, ein gewerbliches Unternehmen, eine freiberufliche Praxis.

³⁸³ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (225f.); *Damrau*, ZErB 2004, 206 (209f.); DNotI-Report 19/2002, 145 (146); auch aufgeführt in *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (934); *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); *Blomeyer*, FamRZ 1974, 421 (424); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.51; *Grüneberg-Grüneberg*, BGB (2022), §311b, Rn.74; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.11; *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.128 stellt ab; *Erman-Grziwotz*, BGB, Band 1 (2020), §311b, Rn.94; *Soergel-Mayer*, BGB, Band 5/1a (2013), §311b, Rn.265; *Oertmann*, Recht

Umkehrschluss bedeutet dies, dass unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften³⁸⁴ solche Verträge nicht verboten sind und keinen Restriktionen unterliegen. Insbesondere kann der Vertrag mit fremden Dritten geschlossen werden und unterliegt keinem Formzwang, solange die allgemeinen Vorschriften dies nicht im Einzelnen voraussetzen.³⁸⁵

Diese Ansicht kommt im beschriebenen Beispielsfall zum Ergebnis, dass Variante 1 und 3 nicht dem § 311b IV, V BGB unterfallen und demnach ein Vertragsschluss wirksam wäre. Aus diesem Grund fallen für S in Variante 2 auch keine Notarkosten an.

- Eine enge Ansicht möchte hingegen, dass alle einzelnen zukünftigen Nachlassgegenstände von § 311b IV, V BGB erfasst werden müssen. Damit wären alle Verträge über Nachlassgegenstände nach § 311b IV BGB verboten und nur unter den Voraussetzungen des § 311b V BGB zulässig.³⁸⁶ Dem Wert des Nachlassgegenstands beim Vertragsschluss ist hierbei keine besondere Bedeutung zuzuordnen.³⁸⁷

Im beschriebenen Beispielsfall wären demnach die in Variante 1 und 3 aufgeführten Verträge nur unter Beachtung der Vorschrift des § 311b IV, V BGB möglich. Eine unterschiedliche Beurteilung der Varianten findet nicht statt. In Variante 2 kann S hierdurch den Formzwang nicht umgehen. Im Ergebnis stellt dies eine erhebliche Abweichung zur bereits dargelegten Ansicht dar.

- Einen Mittelweg versucht die sog. Erschöpfungstheorie auszufüllen. Sie besagt, dass § 311b IV, V BGB eingreifen muss, sobald einzelne Gegenstände den Nachlass ganz oder im Wesentlichen erschöpfen.³⁸⁸ Dies soll dann der Fall sein, wenn der Nachlassgegenstand bei kleinerem Vermögen³⁸⁹ mehr als 85% des zukünftigen Nachlassvermögens ausmacht. Bei größerem Vermögen³⁹⁰ muss der Erschöpfungsanteil mindestens 90% am Gesamtvermögen des Erblassers betragen.³⁹¹ Für die Beurteilung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht der des Erbfalls entscheidend.³⁹²

Nach der reinen Erschöpfungstheorie wäre somit in Variante 3 nur dann ein wirksamer Vertrag über den Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten möglich, wenn die

der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), § 312a.F., S.238, Anm.2b); BGHZ 26, 320 (325); BGH, DNotZ 1960, 382 (383).

³⁸⁴ Z.B. kann eine Unwirksamkeit auch durch andere Umstände z.B. gem. § 138 BGB entstehen. Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.49, Fn.173 m.w.N.; *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), § 312a.F., S.238, Anm.2b).

³⁸⁵ Vgl. aber § 311b I BGB bei Grundstücksfällen. Z.B. OGHZ 2, 114ff.; BGH, DNotZ 1960, 382ff.; vgl. auch *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (227). Eine Beurkundung gem. § 2371 BGB analog kommt aufgrund fehlender Vergleichbarkeit ebenfalls nicht in Betracht. Siehe *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (227); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.49, Fn.174.

³⁸⁶ So *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.467; dies sieht auch schon *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.50.

³⁸⁷ Hierzu *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.467 der zu keiner Ausnahme Stellung bezieht, sondern „generell“ Verträge über Einzelgegenstände von § 311b IV, V BGB erfasst wissen will.

³⁸⁸ RG, LZ 1924, 587; OGHZ 2, 114 (118); BGH, DNotZ 1960, 382 (383); BGHZ 26, 320 (325).

³⁸⁹ Wert unter 150 000€: *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226).

³⁹⁰ Wert über 150 000€: *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226).

³⁹¹ Siehe *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226); *Damrau*, ZErB 2004, 206 (210); *Erman-Grziwotz*, BGB, Band 1 (2020), §311b, Rn.94.

³⁹² *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.463; *Kulke*, ZEV 2000, 298 (302); BGH, DNotZ 1960, 382 (383).

weiteren Bedingungen des § 311b V BGB vorliegen. Bei Variante 1 und 2 hingegen wäre ohne Beachtung der § 311b IV, V BGB ein Vertragsschluss möglich.

Untersucht werden soll im Folgenden, welche Argumente für die dargestellten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm de lege lata eindeutige Rückschlüsse zulässt:

1. Wortlaut

Eine Analyse des Normtextes der § 311b IV, V BGB ergibt, dass die Nachlassgegenstände nicht explizit erwähnt werden. Weil andere Vertragsobjekte (gesetzlicher Erbteil in § 311b V 1 Var. 2 BGB, Pflichtteil in § 311b IV 2 Var. 1, V 1 Var. 1 BGB, Vermächtnis in § 311b IV 2 Var. 2 BGB) im Normtext jedoch aufgezählt werden, könnte hieraus zum einen geschlossen werden, dass Verträge über Nachlassgegenstände eines noch lebenden Dritten weder von § 311b IV BGB verboten werden, noch unter den Voraussetzungen des § 311b V BGB zulässig sein können. Vielmehr sind diese Verträge nach dieser Auslegung, unter Beachtung der allgemeinen Normen, unabhängig von § 311b IV, V BGB zulässig.³⁹³

Auf der anderen Seite könnte der Wortlaut „*Nachlass*“ in § 311b IV 1 BGB jedoch auch so ausgelegt werden, dass ebenfalls Nachlassgegenstände von der Norm erfasst werden. Denn unter „*Nachlass*“ werden alle vom Verstorbenen hinterlassenen Güter und Verpflichtungen subsumiert.³⁹⁴ Die zukünftigen Nachlassgegenstände gehören nach dieser Auslegung somit auch zum zukünftigen Nachlass des zukünftigen Erblassers.

Die Erschöpfungstheorie selbst, bzw. ihre Regelungen finden im Wortlaut des § 311b IV, V BGB hingegen keinen konkreten Anhaltspunkt.³⁹⁵ Vielmehr führt die Erschöpfungstheorie zu einem Widerspruch bei der Wortlautauslegung, weil derselbe Rechtsbegriff in der gleichen Norm zweimal unterschiedlich interpretiert wird. So wird nach dem Verständnis der Erschöpfungstheorie der Einzelgegenstand im Allgemeinen nicht vom „*Nachlass*“ erfasst. Steigt jedoch der Erschöpfungswert über eine bestimmte Anteilsgrenze, so fällt der Einzelgegenstand wieder unter den „*Nachlass*“.

Im Ergebnis kann nach der Wortlautauslegung keiner Ansicht der eindeutige Vorzug eingeräumt werden.

2. Systematik

Inhaltlich weist die Erschöpfungstheorie Parallelen zur Einzeltheorie des § 1365 I BGB auf. Bei der Auslegung des § 311b IV, V BGB könnten somit diese Wertungen des § 1365 I BGB evtl. herangezogen werden.³⁹⁶ So besagt die Einzeltheorie des § 1365 I BGB, dass ein Ehegatte die Einwilligung seines Ehegatten benötigt, wenn er über seinen Gegenstand verfügen möchte, welcher wertmäßig nahezu sein gesamtes Vermögen bildet.³⁹⁷ Auch hier muss nach der h.M. bei kleinerem Vermögen (bis 250 000€)

³⁹³ Limmer, DNotZ 1998, 927 (934); auch erwähnt in jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.463; Henssler, RNotZ 2010, 221 (225f.); BGH, DNotZ 1960, 382 (383); siehe zur Argumentation Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.42f.

³⁹⁴ Siehe Definition „*Nachlass*“ auf Duden online <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Nachlass>> (Ab-rufdatum: 22.02.2022).

³⁹⁵ Henssler, RNotZ 2010, 221 (226); Limmer, DNotZ 1998, 927 (934).

³⁹⁶ Möller, EE 2019, 174 (177).

³⁹⁷ MüKoBGB-Koch, Band 9 (2019), §1365, Rn.17.

der Wertanteil des Nachlassgegenstandes/ der Nachlassgegenstände gegenüber dem Gesamtvermögen über 85% und bei größerem Vermögen bei über 90% liegen.³⁹⁸ Vergleichbar ist somit, dass Nachlassgegenstände bei beiden Theorien unter eine Regelung fallen können, wenn sie ein bestimmtes Wertverhältnis am Gesamtvermögen überschreiten. Auch die damit umhergehenden Beweisprobleme einer solchen Wertgrenze in der Praxis sind vergleichbar.³⁹⁹

Gegen eine Vergleichbarkeit von § 1365 I BGB und § 311b IV, V BGB könnten jedoch die unterschiedlichen Schutzzwecke der Normen sprechen. § 1365 I BGB will die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie schützen und den anderen Ehegatten vor der Gefährdung seiner Anwartschaft auf Zugewinnausgleich bei Beendigung des Güterstandes schützen. § 311b IV, V BGB hingegen will insbesondere die Interessen des Versprechenden schützen.⁴⁰⁰ Vergleichbar sind somit bei der Einzeltheorie des § 1365 I BGB und der Erschöpfungstheorie des § 311b IV, V BGB nicht die dogmatische Vergleichbarkeit der Normen, sondern nur die tatsächlichen Beweisprobleme in der Praxis, welche die Einführung einer solchen Wertgrenze mit sich bringt.

Ähnliches gilt auch für § 419 BGB a.F.⁴⁰¹. Von dieser Norm wurden auch Einzelgegenstände analog erfasst, wenn sie im Wesentlichen das einzige Haftungsobjekt für den Erblasser darstellten. Begründet wurde dies mit der Umgehungsgefahr für den § 419 BGB a.F., wenn das Vermögen in einzelne Gegenstände aufgeteilt wurde. Auch besteht eine vergleichbare Interessenlage für den Schutz des Gläubigers des Veräußerers beim Vermögen als solches und wenn Einzelgegenstände das Vermögen wesentlich erschöpfen.⁴⁰²

Im Gegensatz zu dem hier Dargestellten kann zum einen eingewendet werden, dass diese Norm am 01.01.1999 vom Gesetzgeber aufgehoben wurde. Aber auch der Schutzzedanke der Norm ist nicht vergleichbar mit dem des § 311b IV BGB. Denn bei § 419 BGB a.F. sollte der Gläubiger des Veräußerers geschützt werden⁴⁰³, wohingegen in diesen Fällen bei § 311b IV BGB der Versprechende vor einer Vermögensverschleuderung bewahrt werden soll, die Spekulationsgefahr vermieden werden soll und die Interessen des zukünftigen Erblassers geschützt werden sollen.⁴⁰⁴

3. Wille des Gesetzgebers

Bereits im römischen Recht finden sich Hinweise zu dieser Rechtsfrage. Dort werden bei den Vertragsobjekten, soweit ersichtlich, keine Einschränkungen zugelassen. Dies führt dazu, dass neben dem gesamten bzw. Teilen des Erbschaftsvermögens auch Nachlassgegenstände vom Verbot erfasst sein können.⁴⁰⁵ Vor allem beruht dies darauf, dass

³⁹⁸ Grüneberg-Brudermüller, BGB (2022), §1365, Rn.6.

³⁹⁹ Henssler, RNotZ 2010, 221 (226); siehe Ausführungen unten §9.III.3.b.

⁴⁰⁰ S.o. §5.I.2.

⁴⁰¹ Originaltext s.u. Anhang II.3.c.

⁴⁰² Soergel-Schmidt, BGB, Band 2 (1967), §419, Rn.5.

⁴⁰³ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.47; Soergel-Schmidt, BGB, Band 2 (1967), §419, Rn.5.

⁴⁰⁴ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.47; s.o. §5.III.

⁴⁰⁵ OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.151, S.469 (470) beruft sich hier auf C 2.3.30.2 (3) als Vergleichsquelle, Originaltext s.u. Anhang II.1.e.

nach dem damaligen Rechtsverständnis aus Pietätsgründen ein solcher Vertragsschluss nicht geduldet werden konnte.⁴⁰⁶

Explizit erwähnt und vom Verbot erfasst wird der einzelne Nachlassgegenstand zeitlich nachfolgend z.B. auch von Art. 33 **Dresdener Entwurf von 1866**⁴⁰⁷. Obwohl der Entwurf nie Gesetz geworden ist, zeigt dies jedoch, dass die Auffassung bis zum Inkrafttreten des BGBs Bestand hatte, Verträge über einen „*einen einzelnen Gegenstand*“ eines noch lebenden Dritten zu untersagen.

In den **Protokollen** der 1. Kommission zum BGB in Prot I 569 wurde ebenfalls vorgeschlagen, auch Verträge über den einzelnen Gegenstand in das Verbot aufzunehmen.⁴⁰⁸ Im nachfolgenden Beschluss Prot I 570 allerdings wurde diese Passus schon wieder entfernt. Keineswegs jedoch, weil die 1. Kommission der Meinung war, dass solche Verträge generell erlaubt sein müssten. In der Begründung findet sich nur die Aussage, dass zu diesem Zeitpunkt nicht abschließend geklärt werden könne, ob Nachlassgegenstände vom Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten grundsätzlich erfasst oder ausgeschlossen sein sollten.⁴⁰⁹

Diese Rechtsauffassung könnte auch der Grund sein, weshalb in den **Motiven zum BGB** kein Hinweis zu den Nachlassgegenständen zu finden ist und diese im Gesetzestext nicht explizit erwähnt werden.

Somit sprechen die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Norm und die Motive und Protokolle nicht eindeutig für eine der Ansichten.

4. Sinn und Zweck

Verträge über zukünftige Nachlassgegenstände noch lebender Dritter weisen gegenüber Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter die Besonderheit auf, dass bei diesen Verträgen der Umfang und in den meisten Fällen auch der Wert des Vertragsgegenstandes durch die konkrete Benennung der Gegenstände sowohl abschätzbar als auch überschaubar ist.⁴¹⁰ Für den Inhaber der Rechtsposition ist erkennbar, welchen konkreten Vermögensgegenstand er aus seiner zukünftigen Vermögensmasse weggeben möchte und zwar auch unabhängig davon, welchen Wert der Gegenstand im Verhältnis zum gesamten Nachlassvermögen verkörpert.⁴¹¹

Eine teleologische Auslegung der Norm könnte somit auf der einen Seite zu dem Ergebnis kommen, dass in diesen Fällen es zu keiner leichtfertigen Vermögensverschleuderung oder einer Ausnutzung einer Zwangslage kommen kann. Eine Verletzung dieser Normschutzzwecke wäre somit nicht erfüllt, weswegen die Verträge über zukünftige

⁴⁰⁶ OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.151, S.469 (470); auch Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.44.

⁴⁰⁷ Originaltext s.u. Anhang II.2.h.

⁴⁰⁸ „Verträge über die noch nicht angefallene Erbschaft eines bestimmten oder unbestimmten Dritten oder über einen Theil derselben, oder über **einen einzelnen Gegenstand** aus derselben sind nichtig, ausgenommen wenn der Vertrag in Verbindung mit einem Erbverzichts- und Erbeinsetzungsvertrage geschlossen wird.“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.398.

⁴⁰⁹ Siehe Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.399.

⁴¹⁰ So Kaufhold, ZEV 1996, 454 (456); Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.11; Blomeyer, FamRZ 1974, 421 (424).

⁴¹¹ Blomeyer, FamRZ 1974, 421 (424); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.46f. spricht von einer überschaubaren Verpflichtung; BGH, DNotZ 1960, 382 (383): nur unter Erwähnung des Kriteriums ohne nähere Erläuterung.

Nachlassgegenstände eines noch lebenden Dritten nicht den Schutz des § 311b IV, V BGB benötigen.⁴¹²

Auf der anderen Seite eröffnet diese Auslegung für die Vertragsparteien die Möglichkeit, durch die Auflistung von mehreren Einzelgegenständen eine eigentlich nur unter den Voraussetzungen von § 311b IV, V BGB zulässige versteckte Nachlassverpflichtung zu erreichen. Dies stellt jedoch eine unerlaubte Gesetzesumgehung des Verbots in § 311b IV BGB dar, zumal auch andere Schutzzwecke⁴¹³ bei solchen Verträgen in Betracht kommen.⁴¹⁴ So könnte z.B. die Zulässigkeit von Verträgen über Nachlassgegenstände noch lebender Dritter in diesen Fällen als noch anstößiger gegenüber dem Erblasser angesehen werden, als wenn ein prozentualer Anteil am zukünftigen Erbe zum Vertragsobjekt gemacht wird. Denn in diesen Fällen wird erkennbar schon vor dem Tode des Erblassers sein Nachlass in die jeweiligen Einzelteile aufgeteilt.⁴¹⁵ Der Schutzzweck der Norm kann deshalb auch erreicht werden, wenn Nachlassgegenstände von § 311b IV, V BGB erfasst werden.⁴¹⁶

Dem kann wiederum entgegengehalten werden, dass ein alleiniges Abstellen auf die Erblasserinteressen nicht mehr dem heutigen Schutzzweck der Norm entspricht⁴¹⁷. Dies schwächt das Gewicht dieses Arguments erheblich. Denn es gibt keinen ersichtlichen Grund eine solche Auffassung bei dem riskanteren Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abzulehnen und diesem Schutzzweck beim Vertrag über den Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten eine tragende Rolle einzuräumen.⁴¹⁸

Ein anderes Argument wäre, nur dann § 311b IV, V BGB auf Verträge über zukünftige Nachlassgegenstände eines noch lebenden Dritten anzuwenden, wenn der Versprechende eine Verpflichtung abgibt, die pauschal sämtliche Gegenstände umfasst, welche zum Nachlassvermögen des Erblassers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gehören. Denn in solchen Fällen kann der Schutz vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung oder einer Ausnutzung einer Zwangslage nur noch durch die Anwendung des § 311b IV, V BGB erreicht werden.⁴¹⁹

Indessen lässt sich einwenden, dass eine große Rechtsunsicherheit entstehen würde, wenn zwar inhaltlich von den Parteien das Gleiche gewollt sein kann, es aber letztlich darauf ankommt, wie die Parteien den Vertrag im Einzelnen formuliert haben.

Auch aus der subjektiven Einstellung der Parteien lässt sich ein Argument ableiten. Denn wählen die Parteien den Vertrag über den Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten nur deshalb, um die Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB zu umgehen, so

⁴¹² Zumindest dann nicht, wenn als Schutzzweck vom Schutz vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung und vom Schutz vor Ausbeutung des Leichtsinns ausgegangen wird. So *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); auch *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (934) bzgl. leichtfertiger Vermögensverschleuderung.

⁴¹³ S.o. §5.

⁴¹⁴ Vgl. *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.465; *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.128; im Ergebnis greifen dann die Schutzzwecke des § 311b IV, V BGB ins Leere. Siehe *Kulke*, ZEV 2000, 298 (302).

⁴¹⁵ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.44; Hinweis bei *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226), der dies jedoch ablehnt.

⁴¹⁶ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.77 weist darauf hin, dass bei einer Abstellung auf den sittlichen Normzweck alle Verträge über Einzelgegenstände eines noch lebenden Dritten unter § 311b IV BGB fallen würden.

⁴¹⁷ S.o. §5.III.

⁴¹⁸ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.50 sieht darin sogar die endgültige Aufgabe des Pietätsgedankens durch die Lehre und den BGH.

⁴¹⁹ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (226); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.47.

könnte daraus gefolgert werden, dass § 311b IV, V BGB auch dann angewendet werden muss, wenn bei einem oder mehreren Vertragsparteien eine Umgehungs- oder Verschleierungsabsicht vorliegt.⁴²⁰ Dies ist dann der Fall, wenn durch eine Aufzählung der Nachlassgegenstände die Beteiligung am Nachlass verschleiert werden soll und im Ergebnis gewünscht wird.⁴²¹ Jedoch kann der Nachweis eines Vorliegens einer solchen Umgehungs- und Verschleierungsabsicht in der Praxis zu Beweisproblemen führen. Deshalb ist die Umgehungs- und Verschleierungsabsicht nicht als ausschlaggebendes Kriterium geeignet, ob § 311b IV, V BGB auch bei Verträgen über den Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten anwendbar ist. Eine teleologische Auslegung der Schutzzwecke der Norm führen deshalb auch zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis unter den Ansichten.

5. Zwischenergebnis

Es kann somit festgehalten werden, dass keine klare Entscheidung für eine der dargestellten Ansichten durch die Auslegung getroffen werden kann.⁴²²

⁴²⁰ Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.42, Fn.140.

⁴²¹ *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.128; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.12; *BGB-RGRK-Ballhaus*, Band 2-Teil 1 (1976), §312 a.F., Rn.3; *Planck-Siber*, BGB, Band II/1 (1914), §312a.F., S.334, Anm.1a; Hinweis bei *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.463 und *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (934).

⁴²² Weitere Auslegung und Stellungnahme s.u. §9III.3.b).

III. Vermächtnis i.S.v. § 311b IV 2 Var.2 BGB

1. Anwendbarkeit von § 311b V BGB auf Vermächtnisse aus dem zukünftigen Nachlass?

§ 311b IV 2 Alt.2 BGB verbietet Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, wenn das Vertragsobjekt ein Vermächtnis darstellt. Ein Vertragsschluss unter den Bedingungen des § 311b V BGB ist nach dem Gesetzeswortlaut dagegen nicht möglich, da das Vermächtnis in § 311b V BGB nicht aufgezählt wird. Ein Vergleich mit den anderen relevanten Vertragsobjekten offenbart, dass diese Regelung eine Ausnahme im Normkonzept des § 311b IV, V BGB darstellt. Denn zum einen beziehen sich Vermächtnisse oft auf Einzelgegenstände.⁴²³ Nicht ungewöhnlich wäre demnach, wenn die Vermächtnisse ähnlich wie die Nachlassgegenstände geregelt wären. Jedoch ist die vom Gesetzgeber vorgeschlagene Lösung bei den Vermächtnissen mit keiner bei den Einzelgegenständen vertretenen Ansicht vergleichbar.⁴²⁴ Zum anderen weisen Universal- und Quotenvermächtnisse aufgrund der ebenfalls bestehenden Quote am Gesamtnachlass des zukünftigen Erblassers eine Vergleichbarkeit mit dem Pflichtteil oder dem Erbteil auf. Beide Vertragsobjekte werden jedoch in § 311b V BGB aufgezählt. Die Gesetzeslösung wäre somit nur nachvollziehbar, wenn der Verzicht auf Vermächtnisse als Vertragsobjekt dogmatisch begründbar ist.

In der Praxis könnte ein Beispielfall⁴²⁵ wie folgt lauten: Der verwitwete zukünftige Erblasser E hat drei unverheiratete Söhne (A, B und C). Zu seinem zukünftigen Nachlassvermögen gehört ein Familienunternehmen⁴²⁶ und ein Wohnhaus. Zwei seiner Söhne, A und B, arbeiten im Unternehmen mit und sollen dieses auch weiterführen. Im Wohnhaus leben sie derzeit zu viert.

Variante 1 (Stückvermächtnis): E testiert nun, dass A und B als Erben eingesetzt werden sollen. C soll das Wohnhaus durch ein Vermächtnis erhalten. Als A und B dies noch zu Lebzeiten des E erfahren, fürchten sie, dass C das Wohnhaus nach dem Tod des E veräußern könnte und sie möglicherweise ausziehen müssen. Da sie dies nicht wollen, schließen sie mit C einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ab, in welchem C gegenüber der Zahlung einer Geldsumme einwilligt, das Vermächtnis nach dem Tod des E gem. §§ 2176, 2180 BGB auszuschlagen.

Variante 2 (Geldvermächtnis): In einer anderen Fallvariante soll der C durch Vermächtnis nach dem Tod des E eine hohe Geldsumme erhalten. Da A und B befürchten, dass sie diese Summe nicht sofort aufbringen können, einigen sie sich mit C in einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, dass C das Vermächtnis ausschlagen wird und dann die Geldsumme mit Zins in Form einer Rentenzahlung gestundet werden soll.

⁴²³ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.52.

⁴²⁴ S.o. §7.II.

⁴²⁵ Teilweise angelehnt an jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.466; siehe auch weitere Beispielfälle: BGH, NJW 1956, 1151; Henssler, RNotZ 2010, 221 (228); weitere mögliche Vertragsinhalte: jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.469.

⁴²⁶ Der Gesellschaftsvertrag der GmbH beinhaltet keinen expliziten Hinweis über die Vererbung. Siehe Grüneberg-Weidlich, BGB (2022), §1922, Rn.24 bzgl. Vererbbarkeit von GmbH-Anteilen.

Variante 3 (Quotenvermächtnis): A und B sollen wie in Var.1 wieder Alleinerben des E werden. Jedoch soll C seinen Anteil an der Vermögensmasse ohne spezifische Angabe von Vermögensgegenständen durch Vermächtnis bekommen. Da auch hier A und B beschließen, dass eine Firmenbeteiligung ohne C vorzugswürdiger erscheint und sie sich nicht auf eine Erbaueinandersetzung mit C einlassen wollen, soll auch hier C in einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auf das Quotenvermächtnis gegen Zahlung einer Geldsumme verzichten.

Wären solche Verträge wirksam? Diesbezüglich werden verschiedene Ansichten vertreten:

- Eine Ansicht richtet sich nach dem Gesetzeswortlaut der Norm und verbietet gem. § 311b IV 2 Alt.2 BGB Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, wenn das Vertragsobjekt ein Vermächtnis darstellt. Eine Ausnahme nach § 311b V BGB ist nicht möglich, da der Gesetzeswortlaut alle Arten von Vermächtnissen in § 311b V BGB durch die fehlende Erwähnung im Normtext konkludent vom Vertragsschluss ausschließt. Der Gesetzeswortlaut verbietet demnach zukünftigen Vermächtnisnehmern generell eine vorgezogene Erbaueinandersetzung.⁴²⁷

Somit wären nach dieser Ansicht in allen drei Varianten des Beispielsfalls ein wirksamer Vertrag über das Vermächtnis eines noch lebenden Dritten zwischen A, B und C nicht möglich.

- Eine andere Ansicht betrachtet den Begriff „*Vermächtnis*“ nicht als Ganzes, sondern bietet jeweils für die einzelnen in Frage kommenden Vermächtnisarten unterschiedliche Lösungsansätze an. Unterschieden wird hierbei zwischen Stück-⁴²⁸, Geld-⁴²⁹ und Quoten-⁴³⁰ bzw. Universalvermächtnissen⁴³¹. Nach dieser Ansicht fallen Verträge über Stückvermächtnisse eines noch lebenden Dritten nicht unter § 311b IV 2 Alt.2 BGB und sind deshalb ohne Restriktion gültig und können auch mit jedem beliebigen Fremden abgeschlossen werden.⁴³² Ähnlich wie das Stückvermächtnis wird auch das Geldvermächtnis von dieser Ansicht rechtlich behandelt.⁴³³ Nur falls ein Quoten- oder Universalvermächtnis das Vertragsobjekt sein

⁴²⁷ So BGH, NJW 1956, 1151 (1152). Allerdings bestand im zu entscheidenden Fall das Vermächtnis aus einer Rente von Reinerträgen eines Gutes und nicht aus einem Stückvermächtnis, weshalb der BGH zum Streit auch keine Stellung beziehen musste. Ausführungen und Kritik zu dieser Entscheidung unter *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.113f.; siehe auch BGB-RGRK-*Ballhaus*, Band 2-Teil 1 (1976), §312 a.F., Rn.6; *Damrau*, EE 2019, 195 (196); DNotI-Report 17/2007, 132 (133).

⁴²⁸ Das Vermächtnis umfasst einen Einzelgegenstand gem. § 2169 BGB.

⁴²⁹ Das Vermächtnis besteht aus einer bestimmten Geldsumme und ist dem Gattungsvermächtnis gem. § 2155 BGB zuzuordnen. Vgl. MüKoBGB-*Rudy*, Band 11 (2020), §2155, Rn.2.

⁴³⁰ Das Vermächtnis bezieht sich auf einen Bruchteil des Nachlasses. Vgl. MüKoBGB-*Rudy*, Band 11 (2020), Vor.§2147, Rn.3.

⁴³¹ Das Vermächtnis bezieht sich auf den gesamten Nachlass. Vgl. MüKoBGB-*Rudy*, Band 11 (2020), Vor.§2147, Rn.4.

⁴³² *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (228); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.55.

⁴³³ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.17; unsicher über die Einordnung ist sich allerdings *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936).

soll, sollen diese gänzlich gem. § 311b IV 2 Alt.2 BGB verboten sein.⁴³⁴ Dieses Verbot kann auch nicht aufgrund der fehlenden Ausnahme für Vermächtnisse im Wortlaut des § 311b V BGB umgangen werden.⁴³⁵

Der von den Parteien im obigen Beispiel in Var. 1 angestrebte Vertrag über ein Stückvermächtnis eines noch lebenden Dritten würde hierbei nach dieser Ansicht wirksam sein. Auch der Vertrag über ein Geldvermächtnis eines noch lebenden Dritten zwischen A, B und C in Var. 2 wäre nach dieser Ansicht wirksam. In Var. 3 des Beispielfalls wäre es A, B und C jedoch verwehrt einen wirksamen Vertrag über ein Vermächtnis eines noch lebenden Dritten abzuschließen.

- Eine andere Ansicht möchte Verträge über Stück- und Geldvermächtnisse weiterhin generell zulassen und Verträge über zukünftige Quoten- und Universalvermächtnisse können nur unter den Voraussetzungen des § 311b V BGB wirksam sein.⁴³⁶

Im Beispielfall könnten A, B und C nach dieser Ansicht einen wirksamen Vertrag in Var. 1 und Var. 2 abschließen. In Var. 3 ist ein Vertragsschluss möglich, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 311b V BGB vorliegen.

- Eine vierte Meinung will die Erfassung der Quoten- und Universalvermächtnisse unter § 311b V BGB ebenfalls beibehalten. Begrenzt werden soll allerdings der Anwendungsbereich der Stück- und Geldvermächtnisse. Hierbei sollen Verträge über Stück- und Geldvermächtnisse eines noch lebenden Dritten nicht mehr beliebig abgeschlossen werden können, sondern nur dann wirksam sein, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 311b V BGB vorliegen.⁴³⁷

Nach dieser Ansicht können A, B und C nur einen wirksamen Vertrag in Var. 1, 2 und 3 abschließen, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 311b V BGB vorliegen.

Welche dogmatischen Argumente für die dargestellten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm de lege lata klare Rückschlüsse bzgl. dem Präferieren einer Ansicht zulässt, soll in der Folge erläutert werden:

a. Wortlaut

Die Auslegung des Gesetzestextes von § 311b IV 2 Var.2 BGB ergibt einerseits, dass Verträge über „[...] ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.“ verboten sind. Hierbei lässt der Wortlaut der Norm keine Unterscheidung zwischen den Vermächtnisarten erkennen. Insbesondere ein Hinweis für die Ausgliederung der

⁴³⁴ Henssler, RNotZ 2010, 221 (228); Hinweis bei Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.55.

⁴³⁵ Damrau, ZErB 2004, 206 (211), Fn.20; Hinweis bei jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.503; Henssler, RNotZ 2010, 221 (228); Limmer, DNotZ 1998, 927 (935); im Ergebnis auch BGH, NJW 1956, 1151 (1152).

⁴³⁶ Henssler, RNotZ 2010, 221 (228); Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.37; MüKoBGB-Ruhwinkel, Band 3 (2019), §311b, Rn.139; DNotI-Report 01/2017, 1 (2); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.112f.; Limmer, DNotZ 1998, 927 (936) spricht hierbei von einem notwendigen „angemessenen Ausgleich“.

⁴³⁷ Wohl auch jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.470; nicht eindeutig hingegen Grüneberg-Grüneberg, BGB (2022), §311b, Rn.70 und Rn.74, der nicht zwischen den Vermächtnisarten unterscheidet, allerdings Nachlassgegenstände von § 311b IV BGB ausgliedern will; ebenso Soergel-Mayer, BGB, Band 5/1a (2013), §311b, Rn.272.

Stückvermächtnisse aus den § 311b IV, V BGB lässt sich aus dem Wortlaut des § 311b IV 2 Var.2 BGB nicht ablesen.⁴³⁸ Außerdem finden Vertragsgestaltungen über zukünftige Vermächtnisse in § 311b V BGB keine Erwähnung. Nur der Erbteil und der Pflichtteil werden in § 311b V 1 BGB ausdrücklich erwähnt. Somit bleibt es bei strenger Auslegung des Gesetzeswortlauts von § 311b IV, V BGB beim Verbot aller Vermächtnisarten.

Auf der anderen Seite könnte „*Vermächtnis*“ in § 311b IV 2 Var.2 BGB auch so ausgelegt werden, dass nur Vermächtnisse von der Norm erfasst werden, welche wie der Pflichtteil sich auf eine Quote am Nachlassvermögen beziehen. Von § 311b IV 2 Var.2 BGB erfasst wären somit bei dieser Auslegung nur Quoten- bzw. Universalvermächtnisse.

Ebenfalls eine Auslegungsmöglichkeit wäre, wenn § 311b IV 2 Var.2 BGB zwar alle Vermächtnisarten erfasst, jedoch § 311b V BGB als nicht abschließendes Regelbeispiel ausgelegt wird. Somit wäre es aufgrund einer extensiven Auslegung möglich, auch einen Vertrag über alle Vermächtnisarten eines noch lebenden Dritten gem. § 311b V BGB abzuschließen. Auf der anderen Seite sollte § 311b V BGB als Ausnahmeregelung eigentlich einer extensiven Auslegung verschlossen bleiben.⁴³⁹

Es zeigt sich also, dass eine Auslegung des Wortlauts nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, ob Vermächtnisse und falls ja, welche Vermächtnisarten von § 311b V BGB erfasst werden.

b. Wille des Gesetzgebers

Ein klarer Wille des Gesetzgebers über die Regelung der Vermächtnisse ist aus den Gesetzesmaterialien nicht erkennbar.⁴⁴⁰ Denn zum einen lieferte die 2. Kommission in ihrem Entwurf keine Begründung, warum Vermächtnisse im späteren § 311b V BGB nicht aufgelistet sind. Auch die Protokolle erläutern diesen Umstand nicht.⁴⁴¹ Und die Motive sprechen sich nur generell ohne Nennung von Gründen für die Aufnahme der Vermächtnisse in § 311b IV 2 BGB aus.⁴⁴²

c. Sinn und Zweck

Der Umstand, dass Vermächtnisse nicht in § 311b V BGB, jedoch in § 311b IV BGB erwähnt werden, und wie bereits erörtert, sich keine Begründung hierzu in den Gesetzesmaterialien finden lässt, könnte auch als ungewollte gesetzliche Regelungslücke interpretiert werden.⁴⁴³ Demnach könnten Vermächtnisse als Vertragsobjekte gem. § 311b V BGB analog in Betracht kommen, sofern die Voraussetzungen einer Analogie

⁴³⁸ So jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.470; *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.55 erwähnt, dass die Verfasser des BGBs möglicherweise davon ausgingen, dass Nachlassgegenstände und Vermächtnisse sowieso unter den Begriff „Nachlass“ fallen und deshalb die Erwähnung in § 311b IV 2 BGB nur Klarstellungscharakter hat. Im Ergebnis rechtfertigt *Daniels* eine Ablehnung des Arguments mit dem Rückgang des Pietätsgedankens.

⁴³⁹ Vgl. BGH, NJW 1956, 1151 (1152); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.37; die Vergangenheit hat jedoch gezeigt, dass die Rechtsprechung beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten den Wortlaut der Norm nicht in allen Fällen streng auslegt: siehe z.B. BGHZ 104, 279 (284f.); *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (228).

⁴⁴⁰ Vgl. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.53; a.A. BGH, NJW 1956, 1151 (1152).

⁴⁴¹ Vor allem *Jakobs/Schubert-Schubert*, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.403f.

⁴⁴² Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.186.

⁴⁴³ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936).

gegeben sind.⁴⁴⁴ Erwidert werden könnte das Argument mit dem Einwand, dass dem Gesetzgeber sehr wohl bekannt war, dass insbesondere Einzelgegenstände meistens durch Vermächtnisse übertragen werden.⁴⁴⁵ Auf der anderen Seite lässt sich anbringen, dass grundsätzlich eine Gefährdung einer leichtfertigen Vermögensverschleuderung beim Vermächtnisnehmer dann ausgeschlossen werden könnte, wenn zukünftige Stückvermächtnisse bzgl. des Inhalts und des Umfangs für die Vertragsparteien schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses überschaubar sind.⁴⁴⁶ Deshalb besteht durch eine teleologische Reduktion des Begriffs „*Vermächtnis*“ in § 311b IV 2 Var.2 BGB die Möglichkeit, dass Stückvermächtnisse gar nicht erst von § 311b IV BGB erfasst werden und somit auch nicht unter § 311b V BGB fallen können.⁴⁴⁷

Sofern eine teleologische Reduktion abgelehnt werden sollte, könnte als Hilfsargument die gleiche Lösung im Ergebnis auch erreicht werden, indem gem. § 140 BGB eine Umdeutung der Stückvermächtnisse in Verträge über zukünftige Nachlassgegenstände erfolgt.⁴⁴⁸ Diese Umdeutung bringt jedoch insoweit keinen Vorteil, weil auch die Einordnung der Nachlassgegenstände bei § 311b IV, V BGB umstritten ist.⁴⁴⁹ Zusätzlich kann dem entgegnet werden, dass der Schutzzweck des § 311b IV BGB dann wieder verletzt sein kann, wenn das Stückvermächtnis den Nachlass ganz oder nahezu erschöpft. Diese Lücke könnte auf der einen Seite durch die entsprechende Anwendung der Erschöpfungstheorie auch auf Stückvermächtnisse geschlossen werden.⁴⁵⁰ Auf der anderen Seite lassen sich die bereits erörterten Kritikpunkte an der Erschöpfungstheorie auch hier als Gegenargumente anführen.⁴⁵¹

Bei Quoten- und Universalvermächtnissen ist, ähnlich wie beim gesetzlichen Erbteil und dem Erbteil bei gewillkürter Erbfolge⁴⁵², bei Vertragsschluss der konkrete Umfang des Vertragsobjekts nicht überschaubar. Es droht dem Versprechenden somit die Gefahr einer leichtfertigen Vermögensverschleuderung.⁴⁵³ Dies spricht für eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem Erbteil und Quotenvermächtnissen.

Auf der anderen Seite sind aber auch gesetzliche Vermächtnisse gem. §§ 1932, 1963, 1969 I BGB durch die fehlende Aufzählung von Vermächtnissen in § 311b V BGB grundsätzlich verboten. Zumindest diese gesetzlichen Vermächtnisse hätte der Gesetzgeber ebenso wie die gesetzlichen Erbteile in § 311b V BGB aufnehmen müssen, wenn der Ausschluss der Vermächtnisse damit begründet wird, dass den Beteiligten ansonsten eine leichtfertige Vermögensverschleuderung drohen würde.⁴⁵⁴ Dagegen eingewendet werden

⁴⁴⁴ S.u. §9.III.3.b.

⁴⁴⁵ jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.470; *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936).

⁴⁴⁶ Siehe *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (228); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.17.

⁴⁴⁷ So *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.17.

⁴⁴⁸ Siehe *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.17; *Odemer*, ZEV 2021, 414 (417).

⁴⁴⁹ S.o. §7.II.

⁴⁵⁰ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (228).

⁴⁵¹ S.o. §7.II.2.; gegen die Anwendung der Erschöpfungstheorie bei Vermächtnissen siehe *Damrau*, ZErB 2004, 206 (211); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.55.

⁴⁵² S.o. §7.I.

⁴⁵³ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (228); vgl. auch *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.53 und S.114f.

⁴⁵⁴ Vgl. insoweit *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.37 der bei gesetzlichen Vermächtnissen eine Begrenzung des Maximalwertes für unangebracht hält; auch jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.503; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.114 kritisiert, dass dieses Argument keine hohe Bedeutung hat, da Verträge über gesetzliche Vermächtnisse eines noch lebenden Dritten keinen hohen Praxisbezug haben sollen; *Baldus/Stremnitzer*, DNotZ 2006, 598 (617); auch *Planck-Siber*, BGB, Band II/1 (1914), §312a.F., S.335, Anm.2b, welcher

könnte, dass die gesetzlichen Vermächtnisse nicht in § 311b V BGB erwähnt werden, weil sie für den Gesetzgeber nicht bedeutsam genug erschienen.

Gegen eine unterschiedliche Gesetzesregelung der Vermächtnisarten könnte sprechen, dass die Vertragsparteien gänzlich vom Willen des Erblassers abhängig sind, ob sein zukünftiges Nachlassvermögen zum einen überhaupt durch ein Vermächtnis vererbt werden soll und zum anderen welche Art von Vermächtnis von ihm ausgewählt wird.⁴⁵⁵ Eine unterschiedliche Behandlung der Vermächtnisarten erscheint somit aus diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt. Auch kann ein Vertrag über zukünftige Vermächtnisse eines noch lebenden Dritten ebenso wie ein Vertrag über die zukünftigen Erbteile und zukünftigen Nachlassgegenstände eines noch lebenden Dritten zur vorgezogenen Erbaueinandersetzung beitragen und Familienstreitigkeiten vorbeugen und verstößt deshalb nicht generell gegen den Schutzzweck von § 311b V BGB.⁴⁵⁶

Es gibt somit auch nach der Auslegung nach Sinn und Zweck Argumente, die gegen die Gesetzeslösung sprechen und eine Analogie von Vermächtnissen⁴⁵⁷ zu § 311b V BGB zulässig machen könnten.⁴⁵⁸

d. Zwischenergebnis

Die Auslegung hat gezeigt, dass sich auch gewichtige Argumente gegen die Gesetzeslösung finden lassen und die Auslegung keine der vertretenen Ansichten, ob und welche Vermächtnisarten von § 311b IV, V BGB erfasst sind, klar präferiert.

2. Umfang von Vermächtnissen i.S.d. § 311b V BGB

Die Ansichten⁴⁵⁹, welche die Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 311b V BGB auf Quoten- und Universalvermächtnisse oder sogar auf alle Vermächtnisarten vertreten, werfen noch eine weitere rechtliche Anschlussfrage auf:

Bis zu welcher Höhe können die Parteien einen wirksamen Vertrag über das zukünftige Vermächtnis gem. § 311b V BGB abschließen? Die vorgeschlagenen Lösungsansätze orientieren sich hierbei sehr stark an den bereits beim Vertragsobjekt Erbteil zu einer ähnlichen Problematik vertretenen Theorien.⁴⁶⁰

- Nach einer Ansicht kann die maximale Höhe bei Verträgen über zukünftige Vermächtnisse nicht über den Wert des gesetzlichen Erbteils hinausgehen.⁴⁶¹

Somit könnten im obigen Beispielfall A, B und C⁴⁶² nach dieser Ansicht nur dann einen wirksamen Vertrag abschließen, wenn das Vermächtnis nicht den Wert des

allerdings die Vermächtnisse vom Anwendungsbereich deshalb ausnehmen möchte, da diese Verträge dem Erblasserwillen entgegenstehen.

⁴⁵⁵ *Odemer*, ZEV 2021, 414 (419).

⁴⁵⁶ Vgl. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936), der § 311b V BGB analog auf Vermächtnisse im Generellen anwenden will.; *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.503.

⁴⁵⁷ S.u. §9.III.3.b.

⁴⁵⁸ So *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.112f.

⁴⁵⁹ S.o. §7.III.1.

⁴⁶⁰ S.o. §7.I.

⁴⁶¹ So *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.139; *Soergel-Mayer*, BGB, Band 5/1a (2013), §311b, Rn.272; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (228) und in Fn.93 m.w.N.; *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.52; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.37; DNotI-Report 17/2007, 132 (133).

⁴⁶² Beispielfall s.o. §7.III.1.

gesetzlichen Erbteils von C in Höhe von 1/3 des zukünftigen Nachlassvermögens von E übersteigt.

- Eine andere Ansicht will dagegen die zulässige Höhe der zukünftigen Vermächtnisse nicht beschränken.⁴⁶³

In den bereits angeführten Beispielen können somit A, B und C einen wirksamen Vertrag über ein Vermächtnis eines noch lebenden Dritten auch dann abschließen, wenn das unter § 311b V BGB fallende Vermächtnis den gesetzlichen Erbteil des C übersteigen sollte. Gem. § 2318 III BGB steht A und B aber weiterhin der Pflichtteil zu.

Im Folgenden wird herausgearbeitet, welche Argumente für die dargestellten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm *de lege lata* zu einer klaren Entscheidung kommt.

a. Wortlaut

Der Wortlaut des § 311b V BGB nimmt keinerlei Bezug auf das Vermächtnis. Somit führt eine Wortlautauslegung des Gesetzestexts bei der Rechtsfrage nach der Höchstgrenze eines Vertrages über ein zukünftiges Vermächtnis eines noch lebenden Dritten nicht weiter.

b. Wille des Gesetzgebers

Gleiches gilt auch für eine historische Auslegung. Da die Gesetzesmaterialien schon nicht erläutern, warum das Vermächtnis nicht in § 311b V BGB aufgenommen wurde, fehlt ebenfalls ein Hinweis, welchen Wert das Vermächtnis nicht überschreiten darf.

c. Sinn und Zweck

Da die Ausgestaltung des letzten Willens in den Händen des zukünftigen Erblassers liegt, kann dieser wählen, wie das Nachlassvermögen vererbt werden soll.⁴⁶⁴ Hieraus könnte sich ableiten lassen, dass Quoten- und Universalvermächtnisse mit dem Vertragsobjekt Erbteil in § 311b V 1 Var.1 BGB vergleichbar sind und dass für die Quoten- und Universalvermächtnisse sich ebenfalls eine qualitative Beschränkung in Höhe des gesetzlichen Erbteils ergibt. Denn eine Überschreitung der gesetzlichen Erbteilsquote könnte zu einer Umgehung und Aushebelung der Einschränkung „gesetzlicher Erbteil“ in § 311b V 1 Var.1 BGB führen.⁴⁶⁵ Dagegen könnte allerdings argumentiert werden, dass dies nur dann der Fall ist, sofern der Meinung gefolgt wird, welche auch den Erbteil bei gewillkürter Erbfolge auf die gesetzliche Höhe beschränken will.⁴⁶⁶ Eine rechtliche Begrenzung der Vermächtnishöhe stellt nur § 2318 BGB dar, welcher sicherstellen soll, dass der Pflichtteil weiterhin bestehen bleibt.

Als Argument gegen eine Beschränkung auf die gesetzliche Erbteilshöhe könnte zudem § 1932 BGB dienen. Denn der Voraus des Ehegatten ist ein gesetzliches Vermächtnis, wonach gem. § 1932 I 1, II BGB der Ehegatte zusätzlich neben dem gesetzlichen Erbteil, sofern nur Verwandte der 2. Ordnung erben, auch noch die Hochzeitsgeschenke

⁴⁶³ jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.504; wohl auch *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936); Anregung in diese Richtung zu einer Gesetzesanpassung bei *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.37.

⁴⁶⁴ Nach *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (936) obliegt die Entscheidung des Erblassers, ob er sich der Vermächtnislösung oder der Erbeinsetzungslösung bedient, auch wirtschaftlichen oder steuerlichen Gründen.

⁴⁶⁵ Siehe *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.37.

⁴⁶⁶ S.o. §7.I.2.

und die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände verlangen kann, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstückes sind. Sollten die Verwandten gesetzliche Erben der 1. Ordnung sein, so gilt gem. § 1932 I 2, II BGB die Einschränkung, dass der Ehegatte diese Gegenstände zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt. Diese Regelung zeigt, dass sogar das Gesetz eine Lösung bereithält, welche die Höhe des gesetzlichen Erbteils übersteigen kann.

Zusätzlich könnte es auch zu einem Widerspruch von Verträgen über zukünftige Nachlassgegenstände bzw. zukünftigen Stückvermächtnissen eines noch lebenden Dritten gegenüber den Verträgen über zukünftige Quoten- und Universalvermächtnisse eines noch lebenden Dritten kommen, falls der Ansicht gefolgt wird, welche Nachlassgegenstände und Stückvermächtnisse von § 311b IV BGB nicht erfasst haben möchte.⁴⁶⁷ Denn im Gegensatz zu den Quoten- und Universalvermächtnissen, welche nur bis zur Höhe des gesetzlichen Erbteils möglich sein sollen, dürften die zukünftigen Nachlassgegenstände und zukünftigen Stückvermächtnisse aufgrund der Tatsache, dass diese nicht von § 311b V BGB erfasst werden, diesen Umfang übersteigen. Auch dies zeigt, dass die Begrenzung willkürlich ist, zumal die Vermächtnisnehmer keinen Einfluss darauf haben, welche Art von Vermächtnis der Erblasser wählt. Zusätzlich besteht die Gefahr, dass die Beschränkung des Umfangs umgangen werden kann, wenn gem. § 140 BGB ein Quotenvermächtnis in einzelne Stückvermächtnisse umgedeutet wird und sich die Parteien den Voraussetzungen des § 311b V BGB dadurch entziehen könnten.

d. Zwischenergebnis

Somit kommt die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, über welche maximale Höhe ein Vertrag über ein zukünftiges Vermächtnis zulässig ist.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ S.o. §7II. und §7.III.1.

⁴⁶⁸ Weitere Auslegung und Stellungnahme s.u. §9.III.3.b.

IV. „Pflichtteil“ i.S.v. § 311b IV 2 Alt.1 BGB und § 311b V 2 Alt.2 BGB

Sollte es dem C in dem zuvor schon angeführten Beispielsfall⁴⁶⁹ möglich sein, dass er sich gegenüber A und B verpflichten kann, das Vermächtnis⁴⁷⁰ nach dem Tod des E auszuschlagen, so bleibt hiervon allerdings sein „Pflichtteil“ gem. § 2307 I 1 BGB unberührt. Diesen könnte C nach dem Tod des E geltend machen und hierdurch die Erbschaft des A und B verringern. Aber auch wenn C das Vermächtnis nicht ausschlägt und der Pflichtteil wertmäßig das Vermächtnis übersteigt, kann C den Restwert gem. § 2307 I 2 BGB von A und B nach dem Tod des E verlangen. A und B haben somit ein Interesse daran, C zu Lebzeiten des E vertraglich so zu binden, dass C auf seinen „Pflichtteil“ ebenfalls verzichtet.⁴⁷¹

Als weitere Vertragsobjekte bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kommen deshalb das Pflichtteilsrecht, der Pflichtteilsanspruch und der Pflichtteilsergänzungsanspruch in Betracht. Das Gesetz erwähnt in § 311b IV 2 Alt.1 BGB und § 311b V 2 Alt.2 BGB allerdings nur den „Pflichtteil“. Ob hiervon auch die angeführten Vertragsobjekte erfasst werden, ist umstritten⁴⁷²:

- Eine Ansicht beurteilt das Pflichtteilsrecht und den Pflichtteilsanspruch differenziert. Auf der einen Seite werden Verträge über das Pflichtteilsrecht von § 311b IV BGB erfasst und sind nur gem. § 311b V 1 BGB unter „künftigen gesetzlichen Erben“ zulässig. Geht es auf der anderen Seite hingegen um die Verpflichtung einer Abtretung eines Pflichtteilsanspruchs oder um die Verpflichtung auf den Verzicht eines Pflichtteilsanspruchs, so unterfallen diese nicht § 311b IV, V BGB. Ein solcher Vertrag kann vielmehr mit jeder beliebigen Person abgeschlossen werden.⁴⁷³
- Eine zweite Ansicht will dagegen sowohl Verträge über das Pflichtteilsrecht eines noch lebenden Dritten als auch Verträge über zukünftige Pflichtteilsansprüche unter § 311b IV, V BGB fassen.⁴⁷⁴ Auch Verträge über Pflichtteilsergänzungsansprüche sollen unter den Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB möglich sein.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ S.o. §7.III.1.; siehe noch weitere Fälle über Verträge über den Pflichtteil eines noch lebenden Dritten: BGHZ 26, 320.

⁴⁷⁰ Irrelevant ist hierbei die Art des Vermächtnisses, sofern es von § 311b V BGB erfasst wird.

⁴⁷¹ Dies könnte z.B. dann wichtig werden, wenn der Wert des Wohnhauses nicht den Pflichtteil des C abdecken kann und A und B den Pflichtteil aus dem Gesellschaftsvermögen auszahlen müssten. Problematisch kann es auch dann sein, wenn das Gesellschaftsvermögen im Unternehmen gebunden ist; dass C auf sein Pflichtteilsrecht/ Pflichtteilsanspruch wirksam verzichtet, kann durch mehrere Varianten erreicht werden. Vgl. hierzu z.B. *Muscheler*, JZ 1997, 853ff.; außerdem kommen als Vertragsinhalt beim Vertragsobjekt „Pflichtteil“ i.S.d. § 311b IV 2 Alt.1, V 2 Alt.2 BGB weitere Fallvariationen in Betracht. Siehe hierzu Auflistungen bei *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (236f.); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.468 und 489; *Limmer*, DNotZ 1998, 928f.; Beispiele ebenso in *Weirich*, DNotZ 1986, 5 (14); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.76.

⁴⁷² Der BGH hat sich allerdings noch nicht zu dieser Problematik geäußert. Vgl. *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229).

⁴⁷³ *Damrau*, ZErB 2004, 206 (211f.); hierzu *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229); *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (934f.).

⁴⁷⁴ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (935); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.470; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229).

⁴⁷⁵ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229).

- Es gibt aber auch Stimmen innerhalb dieser Meinung, die Vereinbarungen über den künftigen Pflichtteilergänzungsanspruch hiervon getrennt beurteilen und den künftigen Pflichtteilergänzungsanspruch ohne die Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB zulassen möchten.⁴⁷⁶

Nach den ersten beiden Ansichten besteht demnach im Beispielsfall die Möglichkeit, das Pflichtteilsrecht des C jeweils unter Beachtung der § 311b IV, V BGB zum Vertragsobjekt zu machen.

Anders sieht es jedoch aus, wenn C sich verpflichtet, auf seinen zukünftigen Pflichtteilsanspruch zu verzichten. Die zweite Ansicht lässt dies nur unter den Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB zu, wohingegen die erste Ansicht einen solchen Vertrag zwischen A, B und C ohne Einschränkungen, insbesondere ohne das Formerfordernis erlauben würde.

Noch größere Differenzen sind erkennbar, wenn bei einer weiteren Fallvariante neben den beiden Söhnen A und B des E auch dessen bester Freund F als Testamentserbe eingesetzt würde. Da dieser kein gesetzlicher Erbe i.S.d. § 311b IV, V BGB ist, könnte C nur nach der ersten Ansicht wirksam auf sein „*Pflichtteil*“ zu Lebzeiten des E gegenüber A, B und F vertraglich verzichten, wenn der zukünftige Pflichtteilsanspruch zum Vertragsinhalt gemacht wird.

Im Folgenden soll erörtert werden, welche Argumente für die angeführten Ansichten sprechen und ob die Auslegung der Norm *de lege lata* zu einer klaren Entscheidung kommt.

1. Wortlaut

Der Gesetzeswortlaut erwähnt in § 311b IV 2 Alt.1 BGB und § 311b V 2 Alt.2 BGB lediglich den „*Pflichtteil*“. Hierunter wird der Teil eines Nachlasses verstanden, der einem nahen Angehörigen durch Testament nicht entzogen werden kann.⁴⁷⁷ Da sowohl das Pflichtteilsrecht, der Pflichtteilsanspruch und der Pflichtteilergänzungsanspruch als ein solcher Teil des Nachlasses gesehen wird, kann aus der Auslegung des Wortlauts des § 311b IV 2 Alt.1 BGB und § 311b V 2 Alt.2 BGB keiner Ansicht der Vorzug gegeben werden.⁴⁷⁸

2. Systematik

Der systematische Aufbau des BGBs zeigt jedoch, dass das Gesetz zwischen dem allgemeinen Pflichtteilsrecht (vgl. § 2346 BGB), dem Pflichtteilsanspruch (§ 2317 BGB)

⁴⁷⁶ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.56; Nieder/Kössinger-Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, §19, Rn.68; jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.468 will nur bei Verträgen mit § 2329 I BGB eine abweichende Behandlung von Pflichtteilergänzungsansprüchen zulassen, weil dieser Anspruch anders als § 2325 I BGB nur in der Person des Beschenkten begründet ist und zu diesem Anspruch subsidiär ist. Er führt in Fn.1861 den Fall an, dass der künftige Erblasser seiner Ehefrau aus zweiter Ehe eine Immobilie schenkt und die Kinder aus erster Ehe bei testamentarischer Erbeinsetzung auf den Anspruch aus § 2329 I BGB gegen die Stiefmutter verzichten.; Hinweis unter Henssler, RNotZ 2010, 221 (229).

⁴⁷⁷ Siehe Definition „Pflichtteil“ auf Duden online <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Pflichtteil>> (Abrufdatum: 22.02.2022); Muscheler, Erbrecht, Band 2 (2010), §51, Rn.4076.

⁴⁷⁸ Henssler, RNotZ 2010, 221 (229).

und dem Pflichtteilergänzungsanspruch (§§ 2325 – 2329 BGB) unterscheidet.⁴⁷⁹ Hierbei ist das Pflichtteilsrecht weitreichender und erfasst neben dem Pflichtteilsanspruch u.a. auch Pflichtteilergänzungsansprüche.⁴⁸⁰ Dies könnte zum einen belegen, dass sowohl die Pflichtteilsansprüche als auch die Pflichtteilergänzungsansprüche genauso wie das Pflichtteilsrecht im Sinne der Einheitlichkeit nur gem. § 311b IV, V BGB zulässig sein können.⁴⁸¹

Auf der anderen Seite könnten Pflichtteilsansprüche deshalb anders als das Pflichtteilsrecht beurteilt werden, weil sie im Gegensatz zum Pflichtteilsrecht allein auf eine Geldzahlung ausgerichtet sind.⁴⁸² Ähnliches könnte auch für den Pflichtteilergänzungsanspruch gelten. Denn dieser ist zwar gegenüber dem Pflichtteilsanspruch als ein selbständiger Anspruch zu werten, hat aber dennoch den gleichen Charakter wie der Pflichtteilsanspruch.⁴⁸³ Auch hier ist der Pflichtteilergänzungsanspruch auf den Geldbetrag gerichtet, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der Schenkungsgegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.⁴⁸⁴

Auch der Umstand, dass mit dem Erbfall das Pflichtteilsrecht untergeht und danach vom Pflichtteilsanspruch ersetzt wird, könnte für eine unterschiedliche Beurteilung der Vertragsobjekte sprechen.⁴⁸⁵ Gegen dieses Argument lässt sich einwenden, dass das Pflichtteilsrecht nach dem Erbfall gerade nicht untergeht, sondern das zuvor zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten bestehende Rechtsverhältnis nach dem Erbfall zwischen den Erben und den Pflichtteilsberechtigten fortgesetzt wird.⁴⁸⁶

Somit lässt sich auch aus der Systematik des Gesetzes für alle Ansichten Argumente finden.

3. Wille des Gesetzgebers

In zeitlich früheren Kodifikationen wird der „*Pflichtteil*“ als Vertragsobjekt bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, soweit ersichtlich, explizit nicht erwähnt. In den Motiven zum BGB findet sich aber der Hinweis, dass die Gründe für das generelle Verbot in § 311b IV BGB auch für „einen (eventuellen) Pflichtteilsanspruch“ gelten müssen.⁴⁸⁷

Trotzdem zeigten sich die Autoren bei der Entwicklung der Norm hingegen uneinig bei der Wortlautfindung. So fehlen in den Anfangsversionen der 1. Kommission Ausführungen zum Pflichtteil noch vollständig. Erst als Beratungen über den Pflichtteil im Generellen aufgenommen wurden, wurde von v. *Mandry* die Verbindung zum Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gezogen. Daraufhin wurde der „Vertrag über den Pflichtteilsanspruch“ als nichtig angesehen.⁴⁸⁸ *Kurlbaum* nahm dies in einem

⁴⁷⁹ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229); vgl. auch RGZ 92, 1 (2).

⁴⁸⁰ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229).

⁴⁸¹ Vgl. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (935); so auch *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.506.

⁴⁸² *Erman-Röthel*, BGB, Band 2 (2020), §2303, Rn.11a; *Muscheler*, Erbrecht, Band 2 (2010), §51, Rn.4086; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (229).

⁴⁸³ *Staudinger-Olshausen*, BGB (2015), Vor.§2325ff., Rn.8.

⁴⁸⁴ *Hk-Hoeren*, BGB (2021), §2325, Rn.15.

⁴⁸⁵ *Muscheler*, JZ 1997, 853.

⁴⁸⁶ *Muscheler*, Erbrecht, Band 2 (2010), §51, Rn.4098.

⁴⁸⁷ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.186.

⁴⁸⁸ „*Ingleichen ist der Vertrag über das Seitens eines Dritten zugewendete Vermächtniß und der Vertrag über den Pflichtteilsanspruch gegen die Erben eines Dritten, wenn er vor dem Tode dieses Dritten geschlossen wird, nichtig.*“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zitiert aus *Jakobs/Schubert-Schubert*, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.400.

nachfolgenden Antrag auf, benutzte nun aber den Begriff „Pflichtteilsrecht“.⁴⁸⁹ Im Verlauf sprach ein nachfolgender Antrag wiederum von einem „Pflichttheil“.⁴⁹⁰ Dies änderte sich erneut zu „Pflichttheilsanspruch“ in der Abschlussversion der 1. Kommission.⁴⁹¹ Abschließend änderte die 2. Kommission ohne Begründung wiederum den Wortlaut zu dem auch heute noch bekannten „Pflichttheil“.⁴⁹² Diese Entwicklung zeigt, dass diese Regelung sehr kurzfristig ihren Weg ins BGB gefunden hat und aus dem Willen des Gesetzgebers kein eindeutiger Hinweis zugunsten einer Ansicht rückgeschlossen werden kann.

4. Sinn und Zweck

Vor dem Erbfall ist sowohl das Pflichtteilsrecht selbst als auch die Höhe des Pflichtteilsanspruchs und die der Pflichtteilsergänzungsansprüche noch ungewiss.⁴⁹³ Es könnte somit den Parteien bei einem Vertragsschluss eines Vertrages über den „Pflichtteil“ eines noch lebenden Dritten die Gefahr einer leichtfertigen Vermögensverschleuderung drohen. Diese Gefahr möchte der Normzweck des § 311b IV BGB jedoch verhindern.⁴⁹⁴ Vergleichbar sind die angeführten Argumente mit den zuletzt beim gesetzlichen Erbteil angeführten Argumenten für die Berechtigung des Verbotes.⁴⁹⁵ Dies ist deshalb möglich, weil sich der Pflichtteil gem. § 2303 I 2 BGB aus einer Quote am Erbteil errechnen lässt.⁴⁹⁶ Hieraus ergibt sich, dass alle angeführten Vertragsobjekte nur unter den Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB zulässig sein können.

Auch kann eine vorzeitliche Entlastung von etwaigen Pflichtteilsansprüchen für die zukünftigen Erben sinnvoll sein und kann als eine vorgezogene Erbauseinandersetzung angesehen werden.⁴⁹⁷ Dies wird unterstützt durch das Argument, dass gerade das Pflichtteilsrecht systematisch versucht einen Ausgleich zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Erbfolge zu treffen. Es soll zum einen das Interesse der Familie gewahrt werden, einen gewissen Anteil des Vermögens in der Familie halten zu können. Auf der

⁴⁸⁹ „Der Vertrag über die Erbschaft eines bestimmten oder unbestimmten Dritten, über ein Vermächtniß oder ein **Pflichttheilsrecht** ist nichtig, sofern er vor Eintritt des Erbfalls geschlossen wird. [...]“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.401.

⁴⁹⁰ „Der Vertrag über die Erbschaft eines bestimmten oder unbestimmten Dritten, über das von einem Dritten anzuordnende Vermächtniß (oder kürzer „über das Vermächtniß eines Dritten“) oder über den **Pflichttheil**, welchen ein Dritter zu hinterlassen hat, ist nichtig, sofern er vor Eintritt des Erbfalls geschlossen wird.“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.401.

⁴⁹¹ „[...] Die Vorschriften des ersten Absatzes finden auf Verträge über ein Vermächtniß oder über einen **Pflichttheilsanspruch** entsprechende Anwendung.“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.403.

⁴⁹² „Ein Vertrag über eine Erbschaft, einen **Pflichttheil** oder ein Vermächtniß ist nichtig, wenn er den Nachlaß eines noch lebenden Dritten betrifft. Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf einen Vertrag, welcher unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder über den **Pflichttheil** eines desselben geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form.“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.404.

⁴⁹³ So nach Henssler, RNotZ 2010, 221 (229); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.38; Mayer, ZEV 1996, 441 (445) erwähnt auch, dass ein Vertrag nach § 311b IV, V BGB die Pflichtteilsberechnung wegen § 2316 III BGB nicht beeinflussen kann.

⁴⁹⁴ S.o. §5.I.2.a. und §5.I.3.a.

⁴⁹⁵ Vgl. §7.I.1.c.

⁴⁹⁶ So Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), § 312a.F., S.238, Anm.2c).

⁴⁹⁷ Vgl. Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.91; s.o. §7.IV. im Beispielfall.

anderen Seite steht das Schutzgut der Testierfreiheit des Erblassers, welches durch das Pflichtteilsrecht eingeschränkt wird.⁴⁹⁸ Aber auch dem voraussichtlichen Erben muss die Möglichkeit gelassen werden, einen zukünftigen Pflichtteilsanspruch abzuwehren, ohne dass der Erblasser daran beteiligt wird. Verträge über die genannten Vertragsobjekte noch zu Lebzeiten des noch lebenden Dritten können somit auch Teil des Interesses an einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung i.S.d. § 311b V BGB sein.⁴⁹⁹

Auf der anderen Seite könnte die Nichterfassung des Pflichtteilsanspruchs gem. § 311b IV, V BGB aber damit begründet werden, dass eine Vereinbarung über die Abtretung eines Pflichtteilsanspruchs keine unmittelbaren erbrechtlichen Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht hat.⁵⁰⁰ Der Schutz des § 311b IV, V BGB wäre somit nicht erforderlich. Gegenübergestellt werden kann dieser Annahme jedoch das Argument, dass diese Begründung nicht ohne die Gefahr einer Vermischung der Wirkungen des schuldrechtlichen mit dem dinglichen Vertrag möglich ist.⁵⁰¹

Des Weiteren folgt die Ausgliederung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen aus dem Anwendungsbereich des § 311b IV, V BGB dem Telos nach bei der Begründung einer bei den Nachlassgegenständen vertretenen Ansicht, welche Nachlassgegenstände von § 311b IV, V BGB nicht erfasst haben möchte.⁵⁰² Eine Vergleichbarkeit ist deshalb nicht ausgeschlossen, weil Pflichtteilsergänzungsansprüche sich daraus ergeben können, dass der Erblasser vor seinem Tod einen ansonsten zum zukünftigen Nachlass gehörigen Gegenstand verschenkt hat und sich deshalb ein Vertrag über den Verzicht von Pflichtteilsergänzungsansprüchen auf eben jenen geschenkten zukünftigen Nachlassgegenstand bezieht.⁵⁰³

Eine andere Interpretation wäre, dass durch den Verzicht eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nur die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs abgeändert wird.⁵⁰⁴ Der Einzelgegenstand wird hierbei für die Änderung im Pflichtteilsrecht nur als Maßstab herangezogen.⁵⁰⁵ Die Gegenmeinung geht somit nur von einer mittelbaren Beziehung zum verschenkten Gegenstand aus und lehnt die Heranziehung der Argumente zu den Verträgen über Einzelgegenstände hier ab, welche zukünftige Nachlassgegenstände nicht von § 311b IV BGB erfasst wissen wollen.⁵⁰⁶ Vorrangig ist vielmehr der Pflichtteilsanspruch selbst betroffen.⁵⁰⁷ Dies bedeutet, dass es auch belanglos ist, ob der Erschöpfungstheorie beim Nachlassgegenstand gefolgt wird oder nicht.⁵⁰⁸

Auch nach einer Auslegung des Gesetzes nach Sinn und Zweck lassen sich somit für alle Ansichten zahlreiche Argumente anbringen.

⁴⁹⁸ Siehe Erman-Röthel, BGB, Band 2 (2020), Vor.§2303, Rn.1.

⁴⁹⁹ Vgl. Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.91.

⁵⁰⁰ Limmer, DNotZ 1998, 927 (935).

⁵⁰¹ Die von Limmer gewählte Begründung findet sich bei Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.32 unter Prüfungspunkt „dinglich wirkende Verträge“. Siehe §8.III. und §9.III.6. zu dieser Problematik bei den dinglichen Verträgen.

⁵⁰² S.o. §7.II.4.

⁵⁰³ Henssler, RNotZ 2010, 221 (229).

⁵⁰⁴ So Henssler, RNotZ 2010, 221 (229).

⁵⁰⁵ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.16.

⁵⁰⁶ S.o. §7.II.

⁵⁰⁷ Henssler, RNotZ 2010, 221 (229); Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.16 u. Rn.36; kritisch Damrau, ZErB 2004, 206 (212).

⁵⁰⁸ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.16; zum Meinungsstreit der „Erschöpfungstheorie“ §7.II.2. und §9.III.3.b.

5. Zwischenergebnis

Die Gesetzesauslegung kommt somit zum Ergebnis, dass nach Gegenüberstellung der Argumente nicht abschließend geklärt werden kann, ob sowohl das Pflichtteilsrecht, der Pflichtteilsanspruch, als auch der Pflichtteilsergänzungsanspruch als Vertragsobjekt eines Vertrags nach § 311b IV, V BGB von der Norm erfasst wird.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ Weitere Auslegung und Stellungnahme s.u. §9.III.3.c.

§8 Weitere Voraussetzungen

Eine große Bedeutung für die Rechtssicherheit hat das Formerfordernis gem. § 311b V 2 BGB für das Rechtsinstitut (§8.I.). Auch bei der Gegenleistung des Versprechenden eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann durch die Beachtung von einigen Gefahrenstellen das Risiko erheblich minimiert werden und dadurch Rechtssicherheit geschaffen werden (§8.II.). Zusätzlich stellt sich noch die Frage, ob auch dingliche Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten möglich sind (§8.III.).

I. Notarielle Beurkundung gem. § 311b V 2 BGB

1. Bedeutung des Formerfordernisses bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten

a. Generelles Formerfordernis

Eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten beinhaltet § 311b V 2 BGB. Demnach bedarf ein solcher Vertrag der notariellen Beurkundung gem. § 128 BGB, §§ 6 ff. BeurkG. Große Auswirkungen kann dies für die Parteien deshalb haben, weil der Wortlaut des § 311b V 2 BGB neben den Hauptvereinbarungen auch alle Nebenabreden der Parteien, die Gegenleistung und alle Erklärungen erfasst, die mit dem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zusammenhängen.⁵¹⁰

Durch das Formerfordernis sollen die Parteien zu einem Verfahren gezwungen werden, welches zur Einhaltung der erforderlichen Form führt. In den meisten Fällen schreibt die Rechtsordnung ein Formerfordernis⁵¹¹ bei einer Norm vor, um eine entstandene Schutzlücke zu schließen oder eine Interessenlage durch eine entgegengesetzte Regelung wieder ins Gleichgewicht zu bekommen.⁵¹² Die Rechtsprechung und die Literatur setzen sich beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, soweit ersichtlich, kaum damit auseinander, in wie weit die notarielle Beurkundung beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten berechtigt ist.

Eine detaillierte Untersuchung soll aufzeigen, welche Formzwecke⁵¹³ beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten dem Rechtsverkehr nutzen und welche Rechtsprobleme und Schutzlücken⁵¹⁴ durch die Formvorschrift beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten verringert oder sogar geschlossen werden können.

⁵¹⁰ Siehe z.B. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (939); *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (239); *v.Proff*, ZEV 2013, 183 (184); ähnlich *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.51; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.38; LG Bonn, BeckRS 2011, 12737.

⁵¹¹ Das BGB unterscheidet hier zwischen Schriftform (§ 126 BGB), elektronischer Form (§ 126a BGB), Textform (§ 126b BGB), durch Rechtsgeschäft vereinbarte Form (§ 127 BGB), notarielle Beurkundung (§ 128 BGB), öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB); siehe auch *Winkler*, DNotZ 1977 (Sonderheft), 113 (114ff.) zu französischen Formvorschriften.

⁵¹² Vgl. *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), BeurkG, Rn.28ff.

⁵¹³ *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.34 nennt sie „Formwirkungen“.

⁵¹⁴ Dies sind beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten die bereits behandelten Schutz-zwecke. Siehe im Einzelnen hierzu §5.

b. Formzwecke der notariellen Beurkundung bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten

Der Formzweck des Übereilungsschutzes bzw. Warnschutzes möchte eine oder mehrere Parteien vor einem übereilten und unüberlegten Abschluss eines besonders wirtschaftlich bedeutenden, vermögensgefährdenden oder riskanten Rechtsgeschäft schützen.⁵¹⁵ Zusätzlich werden die Parteien durch die Terminvereinbarung beim Notar auf die Ernsthaftigkeit und die gesteigerte Bedeutung der von ihnen zu treffenden Entscheidung aufmerksam gemacht.⁵¹⁶ Aus diesen Gründen erfordert auch beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten die notarielle Beurkundung von den Parteien eine Vereinbarung eines Besprechungstermins beim Notar und einen tatsächlichen Beurkundungstermin.⁵¹⁷ Weil zwischen diesen Vorgängen i.d.R. mehrere Tage liegen, ist ein übereilter Vertragsabschluss nicht möglich. Vielmehr soll den Parteien durch die zeitliche Aufteilung der Verfahrensschritte die Möglichkeit gegeben werden, das Rechtsgeschäft noch einmal durchdenken zu können.⁵¹⁸

Für den Notar selbst besteht gem. § 17 I 1 BeurkG⁵¹⁹ eine Beratungs- und Belehrungspflicht. Hierbei versucht der Notar die Vertragsparteien ausreichend über das Rechtsgeschäft und dessen Rechtsfolgen zu belehren und somit einem Ungleichgewicht im Bereich der Geschäfts- und Rechtskenntnis zwischen den Parteien entgegenzuwirken.⁵²⁰ Dies führt idealerweise dazu, dass die benachteiligte Person die Rechtsfolgen des bevorstehenden Rechtsgeschäfts erkennt und den Abänderungen des Notars auch zustimmt.⁵²¹ Unter Umständen ist es für die Beteiligten sogar möglich, vom Notar einen Gestaltungsvorschlag ihres rechtlichen Vorhabens zu erhalten.⁵²²

Die Notwendigkeit der Konsultierung eines Notars verdeutlicht den Parteien zusätzlich, wann bloße Vorverhandlungen abgeschlossen sind und die Vertragsverhandlungen beginnen. Die Form fixiert ebenso den Inhalt des Vertrages eindeutiger und nachhaltiger. Bei besonders komplizierten Erklärungen bleibt somit auch zu einem späteren Zeitpunkt der Inhalt des Rechtsgeschäfts eindeutig bestimmbar (Klarstellungsfunktion).⁵²³ Die notarielle Niederschrift dient dann wiederum als Beweis im Rechtsverkehr unter den Parteien aber auch Dritten gegenüber (Beweisfunktion).⁵²⁴

Insofern stellt sich die Frage, ob und inwieweit die notarielle Beurkundung beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in der Lage ist, die bereits erörterten

⁵¹⁵ MüKoBGB-Einsele, Band 1 (2018), §125, Rn.8; *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938); *v.Proff*, ZEV 2013, 183 (184); vgl. BGH, NJW 1995, 448 (449); *Winkler*, NJW 1971, 401 (402); *Heldrich*, AcP 147 (1947), 89 (91ff.).

⁵¹⁶ Vgl. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938).

⁵¹⁷ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938); vgl. *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.37.

⁵¹⁸ *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), BeurkG, Rn.7.

⁵¹⁹ S.u. Anhang II.3.a. bzgl. Normtext.

⁵²⁰ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (939); *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.39; vgl. BGH, NJW 1995, 448 (449); gerade bei Geschäften mit wirtschaftlich bedeutenden Schutzgütern ist eine maßgeschneiderte Beratung und Vertragsgestaltung sinnvoll. Beim pauschalen Widerrufsrecht von Massengeschäften gehört eine notarielle Beurkundung allerdings nicht zur effizientesten Schutzmaßnahme. Hierzu *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), BeurkG, Rn.33.

⁵²¹ *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.39.

⁵²² Siehe *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.38; siehe auch *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), BeurkG, Rn.446f. bzgl. Inhalt der Belehrungspflicht; die Belehrungspflicht des Notars wird in der Praxis mittlerweile als der relevanteste Formzweck angesehen. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938) führt dies auf die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung bzgl. der Haftung zurück.

⁵²³ *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.41; MüKoBGB-Einsele, Band 1 (2018), §125, Rn.9.

⁵²⁴ *v.Proff*, ZEV 2013, 183 (184); MüKoBGB-Einsele, Band 1 (2018), §125, Rn.9; *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.43f.; *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), BeurkG, Rn.19.

drohenden Schutzlücken für die Parteien und den Rechtsverkehr abzuschwächen oder vollständig zu beheben.

1) Schutz des Versprechenden

Wie bereits festgestellt, besteht für den Versprechenden eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zum einen das Risiko, dass bei Vertragsschluss der exakte Vermögenswert und die Zusammensetzung des Nachlasses noch nicht bekannt ist. Zusätzlich muss der Versprechende auch davor geschützt werden, dass er die Tragweite eines Vertragsschlusses nicht vollständig überblicken kann und dann eine leichtsinnige Entscheidung trifft, welche vom Versprechensempfänger ausgenutzt werden könnte.⁵²⁵ Auf diese Risiken wird der Notar den Versprechenden im Rahmen seiner Beratungs- und Belehrungspflicht gem. § 17 I BeurkG⁵²⁶ hinweisen. Der Formzweck des Übereilungsschutzes gibt dem Versprechenden zusätzlich Zeit sich zu überlegen, ob er dieses Risiko eingehen möchte und mit welchen Mitteln er sich gegen das Risiko absichern möchte.

Für den Versprechenden beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erfüllt die notarielle Form insoweit ihren Zweck, dass durch die Belehrung und Beratung des Notars ein mögliches Informationsdefizit des Versprechenden ausgeglichen wird. Der Versprechende kann seine Entscheidung im Anschluss reflektierter treffen.⁵²⁷ Als leichtsinnig kann der Versprechende nach der Beratung and Belehrung auch nicht mehr bezeichnet werden.⁵²⁸

Auf der anderen Seite besteht weiterhin für den Versprechenden trotz Warnung und Belehrung die Gefahr der Unwissenheit über die Zusammensetzung des Nachlassvermögens zum Zeitpunkt des Erbfalls und die Ungewissheit, ob und inwieweit der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten im Zeitpunkt des Erbfalls auch erfüllbar ist. Diese Gefahr kann das Formerfordernis nicht beseitigen.

2) Schutz des Versprechensempfängers

Ebenso wie für den Versprechenden besteht auch für den Versprechensempfänger das Risiko, einen Vertragsschluss ohne genaue Kenntnis über die exakte Höhe und die Zusammensetzung des zukünftigen Nachlassvermögens einzugehen. Des Weiteren kann insbesondere der zukünftige Erblasser die Zusammensetzung des zukünftigen Nachlassvermögens bis zu seinem Tod erheblich verändern.⁵²⁹ Durch eine Warnung und Beratung bzw. Belehrung durch den Notar kann der Versprechensempfänger auf die bestehenden Risiken hingewiesen werden. Darüber hinaus lassen sich diese Gefahren aber nicht durch das Formerfordernis verringern.

Sollte der Versprechensempfänger sich aufgrund eines Wissensdefizits als die rechtlich benachteiligte Partei herausstellen, so kann die Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars dieses Informationsdefizit ausgleichen und verhindern, dass der Versprechensempfänger eine leichtfertige Entscheidung trifft, welche sein Vermögen unausgewogen belasten wird. Der Notar wird den Versprechensempfänger auch darauf hinweisen, dass er ab einer Vorleistung seiner Gegenleistung das Insolvenzrisiko des Versprechenden trägt. Die Form kann dieses Risiko zwar nicht eliminieren, jedoch besteht hier die Möglichkeit für den Versprechensempfänger, dass der Notar einen Gestaltungsvorschlag bzgl.

⁵²⁵ S.o. §5.I.2.

⁵²⁶ S.u. Anhang II.3.a. bzgl. Normtext.

⁵²⁷ In diese Richtung *Beitzke*, NJW 1970, 265 (268).

⁵²⁸ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938f.).

⁵²⁹ S.o. §5.I.3.

der Absicherung bei einer Vorleistung und einer nachträglichen beachtlichen Veränderung des zukünftigen Nachlassvermögens in den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aufnimmt.⁵³⁰

3) Schutz der Erblasserinteressen

Differenziert zu beurteilen sind die Schutzinteressen des Erblassers. Geht es um den Normzweck der Respektierung der Person des Erblassers⁵³¹, so können der Formzweck des Übereilungsschutzes und die Warnfunktion dem Erblasser keinen ausreichenden Schutz gewähren. Dies liegt daran, dass der Erblasser keine Vertragspartei ist und somit beim Notarbesuch i.d.R. nicht anwesend sein wird. Das Gesetz erfordert dies auch nicht. Das Gleiche muss im Übrigen auch für den Normzweck „Schutz des Testierwillen bzw. Dispositionsbefugnis des Erblassers“⁵³² gelten. Schon der Vertragsabschluss als solcher verstößt gegen das Interesse des Erblassers. Die Formzwecke der notariellen Beurkundung können die Erblasserinteressen folglich auch nur indirekt schützen. Dies ist erkennbar, wenn von einem oder mehreren Vertragsparteien z.B. eine Gefahr für Leib und Leben des Erblassers ausgehen sollte. Denn drängt sich diese Vermutung dem Notar auf, so kommt § 17 II BeurkG⁵³³ aufgrund des Formzwecks der Beratungs- und Belehrungsfunktion zur Anwendung.

Ebenfalls denkbar wäre, dass die Klarstellungsfunktion in gewisser Weise auch den Erblasser schützt, falls er vom Inhalt des Vertrages gem. § 311b IV, V BGB Kenntnis erlangt. Denn dem Erblasser wird so die Möglichkeit eingeräumt, die Gedankengänge der Parteien zu einem späteren Zeitpunkt nachzuvollziehen. Sollte er mit dem Vertragsinhalt nicht einverstanden sein, kann er anschließend ggf. Gegenmaßnahmen ergreifen.

Das Formerfordernis unterstützt insoweit auch die Schutzzwecke des § 311b IV BGB. Die vertragliche Festhaltung der Vereinbarung und die daraus resultierende Nachweisbarkeit der Vereinbarung macht die angestrebte vorgezogene Erbaueinandersetzung⁵³⁴ für alle tangierten Parteien einsichtig und trägt somit zur Wahrung des Familienfriedens⁵³⁵ bei.

2. Stellungnahme

Die Erkenntnisse zeigen, dass das Formerfordernis in § 311b V 2 BGB nicht alle Schutzlücken eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten beseitigen kann. Die Formzwecke, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet haben und einen sinnvollen Gebrauch des Formerfordernisses regeln können⁵³⁶, möchten insbesondere bestehende

⁵³⁰ S.u. §8.II.3.

⁵³¹ S.o. §5.I.1.a.

⁵³² S.o. §5.I.1.b.

⁵³³ S.u. Anhang II.3.a. bzgl. Normtext.

⁵³⁴ S.o. §5.II.1.

⁵³⁵ S.o. §5.II.2.

⁵³⁶ Siehe hierzu MüKoBGB-*Einsele*, Band 1 (2018), §125, Rn.8ff. welcher die Formzwecke als gesetzgeberische Motive ansieht, die bei zahlreichen formbezogenen Fragestellungen herangezogen werden können; hierzu äußern sich die Motive BGB, Band 1 (1888), §91, S.179 sehr explizit: „Die Notwendigkeit der Beobachtung einer Form ruft bei den Beteiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das juristische Bewusstsein, fordert zur besonnenen Überlegung heraus und gewährleistet die Ernstlichkeit der gefassten EntschlieÙung. Die beobachtete Form stellt ferner den rechtlichen Charakter der Handlung klar, dient, gleich dem Gepräge einer Münze, als Stempel des fertigen juristischen Willens und setzt die Vollendung des Rechtsaktes außer Zweifel. Die beobachtete Form sichert endlich den Beweis des Rechtsgeschäfts, seinem Bestande und Inhalte nach für alle Zeit; sie führt auch zur Verminderung oder zur

Informationsdefizite, sowohl beim Versprechenden als auch beim Versprechensempfänger ausgleichen. Hierbei ist es nicht von Bedeutung, ob im Einzelfall die Beteiligten diesen Schutz benötigen oder ihn subjektiv als entbehrlich bewerten.⁵³⁷

Die Parteien können vom Notar zum einen auf tatsächliche Risiken bzgl. der Veränderung der Erbfolge hingewiesen werden und vertragliche Anpassungen vornehmen. Vom Formerfordernis allerdings nicht einschränken lassen sich Veränderungen nach dem Vertragsschluss, welche in der Rechtsmacht des Erblassers liegen. Hierunter fallen insbesondere Veränderungen bzgl. des zukünftigen Nachlassvermögens oder eine Abweichung der von den Parteien erwarteten Erbfolge. Die notarielle Beurkundung kann ebenfalls die in dieser Arbeit bereits erörterten rechtlichen Streitfragen beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur ansatzweise lösen. Denn der Notar kann die Parteien gem. § 17 I BeurkG⁵³⁸ nur auf die strittige Rechtslage hinweisen, diese aber nicht für die Parteien auflösen. Gegebenenfalls kann der Notar versuchen, den Willen der Parteien auf einem anderen rechtlich weniger riskanterem Wege als den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abzusichern.

Für die Beteiligten kann die notarielle Beurkundung auch noch einen weiteren Vorteil bereithalten. Zwar fällt bei der notariellen Beurkundung von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten die doppelte Gebühr nach § 34 i.V.m. Tabelle B Nr. 21100 GNotKG an.⁵³⁹ Da jedoch aufgrund der Komplexität oder aus anderen Gründen bei einem solchen Rechtsgeschäft jeder der Parteien eine anwaltliche Rechtsberatung in der Regel sowieso aufgesucht hätte, können durch die notarielle Beurkundung die Anwaltskosten eingespart werden. Denn der Notar ersetzt als neutraler Dritter in der Praxis die Rechtsanwälte der jeweiligen Parteien.⁵⁴⁰

Somit ist festzuhalten, dass die notarielle Beurkundung die geeignete Formvorschrift für den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten darstellt. Sie wird als umfassendste und strengste Formvorschrift des BGBs angesehen.⁵⁴¹ Die Untersuchung hat gezeigt, dass die notarielle Beurkundung in der Lage ist, verbleibende Schutzlücken beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten insoweit auszugleichen,⁵⁴² dass nach dem Notarbesuch den Parteien klar sein sollte, welches Ausmaß und welche Folgen eine eigenständige Erklärung haben wird.

Für den Gesetzgeber eröffnet sich mit der notariellen Beurkundung die Möglichkeit das generelle Verbot in § 311b IV BGB flexibel zu kompensieren.⁵⁴³ Somit dient die Form im weitesten Sinne der Absicherung der Vertragsfreiheit.⁵⁴⁴

Abkürzung und Vereinfachung der Prozesse.“; für eine Erweiterung der Formzwecke sogar *Mankowski*, JZ 2010, 662ff.

⁵³⁷ Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.28.

⁵³⁸ S.u. Anhang II.3.a. bzgl. Normtext.

⁵³⁹ Siehe *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (239f.) zum § 36 II KostG a.F.

⁵⁴⁰ So Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.34; auch *Kanzleiter*, ZIP 2001, 2105 (2109) der das „vermittelnde Verfahren“ dem „dialektischen Verfahren“ gegenüberstellt.

⁵⁴¹ Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.1.

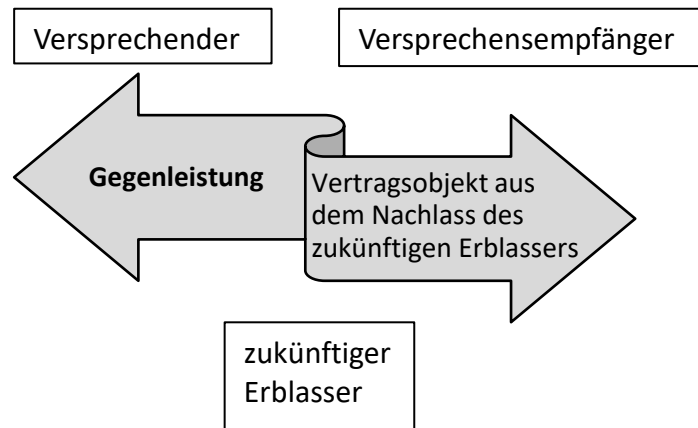
⁵⁴² So schon *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (938).

⁵⁴³ Vgl. *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (939).

⁵⁴⁴ Staudinger-Hertel, BGB (2017), §125, Rn.35.

II. Gegenleistung

Abbildung 4:



1. Arten von Gegenleistungen bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten

Eine Untersuchung von bereits in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zeigt, dass die vereinbarte Gegenleistung bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sehr unterschiedlich ausfallen kann. Am häufigsten wird als Gegenleistung eine Geldzahlung eingefordert.⁵⁴⁵ Aber auch der Verzicht auf etwaige Ansprüche ist als Gegenleistung denkbar.⁵⁴⁶ Andere Beispiele für eine Gegenleistung waren in der Vergangenheit die Zahlung einer Jahresrente⁵⁴⁷, eine Anerkennungserklärung⁵⁴⁸ oder die Vereinbarung einer Nichtteilung des Nachlasses⁵⁴⁹. Aber auch eine Diensthandlung wurde bereits eingefordert.⁵⁵⁰

Dieser Variantenreichtum und auch die fehlende Erwähnung der Gegenleistung im Gesetzeswortlaut der Norm zeigen, dass der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten keine Restriktion im Rahmen der erlaubten Gegenleistungen kennt. Vielmehr beziehen sich die Normen § 311b IV, V BGB nur auf die Primärleistung des Versprechenden.⁵⁵¹

⁵⁴⁵ RGZ 98, 330 (331): Zahlung 6000 Mark gegen Verzicht auf Pflichtteilsanspruch; BGHZ 37, 319 (320), BGH, NJW 1974, 43: Erbverzicht gegen Zahlung einer Abfindung; BGHZ 104, 279: Erbteilsverzicht gegen Zahlung von 9000 DM.; BGH, NJW 1995, 448: Erb- und Pflichtteilsverzicht mit Erblasser gegen Auszahlung bei Erbanfall.

⁵⁴⁶ OGHZ 2, 114 (115): Übertragung Erbhof gegen Verzicht sämtlicher Ansprüche und Geldzahlung.

⁵⁴⁷ RGZ 93, 297 (298): Witwe verzichtet auf Pflichtteil gegen Zahlung einer Jahresrente; BGH, NJW 1956, 1151: Verzicht gegen jährliche Zahlung von 3000 Mark.

⁵⁴⁸ BGH, DNotZ 1960, 382 (383): Erhalt eines Hausgrundstücks gegen u.a. Nichtveräußerung oder Belastung des Grundstücks ohne Zustimmung des Vaters.

⁵⁴⁹ RG, JR 1927, 856: alle anfallende Nachlässe sollen bis zum Tod des Vaters ungeteilt bleiben und zu gleichen Teilen verteilt werden.

⁵⁵⁰ OLG Koblenz, Urt. v. 26.09.2002 – 5 U 1940/01: Wohnungsübertragung gegen Pflegeleistung und Geldzahlung.

⁵⁵¹ Siehe z.B. BGH, FamRZ 1996, 162, wo eine angemessene, nicht näher bestimmte Vergütung als Gegenleistung vereinbart wurde.

2. Risiken bei den Gegenleistungen

a. Zeitpunkt der Gegenleistungsbestimmung

Gerade aus den bereits entschiedenen und angesprochenen Fällen lässt sich die Grundproblematik von geeigneten Gegenleistungen bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erkennen. In der Regel wird der Wert der Leistung und der Gegenleistung schon lange vor dem Zeitpunkt der Erfüllung des Vertrages festgelegt.⁵⁵² Es besteht somit die Möglichkeit, dass bis zum Bedingungseintritt Veränderungen beim Vertragsobjekt eintreten, welche Auswirkungen auch auf die Gegenleistung haben können. Insbesondere ist dann durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, ob die Beteiligten hinsichtlich des Vertragsgegenstandes auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder den Zeitpunkt des Erbfalls abgestellt haben.⁵⁵³

b. Vertragsstörungen

Vertragsstörungen beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sind oft darauf zurückzuführen, dass diese Verträge grundsätzlich auf ungewissen Grundlagen abgeschlossen werden. Den bekannten Ungewissheiten können und wollen die Vertragsparteien jedoch meist entgegenwirken, weswegen diese Verträge einen spekulativen Einschlag aufweisen.⁵⁵⁴ Es sind aber auch unvorhergesehene Vertragsstörungen denkbar, welche das Gesetz unterschiedlich löst: So kann es z.B. vorkommen, dass die Parteien bei Vertragsschluss davon ausgehen, dass ihnen durch gewillkürte Erbfolge die Erbteile in der vom Gesetz festgelegten Höhe zufallen werden. Nach dem Tod des Erblassers findet sich jedoch ein Testament des Erblassers, welches im Widerspruch zur davor vertraglich festgehaltenen Vereinbarung der Parteien steht. Dies ist grundsätzlich das Risiko beider Vertragsschließenden.⁵⁵⁵ Das Gesetz löst diese Fälle dann mit einer Vertragsanpassung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.⁵⁵⁶ Sollte die von den Parteien erwartete Erbquote geringer als angenommen beim Erbfall ausfallen⁵⁵⁷, so schlägt *Damrau* eine Anpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in den Fällen vor, wenn die Änderung des Vertragsgleichgewichts auf Änderungen des Gesetzes beruht, mit denen nicht zu rechnen war.⁵⁵⁸ Dies erscheint angebracht, denn als Gegenleistung muss in diesem Fall mehr geleistet werden, als die Parteien zuvor erwartet haben.⁵⁵⁹ Es ist auch der Fall denkbar, dass dem Versprechenden wider Erwarten beim Erbfall kein Vermögen zufällt. Dann hat er eine bereits empfangene Gegenleistung zurückzuerstatten.⁵⁶⁰ Anders werden Wertänderungen des Nachlassvermögens beurteilt. Solche Änderungen gehören zum Risiko der benachteiligten Vertragspartei.⁵⁶¹ Eine

⁵⁵² Von dieser Konstellation geht auch *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212) aus.

⁵⁵³ jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.512.

⁵⁵⁴ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.138; hierzu auch *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (772).

⁵⁵⁵ *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212) schlägt für diesen Fall eine individuelle Regelung im Vertrag vor.

⁵⁵⁶ jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.513.

⁵⁵⁷ S.o. §7.I.2.

⁵⁵⁸ *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212).

⁵⁵⁹ So *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212).

⁵⁶⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.138.

⁵⁶¹ *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212); jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.514.

Vertragsanpassung sieht das Gesetz hier nur in Ausnahmefällen durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage vor.⁵⁶²

3. Stellungnahme und Lösungsansätze

Dass ein künftiger gesetzlicher Erbteil vor Eintritt des Erbfalls einen unsicheren Vermögenswert darstellen kann, ergibt sich zum einen aus dem unklaren Tatbestand des § 311b IV, V BGB und zeigt sich zum anderen bei Vereinbarungen, wie sie z.B. in BGHZ 104, 279 getroffen wurden.⁵⁶³

Das Gesetz versucht, wie bereits erörtert, die auf einer solchen Unsicherheit entstandene Unausgewogenheit durch die allgemeinen Regeln auszugleichen. Dies erscheint ausreichend, da die Regelung die Parteien zuvor schon aufgrund des Vertragszweckes und der Restriktionen beim Vertragssubjekt und beim Vertragsobjekt und vor allem durch das Formerfordernis ausreichend schützt. Auch werden hierdurch das Risiko und die Spekulation insofern verringert, dass die Parteien das vorhandene Risiko selbst gut einschätzen können und sich im Anschluss zu einem Vertragsschluss entscheiden oder vollständig davon absehen. Dies gilt insbesondere, da den Notar im Rahmen seiner Belehrungspflicht gem. § 17 I BeurkG⁵⁶⁴ eine sogenannte „doppelte Belehrungspflicht“ bei ungesicherten Vorleistungen einer Vertragspartei trifft. Der Vertragspartner ist insoweit gewarnt, dass er zum einen eine ungesicherte Vorleistung abgeben würde und welche Risiken für ihn damit verbunden wären.⁵⁶⁵ Um dies jedoch zu vermeiden empfiehlt die Praxis, dass Gegenleistungen des Begünstigten aufgrund des künftigen Erwerbs oder des Verzichts des Verpflichteten nicht vor Eintritt des Erbfalls erbracht werden sollten.⁵⁶⁶ Auch sollte der Anspruch nur Zug um Zug gegen Erbringung der vereinbarten Gegenleistung gemacht werden.⁵⁶⁷ Sollten die Parteien dennoch das Risiko einer unangemessenen Gegenleistung nicht hinnehmen wollen, so besteht die Möglichkeit der vertraglichen Vorbeugung.⁵⁶⁸

Insbesondere zu beachten ist, dass Veränderungen im Wert des Nachlasses grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Es ist deshalb ratsam, dass vor allem die benachteiligte Partei sich gegen solche Risiken durch entsprechende Regelungen im Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten absichert.⁵⁶⁹

Problematisch für die Parteien ist auch immer der Fall, dass der Versprechende aufgrund eines Testaments des Erblassers doch nicht den Vertrag so erfüllen kann, wie es

⁵⁶² jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.514; in die Richtung Wiedemann, NJW 1968, 769 (772.f); Damrau, ZErB 2004, 206 (212) sieht eine Ausnahme beim Erbverzicht gegen Abfindung, wenn sich die Vermögensverhältnisse in unvorhersehbare Weise für die Parteien entwickeln.

⁵⁶³ jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.520.

⁵⁶⁴ Normtext s.u. Anhang II.3.a.

⁵⁶⁵ Siehe Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.469, 471.

⁵⁶⁶ jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.520; Martinius, DNotZ 1903, 253 (260f.).

⁵⁶⁷ Siehe jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.521.

⁵⁶⁸ Vgl. Damrau, ZEV 1995, 425 (426); Vertragsmuster und Beispielformulierungen lassen sich in der Praxis häufig finden und zeigen, wie ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in der Praxis aussehen kann und worauf bei der Vertragsgestaltung geachtet werden muss. Vgl. insbesondere: v.Proff, ZEV 2013, 183 (187) mit Formulierungsvorschlag bei Abtretung eines Erbteils; Henssler, RNotZ 2010, 221 (240ff.) m.w.N. mit einem Mustervertrag bei einem Hausgrundstück als Vertragsgegenstand; Schwarz, BWNNotZ 1995, 139 (142) mit Formulierungsvorschlag bei einem Grundstücksüberlassungsvertrag unter Geschwistern mit Einverständnis der Eltern; auch EE 2019, 196 zur Ausschlagung und EE 2019, 198 zur Erbteilsübertragung.

⁵⁶⁹ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.138; so Wiedemann, NJW 1968, 769 (772f.).

ursprünglich von den Parteien angedacht war. Dies sollte von den Parteien beim Vertragsschluss einkalkuliert werden. Eine solche Regelung kann den Vertrag vor einer Teilnichtigkeit bewahren, die evtl. auf den gesamten Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten übergreift und zur Nichtigkeit führt. Ebenfalls sollte auch eine Vereinbarung gefunden werden, wie in solchen Fällen mit der Gegenleistung zu verfahren ist.⁵⁷⁰

Damrau rät auch zu einer vertraglichen Regelung bei Fällen, falls der Erbteil zu niedrig ausfällt.⁵⁷¹ Konsequenterweise muss dann aber auch eine vertragliche Gestaltung erforderlich sein, wenn eine höhere als vom Gesetz vorgegebene Erbquote erlaubt sein soll.⁵⁷²

Nur in Ausnahmefällen, bei denen die Parteien eine explizite Regelung im Vertrag nicht festgeschrieben haben und eine Lösung durch die Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln nicht weiterführend ist, bleiben den Parteien schlussendlich immer noch die allgemeinen Vertragsanpassungsregeln in Form des § 313 BGB.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Hierzu *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212).

⁵⁷¹ *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212).

⁵⁷² Siehe §7.I.2. und §9.3.a. zu den Ausführungen der hier vertretenen Ansicht.

⁵⁷³ So *Damrau*, ZEV 1995, 425 (426f.).

III. „Vertrag“

Von § 311b IV, V BGB erfasst werden die schuldrechtlichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Dies wird von der Rechtsprechung und von der Literatur nicht angezweifelt.⁵⁷⁴ Für das Vollzugsgeschäft des schuldrechtlichen Vertrages nach dem Tode des Erblassers gelten hingegen die allgemeinen Regeln bzgl. der Erbaueinandersetzung und der Übertragung von Vermögensgegenständen.

Ob § 311b IV, V BGB auch bei Vollzugsgeschäften dieser schuldrechtlichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten Anwendung findet, wenn die Erfüllung durch die geschuldete Primärleistung noch zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers erfolgen soll, wird unterschiedlich beurteilt:

- Eine Ansicht möchte § 311b IV, V BGB weiterhin nur auf den schuldrechtlichen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten anwenden.⁵⁷⁵ Das Erfüllungsgeschäft über die Primärleistung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann erst nach dem Ableben des Erblassers geschlossen werden.⁵⁷⁶ Eine Ausnahme ist nur dann zulässig, wenn für die Erfüllung der vereinbarten Primärleistung eine Mitarbeit des zukünftigen Erblassers zu dessen Lebzeiten erforderlich ist.⁵⁷⁷
- Eine andere Ansicht lässt Vollzugsgeschäfte über die geschuldete Primärleistung bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch dann zu, wenn das Erfüllungsgeschäft nur dingliche, aber keine erbrechtliche Wirkung entfaltet.⁵⁷⁸ Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ein solches dingliches Rechtsgeschäft vor dem Erbfall rechtlich zulässig sein muss.⁵⁷⁹

Ob hingegen auch die versprochene Gegenleistung schon vor dem Erbfall vollzogen werden kann, ist keine Problematik des § 311b IV, V BGB. Diese Rechtsfrage kann für jede spezielle Gegenleistung ohne Anwendung der § 311b IV, V BGB nur individuell beantwortet werden.

Im Folgenden wird herausgearbeitet, welche Argumente die dargestellten Ansichten unterstützen und ob die Auslegung der Norm *de lege lata* zu einer klaren Entscheidung kommt.

1. Wortlaut

Sowohl der Gesetzestext des § 311b IV BGB als auch der des § 311b V BGB sprechen jeweils von einem „*Vertrag*“. Dieser Begriff wird vom BGB dann verwendet, wenn das Rechtsgeschäft zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien benötigt. Hierbei macht das BGB aber keinen Unterschied, ob das Rechtsgeschäft schuldrechtlicher

⁵⁷⁴ BGHZ 37, 319 (324); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.115.

⁵⁷⁵ RGZ 71, 133 (136); BGHZ 37, 319 (324f.); *Baldus/Stremnitzer*, DNotZ 2006, 598 (617); *Damrau*, ZErB 2004, 206 (213); *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237).

⁵⁷⁶ *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.495.

⁵⁷⁷ Z.B., wenn der Versprechende sich dazu verpflichtet hat mit dem künftigen Erblasser einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht abzuschließen. Vgl. *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.495.

⁵⁷⁸ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237).

⁵⁷⁹ *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.135; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.131f.

oder dinglicher Natur ist.⁵⁸⁰ Der Wortlaut des § 311b IV, V BGB schließt somit die dinglichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht grundsätzlich aus.⁵⁸¹

Auch ein Vergleich zum Wortlaut der § 311b I 1, II, III BGB unterstützt diese Annahme. Dort spricht der Gesetzeswortlaut jeweils von „*Vertrag [...] verpflichtet*“. Dies zeigt, dass von § 311b I, II, III BGB somit nur schuldrechtliche Verträge erfasst werden.⁵⁸² Bei den Normen des § 311b IV, V BGB hat das Gesetz allerdings auf den Zusatz „*verpflichtet*“ verzichtet. Aufgrund des Wortlauts der Normen kann ein dinglicher Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten somit nicht ausgeschlossen werden.⁵⁸³

2. Wille des Gesetzgebers

Die Motive zum BGB nehmen nur zu den schuldrechtlichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten Stellung. So soll im Entwurf klargestellt werden, dass „demgemäß obligatorische Verträge über die Erbschaft eines Dritten oder über den Bruchtheil einer solchen Erbschaft“, welche „vor dessen Tode“ geschlossen werden, nichtig sind.⁵⁸⁴ Ein explizites Verbot für die Anwendbarkeit des Entwurfs auf Vollzugsgeschäfte ergibt sich aus den Motiven aber nicht. Deutlicher werden jedoch die Protokolle. Anders als im ALR soll die Wirkung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht so weit gehen, „dass dadurch die Intestaterbfolge abgeändert werde“. Die Protokolle gehen somit nur von einem „obligatorischen Anspruch“ aus.⁵⁸⁵ Eine Bewertung der Quellen könnte somit zum Ergebnis kommen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nur der schuldrechtliche Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten von § 311b IV, V BGB erfasst sein soll.

Als diese Quellen entstanden sind, herrschte jedoch eine differenzierte rechtliche Auffassung über die Übertragung von Nachlassvermögen unter Miterben, als dies heutzutage der Fall ist.⁵⁸⁶ Das ist insofern von großer Bedeutung, weil das Verbot von dinglichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten vor allem mit der vorzeitigen Übertragung von Erbteilen in Zusammenhang gebracht wird.⁵⁸⁷

So galt zu der Zeit, als der erste Entwurf zum § 311b IV BGB entstand, gem. § 1750 I E I⁵⁸⁸ die Regelung, dass „Auf mehrere Erben [...] die Erbschaft nach Bruchtheilen über[geht] (Erbtheile).“ Und gem. § 1750 II E I⁵⁸⁹ sollten hierfür die Vorschriften über die Alleinerbschaft entsprechende Anwendung finden. Dies führte dazu, dass der Miterbe nur seine Bruchteile an den einzelnen Gegenständen verkaufen konnte

⁵⁸⁰ PWW-Brinkmann, BGB (2021), §Vor.145ff., Rn.6.

⁵⁸¹ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.3.

⁵⁸² Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b I, Rn.43; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b II, Rn.3 und Rn.5; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b III, Rn.2 und Rn.4.

⁵⁸³ Staub, DJZ 1903, 360f.

⁵⁸⁴ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185.

⁵⁸⁵ Protokolle II, S.918f., in: Mugdan, Protokolle BGB, Band 2 (1979), S.618f.

⁵⁸⁶ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.127.

⁵⁸⁷ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.116.

⁵⁸⁸ §1750 I E I: „Auf mehrere Erben geht die Erbschaft nach Bruchtheilen über (Erbtheile).“ Zitiert aus Motive V, S.2, in: Mugdan, Motive BGB, Band 5 (1979), S.I.

⁵⁸⁹ § 1750 II E I: „Auf einen Erbtheil finden, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt, die auf die Erbschaft sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Zitiert aus Motive V, S.2, in: Mugdan, Motive BGB, Band 5 (1979), S.I.

(§ 501 E I⁵⁹⁰ i.V.m. § 489 E I⁵⁹¹) und auch nur über diese Bruchteile verfügen konnte (§ 763 E I⁵⁹²).⁵⁹³ Die Möglichkeit einer Vorausverfügung von künftigen Gegenständen war zu dieser Zeit jedoch noch umstritten.⁵⁹⁴ Erst nach dem Erbfall konnte der Erbe den Vertrag durch die Übertragung von einzelnen Nachlassgegenständen erfüllen. Ein Miterbe übertrug hierzu die Bruchteile an den Nachlassgegenständen.⁵⁹⁵ Dies führte dazu, dass eine Trennung zwischen erbrechtlichen und dinglichen Wirkungen der Rechtsgeschäfte aufgrund der damaligen Regelung als nicht möglich angesehen wurde.⁵⁹⁶

In Prot.396⁵⁹⁷ entschloss sich dann die 2. Kommission, dass die Erbschaft nicht mehr in Bruchteilen auf die Erben übergeht, sondern eine Gesamthand an der Erbschaft mit Anteilen entsteht.⁵⁹⁸ Hierdurch wurde der Zugriff auf das Nachlassvermögen für die Nachlassgläubiger verbessert.⁵⁹⁹

Obwohl diese Veränderung auch Auswirkungen auf die dinglichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten hat, unterblieb ein Vermerk in den Gesetzesmaterialien zum § 311b IV, V BGB. Es besteht deshalb die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die Veränderungen bei der Erbengemeinschaft bei den Erwägungen für § 311b V BGB nicht mehr neu überdacht hat.⁶⁰⁰

Im Ergebnis lässt sich aus der Auslegung des Gesetzgeberwillens und der Entstehungsgeschichte der § 311b IV, V BGB somit nicht explizit eine Ablehnung von dinglichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ableiten.⁶⁰¹

3. Systematik

Die systematische Stellung des § 311b IV, V BGB im allgemeinen Schuldrecht im BGB könnte darauf hindeuten, dass nur schuldrechtliche Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten von § 311b IV, V BGB erfasst sein sollen.⁶⁰² Auf der anderen Seite befinden sich im allgemeinen Schuldrecht im BGB auch Normen, die sich auf dingliche Verträge beziehen.⁶⁰³

Dies zeigt, dass aus der systematischen Stellung der § 311b IV, V BGB sich ebenfalls kein endgültiger Hinweis ergibt, welche Ansicht den Vorrang verdient.

⁵⁹⁰ § 501 E I: „Ist der Bruchtheil einer Erbschaft Gegenstand eines Kaufes oder eines anderen Veräußerungsvertrages, so finden die Vorschriften der § 488-500 entsprechende Anwendung.“ Zitiert aus Entwurf I, S.68, in: *Mugdan*, Motive BGB, Band 2 (1979), S.LXVIII.

⁵⁹¹ § 489 E I: „Der Verkäufer ist verpflichtet, die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sachen und Rechte dem Käufer zu übertragen.“ Zitiert aus Entwurf I, S.65, in: *Mugdan*, Motive BGB, Band 2 (1979), S.LXV.

⁵⁹² § 763 E I: „Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen kann nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Das letztere gilt auch von einer thatsächlichen Veränderung des Gegenstandes.“ Zitiert aus Entwurf I, S.138, in: *Mugdan*, Motive BGB, Band 2 (1979), S.CXXXVIII.

⁵⁹³ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.128.

⁵⁹⁴ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.128.

⁵⁹⁵ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.128.

⁵⁹⁶ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.128.

⁵⁹⁷ Protokolle V, S.835f.

⁵⁹⁸ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.128; *Lange*, Erbrecht (1962), §44, S.539ff.

⁵⁹⁹ Protokolle V, S.836.

⁶⁰⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.128.

⁶⁰¹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129.

⁶⁰² *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.58f.

⁶⁰³ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.3 verweist z.B. auf § 398 BGB.

4. Sinn und Zweck

Ebenso wie bei den schuldrechtlichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten könnte ein generelles Verbot der dazugehörigen Vollzugsgeschäfte, wenn sie zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossen werden, direkt aus § 311b IV BGB ableitbar sein.⁶⁰⁴ Durch die Ausnahme in § 311b V BGB lässt sich gegen diese Annahme aber ein gewichtiges Gegenargument anbringen.⁶⁰⁵

Die Ansicht, welche keine dinglichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zulassen möchte, begründet das Verbot von Erfüllungsgeschäften von Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter hauptsächlich mit folgenden teleologischen Argumenten: Zum einen soll verhindert werden, dass diese Verträge die Erbfolge verändern können.⁶⁰⁶ In der Literatur und in der Rechtsprechung wird von einer dinglich-erbrechtlichen Wirkung dieser Verträge gesprochen.⁶⁰⁷ Ebenfalls argumentiert wird, dass über eine erbrechtliche Rechtsposition zu Lebzeiten des Erblassers deshalb nicht verfügt werden darf, weil diese Rechtsposition erst mit dem Erbfall entsteht und zuvor noch kein verkehrsfähiges Vermögensobjekt darstellt. Ein Verbot dieser dinglichen Verträge zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers ergibt sich deshalb nach dieser Ansicht aus den geltenden allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen.⁶⁰⁸ Dies habe zur Folge, dass die Vollzugsgeschäfte von Verträgen über den Nachlass noch lebender Dritter nicht von § 311b IV BGB erfasst werden und deshalb eine Ausnahme gem. § 311b V BGB für die Vollzugsgeschäfte nicht in Betracht kommen kann.⁶⁰⁹

Die Gegenmeinung wählt jedoch einen anderen Ansatz. Sie möchte in Fällen, in denen die Wirkungen des Vollzugsgeschäfts in eine dingliche und eine erbrechtliche Wirkung aufteilbar sind, auch diese Vollzugsgeschäfte dem § 311b V BGB unterfallen lassen.⁶¹⁰ Grundsätzlich kämen hierfür jedoch nur die Fälle in Betracht, in denen die schuldrechtlichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gem. § 311b V BGB wirksam sein können.⁶¹¹

Beide Ansichten sind sich dagegen einig, dass durch das vorgezogene Vollzugsgeschäft des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eine Veränderung oder ein Eingriff in das Erbrecht des noch lebenden Erblassers nicht erfolgen darf.⁶¹²

Fraglich ist deshalb, ob es Vertragsobjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gibt, bei denen die Erfüllung noch zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers in der Art und Weise möglich ist, dass das Erbrecht des zukünftigen Erblassers hiervon unberührt bleibt.⁶¹³

Als erstes ausgeschlossen werden können die Vertragsobjekte, bei denen durch das Gesetz das Erfüllungsgeschäft vor dem Erbfall ausdrücklich verboten wird. Hierunter fallen gem. § 1946 BGB die Annahme und die Ausschlagung von einer Erbschaft und gem.

⁶⁰⁴ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.116.

⁶⁰⁵ Limmer, DNotZ 1998, 927 (932).

⁶⁰⁶ Henssler, RNotZ 2010, 221 (237); jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.494.

⁶⁰⁷ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.115; RGZ 71, 133 (136).

⁶⁰⁸ BGHZ 37, 319 (324f.); jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.445.

⁶⁰⁹ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.115.

⁶¹⁰ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.131.

⁶¹¹ BGHZ 37, 319 (325); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.115f.; Limmer, DNotZ 1998, 927 (932).

⁶¹² Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.116.

⁶¹³ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.116.

§ 2180 BGB die Annahme und Ausschlagung von einem Vermächtnis⁶¹⁴. Der Versprechende kann somit nur schuldrechtlich verpflichtet werden die Erbschaft oder das Vermächtnis nach dem Erbfall anzunehmen oder auszuschlagen.⁶¹⁵ Auch eine Ausschlagung eines zukünftigen Pflichtteilsanspruchs zu Lebzeiten des Erblassers ist nicht möglich, weil das Gesetz schon keine Ausschlagung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erbfall kennt.⁶¹⁶

Ausgeschlossen sind auch die Fälle, bei denen die allgemeinen Vorschriften eine bestimmte Verfügungsmöglichkeit generell nicht zulässt.⁶¹⁷ So deutet z.B. in §§ 2033, 2374 BGB das Gesetz an, dass die Gesamtübertragung einer Alleinerbschaft nach dem Erbfall nicht möglich ist. Der Alleinerbe kann seine Erbschaft nur durch Einzelübertragungen veräußern.⁶¹⁸ Hieraus lässt sich folgern, dass auch eine Übertragung der Alleinerbschaft noch zu Lebzeiten des Erblassers nicht zulässig sein kann.⁶¹⁹

In Fällen, in denen der Versprechende nur mit der Mithilfe des zukünftigen Erblassers den schuldrechtlichen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erfüllen kann, besteht Einigkeit zwischen beiden Ansichten, dass das Erfüllungsgeschäft schon vor dem Erbfall zulässig sein muss.⁶²⁰ Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Versprechende sich gem. § 311b V BGB dazu verpflichtet hat, einen Erbverzicht oder einen Pflichtteilsverzicht gem. § 2346 I BGB⁶²¹ oder einen Vermächtnisverzicht⁶²² gem. § 2352 BGB gegenüber dem zukünftigen Erblasser zu erklären.⁶²³ Zulässig sind solche Verträge zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers deshalb, weil hierdurch nicht in das Erbrecht des Erblassers unwissentlich eingegriffen wird.⁶²⁴ Sollte der zukünftige Erblasser mit dem Inhalt des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in diesen Fällen nicht einverstanden sein, so besteht für ihn die Möglichkeit, die Mitarbeit an den Verzichtsverträgen abzulehnen.⁶²⁵

Umstritten ist die Rechtslage hingegen bei den übrigen Fällen der bereits erörterten Vertragsobjekte⁶²⁶. Dort stellt sich die Frage, ob diese Vertragsobjekte durch Vorausverfügungen noch zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers übertragbar sind und ob durch die Übertragung das Erbrecht des zukünftigen Erblassers nicht unzulässig einschränkt wird.

⁶¹⁴ Siehe §7.III. und §9.III.b., wann Vermächtnisse von § 311b V BGB erfasst sein können.

⁶¹⁵ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.117; *Staudinger-Otte*, BGB (2017), §1946, Rn.2.

⁶¹⁶ *Staudinger-Otte*, BGB (2017), §1942, Rn.4; möglich wäre aber ein Erlassvertrag über den Pflichtteilsanspruch. So *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.130f.

⁶¹⁷ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.117.

⁶¹⁸ *Staudinger-Löhnig*, BGB (2020), §2033, Rn.3.

⁶¹⁹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.117f.; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237); *PWW-Deppenkemper*, BGB (2021), Vor.§2371ff., Rn.3.

⁶²⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.116f.

⁶²¹ *Staudinger-Schotten*, BGB (2016), §2346, Rn.24

⁶²² Siehe §7.III. und §9.III.b., wann Vermächtnisse von § 311b V BGB erfasst sein können.

⁶²³ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.116f.; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237).

⁶²⁴ *Staudinger-Schotten*, BGB (2016), §2346, Rn.71.

⁶²⁵ *Klump*, ZEV 1998, 123 (124); nach dem Erbfall besteht die Möglichkeit die Verpflichtung zum Erbverzicht in eine Verpflichtung zur Ausschlagung der Erbschaft umzudeuten. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.117, Fn.192.

⁶²⁶ S.o. §7.

a. Erbteil

Gem. § 311b IV, V BGB kann sich der zukünftige Miterbe wirksam dazu verpflichten, seinen zukünftigen Erbteil nach dem Erbfall gem. § 2033 I BGB auf seinen Vertragspartner zu übertragen.⁶²⁷ Möchte der zukünftige Miterbe schon zu Lebzeiten des Erblassers erfüllen, kommt eine Vorausabtretung des zukünftigen Erbteils in Betracht.⁶²⁸ Die h.M. verbietet eine solche Vorausverfügung jedoch mit der Begründung, dass diese Verfügung „erbrechtlich-dingliche Wirkung“ hat⁶²⁹ und dass erst zum Zeitpunkt des Erbfalls ein abtretbarer Erbteil bestehen würde⁶³⁰.

Erbrechtliche Wirkung: Gegen diese Annahme lässt sich einwenden, dass das Erbrecht bei der Abtretung eines Erbteils nach dem Erbfall nicht verändert wird.⁶³¹ Der Veräußerer bleibt Miterbe, da die Erbenposition untrennbar mit der Person des Erben verknüpft ist.⁶³² Nur der mit der Erbschaft verbundene vermögensrechtliche Anteil wird auf den Erwerber mit der Wirkung übertragen, dass der Erwerber durch Rechtsgeschäft unter Lebenden an die Stelle des verfügenden Miterben in dessen vermögensrechtliche Stellung am Nachlass eintritt.⁶³³ Für eine Vorausabtretung des zukünftigen Erbteils würde nichts anderes gelten, da bei einer Vorausabtretung nicht mehr abgetreten werden kann als bei der Abtretung selbst.⁶³⁴

Dingliche Wirkung: Sollte des Weiteren der zukünftige Erbteil ein zukünftiges Recht darstellen, so könnte der zukünftige Erbteil eventuell auch vor dem Erbfall abtretbar sein.⁶³⁵ Denn generell anerkannt ist, dass auch Rechte übertragbar sind, die noch nicht fällig oder entstanden sind.⁶³⁶ Der zukünftige Erbteil müsste deshalb individuell hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein.⁶³⁷ Das wäre der Fall, wenn im Zeitpunkt der Abtretung zumindest die Möglichkeit besteht, dass das künftige Recht entstehen könnte.⁶³⁸

Bei einer Vorausabtretung der zukünftigen Erbteile gem. § 311b V BGB besteht durch die Einschränkung der Vertragssubjekte auf die „*künftigen gesetzlichen Erben*“ durchaus die Möglichkeit, dass der Zedent einen Anteil eines Miterben nach dem Erbfall erhalten

⁶²⁷ BGHZ 37, 319 (324f.); *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237).

⁶²⁸ Hierzu sehr ausführlich *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.118-129.

⁶²⁹ BGHZ 104, 279 (280f.); *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.118 und S.120; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.495.

⁶³⁰ *Hk-Hoeren*, BGB (2021), §2033, Rn.6; *Ermann-Bayer*, BGB, Band 2 (2020), §2033, Rn.3; *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.135 und Rn.143.

⁶³¹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.124; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33.

⁶³² *MüKoBGB-Gergen*, Band 11 (2020), §2033, Rn.29; *Staudinger-Löhnig*, BGB (2020), §2033, Rn.34f.; *Hk-Hoeren*, BGB (2021), §2033, Rn.9; *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33; *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (237).

⁶³³ *MüKoBGB-Gergen*, Band 11 (2020), §2033, Rn.27; so wird im Erbschein z.B. nicht der Erwerber, sondern der Miterbe aufgeführt und das Vorkaufsrecht des Miterben gem. § 2034 BGB geht nicht auf den Erwerber über. Siehe *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33.

⁶³⁴ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.125.

⁶³⁵ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.121.

⁶³⁶ *Staudinger-Busche*, BGB (2017), §398, Rn.63; § 398 BGB ist i.V.m § 413 BGB anwendbar auf zukünftige Rechte. Zur Abtretbarkeit von erbrechtlichen Rechten: *Staudinger-Busche*, BGB (2017), §413, Rn.9.

⁶³⁷ Vgl. *Staudinger-Busche*, BGB (2017), §398, Rn.64.

⁶³⁸ *Staudinger-Busche*, BGB (2017), §398, Rn.64.

wird.⁶³⁹ Da zum Zeitpunkt der Vorausabtretung noch nicht der genaue Vermögenswert des Rechts feststehen muss⁶⁴⁰ und es keine Rolle spielt, ob der Zedent auf die Entstehung des Rechts noch Einfluss nehmen kann⁶⁴¹, kann der zukünftige Erbteil unter den Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB somit als zukünftiges Recht bezeichnet werden.⁶⁴² Die fehlende Verfügungsbefugnis des Miterben zum Zeitpunkt des dinglichen Rechtsgeschäfts ist hierbei unbeachtlich. Denn bei allen Vorausverfügungen fehlt es an einer solchen Verfügungsbefugnis zu diesem Zeitpunkt.⁶⁴³

Auch für die Gläubiger des Erblassers entstehen bei der Vorausabtretung des zukünftigen Erbteils durch den zukünftigen Miterben keine besonderen Nachteile, welche eine Vorausabtretung von Erbteilen unzulässig machen könnte.⁶⁴⁴ Insbesondere gem. § 2382 BGB wird die Haftung auch auf den Erwerber des Miterbenanteils ausgedehnt.⁶⁴⁵

Im Ergebnis zeigt diese Auslegung, dass eine Trennung von dinglicher und erbrechtlicher Wirkung bei Vorausverfügungen von zukünftigen Erbteilen möglich ist. Beim Erbfall würde dann der Zedent Miterbe (erbrechtliche Wirkung) und in der Person des Zessionars würde die dingliche Wirkung eintreten.⁶⁴⁶ Es besteht somit die Möglichkeit, dass die Vorausabtretung von Erbteilen unter Umständen zulässig sein kann.⁶⁴⁷

b. Pflichtteilsrecht/ Pflichtteilsanspruch/ Pflichtteilsergänzungsanspruch

Ein weiteres Vertragsobjekt ist der in § 311b IV 2 Alt.1 BGB und § 311b V 2 Alt.2 BGB erwähnte „*Pflichtteil*“. Wie bereits festgestellt werden konnte, sind hiervon das Pflichtteilsrecht, der Pflichtteilsanspruch und der Pflichtteilsergänzungsanspruch umfasst.⁶⁴⁸

1) Pflichtteilsrecht

Das Pflichtteilsrecht beschreibt vor dem Erbfall ein bestimmtes familien- und erbrechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten, welches nach dem Erbfall zwischen den Erben und dem Pflichtteilsberechtigten fortgesetzt wird.⁶⁴⁹ Beinhaltet der schuldrechtliche Vertrag gem. § 311b IV, V BGB die Verpflichtung zur Ausschlagung des Pflichtteilsrechts durch den Versprechenden, so ist anerkannt, dass die Erfüllung vor dem Erbfall nicht möglich ist.⁶⁵⁰ Auch eine Übertragung des Pflichtteilsrechts zu Lebzeiten des zukünftigen Erblassers kommt nicht in Betracht.⁶⁵¹ Der Grund hierfür ist, dass diese vorgezogenen Erfüllungsgeschäfte nicht nur eine

⁶³⁹ Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.122.

⁶⁴⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.122; Staudinger-*Busche*, BGB (2017), §398, Rn.64.

⁶⁴¹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.122, denn als Miterbe kann der Zedent nach dem Erbfall entscheiden, ob er den Erbteil gem. § 1943 BGB annimmt oder ausschlägt.

⁶⁴² *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.122.

⁶⁴³ Staudinger-*Busche*, BGB (2017), §398, Rn.63; *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.120f.

⁶⁴⁴ Hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.123f. und S.126f.

⁶⁴⁵ Siehe zu weiteren Ausführungen *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.127f.

⁶⁴⁶ Staudinger-*Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33.

⁶⁴⁷ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129; Staudinger-*Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33.

⁶⁴⁸ S.o. §7.IV.2.

⁶⁴⁹ MüKoBGB-*Lange*, Band 11 (2020), §2303, Rn.16; *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124).

⁶⁵⁰ Staudinger-*Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.30.

⁶⁵¹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129.

dingliche Wirkung hätten, sondern auch vor dem Erbfall eine unmittelbare erbrechtliche Wirkung auf das bestehende familien- und erbrechtliche Rechtsverhältnis entfalten würden. Deshalb müssen sie unzulässig bleiben.⁶⁵²

2) Pflichtteilsanspruch

Ganz anders verhält es sich mit der Abtretbarkeit eines Pflichtteilsanspruches. Dieser kann gem. § 2317 II BGB nach dem Erbfall⁶⁵³ abgetreten werden. Vor dem Erbfall ist der Pflichtteilsanspruch ein künftiges Forderungsrecht des Versprechensempfängers gegenüber dem Versprechenden bzw. künftigen Pflichtteilsberechtigten.⁶⁵⁴ Als eine solche zukünftige bestimmbar Forderung kann sie gem. § 398 BGB schon vor dem Erbfall abgetreten werden.⁶⁵⁵ Auch ist diese Schuld gem. § 397 BGB schon vor dem Tod des Erblassers erlassbar.⁶⁵⁶ Durch eine solche Abtretung oder einen solchen Erlass verliert der Pflichtteilsberechtigte nur die Vermögensposition, aber behält das über den Pflichtteilsanspruch hinausgehende Pflichtteilsrecht bei. Die Vorausverfügung des Pflichtteilsanspruches hat somit nur dingliche, aber keine erbrechtliche Wirkung.⁶⁵⁷

3) Pflichtteilsergänzungsanspruch

Rechtlich gleichgestellt bzgl. der Erfüllung ist dem Pflichtteilsanspruch der Pflichtteilsergänzungsanspruch. Auch dessen Übertragbarkeit richtet sich nach § 2317 II BGB.⁶⁵⁸ Eine Vorausabtretung des Pflichtteilsergänzungsanspruches führt auch hier nur zum Verlust der Vermögensposition. Das Pflichtteilsrecht bleibt weiterhin unverändert bestehen. Eine Trennung zwischen dinglicher und erbrechtlicher Wirkung bei zukünftigen Pflichtteilsansprüchen und zukünftigen Pflichtteilsergänzungsansprüchen ist deshalb grundsätzlich möglich.

c. Nachlassgegenstand

Hat sich der zukünftige Rechtsinhaber dazu verpflichtet, einen zukünftigen Nachlassgegenstand nach dem Erbfall dem Vertragspartner zu übereignen, stellt sich auch hier die Frage, ob der zukünftige Erbe schon zu Lebzeiten des Erblassers über den zukünftigen Nachlassgegenstand vorausverfügen kann. Aufgrund seiner fehlenden Verfügungsbefugnis über den zukünftigen Nachlassgegenstand vor dem Erbfall, kann der zukünftige Rechtsinhaber grundsätzlich eine solche Erfüllung nicht durchführen. Erst nach dem Erbfall können die Erben den Nachlassgegenstand wirksam gem. § 2033 II BGB i.V.m. § 2040 I BGB übereignen.⁶⁵⁹

⁶⁵² Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.31; Henssler, RNotZ 2010, 221 (237).

⁶⁵³ Ein nur dogmatischer Streit, welcher hier nicht entschieden werden muss, ist, ob der Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall entsteht oder mit der Erklärung der Ausschlagung des Pflichtteils gem. §§ 2306 I, 2307 I 1, 1371 III BGB. Siehe MüKoBGB-Lange, Band 11 (2020), §2317, Rn.3.

⁶⁵⁴ Klumpp, ZEV 1998, 123 (124).

⁶⁵⁵ Staudinger-Herzog, BGB (2015), §2317, Rn.67; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.32.

⁶⁵⁶ MüKoBGB-Schlüter, Band 3 (2019), §397, Rn.7.

⁶⁵⁷ Henssler, RNotZ 2010, 221 (237); Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.32; Klumpp, ZEV 1998, 123 (124) sieht in der Vorausabtretung des Pflichtteilsanspruches eine Erweiterung des § 2317 II BGB.

⁶⁵⁸ Staudinger-Olshausen, BGB (2015), Vor.§2325, Rn.11.

⁶⁵⁹ Nach dem Erbfall ist ein Erwerb vom Miterben, der wie ein Alleinberechtigter über den Nachlassgegenstand verfügt, gem. §§ 932, 892, 2366 BGB möglich. Staudinger-Löhnig, BGB (2020), §2033, Rn.63.

Verfügt der zukünftige Berechtigte aber trotzdem zu Lebzeiten des Erblassers über den zukünftigen Nachlassgegenstand, so könnte § 185 II S.1 Alt.2 BGB eine ausdrückliche Heilungsmöglichkeit für die Fälle anbieten, bei denen der zukünftige Erwerber Kenntnis über die fehlende Verfügungsbefugnis beim zukünftigen Erben hatte und gem. §§ 929 S.1, 932 II BGB kein Eigentum erworben hat.⁶⁶⁰ Gem. § 185 II S.1 Alt.2 BGB wird eine „[Die] Verfügung [wird] wirksam, [...] wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt [...]“. Auf welche Weise der zukünftige Rechtsinhaber den Gegenstand erwerben wird, spielt hierbei keine Rolle.⁶⁶¹ Der Zweck des § 185 II S.1 Alt.2 BGB ist darin zu sehen, dass der Veräußernde sich nicht auf die fehlende Verfügungsbefugnis zum Zeitpunkt der Veräußerung berufen kann, wenn zu einem späteren Zeitpunkt er zur Verfügung über den Gegenstand eigentlich berechtigt wäre.⁶⁶² Ähnlich liegt auch die Interessenlage bei einer Vorausverfügung eines Nachlassgegenstandes durch den zukünftigen Rechtsinhaber. Denn auch hier soll der zukünftige Erbe und Rechtsinhaber an die Verfügung gebunden bleiben, nachdem er durch den Erbfall Verfügungsbefugnis über den Nachlassgegenstand erlangt hat.⁶⁶³ Die Gesetzesnorm des § 185 II S.1 Alt.2 BGB schützt bei einer Vorausverfügung des Nachlassgegenstandes somit den Vertragspartner des zukünftigen Erben. Zusätzlich führt die Vorausabtretung des zukünftigen Nachlassgegenstandes dazu, dass zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Durchgangserwerb beim zukünftigen Erben stattfindet.⁶⁶⁴ § 185 II S.1 Alt.2 BGB ist deshalb auf Vorausabtretungen von Nachlassgegenständen durch den zukünftigen Erben anwendbar.⁶⁶⁵

Zusätzlich sind diese dinglichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts von den erbrechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts nach dem Erbfall trennbar. Denn bis zum Erbfall besteht trotz der Vorausverfügung für den zukünftigen Erblasser die Möglichkeit, über den zukünftigen Nachlassgegenstand weiterhin zu verfügen. Deshalb kann durch diese Vorausverfügung nicht von einer erbrechtlichen Wirkung auf die Testierfreiheit des Erblassers ausgegangen werden.⁶⁶⁶

Auswirkungen hat diese Zulässigkeit von Vorausverfügungen von zukünftigen Nachlassgegenständen auch auf den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Für die Ansicht, welche schuldrechtliche Verträge über zukünftige Nachlassgegenstände ohne die Beschränkung der § 311b IV, V BGB zulassen möchte⁶⁶⁷, bedeutet dies, dass auch die Vorausverfügung von zukünftigen Nachlassgegenständen durch den späteren Rechtsinhaber ohne die Beschränkung des § 311b IV, V BGB und nur unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften möglich sein muss.⁶⁶⁸ Bei der Gegenansicht, welche die Zulässigkeit von Verträgen über Nachlassgegenstände nur beim Vorliegen der Bedingungen gem. § 311b IV, V BGB zulässt⁶⁶⁹, müssen folglich auch die Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB bei Vorausverfügungen von zukünftigen Nachlassgegenständen durch

⁶⁶⁰ Staudinger-Klumpp, BGB (2019), §185, Rn.161; MüKoBGB-Bayreuther, Band 1 (2018), §185, Rn.55; MüKoBGB-Ruhwinkel, Band 3 (2019), §311b, Rn.135; Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S 61.

⁶⁶¹ Staudinger-Klumpp, BGB (2019), §185, Rn.106.

⁶⁶² MüKoBGB-Bayreuther, Band 1 (2018), §185, Rn.47.

⁶⁶³ Vgl. §5.I.3. Interessen des Versprechensempfängers.

⁶⁶⁴ Staudinger-Klumpp, BGB (2019), §185, Rn.161; MüKoBGB-Bayreuther, Band 1 (2018), §185, Rn.55.

⁶⁶⁵ Staudinger-Klumpp, BGB (2019), §185, Rn.161; Blomeyer, FamRZ 1974, 421 (423).

⁶⁶⁶ Vgl. DNotI-Report 1/1994, 1 (2); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S 61.

⁶⁶⁷ S.o. §7.II.

⁶⁶⁸ Blomeyer, FamRZ 1974, 421 (423); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S 61.

⁶⁶⁹ S.o. §7.II.

den späteren Rechtsinhaber erfüllt sein. Bei beiden Ansichten zu bedenken ist, dass ein wirksamer Rechtserfolg bei mehreren zukünftigen Rechtsinhabern gem. § 2033 II BGB i.V.m. § 2040 I BGB nur dann erfolgen kann, wenn alle Miterben die Vorausverfügung gemeinschaftlich mittragen.⁶⁷⁰

d. Vermächtnis

Sollte der zukünftige Vermächtnisnehmer in einem wirksamen schuldrechtlichen Vertrag gem. § 311b IV, V BGB dem Vertragspartner versprochen haben⁶⁷¹, den zukünftigen Vermächtnisanspruch gem. §§ 2174, 398 BGB abzutreten, so stellt sich auch in diesen Fällen die Frage, ob eine Vorausabtretung des Vermächtnisanspruchs rechtlich zulässig ist. Zum einen entsteht der Vermächtnisanspruch außer in den Fällen des §§ 2177, 2178 BGB gem. § 2176 BGB mit dem Anfall des Erbfalls.⁶⁷² Der Vermächtnisnehmer hat zu diesem Zeitpunkt einen Anspruch gegenüber dem Erben oder Pflichtteilsberechtigten auf Übereignung des Vermächtnisgegenstandes, Abtretung des Rechts oder Erfüllung des Quotenvermächtnisses.⁶⁷³ Dinglich beteiligt am Nachlass ist der Bedachte nicht. Er wird vielmehr rechtlich wie ein Nachlassgläubiger behandelt.⁶⁷⁴ Dieser Anspruch kann ab diesem Zeitpunkt auch abgetreten werden.⁶⁷⁵ Trotzdem kommt aber eine Vorausabtretung dieses zukünftigen Vermächtnisanspruchs auch unter den Bedingungen des § 311b IV, V BGB nicht in Betracht. Denn vor dem Erbfall verfügt im Gegensatz zum Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch beim Vermächtnisanspruch der Bedachte noch über keine verkehrsfähige Vermögensposition.⁶⁷⁶ Der zukünftige Vermächtnisanspruch wird nur als eine tatsächliche Aussicht auf einen künftigen Anspruch eingestuft und noch nicht als eine Anwartschaft auf ein Recht.⁶⁷⁷ Somit scheidet eine Vorausabtretung eines zukünftigen Vermächtnisanspruchs daran, dass vor dem Erbfall der Bedachte keine dingliche Rechtsposition innehat, über die er vorausverfügen kann.⁶⁷⁸

5. Zwischenergebnis

Festgehalten werden kann somit, dass sowohl für die Ansicht, welche nur schuldrechtliche Verträge von § 311b IV, V BGB erfasst haben möchte als auch für die Gegenansicht, die dagegen auch dingliche Vorausverfügungen vom zukünftigen Erbteil, zukünftigen Pflichtteilsanspruch und Pflichtteilsergänzungsanspruch und von zukünftigen Nachlassgegenständen zulassen möchte, gute Argumente gefunden werden können.⁶⁷⁹

⁶⁷⁰ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S 61.

⁶⁷¹ Siehe §7.III. und §9.III.b., wann Vermächtnisse von § 311b V BGB erfasst sein können.

⁶⁷² Staudinger-Otte, BGB (2019), §2176, Rn.1

⁶⁷³ MüKoBGB-Rudy, Band 11 (2020), §2174, Rn.6.

⁶⁷⁴ MüKoBGB-Rudy, Band 11 (2020), §2174, Rn.2

⁶⁷⁵ MüKoBGB-Rudy, Band 11 (2020), §2174, Rn.14.

⁶⁷⁶ MüKoBGB-Ruhwinkel, Band 3 (2019), §311b, Rn.135; nur der zukünftige Erblasser hat das Recht den zukünftigen Vermächtnisanspruch schon zu seinen Lebzeiten zu erfüllen. MüKoBGB-Rudy, Band 11 (2020), §2174, Rn.18.

⁶⁷⁷ MüKoBGB-Rudy, Band 11 (2020), §2174, Rn.24; Staudinger-Otte, BGB (2019), §2176, Rn.4; Limmer, DNotZ 1998, 927 (931); Lange, NJW 1963, 1571 (1573); BGHZ 12, 115 (118); der Vermächtnisnehmer genießt bzgl. der ungeschmälernten Durchsetzung seines Anspruchs gegenüber anderen Nachlassgläubigern sogar schlechteren Schutz vgl. MüKoBGB-Rudy, Band 11 (2020), §2174, Rn.2.

⁶⁷⁸ jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.469.

⁶⁷⁹ Weitere Auslegung und Stellungnahme s.u. §9.III.6.

Kapitel 3 – Gesetzesänderung

§9 De lege ferenda – Eigener Vorschlag für eine Gesetzesänderung

I. Allgemeines

Bisher konnte aufgezeigt werden, dass zahlreiche Streitfragen bei § 311b IV, V BGB mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulassen, was für die Parteien eine erhöhte rechtliche Unsicherheit darstellt. Dies deckt sich auch mit Meinungen in der Literatur, welche § 311b IV, V BGB gegenwärtig vorwerfen, nicht in allen Fällen zu einer befriedigenden und überzeugenden Lösung zu führen.⁶⁸⁰ Ebenso stellt die oft fehlende höchstrichterliche Rechtsprechung zu wichtigen Rechtsfragen bei § 311b IV, V BGB ein rechtliches Risiko für die Parteien dar.⁶⁸¹

Im dritten Kapitel der Arbeit soll deshalb herausgearbeitet werden, wie diese Streitfragen beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten im Sinne einer verbesserten Rechtssicherheit aufgelöst werden können. Im Mittelpunkt der Analyse steht der eigene Vorschlag für eine Gesetzesänderung von § 311b IV, V BGB.⁶⁸²

II. Entfernung der gesetzlichen Regelung

Zum einen könnte daran gedacht werden, die erörterten Auslegungsprobleme beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten dadurch zu lösen, indem § 311b IV, V BGB ersatzlos aus dem BGB entfernt wird. Diese Maßnahme würde die Problematik bzgl. der Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aber nicht abschließend beheben, sondern sie nur auf die allgemeinen Vorschriften, insbesondere §§ 134, 138, 242 BGB, verlagern. Zusätzlich würden die besonderen Schutzfunktionen der bisherigen § 311b IV, V BGB aufgehoben werden. So könnte z.B. ohne die Einschränkung der in Frage kommenden Vertragssubjekte in § 311b V BGB jede Person einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen.⁶⁸³ Auch bei den Vertragsobjekten würde es keine Restriktionen mehr geben. Zusätzlich könnten durch die Formfreiheit die benötigten Schutzfunktionen nicht mehr gewährleistet werden. Dies würde den Schutzzweck sowohl von § 311b IV BGB als auch von § 311b V BGB in seinem gegenwärtigen Verständnis konterkarieren.

In der ersatzlosen Entfernung der Norm aus dem BGB kann somit keine hinreichende Lösung für die Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen ausgemacht werden. Die Maßnahme würde im Gegenteil eine sehr große Rechtsunsicherheit nach sich ziehen.

⁶⁸⁰ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (928).

⁶⁸¹ *v.Proff*, ZEV 2013, 183 (188); *Thode*, ZEV 1995, 143 (144).

⁶⁸² Grundsätzlich: *Coing*, Epochen der Rechtsgeschichte, S.121 beschreibt die Notwendigkeit, das gegebene Recht nicht einfach nur hinzunehmen und ermutigt folgendermaßen zur Weiterentwicklung und Anpassung vorhandener Normen: „Eine gute, rechtliche Ordnung versteht sich nicht von selbst. Sie ist Menschenwerk, geschaffen und errungen in steter, wacher Auseinandersetzung mit den Problemen der sich wandelnden Zeit. Sie muß durch menschliche Anstrengung, durch Nachdenken und Sorge um die Gerechtigkeit immer wieder behauptet werden. [...]“.

⁶⁸³ Siehe §6.I. und §9.III.2.a.

III. Gesetzesänderung und Verhältnis zur bisherigen Auslegung

Ein anderer Ansatz könnte deshalb in der Abänderung bzw. Modifizierung des bisherigen Gesetzeswortlauts des § 311b IV, V BGB liegen.⁶⁸⁴

Vorgeschlagen wird für § 311b IV, V BGB die folgende Gesetzesänderung:

§ 311b IV BGB Vorschlag:

„Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt für einen Vertrag über künftige Nachlassgegenstände, über den Pflichtteil oder über ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.“

§ 311b V BGB Vorschlag⁶⁸⁵:

„Absatz 4 gilt nicht für einen derartigen Vertrag, der zwischen Personen geschlossen wird, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu den gesetzlichen Erben (§§ 1924 - 1935 BGB, § 10 LPartG), gewillkürten Erben (§§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB), geschiedenen Ehegatten (§ 1564 BGB), nichtehelichen Lebenspartnern, sowie verschwägerten Personen (§ 1590 BGB) und Verlobten (§ 1297 I BGB) gehören. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung und kann vom Schuldner nur (höchst)persönlich abgeschlossen werden.“

Hierbei muss bedacht werden, dass durch eine Gesetzesänderung nicht sämtliche Auslegungszweifel behoben werden. Auf der Seite des Wortlautes führt eine Gesetzesänderung jedoch zu einer Klärung dieser Streitfragen. Die Argumente der weiteren Auslegungskriterien können aber insoweit hieran angepasst werden, so dass vorhandene Auslegungsprobleme und Streitpunkte möglichst ohne Widersprüche aufgelöst werden. Welche Auslegungsmöglichkeiten bei den aufgeworfenen Rechtsfragen bestehen, soll im Weiteren analysiert werden.

1. Normensystematik

Im Rahmen einer Gesetzesänderung könnte zum einen erwogen werden, das normierte Regel-Ausnahmeverhältnis von § 311b IV, V BGB dadurch aufzulösen, dass auf § 311b IV BGB zukünftig vollständig verzichtet wird und nur noch § 311b V BGB bestehen bleibt. Dies hätte den Vorteil, dass gewünschte Veränderungen explizit in § 311b V BGB Vors. festgehalten werden könnten und der Anwendungskonflikt zwischen § 311b IV und V BGB entfallen würde. § 311b IV BGB könnte dann nicht mehr die Anwendung von § 311b V BGB verhindern und ein Widerspruch der Schutzzwecke des § 311b IV BGB und des § 311b V BGB wäre auch nicht mehr möglich.⁶⁸⁶

Auf der anderen Seite würde in diesem Fall das alleinige Bestehen von § 311b V BGB dem Inhalt nach ein Generalverbot dieser Verträge bei Nichtanwendbarkeit von § 311b V BGB trotzdem implizieren. Noch deutlicher wird dies, falls der Gesetzestext in § 311b V BGB Vors. z.B. mit den Worten: *„Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nur wirksam, wenn ...“* eingeleitet wird.

⁶⁸⁴ Auch Wufka bedauert und kritisiert zugleich, dass der Gesetzgeber eine solche Gesetzesänderung nicht schon im Jahre 2002 gemeinsam mit der Schuldrechtsmodernisierungsreform vollzogen hat. Siehe hierzu Staudinger-Wufka, BGB (2006), §311b IV, V, S.183; so übernommen von Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, S.284.

⁶⁸⁵ Im Übrigen wird § 311b IV, V BGB Vorschlag mit § 311b IV, V BGB Vors. abgekürzt.

⁶⁸⁶ S.o. §2.

De lege ferenda:

Eine Abschaffung des § 311b IV BGB sollte deshalb nur hilfsweise erwogen werden und die bestehende Gesetzssystematik auch in § 311b IV und V BGB Vors. beibehalten werden. Vorzugswürdig erscheint somit der schon von *Wufka* gemachte Vorschlag, in § 311b V BGB Vors. den Zusatz „*derartigen Vertrag*“ hinzuzufügen.⁶⁸⁷ Hierdurch wird deutlich, dass § 311b V BGB Vors. nur anwendbar ist, sofern die Voraussetzungen des § 311b IV BGB Vors. inklusive der dort angeführten Vertragsobjekte vorliegen.

Mit der Frage, welche speziellen Voraussetzungen in § 311b IV, V BGB Vors. einer gesetzlichen Modifizierung obliegen sollten, befasst sich die folgende Untersuchung:

2. Vertragssubjekt

§ 311b V 1 BGB Vors. sieht vor, dass Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zwischen Personen geschlossen werden können, welche aufgrund der gesetzlichen Erbfolge (§9.III.2.a.) oder einer Verfügung von Todes wegen (§9.III.2.c.) eventuell ein erhöhtes Interesse an einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung haben könnten. Ferner wird geprüft, ob die Subjekteigenschaft eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auf Personen ausgedehnt werden kann, welche zum Erblasser in einer engeren familiären Beziehung stehen (§9.III.2.b.) und deshalb durch den Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ebenso zukünftige Familienstreitigkeiten verhindern können.

a. „gesetzlichen Erben“ i.S.d. § 311b V 1 BGB

Die Klärung der Streitfrage, welche „*gesetzlichen Erben*“ einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen können, ist insofern von Bedeutung, als im Rahmen einer Neufassung der Norm die gesetzlichen Erben infolge der rechtlich sehr engen Bindung zum Erblasser ebenfalls eine wichtige Rolle einnehmen und in § 311b V 1 Var.1 BGB Vors. ebenfalls erwähnt werden.

Bisher konnte aufgezeigt werden, dass für den Begriff „*gesetzlichen Erben*“ i.S.d. § 311b V 1 BGB mehrere Auslegungsvarianten vertretbar sind. Eine Entscheidung zugunsten einer Ansicht konnte deshalb nicht durch Auslegung erfolgen. Im Rahmen der rechtspolitischen Diskussion kommen aber noch weitere entscheidungsrelevante Kriterien in Betracht:

Als erstes wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass die Wahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten bei der Auswahl der zulässigen Vertragssubjekte eine wichtige Rolle spielt⁶⁸⁸. Vor diesem Hintergrund wird auch nachvollziehbar, warum die enge Ansicht, welche auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt⁶⁸⁹, nur die nächstberechtigten Erben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Vertragssubjekte anerkennt.⁶⁹⁰ Denn bei diesem Personenkreis besteht die höchste Wahrscheinlichkeit, dass die abgeschlossenen Verträge möglichst inhaltlich wirksam, d.h. erfüllbar sind. Das Gleiche gilt auch für Fälle, bei denen ein

⁶⁸⁷ *Staudinger-Wufka*, BGB (2006), §311b IV, V, S.183; übernommen von *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, S.284.

⁶⁸⁸ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.87.

⁶⁸⁹ S.o. §6.I.

⁶⁹⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.87.

nächstberechtigter gesetzlicher Erbe mit einem durch ihn selbst ausgeschlossenen entfernteren gesetzlichen Erben einen solchen Vertrag abschließen will.⁶⁹¹

Des Weiteren lässt sich anführen, dass diese erhöhte Wahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit des Vertrages nach § 311b IV, V BGB nicht auf Personen zutrifft, die nur allgemein zum Personenkreis gem. §§ 1924 – 1936 BGB, § 10 LPartG gehören, ohne nächstberufene Erben zu sein.⁶⁹² Ebenfalls liegt keine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit des Vertrages gem. § 311b IV, V BGB bei Personen vor, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur eine berechtigte Aussicht haben, beim Erbfall den Vertrag erfüllen zu können, weil sie zuvor noch zu Lebzeiten des Erblassers eine Rechtsstatusänderung⁶⁹³ anstreben müssen. Erst nachdem diese Personen in den Kreis der nächsten gesetzlichen Erben aufgestiegen sind, kann ihnen nach dieser Ansicht ein Vertragsabschlussrecht eingeräumt werden.⁶⁹⁴

Auf der anderen Seite kann die strenge Einschränkung der Vertragssubjekte zugunsten einer erhöhten Wahrscheinlichkeit bei der Erfüllung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch zu erheblichen Risiken für die Parteien führen. Insbesondere bei der Ansicht⁶⁹⁵, welche auf den Erbfallzeitpunkt abstellt, ist erst nach dem Erbfall und der Erbschaftsannahme endgültig feststellbar, wer der gesetzliche Erbe tatsächlich geworden ist. Dies führt dazu, dass alle als gesetzliche Erben in Frage kommende Personen einen solchen Vertrag vor dem Erbfall vorsorglich formwirksam abschließen müssten. Eine zielführende Einschränkung des Personenkreises kann hierdurch gerade aber nicht sichergestellt werden.⁶⁹⁶ In der Praxis wäre jedoch eine Situation denkbar, bei der diese Interpretation zum gewünschten Ergebnis führen dürfte. Denn werden die Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zeitnah am Todeszeitpunkt des Erblassers geschlossen, dann kann auch mit hoher Wahrscheinlichkeit garantiert werden, dass eine Änderung in der Erbfolge nahezu ausgeschlossen ist und der Vertrag letztlich auch so erfüllbar ist. In diesen Fällen würden die angesprochenen Risiken an Bedeutung verlieren.

Des Weiteren muss geklärt werden, ob durch die verschiedenen Ansichten weitere ungewollte Risiken entstehen können. Kritisch beurteilt werden könnte in diesem Zusammenhang die späte Festlegung der Voraussetzungen an die Vertragssubjekte bei der Ansicht, welche auf den Erbfallzeitpunkt abstellt. Denn dies räumt dem Versprechenden die Möglichkeit ein, sich vom Vertrag bis zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers lösen zu können, ohne schadensersatzpflichtig zu werden. Der Versprechende könnte dies dadurch erreichen, indem er seine Erbenstellung z.B. durch einen Erbverzicht beseitigt.⁶⁹⁷ Dieses Risiko schwächt die Rechtssicherheit und die Planungssicherheit der Parteien erheblich und wäre ein Argument dafür, den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten vollständig zu verbieten. Ferner können auch unvorhergesehene tatsächliche Vorgänge im Alltag der beteiligten Personen dazu führen, dass die zum Vertragszeitpunkt hypothetisch angenommene Erbfolge sich bis zum Erbeintritt verändert.⁶⁹⁸ So kann sich

⁶⁹¹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.88; bspw., wenn der Sohn des Erblassers mit dem Vater des Erblassers einen Vertrag abschließen möchte; so auch die Hinweise bei *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.472.

⁶⁹² Siehe hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.88.

⁶⁹³ *Daniels* nennt hier die Beispiele Heirat, Adoption, Legitimation.

⁶⁹⁴ Hierzu *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.87f.

⁶⁹⁵ S.o. §6.I.

⁶⁹⁶ So *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.79.

⁶⁹⁷ RGZ 98, 330 (331); auch *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.79f.

⁶⁹⁸ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (233); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.481.

beispielsweise die Aufteilung der Erbschaft dadurch verändern, dass neue gesetzliche Erben hinzukommen. Dies kann z.B. dadurch geschehen, dass der Erblasser heiratet. Aber auch die Geburt oder Adoption eines gesetzlichen Erben kann die Erbfolge verändern. Wegfallen können ebenfalls gesetzliche Erben durch die Scheidung des Ehegatten oder durch den Tod eines gesetzlichen Erben, welcher keine eigenen Abkömmlinge hat. Die Erfüllbarkeit eines von den zum Vertragsschlusszeitpunkt nächsten gesetzlichen Erben abgeschlossenen Vertrages kann somit durch die Veränderung der Erbfolge erheblich erschwert werden oder nicht mehr möglich sein.

In der Gesamtbewertung führen diese Argumente dazu, dass eine Lösung gefunden werden muss, welche dem Einzelfall gerecht werden kann, indem allen in Betracht kommenden gesetzlichen Erben die Möglichkeit gegeben wird, durch einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten den Familienfrieden zu wahren. Zusätzlich muss den Vertragssubjekten aber auch die Möglichkeit eingeräumt werden, auf unvorhergesehene Veränderungen in der Erbfolge im Voraus reagieren zu können. Das ist insofern von großer Bedeutung, als ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten schon lange vor dem eigentlichen Erbfall notwendig werden und auch abgeschlossen werden kann. Die Wahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist deshalb kein geeignetes Kriterium für die Auslegung des Begriffs „gesetzlichen Erben“.⁶⁹⁹

Bezogen auf die dargestellten Ansichten ist eine Beschränkung auf die nächsten gesetzlichen Erben als zu eng und unflexibel anzusehen, da hierdurch der Wirkungsbereich dieser Verträge zu stark eingeschränkt werden würde.⁷⁰⁰ Vorzugswürdig ist deshalb die weite Interpretation des Rechtsbegriffs „gesetzlichen Erben“, wie sie auch von der h.L. und der Rechtsprechung praktiziert wird.⁷⁰¹ Denn zum einen führt diese Auffassung dazu, dass der Schutzzweck der Norm auch dann eingehalten wird, wenn die Parteien letztlich nicht tatsächliche Erben werden.⁷⁰² Verfügungen von Todes wegen, die sowohl vor als auch nach dem Vertragsschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch Dritten verfasst wurden, haben bei dieser Ansicht keine Auswirkungen auf die Auslegung dieses Rechtsbegriffs. Auch ein Ausschluss eines Beteiligten von der gesetzlichen Erbfolge durch Erbverzicht gem. § 2346 BGB ist ohne Bedeutung.⁷⁰³ Folglich kann ein nachträglicher Eintritt einer Eigenschaft gem. §§ 1924 – 1936 BGB und § 10 LPartG einer Vertragspartei nicht zur Wirksamkeit des Vertrages führen.⁷⁰⁴ Umgekehrt kann der Vertrag aber nicht mehr durch den Verlust dieser Eigenschaft⁷⁰⁵ unwirksam werden.⁷⁰⁶ Somit ist ebenso eine klare Abgrenzung möglich und eine Feststellung des Vertragssubjektes ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglich und verändert sich auch nicht mehr durch andere Rechtsänderungen. Letztlich versucht die weite Ansicht den Personenkreis auszuweiten und kann flexibler auf eventuelle zukünftige Änderungen in der Erbfolge reagieren. Auch wird diese Ansicht dem tatsächlichen Umstand gerecht, dass zu einer

⁶⁹⁹ jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.481.

⁷⁰⁰ Hierzu Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.24; jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.481.

⁷⁰¹ Limmer, DNotZ 1998, 927 (937); BGHZ 104, 279, (281f.); BGH, NJW 1956, 1151 (1152); RGZ 98, 330 (332).

⁷⁰² Limmer, DNotZ 1998, 927 (937); Kues, ZEV 2001, 13 (14); RGZ 98, 330 (332); Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.25.

⁷⁰³ BGH, NJW 1995, 448; Limmer, DNotZ 1998, 927 (937).

⁷⁰⁴ So Henssler, RNotZ 2010, 221 (233).

⁷⁰⁵ Z.B. durch einen Erbverzicht gem. § 2346 I BGB.

⁷⁰⁶ Henssler, RNotZ 2010, 221 (233).

vollständigen Familie mehrere Personen gehören. Eine unkontrollierbare Zunahme der in Frage kommenden Personen ist hierbei nicht zu erwarten, da von Beginn an die Personenanzahl dadurch stark begrenzt ist, dass die Vertragsparteien zu den gesetzlichen Erben nach §§ 1924 – 1936 BGB und § 10 LPartG gehören müssen.⁷⁰⁷

Mit diesem Verständnis kann auch der Streit entschieden werden, ob der Fiskus zu den „gesetzlichen Erben“ gehört und damit auch als zulässige Vertragspartei bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Frage kommt. Bei einer strikten Auslegung der weiten Ansicht ist der Fiskus zu den gesetzlichen Erben zu zählen. Auf der anderen Seite spricht einiges für ein abweichendes Schutzbedürfnis des Fiskus als Vertragspartei bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Denn der Fiskus gehört nicht zum Familienkreis des Erblassers und er kann als gesetzlicher Erbe erst dann berufen werden, wenn alle Verwandten, der Ehegatte oder der Lebenspartner des Erblassers bereits verstorben sind. Deshalb kann auch angezweifelt werden, ob ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, bei dem der Fiskus beteiligt ist, noch vom Normzweck des § 311b V BGB erfasst ist. Sollte der Fiskus tatsächlich Erbe des Erblassers gem. § 1936 BGB werden, so sollte diesem auch zugemutet werden können, den Erbfall abzuwarten oder auf andere Rechtsinstitute zurückzugreifen. Insofern ist die Ansicht vorzugswürdig, die den Fiskus als Vertragspartei eines Vertrages über den Nachlass eines noch Dritten ausschließt.

Somit ist das Tatbestandsmerkmal „gesetzlichen Erben“ i.S.d. § 311b V 1 BGB so auszulegen, dass zum Vertragszeitpunkt hiervon die §§ 1924 – 1935 BGB und § 10 LPartG darunter zu verstehen sind.

De lege ferenda:

Diese Gestaltung soll auch für § 311b V 1 Var.1 BGB Vors. gelten. Bei § 311bV 1 Var.1 BGB Vors. sind insoweit die „gesetzlichen Erben“ die Personen, die zum Vertragszeitpunkt zu den unter §§ 1924 – 1935 BGB und § 10 LPartG genannten Personen gehören.

b. Erweiterung der Vertragssubjekte

Im Rahmen des eigenen Vorschlags zur Gesetzesänderung kann auch die Frage aufgeworfen werden, ob bei normtextlichen Veränderungen auch weitere Personengruppen, welche explizit noch nicht vom bisherigen Gesetzeswortlaut „gesetzlichen Erben“ i.S.d. § 311b V 1 BGB erfasst werden, ein berechtigtes Interesse an einem wirksamen Vertragsabschluss haben könnten und somit als Vertragsberechtigte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zugelassen werden können.

1) Vertragsparteien ohne Beschränkung

Ein Ansatz wäre die Vertragsfreiheit zu fördern, indem die Einschränkung von Vertragssubjekten bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ganz aufgehoben wird. Somit könnten als Versprechensempfänger alle beliebigen natürlichen Personen einen solchen Vertrag abschließen. Als Versprechende kommen neben den künftigen gesetzlichen Erben alle familienfremde zukünftige gewillkürte Erben und zusätzlich alle möglichen zukünftigen Vermächtnisnehmer in Betracht.

⁷⁰⁷ Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Ausweitung der Vertragssubjekte zulässig ist. Hierzu s.u. §9.III.2.b.

Gegen eine solche Veränderung lassen sich jedoch auch gewichtige Argumente anbringen: So wäre zum einen nicht mehr abschließend die Einhaltung des Normzwecks des § 311b V BGB gesichert. Denn sollte jedermann einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen können, wäre der Vertragszweck in manchen Fällen nicht (nur) die vorgezogene Erbauseinandersetzung. Auch die Vermeidung von Familienstreitigkeiten wäre nicht mehr gesichert, wenn familienfremde Personen zulässige Vertragsparteien sein könnten. Dies ist insoweit noch problematischer, da der Zweckvereinbarung zwischen den Parteien beim Vertragsabschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten keine Bedeutung beigemessen wird.⁷⁰⁸

Ebenfalls ein großes Risiko wäre die drohende Spekulationsgefahr. Werden Personen ohne Beziehung zum Erblasser als Vertragspartei zugelassen, so hätte dies zur Folge, dass der zukünftige Nachlass als Spekulationsobjekt missbraucht werden könnte und möglicherweise vom Versprechenden als schnelle Geldquelle in Notzeiten angesehen werden könnte. Auch könnten die Parteien mit dem zukünftigen Erbfall eventuell rechtliche Anschlussgeschäfte vermehrt verbinden, was die Spekulationsgefahr noch verstärken würde.⁷⁰⁹ Folglich wären Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ohne Einschränkungen bei den Vertragssubjekten nicht mehr kontrollierbar, was sich negativ auf die Rechtssicherheit auswirken würde. Dies will der Normzweck des § 311b IV BGB aber gerade verhindern.

Im Ergebnis ist deshalb die Aussage, dass jede beliebige Partei als Versprechender und/oder als Versprechensempfänger beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zuzulassen ist, abzulehnen. Vielmehr muss vom Vertragssubjekt eine engere gesetzlich relevante Beziehung zum Erblasser und zum vereinbarten Vertragsobjekt vorliegen.

2) *Versprechender ist zukünftiger gesetzlicher Erbe i.S.d. § 311b V BGB, Versprechensempfänger ohne Beschränkung*

Da der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur erfüllbar ist, wenn der Versprechende das Vertragsobjekt aus dem Nachlass auch erbt, besteht ein anderer Ansatz darin, nur für den Versprechenden enge Voraussetzungen einzufordern und jedermann als Versprechensempfänger zuzulassen. Hierdurch wäre der Versprechende besonders geschützt. Aber auch der Versprechensempfänger hätte die Sicherheit, dass der Versprechende zu den gesetzlichen Erben des zukünftigen Erblassers gehört und eine erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Versprechende mit dem Tod des Erblassers über das Vertragsobjekt auch verfügen kann und der Vertrag auch erfüllbar sein wird. Eine weitere Verschärfung wäre, wenn der Versprechende beim Vertragsabschluss auch der tatsächliche gesetzliche Erbe sein muss. Als Versprechensempfänger käme hingegen jedermann in Betracht, was wiederum der Vertragsfreiheit zugutekommt.⁷¹⁰

Im Ergebnis bietet diese Lösung einen vielversprechenden Ansatz. Sie ist jedoch auch aus dem Grund abzulehnen, dass der Normzweck des § 311b V BGB bei fremden Personen als Vertragspartei beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht

⁷⁰⁸ Kaufhold, ZEV 1996, 454 (456).

⁷⁰⁹ Siehe z.B. auch die Problematik bei Bürgschaftsverträgen i.V.m. Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Hierzu jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.461f.

⁷¹⁰ Allerdings Wiedemann, NJW 1968, 769 (771) mit dem Einwand, dass es ausreichen könnte, wenn nur vom Versprechensempfänger gefordert wird, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlicher zukünftiger Erbe ist. Diese Ansicht widerlegt er aber mit dem Argument, dass dies den Anwendungsbereich des § 311b IV, V BGB unterlaufen würde.

eingehalten werden kann. Auch würde die bereits erörterte Spekulationsgefahr weiterhin bestehen. Vielmehr müssen deshalb beide Vertragspersonen abstrakt ein Interesse an der vorgezogenen Erbauseinandersetzung und an der Wahrung des Familienfriedens haben. Dies sieht die Rechtsordnung dann als nicht erfüllt an, wenn eine fremde, nicht dem Erblasser nahestehende Person, Vertragspartei ist.⁷¹¹

3) *Zukünftige gewillkürte Erben*

Bisher ausgeschlossen als Vertragsparteien beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten waren zukünftige gewillkürte Erben⁷¹², die nicht zugleich gesetzliche Erben im Sinne der hier vertretenen weiten Ansicht⁷¹³ sind. Im Rahmen einer Neufassung einer bestehenden Norm stellt sich die Frage, ob diese Ansicht auch auf gewillkürte Erben erweitert werden kann, welche nicht zu den gesetzlichen Erben i.S.d. §§ 1924 – 1935 BGB, sowie § 10 LPartG gehören. Ansatzpunkt hierfür könnte die geänderte Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung bzgl. der Einbeziehung von Erbteilen bei gewillkürter Erbfolge als Vertragsobjekte beim Vertrag gem. § 311b IV, V BGB sein. Demnach ist eine Verfügung von Todes wegen kein Ausschlussgrund mehr für den wirksamen Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, wenn die Personen zugleich auch theoretisch zu den gesetzlichen Erben gehören.⁷¹⁴ Aus systematischen Gesichtspunkten wäre es deshalb nur konsequent, neben den gesetzlichen Erben auch die gewillkürten Erben unter bestimmten Voraussetzungen als Vertragssubjekte zuzulassen. Diesen Schritt hat die Rechtsprechung bis jetzt aber noch nicht vollzogen.

Aber zumindest deutet der BGH in einem Fall aus dem Jahre 1986 die Möglichkeit an, dass ein gewillkürter, nicht gesetzlicher Erbe Versprechender eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sein könnte. Dort hatte die Erblasserin zugunsten eines ihr nicht weiter bekannten „Strohmanns“ testiert, welcher nicht mit der Erblasserin verwandt war und in der Erbfolge der Erblasserin auch keine Rolle spielte. Um Beschränkungen im Erbrecht der damaligen DDR zu umgehen, teilte ihr Sohn ihr zuvor mit, dass er aufgrund einer Vereinbarung mit diesem „Strohmann“ gegen Zahlung einer Geldsumme das Erbe zu einem späteren Zeitpunkt wiederbekommen würde.⁷¹⁵ Letztlich ging der BGH aber nicht auf die Frage ein, ob auch Fremde Vertragsparteien sein können, da der BGH den Fall nach § 68 I Nr.2 ZGB/DDR und nicht nach § 311b IV, V BGB beurteilte.⁷¹⁶

Ob für eine solche Auslegung überhaupt eine Normänderung notwendig wäre, müsste zuerst überprüft werden. Denn beim Wortlaut „gesetzlichen Erbteil“ in § 311b V 1 BGB gelingt es der Rechtsprechung bereits durch eine ergänzende Auslegung des Wortes „gesetzlich“ auch den Erbteil bei gewillkürter Erbfolge zuzulassen.⁷¹⁷ Warum sollte also eine zweite ergänzende Auslegung der „gesetzlichen Erben“ ausgeschlossen sein? Immerhin geht es um den gleichen Wortlaut innerhalb derselben Norm. Trotzdem ist eine solche, zunächst plausibel klingende Auslegung ohne vorherige Überprüfung nicht übertragbar.

⁷¹¹ Siehe hierzu Argumentation bei der weiten Ansicht z.B. bei *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771); auch *Wendt*, AcP 92 (1902), 1 (28); s.o. §6.I. und §9.III.2.a.

⁷¹² Vgl.: *Röthel*, Erbrecht, §27, Rn.2: vom Erblasser durch Testament oder Erbvertrag bestimmte Erben.

⁷¹³ S.o. §6.I. und §9.III.2.a.

⁷¹⁴ *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.508; s.o. §6.I. und §9.III.2.a.

⁷¹⁵ BGH, FamRZ 1996, 162.

⁷¹⁶ BGH, FamRZ 1996, 162 (163f.).

⁷¹⁷ Siehe hierzu Leitentscheidung BGHZ 104, 279 (284f.).

Eine ergänzende Auslegung lässt sich gerade nicht dadurch begründen, dass an anderer Stelle das gleiche Wort auch extensiv ausgelegt wurde. Es bedarf vielmehr immer einer zweckorientierten Überprüfung. Ansonsten besteht die Gefahr, vielleicht über den vom Gesetzgeber intendierten Zweck hinauszuschließen und den Schutzzweck zu umgehen. Gegen eine generelle Umgehung des Schutzzwecks des § 311b V BGB spricht der Umstand, dass ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten mit gewillkürten Erben auch die vorgezogene Erbaueinandersetzung unter den Parteien fördern kann. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen ein gesetzlicher und ein gewillkürter Erbe einen solchen Vertrag abschließen wollen.⁷¹⁸ Im Übrigen kann auch der Familienfrieden unter den beteiligten Personen gefördert werden. Somit widerspricht der Normzweck des § 311b V BGB einer solchen Auslegung nicht.

Es bleibt nur noch zu klären, welche Eigenschaften diese gewillkürten Erben aufweisen müssen, um auch der Rechtssicherheit gerecht zu werden.

a) *erweiterter gesetzlicher Personenkreis*

Nicht nur die „zukünftigen gesetzlichen Erben“ gem. §§ 1924 – 1935 BGB, sowie § 10 LPartG genießen eine gesetzlich anerkannte enge Beziehung zum Erblasser.

Auch verschwägerten Personen gem. § 1590 BGB stehen oft in einer engeren Beziehung zum Erblasser. Dies betrifft insbesondere die Stiefkinder, Stiefgeschwister, Stiefeltern, Schwiegerkinder und Schwiegereltern des Erblassers.⁷¹⁹ Aber auch geschiedene Ehegatten gem. § 1564 BGB, nichteheliche Lebensgefährten, Verlobte gem. § 1297 I BGB⁷²⁰ können eine enge Beziehung zum Erblasser aufweisen. Aufgrund dieser engeren Beziehung zum Erblasser kommen auch diese Personen als weitere Vertragssubjekte beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Betracht. Denn es ist keineswegs abwegig, dass diese Personen, gerade auch durch die Zulassung vom Erbteil bei gewillkürter Erbfolge⁷²¹, vom zukünftigen Erblasser entweder durch eine Verfügung von Todes wegen als zukünftige Erben bestimmt werden oder zumindest mit einem Vermächtnis gem. §§ 2147, 2190 BGB bedacht werden.

Sofern familienfremde Betreuer gem. § 1896 BGB oder familienfremde Pflegepersonen gem. § 1915 BGB des zukünftigen Erblassers durch eine Verfügung von Todes wegen erben sollen, könnten auch diese Personen als Vertragssubjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Betracht kommen. Dies könnte ebenfalls dem Zwecke der vorgezogenen Erbaueinandersetzung dienen.

Gegen eine solche Erweiterung des Personenkreises auf familienfremde Betreuer gem. § 1896 BGB oder familienfremde Pflegepersonen gem. § 1915 BGB sprechen jedoch einige Gründe: Zum einen können diese Personen durch ein Gericht benannt werden und auch jederzeit oder nach Beendigung der Angelegenheit wieder abberufen werden. Den Status eines Betreuers oder einer Pflegeperson muss somit nicht mit einer persönlichen Beziehung zum Erblasser einhergehen und ist auch leicht abänderbar. Wären Betreuer oder Pflegepersonen auch Vertragsparteien eines Vertrags über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, so könnte dieser Umstand leicht ausgenutzt werden. Familienfremde

⁷¹⁸ Siehe auch Beispiel unten §9.III.2.b.1); ebenfalls ein aufschlussreicher Fall in *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (232f.) Beispiel 12.

⁷¹⁹ Nach § 1590 II BGB endet die Schwägerschaft auch nicht mit der Scheidung. Siehe hierzu auch *MüKoBGB-Wellenhofer*, Band 10 (2020), §1590, Rn.5.

⁷²⁰ Hierzu *Damrau*, ZErB 2004, 206 (208), der aufgrund einer entsprechenden Anwendung von § 2347 BGB die Verlobten schon unter die gesetzlichen Erben subsumiert.

⁷²¹ Siehe §7.I. und §9.III.3.a.

Betreuer gem. § 1896 BGB und familienfremde Pflegepersonen gem. § 1915 BGB kommen somit nicht als Vertragsparteien eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Betracht. Gegen die Erweiterung der Vertragssubjekte auf die übrigen Personen spricht sich aber z.B. *Henssler*⁷²² aus. Er begründet dies allerdings mit dem aktuellen Verständnis von § 311b V BGB. Unterstützt wird er hierbei vom Wortlaut der Norm, welcher durch die Bezeichnung „gesetzlichen Erben“ keinen Raum für die Aufnahme dieser Personen lässt, da diese von der gesetzlichen Erbfolge nicht erfasst werden.⁷²³

Ein Beispielfall zeigt hierbei die Relevanz der Problematik auf: Der zukünftige Erblasser E lebt mit seiner nichtehelichen Lebensgefährtin F und seinem volljährigen Kind aus erster Ehe zusammen. Die Parteien wissen, dass F durch eine Verfügung von Todes wegen als Alleinerbin von E bestimmt wird und dem Kind somit nur der Pflichtteil bleibt. Die Frau empfindet diese Bestimmung aber als ungerecht, da die Frau und das Kind eine gute Beziehung zueinander pflegen. Beide Parteien wollen den Erblasser aber nicht mit ihrem Wunsch nach einer Veränderung seiner Testierung konfrontieren. Um den Familienfrieden zu wahren und möglichen zukünftigen Streit vorzubeugen, soll in einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten festgehalten werden, dass das Kind einen größeren Erbteil erhalten soll. Im Gegenzug verpflichtet sich das Kind, die F nach dem Tod des E zu pflegen.

Gemäß der geltenden Rechtslage wird ein solcher Vertragsschluss den Parteien aber verwehrt, da die Frau kein gesetzlicher Erbe i.S.d. § 311b V BGB ist.⁷²⁴ Dieses Beispiel zeigt, dass zumindest aus den Schutzzweckgesichtspunkten des § 311b V BGB ein Ausschluss dieser Personen unverhältnismäßig ist. Die nichteheliche Frau gehört im Beispiel zur Familie des Erblassers. Das Gleiche gilt auch für die oben erwähnten Personen. Auch sie wird der Erblasser als Familie bezeichnen. Dies entspricht auch dem Verständnis moderner Kleinfamilien und den davon abweichenden zahlreichen Varianten.⁷²⁵ Sollte ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten den Familienfrieden wahren, so wird dies von der Rechtsordnung auch begrüßt. Außerdem haben die erwähnten Personen ebenfalls ein Interesse an einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung.⁷²⁶ Es wäre somit vorteilhaft, wenn auch verschwägte Personen gem. § 1590 BGB, aber auch geschiedene Ehegatten gem. § 1564 BGB, nichteheliche Lebensgefährten, Verlobte gem. § 1297 I BGB einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ebenfalls abschließen könnten. Als Beurteilungszeitpunkt für die Zugehörigkeit der Vertragsperson muss auch hier der Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelten.

⁷²² *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (232) führt hier das Beispiel an, wenn bei einem Fall noch andere künftige gesetzliche Erben am Vertrag beteiligt sind, so kann der Vertrag unter diesen Personen evtl. durch § 139 HS.2 BGB aufrechterhalten werden.

⁷²³ *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771) weist darauf hin, dass die Grenze der Analogie erreicht ist, wenn die Person mit dem Erblasser weder verwandt noch verheiratet ist.

⁷²⁴ Fall angelehnt an *Staudinger-Wufka*, BGB (2006), §311b IV, V, Rn.24; vgl. auch *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); siehe auch Erbschleicherfall in *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (232).

⁷²⁵ Siehe hierzu *MüKoBGB-Wellenhofer*, Band 10 (2020), §1589, Rn.5; auch die Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.184 erwähnen den geschützten Personenkreis der Familie; vgl. zu den modernen Familienercheinungen *Grziwotz*, ZNotP 2018, 41ff.

⁷²⁶ Der gleiche Maßstab wird auch bei den „gesetzlichen Erben“ angewendet. Siehe *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.25; *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771).

b) *Beteiligung des zukünftigen Erblassers*

Für die Vertragsparteien, insbesondere potenzielle gewillkürte Erben des zukünftigen Erblassers, kann ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten besonders dann sinnvoll sein, wenn absehbar ist, dass die Parteien auch erben werden. Eine Mitwirkung des Erblassers beim Vertragsschluss könnte auf den ersten Blick deshalb zu einer Verringerung des Risikos beitragen, dass der Vertrag zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht erfüllbar ist. Denn bei einer Mitarbeit des Erblassers bekommen die Parteien Einsicht in den Testierwillen des zukünftigen Erblassers, was ihnen eine gewisse Planungssicherheit verschaffen könnte. Eine abschließende Sicherheit haben die Parteien jedoch bei einer nicht bindenden Verfügung von Todes wegen nicht, da der Erblasser diese jederzeit wieder abändern kann.⁷²⁷

Gegen das Erfordernis der Mitwirkung des zukünftigen Erblassers bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten unter gewillkürten Erben spricht, dass eine vorhandene oder fehlende Zustimmung des zukünftigen Erblassers schon dann keine Auswirkungen auf den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten haben kann, wenn die Vertragsparteien nur gesetzliche Erben sind. Dies würde nur eine unzulässige Einflussnahme auf den Erblasser bezwecken und damit auch seine Testierfähigkeit gefährden.⁷²⁸ Einen ersichtlichen Grund, warum das Gleiche nicht auch für die gewillkürten Erben gelten muss, ist nicht erkennbar.

Zudem ist eine charakteristische Eigenschaft des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, dass der Erblasser gerade nicht Vertragspartei sein soll.⁷²⁹ Das liegt unter anderem auch daran, dass durch diese Vertragskonstellation dem zukünftigen Erblasser die Chance verwehrt werden soll, durch seine Testierfreiheit und die damit einhergehende Möglichkeit einer einseitigen Benachteiligung eines zukünftigen Miterben, das Verhältnis unter den zukünftigen Miterben noch zu seinen Lebzeiten nachhaltig schädigen zu können.⁷³⁰ Sollte hingegen aber eine Mitwirkung in irgendeiner Weise vom zukünftigen Erblasser verlangt werden, so muss die Rechtsordnung auch die Interessen des zukünftigen Erblassers schützen. Die Auslegung des Schutzzwecks des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten hat jedoch gezeigt, dass die Interessen des Erblassers nicht vorrangig schutzwürdig sind.⁷³¹

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente gegen eine erforderliche Mitwirkung des zukünftigen Erblassers beim Vertragsschluss, wenn potenzielle gewillkürte Erben einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen wollen. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, dass die Vertragsparteien eine ihnen bei Vertragsschluss vorliegende gültige Verfügung von Todes wegen des Erblassers schon als ausreichende Sicherheit ansehen. Gleiches könnte auch für eine bereits getroffene Verfügung von Todes wegen gelten, die vom zukünftigen Erblasser den Parteien gegenüber kommuniziert wurde. Die Mitarbeit des zukünftigen Erblassers ist somit nicht als rechtlich ausreichendes Abgrenzungsmerkmal anzusehen.

⁷²⁷ Siehe z.B. §§ 2253, 2256 II BGB; siehe unten §9.III.2.b.3)c) bezüglich bindenden Verfügungen von Todes wegen.

⁷²⁸ Siehe §5.I.1.b.

⁷²⁹ Siehe BGH, NJW 1995, 448.

⁷³⁰ *Odemer*, ZEV 2021, 414 (418).

⁷³¹ S.o. §5.III.

c) *besondere Verfügungen von Todes wegen*

(1) *zukünftige gewillkürte Erben durch öffentliches Testament gem. § 2232 BGB*

Höhere Rechtssicherheit für die Vertragsparteien könnte auch erreicht werden, indem an die Verfügungen von Todes wegen gewisse Anforderungen gestellt werden. Eine Möglichkeit könnte sein, dass gewillkürte Erben eines zukünftigen Erblassers nur dann einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen können, wenn die zugrunde gelegte Verfügung von Todes wegen die Form des § 2232 BGB erfüllt. Gem. § 2232 BGB kann ein öffentliches Testament errichtet werden, „*indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte. Der Erblasser kann die Schrift offen oder verschlossen übergeben [...]*“. Dies zeigt, dass bei der Erstellung eines öffentlichen Testaments gem. § 2232 BGB die formelle Hürde insgesamt als sehr hoch anzusehen ist⁷³² und auch die Übergabe des Testaments an den Notar sorgt für eine erhöhte Rechtssicherheit.⁷³³ Dies könnte den Vertragssubjekten eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eine gewisse Sicherheit geben, dass der Erblasser seinen letzten Willen zeitnah nicht mehr so schnell abändern wird.

Ein großer Nachteil ist aber, dass trotz dieser formellen hohen Hürde bei der Errichtung des öffentlichen Testaments die Anforderungen für die Widerrufbarkeit jedoch als eher gering einzuschätzen sind. Denn ein öffentliches Testament ist u.a. sogar schon durch ein weiteres Testament nach §§ 2247ff. BGB gem. § 2253 BGB jederzeit wider- rufbar.⁷³⁴ Hierdurch verlieren die Parteien stark an Rechtssicherheit.

Zusätzlich können sich durch dieses besondere Formerfordernis weitere Probleme für die Vertragsparteien beim Vertragsabschluss eines Vertrages gem. § 311b V BGB erge- ben. Denn zum einen befindet sich das öffentliche Testament im Besitz des Notars⁷³⁵, was eine genaue Kenntnis des Inhalts des öffentlichen Testaments nur vor dessen Errich- tung für die Vertragsparteien möglich macht. Und zum anderen kann ein öffentliches Testament die Belehrungspflicht des Notars beim Abschluss eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erschweren. Denn auch wenn sich das öffentliche Testament im Besitz eines anderen Notars befindet oder durch den Erblasser verschlossen übergeben wurde, muss der beurkundende Notar ohne genaue Kenntnis des Inhalts des öffentlichen Testaments über die Risiken des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ausreichend belehren.

Dies zeigt, dass das öffentliche Testament gem. § 2232 BGB als Abgrenzungskrite- rium für eine ausreichende Rechtssicherheit für zukünftige gewillkürte Erben nicht ge- eignet ist.

⁷³² Siehe ausführlich hierzu Staudinger-Baumann, BGB (2018), §2232, Rn.27ff.

⁷³³ Hierzu Staudinger-Baumann, BGB (2018), §2232, Rn.43.

⁷³⁴ Staudinger-Baumann, BGB (2018), §2253, Rn.6.

⁷³⁵ Staudinger-Baumann, BGB (2018), §2232, Rn.43: entscheidend ist, dass das Testament mit dem Willen des Erblassers in den Besitz des Notars gelangt.

(2) *zukünftige gewillkürte Erben bei bindender Verfügung von Todes wegen*

Des Weiteren könnte der Anwendungsbereich auf gewillkürte Erben erweitert werden, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine bindende Verfügung von Todes wegen vorliegt. Dies kann zum einen ein Erbvertrag gem. §§ 1941, 2274ff. BGB sein.

Ein solcher Fall wäre z.B. denkbar, wenn in dem bereits zuvor schon eingeführten Beispielsfall⁷³⁶ der noch lebende Erblasser E einen Erbvertrag mit seiner nichtehelichen Lebensgefährtin F abschließt und sie als Alleinerbin bestimmt. Auch hier empfindet die Frau hinterher diese Vereinbarung aber als sehr ungerecht dem volljährigen Kind des E's gegenüber. Beide Parteien wollen aber auch hier den Erblasser nicht mehr mit einer Aufhebung der Bestimmung konfrontieren. Um den Familienfrieden zu wahren und um zukünftigem Streit vorzubeugen, soll in einem Vertrag über den Nachlass eines noch Lebenden Dritten zwischen F und dem Kind festgehalten werden, dass das Kind einen größeren Erbteil erhalten soll. Im Gegenzug verpflichtet sich das Kind, die F nach dem Tod des E zu pflegen.

Nach dem geltenden Recht wäre trotz des Erbvertrags ein solcher Vertrag nicht möglich, da die F kein gesetzlicher Erbe des Erblassers ist.⁷³⁷ Dies wäre nur dann der Fall, wenn E und F zum Vertragszeitpunkt bereits verheiratet wären.

Aber auch ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen gem. §§ 2269, 2270 BGB kommt als bindende Verfügung von Todes wegen in Betracht.

So haben z.B. die Eheleute M und F in einem gemeinschaftlichen Testament bestimmt, dass der Überlebende jeweils als Alleinerbe eingesetzt werden soll. Ihr gemeinsames Kind K, mit dem sie sich überworfen haben, soll nur den Pflichtteil erhalten. Zusätzlich bestimmt M als wechselbezügliche Verfügung, dass nach seinem Tode die Kinder der besten Freundin der F als Schlusserben eingesetzt werden. Die wechselbezügliche Verfügung der F dagegen bestimmt die Tochter des besten Freundes des M als Schlusserbin.

Auch in diesem Beispiel würde ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zwischen dem K und den Schlusserben gemäß der geltenden Gesetzeslage scheitern, da beide Schlusserben hier nicht zu den künftigen gesetzlichen Erben der F und des M gehören.⁷³⁸

Die Beispiele zeigen, dass für beide Varianten ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sinnvoll sein kann. In eine ähnliche Richtung tendierte auch schon *Daniels*. Seine Ansicht begrenzt sich aber auf die gesetzlichen Erben, falls eine bindende Verfügung von Todes wegen den zu erwartenden Erbteil verändern wird.⁷³⁹ Als Vorteil dieser Ansicht hebt er die hohe Wahrscheinlichkeit der Wirksamkeit hervor und die herabgesetzte Spekulationsgefahr aufgrund der Bindungswirkung.⁷⁴⁰ Auf den ersten Blick

⁷³⁶ S.o. §9.III.2.b.3)a).

⁷³⁷ S.o. §6.I. und §9.III.2.a. Ein Beispielsfall kann aber auch mit zwei unbeteiligten Freunden des Erblassers angedacht werden, bei denen jeglicher Verwandtschaftsgrad ausscheidet.

⁷³⁸ Vorstellbar wäre z.B., dass das Kind der F und des M hier auf den Pflichtteilsanspruch gegen Zahlung einer Geldsumme vom Schlusserben verzichtet.

⁷³⁹ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.110 unterscheidet aber nicht explizit zwischen den bindenden Verfügungen von Todes wegen; jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.501 geht davon aus, dass *Daniels* die Vorschriften §§ 2270, 2271, 2289 BGB darunter versteht.

⁷⁴⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.110 und §7.I.2.; wohl auch *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771) sieht das im Ergebnis so.

spricht einiges dafür, dass diese Argumente auch anwendbar sind, wenn der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten unter zukünftigen gewillkürten Erben, welche nicht die gesetzlichen Erben sind, abgeschlossen würde.

Die angesprochene Bindungswirkung entsteht gem. § 2290 I BGB beim Erbvertrag schon zu Lebzeiten des Erblassers durch die erschwerte Widerrufbarkeit. Nur wenn alle am zuvor abgeschlossenen Erbvertrag beteiligte Personen einen Aufhebungsvertrag abschließen, kann der Erblasser sich von seiner Verfügung von Todes wegen zu seinen Lebzeiten noch lösen.⁷⁴¹ Dies gilt aber nur für die Erbeinsetzung. Denn bei einem Vermächtnis, einer Auflage oder einer Rechtswahl gem. § 2291 I 1 BGB kann der Erblasser durch einfaches Testament die Verfügung von Todes wegen widerrufen. Aber auch hier genießt der Vertragspartner einen Schutz, da seine Zustimmung in notarieller Form gem. § 2291 I 2 BGB erforderlich ist für die Aufhebung.⁷⁴²

Vollständig ausgeschlossen ist die Widerrufbarkeit sogar nach dem Tode des Erblassers gem. § 2290 I 2 BGB. Da es jedoch bei einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gerade Voraussetzung ist, dass der Erblasser beim Vertragsschluss noch am Leben ist, müssen diese Fälle vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein.⁷⁴³ Zusätzlich dienen jedoch die strengen Formmaßstäbe beim Abschluss des Erbvertrags dazu⁷⁴⁴, dass der Erblasser sich seiner Entscheidung sicher ist und sie auch in Zukunft aufrechterhalten möchte. Als weitere Absicherung besteht für den Versprechensempfänger noch die Möglichkeit, mit dem Versprechenden zu vereinbaren, dass er in Zukunft einem Aufhebungsvertrag mit dem Erblasser nicht zustimmen werde. Dies alles spricht in der Tat für eine hohe Wahrscheinlichkeit bei der Wirksamkeit nach dem Erbfall und keiner großen Spekulationsgefahr für die Parteien.

Ein Vorteil beim Erbvertrag gegenüber dem öffentlichen Testament ist zudem, dass der letzte Wille des zukünftigen Erblassers für alle Vertragsparteien erkennbar wird.

Beim gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen gem. §§ 2269, 2271 I BGB dagegen verhält es sich anders: Die Bindungswirkung entsteht erst mit dem Tode des zuerst Versterbenden gem. § 2271 II 1 BGB.⁷⁴⁵ Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zwischen dem M und den Kindern der besten Freundin der F als Schlusserben ist im obigen Fall deshalb nicht mehr möglich, da der M nach dem Tode der F nun Vollerbe geworden ist. Denkbar zu diesem Zeitpunkt wäre aber ein Vertrag zwischen den beiden Kindern der besten Freundin der F, sofern gewillkürte Erben auch solche Verträge abschließen können.⁷⁴⁶

⁷⁴¹ § 2292 BGB stellt hierbei keine Ausnahme dar, da auch hier beide Personen beteiligt sein müssen.

⁷⁴² Hierzu MüKoBGB-*Musielak*, Band 11 (2020), §2291, Rn.4f.

⁷⁴³ Siehe bzgl. Beschränkung des Erblassers auch §§ 2287, 2288 BGB. Gem. § 2289 I 2 BGB sind weitere Verfügungen von Todes wegen des Erblassers unwirksam. Hierzu *Leipold*, Erbrecht, Rn.519ff.

⁷⁴⁴ Siehe Verweis in § 2276 I 2 BGB u.a. auf die Vorschriften des öffentlichen Testaments; notwendig ist auch, dass der zukünftige Erblasser persönlich beim Notar anwesend ist. Lässt sich die andere Partei vertreten, darf sie jedoch selbst keine Verfügung von Todes wegen treffen. Hierzu MüKoBGB-*Musielak*, Band 11 (2020), §2276, Rn.5.

⁷⁴⁵ Aber auch nach dem Tod kann gem. § 2271 II 1 HS.2 BGB sich der überlebende Ehegatte von der Bindungswirkung befreien.

⁷⁴⁶ Weitere Beispiele in der Rechtsprechung für Fälle dieser Konstellation bei bereits vorverstorbenem Erblasser beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten: BGHZ 37, 319; BGHZ 104, 279; BGH, NJW 1956, 1151.

Vor dem Tode der F unterscheidet sich die Rechtssicherheit der möglichen Schlusserben in dem genannten Beispiel demnach kaum von dem Fall, wenn F ein gewöhnliches Testament verfasst hätte. So kann ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen gem. §§ 2247, 2269 BGB jederzeit verfasst werden. Bezüglich der Form gibt es sogar Erleichterungen in § 2267 BGB. Auch der Widerruf noch zu Lebzeiten beider Ehegatten ist durch eine notarielle Beurkundung der Willenserklärung gem. §§ 2271 I 1, 2296 II 2 BGB möglich.⁷⁴⁷

Dies zeigt, dass die Rechtssicherheit für die Vertragsparteien bei einem gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglicher Verfügung zu Lebzeiten des Erblassers niedriger als bei einem Erbvertrag ist. Die einzige Hoffnung für die Vertragsparteien den Erblasser von einem Widerruf abzubringen, besteht darin, auf die Überredungskunst des anderen Ehegatten zu vertrauen und eventuell der Umstand, dass es dem Erblasser zu aufwendig ist, die notarielle Beurkundung einzuholen. Ein rechtlich relevantes objektives Beurteilungs- und Abgrenzungskriterium ist darin aber nicht zu sehen. Vielmehr kann in diesen Fällen zu Lebzeiten des Erblassers nicht von einer gesteigerten Wirksamkeit beim Erbfall und von einer Herabsetzung der Spekulationsgefahr ausgegangen werden.

Auch hier lässt sich das schon oben angeführte Argument anbringen, dass für die Vertragsparteien nicht in allen Fällen erkennbar sein wird, was der Inhalt der Verfügung von Todes wegen sein wird. Ebenfalls entsteht bei der Beratung für den Notar die Gefahr einer Fehlberatung, da für ihn der Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments mit wechselbezüglichen Verfügungen in der Regel nicht bekannt sein wird. Sollte der erste Erblasser aber schon verstorben sein, dann kann in der Tat von einer hohen Wirksamkeit und einer verringerten Spekulationsgefahr ausgegangen werden.

Die Ausführungen zeigen somit auf, dass das Kriterium einer bindenden Verfügung von Todes wegen zu Lebzeiten des Erblassers für den Erbvertrag immer gilt und beim gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen erst nach dem Tode des Erstversterbenden. Es sprechen viele gute Gründe dafür, beim Erbvertrag zumindest Beteiligte eines Erbvertrags als Vertragssubjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zuzulassen, wenn diese keine gesetzlichen Erben zum Vertragszeitpunkt sind. Beim gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglicher Verfügung kommen nach dem Tod des ersten Ehegatten die Schlusserben als Vertragspartner in Betracht.

c. Stellungnahme zum Vertragssubjekt

Die Spekulationsgefahr lässt sich durch die Erweiterung der Vertragssubjekte auf die gewillkürten Erben bei allen dargestellten Ansätzen nicht vollständig eliminieren. Es besteht immer ein Restrisiko, dass der von den Parteien festgehaltene Vertragsinhalt nach dem Erbfall nicht erfüllbar ist. Genereller Kritikpunkt ist auch die unsichere Rechtsposition eines gewillkürten Erben. Zu leicht ist der gewillkürte Erbe vom Erblasser zumindest bei einer nicht bindenden Verfügung von Todes wegen austauschbar.

Bei den „gesetzlichen Erben“ ist die Personeneigenschaft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses etwas klarer, da sie nach der hier vertretenen weiten Ansicht durch Geburt, Adoption oder Heirat begründet wird.⁷⁴⁸ Die „gesetzlichen Erben“ haben mit den gewillkürten Erben jedoch gemeinsam, dass auch hier weiterhin ein Risiko besteht, dass nach

⁷⁴⁷ Hierzu MüKoBGB-Musielak, Band 11 (2020), §2296, Rn.7; Leipold, Erbrecht, Rn.470.

⁷⁴⁸ S.o. §6.I. und §9.III.2.a.

dem Erbfall sie als Vertragssubjekt wegfallen können und dadurch den abgeschlossenen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht mehr erfüllen können. Erkennbar ist somit, dass es dem Gesetz nicht auf die Wahrscheinlichkeit ankommen kann, mit der der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch tatsächlich erfüllbar ist. Ein gewisses Risiko ist für die Rechtsordnung aber hinnehmbar.⁷⁴⁹ Die rechtlich leichte Austauschbarkeit gewillkürter Erben vom zukünftigen Erblasser kann somit per se kein Hindernis gegen eine Erweiterung der Vertragsparteien sein. Vielmehr will die weite Ansicht⁷⁵⁰ bei den Vertragssubjekten sich auf einen Personenkreis einschränken, welcher die erbrechtliche Rechtsstellung zum zukünftigen Erblasser zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kennzeichnet.⁷⁵¹ Aber auch bei den zukünftigen gewillkürten Erben kann bei Vertragsschluss und vor allem zum Zeitpunkt des Erbfalls eine erbrechtliche Rechtsbeziehung zum zukünftigen Erblasser erkennbar sein.

Bestimmte (zukünftige) Umstände, welche die Erfüllbarkeit erheblich beeinträchtigen können, bleiben beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten unberücksichtigt. So haben z.B. rechtsgeschäftliche erbrechtliche Verfügungen des zukünftigen Erblassers auf die Wirksamkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten keinen Einfluss.⁷⁵² Auch ein Erbverzicht gem. § 2346 BGB hat auf den Status des gesetzlichen Erben keinen Einfluss, wie bereits vom BGH höchstrichterlich entschieden wurde.⁷⁵³

Für die zukünftigen gewillkürten Erben und die gesetzlichen Erben muss demnach nur die Möglichkeit bestehen, dass der Vertrag zwischen den Parteien prinzipiell erfüllbar ist. Als entscheidendes abstraktes und objektives Kriterium bleibt somit nur der Normzweck. Dieser besteht in der vorgezogenen Erbaueinandersetzung und der Wahrung des Familienfriedens im weiteren Sinne sowohl zwischen den gesetzlichen und/oder auch den gewillkürten Erben. Als Konsequenz hieraus kommt also zunächst einmal jeder gewillkürte Erbe als Vertragspartei in Betracht. Denn sofern die Parteien (aus wirtschaftlichen oder aus anderen Gründen) einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als sinnvoll erachten und die Schutzzwecke der Norm gewahrt wurden, sollte die Norm nicht an einem generellen Verbot dieser Verträge festhalten. Verschärft wird dies noch durch den Umstand, dass Einzelfälle unbeachtet bleiben und somit eine Abänderung des Verbotes trotz zulässiger Gründe ausgeschlossen wird.⁷⁵⁴ Aufgabe der Norm sollte es deshalb vielmehr sein, sicherzustellen, dass Interessen und Rechte nicht verletzt werden und der Informationsaustausch ungehindert erfolgen kann. Dies ist hier durch die Formvorschrift ausreichend gewährleistet.⁷⁵⁵ Ob dagegen ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten für den gewillkürten Erben sinnvoll ist, ist eine Entscheidung der Privatautonomie. Den Parteien muss im Vorfeld nur die Möglichkeit gegeben werden, das Risiko selbst abzuwägen und einzuschätzen. Wichtig ist nur, dass kein Fremder

⁷⁴⁹ Unterschieden muss vielmehr zwischen der Zulässigkeit und Durchführbarkeit der Verträge. Siehe *Wiedemann*, NJW 1968, 769 (771); *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.25. Für *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.103, 108 kommt es dagegen auf die Wahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit an.

⁷⁵⁰ S.o. §6.I.

⁷⁵¹ So beschreibt dies *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.80.

⁷⁵² Siehe *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.25; *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.137; *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.51.

⁷⁵³ BGH, NJW 1995, 448.

⁷⁵⁴ BGHZ 26, 320 (326).

⁷⁵⁵ Siehe §8.I. und Vorschläge zur Verbesserung der Formvorschriften unter §9.III.5.

Vertragspartei werden kann, weil dies dem Schutzzweck des § 311b V BGB zuwiderlaufen würde.⁷⁵⁶

Die Aufnahme der gewillkürten Erben zu den Vertragssubjekten würde die Praxisrelevanz der Norm erheblich steigern, da dadurch der Anwendungsbereich der Norm durch eine Erweiterung des Personenkreises deutlich erhöht wird.⁷⁵⁷

Ein zusätzlicher Vorteil wäre, dass den gesetzlichen Erben vor dem Erbfall durch einen Vertragsschluss mit einem zukünftigen gewillkürten Erben, welcher nicht zur Familie im engeren Sinne zählt, die Möglichkeit eingeräumt wird, Vermögen oder bestimmte Gegenstände⁷⁵⁸ in der Familie zu erhalten.⁷⁵⁹ Eine Einschränkung des Personenkreises der zukünftigen gewillkürten Erben kann aber dadurch gerechtfertigt werden, dass eine Abwägung der Schutzzwecke zum Ergebnis kommt, dass der Normzweck der Verhinderung der Spekulationsgefahr die Privatautonomie zu sehr einschränkt und auch der Schutz des § 311b V BGB nicht mehr ausreicht. Hier hat sich gezeigt, dass bei einer bindenden Verfügung von Todes wegen eine Ausnahme für Personen gelten sollte, die in folgender Rechtsbeziehung zum zukünftigen Erblasser stehen: der geschiedene Ehegatte gem. § 1564 BGB, die nichtehelichen Lebensgefährten, Verlobte und verschwägerte Personen gem. § 1590 BGB. Ebenso sollten die Beteiligten eines Erbvertrages (sofern sie nicht schon gesetzliche Erben sind) als Vertragssubjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zugelassen werden. Gleiches gilt für die Schlusserben bei einem gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglicher Verfügung nach dem Tod des Erstverstorbenen, sofern sie nicht sowieso schon zu den gesetzlichen Erben gem. §§ 1924 – 1935 BGB, sowie § 10 LPartG gehören. In diesen Fällen ist das Risiko überschaubar und hinnehmbar.

Dies zeigt, dass auch gewillkürte Erben, insbesondere die eben genannten Personen, ein berechtigtes Interesse an einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung haben können. Der Gesetzeswortlaut „*gesetzlichen Erben*“ ermöglicht eine solche Auslegung zwar nicht, aber der Schutzzweck der vorgezogenen Erbauseinandersetzung würde einer Erweiterung um diese Vertragspersonen nicht entgegenstehen.

De lege ferenda:

Im eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung sollte in § 311b V BGB Vors. deshalb die Formulierung „*zukünftigen gesetzlichen Erben*“ aufgegeben werden und stattdessen um folgende Formulierung erweitert werden: „*[...]der zwischen Personen geschlossen wird, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu den gesetzlichen Erben (§§ 1924 –*

⁷⁵⁶ S.o. §5.I.2.b.1) und §9.III.2.b.2); der zukünftige gewillkürte Erbe ist bei dieser Auslegung jedoch kein Fremder.

⁷⁵⁷ Auch für Erbfolgeregelungen unter den zunehmenden „Patchworkfamilien“ könnten diese Änderungen hilfreich sein. Vgl. Grziwotz, ZNotP 2018, 81 (87).

⁷⁵⁸ Sofern der hier vertretenen Ansicht gefolgt wird und § 311b IV, V BGB auf Nachlassgegenstände anwendbar ist. Hierzu s.u. §9.III.3.b.

⁷⁵⁹ Gerade der gewillkürte Erbe kommt beim Pflichtteilsberechtigten als Vertragspartner in Betracht. Siehe auch schon Beispielsfall oben §7.IV.; in der Praxis z.B. erwähnenswert ist auch der Fall des italienischen Unternehmers Bernardo Caprotti aus dem Jahre 2016, der seine Familie überraschte, indem er seiner Sekretärin die Hälfte seines Vermögens (75 Mio. Euro) vermachte. Hätte die Familie des Erblassers den Inhalt des Testaments vor dem Tode erfahren, und kommt die Sekretärin nach der neuen Fassung der Norm als Vertragspartner in Frage, so hätte die Familie evtl. versucht, eine Einigung über einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten anzustreben (die Anwendung von deutschem Recht wird hier vorausgesetzt), siehe hierzu welt.de, Italien: Chef vererbt seiner Sekretärin 75 Millionen Euro, <27.10.2016>, abrufbar im Internet: <<https://www.welt.de/vermishtes/article159087591/Chef-vererbt-seiner-Sekretarin-75-Millionen-Euro.html>> (Abrufdatum: <22.02.2022>).

1935 BGB, § 10 LPartG), gewillkürten Erben (§§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB), geschiedenen Ehegatten (§ 1564 BGB), nichtehelichen Lebenspartnern, sowie verschwägerten Personen (§ 1590 BGB) und Verlobten (§ 1297 I BGB) gehören.“

3. Vertragsobjekt

a. „Gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 BGB

Bisher konnte festgestellt werden, dass bei der Auslegung des „gesetzlichen Erbteil“ i.S.d. § 311b V 1 BGB im Wesentlichen ein Konflikt zwischen Wortlautargumenten und dem Telos der Norm besteht.⁷⁶⁰ Auf der einen Seite ist der Wortlaut an dieser Stelle im Gesetz eindeutig: Erlaubt als Vertragsobjekt eines Vertrages eines noch lebenden Dritten ist nur der gesetzliche Erbteil, welcher eine Vererbung durch gesetzliche Erbfolge erfordert. Wählt der zukünftige Erblasser die gewillkürte Erbfolge, so ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ausgeschlossen. Gegen diese strenge Wortlautauslegung spricht vor allem ein anderes Argument. Denn sollte die Wirksamkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten davon abhängig sein, welche formale Erbfolge der Erblasser zu Lebzeiten gewählt hat, so würde hierdurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Vertragsparteien entstehen. Dies erkennen auch die differenzierende Meinung⁷⁶¹ und die Rechtsprechung und gehen mit ihren Auffassungen über den tatsächlichen Gesetzeswortlaut hinaus. Im Ergebnis sollte § 311b V 1 BGB an dieser Stelle aus diesen Gründen de lege lata extensiv ausgelegt werden und deshalb auch Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erlaubt sein, wenn der Erblasser die gewillkürte Erbfolge gewählt hat.

Ähnliches sollte auch für zukünftige Erben gelten, die voraussichtlich Alleinerbe werden und deshalb nur der Alleinerbteil als Vertragsgegenstand von § 311b IV, V BGB in Betracht kommt. Eine strenge Auslegung des Wortlauts erscheint aus Schutzzweckgründen auch hier als zu restriktiv und ist nicht erforderlich Vertragsobjekt eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann somit sowohl der Alleinerbteil als auch der Miterbenanteil sein.⁷⁶²

Die umstrittene Anschlussfrage, über welche Höhe des zukünftigen Erbteils ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abgeschlossen werden darf, sollte im Einklang mit dem Normzweck beantwortet werden. Die Hauptargumente für eine Beschränkung auf maximal die theoretische Höhe des gesetzlichen Erbteils ergeben sich auch hier aus einer Umdeutung des Gesetzeswortlauts und daraus, dass durch eine Begrenzung der Maximalhöhe eine Verringerung der Spekulationsgefahr besser gewahrt werden kann. Auf der anderen Seite eröffnet jedoch der Gesetzgeber den Parteien bereits die Möglichkeit, dass durch eine gesetzliche Ausgleichszahlung die Höhe des gesetzlichen Erbteils überschritten werden kann.⁷⁶³ Ebenfalls nicht ersichtlich ist, warum der

⁷⁶⁰ S.o. §7.I.1.

⁷⁶¹ S.o. §7.I.1.

⁷⁶² Erfüllen kann der Alleinerbe den Vertrag nach § 311b IV, V BGB aber nur durch die einzelne Übertragung der Nachlassgegenstände und nicht nach § 2033 I BGB. So *Staudinger-Löhnig*, BGB (2020), §2033, Rn.3.

⁷⁶³ Anschaulich auch das Beispiel bei *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.498 welches belegt, dass es bei der gesetzlichen Erbfolge zu einer Überschreitung der gesetzlichen Höhe kommen kann und somit Lösungen entstehen können, welche vom Erblasser so nicht gewollt waren und auch dogmatisch nicht sinnvoll sind; auch *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (235) erkennt, dass es zu bei dieser Begrenzung zu fragwürdigen und schwer vorhersehbaren Ergebnissen kommen kann.

Erblasserwille dann nicht respektiert werden sollte, wenn einer Partei ein höherer als der vom Gesetz vorgeschlagene Erbteil durch den Willen des Erblassers vererbt werden soll, und weshalb die Höhe des Erbteils auch in diesen Fällen genau bei der zum Vertragszeitpunkt theoretischen gesetzlichen Erbteilshöhe liegen soll. Es gibt aber auch Stimmen, die in solchen Fällen vertreten, dass der quantitative gesetzliche Erbteil nur zum Vertragschlusszeitpunkt vorliegen muss und eine zeitlich nachfolgende Veränderung an der Verfügung von Todes wegen durch den Erblasser keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Vertrages gem. § 311b IV, V BGB hat.⁷⁶⁴ Rechtssicherheit bzgl. der Erfüllbarkeit des Vertrages gem. § 311b IV, V BGB wird hierdurch aber ebenfalls nicht gewonnen. Eine Beschränkung der Maximalhöhe auf den gesetzlichen Erbteil führt somit nicht zur Erreichung des Schutzzweckes. Aus diesem Grund beurteilt *Daniels* die Begrenzung auf den hypothetischen gesetzlichen Erbteil als „willkürlich und weder vom Wortlaut noch vom Sinn der Vorschrift her [zu] begründ[en]bar.“⁷⁶⁵

In der aktuellen Normfassung des § 311b IV, V BGB sollte deshalb der Begriff „gesetzlichen Erbteil“ so ausgelegt werden, dass ohne eine gesetzlich festgelegte Höchstwertgrenze sowohl der gesetzliche als auch der Erbteil bei gewillkürter Erbfolge Vertragsbestandteil eines Vertrages gem. § 311b IV, V BGB sein kann.

De lege ferenda:

Für den eigenen Gesetzesänderungsvorschlag soll an dieser de lege lata befürworteten Gesetzesauslegung nichts verändert werden. Die Entfernung des Begriffs „gesetzlichen Erbteil“ in § 311b V BGB Vors. dient vor allem der Klarstellung der zuvor durch diesen unklaren Wortlaut hervorgerufenen Auslegungsproblemen.⁷⁶⁶ § 311b V BGB Vors. liefert somit keine Argumente für eine Beschränkung auf eine bestimmte Art der Erbfolge und auch keine Begrenzung der Erbteilshöhe.

Auch beim Streit um den Alleinerbteil als Vertragsobjekt verlieren durch die Entfernung des Begriffs „gesetzlichen Erbteil“ in § 311b V BGB Vors. die Wortlautargumente an Bedeutung. Der Schutzzweck spricht auch beim eigenen Gesetzesänderungsvorschlag dafür, dass auch Alleinerbteile aus Gründen einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung und der Verringerung von Familienstreitigkeiten ebenfalls als Vertragsobjekt beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht ausgeschlossen sind.

Dass der Erbteil auch im eigenen Vorschlag für eine Gesetzesänderung Vertragsbestandteil sein kann, ergibt sich zum einen aus dem Begriff „Nachlass“ in § 311b IV BGB Vors. Wie auch schon bei § 311b IV BGB lässt sich aus dem Begriff „Nachlass“ auch der gesetzliche Erbteil und der Erbteil bei einer gewillkürten Erbfolge ableiten.⁷⁶⁷

Durch den Verweis „derartigen“ in § 311b V BGB Vors. gelten auch die gesetzlichen Erbteile und die Erbteile einer gewillkürten Erbfolge als legitime Vertragsobjekte unter Beachtung der übrigen Voraussetzungen.

⁷⁶⁴ *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (235); *Damrau*, ZErB 2004, 206 (212).

⁷⁶⁵ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.108.

⁷⁶⁶ Siehe auch *Staudinger-Wufka*, BGB (2006), §311b IV, V, S.183; so übernommen von *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, S.284.

⁷⁶⁷ *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.9.

b. Nachlassgegenstand und Vermächtnis

Die Behandlung von Nachlassgegenständen und Vermächtnissen als Vertragsobjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten hat für die Praxisrelevanz des § 311b IV, V BGB eine wichtige Bedeutung. Beide Vertragsobjekte können nicht voneinander losgelöst betrachtet werden, da Vermächtnisse oft Stückvermächtnisse sind und diese unter Umständen gem. § 140 BGB in Verträge über Nachlassgegenstände eines noch lebenden Dritten umgedeutet werden können.

Durch die Auslegung konnte gezeigt werden, dass verschiedene Lösungsansätze bei dieser Problematik in Betracht kommen und die Ansichten beim Vertragsobjekt Vermächtnis oft kongruent mit der Einordnung beim Vertragsobjekt Nachlassgegenstand verlaufen und dies auch umgekehrt der Fall ist. Hieraus ergibt sich bei manchen Ansichten für die Parteien die Möglichkeit, die Schutzmechanismen des § 311b IV, V BGB zu umgehen. Dies führt zur Rechtsunsicherheit und zur Verringerung der Bedeutung für § 311b IV, V BGB.

Aus dem Normtext des § 311b IV, V BGB Vors. wird deutlich, dass der eigene Vorschlag für eine Gesetzesänderung sich für die Ansicht entscheidet, welche sowohl Verträge über Nachlassgegenstände als auch Universal- /Quoten- /Stück- und Geldvermächtnisse eines noch lebenden Dritten unter § 311b IV, V BGB Vors. subsumiert. Dass eine solche Annahme durch die Auslegung des bisherigen Normtextes möglich ist, konnte bereits gezeigt werden. Doch warum wäre dieser Ansatz entgegen der herrschenden Meinung die dogmatisch und praktisch sinnvollste Lösung?

Die h.M. begründet die Ausgliederung der Nachlassgegenstände aus § 311b IV BGB u.a. damit, dass der Gesetzestext die Nachlassgegenstände nicht aufzählt und deshalb solche Verträge ohne die Voraussetzungen von § 311b V BGB auch zusätzlich mit fremden Personen abgeschlossen werden können.⁷⁶⁸

Diese Begründung kann insoweit aber angezweifelt werden, weil das Gesetz in § 311b IV 1 BGB den „Nachlass“ erwähnt. Hierunter fallen u.a. aber auch zukünftige Nachlassgegenstände.⁷⁶⁹ Beim Vermächtnis ist der Gesetzeswortlaut insoweit unklar, als aus § 311b IV 2 Alt.2 BGB nicht hervor geht, dass die verschiedenen Vermächtnisarten unterschiedlich beurteilt werden sollen. Der Normtext erwähnt hier nur allgemein das „Vermächtnis“. Des Weiteren werden sowohl die Nachlassgegenstände als auch die Vermächtnisse als Vertragsobjekte in § 311b V BGB nicht aufgezählt. Entgegen der h.M. besteht somit zwischen den zukünftigen Nachlassgegenständen und allen Vermächtnisarten eines noch lebenden Dritten keine unterschiedliche Behandlung bei der gesetzlichen Normierung. Beide werden von § 311b IV BGB erfasst, aber nicht in § 311b V BGB erwähnt.

Festzuhalten bleibt, dass gerade die fehlende gesetzliche Erwähnung in § 311b V BGB dazu führt, dass die Behandlung der beiden Vertragsobjekte so sehr umstritten ist. Eine Lösung dieser Problematik könnte eine analoge Anwendung von § 311b V BGB auf die Vertragsobjekte Nachlassgegenstand und Vermächtnis darstellen. Denn zumindest die Aufnahme dieser Vertragsobjekte in die Generalklausel § 311b IV BGB und die anschließende Nichterwähnung bei der Ausnahme § 311b V BGB stellt eine Regelungslücke im Gesetz dar. Die historische Auslegung bei diesen beiden Vertragsobjekten hat auch

⁷⁶⁸ Limmer, DNotZ 1998, 927 (934); auch erwähnt in jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.463; Henssler, RNotZ 2010, 221 (225f.); BGH, DNotZ 1960, 382 (383); siehe zur Argumentation Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.42f.

⁷⁶⁹ S.o. §7.II.1.

gezeigt, dass diese Regelungslücke vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich so gewollt wurde.⁷⁷⁰

Als weitere Voraussetzung einer Analogie stellt sich somit noch die Frage einer Vergleichbarkeit von den zukünftigen Nachlassgegenständen und Vermächtnissen zu den in § 311b V BGB erwähnten Vertragsobjekten. Dem Wesen nach vergleichbar sind Quoten- / Universalvermächtnisse mit Erbteilen bzw. den Pflichtteilen. Alle Vertragsobjekte bestehen aus Anteilen an einer erst nach dem Erbfall bestimmbarer Vermögensmasse.⁷⁷¹ Bei allen Vertragsobjekten besteht deshalb die Gefahr, dass die Vertragsparteien den genauen Wert des Anspruchs vor dem Erbfall nicht kennen. Insoweit wäre bei den Quoten- / Universalvermächtnissen eine Vergleichbarkeit zum in § 311b V BGB erwähnten „*Erbteil*“ bzw. „*Pflichtteil*“ gegeben. Das Stück- und Geldvermächtnis ist hingegen vergleichbar mit einem zukünftigen Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten. Alle diese Vertragsobjekte werden allerdings nicht vom Normtext in § 311b V BGB erfasst.

Eine Vergleichbarkeit der Interessenlage bei den Vertragsobjekten Nachlassgegenstand, Stück- und Geldvermächtnis mit den in § 311b V BGB erwähnten Vertragsobjekten müsste sich somit aus anderen Kriterien ableiten lassen.

Ein wichtiges Kriterium für die Rechtssicherheit ist, dass der Wille des zukünftigen Erblassers über die Art der letztwilligen Verfügung nicht dazu führen darf, dass Rechtsprobleme ohne Grund unterschiedlich behandelt werden und sich hieraus Rechtslücken insoweit ergeben, dass sich für die Parteien jeweils unterschiedliche Anforderungen an einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ergeben, obwohl sie den Willen des Erblassers erst zu einem Zeitpunkt endgültig kennen können, bei dem eine Korrektur der Nichtigkeit nicht mehr möglich ist. Eine Vergleichbarkeit der Interessenlage ergibt sich insoweit zum einen daraus, dass der Versprechende nicht mit abschließender Sicherheit vorhersagen kann, ob er einen Erbteil/ einen Pflichtteil erben wird oder durch Verfügung von Todes wegen einen Nachlassgegenstand oder in Form eines Vermächtnisses das Nachlassvermögen nach dem Tod des Erblassers erlangen wird.

Eine weitere Verbindung zwischen dem Erbteil/ dem Pflichtteil und dem Nachlassgegenstand ist, dass die Parteien im Wege der Umdeutung die Voraussetzungen des § 311b V BGB beim Erbteil dann umgehen könnten, wenn sie den zukünftigen Erbteil in einzelne Nachlassgegenstände aufteilen würden⁷⁷². Hierdurch wird aber der Schutzzweck des § 311b V BGB insoweit ausgehöhlt, als die benachteiligte Partei nicht mehr vom Notar auf die Gefahren eines solchen Vertragsabschlusses hingewiesen werden kann. Dies gilt insofern auch für beide Vertragsparteien, da dieser Vertrag aufgrund eines Miteigentums eines späteren Miterben trotz schuldrechtlicher Wirksamkeit nicht erfüllbar sein kann. Auf diese Gefahren werden die Parteien aber durch die Formvorschrift des § 311b V BGB vom Notar hingewiesen und ggf. können die Parteien dann weitere vertragliche Vorkehrungen treffen. Diese Gefahr wird auch von der Rechtsprechung gesehen, und in Form der Erschöpfungstheorie soll dieses Rechtsrisiko wieder beseitigt werden.⁷⁷³ Dies gelingt jedoch nur ansatzweise, weil die Erschöpfungstheorie nur verlangt, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Nachlassgegenstand bzw. die Stück- und Geldvermächtnisse nicht über einen bestimmten Anteil am zukünftigen Nachlass-

⁷⁷⁰ S.o. §7.II.3. und §7.III.1.b.

⁷⁷¹ S.o. §7.I.1. und §7.IV.3.

⁷⁷² Dies ist dann der Fall, falls sich einzelne Nachlassgegenstände im zukünftigen Nachlassvermögen befinden sollten.

⁷⁷³ RG, LZ 1924, 587; OGHZ 2, 114 (118); BGH, DNotZ 1960, 382 (383); BGHZ 26, 320 (325).

vermögen hinausgeht. Ist dies der Fall, so ist ein Vertrag nur unter § 311b V BGB wirksam und Fremde kommen als Vertragsparteien nicht mehr in Betracht.

Aus dieser Regel ergeben sich aber zum einen erhebliche Beweisprobleme. Denn ob diese Voraussetzung beim Vertragsschluss gegeben war, kann nur nach dem Erbfall bestimmt werden.⁷⁷⁴ Auch verfügen die „gesetzlichen Erben“ und vor allem Fremde i.d.R. nicht über die umfassende Kenntnis, welchen prozentualen Anteil der Nachlassgegenstand am zukünftigen Nachlassvermögen haben wird.⁷⁷⁵ Bis zum Erbfall kann oft noch viel Zeit vergehen und die Zusammensetzung des Nachlassvermögens sich noch wesentlich verändern.⁷⁷⁶ Wie unsicher die Erschöpfungstheorie ist, zeigt auch der Umstand, dass ein Notar nur bei konkreten Anhaltspunkten nachforschen muss, ob ein einzelner Nachlassgegenstand den zukünftigen Nachlass über den kritischen Wert hinaus erschöpft.⁷⁷⁷ Die Erschöpfungstheorie verschiebt somit die Abgrenzung auf einen viel zu frühen unsicheren Zeitpunkt und verursacht dadurch Rechtsunsicherheit und Beweisprobleme unter den Vertragsparteien und wird dem Normzweck des § 311b IV, V BGB nicht gerecht.⁷⁷⁸

Hingegen wird diese Umgehungsmöglichkeit den Parteien genommen, wenn für alle Vertragsobjekte die gleichen Voraussetzungen gelten. Die Parteien können nicht mehr darauf spekulieren, in welcher Form der Erblasser letztwillig verfügen wird. Hierdurch entsteht Rechtssicherheit. Den Umstand, dass zukünftige Nachlassgegenstände, Stück- und Geldvermächtnisse nicht dem Formerfordernis des § 311b V 2 BGB unterfallen soll, weil der Vermögenswert für die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abschätzbar ist, muss insoweit diesem Schutzgedanken weichen, zumal die Erschöpfungstheorie der Rechtsprechung nicht das Problem der Aushöhlung des Schutzzwecks der Norm in zureichender Hinsicht zu lösen vermag.

Der einzige Nachteil der Erweiterung des § 311b V BGB auf Nachlassgegenstände und Vermächtnisse bleibt insoweit, dass Fremde über diese Vertragsobjekte keinen Vertrag mehr abschließen können. Dies erscheint insoweit aber hinnehmbar, da die fremde Person i.d.R. vom Versprechenden in Kenntnis darüber gesetzt wird, dass der Gegenstand zum zukünftigen Nachlass gehört und deshalb der Schutzzweck des § 311b V BGB in Form der vorgezogenen Erbaueinandersetzung und Vermeidung von Familienstreitigkeiten vorrangig gilt.

Aus diesen Gründen kann von einer Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen Nachlassgegenständen, Stück- und Geldvermächtnissen auf der einen Seite und Erbschaften, „Pflichtteil[en]“, Universal- und Quotenvermächtnissen als Vertragsobjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auf der anderen Seite ausgegangen werden. Eine Analogie erscheint somit möglich.

In diesem Kontext ist auch die Frage nach einer Begrenzung des Umfangs eines solchen Vertrages zu beantworten.⁷⁷⁹ Wie bereits festgestellt, ist ein Vertrag gem. § 311b IV, V BGB über die zukünftigen gesetzlichen Erbteile und Erbteile bei gewillkürter Erbfolge nicht auf die Höhe des theoretischen Erbteils begrenzt.⁷⁸⁰ Aufgrund der Austauschbarkeit der Vertragsobjekte mit den Quoten- und Universalvermächtnissen wäre

⁷⁷⁴ Damrau, ZErB 2004, 206 (210); Limmer, DNotZ 1998, 927 (934); Odemer, ZEV 2021, 414 (416) will den Beweisproblemen durch eine interessengerechte Beweislastverteilung beikommen.

⁷⁷⁵ Henssler, RNotZ 2010, 221 (226).

⁷⁷⁶ Kaufhold, ZEV 1996, 454 (455).

⁷⁷⁷ Odemer, ZEV 2021, 414 (417); Henssler, RNotZ 2010, 221 (226).

⁷⁷⁸ Henssler, RNotZ 2010, 221 (226).

⁷⁷⁹ S.o. §9.III.3.a.

⁷⁸⁰ S.o. §9.III.3.a.; beachtet werden muss jedoch § 2318 BGB.

eine Begrenzung der Höhe für diese Vertragsobjekte ebenfalls widersprüchlich. Sollte dem Versprechenden ein solches über dem theoretischen gesetzlichen Erbteil liegendes Vermächtnis nach dem Erbfall zufallen, so kann er dieses auch erfüllen.

Bei den Nachlassgegenständen möchte sowohl die Ansicht, welche Nachlassgegenstände nicht unter § 311b IV, V BGB fassen möchte als auch die Erschöpfungstheorie den Umfang eines Vertrages über den zukünftigen Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten nicht beschränken.⁷⁸¹ Der Umstand, dass Nachlassgegenstände nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls unter § 311b IV, V BGB fallen, kann daran nichts ändern. Denn die Verschärfung bezieht sich nur auf die Anforderungen für Verträge über einen zukünftigen Nachlassgegenstand eines noch lebenden Dritten aufgrund der Umgehungsmöglichkeiten und den erörterten Risiken. Der Wert des zukünftigen Nachlassgegenstandes bleibt für den Versprechenden trotzdem i.d.R. kalkulierbar. Schon aus diesen Gründen bedarf es keiner Einführung einer Wertgrenze zum Schutz des Versprechenden in diesen Fällen. Zusätzlich würde eine Beschränkung auf den theoretischen gesetzlichen Erbteil nicht zu mehr Rechtssicherheit führen, da der Nachlassgegenstand in Anteile aufgeteilt werden würde, die nur schwer erfüllbar sein können. Aber auch aus Gründen der Vergleichbarkeit zu den Erbteilen und Quoten- und Universalvermächtnissen ist ein Erfordernis einer Wertobergrenze bei den Nachlassgegenständen nicht sinnvoll und notwendig. Das gleiche sollte dann auch für Stück- und Geldvermächtnisse gelten.

De lege ferenda:

Diese Auffassung sollte auch beim eigenen Vorschlag für eine Gesetzesänderung beibehalten werden. Aus dogmatischen Gründen sollten jedoch in § 311b IV 2 Alt.1 BGB Vors. die Nachlassgegenstände aufgenommen werden. § 311b V BGB Vors. ist dadurch sowohl auf die Nachlassgegenstände als auch auf alle Vermächtnisarten durch den Zusatz „*derartigen*“ in § 311b V 1 BGB Vors. ohne Begrenzung auf eine Anteilsobergrenze anwendbar.

c. Pflichtteil i.S.d. § 311b IV 2 Var.1, V 1 Var.2 BGB

Die Auslegung des Normtextes „*Pflichtteil*“ in § 311b IV 2 Var.1, V 1 Var.2 BGB hat gezeigt, dass nach allen Ansichten der Vertrag über das Pflichtteilsrecht unter § 311b IV, V BGB fällt. Unklar bleibt aber, ob unabhängig voneinander auch Verträge über den zukünftigen Pflichtteilsanspruch und den Pflichtteilsergänzungsanspruch von § 311b IV, V BGB erfasst sein sollen.⁷⁸² Da der BGH sich noch nicht zu dieser Problematik geäußert hat⁷⁸³ kommt es auf eine Bewertung der bereits dargelegten Argumente bei der Auslegung an.

Bedeutend scheint zum einen, dass der Pflichtteilsanspruch und der Pflichtteilsergänzungsanspruch einen Ausfluss des Pflichtteilsrechts darstellen. Diese systematische Einordnung spricht stark dafür, den Pflichtteilsanspruch und den Pflichtteilsergänzungsanspruch ebenso wie das Pflichtteilsrecht dem § 311b V BGB zu unterstellen. Vergleichbar ist dies mit dem Begriff „*Vermächtnis*“ in § 311b IV BGB. Die schuldrechtliche Ausprägung hiervon ist der Vermächtnisanspruch aus § 2174 BGB, welcher nicht anders als das Vermächtnis bei § 311b IV BGB behandelt wird.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ Kaufhold, ZEV 1996, 454 (455f.); Henssler, RNotZ 2010, 221 (226); Limmer, DNotZ 1998, 927 (934).

⁷⁸² S.o. §7.IV.5.

⁷⁸³ Henssler, RNotZ 2010, 221 (229).

⁷⁸⁴ Limmer, DNotZ 1998, 927 (935).

Vergleichbar ist auch der Schutzzweck der Norm beim Erbteil und beim Pflichtteil. Zum einen wird die Höhe des Pflichtteils vom gesetzlichen Erbteil abgeleitet. Somit ist bei beiden Vertragsobjekten die endgültige Höhe beim Vertragsabschluss noch nicht bekannt. Demnach soll bei beiden nur dann ein Vertrag über diese Vertragsobjekte abgeschlossen werden, wenn dies der vorgezogenen Erbauseinandersetzung oder der Vermeidung von Familienstreitigkeiten dient. Dies gilt umso mehr für den Pflichtteilsberechtigten, da der Pflichtteilsanspruch eine große finanzielle Belastung für den Erben darstellen kann. Auch kann die Beziehung des Erben zum Pflichtteilsberechtigten nach dem Erbfall angespannt sein, wenn diesem seine Nichtberücksichtigung bei der Erbfolge bekannt wird.⁷⁸⁵

Auch der Ansicht, welche Pflichtteilsergänzungsansprüche von § 311b V BGB ausgliedert und dies daraus ableitet, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche sich aus einem zuvor verschenkten Nachlassgegenstand ergeben und deshalb ebenfalls wie die Nachlassgegenstände nicht von § 311b IV, V BGB erfasst sein dürfen, kann durch die Erläuterungen beim Nachlassgegenstand die Grundlage entzogen werden.⁷⁸⁶ Da Nachlassgegenstände ebenfalls von § 311b IV, V BGB Vors. erfasst sein sollen, gibt es auch keinen Grund die Pflichtteilsergänzungsansprüche anderweitig zu behandeln.

Unabhängig davon besteht eine engere Beziehung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zum Pflichtteilsanspruch als zum geschenkten Nachlassgegenstand. Der Nachlassgegenstand ist für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nur mittelbar entscheidend, wohingegen die Höhe des Pflichtteilsanspruchs unmittelbar nach dem Erbfall vom Pflichtteilsergänzungsanspruch beeinflusst wird.

Im Ergebnis kommt das Pflichtteilsrecht, der Pflichtteilsanspruch und der Pflichtteilsergänzungsanspruch als Vertragsobjekt eines Vertrags über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Frage.⁷⁸⁷

De lege ferenda:

Beim eigenen Vorschlag für eine Gesetzesänderung soll an dieser Interpretation nichts verändert werden. Die Entfernung des Begriffs „*Pflichtteil*“ in § 311b V BGB Vors. ändert hieran ebenfalls nichts, da § 311b V 1 BGB Vors. durch den Verweis „*derartigen*“ den „*Pflichtteil*“ aus § 311b IV 2 Var.2 BGB Vors. auch für § 311b V BGB Vors. anwendbar macht.⁷⁸⁸ Sowohl Verträge über den Pflichtteil, den Pflichtteilsanspruch und den Pflichtteilsergänzungsanspruch eines noch lebenden Dritten sind gem. dem eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung unter den Voraussetzungen des § 311b IV, V BGB Vors. möglich.

4. Normzweck

De lege ferenda:

Aus § 311b IV BGB Vors. geht hervor, dass auch diese Norm die Interessen des Erblassers, des Versprechenden und des Versprechensempfängers schützen möchte. Aufgrund der Ergänzung bei den erfassten Vertragsobjekten in § 311b IV BGB Vors. spricht vieles dafür, dass auch bei § 311b IV BGB Vors. folgende Schutzinteressen dominieren: die

⁷⁸⁵ Vgl. *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.91.

⁷⁸⁶ S.o. §7.II. und 9.III.3.b).

⁷⁸⁷ *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (935).

⁷⁸⁸ Siehe auch *Staudinger-Wufka*, BGB (2006), §311b IV, V, S.183; so übernommen von *Staudinger-Schumacher*, BGB (2018), §311b IV, V, S.284.

Respektierung der Person des Erblassers, dem Schutz vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung und dessen Ausnutzung durch den anderen Vertragspartner.

§ 311b V BGB Vors. möchte ebenfalls zukünftigen Familienstreitigkeiten vorbeugen und eine vorgezogene Erbauseinandersetzung unterstützen. Dem widerspricht auch nicht die gesetzlich normierte Erweiterung von Vertragssubjekten in § 311b V 2 BGB Vors. Die erwähnten Personen können alle ein Interesse an der Einhaltung der erwähnten Schutzzwecke haben. Es könnte zwar argumentiert werden, dass die Erweiterung der Vertragssubjekte in § 311b V 2 BGB Vors. zu einem erhöhten Risiko bzgl. einer Schutzzweckverletzung in Form einer Vermögensverschleuderung und der Ausbeutung dieses Leichtsinns führt, aber wie bereits ausgeführt, kann dieses Risiko einer Schutzzweckverletzung bei einem sehr eingeschränkten Personenkreis auch nicht vollständig ausgeschlossen werden.⁷⁸⁹

Die Analyse unter den abgeänderten Tatbestandsmerkmalen lässt jedoch auch die Tendenz erkennen, dass die Aspekte der Sittenwidrigkeit beim Normzweck immer mehr an Bedeutung verlieren. Werden diese sittlich motivierten Argumente bzgl. der Spekulation auf den Tod des Erblassers verdrängt, so verändert sich § 311b IV, V BGB Vors. dem Normzweck nach zu einer wirtschaftlichen Schutznorm. Auch die Historie belegt diese Tendenz bereits bei § 311b IV, V BGB. Denn in der Vergangenheit wurde von einem ausschließlich sittenwidrigen Normzweck im römischen Recht ausgegangen. Bei § 311b IV, V BGB hingegen wurden neben einem sittenwidrigen auch oder ausschließlich ein wirtschaftlicher Normzweck vertreten.⁷⁹⁰ Die Entwicklung des Schutzzweckes der Norm spricht zumindest nicht dagegen, dass § 311b IV, V BGB Vors. den Aspekt der Sittenwidrigkeit beim Normzweck gänzlich aufgibt und § 311b IV, V BGB nur noch wirtschaftliche Schutzzwecke verfolgt. Diese Auffassung lässt dem Formerfordernis bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eine noch größere Bedeutung zukommen.

5. Form

a. Anpassung des Formerfordernisses

Die Untersuchungen bzgl. der Formvorschrift § 311b V 2 BGB haben gezeigt, dass beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten die notarielle Beurkundung große Bedeutung für die Einhaltung der Schutzzwecke von § 311b IV, V BGB hat.⁷⁹¹

Im Rahmen des eigenen Vorschlags zu einer Gesetzesänderung der § 311b IV, V BGB kann zusätzlich kritisch hinterfragt werden, ob die bisher geltende Formstrenge gelockert, ergänzt oder verschärft werden sollte, um den Schutzzwecken der Norm die beste Entfaltungsmöglichkeit einzuräumen. In Betracht kommt insoweit das Erfordernis der Zustimmung des Erblassers (§9.III.5.a.1)), bei Formunwirksamkeit eine nachträgliche Heilungsmöglichkeit durch Erfüllung (§9.III.5.a.2)), ein einseitiges Beurkundungserfordernis (§9.III.5.a.3)), das Erfordernis von gleichzeitiger Anwesenheit oder dem Verbot der Stellvertretung bei der notariellen Beurkundung (§9.III.5.a.4)) und der Möglichkeit einer Einzelfallüberprüfung (§9.III.5.a.5)).

⁷⁸⁹ S.o. §5.III.

⁷⁹⁰ Ausführungen s.o. §4.

⁷⁹¹ S.o. §8.I.2.

1) Zustimmung des zukünftigen Erblassers

Eine Möglichkeit für eine Anpassung des Formerfordernisses könnte darin bestehen, die Wirksamkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten von der Zustimmung des zukünftigen Erblassers abhängig zu machen. Zum einen könnte die Zustimmung des Erblassers neben der notariellen Beurkundung als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung eingeführt werden. Oder aber die Zustimmung des Erblassers könnte die notarielle Beurkundung gänzlich ersetzen. Der Normzusatz beim eigenen Vorschlag einer Gesetzesänderung müsste demnach wie folgt lauten: „Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hängt von der Zustimmung des Dritten ab.“

Bereits im römischen Recht wurde diese Problematik diskutiert. Nach C 2.3.30.2 (3)⁷⁹² war ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten wirksam, wenn der Erblasser die Zustimmung einem solchen Vertrag erteilt hatte. Eine Abänderung des Vertrages durch den Erblasser war generell jedoch nicht möglich.⁷⁹³ War der Erblasser dagegen unbekannt, so konnten die Parteien auch keinen bestimmten Erblasser um dessen Zustimmung bitten. Aus diesem Grund waren Verträge über den Nachlass eines unbekanntem Erblassers nach dem römischen Recht auch zulässig.⁷⁹⁴

Im gemeinen Recht lassen sich zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen finden. Viele Regelungen erfordern auf der einen Seite nachweislich die Mitarbeit des Erblassers an der Wirksamkeit beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.⁷⁹⁵ Jedoch kommt auch vermehrt die Meinung auf, dass der Erblasser am Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gänzlich unbeteiligt bleiben sollte.⁷⁹⁶ So erfordert z.B. der Entwurf für ein bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1860⁷⁹⁷ keine Zustimmung mehr.⁷⁹⁸

Die Motive zum BGB kommen zu dem Entschluss, dass die Zustimmungsbedürftigkeit zu einem nicht hinnehmbaren unsicheren Zustand zwischen den Vertragsparteien führen würde. Denn theoretisch könnte bis zum Erbfall die Wirksamkeit des Vertrages in Gefahr sein, da der Erblasser jederzeit seine Zustimmung widerrufen könnte. Zum anderen leiten die Motive auch aus genau diesem Umstand eine mögliche Gefährdung für das Leben des Erblassers ab. Den Vertragsparteien wäre hierdurch ein Motiv gegeben, einen Widerruf des zukünftigen Erblassers mit unzulässigen Mitteln zu unterbinden. Selbst wenn es nicht zu einer Lebensgefährdung des Erblassers kommen sollte, so wäre der Erblasser auf jeden Fall unzulässigen Einwirkungen auf seine Entscheidungsfähigkeit durch die Vertragsparteien ausgesetzt. Aus diesen Gründen lehnen die Motive eine Zustimmungsmöglichkeit des Erblassers ab.⁷⁹⁹

Die Protokolle der 1. Kommission zu den Verhandlungen des BGBs zeigen, dass in der 73. Sitzung vom 27.03.1882 zum damaligen § 6 von *Kurlbaum* vorgeschlagen wurde,

⁷⁹² Originaltext s.u. Anhang II.1.e.

⁷⁹³ Siehe Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.182; BGHZ 104, 279 (284).

⁷⁹⁴ *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.328; Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.182.

⁷⁹⁵ Vgl. §4.II.; siehe Hinweis bei BGHZ 37, 319 (325); *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.339 mit Beispielen und S.343 sieht das Zustimmungsbedürfnis im gemeinen Recht als Regel an.

⁷⁹⁶ Differenzierung bei *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.343f.

⁷⁹⁷ Originaltext von Theil II, Buch I, Hauptstück 1, Artikel 27 s.u. Anhang II.2.f.

⁷⁹⁸ Ebenfalls auch das Bayrische Landrecht in III. Kap. 11 § 1. Nr.5; Originaltext s.u. Anhang II.2.c.

⁷⁹⁹ Motive BGB, Band 2 (1888), §349, S.185: „Mit dem Erfordernisse der Zustimmung des Dritten wäre, wie gezeigt, nichts gewonnen; [...]“; Hinweis auch unter BGHZ 104, 279 (284).

bei der Einwilligung des Erblassers die Nichtigkeit entfallen zu lassen.⁸⁰⁰ Doch letztlich wurde dieser Vorschlag abgelehnt mit dem Hinweis, dass die Motive des BGBs dies nicht zulassen würden.⁸⁰¹ Dies zeigt, dass das Zustimmungsbedürfnis des zukünftigen Erblassers für das BGB gesehen und diskutiert wurde, aber letztlich nicht gelten sollte. Insoweit ist auch die fehlende ausdrückliche Zulässigkeit der Mitwirkungsmöglichkeit des Erblassers im Normtext des § 311b IV, V BGB nachvollziehbar.⁸⁰²

Des Weiteren fehlt dem zukünftigen Erblasser ein rechtlich relevantes Beteiligungsinteresse am Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Seine Interessen werden zwar aus thematischen Gesichtspunkten vom Vertrag tangiert, aber der zukünftige Erblasser ist kein rechtlicher Beteiligter am Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Er bleibt also Dritter und ist aus dem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten weder berechtigt noch verpflichtet. Deshalb muss eine Zustimmung dieses Dritten ohne Bedeutung bleiben und darf auch nicht zu einer Wirksamkeitsvoraussetzung eines solchen Vertrags ausgerufen werden.⁸⁰³

Der BGH argumentiert zusätzlich, dass aus den Schutzzwecken des § 311b IV, V BGB und den Interessen der beteiligten Personen nicht ersichtlich wäre, dass eine Zustimmung des zukünftigen Erblassers das Formerfordernis ersetzen könnte.⁸⁰⁴ Insbesondere soll der Ausnahmecharakter des § 311b V BGB einer weiten Auslegung im Wege stehen.⁸⁰⁵

Gerade der Sachverhalt aus BGH, NJW 1995, 448 legt den Widerspruch offen, welcher sich aus der Zulässigkeit einer Zustimmungsbedürftigkeit bei dieser Art von Verträgen ergeben würde. Dort schloss einer der Geschwister mit dem zukünftigen Erblasser einen Erb- und Pflichtteilverzichtsvertrag ab, in der Hoffnung, dass nach Abschluss eines Erbvertrages des anderen Geschwisterpaars mit dem zukünftigen Erblasser die beiden Geschwister in einem Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten untereinander wirksam die Nachlassverteilung regeln.⁸⁰⁶ Der Widerspruch ist darin zu sehen, warum genau der Erbvertrag gem. § 2276 I BGB und der Erb- und Pflichtteilverzichtsvertrag gem. § 2348 BGB notariell zu beurkunden wäre, aber der abschließende benötigte Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gänzlich ohne notarielle Beurkundung zulässig wäre.⁸⁰⁷ Aus Schutzgesichtspunkten wäre eine andersartige Beurteilung schwer nachzuvollziehen. Die Mitwirkung des zukünftigen Erblassers kann nämlich nicht die Aufgaben einer notariellen Beurkundung ausreichend ersetzen.⁸⁰⁸

⁸⁰⁰ „Verträge, welche über die Erbschaft eines Dritten vor Eintritt des Erbfalles geschlossen werden, sind nichtig, ausgenommen, wenn sie mit Einwilligung des Dritten geschlossen werden.“. So zitiert aus Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.398.

⁸⁰¹ Jakobs/Schubert-Schubert, Beratung BGB (1978), §312 a.F., S.399.

⁸⁰² Vgl. BGHZ 37, 319 (324); auch BGH, NJW 1995, 448; Möller, EE 2019, 174 (175); DNotI-Report, 24/1995, 217; DNotI-Report 01/2017, 1 (2).

⁸⁰³ Hierzu BGH, NJW 1995, 448; Thode, ZEV 1995, 143 (144) erwähnt den Zusammenhang von BGHZ 104, 279 und BGH, NJW 1995, 448 in diesem Punkt; Odemer, ZEV 2021, 414.

⁸⁰⁴ BGH, NJW 1995, 448 vergleicht hier das Formerfordernis für den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten mit der gleichen Relevanz wie bei Verträgen aus § 311b II, III BGB und sonstigen erbrechtlichen Rechtsgeschäften.

⁸⁰⁵ Siehe BGH, NJW 1995, 448.

⁸⁰⁶ Das Ziel der Parteien in BGH, NJW 1995, 448 war durch den Abschluss dieser Verträge den Gläubigern der einen Partei den Regress auf den zukünftigen Erbteil zu verwehren.

⁸⁰⁷ Siehe BGH, NJW 1995, 448.

⁸⁰⁸ So BGH, NJW 1995, 448f.; auch Thode, ZEV 1995, 143 (144); jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.508; deshalb möchte Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.146, diesen Vertrag nicht unter § 311b IV, V BGB fallen lassen und umgeht somit den Formzwang; s.o. §8.I.1. zu den Aufgaben der notariellen Beurkundung.

Aber auch gegen den Ansatz, der die Einwilligung des zukünftigen Erblassers neben der Beurkundung erfordert, gibt es Argumente: Anerkannt ist, dass der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten den Vertragsparteien gerade in den Fällen eine Nachlassregelungsmöglichkeit gewähren soll, wenn der zukünftige Erblasser geschäftsunfähig geworden ist oder nicht anwesend sein kann.⁸⁰⁹ Sollte jedoch wieder das Erfordernis der Zustimmungsbedürftigkeit eingeführt werden, so könnte gerade in diesen Fällen ein Vertragsschluss nicht erfolgen. Dies würde einen großen Widerspruch darstellen. Eine Rechtsunsicherheit wäre die Folge, da die Wirksamkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten jeweils von der individuellen Rechtsfähigkeit eines zukünftigen Erblassers abhängig gemacht wird und ohne Not verschiedene Fälle unterschiedlich behandelt werden würden.

Stellungnahme:

Eine Abwägung der Argumente zeigt somit, dass auch beim eigenen Vorschlag für eine Gesetzesänderung vieles gegen die Einführung des Zustimmungsbedürfnisses des zukünftigen Erblassers spricht.

Durch die benötigte Zustimmung des zukünftigen Erblassers versuchte das römische Recht gewisse Schutzmechanismen vor allem für den zukünftigen Erblasser einzuführen. Doch die Nachfolgenormen sind strenger in diesem Punkt als das römische Recht.⁸¹⁰ Dies zeigt sich daran, dass der BGH die notarielle Beurkundung auch erfordert, wenn bereits eine Zustimmung des zukünftigen Erblassers vorliegt.⁸¹¹ Dieser Umstand ist nicht zuletzt auf die festgestellte veränderte Beurteilung bei den Schutzzwecken zurückzuführen. Die Erblasserinteressen sind mit der Zeit beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in den Hintergrund getreten.⁸¹² Genauso wird diese Frage grundsätzlich spätestens seit dem BGH-Urteil aus dem Jahre 1994 auch von der Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis beurteilt.⁸¹³ Zusätzlich hat sich das Beurkundungswesen stark verbessert.⁸¹⁴

Ebenfalls kann die Nichtigkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gem. § 311b IV BGB nicht durch die Zustimmung des Erblassers aufgehoben werden.⁸¹⁵ Für Fälle des § 311b V BGB hat eine gegebene oder verweigerte Zustimmung des zukünftigen Erblassers keine Auswirkungen.⁸¹⁶ Somit ist von einem Zustimmungserfordernis des zukünftigen Erblassers auch beim eigenen Gesetzesänderungsvorschlag abzusehen.

Dass im Ergebnis in Einzelfällen trotzdem die Mitarbeit und somit auch die Zustimmung des zukünftigen Erblassers benötigt werden, zeigt gerade der erwähnte BGH-Fall⁸¹⁷. In der angesprochenen Fallkonstellation könnte der zukünftige Erblasser ohne

⁸⁰⁹ Siehe hierzu Protokolle, S.918, in: *Mugdan*, Materialien BGB, Band 2 (1979), S.618; vgl. z.B. auch *Limmer*, DNotZ 1998, 927.

⁸¹⁰ *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S.337 vergleicht die Partikularrechte mit dem römischen Recht.

⁸¹¹ BGHZ 104, 279 (284); BGH, NJW 1995, 448; *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.508.

⁸¹² S.o. §5.I.1.d.

⁸¹³ Zustimmung *Frenz*, DNotZ 1996, 763 (766); *Limmer*, DNotZ 1998, 927 (939); auch *Henssler*, RNotZ 2010, 221 (239); *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, Band 1 (2019), §311b, Rn.50; LG Bonn, BeckRS 2011, 12737; siehe auch schon früher *OAG Wiesbaden*, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.44, S.408 m.w.N.; kritisch z.B. *Hufnagel*, Seuffert's Archiv, Band 1 (1847), Nr.252, S.94.

⁸¹⁴ Hierzu s.u. §9.III.5.b.

⁸¹⁵ BGHZ 104, 279 (284); BGH, NJW 1995, 448.

⁸¹⁶ BGHZ 104, 279 (284); BGH, NJW 1995, 448.

⁸¹⁷ BGH, NJW 1995, 448.

großen Aufwand den Abschluss des Erb- und Pflichtteilverzichtsvertrags und des Erbvertrags verhindern, indem er die Mitarbeit daran verweigert.⁸¹⁸

2) Heilungsmöglichkeit

Die Rechtsprechung und die Literatur gehen in der derzeitigen Fassung des § 311b V 2 BGB davon aus, dass bei Verletzung der Formvorschrift gem. § 125 S.1 BGB der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig ist.⁸¹⁹ Diese Nichtigkeit könnte aber dann wieder aufgehoben werden, wenn § 311b V BGB eine Heilung dieser Nichtigkeit zulässt. Die Heilung könnte dadurch eintreten, dass die Parteien trotz Nichtigkeit den vereinbarten Vertragsvereinbarungen nachkommen und den Vertrag nach dem Erbfall trotzdem erfüllen.⁸²⁰

Im bereits erwähnten BGH-Fall⁸²¹ hätten nach dieser Auffassung die zwei Geschwister die Möglichkeit, die wegen der fehlenden notariellen Beurkundung eingetretene Nichtigkeit des mündlich vereinbarten Vertrags über den Nachlass eines noch lebenden Dritten dadurch zu beheben, indem der Bruder der Schwester nach dem Erbfall trotzdem die Hälfte des Nachlasswertes, unter Abzug der im Erbvertrag festgehaltenen Vermächtnisse an die Söhne der Schwester in Höhe von 60 000 DM, ausgezahlt hätte.

Der Wortlaut des § 311b IV, V BGB schweigt bezüglich einer Heilungsmöglichkeit und liefert auf diese Rechtsfrage keine Antwort. Auch aus den Motiven und Protokollen zur Norm ist nicht erkennbar, ob eine Heilungsmöglichkeit bei Formnichtigkeit beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten überhaupt diskutiert wurde, oder wie der Gesetzgeber dieser Rechtsfrage gegenüberstand.⁸²² Das Gesetz hat so allen Anschein nach auf eine ausdrückliche Heilungsvorschrift verzichtet.⁸²³ Da auch im BGB nicht der allgemeine Grundsatz einer Heilungsmöglichkeit bei Nichtigkeit festgeschrieben ist⁸²⁴, kommt de lege lata nur eine Analogie in Betracht.⁸²⁵

Die systematisch naheliegendste Norm hierfür wäre § 311b I 2 BGB, da sie eine gesetzliche Heilungsvorschrift enthält. Insoweit müsste neben der nicht (eindeutig) belegbaren planungswidrigen Gesetzeslücke die Interessenlage von § 311b IV, V BGB und § 311b I BGB vergleichbar sein. Das Argument, dass § 311b I 2 BGB als Ausnahmegesetz nicht analogiefähig sein kann, ist solange nicht haltbar, wie sichergestellt werden kann, dass die Regelungsabsicht des Gesetzgebers durch eine Analogie nicht in ihr

⁸¹⁸ Siehe aber *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, S.141ff., der diesen Vertrag nicht unter § 311b IV, V BGB fasst und der Vertrag somit aus Praktikabilitätsgründen ohne Formzwang zwischen den Parteien abschließbar ist.

⁸¹⁹ BGH, NJW 1995, 448; RGZ 65, 364 (367); jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.510.

⁸²⁰ *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.29; im Ergebnis wird dadurch das Formerfordernis überflüssig. In der Rechtsprechung und Literatur wird auch von einem „*unvollendeten*“ Rechtsgeschäft gesprochen. So *Reinhart*, Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, S.29f.

⁸²¹ BGH, NJW 1995, 448.

⁸²² Siehe *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.85.

⁸²³ Siehe *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.214; generell hierzu *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), §125, Rn.108. Zusätzlich ist für ihn die Analogie zu einer anderen Heilungsvorschrift oder eine Gesamtanalogie ausgeschlossen.

⁸²⁴ Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss. Siehe hierzu *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.178.

⁸²⁵ Siehe hierzu *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.179ff.

Gegenteil verkehrt wird und der Grundsatz dadurch aufgehoben wird.⁸²⁶ Sowohl § 311b I 2 BGB als auch § 311b V BGB sind Ausnahmeregelungen.⁸²⁷ Trotzdem unterscheiden sich die Normen.

Bei § 311b I BGB sollen durch die Heilung sachenrechtlich abgeschlossene Tatbestände aufrechterhalten werden und den Beteiligten Rechtsfrieden dadurch eingeräumt werden, dass Bereicherungsansprüche schon vor der Verjährungsfrist ausgeschlossen sind. Hierbei akzeptiert die Rechtsordnung, dass durch diese Maßnahme die Formwirkungen nur unvollkommen oder gar nicht eingehalten werden können.⁸²⁸

§ 311b V BGB verfolgt hingegen andere Schutzzwecke.⁸²⁹ Auch die Rückabwicklung von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten weist keine Unregelmäßigkeiten auf und ist vergleichbar mit anderen Verträgen.⁸³⁰

Insoweit sind auch die Aussagen in der Rechtsprechung und in der Literatur nachvollziehbar, dass eine Erfüllung vor oder nach dem Erbfall keine Heilung eines formunwirksamen Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nach sich ziehen würde.⁸³¹ Somit fügt sich das Fehlen einer Heilungsmöglichkeit für § 311b V BGB in die Gesetzssystematik ein.⁸³² Die Heilung ist beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten somit nicht analogiefähig.

De lege ferenda:

Sollte eine Heilungsmöglichkeit beim Vertrag über dem Nachlass eines noch lebenden Dritten trotzdem de lege ferenda eingeräumt werden, könnte § 311b V 3 BGB Vors. demnach folgendermaßen lauten: „*Der Mangel der Form kann durch die Bewirkung der versprochenen Leistung nach dem Erbfall geheilt werden.*“⁸³³ Aber auch in diesem Fall stellt sich die Frage nach der Berechtigung einer Heilungsmöglichkeit.

Die Berechtigung einer Heilungsmöglichkeit könnte sich daher herleiten lassen, dass die durch das Fehlen des Formerfordernisses möglicherweise verletzte Schutzzwecke der Norm durch die Erfüllung des Vertrages wieder geheilt werden können. Ein Verstoß gegen die Interessen des Versprechensempfängers⁸³⁴ ließe sich auf den ersten Blick durch die Erfüllung durchaus wieder beheben. Denn zum Zeitpunkt der Erfüllung hat der Versprechensempfänger Kenntnis darüber, ob sich das zukünftige Nachlassvermögen des Erblassers vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zum Bedingungseintritt und der Vertragserfüllung signifikant verringert hat. Auch der bestehende Interessenskonflikt

⁸²⁶ Schlüter, JuS 1969, 10 (14); Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.204f.

⁸²⁷ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b I, Rn.262; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.22.

⁸²⁸ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b I, Rn.262; vgl. Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.215.

⁸²⁹ S.o. §5.II.

⁸³⁰ So Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.215.

⁸³¹ LG Bonn, BeckRS 2011, 12737; Henssler, RNotZ 2010, 221 (239); jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.510; Reinhart, Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, S.154; Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.215; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.40; Erman-Grziwotz, BGB, Band 1 (2020), §311b, Rn.97.

⁸³² Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S.215.

⁸³³ Angelehnt an die im BGB normierten Fälle der Heilung in § 518 II BGB und § 766 S.2 BGB. Obwohl nicht ausdrücklich von Heilung im Gesetzeswortlaut gesprochen wird, fällt auch der § 311b I 2 BGB hierunter. Siehe hierzu Staudinger-Hertel, BGB (2017), §125, Rn.105.

⁸³⁴ S.o. §5.I.3.

zwischen Versprechensempfänger, Versprechenden sowie dem zukünftigen Erblasser, der auf die Verwertung und Vermehrung des zukünftigen Nachlasses Einfluss haben könnte, erübrigt sich nach dem Erbfall und der anschließenden Vertragserfüllung. Auch das Insolvenzrisiko des Versprechensempfängers entfällt nach der Erfüllung. Ebenfalls sind für den Versprechenden⁸³⁵ nach dem Tode des Erblassers die Zusammensetzung des Nachlassvermögens und die Risiken des Vereinbarten ersichtlich. Von einer leichtfertigen Vermögensverschleuderung oder einem unsicheren Rechtsgeschäft, welches ihn eines vorteilhaften zukünftigen Vermögenszuwachses beraubt, kann zum Zeitpunkt der Erfüllung wohl nicht mehr ausgegangen werden. Außerdem erscheinen die von § 311b IV BGB berührten Erblasserinteressen⁸³⁶ zum Zeitpunkt der Erfüllung zwecks Versterbens des Erblassers vernachlässigbar. Insoweit spricht einiges dafür, eine Heilungsmöglichkeit zuzulassen.

Andererseits muss bedacht werden, dass die Parteien zuvor nicht fachkundig vom Notar beraten und belehrt worden sind und insbesondere der Versprechende den Vertrag nur so erfüllen kann, wie er zuvor auch formunwirksam abgeschlossen wurde. Gerade aber durch die Einhaltung der Formzwecke des § 311b V 2 BGB wird sichergestellt, dass der Vertragsinhalt im Ergebnis auch dem Willen und den Interessen der Parteien entspricht und ausgeglichen gestaltet ist. Dieser Schutzzweck kann durch die Erfüllung nicht mehr nachgeholt werden. Insoweit ist im Ergebnis der übrigen Literatur beizupflichten, dass nicht alle Formzwecke nach der Erfüllung erreichbar sind.⁸³⁷

Auch im Sinne der Rechtssicherheit ist keine Heilungsmöglichkeit von Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erforderlich.⁸³⁸ Denn grundsätzlich kann nicht abschließend gesagt werden, welche der Parteien die Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts wünscht, bzw. für wen die Heilung Vorteile einbringen würde.

Somit kommt eine Heilungsmöglichkeit beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten weder in der jetzigen noch für den eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Betracht.

3) Einseitiges Beurkundungserfordernis

Ein weiterer Ansatz könnte darin bestehen, die Willenserklärung nur eines Vertragspartners dem Formerfordernis zu unterwerfen.⁸³⁹ Wie bereits festgestellt wurde, schützt die notarielle Beurkundung jedoch sowohl den Versprechenden als auch den Versprechensempfänger vor bestehenden Gefahren und Risiken.⁸⁴⁰ Welcher der beiden Vertragsparteien schutzbedürftiger ist, hängt vom Einzelfall ab. Es kann somit nicht abschließend geklärt werden, ob generell der Versprechende oder der Versprechensempfänger

⁸³⁵ S.o. §5.I.2.

⁸³⁶ S.o. §5.I.1.

⁸³⁷ *Mock*, Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte, S.267; vgl. auch *Reinhart*, Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, S.154f.

⁸³⁸ Siehe hierzu abstrakt *Mock*, Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte, S.704f: Es geht demnach immer um eine Abwägung zwischen den gegensätzlichen Interessen der Erhaltung des „status quo“ und der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem noch unwirksamen Rechtsgeschäft. Hieraus ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit, Rechtsklarheit oder Rechtsbefriedigung in Form einer Heilung abzuleiten, ist nicht zulässig.

⁸³⁹ Siehe z.B. § 518 I BGB: „[...] notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich.“; § 1516 II 3 BGB: „Die Zustimmungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung.“; § 1750 I 2 BGB: „Die Erklärung bedarf der notariellen Beurkundung.“; § 2282 III BGB: „Die Anfechtungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung.“; § 2291 II BGB: „Die Zustimmungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung; [...]“; § 2296 II 2 BGB: „Die Erklärung bedarf der notariellen Beurkundung.“.

⁸⁴⁰ S.o. §8.II.2. zu den Erläuterungen bei den Schutzzwecken.

schutzbedürftiger ist und der Schutz einer Partei sogar so verringert werden kann, dass auf die Formwirkungen generell gänzlich verzichtet werden kann.

Deshalb kann beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht auf die beiderseitige Mitwirkung der Parteien am Beurkundungsprozess verzichtet werden. Es bleibt somit beim Beurkundungserfordernis beider Willenserklärungen.

4) *Strengere Voraussetzungen bei notarieller Beurkundung*

Die notarielle Beurkundung ist das strengste Formerfordernis, welches das BGB für Verträge bereithält.⁸⁴¹ Wie bereits erörtert, werden durch die notarielle Beurkundung die Schutzzwecke des § 311b IV, V BGB ausreichend gewahrt.⁸⁴² Trotzdem lassen sich im BGB innerhalb der notariellen Beurkundung noch gewisse Verschärfungen erkennen. Da der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gem. § 128 BGB i.V.m. § 152 BGB nur auf die schwächste Variante verweist, bleibt zu überprüfen, ob eine strengere Variante der notariellen Beurkundung die Parteien noch besser schützen könnte.

De lege ferenda:

Ein Ansatzpunkt könnte zum einen darin bestehen, beim eigenen Vorschlag für eine Gesetzesänderung die gleichzeitige Anwesenheit beider Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verlangen.⁸⁴³

In der aktuellen Fassung des § 311b IV, V BGB besteht durch den Verweis in § 311b V 2 BGB auf § 128 BGB für die Vertragsparteien vorwiegend aus Praxisgründen die Möglichkeit, ihre Willenserklärungen nicht nur zeitgleich, sondern auch sukzessive abgeben zu können.⁸⁴⁴ Beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist deshalb anerkannt, dass zuerst das Angebot und dann die Annahme nacheinander beurkundet werden können.⁸⁴⁵

Haben demnach beispielsweise die zwei gesetzlichen Erben A und B, die einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen wollen, Schwierigkeiten an einem bestimmten Besprechung- und Beurkundungstermin anwesend zu sein, so steht es nach dieser Regelung den Parteien frei, ob sie gleichzeitig vor dem Notar erscheinen wollen oder ob der eine zuerst sein Angebot vor dem Notar beurkunden lässt und zu einem späteren Zeitpunkt der andere das Angebot durch Beurkundung seiner Willenserklärung annimmt.⁸⁴⁶

Im Ergebnis stellt die Sukzessivbeurkundung für die Parteien also eine Möglichkeit dar, eine Beschleunigung des Vertragsabschlusses zu erreichen.⁸⁴⁷ Dies könnte beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ein Verstoß gegen die Warnfunktion darstellen. Insbesondere für den Versprechenden ist diese Art der Beurkundung riskant, da der Vertragsschluss schon mit Beurkundung der Annahmeerklärung erfolgt. Einen Zugang beim Versprechenden bedarf es nicht mehr.⁸⁴⁸ Der Notar versucht deshalb gem.

⁸⁴¹ Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.1.

⁸⁴² S.o. §8.II.2.

⁸⁴³ Siehe eine ähnliche Formulierung im BGB bei §§ 925 I, 1410, 2276 I, 2290 IV BGB; nähere Ausführungen Staudinger-Hertel, BGB (2017), BeurkG, Rn.372.

⁸⁴⁴ Vgl. Weber, MittRhNotK 1987, 37; Staudinger-Bork, BGB (2020), §152, Rn.1.

⁸⁴⁵ Henssler, RNotZ 2010, 221 (239); jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.508.

⁸⁴⁶ Da eine Vertretung zulässig ist, ist keine persönliche Anwesenheit vor dem Notar erforderlich. Siehe hierzu Staudinger-Hertel, BGB (2017), §128, Rn.2.

⁸⁴⁷ Staudinger-Bork, BGB (2020), §152, Rn.1.

⁸⁴⁸ Vgl. Staudinger-Bork, BGB (2020), §152, Rn.1.

§ 17 IIa 1 BeurkG⁸⁴⁹ seiner Beratungs- und Belehrungsfunktion insoweit gerecht zu werden, indem er die am meisten belehrbare Vertragsperson das Angebot abgeben lässt.⁸⁵⁰ Dies deckt sich dann mit dem Sinn und Zweck des § 152 BGB, wenn zuvor die Parteien über den Vertragsinhalt einig geworden sind.⁸⁵¹ In den Fällen allerdings, wo ein Vertragspartner nach der Belehrung eine Veränderung des Vertragsinhalts wünscht, kann ein zentrales Element der Beurkundungshandlung nicht mehr aufrechterhalten werden, da der Annehmende nur noch sehr eingeschränkt auf seine Belehrung reagieren kann.⁸⁵² Insofern stellt die sukzessive Beurkundung beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eine Gefährdung für die Einhaltung der Formzwecke dar.

Dieses Risiko könnte durch das Einfügen des Normtextes: „*Ein solcher Vertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden.*“ in den eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung jedoch eliminiert werden.

Andererseits lässt sich auch anbringen, dass dieser Nachteil insoweit hinnehmbar sein könnte, als durch die zeitliche Trennung die schutzbedürftigere Vertragspartei durch den Notar besser beraten und belehrt werden kann und nicht durch die andere Vertragspartei bei gleichzeitiger Anwesenheit zu einem Vertragsschluss gedrängt werden kann.

Die notarielle Beurkundung gewährt dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger zusätzlich die Möglichkeit, sich bei der notariellen Beurkundung vertreten zu lassen. Somit kann der Vertreter den Inhalt des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aushandeln und den Vertrag abschließen.⁸⁵³ Hieraus können beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten für den Vertretenen Risiken entstehen:

Zum einen bedarf gem. § 167 II BGB eine solche Vollmacht keiner notariellen Beurkundung, da eine Vollmacht keinen Vertrag darstellt und deshalb auch nicht vom Wortlaut des § 311b IV, V BGB erfasst wird. Nur in Ausnahmefällen kann § 167 II BGB in Anlehnung zu § 311b I 1 BGB auch in § 311b V BGB teleologisch reduziert werden.⁸⁵⁴ Für rechtlich uninformierte Personen besteht in allen anderen Fällen das Risiko ohne vorherige Beratung und Belehrung über die Auswirkungen einer Vollmachtserteilung eine Vollmacht auszustellen, welche dem Vertreter ermöglicht Verträge über den Nachlass

⁸⁴⁹ S.u. Anhang II.3.a. bzgl. Normtext.

⁸⁵⁰ Siehe Staudinger-Hertel, BGB (2017), §128, Rn.3; siehe auch zu weiteren Problemen bei der Sukzessivbeurkundung Weber, MittRhNotK 1987, 37 (45f.).

⁸⁵¹ Staudinger-Bork, BGB (2020), §152, Rn.1; anders z.B. bei § 2276 BGB, wo der Austausch der Willenserklärungen beurkundet werden muss. Siehe Staudinger-Kanzleiter, BGB (2019), §2276, Rn.3; bei § 925 BGB soll sichergestellt werden, dass beide Parteien sich bewusst sind, dass eine Auflassung die Eigentumsübertragung bewirkt und ein schwebender Zustand des Vertrages unerwünscht ist. Vgl. Staudinger-Pfeifer, BGB (2020), §925, Rn.83.

⁸⁵² Staudinger-Hertel, BGB (2017), §128, Rn.11.

⁸⁵³ MüKoBGB-Schubert, Band 1 (2018), §164, Rn.108.

⁸⁵⁴ Erman-Grziwotz, BGB, Band 1 (2020), §311b, Rn.95; dies soll zumindest bei einer unwiderruflichen Abschlussvollmacht möglich sein, da hierdurch das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsgeschäft mit seinen Rechtswirkungen den Vertretenen so bindet, wie der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten selbst das tun würde. Siehe Henssler, RNotZ 2010, 221 (239); auch jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.509; auch umfasst ist eine Vollmacht, welche unter Befreiung von der Einschränkung des § 181 BGB erteilt wird und nach den Umständen des Einzelfalls bereits eine rechtliche oder zumindest faktische Bindung des Vollmachtgebers eintritt. Gleiches gilt auch, wenn der Bevollmächtigte den Weisungen des Erwerbers unterliegt, wenn bei der Nichtvornahme des Vertretergeschäfts erhebliche Nachteile drohen, wenn sich der Vollmachtgeber in starker Abhängigkeit vom Bevollmächtigten befindet und wenn durch die Vollmacht tatsächlich die gleiche Bindung bewirkt wird wie durch den Abschluss des formbedürftigen Hauptvertrags. Staudinger-Schilken, BGB (2019), §167, Rn.21.

eines noch lebenden Dritten auszuhandeln und abzuschließen, welche spekulativ aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen sein können.

Zum anderen wird vom Notar der Vertreter und nicht der Vertretene beraten und belehrt.⁸⁵⁵ Hieraus ergibt sich die Gefahr für den Vertretenen, dass der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht eine Erklärung abgibt, welche der Vertretene nach eigener Beratung und Belehrung durch den Notar anders abgegeben hätte. Für den Vertreter und den Notar kann es somit schwierig festzustellen sein, ob die Interessen des Vertretenen optimal gewahrt sind.⁸⁵⁶

Noch problematischer kann sich ein Vertragsschluss dann für den Vertretenen auswirken, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht unerkannt missbraucht hat.⁸⁵⁷ Da sich dies in den meisten Fällen erst bei Bedingungseintritt, also nach dem Erbfall, herausstellen wird, kann der Vertretene den Vertrag nicht mehr abändern und die Rechtsmittel der vertretenen Personen können nach einem langen Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Erbfall dann in der Praxis sehr eingeschränkt sein.⁸⁵⁸

Das Familien- und Erbrecht antwortet auf diese grundsätzliche Stellvertretungsproblematik teilweise mit Vertretungsverboten.⁸⁵⁹ Damit soll sichergestellt werden, dass bei bedeutenden Rechtsgeschäften für die Person oder in Fällen, bei denen es um die Persönlichkeitsentfaltung geht, der Vertragsschluss selbständig von der Person getroffen wird, die auch die rechtlichen Auswirkungen zu spüren bekommt.⁸⁶⁰ Beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten geht es zwar nicht direkt um Fälle der Persönlichkeitsentfaltung, wie z.B. §§ 2064, 2274 BGB. Aber zumindest die Testierung oder der Abschluss eines Erbvertrags des Erblassers kann große Auswirkungen auf die Erfüllungsmöglichkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten haben. Die Wichtigkeit einer Beratung und Belehrung des Vertretenen zeigt sich am Verbot in § 311b IV BGB durch den Gesetzgeber. Durch den wirksamen Abschluss in § 311b V BGB ist bei Bedingungseintritt der Versprechende verpflichtet, eine Vermögensposition zu übertragen, dessen vollständigen Umfang der Vertreter zuvor in manchen Fällen bei Vertragsschluss gar nicht kennen konnte.⁸⁶¹ Auch unter Beachtung einer diskutierten Erweiterung der Vertragssubjekte und Vertragsobjekte erscheint eine Belehrung des Vertretenen sinnvoll. Insoweit ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ein bedeutendes Rechtsgeschäft.

De lege ferenda scheint es deshalb erforderlich, dass zumindest der Versprechende selbst vom Notar beraten und belehrt wird. Nur dann ist auch sichergestellt, dass ein Vertragsschluss und der vereinbarte Vertragsinhalt auch wirklich in seinem Willen liegen.⁸⁶² Die Möglichkeit der Stellvertretung sollte also aufgrund der Interessen des Versprechenden im eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung nur noch für den Versprechensempfänger möglich sein. Der Versprechende kann sich allenfalls bei der Abgabe der Willenserklärung vertreten lassen, wenn der Vertragsinhalt unter seinem Beisein ausgehandelt wurde und er selbst vom Notar beraten und belehrt worden ist.

⁸⁵⁵ Siehe *Lerch*, BeurkG (2016), §6, Rn.6 und §17, Rn.17, 90.

⁸⁵⁶ Vgl. ähnliche Argumentation bei § 2064 BGB *Staudinger-Otte*, BGB (2019), §2064, Rn.4.

⁸⁵⁷ Siehe zur allgemeinen Problematik *MüKoBGB-Schubert*, Band 1 (2018), §164, Rn.213ff.

⁸⁵⁸ Die Beweisführung subjektiver Merkmale könnte durch den Tod des Vertreters oder/und des Notars deutlich erschwert werden.

⁸⁵⁹ Siehe z.B. §§ 2064; 2255f.; 2274; 2284 S.1; 2290 II 1; 2296 I 1; 2347 II; 2351 BGB.

⁸⁶⁰ *MüKoBGB-Schubert*, Band 1 (2018), §164, Rn.100.

⁸⁶¹ S.o. bzgl. Normzweck §5.I.2.c.

⁸⁶² Für *Baur*, BWNotZ 1977 (Sonderheft), 43 (44) ist die Fixierung des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien das entscheidende Kriterium bei einer notariellen Beurkundung.

5) Einzelfallprüfung

Abschließend könnte noch erwogen werden, dass ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch nachträglich noch für gültig erklärt werden kann, wenn die Abwägung aller Kriterien und Schutzgüter zu dem Ergebnis kommt, dass eine bestimmte Lösung im Einzelfall das gerechteste Ergebnis darstellen würde. Diese Einzelfalllösung bietet somit eine noch flexiblere Handhabung der Problematik an.

Es gibt jedoch zwei Gründe, die gegen eine solche Annahme sprechen: Erstens erscheint es sehr wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber diese Variante bereits im Blick hatte, als er die Regelung erschaffen hat und sich letztlich dagegen entschieden hat. Denn die Einzelfallüberprüfung ist nicht im Wortlaut des § 311b V BGB angelegt. Vielmehr spricht die Generalklausel in § 311b IV BGB gerade dagegen, dass eine Einzelfalllösung überhaupt in Betracht kommen soll.⁸⁶³ Zweitens ergibt eine nachträgliche Einzelfallprüfung beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nach dem Erbfall wenig Sinn, da hierdurch die Rechtssicherheit verloren gehen kann. Denn der Sinn des neuen § 311b V BGB Vors. muss sein, dass sich die Parteien auf eine gewisse Vereinbarung verlassen können, unabhängig davon, ob sie gerecht ist oder nicht, solange sie sich noch im Rahmen des § 138 BGB befindet. Zusätzlich käme es auch zu ähnlichen Problemen und Schutzlücken wie bei der vorgeschlagenen und bereits erörterten nachträglichen Heilungsmöglichkeit durch Erfüllung.⁸⁶⁴ Eine Einzelfallüberprüfung ist somit beim eigenen Gesetzesänderungsvorschlag nicht zu berücksichtigen.

b. Stellungnahme und Fazit beim Formerfordernis

De lege ferenda:

Die Untersuchung zeigt, dass die notarielle Beurkundung auch beim eigenen Gesetzesänderungsvorschlag die geeignete Formvorschrift für den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten darstellt.

Nur das Erfordernis einer persönlichen Beratung und Belehrung des Versprechenden sollte in den eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung zusätzlich eingefügt werden, da de lege lata diese Gesetzesauslegung gem. § 311b V 2 BGB nicht möglich ist. Der Grund für diese Änderung ist darin zu sehen, dass durch die Stellvertretung nicht gesichert ist, ob der Vertragsinhalt auch wirklich im letzten Detail dem tatsächlichen Willen der Parteien entspricht. Der Versprechende könnte unzulänglich vertreten werden und aufgrund des unbestimmten Zeitraums zwischen Vertragsschluss und Erbfall besteht für ihn möglicherweise ein erhöhtes Risiko bzgl. einer Beschränkung seiner Rechtsmittel. Eine strengere Normvorschrift erscheint somit erforderlich.⁸⁶⁵

Der eigene Gesetzesänderungsvorschlag sollte deshalb mit dem Zusatz „*Der Schuldner kann den Vertrag nur (höchst)persönlich abschließen.*“ ergänzt werden.

Dies führt im Ergebnis zu einem Bedeutungszuwachs der Form und des Notarwesens beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Hilfreich hierbei ist auch die Verbesserung des Beurkundungswesens durch die Einführung des

⁸⁶³ Siehe Hinweis bei BGHZ 37, 319 (324).

⁸⁶⁴ S.o. §9.III.5.a.2).

⁸⁶⁵ Im Generellen befürwortet dies auch *Heldrich*, AcP 147 (1947), 89 (93), der eine Erweiterung des Formzwangs im Einzelfall möglich hält, wenn berechtigte Gründe dafürsprechen.

Beurkundungsgesetzes vom 28.08.1969.⁸⁶⁶ Durch diese Gesetzesreform wurde die vorher geltende Doppelzuständigkeit von Notaren und Gerichten für notarielle Beurkundungen aufgehoben und die Zuständigkeit überwiegend den Notaren zugeordnet.⁸⁶⁷ Eine Verschlechterung der Schutzfunktionen der Form ist hierdurch nicht zu erkennen.⁸⁶⁸ Ganz im Gegenteil hat diese Regelung zu einer klaren Aufgabenverteilung von Gericht und Notar geführt, wobei die Notare jetzt für den Beurkundungsvorgang alleine zuständig sind und die Gerichte diesen Vorgang auf seine Ordnungsgemäßheit überprüfen müssen.⁸⁶⁹ Für die Beratungs- und Belehrungsfunktion der notariellen Beurkundung ist diese Regelung auch weiterführend, da die Notare in der Regel eine viel umfassendere Erfahrung mit dem Umgang von Beurkundungen von Rechtsgeschäften aufweisen als die Gerichte und somit für alle Beteiligten sich dies vorteilig auswirkt.⁸⁷⁰ Zudem tritt automatisch mit Wegfall der Zuständigkeit auch eine Entlastung der Gerichte ein.⁸⁷¹ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass durch diese Änderung keine Formfunktion ihren Schutzzweck eingebüßt hat und die Rechtssicherheit gestärkt wurde.⁸⁷²

Als Fazit kann festgehalten werden, dass der veränderte Schutzzweck beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten und die gesteigerte Bedeutung der notariellen Beurkundung dafürspricht, dass die Form beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eine sehr zentrale Rolle ausfüllt, wenn es darum geht, die Risiken zu minimieren und der Privatautonomie an anderer Stelle mehr Freiheiten einzuräumen. Dies gilt umso mehr, da das Formerfordernis das subjektive Äquivalenzempfinden der Parteien durch gesteigerte Kosten, Zeit und Aufwand verändern kann.⁸⁷³ Da der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aufgrund seiner Konstellation kein alltägliches Rechtsgeschäft darstellt und mit hohem Risiko belegt sein kann, muss der Vertragsabschluss wohlüberlegt sein. Die notarielle Beurkundung bewirkt somit genau das, was von ihr verlangt wird. Sie verringert die Gefahr eines Verstoßes gegen die Schutzzwecke des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.⁸⁷⁴

⁸⁶⁶ Siehe *Scharfenberg*, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, S.443; weitere Änderungen dieses Gesetzes erfolgten durch das „Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften vom 20.02.1980“, „Drittes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 08.09.1998“ und dem „OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23.07.2002“. Siehe zu weiteren Ausführungen *Lerch*, BeurkG (2016), Einleitung, Rn.1.

⁸⁶⁷ *Soergel-Mayer*, BGB, Band 22 (2003), Vor.§1 BeurkG, Rn.3; *Scharfenberg*, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, S.445; siehe auch zur grundsätzlichen Entwicklung der Abschaffung der gerichtlichen Zuständigkeit bei *Scharfenberg*, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, S.285ff.; *Baur*, BWNotZ 1977 (Sonderheft), 43 sieht dadurch eine gesteigerte finanzielle Belastung für die Bevölkerung, weil kostengünstigere Beurkundungsmöglichkeiten weggefallen sind.

⁸⁶⁸ *Staudinger-Hertel*, BGB (2017), BeurkG, Rn.223 geht von einer weitestgehend zumindest inhaltlichen Übernahme der Vorgängernormen aus; siehe auch *Scharfenberg*, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, S.443.

⁸⁶⁹ *Soergel-Mayer*, BGB, Band 22 (2003), Vor.§1 BeurkG, Rn.3.

⁸⁷⁰ Vgl. *Soergel-Mayer*, BGB, Band 22 (2003), Vor.§1 BeurkG, Rn.3.

⁸⁷¹ *Soergel-Mayer*, BGB, Band 22 (2003), Vor.§1 BeurkG, Rn.3.

⁸⁷² Kritisch zur Gesetzesänderung: *Baur*, BWNotZ 1977 (Sonderheft), 43 (49).

⁸⁷³ Siehe *Mankowski*, JZ 2010, 662.

⁸⁷⁴ Siehe zur Problematik der Belehrungspflicht des Notars: *Lerch*, BeurkG (2016), §17, Rn.2. Der Notar muss ex ante über Risiken aufklären, was die Belehrung erheblich erschweren kann. Dies gilt umso mehr, sofern neben den tatsächlichen alltäglichen Risiken auch die rechtlichen Voraussetzungen der Norm unklar sind.

6. Vertragswirkung

Auch gem. § 311b IV, V BGB Vors. stellt sich die Rechtsfrage, ob nur der schuldrechtliche Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zulässig ist oder ob die Parteien unter den Voraussetzungen des § 311b V BGB Vors. auch vor dem Erbfall über Vertragsobjekte verfügen dürfen, wenn zu diesem Zeitpunkt eine übertragbare Rechtsposition besteht und diese Verfügung keine erbrechtliche Wirkung hat.

Die bisherige Auslegung für den Begriff „*Vertrag*“ gem. § 311b IV, V BGB hat gezeigt, dass für beide Ansichten unterschiedliche Argumente sprechen.⁸⁷⁵ Ein großer Kritikpunkt an der Ansicht, welche nur schuldrechtliche Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zulassen möchte, besteht darin, dass diese Ansicht das Verbot der dinglichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten mit dem Verstoß gegen allgemeine erbrechtliche Grundsätze und mit der generellen dinglich-erbrechtlichen Wirkung dieser Rechtsgeschäfte begründet. Durch die Gegenansicht konnte aber nachgewiesen werden, dass diese Begründung nicht in allen Fällen Gültigkeit besitzt.

So ist der zukünftige Erbteil entgegen der ersten Ansicht schon vor dem Erbfall ein verkehrsfähiges Vermögenobjekt. Zusätzlich hätte eine Vorausverfügung nur dingliche, aber keine erbrechtliche Wirkung.⁸⁷⁶

Die dingliche Vereinbarung über die Übertragung des Pflichtteilsrechts zu Lebzeiten des Erblassers ist hingegen nach beiden Ansichten aufgrund seiner erbrechtlichen Wirkung nicht möglich.⁸⁷⁷ Ebenfalls nachgewiesen werden konnte, dass eine Vorausabtretung des Pflichtteilsanspruchs und des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zwar dingliche, aber keine erbrechtliche Wirkung hat.⁸⁷⁸ Die Rechtsposition des Zessionars ist sogar bei einer solchen Vorausabtretung des Pflichtteilsanspruchs und des Pflichtteilsergänzungsanspruchs als noch gefestigter zu bewerten als bei der Vorausabtretung des Miterbenanteils.⁸⁷⁹ Denn dem Zedenten kann vom Erblasser nur unter den Voraussetzungen gem. §§ 2333ff. BGB der Pflichtteil wieder entzogen werden. Auch kann der Zedent nach der Abtretung nur noch eingeschränkt auf seine Pflichtteilsberechtigung einwirken.⁸⁸⁰ So kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteilsanspruch nur ausschlagen, wenn er entweder einen Erlassvertrag gem. § 397 BGB mit dem/ den Erben nach dem Erbfall abschließt, oder zuvor einen Erlassvertrag gem. §§ 2346 II, 397 I BGB mit dem zukünftigen Erblasser abschließt.⁸⁸¹ Unterstützt wird diese Beurteilung sogar von Stimmen in der Literatur, welche ferner nur schuldrechtliche Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erlauben möchten. Aus Praktikabilitätsgründen soll eine Ausnahme vom sonstigen Verbot von dinglichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gemacht werden und gem. § 2317 II BGB der Pflichtteilsanspruch schon vor dem Erbfall abtretbar sein.⁸⁸²

⁸⁷⁵ S.o. §8.III.5.

⁸⁷⁶ S.o. §8.III.4.a.

⁸⁷⁷ jurisPK-*Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.494; *Mayer*, ZEV 1996, 441 (445).

⁸⁷⁸ S.o. §8.III.4.b.

⁸⁷⁹ Siehe auch *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129f.

⁸⁸⁰ *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129f.

⁸⁸¹ Vgl. *Staudinger-Herzog*, BGB (2015), §2317, Rn.59 und R.65; so argumentiert auch *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129f.

⁸⁸² *MüKoBGB-Ruhwinkel*, Band 3 (2019), §311b, Rn.143; *Grüneberg-Grüneberg*, BGB (2022), §311b, Rn.75; *Erman-Grziwotz*, BGB, Band 1 (2020), §311b, Rn.97; *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456); *Mayer*, ZEV 1996, 441 (445); *Beitzke*, NJW 1970, 265 (267); kritisch: DNotI-Report 16/1996, 141 (143) mit Hinweis auf die unsichere Rechtslage für die Praxis wegen fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung; dagegen: *jurisPK-Ludwig*, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.495.

Bei Vorausübertragungen von zukünftigen Nachlassgegenständen ist ebenfalls eine Trennung der dinglichen und erbrechtlichen Wirkung möglich.⁸⁸³ Sowohl bei der Ansicht, welche Nachlassgegenstände von § 311b IV, V BGB erfasst haben möchte⁸⁸⁴, als auch bei der Ansicht, welche Verträge über den zukünftigen Nachlassgegenstand nicht unter die Bedingungen des § 311b IV, V BGB stellen möchte⁸⁸⁵, kann ein Eigentumserwerb trotz zum Zeitpunkt der Verfügung fehlender Verfügungsbefugnis gem. § 185 II S.1 Alt.2 BGB erfolgen. Sollte jedoch der Ansicht gefolgt werden, dass schuldrechtliche Verträge über den Nachlassgegenstand nur unter den Bedingungen des § 311b IV, V BGB möglich sind und dingliche Verträge über den Nachlassgegenstand generell unzulässig sind, so ist aufgrund des gesetzlichen Verbotes ein Rechtserwerb ausgeschlossen. Soweit ersichtlich wird diese Ansicht jedoch nicht vertreten.

Bei der Problematik bzgl. der Abtretbarkeit eines zukünftigen Vermächtnisanspruches sind sich beide Ansichten im Ergebnis einig. Von beiden Ansichten wird diese Rechtsfrage verneint.⁸⁸⁶

Stellungnahme:

Somit sollte infolge einer Gesamtabwägung der Ansicht, welche neben den schuldrechtlichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch Vorausverfügungen gem. § 311b V BGB unter den erörterten Voraussetzungen zulassen möchte, der Vorrang eingeräumt werden. Begründet werden kann dies zum einen damit, dass die Ansicht, welche nur schuldrechtliche Verträge gem. § 311b IV, V BGB zulassen möchte in der dogmatischen Begründung nicht konsequent erscheint. Selbst die Rechtsprechung bewertet diese Ansicht als zu streng und lässt deshalb als Ausnahme die Vorausabtretung eines zukünftigen Pflichtteilsanspruchs bzw. zukünftigen Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu. Zum anderen besteht ein weiterer Vorteil der Ansicht, welche sowohl den schuldrechtlichen als auch den dinglichen Vertrag gem. § 311b V BGB zulässt, darin, dass für den Erwerber schon zu Lebzeiten des Erblassers im Hinblick auf die Erfüllung eine weitere Sicherheit durch die Vorausabtretung geschaffen werden kann. Ansonsten würde es nur bei einem schuldrechtlichen Anspruch bleiben.⁸⁸⁷ Im Ergebnis sollte deshalb die Rechtsordnung zumindest die Möglichkeit einräumen, dass solche Vorausverfügungen von den Parteien im Rahmen des § 311b IV, V BGB getroffen werden können.⁸⁸⁸

Es bleibt aber auch festzuhalten, dass die generelle Zulässigkeit der dinglichen Verträge vor dem Erbfall nicht in § 311b IV, V BGB angesiedelt ist. Denn die Auslegung hat gezeigt, dass es vielmehr um die generelle dogmatische Frage geht, ab welchem Zeitpunkt bei erbrechtlichen Rechtspositionen von einer übertragbaren Anwartschaft ausgegangen werden kann.⁸⁸⁹

Eine andere Möglichkeit für den Versprechensempfänger die Erfüllung des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten durch den Versprechenden nach dem Erbfall abzusichern besteht im Abschluss einer Vollzugsvollmacht noch zu Lebzeiten des

⁸⁸³ S.o. §8.III.4.c.

⁸⁸⁴ S.o. §7.II.

⁸⁸⁵ S.o. §7.II.

⁸⁸⁶ MüKoBGB-Ruhwinkel, Band 3 (2019), §311b, Rn.135; Limmer, DNotZ 1998, 927 (931).

⁸⁸⁷ Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33; Henssler, RNotZ 2010, 221 (237).

⁸⁸⁸ Siehe schon Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.129; in diese Richtung auch Blomeyer, FamRZ 1974, 421 (426); Henssler, RNotZ 2010, 221 (237) mit dem Hinweis, dass sich hierdurch die Gefahren des Vertrags über den Nachlass eines noch lebenden Dritten eindämmen ließen; zustimmend auch Damrau, ZErB 2004, 206 (213).

⁸⁸⁹ Limmer, DNotZ 1998, 927 (932).

zukünftigen Erblassers zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger.⁸⁹⁰ Hierfür erteilt der Versprechende dem Versprechensempfänger eine unwiderrufliche Vollmacht, die über den Tod des Versprechenden hinaus gültig ist und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.⁸⁹¹ Gem. § 167 II BGB i.V.m. § 311b V 2 BGB benötigt diese unwiderrufliche Vollmacht die notarielle Beurkundung.⁸⁹² Inhaltlich sollte diese Vollmacht den Versprechensempfänger berechtigen, für den Versprechenden die Erbschaft anzunehmen oder gem. § 1945 III BGB ausschlagen zu können.⁸⁹³ Dem Versprechensempfänger wird durch diese Vollzugsvollmacht ermöglicht nach dem Erbfall dem Vorhaben des Versprechenden, den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nicht ordnungsgemäß erfüllen zu wollen, zuvorzukommen und die Fristen zu wahren (z.B. § 1944 BGB).⁸⁹⁴

Ohne diese Vollzugsvollmacht gibt es in Fällen, in denen sich der Versprechende nach dem Erbfall nicht an das zuvor Vereinbarte gebunden fühlt, nur die Möglichkeit über eine einstweilige Verfügung i.V.m. § 894 ZPO die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung gerichtlich zu erzwingen.⁸⁹⁵ In Fällen, in denen der Versprechende verpflichtet war, die Erbschaft auszuschlagen, aber sie dennoch nach dem Erbfall annimmt, bleibt hingegen nur ein Anspruch auf Schadensersatz aufgrund der Vertragsverletzung möglich.⁸⁹⁶

Im Vergleich zur Ansicht, welche sowohl schuldrechtliche als auch dingliche Verträge über den Nachlass erlaubt, wenn vor dem Erbfall eine dingliche Rechtsposition besteht, deren Vorausverfügung keine erbrechtliche Wirkung nach sich ziehen würde, stellt die Erteilung einer Vollzugsvollmacht für die Absicherung des Versprechensempfängers einen erheblichen Nachteil dar. Denn im Zeitraum zwischen dem Erbfall und der Erklärung des Versprechensempfängers als Bevollmächtigter besteht für den Versprechenden weiterhin die Möglichkeit über die angefallene Erbschaft wirksam zu verfügen oder die Gläubiger des Versprechenden könnten auf die Erbschaft zugreifen.⁸⁹⁷ Auch in diesen Fällen bleiben dem Versprechensempfänger nur Schadensersatzansprüche.⁸⁹⁸

Anders sieht es bei der Ansicht aus, die sowohl schuldrechtliche als auch dingliche Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, sofern dies rechtlich erlaubt ist, zulässt. Hier ist der Versprechensempfänger vor den Verfügungen des Versprechenden und vor einer Zwangsvollstreckung in den Vertragsgegenstand geschützt, weil seine Rechte vorrangig gelten.⁸⁹⁹ Nur vor einer Ausschlagung des Versprechenden sind seine

⁸⁹⁰ Henssler, RNotZ 2010, 221 (238); Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV, V, Rn.33.

⁸⁹¹ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S 132; Henssler, RNotZ 2010, 221 (238); Damrau, ZErB 2004, 206 (213f.).

⁸⁹² Dies liegt daran, dass durch die unwiderrufliche Vollmacht unmittelbare und mittelbare Bindungen des Vollmachtgebers entstehen, die wirtschaftlich vergleichbar mit dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts i.S.d. § 311b V BGB sind. Hierzu jurisPK-Ludwig, BGB, Band 2 (2020), §311b, Rn.509; Staudinger-Schumacher, BGB (2018), §311b IV,V, Rn.39; so auch Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.137; siehe auch MüKoBGB-Schubert, Band 1 (2018), §167, Rn.24ff.

⁸⁹³ Henssler, RNotZ 2010, 221 (238); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S 132.

⁸⁹⁴ Henssler, RNotZ 2010, 221 (238).

⁸⁹⁵ Henssler, RNotZ 2010, 221 (238).

⁸⁹⁶ Damrau, ZErB 2004, 206 (213).

⁸⁹⁷ Henssler, RNotZ 2010, 221 (238).

⁸⁹⁸ Henssler, RNotZ 2010, 221 (238).

⁸⁹⁹ Henssler, RNotZ 2010, 221 (237); Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.133.

Rechte bedroht. Hiervor kann ihn aber, wie bereits dargelegt, die Vollzugsvollmacht schützen.⁹⁰⁰

Somit verdient die Ansicht den Vorzug welche sowohl schuldrechtliche als auch dingliche Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, sofern dies rechtlich erlaubt ist, zulässt, weil hierdurch Risiken bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten, insbesondere für den Versprechensempfänger, verringert werden können.⁹⁰¹ Auf die Erteilung einer Vollzugsvollmacht kann der Versprechensempfänger trotzdem bestehen, um eine Möglichkeit zu haben die versprochene Ausschlagung des Vertragsgegenstandes durchzusetzen.

De lege ferenda:

Für § 311b IV, V BGB Vors. sollte in dieser Rechtsfrage ebenfalls die Auslegung gelten, welche neben den schuldrechtlichen Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten auch Vorausverfügungen gem. § 311b V BGB Vors. unter den erörterten Voraussetzungen zulassen möchte. Angezeigt wird dies durch den unveränderten Wortlaut „*Vertrag*“ von § 311b IV, V BGB Vors. gegenüber § 311b IV, V BGB bzgl. dieser Problematik.

7. Zusammenfassung der Ergebnisse für § 311b IV, V BGB Vors.

Die Analyse der Streitfragen des § 311b IV, V BGB hat ergeben, dass die rechtlichen Risiken bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten durch eine aufeinander abgestimmte Auslegung der Tatbestandsmerkmale herabgesetzt werden können. Gezeigt werden konnte, dass eine solche Auslegung bereits de lege lata möglich ist. Der eigene Vorschlag zur Gesetzesänderung soll diese Erkenntnisse hauptsächlich klarstellen. Der eigene Gesetzesänderungsvorschlag möchte aber auch de lege ferenda die Norm bei den Vertragssubjekten und beim Formerfordernis erweitern bzw. strenger gestalten.

Die endgültige Fassung des § 311b IV, V BGB Vors. sollte deshalb lauten:

§ 311b IV BGB Vors.:

„Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt für einen Vertrag über künftige Nachlassgegenstände, über den Pflichtteil oder über ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.“

§311b V BGB Vors.:

„Absatz 4 gilt nicht für einen derartigen Vertrag, der zwischen Personen geschlossen wird, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu den gesetzlichen Erben (§§ 1924 - 1935 BGB, § 10 LPartG), gewillkürten Erben (§§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB), geschiedenen Ehegatten (§ 1564 BGB), nichtehelichen Lebenspartnern, sowie verschwägerten Personen (§ 1590 BGB) und Verlobten (§ 1297 I BGB) gehören. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung und kann vom Schuldner nur (höchst)persönlich abgeschlossen werden.“

Anhand dieses eigenen Gesetzesänderungsvorschlags können die angesprochenen Streitfragen wie folgt gelöst werden:

⁹⁰⁰ Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S.133.

⁹⁰¹ Henssler, RNotZ 2010, 221 (237).

a. Normensystematik

Aus dem Normtext des § 311b IV, V BGB Vors. geht hervor, dass § 311b IV BGB Vors. als Generalklausel und § 311b V BGB Vors. als Ausnahmenvorschrift auch im eigenen Gesetzesänderungsvorschlag erhalten und sogar ausgebaut werden sollen. § 311b V BGB Vors. verweist auch weiterhin auf „*Absatz 4*“. Zusätzlich wird durch den Wortlaut „*derartigen Vertrag*“ in § 311b V 1 BGB Vors. deutlich, dass die in der Generalklausel angeführten Tatbestandsmerkmale auch von § 311b V 1 BGB Vors. erfasst sind.

b. Terminologie

Die Bezeichnung „Erbchaftsvertrag“ hat sich als Terminologie für diese Rechtsproblematik als ungeeignet herausgestellt. Vorzuziehen ist der Gesetzestext „*Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten*“ mit der Anpassung an das jeweilige spezifische Vertragsobjekt oder „Vertrag mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten“.

c. Normzweck

Der weite Anwendungsbereich des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten berührt verschiedene Schutzgüter. Es ist deshalb möglich, dass im Einzelfall ein bestimmtes Schutzgut besondere Bedeutung erlangen kann. Seit dem römischen Recht hat sich die Bedeutung des Schutzguts der Respektierung der Person des Erblassers für den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten gewandelt. Dieses Schutzgut wird nunmehr nur noch als Hilfsargument für das Verbot in § 311b IV BGB angeführt. Außerdem möchte § 311b IV BGB die Vertragsparteien vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung und dessen Ausnutzung durch den anderen Vertragspartner schützen und zielt somit vorrangig auf den Beteiligenschutz ab. Die Norm ist somit als moderne Schutznorm zu interpretieren. Festgestellt werden konnte auch, dass der Gesetzgeber gewillt ist, die Schutzzwecke aus § 311b IV BGB dann zurückzustellen, wenn die Schutzzwecke des § 311b V BGB erfüllt sind. Das Interesse an einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung oder der Wahrung des Familienfriedens überwiegt dann, wenn der Beteiligenschutz und die Rechtssicherheit ausreichend gewahrt werden können. § 311b IV, V BGB Vors. möchte hieran nichts verändern.

d. Vertragssubjekt

Die Vertragssubjekte eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten werden umfassend in § 311b V 1 BGB Vors. aufgeführt. Aufgrund der gesetzlichen Erbfolge kommen zum einen nur die Personen in „*§§ 1924 - 1935 BGB, § 10 LPartG*“ in Betracht. Hierbei wird durch das Weglassen des § 1936 BGB klargestellt, dass der Fiskus nicht zu den „*gesetzlichen Erben*“ gehört. Zusätzlich werden die Vertragssubjekte um die gewillkürten Erben aus „*§§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB*“ erweitert. Des Weiteren sollen weitere Familienangehörige („*geschiedenen Ehegatten (§ 1564 BGB), nicht-ehelichen Lebenspartnern, sowie verschwägerten Personen (§ 1590 BGB) und Verlobten (§ 1297 I BGB)*“) als Vertragsobjekte in Zukunft einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten wirksam abschließen können, weil diese Personen in einer ausreichend engen gesetzlichen bzw. emotionalen Nähe zum zukünftigen Erblasser stehen und somit vom Schutzzweck der Norm erfasst sind.

e. Vertragsobjekt

Durch den Verweis „*derartigen Vertrag*“ in § 311b V 1 BGB Vors. gelten für § 311b V BGB Vors. die in § 311b IV BGB Vors. angeführten Vertragsobjekte. Dass der

zukünftige gesetzliche Erbteil und der zukünftige Erbteil bei gewillkürter Erbfolge auch im eigenen Gesetzesänderungsvorschlag Vertragsbestandteil sein können, ergibt sich aus dem Begriff „*Nachlass*“ in § 311b IV 1 BGB Vors. Eine gesetzlich festgelegte Höchstgrenze für den zukünftigen gesetzlichen Erbteil und den zukünftigen Erbteil bei gewillkürter Erbfolge als Vertragsbestandteil eines Vertrages gem. § 311b IV, V BGB Vors. lässt sich nach der Entfernung des Normtextes „*über den gesetzlichen Erbteil*“ in § 311b V 1 BGB nunmehr nicht mehr aus dem Wortlaut ableiten. Auch der Alleinerbteil fällt unter den „*Nachlass*“ in § 311b IV 1 BGB Vors. und kommt als Vertragsobjekt bei § 311b V BGB Vors. in Betracht. Zusätzlich fallen die zukünftigen Nachlassgegenstände nunmehr unabhängig vom Wertanteil am Gesamtnachlassvermögen durch die Aufnahme in § 311b IV 2 Var.1 BGB Vors. und durch den Zusatz „*derartigen*“ in § 311b V 1 BGB Vors. unter die Ausnahmenvorschrift. Gleiches gilt auch gem. § 311b IV 2 Var.3 BGB Vors. i.V.m. § 311b V 1 BGB Vors. für alle Vermächtnisarten. Eine Umgehungsmöglichkeit der Vorschrift kann hierdurch ausgeschlossen werden. Der Begriff „*Pflichtteil*“ in § 311b IV 2 Var.2 BGB Vors. ermöglicht auch noch Verträge über den Pflichtteil, den Pflichtteilsanspruch und den Pflichtteilsergänzungsanspruch eines noch lebenden Dritten unter den Voraussetzungen des § 311b 1 V BGB Vors. durch den Verweis „*derartigen*“ zuzulassen.

f. Vertragswirkung

Nicht erforderlich ist es, explizit die dinglichen Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in den eigenen Gesetzesänderungsvorschlag aufzunehmen. Durch den Wortlaut „*Vertrag*“ in § 311b IV BGB Vors. und „*derartigen Vertrag*“ in § 311b V 1 BGB Vors. werden sowohl der obligatorische als auch der dingliche Vertrag einbezogen. Für den dinglichen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ergibt sich nur die Besonderheit, dass ein solcher Vertrag nur wirksam sein kann, wenn bei Vorausübertragungen eine Trennung der dinglichen und erbrechtlichen Wirkung möglich ist. Hierfür können nur dingliche Vorausverfügungen über den zukünftigen Erbteil, über den zukünftigen Pflichtteilsanspruch bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch und über zukünftige Nachlassgegenstände in Betracht kommen.

g. Form

Die notarielle Beurkundung soll auch beim eigenen Vorschlag für eine Gesetzesänderung des § 311b IV, V BGB als Formvorschrift beibehalten werden. Das Formerfordernis wird aber durch den Zusatz „*Der Schuldner kann den Vertrag nur (höchst)persönlich abschließen.*“ in § 311b V 2 BGB Vors. insoweit verschärft, dass der Versprechende und nicht sein Vertreter persönlich beraten und belehrt werden soll.

Kapitel 4 – Schlussbemerkung

§10 Fazit

Die Erörterungen der Arbeit haben gezeigt, dass es zwei Hauptgründe dafür gibt, warum Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten als Risikogeschäfte eingestuft werden.

Der erste Grund ist darin zu sehen, dass tatsächliche Veränderungen bei den Tatbestandsmerkmalen des § 311b IV, V BGB zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zum Erbfall die Wirksamkeit eines solchen Vertrages beeinflussen können. Denn zum einen kann sich die Aufteilung der Erbschaft dadurch verändern, dass neue gesetzliche Erben durch Heirat, Geburt oder Adoption hinzukommen oder durch Tod bei fehlender Rechtsnachfolge wegfallen. Zum anderen beeinflusst der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten den Erblasserwillen nicht in rechtlicher Hinsicht. Deshalb können insbesondere Verfügungen des zukünftigen Erblassers die Erfüllbarkeit des Vertrages gem. § 311b IV, V BGB bis zu seinem Tode (ungewollt) beeinflussen oder sogar unmöglich machen. Ein weiteres Risiko besteht für die Vertragsparteien darin, dass sie nicht in allen Fällen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussehen können, ob, in welcher Form und zu welchem Wert der Versprechende am Nachlass später beteiligt sein wird. Die Rechtsprechung und die Literatur haben dies erkannt und behelfen sich des Öfteren mit der Annahme, dass die teilweise sehr restriktiv ausgelegten Tatbestandsvoraussetzungen nur zum Vertragszeitpunkt vorliegen müssen. Das Problem hierbei ist jedoch, dass dies nach dem Tod des Erblassers zu erheblichen Beweisproblemen in der Praxis führen kann. Außerdem wird hierdurch die tatsächliche Erfüllbarkeit des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten beim Erbfall nicht verbessert. Ebenfalls erwähnenswert ist, dass eine Rechtsunsicherheit dadurch entstehen kann, dass im Ergebnis Einzelfälle unterschiedlich beurteilt werden können, je nachdem zu welchem Zeitpunkt der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abgeschlossen wurde und in welcher Form der zukünftige Erblasser seinen Erblasserwillen letztlich rechtlich ausgestaltet hat. Eine geeignetere Lösung für die Vertragsparteien, diese drohenden möglichen Beweisprobleme zu beseitigen, besteht deshalb darin, mit Hilfe des Notars durch individuelle Vertragsgestaltung möglichen Abweichungen vom vereinbarten Vertragsinhalt beim Erbfall präventiv Rechnung zu tragen. Gleiches trifft auch auf die zu leistende Gegenleistung zu. Zusätzlich können die Auswirkungen dieser tatsächlichen Risiken für die Vertragsparteien dadurch verkleinert werden, indem § 311b IV, V BGB so ausgelegt bzw. ergänzt wird, dass die Vertragsobjekte unabhängig vom Erblasserwillen gleichbehandelt werden.

Der zweite Grund, weshalb Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten risikobehaftet sind, ist auf die stark voneinander abweichenden Auslegungsmöglichkeiten der Norm zurückzuführen. Diese und die fehlende höchstrichterliche Rechtsprechung in den meisten Rechtsfragen stellt für die Vertragsparteien beim Abschluss eines solchen Vertrages ein rechtliches Risiko dar. Diese Rechtsunsicherheit lässt sich auf mehrere Faktoren zurückführen. U.a. verfügt § 311b IV, V BGB über einen sehr weiten Anwendungsbereich. Zusätzlich ist der Gesetzeswortlaut teilweise unklar, was dazu führen kann, dass sich für die Parteien die Möglichkeit eröffnet je nach Gestaltungsart der letztwilligen Verfügung von Todes wegen des zukünftigen Erblassers verschiedene Schutzzwecke der Norm zu umgehen. Die Rechtsprechung reagierte in manchen Fällen auf diese Gesetzesumgehungen und versuchte die Gesetzeslücken wieder zu schließen, was u.a. die Anwendung der Erschöpfungstheorie belegt. Die Auslegung zeigt jedoch, dass im Ergebnis

hierdurch in der Praxis eine nur noch größere Rechtsunsicherheit geschaffen wurde und die Gesetzeslücken nicht zufriedenstellend geschlossen werden konnten.

Der Schwerpunkt dieser Dissertation lag deshalb darin, die bestehende rechtliche Unsicherheit bei Verträgen über den Nachlass eines noch lebenden Dritten aufzuarbeiten und eine dogmatisch kohärente Lösung für Verträge gem. § 311b IV, V BGB zu entwickeln. Im Ergebnis konnte aufgezeigt werden, dass dieses Ziel schon de lege lata durch die Auslegung erreicht werden kann.

Die wichtigsten Ergebnisse dieser Auslegung lauten wie folgt:

Normensystematik:

§ 311b IV und V BGB können nicht unabhängig voneinander betrachtet werden. § 311b IV BGB beinhaltet als Regelvorschrift ein Generalverbot für alle Verträge über zukünftiges Nachlassvermögen eines noch lebenden Dritten. § 311b V BGB ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme zum Abschluss eines wirksamen Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten.

Normzweck:

Durch den weiten Anwendungsbereich des Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann sich der Schutzzweck der Norm im Einzelfall ändern, bzw. ein bestimmtes Schutzgut kann besondere Bedeutung erlangen. Gewandelt seit dem römischen Recht hat sich die Bedeutung des Schutzguts der Respektierung der Person des Erblassers für den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten. Dieses Schutzgut wird nunmehr nur noch als Hilfsargument für das Verbot in § 311b IV BGB angeführt. Außerdem möchte § 311b IV BGB die Vertragsparteien vor leichtfertiger Vermögensverschleuderung und dessen Ausnutzung durch den anderen Vertragspartner schützen und zielt somit vorrangig auf den Beteiligtenschutz ab. Die Norm ist somit als moderne Schutznorm zu interpretieren. Festgestellt werden konnte auch, dass der Gesetzgeber gewillt ist, die Schutzzwecke aus § 311b IV BGB dann zurückzustellen, wenn die Normzwecke des § 311b V BGB erfüllt sind. Das Interesse an einer vorgezogenen Erbauseinandersetzung und/oder der Wahrung des Familienfriedens überwiegt dann, wenn der Beteiligtenschutz und die Rechtssicherheit ausreichend gewahrt werden können. Dieser ausreichende Beteiligtenschutz ist u.a. dann gegeben, wenn die Vertragsparteien zumindest aus rechtlichen Gesichtspunkten sicher sein können, dass die Wirksamkeit des Vertrages nicht von der rechtlichen Ausgestaltung des letzten Willen des zukünftigen Erblassers abhängig ist.

Vertragsobjekt:

Deshalb kann das Vertragsobjekt eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sowohl der gesetzliche als auch der gewillkürte Erbteil ohne eine Beschränkung auf die Höhe des theoretischen gesetzlichen Erbteils sein. Auch der Alleinerbteil kommt als Vertragsobjekt in Betracht. Zusätzlich werden auch alle einzelnen zukünftigen Nachlassgegenstände von § 311b IV, V BGB erfasst. Abzulehnen ist die Erschöpfungslehre, da sie mit dem Prinzip der Rechtssicherheit unvereinbar ist. Obwohl § 311b V BGB Vermächtnisse nicht erwähnt, kann durch eine Analogie der Anwendungsbereich des § 311b V BGB auf alle Vermächtnisarten ohne Begrenzung der Höhe auf den theoretischen Erbteil erweitert werden. Zusätzlich werden auch der Pflichtteil, der Pflichtteilsanspruch und die Pflichtteilsergänzungsansprüche von § 311b IV, V BGB gleichermaßen erfasst.

Vertragssubjekt:

Der Rechtsbegriff „*unter gesetzlichen Erben*“, ist dahingehend auszulegen, dass alle Personen einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten abschließen können, welche zum Vertragszeitpunkt eine unter §§ 1924 – 1935 BGB und § 10 LPartG beschriebene Beziehung zum künftigen gesetzlichen Erblasser aufweisen. Keine Vertragspartei eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten kann hingegen der Fiskus sein.

Form:

Die notarielle Beurkundung wird als umfassendste und strengste Formvorschrift des BGBs angesehen. Durch ihre Formzwecke wird beim Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten sichergestellt, dass zwischen den Vertragsparteien kein Informationsdefizit besteht und ihnen nach dem Notarbesuch bekannt sein sollte, welches Ausmaß und welche Folgen eine eigenständige Erklärung haben wird.

Vertragswirkung:

Vom Wortlaut „*Vertrag*“ in § 311b IV BGB und § 311b V 1 BGB ist auch der dingliche Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten erfasst. Dieser kann allerdings nur wirksam sein, wenn bei Vorausübertragungen eine Trennung der dinglichen und erbrechtlichen Wirkung möglich ist. Hierfür können nur dingliche Vorausverfügungen über den zukünftigen Erbteil, über den zukünftigen Pflichtteilsanspruch bzw. Pflichtteilergänzungsanspruch und über zukünftige Nachlassgegenstände in Betracht kommen.

De lege ferenda soll diese Auslegung beibehalten werden und zudem im eigenen Vorschlag zur Gesetzesänderung gem. § 311b IV, V BGB Vors. verdeutlicht und festgehalten werden. Darüber hinaus wurde untersucht, ohne hierbei gegen den Normzweck zu verstoßen, inwieweit der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten über die zulässige Auslegung des § 311b IV, V BGB hinaus angepasst und erweitert werden kann.

Hierbei konnte festgestellt werden, dass zum einen neben den zukünftigen Erben aus §§ 1924 - 1935 BGB, § 10 LPartG auch die gewillkürten Erben aus §§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB als weitere Vertragssubjekte für einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten in Frage kommen. Zum anderen werden vom Normzweck auch weitere zukünftige gewillkürte Erben geschützt, die einen engen familiären Bezug zum zukünftigen Erblasser aufweisen („*gesetzlichen Erben (§§ 1924 - 1935 BGB, § 10 LPartG), gewillkürten Erben (§§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB), geschiedenen Ehegatten (§ 1564 BGB), nichtehelichen Lebenspartnern, sowie verschwägerten Personen (§ 1590 BGB) und Verlobten (§ 1297 I BGB)*“) und somit mit einer gesteigerten Wahrscheinlichkeit durch eine Verfügung von Todes wegen vom zukünftigen Erblasser am Nachlass beteiligt sein können.

Des Weiteren soll im eigenen Gesetzesänderungsvorschlag das Formerfordernis dadurch verschärft werden, dass der Versprechende und nicht sein Vertreter durch den Notar persönlich beraten und belehrt werden muss. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der Notar den wirklichen Willen des Versprechenden ermitteln kann, dass zwischen den Vertragsparteien kein Informationsdefizit besteht und den Parteien nach der notariellen Beratung bekannt sein sollte, welches Ausmaß und welche Folgen eine eigenständige Erklärung haben wird.

Der eigene Vorschlag zur Gesetzesänderung des § 311b IV, V BGB lautet deshalb wie folgt:

§ 311b IV BGB Vors.:

„Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt für einen Vertrag über künftige Nachlassgegenstände, über den Pflichtteil oder über ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.“

§ 311b V BGB Vors.:

„Absatz 4 gilt nicht für einen derartigen Vertrag, der zwischen Personen geschlossen wird, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu den gesetzlichen Erben (§§ 1924 - 1935 BGB, § 10 LPartG), gewillkürten Erben (§§ 1941, 2274ff. BGB und §§ 2269, 2271 II BGB), geschiedenen Ehegatten (§ 1564 BGB), nichtehelichen Lebenspartnern, sowie verschwägerten Personen (§ 1590 BGB) und Verlobten (§ 1297 I BGB) gehören. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung und kann vom Schuldner nur (höchst)persönlich abgeschlossen werden.“

Ob die Rechtsprechung und die Literatur und der Gesetzgeber die gewonnen Erkenntnisse in die zukünftige Rechtsentwicklung aufnehmen, bleibt abzuwarten. Dafür sprächen neben der Klarstellung der Streitfragen und der verbesserten Rechtssicherheit eine Vereinfachung für die Arbeit der Notare.⁹⁰²

In der Summe ist es für die Vertragsparteien eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten durch die vorgeschlagene Auslegung de lege lata und die durch den eigenen Gesetzesänderungsvorschlag eingebrachten Anpassungen der Norm möglich, eine rechtlich absicherte vorgezogene Erbauseinandersetzung abzuschließen. Damit kommt es auch zu einer Vermeidung von zukünftigen Familienstreitigkeiten, die aufgrund der aktuell umstrittenen Gesetzesauslegung nach dem Erbfall drohen könnte.

Im Ergebnis könnte dieses Rechtsinstitut in der Rechtspraxis an Relevanz gewinnen, weil der Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten die einzige vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit darstellt, verbindliche erbrechtliche Vereinbarungen unter Ausschluss des Erblassers schon zu dessen Lebzeiten abschließen zu können. Dies wird umso relevanter für die zukünftigen Erben, wenn der Erblasser schon lange vor seinem Tode geschäftsunfähig geworden sein sollte.

⁹⁰² Die Schwierigkeit bei der Belehrung liegt für den Notar darin, die richtige Rechtsentwicklung aus „ex post“ Sicht vorauszusagen. Da durch den hier vertretenen Ansatz bzw. durch den neuen Gesetzesentwurf mehr rechtliche Sicherheit entsteht, profitieren auch der Notar und letztlich wieder die Vertragsparteien hiervon. Vgl. zur hier angesprochenen Problematik der Belehrungspflicht des Notars: *Lerch*, *BeurkG* (2016), §17, Rn.2.

Literaturverzeichnis

- Andres, Ingrid Der Erbschaftsentwurf von Friedrich Mommsen – Ein Beitrag zur Entstehung des BGB
Dissertation
Berlin 1996
Zit.: Andres, Erbschaftsentwurf von Friedrich Mommsen, S...
- Archill (Bearb.),
Gebhard (Bearb.),
Spahn (Bearb.) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Band 5 – Erbrecht
Berlin 1899
Zit.: Protokolle V, S...
- Baldus, Christian,
Stremnitzer, Johanna Zur Vormerkungsfähigkeit künftiger Vermächtnisansprüche bei dauerhafter Testier- und Geschäftsunfähigkeit des Erblassers
In: DNotZ 2006, 598-620
Zit.: Baldus/Stremnitzer, DNotZ 2006, 598
- Bamberger, Heinz
Georg (Hrsg.),
Roth, Herbert (Hrsg.),
Hau, Wolfgang
(Hrsg.),
Poseck, Roman (Hrsg.) BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
Band 1 – §§ 1-480
4. Auflage
München 2019
Zit.: Bamberger/Roth-Bearbeiter, BGB, Band 1 (2019), §..., Rn...
- dies. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
Band 5 – §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB
4. Auflage
München 2020
Zit.: Bamberger/Roth-Bearbeiter, BGB, Band 5 (2020), §..., Rn...
- Baur, Fritz Sinn und Funktion der notariellen Beurkundung
In: BWNotZ 1977 Sonderheft: 150 Jahre Amtsnotariat in Württemberg – Rückblick und Ausblick, 43-49
Zit.: Baur, BWNotZ 1977 (Sonderheft), 43
- Beckmann, Roland
Michael (Hrsg.),
Junker, Markus
(Hrsg.),
Rüßmann, Helmut
(Hrsg.) jurisPK-BGB
Band 2
9. Auflage
Saarbrücken 2020 (Stand 01.02.2020)
Zit.: jurisPK-Bearbeiter, BGB, Band 2 (2020), §..., Rn...

- Behrends, Okko (Hrsg.),
Knütel, Rolf (Hrsg.),
Kupisch, Berthold (Hrsg.),
Seiler, Hans Hermann (Hrsg.)
Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung
Band 3 – Digesten 11-20
Heidelberg 1999
Zit.: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Bearbeiter, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S...
- Beitzke, Günther
Scheidungsvereinbarungen über Zugewinnausgleich
In: NJW 1970, 265-268
Zit.: Beitzke, NJW 1970, 265
- Beseler, Georg
Die Lehre von den Erbverträgen
Teil 2, Band 2 – Besondere Arten des Erbeinsetzungsvertrages;
Der Erbverzicht; Anhang
Göttingen 1840
Zit.: Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, Teil 2, Band 2 (1840), S...
- Bitter, Johann Jacob (Druck)
Codex Maximilianus Bavaricus civilis
Frankfurt 1985 (Nachdruck der Ausgabe München 1756)
Zit.: Codex Maximilianus Bavaricus civilis (1756), S...
- Blomeyer, Jürgen
Die vorweggenommene Auseinandersetzung der in gemeinschaftlichem Testament bedachten Kinder nach dem Tod des ersten Elternteils
In: FamRZ 1974, 421-428
Zit.: Blomeyer, FamRZ 1974, 421
- Brauer, Johann
Nicolaus Friedrich
Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung
Band 2 – Von den gewinnenden Rechtsgeschäften oder über Saz 711-1100 de
Frankfurt a.M. 1986 (Nachdruck Karlsruhe 1809)
Zit.: Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon, Band 2 (1986), S..., Rn...
- Busch, Louis (Hrsg.)
u.a.
Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts
6. Auflage
Leipzig 1928
Zit.: BGB/RG-Bearbeiter, §..., S...
- Coing, Helmut
Die Frankfurter Reformation von 1578 und das Gemeine Recht ihrer Zeit – Eine Studie zum Privatrecht der Rezeptionszeit
Weimar 1935
Zit.: Coing, Frankfurter Reformation von 1578, S...

- ders. Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland
4. Auflage
München 1981
Zit.: Coing, Epochen der Rechtsgeschichte, S...
- ders. Europäisches Privatrecht
Band 2 – 19. Jahrhundert: Überblick über die Entwicklung des
Privatrechts in den ehemals gemeinschaftlichen Ländern
München 1989
Zit.: Coing, Europäisches Privatrecht, Band 2 (1989), S...
- Collin, D. (Hrsg.) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich
Band 1 – Allgemeiner Theil
Leipzig 1888
Zit.: Motive BGB, Band 1 (1888), §..., S...
- ders. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich
Band 2 – Recht der Schuldverhältnisse
Leipzig 1888
Zit.: Motive BGB, Band 2 (1888), §..., S...
- ders. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich
Band 5 – Erbrecht
Leipzig 1888
Zit.: Motive BGB, Band 5 (1888), §..., S...
- Damrau, Jürgen Die Verpflichtung zur Ausschlagung der Erbschaft
In: ZEV 1995, 425-427
Zit.: Damrau, ZEV 1995, 425
- ders. Zu den Grenzen und Gestaltungsmöglichkeiten des Erbschafts-
vertrags
In: ZErB 2004, 206-214
Zit.: Damrau, ZErB 2004, 206
- ders. Erbschaftsvertrag: Rechtliche Grenzen des Erbschaftsvertrags
In: EE 2019, 195-198
Zit.: Damrau, EE 2019, 195

- Daniels, Karl Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten
Dissertation
Bonn 1973
Zit.: Daniels, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, S...
- Danzer, Max (Hrsg.) Das bayerische Landrecht: (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung
München 1894
Zit.: Danzer, Das bayrische Landrecht, S...
- Deutsches Notarinstitut Vertrag über künftiges Erbrecht
In: DNotI-Report 1/1994, 1-4
Zit.: DNotI-Report 1/1994, 1
- ders. Angebot zum Abschluß eines Erbschafts Kaufvertrages mit einem Gläubiger des Verkäufers zu Lebzeiten des Erblassers; Umgehung des § 312 BGB
In: DNotI-Report, 24/1995, 217-219
Zit.: DNotI-Report, 24/1995, 217
- ders. Erbschaftsvertrag – Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche
In: DNotI-Report 16/1996, 141-144
Zit.: DNotI-Report 16/1996, 141
- ders. Zulässigkeit einer „Sicherungsabtretung“ von Erb- und Pflichtteilsrechten zwischen gesetzlichen Erben
In: DNotI-Report 15/1997, 167-168
Zit.: DNotI-Report 15/1997, 167
- ders. Kaufangebot eines Dritten für ein Nachlassgrundstück an den künftigen Erben zu Lebzeiten des Erblassers
In: DNotI-Report 19/2002, 145-146
Zit.: DNotI-Report 19/2002, 145
- ders. Annahme eines Vermächtnisses bzw. Verpflichtung dazu vor Eintritt des Erbfalls
In: DNotI-Report 17/2007, 132-133
Zit.: DNotI-Report 17/2007, 132-133
- ders. Erbschaftsvertrag über Vermächtnis; Zuwendungsverzichtvertrag mit dem Erblasser
In: DNotI-Report 01/2017, 1-3
Zit.: DNotI-Report 01/2017, 1-3

- ders. Erbschaftsvertrag über künftigen testamentarischen Erbteil
In: DNotI-Report 15/2019, 123-125
Zit.: DNotI-Report 15/2019, 123
- Du Chesne Anwartschaften
In: ZBIFG 1909, 234-238
Zit.: Du Chesne, ZBIFG 1909, 234
- Frenz, Norbert Beurkundungspflichtigkeit des Erbschaftsvertrages auch bei
Mitwirkung des Erblassers
In: DNotZ 1996, 763-767
Zit.: Frenz, DNotZ 1996, 763
- Frenz, Norbert (Hrsg.), Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz – Richtlinienemp-
fehlungen der BNotK, Dienstordnung für Notarinnen und No-
tariate
Miermeister, Uwe (Hrsg.)
5. Auflage
München 2020
Zit.: Frenz/Miermeister-Bearbeiter, BeurkG (2020), §..., S...
- Göschel, Johann, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht
Erxleben, Albrecht Band 3 – 1. Abteilung Familienrecht
(Hrsg.) 2. Auflage
Göttingen 1843
Zit.: Göschel, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht,
Band 3 (1843), Kp. ..., §..., S...
- Griesinger, Ludwig Commentar über das Herzoglich Wirtembergische Landrecht
Friedrich Band 2
Frankfurt, Leipzig 1793
Zit.: Griesinger, Commentar über das Herzoglich Wirtembergi-
sche Landrecht, Band 2 (1793), S...
- Großherzogthum Berg Napoleons Gesetzbuch – Code Napoléon
Düsseldorf 1810
Zit.: Code Napoléon (1810), Art..., S...
- Grüneberg, Christian Bürgerliches Gesetzbuch
(Bearb.), 81. Auflage
Ellenberger, Jürgen München 2022
(Bearb.), (u.v.m.) Zit.: Grüneberg-Bearbeiter, BGB (2022), §..., Rn...
- Grziwotz, Herbert Das „Patchworktestament“ – Teil 1
In: ZNotP 2018, 41-48
Zit.: Grziwotz, ZNotP 2018, 41

- ders. Das „Patchworktestament“ – Teil 2
In: ZNotP 2018, 81-91
Zit.: Grziwotz, ZNotP 2018, 81
- Hasse, Johann Christian Über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament
In: Rheinisches Museum für Jurisprudenz, 2. Jahrgang, 1828, S. 149-241
Zit.: Hasse, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1828, 149
- Heldrich, Karl Die Form des Vertrages
In: AcP 147 (1947), 89-129
Zit.: Heldrich, AcP 147 (1947), 89
- Henssler, Rolf Erbschaftsverträge nach § 311b Abs.4 und 5 BGB
In: RNotZ 2010, 221-242
Zit.: Henssler, RNotZ 2010, 221
- Hohloch, Gerhard Wirksamkeit eines Vertrages über künftigen gesetzlichen Erbteil, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.05.1988 – IV a ZR 325/86
In: JuS 1989, 61-62
Zit.: Hohloch, JuS 1989, 61
- Hufnagel, Mathes Verträge über die Erbschaft eines Dritten, insbesondere eines Verschollenen
Band 1
München 1847
In: J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Band 1 (1847), Nr.252, S.94
Zit.: Hufnagel, Seuffert's Archiv, Band 1 (1847), Nr..., S...
- Jakobs, Horst Heinrich Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer (Hrsg.),
Schubert, Werner Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen
(Hrsg.) Recht der Schuldverhältnisse I – §§ 241-432
Berlin 1978
Zit.: Jakobs/Schubert-Bearbeiter, Beratung BGB (1978), §..., S...
- Joachim, Norbert, Pflichtteilsrecht
Lange, Niels 3. Auflage
Berlin 2017
Zit.: Joachim/Lange, Pflichtteilsrecht (2017), Rn...

- Kah, Karl
Das badische Landrecht in seiner jetzigen Geltung
2. Auflage
Freiburg 1870
Zit.: Kah, badische Landrecht, §..., S...
- Kaiser, Christian
(Hrsg.)
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich
Bayern – Theil II. Recht der Schuldverhältnisse
München 1861
Zit.: Kaiser, Entwurf Bürgerlichen Gesetzbuches für das Kö-
nigreich Bayern, Theil II (1861), S...
- ders.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Königreich Bayern – Theil II. Recht der Schuldverhältnisse
München 1861
Zit.: Kaiser, Motive zum Entwurfe Bürgerlichen Gesetzbuches
für das Königreich Bayern, Theil II (1861), S...
- Kanzleiter, Rainer
Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge
über GmbH-Geschäftsanteile
In: ZIP 2001, 2105-2113
Kanzleiter, ZIP 2001, 2105
- Kaser, Max
Römische Rechtsgeschichte
2. Auflage
Göttingen 1967
Zit.: Kaser, Römische Rechtsgeschichte, S...
- Kaser, Max,
Knütel, Rolf,
Lohsse, Sebastian
Römisches Privatrecht
22. Auflage
München 2021
Zit.: Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, S...
- Kaufhold, Sylvia
Vereinbarungen über den Nachlaß oder einzelne Nachlaßge-
genstände ohne Mitwirkung des künftigen Erblassers
In: ZEV 1996, 454-457
Zit.: Kaufhold, ZEV 1996, 454
- Klumpp, Hans-Her-
mann
Der Pflichtteilsanspruch als Gegenstand des Rechtsverkehrs
und als Vollstreckungsobjekt
In: ZEV 1998, 123-127
Zit.: Klumpp, ZEV 1998, 123

- Koch, Christian Friedrich Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten – Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen
Teil 1, Band 1
4. Auflage
Berlin 1862
Zit.: Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 1 (1862), ... Titel, §..., Fn..., S...
- ders. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten – Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen
Teil 1, Band 2
3. Auflage
Berlin 1862
Zit.: Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 2 (1862), ... Titel, §..., Fn..., S...
- Koepfen, Albert Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts
Würzburg 1895
Zit.: Koepfen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, S...
- Kneip Verlag (Hrsg.) Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten
Teil 1, Band 1
Frankfurt 1985 (Nachdruck)
Zit.: Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 1 (Nachdruck 1985), S...
- ders. Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten
Teil 1, Band 2
Frankfurt 1985 (Nachdruck)
Zit.: Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 2 (Nachdruck 1985), S...
- Knoche, Hansjürgen Ulrich Zasius und das Freiburger Stadtrecht von 1520
Karlsruhe 1957
Zit.: Knoche, Freiburger Stadtrecht von 1520, S...
- Knütel, Rolf (Hrsg.), Kupisch, Berthold (Hrsg.), Rüfner, Thomas (Hrsg.), Seiler, Hans Hermann (Hrsg.) Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung
Band 5 – Digesten 28-34
Heidelberg 2012
Zit.: Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler-Bearbeiter, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 5 (2012), S...

- Krueger, Paulus (Hrsg.) Corpus Iuris Civilis
Band 2 – Codex Iustinianus
Dublin, Zürich 1967
Zit.: Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext), Band 2 (1967), S...
- Kuchinke, Kurt Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.05.1988 – IV a ZR 325/86
In: JZ 1990, 601-602
Zit.: Kuchinke, JZ 1990, 601
- Kues, Bernd Die vorweggenommene Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen unter künftigen Erben als Vertrag i.S. von § 312 Abs.2 BGB
In: ZEV 2001, 13-14
Zit.: Kues, ZEV 2001, 13
- Kulke, Ulrich Anwendbarkeit des § 312 Abs.1 BGB auf Bürgschaftsverträge bei Erberwartung des einkommens- und vermögenslosen Bürgen
In: ZEV 2000, 298-304
Zit.: Kulke, ZEV 2000, 298
- Kunkel, Wolfgang, Beyerle, Franz (Hrsg.) Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands
Band 1, 1. Halbband – Ältere Stadtrechtsreformationen
Weimar 1936
Zit.: Kunkel, Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Band 1, 1. Halbband (1936), S...
- Lange, Heinrich Lehrbuch des Erbrechts
1. Auflage
München/Berlin 1962
Zit.: Lange, Erbrecht (1962), §..., S...
- ders. Bindung des Erblassers an seine Verfügungen
In: NJW 1963, 1571-1579
Zit.: Lange, NJW 1963, 1571
- Lange, Heinrich, Kuchinke, Kurt Erbrecht – Ein Lehrbuch
5. Auflage
München 2001
Zit.: Lange/Kuchinke, Erbrecht (2001), §..., S...
- Leipold, Dieter Erbrecht
22. Auflage
Tübingen 2020
Zit.: Leipold, Erbrecht, Rn...

- Leonhard, Franz Allgemeines Schuldrecht des BGB
Band 1
München, Leipzig 1929
Zit.: Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, Band 1
(1929), S...
- Lerch, Klaus Beurkundungsgesetz
5. Auflage
Köln 2016
Zit.: Lerch, BeurkG (2016), §..., Rn...
- Limmer, Peter Erbschaftsverträge nach § 312 BGB: Bestandsaufnahme und
Neuorientierung
In: DNotZ 1998, 927-939
Zit.: Limmer, DNotZ 1998, 927
- Mankowski, Peter Formzwecke
In: JZ 2010, 662-668
Zit.: Mankowski, JZ 2010, 662
- Martens, Klaus Peter Rechtsgeschäft und Drittinteressen
In: AcP 177 (1977), 113-188
Zit.: Martens, AcP 177 (1977), 113
- Martinius Der Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den ge-
setzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen
In: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 3. Jahrgang, 1903,
S. 253-261 und S. 374-377
Zit.: Martinius, DNotZ 1903, 253
- Mayer, Jörg Nachträgliche Änderung von erbrechtlichen Anrechnungs- und
Ausgleichsbestimmungen
In: ZEV 1996, 441-447
Zit.: Mayer, ZEV 1996, 441
- Meder, Stephan Rechtsgeschichte
6. Auflage
Köln u.a. 2017
Zit.: Meder, Rechtsgeschichte, S...
- Meincke, Jens Peter Der problematische Scheidungsvergleich – BGHZ 26, 320
In: JuS 1976, 501-505
Zit.: Meincke, JuS 1976, 501

- Mitglieder des Bundesgerichtshofs Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
Band II, 1. Teil: §§ 241-413 BGB
12. Auflage
Berlin 1976
Zit.: BGB-RGRK-Bearbeiter, Band 2-Teil 1 (1976), § ..., Rn...
- Mock, Sebastian Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte
Tübingen 2014
Zit.: Mock, Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte, S...
- Möller, Gudrun Erbschaftsvertrag: Erbrechtliche Gestaltung ohne den Erblasser
In: EE 2019, 174-177
Zit.: Möller, EE 2019, 174
- Mommsen, Friedrich Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht
nebst Motiven
Braunschweig 1876
Zit.: Mommsen, Entwurf Erbrecht, S...
- Mommsen, Theodorus, Corpus Iuris Civilis
Krueger, Paulus Band 1 – Institutiones, Digesta
24. Auflage
Hildesheim 1988
Zit.: Mommsen/Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext),
Band 1 (1988), S...
- Mugdan, Benno (Hrsg.) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für
das Deutsche Reich
Band 2 – Recht der Schuldverhältnisse
Aalen 1979 (Neudruck von Berlin 1899)
Zit.: Protokolle/ Entwurf, S..., in: Mugdan, Materialien BGB,
Band 2 (1979), S...
- Mugdan, Benno (Hrsg.) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für
das Deutsche Reich
Band 5 – Erbrecht
Aalen 1979 (Neudruck von Berlin 1899)
Zit.: Motive V, S..., in: Mugdan, Materialien BGB, Band 5
(1979), S...
- Müller-Wirth, Christof,
Wagner, Christina Code Napóleon – Badisches Landrecht
Wegbereiter Deutscher Rechtsgeschichte
Heidelberg 1997
Zit.: Müller-Wirth/Wagner-Bearbeiter, Code Napóleon – Badi-
sches Landrecht, S...

- Muscheler, Karlheinz Anmerkung zu BGH, JZ 1997, 851
In: JZ 1997, 853-855
Zit.: Muscheler, JZ 1997, 853
- ders. Erbrecht
Band 2
1. Auflage
Tübingen 2010
Zit.: Muscheler, Erbrecht, Band 2 (2010), §..., Rn...
- Nassall, Wendt Das Freiburger Stadtrecht von 1520 – Durchsetzung und Bewährung
Dargestellt anhand der Rechtsprechung des Freiburger Stadtgerichts im 16. Jahrhundert zu den ersten beiden Tractaten
Dissertation
Berlin 1986
Zit.: Nassall, Freiburger Stadtrecht von 1520, S...
- Nieder, Heinrich, Kössinger, Reinhard, Kössinger, Winfried, Najdecki, Damian, Wolfgang, Zintl, Josef Handbuch der Testamentsgestaltung: Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemassnahmen
6. Auflage
München 2020
Zit.: Nieder/Kössinger-Bearbeiter, Handbuch der Testamentsgestaltung, §..., Rn...
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch,
Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-432
5. Auflage
Berlin 1928
Zit.: Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2-Teil 1 (1928), §..., S..., Anm...
- Odemer, Hilmar Der Vermächtnisvertrag gem. § 311b Abs. 4 S.2 Alt.2 BGB: Kritische Bestandsaufnahme und Zweckmäßigkeitüberlegungen zu einer unsicheren Rechtslage
In: ZEV 2021, 414-421
Zit.: Odemer, ZEV 2021, 414
- Otto, Carl (Hrsg.), Schilling, Bruno (Hrsg.), Sintenis, Karl Friedrich Ferdinand (Hrsg.) Das Corpus Juris Civilis (Romani)
Band 5 – Codex Buch 1-6
Aalen 1985 (Neudruck Leipzig 1832)
Zit.: Otto/Schilling/Sintenis, Codex (Übersetzung), Band 5 (1985), S...

- Pohlmann, Petra Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung
Dissertation
Berlin 1992
Zit.: Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S...
- v. Proff, Maximilian Erbschaftsverträge in der Praxis
Frhr.
In: ZEV 2013, 183-188
Zit.: v.Proff, ZEV 2013, 183
- Prütting, Hanns Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar
(Hrsg.),
16. Auflage
Wegen, Gerhard Köln 2021
(Hrsg.),
Zit.: PWW-Bearbeiter, BGB (2021), §..., Rn...
Weinreich, Gerd
(Hrsg.)
- Ravit, A. Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen
In: AcP 58 (1875), 1-69
Zit.: Ravit, AcP 58 (1875), 1
- Reinhart, Gert Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht
Dissertation
Heidelberg 1969
Zit.: Reinhart, Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, S...
- Roth, Paul Bayrisches Civilrecht
Teil 3
Tübingen 1875
Zit.: Roth, Bayrisches Civilrecht, Teil 3 (1875), §..., S...
- Röthel, Anne Erbrecht
18. Auflage
München 2020
Zit.: Röthel, Erbrecht, §..., Rn...
- Rückert, Joachim Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
(Hrsg.),
Band II: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 2. Teil-
band §§ 305 432
Schmoeckel, Mathias Tübingen 2007
(Hrsg.),
Zit.: HKK-Bearbeiter, Band II/2 (2007), §..., Rn...
Zimmermann, Reinhard (Hrsg.)

- Säcker, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Allgemeiner Teil – §§ 1-240, AllgPersönlR, ProStG, AGG
 Rixecker, Roland (Hrsg.),
 Oetker, Hartmut (Hrsg.),
 Limperg, Bettina (Hrsg.)
 Band 1
 8. Auflage
 München 2018
 Zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, Band 1 (2018), §..., Rn...
- dies. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Schuldrecht, Allgemeiner Teil II – §§ 311-432
 Band 3
 8. Auflage
 München 2019
 Zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, Band 3 (2019), §..., Rn...
- dies. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Familienrecht I,– §§ 1297-1588, VersAusglG, GewSchG, LPartG
 Band 9
 8. Auflage
 München 2019
 Zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, Band 9 (2019), §..., Rn...
- dies. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Familienrecht II,– §§ 1589-1921, SGB VIII
 Band 10
 8. Auflage
 München 2020
 Zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, Band 10 (2020), §..., Rn...
- dies. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Erbrecht – §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG
 Band 11
 8. Auflage
 München 2020
 Zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, Band 11 (2020), §..., Rn...
- Scharfenberg, Sylvia Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969
 Kiel 2003
 Dissertation
 Zit.: Scharfenberg, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, S...
- Schiffner, Ludwig Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich
 Jena 1899
 Zit.: Schiffner, Der Erbvertrag, S...

- Schirmer, Theodor Handbuch des Römischen Erbrechtes – Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis
Leipzig 1863
Zit.: Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechtes, S...
- Schlüter, Wilfried Durchbrechung des Abstraktionsprinzips über § 139 BGB und Heilung eines formnichtigen Erbschaftkaufs durch Erfüllung –
BGH, NJW 1967, 1128
In: JuS 1969, 10-16
Zit.: Schlüter, JuS 1969, 10
- Schollmeyer, Friedrich Recht der Schuldverhältnisse
Erste Hälfte: Allgemeiner Theil des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 241 - 432)
München 1900
Zit.: Schollmeyer, BGB (1900), §..., S...
- Schulze, Reiner (Schriftleitung) Nomoskommentar, Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar
11. Auflage
Baden-Baden 2021
Zit.: Hk-Bearbeiter, BGB (2021), §..., Rn...
- Schwarz, Michael Vorweggenommene Erbfolge und Erbschaftsvertrag
In: BWNotZ 1995, 139-142
Zit.: Schwarz, BWNotZ 1995, 139
- Scientia Verlag Aalen (Hrsg.) Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts – Dresdener Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866
Band 2
Aalen 1973
Zit.: Dresdener Entwurf von 1866, Band 2 (1973), S...
- ders. Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts – Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865
Band 4
Aalen 1973
Zit.: Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865, Band 4 (1973), S...
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand Das practische gemeine Civilrecht
Band 3 – Familienrecht und Erbrecht
2. Auflage
Leipzig 1861
Zit.: Sintenis, gemeine Civilrecht, Band 3 (1861), §..., S...

- Soergel, Hans Theodor,
Siebert, Wolfgang Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 2 – Schuldrecht I (§§ 241-610)
10. Auflage
Stuttgart u.a. 1967
Zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB, Band 2 (1967), §..., Rn...
- Soergel, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 2 – Schuldrecht I (§§ 241-432)
12. Auflage
Stuttgart u.a. 1990
Zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB, Band 2 (1990), §..., Rn...
- Soergel, Hans Theodor,
Gsell, Beate (Red.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 5/1a – Schuldrecht (§§ 311, 311a-c, 313, 314)
13. Auflage
Stuttgart u.a. 2013
Zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB, Band 5/1a (2013), §..., Rn...
- Soergel, Hans Theodor,
Damrau, Jürgen Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 22 – Erbrecht II (§§ 2064-2273; §§ 1-35 BeurkG)
13. Auflage
Stuttgart u.a. 2003
Zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB, Band 22 (2003), §..., Rn...
- Staub, H. Juristische Rundschau
In: DJZ 1903, 360-361
Zit.: Staub, DJZ 1903, 360
- v. Staudinger, Julius,
Herrler, Sebastian (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 1: Allgemeiner Teil – §§ 125-129 BGB, BeurkG
Berlin 2017
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2017), §.../BeurkG, Rn...
- dies. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 1: Allgemeiner Teil – §§ 139-163 BGB
Berlin 2020
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2020), §..., Rn...

- dies. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 1: Allgemeiner Teil – §§ 164-240 BGB
Berlin 2019
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2019), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Loewenfeld, Theodor (Hrsg.) u.a. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze
Band 2: Recht der Schuldverhältnisse – Allgemeiner Theil
2. Auflage
München 1906
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (1906), §..., Absatz...
- v. Staudinger, Julius, Löwisch, Manfred (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse – §§ 311b, 311c BGB
Berlin 2006
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2006), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Kaiser, Dagmar (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse – §§ 311, 311a-c BGB
Berlin 2018
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2018), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Löwisch, Manfred (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse – §§ 397-432 BGB
Berlin 2017
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2017), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Herrler, Sebastian (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 3: Sachenrecht – §§ 925-984 BGB; Anh 929-931
Berlin 2020
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2020), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Otte, Gerhard (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 1922-1966 BGB
Berlin 2017
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2017), §..., Rn...

- v. Staudinger, Julius, Baldus, Christian (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 1967-2063 BGB
Berlin 2020
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2020), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Otte, Gerhard (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 2064-2196 BGB (Testament 1)
Berlin 2019
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2019), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Baldus, Christian (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 2229-2264 BGB
Berlin 2018
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2018), §..., Rn...
- dies. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 2265-2302 BGB
Berlin 2019
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2019), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Otte, Gerhard (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 2303-2345 BGB
Berlin 2015
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2015), §..., Rn...
- v. Staudinger, Julius, Baldus, Christian (Red.) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 5: Erbrecht – §§ 2346-2385 BGB
Berlin 2016
Zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB (2016), §..., Rn...
- Stöcker, Hans Beerbung bei lebendigem Leibe – Kritik der §§ 1934 d, e BGB
In: JZ 1970, 675-677
Zit.: Stöcker, JZ 1970, 675

- Strohal, Emil (Hrsg.) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz
Band 2, 1. Hälfte – Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241-432
4. Auflage
Berlin 1914
Zit.: Planck-Bearbeiter, BGB, Band II/1 (1914), §..., S..., Anm...
- Thode, Reinhold Pflicht zur notariellen Beurkundung eines Erbschaftsvertrags auch bei Zustimmung des Erblassers, Anmerkung zu BGH, NJW1995, 448
In: ZEV 1995, 143-144
Zit.: Thode, ZEV 1995, 143
- Wachter, Thomas Neues zum Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung
In: DB 2017, 2500-2508
Zit.: Wachter, DB 2017, 2500
- Weber, Stefan Materiell- und beurkundungsrechtliche Probleme bei sukzessiver Beurkundung von Angebot und Annahme
In: MittRhNotK 1987, 37-46
Zit.: Weber, MittRhNotK 1987, 37
- Weirich, Hans-Armin Der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht
In: DNotZ 1986, 5-17
Zit.: Weirich, DNotZ 1986, 5
- Weiske, Julius Rechtslexikon
Band 4 – Erbvertrag, Güteversuch
Leipzig 1843
Zit.: Weiske-Bearbeiter, Band 4 (1843), S...
- Wendt Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht
In: AcP 92 (1902), 1-287
Zit.: Wendt, AcP 92 (1902), 1
- Westermann, Harm Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar
Peter (Hrsg.),
Grunewald, Barbara Band 1 – §§ 1-778, AGG
(Hrsg.), 16. Auflage
Köln 2020
Maier-Reimer, Georg Zit.: Erman-Bearbeiter, BGB, Band 1 (2020), §..., Rn...
(Hrsg.)

- dies. Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar
Band 2 – §§ 779-2385 BGB, AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG
16. Auflage
Köln 2020
Zit.: Erman-Bearbeiter, BGB, Band 2 (2020), §..., Rn...
- Wiedemann, Herbert Abfindungs- und Wertfestsetzungsvereinbarungen unter zukünftigen Erben
In: NJW 1968, 769-773
Zit.: Wiedemann, NJW 1968, 769
- Winkler, Karl Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen
In: NJW 1971, 401-404
Zit.: Winkler, NJW 1971, 401
- ders. Bedeutung der Formvorschriften für die Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Gesellschaftsrechts der Europäischen Gemeinschaft
In: DNotZ Sonderheft 1977: „75 Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift“ – 100 Jahrgänge einer Zeitschrift für das Notariat in Deutschland, 113-134
Zit.: Winkler, DNotZ 1977 (Sonderheft), 113
- Zasius, Ulrich,
Frey, Nikolaus (Hrsg.) Neue Stadtrechte und Statuten der Stadt Freiburg im Breisgau
Faksimiledruck der Ausgabe 1520
Aalen 1968
Zit.: Zasius, Faksimiledruck der Ausgabe 1520, S...

Anhang

I. Verzeichnis aller wichtigen Gerichtsentscheidungen zum Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten

<u>Jahr</u>	<u>Fundstelle</u>
1849	OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 2 (1849), Nr.313, S.312
1860	OAG Wiesbaden, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.44, S.408
	OAG Lübeck, Seuffert's Archiv, Band 13 (1860), Nr.151, S.469
1861	OAG Cassel, Seuffert's Archiv, Band 14 (1861), Nr.216, S.729
1864	OLG Oldenburg, Seuffert's Archiv, Band 18 (1864), Nr.91, S.448
1877	OT Berlin, Seuffert's Archiv, Band 32 (1877), Nr.256, S.326
1881	OAG Dresden, Seuffert's Archiv, Band 36 (1881), Nr.135, S.193
	RGZ 4, 125
1883	OLG Oldenburg, Seuffert's Archiv, Band 38 (1883), Nr.37, S.59
1907	RGZ 65, 364
1909	RGZ 71, 133
1918	RGZ 93, 297
1920	RGZ 98, 330
1924	RG, LZ 1924, 587
1927	RG, JR 1927, 856
1949	OGHZ 2, 114 = OGHBrZ, NJW 1949, 623 (ohne Urteilsbegründung)
1956	BGH, NJW 1956, 1151
1958	BGHZ 26, 320 m. Anm. Meincke, JuS 1976, 501
1960	BGH, DNotZ 1960, 382 = BGH, MDR 1960, 575 = BGH, FamRZ 1960, 228
1962	BGHZ 37, 319 = BGH, FamRZ 1962, 468 = BGH, NJW 1962, 1910
1972	BGHZ 59, 343
1974	BGH, NJW 1974, 43 = BGH, JuS 1974, 392 m. Anm. Schmidt
1988	BGHZ 104, 279 = BGH, DNotZ 1989, 169 = BGH, JZ 1990, 599 m. Anm. Kuchinke
1995	BGH, NJW 1995, 448 = BGH, NJW 1988, 2726 = BGH, ZEV 1994, 142 m. Anm. Thode = BGH, DNotZ 1996, 763 m. Anm. Frenz
1996	BGH, FamRZ 1996, 162 = BGH, DNotZ 1997, 122 = BGH, JZ 1997, 851 m. Anm. Muscheler
2002	OLG Koblenz, Urt. v. 26.09.2002 – 5 U 1940/01
2011	LG Bonn, BeckRS 2011, 12737

II. Norm- und Quellenverzeichnis

1. Römisches Recht

a. D 17.2.3.2

„*PAULUS libro trigesimo secundo ad edictum*

De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.“⁹⁰³

Übersetzt aus dem Lateinischen:

„*PAULUS im 32. Buch zum Edikt*

Wurde eine Gesellschaft mit der Abrede eingegangen, daß, wenn einem von beiden Gesellschaften irgendeine rechtmäßige Erbschaft zufällt, diese gemeinschaftlich ist, so stellt sich die Frage, was eine rechtmäßige Erbschaft ist: Nur die kraft gesetzlicher Erbfolge anfallende oder auch die auf Testament beruhende? Und es ist mehr zu billigen, daß die Vereinbarung nur die gesetzliche Erbschaft betrifft.“⁹⁰⁴

b. D 17.2.73

„*ULPIANUS libro primo responsorum*

Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. idem maximae respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogetur vel quaeretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda.“⁹⁰⁵

Übersetzt aus dem Lateinischen:

„*ULPIAN im 1. Buch seiner Rechtsgutachten*

Er hat Maximinus folgendes Gutachten erteilt: Wenn sie eine Gesellschaft zum gesamten Vermögen eingegangen sind, das heißt auch bezüglich solcher Dinge, die später von einem jeden erworben werden, so ist eine Erbschaft, die irgendeinem von ihnen anfällt, in das Gesellschaftsvermögen einzubringen. Derselbe hat Maxima dieses Gutachten erteilt: Wenn sie eine Gesellschaft zum gesamten Vermögen in der Weise eingegangen sind, daß alles, was ausgegeben oder erworben wird, gemeinschaftlicher Gewinn und Aufwand sein sollte, so ist beiden auch das anzurechnen, was im Hinblick auf ein Ehrenamt für die Kinder des einen oder des anderen aufgewendet worden ist.“⁹⁰⁶

⁹⁰³ Zitiert aus *Mommsen/Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext), Band 1 (1988), S.256.*

⁹⁰⁴ Zitiert aus *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Misera, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S.403.*

⁹⁰⁵ Zitiert aus *Mommsen/Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext), Band 1 (1988), S.261f.*

⁹⁰⁶ Zitiert aus *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Misera, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S.435.*

c.D 18.4.1

„POMPONIUS libro nono ad Sabinum

Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.”⁹⁰⁷

Übersetzt aus dem Lateinischen:

„POMPONIUS im 9. Buch zu Sabinus

Wenn die Erbschaft jemandes, der noch lebt oder den es überhaupt nicht gibt, verkauft wird, dann ist nichts wirksam vereinbart worden, weil das, was verkauft worden ist, in der Wirklichkeit nicht vorhanden ist.“⁹⁰⁸

d. D 34.9.2.3

„Marcianus libro undecimo institutionum

Idem erit, si quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicuius cognati donaverit: nam quasi indigno aufertur.”⁹⁰⁹

Übersetzt aus dem Lateinischen:

„Marcian im 6. Buch seiner Institutionen

Dasselbe gilt, wenn jemand das Vermögen eines Verwandten zu dessen Lebzeiten und ohne dessen Wissen verschenkt. Denn die Erbschaft [die ihm später zufällt] wird ihm wegen Unwürdigkeit entzogen.“⁹¹⁰

e. C 2.3.30

„Imperator Justinianus A. Iohanni pp.

De quaestione tali a caesariensi advocazione interrogati sumus: si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos perveniat, certos modos in eadem hereditate observari, vel si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oportet.

1. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus condicionibus composita sunt, si ille fuerit mortuus et si ad hereditatem vocentur hi qui pactionem fecerunt.

2. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt.

⁹⁰⁷ Zitiert aus Mommsen/Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext), Band 1 (1988), S.271.

⁹⁰⁸ Zitiert aus Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler-Luig, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 3 (1999), S.483.

⁹⁰⁹ Zitiert aus Mommsen/Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext), Band 1 (1988), S.537.

⁹¹⁰ Zitiert aus Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler-Rüfner, Corpus Iuris Civilis (Übersetzung), Band 5 (2012), S.692.

3. *Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare.*

4. *Quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim neque donationes talium rerum neque hypothecas penitus esse admittendas neque alium quendam contractum, cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum meorum non patitur. D. k. Nov. Constantinopoli post consultam Lampadii et Orestae vv. cc.*⁹¹¹

Übersetzt aus dem Lateinischen:

„D. K. JUSTINIANUS an Joannes, Praef. Praet.

Wir sind über folgenden Fall von dem Advocatenstande zu Caesarea befragt worden: Zwei oder mehrere Personen hatten Hoffnung auf eine fremde Erbschaft, welche ihnen etwa wegen Verwandtschaft zufallen sollte, und es sind unter ihnen in Bezug auf die gehoffte Erbschaft Pacta eingegangen worden, in welchen insbesondere erklärt wurde, dass, wenn jener [Dritte] gestorben sein würde, gewisse Bestimmungen bei jener Erbschaft beobachtet werden sollten, oder dass, wenn vielleicht an einige von ihnen der Vortheil der Erbschaft gekommen sein würde, gewisse Verträge in Kraft treten sollten. Es wurde nun gezweifelt, ob solche Pacta aufrecht erhalten werden dürften.

1. Es machte ihnen nämlich der Umstand Bedenken, weil ein solcher Vertrag noch beim Leben Desjenigen, auf dessen Erbschaft man hoffte, eingegangen worden ist, und weil [die Pacten] nicht so abgeschlossen, als wenn die Erbschaft jeden Falls an sie kommen würde, sondern unter zwei Bedingungen eingegangen sind, nämlich: wenn Jener gestorben sein würde, und wenn Die zur Erbschaft berufen würden, welche einen solchen Vertrag geschlossen haben.

2. Aber Uns scheinen alle Verträge der Art widrig und voll des traurigsten und gefährlichsten Erfolges zu sein. Denn warum treffen beim Leben und wider Wissen Jemand's Andere über sein Vermögen eine Uebereinkunft?

3. Wir verordnen daher den alten Regeln gemäss, dass solche Pacta, welche gegen die guten Sitten eingegangen sind, schlechterdings verworfen werden sollen, und dass Nichts solchen Verträgen gemäss beobachtet werden soll, wenn nicht etwa Der selbst, über dessen Erbschaft man paciscirt hat, zu denselben seine Einwilligung gegeben haben, und bei derselben bis zum letzten Lebensaugenblick verharrt sein wird, dann nämlich, nachdem die so bittere Hoffnung beseitigt worden ist, werden die [Paciscenten], mit Wissen und auf das Geheiss Jenes, solche Verträge halten dürfen.

4. Und das war schon den früheren Gesetzen und Constitutionen nicht unbekannt, wenn gleich es von Uns deutlicher eingeführt worden ist. Denn Wir befehlen, dass durchaus weder Schenkungen von solchen Sachen, noch Bestellungen von Hypotheken [an denselben], noch sonst irgend ein Contract [über dieselben] zuzulassen sei, da die Ansicht unserer Zeit es nicht duldet, dass in Bezug auf fremde Sachen Etwas wider den Willen des Eigenthümers geschehe oder paciscirt werde. Geg. Zu Constantinopel, d. 1. Nov. Im Jahre 531, nach d. C. d. Lampadius u. Orestes.⁹¹²

⁹¹¹ Zitiert aus Krueger, Corpus Iuris Civilis (Originaltext), Band 2 (1967), S.94.

⁹¹² Zitiert aus Otto/Schilling/Sintenis, Codex (Übersetzung), Band 5 (1985), S.285f.

2. Allgemeines Recht, Partikularrechte und Entwürfe

a. Freiburger Stadtrecht von 1520

1) II Tit.4 [11]

„Wenn einer ein gefallen erbschaft verkouft, der sol alles das ein, so er im erb funden het oder nachmaln finden oder erfahren mag, es sig ligends, varends, schulden, gerechtigkeiten, vordrungen, ansprachen, nichts ufzgenommen, überliffern. Er sol sich ouch nach geschehnem kouf des erbs nit me beladen oder icht inziehen oder innemen; nem er aber etwas in, das sol er stracks dem koufer antwurten, doch so ist diser kouf den schultherren onvergriffen, dann sy mögen den erben nicht desterminder umb ir ansprach fürnemen und rechtvertigen, ob sy wöllen. Sy mögent sich ouch am koufer benügen lassen; was aber der verkoufer als erb des ends zalen müßt, das ist im der koufer nach billicheit abzetragen schuldig.“⁹¹³

2) III Tit.2 [1]

Anfangs wollen wir, das die eestüren und widerlegungen nit mit gemeinen unlutern zusagungen, sonder mit ernempten unbestimpten gütern und lutern worten, ouch einer bestimpten summa beschehen, und besonder sol dhein ußstürung uff künfftig erbfalet gesetzt werden; dann es ist ein unbillich hoffnung, die in eins andern tod gesetzt würd; wo dawider gehandelt würd, mag dieselb eeberedung niemants zu frucht erschießen; wir wöllen aber hierin eigentlich ußgenommen haben, wo die ienen, so zu der ee griffen, gefallen eigentumb irs vätterlichen oder mütterlichen ertheils hetten, da die nießung by den eltern wer, das solich eigentumb (wie gar dieselb nießung in andrer hand stat) wol in eeberedung zu heimstür oder belegung benent werden mag und sollent ouch dieselben eigentumb, wenn die nießung uffhöret, allermaß gefallen, wie die eeberedung das inhaltet.“⁹¹⁴

b. Württembergisches Landrecht von 1610

II. Teil, 9. Titel, § 7

„Nicht weniger mag auch eine jede Erbschaft verkauft werden; in welchem Falle der Verkäufer alles dasjenige, was ihm erblich zugefallen, es sei liegendes, fahrendes, Schulden, Gerechtigkeiten, Forderungen und Ansprachen, nichts ausgenommen, überliefern oder folgen lassen muss. Es ist aber dieser Kauf den Gläubigern oder Schuldherrn unnachtheilig; denn sie mögen nichts desto weniger sowohl den Erben als den Käufer ihrer habenden Forderung halben beklagen. Doch wo der Verkäufer, als Erbe, dies Orts etwas ausbezahlt, hat er solches von dem Käufer nach Billigkeit wieder zu erfordern.“⁹¹⁵

⁹¹³ So zitiert bei Kunkel, Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Band 1, 1. Halbband (1936), S. 251; authentisch abgedruckt bei Zasius, Faksimiledruck der Ausgabe 1520, S.37.

⁹¹⁴ So zitiert bei Kunkel, Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Band 1, 1. Halbband (1936), S. 275f.; authentisch abgedruckt bei Zasius, Faksimiledruck der Ausgabe 1520, S.55.

⁹¹⁵ Zitiert aus Griesinger, Commentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht, Band 2 (1793), S.529.

c. bayrische Landrecht von 1756 (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis)

III. Kap. 11 §1 Nr.5

„Jene Pacta hingegen, welche über die künftige Erb- oder Verlassenschaft eines Dritten noch Lebenden ohne dessen Mitbewilligung errichtet werden, gelten ohne Unterschied, ob der Dritte Persona certa oder incerta sei, nur conditionate und in Eventum, wenn sothane Erbschaft einem von den Paciscenten mit der Zeit anfällig wird, inmaßen diese Bedingnis ohnehin schon allzeit stillschweigend darunter verstanden ist.“⁹¹⁶

d. Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) von 1794

1) ALR I 11 § 446

„Der Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, die dem Verkäufer noch erst anfallen soll, ist nichtig.“⁹¹⁷

2) ALR I 12, § 649

„Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt, oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet wird, gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind.“⁹¹⁸

3) ALR I 12, § 650

„Zu Gunsten eines Fremden gelten der gleichen Verträge nur alsdann, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beytritt.“⁹¹⁹

4) ALR I 12 § 651

„Im letztern Falle ist aber auch dieser künftige Erblasser an einen solchen Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag, gebunden, und darf, demselben zuwider, so wenig durch Testamente, als durch spätere Erbverträge etwas verfügen.“⁹²⁰

e. badische Landrecht von 1810

§ 1600

„Die künftige Verlassenschaft einer noch lebenden Person kann, selbst mit ihrer Bewilligung, nicht verkauft werden.“⁹²¹

⁹¹⁶ Zitiert aus *Danzer*, Das bayrische Landrecht, S.194; Originaltext abgedruckt in *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756), S.298.

⁹¹⁷ Zitiert aus Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 1 (Nachdruck 1985), S.329.

⁹¹⁸ Zitiert aus Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 2 (Nachdruck 1985), S.514.

⁹¹⁹ Zitiert aus Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 2 (Nachdruck 1985), S.514.

⁹²⁰ Zitiert aus Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten, Teil 1, Band 2 (Nachdruck 1985), S.514.

⁹²¹ Zitiert aus *Kah*, badische Landrecht, §1600, S.426.

f. Entwurf bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Bayern von 1860

II. Art. 27

„Die Erbschaft einer Person oder ein Vermächtnis daraus kann bei Lebzeiten derselben auch nicht mit ihrer Einwilligung Gegenstand eines Vertrages zwischen dritten Personen sein.“⁹²²

g. Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1865

§ 2563

„Verträge, welche über die Erbschaft eines bestimmten Dritten bei dessen Lebzeiten geschlossen werden, sind nichtig, ausgenommen wenn sie mit seiner Einwilligung geschlossen werden und er keine Verfügung trifft, durch welche das den Gegenstand des Vertrages bildende Recht aufgehoben wird.“⁹²³

h. Dresdener Entwurf von 1866

Art. 33

„Verträge über die Erbschaft eines bestimmten Dritten oder über einen Theil derselben oder über einen einzelnen Gegenstand aus derselben können bei Lebzeiten des Dritten nur mit dessen Einwilligung gültig geschlossen werden.“⁹²⁴

i. Mommsens Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes von 1876

§ 208

„Eine Erbschaft oder ein Vermächtnis können bei Lebzeiten der Person, um deren künftigen Nachlaß es sich handelt, selbst mit Einwilligung derselben nicht Gegenstand eines Vertrages zwischen Dritten sein. Insonderheit ist auch ein jeder Verzicht auf die Erbschaft einer noch lebenden Person ungültig, wenn derselbe nicht dem Erblasser, sondern nur einem Dritten gegenüber erklärt worden ist.“⁹²⁵

3. Sonstige wichtige Regelungen

a. § 17 BeurkG

„(1) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er

⁹²² Abgedruckt in: Kaiser, Entwurf Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, Theil II (1861), S.39.

⁹²³ Zitiert aus Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865, Band 4 (1973), S.294.

⁹²⁴ Zitiert aus Dresdener Entwurf von 1866, Band 2 (1973), S.8.

⁹²⁵ Zitiert aus Mommsen, Entwurf Erbrecht, S.50.

darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

(2) Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

(2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass

1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und
2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden.

Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.

(3) Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.⁹²⁶

b. § 312 BGB a.F.

„(1) Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten.

(2) Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.⁹²⁷

c. § 419 BGB a.F.

„(1) Übernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.

(2) Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Verträge zustehenden Ansprüche. Berufet sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die

⁹²⁶ Zitiert aus Frenz/Miermeister-Frenz, BeurkG (2020), § 17, S.1201f.

⁹²⁷ Zitiert aus Soergel-Wolf, BGB, Band 2 (1990), §312 a.F., S.1180.

Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

*(3) Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.*⁹²⁸

d. Code civil in der Fassung von 1810

1) Art. 791

*„On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d’un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu’on peut avoir à cette succession.*⁹²⁹

Übersetzt aus dem Französischen:

*„Der Erbschaft einer noch lebenden Person kann man, selbst durch eine Ehestiftung, nicht entsagen, noch auch die auf eine solche Erbschaft zustehenden künftigen (eventuellen) Rechte veräußern.*⁹³⁰

2) Art. 1130

*„Les choses futures peuvent être l’objet d’une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s’agit.*⁹³¹

Übersetzt aus dem Französischen:

*„Auch zukünftige Sachen können Gegenstand einer Verbindlichkeit seyn. Man kann jedoch einer noch nicht angefallenen Erbschaft nicht entsagen, auch nicht über eine solche Erbschaft einen Vertrag schließen, wäre es auch mit Bewilligung desjenigen, von dessen Nachlasse die Rede ist.*⁹³²

3) Art. 1600

*„On ne peut vendre la succession d’une personne vivante, même de son consentement.*⁹³³

Übersetzt aus dem Französischen:

*„Man kann die Erbschaft einer noch lebenden Person, selbst mit ihrer Bewilligung, nicht verkaufen.*⁹³⁴

⁹²⁸ Zitiert aus Soergel-Schmidt, BGB, Band 2 (1967), §419, S.531.

⁹²⁹ Zitiert aus Code Napoléon (1810), Art. 791, S. 337.

⁹³⁰ Zitiert aus Code Napoléon (1810), Art. 791, S. 336.

⁹³¹ Zitiert aus Code Napoléon (1810), Art. 1130, S. 476 und S. 478.

⁹³² Zitiert aus Code Napoléon (1810), Art. 1130, S. 477 und S. 479.

⁹³³ Zitiert aus Code Napoléon (1810), Art. 1600, S.699.

⁹³⁴ Zitiert aus Code Napoléon (1810), Art. 1600, S. 698.