

Erbverzicht und Abfindung
bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge

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

vorgelegt von

Silke Kupka-Göll
aus Göppingen

2002

Copyhaus Schwaben

Dekan: Prof. Dr. Burkhard Heß

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Harm Peter Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Dezember 2001

Vorwort

Die Dissertation entstand in den Jahren 1999 und 2000.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Westermann danke ich für die Themenanregung und die überaus angenehme Betreuung.

Dank gilt auch meinen Eltern, die mit liebevoller und großzügiger Unterstützung mein Studium der Rechtswissenschaften wie auch mein Promotionsprojekt gefördert haben.

Besonders danken möchte ich aber meinem Ehemann Andreas Göll für seine mannigfaltige Unterstützung sowie für das Verständnis, das er mir während der Ausarbeitung der Dissertation jederzeit entgegenbrachte.

Ich widme diese Dissertation meinem Sohn Felix.

Rechberghausen, im August 2002

Silke Kupka-Göll

Inhaltsübersicht

A. Einführung in den Problemkreis	1
I. Die Problemstellung	1
1. Problemskizzierung	1
2. Erläuterung der zentralen Begriffe	2
3. Der entgeltliche Erbverzicht als Mittel der vorweggenommenen Erbfolge	4
4. Konkrete Problemstellung	10
II. Erläuterung der Vorgehensweise dieser Arbeit	10
B. Das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung	12
I. Die Gesetzeslage	12
1. Die Motive	12
2. Die Protokolle	12
3. Heutige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches	13
II. Die Rechtsnatur des Erbverzichts als Ausgangskriterium	13
1. Rechtsgeschäft unter Lebenden	13
2. Erbrechtliches Verfügungsgeschäft	16
3. Abstraktes Rechtsgeschäft	22
III. Erforderlichkeit eines Kausalgeschäfts	23
1. Meinungsstand	23
2. Eigener Standpunkt	24
IV. Der Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft	25
1. Der Abfindungsvertrag als gegenseitiger Vertrag	25
2. Die Zulässigkeit eines Abfindungsvertrages	26
3. Formbedürftigkeit	27
4. Rechtliche Konsequenzen	37
5. Unwirksamkeitsgründe des Abfindungsvertrages	41
V. Konditionale Verknüpfung	56
1. Grundsätzliche Zulässigkeit	56
2. Die einzelnen Bedingungsmöglichkeiten	57
3. Die verschiedenen Zeitpunkte eines möglichen Bedingungseintritts	63
4. Das Vorliegen eines Konditionalverhältnisses	67
VI. Geschäftseinheit gemäß § 139 BGB	71
1. Einheitliches Rechtsgeschäft	71
2. Das Abstraktionsprinzip als mögliches Hindernis	73

3. Rechtsfolgen	79
VII. Kausale Verknüpfung mittels Zweckbestimmung	80
1. Die Zweckbestimmung im Sinne der <i>condictio ob rem</i>	81
2. Anwendungsbereich	84
VIII. Rücktrittsvorbehalt	89
1. Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich des Abfindungsvertrages	89
2. Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich Erbverzicht oder Abfindungsleistung	90
C. Der Erbverzicht bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	92
I. Erlöschen des Erbverzichts infolge Bedingungseintritts oder Fristablaufs	92
II. Nichtigkeit des Erbverzichts gemäß § 139 BGB	92
III. Aufhebung des Erbverzichts	92
1. Jederzeitige Aufhebbarkeit zu Lebzeiten beider Vertragsparteien	93
2. Keine Aufhebung nach dem Tod des Erblassers	93
3. Keine Aufhebung nach dem Tod des Verzichtenden	
-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.06.1998-	93
IV. Anfechtung des Erbverzichts	100
1. Anfechtbarkeit gemäß §§ 119 ff BGB	100
2. Keine Anfechtbarkeit analog §§ 2078, 2081 BGB	106
V. Kein Rücktrittsrecht analog § 2295 BGB	109
1. Das von Larenz befürwortete Rücktrittsrecht	109
2. Ablehnung der Ansicht Larenz	111
VI. Kein Rücktritt vom Erbverzicht gemäß §§ 325, 326 BGB	112
VII. Kondiktion des Erbverzichts	112
1. <i>Condictio indebiti</i> und <i>condictio ob causam finitam</i>	112
2. <i>Condictio ob rem</i>	126
VIII. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage	129
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage	129
2. Voraussetzungen	130
3. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages	136
4. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage in sonstigen Fällen	139
IX. Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB	146
1. Rechtsgrundlage	146
2. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung	146

3. Einschlägigkeit bei Berufung auf den Erbverzicht trotz nicht erbrachter Abfindungsleistung bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages	148
4. Weitere Fälle unzulässiger Rechtsausübung	152
D. Die Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	153
I. Vorfrage: Rechtsnatur der Abfindung	153
1. Begriffsbestimmungen	153
2. Die Unentgeltlichkeit im Sinn von § 516 Abs.1 BGB als maßgebliches Kriterium	157
3. Meinungsstand	160
4. Eigener Standpunkt	166
II. Bedingungseintritt oder Fristablauf	172
III. Nichtigkeit gemäß § 139 BGB	173
IV. Schenkungswiderruf gemäß § 530 BGB	173
1. Widerruf einer gemischten Schenkung	173
2. Beispielsfall	176
V. Herausgabeanspruch gemäß § 527 BGB	177
1. Anwendbarkeit des § 527 BGB bei gemischter Schenkung	177
2. Voraussetzungen beim entgeltlichen Erbverzicht	178
3. Rechtsfolge	179
VI. Rückforderung wegen Notbedarfs gemäß § 528 BGB	179
VII. Anfechtung	180
1. Anfechtbarkeit trotz unterschiedlichster Abfindungsarten	180
2. Voraussetzungen	181
3. Keine zeitliche Begrenzung auf Lebzeiten der Parteien	181
VIII. Kondiktion der Abfindung	182
1. Condictio indebiti und condictio ob causam finitam	183
2. Condictio ob rem	183
3. Kondizierbarkeit nicht auf Lebzeiten beider Parteien beschränkt	185
IX. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage	186
X. Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB	187
E. Schlußbetrachtung	189
I. Zusammenfassung	189
1. Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung	189
2. Der Erbverzicht bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	191
3. Die Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	192
II. Fazit	193

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in den Problemkreis	1
I. Die Problemstellung	1
1. Problemskizzierung	1
2. Erläuterung der zentralen Begriffe	2
a) Vorweggenommene Erbfolge	2
b) Erbverzicht	3
aa) Unentgeltlicher Erbverzicht	3
bb) Entgeltlicher Erbverzicht	3
c) Abfindung	4
3. Der entgeltliche Erbverzicht als Mittel der vorweggenommenen Erbfolge	4
a) Die Bedeutung der vorweggenommenen Erbfolge und des Erbverzichts	4
b) Die Zweckmäßigkeit des Erbverzichts	6
c) Motive für einen entgeltlichen Erbverzicht	7
aa) Motive des Erblassers	7
bb) Motive des Verzichtenden	8
d) Risiken und Störfaktoren	9
4. Konkrete Problemstellung	10
II. Erläuterung der Vorgehensweise dieser Arbeit	10
B. Das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung	12
I. Die Gesetzeslage	12
1. Die Motive	12
2. Die Protokolle	12
3. Heutige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches	13
II. Die Rechtsnatur des Erbverzichts als Ausgangskriterium	13
1. Rechtsgeschäft unter Lebenden	13
a) Meinungsstand	13
b) Stellungnahme	15
2. Erbrechtliches Verfügungsgeschäft	16
a) Begriff	16
b) Wirkungen des Erbverzichts	16
aa) Unmittelbare Änderung der Erbfolge	16
bb) Verlustwirkung auf Seiten des Verzichtenden	17

(1) Meinungsstand	17
(2) Stellungnahme	19
c) Subsumtion des Erbverzichts unter den Verfügungsbegriff	21
3. Abstraktes Rechtsgeschäft	22
III. Erforderlichkeit eines Kausalgeschäfts	23
1. Meinungsstand	23
a) Der Erbverzicht trage seine causa in sich selbst	23
b) Der Erbverzicht bedürfe einer causa	23
2. Eigener Standpunkt	24
IV. Der Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft	25
1. Der Abfindungsvertrag als gegenseitiger Vertrag	25
a) Begriff des gegenseitigen Vertrages	25
b) Das Synallagma beim Abfindungsvertrag	26
2. Die Zulässigkeit eines Abfindungsvertrages	26
a) §§ 241, 305 BGB als Rechtsgrundlage	26
b) Vereinbarkeit mit § 312 BGB	27
c) Vereinbarkeit mit § 2302 BGB	27
3. Formbedürftigkeit	27
a) Keine gesetzliche Regelung	27
b) Formzwang gemäß § 2348 BGB analog	28
aa) Die analoge Anwendung des § 2348 BGB	28
bb) Die eine Analogie ablehnende Meinung	28
cc) Stellungnahme	29
c) Heilung eines Formmangels durch Erfüllung	31
aa) Kein allgemeiner Heilungsgrundsatz	32
bb) Analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften im Einzelfall	32
(1) Analoge Anwendbarkeit	32
(2) Kritik	34
(3) Stellungnahme	34
4. Rechtliche Konsequenzen	37
a) Erfüllungsanspruch	37
b) Anwendbarkeit der §§ 323 ff BGB	37
aa) Zu Lebzeiten beider Vertragsparteien	37
bb) Nach dem Tod des Verzichtenden	38
cc) Nach dem Tod des Erblassers	39

c) Anwendbarkeit der Leistungsstörungsregeln des allgemeinen Schuldrechts im übrigen	41
5. Unwirksamkeitsgründe des Abfindungsvertrages	41
a) Nichtigkeitsgründe	41
aa) Geschäftsunfähigkeit	41
bb) Willensmängel gemäß § 116 bis § 118 BGB	42
cc) Formnichtigkeit	42
dd) Verstoß gegen ein Verbotsgesetz	42
ee) Sittenwidrigkeit und Wucher	42
b) Anfechtungsgründe	44
aa) Erklärungs- und Inhaltsirrtum	44
bb) Eigenschaftsirrtum	44
cc) Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung	46
(1) Täuschung	47
(a) Durch positives Tun	47
(b) Durch Unterlassen: Verletzung einer Offenbarungspflicht	48
(aa) Keine generelle Aufklärungspflicht	48
(bb) Aufklärungspflicht gemäß § 242 BGB	48
(aaa) Aufklärungspflicht bei Nachfragen	49
(bbb) Aufklärungspflicht ohne Nachfragen	49
(cc) Übertragbarkeit der Aufklärungsgrundsätze auf den Abfindungsvertrag	50
(aaa) Meinungsstand	50
(bbb) Entwicklung des eigenen Standpunktes	51
(ccc) Folgerung	52
(2) Kausalität	53
(3) Arglist	53
dd) Anfechtbarkeit wegen Drohung	54
c) Erstreckung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit auf den Erbverzicht und die Abfindungsleistung	54
V. Konditionale Verknüpfung	56
1. Grundsätzliche Zulässigkeit	56
a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer bedingten Abfindungsleistung	56
b) Grundsätzliche Zulässigkeit eines bedingten Erbverzichts	56
2. Einzelne Bedingungsmöglichkeiten	57
a) Die Wirksamkeit des Abfindungsvertrages als „aufschiebende Bedingung“ von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung	57
aa) Zulässigkeit einer condicio in praesens vel praeteritum collata	57
(1) Der Begriff „Bedingung“	57

(2) Das Wesen der condicio in praesens vel praeteritum collata	58
(3) Rechtliche Folgerung	58
bb) Das Abstraktionsprinzip als mögliches Hindernis	59
(1) Das Abstraktionsprinzip	60
(2) Auswirkung auf die Zulässigkeit einer konditionalen Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft	60
b) Die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages als „auflösende Bedingung“ von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung	62
c) Die Erbringung der Gegenleistung als aufschiebende Bedingung von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung	62
d) Die Nichterbringung der Gegenleistung als auflösende Bedingung von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung	62
3. Die verschiedenen Zeitpunkte eines möglichen Bedingungseintritts	63
a) Bedingungseintritt zu Lebzeiten beider Parteien	63
b) Bedingungseintritt nach dem Erbfall	63
aa) Anerkennung eines Bedingungseintritts nach dem Erbfall	63
bb) Rechtsfolge	66
c) Bedingungseintritt nach dem Tod des Verzichtenden	66
d) Bedingungseintritt nach dem Tod beider Parteien	67
4. Das Vorliegen eines Konditionalverhältnisses	67
a) Ausdrückliche Vereinbarung	67
b) Stillschweigende Vereinbarung	68
aa) Andeutung des Bedingungszusammenhangs im Erbverzichtsvertrag	68
bb) Zusammenfassung von Erbverzichts- und Abfindungsvertrag in einer Urkunde	69
cc) Nichtigkeit des Abfindungsvertrages bei wirksamen Erbverzicht	70
VI. Geschäftseinheit gemäß § 139 BGB	71
1. Einheitliches Rechtsgeschäft	71
a) Begriff	71
b) Einheitlichkeitswille als Kriterium	71
c) Indizfunktion der äußeren Umstände	72
2. Das Abstraktionsprinzip als mögliches Hindernis	73
a) Das Problem	73
b) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	74
aa) Anerkennung der Möglichkeit einer Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft	74
bb) Ablehnung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts	76

c) Stellungnahme_____	77
3. Rechtsfolgen_____	79
a) Gesamtnichtigkeit als Regelfall_____	79
b) Keine Umdeutung in einen Bedingungs Zusammenhang_____	80
VII. Kausale Verknüpfung mittels Zweckbestimmung_____	80
1. Die Zweckbestimmung im Sinne der <i>condictio ob rem</i> _____	81
a) Begriff_____	81
b) Abgrenzung_____	81
aa) Abgrenzung zum Motiv_____	81
bb) Abgrenzung zur Geschäftsgrundlage_____	82
cc) Abgrenzung zum (synallagmatischen) Vertragsinhalt_____	83
dd) Abgrenzung zur Bedingung_____	83
c) Formfreiheit_____	83
2. Anwendungsbereich_____	84
a) Historischer Anwendungsbereich_____	84
b) Heutiger Anwendungsbereich_____	85
aa) Die Zweckbestimmung bei sonst fehlender rechtlicher Verknüpfung_____	86
bb) Die „Zweckstaffelung“_____	87
VIII. Rücktrittsvorbehalt_____	89
1. Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich des Abfindungsvertrages_____	89
2. Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich Erbverzicht oder Abfindungsleistung_____	90
a) Unzulässigkeit eines Rücktrittsvorbehalts_____	90
b) Umdeutung in eine auflösende Bedingung des Rücktritts vom Abfindungsvertrag _____	90
C. Der Erbverzicht bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge_____	92
I. Erlöschen des Erbverzichts infolge Bedingungseintritts oder Fristablaufs_____	92
II. Nichtigkeit des Erbverzichts gemäß § 139 BGB_____	92
III. Aufhebung des Erbverzichts_____	92
1. Jederzeitige Aufhebbarkeit zu Lebzeiten beider Vertragsparteien_____	93
2. Keine Aufhebung nach dem Tod des Erblassers_____	93
3. Keine Aufhebung nach dem Tod des Verzichtenden - Urteil des Bundesgerichtshofes vom 24.06.1998-_____	93
a) Die Argumente des Bundesgerichtshofs_____	94
b) Die das Urteil kritisierende Auffassung Muschelers_____	95
c) Meinungsstand im übrigen_____	96
aa) Dem Urteil widersprechende Ansichten_____	96

bb) Mit dem Urteil übereinstimmende Ansichten_____	97
d) Stellungnahme_____	98
IV. Anfechtung des Erbverzichts_____	100
1. Anfechtbarkeit gemäß §§ 119 ff BGB_____	100
a) Anfechtungsgründe_____	101
b) Anfechtungserklärung_____	102
aa) Anfechtungsberechtigung des Verzichtenden_____	102
bb) Anfechtungsberechtigung des Erblassers_____	102
c) Ausschlußfristen der §§ 121, 124 BGB_____	103
d) Keine Beschränkung der Anfechtbarkeit auf Lebzeiten der Parteien_____	103
aa) Anfechtbarkeit nach dem Tod des Erblassers_____	103
bb) Anfechtbarkeit nach dem Tod des Verzichtenden_____	105
2. Keine Anfechtbarkeit analog §§ 2078, 2081 BGB_____	106
a) Die von Strohal befürwortete Analogie_____	107
b) Ablehnung des Analogieschlusses_____	107
aa) Keine Gesetzeslücke_____	107
bb) Keine vergleichbare Interessenlage_____	108
cc) Keine Rechtfertigung durch bloße Billigkeitserwägungen_____	109
V. Kein Rücktrittsrecht analog § 2295 BGB_____	109
1. Das von Larenz befürwortete Rücktrittsrecht_____	109
2. Ablehnung der Ansicht Larenz_____	111
VI. Kein Rücktritt vom Erbverzicht gemäß §§ 325, 236 BGB_____	112
VII. Kondiktion des Erbverzichts_____	112
1. Condictio indebiti und condictio ob causam finitam_____	112
a) „Etwas“ erlangt_____	112
aa) Begriff_____	112
bb) Meinungsstand_____	113
(1) Der Erb- / Pflichtteilsverzicht als erlangtes „Etwas“_____	113
(2) Kein bereicherungsrechtlich relevantes „Etwas“_____	114
(3) Differenzierende Ansicht_____	114
cc) Stellungnahme_____	115
b) Durch Leistung des Verzichtenden_____	116
aa) Der Leistungsbegriff_____	116
bb) Der Erb- / Pflichtteilsverzicht als Leistung_____	117
cc) Folgen des finalen Leistungsbegriffs_____	118
(1) Entbehrlichkeit des Merkmals „auf Kosten“_____	118
(2) Wegfall des Unmittelbarkeitserfordernisses_____	118

c) Ohne Rechtsgrund / nachträglicher Wegfall des Rechtsgrundes	119
aa) Der Begriff „Rechtsgrund“	119
bb) Rechtsgrundlosigkeit bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages	120
d) Inhalt des Bereicherungsanspruchs	120
aa) Herausgabe des erlangten „Etwas“	120
(1) Herausgabe durch Aufhebung des Erbverzichts	120
(2) Zeitliche Begrenzung auf Lebzeiten beider Vertragsparteien	121
bb) Kein Wertersatzanspruch mangels Bestimmbarkeit des objektiven Vermögenswerts eines Erbverzichts	121
(1) Mögliche Bewertungskriterien	122
(a) Abfindungshöhe	122
(b) Höhe eines fiktiven Erb- und / oder Pflichtteilsanspruchs	123
(aa) Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages	123
(bb) Zum Zeitpunkt des Erbfalls	124
(2) Folgerungen	124
(a) Konditionsausschluß nach dem Tod einer Vertragspartei	124
(b) Funktion des Bereicherungsrechts durch eingeschränkte Kondizierbarkeit gewahrt	125
e) Kein selbständiger Bereicherungsanspruch gegen die Erben des Erblassers	125
2. Condictio ob rem	126
a) Fallkonstellationen	126
aa) Fehlen sonstiger rechtlicher Verknüpfung	126
bb) „Zweckstaffelung“	127
b) Zweckverfehlung	127
aa) Der mit der Leistung bezweckte Erfolg	127
bb) Nichteintritt des bezweckten Erfolgs	127
c) Weitere Voraussetzungen	128
d) Anspruchsinhalt	128
VIII. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage	129
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage	129
2. Voraussetzungen	130
a) Keine Spezialregelung einschlägig	130
b) Geschäftsgrundlage	130
aa) Begriff	130
(1) Nach der Rechtsprechung	130

(2) Nach Larenz	131
(3) Stellungnahme	131
bb) Abgrenzung	133
cc) Risikoverteilung beim entgeltlichen Erbverzicht	134
c) Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage	136
d) Unzumutbarkeit	136
3. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages	136
a) Die bejahende Ansicht Damraus	137
b) Kritik	137
4. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage in sonstigen Fällen	139
a) Beispielfälle	140
b) Mögliche Rechtsfolgen	141
aa) Vertragsanpassung	141
(1) Anpassung des Erbverzichtsvertrages	142
(2) Anpassung des Abfindungsvertrages	142
bb) Vertragsauflösung	143
(1) Auflösung des Erbverzichtsvertrages	143
(2) Auflösung des Abfindungsvertrages	144
cc) Zeitliche Grenzen	144
(1) Keine Vertragsauflösung nach dem Tod einer Partei	144
(2) Jederzeitige Möglichkeit der Anpassung des Abfindungsvertrages	145
IX. Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB	146
1. Rechtsgrundlage	146
2. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung	146
a) Grundsätzliche Anwendbarkeit	146
b) Voraussetzungen	147
c) Fallgruppen	147
3. Einschlägigkeit bei Berufung auf den Erbverzicht trotz nicht erbrachter Abfindungsleistung bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages	148
a) Regelungsbedarf	148
b) Rechtsmißbräuchlichkeit des Verhaltens	149
c) Eingriff in das absolute Erbrecht als zulässige Rechtsfolge	150
4. Weitere Fälle unzulässiger Rechtsausübung	152

D. Die Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	153
I. Vorfrage: Rechtsnatur der Abfindung	153
1. Begriffsbestimmungen	153
a) Schenkung	153
b) Schenkung unter Auflage	154
c) Zweckschenkung	155
d) Gemischte Schenkung	156
e) Vollentgeltliche Zuwendung	156
2. Die Unentgeltlichkeit im Sinne von § 516 Abs.1 BGB als maßgebliches Kriterium	157
a) Maßgeblichkeit	157
b) Unentgeltlichkeitsbegriff	158
aa) Objektive Unentgeltlichkeit	158
bb) Subjektive Unentgeltlichkeit und das Prinzip der subjektiven Äquivalenz	158
(1) Inhalt	158
(2) Grenzen	159
(a) Keine Gegenleistung	159
(b) Willkür	159
(c) Grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung	160
3. Meinungsstand	160
a) Entgeltlichkeit der Abfindung	160
b) Unentgeltlichkeit der Abfindung	162
c) Differenzierende Ansichten	165
4. Eigener Standpunkt	166
a) Objektive Unentgeltlichkeit	167
b) Subjektive Unentgeltlichkeit und das Prinzip der subjektiven Äquivalenz	168
c) § 2325 BGB als mögliches Korrektiv	170
d) Ergebnis	172
II. Bedingungseintritt oder Fristablauf	172
III. Nichtigkeit gemäß § 139 BGB	173
IV. Schenkungswiderruf gemäß § 530 BGB	173
1. Widerruf einer gemischten Schenkung	173
a) Anwendbarkeit des § 530 BGB	173
b) Voraussetzungen	174

c) Rechtsfolge des Widerrufs	174
2. Beispielsfall	176
V. Herausgabeanspruch gemäß § 527 BGB	177
1. Anwendbarkeit des § 527 BGB bei gemischter Schenkung	177
2. Voraussetzungen beim entgeltlichen Erbverzicht	178
3. Rechtsfolge	179
VI. Rückforderung wegen Notbedarfs gemäß § 528 BGB	179
VII. Anfechtung	180
1. Anfechtbarkeit trotz unterschiedlichster Abfindungsarten	180
2. Voraussetzungen	181
3. Keine zeitliche Begrenzung auf Lebzeiten der Parteien	181
VIII. Kondiktion der Abfindung	182
1. Condictio indebiti und condictio ob causam finitam	183
2. Condictio ob rem	183
a) Isolierte Zweckbestimmung	183
b) „Zweckstaffelung“, insbesondere Zweckschenkung	184
3. Kondizierbarkeit nicht auf Lebzeiten beider Parteien beschränkt	185
IX. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage	186
X. Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB	187
<i>E. Schlußbetrachtung</i>	189
I. Zusammenfassung	189
1. Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung	189
2. Der Erbverzicht bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	191
3. Die Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge	192
II. Fazit	193

Abkürzungsverzeichnis

- **a.A.** anderer Ansicht
- **a.E.** am Ende
- **AcP** Archiv für die civilistische Praxis
- **AK** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 6 Bänden, Reihe
Alternativkommentare
- **allg.M.** allgemeine Meinung
- **Anm.** Anmerkung
- **AT** Allgemeiner Teil
- **Aufl.** Auflage

- **BayOblG** Bayerisches Oberstes Landesgericht
- **BayOblGZ** Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in
Zivilsachen
- **BB** Der Betriebs-Berater
- **Bd.** Band
- **Beil.** Beilage
- **bezügl.** bezüglich
- **BGB** Bürgerliches Gesetzbuch
- **BGBI.** Bundesgesetzblatt
- **BGH** Bundesgerichtshof
- **BGHZ** Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
- **brit.** britisch
- **BT** Besonderer Teil
- **bürgerl.** bürgerlich
- **BWNNotZ** Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
- **bzw.** beziehungsweise

- **DB** Der Betrieb
- **DDR** Deutsche Demokratische Republik
- **Diss.** Dissertation
- **DNotZ** Deutsche-Notarzeitschrift

- **Einf.** Einführung
- **Einl.** Einleitung
- **ErbR** Erbrecht
- **evtl.** eventuell
- **EWiR** Entscheidungssammlung zum Wirtschaftsrecht

- **FamRZ** Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
- **f/ff** folgende (Seite)/fortfolgende (Seiten)
- **Fn.** Fußnote
- **FS** Festschrift

-
- **GG** Geschäftsgrundlage

 - **HöfeO** Höfeordnung vom 26.07.1976
 - **h.M.** herrschende Meinung
 - **hrsg.** herausgegeben

 - **i.S.d.** im Sinne des/der
 - **i.d.R.** in der Regel

 - **JherJb.** Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
 - **JZ** Juristische Zeitung

 - **krit.** kritisch

 - **LG** Landgericht
 - **LM** Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.

 - **MittBayNot** Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
 - **MittRhNotK** Mitteilungen der Rheinischen-Notarkammer
 - **Mot.** Motive
 - **MünchKomm** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
 - **m.w.N.** mit weiteren Nachweisen

 - **NdsRpfl.** Niedersächsische Rechtspflege
 - **NJW** Neue Juristische Wochenschrift
 - **NJW-RR** Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport

 - **OLG** Oberlandesgericht

 - **RG** Reichsgericht
 - **RGRK** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs

 - **Rn.** Randnummer
 - **Rpfleger** Der Deutsche Rechtspfleger

 - **S.** Seite/Satz
 - **s.** siehe
 - **SchuldR** Schuldrecht
 - **sog.** sogenannt/e/n
 - **st. Rspr.** ständige Rechtsprechung

 - **u.** und
 - **u.a.** unter anderem/und andere(s)
 - **Überbl.** Überblick
 - **Urt.** Urteil

-
- v. von/vom
 - vgl. vergleiche
 - Vorbem. Vorbemerkung

 - WarnRspr. 1. Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer
2. Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts
 - WGG Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage

 - z.B. zum Beispiel
 - ZBIFG Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (und Zwangsversteigerung)
 - ZEV Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
 - ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

A. Einführung in den Problemkreis

I. Die Problemstellung

1. Problemskizzierung

Bei einem Erbverzicht gegen Abfindung gibt es vielfältige Risiken und Störfaktoren¹, bei deren Realisierung sich die Frage nach den Konsequenzen für den Erbverzicht und/oder die Abfindung stellt. Diese Problematik soll einleitend anhand einiger kurzer Beispielfälle veranschaulicht werden:

Beispiel 1:

Eltern übertragen zu Lebzeiten ein Grundstück auf ihren Sohn S. Damit ihre Tochter im Verhältnis zu S nicht schlechter gestellt ist, erklärt S seinerseits einen Erbverzicht. Im nachhinein stellt sich dann jedoch heraus, daß das Grundstück nicht -wie von allen Beteiligten angenommen- bebaubar, sondern nur eingeschränkt nutzbar ist und damit deutlich unter dem angenommenen Wert liegt.

Beispiel 2:

Ein Vater wendet seiner Tochter T zu Lebzeiten einen Geldbetrag in Höhe von 250.000,00 DM zu und schließt deshalb mit T einen Erbverzichtsvertrag. Hierbei ließ er T in dem Glauben, daß sein Gesamtvermögen eine Million DM nicht überschreite. Tatsächlich belief es sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf über 2 Millionen DM, was T jedoch erst nach dem Erbfall erfährt.

Beispiel 3:

Der Vater V und sein Sohn S vereinbaren, daß V sein Unternehmen (Einzelhandels-geschäft) zu seinen Lebzeiten auf S überträgt, während sich S zum Abschluß eines Erbverzichtsvertrages verpflichtet. Nach Abschluß des Erbverzichtsvertrages aber vor der Unternehmensübertragung stirbt der Vater.

Beispiel 4:

Eltern übertragen zu ihren Lebzeiten eine Eigentumswohnung auf ihr gemeinsames Kind K in der K bekannten Erwartung, K werde die Wohnung keinesfalls veräußern. Nach der Eigentumsübertragung und der im Gegenzug erfolgten Erklärung eines

¹ Vgl. hierzu z.B. H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (508f); Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 3, Rn.362; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (135)

Erbverzichts durch K, verkauft K jedoch die Wohnung und bricht jeglichen Kontakt zu den Eltern ab.

2. Erläuterung der zentralen Begriffe

Der Titel "Erbverzicht und Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge" zeigt die zentralen Begriffe dieser Arbeit auf. Da diese Begriffe von tragender Bedeutung sind, sollen sie bereits im Vorfeld näher bestimmt werden.

a) Vorweggenommene Erbfolge

Unter "vorweggenommener Erbfolge" versteht man die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger².

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Regelung der vorweggenommenen Erbfolge. Lediglich der Begriff der vorweggenommenen Erbfolge ist in § 593 a S.1 BGB zu finden. Definiert wird der Begriff an dieser Stelle nicht. In den Vorschriften der §§ 511; 1374 Abs.2; 1477 Abs.2 S.2; 1478 Abs.2 Nr.2 BGB wird die Gestaltung der vorweggenommenen Erbfolge nur berührt.

Dies mag darauf zurückzuführen sein, daß es vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten der vorweggenommenen Erbfolge gibt³. Es handelt sich nicht um einen festen Geschäftstypus, nicht um ein durchnormiertes Rechtsinstitut⁴. Hinzu kommt, daß die vorweggenommene Erbfolge häufig mit weiteren Rechtsgeschäften, wie z.B. Ausgleichs- oder Abfindungszahlungen verbunden ist⁵.

Ein Fall der vorweggenommenen Erbfolge ist in § 17 HöfeO (ehemals Brit. Zone) geregelt. Diese Regelung des Hofübergabevertrages ist jedoch ausschließlich im landwirtschaftlichen Bereich anzusiedeln. Eine Übertragung auf andere Gebiete ist ausgeschlossen, da es sich um landwirtschaftliches Sonderrecht handelt⁶.

² So BGHZ 113,310 (313); BGH NJW 1995, S.1349 (1350); ähnlich Coing, FS Schwind, S.63 (65); Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.13; Kipp/Coing, Erbrecht, § 83 I 1; Westhoff, DB 1972, S.809; Kollhoser, AcP 194, S.231

Eine Gegenüberstellung des zivilrechtlichen und des steuerrechtlichen Begriffs der vorweggenommenen Erbfolge findet sich bei Weimer, Vermögensnachfolge, S.3ff; des weiteren wird der steuerrechtliche Begriff bei Hörger/Stephan, Vermögensnachfolge, S.22 erörtert

³ S. Mayer, DNotZ 1996, S.604 (609); Beispiele finden sich bei Krug, Erbrecht, S.140

⁴ Vgl. Mayer, DNotZ 1996, S.604(610); Coing, NJW 1967, S.1777

⁵ Vgl. Kollhoser, AcP 194, S.231; Kipp/Coing, Erbrecht, § 83 I 1

⁶ S. Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.16; Coing, FS Schwind, S.63 (65f)

Somit hat die vorweggenommene Erbfolge rechtlich 'viele Gesichter'⁷.

b) Erbverzicht

Erbverzicht im allgemeinen Sinn ist ein Vertrag, den ein gesetzlicher oder durch Verfügung von Todes wegen berufener Erbe, Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer zu Lebzeiten des Erblassers mit diesem dahingehend abschließt, daß er auf das Erbrecht oder/und den Pflichtteil oder das Vermächtnis verzichtet⁸.

Das BGB kennt drei Formen eines erbrechtlichen Verzichts:

- den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gemäß § 2346 Abs.1 BGB
(Erbverzicht im engeren Sinn⁹)
- den (isolierten) Verzicht auf das Pflichtteilsrecht gemäß § 2346 Abs.2 BGB
(Pflichtteilsverzicht)
- den Verzicht auf letztwillige Zuwendungen gemäß § 2352 BGB
(Zuwendungsverzicht)

Das Hauptaugenmerk dieser Arbeit wird auf dem Erbverzicht im engeren Sinn liegen. Auf die Besonderheiten des Zuwendungsverzichts wird im Rahmen dieser Arbeit nicht gesondert eingegangen.

aa) Unentgeltlicher Erbverzicht

Der Erbverzicht wird dann als unentgeltlich bezeichnet, wenn der Verzichtende den Erbverzicht in rein freigebiger Absicht schließt, d.h. ohne eine Entschädigung zu erwarten oder zu erhalten¹⁰.

bb) Entgeltlicher Erbverzicht

In der Regel wird der Verzichtende jedoch nur dann geneigt sein, seine erbrechtliche Position aufzugeben, wenn er eine Entschädigung erhält. Einen solchen Erbverzicht

⁷ Eine umfassende Auseinandersetzung mit der vorweggenommenen Erbfolge findet sich bei Eccher, Antizipierte Erbfolge

⁸ So z.B. Kipp/Coing, Erbrecht, § 82 I; MünchKomm/Strobel, § 2346, Rn.2; Staudinger/Schotten, § 2346, Rn.14

⁹ Möglich ist auch ein isolierter Erbverzicht, d.h. ein Erbverzicht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts.

¹⁰ Vgl. z.B. Staudinger/Schotten, § 2346, Rn. 120; Dernburg, Erbrecht, S.289; Woesch, Erbverzicht, S.17

gegen Abfindung bezeichnet man als entgeltlich¹¹.

c) Abfindung

Abfindung in Zusammenhang mit einem Erbverzicht ist also die Entschädigung für den Erbverzicht. Dabei gibt es keine feste Form der Abfindung. Vielmehr kann es sich um eine Zuwendung unter Lebenden oder um eine Zuwendung mittels einer Verfügung von Todes wegen handeln. Der Erblasser selbst oder ein Dritter kann Verpflichteter sein. Die Abfindung kann durch eine einmalige Leistung erfolgen oder in Form fortlaufender Zuwendungen. Sie ist in den verschiedensten wirtschaftlichen Formen möglich, wie z.B. als Zahlung einer Geldsumme, als Übereignung eines Grundstücks oder als Übertragung eines Unternehmens¹².

Gegenstand dieser Arbeit ist allein die Abfindung in Form einer Zuwendung unter Lebenden durch den Erblasser.

3. Der entgeltliche Erbverzicht als Mittel der vorweggenommenen Erbfolge

Die vorweggenommene Erbfolge ist kein fester Geschäftstypus¹³. Sie kommt vielmehr in den verschiedensten Gestaltungen vor. Eine Möglichkeit, die Erbfolge vorweg zu regeln, ist der entgeltliche Erbverzicht¹⁴.

a) Die Bedeutung der vorweggenommenen Erbfolge und des Erbverzichts

Regelungen der *vorweggenommenen Erbfolge* hatten ursprünglich ihre Domäne in landwirtschaftlichen Verhältnissen¹⁵. Die Zersplitterung eines landwirtschaftlichen Betriebs sollte verhindert werden. Hierauf ist auch die Regelung des sogenannten Hofübergabevertrages in § 17 HöfeO zurückzuführen. Inzwischen finden sich vorweggenommene Regelungen der Erbfolge vermehrt im Unternehmensbereich. Die Übertragung von Betrieben und Gesellschaftsanteilen im Rahmen einer vor-

¹¹ MünchKomm/Strobel, § 2346, Rn.21; Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 3, Rn.362; Binder, Erbrecht, S.125

¹² Hinsichtlich der verschiedenen Arten einer Abfindung kann auf Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht und Abfindungsvertrag, S.40; Atzli, Erbverzicht gegen Abfindung, S.16 und Woesch, Erbverzicht, S.17 verwiesen werden.

¹³ Siehe bereits A. I. 2. a)

¹⁴ Siehe u.a. Palandt/Edenhofer, § 2349, Rn.1; Schlüter, Erbrecht, S.156; Friedrich, Testament, S.66

¹⁵ Vgl. Coing, FS Schwind, S.63 (65)

weggenommenen Erbfolgeregelung ist heute in den Vordergrund gerückt¹⁶. Die Gründe hierfür sind vielfältig¹⁷. Erstrebte steuerrechtliche Vorteile¹⁸ sowie der Anstieg der durchschnittlichen Lebenserwartung¹⁹ sind zwei davon.

Der (entgeltliche) *Erbverzicht* ist ein wichtiges Mittel der vorweggenommenen Erbfolge, da er es ermöglicht, die Erbfolge vor dem Erbfall den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls anzupassen²⁰. Ursprünglich waren seine Hauptanwendungsgebiete das Recht des hohen Adels und der Ritterschaft sowie die Fälle, in denen der Verzichtende ins Kloster eintrat oder auswanderte²¹.

Heute ist der entgeltliche Erbverzicht häufig ein Mittel zur Sicherung des Fortbestandes eines landwirtschaftlichen oder insbesondere mittelständischen Unternehmens²². Auf diese Weise kann die Einheit des Betriebs in einer Hand erhalten werden. Des weiteren ist der Erbverzicht in den Fällen von Bedeutung, in denen es dem Erblasser nicht möglich ist, eine Enterbung oder den Widerruf einer letztwilligen Verfügung auszusprechen²³.

Dennoch wird in der Praxis vom Erbverzicht noch nicht in dem Maß Gebrauch gemacht, wie im Hinblick auf seine vielfältigen sinnvollen Anwendungsmöglichkeiten zu erwarten wäre²⁴. Es bleibt abzuwarten, ob sich dies in den nächsten Jahren ändern wird.

¹⁶ So Kollhoser, AcP 194, S.231 (233); Coing, FS Schwind, S.63 (65); ausführlich Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.17 ff

¹⁷ Auf die möglichen Motive insbesondere beim entgeltlichen Erbverzicht wird ausführlich unter A. I. 3. c) eingegangen.

¹⁸ Siehe Kollhoser, AcP 194, S.231 (233f); eingehend Damrau, Erbverzicht, S.60ff

¹⁹ Diesbezüglich kann auf Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.18f verwiesen werden. Im übrigen wird davon ausgegangen, daß es allgemein bekannt ist, daß die durchschnittliche Lebenserwartung gestiegen ist.

²⁰ Vgl. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.6; Spiegelberger, Vermögensnachfolge, Rn.353; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.155; Kuchinke, JZ 1998, S.143

²¹ So Leonhard, Erbrecht, § 2346, Anm.I; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.524; Harrer, ZBIFG 15, S.1 (13), Staudinger/Schotten, Einl. zu §§ 2346ff, Rn.3

²² So etwa Staudinger/Schotten, Einl zu §§ 2346ff, Rn.3; Immel, AcP 167, S.443 (444); Ebenroth/Fuhrmann, BB 1989, S. 2049; Erman/Schlüter, vor § 2346, Rn.2; AK/Teubner, vor § 2346, Rn.5; Spiegelberger, Vermögensnachfolge, Rn. 354; Kuchinke, JZ 1998, S.143

²³ Wie z.B. bei Geschäftsunfähigkeit oder bindend gewordener wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament. Vgl. hierzu Haegele, Rpfleger 1968, S.247, (248); Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.156

²⁴ Siehe Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 1, Rn.353; Rheinbay, Pflichtteilsergänzung, S.4; Damrau, Erbverzicht, S.138f

b) Die Zweckmäßigkeit des Erbverzichts²⁵

Der Erbverzicht im Sinn von § 2346 Abs. 1 BGB führt nicht nur zum Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge, sondern gemäß § 2346 Abs.1 S.2 BGB auch zum Ausschluß des Pflichtteilsrechts. Hierin liegt -so bereits die Motive²⁶- der eigentliche Sinn und Zweck des Erbverzichts²⁷. Denn grundsätzlich ist ein Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge bereits durch eine Enterbung gemäß § 1938 BGB oder durch eine anderweitige Erbfolgeregelung im Wege einer Verfügung von Todes wegen zu erreichen. Dagegen kann das Pflichtteilsrecht, abgesehen von den Fällen einer Pflichtteilsentziehung nach §§ 2333 ff BGB, nur durch einen Erb- bzw. Pflichtteils-verzicht ausgeschlossen werden. Aus diesem Grund ist die Zweckmäßigkeit eines Erbverzichts einer nicht pflichtteilsberechtigten Person oder eines Erbverzichts unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts teilweise zu verneinen²⁸. Allerdings kann deshalb dem Erbverzicht i.S.d. § 2346 Abs.1 BGB im Vergleich zu einem isolierten Pflichtteils-verzicht nicht die Zweckmäßigkeit überhaupt abgesprochen werden²⁹. Der Erbverzicht und der bloße Pflichtteilsverzicht führen hinsichtlich der Pflichtteilsrechte weiterer pflichtteilsberechtigter Personen zu unterschiedlichen Ergebnissen³⁰. Der durch den Erbverzicht ausgeschlossene Pflichtteilsberechtigte wird nach § 2310 S.2 BGB nicht mitgezählt, so daß sich die Pflichtteilsrechte der anderen Pflichtteilsberechtigten erhöhen. Im Fall des bloßen Pflichtteilsverzichts ist dies nicht der Fall. Zwar wird es in der Regel dem Interesse des Erblassers entsprechen, wenn es nicht zu einer Quotenerhöhung zugunsten der anderen pflichtteilsberechtigten Personen kommt, da er hierdurch an Testierfreiheit gewinnt³¹, doch kann im Einzelfall gerade diese Quotenerhöhung gewollt sein. Folglich kann nicht pauschal die Zweckmäßigkeit eines

²⁵ Eine umfassende Darstellung der Frage der Zweckmäßigkeit des Erbverzichts findet sich bei Damrau, Erbverzicht, S.26ff, welcher zu dem Ergebnis gelangt, daß der Erbverzicht im Gegensatz zum Pflichtteilsverzicht nur in besonderen und nicht alltäglichen Fällen zu empfehlen ist (s.S.137).

²⁶ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Mot.V, S. 471 u. 472 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.251)

²⁷ Vgl. Krug, Erbrecht, S.144; Schlüter, Erbrecht, S.155; Strohal, Erbrecht, S.284f

²⁸ So auch Mot.V, S.472 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.251); Strohal, Erbrecht, S.284f; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, § 2346, Anm.3

²⁹ Dieser Ansicht sind -abgesehen von einige Ausnahmefällen- Damrau, Erbverzicht, S.26ff u. 137; Rheinbay, Pflichtteilsergänzung, S.124; Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 3, Rn.366; Dernburg, Erbrecht, S.288; widersprüchlich sind die Motive: ebenso Mot.V. S.472 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.251), anders Mot.V, S.471 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.472)

³⁰ Dieser Auffassung sind auch Strohal, Erbrecht, S.285; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, § 2346, Anm.3; Leipold, Erbrecht, Rn.411a

³¹ Vgl. Leipold, Erbrecht, Rn.411a; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.894; Haegeler, BWNotZ 1971,

Erbverzichts verneint werden. Hinzu kommt, daß im Fall eines Erbverzichts nur ein Rechtsgeschäft erforderlich ist, während z.B. im Fall einer Enterbung verbunden mit einem Pflichtteilsverzicht zwei Rechtsgeschäfte erforderlich sind, um dasselbe Ziel zu erreichen³². Zudem handelt es sich bei einem Erbverzicht -wie bereits dem Wortlaut des § 2346 Abs.1 S.1 BGB zu entnehmen ist- um einen Vertrag, so daß nur eine Regelung im Einvernehmen mit dem Verzichtenden möglich ist³³. Dies wiederum führt dazu, daß beim Erbverzicht von einer größeren Akzeptanz für die vorweggenommene Erbfolgeregelung auszugehen ist als bei einem bloßen Pflichtteilsverzicht, verbunden mit einer einseitigen Erblasserregelung, wie z.B. einer Enterbung.

Des weiteren ist ein Erbverzicht immer dann zweckmäßig, wenn eine Enterbung oder eine anderweitige Erbfolgeregelung im Wege einer einseitigen Verfügung von Todes wegen nicht erreicht werden kann³⁴. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um die Fälle der Testierunfähigkeit³⁵ des Erblassers oder die Fälle bindend gewordener wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages.

Wenn ein Erbverzicht im Einzelfall einmal unzweckmäßig sein sollte, wird seine grundsätzliche Berechtigung hierdurch nicht in Frage gestellt³⁶.

c) Motive für einen entgeltlichen Erbverzicht

Die Motive für einen entgeltlichen Erbverzicht können verschiedenster Art sein³⁷. Aufgrund der verschiedenen Interessenlagen werden sich jedoch die Motive des Erblassers in der Regel von denen des Verzichtenden unterscheiden.

aa) Motive des Erblassers

Ein mögliches Motiv des Erblassers ist, daß er mittels eines (entgeltlichen) Erb-

S.36 (43); Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 3, Rn.366

³² Hierauf verweisen auch die Motive, Mot.V, S. 471 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.251)

³³ Diesen Aspekt sieht auch Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, § 2346, Anm.3

³⁴ Insoweit besteht Einigkeit. S.z.B. Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.895; Damrau, Erbverzicht, S.31ff; Dernburg, Erbrecht, S.288

³⁵ Gemäß § 2347 BGB kann dennoch ein Erbverzichtsvertrag geschlossen werden.

³⁶ Siehe Mot. V, S.472 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.251)

³⁷ Aus diesem Grund ist eine abschließende Auflistung aller möglichen Motive (hier) nicht möglich. Eine (nicht abschließende) Zusammenstellung findet sich bei Krug, Erbrecht, S.140 und Pühringer, BB 1989, Beil.6, S.4

verzichts die Erbfolge vorweg regeln kann. Der Erblasser kann so die Erbauseinandersetzung vereinfachen und Streitigkeiten vermeiden³⁸. Der Erblasser erlangt bereits zu seinen Lebzeiten Klarheit und Sicherheit bezüglich des Ausscheidens des Verzichtenden und dessen Abkömmlinge (§ 2349 BGB) aus der Erbfolge³⁹. Störende Pflichtteilsansprüche können vermieden werden.

Der Erbverzicht kann des weiteren dazu dienen, die Unternehmensnachfolge in einer Hand zu sichern⁴⁰. Die Gefahr, die eine Mehrheit von Erben oder die Einforderung von Pflichtteilsrechten für den Unternehmensfortbestand in sich birgt, kann mittels des Erbverzichts ausgeschlossen werden. Die Zersplitterung von Familienvermögen wird verhindert⁴¹.

Darüber hinaus wird der Erblasser immer dann einen Erbverzicht anstreben, wenn er die von ihm gewünschte Erbfolge z.B. wegen Testierunfähigkeit oder bindend gewordener Verfügungen in gemeinschaftlichem Testament oder Erbvertrag nicht mehr im Wege einer Verfügung von Todes wegen, wohl aber im Wege eines Erbverzichts erreichen kann⁴².

Ins Gewicht fallen oft auch steuerrechtliche Erwägungen⁴³, die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht näher dargelegt werden sollen.

bb) Motive des Verzichtenden

Auf der Seite des Verzichtenden wird das Hauptmotiv in der Regel in der vorweggenommenen Erbfolge liegen. Der Erbverzicht gegen Abfindung eröffnet dem Verzichtenden die Möglichkeit, sich bereits zu Lebzeiten des Erblassers seinen Anteil am künftigen Nachlaß zu sichern⁴⁴. Von Bedeutung ist dies vor allem deshalb, weil die Verzichtenden (insbesondere die Nachkommen) wegen ihres deutlich gestiegenen Lebensdurchschnittsalters im Zeitpunkt des Erbfalls in der Regel nicht mehr auf finanzielle Hilfe angewiesen sein werden⁴⁵. Der entgeltliche Erbverzicht kann für den

³⁸ S. Schlüter, *Erbrecht*, S.156; Eccher, *Antizipierte Erbfolge*, S.19; Lange, *FS Nottarp*, S.119 (120); ebenso bereits die *Protokolle*, s. Mugdan, *Die gesamten Materialien*, Bd.5, S.827

³⁹ So Lange, *FS Nottarp*, S.119; Esch/Schulze zur *Wiesche*, *Vermögensnachfolge*, S.204

⁴⁰ Vgl. Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, S.156; Degenhart, *Rpfleger* 1969, S.145; Pühringer, *BB* 1989, Beil.6, S.3

⁴¹ So z.B. von Lübtow, *Erbrecht*, 1.Halbband, S.528; Degenhart, *Rpfleger* 1969, S.145

⁴² Siehe Fn.34 sowie Haegele, *Rpfleger* 1968, S.247 (248); Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, S.156

⁴³ Vgl. Eccher, *Antizipierte Erbfolge*, S.23ff; Esch/Schulze zur *Wiesche*, *Vermögensnachfolge*, S.205; Krug, *Erbrecht*, S.139

⁴⁴ So Schlüter, *Erbrecht*, S.156

⁴⁵ Vgl. ausführlich Eccher, *Antizipierte Erbfolge*, S.19f; siehe auch Damrau, *FamRZ* 1969, S.129

Verzichtenden also ein wichtiges Mittel zur Existenzgründung oder Existenzsicherung sein⁴⁶. Hinzutreten können auch beim Verzichtenden steuerrechtliche Motive⁴⁷.

Des weiteren kann es, wie etwa bei Familienstreitigkeiten, im Interesse des Verzichtenden liegen, sich nicht an einer Erbauseinandersetzung beteiligen zu müssen.

d) Risiken und Störfaktoren

Der entgeltliche Erbverzicht birgt als Mittel der vorweggenommenen Erbfolge -wie bereits erwähnt- zahlreiche, nicht abschließend aufzählbare Gefahren und Risiken in sich⁴⁸. Im wesentlichen ist dies darauf zurückzuführen, daß die Vertragsschließenden in Unkenntnis über die zukünftigen Entwicklungen handeln⁴⁹. So stellt sich bei nachträglicher Verminderung oder Erhöhung des Nachlaßwerts⁵⁰ die Frage, ob bzw. inwiefern sich dies auf den entgeltlichen Erbverzicht auswirkt. Welche Konsequenzen kann es haben, wenn der Verzichtende mit der Abfindung anders als erwartet verfährt⁵¹? Welche Möglichkeiten stehen dem Verzichtenden zur Verfügung, wenn er nachträglich erfährt, daß der tatsächliche Wert des Erblasservermögens den angenommenen Wert wesentlich überstieg?

Von Bedeutung sind auch die Fälle, in denen die Verpflichtung zum Abschluß eines entgeltlichen Erbverzichts vertraglich vereinbart wird, daraufhin der Erbverzichtsvertrag noch vor Leistung der Abfindung geschlossen wird, und sich dann herausstellt, daß die vertragliche Verpflichtung unwirksam ist oder der Erblasser die Abfindung nicht leisten kann oder will.

Noch schwieriger wird die Situation, wenn der Erblasser und/oder der Verzichtende bereits verstorben ist. Hier stellt sich die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten den Erben zur Verfügung stehen.

⁴⁶ S. Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, S.155; von Lübtow, *Erbrecht*, 1.Halbband, S.527; Krug, *Erbrecht*, S.140; Schlüter, *Erbrecht*, S.156

⁴⁷ Vgl. Esch/Schulze zur Wiesche, *Vermögensnachfolge*, S.205f

⁴⁸ Vgl. Ebenroth, *Erbrecht*, § 5 II 3, Rn.362; H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (508ff), welcher zu dem Schluß kommt, daß es nahezu unmöglich sei, diese Risiken mittels Auflagen, Bedingungen und salvatorischen Klauseln vollkommen zu vermeiden.

⁴⁹ So H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (509)

⁵⁰ Vgl. Edenfeld, ZEV 1997, S.70; ein Beispiel findet sich bei Ebenroth/Fuhrmann, BB 1989, S.2049 (2053)

⁵¹ Für den Bereich der Unternehmensnachfolge siehe Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, S.172 und H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (508f)

4. Konkrete Problemstellung

Für die soeben aufgezeigten Risiken und Störfaktoren gibt es keine spezielle Regelung im Gesetz. Im Fall einer Risikorealisation stellt sich somit die Frage, wie der eingetretenen Störung mittels der vorhandenen gesetzlichen Regelungen begegnet werden kann. Hierin liegt die Problemstellung, die dieser Arbeit zugrundeliegt. Es soll geklärt werden, wie sich Störungen der vorweggenommenen Erbfolge auf den Erbverzicht oder die Abfindung auswirken bzw. auswirken können. Dabei sollen die Möglichkeiten der Rückgängigmachung eines entgeltlichen Erbverzichts erörtert werden.

II. Erläuterung der Vorgehensweise dieser Arbeit

Diese Arbeit wird nicht -wie z.B. die Arbeit von Holthaus⁵²- ausgehend von der einzelnen Störsituation nach der richtigen Rechtsfolge fragen. Vielmehr soll umfassend geklärt werden, welche Möglichkeiten es überhaupt gibt, sich von einem Erbverzicht zu lösen oder eine Abfindungsleistung zurück zu erlangen. Dabei wird bei der jeweiligen, gerade erörterten rechtlichen Möglichkeit ausgeführt werden, in welchen Störsituationen diese in Betracht kommt.

Der Grund für diese Vorgehensweise liegt zum einen darin, daß eine vollständige Erfassung aller Störsituationen wegen ihrer Vielgestaltigkeit nicht möglich ist, so daß nur einzelne Störsituationen abgehandelt werden könnten, und zum anderen darin, daß mittels dieser Arbeit ein Gesamtüberblick über die Frage der Beständigkeit eines entgeltlichen Erbverzichts gewährt werden soll. Selbstverständlich wird der immer noch strittige Frage⁵³ der rechtlichen Behandlung eines Erbverzichts bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages und bei Nichterbringung der Abfindungsleistung auch im Rahmen dieser Arbeit ausführlich nachgegangen werden.

Bevor jedoch im einzelnen auf das rechtliche Schicksal von Erbverzicht und Abfindung eingegangen wird, ist das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung zu klären. Denn dies ist für die rechtliche Behandlung von Erbverzicht und Abfindung von ausschlaggebender Bedeutung.

⁵² Holthaus, Johannes, Leistungsstörungen beim entgeltlichen Erbverzicht, Diss., Münster 1992

⁵³ Vgl. z.B. Holthaus, Leistungsstörungen, S.49ff; Damrau, Erbverzicht, S.92ff

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß sich diese Abhandlung ausschließlich mit dem entgeltlichen Erbverzicht im Zwei-Personen-Verhältnis beschäftigt, d.h. daß nur die Fälle Gegenstand sind, in denen der Erblasser selbst und nicht ein Dritter die Abfindung leistet bzw. zu leisten hat⁵⁴.

⁵⁴ Mit dem Drei -Personen-Verhältnis beschäftigt sich Holthaus, Leistungsstörungen, S.103ff

B. Das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung

I. Die Gesetzeslage

1. Die Motive

Die Motive gehen nicht auf das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung ein. Sie betonen lediglich, daß es sich von selbst verstehe, daß ein Erbverzicht unentgeltlich oder entgeltlich erfolgen könne⁵⁵. Sei letzteres der Fall, müßten jedoch das Abfindungsgeschäft und der Erbverzicht auseinandergehalten werden. Aus diesem Grund sei auch von einer Erwähnung der Möglichkeit eines entgeltlichen Erbverzichts abzusehen⁵⁶. Warum der Erbverzicht und das Abfindungsgeschäft auseinanderzuhalten sind und welches Verhältnis zwischen beiden besteht, wird nicht erörtert. Zwar stellen die Motive fest, daß der Erbverzicht wie jedes Rechtsgeschäft unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen könne, weshalb es einer ausdrücklichen Erwähnung nicht bedürfe⁵⁷. Diese Feststellung findet sich jedoch vor und nicht bei der Erörterung der möglichen Entgeltlichkeit eines Erbverzichts. Somit bleibt offen⁵⁸, ob nach den Motiven zwischen Erbverzicht und Abfindungsgeschäft ein Konditionalverhältnis vorliegen soll bzw. kann.

2. Die Protokolle

Die Protokolle gehen ebenfalls nicht näher auf das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung ein. Sie erwähnen mehrmals⁵⁹ den entgeltlichen Erbverzicht, wobei sie wie selbstverständlich- von dessen Zulässigkeit ausgehen. Die einzige Aussage, die sich auf das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung bezieht, ist die, daß das Verhältnis meist so sei, "daß beide Verträge in einer Urkunde zusammengefaßt und von den Beteiligten als einheitliches Ganzes behandelt würden⁶⁰". Was die Kommission damit

⁵⁵ Mot. V, S.480 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.256)

⁵⁶ Mot. V, S.480 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.256)

⁵⁷ Mot. V, S.480 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.256)

⁵⁸ Nach Holthaus, Leistungsstörungen, S.7, liege die Schlußfolgerung nahe, daß die Kommission nicht einmal an die Möglichkeit gedacht habe, die Leistung der Abfindung durch einen Bedingungs Zusammenhang zu sichern.

⁵⁹ Z.B. Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S. 828, 829, 830 u. 832; Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd.5, S.606, 607 u. 608

⁶⁰ Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.829, wobei anzumerken ist, daß es dort in Zeile 1 statt

meinte, ob sie möglicherweise davon ausging, daß der Erbverzicht und das Abfindungsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB bilden oder in einem Bedingungs-zusammenhang stehen, bleibt offen. Die Fälle, in denen der Erbverzicht und das Abfindungsgeschäft nicht in einer Urkunde zusammengefaßt sind, wurden sogar gänzlich außer acht gelassen.

Zur Klärung der Frage des Verhältnisses von Erbverzicht und Abfindung können die Protokolle folglich ebensowenig zu Rate gezogen werden wie die Motive.

3. Heutige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Die heutige Fassung⁶¹ des Bürgerlichen Gesetzbuches regelt den Erbverzicht in den §§ 2346 ff BGB. Dabei ist die Möglichkeit eines entgeltlichen Erbverzichts nicht ausdrücklich geregelt, mit der Folge, daß das Gesetz auch keine Regelung der Abfindung geschweige denn des Verhältnisses von Erbverzicht und Abfindung enthält. Somit ist das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung losgelöst von einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu klären.

II. Die Rechtsnatur des Erbverzichts als Ausgangskriterium

Das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung ist abhängig von der Rechtsnatur des Erbverzichts, auf die darum vorweg näher eingegangen werden soll⁶².

1. Rechtsgeschäft unter Lebenden

a) Meinungsstand

Die Motive gingen noch davon aus, daß es sich bei einem Erbverzicht um eine Verfügung von Todes wegen handle⁶³. Bereits den Protokollen sind jedoch erste

Erbvertrag Erbverzicht heißen müßte.

⁶¹ Stand: Januar 2000

⁶² Eine umfassende Darstellung zur Rechtsnatur des Erbverzichts und seiner Aufhebung findet sich bei Zellmann, Dogmatik und Systematik, S.142 bis 179, welcher zu dem Ergebnis (S.179) gelangt, daß der Erbverzicht (nicht aber dessen Aufhebung) als Rechtsgeschäft unter Lebenden einzuordnen ist.

⁶³ Mot. V, S.470, 471 u. 473f (=Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.250-252); vgl. auch Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd.5, S.600

Zweifel bezüglich der Richtigkeit dieser Auffassung zu entnehmen, weshalb die endgültige Klärung dieser Frage offengelassen wurde⁶⁴.

Heute besteht in Literatur und Rechtsprechung weitestgehend Einigkeit⁶⁵ darüber, daß der Erbverzicht den Rechtsgeschäften unter Lebenden zuzuordnen ist, wobei häufig auf eine Begründung verzichtet wird.⁶⁶ Die angeführten Begründungen sind nicht einheitlich:

Ebenroth⁶⁷ stellt darauf ab, daß der Verzichtende mit dem Abschluß des Erbverzichtsvertrages unmittelbar sein gesetzliches Erbrecht verliere. Hülsmeier⁶⁸ und Reul⁶⁹ sehen hingegen in dem negativen Inhalt des Erbverzichts, nämlich darin, daß der Erbverzicht bewirke, daß ein künftiges Erbrecht nicht entstehe, den tragenden Grund für seine Qualifizierung als Rechtsgeschäft unter Lebenden. Für Ebenroth/Fuhrmann⁷⁰ und Pühringer⁷¹ steht im Vordergrund, daß der Erbverzicht im Gegensatz zur Enterbung nicht einseitig und daher jederzeit widerruflich, sondern mittels eines bindenden Vertrages zustande käme. In ähnlicher Weise argumentieren Crome⁷², der darauf abstellt, daß der Verzichtende Hauptperson des Erbverzichts sei, und Zellmann⁷³, der den tragenden Grund darin sieht, daß der Erbverzicht kein 'Aktstyp zur Ausübung der Testierfreiheit sei'. Eine weitere Begründung liefert Keim⁷⁴, welcher aus § 2302 BGB den Schluß zieht, daß es sich bei einem Erbverzicht nicht um eine Verfügung von Todes wegen handeln könne. Dies ergebe sich aus der

⁶⁴ Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.826 u. 827; Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd.5, S.599, 600 u. 601

⁶⁵ Anders noch Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht und Abfindungsvertrag, S.32, welcher zu dem Ergebnis gelangt, daß der Erbverzicht zwar keine Verfügung von Todes wegen dafür aber dennoch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen sei. Siehe auch Atzli, Erbverzicht, S.13 und Häsemeyer, Erbrechtliche Verträge, S.152. Neuerdings möchte J. Mayer, MittBayNot 1985, S.101 (102), zitiert nach Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.155, den Erbverzicht wegen seiner negierenden Wirkung stets als eine einseitige bedingte Anordnung nach § 1938 BGB einstufen.

⁶⁶ So z.B. BGHZ 37, 319 (329); AK/Teubner, vor § 2346, Rn.19; Binder, Erbrecht, S.125; Dernburg, Erbrecht, S.289; Damrau, Erbverzicht, S.97; Harder, Erbrecht, S.85; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.155; Leipold, Erbrecht, Rn. 405; Leonhard, Erbrecht, § 2346, Anm.II C; MünchKomm/Strobel, § 2346, Rn.3 u. 4; Palandt/Edenhofer, Überbl. vor § 2346, Rn.5 u. 6; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, vor § 2346, Anm. 2 u. 3; RGRK/Johannsen, § 2346, Rn.1; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (164); Staudinger/Schotten, Einl zu §§ 2346 ff, Rn.21

⁶⁷ Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 2. a), Rn.354; so auch Esch/Schulze zur Wiesche, Vermögensnachfolge, S.225

⁶⁸ Hülsmeier, NJW 1981, S.2043

⁶⁹ Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (374)

⁷⁰ Ebenroth/Fuhrmann, BB 1989, S.2049 (2050)

⁷¹ Pühringer, BB 1989, Beil.6, S.3

⁷² Crome, Erbrecht, S.180

⁷³ Zellmann, Dogmatik und Systematik, S.179

⁷⁴ Keim, Zuwendungsausgleich, S.27

systematischen Stellung dieser Vorschrift am Ende der Regelungen über den Erbvertrag und dem Fehlen einer entsprechenden Vorschrift beim Erbverzicht.

b) Stellungnahme

In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung ist der Erbverzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden einzustufen. Zwar kann diese Auffassung nicht allein darauf gestützt werden, daß der Erbverzicht gemäß § 2346 Abs.1 BGB im Wege eines Vertragsschlusses erfolgt, denn der Erbvertrag ist trotz seines Vertragscharakters eine Verfügung von Todes wegen und damit kein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Im Gegensatz zum Erbvertrag hat der Erbverzicht jedoch tatsächlich einen rein negativen Charakter⁷⁵. Hinzu kommt, daß bei einem Erbverzicht, im Gegensatz zu den Verfügungen von Todes wegen nicht der Erblasser, sondern der Verzichtende im Vordergrund steht⁷⁶. Der Schwerpunkt des Erbverzichts liegt -wie schon dem Begriff und dem Wortlaut des § 2346 Abs.1 BGB zu entnehmen ist- im Verzicht selbst, d.h. in der Aufgabe einer Position seitens des Verzichtenden.

Des weiteren wäre die Sinnhaftigkeit der Regelung des Erbverzichts in §§ 2346ff BGB durch § 2302 BGB in Frage gestellt, wenn man den Erbverzicht als Verfügung von Todes wegen einstufen würde. Würde es sich bei einem Erbverzicht um eine Verfügung von Todes wegen handeln, dann wäre die Möglichkeit eines Abfindungsvertrages⁷⁷ als ein dem entgeltlichen Erbverzicht zugrundeliegendes Verpflichtungsgeschäft wegen

§ 2302 BGB ausgeschlossen. Dem Wesen des entgeltlichen Erbverzichts ist jedoch das Bedürfnis nach der Möglichkeit eines Verpflichtungsgeschäfts immanent⁷⁸. Mittels eines Abfindungsvertrages können nämlich beide Parteien ihre Interessen bereits auf schuldrechtlicher Ebene absichern. Hinzu kommt, daß die Regelung des § 2302 BGB die letzte Vorschrift im Abschnitt Erbvertrag ist, welcher seinerseits dem Abschnitt Testament nachgeordnet ist. Somit läßt sich der Schluß ziehen, daß alle

⁷⁵ So z.B. auch BGHZ 37, 319 (325); Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.23; Schlüter, Erbrecht, S.156; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.869

⁷⁶ Vgl. Wüstenberg, ZEV 1997, S.301; Keim, Zuwendungsausgleich, S.25; Kaempff, in: Lange, Erbschaft, S.12 (19); Walsmann, Der Verzicht, S.177

⁷⁷ Siehe hierzu B. IV.

⁷⁸ Auf das Erfordernis einer causa wird unter B. III. näher eingegangen.

Regelungen nach § 2302 BGB, also auch die §§ 2346 ff BGB, keine weiteren Verfügungen von Todes wegen konstituieren.

All diese Gründe zusammen gesehen rechtfertigen es somit, den Erbverzicht den Rechtsgeschäften unter Lebenden zuzuordnen. Dies hat zur Folge, daß die allgemeinen Vorschriften, wie z.B. §§ 116 ff BGB, Anwendung finden, soweit die §§ 2346 ff BGB keine Sonderregelungen enthalten.

2. Erbrechtliches Verfügungsgeschäft

a) Begriff

Ein Verfügungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist, unmittelbar auf ein bestehendes Recht einzuwirken, indem es inhaltlich verändert, übertragen, belastet oder aufgehoben wird⁷⁹.

Wenn sich diese unmittelbare Änderung der Rechtslage auf erbrechtlicher Ebene vollzieht, dann handelt es sich um ein erbrechtliches Verfügungsgeschäft.

b) Wirkungen des Erbverzichts⁸⁰

Von den Wirkungen des Erbverzichts hängt es ab, ob der Erbverzicht ein Verfügungsgeschäft ist oder nicht.

aa) Unmittelbare Änderung der Erbfolge

Gemäß § 2346 Abs.1 BGB ist der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte. Unmittelbare Folge des Erbverzichts ist also, daß der Verzichtende aus dem Kreis der gesetzlich Erbberechtigten ausscheidet⁸¹, mithin eine unmittelbare Änderung der gesetzlichen Erbfolge bewirkt wird⁸². Dasselbe gilt in entsprechender Weise für den reinen

⁷⁹ Allgemeine Meinung: z.B. Larenz/Wolf, BGB AT, §23 III 2.; Brox, BGB AT, §5 I 2. a)

⁸⁰ Es wird nur auf die Wirkungen näher eingegangen, die für die Einordnung als Verfügungsgeschäft von Bedeutung sind. Bezügl. einer umfassenden Darstellung der Rechtswirkungen wird auf MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.30ff verwiesen.

⁸¹ Damit korrespondieren auch die Regelungen in § 2310 S.2 und § 2316 Abs.1 S.2 BGB, wonach der Verzichtende bei der Pflichtteilsberechnung nicht mitgezählt wird bzw. wegen ausgleichspflichtiger Vorempfänge außer Betracht bleibt.

⁸² Vgl. BGH NJW 1997, S.653; BayOblG NJW-RR 1995, S.648; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.2; Staudinger/Schotten, Einl zu §§ 2346ff, Rn.17; Palandt/Edenhofer, Überbl. vor § 2346, Rn.5; Leonhard, § 2346, Anm.IV A; Mot. V, S.471 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5,

Pflichtteilsverzicht und den Zuwendungsverzicht, die zur Folge haben, daß der Verzichtende aus dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten bzw. der durch Verfügung von Todes wegen Bedachten ausscheidet⁸³.

Insoweit herrscht Einvernehmen. Was jedoch die Frage nach der konkreten Wirkungsweise des Erbverzichts, nach dem Erbverzichtsobjekt und dem Verlustgegenstand auf der Seite des Verzichtenden betrifft, werden verschiedene Ansichten vertreten, auf die im folgenden Abschnitt näher eingegangen werden soll.

bb) Verlustwirkung auf Seiten des Verzichtenden

Die unmittelbare Änderung der Erbfolge kommt erst mit dem Erbfall zum Tragen⁸⁴. Fraglich ist aber, ob nicht bereits mit Abschluß des Erbverzichtsvertrages auf Seiten des Verzichtenden -neben der vertraglichen Bindungswirkung⁸⁵- der Verlust einer Rechtsposition einhergeht bzw. welche Rechtsposition im Verlustfall verloren geht. Denn der Erbverzicht ist trotz seiner Vertragsform ein echter Verzicht i.S.d. BGB⁸⁶, welcher sich dadurch auszeichnet, daß jemand ein bestehendes oder künftiges Recht aufgibt⁸⁷.

(1) Meinungsstand

Vor dem Erbfall ist das Erbrecht⁸⁸ nach herrschender Ansicht⁸⁹ kein gegenwärtiges subjektives Recht⁹⁰. Es handle sich vielmehr um ein künftiges Recht. Zu Lebzeiten des

S.251); Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, vor § 2346, Anm.2.; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 II 1 a); Nieder, Testamentgestaltung, Rn.869; Rheinbay, Pflichtteilsergänzung, S.11

⁸³ Anzumerken ist, daß es dem Erblasser trotz Erb-, Pflichtteils- oder Zuwendungsverzichts offen steht, dem Verzichtenden dennoch im Wege einer Verfügung von Todes wegen etwas zuzuwenden. So z.B. BGHZ 30, 261 (267); MünchKomm/Strobel, § 2346, Rn.30; Harder, Erbrecht, S.85

⁸⁴ Siehe Zellmann, Dogmatik und Systematik, S.147; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.30; Woesch, Erbverzicht, S.12; Walsmann, Der Verzicht, S.295; a.A. wohl BGH NJW 1997, S.653

⁸⁵ Vgl. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.30

⁸⁶ Zu diesem Ergebnis gelangt insbesondere Walsmann, Der Verzicht, S.18 u. 176ff; s. auch Larenz, JherJb. 81, S.1 (2) u. Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht und Abfindungsvertrag, S.12

⁸⁷ So Walsmann, Der Verzicht, S.41ff u. 296; Larenz, JherJb. 81, S.1 (2)

⁸⁸ Zum Begriff siehe Larenz, JherJb. 81, S.1 (4)

⁸⁹ Z.B. Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.170; Rheinbay, Pflichtteilsergänzung, S.98f; Damrau, Erbverzicht, S.103; Lange, FS Nottarp, S.119 (121); Kipp/Coing, Erbrecht, § 82 II 1 a)

⁹⁰ A.A. BGHZ 1, 343 (349), wonach zwischen Erb-/Pflichtteilsrecht und Erb-/Pflichtteilsansprüchen zu unterscheiden sei. (So auch BGH NJW 1997, S.521 (522) mit kritischer Anmerkung Muscheler, JZ 1997, S.853 (854))

Im alten deutschen Recht, in dem der Erbverzicht seinen Ursprung hat, stand den Erben schon zu Lebzeiten ein Recht an der Erbschaft (sog. Warterecht) zu. Anders dagegen das römische Recht, auf das das moderne Recht zurückzuführen ist. Vgl. Binder, Erbrecht, S.125; Dernburg, Erbrecht, S. 287f; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.524; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht

Erblassers begründe es lediglich die Aussicht, einmal Erbe zu werden. Aus diesem Grund geht die herrschende Meinung in der Doktrin davon aus, daß Gegenstand des Erbverzichts die künftige Erbenstellung, das künftige Erbrecht (*hereditas sperata*) des Verzichtenden sei⁹¹. Der Verzichtende habe zu Lebzeiten des Erblassers auch kein Anwartschaftsrecht⁹², auf das verzichtet werden könne. Hierfür fehle es regelmäßig an der rechtlichen und tatsächlichen Sicherheit des zukünftigen Erwerbs⁹³. Infolge der Testierfreiheit habe der Erblasser nämlich in der Regel die Möglichkeit, den Anfall der Erbschaft zu verhindern. Die Position des Verzichtenden vor dem Erbfall sei damit lediglich eine bloße Erbaussicht, eine Erbchance⁹⁴.

Diejenigen hingegen, die ein Anwartschaftsrecht oder zumindest eine tatsächliche Anwartschaft⁹⁵ des Verzichtenden anerkennen, können zu dem Schluß kommen, daß der Verzichtende sofort mit Abschluß des Erbverzichtsvertrages eben dieses Anwartschaftsrecht oder diese Anwartschaft verliere⁹⁶.

Aber selbst diejenigen, die ein Anwartschaftsrecht oder eine Anwartschaft ablehnen, vertreten teilweise die Ansicht, daß nicht das künftige Erbrecht, sondern die jetzige Erbchance (*spes hereditatis*) Gegenstand des Erbverzichts sei⁹⁷.

und Abfindungsvertrag, S.18; Woesch, Erbverzicht, S.13; Heine, ZBIFG 19, S.201 (202)

⁹¹ Z.B. Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.23; Bartholmeyczik, Erbrecht, S.21; Gursky, Erbrecht, S.64; Wiefels, Erbrecht, S.50, der allerdings den Erbverzicht als negativen Erbvertrag einstuft; Atzli, Erbverzicht, S.13; Heine, ZBIFG 19, S.201 (202); Schlüter, Erbrecht, S.155; Palandt/Edenhofer, Überblick vor § 2346, Rn.1

⁹² Vgl. Walsmann, Der Verzicht, S.295f; Damrau, Erbverzicht, S.103; Lange, FS Nottarp, S.119 (121); von Lübtow, Erbrecht, 2.Halbband, S.618; Friedrich, Testament und Erbrecht, S.203; Göller, Anwartschaften im Erbrecht, kommt zu dem Ergebnis, daß gesetzliche und testamentarische Erben keine Anwartschaft haben, s.S.65, während er eine Anwartschaft eines Pflichtteilsberechtigten anerkennt, s.S.63. Anzumerken ist, daß Göller -wie übrigens viele andere auch- begrifflich nicht zwischen Anwartschaft und Anwartschaftsrecht unterscheidet. Siehe Atzli, Erbverzicht, S.12; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.24; Rheinbay, Pflichtteils-ergänzung, S.99

⁹³ Siehe Damrau, Erbverzicht, S.103; Lange, FS Nottarp, S.119 (121); Friedrich, Testament und Erbrecht, S.203

⁹⁴ Vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.170; Woesch, Erbverzicht, S.13; Soergel/Damrau, §2346, Rn.1

⁹⁵ Im Gegensatz zum Anwartschaftsrecht handelt es sich hierbei lediglich um eine mehr oder weniger gesicherte Aussicht auf den Anfall eines subjektiven Rechts, die nicht den Grad von Festigkeit hat, welcher ein Anwartschaftsrecht als subjektives Recht erfordert. Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §15 VII 2 a) u. b)

⁹⁶ Meyer,FS Enneccerus, S.3 u. 7; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.525 und 2.Halbband, S.619 sieht sogar in einem Verzicht unter Verlobten einen antizipierten Verzicht dahingehend, daß verhindert werde, daß die Anwartschaft künftig überhaupt entstehe. Nach Larenz, JherJb. 81, S.1 (3f) kann allerdings nicht zwischen einem Verzicht auf die gegenwärtige Anwartschaft oder auf das künftige Recht unterschieden werden. Hiergegen wendet sich von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.525

⁹⁷ So Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.170; Lange, FS Nottarp, S.119 (121), welcher in der *hereditas sperata* den wirtschaftlichen Bereich des Erbverzichts sieht. Erman/Schlüter, vor §§2346ff, Rn.1

Unter denjenigen, die der Auffassung sind, das künftige Erbrecht sei Gegenstand des Erbverzichtsvertrages, werden wiederum differierende Meinungen bezüglich der konkreten Wirkungsweise des Verzichts vertreten. Zum einen wird der Erbverzicht als antizipierter Verzicht⁹⁸ angesehen, durch den das mit dem Erbfall entstehende Erbrecht sofort (nach einer juristischen Sekunde) wieder aufgehoben werde. Zum anderen wird statt eines echten Verzichts eine 'Anfallentsagung'⁹⁹ angenommen oder aber, daß der Erbverzicht kraft Gesetzes in seiner Wirkung durch den Tod des Erblassers aufschiebend bedingt sei¹⁰⁰. Nach überwiegender Ansicht verhindere der Erbverzicht jedoch nur die Entstehung des zukünftigen Erbrechts¹⁰¹. Hierdurch unterscheidet er sich von der Ausschlagung¹⁰², die bewirke, daß die Erbschaft nach ihrem Anfall (rückwirkend) als nicht angefallen gelte (§ 1953 Abs.1 BGB). Der Erbverzicht könne daher auch nicht etwa als antizipierte Ausschlagung angesehen werden¹⁰³.

(2) Stellungnahme

Zurecht besteht weitestgehend Einvernehmen¹⁰⁴ darüber, daß das Erbrecht dem Verzichtenden vor dem Erbfall kein gegenwärtiges subjektives Recht gewährt. Denn es handelt sich hierbei zu Lebzeiten des Erblassers nicht um eine dem Verzichtenden durch die Rechtsordnung verliehene Willens- oder Rechtsmacht zur Befriedigung seiner Interessen¹⁰⁵. Vielmehr handelt es sich bei dem Erbrecht um ein künftiges Recht. Erst mit dem Erbfall realisiert sich die Erbenstellung.

Dem gesetzlichen Erben steht vor dem Erbfall auch kein Anwartschaftsrecht zu¹⁰⁶. Ein Anwartschaftsrecht setzt voraus, daß von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten

⁹⁸ Walsmann, Der Verzicht, S.296f

⁹⁹ So Endemann, Erbrecht, § 31 I, der dies damit begründet, daß ein Verzicht im wahren Sinne daran scheitere, daß noch gar kein Recht existiere, das aufgegeben werden könne.

¹⁰⁰ Siehe Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.170

¹⁰¹ So z.B. Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.17; Woesch, Erbverzicht, S.13; Larenz, JherJb. 81, S.1 (5f); Atzli, Erbverzicht, S.12; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.24; Leonhard, Erbrecht, §2346, Anm.III; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 II 1 a)

¹⁰² Vgl. Walsmann, Der Verzicht, S.103; Woesch, Erbverzicht, S.13f; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.35f; Leonhard, Erbrecht, §2346, Anm.II A 2 a; anders hingegen Harrer, ZBIFG 15,S.1 (2ff)

¹⁰³ Siehe Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.17

¹⁰⁴ Siehe B. II. 2. b) bb) (1)

¹⁰⁵ Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §14 II 1

¹⁰⁶ Siehe hierzu auch B. II. 2. b) bb) (1)

Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere nicht mehr einseitig zu zerstören vermag¹⁰⁷. Aufgrund der Testierfreiheit steht es dem Erblasser jedoch frei, im Wege einer Verfügung von Todes wegen die Aussicht des gesetzlichen Erben auf die künftige Erbenstellung ohne dessen Einvernehmen zu beseitigen. Hinsichtlich des Pflichtteilsrechts hat der Erblasser diese Möglichkeit zwar nicht, doch steht es dem Erblasser zu Lebzeiten völlig frei, über sein Vermögen zu verfügen und so den späteren Pflichtteilsanspruch wirtschaftlich auszuhöhlen¹⁰⁸. Das Gesetz räumt dem Pflichtteilsberechtigten vor dem Erbfall keinerlei Machtbefugnisse oder Rechte ein. Nur der erst mit dem Erbfall entstehende Pflichtteilsanspruch ist gemäß § 2317 Abs.2 BGB vererblich und übertragbar. Das Pflichtteilsrecht selbst ist weder übertragbar noch pfändbar. Somit ist zwar eine Anwartschaft, d.h. eine mehr oder weniger gesicherte Aussicht auf den Anfall des Pflichtteilsanspruches anzuerkennen, ein Anwartschaftsrecht als subjektives Recht ist jedoch abzulehnen¹⁰⁹.

Ein Anwartschaftsrecht als Gegenstand des Erbverzichts scheidet folglich aus. Eine Anwartschaft bzw. die bloße Erbaussicht können als Verzichtsgegenstand ebenfalls nicht in Betracht kommen, denn die Aufgabe einer bloßen Aussicht entspricht nicht dem Wesen des Verzichts im Sinne des BGB, zu dem -wie dargelegt wurde- auch der Erbverzicht zählt. Ein Verzicht setzt vielmehr die Aufgabe eines subjektiven Rechts voraus. Folglich kann in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung allein das Erbrecht als zukünftiges Recht den Gegenstand des Erbverzichtsvertrages darstellen. Der herrschenden Meinung ist auch darin zu folgen, daß durch den Erbverzicht nicht ein bestehendes Recht zerstört, sondern nur verhindert wird, daß das zukünftige Erbrecht mit dem Erbfall zur Entstehung gelangt. Diese Ansicht ist bereits den Motiven¹¹⁰ zu entnehmen, und sie wird durch die Regelung über die Aufhebung des Erbverzichts in § 2351 BGB bestätigt. Man kann ein Recht, das zerstört und damit nicht mehr existent ist, nicht einfach im Wege der Aufhebung des die Zerstörung bewirkenden Rechtsgeschäfts wieder aufleben lassen. Ein Recht, das nicht mehr existiert, müßte vielmehr neu begründet werden. Das Gesetz sieht jedoch nicht

¹⁰⁷ So z.B. BGHZ 37, 319 (321); Staudinger/Bork, Vorbem zu §§ 158ff, Rn. 53; Larenz/Wolf, BGB AT, §15 VII 2 b); Raiser, Dingliche Anwartschaften, S.3 und 10

¹⁰⁸ Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.103. Einem Pflichtteilsberechtigten stehen zwar unter Umständen Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß §§ 2325 ff BGB zu, gegen eine bloße Vermögensverschwendung durch den Erblasser kann der Pflichtteilsberechtigte jedoch z.B. nichts ausrichten.

¹⁰⁹ Im Ergebnis ebenso: Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.170; Raiser, Dingliche Anwartschaften, S.12

¹¹⁰ Mot. V, S.476 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.253)

die Möglichkeit einer Neubegründung, sondern die eines Aufhebungsvertrages vor, woraus zu schließen ist, daß der Erbverzicht nur die Entstehung des künftigen Erbrechts verhindert.

Der von Walsmann¹¹¹ vorgeschlagenen Konstruktion eines antizipierten Erbverzichts bedarf es nicht, da Gegenstand eines Verzichts auch ein zukünftiges Recht sein kann, dessen Entstehung verhindert wird.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der Verzichtende zu Lebzeiten des Erblassers noch kein subjektives Recht verliert. Er verliert lediglich die mehr oder weniger gesicherte tatsächliche Erbaussicht auf die zukünftige Erbenstellung, mag man sie als Anwartschaft bezeichnen oder auch nicht.

c) Subsumtion des Erbverzichts unter den Verfügungsbegriff

Wie aufgezeigt wurde, wird durch den Erbverzicht unmittelbar die Erbfolge geändert, was sich allerdings erst mit dem Erbfall auswirkt. Der Erbverzicht führt nicht unmittelbar zu dem Verlust eines gegenwärtigen subjektiven Rechts auf Seiten des Verzichtenden, doch zeigt die Normierung des Erbverzichts in den §§ 2346 ff BGB, daß es sich bei diesem nicht um einen bloßen "Wahnverzicht"¹¹² und bei der vom Verzichtenden aufgegebenen Position nicht um ein "rechtliches Nichts"¹¹³ handeln kann.

Es ist deshalb gerechtfertigt, den Erbverzicht -wie auch die sonstigen Verzichte des BGB- den Verfügungsgeschäften zuzuordnen. Allerdings ist er keine Verfügung über gegenwärtiges Vermögen. Seine Wirkung ist vielmehr erbrechtlicher Natur, so daß er ein erbrechtliches Verfügungsgeschäft¹¹⁴ darstellt¹¹⁵.

¹¹¹ Walsmann, Der Verzicht, S.295f, der selbst feststellt: "Aber das gleichzeitige Entstehen und Erlöschen des Erbverzichts schmeckt reichlich stark nach Konstruktion."

¹¹² Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.170

¹¹³ Siehe von Lübtow, Erbrecht, 2.Halbband, S.619; auch BGHZ 37, 319, (325) spricht von einer Rechtsposition, die der Verzichtende aufgabe.

¹¹⁴ Allg.M.: s. z.B. Brox, Erbrecht, §21 I; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.2; Staudinger/Schotten, Einl zu §§ 2346ff, Rn.17; Jauernig/Stürner, §2346, Rn.1; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.5; Krug, Erbrecht, S.143; Schlüter, vor §§ 2346 ff, Rn.1; Soergel/Damrau, §2346, Rn.1; Leipold, Erbrecht, Rn.405; Schlüter, Erbrecht, S.156; Gursky, Erbrecht, S.64; Hülsmeier, NJW 1981, S.2043; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.869; Esch/Schulze zur Wiesche, Vermögensnachfolge, S.225; siehe auch BGH NJW 1997, S.653

¹¹⁵ Der BGH hat in BGHZ 37, 319 (324f) ausdrücklich festgestellt, daß § 312 BGB trotz seiner systematischen Stellung auch Verfügungsgeschäfte erfasse, der Erbverzicht aber die einzige vom Gesetz zugelassene Verfügung eines Erbanwärters über seine Rechtsposition vor dem Erbfall sei.

3. Abstraktes Rechtsgeschäft

Abstrakte Rechtsgeschäfte enthalten keinen bestimmten Leistungszweck. Sie sind zweckfrei, so daß sie zur Erfüllung der in verschiedenen Verpflichtungsgeschäften¹¹⁶ enthaltenen Leistungszwecke geeignet sind¹¹⁷. Des weiteren sind sie unabhängig von der Wirksamkeit eines ihnen zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts. Typische abstrakte Rechtsgeschäfte sind Verfügungsgeschäfte¹¹⁸. Mithin ist der Erbverzicht zu den abstrakten Rechtsgeschäften zu zählen¹¹⁹, da er ein Verfügungsgeschäft ist und als solches wie jedes Verfügungsgeschäft einer causa bedarf¹²⁰, von deren Wirksamkeit seine Rechtswirkungen jedoch nicht abhängen.

Die abstrakte Verfügungswirkung des Erbverzichts unterscheidet ihn von gegenseitigen schuldrechtlichen Verträgen, denen nur obligatorische Wirkung zukommt. Aus diesem Grund können die §§ 320 ff BGB auf den Erbverzichtsvertrag keine Anwendung finden¹²¹. Der Erbverzichtsvertrag kann folglich auch nicht zu einer schuldrechtlichen Abfindungsvereinbarung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis i.S.d. §§ 320 ff BGB stehen¹²².

Eine Auseinandersetzung mit § 312 BGB findet sich bei Blomeyer, FamRZ 1974, S.421 ff.

¹¹⁶ Verpflichtungsgeschäfte sind in erster Linie kausale Geschäfte, d.h. zweckbestimmte Geschäfte. Der von den Parteien verfolgte Leistungszweck ist ihr Wesenskern. Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §23 IV 1 a)

¹¹⁷ Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §23 IV 1 b); Creifelds, Rechtswörterbuch, 11.Aufl.,S.934

¹¹⁸ Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §23 IV 1 b); Creifelds, Rechtswörterbuch, 11. Aufl., S.934

¹¹⁹ Allg.M.: u.a. BGHZ 37, 319 (327); BGH NJW 1997, S.653; BayObLGZ 1981, 30 (33); BayObLG DNotZ 1996, S.796 (797) = NJW-RR 1995, S.648 = ZEV 1995, S.228; Leipold, Erbrecht, Rn.406; Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.19; Soergel/Damrau, §2346, Rn.1; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.3; Palandt/Edenhofer, Überbl. vor §2346, Rn.5; Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.1; Jauernig/Stürner, §2346, Rn.1; Larenz, JherJb. 81, S.1 (10f); Ebenroth, Erbrecht, §5 II 2 a); AK/Teubner, vor §2346, Rn.20; Leonhard, Erbrecht, §2346, Anm.IV B 1; Damrau, Erbverzicht, S.98; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, vor §2346, Anm.4; Pühringer, BB 1989, Beil.6, S.3; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.869; Heine, ZBIFG 19, S.201; Ebenroth/Fuhrmann, BB 1989, S.2049 (2050); Harder, Erbrecht, S.86; Edenfeld, ZEV 1997, S.70 (71); Gursky, Erbrecht, S.64; Schlüter, Erbrecht, S.156; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.1; Krug, Erbrecht, S.143; a.A. sind: Meyer, FS Enneccerus, S.9f; Walsmann, Der Verzicht, S.297; Woesch, Erbverzicht, S.18 und Crome, Erbrecht, S.177, welche basierend auf dem damaligen Verständnis von der Rechtsnatur des Erbverzichts davon ausgingen, daß dem Erbverzicht kein gesondertes Verpflichtungsgeschäft zugrundeliege.

¹²⁰ Siehe hierzu B. III.

¹²¹ Vgl. RGRK/Johannsen, §2346, Rn.1; Palandt/Edenhofer, Überbl vor §2346, Rn.5; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.3; Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (374)

¹²² Siehe BayObLG DNotZ 1996, S.796 (799) = NJW-RR 1995, S.648 (649) = ZEV 1995, S.228 (229); Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (146); Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.20; Leonhard, Erbrecht, §2346, Anm.IV B 1; Atzli, Erbverzicht, S.18; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, vor §2346, Anm.4; Dernburg, Erbrecht, S.289; Erman/Bartholomeyczik, 2.Aufl., vor §§2346 ff, Anm.3; Edenfeld,ZEV 1997, S.134 (136)

III. Erforderlichkeit eines Kausalgeschäfts

1. Meinungsstand

a) Der Erbverzicht trage seine causa in sich selbst

Die früher h.M.¹²³ ging davon aus, daß der Erbverzicht seine causa in sich selbst trage. Begründet wurde dies damit, daß der Erbverzicht ein für sich allein verständliches und sinnvolles Rechtsgeschäft sei¹²⁴. Ein möglicher Abfindungsvertrag könne nicht als causa, sondern allenfalls als Motiv des Erbverzichts angesehen werden¹²⁵. Heute vertritt diese Ansicht im wesentlichen nur noch von Lübtow¹²⁶. Er ist der Auffassung, daß bei einem Erbverzicht der Zweck -die unmittelbare Beseitigung der Erbanwartschaft- bereits durch den Inhalt des Geschäfts festgelegt sei, weshalb er keinen besonderen Rechtsgrund haben könne.

Allerdings sieht von Lübtow in einem Abfindungsvertrag nicht das Motiv des Erbverzichts, sondern einen Vorvertrag zum Erbverzichtsvertrag¹²⁷.

b) Der Erbverzicht bedürfe einer causa

Heute wird überwiegend davon ausgegangen, daß dem Erbverzicht als Verfügungsgeschäft ein Kausalgeschäft zugrundeliege. Als abstraktes Geschäft bedürfe der Erbverzicht wie jedes Verfügungsgeschäft eines Verpflichtungsgeschäftes als Rechtsgrundlage¹²⁸.

¹²³ Z.B. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, vor §2346, Anm.4; Walsmann, Der Verzicht, S.297; Woesch, Erbverzicht, S.18; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.39; Atzli, Erbverzicht, S.18; Meyer, FS Enneccerus, S.10f ist der Auffassung, daß der Erbverzicht überhaupt keine causa habe, er vielmehr um seiner selbst willen vorgenommen werde.

¹²⁴ Ebenda

¹²⁵ Vgl. Atzli, Erbverzicht, S.18; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.39

¹²⁶ Siehe von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.533f; ebenso Keim, Zuwendungsausgleich, S.107; Gernhuber, EWiR §2351 BGB, S.739 (740) kritisiert, daß der IV. Zivilsenat des BGH davon ausgehe, daß der Erbverzicht seinen Rechtsgrund in sich trage. Der Entscheidung des BGH, Urt. v. 24.06.1998, BGHZ 139, 116 = ZEV 1998, S.304 ist dieser Standpunkt jedoch weder ausdrücklich zu entnehmen noch aus dem Umstand zu folgern, daß sich der BGH nicht mit der Frage der Aufhebung des Kausalgeschäftes beschäftigt.

¹²⁷ Von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.534

¹²⁸ Siehe BayObLGZ 1981, 30 (33); BayObLG ZEV 1995, S.228 = NJW-RR 1995, S.648; Schotten, DNotZ 1998, S.163; Jauernig/Stürner, §2346, Rn.4; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.115; Soergel/Damrau, §2346, Rn.2; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.157; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn. 884; Edenfeld, ZEV 1997, S.70 (71); Langenfeld, LM, §2352, Nr.5; Ebenroth/Fuhrmann, BB 1989, S.2049 (2053); Pühringer, BB 1989, Beil.6, S.3; offengelassen, allerdings mit erkennbarer Neigung zur Anerkennung eines Kausalgeschäfts: BGHZ 37, 319 (327)

Zurückzuführen ist diese Auffassung auf Larenz¹²⁹, welcher die Unterscheidung des Erbverzichts von seinem Grundgeschäft anregte, sowie auf Lange¹³⁰, der sich diese Ansicht zu eigen machte und fortentwickelte.

2. Eigener Standpunkt

Das Gesetz selbst enthält keine Regelung eines Kausalgeschäfts des Erbverzichts. Allein dieser Umstand berechtigt jedoch nicht zur Ablehnung eines Kausalgeschäfts. Zum einen lag dem Entwurf des BGB ein Rechtsverständnis vom Erbverzicht zugrunde, das die Frage eines Kausalgeschäfts nicht aufwarf¹³¹, zum anderen folgt aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit, daß auch Verpflichtungsgeschäfte anzuerkennen sind, die keine spezielle gesetzliche Regelung erfahren haben, solange sie nicht gegen ein Gesetz verstoßen (§ 134 BGB)¹³².

Der Erbverzicht ist ein abstraktes Verfügungsgeschäft¹³³. Verfügungsgeschäften aber liegt regelmäßig ein Kausalgeschäft zugrunde. Ein Grund dafür, den Erbverzicht von dieser Regel auszunehmen, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist der Argumentation von Lübtows¹³⁴, daß der Erbverzicht seinen Zweck in sich selbst trage, entgegenzuhalten, daß dies bei einem entgeltlichen Erbverzicht jedenfalls nicht der Fall ist. Bei einem entgeltlichen Erbverzicht ist dem Verzicht selbst nicht zu entnehmen, daß er in Zusammenhang mit einer Abfindungsleistung erfolgen soll. Eben diese Abfindungsleistung wird aber regelmäßig, abgesehen von der Änderung der Erbfolge, Zweck und Ziel des Verzichtenden sein.

Zudem müßte man das Argument der Zweckimmanenz - seine Zugrundelegung vorausgesetzt- konsequenterweise auch bei anderen Verfügungen, wie z.B. einer Grundstücksübertragung heranziehen. Deren Zweck, nämlich einen Eigentumsübergang herbeizuführen, ist dieser ebenso immanent wie die Änderung der Erbfolge dem Erbverzicht. Folglich wäre eine causa auch hier entbehrlich. Auf diesen Gedanken ist jedoch zurecht noch niemand gekommen. Wenn aber bei einer Grundstücksübertragung ein Kausalgeschäft vorausgesetzt wird, dann ist auch bei

¹²⁹ Larenz, JherJb. 81, S.1 (6ff)

¹³⁰ Lange, FS Nottarp, S.119 (126ff)

¹³¹ Vgl. hierzu Lange, FS Nottarp, S.119 (126) m.w.N.

¹³² So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.116; Lange, FS Nottarp, S.119 (127)

¹³³ Siehe B II. 2. und 3.

¹³⁴ Von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.533f; so auch Woesch, Erbverzicht, S.18; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.39

einem Erbverzicht ein Kausalgeschäft anzuerkennen, welches klarstellt, warum bzw. wozu der Erbverzicht erfolgt.

Meines Erachtens muß es sich jedoch bei der causa eines Erbverzichts nicht immer um ein Verpflichtungsgeschäft, insbesondere um einen Abfindungsvertrag handeln¹³⁵. Vielmehr kann im Einzelfall auch eine Zweckvereinbarung im Sinne der *condictio ob rem* genügen¹³⁶, nämlich dann, wenn es zwar an einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Beteiligten fehlt, nicht aber an einer entsprechenden tatsächlichen Willensübereinstimmung.

IV. Der Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft

Wie gerade dargelegt wurde, ist die Möglichkeit eines Verpflichtungsgeschäftes als causa des Erbverzichts anzuerkennen. Bei einem entgeltlichen Erbverzicht handelt es sich regelmäßig um den sogenannten Abfindungsvertrag¹³⁷, auf den darum im folgenden näher eingegangen werden soll.

1. Der Abfindungsvertrag als gegenseitiger Vertrag

a) Begriff des gegenseitigen Vertrages

Der gegenseitige Vertrag ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag. Das konstituierende Merkmal des synallagmatischen Vertrages ist der gegenseitige Leistungsaustausch, das Prinzip des "do ut des". Diese Abhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen betrifft zum einen ihr Entstehen (sog. genetisches Synallagma), zum anderen aber auch ihre Abwicklung einschließlich der Störfälle (sog. funktionelles Synallagma).¹³⁸

¹³⁵ Ähnlich MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.3; H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (507 u. 520); Ebenroth, Erbrecht, §5 II 2 a)

¹³⁶ So auch MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.3 u.28

¹³⁷ Vgl. u.a. BGH NJW 1997, S.653; BayOblG NJW-RR 1995, S.648 (649) = DNotZ 1996, S.796 (799) = ZEV 1995, S.228 (229); Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.10; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.22; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.122; AK/Teubner, vor §2346, Rn.22 u. 24; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (136); ders., ZEV 1997, S.70 (71); Harder, LM, §2346, Nr.4; Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Damrau, Erbverzicht, S.97; Holthaus, Leistungsstörungen, S.12f; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 VI d; Leipold, Erbrecht, Rn.406f; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (146f); Haegele, BWNNotZ 1971, S.36 f; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3; Lange, FS Nottarp, S.119 (129f); Larenz, JherJb. 81, S.1 (9); Stürzebecher, Entgeltlicher Erbvertrag, S.88f m.w..N.

¹³⁸ Zum Begriff siehe H.P. Westermann, Die causa, S.83; Klinke, Genetisches Synallagma, S.94; Stürzebecher, Entgeltlicher Erbvertrag, S.70; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht,

b) Das Synallagma beim Abfindungsvertrag

Der Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft des entgeltlichen Erbverzichts ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, in dem sich der Erblasser zur Leistung der Abfindung und der potentielle Erbe bzw. Pflichtteilsberechtigte zum Abschluß des Erb-/Pflichtteilsverzichtsvertrages verpflichtet¹³⁹. Diese beiden Verpflichtungen sollen jeweils um der anderen willen erfolgen. Sie befinden sich in Entstehung und Abwicklung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Somit ist der Abfindungsvertrag ein synallagmatischer Vertrag¹⁴⁰. Die Leistung der Abfindung und die Erklärung des Erb-/Pflichtteilsverzichts sind mithin Leistungen, die in Erfüllung dieses schuldrechtlichen synallagmatischen Vertrages bewirkt werden¹⁴¹.

2. Die Zulässigkeit eines Abfindungsvertrages

a) §§ 241, 305 BGB als Rechtsgrundlage

Wie bereits erwähnt¹⁴², regelt das Gesetz das Kausalgeschäft des Erbverzichts nicht. Somit ist auch keine spezielle gesetzliche Regelung des Abfindungsvertrages vorhanden. Aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit¹⁴³ steht es den Parteien jedoch frei, sich im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vertraglich beliebig zu verpflichten. Nicht geregelte Vertragstypen finden hierbei ihre Rechtsgrundlage in §§ 241, 305 BGB¹⁴⁴, welche folglich auch den Abschluß eines Abfindungsvertrages rechtfertigen.

Bd.2, S.138

¹³⁹ So z.B. Palandt/Edenhofer, Überbl vor §2346, Rn.10; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.22; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.122; Haegele, BWNotZ 1971, S.36; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (146f); Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Edenfeld, ZEV 1997, S.70 (71); ders., ZEV 1997, S.134 (136); Leipold, Erbrecht, Rn.407; Schlüter, Erbrecht, S.161; Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Holthaus, Leistungsstörungen, S.12f; siehe auch Wiedemann, NJW 1968, S.769

¹⁴⁰ Allg.M.: s.Fn.137

¹⁴¹ Siehe RGRK/Johannsen, §2346, Rn.2; Palandt/Edenhofer, Überbl vor §2346, Rn.10; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.122; AK/Teubner, vor §2346, Rn.23; Haegele, BW NotZ 1971, S.36; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (146f); Damrau, Erbverzicht, S.97

¹⁴² S. B. III. 2.

¹⁴³ Siehe Staudinger/Schotten, §2346, Rn.106; Lange, FS Nottarp, S.119 (127); Holthaus, Leistungsstörungen, S. 13; MünchKomm/Thode, §305, Rn.1f; Soergel/Wolf, vor §305, Rn.10ff

¹⁴⁴ Z.B. MünchKomm/Thode, §305, Rn.3; Soergel/Wolf, §305, Rn.3

b) Vereinbarkeit mit § 312 BGB

Der Abfindungsvertrag wird zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden geschlossen und betrifft allenfalls den Nachlaß des Erblassers. Der Erblasser ist aber nicht lebender "Dritter" im Sinne des § 312 Abs.1 BGB¹⁴⁵. Darum verstößt der Abfindungsvertrag nicht gegen § 312 BGB¹⁴⁶.¹⁴⁷

c) Vereinbarkeit mit § 2302 BGB

Der Abfindungsvertrag verstößt auch nicht gegen § 2302 BGB¹⁴⁸. Denn § 2302 BGB untersagt lediglich Verpflichtungsgeschäfte, die auf eine Verfügung von Todes wegen gerichtet sind. Der Erbverzichtsvertrag ist aber -wie bereits erörtert wurde¹⁴⁹- ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und damit keine Verfügung von Todes wegen¹⁵⁰. Durch den Erbverzichtsvertrag wird die Testierfreiheit des Erblassers in keiner Weise eingeschränkt¹⁵¹ - im Gegenteil, sie wird regelmäßig erweitert.

3. Formbedürftigkeit

a) Keine gesetzliche Regelung

Gemäß § 2348 BGB bedarf der Erbverzichtsvertrag der notariellen Beurkundung¹⁵². Für das schuldrechtliche Kausalgeschäft des Erbverzichts fehlt es an einer

¹⁴⁵ Vgl. BGHZ 37, 319, (328); von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.535; Holthaus, Leistungsstörungen, S.14; Damrau, Erbverzicht, S.97; Keim, Zuwendungsausgleich, S.104, Fn.2

¹⁴⁶ Vgl. BGHZ 37, 319 (328); RGRK/Johannsen, §2346, Rn.2; AK/Teubner, vor §2346, Rn.22, Schlüter, Erbrecht, S.161; Leipold, Erbrecht, Rn.407, Fn.4; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.535; Holthaus, Leistungsstörungen, S.14; Damrau, Erbverzicht, S.97; Keim, Zuwendungsausgleich, S.104

¹⁴⁷ Der Abfindungsvertrag verstößt auch nicht gegen § 310 BGB, da er für keine der Parteien die Pflicht zur Übertragung des künftigen Vermögens begründet. Siehe RGRK/Johannsen, §2346, Rn.2; AK/Teubner, vor §2346, Rn.22; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.535; Keim, Zuwendungsausgleich, S.104, Fn.2; Mattern, LM, § 2271 BGB, Nr.13

¹⁴⁸ Vgl. BGHZ 37, 319 (328); MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.3; AK/Teubner, vor §2346, Rn.22; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Leipold, Erbrecht, Rn.407, Fn.4; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.536; Holthaus, Leistungsstörungen, S.14; Damrau, Erbverzicht, S.97; Keim, Zuwendungsausgleich, S.104, Fn.2

¹⁴⁹ Siehe B. II. 1.

¹⁵⁰ Siehe Fn.148

¹⁵¹ So argumentiert auch von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.536.

¹⁵² Der Entwurf I des BGB sah für den Erbverzicht ursprünglich die Form einer letztwilligen Verfügung vor. Die zweite Kommission ließ dann aber die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung genügen, da man nicht in dem Erblasser sondern in dem Verzichtenden die Hauptperson des Erbverzichtsvertrages sah. Siehe Mot.V, S.474 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.252); Mugdan, Die gesamten Materialien, S.826f; Reak, Die zweite Lesung, S.464

entsprechenden Formvorschrift. Hieraus sofort den Schluß zu ziehen, daß der Abfindungsvertrag keiner besonderen Form bedarf, ist jedoch verfrüht. Denn das Gesetz enthält überhaupt keine Regelung des Kausalgeschäfts, mithin kann es auch keine Regelung über die Form eines Abfindungsvertrages enthalten.

b) Formzwang gemäß § 2348 BGB analog

aa) Die analoge Anwendung des § 2348 BGB

Die heute¹⁵³ überwiegende Meinung wendet § 2348 BGB auf den Abfindungsvertrag entsprechend an¹⁵⁴. Dies wird vor allem damit begründet, daß ansonsten die Warnfunktion des § 2348 BGB unterlaufen würde¹⁵⁵. Wenn nämlich der Abfindungsvertrag nicht der notariellen Beurkundung bedürfe, dann könne der Erblasser aufgrund eines formlos geschlossenen Abfindungsvertrages Erfüllung, d.h. den Abschluß eines Erbverzichtsvertrages, verlangen. Damrau¹⁵⁶ betont, daß im Hinblick auf die Warnfunktion eines Formzwanges die analoge Anwendung von Formvorschriften mehrfach anerkannt werde, wie z.B. bei einer unwiderruflichen Vollmacht für ein formbedürftiges Rechtsgeschäft oder bei einem Vorvertrag zu einem formbedürftigen Vertrag.

bb) Die eine Analogie ablehnende Meinung

Im wesentlichen¹⁵⁷ lehnt nur noch Kuchinke¹⁵⁸ eine analoge Anwendung des § 2348 BGB auf den Abfindungsvertrag ab. Er stützt sich hierbei darauf, daß das Gesetz das

¹⁵³ Die Entwicklung des Meinungsstandes ist bei Holthaus, Leistungsstörungen, S.26 zu finden.

¹⁵⁴ Vgl. MünchKomm/Strobel, §2348, Rn.2; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.2; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.10; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.119; AK/Teubner, vor §2346, Rn.26; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Leipold, Erbrecht, Rn.407, Fn.4; Gursky, Erbrecht, S.64; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.536; Bartholomeyczik, Erbrecht, S.22; Damrau, Erbverzicht, S.132f; ders., NJW 1984, S.1163f; Holthaus, Leistungsstörungen, S.31; Keim, Zuwendungs- ausgleich, S.110, offengelassen von BGHZ 37, 119 (328)

¹⁵⁵ So MünchKomm/Strobel, §2348, Rn.2; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.2; AK/Teubner, vor §2346, Rn.26; Leipold, Erbrecht, Rn.407, Fn.4; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.536, Bartholomeyczik, Erbrecht, S.22; Damrau, Erbverzicht, S.132f; ders., NJW 1984, S.1163f; Holthaus, Leistungsstörungen, S.31f; Keim, Zuwendungs- ausgleich, S.110

¹⁵⁶ Damrau, NJW 1984, S.1163f; siehe auch Holthaus, Leistungsstörungen, S.25

¹⁵⁷ Ohne nähere Begründung geht auch Haegele, Rpfleger 1968, S.247 (248) davon aus, daß der Abfindungsvertrag formlos wirksam sei. Siehe auch Lange, FS Nottarp, S.119 (127), welcher die analoge Anwendung des § 2348 BGB deswegen ablehnt, weil es sich beim Erbverzicht um ein Verfügungsgeschäft, beim Abfindungsvertrag hingegen um ein Verpflichtungsgeschäft handle.

¹⁵⁸ Kuchinke, NJW 1983, S.2358ff; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.158

Verpflichtungsgeschäft zum Erbverzicht übergehe¹⁵⁹. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, daß der Erbverzicht seine causa in sich selbst trage, und er habe trotz Erkennens der Möglichkeit eines Abfindungsgeschäftes von einer Regelung abgesehen. Bereits aus diesem Grund müsse die Verpflichtungserklärung des Erblassers zur Abfindung formfrei möglich sein¹⁶⁰. Aber auch für die Verpflichtungserklärung des Verzichtenden könne § 2348 BGB nicht analog herangezogen werden, denn den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes sei der Vorrang vor der Warnfunktion des § 2348 BGB einzuräumen. Im Erbrecht fordere das Gebot der Formstrenge uneingeschränkt die Einhaltung der Form¹⁶¹. Dann aber müsse sich auch jeder darauf verlassen können, daß ein Rechtsgeschäft, für das keine Form vorgeschrieben sei, formlos gültig sei¹⁶². Allerdings erkennt auch Kuchinke die Gefahr, daß bei Anerkennung eines formlosen Abfindungsvertrages auf Erfüllung geklagt werden könnte und es hierdurch wegen des § 2348 BGB zugrundeliegenden Warnzwecks zu Mißständen kommen könnte. Er versucht dieser Gefahr dadurch Herr zu werden, daß er an den Nachweis einer formlosen Verpflichtungserklärung hohe Anforderungen¹⁶³ stellt. So könne in der Regel von einem ernstlichen Bindungswillen erst ausgegangen werden, wenn der andere Teil mit der Leistungserbringung beginne oder Leistungsbereitschaft zu erkennen gebe.

cc) Stellungnahme

Ausgangspunkt muß das Prinzip der Formfreiheit¹⁶⁴ bilden, welches besagt, daß Rechtsgeschäfte grundsätzlich formfrei wirksam sind. Für eine wirksame Willenserklärung braucht der Wille nur irgendwie nach außen sichtbar gemacht zu werden. Nur ausnahmsweise ist die Einhaltung einer Form erforderlich. Allerdings werden vom Prinzip der Formfreiheit -wie bereits erwähnt¹⁶⁵- im Interesse der Warnfunktion einzelner Formvorschriften Ausnahmen zugelassen, so etwa bei einer

¹⁵⁹ Siehe Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.157f

¹⁶⁰ So Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2359)

¹⁶¹ Deshalb seien im formstrengen Erbrecht auch Korrekturen gemäß § 242 BGB ausgeschlossen, was bei Bejahung der analogen Anwendung des § 2348 BGB zu untragbaren Ergebnissen führen könnte.

Siehe Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2359); Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.158

¹⁶² Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2359); Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.158

¹⁶³ Siehe Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2359) ; vgl. auch Lange, FS Nottarp, S. 119 (127f)

¹⁶⁴ Vgl. Brox, BGB AT, §13 I ; Medicus, BGB AT, §41 I; Larenz/Wolf, BGB AT, §27 I

¹⁶⁵ Siehe B. IV. 3. b) aa) m.w.N.

unwiderruflichen Vollmacht zu einem formbedürftigen Rechtsgeschäft oder einem Vorvertrag zu einem formbedürftigen Vertrag. Eine analoge Anwendung gesetzlicher Formvorschriften ist also nicht generell ausgeschlossen. Folglich muß der Abfindungs-vertrag analog § 2348 BGB notariell beurkundet werden, wenn eine unbewußte Gesetzeslücke vorliegt und die Interessenlage bei Abschluß des Abfindungsvertrages der bei Abschluß des Erbverzichtsvertrages vergleichbar ist.

Das Gesetz regelt den Abfindungsvertrag nicht, weshalb es auch keine gesetzliche Regelung der Form des Abfindungsvertrages gibt. Mithin ist das Vorliegen einer Gesetzeslücke zu bejahen. Das Argument von Kuchinke¹⁶⁶, daß gerade daraus, daß das Gesetz das Verpflichtungsgeschäft nicht regle, obwohl der historische Gesetzgeber bereits die Möglichkeit eines Abfindungsgeschäfts gesehen habe, zu schließen sei, daß der Abfindungsvertrag formlos geschlossen werden könne, ist nicht stichhaltig. Ausgangspunkt war damals, daß der Erbverzicht keiner gesonderten schuldrechtlichen causa bedürfe, da er seine causa in sich trage¹⁶⁷. Die Frage nach der Formbedürftigkeit eines Abfindungsvertrages als Kausalgeschäft stellte sich somit nicht. Die deshalb vorhandene Gesetzeslücke ist folglich unbewußt entstanden. Da man jedoch davon ausging, daß der Erbverzicht seine causa in sich trage, ist durch die Normierung des Formzwanges für den Erbverzicht sozusagen inzidenter auch für die dem Erbverzicht zugrundeliegende -dem Erbverzicht nach damaliger Auffassung immanente- causa die Postulierung des Formzwanges erfolgt. Mithin erscheint es konsequent, § 2348 BGB auf den heute als mögliche causa eines Erbverzichtes anerkannten schuldrechtlichen Abfindungsvertrag entsprechend anzuwenden.

Allerdings setzt eine analoge Anwendung voraus, daß die Interessenlage bei Abschluß des Abfindungsvertrages mit der bei Abschluß des Erbverzichtsvertrages vergleichbar ist. Maßgeblich ist, welche Funktion der § 2348 BGB erfüllen soll. Grundsätzlich kann eine Formbedürftigkeit sehr verschiedenen Zwecken dienen. Die wichtigsten Ziele sind die Sicherung des Beweises (Beweisfunktion), die Sicherung einer juristischen Beratung (Beratungsfunktion) und die Warnung vor einem übereilten Geschäftsabschluß (Warnfunktion)¹⁶⁸. Die notarielle Beurkundung gemäß § 2348 BGB

¹⁶⁶ Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2359); Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.157f

¹⁶⁷ Vgl. B. III. a)

¹⁶⁸ Siehe Brox, BGB AT, §13 II; Larenz/Wolf, BGB AT, §27 II 1; Medicus, BGB AT, §41 I 2

dient allen drei Zwecken. Hauptaugenmerk ist jedoch auf die Warnfunktion zu legen, da diese in den eingangs erwähnten Fällen einer analogen Anwendung von Formvorschriften die Durchbrechung des Prinzips der Formfreiheit rechtfertigt¹⁶⁹.

Durch den Erbverzicht begibt sich der Verzichtende unwiderruflich der Aussicht, (gesetzlicher) Erbe zu werden bzw. Pflichtteilsansprüche geltend machen zu können. Darum wird auch er als Hauptperson des Verzichts angesehen und nicht der Erblasser¹⁷⁰. Das Erfordernis der notariellen Beurkundung dient somit dem Schutz des Verzichtenden. Es soll verhindern, daß dieser vorschnell den Verzicht erklärt. Dieser Übereilungsschutz ist aber nur dann effektiv, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft der notariellen Beurkundung bedarf. Ansonsten könnte der Verzichtende aus dem formlos wirksamen Abfindungsvertrag auf Erfüllung in Anspruch genommen werden. Die notarielle Beurkundung des Erbverzichtsvertrages käme zu spät; ihre Warnfunktion liefe ins Leere. Folglich ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung¹⁷¹ davon auszugehen, daß der Abfindungsvertrag in analoger Anwendung des § 2348 BGB der notariellen Beurkundung bedarf. Diese Lösung ist gegenüber dem Ansatz Kuchinkes¹⁷², der hohe Anforderungen an den Nachweis der formlosen Verpflichtung stellen will, vorzuziehen, da sie in höherem Maße der Rechtssicherheit dient¹⁷³ und zudem den "konsequenteren Weg"¹⁷⁴ darstellt.

c) Heilung eines Formmangels durch Erfüllung

Tatsächlich wird nur in seltenen Fällen ein notariell beurkundeter Abfindungsvertrag geschlossen. Häufig treffen die Beteiligten nur eine formlose Absprache, in der sich die eine Partei zur Erklärung des Erbverzichts und die andere zur Leistung der Abfindung verpflichtet. In allen diesen Fällen läge gemäß § 125 BGB kein wirksames Verpflichtungsgeschäft vor, weshalb sich die Frage stellt, ob dieser Formmangel durch dennoch vorgenommene Erfüllungsgeschäfte geheilt werden kann.

¹⁶⁹ Siehe Damrau, NJW 1984, S.1163f

¹⁷⁰ So bereits die Protokolle, siehe Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.827

¹⁷¹ Siehe B. IV. 3. b) aa), insbes. Fn.154

¹⁷² Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2359)

¹⁷³ Die sichere Feststellbarkeit eines formlosen Verpflichtungswillens erscheint äußerst fraglich.

¹⁷⁴ So Damrau, NJW 1984, S.1163

aa) Kein allgemeiner Heilungsgrundsatz

Gemäß § 125 BGB sind Rechtsgeschäfte, die der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangeln, nichtig. Nur in wenigen Fällen läßt das Gesetz eine Heilung des Formmangels und damit die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts durch Erfüllung zu. Die §§ 313 S.2, 518 Abs.2, 766 S.2, 2301 Abs.2 BGB und § 15 Abs.4 GmbHG legen dem Vollzugsgeschäft eine heilende Wirkung für das Verpflichtungsgeschäft bei. Hierbei handelt es sich allerdings um Sondervorschriften¹⁷⁵. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahingehend, daß jedes formwidrig zustande gekommene Rechtsgeschäft mit seiner Erfüllung wirksam wird, ist diesen Vorschriften nicht zu entnehmen¹⁷⁶.

bb) Analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften

Da die gesetzlichen Heilungsvorschriften weder ausdrücklich den Fall des formlosen Abfindungsvertrages erfassen noch einen allgemeinen Heilungsgrundsatz aufstellen, stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften möglich ist, d.h. ob der formmangelbehaftete Abfindungsvertrag durch Erfüllung geheilt werden kann. Hierbei könnte es sich allenfalls um eine Einzelfall-analogie¹⁷⁷ handeln, denn eine generelle analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften auf alle Schuldverhältnisse käme einem allgemeinen Heilungsgrundsatz gleich, der aber -wie gerade dargelegt¹⁷⁸ - abzulehnen ist.

(1) Analoge Anwendbarkeit

Die heute überwiegende Ansicht¹⁷⁹ bejaht eine analoge Anwendung der §§ 313 S.2, 518 Abs.2, 766 S.2, 2301 Abs.2 BGB und § 15 Abs.4 GmbHG. Durch

¹⁷⁵ Siehe Medicus, BGB AT, §41 III 1; Reinicke, Formwidrige Verträge, S.20

¹⁷⁶ Vgl. BGH NJW 1967, S.1128 (1131); Brox, BGB AT, §13 IV 1 b); Reinicke, Formwidrige Verträge, S.20; Larenz/Wolf, BGB AT, §27 II 2; Damrau, Erbverzicht, S.133f; Schlüter, JuS 1969, S.10 (14)

¹⁷⁷ Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §27 II 2; Medicus, BGB AT, §41 III 1; Reinicke, Formwidrige Verträge, S.22; siehe auch Schlüter, JuS 1969, S.10 (16), der für den Fall des Erbteilskaufs eine analoge Anwendung des § 313 S.2 BGB bejaht.
Häsemeyer, Die gesetzliche Form, S.259, vertritt die Auffassung, daß die Funktion der einzelnen Formvorschriften über die Analogiefähigkeit entscheide. Denn die "Heilung" sei in Wahrheit eine Einschränkung der Formgebote, weshalb sie im Wege teleologischer Auslegung der einzelnen Formvorschriften auch auf andere, nicht im Gesetz geregelte Fälle erstreckt werden könne.

¹⁷⁸ Siehe B. IV. 3. c) aa) m.w.N.

¹⁷⁹ Vgl. u.a.: Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.10; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.119 u. §2348, Rn.17; MünchKomm/Strobel, §2348, Rn.5; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.2; AK/Teubner, vor §2346, Rn.26; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.536; Damrau, Erbverzicht, S.134, ders., NJW 1984, S.1163 (1164); Holthaus, Leistungs-

formwirksamen Abschluß des Erbverzichtsvertrages werde die fehlende notarielle Beurkundung des Abfindungsvertrages -jedenfalls soweit die Verpflichtung zur Abfindungsleistung ihrerseits nicht formbedürftig ist- geheilt¹⁸⁰.

Umstritten ist allerdings die Frage, ob ein formnichtiger Abfindungsvertrag, in dem sich der Erblasser zu einer Grundstücksübertragung, der andere Vertragspartner zur Erklärung eines Erbverzichts verpflichtet, allein dadurch geheilt werden kann, daß entweder die Grundstücksübertragung formgerecht erfolgt oder der Erbverzichtsvertrag formgerecht geschlossen wird¹⁸¹.

Schotten¹⁸² vertritt die Auffassung, daß sich die Heilungswirkung nur auf den Verstoß gegen eine bestimmte Formvorschrift erstrecke, mithin durch die Vornahme nur eines der beiden Erfüllungsgeschäfte nur eine teilweise Heilung im Hinblick auf die dem jeweiligen Erfüllungsgeschäft zugrundeliegende Verpflichtung erfolge, die dann ihrerseits aber dennoch regelmäßig wegen § 139 BGB im Ergebnis unwirksam sei. Damrau¹⁸³ hingegen erstreckt die Heilungswirkung sowohl der formgerechten Grundstücksübertragung als auch des formgerechten Erbverzichtsvertrages auf den Abfindungsvertrag insgesamt. Er begründet dies zum einen mit dem Parteiwillen, der darauf gerichtet sei, bereits Durchgeführtes aufrechtzuerhalten, und zum anderen mit der rechtlichen Anerkennung des Abfindungsvertrages als synallagmatisches Kausalgeschäft. Holthaus¹⁸⁴ wiederum vertritt eine differenzierende Ansicht. Er anerkennt die Möglichkeit einer Heilung des gesamten Abfindungsvertrages durch formwirksame Grundstücksübertragung¹⁸⁵. Der formwirksame Abschluß des Erbverzichtsvertrages hingegen führe lediglich zu einer Heilung der Verpflichtung zur Erklärung des Erbverzichts. Die formunwirksame Verpflichtung zur

störungen, S.35ff; Hohloch, JuS 2000, S.88

¹⁸⁰ Ebenda

¹⁸¹ Eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Problem findet sich bei Holthaus, Leistungsstörungen, S.39 ff

¹⁸² Staudinger/Schotten, §2348, Rn.18

¹⁸³ Damrau, NJW 1984, S.1163 (1164)

¹⁸⁴ Holthaus, Leistungsstörungen, S.39ff

¹⁸⁵ Siehe Holthaus, Leistungsstörungen, S.40. Holthaus geht jedoch davon aus, daß es im Regelfall auf § 313 S.2 BGB nicht ankäme, da wegen § 925a BGB i.V.m. § 313 S.1 BGB der Abfindungsvertrag in der Regel formgerecht errichtet sei. Nur bei ausnahmsweiser Nichtbeachtung des § 925a BGB als formaler Ordnungsvorschrift käme es auf eine Heilung über § 313 S.2 BGB an.

Grundstücksübertragung werde nicht geheilt. In diesem Fall sei regelmäßig der gesamte Abfindungsvertrag nach § 139 BGB unwirksam¹⁸⁶.

(2) Kritik

Gegen eine analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften richtet sich insbesondere Keim¹⁸⁷. Er stützt seine ablehnende Ansicht darauf, daß eine Heilung nur in den ausdrücklich vorgesehenen Fällen möglich sei¹⁸⁸, da ansonsten die Funktionen der Rechtsklarheit und der Warnung des Verzichtenden außer Kraft gesetzt würden. Gerade in dem Fall, daß der Gesetzgeber den schuldrechtlichen Vertrag nicht geregelt habe, müsse es bei der von § 125 BGB vorgesehenen Nichtigkeitsfolge als grundsätzlicher gesetzgeberischer Entscheidung bleiben.

(3) Stellungnahme

Meines Erachtens ist die analoge Anwendbarkeit der gesetzlichen Heilungsvorschriften zu bejahen. Insbesondere ist dem Argument Keims¹⁸⁹, daß es wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung des Abfindungsvertrages bei der Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB bleiben müsse, entgegenzuhalten, daß bereits die Formbedürftigkeit des Abfindungsvertrages im Wege einer Analogie zu § 2348 BGB begründet wird. Keim selbst anerkennt die analoge Anwendung des § 2348 BGB, ohne auch nur mit einem Satz darauf einzugehen, ob eine Analogie wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung des Abfindungsvertrages überhaupt möglich ist¹⁹⁰. In Anbetracht seiner Argumentation bezüglich der Ablehnung einer analogen Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften ist dies nicht konsequent. Er mißt ohne sachlichen Grund "mit zweierlei Maß", weshalb seine Ansicht bereits deswegen abzulehnen ist. Entgegen Keim ist vielmehr der Schluß zu ziehen, daß in Fällen, in denen bereits der Formzwang auf einer Analogie basiert, grundsätzlich eine analoge Anwendung der Heilungsvorschriften möglich sein muß. In diesen Fällen konnte der Gesetzgeber zur Frage einer Heilungsmöglichkeit nämlich von vornherein nicht Stellung nehmen.

¹⁸⁶ Holthaus, Leistungsstörungen, S.42-44

¹⁸⁷ Keim, Zuwendungsausgleich, S.110f; siehe aber auch BGH NJW 1967, S.1128 (1131); Woesch, Erbverzicht, S.39; Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2360)

¹⁸⁸ Ebenso argumentieren BGH NJW 1967, S.1128 (1131) und Woesch, Erbverzicht, S.39

¹⁸⁹ Siehe Keim, Zuwendungsausgleich, S.111

¹⁹⁰ Keim, Zuwendungsausgleich, S.110

Hierdurch unterscheidet sich der Abfindungsvertrag von den Fällen, in denen zwar das Gesetz eine Formvorschrift enthält, aber keine Heilungsmöglichkeit vorsieht. Im Gegensatz zu diesen Fällen ist somit im Fall des Abfindungsvertrages bezüglich der Frage der Heilung eines Formmangels von einer unbewußten Gesetzeslücke auszugehen. Wenn man dann noch berücksichtigt, daß alle gesetzlich vorgesehenen Fälle der Heilung eines Formmangels Fälle betreffen, in denen der Formzwang überwiegend eine Warnfunktion erfüllt¹⁹¹, dann ist auch das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage zu bejahen. So basiert doch die analoge Anwendung des § 2348 BGB auf den Abfindungsvertrag im wesentlichen darauf, die Warnfunktion des § 2348 BGB zu sichern¹⁹².

Somit ist festzustellen, daß zumindest in den Fällen, in denen die Verpflichtung zur Abfindungsleistung ihrerseits nicht formbedürftig ist, der an sich formunwirksame Abfindungsvertrag durch formgerechten Abschluß des Erbverzichtsvertrages geheilt werden kann.

Zu klären bleibt noch die Frage, ob bei einem formlos geschlossenen Abfindungsvertrag mit einer Grundstücksübergangung¹⁹³ als vereinbarter Abfindungsleistung durch die Vornahme nur eines der beiden Erfüllungsgeschäfte Heilung des gesamten Abfindungsvertrages eintritt:

Holthaus¹⁹⁴ ist darin zuzustimmen, daß sich im Falle einer notariellen Grundstücksübertragung die Frage der Heilung eines Formmangels nur in seltenen Fällen stellen wird. Gemäß § 925 a BGB soll die Auflassungserklärung nur entgegengenommen werden, wenn gleichzeitig die nach § 313 S.1 BGB erforderliche Urkunde vorgelegt oder errichtet wird. Die Beurkundungspflicht des § 313 S.1 BGB erstreckt sich im Fall des entgeltlichen Erbverzichts aber auch auf die Verpflichtung zur Erklärung des Erbverzichts¹⁹⁵. In den folglich nur noch seltenen Fällen, in denen ein nicht formgerecht geschlossener Abfindungsvertrag vorliegt, ist jedoch eine Heilung des

¹⁹¹ Vgl. Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.121; Damrau, Erbverzicht, S.134; Larenz/Wolf, BGB AT, § 27 II 2

¹⁹² Siehe B. IV. 3. b) aa) und cc)

¹⁹³ Die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung dürfte die am häufigsten vorkommende formbedürftige Abfindungsverpflichtung sein. Aus diesem Grund wird nur auf diese Problemkonstellation näher eingegangen.

¹⁹⁴ Holthaus, Leistungsstörungen, S.39f

¹⁹⁵ So ausführlich Holthaus, Leistungsstörungen, S.40

gesamten Abfindungsvertrages durch die formgerechte Grundstücksübereignung abzulehnen¹⁹⁶.

§ 313 BGB dient nicht dem Schutz des Verzichtenden, sondern -in diesem Fall- dem Schutz des Erblassers. Mithin kann wegen dieser personenspezifischen Warnfunktion und der damit speziell einhergehenden Heilungsmöglichkeit durch formwirksame Grundstücksübereignung keine Heilungswirkung bezüglich der formlosen Verpflichtung zur Erklärung des Erbverzichts einhergehen. Hierauf erstrecken sich Zweck und Funktion des § 313 BGB nicht. Dasselbe gilt im umgekehrten Fall für § 2348 BGB analog. Insoweit ist nur die Warnung des Verzichtenden, nicht aber die des Erblassers bezweckt. Durch den wirksamen Abschluß des Erbverzichtsvertrages kann folglich nicht die formmangelhafte Verpflichtung des Erblassers zur Grundstücksübertragung geheilt werden.

Wegen der unterschiedlichen Adressaten der Warnfunktion einerseits des § 313 BGB und andererseits des § 2348 BGB analog ist eine Heilung des formmangelhaften Abfindungsvertrages jeweils nur in bezug auf die dem Vollzugsgeschäft zugrundeliegende Verpflichtung anzuerkennen¹⁹⁷. Eine Mißachtung des Abfindungsvertrages als Kausalgeschäft ist hierin entgegen Damrau¹⁹⁸ nicht zu sehen. Denn auch bei einem synallagmatischen Vertrag sind die gegenseitigen Verpflichtungen jeweils nach den für sie geltenden Regeln zu beurteilen. So ist etwa auch die Frage der Formbedürftigkeit für jede Verpflichtung gesondert zu beantworten.

Bei der Vornahme nur eines der Erfüllungsgeschäfte tritt folglich nur eine teilweise Heilung ein. Daß dieses Ergebnis in der Regel über § 139 BGB¹⁹⁹ wieder zunichte gemacht wird, ist hinzunehmen. Nur so kann dem Umstand Rechnung getragen werden, daß beide Parteien gleich schutzwürdig sind, und die jeweiligen Heilungsmöglichkeiten einer bestimmten Formvorschrift und damit dem Schutz einer bestimmten Vertragspartei zugeordnet sind²⁰⁰.

¹⁹⁶ Ebenso Staudinger/Schotten, §2348, Rn.18; a.A.: Holthaus, Leistungsstörungen, S.40 und Damrau, NJW 1984, S.1163 (1164)

¹⁹⁷ So auch Staudinger/Schotten, §2348, Rn.18

¹⁹⁸ Damrau, NJW 1984, S.1163 (1164)

¹⁹⁹ Die Verpflichtung des Erblassers zur Grundstücksübereignung und die Verpflichtung des Verzichtenden zur Erklärung des Erbverzichts bilden ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB, weshalb die Nichtigkeit einer Verpflichtung in der Regel zur Nichtigkeit des gesamten Abfindungsvertrages führt. Vgl. Staudinger/Schotten, §2348, Rn.18; Holthaus, Leistungsstörungen, S.44

²⁰⁰ Ähnlich Staudinger/Schotten, §2348, Rn.18

4. Rechtliche Konsequenzen

a) Erfüllungsanspruch

Die Anerkennung eines Abfindungsvertrages als Kausalgeschäft des entgeltlichen Erbverzichts führt zunächst dazu, daß den Vertragsparteien eines wirksamen Abfindungsvertrages ein Anspruch auf Erfüllung zusteht²⁰¹. So kann der Erblasser die Erklärung des Erbverzichts²⁰² und der Verzichtende bzw. dessen Erben²⁰³ die Leistung der Abfindung verlangen und gegebenenfalls einklagen²⁰⁴. Da es sich bei einem Abfindungsvertrag um einen synallagmatischen Vertrag handelt²⁰⁵, steht den Parteien gegebenenfalls die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB zu, welche eine Zug-um-Zug-Verpflichtung begründet (§ 322 BGB).

b) Anwendbarkeit der §§ 323 ff BGB

Der Abfindungsvertrag als synallagmatischer Vertrag fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich der §§ 320 ff BGB. Über die bereits erwähnte Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB hinaus, spielt dies vor allem bei Leistungsstörungen eine Rolle. So sind insbesondere die Fälle des Verzugs und der Unmöglichkeit über §§ 323 ff BGB zu lösen²⁰⁶.

aa) Zu Lebzeiten beider Vertragsparteien

Zu Lebzeiten beider Vertragsparteien bestehen bei der Anwendung der §§ 323 ff BGB keine Besonderheiten. Kommt ein Vertragspartner mit seiner Leistungspflicht in Verzug, so kann der andere gemäß § 326 BGB Schadensersatz wegen

²⁰¹ Vgl. z.B. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.23; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.10; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.164 u. 168; Soergel/Damrau, §2346, Rn.3; Damrau, Erbverzicht, S.126; Keim, Zuwendungsungleich, S.130; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3; Schlüter, Erbrecht, S.161; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.174; Lange, FS Nottarp, S.119 (130)

²⁰² Bei einer Verurteilung zur Abgabe der Verzichtserklärung gilt die Erklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt.

²⁰³ So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.166; Lange, FS Nottarp, S.119 (132)

²⁰⁴ Nach dem Erbfall ist der Anspruch des Verzichtenden auf die Abfindung eine Nachlaßverbindlichkeit, die von den Erben zu begleichen ist. So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.164; Damrau, Erbverzicht, S.126; Lange, FS Nottarp, S.119 (132); Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.174

²⁰⁵ Siehe B. IV. 1.

²⁰⁶ Siehe Staudinger/Schotten, §2346, Rn.162; Jauernig/Stürner, §2346, Rn.5; AK/Teubner, vor §2346, Rn.25; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.3; Leipold, Erbrecht, Rn.407; Brox, Erbrecht, §22 IV; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (381); Holthaus, Leistungsstörungen, S.49;

Nichterfüllung²⁰⁷ verlangen oder vom Abfindungsvertrag zurücktreten. Der Rücktritt beseitigt den Verzicht nicht von selbst. Vielmehr erfolgt bei einem Rücktritt seitens des Verzichtenden die Rückgewähr (§§ 346, 327 BGB) eines bereits geleisteten Verzichts durch die Einwilligung des Erblassers in einen Aufhebungsvertrag (§ 2351 BGB), welche notfalls im Klageweg über § 894 BGB erzwungen werden kann²⁰⁸.

Wird dem Erblasser die Abfindungsleistung unmöglich, so wird er gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei. In diesem Fall richten sich dann die Rechte des Verzichtenden nach §§ 323, 324 oder 325 BGB. Entsprechendes gilt für den Erblasser im umgekehrten Fall, daß der Abschluß des Erbverzichtsvertrages unmöglich wird.

bb) Nach dem Tod des Verzichtenden

Mit dem Tod des zum Verzicht Verpflichteten wird der Abschluß des Erbverzichtsvertrages objektiv unmöglich (§ 275 Abs.1 BGB)²⁰⁹. Hat der Erblasser seinerseits die Abfindungsleistung noch nicht erbracht, wird er gemäß § 323 Abs.1 BGB²¹⁰ von der Leistungspflicht frei. Hat er die Abfindung bereits geleistet, dann kann er von den Erben des Verzichtenden gemäß §§ 323 Abs.3, 812 ff BGB Herausgabe der Abfindung verlangen.

Zu berücksichtigen ist, daß die Erben des Verzichtenden im Wege der Universalsukzession nach §§ 1922, 1967 BGB in die Rechte- und Pflichtenstellung des Verzichtenden einrücken. Im Falle des Verzugs des Erblassers mit der Abfindungsleistung können sie jedoch nicht gemäß § 326 BGB vom Abfindungsvertrag zurücktreten, da eine dann durchzuführende Rückabwicklung betreffend den bereits geschlossenen Erbverzichtsvertrag nur durch einen Aufhebungsvertrag gemäß § 2351 BGB erfolgen könnte. Ein Aufhebungsvertrag kann aber nur durch die Parteien

²⁰⁷ Auf Seiten des Erblassers wird allerdings nur selten ein ersatzfähiger Schaden vorliegen. Siehe Damrau, Erbverzicht, S.127; Lange, FS Nottarp, S.119 (131)

²⁰⁸ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.165; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.23; Erman/Schlüter, vor §2346, Rn. 3; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.10; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3; Schlüter, Erbrecht, S.162; Leipold, Erbrecht, Rn.407; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.174; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (147); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (381); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (140); Holthaus, Leistungsstörungen, S.50

²⁰⁹ Siehe Schlüter, Erbrecht, S.162; Lange, FS Nottarp, S.119 (132); Holthaus, Leistungsstörungen, S.51

²¹⁰ Es ist davon auszugehen, daß der Tod des Verzichtenden weder von diesem selbst noch von dem Erblasser zu vertreten ist.

des Erbverzichtsvertrages selbst geschlossen werden²¹¹. Den Erben steht es allerdings frei, statt Erfüllung des Abfindungsvertrages Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB zu verlangen.

cc) Nach dem Tod des Erblassers

Mit dem Tod des Erblassers wird der Abschluß eines Erbverzichtsvertrages ebenfalls unmöglich²¹². Der zum Verzicht Verpflichtete ist endgültig Erbe geworden bzw. Pflichtteilsberechtigter geblieben. In diesem Fall ist umstritten, ob die Pflicht zur Erklärung des Erbverzichts in eine Pflicht zur Ausschlagung der Erbschaft bzw. zum Erlaß oder zur Nicht-Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs umgedeutet werden kann.

Der BGH²¹³ lehnt dies mit der Begründung ab, daß die Erweiterung der Testierfreiheit ausschließlich Interesse des Erblassers sei, mithin nur zu dessen Lebzeiten in seiner Person ein sinnvolles und schutzwürdiges Interesse vorliege. Hiergegen wenden sich Holthaus²¹⁴ und Damrau²¹⁵ mit den Argumenten, daß es zum einen nicht auf das Interesse der Erbengemeinschaft, sondern auf das lebzeitige Interesse des Erblassers ankäme und zum anderen sehr wohl Fälle denkbar seien, in denen es dem Erblasser nur darum ginge, den Verzichtenden von der Erbfolge oder aus dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten auszuschließen. In diesen Fällen entspräche eine Umdeutung dem Willen der Parteien²¹⁶.

²¹¹ Hierbei handelt es sich um eine äußerst strittige Frage, auf die in Abschnitt C. III. ausführlich eingegangen wird. An dieser Stelle sei lediglich das Ergebnis der späteren Erörterung vorweggenommen.

²¹² So z.B. BGHZ 37, 319 (329); Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3; Schlüter, Erbrecht, S.162; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (147)

²¹³ BGHZ 37, 319 (329)

In einer neueren Entescheidung lehnt der BGH eine Umdeutung eines Angebots zum Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages in ein Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages wegen der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutungen ab. BGH NJW 1997, S.521 (522)

Im Ergebnis ebenfalls gegen eine Umdeutung und für eine Lösung über §§ 275,323 BGB: MünchKomm/Strobel, §2346 BGB, Rn.23; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.169; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.3; Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.3; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.10; Ebenroth, Erbrecht, § 5 II 3; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.537; Schlüter, Erbrecht, S.162; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (140); Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884

²¹⁴ Holthaus, Leistungsstörungen, S.52 ff

²¹⁵ Damrau, Erbverzicht, S.128f und Soergel/Damrau, §2346, Rn.3

²¹⁶ Im Ergebnis ebenfalls eine Umdeutung bejahend: AK/Teubner, vor §2346, Rn.28; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.174; Lange, FS Nottarp, S.119 (132)

Schotten²¹⁷ hingegen vertritt die Auffassung, daß das Gesetz die sich aus Unmöglichkeit ergebenden Folgen abschließend regle, weshalb eine Umdeutung ausgeschlossen sei.

Das Argument Schottens ist meiner Ansicht nach nicht überzeugend. Indem der Gesetzgeber die Umdeutung in § 140 BGB, also im Allgemeinen Teil des BGB geregelt hat, hat er zum Ausdruck gebracht, daß es sich um eine Regelung handelt, die grundsätzlich in allen Gebieten des BGB, also auch im Schuldrecht anwendbar sein soll. Die Systematik des Gesetzes spricht damit gegen eine Ausschlußwirkung der §§ 323 ff BGB.

Dem BGH wiederum ist entgegenzuhalten, daß tatsächlich Fälle denkbar sind, in denen es dem Erblasser nur darauf ankam, den Vertragspartner von der Erbfolge oder der Pflichtteilsberechtigung auszuschließen. In diesen Fällen könnte an sich im Wege der Umdeutung dem Willen der Parteien, insbesondere dem Interesse des Erblassers Rechnung getragen werden²¹⁸. Dennoch ist auch in diesen Fällen eine Umdeutung abzulehnen. Eine Umdeutung nach § 140 BGB setzt voraus, daß das umzudeutende Rechtsgeschäft nichtig ist²¹⁹. Nichtigkeit bedeutet, daß das Rechtsgeschäft die nach seinem Inhalt bezweckten Rechtswirkungen von Anfang an nicht hervorbringen kann²²⁰. Wenn aber der Abschluß eines Erbverzichtsvertrages durch den Tod des Erblassers nachträglich unmöglich wird, dann wird lediglich die Durchführung des Abfindungsvertrages nachträglich unmöglich. Der Abfindungsvertrag selbst ist und bleibt wirksam. Ein Fall der Nichtigkeit liegt nicht vor. Eine Umdeutung ist ausgeschlossen.

Hieraus folgt, daß es bei der Regelung der §§ 275, 323 BGB verbleibt. Die Erben des Erblassers werden entweder gemäß § 323 Abs.1 BGB von der Pflicht zur Leistung der Abfindung frei oder können gemäß §§ 323 Abs.3, 812 ff BGB Herausgabe einer bereits geleisteten Abfindung verlangen.

Ist der Erbverzichtsvertrag zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits geschlossen und lediglich die Abfindung noch nicht geleistet, kann der Verzichtende im Fall des Verzugs wegen der nach §§ 1922, 1967 BGB eingetretenen Universalsukzession von

²¹⁷ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.169

²¹⁸ Siehe hierzu die ausführliche Stellungnahme von Holthaus, Leistungsstörungen, S.53ff

²¹⁹ So auch Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (140)

²²⁰ Palandt/Heinrichs, Überblick vor §104, Rn.27; Jauernig/Jauernig, vor §104, Rn.18

den Erben statt Erfüllung des Abfindungsvertrages Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB verlangen. Ein Rücktritt scheidet auch hier daran, daß ein Aufhebungsvertrag nach § 2351 BGB nur zu Lebzeiten der Parteien geschlossen werden kann²²¹.

c) Anwendbarkeit der Leistungsstörungsregeln des allgemeinen Schuldrechts im übrigen

Aus der Natur des Abfindungsvertrages als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft folgt, daß nicht nur die §§ 323 ff BGB Anwendung finden können, sondern auch alle sonstigen Leistungsstörungsregeln des allgemeinen Schuldrechts²²², wie z.B. culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung oder die Regeln über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage²²³.

5. Unwirksamkeitsgründe des Abfindungsvertrages

a) Nichtigkeitsgründe²²⁴

Der Abfindungsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag und kann somit grundsätzlich wie jeder andere schuldrechtliche Vertrag nichtig sein oder angefochten werden.

aa) Geschäftsunfähigkeit

War der Erblasser oder der Verzichtende bei Abschluß des Abfindungsvertrages gemäß § 104 BGB geschäftsunfähig, dann ist die abgegebene Willenserklärung nach § 105 Abs.1 BGB nichtig. Dasselbe gilt in den Fällen des § 105 Abs.2 BGB. Folge ist, daß kein wirksamer Abfindungsvertrag geschlossen wurde.

Im Falle der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§106 BGB) von Erblasser oder Verzichtendem ist der ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Abfindungsvertrag gemäß § 108 Abs.1 BGB schwebend unwirksam, denn der Abfindungsvertrag ist wegen der gegenseitigen Verpflichtungen für keinen der

²²¹ Es wird diesbezüglich auf Abschnitt C. III. verwiesen.

²²² Vgl. Leipold, Erbrecht, Rn.407; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.174; Holthaus, Leistungsstörungen, S.50

²²³ Hierauf wird ausführlich in Zusammenhang mit dem Erbverzicht unter C. VIII. eingegangen.

²²⁴ Die folgende Darlegung der Nichtigkeitsgründe ist nicht abschließend.

Beteiligten rechtlich vorteilhaft i.S.v. § 107 BGB²²⁵. Versagt der gesetzliche Vertreter die Genehmigung, so ist der Abfindungsvertrag endgültig unwirksam.

bb) Willensmängel gemäß § 116 bis § 118 BGB

Die Regelungen des geheimen Vorbehalts, des Scheingeschäfts und des Mangels der Ernstlichkeit in § 116 bis § 118 BGB, wonach die entsprechenden Willenserklärungen nichtig sind, finden auf den Abfindungsvertrag uneingeschränkt Anwendung²²⁶. Allerdings wird wegen des Erfordernisses einer notariellen Beurkundung des Abfindungsvertrages analog § 2348 BGB²²⁷ ein Fall des § 118 BGB nahezu ausgeschlossen sein.

cc) Formnichtigkeit

Gemäß § 125 S.1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt nichtig. Der Abfindungsvertrag bedarf analog § 2348 BGB²²⁸ der notariellen Beurkundung. Wird er nicht in dieser Form geschlossen, dann ist er -abgesehen von den Fällen, in denen der Formmangel geheilt wird²²⁹ - nichtig.

dd) Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

Ein Abfindungsvertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gemäß § 134 BGB nichtig. Besonderheiten bestehen nicht.

ee) Sittenwidrigkeit und Wucher

Ein sittenwidriger Abfindungsvertrag ist gemäß § 138 Abs.1 BGB nichtig. Möglich ist auch, daß ein Abfindungsvertrag wegen Wuchers gemäß § 138 Abs.2 BGB nichtig ist, etwa wenn der Erblasser den Verzichtenden unter Ausnutzung einer finanziellen

²²⁵ Siehe Damrau, Erbverzicht, S.130 und Holthaus, Leistungsstörungen, S.16, welcher allerdings zwischen einem Abfindungsvertrag bei einem entgeltlichen Erbverzicht und einem Abfindungsvertrag bei einem unentgeltlichen Erbverzicht differenziert. Dies ist meines Erachtens bereits begrifflich nicht korrekt, da es sich bei einem Abfindungsvertrag -wie schon dem Wortlaut zu entnehmen ist- immer um das Kausalgeschäft eines Erbverzichts gegen Abfindung, d.h. eines entgeltlichen Erbverzichts handelt.

²²⁶ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.172; Damrau, Erbverzicht, S.130, Holthaus, Leistungsstörungen, S.18

²²⁷ Siehe B. IV. 3. b)

²²⁸ Siehe B. IV. 3. b)

²²⁹ Siehe B. IV. 3. c)

Notlage zum Abschluß eines Abfindungsvertrages bewegt, in dem sich der Erblasser nur zu einer Abfindung verpflichtet, die wertmäßig in einem auffälligen Mißverhältnis zur Aufgabe der Erbaussicht steht²³⁰.

Abgesehen von dem subjektiven Erfordernis, daß der Erblasser eine Zwangslage, die Unerfahrenheit, einen Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche des Verzichtenden ausbeutet, d.h. bewußt ausnutzt²³¹, ist ein objektiv auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, d.h. von dem Wert der Abfindung und dem Wert der aufgegebenen Erbaussicht erforderlich. Dieses auffallende Mißverhältnis wird allerdings nur in den seltensten Fällen zu bejahen sein, da es allein den Parteien obliegt, die Höhe der Abfindung zu bestimmen²³². Es steht ihnen sogar völlig frei, überhaupt eine Abfindung zu vereinbaren, denn auch ein unentgeltlicher Erbverzicht ist möglich. Hinzu kommt, daß es dem Erblasser in den meisten Fällen auch ohne Erbverzicht möglich gewesen sein dürfte, den Verzichtenden im Wege einer Verfügung von Todes wegen aus dem Kreis der Erbberechtigten auszuschließen. Aber selbst in den Fällen, in denen dies nicht der Fall²³³ ist, muß man berücksichtigen, daß das Risiko späterer Änderungen der Vermögensverhältnisse des Erblassers dem entgeltlichen Erbverzicht ebenso immanent ist wie die Gefahr eines Vorversterbens des Verzichtenden.

Angesichts dieser Umstände wird nur äußerst selten²³⁴ ein auffälliges Mißverhältnis vorliegen²³⁵.

²³⁰ Siehe Damrau, Erbverzicht, S.130

²³¹ So Brox, BGB AT, §14 II 4 b); Jauernig/Jauernig, § 138, Rn.23

²³² So auch Staudinger/Schotten, §2346, Rn.173

²³³ Dies sind die Fälle eines bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages. Ebenfalls hierher gehören die Fälle des Verzichts eines Pflichtteilsberechtigten, denn abgesehen von den Fällen der §§ 2333ff BGB ist der Pflichtteil nicht einseitig entziehbar.

²³⁴ So auch Staudinger/Schotten, §2346, Rn.173; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (148); Damrau, Erbverzicht, S.130; Holthaus, Leistungsstörungen, S.47

²³⁵ § 138 Abs.2 BGB setzt voraus, daß der Wucherer sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil versprechen oder gewähren läßt. Ob der Erbverzicht für den Erblasser ein Vermögensvorteil ist oder nicht, ist äußerst strittig. Auf diese Frage wird unter C. VII. 1. a) zurückgekommen. Fest steht aber, daß spätere Erben oder Vermächtnisnehmer einen Vermögensvorteil keinesfalls durch den Verzicht erhalten, sondern vielmehr aufgrund Gesetzes oder Verfügung von Todes wegen. Siehe Damrau, Erbverzicht, S.131 und Holthaus, Leistungsstörungen, S.46

b) Anfechtungsgründe²³⁶

Die Angebots- und Annahmeerklärung des Abfindungsvertrages sind als Willenserklärungen gemäß §§ 119 ff BGB anfechtbar²³⁷. Eine wirksame Anfechtung führt gemäß § 142 Abs.2 BGB dazu, daß der Abfindungsvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

aa) Erklärungs- und Inhaltsirrtum

War der Erblasser oder der Verzichtende bei Abgabe der auf den Abschluß des Abfindungsvertrages gerichteten Willenserklärungen über deren Inhalt im Irrtum oder wollte eine Erklärung diesen Inhalts überhaupt nicht abgeben, dann ist die Willenserklärung unter den Voraussetzungen des § 119 Abs.1 BGB anfechtbar. Ein Irrtum in der Erklärungshandlung wird beim formwirksamen Abschluß des Abfindungsvertrages wegen der notariellen Beurkundung jedoch nahezu ausgeschlossen sein. Dasselbe gilt für den Inhaltsirrtum, da der Beurkundung eine notarielle Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts vorzugehen hat (§ 17 BeurkG)²³⁸.

bb) Eigenschaftsirrtum

Nach § 119 Abs.2 BGB berechtigt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, zur Anfechtung. Unter verkehrswesentlichen Eigenschaften versteht man die auf der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmale sowie die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Beziehungen zur Umwelt, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung oder Verwendbarkeit von Bedeutung sind²³⁹.

²³⁶ Auf § 120 BGB wird nicht näher eingegangen, da sich der Erblasser oder der Verzichtende nur in den seltensten Fällen einer Übermittlungsperson oder eine Übermittlungsanstalt bedienen werden. Denn zum einen ist der Abfindungsvertrag gemäß § 2348 BGB analog notariell zu beurkunden und zum anderen handelt es sich bei einem Abfindungsvertrag um eine persönliche Angelegenheit. Wenn dennoch ein Fall einer Übermittlung vorliegt, dann ist es unwahrscheinlich, daß dann auch noch eine unbewußte Falschübermittlung erfolgt.

²³⁷ Allerdings wird eine Anfechtung vielfach wegen Ablaufs der Ausschlußfristen der §§ 121, 124 BGB ausgeschlossen sein.

²³⁸ Siehe Keim, Zuwendungsungleich, S.82, der bezüglich der Anfechtbarkeit des Erbverzichts zum gleichen Ergebnis kommt.

²³⁹ So etwa BGHZ 34, 32 (41); 88, 240 (245), BGH LM, §123 BGB, Nr.53; Palandt/Heinrichs, §119, Rn.24; Soergel/Hefermehl, §119, Rn.50; MünchKomm/Kramer, §119, Rn.123

Es stellt sich die Frage, ob Irrtümer des Erblassers oder des Verzichtenden über den Wert, die wertbildenden Merkmale und/oder den Bestand oder die Entwicklung des Vermögens des Erblassers zur Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB²⁴⁰ berechtigen.

Ein Irrtum über den Wert des Erblasservermögens oder über den Wert einzelner Vermögensgegenstände zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abfindungsvertrages berechtigt weder den Erblasser noch den Verzichtenden zur Anfechtung. Der Wert des Vermögens ist im Unterschied zu den wertbildenden Merkmalen keine Eigenschaft i.S.v. § 119 Abs.2 BGB²⁴¹.

Irrte sich der Erblasser oder der Verzichtende über die spätere Entwicklung des Erblasservermögens nach Vertragsschluß, so berechtigt auch dieser Irrtum nicht zur Anfechtung²⁴². Veränderungen des Erblasservermögens zwischen Vertragsschluß und Erbfall sind immer möglich und werden vom Risikocharakter des Geschäfts erfaßt²⁴³. Die Ungewißheit über die spätere Vermögensentwicklung gehört gerade zum aleatorischen Charakter eines entgeltlichen Erbverzichts.

Anders verhält es sich bei Irrtümern über den Bestand einzelner Aktiv- oder Passivposten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Hierbei handelt es sich nämlich um wertbildende Faktoren, mithin um Eigenschaften i. S. d. § 119 Abs.2 BGB. Entgegen Holthaus²⁴⁴ mangelt es auch nicht an der Verkehrswesentlichkeit dieser Eigenschaften. Holthaus begründet seine Ansicht damit, daß dem Nachlaßbestand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen des Risikocharakters des entgeltlichen Erbverzichts keine entscheidende Bedeutung zukomme²⁴⁵. Dem ist entgegenzuhalten,

²⁴⁰ § 119 Abs.2 ist grundsätzlich anwendbar, da unter "Sachen" i.S.d. §119 Abs.2 BGB alle Geschäftsgegenstände, mithin auch Sachgesamtheiten wie z.B. der Nachlaß zu verstehen sind. Vgl. Holthaus, Leistungsstörungen, S.19; Damrau, Erbverzicht, S.137; MünchKomm/Kramer, §119, Rn.113

²⁴¹ Allg.M. (wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen): s. BGHZ 16, 54 (57); MünchKomm/Kramer, §119, Rn.114; Staudinger/Dilcher, 12.Aufl., §119,Rn. 59; Jauernig/Jauernig, §119, Rn.14; Soergel/Hefermehl, §119, Rn.51; Palandt/Heinrichs, §119, Rn.27; Medicus, Bürgerl.Recht, §6 IV 1 c) aa); Larenz/Wolf, BGB AT, § 36 III 2 a)

²⁴² Siehe BayObIG ZEV 1995, S.228 (229) = DNotZ 1996, S.796 (799); Staudinger/Schotten, §2346, Rn.179; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; AK/Teubner, §2346, Rn.8; Kuchinke, JZ 1998, S.143; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Schotten, DNotZ 1998, S.163 (172); Kollhosser, AcP 194, S.231 (254)

In extremen Fällen kann jedoch eine Korrektur nach den Grundsätzen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen. Siehe Schotten, DNotZ 1998, S.163 (172)

²⁴³ Vgl. BayObIG ZEV 1995, S.228 (229) = DNotZ 1996, S.796 (799); Staudinger/Schotten, §2346, Rn.179; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; Kuchinke, JZ 1998, S.143; Kollhosser, AcP 194, S.231 (254)

²⁴⁴ Holthaus, Leistungsstörungen, S.20ff

²⁴⁵ Holthaus, Leistungsstörungen, S.20f, siehe auch Lange, FS Nottarp, S.119 (130)

daß sich der Risikocharakter eines entgeltlichen Erbverzichts grundsätzlich nicht auf die gegenwärtige Lage²⁴⁶, sondern auf zukünftige Entwicklungen wie Vermögensveränderungen seitens des Erblassers oder ein Vorversterben des Verzichtenden erstreckt. Gerade die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Vermögenslage auf Seiten des Erblassers wird in der Praxis häufig als fiktiver Nachlaß und damit als Berechnungsgrundlage für die Abfindung herangezogen. Dem Argument Holthaus²⁴⁷, daß der Bestand des gegenwärtigen Vermögens nicht die Grundlage für die Bemessung der Abfindung und für die Abwägung der Risiken zu sein braucht, wird dadurch Rechnung getragen, daß eine Anfechtung in diesen Fällen bereits wegen der fehlenden Kausalität des Irrtums für die Abgabe der Willenserklärung ausgeschlossen ist. Haben aber die Parteien gemeinsam das gegenwärtige Erblasservermögen als Berechnungsgrundlage für die Abfindung herangezogen, dann berechtigt ein Irrtum über die wertbildenden Merkmale und/oder über den Bestand des Vermögens des Erblassers sowohl den Erblasser als auch den Verzichtenden zur Anfechtung²⁴⁸. Denn in diesem Fall wollten die Parteien kein Risiko bezüglich des gegenwärtigen Vermögensstandes eingehen. Soweit allerdings nur eine pauschale Orientierung am gegenwärtigen Vermögen des Erblassers erfolgte, wird man wegen des dann doch bewußt in Kauf genommenen Risikofaktors die Anfechtbarkeit auf grobe Bewertungsfehler beschränken müssen²⁴⁹.

cc) Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung

Gemäß § 123 Abs. 1, 1.Alt. BGB steht demjenigen ein Anfechtungsrecht zu, der zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt wurde. In Zusammenhang mit dem Abschluß eines Abfindungsvertrages stellt sich vor allem die Frage, ob bzw. wann dem Verzichtenden wegen arglistiger Täuschung über das Vermögen des Erblassers ein Anfechtungsrecht zusteht. Häufig wird sich die Höhe der

²⁴⁶ Siehe Damrau, Erbverzicht, S.136f

²⁴⁷ Holthaus, Leistungsstörungen, S.21f

²⁴⁸ Vgl. RG Recht 1913 Nr.2885; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; AK/Teubner, §2346, Rn.8; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.24; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.178; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (172); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Damrau, Erbverzicht, S.136f; a.A.: Lange, FS Nottarp, S.119 (130), der ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden nach § 119 Abs.2 BGB verneint und Holthaus, Leistungsstörungen, S.22, der für beide Parteien eine Anfechtung nach § 119 Abs.2 BGB für ausgeschlossen hält.

²⁴⁹ So im Ergebnis Staudinger/Schotten, §2346, Rn.178; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (172); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (522); Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (147), der allerdings die Anfechtbarkeit auf § 119 Abs.1 BGB stützt. Lange, FS Nottarp, S.119 (130f) anerkennt in diesen Fällen ein Anfechtungsrecht des Erblassers, nicht aber des Verzichtenden.

Abfindung nämlich an dem gegenwärtigen Vermögen des Erblassers orientieren, indem die Vertragsparteien das Vermögen als fiktiven Nachlaß zur Berechnung der Abfindungshöhe heranziehen.

Im folgenden soll der Frage eines Anfechtungsrechts des Verzichtenden näher nachgegangen werden.

(1) Täuschung

§ 123 Abs.1, 1.Alt BGB setzt zunächst eine Täuschung voraus. Unter Täuschung versteht man jedes Verhalten, das in dem Erklärenden eine unrichtige Vorstellung (Irrtum) hervorruft, bestärkt oder unterhält. Die Täuschung kann durch positives Tun oder Unterlassen begangen werden.²⁵⁰

(a) Durch positives Tun

Eine Täuschung durch positives Tun liegt z.B.²⁵¹ vor, wenn der Erblasser sein gegenwärtiges Vermögen bewußt zu gering angibt, um so die Berechnungsgrundlage für die weitere Kalkulation möglichst niedrig zu halten²⁵². Angesichts des weiten Spielraums, der den Parteien bei der Bestimmung der Abfindungshöhe zusteht, kann jedoch nur dann ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden anerkannt werden, wenn der angegebene Vermögenswert wesentlich von dem tatsächlichen Vermögenswert abweicht, er mithin unter Einbeziehung der weiteren Kalkulationsfaktoren, wie etwa eines Vorversterbens des Verzichtenden, zu einer unangemessen geringen Abfindung führt²⁵³.

²⁵⁰ Vgl. AK/Hart, §123, Rn.2; Erman/Palm, §123, Rn.11; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.2; Soergel/Hefermehl, §123, Rn.5f; Jauernig/Jauernig, §123, Rn.3; Medicus, BGB AT, §49 I 1; Flume, BGB AT, 2.Bd., §29 1; Larenz/Wolf, BGB AT, §37 II 1; Brox, BGB AT, §19 I 1

²⁵¹ Grundsätzlich kommt eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung immer dann in Betracht, wenn der Erblasser den Verzichtenden über beliebige für den Vertragsschluß relevante Umstände getäuscht hat. Vgl. Staudinger/Damrau, §2346, Rn.175

²⁵² So Damrau, Erbverzicht, S.135; Woesch, Erbverzicht, S.23; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.175; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); OLG Koblenz NJW-RR 1993, S.708

²⁵³ Siehe Lange, FS Nottarp, S.119 (131); nach OLG Koblenz NJW-RR 1997, S.708 ist eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung jedenfalls möglich, wenn der Verzichtende über die Entgeltlichkeit des Verzichts getäuscht wurde, d.h. wenn er entgegen seiner Vorstellung einen unentgeltlichen Erbverzicht leistet.

(b) Durch Unterlassen: Verletzung einer Offenbarungspflicht

Die Täuschung kann auch durch Unterlassen begangen werden. Allerdings genügt hierfür nicht jedes Verschweigen für den Vertragsschluß bedeutsamer Umstände. Es ist vielmehr die Verletzung einer Aufklärungs- oder Offenbarungspflicht erforderlich²⁵⁴.

Ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden wegen Verschweigens vertragswesentlicher Tatsachen durch den Erblasser setzt also eine entsprechende Offenbarungspflicht seitens des Erblassers voraus. Die Frage, ob bzw. in welchem Umfang der Erblasser dem Verzichtenden Aufklärung, insbesondere über seine gegenwärtigen Vermögensverhältnisse, schuldet, kann allerdings erst beantwortet werden, wenn geklärt ist, wann eine Aufklärungspflicht grundsätzlich bejaht werden kann.

(aa) Keine generelle Aufklärungspflicht

Eine gesetzliche Regelung der Aufklärungspflicht fehlt. In den Motiven wurde festgestellt, daß sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Offenbarungspflicht besteht, der gesetzlichen Lösung entziehe²⁵⁵. Fest steht jedenfalls, daß eine allgemeine Aufklärungspflicht über beliebige Umstände, mögen sie auch für den Entschluß des Vertragspartners relevant sein, nicht bejaht werden kann²⁵⁶. Dies folgt bereits aus dem natürlichen Interessenwiderstreit der Parteien²⁵⁷. Grundsätzlich obliegt es jedem Vertragspartner, sich selbst zu informieren²⁵⁸. Für eventuelle Kenntnislücken trägt grundsätzlich jeder selbst das Risiko²⁵⁹.

(bb) Aufklärungspflicht gemäß § 242 BGB

Ob eine Aufklärungspflicht besteht, soll sich -für den Fall, daß keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung vorliegt- nach den Grundsätzen von Treu und

²⁵⁴ Vgl. Soergel/ Hefermehl, §123, Rn.6; Staudinger/Dilcher, §123, Rn.7; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.3; Kropholler/Berenbrok, §123, Rn.2; MünchKomm/Kramer, §123, Rn.13; RGRK/Krüger-Nieland, §123, Rn.16; Erman/Palm, §123, Rn.13; Flume, BGB AT, 2.Bd., §29 1; Brox, BGB AT, §19 I 1b)

²⁵⁵ Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.2, S.467

²⁵⁶ Vgl. BGH LM, §123, Nr.53; Jauernig/Jauernig, §123, Rn.5, RGRK/Krüger-Nieland, §123, Rn.16; MünchKomm/Roth, §242, Rn.215; Soergel/Hefermehl, §123, Rn.6; Kropholler/Berenbrok, §123, Rn.2; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.5; Staudinger/Schmidt, §242, Rn.829; Medicus, BGB AT, §49 II 2 b)

²⁵⁷ So MünchKomm/Roth, §242, Rn.215; Kropholler/Berenbrok, §123, Rn. 2; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.5; ähnlich BGH LM, §123, Nr.53

²⁵⁸ Siehe AK/Teubner, §242, Rn.70

²⁵⁹ Aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgt, daß in der Regel jeder seine Interessen selbst

Glauben (§ 242 BGB) richten²⁶⁰. Eine Aufklärungs- und Offenbarungspflicht besteht dann, wenn das Verschweigen gegen Treu und Glauben verstößt und der Erklärungsgegner die Mitteilung der verschwiegenen Tatsachen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf²⁶¹.

(aaa) Aufklärungspflicht bei Nachfragen

Grundsätzlich müssen Fragen des anderen Teils vollständig und richtig beantwortet werden²⁶². Lehnt der Gefragte die Antwort ab, so bleibt es dem Fragenden überlassen, ob er sich auf das zutage getretene Risiko einlassen oder von einem Vertragsschluß absehen will²⁶³. Das Recht, die Frage nicht zu beantworten, steht dem Befragten allerdings nur in den Fällen zu, in denen zum einen kein Abschlußzwang und zum anderen keine selbständige Aufklärungspflicht²⁶⁴ besteht²⁶⁵. Entschließt sich der Gefragte zur Antwort, dann muß er jedoch die Frage -soweit sie erlaubt ist²⁶⁶- richtig beantworten.

(bbb) Aufklärungspflicht ohne Nachfragen

Stellt der andere Teil keine Frage, so bleibt es bei dem aus § 242 BGB entwickelten Grundsatz, daß eine selbständige Offenbarungspflicht dann besteht, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine Mitteilung nach Treu und Glauben und nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen geboten ist²⁶⁷. Maßgeblich sind die Anschauungen, die für einen 'fairen Geschäftsverkehr'²⁶⁸ bestehen.

So müssen etwa Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, ungefragt mitgeteilt werden²⁶⁹. Des weiteren

wahrnehmen muß. Siehe Erman/Palm, §123, Rn.19

²⁶⁰ Siehe MünchKomm/Kramer, §123, Rn.14; Soergel/Hefermehl, §123, Rn.6; Staudinger/Dilcher, 12.Aufl., §123, Rn.7; MünchKomm/Roth, §242, Rn.215; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.5; Jauernig/Jauernig, §123, Rn.5; Brox, BGB AT, §19 I 1 b)

²⁶¹ St. Rspr., so z.B. BGHZ 49, 155 (156); 47, 207 (211); BGH NJW-RR 1991, S.439 (440); NJW 1995, S.45 (47)

²⁶² Vgl. Soergel/Teichmann, §242, Rn.152; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.5a; Erman/Palm, §123, Rn.14; Larenz/Wolf, BGB AT, §37 II 1 a)

²⁶³ So Soergel/Teichmann, §242, Rn.152

²⁶⁴ Siehe hierzu B. IV. 5. b) cc) (1) (b) (bb) (bbb)

²⁶⁵ Siehe Soergel/Teichmann, §242, Rn.152

²⁶⁶ Hierbei handelt es sich vor allem um Fragen anlässlich von Vorstellungsgesprächen.

Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §37 II 1 a); Palandt/Heinrichs, §123, Rn.10

²⁶⁷ Vgl. MünchKomm/Roth, §123, Rn.215; Brox, BGB AT, §19 I 1 b); Soergel/Hefermehl, §123, Rn.6

²⁶⁸ So Flume, BGB AT, 2.Bd., §29 1

²⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1971, S.1795 (1799); Palandt/Heinrichs, §123, Rn.5a; Erman/Palm, §123, Rn.18; MünchKomm/Roth, §123, Rn.218; Staudinger/Dilcher, 12.Aufl, §123, Rn.8

kann bei einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien, etwa bei enger familiärer oder persönlicher Verbundenheit, eine Aufklärungspflicht zu bejahen sein²⁷⁰.

(cc) Übertragbarkeit der Aufklärungsgrundsätze auf den Abfindungsvertrag

(aaa) Meinungsstand

Schotten²⁷¹ geht davon aus, daß eine arglistige Täuschung des Verzichtenden auch durch ein Verschweigen erfolgen könne, so z.B. wenn der Erblasser erkenne, daß der Verzichtende von einem viel zu geringen Vermögen ausgehe und der Erblasser dies dann dazu nutze, eine unangemessen niedrige Abfindung zu vereinbaren. Er geht also davon aus, daß der Erblasser in diesem Fall dazu verpflichtet gewesen wäre, den Verzichtenden über sein tatsächliches gegenwärtiges Vermögen aufzuklären.

Kollhosser²⁷² befürwortet für den Fall eines entgeltlichen Pflichtteilsverzichtungsvertrages ausdrücklich eine Aufklärungspflicht des potentiellen Erblassers, insbesondere jüngeren und wirtschaftlich unerfahrenen Vertragspartnern gegenüber, damit diese die wirtschaftliche Tragweite ihrer Verzichtserklärung übersehen könnten.

Auch H.P. Westermann²⁷³ spricht sich für eine Aufklärungspflicht aus. Das Risiko der Anfechtbarkeit sollte Anlaß für eine rückhaltlose Offenlegung der Verhältnisse und Motivationen vor Vertragsschluß geben.

Woesch²⁷⁴ wiederum stellt nur fest, daß den Erblasser keine unbedingte Pflicht zur Offenlegung seines gegenwärtigen Vermögensstandes treffe.

Lange²⁷⁵ hingegen lehnt eine Offenbarungspflicht des Erblassers pauschal ab. Der Erblasser brauche nichts weiter zu tun, als ein Entgelt für den Verzicht vorzuschlagen. Einem Auskunftsanspruch des Verzichtenden stehe das Recht des Erblassers auf Geheimhaltung seines Vermögensumfanges entgegen²⁷⁶.

²⁷⁰ Vgl. BGH NJW 1992, S.300 (302); BGH LM, §123, Nr.53; Palandt/Heinrichs, §123, Rn.5b; RGRK/Krüger-Nieland, §123, Rn.18; Erman/Palm, §123, Rn.15; MünchKomm/Roth, §123, Rn.219f; Staudinger/Dilcher, 12.Aufl., §123, Rn.7; Soergel/Hefermehl, §123, Rn.7

²⁷¹ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.175 und Schotten, DNotZ 1998, S.163 (171)

²⁷² Kollhosser, AcP 194, S.231 (255f)

²⁷³ H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (522f)

²⁷⁴ Woesch, Erbverzicht, S.23

²⁷⁵ Lange, FS Nottarp, S.119 (131)

²⁷⁶ So Larenz, FS Nottarp, S.119 (130)

Holthaus²⁷⁷ lehnt eine Offenbarungspflicht ebenfalls -jedoch ohne Begründung- ab.

Im übrigen wird auf die Frage nach einer Aufklärungspflicht des Erblassers nicht weiter eingegangen.

(bbb) Entwicklung des eigenen Standpunktes

Meines Erachtens ist kein Grund ersichtlich, der einer Heranziehung der allgemein zur Aufklärungspflicht entwickelten Grundsätze entgegensteht. Der Abfindungsvertrag ist ein gewöhnlicher schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag, auf den § 242 BGB und damit auch die Aufklärungsgrundsätze anwendbar sind.

Hieraus folgt zunächst, daß der Erblasser die zulässige Frage des Verzichtenden nach dem gegenwärtigen Bestand, Umfang und/oder Wert seines Vermögens wahrheitsgemäß beantworten muß. Allerdings steht ihm in den Fällen, in denen keine selbständige Aufklärungspflicht vorliegt -worauf noch eingegangen wird- das Recht zu, die Frage nicht zu beantworten. Es ist dann Sache des Verzichtenden, das hierin zutage getretene Risiko in Kauf zu nehmen oder vom Vertragsschluß abzusehen.

Die eigentliche problematische Frage ist aber die, ob der Erblasser ungefragt Angaben über sein gegenwärtiges Vermögen machen muß.

Lange²⁷⁸ lehnt dies ab, weil er dem Erblasser das Recht zuspricht, sein Vermögen geheimzuhalten. Tatsächlich wird die Aufklärungspflicht durch das Geheimhaltungsinteresse des an sich Aufklärungspflichtigen begrenzt, welches sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben kann²⁷⁹. Auch im Fall des Abschlusses eines Abfindungsvertrages kann der Erblasser aus den verschiedensten Gründen ein Interesse an der Geheimhaltung seiner Vermögensverhältnisse haben. Diesem Geheimhaltungsinteresse steht jedoch das Informationsinteresse des Verzichtenden gegenüber. Welchem Interesse der Vorrang einzuräumen ist, ist im Wege einer Abwägung zu klären.

Der Abfindungsvertrag wird regelmäßig unter Familienmitgliedern abgeschlossen, so daß davon ausgegangen werden kann, daß zwischen den Parteien ein engeres persönliches Vertrauensverhältnis besteht als bei sonstigen Austauschverträgen.

²⁷⁷ Holthaus, Leistungsstörungen, S.21

²⁷⁸ Lange, FS Nottarp, S.119 (130)

²⁷⁹ So MünchKomm/Roth, §242, Rn.226

Dieser Umstand setzt die Anforderungen an eine Offenbarungspflicht des Erblassers herab, schränkt also sein Recht auf Geheimhaltung ein. Wenn dann noch hinzukommt, daß die Vertragsparteien das gegenwärtige Erblasservermögen als Grundlage für die Berechnung der Abfindungshöhe heranziehen, so handelt es sich bei Bestand, Umfang und/oder Wert des Erblasservermögens um Tatsachen, die für den Entschluß des Verzichtenden erkennbar von so wesentlicher Bedeutung sind, daß nach der Verkehrsanschauung eine Aufklärung hierüber erwartet werden darf. Zum einen hat der Verzichtende in der Regel keine Möglichkeit, sich die erforderlichen Informationen selbst zu beschaffen und zum anderen wird der Verzichtende häufig nur deshalb auf eine ausdrückliche Frage verzichten, weil er aufgrund des Erblasserverhaltens glaubt, Bescheid zu wissen²⁸⁰. Gerade im Kreis der Familie wird ein Vorschlag des Erblassers zur Abfindungshöhe "etwas gelten"²⁸¹. Des weiteren ist zu berücksichtigen, daß sich ein Erbverzicht oft leichter erreichen läßt, wenn der Verzichtende nicht allzu genau über die Wertverhältnisse Bescheid weiß, weil ihm dann die lebzeitige Abfindung oft interessanter erscheint als die zukünftige ungewisse Erbschaft. Dies spricht ebenfalls dafür, eine Aufklärungspflicht des Erblassers dem Grunde nach zu bejahen.

Hinsichtlich des Aufklärungsumfangs ist jedoch zu berücksichtigen, daß selbst in den Fällen, in denen sich die Berechnung der Abfindungshöhe an dem gegenwärtigen Erblasservermögen orientiert, weitere Faktoren eine Rolle spielen werden, wie etwa erwartete zukünftige Vermögensveränderungen. Der hieraus resultierende große Spielraum der Vertragsparteien bezüglich der Abfindung führt dazu, daß an den Aufklärungsumfang keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Es muß genügen, daß der Erblasser zumindest so viele Angaben über sein gegenwärtiges Vermögen macht, daß der Verzichtende abwägen kann, ob er sich mit der angebotenen Abfindung im Hinblick auf einen derzeitigen hypothetischen Erb- bzw. Pflichtteilsanspruch einverstanden erklärt oder nicht²⁸².

(ccc) Folgerung

Der Erblasser ist also verpflichtet, ungefragt über sein gegenwärtiges Vermögen Auskunft zu geben, wenn dieses zur Berechnung der Abfindungshöhe herangezogen

²⁸⁰ Vgl. H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (523); Medicus, BGB AT, §49 II 2 b)

²⁸¹ So H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (523)

werden soll. Da es sich jedoch bei dem gegenwärtigen Erblasservermögen i.d.R. nicht um den allein maßgeblichen Kalkulationsfaktor handelt, ist ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden wegen arglistiger Täuschung nur dann zu bejahen, wenn die vereinbarte Abfindung im Hinblick auf das Vermögen des Erblassers einerseits und auf die hypothetischen Erb- oder Pflichtteilsquote andererseits unverhältnismäßig und damit unangemessen erscheint²⁸³.

(2) Kausalität

Die Täuschung des Erblassers über sein gegenwärtiges Vermögen müßte kausal für die auf den Abfindungsvertrag gerichtete Willenserklärung des Verzichtenden gewesen sein. Der durch die Täuschung hervorgerufene oder aufrechterhaltene Irrtum müßte also veranlaßt oder zumindest mitverursacht haben, daß der Verzichtende seine Verzichtserklärung überhaupt oder mit diesem Inhalt abgegeben hat²⁸⁴.

In allen Fällen, in denen das gegenwärtige Vermögen des Erblassers als Berechnungsgrundlage der Abfindungshöhe diene, ist davon auszugehen, daß ein diesbezüglicher Irrtum zumindest mitursächlich dafür war, daß sich der Verzichtende mit der so berechneten Abfindung einverstanden erklärte. Nur in den Fällen, in denen das gegenwärtige Erblasservermögen in keiner Weise zur Kalkulation der Abfindung diene, fehlt es an der erforderlichen Kausalität. In diesem Fall wird es jedoch bereits an einer Täuschung fehlen, da insoweit bereits eine selbständige Aufklärungspflicht des Erblassers zu verneinen ist.

(3) Arglist

Eine Anfechtung gemäß § 123 Abs.1, 1.Alt. BGB setzt weiter voraus, daß die Täuschung arglistig, d.h. mit Täuschungswillen²⁸⁵ erfolgte.

Wenn also der Erblasser -wovon auszugehen ist- weiß, daß sein gegenwärtiges als Berechnungsgrundlage dienendes Vermögen größer ist, als von ihm behauptet oder vom Verzichtenden angenommen wird, so ist Arglist zu bejahen, wenn der Erblasser

²⁸² Vgl. Westermann, FS Kellermann, S.505 (523)

²⁸³ So auch Staudinger/Schotten, §2346, Rn.175; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (171)

²⁸⁴ Vgl. Palandt/Heinrichs, §123, Rn.24; Staudinger/Dilcher, 12.Aufl., §123, Rn.19; Larenz/Wolf, BGB AT, §37 II 1 b)

²⁸⁵ Vgl. Palandt/Heinrichs, §123, Rn.11; Staudinger/Dilcher, §123, Rn.22; Soergel/ Hefermehl, §123, Rn.26; Larenz/Wolf, BGB AT, §37 II 1 c)

zumindest in Kauf nimmt²⁸⁶ -wovon ebenfalls grundsätzlich auszugehen ist-, daß der Verzichtende durch diesen Irrtum (mit-)veranlaßt, wird den Abfindungsvertrag zu schließen.

dd) Anfechtbarkeit wegen Drohung

Eine Anfechtung der Angebots- oder Annahmeerklärung des Abfindungsvertrages wegen Drohung ist unter den Voraussetzungen des § 123 Abs.1, 1.Alt BGB möglich. Insoweit sind keine Besonderheiten zu beachten.

c) Erstreckung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit auf den Erbverzicht und die Abfindungsleistung

Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages wird sich in vielen Fällen auch auf den Erbverzicht und auf die Abfindungsleistung erstrecken. Zwar folgt aus dem Abstraktionsgrundsatz, daß die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts nicht berührt²⁸⁷, doch wird der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund häufig auch bei Abschluß des Erbverzichtsvertrages oder bei der Leistung der Abfindung vorgelegen haben.

Ist der Abfindungsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit einer Partei nichtig, so ist anzunehmen, daß die Geschäftsunfähigkeit des Beteiligten zum Zeitpunkt der Leistung der Abfindung bzw. des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages andauerte, weshalb diese ebenfalls gemäß § 105 Abs.1 BGB unwirksam sind. Entsprechendes gilt grundsätzlich für den Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten bei fehlender Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 108 BGB). Für den Fall jedoch, daß der Erblasser bei Abschluß des Erbverzichtsvertrages beschränkt geschäftsfähig ist, räumt § 2347 Abs.2 S.1 BGB dem Erblasser das Recht ein, den Erbverzichtsvertrag ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu schließen. In diesem Fall ist der Erbverzichtsvertrag also wirksam.

²⁸⁶ Bedingter Vorsatz genügt. Siehe Palandt/Heinrichs, §123, Rn.11; Staudinger/Dilcher, §123, Rn.22; Soergel/Hefermehl, §123, Rn.27; Larenz/Wolf, BGB AT, §37 II 1 c)

²⁸⁷ Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §23 IV 2 a); Medicus, BGB AT, §20 II 1

Ist der Abfindungsvertrag ausnahmsweise wegen Wuchers²⁸⁸ nichtig, so erstreckt sich die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs.2 BGB auch auf das Erfüllungsgeschäft des Bewucherten²⁸⁹, also auf den Erbverzichtsvertrag.

Im Falle der Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages ist zwischen § 119 BGB und § 123 BGB zu differenzieren. In den Fällen des § 119 BGB wird ein bei Abschluß des Abfindungsvertrages vorhandener Inhalts-, Erklärungs- oder Eigenschaftsirrtum wegen der abstrakten Natur des Erbverzichts als Erfüllungsgeschäft für den Abschluß des Erbverzichtsvertrages nur selten kausal sein²⁹⁰. In der Regel wird sich die Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages nicht auf den Erbverzichtsvertrag oder die Abfindungsleistung erstrecken.

Anders liegt es in den Fällen der arglistigen Täuschung oder Drohung. Der durch Täuschung hervorgerufene Irrtum wird regelmäßig auch noch bei Abschluß des Erbverzichtsvertrages vorliegen²⁹¹. Denn bei Kenntnis der wahren Sachlage wird der Verzichtende den Erbverzicht gegen die vereinbarte Abfindung nicht erklären. Erlangt der Verzichtende zwischen Abschluß des Abfindungsvertrages und des Erbverzichtsvertrages von der Täuschung Kenntnis und schließt er dennoch den Erbverzichtsvertrag, so stellt sich die Frage einer Erstreckung der Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages auf den Erbverzichtsvertrag erst gar nicht, da in diesem Fall bereits das Verpflichtungsgeschäft mangels Kausalität der Täuschung für die Abgabe der Verzichtserklärung nicht anfechtbar sein wird.

Auch im Falle eines durch Drohung erzwungenen Abfindungsvertrages wird die durch die Drohung hervorgerufene Zwangslage bei Vornahme des Erfüllungsgeschäfts fortbestehen²⁹². Der Bedrohte wird in der Regel durch die Drohung zur Vornahme des Erfüllungsgeschäfts veranlaßt werden, weshalb auch das Verfügungsgeschäft gemäß § 123 Abs.1, 2.Alt. BGB anfechtbar ist.

²⁸⁸ Siehe B. IV. 5. a) ee)

²⁸⁹ Vgl. Brox, BGB AT, §14 II 4 a); Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 IV 3 a); Westermann, Sachenrecht, §4 IV 1

²⁹⁰ Siehe hierzu Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 II 1 a), Rn.8, wonach bei § 119 BGB die Kausalität des Irrtums für das Erfüllungsgeschäft immer besonderer Begründung bedürfe.

²⁹¹ Vgl. Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; AK/Teubner, §2346, Rn.8; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Damrau, Erbverzicht, S.135; Keim, Zuwendungsausgleich, S.84; Holthaus, Leistungsstörungen, S.23; Woesch, Erbverzicht, S.23

²⁹² Vgl. Woesch, Erbverzicht, S.23; Holthaus, Leistungsstörungen, S.23

V. Konditionale Verknüpfung

Das Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung könnte möglicherweise auch durch einen Bedingungszusammenhang charakterisiert sein. Ob bzw. wann eine konditionale Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung möglich ist, soll im folgenden näher dargelegt werden.

1. Grundsätzliche Zulässigkeit

a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer bedingten Abfindungsleistung

Die Abfindungsleistung ist ein Verfügungsgeschäft und kann damit grundsätzlich wie jedes Rechtsgeschäft nach §§ 158 ff BGB von einer Bedingung abhängig gemacht werden²⁹³. Sollte allerdings im Gesetz die Bedingungsfeindlichkeit eines bestimmten Rechtsgeschäfts normiert sein, so ist eine Bedingung unzulässig. So ist etwa die Vereinbarung einer Bedingung gemäß § 925 Abs.2 BGB ausgeschlossen, wenn die Abfindungsleistung in einer Übertragung von Grundeigentum besteht.

Ansonsten ist anerkannt, daß die Abfindungsleistung in einem Bedingungs-zusammenhang mit dem Erbverzicht stehen kann²⁹⁴.

b) Grundsätzliche Zulässigkeit eines bedingten Erbverzichts

Die Motive²⁹⁵ äußern sich zur Frage der Zulässigkeit eines bedingten Erbverzicht wie folgt: "Daß der Erbverzicht unter Beifügung einer Bedingung ... erfolgen kann, bedarf einer besonderen Erwähnung nicht. Der Entwurf beruht auf der Auffassung, daß jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung beigefügt werden kann, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt oder die Natur des Rechtsgeschäfts von selbst entgegensteht."

An dieser Auffassung hat sich bis heute nichts geändert. Der Erbverzicht kann wie jedes Rechtsgeschäft von einer Bedingung abhängig gemacht werden²⁹⁶. Das Gesetz selbst regelt in § 2350 BGB ausdrücklich den Fall eines bedingten Erbverzichts.

²⁹³ Siehe Palandt/Heinrichs, Einf. vor §158, Rn.12; Jauernig/Jauernig, §158, Rn.10; Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 II 1 b); Staudinger/Wiegand, §929,Rn.29

²⁹⁴ Vgl. Palandt/Edenhofer,Überblick vor §2346, Rn.12; Lange, FS Nottarp, S.119 (123); Harder, Erbrecht, S.86

²⁹⁵ Mot.V, S.480 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.256)

²⁹⁶ Allg.M.: u.a. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.15; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.54 u. 153; Soergel/Damrau, §2346, Rn.12; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.1; AK/Teubner, §2346, Rn.5;

Der Erbverzicht kann folglich mit der Abfindung in einem Bedingungs Zusammenhang stehen²⁹⁷.

2. Einzelne Bedingungsmöglichkeiten²⁹⁸

a) Die Wirksamkeit des Abfindungsvertrages als "aufschiebende Bedingung" von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung

Es ist weitgehend anerkannt, daß die Gültigkeit der Abfindungsvereinbarung zur Bedingung von Erbverzicht und/oder Abfindung gemacht werden kann²⁹⁹.

Auf die in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme soll näher eingegangen werden.

aa) Zulässigkeit einer *condicio in praesens vel praeteritum collata*

(1) Der Begriff "Bedingung"

Bedingung i.S.d. §§ 158 ff BGB ist die durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die die Rechtswirkungen des Geschäfts von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht³⁰⁰. Des weiteren wird das zukünftige ungewisse Ereignis selbst vom Gesetz als Bedingung bezeichnet³⁰¹.

Leipold, Erbrecht, Rn.406; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.879; Friedrich, Testament, S.67; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (168); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (379); Blomeyer, FamRZ 1974, S.421 (427); Keim, Zuwendungsausgleich, S.91; a.A. Harrer, ZBIFG 15, S.1 (9f), welcher seine ablehnende Auffassung mit der Wesensverwandtschaft von Erbverzicht und Abfindung begründet. Hiergegen wenden sich wiederum Heine, ZBIFG 19, S.201f; Larenz, JherJb. 81, S.1 (15f) und Holthaus, Leistungsstörungen, S.62f

²⁹⁷ Vgl. BGHZ 37,319 (327); BayObIG NJW-RR 1995, S.648 = ZEV 1995, S.228; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.25; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Soergel/Damrau, §2346, Rn.12; AK/Teubner, §2346, Rn.5; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 VI a); Leipold, Erbrecht, Rn.406; Harder, Erbrecht, S.86; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.364; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (168); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Damrau, Erbverzicht, S.92; Lange, FS Nottarp, S.119 (123f); H.P.Westermann, FS Kellerman, S.505 (520)

²⁹⁸ Es werden nur einige wichtige Bedingungsmöglichkeiten angesprochen.

²⁹⁹ So z.B. Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.25; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.364; H.P. Westermann, FS Kellerman, S.505 (520); Lange, FS Nottarp, S.119 (124); Schotten, DNotZ 1998, S.163 (168)

³⁰⁰ Vgl. Palandt/Heinrichs, Einf. vor §158, Rn.1; Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§158ff, Rn.4; Soergel/Wolf, vor §158, Rn.2

³⁰¹ §158 Abs.1 u. 2 BGB: "... mit dem Eintritt der Bedingung..."

Das Gesetz unterscheidet in § 158 Abs.1 und Abs.2 BGB zwischen einer aufschiebenden Bedingung und einer auflösenden Bedingung. Bei der aufschiebenden Bedingung hängt der Eintritt, bei der auflösenden Bedingung das Fortbestehen der Rechtswirkungen von dem zukünftigen Ereignis ab³⁰².

(2) Das Wesen der *condicio in praesens vel praeteritum collata*³⁰³

Machen die Parteien den Erbverzicht und/oder die Abfindungsleistung von der Wirksamkeit eines früher oder gleichzeitig geschlossenen Abfindungsvertrages abhängig, dann handelt es sich hierbei nicht um ein zukünftiges objektiv ungewisses Ereignis³⁰⁴. Denn die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages steht zu diesem Zeitpunkt objektiv bereits fest, lediglich die Parteien selbst haben diesbezüglich keine sichere Kenntnis³⁰⁵. Wird aber ein Rechtsgeschäft von einem gegenwärtigen oder in der Vergangenheit liegenden Umstand abhängig gemacht, welcher zwar nicht objektiv dafür aber subjektiv ungewiß ist, so handelt es sich um eine *condicio in praesens vel praeteritum collata*³⁰⁶.

(3) Rechtliche Folgerung

Die *condicio in praesens vel praeteritum collata* erfüllt mangels zukünftigen ungewissen Ereignisses nicht die Voraussetzungen des oben³⁰⁷ dargelegten Bedingungsbegriffs i.S.d. §§ 158 ff BGB. Der Grundsatz der Privatautonomie³⁰⁸

³⁰² Siehe Palandt/Heinrichs, Einf. vor §158, Rn.1; AK/Ott, vor §158, Rn.2; Larenz/Wolf, BGB AT, §50 I 3 a)

³⁰³ Sie wird auch als uneigentliche Bedingung, Gegenwartsbedingung, Voraussetzung und Unterstellung bezeichnet. Vgl. MünchKomm/Westermann, §158, Rn.52; Larenz/Wolf, BGB AT, §50 I 3 d); Medicus, BGB AT, §52 I 1 c)

³⁰⁴ Lediglich im Fall einer späteren Anfechtung des Abfindungsvertrages oder eines späteren Rücktritts ist ein zukünftiges ungewisses Ereignis zu bejahen. Siehe Keim, Zuwendungsausgleich, S.99

³⁰⁵ Siehe Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Jauernig, JuS 1994, S.721 (723); a.A. Damrau, Erbverzicht, S.95, welcher auf eine objektive Ungewißheit im Hinblick auf eine zukünftige gerichtliche Entscheidung abstellen will. Hiergegen wendet sich Holthaus, Leistungsstörungen, S.66 mit der zutreffenden Begründung, daß das Gericht nur eine bereits feststehende (Un-)Wirksamkeit feststellen könne. Daß das Gericht aber die richtige Entscheidung treffe, sollte anzunehmen sein. Mithin sei eben auch die Entscheidung des Gerichts objektiv nicht ungewiß sondern gewiß.

³⁰⁶ Siehe Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§158ff, Rn.28; Soergel/Wolf, vor §158, Rn.10; Erman/Hefermehl, vor §158, Rn.6; Palandt/Heinrichs, Einf. vor §158, Rn.6; Larenz/Wolf, BGB AT, §50 I 3 d); Flume, BGB AT, 2.Bd., §38 I b); Medicus, BGB AT, §52 I 1 c); von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.342; Holthaus, Leistungsstörungen, S.65; Jauernig, JuS 1994, S.721 (723)

³⁰⁷ Siehe hierzu des weiteren B. V. 2. a) aa) (3)

³⁰⁸ So auch Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.37; Holthaus, Leistungsstörungen, S.66; ähnlich Staudinger/

gebietet es jedoch, den Vertragsparteien auch die Möglichkeit zu belassen, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einem nur für sie, d.h. nur subjektiv ungewissen Umstand abhängig zu machen. Für die Parteien spielt es keine Rolle, ob der Umstand objektiv oder nur subjektiv ungewiß ist. In beiden Fällen kommt es den Parteien einzig und allein darauf an, sich wegen ihrer eigenen Unkenntnis abzusichern. Ob darüber hinaus auch objektiv eine Ungewißheit besteht oder nicht, ist für die Interessen der Vertragsparteien nicht entscheidend. Da somit die Interessenlage bei einer *condicio in praesens vel in praeteritum collata* der bei einer "echten" Bedingung entspricht, sind die §§ 158 ff BGB wenigstens entsprechend anzuwenden³⁰⁹. Im Unterschied zu einer echten Bedingung entsteht kein objektiver, sondern lediglich ein subjektiver Schwebezustand, für den nicht der objektive Eintritt eines Ereignisses maßgeblich ist, sondern die subjektive Kenntnis der Parteien davon³¹⁰.

Sind also Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrages abhängig gemacht, so führt die "aufschiebende" *condicio in praesens vel praeteritum collata* -ebenso wie die "auflösende" *condicio in praesens vel praeteritum collata*³¹¹ - dazu, daß das jeweilige Rechtsgeschäft bei Wirksamkeit des Abfindungsvertrages voll gültig, im umgekehrten Fall ungültig ist³¹². Allerdings wird die "bedingte" Forderung vor Kenntniserlangung der Parteien von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrages nicht durchsetzbar sein³¹³.

bb) Das Abstraktionsprinzip als mögliches Hindernis

Der Abfindungsvertrag ist das schuldrechtliche Grundgeschäft, der Erbverzichtsvertrag und die Abfindungsleistung sind die Erfüllungsgeschäfte. Wenn nun der

Bork, Vorbem. zu §§ 158ff, Rn.29; H.P.Westermann, Die causa, S.102

³⁰⁹ Vgl. Erman/Hefermehl, vor §158, Rn.6; MünchKomm/Westermann, §158, Rn.52; Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§158ff, Rn.29; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Soergel/Wolf, vor §158, Rn.10; Flume, BGB AT, 2.Bd., §38 1 b); Medicus, BGB AT, §52 I 1 c); Schotten, DNotZ 1998, S.163 (168); Jauernig, JuS 1994, S.721 (723); Holthaus, Leistungsstörungen, S.66; a.A.: Palandt/Heinrichs, Einf. vor §158, Rn.6

³¹⁰ Erman/Hefermehl, vor §158, Rn.6; Staudinger/Bork, Vorbem zu §§158ff, Rn.29; Soergel/Wolf, vor §158, Rn.10

³¹¹ Wegen des fehlenden objektiven Schwebezustandes unterscheiden sich aufschiebende und auflösende "Bedingung" in ihrer Wirkung nicht, da das "bedingte" Rechtsgeschäft entweder von Anfang an wirksam ist oder nicht. Vgl. MünchKomm/Westermann, §158, Rn.52

³¹² Vgl. MünchKomm/Westermann, §158, Rn.53; Medicus, BGB AT, §52 I 1 c); Larenz/Wolf, BGB AT, §50 I 3 d)

³¹³ So MünchKomm/Westermann, §158, Rn.53 m.w.N., welcher seine Auffassung mit dem im Wege der Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen begründet.

Erbverzichtsvertrag und/oder die Abfindungsleistung von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrages abhängig gemacht werden sollen, dann könnte diese konditionale Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft wegen Verstoßes gegen das Abstraktionsprinzip unzulässig sein.

(1) Das Abstraktionsprinzip

Das Abstraktionsprinzip geht über das Trennungsprinzip, d.h. die systematische Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, hinaus. Es besagt zum einen, daß das Verfügungsgeschäft in seiner Wirksamkeit nicht von einem wirksamen Verpflichtungsgeschäft abhängig ist (sog. äußerliche Abstraktion) und zum anderen, daß das Verfügungsgeschäft im Gegensatz zum Verpflichtungsgeschäft inhaltlich zweckfrei ist (sog. innere/inhaltliche Abstraktion)³¹⁴.

(2) Auswirkung auf die Zulässigkeit einer konditionalen Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft

Wenn der Erbverzicht oder/und die Abfindungsleistung von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrages abhängig gemacht werden, dann ist die sogenannte äußere Abstraktheit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht mehr gewahrt.

Nun könnte man daran denken, daß das Gesetz selbst mit der Regelung des Eigentumsvorbehalts in § 455 BGB, wonach im Zweifel anzunehmen ist, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, eine Ausnahme vom Abstraktionsprinzip macht. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nicht die Gültigkeit des Kaufvertrages als Verpflichtungsgeschäft wird zur Bedingung gemacht, sondern die Zahlung des Kaufpreises, also das andere Erfüllungsgeschäft. § 455 BGB kann also in diesem Zusammenhang nicht weiterhelfen.

Es gilt jedoch auch für Verfügungsgeschäfte der Grundsatz, daß sie unter einer Bedingung erfolgen können, soweit dies nicht ausnahmsweise -wie z.B. gemäß § 925 Abs.2 BGB- ausgeschlossen ist³¹⁵. Daß dieser Grundsatz hinter dem Abstraktions-

³¹⁴ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 IV 1; Medicus, BGB AT, §20 II 1

³¹⁵ Siehe hierzu B. V. 1. a) und b)

Jauernig, Jus 1994, S.721 (723) meint, es könne nicht von der Zulässigkeit einer "echten"

prinzip zurücktreten muß, ist nicht ersichtlich³¹⁶. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gebietet vielmehr, daß es den Parteien möglich sein muß, das Erfüllungsgeschäft mittels einer *condicio in praesens vel praeteritum collata* von der Wirksamkeit des Grundgeschäfts abhängig zu machen. Die Anforderungen, die an eine solche Vereinbarung zu stellen sind, haben jedoch zu berücksichtigen, daß das Abstraktionsprinzip ein zu achtendes -wenn auch nicht unumstrittenes- Prinzip des geltenden Rechts ist, das seinerseits dem Grundsatz der Bedingungsfreundlichkeit ebenfalls nicht grundsätzlich weichen muß.

Dem Spannungsverhältnis dieser beider Prinzipien wird man dadurch gerecht, daß man eine *condicio in praesens vel praeteritum collata* nur bejaht, wenn die Parteien tatsächliche, d.h. irgendwie zum Ausdruck gebrachte Zweifel³¹⁷ an der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts hatten, und wenn konkrete Anhaltspunkte³¹⁸ dafür vorliegen, daß ihr wirklicher Parteiwille auf eine konditionale Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft gerichtet war. Damit sind der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung Grenzen gesetzt. Die Fälle, in denen eine *condicio in praesens vel praeteritum collata* anzunehmen ist, sind begrenzt³¹⁹. Das Abstraktionsprinzip wird nicht aus den Angeln gehoben.

Folglich können die Parteien unter den genannten Voraussetzungen³²⁰ den Erbverzicht und/oder die Abfindungsleistung von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrages abhängig machen. Sollte im Einzelfall, wie etwa bei einer Grundstücksübertragung gemäß § 925 Abs.2 BGB, eine Bedingung ausgeschlossen sein, so ist dies allerdings nicht möglich³²¹. Zwar handelt es sich bei der *condicio in praesens vel praeteritum collata* nicht um eine Bedingung im eigentlichen Sinn, doch ist die Interessenlage mit

Bedingung auf die einer "unechten" geschlossen werden. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, daß die Interessenlagen durchaus vergleichbar sind.

³¹⁶ Siehe Larenz, JherJb. 81, S.1 (15f); ähnlich Erman/Palm, §139, Rn.23; Flume, BGB AT, 2.Bd., §12 III 4; Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 IV 3 b) und Westermann, Sachenrecht, §4 IV 2, die alle ebenfalls auf die grundsätzliche Bedingungsfreundlichkeit von Rechtsgeschäften abstellen. A.A.: Schlüter, JuS 1969, S.10 (13)

³¹⁷ Vgl. Staudinger/Roth, §139, Rn.54; Staudinger/Wiegand, §929, Rn.31; Erman/Palm, §139, Rn.23; Medicus, BGB AT, §20 II 5 b); Flume, BGB AT, 2.Bd., §12 III 4; Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 IV 3 b); Westermann, Sachenrecht, §4 IV 2; Goldmann, Gruchot 56, S.161 (169); Holthaus, Leistungsstörungen, S.64

³¹⁸ Vgl. Staudinger/Roth, §139, Rn.54; Staudinger/Wiegand, §929, Rn.31; Medicus, BGB AT, §20 II 5 b); Westermann, Sachenrecht, §4 IV 2

³¹⁹ So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Holthaus, Leistungsstörungen, S.64

³²⁰ Auf diese wird unter B. V. 4. zurückgekommen.

³²¹ So Staudinger/Roth, §139, Rn.54; Medicus, BGB AT, §20 II 5 b); Flume, BGB AT, 2.Bd., §12 III 4

der einer "echten" Bedingung vergleichbar, weshalb sie nicht in weiterem Umfang als diese zulässig sein kann.

b) Die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages als "auflösende Bedingung" von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung

Der Erbverzicht oder die Abfindungsleistung können durch die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages "bedingt" werden³²². Auch in diesem Fall handelt es sich um eine -zulässige- *condicio in praesens vel praeteritum collata*³²³, das Abstraktionsprinzip stellt kein Hindernis³²⁴ dar. Für den Fall der Ungültigkeit des Abfindungsvertrages sind Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung von Anfang an unwirksam, im umgekehrten Fall voll wirksam³²⁵.

c) Die Erbringung der Gegenleistung als aufschiebende Bedingung von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung

Ein Bedingungszusammenhang zwischen Erbverzicht und Abfindungsleistung kann auch dadurch hergestellt werden, daß die beiden Verfügungsgeschäfte selbst durch eine Bedingung unmittelbar miteinander verknüpft werden. So ist es möglich, den Erbverzicht durch die Abfindungsleistung und umgekehrt die Abfindungsleistung durch die Erklärung des Erbverzichts aufschiebend zu bedingen. Der Vorteil liegt darin, daß die Beteiligten das Wirksamwerden ihrer jeweiligen Leistung von dem Erhalt der Gegenleistung abhängig machen können (§ 158 Abs.1 BGB)³²⁶.

d) Die Nichterbringung der Gegenleistung als auflösende Bedingung von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung

Das Interesse des Erblassers oder/und des Verzichtenden, die eigene Leistung bei Nichterhalt der Gegenleistung wieder zurückzuerlangen, kann dadurch gewahrt

³²² Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.92

³²³ Siehe B. V. 2. a) aa)

³²⁴ Siehe B. V. 2. a) bb)

³²⁵ Vgl. MünchKomm/Westermann, §158, Rn.53; H.P. Westermann, Die causa, S.102; Larenz/Wolf, BGB AT, §50 I 3 d); Medicus, BGB AT, §52 I 1 c)

³²⁶ Vgl. Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.25; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.364; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (168); Lange, FS Nottarp, S.119 (124); Keim, Zuwendungsausgleich, S.92

werden, daß die Erbringung der eigenen Leistung unter der auflösenden Bedingung erfolgt, daß der andere Teil seiner Leistungsverpflichtung nicht nachkommt³²⁷. Wenn also der Erblasser die Abfindung nicht leistet oder umgekehrt der zum Verzicht Verpflichtete den Erbverzicht nicht erklärt, dann wird ein bereits erklärter Erbverzicht oder im umgekehrten Fall die bereits erbrachte Abfindungsleistung unwirksam (§ 158 Abs.2 BGB).

3. Die verschiedenen Zeitpunkte eines möglichen Bedingungseintritts

a) Bedingungseintritt zu Lebzeiten beider Parteien

Tritt die Bedingung zu Lebzeiten beider Parteien ein, dann ergeben sich keine Besonderheiten. Im Fall einer aufschiebenden Bedingung führt der Bedingungseintritt gemäß § 158 Abs.1 BGB zur Wirksamkeit von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung, und im Fall einer auflösenden Bedingung endet gemäß § 158 Abs.2 BGB die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts. Ist die Wirksamkeit des Abfindungsvertrages zur *condicio in praesens vel praeteritum collata* gemacht, so sind der Erbverzicht und/oder die Abfindungsleistung bei Wirksamkeit des Abfindungsgeschäfts voll wirksam und im umgekehrten Fall unwirksam.

b) Bedingungseintritt nach dem Erbfall

aa) Anerkennung eines Bedingungseintritts nach dem Erbfall

Im Falle einer bedingten Abfindungsleistung ist ein Bedingungseintritt nach dem Erbfall grundsätzlich möglich. Sollte jedoch ein Bedingungsausfall vorliegen, ist die Leistung der Abfindung bei auflösender Bedingung endgültig wirksam und bei aufschiebender Bedingung endgültig unwirksam. Ein Bedingungsausfall ist immer dann anzunehmen, wenn die Bedingung nicht mehr eintreten kann. Wurde die Abfindung also unter der aufschiebenden Bedingung geleistet, daß der

³²⁷ Vgl. BGHZ 37, 319 (327); MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.25; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.364; Harder, Erbrecht, S.86, Fn.239; Leipold, Erbrecht, Rn.406; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Lange, FS Nottarp, S.119 (124); Keim, Zuwendungs-
ausgleich, S.92

Erbverzichtsvertrag geschlossen wird, dann führt der Tod des Erblassers zum Bedingungsausfall³²⁸ und damit zur Unwirksamkeit der Abfindungsleistung.

Fraglich ist jedoch, ob die Möglichkeit eines Bedingungseintritts nach dem Erbfall bezüglich eines bedingten Erbverzichts anzuerkennen ist.

Löwenstein-Wertheim-Rosenberg³²⁹ lehnt einen Bedingungseintritt nach dem Erbfall wegen der Natur des Erbverzichts ab. Sei im Augenblick des Erbfalls die Bedingung noch nicht entschieden, so sei der aufschiebend bedingte Erbverzicht als nicht erfolgt, der auflösend bedingte als unbedingt anzusehen. Auch Lange³³⁰ verlangt -allerdings ohne dies zu begründen-, daß die Entscheidung über die Bedingung spätestens im Zeitpunkt des Erbfalls erfolge³³¹. In neuerer Zeit haben sich dieser Auffassung Ferid und Cieslar³³² angeschlossen. Der Tod des Erblassers führe zu einem Bedingungsausfall.

Gegen die Ansicht Ferid/Cieslars wendet sich Mayer³³³, der zu dem Ergebnis gelangt, daß keine zwingenden erbrechtlichen Gründe ersichtlich seien, die einer aufschiebenden Bedingung und erst recht einer auflösenden Bedingung des Erbverzichts entgegenstehen könnten.

Dieser Auffassung ist auch Reul³³⁴, welcher insbesondere hinsichtlich des bedingten Pflichtteilsverzichts feststellt, daß die Entscheidung des BGH vom 13.11.1996³³⁵, wonach ein Pflichtteilsverzicht nur zu Lebzeiten des Erblassers wirksam geschlossen werden könne, die Möglichkeit eines Bedingungseintritts nach dem Erbfall unangetastet lasse. Denn im Fall einer aufschiebenden Bedingung läge ein tatbestandlich vollendetes Rechtsgeschäft vor, dem nur noch eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehle, und im Fall einer auflösenden Bedingung habe das Rechtsgeschäft zunächst alle Wirkungen entfaltet.

³²⁸ Es ist allgemeine Meinung, daß der Erbverzichtsvertrag nur zu Lebzeiten des Erblassers rechtswirksam geschlossen werden kann. Siehe u.a. BGHZ 37, 319 (329); BGH NJW 1997, S.521 (522); Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn..1; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.10; Soergel/Damrau, §2346, Rn.7

³²⁹ Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.46

³³⁰ Lange, FS Nottarp, S.119 (123)

³³¹ So auch Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, Vorbem. zu §§2346ff, Anm.3 für den Fall einer Befristung

³³² Staudinger/Ferid/Cieslar, 12.Aufl., Einl zu §§2346ff, Rn.89

³³³ Mayer, MittBayNot 1985, S.101 (102ff), der sich ausführlich mit der Ansicht von Ferid/Cieslar auseinandersetzt.

³³⁴ Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (382f)

³³⁵ BGH NJW 1997, S.521

Andere bejahen die Möglichkeit eines Bedingungseintritts nach dem Erbfall, ohne jedoch eine nähere Begründung anzuführen³³⁶.

Meiner Meinung nach wird durch den Erbfall ein Bedingungseintritt nicht zwangsläufig unmöglich. Der Erbverzichtsvertrag kann zwar ebenso wie der Pflichtteilsverzichtsvertrag nur zu Lebzeiten des Erblassers rechtswirksam abgeschlossen werden³³⁷, doch folgt hieraus nicht, daß ein Bedingungseintritt vor oder zumindest mit dem Erbfall erfolgen müßte. Im Fall eines bedingten Erbverzichts wird der Erbverzichtsvertrag vom Erblasser selbst zu seinen Lebzeiten abgeschlossen. Lediglich die mit dem Erbverzicht verbundenen Rechtswirkungen sind im Falle einer aufschiebenden Bedingung an den Eintritt der Bedingung geknüpft. Im Fall einer auflösenden Bedingung ist der Verzicht sogar bis zum Bedingungseintritt wirksam³³⁸.

Die endgültige Klärung der Frage der Wirksamkeit des Erbverzichts erst nach dem Erbfall führt auch nicht zu einem inakzeptablen Zustand der Rechtsunsicherheit³³⁹. Nimmt man an, daß der Verzichtende in dieser Schwebephase Vor- bzw. Nacherbe ist³⁴⁰, so kommt man zu einem vom Gesetz selbst in §§ 2104 ff BGB vorgesehenen Rechtszustand, welcher mithin nicht mit dem Argument der Rechtsunsicherheit als unzulässig gewertet werden kann³⁴¹.

Die Annahme eines mit dem Erbfall zwingend korrespondierenden Bedingungsausfalls ist zudem weder sachgerecht noch dem Willen der Parteien entsprechend. Dies wird z.B. anhand des Falles deutlich, daß die Parteien den Erbverzicht unter der aufschiebenden Bedingung der Leistung der Abfindung erklärten. Ist die Abfindungsleistung nicht höchstpersönlicher Natur, so geht die Pflicht zur Leistung gemäß §§ 1922, 1967 BGB auf die Erben des Erblassers über. Erst mit der Leistung der Abfindung wird der Erbverzicht wirksam. Der Verzichtende scheidet -ex nunc- aus dem Kreis der Erben aus. Daß der Verzichtende zuvor als Vorerbe die Abfindung -zusammen mit den weiteren Erben- an sich selbst leistet, ist im Hinblick darauf, daß

³³⁶ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.91; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.15; Soergel/Damrau, §2346, Rn.12; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.1; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.879

³³⁷ Allg.M., siehe u.a BGHZ 37,319 (329); BGH NJW 1997, S.521 (522); Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.1; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.10; Soergel/Damrau, §2346, Rn.7

³³⁸ Ähnlich argumentieren Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (382 u. 383) sowie Mayer, MittBayNot 1985, S.101 (103)

³³⁹ Siehe Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.879; Mayer, MittBayNot 1985, S.101 (103); a.A.: Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl., Einl zu §§2346ff, Rn.89

³⁴⁰ Siehe hierzu näher B. V. 3. b) bb)

³⁴¹ Vgl. auch Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.879; Mayer, MittBayNot 1985, S.101 (103)

auf diesem rechtlich zulässigen Weg genau das Ergebnis erzielt wird, das der Erblasser und der Verzichtende angestrebt haben, nur konsequent. Auf diese Weise wird dem Willen des Erblassers Rechnung getragen, was angesichts der Tatsache, daß dem Erblasserwillen im Erbrecht ein besonderer Stellenwert zukommt³⁴², eindeutig für die Anerkennung eines möglichen Bedingungseintritts nach dem Erbfall spricht.

In den Fällen, in denen der Erbverzichtsvertrag von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrages abhängig gemacht wird, steht der Erbfall einem "Bedingungseintritt" bereits wegen des fehlenden objektiven Schwebezustandes nicht entgegen.

bb) Rechtsfolge

Im Falle einer bedingten Abfindungsleistung verbleibt es, ohne daß Besonderheiten zu beachten wären, bei der Regelung des § 158 BGB.

Im Hinblick auf einen bedingten Erbverzicht stellt sich jedoch die Frage, welche rechtlichen Folgen ein Bedingungseintritt nach dem Erbfall nach sich zieht.

Der Eintritt der Bedingung wirkt nicht zurück³⁴³. Die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung beginnt (aufschiebende Bedingung) oder endet (auflösende Bedingung) mit Bedingungseintritt. Hieraus folgt, daß im Fall einer auflösenden Bedingung des Erbverzichts dem Verzichtenden bei Eintritt der Bedingung nach dem Erbfall nicht rückwirkend die Stellung eines Vollerben zukommen kann. Er kann jedoch als Nacherbe und die durch den Verzicht Begünstigten können als Vorerben angesehen werden³⁴⁴. Im umgekehrten Fall, daß der Erbverzicht unter einer aufschiebenden Bedingung erklärt wurde, ist der Verzichtende Vorerbe³⁴⁵. Die Vorschriften über Vor- und Nacherbfolge in §§ 2104 ff BGB finden Anwendung.

c) Bedingungseintritt nach dem Tod des Verzichtenden

Soweit ersichtlich wird der Tod des Verzichtenden in Zusammenhang mit einem bedingten Erbverzicht bzw. einer bedingten Abfindungsleistung nicht gesondert

³⁴² Siehe z.B. §§ 2078, 2084, 2085 BGB

³⁴³ Dies folgt aus § 158 BGB sowie aus § 159 BGB, der nur schuldrechtliche Wirkung hat.

Vgl. statt aller: Jauernig/Jauernig, §159, Rn.1

³⁴⁴ So BayOblGZ 1957, 292 (300); Soergel/Damrau, §2346, Rn.12; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.15; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.1; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.91; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.879; Mayer, MittBayNot 1985, S.101 (102); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (382 u. 383)

³⁴⁵ Siehe ebenda

erwähnt, geschweige denn problematisiert. Dies ist darauf zurückzuführen, daß es diesbezüglich keine dem Bedingungseintritt nach dem Erbfall entsprechenden Besonderheiten gibt. Dennoch soll kurz auf einiges hingewiesen werden:

Ein Bedingungseintritt nach dem Tod des Verzichtenden ist grundsätzlich möglich. Ein Bedingungsausfall ist nur gegeben, wenn der Eintritt der Bedingung mit dem Tod des Verzichtenden unmöglich wird. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Leistung der Abfindung unter der aufschiebenden Bedingung der Erklärung eines Erbverzichts erfolgt. Aus Sinn und Zweck des Erbverzichts, nämlich das Ausscheiden des Verzichtenden aus dem Kreis der Erbberechtigten zu erreichen, folgt, daß der Erbverzichtsvertrag nur zu Lebzeiten des Verzichtenden geschlossen werden kann. Durch den Tod des Verzichtenden vor Erklärung des Erbverzichts tritt Zweckerreichung ein³⁴⁶.

Wurde dagegen der Erbverzicht unter der aufschiebenden Bedingung der Leistung der Abfindung erklärt, so ist ein Bedingungseintritt grundsätzlich möglich, da der Erblasser die Abfindung an die Erben des Verzichtenden, die im Wege der Universalsukzession in dessen Rechte- und Pflichtenstellung eingerückt sind, zu leisten hat. Nur wenn dies im Einzelfall ausgeschlossen sein sollte, liegt ein Bedingungsausfall vor.

d) Bedingungseintritt nach dem Tod beider Parteien

Wenn beide Parteien vor Bedingungseintritt versterben, dann führt auch dies nicht zwingend zu einem Bedingungsausfall. Vielmehr ist die Frage nach einem möglichen Bedingungseintritt anhand einer Kombination der für die Fälle des Bedingungseintritts nach dem Tod des Erblassers oder nach dem Tod des Verzichtenden entwickelten Kriterien zu klären.

4. Das Vorliegen eines Konditionalverhältnisses

a) Ausdrückliche Vereinbarung

Haben die Parteien ausdrücklich eine Bedingung vereinbart, so kann ein

³⁴⁶ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß das Vorversterben des Verzichtenden einen bereits geschlossenen Erbverzichtsvertrag nicht hinfällig macht. Hierbei handelt es sich um ein vom Erblasser zu tragendes Risiko, das den Erbverzicht zusammen mit weiteren Faktoren zu einem aleatorischen Rechtsgeschäft macht. Vgl. Erman/Schlüter, §2346, Rn.6; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.190; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.171; Strohal, Erbrecht, S.289

Konditionalverhältnis -soweit es zulässig ist- unproblematisch bejaht werden.

Allerdings setzt eine wirksame³⁴⁷ ausdrückliche Vereinbarung eines bedingten Erbverzichts voraus, daß die Bedingtheit des Erbverzichts in dem gemäß § 2348 BGB notariell zu beurkundenden Erbverzichtsvertrag geregelt ist³⁴⁸.

b) Stillschweigende Vereinbarung

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung eines Konditionalverhältnisses vorliegt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Bedingungszusammenhang bejaht werden kann.

Da diese Frage im Hinblick auf den Erbverzicht³⁴⁹ kontrovers beantwortet wird, soll hierauf im folgenden näher eingegangen werden.

aa) Andeutung des Bedingungszusammenhangs im Erbverzichtsvertrag

Die Vereinbarung einer Bedingung wird bei Entgeltlichkeit des Erbverzichts nicht einfach vermutet³⁵⁰. Vielmehr ist bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung im Wege der Auslegung unter Heranziehung der §§ 133, 157, 242 BGB zu ermitteln, ob ein Bedingungszusammenhang vereinbart ist oder nicht³⁵¹. Das durch die Auslegung gewonnene Ergebnis muß jedoch nach der für die Auslegung formgebundener Erklärungen entwickelten Andeutungstheorie³⁵² in der formgemäßen Erklärung "irgendwie enthalten" oder "angedeutet" sein. Folglich kann ein Bedingungs-

³⁴⁷ Für die Wirksamkeit ist es unerheblich, ob sich der Verzichtende bereits im Abfindungsvertrag zu einer bedingten Erbverzichtserklärung verpflichtet hat oder nicht. Hat er dies jedoch nicht getan und macht er dennoch den Erbverzicht von einer Bedingung abhängig, so liegt hierin keine Erfüllung der aus dem Abfindungsvertrag resultierenden Pflicht. Wegen der möglichen Verzugsfolgen tut man also gut daran, sich bereits auf schuldrechtlicher Ebene nur zu einem bedingten Erbverzicht zu verpflichten. Entsprechendes gilt für den Fall einer bedingten Abfindungsleistung.

³⁴⁸ Das gesamte Rechtsgeschäft einschließlich der Nebenabreden unterliegt dem Formzwang. Vgl. OLG Celle NdsRpfl 49, S.119 (121); Jauernig/Jauernig, §125, Rn.7; Palandt/Heinrichs, §125, Rn.7

³⁴⁹ Soweit die Abfindungsleistung bedingungsfreundlich ist, gelten für eine stillschweigende Bedingungsvereinbarung dieselben Anforderungen wie für sonstige stillschweigende Vereinbarungen. Es handelt sich hierbei letztlich um ein Problem der Beweislast. Lediglich im Fall der *condicio in praesens vel praeteritum collata* gelten die unter B. V. 2. a) bb) (2) dargestellten Voraussetzungen.

³⁵⁰ Siehe Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.26; AK/Teubner, §2346, Rn.33; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.154; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Keim, Zuwendungsausgleich, S.94

³⁵¹ Vgl. BayOblG NJW-RR 1995, S.648 = ZEV 1995, S.228; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.154; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Keim, Zuwendungsausgleich, S.94

³⁵² Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §28 VI 1; Häsemeyer, Die gesetzliche Form, S.125

zusammenhang nur dann angenommen werden, wenn der beiderseitige Wille der Parteien, eine Bedingung zu vereinbaren, im Erbverzichtsvertrag einen -wenn auch unvollkommenen- Ausdruck gefunden hat³⁵³.

Umstritten ist, ob Formulierungen wie "als Abfindung für" oder "als Ersatz für Erbensprüche" genügen. Teilweise wird diesen Formulierungen nur der Hinweis auf das Kausalgeschäft und nicht ein Anhaltspunkt für ein Konditionalverhältnis entnommen³⁵⁴. Dem ist entgegenzuhalten, daß an die "Andeutung" im notariell beurkundeten Vertrag keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Es muß vielmehr genügen, daß "Anhaltspunkte gegeben sind, die auf die Richtigkeit des Behaupteten schließen lassen"³⁵⁵. Aus diesem Grund müssen Formulierungen im oben genannten Sinn für die Bejahung eines Bedingungszusammenhangs als ausreichend angesehen werden können³⁵⁶.

Soweit im Wege der Auslegung die Vereinbarung einer Bedingung bejaht werden kann, dürfte eher die Leistung der Abfindung als Bedingung in Betracht kommen als die Wirksamkeit des Abfindungsvertrages, da es dem Verzichtenden vor allem auf den Erhalt der Gegenleistung ankommen dürfte³⁵⁷.

bb) Zusammenfassung von Erbverzichts- und Abfindungsvertrag in einer Urkunde

Ob allein die äußere Zusammenfassung von Erbverzichts- und Abfindungsvertrag in einer Urkunde genügt, um ein Konditionalverhältnis annehmen zu können, ist umstritten.

Damrau³⁵⁸ lehnt dies mit der Begründung ab, daß die bloße Zusammenfassung in derselben Urkunde meist nur der Beweissicherung diene. Aber selbst wenn dies nicht zutreffen sollte, kann in der rein äußerlichen Zusammenfassung in einer Urkunde

³⁵³ Vgl. BayOblG NJW-RR 1995, S.648 (649) = ZEV 1995, S.228; OLG Celle NdsRpfl 49, S.119 (121); Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.12; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.154; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.5; Soergel/ Damrau, §2346, Rn.4 u. §2348, Rn.6; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.26; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Fn.72; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Ebenroth, BB 1989, S.2049 (2053); Damrau, Erbverzicht, S.93f; Lange, FS Nottarp, S.119 (124)

³⁵⁴ So AK/Teubner, §2346, Rn.33; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.154; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169)

³⁵⁵ OLG Celle NdsRpfl 49, S.119 (121f)

³⁵⁶ Vgl. Soergel/Damrau, §2346, Rn.4; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.26; Damrau, Erbverzicht, S.94

³⁵⁷ Siehe Staudinger/Schotten, §2346, Rn.154; Holthaus, Leistungsstörungen, S.69

³⁵⁸ Damrau, Erbverzicht, S.95

kein für sich ausreichender Anhaltspunkt für einen Bedingungszusammenhang gesehen werden. Die äußere Verbindung von Erbverzichts- und Abfindungsvertrag kann z.B. auch allein aus Praktikabilitäts- oder Kostengründen³⁵⁹ erfolgt sein. Aus diesem Grund kann auch nicht der Auffassung von Holthaus³⁶⁰ gefolgt werden, welcher im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zur Bejahung einer Bedingung kommt. Angesichts der verschiedenen Gründe, die die Zusammenfassung in einer Urkunde veranlaßt haben können, kann nicht ohne weiteres von einer regelungsbedürftigen Lücke ausgegangen werden, die durch die Annahme eines Bedingungszusammenhangs zu schließen ist.

Folglich liegt zwar bei äußerlicher Zusammenfassung der beiden Verträge die Annahme einer Bedingung nahe, doch müssen zur Bejahung noch weitere -wenn auch nur geringfügige- Anhaltspunkte hinzutreten³⁶¹.

cc) Nichtigkeit des Abfindungsvertrages bei wirksamen Erbverzicht

Insbesondere für den Fall, daß der Abfindungsvertrag nichtig und der bereits geleistete Erbverzicht wirksam ist, wurde früher vielfach die Auffassung vertreten, daß der Erbverzicht auch ohne nähere Hinweise durch die Wirksamkeit des Abfindungsvertrages als stillschweigend bedingt angesehen werden könne³⁶². Angesichts der Tatsache, daß der Erbverzicht gemäß § 2348 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, kann dieser Auffassung jedoch nicht gefolgt werden³⁶³. Nur bei Andeutung einer Bedingung im Erbverzichtsvertrag ist dem Formerfordernis des § 2348 BGB genüge getan. Eine stillschweigende Bedingung ohne Andeutung im Vertrag wäre wegen Formverstoßes gemäß § 125 BGB nichtig und würde über § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Erbverzichtsvertrages führen. Hinzu kommt, daß das Abstraktionsprinzip bei einer generellen Bejahung eines Bedingungszusammenhangs zwischen Erbverzicht und Wirksamkeit des Abfindungsvertrages in unzulässiger

³⁵⁹ Vgl. §§ 141,44 Abs.1 KostO

³⁶⁰ Holthaus, Leistungsstörungen, S.69ff

³⁶¹ Vgl. BayObIG NJW-RR 1995, S.648 (649) = ZEV 1995, S.228; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.154; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.26; Soergel/Damrau, §2346, Rn.4; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (169); Damrau, NJW 1984, S.1163 (1164); ders., Erbverzicht, S.95; a.A.: Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.3; Schlüter, Erbrecht, S.161; Faßbender, MittRhNotK 1962, S.619; Kuchinke, NJW 1983, S.2358 (2360); Lange, FS Nottarp, S.119 (124)

³⁶² Siehe Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, vor §2346, Anm.4; Crome, Erbrecht, S.177; Dernburg, Erbrecht, S.288; Walsmann, Der Verzicht, S.298;

³⁶³ Im Ergebnis derselben Ansicht sind: Leonhard, Erbrecht, §2346, Anm. IV B 1; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.46ff, insbes. S.52; Larenz, JherJb. 81, S.1 (16) sowie die in Fn.353 Genannten

Weise mißachtet würde³⁶⁴. Diese Gründe stehen auch einer ergänzenden Vertragsauslegung desselben Inhalts entgegen³⁶⁵. Die Annahme einer Bedingung ohne konkreten Anhalt würde auf eine unzulässige Willensfiktion³⁶⁶ hinauslaufen und ist deshalb abzulehnen.

VI. Geschäftseinheit gemäß § 139 BGB

Der Erbverzicht und/oder die Leistung der Abfindung können möglicherweise zusammen mit dem Abfindungsvertrag ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. §139 BGB bilden. Der Umstand, daß diese Rechtsgeschäfte wirtschaftlich zusammengehören, legt dies Möglichkeit zumindest nahe.

1. Einheitliches Rechtsgeschäft

a) Begriff

§ 139 BGB setzt voraus, daß es sich um ein einziges Rechtsgeschäft handelt. Jedoch können grundsätzlich mehrere Rechtsgeschäfte unterschiedlichen Typs ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden³⁶⁷. Lediglich vollkommen selbständig nebeneinander stehende Rechtsgeschäfte scheiden aus³⁶⁸. Somit ist ein einheitliches Rechtsgeschäft von Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung und Abfindungsvertrag nicht von vornherein deswegen ausgeschlossen, weil es sich um verschiedene Rechtsgeschäfte handelt.

b) Einheitlichkeitswille als Kriterium

Ob mehrere Rechtsgeschäfte, die möglicherweise unterschiedlichen juristischen Geschäftstypen angehören, ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB bilden,

³⁶⁴ Siehe B. V. 2. a) bb) (2)

³⁶⁵ Im Ergebnis ebenso: Medicus, BGB AT, §20 II 5 b); Enneccerus/Nipperdey, BGB AT, Bd.1, 2.Halbband, S.1078; Larenz, JherJb. 81, S.1 (16); Holthaus, Leistungsstörungen, S.71 ff; a.A.: von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.539f; Woesch, Erbverzicht, S.25f

³⁶⁶ Ähnlich Medicus, BGB AT, §20 II 5 b); Damrau, NJW 1984, S.1163 (1164); Larenz, JherJb. 81, S.1 (16), welcher kritisiert, daß nicht im Wege der Auslegung das zu erreichen gesucht werden könnte, was nur durch die Auffindung einer ergänzenden Rechtsnorm erreicht werden könne. Ihm folgend: Holthaus, Leistungsstörungen, S.72

³⁶⁷ Vgl. RGZ 79, 434 (436); Jauernig/Jauernig, §139, Rn.3; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; AK/Damm, §139, Rn.11; Staudinger/Roth, §139, Rn.42

³⁶⁸ Siehe Staudinger/Roth, §139, Rn.36; MünchKomm/Mayer-Maly, §139, Rn.11

richtet sich nach dem Willen der Parteien. Maßgeblich ist der Einheitlichkeitswille³⁶⁹ der Parteien zum Zeitpunkt des Geschäftsschlusses. Der Wille der Parteien ist unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten und ihres erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln³⁷⁰. Ergibt sich, daß die mehreren Geschäftsakte miteinander "stehen und fallen"³⁷¹ sollen, daß das eine Rechtsgeschäft nicht ohne das andere gewollt ist, so ist der Einheitlichkeitswille zu bejahen.

c) Indizfunktion der äußeren Umstände

Nur in den seltensten Fällen werden die Parteien ihren Willen, die verschiedenen Rechtsgeschäfte zu einer Geschäftseinheit zu verbinden, ausdrücklich erklären. Fehlt es an einer ausdrücklichen Erklärung, so muß der Wille der Parteien unter Heranziehung objektiver Kriterien ermittelt werden³⁷². Hierbei handelt es sich entgegen Holthaus³⁷³ jedoch nicht um eine ergänzende Vertragsauslegung. Denn es geht nicht darum, einen hypothetischen Parteiwillen (Was hätten sie gewollt?) zur Schließung einer regelungsbedürftigen Lücke zu ermitteln. Es soll vielmehr anhand äußerer Umstände im Wege der Auslegung geklärt werden, ob die Parteien tatsächlich einen Einheitlichkeitswillen hatten oder nicht³⁷⁴. Sollten sich die Parteien allerdings überhaupt keine Gedanken gemacht haben, dann kommt es auf den objektiven Sinngehalt³⁷⁵ des Rechtsgeschäfts an. Dabei spielt es keine Rolle, ob man an der Maßgeblichkeit des Parteiwillens festhält und die objektive Interessenlage im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung berücksichtigt³⁷⁶ oder den objektiven Sinngehalt statt

³⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1969, S.1128 (1129); Staudinger/Roth, §139, Rn.37; Jauernig/Jauernig, §139, Rn.3; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.29; Erman/Palm, §139, Rn.20; Brox, BGB AT, §15 I 1 a); Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.34; Eisenhardt, JZ 1991, S.271 (273f); a.A.: MünchKomm/Mayer-Maly, §139, Rn.12, wonach immer auf den objektiven Sinnzusammenhang abgestellt werden sollte. Ebenso wohl Westermann, Sachenrecht, §4 IV 3

³⁷⁰ Vgl. Jauernig/Jauernig, §139, Rn.3; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; Staudinger/Roth, §139, Rn.39

³⁷¹ Vgl. BGHZ 112, 288 (293); BGHZ 50, 8 (13); Staudinger/Roth, §139, Rn.38; Jauernig/Jauernig, §139, Rn.3; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.29; Erman/Palm, §139, Rn.21; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.34; Eisenhardt, JZ 1991, S.271 (273) m.w.N.

³⁷² Vgl. RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.30; Staudinger/Roth, §139, Rn.39; AK/Damm, §139, Rn.10; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.34

³⁷³ Holthaus, Leistungsstörungen, S.76f

³⁷⁴ Vgl. RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.30; Staudinger/Roth, §139, Rn.39; AK/Damm, §139, Rn.10; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.34

³⁷⁵ Vgl. Staudinger/Roth, §139, Rn.38

³⁷⁶ So Holthaus, Leistungsstörungen, S.76

des (fehlenden) Einheitlichkeitswillens als maßgebliches Kriterium³⁷⁷ ansieht. Das Ergebnis ist dasselbe, nämlich Feststellung oder Ablehnung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts.

Der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den Rechtsgeschäften kann ebenso wie die Einheit des Zustandekommens ein wichtiges Indiz für einen vorhandenen Einheitlichkeitswillen sein³⁷⁸. Sind die Rechtsgeschäfte in einer Urkunde zusammengefaßt, so genügt zwar auch dies nicht zur Annahme einer Geschäftseinheit, doch spricht eine "tatsächliche Vermutung" für einen Einheitlichkeitswillen³⁷⁹. Hieraus folgt, daß bei einheitlicher Beurkundung von Erbverzichts- und Abfindungsvertrag der Beweis des ersten Anscheins³⁸⁰ für einen Einheitlichkeitswillen spricht. Umgekehrt spricht bei äußerlich getrennter Vereinbarung eine tatsächliche Vermutung gegen ein einheitliches Rechtsgeschäft³⁸¹.

2. Das Abstraktionsprinzip als mögliches Hindernis

a) Das Problem

Einer Geschäftseinheit von Erbverzichtsvertrag und/oder Abfindungsleistung einerseits und Abfindungsvertrag andererseits könnte das Abstraktionsprinzip³⁸² entgegenstehen. Die Bejahung der Möglichkeit eines einheitlichen Rechtsgeschäfts von Grund- und Erfüllungsgeschäft hätte zur Folge, daß die nach dem Abstraktionsprinzip geltende Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft über § 139 BGB faktisch aufgehoben wäre. Die Nichtigkeit des einen Rechtsgeschäfts würde im Zweifel auch zur Nichtigkeit des anderen führen.

Somit stellt sich die Frage³⁸³, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft und damit von

³⁷⁷ So Staudinger/Roth, §139, Rn.37

³⁷⁸ Vgl. BGH NJW 1967, S.1128 (1129); Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; Erman/Palm, §139, Rn.21; RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.29; MünchKomm/Mayer-Maly, §139, Rn.15; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.34

³⁷⁹ Siehe BGHZ 54, 71 (72); Jauernig/Jauernig, §139, Rn.3; Staudinger/Roth, §139, Rn.40; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.29; Erman/Palm, §139, Rn.21

³⁸⁰ Vgl. Jauernig/Jauernig, §139, Rn.3; Staudinger/Roth, §139, Rn.40; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.5; Holthaus, Leistungsstörungen, S.76

³⁸¹ Vgl. BGHZ 104, 18 (22); RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.33; Erman/Palm, §139, Rn.21; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.34

³⁸² Siehe B. V. 2. a) bb) (1)

³⁸³ Hinsichtlich der parallelen Problematik bezüglich der Zulässigkeit eines entsprechenden

Erbverzicht/ Abfindungsleistung und Abfindungsvertrag zu bejahen ist.

b) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

aa) Anerkennung der Möglichkeit einer Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft

Von einem nicht unbeachtlichen Teil der Literatur³⁸⁴ wird eine Verbindung von Grund- und Erfüllungsgeschäft -und damit von Abfindungsvertrag und Erbverzicht/ Abfindungsleistung- zur Geschäftseinheit trotz des Abstraktionsprinzips grundsätzlich für zulässig erachtet.

Nach der Rechtsprechung der Obergerichte³⁸⁵ ist -soweit ersichtlich- ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungsgeschäft ebenfalls nicht gänzlich abzulehnen. Vielmehr hat der BGH³⁸⁶ ausdrücklich festgestellt, daß das Abstraktionsprinzip nicht so formal sei, daß es nicht im Einzelfall von den Parteien abgeändert und durchbrochen werden könne. So könne das dingliche Erfüllungsgeschäft kraft Parteivereinbarung etwa durch die Verbindung beider Geschäfte zu einer rechtlichen Einheit im Sinne von § 139 BGB in seinem Bestand von der rechtlichen Wirksamkeit des Schuldgrundes abhängig gemacht werden³⁸⁷.

Eisenhardt³⁸⁸ kommt zu dem Schluß, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung dem Abstraktionsprinzip keinen Vorrang vor dem Parteiwillen, vor der Privatautonomie

Konditionalverhältnisses wird auf B. V. 2. a) bb) verwiesen.

³⁸⁴ Vgl. Palandt/Heinrichs, §139, Rn.7; Palandt/Edenhofer, §2346, Rn.13; RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.36; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.5; Staudinger/Wiegand, §929, Rn.27; Soergel/Damrau, §2346, Rn.5; AK/Damm, §139, Rn.12; AK/Teubner, vor §2346, Rn.34; MünchKomm/Mayer-Maly, §139, Rn.16; Kropholler/Berenbrok, §139, Rn.2; Westermann, Sachenrecht, §4 IV 3; Brox, Erbrecht, §22 IV; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.365; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.535; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Esch/Schulze zur Wiesche, Vermögensnachfolge, S.232; Keim, Zuwendungsausgleich, S.100; Damrau, Erbverzicht, S.98; Kaempfer, Erbverzicht, in: Lange, Erbschaft, S.12 (13); Klinke, Genetisches Synallagma, S.85f; H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (521); Eisenhardt, JZ 1971, S.271 (276); Atzli, Erbverzicht, S.6, 19 u. 25; Woesch, Erbverzicht, S.21 u. 22; Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, welcher jedoch die Problematik des Abstraktionsprinzips verkennt. Für eine zumindest analoge Anwendbarkeit des § 139 BGB sind MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.27; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 VI b); Haegele, BWNZ 1971, S.36

³⁸⁵ Siehe hierzu die Zusammenstellung bei Eisenhardt, JZ 1991, S.271 (276)

³⁸⁶ BGH, Urt. v. 2.2.1967 - II ZR 193/64, NJW 1967, S.1128 (1130)

³⁸⁷ Der BGH hat in dieser Entscheidung (NJW 1967, S.1128 (1130)) die Möglichkeit einer Geschäftseinheit von Erbschafts Kauf und dinglich wirkender Übertragung eines Miterbenanteils anerkannt.

³⁸⁸ Eisenhardt, JZ 1991, S.271 (276 u. 277); hiergegen wendet sich MünchKomm/Mayer-Maly, §139, Rn.16, mit der Kritik, daß Eisenhardts Ansicht des fehlenden Vorrangs des Abstraktionsprinzips in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden könne. Im Ergebnis wird § 139 BGB jedoch

einräume und auch der gesetzlichen Regelung kein entsprechender Vorrang zu entnehmen sei. Somit könnten die Parteien grundsätzlich Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu einer Einheit zusammenfassen.

Heinrichs³⁸⁹ räumt dem Parteiwillen³⁹⁰ ebenfalls den Vorrang ein. Er stellt aber zusätzlich darauf ab, daß selbst diejenigen, die ein einheitliches Rechtsgeschäft ablehnen, eine konditionale Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft zulassen.

Die Folgerung von der Zulässigkeit eines Bedingungszusammenhangs von Grund- und Erfüllungsgeschäft auf die Zulässigkeit eines einheitlichen Rechtsgeschäfts treffen auch Klinke³⁹¹, Damrau³⁹² und Keim³⁹³.

Ein einheitliches Rechtsgeschäft soll jedoch nicht uneingeschränkt möglich sein. So soll in den Fällen, in denen eine Bedingung unzulässig ist, auch eine Geschäftseinheit i.S.v. §139 BGB unzulässig sein³⁹⁴. Ob allein die Zusammenfassung von Grund- und Erfüllungsgeschäft in einer Urkunde für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ausreicht, ist umstritten³⁹⁵. Fest steht aber, daß § 139 BGB -wenn überhaupt- nur bei Unwirksamkeit des Grund- oder Erfüllungsgeschäfts einschlägig sein kann, nicht aber bei bloßer Nichterfüllung des Verpflichtungsgeschäfts, d.h. des Abfindungsvertrages³⁹⁶.

auch für anwendbar gehalten.

³⁸⁹ Palandt/Heinrichs, §139, Rn.7

³⁹⁰ Auf den Parteiwillen stellt auch Woesch, Erbverzicht, S.22 ab.

³⁹¹ Klinke, Genetisches Symallagma, S.85f

³⁹² Damrau, Erbverzicht, S.98

³⁹³ Keim, Zuwendungsausgleich, S.100ff

³⁹⁴ Vgl. BGH NJW 1985, S.3006 (3007); RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, §139, Rn.36; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.8; Westermann, Sachenrecht, §4 IV 3; Eisenhardt, JZ 1991, S.271 (277)

³⁹⁵ Siehe hierzu bereits B. VI. 1. c) . Bezogen auf die Frage einer Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft bzw. Abfindungsvertrag und Erbverzicht/Abfindungsleistung:
Bejahend: RGRK/Johannsen, §2346, Rn.5; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.27, der allerdings nur von einer tatsächlichen Vermutung für die Einheitlichkeit spricht; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3 Rn.365; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.884; Esch/Schulze zur Wiesche, Vermögensnachfolge, S.232; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 VI b)
Ablehnend: Soergel/Damrau, §2348, Rn.6; Palandt/Heinrichs, §139, Rn.8; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.13; Westermann, Sachenrecht, §4 IV 3; Damrau, Erbverzicht, S.99, Fn.27; Keim, Zuwendungsausgleich, S.102

³⁹⁶ Siehe OLG Celle NdsRpfl 49, S.121; AK/Teubner, vor §2346, Rn.34; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.13; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.27; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.365; H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (521); Keim, Zuwendungsausgleich, S.102f; Atzli, Erbverzicht, S.25

bb) Ablehnung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts

Ein beachtlicher Teil der Literatur³⁹⁷ hält ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungsgeschäft für gänzlich ausgeschlossen, da ansonsten das geltende Abstraktionsprinzip unterlaufen werden würde.

So ist Flume³⁹⁸ der Auffassung, daß das Abstraktionsprinzip, dessen unabdingbare Geltung ein entscheidendes Strukturelement der Regelung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs in unserer Rechtsordnung sei, bei Anwendbarkeit des § 139 BGB auf Grund- und Erfüllungsgeschäft negiert würde.

Pierer von Esch³⁹⁹ kritisiert, daß nicht von der Zulässigkeit einer konditionalen Verknüpfung auf die Zulässigkeit einer Geschäftseinheit geschlossen werden könne. Hierbei werde außer acht gelassen, daß es sich um völlig unterschiedliche rechtliche Konstruktionen handle. So werde eine Bedingung durch eine Willenserklärung eingeführt, wenn die Parteien über einen Umstand im Ungewissen seien, während die Zusammenfassung zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft weitgehend nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolge, ohne daß sie den Parteien bewußt werde. Damit wäre eine Geschäftseinheit Regel-, die Bedingung hingegen nur Ausnahmefall.

Holthaus⁴⁰⁰ vertritt die Auffassung, daß § 139 BGB nach der Systematik des BGB und der darin verkörperten Entscheidung des Gesetzgebers nicht geeignet sei, Grund- und Erfüllungsgeschäft zu einer Geschäftseinheit zu verknüpfen, bei der die Nichtigkeit des einen Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des anderen nach sich ziehe. Das Abstraktionsprinzip sei eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Verkehrsschutzes. Zweiterwerber und Gläubiger des Ersterwerbers sollten geschützt werden. Folglich sei eine Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft abzulehnen, und zwar auch bei ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien, denn die Frage, ob das Abstraktionsprinzip aufgrund der Privatautonomie unterlaufen werden

³⁹⁷ Vgl. Jauernig/Jauernig, § 139, Rn.4; Staudinger/Roth, § 139, Rn.54; Staudinger/Schotten, § 2346, Rn.151; Soergel/Hefermehl, § 139, Rn.20; Erman/Palm, § 139, Rn.23; Flume, BGB AT, Bd.2, § 12 I III 4 u. § 32 2 a); Larenz/Wolf, BGB AT, § 45 I 1 c); Brox, BGB AT, § 5 III 4 b); Baur/Stürner, Sachenrecht, § 5 IV 3 c); Schlüter, JuS 1969, S.10(11ff); Holthaus, Leistungsstörungen, S.79ff; Stürzebecher, Entgeltlicher Erbvertrag, S.118ff; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.48ff; Larenz, JherJb. 81, S.1 (15); Edenfeld ZEV 1997, S.134 (139f); Schotten, DNotZ 1998, S.161 (167); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Goldmann, Gruchot 56, S.161 (172f)

³⁹⁸ Flume, BGB AT, Bd.2, § 12 III 4

³⁹⁹ Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.49

⁴⁰⁰ Holthaus, Leistungsstörungen, S.79ff

könne oder nicht, sei prinzipiell zu beantworten. Inwieweit der Parteiwille artikuliert sei oder nicht, könne nicht entscheidend sein.

cc) **Stellungnahme**

Der eine Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft ablehnenden Ansicht ist insoweit zu folgen, als das Abstraktionsprinzip ein -wenn auch nicht unumstrittenes- Prinzip unserer Rechtsordnung ist, das es zu beachten gilt. Jedoch haben sich die Beurteilungsmaßstäbe seit Erlass des BGB verändert⁴⁰¹. Das Abstraktionsprinzip ist für den Verkehrsschutz nur von untergeordneter Bedeutung. Zum einen dient der weitgehende Gutgläubensschutz des BGB den Verkehrsschutzinteressen und zum anderen wird der Grundsatz der Publizität vielfach durchbrochen⁴⁰². So kommt es, daß das Abstraktionsprinzip sogar als "rechtspolitisch schwach begründet"⁴⁰³ bezeichnet wird.

Dennoch kann das Abstraktionsprinzip als geltendes Prinzip nicht außer acht gelassen werden. Das heißt jedoch nicht, daß Durchbrechungen gänzlich ausgeschlossen sind. So wird die konditionale Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft⁴⁰⁴ unter bestimmten Voraussetzungen sogar von denjenigen⁴⁰⁵ als zulässig erachtet, die die Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschließen. Hierdurch wird das Abstraktionsprinzip aber keinesfalls negiert. Die Zulässigkeit eines Bedingungs Zusammenhangs unter bestimmten Voraussetzungen korrespondiert mit dem insoweit zwischen dem Abstraktionsprinzip und dem Grundsatz der Privatautonomie bestehenden Spannungsverhältnis. Wenn aber eine konditionale Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft möglich ist, dann muß grundsätzlich auch § 139 BGB anwendbar sein. Entgegen Pierer von Esch⁴⁰⁶ handelt es sich bei der Bedingung und einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB durchaus um vergleichbare Rechtsinstitute⁴⁰⁷. In beiden Fällen – nicht nur im Fall der Bedingung - ist der

⁴⁰¹ Siehe Staudinger/Wiegand, §929, Rn.27

⁴⁰² Vgl. Staudinger/Wiegand, §929, Rn.27

⁴⁰³ So Westermann, Sachenrecht, §4 IV 3

⁴⁰⁴ Siehe B. V. 2. a) bb)

⁴⁰⁵ So z.B. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.153f; Flume, BGB AT, Bd.2, §12 III 4; Larenz/Wolf, BGB AT, §45 I 1 c); Holthaus, Leistungsstörungen, S.63ff; Stürzebecher, Entgeltlicher Erbvertrag, S.120

⁴⁰⁶ Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 49

⁴⁰⁷ Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.100ff; Klinke, Genetisches Synallagma, S.85

Parteiwille⁴⁰⁸ das maßgebliche Kriterium. In beiden Fällen ist der Parteiwille darauf gerichtet, Grund- und Erfüllungsgeschäft in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängig zu machen, sei es durch eine Bedingung, sei es durch eine Geschäftseinheit i.S.v. § 139 BGB. Wenn nun aus der Zulässigkeit eines Bedingungs Zusammenhangs auf die Anwendbarkeit des § 139 BGB geschlossen werden kann, so folgt hieraus, daß ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungsgeschäft jedoch nicht in größerem Umfang zulässig sein kann als eine Bedingung⁴⁰⁹. Damit ist aber das Argument Pierer von Eschs⁴¹⁰, daß die Geschäftseinheit im Gegensatz zur Bedingung Regelfall sei, hinfällig.

Die Anwendbarkeit des § 139 BGB ist entgegen Holthaus⁴¹¹ auch nicht durch die Systematik des Gesetzes ausgeschlossen. § 139 BGB befindet sich im Allgemeinen Teil des BGB, im Abschnitt Rechtsgeschäfte. Aus dieser Stellung im Gesetz folgt, daß § 139 BGB grundsätzlich auf alle Typen von Rechtsgeschäften Anwendung finden kann. Wie Holthaus zu der Auffassung gelangen konnte, daß die Systematik des Gesetzes eine Anwendbarkeit des § 139 BGB ausschließe, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist die systematische Stellung des § 139 BGB dieselbe wie die der Bedingung (§§158ff BGB). Die Möglichkeit eines Bedingungs Zusammenhangs erkennt Holthaus aber an⁴¹², ohne auch nur mit einem Wort auf die Gesetzssystematik einzugehen. Holthaus widerspricht sich auch, wenn er § 139 BGB selbst bei ausdrücklicher Vereinbarung mit dem Argument ausschließt, daß die Frage, ob das Abstraktionsprinzip aufgrund der Privatautonomie unterlaufen werden dürfe, prinzipiell beantwortet werden müsse⁴¹³. Dann nämlich hätte Holthaus konsequenterweise die Frage nach der Zulässigkeit einer Bedingung und eines einheitlichen Rechtsgeschäfts einheitlich beantworten müssen.

Diese Argumente, die gegen eine Anwendbarkeit des § 139 BGB vorgebracht werden, sind folglich nicht überzeugend. Ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungsgeschäft ist grundsätzlich möglich. Der Abfindungsvertrag kann kraft Parteiwillens mit dem Erbverzicht und/oder der Abfindungsleistung -abgesehen von

⁴⁰⁸ Hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Einheitlichkeitswillens wird auf B. VI. 1. b) verwiesen.

⁴⁰⁹ So ist im Fall einer Bedingungsfeindlichkeit auch ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungsgeschäft ausgeschlossen.

⁴¹⁰ Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.49

⁴¹¹ Holthaus, Leistungsstörungen, S.79

⁴¹² Holthaus, Leistungsstörungen, S.63ff

⁴¹³ Siehe Holthaus, Leistungsstörungen, S.82

den Fällen einer Bedingungsfeindlichkeit⁴¹⁴ - zu einer Geschäftseinheit verbunden werden. Angesichts der Formbedürftigkeit von Abfindungs- und Erbverzichtsvertrag sowie der Vergleichbarkeit einer Geschäftseinheit mit einer Bedingung, ist ein einheitliches Rechtsgeschäft jedoch nur dann zu bejahen, wenn ein entsprechender Parteiwille erkennbar⁴¹⁵ geäußert wurde. Es müssen konkrete Anhaltspunkte⁴¹⁶ im Vertrag vorliegen, die auf einen Einheitlichkeitswillen schließen lassen, wobei die bloße äußere Zusammenfassung der Rechtsgeschäfte (in einer Urkunde) allein nicht genügt⁴¹⁷. Ist ein auf Geschäftseinheit gerichteter Parteiwille nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht, so kann ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungsgeschäft auch nicht mit der bloßen objektiven Interessenlage begründet werden. In diesem Fall bleibt es bei der rechtlichen Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft. Auf diese Weise wird ein sachgerechter Ausgleich zwischen dem Abstraktionsprinzip und dem Grundsatz der Privatautonomie erzielt, durch den das Abstraktionsprinzip weder unterlaufen noch ausgehöhlt wird.

3. Rechtsfolgen

a) Gesamtnichtigkeit als Regelfall

In den Fällen, in denen die Voraussetzungen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts von Abfindungsvertrag und Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung gegeben sind, führt die Nichtigkeit des Grundgeschäfts gemäß § 139 BGB zur Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts und umgekehrt die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Nichtigkeit des Grundgeschäfts. Ist der Einheitlichkeitswille der Parteien zu bejahen, wird nicht anzunehmen sein, daß das eine Rechtsgeschäft ohne das nichtige Rechtsgeschäft vorgenommen worden wäre. Mithin führt bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft von Abfindungsvertrag und Erbverzichtsvertrag/Abfindungsleistung die Nichtigkeit nur eines Rechtsgeschäfts regelmäßig zur Gesamtnichtigkeit aller zur Geschäftseinheit verbundenen Rechtsgeschäfte .

⁴¹⁴ Wenn die Abfindungsleistung in einer Grundstücksübertragung besteht, ist ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB wegen § 925 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

⁴¹⁵ Damrau, Erbverzicht, S.98 verlangt sogar einen ausdrücklich erklärten Parteiwillen.

⁴¹⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs, §139, Rn.8; Medicus, BGB AT, §20 II 5 c)

⁴¹⁷ Vgl. B. VI. 1. c) und 2 b) aa).

Dies folgt auch bereits daraus, daß ein einheitliches Rechtsgeschäft von Grund- und Erfüllungs-

b) Keine Umdeutung in einen Bedingungszusammenhang

Sind die Voraussetzungen, die die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts von Abfindungsvertrag und Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung rechtfertigen würden, nicht erfüllt, so bleibt es bei der rechtlichen Selbständigkeit dieser Rechtsgeschäfte. Eine Umdeutung in einen Bedingungszusammenhang von Grund- und Erfüllungsgeschäft gemäß § 140 BGB scheidet aus. § 140 BGB setzt voraus, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Anforderungen des Ersatzgeschäfts entspricht. Da aber die Anforderungen an eine Geschäftseinheit denen einer konditionalen Verknüpfung von Grund- und Erfüllungsgeschäft im Hinblick auf die Erkennbarkeit eines entsprechenden Parteiwillens nach der hier vertretenen Ansicht entsprechen, d.h. eine Geschäftseinheit nicht in weiterem Umfang zulässig sein kann als eine Bedingung, ist kein Fall denkbar, in dem die Voraussetzungen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts zu verneinen, diejenigen eines Bedingungszusammenhangs aber zu bejahen wären.

Holthaus⁴¹⁸ und Schotten⁴¹⁹ befürworten beide eine Umdeutung einer ausdrücklichen und ihrer Ansicht nach dennoch unwirksamen Vereinbarung einer Geschäftseinheit i.S.v. § 139 BGB in einen Bedingungszusammenhang. Dies ist ihrer Auffassung folgend deswegen möglich, weil sie die Möglichkeit eines einheitlichen Rechtsgeschäfts von Grund- und Erfüllungsgeschäft gänzlich ausschließen. Gerade hier liegt meines Erachtens jedoch die Inkonsequenz dieser Auffassung. Im Wege der Umdeutung gelangen sie eben doch wieder zu einer rechtlichen Verknüpfung von Abfindungsvertrag und Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung, die ihrer Ansicht nach einer Anwendbarkeit des § 139 BGB wegen Verstoßes gegen das Abstraktionsprinzip gerade entgegenstehe.

VII. Kausale Verknüpfung mittels Zweckbestimmung

Fehlt es an einem Abfindungsvertrag als causa und besteht auch keine rechtliche Verknüpfung über § 158 BGB bzw. § 139 BGB oder verfolgen der Erblasser oder der potentiell Erbberechtigte einen über den Erhalt der Gegenleistung hinausgehenden Zweck, so ist an eine kausale Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindungsleistung

geschäft nicht in weiterem Maß zulässig sein kann als eine Bedingung. Vgl. hierzu B. V. 4. b) bb)

⁴¹⁸ Holthaus, Leistungsstörungen, S.83

⁴¹⁹ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.152

im Wege einer Zweckvereinbarung i.S.v. § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB (condictio ob rem) zu denken⁴²⁰.

1. Zweckbestimmung im Sinne der condictio ob rem

a) Begriff

§ 812 Abs.1 S.1, 2.Alt BGB setzt voraus, daß der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Das Gesetz verlangt also eine Einigung der Beteiligten über den Erfolg⁴²¹, eben eine Zweckbestimmung bzw. Zweckvereinbarung. Hierunter versteht man eine tatsächliche Willenseinigung⁴²² zwischen Leistendem und Empfänger über den verfolgten Zweck. Damit ist zwar keine vertragliche Bindung der Beteiligten gemeint, jedoch genügt eine nur einseitige Erwartung des Leistenden nicht⁴²³.

Diese tatsächliche Willenseinigung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Sie kann auch -was anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist- stillschweigend zustandekommen⁴²⁴, etwa wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt, der andere Teil dies erkennt und die Leistung annimmt, ohne zu widersprechen⁴²⁵.

b) Abgrenzung

aa) Abgrenzung zum Motiv

Motiv des rechtsgeschäftlich Handelnden sind die Umstände, die er bei Vornahme

⁴²⁰ Vgl. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.28; AK/Teubner, §2346, Rn.36; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.187; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.365; Lange, FS Nottarp, S.119 (124f); Coing, NJW 1967, S.1777 (1778); Haegele, Rpfleger 1968, S.247 (249); Faßbender, MittRhNotK 1962, S.617

⁴²¹ Siehe BGHZ 44, 321 (323)

⁴²² Vgl. BGHZ 44, 321 (323); BGH ZEV 1999, S.188 (192); NJW-RR 1996, S.518; NJW 1994, S.1540 (1541); 1984, S.233; Soergel/Mühl, §812, Rn.206; MünchKomm/Lieb, §812, Rn.163; RGRK/Heimann-Trosien, §812, Rn.90; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 5 a)

⁴²³ Vgl. BGHZ 44, 321 (323); BGH ZEV 1999, S.188 (192) = NJW 1999, S.1623 (1625); NJW-RR 1996, S.518; NJW 1994, S.1540 (1541); MünchKomm/Lieb, §812, Rn.162 u. 163; Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.51; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1

⁴²⁴ So BGHZ 44, 321 (323); Soergel/Mühl, §812, Rn.206; RGRK/Heimann-Trosien, §812, Rn.90; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1; Simshäuser, AcP 172, S.19 (38)

⁴²⁵ BGHZ 44, 321 (323); BGH ZEV 1999, S.188 (192) = NJW 1999, S.1623 (1626); Soergel/Mühl, §812, Rn.206; RGRK/Heimann-Trosien, §812, Rn.90; Koppensteiner/Kramer, §7 III 1

des Rechtsgeschäfts unterstellt und derentwillen er das Rechtsgeschäft vornimmt⁴²⁶. Das Motiv ist also im Gegensatz zur Zweckbestimmung ein bloß einseitiger Beweggrund, eine einseitig gebliebene Erwartung und somit für die Geltung des Rechtsgeschäfts grundsätzlich ohne Belang. Die Zweckbestimmung setzt im Vergleich zum Motiv ein "Mehr" an Willensübereinstimmung voraus.

bb) Abgrenzung zur Geschäftsgrundlage

Geschäftsgrundlage sind "die gemeinsamen Vorstellungen der Parteien vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut"⁴²⁷. Die Abgrenzung der Zweckvereinbarung von der Geschäftsgrundlage ist daher äußerst schwierig und wird zum Teil für ausgeschlossen erachtet⁴²⁸. Dies wiederum führt dazu, daß der noch darzulegende Anwendungsbereich der *condictio ob rem* umstritten ist.

Mühl⁴²⁹ geht davon aus, daß die Zweckbestimmung mehr als bloße Geschäftsgrundlage sei. H.P. Westermamm⁴³⁰ vertritt die Auffassung, daß der Leistungszweck bei der *condictio ob rem* Geschäftsinhalt sei, die Geschäftsgrundlage dagegen nicht⁴³¹.

Das OLG Celle⁴³² hingegen setzt die Zweckbestimmung mit der Geschäftsgrundlage gleich.

Meines Erachtens läßt sich kein allgemein erfolgversprechendes Abgrenzungskriterium finden. Zwar unterscheidet sich die Geschäftsgrundlage von der Zweckbestimmung dadurch, daß Geschäftsgrundlage auch einseitige Erwartungen sein können, auf deren Beachtung sich der Vertragspartner zwar redlicherweise hätte einlassen müssen⁴³³, dies tatsächlich mangels Kenntnis jedoch nicht getan hat, während eine Zweckbestimmung ein -wenn auch stillschweigendes- Einverständnis

⁴²⁶ So Flume, BGB AT, Bd.2, §38 6

⁴²⁷ So der Geschäftsgrundlagenbegriff der Rspr.. Siehe BGHZ 25, 390 (392) m.w. N.

⁴²⁸ Kollhosser, AcP 194, S.231 (252) meint unnötige Abgrenzungsschwierigkeiten durch Ausdehnung der Geschäftsgrundlagenlehre vermeiden zu können.

⁴²⁹ Soergel/Mühl, §812, Rn.206; ähnlich BGH ZEV 1999, S.188 (192), wonach eine Willensübereinstimmung nur schwerlich angenommen werden könne, wenn eine bestimmte Erwartung nicht einmal zur Geschäftsgrundlage geworden sei.

⁴³⁰ Erman/H.P. Westermann, §812, Rn.52; ebenso Liebs, JZ 1978, S.697 (702)

⁴³¹ So auch Medicus, BGB AT, §7 II 6

⁴³² OLG Celle NdsRpfl 49, S.119 (121); ebenso MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.16

⁴³³ Vgl. Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 1 b)

des anderen voraussetzt⁴³⁴. Diese Differenzierungen werden jedoch in der Praxis mangels Feststellbarkeit kaum weiterhelfen. Folglich ist eine eindeutige Abgrenzung nicht möglich.

cc) Abgrenzung zum (synallagmatischen) Vertragsinhalt

Die Zweckbestimmung darf im Gegensatz zum Vertragsinhalt nicht voll rechtsgeschäftlich ausgebildet sein⁴³⁵. Wenn der bezweckte Erfolg Gegenstand einer vertraglichen Bindung, d.h. insbesondere forderungsbewehrt und einklagbar ist⁴³⁶, dann liegt keine Zweckvereinbarung, sondern eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung vor. Die Zweckvereinbarung steht also zwischen Motiv und Vertragsinhalt.

dd) Abgrenzung zur Bedingung

Die Zweckbestimmung ist "weniger" bzw. "schwächer" als eine Bedingung⁴³⁷. Zweckvereinbarungen lösen insbesondere nicht den für eine Bedingung typischen Schwebezustand aus. Mit der Vereinbarung einer Bedingung werden die Rechtsfolgen für den Fall des Bedingungseintritts klar festgelegt und davon abhängig gemacht⁴³⁸. Die Zweckvereinbarung hingegen nimmt eine klare Festlegung der Rechtsfolgen nicht vor⁴³⁹.

c) Formfreiheit

Der Erbverzicht bedarf gemäß § 2348 BGB der notariellen Beurkundung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob eine Zweckbestimmung, mittels der der Erbverzicht und eine Abfindungsleistung rechtlich verknüpft werden, ebenfalls formbedürftig ist.

Ist für einen Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben, so unterliegt grundsätzlich der gesamte Vertragsinhalt einschließlich der Nebenabreden dem Formzwang⁴⁴⁰. Die Zweckbestimmung ist jedoch gerade nicht Vertragsinhalt und mangels rechts-

⁴³⁴ Vgl. BGH ZEV 1999, S.188 (192) = NJW 1999, S.1623 (1626); Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.63

⁴³⁵ Siehe MünchKomm/Lieb, §812, Rn.162; RGRK/ Heimann-Trosien, §812, Rn.89; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §5 III 1 b); Kollhossner, AcP 194, S. 231 (250f)

⁴³⁶ Siehe MünchKomm/Lieb, §812, Rn.162; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 5 III 1 b); Kollhossner, AcP 194, S. 231 (251)

⁴³⁷ Vgl. Soergel/Mühl, §812, Rn.206; MünchKomm/Lieb, §516, Rn. 16

⁴³⁸ Siehe; MünchKomm/H.P.Westermann, §158, Rn.50; H.P. Westermann, Die causa, S.103

⁴³⁹ Vgl. MünchKomm/H.P.Westermann, §158, Rn.50; H.P.Westermann, Die causa, S.103

⁴⁴⁰ Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §27 II 3 b); Brox, BGB AT, §13 IV 1 a) (1)

geschäftlicher Bindung auch keine Nebenabrede⁴⁴¹. Sie bedarf somit keiner notariellen Beurkundung. Da der Erbverzicht aber eine formgebundene Erklärung ist, muß eine Zweckvereinbarung nach der Andeutungstheorie im Erbverzichtsvertrag einen -wenn auch nur unvollkommenen- Ausdruck finden⁴⁴². Allerdings sind hieran nur geringe Anforderungen zu stellen. Wird die Zweckbestimmung in der Urkunde klar erwähnt, so spricht dies für eine vertragliche Regelung und nicht bloß für eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Beteiligten⁴⁴³.

2. Anwendungsbereich

Die Frage nach dem Anwendungsbereich ist bereits deshalb von Bedeutung, weil eine klare Abgrenzung von Zweckbestimmung und Geschäftsgrundlage -wie oben aufgezeigt- nicht möglich ist.

a) Historischer Anwendungsbereich

Die heutige, in § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB geregelte, *condictio ob rem*⁴⁴⁴ wurzelt im römischen Recht. Sie diente dazu, die Rückforderung einer Leistung, die jemand im Vertrauen auf eine erwartete aber nicht einklagbare Gegenleistung erbracht hat, zu ermöglichen, wenn die Gegenleistung ausblieb⁴⁴⁵. Die Erforderlichkeit einer solchen Regelung folgte daraus, daß es im römischen Recht einen *numerus clausus* klagbarer Vertragstypen gab, weshalb bei Geschäften, die außerhalb dieses *numerus clausus* abgeschlossen wurden, die Gegenleistung immer im Belieben des Empfängers der (Vor-)Leistung stand⁴⁴⁶. Da dem Vorleistenden in diesen Fällen somit eine Erfüllungsklage versagt war, sollte er wenigstens die Möglichkeit erhalten, seine Leistung zurückzubekommen. Die vertragslose *datio ob rem* rechtfertigte also ursprünglich die römisch-rechtliche *condictio ob rem*⁴⁴⁷. Die *condictio ob rem* wurde

⁴⁴¹ Siehe B. VII. 1. b) cc)

⁴⁴² Im Ergebnis ebenso: Staudinger/Schotten, §2346, Rn.187

⁴⁴³ Siehe BGHZ 44, 321 (324); RGRK/Heimann-Trosien, §812, Rn.90

⁴⁴⁴ Sie wird auch als *condictio ob causam datorum* oder *condictio causa data causa non secuta* bezeichnet.

⁴⁴⁵ Vgl. Staudinger/Lorenz, §812, Rn.80; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.147; Battes, AcP 178, S.337 (373); Söllner, AcP 163, S.20 (24)

⁴⁴⁶ Siehe Staudinger/Lorenz, §812, Rn.80; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.147; Esser/Weyers, SchuldR BT, § 49 II (S.455); Battes, AcP 178, S.337 (373); Söllner, AcP 163, S.20 (24)

⁴⁴⁷ So Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.148

jedoch auch beibehalten⁴⁴⁸, als bereits die Klagbarkeit aller Verträge anerkannt war.⁴⁴⁹

b) Heutiger Anwendungsbereich

Der heutige Anwendungsbereich der *condictio ob rem* ist sehr umstritten. Eine umfassende Abhandlung dieses Problems ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Angesichts der Bedeutung dieser Frage für die Möglichkeit einer rechtlichen Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung durch eine Zweckvereinbarung soll aber ein kurzer, den Erfordernissen dieser Arbeit entsprechender Überblick über die Problematik verschafft werden.

Unstrittig ist, daß die *condictio ob rem* nur dann Anwendung finden kann, wenn der Leistende gegen den anderen Teil keinen erzwingbaren Anspruch auf Herbeiführung des "bezweckten Erfolgs" hat⁴⁵⁰. In diesem Fall greifen bei einem Ausbleiben des bezweckten Erfolgs weder die §§ 275ff, 323ff BGB noch die Leistungskondiktion nach § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt oder S.2, 1.Alt BGB ein.

Strittig ist aber, ob die *condictio ob rem* auf die Fälle beschränkt⁴⁵¹ ist, in denen die Leistung nicht auf eine Verpflichtung hin erfolgt, also ein gänzlich anderer Zweck verfolgt wird oder ob sie auch die Fälle erfaßt⁴⁵², in denen ein über die Befreiung von einer Verbindlichkeit bzw. über den Erhalt einer Gegenleistung hinausgehender Zweck (sogenannte Zweckstaffelung⁴⁵³) verfolgt wird, welcher jedoch im Gegensatz zur Tilgungswirkung nicht erreicht wird.

⁴⁴⁸ Vgl. Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.148; Söllner, AcP 163, S.20 (25f)

⁴⁴⁹ Hinsichtlich der weiteren Entwicklung der *condictio ob rem* im Mittelalter und gemeinen Recht wird auf die Darstellung von Söllner, AcP 163, S.20 (26ff) verwiesen.

⁴⁵⁰ Vgl. BGH MDR 1952, S.33 (34); MünchKomm/Lieb, §812, Rn.158; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §68 I 3 a); Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §5 III 1 b); Löwenheim, Bereicherungsrecht, S.60; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1; Flume, BGB AT, Bd.2, §12 I 1; Kollhosser, AcP 194, S.231 (251); Söllner, AcP 163, S.20 (29)

⁴⁵¹ So MünchKomm/Lieb, §812, Rn.165f; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §5 III 2 c); Koppensteiner/Kramer, §7 III 1; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §68 I 3 d); von Caemmerer, FS Rabel, S.333 (345ff); Söllner, AcP 163, S.20 (43ff); Kollhosser, AcP 194, S.231 (250ff) bezogen auf die Fälle der Zweckschenkung

⁴⁵² Vgl. RGZ 66, 132 (134); 106, 93 (98); OLG Köln NJW-RR 1996, S.518; Erman/H.P. Westermann, §812, Rn.52; Löwenheim, Bereicherungsrecht, S.64; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 5 a), Rn.1108; H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (516ff); ders., Die causa, S.216f; Liebs, JZ 1978, S.697 (700ff); Ehmann, NJW 1973, S.1035; Stürzebecher, Entgeltlicher Erbvertrag, S.109; einen eingeschränkten Anwendungsbereich der *condictio ob rem* in Zweckstaffelungsfällen anerkennend: Soergel/Mühl, § 812, Rn.211; RGRK/Heimann-Trosien, § 812, Rn.88ff; Staudinger/Lorenz, § 812, Rn.105ff

⁴⁵³ Vgl. H.P.Westermann, Die causa, S.217; ders., FS Kellermann, S.505 (514); Soergel/Mühl, §812, Rn.209; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §5 III 2 a); Liebs, JZ 1978, S.697 (700)

Welcher Auffassung man folgt, richtet sich letztlich danach, inwieweit man die *condictio ob rem* als durch das Institut des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage verdrängt und damit nicht nur als diesem nachrangig⁴⁵⁴, sondern als insoweit ausgeschlossen ansieht. In den Fällen, in denen überhaupt keine Verpflichtung des Leistenden gegeben ist, besteht von vornherein keine Konkurrenzsituation mit der WGG, da das hierfür erforderliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien fehlt. Soweit jedoch neben der Erfüllung einer Verpflichtung ein weiterer Erfolg bezweckt wird, kann ein Konkurrenzverhältnis nicht ausgeschlossen werden.

Aber unabhängig davon, ob man deshalb von dem eingeschränkten, ein Konkurrenzverhältnis vermeidenden Anwendungsbereich oder von dem weiteren, ein Konkurrenzverhältnis in Kauf nehmenden Anwendungsbereich der *condictio ob rem* ausgeht, ist in ihr nicht nur ein "historisches Überbleibsel"⁴⁵⁵ zu sehen. Denn die *condictio ob rem* hat in jedem Fall einen, wenn auch möglicherweise nur geringen Anwendungsbereich, welcher den Verfassern des BGB zur Aufnahme der *condictio ob rem* in das BGB genügte⁴⁵⁶.

aa) Die Zweckbestimmung bei sonst fehlender rechtlicher Verknüpfung

Fehlt es an einer anderweitigen rechtlichen Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindungsleistung, so ist insbesondere bei Fehlen eines Abfindungsvertrages eine mögliche Verknüpfung im Wege einer Zweckbestimmung i.S.d. *condictio ob rem* anzuerkennen⁴⁵⁷, da in diesem Fall der jeweils Leistende weder einen Anspruch auf den Erhalt der Abfindung bzw. auf die Erklärung des Erbverzichts hat, noch bezweckt er die Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit⁴⁵⁸. Denkbar ist diese

⁴⁵⁴ **G e g e n** einen Vorrang der WGG-Regeln: Staudinger/Schmidt, §242, Rn.1134; MünchKomm/Roth, §242, Rn.577f; Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.52; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 5 a); Esser/Schmidt, SchuldR AT, 1. Teilband, §24 I 2 a); Liebs, JZ 1978, S.697 (701f); H.P.Westermann, Die causa, S.115, wonach bereits ein Konkurrenzverhältnis ausgeschlossen sei.

F ü r einen Vorrang der WGG-Regeln: BGH NJW 1975, S.776; Staudinger/Lorenz, §812, Rn.105; Soergel/Mühl, §812, Rn.209; MünchKomm/Lieb, §812, Rn.166; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §5 III 2 a) u. c); Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1; Löwenheim, Bereicherungsrecht, S.63; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 VI 2 b); von Caemmerer, FS Rabel, S.333 (346); Kollhosser, AcP 194, S.231 (252f) im Falle einer Zweckschenkung.

⁴⁵⁵ Von Caemmerer, FS Rabel, S.333 (346); H.P. Westermann, Die causa, S.215; Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.50, welcher der *condictio ob rem* eine "Ventilfunktion" zuspricht.

⁴⁵⁶ Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.2, S.470; Staudinger/Lorenz, §812, Rn.106; Battes, AcP 178, S.337 (373)

⁴⁵⁷ Siehe MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.81; AK/Teubner, vor §2346, Rn.36; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.187; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.365; Lange, FS Nottarp, S.119 (124f)

⁴⁵⁸ In diesem Fall wird die Anwendbarkeit der *condictio ob rem* allgemein bejaht. Vgl. B. VII. 2. b)

Konstellation z.B., wenn der Verzichtende den Erbverzicht in der Erwartung erklärt, später eine Abfindung zu erhalten, und der Erblasser diese Erwartung auch erkennt⁴⁵⁹.

bb) Die Zweckstaffelung

Wie oben bereits aufgezeigt wurde, ist es äußerst umstritten, ob der Leistende in den Fällen, in denen er zur Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, einen weiteren Zweck (Zweckstaffelung) verfolgen kann, welcher über eine Zweckbestimmung zur Anwendbarkeit des § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB führt. Fraglich ist also, ob in den Fällen, in denen der Leistende einen über die Erfüllung seiner aus dem Abfindungsvertrag resultierenden Verpflichtung und einen über den Erhalt der Gegenleistung hinausgehenden Erfolg bezweckt, die Möglichkeit einer Zweckbestimmung, d.h. die Möglichkeit einer *condictio ob rem*, besteht oder nicht.

Gegen die Anwendbarkeit der *condictio ob rem* in den Zweckstaffelungsfällen wird vorgebracht, daß sich die Parteien mit Abschluß eines gegenseitigen (Abfindungs-) Vertrages "voll auf die rechtsgeschäftliche Ebene begeben"⁴⁶⁰, weshalb es bei den einschlägigen gesetzlichen Leistungsstörungsregeln verbleiben müsse, zumal die Parteien die Möglichkeit hätten, den Eintritt eines über den Primärzweck hinausgehenden Erfolgs rechtsgeschäftlich -etwa durch Vereinbarung einer Bedingung- zu regeln⁴⁶¹. Hinzu komme, daß das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage als ein zu den vertraglichen Rechtsfolgen gehörendes Abwicklungsinstrument⁴⁶² die *condictio ob rem* verdränge⁴⁶³. Es biete die flexibleren Rechtsfolgemöglichkeiten⁴⁶⁴.

Diese Argumente überzeugen jedoch nicht. In den Fällen, in denen die Parteien einen Abfindungsvertrag schließen und einen über dessen Erfüllung hinausgehenden Erfolg bezwecken, ohne daß ein Rechtsanspruch auf dessen Herbeiführung besteht bzw. bestehen soll, liegen bei Ausbleiben dieses weiteren Erfolgs (an sich) die

⁴⁵⁹ Ob der Erbverzicht (bei Ausbleiben der erwarteten Gegenleistung) kondizierbar ist, wird in Abschnitt C. VII. behandelt.

⁴⁶⁰ Staudinger/Lieb, §812, Rn.165; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1

⁴⁶¹ Vgl. Staudinger/Lieb, §812, Rn.165; ähnlich Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §5 III 2 c) und Söllner, AcP 163, S.20 (34)

⁴⁶² So BGH NJW 1975, S.776; AK/Joerges, §812, Rn.45; Soergel/Mühl, §812, Rn.209;

Staudinger/Lorenz, §812, Rn.105; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1

⁴⁶³ Siehe Fn.454

⁴⁶⁴ So Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.63; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §7 III 1; Kollhoser, AcP 194, S.231 (253)

Voraussetzungen einer *condictio ob rem* vor, was selbst Lieb⁴⁶⁵, der die *condictio ob rem* dennoch ablehnt, anerkennen muß. Der Anwendbarkeit der *condictio ob rem* steht auch nicht entgegen, daß sich die Parteien mit Abschluß des Abfindungsvertrages auf die rechtsgeschäftliche Ebene begeben haben. Denn den Parteien kann eine Kondiktion nicht deshalb versagt werden, weil sie einen über den Primärzweck der Erfüllung hinausgehenden weiteren Sekundärzweck verfolgen. Bereits der Grundsatz der Privatautonomie gebietet es, daß es den Parteien frei steht, ob sie Sekundärzwecke rechtsgeschäftlich -z.B. durch Vereinbarung einer Bedingung- voll verankern oder nicht. Die Parteien können wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Bedingung und Zweckbestimmung ein berechtigtes Interesse daran haben, eben keine Bedingung zu vereinbaren. Wenn die Parteien nun tatsächlich einen über die Erfüllung des Abfindungsvertrages hinausgehenden Zweck verfolgen, so ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, diesen Sekundärzweck kondiktionsrechtlich im Gegensatz zum Primärzweck für unbeachtlich zu halten⁴⁶⁶. Er stellt im Rahmen der *condictio ob rem* vielmehr den Grund zum Behaltendürfen der Leistung dar⁴⁶⁷. Daß die bloße Erfüllung im Rahmen der *condictio indebiti* bzw. *condictio ob causam finitam* als Behaltensgrund genügt, steht dem nicht entgegen. Es handelt sich hierbei um unterschiedliche Kondiktionstatbestände, die in den Fällen einer Zweckstaffelung dazu dienen können, die von den Parteien bezweckten Erfolge umfassend (den Erfüllungszweck durch die *condictio indebiti* bzw. die *condictio ob causam finitam* und einen Sekundärzweck über die *condictio ob rem*) bereicherungsrechtlich abzusichern. Die Berechtigung dieses weitreichenden Kondiktionsschutzes wird nicht durch das Institut des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Frage gestellt. Zum einen ist ein grundsätzlicher Vorrang dieses Abwicklungs-instrumentes abzulehnen, weil sich Zweckbestimmung und Geschäftsgrundlage tatsächlich unterscheiden⁴⁶⁸ und bloße Abgrenzungsschwierigkeiten einen Vorrang nicht rechtfertigen können, zum anderen kann einem Rechtsinstitut vor einem anderen nicht allein deswegen der Vorrang eingeräumt werden, weil dieses ein flexibleres Rechtsfolgeinstrumentarium zu bieten hat als jenes. Darüber hinaus sind die WGG-Grundsätze im Gegensatz zu sonstigen vertraglichen Leistungsstörungsregeln wie

⁴⁶⁵ MünchKomm/Lieb, §812, Rn.165

⁴⁶⁶ Vgl. Liebs, JZ 1978, S.697 (700)

⁴⁶⁷ Vgl. Ehmann, NJW 1973, S.1035

⁴⁶⁸ Siehe B. VII. 1. b) bb). Aus dem gleichen Grund lehnt auch Liebs, JZ 1978, S.697 (702) einen Vorrang des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ab.

Unmöglichkeit oder Verzug im Gesetz selbst nicht geregelt, auch wenn sie heute gewohnheitsrechtlich ausgebildet sind. Sie basieren letztlich auf § 242 BGB, auf dem Gebot von Treu und Glauben. Die *condictio ob rem* hingegen hat in § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt BGB eine Regelung erfahren⁴⁶⁹, weshalb meines Erachtens eine grundsätzliche Verdrängung durch die WGG-Grundsätze ebenfalls nicht gerechtfertigt erscheint⁴⁷⁰. Daher sollte, wenn im Einzelfall eine Abgrenzung zwischen Geschäftsgrundlage und Zweckbestimmung nicht möglich ist, darauf abgestellt werden, ob in diesem Fall das Bereicherungsrecht oder das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die sachgerechtere Rechtsfolge bietet⁴⁷¹.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß grundsätzlich die Möglichkeit einer rechtlichen Verknüpfung von Abfindung und Erbverzicht mittels einer Zweckbestimmung i.S.d. *condictio ob rem* trotz Bestehens eines Abfindungsvertrages anzuerkennen ist, etwa wenn der Erblasser über die Erfüllung des Abfindungsvertrages hinaus eine bestimmte Verwendung der Abfindungsleistung durch den Empfänger bezweckt, auf die er keinen Rechtsanspruch hat oder haben will.

VIII. Rücktrittsvorbehalt

1. Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich des Abfindungsvertrages

Die Beteiligten können hinsichtlich des Abfindungsvertrages, also hinsichtlich des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts von Erbverzicht und Abfindungsleistung einen Rücktrittsvorbehalt vereinbaren⁴⁷². Dabei steht es den Parteien frei, ob der Rücktritt ohne Angabe von Gründen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein soll. Somit kann auf diesem Weg eine rechtliche Verknüpfung von Abfindungsvertrag und Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung erreicht werden, etwa indem der

⁴⁶⁹ Nach Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §68 I 3 a) gehört § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt BGB sogar "seinem materiellen Gehalt nach eigentlich ins Leistungsstörungsrecht und stellt eine Parallelvorschrift zu den §§ 323 Abs.3, 325 Abs.1 S.3 BGB dar". Ähnlich Liebs, JZ 1978, S.697 (701)

⁴⁷⁰ Liebs, JZ 1978, S.697 (701) lehnt einen Vorrang der WGG-Grundsätze ab, da es sich hierbei um Kadijustiz handle.

⁴⁷¹ Zu demselben Ergebnis gelangt MünchKomm/Roth, §242, Rn.578

⁴⁷² Vgl. BayObLG NJW 1958, S.344; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.156; Soergel/Damrau, §2346, Rn.5; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.883; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (170); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (374 u. 380); Haegele, Rpfleger 1968, S.247 (250)

Rücktritt vom Abfindungsvertrag nur möglich sein soll, wenn die Gegenleistung ausbleibt.⁴⁷³

2. Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich Erbverzicht oder Abfindungsleistung

a) Unzulässigkeit eines Rücktrittsvorbehalts

Hinsichtlich Erbverzicht und Abfindungsleistung ist die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts ausgeschlossen, da es sich hierbei um abstrakte Verfügungsgeschäfte handelt⁴⁷⁴. Ein Rücktritt vom Verfügungsgeschäft gemäß §§ 346 ff BGB ist jedoch nicht möglich⁴⁷⁵, da ein Rücktritt nach §§ 346 ff BGB nur schuldrechtliche Wirkung hat. Die §§ 2346 ff BGB enthalten auch keine § 2293 BGB entsprechende Regelung, wonach ein Rücktrittsvorbehalt im Erbvertrag zulässig ist. Eine analoge Anwendung des § 2293 BGB auf den Erbverzichtsvertrag ist wegen der Rechtsnatur des Erbverzichts -Rechtsgeschäft unter Lebenden, abstraktes Verfügungsgeschäft⁴⁷⁶ - ebenfalls ausgeschlossen.

b) Umdeutung in eine auflösende Bedingung des Rücktritts vom Abfindungsvertrag

Haben die Parteien hinsichtlich Erbverzicht und/oder Abfindungsleistung dennoch einen Rücktrittsvorbehalt vereinbart, so ist dieser unwirksam. Es ist jedoch möglich⁴⁷⁷, ihn gemäß § 140 BGB in eine auflösende Bedingung des Rücktritts vom Abfindungsvertrag umzudeuten⁴⁷⁸, soweit kein Fall der Bedingungsfeindlichkeit vorliegt und die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen ein Bedingungsverhältnis bejaht

⁴⁷³ Ist der Erbverzichtsvertrag bereits geschlossen, so kann das Rücktrittsrecht jedoch nur zu Lebzeiten der Parteien ausgeübt werden, da eine Rückabwicklung des Erbverzichts nur im Wege eines Aufhebungsvertrages möglich wäre, welcher aber nach dem Tod einer Partei nicht mehr geschlossen werden kann. Vgl. B. IV. 4. b) bb) und cc) und C. III.

⁴⁷⁴ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.156; Soergel/Damrau, §2346, Rn.5; AK/Teubner, §2346, Rn.6; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.30; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.111 u. 156; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.5; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.870 u. Rn.883; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (170); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (374 u. 380); Faßbender, MittRhNotK 1962, S.621; offen gelassen von BayObLG NJW 1958, S.344

⁴⁷⁵ Siehe MünchKomm/Janßen, vor §346, Rn.36; Soergel/Damrau, §2346, Rn.5

⁴⁷⁶ Siehe B. II.

⁴⁷⁷ Eine Umdeutung dürfte in nahezu allen Fällen dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen, da der wirtschaftliche Erfolg dem angestrebten Erfolg entspricht.

⁴⁷⁸ Vgl. BayObLG NJW 1958, S.344 (345); Staudinger/Schotten, §2346, Rn.112; Soergel/Damrau, §2346, Rn.5; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.870 u. Rn.883; Friedrich, Testament, S.103; Haegle, Rpfleger 1968, S.247 (250); Faßbender, MittRhNotK 1962, S.621f

werden kann⁴⁷⁹. Zwar geht eine auflösende Bedingung als Ersatzgeschäft an sich in ihren Wirkungen über einen Rücktrittsvorbehalt hinaus⁴⁸⁰, doch wird durch eine Umdeutung des unwirksamen Rücktrittsvorbehalts in eine auflösende Bedingung des Rücktritts vom Abfindungsvertrag der Eintritt der Bedingung eben wieder vom Willen desjenigen abhängig gemacht (sog. Potestativbedingung), welcher vom Abfindungsvertrag zurücktreten kann und dem eigentlich der Rücktritt vom Verfügungsgeschäft offenstehen sollte. Aus diesem Grund ist die Möglichkeit einer Umdeutung anzuerkennen. Trotz Umdeutung kommt es im Ergebnis auf die Ausübung eines Rücktrittsrechts an.

⁴⁷⁹ Vgl. hierzu ausführlich B. V.

⁴⁸⁰ Das Ersatzgeschäft darf in seinen Wirkungen nicht weitergehen als das nichtige Rechtsgeschäft.
Vgl. Jauernig/Jauernig, §140, Rn.4; Palandt/Heinrichs, §140, Rn.6; Soergel/Hefermehl, §140, Rn.5

C. Der Erbverzicht bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge

Im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge sind zahlreiche Störungen denkbar, die für den Verzichtenden die Frage aufwerfen können, ob bzw. wie er von einem wirksamen Erbverzicht wieder loskommt. Daher soll im folgenden auf die diesbezüglich in Betracht kommenden Möglichkeiten näher eingegangen werden und untersucht werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Möglichkeiten einschlägig sind.

I. Erlöschen des Erbverzichts infolge Bedingungseintritts oder Fristablaufs

Wenn der Erbverzicht unter einer auflösenden Bedingung erklärt wurde⁴⁸¹, so wird der Erbverzicht mit Bedingungseintritt unwirksam, der Verzichtende gehört (wieder) zum Kreis der gesetzlichen Erben bzw. der Pflichtteilsberechtigten. Dasselbe gilt für den Fall einer Befristung⁴⁸² des Erbverzichts im Falle des Fristablaufs.

II. Nichtigkeit des Erbverzichts gemäß § 139 BGB

Ist der Erbverzicht mit dem Abfindungsvertrag⁴⁸³ oder einem sonstigen Rechtsgeschäft wirksam zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.d. §139 BGB verbunden, so führt die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages bzw. des sonstigen Rechtsgeschäfts im Regelfall gemäß § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit und damit zur Nichtigkeit des an sich wirksam vereinbarten Erbverzichts.

III. Aufhebung des Erbverzichts

Die Parteien des Erbverzichtsvertrages haben gemäß § 2351 BGB die Möglichkeit, den Erbverzicht durch Abschluß eines notariell beurkundeten Vertrages aufzuheben. Bei Einvernehmen der Vertragsparteien ist hierfür kein besonderer Grund erforderlich. Die Aufhebung eines Erbverzichts gemäß § 2351 BGB ist aber auch dann von

⁴⁸¹ Hinsichtlich der Möglichkeit, einen Erbverzicht von einer Bedingung abhängig zu machen, wird auf die Darstellung in Kapitel B. V. verwiesen.

⁴⁸² Eine Befristung ist ebenso wie eine Bedingung grundsätzlich möglich. Vgl. Mot.V, S.480 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.256); MünchKomm/ Strobel, §2346, Rn.15; Soergel/Damrau, §2346, Rn.12; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.55; AK/Teubner, §2346, Rn.4; Nieder, Testamentsgestaltung, Rn.879; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (379)

⁴⁸³ Siehe hierzu Kapitel B. VI.

Bedeutung, wenn der eine Teil vom Abfindungsvertrag zurücktritt. In diesem Fall sind bereits gewährte Leistungen gemäß § 346 BGB zurückzugewähren, was hinsichtlich des Erbverzichts durch den Abschluß eines Aufhebungsvertrages zu erfolgen hat, der zwar auch in diesem Fall die Einwilligung des anderen Teils voraussetzt. Diese kann jedoch notfalls im Klageweg⁴⁸⁴ erzwungen werden⁴⁸⁵.

1. Jederzeitige Aufhebbarkeit zu Lebzeiten beider Parteien

Zu Lebzeiten der Parteien des Erbverzichtsvertrages ist der Abschluß eines Aufhebungsvertrages i.S.d. § 2351 BGB durch die Vertragsparteien jederzeit möglich⁴⁸⁶. Fraglich wird die Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrages erst mit dem Tod einer Partei.

2. Keine Aufhebung nach dem Tod des Erblassers

Nach dem Tod des Erblassers ist die Aufhebung eines Erbverzichts ausgeschlossen⁴⁸⁷. Dies folgt bereits aus § 2351 i.V.m. § 2347 Abs.2 S.1, 1.Halbsatz BGB, wonach der Erblasser einen Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen kann⁴⁸⁸.

3. Keine Aufhebung nach dem Tod des Verzichtenden

- Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.06.1998 -

Der 4. Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil⁴⁸⁹ vom 24.06.1998, IV ZR 159/97, entschieden, daß ein Erbverzicht nach dem Tod des Verzichtenden nicht mehr aufgehoben werden könne. Hierdurch und durch die Urteile der Vorinstanzen⁴⁹⁰ wurde in der Literatur die Diskussion über die Aufhebbarkeit eines Erbverzichts nach dem

⁴⁸⁴ Vollstreckungsrechtlich greift dann die Fiktion des § 894 BGB.

⁴⁸⁵ Siehe Kapitel B. IV. 4. b) aa)

⁴⁸⁶ Vgl. BGHZ 77, 264 (269); Staudinger/Schotten, §2346, Rn.95

⁴⁸⁷ Allg.M.: BGH ZEV 1998, S.304 (305); OLG München ZEV 1997, S.299 (300); OLG Koblenz NJW-RR 1993, S.708 (709); LG Ingoldstadt ZEV 1996, S.314; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.23 u. §2351, Rn.2; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.96; Palandt/Edenhofer, §2351, Rn.1; Erman/Schlüter §2351, Rn.1; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.537; Lange/Kuchinke, Erbrecht, §7 V 2 b); Damrau, Erbverzicht, S.92; Keim, Zuwendungsausgleich, S.73; H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (526); Muscheler, ZEV 1999, S.49 (50)

⁴⁸⁸ Siehe BGH ZEV 1998, S.304 (305); LG Ingoldstadt ZEV 1996, S.314; Muscheler, ZEV 1999, S.49 (50)

⁴⁸⁹ BGHZ 139, 116 = BGH ZEV 1998, S.304 = NJW 1998, 3117 = FamRZ 1998, S.1293

⁴⁹⁰ LG Ingoldstadt, Teil-Grundurteil v. 17.5.1996, 3 O 1704/95, ZEV 1996, S.314 und OLG München, Urteil v. 14.4.1997, 31 U 3732/96, ZEV 1997, S.299

Tod des Verzichtenden neu entfacht⁴⁹¹, was zum Anlaß genommen werden soll, auf diese Frage näher einzugehen.

a) Die Argumente des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof beruft sich in seiner Entscheidung im wesentlichen auf folgende Gründe⁴⁹²:

- Aus Gründen der Rechtsklarheit müsse mit dem Tod des Verzichtenden feststehen, daß dieser sowie sein Stamm endgültig aus der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser ausgeschieden seien.
- Daraus, daß das Erbrecht der Abkömmlinge bei Aufhebung des Erbverzichts wiederauflebe⁴⁹³, könne nicht geschlossen werden, daß die Abkömmlinge nach dem Tod des Verzichtenden in der Lage wären, den Erbverzicht durch einen Aufhebungsvertrag mit dem Erblasser zu beseitigen.
- Dem Erblasser könne es nicht freistehen, den Verzicht mit den Abkömmlingen des Erblassers wieder aufzuheben. Denn zum einen könne der Erblasser den Verzicht nicht einseitig aufheben, vielmehr bedürfe es hierzu nach § 2351 BGB eines Vertrages, und zum anderen habe der Erblasser keine Befugnis, eine gemäß § 2310 S.2 BGB eingetretene Erhöhung der Quote eines Pflichtteilsberechtigten nach dem Tod des Verzichtenden und ohne Zustimmung des gemäß § 2310 S.2 BGB Begünstigten wieder rückgängig zu machen, da dies mit den Grundsätzen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts nicht zu vereinbaren wäre.
- Aus der Dispositivität des § 2349 BGB folge keine Befugnis der Abkömmlinge des Verzichtenden, die Wirkungen eines ohne die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB geschlossenen Erbverzichts zum Nachteil anderer Pflichtteilsberechtigter aufzuheben. Andernfalls hätten die Abkömmlinge die Möglichkeit, die Motive des Verzichtenden zu durchkreuzen.

⁴⁹¹ Vgl. Muscheler, ZEV 1999, S.49; Pentz, JZ 1999, S.148; ders., MDR 1997, S.1001; Harder, LM, §2351 BGB, Nr.2; Hohloch, JuS 1999, S.82; Gernhuber, EWiR, §2351 BGB, S.739; Siegmann, ZEV 1998, S.383; Wüstenberg, ZEV 1997, S.301; Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (383)

⁴⁹² Siehe BGH ZEV 1998, S.304 (305f)

⁴⁹³ Gemäß § 2349 BGB erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, sofern nichts anderes bestimmt wird.

b) Die das Urteil kritisierende Auffassung Muschelers

Muscheler⁴⁹⁴ wendet sich gegen die Entscheidung des BGH. Er vertritt die Auffassung, daß dem BGH zwar darin zuzustimmen sei, daß der Erbverzicht selbst nur durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden aufgehoben werden könne, jedoch sei es möglich, die Drittwirkung des Erbverzichts -auch noch nach dem Tod des Verzichtenden- isoliert zu beseitigen, nämlich durch einen Vertrag des Erblassers mit den Erben des Verzichtenden oder dessen Abkömmlingen⁴⁹⁵.

Dies folge daraus, daß der Erbverzicht nach dem Tod des Verzichtenden von geringerer "Bestandskraft"⁴⁹⁶ sei als nach dem Tod des Erblassers und daraus, daß zum einen der geschichtliche Hintergrund des § 2349 BGB nicht erkennen lasse, daß eine spätere Aufhebung der Drittwirkung stets der vertraglichen Zustimmung des Verzichtenden bedürfe und zum anderen nirgendwo geschrieben stehe, daß der Verzichtende nach dem Abschluß des Erbverzichts (neben dem Erblasser) zum alleinigen Herr der Drittwirkung des Verzichts würde⁴⁹⁷.

Die Argumente des BGH würden nicht überzeugen. Aus dem Umstand, daß der Verzichtende zur Aufhebung des Erbverzichts nicht der Zustimmung der Abkömmlinge bedürfe, dürfe man nicht den Schluß ziehen, daß der Verzichtende einer isolierten Beseitigung der Drittwirkung zustimmen müsse. Würde man mit der Vorstellung von der vorweggenommenen Erbfolge tatsächlich Ernst machen, dann wäre der "Erbfall" bereits mit dem Erbverzicht eingetreten, weshalb auch eine durch § 2351 BGB bewirkte Modifikation der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wäre. Ebenso liege die Heranziehung des § 2310 S.2 BGB völlig neben der Sache. Zum einen sei der Tod des Verzichtenden ein für den nach § 2310 S.2 BGB Begünstigten ein vollkommen zufälliges Ereignis und zum anderen werde der durch § 2310 S.2 BGB erlangte Vorteil im Rahmen des § 2325 BGB angerechnet. Es bestehe kein Anlaß, die Testierfreiheit des Erblassers nach dem Tod des Verzichtenden

⁴⁹⁴ Muscheler, ZEV 1999, S.49

⁴⁹⁵ Vgl. Muscheler, ZEV 1999, S.49 (52); a.A.: Kuchinke, ZEV 2000, S.169 (171)

⁴⁹⁶ Muscheler beruft sich hierbei zum einen darauf, daß der Erblasser den Verzicht auch noch nach dem Tod des Verzichtenden anfechten könne und zum anderen auf das Fehlen einer § 2290 BGB entsprechenden Regelung sowie auf § 2352 S.2 BGB. Siehe Muscheler, ZEV 1999, S.49 (50)

⁴⁹⁷ Muscheler, ZEV 1999, S.49 (51) führt das Beispiel an, daß zuerst die Abkömmlinge des Abkömmlings mit dem Erblassers einen Erbverzicht schließen und danach der Abkömmling selbst. In diesem Fall könne es nicht richtig sein, daß die Abkömmlinge des Abkömmlings ihren Verzicht durch einen Vertrag mit dem Erblasser aufheben könnten, jedoch ohne hierdurch wegen der Drittwirkung des § 2349 BGB wieder zu gesetzliche Erben zu werden.
(Zur Erstreckungswirkung des § 2349 BGB siehe Baumgärtel, DNotZ 1959, S.69 ff und Schotten, ZEV 1997, S.1f)

einzu­schränken, was aber tatsächlich wegen der nach § 2310 S.2 BGB erfolgten Quotenerhöhung der Fall wäre, weil damit der frei verfügbare Teil des Vermögens geringer sei. Der BGH verwechsle die Aufhebbarkeit des Erbverzichts und die Beseitigung seiner Drittwirkung.

c) Meinungsstand im übrigen

aa) Dem Urteil widersprechende Ansichten

Die 3. Zivilkammer des LG Ingoldstadt vertritt in seinem erstinstanzlichen Urteil vom 17.5.1996⁴⁹⁸ die Auffassung, daß eine Aufhebung des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden möglich sei. Es beruft sich hierbei im wesentlichen darauf, daß die Vorschriften über den Erbverzicht, welcher eine spezielle Form des Erbvertrages sei, keine § 2290 BGB entsprechende Regelung enthalten, woraus geschlossen werden könne, daß der Verzichtende den Vertrag nicht persönlich aufheben müsse. Mit dem Tod des Verzichtenden würden dessen Abkömmlinge wegen § 2349 BGB an seine Stelle treten und könnten den Erbverzicht aufheben.

Dieser Auffassung folgt im Ergebnis auch das OLG München in seinem Berufungsurteil⁴⁹⁹ vom 14.4.1997 (31 U 3732/96). Die Abkömmlinge des Verzichtenden würden mit dessen Tod gemäß § 1924 Abs.3 BGB in seine Rechtsposition und damit seine Aufhebungsbefugnis bezüglich des Erbverzichts einrücken. Der Erblasser sei wegen der Erweiterung seiner Testierfreiheit letztlich Alleinbegünstigter des Verzichts, weshalb es ihm freistehen müsse, mit den Abkömmlingen des Verzichtenden einen Aufhebungsvertrag zu schließen.

Harder⁵⁰⁰ hingegen hält den Abschluß eines Aufhebungsvertrages durch die Erben -nicht die Abkömmlinge- des Verzichtenden und den Erblasser für möglich, da dem Gesetz nicht zu entnehmen sei, daß der Verzichtende nur höchstpersönlich zu seinen Lebzeiten einen Aufhebungsvertrag solle schließen können. Das Erbrecht kenne durchaus die Vererblichkeit von Gestaltungsrechten, wie das Recht zur Ausschlagung einer Erbschaft (§1952 Abs.1 BGB). Die Abfindungsleistung könne kondiziert bzw. müsse nicht mehr erbracht werden, da in der Aufhebung des Erbverzichts auch die Aufhebung des Abfindungsvertrages zu erblicken sei.

⁴⁹⁸ LG Ingoldstadt ZEV 1996, S. 314

⁴⁹⁹ OLG München ZEV 1997, S.299

⁵⁰⁰ Harder, LM, §2351 BGB, Nr.2

Diese Ansicht Harders verbindet Schotten⁵⁰¹ mit der des LG Ingoldstadt und der des OLG München, indem er die Auffassung vertritt, daß der Anspruch des Verzichtenden mit seinem Tod auf die Erben übergehe, so daß diese von dem Erblasser verlangen könnten, mit den Abkömmlingen des Verzichtenden (wegen § 2349 BGB) einen Aufhebungsvertrag zu schließen.

bb) Mit dem Urteil übereinstimmende Ansichten

Holthaus⁵⁰² lehnte die Aufhebung eines Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden bereits vor Erlaß der besagten⁵⁰³ BGH -Entscheidung⁵⁰⁴ ab⁵⁰⁵. Die Möglichkeit des Verzichtenden, einen Aufhebungsvertrag zu schließen, vererbe sich nicht, da nach Eintritt des Erbfalls die Erbfolge nicht mehr durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verändert werden könne.

Auch Pentz⁵⁰⁶ ist der Auffassung, daß nach dem Tod eines der Vertragsschließenden der Überlebende die durch den Erbverzicht eingetretene gesetzliche Erbfolge nicht mehr verändern könne, da es sich bei dem Erbverzicht wegen seines letztwilligen Verfügungscharakters um eine höchstpersönliche Regelung handle. Es sei anzunehmen⁵⁰⁷, daß die Parteien zumindest stillschweigend vereinbarten, daß nur sie selbst zur Aufhebung berechtigt seien. Das Recht zur Aufhebung sei also ein nicht vererbliches, höchstpersönliches Recht.

Ebenfalls auf die Höchstpersönlichkeit stellt Siegmann⁵⁰⁸ ab⁵⁰⁹. Die Höchstpersönlichkeit resultiere seiner Ansicht nach daraus, daß § 2349 BGB dem Verzichtenden höchstpersönlich die Rechtsmacht einräume, über das gesetzliche Erbrecht seiner Abkömmlinge zu verfügen. § 1924 Abs.3 BGB helfe hingegen nicht

⁵⁰¹ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.97 u. 161

⁵⁰² Holthaus, Leistungsstörungen, S.52

⁵⁰³ Siehe C. III. 3. a)

⁵⁰⁴ BGH, Urt.v. 24.6.1998, IV ZR 159/97, BGHZ 139, 116 = ZEV 1998, S.304

⁵⁰⁵ Ebenso, ohne nähere Begründung: MünchKomm/Strobel, §2351, Rn.2; Grziwotz, MDR 1999, S.1037 (1042); Keim, Zuwendungsausgleich, S.73

⁵⁰⁶ Pentz, MDR 1999, S.785 (786); ders., JZ 1999, S. 148 (149)

⁵⁰⁷ Siehe Pentz, JZ 1999, S.148 (150); ders., MDR 1997, S.1001 (1002)

⁵⁰⁸ Siegmann, ZEV 1998, S.383

⁵⁰⁹ Ähnlich auch Wüstenberg, ZEV 1997, S.301, der die Höchstpersönlichkeit mit der Rollenverteilung zwischen Erblasser und Verzichtendem begründet, und der aus dem Umstand, daß beim Erbverzicht im Gegensatz zum Erbvertrag der Verzichtende Hauptperson sei, folgert, daß dann beim Erbverzicht im Vergleich zum Erbvertrag (§ 2290 BGB) erst recht eine Vertretung des Verzichtenden nach dessen Tod ausgeschlossen sein müsse. Neuerdings auch Kuchinke, ZEV 2000, S.169 (172), welcher neben der Höchstpersönlichkeit der Verzichts die Exklusivität der

weiter, da sich der Erbverzichtsvertrag gerade auf die gesetzliche Erbenstellung der Abkömmlinge beziehe, weshalb aus der gesetzlichen Erbenstellung nicht auf eine Aufhebungsberechtigung der Abkömmlinge geschlossen werden könne.

Eine Legitimation der Abkömmlinge des Verzichtenden zur Aufhebung des Erbverzichts lehnt auch Gernhuber⁵¹⁰ ab, zum einen weil auf § 1924 Abs.3 BGB nicht abgestellt werden könne, da der Verzichtende nicht durch den vorzeitigen Tod, sondern durch den Erbverzicht als gesetzlicher Erbe ausscheide, und zum anderen weil die Aufhebbarkeit kein subjektives Recht sei, sondern allein eine mit der Position als Vertragspartner verbundene rechtliche Möglichkeit, die nicht Gegenstand der Erbfolge sei.

Harder⁵¹¹ betont, daß weder aus § 2349 BGB noch aus § 1924 Abs.3 BGB ein Recht der Abkömmlinge auf Aufhebung des Erbverzichts folge. § 1924 Abs.3 BGB stelle eine "erbrechtliche Singularität" dar und greife zudem nur bei der Beerbung des Erblassers ein.

d) Stellungnahme

Im Ergebnis ist der Entscheidung des BGH⁵¹², wonach die Aufhebung eines Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden ausgeschlossen ist, zuzustimmen. Jedoch kann dem BGH in den Gründen nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zunächst ist nicht ersichtlich, warum es im Interesse der Rechtsklarheit geboten sei, eine Aufhebbarkeit des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden auszuschließen. Durch die Aufhebung eines Erbverzichts wird erbrechtlich die Lage wiederhergestellt, wie sie ohne den Verzicht bestanden hätte bzw. bestünde. Die Veränderung in erbrechtlicher Hinsicht bezieht sich hierbei jedoch allein auf den Tod des Erblassers, nicht auf den Tod des Verzichtenden. Die Erbfolge nach dem Verzichtenden wird weder durch den Verzicht noch durch dessen Aufhebung in irgendeiner Form berührt. Somit kann das Gebot der Rechtssicherheit durch eine Aufhebung des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden nicht verletzt werden. Den Abkömmlingen fehlt allerdings die Legitimation, einen Aufhebungsvertrag zu schließen.

vertraglichen Regelung als Argument heranzieht.

⁵¹⁰ Gernhuber, BGH EWiR §2351 BGB, S.739 (740)

⁵¹¹ Harder, LM, §2351 BGB, Nr.2

⁵¹² Siehe C. III. 3. a)

Aus § 2349 BGB läßt sich kein Aufhebungsrecht der Abkömmlinge herleiten. Im Gegenteil: Wenn der Verzichtende durch § 2349 BGB vom Gesetz die Möglichkeit erhält, zu Lasten der Abkömmlinge über deren gesetzliches Erbrecht zu verfügen, ohne daß diese seinem Verzicht zustimmen müßten, dann würde eben diese Entscheidung des Gesetzes durch die Anerkennung eines Aufhebungsrechts der Abkömmlinge konterkariert und ausgehöhlt werden. Dann könnten die Abkömmlinge die vom Verzichtenden gewollte, da nicht ausgeschlossene Erstreckung nach § 2349 BGB eigenmächtig beseitigen. Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz dem Verzichtenden das Recht einräumen sollte, (auch) zu Lasten seiner Abkömmlinge zu verfügen, wenn dieses Recht faktisch wegen eines Aufhebungsrechts der Abkömmlinge leerliefe. Aus diesem Grund ist auch entgegen Muscheler⁵¹³ die isolierte Aufhebbarkeit der Drittwirkung des § 2349 BGB durch die Abkömmlinge des Verzichtenden abzulehnen. Vielmehr sind die möglichen Motive des Verzichtenden, die diesen davon abhielten, die Drittwirkung des § 2349 BGB auszuschließen, zu respektieren und zu schützen. Eben diese Motive wären aber durch die Anerkennung eines Aufhebungsrechts der Abkömmlinge des Verzichtenden in der Gefahr, durchkreuzt zu werden. So kann es z.B. durchaus sein, daß der Verzichtende ein besonderes Interesse daran hatte, durch seinen Verzicht gemäß § 2310 S.2 BGB eine Quotenerhöhung eines oder mehrerer Pflichtteilsberechtigter zu bewirken und den Erblasser insoweit in seiner Testierfreiheit zu beschränken. Dieses Interesse würde mißachtet werden, wenn die Abkömmlinge zum Abschluß eines Aufhebungsvertrages berechtigt wären. Dasselbe gilt auch für ein Aufhebungsrecht der Erben des Verzichtenden. Allerdings könnte -wenn überhaupt- den Erben des Verzichtenden das im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB auf sie übergegangene Aufhebungsrecht des Verzichtenden (§ 2351 BGB) zustehen. Daß das Aufhebungsrecht ein Gestaltungsrecht ist, steht seiner Vererblichkeit nicht von vornherein entgegen. Gegen seine Vererblichkeit sprechen jedoch mehrere Gründe. Zum einen ist der Aufhebungsvertrag das Gegenstück zum Erbverzichtsvertrag und dieser kann unstrittig nur zu Lebzeiten des Erblassers und des Verzichtenden abgeschlossen werden, zum anderen würde der auf die Drittwirkung gerichtete Wille des Verstorbenen, welcher im Erbrecht von entscheidender Bedeutung ist⁵¹⁴,

⁵¹³ Siehe C. III. 3. b)

⁵¹⁴ Vgl. z.B. §§ 2078ff, § 2084, § 2085 BGB

nicht beachtet werden, wenn die Erben des Verzichtenden unabhängig von dessen Willen, den Erbverzicht rückgängig machen könnten⁵¹⁵. Eine Nicht- bzw. Mißachtung des Erblasserwillens widerspräche erbrechtlichen Grundsätzen. Ein Übergang des Aufhebungsrechts des Verzichtenden auf seine Erben ist also abzulehnen. Insofern ist das Recht des Verzichtenden als höchstpersönlich einzustufen.

Aus dem Fehlen einer § 2290 BGB entsprechenden Regelung kann ebenfalls nicht auf die Aufhebbarkeit des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden geschlossen werden. Denn der Erbverzicht ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden⁵¹⁶ und kann somit nicht zu den erbvertraglichen Vorschriften in bezug gesetzt werden. Auch § 1924 Abs.3 BGB scheidet als Legitimationsgrundlage aus. § 1924 Abs.3 BGB enthält eine Regelung der gesetzlichen Erbfolge, die erst zum Zeitpunkt des Erbfalls zum Tragen kommt. Der maßgebliche Erbfall i.S.d. § 1924 Abs.3 BGB ist in dem hier erörterten Zusammenhang der Tod des *Erblassers* und nicht der Tod des Verzichtenden, weshalb es nicht möglich ist, in § 1924 Abs.3 BGB die Legitimationsgrundlage für die Aufhebbarkeit des Erbverzichts nach dem Tod des *Verzichtenden* (zu Lebzeiten des Erblassers) zu sehen.

Folglich kann festgestellt werden, daß nach dem Tod des Verzichtenden weder der Erbverzicht noch isoliert die Drittwirkung nach § 2349 BGB durch die Abkömmlinge oder Erben des Verzichtenden aufgehoben werden kann.

IV. Anfechtung des Erbverzichts

Die Anfechtung ist eine weitere Möglichkeit, sich von einem wirksam erklärten Erbverzicht zu lösen.

1. Anfechtbarkeit gemäß §§ 119 ff BGB

Die Anfechtbarkeit eines Erbverzichts richtet sich nach §§ 119 ff BGB⁵¹⁷, da es sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt. Gemäß § 142 Abs.1 BGB führt eine Anfechtung des Erbverzichts dazu, daß der Erbverzicht als von Anfang an nichtig

⁵¹⁵ Hierin liegt der Unterschied zur Vererblichkeit des Anfechtungsrechts, worauf in Abschnitt C.

IV. 1. d) eingegangen wird.

⁵¹⁶ Siehe B. II. 1.

⁵¹⁷ Allg.M.: so z.B.: Staudinger/Schotten, §2346, Rn.103; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.4; Leipold, Erbrecht, Rn.408; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 IV; Mankowski, ZEV 1998, S.33

anzusehen ist. Der Verzichtende erlangt die Rechtsstellung zurück, die er vor der Erklärung des Erbverzichts hatte.

a) Anfechtungsgründe

Grundsätzlich kommen sämtliche Anfechtungsgründe der §§ 119 ff BGB in Betracht. Eine Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung gemäß § 120 BGB ist jedoch wegen des Erfordernisses der notariellen Beurkundung des Erbverzichtsvertrages nach § 2348 BGB nahezu auszuschließen. Aufgrund des Erfordernisses der notariellen Beurkundung und der dieser vorhergehenden notariellen Belehrung nach § 17 BeurkG wird ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum gemäß § 119 Abs.1 BGB ebenfalls nur in den seltensten Fällen gegeben sein⁵¹⁸. Im Vordergrund steht damit die Anfechtbarkeit wegen eines Eigenschaftsirrtums gemäß § 119 Abs.2 BGB sowie wegen arglistiger Täuschung bzw. Drohung gemäß § 123 BGB. Welche Voraussetzungen hierfür erfüllt sein müssen, wurde in Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages bereits ausführlich erörtert⁵¹⁹, so daß hierauf nicht nochmals eingegangen werden soll. Zu beachten ist, daß sich ein Eigenschaftsirrtum, der bereits bei Abschluß des Abfindungsvertrages vorlag, nicht ohne weiteres auf den Abschluß des Erbverzichtsvertrages als abstraktes Erfüllungsgeschäft erstreckt⁵²⁰, so daß eine Anfechtung des Erbverzichts ausscheidet, wenn die Kausalität des Irrtums für den Erbverzicht nicht besonders begründet werden kann⁵²¹. Des weiteren wird eine Anfechtung nach § 119 Abs.2 BGB in der Regel daran scheitern, daß sich der Irrtum nicht auf zum Inhalt des Erbverzichtsvertrages gehörende Eigenschaften i.S.d. § 119 Abs.2 BGB bezieht⁵²².

In den Fällen arglistiger Täuschung bzw. Drohung erstreckt sich die Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages regelmäßig auf den Erbverzicht⁵²³.

⁵¹⁸ Vgl. Kapitel B. IV. 5. b) aa) betreffend die Anfechtung des Abfindungsvertrages.

⁵¹⁹ Siehe Kapitel B. IV. 5. b) bb) (Eigenschaftsirrtum), cc) (arglistige Täuschung) und dd) (Drohung)

⁵²⁰ Vgl. Kapitel B. IV. 5. c); Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 II 1 a), Rn.8

⁵²¹ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, §5 II 1 a), Rn.8

⁵²² Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.8 und Pentz, MDR 1999, S.785, die jedoch verkennen, daß dies nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, wie z.B. im Falle eines Irrtums über eine Eigenschaft der Person des Erblassers oder des Verzichtenden.

⁵²³ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel B. IV. 5. c)

b) Anfechtungserklärung

Die Anfechtung hat gemäß § 143 Abs.1 BGB durch Erklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner, d.h. gegenüber dem Partner des Erbverzichtsvertrages (§ 143 Abs.2 BGB), zu erfolgen.

aa) Anfechtungsberechtigung des Verzichtenden

Bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes ist der Verzichtende gegenüber dem Erblasser zur Erklärung der Anfechtung seiner auf den Abschluß des Erbverzichtsvertrages gerichteten Willenserklärung berechtigt⁵²⁴.

bb) Anfechtungsberechtigung des Erblassers

Umstritten ist, ob der Erblasser anfechtungsberechtigt sein kann oder nicht. Eine Anfechtungsberechtigung wird zum Teil wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses generell abgelehnt⁵²⁵. Der Erblasser habe die Möglichkeit, den Verzichtenden durch eine Verfügung von Todes wegen zu bedenken bzw. als Erben einzusetzen und so seinen Ausschluß aus dem Kreis der Erbberechtigten rückgängig zu machen bzw. ihm das zuzuwenden, worauf verzichtet wurde⁵²⁶. Der Erbverzicht nehme dem Erblasser nichts⁵²⁷. Diese Auffassung ist abzulehnen. Zum einen gibt es Fälle, in denen der Erblasser, z.B. wegen Testierunfähigkeit, die Wirkungen des Erbverzichts nicht mehr durch letztwillige Verfügung korrigieren kann, zum anderen führt eine Anfechtung zu Rechtsfolgen, die mittels letztwilliger Verfügung überhaupt nicht zu erreichen sind⁵²⁸. So kann durch eine Erbeinsetzung des Verzichtenden im Wege einer Verfügung von Todes wegen weder die Erstreckungswirkung auf die Abkömmlinge des Verzichtenden nach § 2349 BGB noch die durch den Verzicht bewirkte Quotenerhöhung zugunsten der Pflichtteilsberechtigten nach § 2310 S.2 BGB rückgängig gemacht werden. Aus diesem Grund ist eine Anfechtungsberechtigung des Erblassers auch nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen der

⁵²⁴ Allg.M.: für alle Pentz, MDR 1999, S.785

⁵²⁵ Vgl. Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.7; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 IV; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20, der allerdings in den Fällen, in denen eine Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist, eine Anfechtung durch den Erblasser für möglich hält.

⁵²⁶ Vgl. Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.7; Soergel/Damrau, §2346, Rn.20; Kipp/Coing, Erbrecht, §82 IV

⁵²⁷ So Kipp/Coing, Erbrecht, §82 IV

⁵²⁸ Vgl. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.4; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.107; Pentz, MDR 1999, S.785

Erblasser nicht mehr frei testieren kann. Bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes ist der Erblasser ebenso wie der Verzichtende zur Anfechtung seiner auf den Abschluß des Erbverzichts-Vertrages gerichteten Willenserklärung berechtigt⁵²⁹.

c) Ausschlußfristen der §§ 121, 124 BGB

Eine Anfechtung des Erbverzichts kann nur innerhalb der Fristen der §§ 121, 124 BGB erfolgen. Nach Fristablauf ist eine Anfechtung ausgeschlossen. Da die Fristen kurz bemessen sind -unverzüglich (§ 121 BGB) oder innerhalb eines Jahres (§ 124 BGB)- wird die Ausübung des Anfechtungsrechts in der Praxis nicht selten zu spät erfolgen und eine Anfechtung damit ausgeschlossen sein⁵³⁰.

d) Keine Beschränkung der Anfechtbarkeit auf Lebzeiten der Parteien

aa) Anfechtbarkeit nach dem Tod des Erblassers

Ob der Erbverzicht nach dem Tod des Erblassers angefochten werden kann, ist umstritten. Überwiegend wird die Auffassung vertreten⁵³¹, daß eine Anfechtung nach dem Erbfall ausgeschlossen sei. Begründet wird diese Ansicht jedoch nur vereinzelt.

So stellt das OLG Koblenz⁵³² darauf ab, daß eine Anfechtung des Erbverzichts über §§ 142 Abs.1, 812 BGB zur Rückabwicklung des Kausalgeschäfts führe. Nach dem Erbfall sei dies jedoch nicht mehr möglich. Eine Aufhebung des Erbverzichts gemäß § 2351 BGB sei nach dem Erbfall ebenso ausgeschlossen wie eine bereicherungsrechtliche Beseitigung der mit dem Erbfall eingetretenen erbrechtlichen Folgen. Edenhofer⁵³³ begründet seine ablehnende Ansicht damit, daß eine Anfechtung nach dem Erbfall aus Gründen der Rechtssicherheit ausgeschlossen sei. Hierauf stützt sich

⁵²⁹ Vgl. MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.4; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.107; AK/Teubner, §2346, Rn.8; Pentz, MDR 1999, S.785; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.171f, Fn.98, wonach die Anfechtung gewöhnlich der leichtere Weg sei.

⁵³⁰ Siehe Keim, Zuwendungsausgleich, S. 85

⁵³¹ Siehe z.B. OLG Koblenz NJW-RR 1993, S.708 (709); OLG Schleswig-Holstein ZEV 1998, S.28 (30); Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.6; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.4; Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.22 u. §2346, Rn.106; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.171 hinsichtlich einer Anfechtung durch den Verzichtenden; Schlüter, Erbrecht, S. 160; Pentz, MDR 1999, S.785 (786f)

⁵³² OLG Koblenz NJW-RR 1993, S.708 (709)

⁵³³ Siehe Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.7

auch Schotten⁵³⁴, der die Auffassung vertritt, daß die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlange, daß die mit dem Tod des Erblassers eingetretenen Rechtsfolgen auf einer festen Grundlage stünden und nicht nachträglich durch die Erklärung eines Dritten verändert werden könnten. Für Pentz⁵³⁵ kommt es entscheidend darauf an, daß auch eine Aufhebung des Erbverzichts nach dem Erbfall ausgeschlossen sei.

Diese Argumente sind nicht überzeugend. Die Anfechtung unterscheidet sich von der Aufhebung des Erbverzichtsvertrages -abgesehen von ihrer unmittelbaren Beseitigungswirkung- in wesentlichen Punkten, so daß von der Unzulässigkeit einer Aufhebung des Erbverzichts nach dem Erbfall nicht auf die Unzulässigkeit einer Anfechtung geschlossen werden kann. Die Aufhebung setzt gemäß § 2351 BGB den Abschluß eines notariell beurkundeten Aufhebungsvertrages voraus, während die Anfechtung durch einseitige Ausübung eines Gestaltungsrechts erfolgt. Eine Aufhebung des Erbverzichts setzt die Mitwirkung des anderen Teils voraus, während eine Anfechtung allein von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängig ist⁵³⁶. Die Aufhebung kann bei Einvernehmen ohne besonderen Grund erfolgen, während eine Anfechtung nur bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes möglich ist. Durch die Anfechtung des Erbverzichts wird allein der Wille bzw. das materielle Interesse⁵³⁷ des Anfechtungsberechtigten gewahrt und geschützt. Wenn aber die Anfechtung dazu dient, den Willen des Anfechtungsberechtigten, d.h. des Erblassers oder des Verzichtenden zu schützen, dann muß eine Anfechtung grundsätzlich auch noch nach dem Tod des Erblassers möglich sein. Denn warum sollte z.B. einem Verzichtenden, der durch Drohung des Erblassers zum Abschluß des Erbverzichtsvertrages veranlaßt wurde, die Möglichkeit versagt werden, den Erbverzichtsvertrag anzufechten, wenn die durch die Drohung verursachte Zwangslage erst durch den Tod des Erblassers beendet wurde. In diesem Fall würde das unrechtmäßige Verhalten des Erblassers durch die Ablehnung eines Anfechtungsrechtes doppelt zu Lasten des Verzichtenden gehen. Dies kann nicht billig sein. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit. Das Gesetz selbst anerkennt in §§ 2078 ff BGB die Möglichkeit, durch Anfechtung einer letztwilligen Verfügung die Erbfolge noch nach dem Erbfall

⁵³⁴ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.96,106; siehe auch OLG Schleswig-Holstein ZEV 1998, S.28 (30)

⁵³⁵ Pentz, MDR 1999, S.785 (786)

⁵³⁶ Ähnlich Mankowski, ZEV 1998, S.33 (34)

⁵³⁷ Vgl. Mankowski, ZEV 1998, S.33

zu verändern. Diese Vorschriften basieren im wesentlichen darauf, dem Erblasserwillen zur Geltung zu verhelfen. Gerade dies trifft aber auch für den Fall zu, daß die Erben des Erblassers ein in dessen Person entstandenes Anfechtungsrecht ausüben wollen⁵³⁸. Und auch im Fall einer Anfechtung durch den Verzichtenden steht der Schutz seines Willens im Vordergrund. Somit steht der Erbfall einer Anfechtung des Erbverzichts nicht entgegen⁵³⁹. Die erforderliche zeitliche Beschränkung der Anfechtbarkeit wird durch die Ausschlußfristen der §§ 121, 124 BGB erreicht⁵⁴⁰. Hierdurch wird dem Erfordernis der Rechtssicherheit ausreichend Rechnung getragen.

bb) Anfechtbarkeit nach dem Tod des Verzichtenden

Ob der Erbverzicht nach dem Tod des Verzichtenden durch dessen Erben oder durch den Erblasser angefochten werden kann, ist weitgehend unerörtert⁵⁴¹. Durch das Vorversterben des Verzichtenden erledigt sich der Erbverzicht hinsichtlich der Person des Verzichtenden. Es verbleibt jedoch bei einer nach § 2349 BGB eingetretenen Erstreckung der Wirkungen des Erbverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden und somit bei der Quotenerhöhung nach § 2310 S.2 BGB. Hieraus folgt, daß der Erblasser trotz des Vorversterbens des Verzichtenden noch ein berechtigtes Interesse an der Anfechtung des Erbverzichts haben kann, ebenso wie die Abkömmlinge des Verzichtenden.

Die Rechtssicherheit steht einer Anfechtung nicht entgegen. Durch die Anfechtung des Erbverzichts verändert sich nur die Erbfolge nach dem Erblasser, nicht aber die nach dem Verzichtenden, und die Änderung der Erbfolge nach dem Erblasser erfolgt bereits zu dessen Lebzeiten. Damit steht die mit dem Tod des Verzichtenden eingetretene Erbfolge, ebenso wie die durch ein späteres Versterben des Erblassers eintretende Erbfolge, auf fester Grundlage, ohne durch Erklärung Dritter nachträglich verändert zu werden⁵⁴².

⁵³⁸ In der Praxis werden die Erben ein entsprechendes Interesse jedoch nur in den seltensten Fällen haben, da sie selbst im Regelfall die Nutznießer des Verzichts sind.

⁵³⁹ Ebenso: Leipold, Erbrecht, Rn. 408, Fn.7; Mankowski, ZEV 1998, S.33, der in der Durchsetzung der materiellen Interessen der Anfechtungsberechtigten die wesentliche Gemeinsamkeit einer Anfechtung nach §§2078ff BGB und einer Anfechtung des Erbverzichtsvertrages sieht; ausdrücklich offengelassen von BGH ZEV 1999, S.62 (63f)

⁵⁴⁰ So auch Mankowski, ZEV 1998, S.33 (34)

⁵⁴¹ Neuerdings hat sich Pentz in MDR 1999, S.785 mit dieser Frage beschäftigt. Siehe auch Muscheler, ZEV 1999, S.49 (50)

⁵⁴² Dies verlangte erstmals BGH NJW 1978, S.1159 und wurde unter anderem vom OLG Schleswig-Holstein ZEV 1998, S.28 (30) und Staudinger/Schotten, §2346, Rn.96 übernommen.

Die Unzulässigkeit einer Anfechtung des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden kann auch nicht mit der Unzulässigkeit einer Aufhebung des Erbverzichts nach dem Erbfall begründet werden⁵⁴³. Es fehlt an der erforderlichen Vergleichbarkeit von Aufhebung und Anfechtung⁵⁴⁴. Vielmehr ist die Situation bei der Anfechtung eine völlig andere. Im Falle der Ausübung eines in der Person des Verzichtenden begründeten Anfechtungsrechts durch die Erben des Verzichtenden wird im Gegensatz zur Aufhebung gerade sichergestellt, daß der Wille des Verzichtenden nicht durchkreuzt, sondern gewahrt wird, z.B. wenn der Verzichtende durch arglistige Täuschung zum Erbverzicht veranlaßt wurde. In den Fällen der Anfechtung ist davon auszugehen, daß eine Anfechtung gerade dem Willen des verstorbenen Verzichtenden entspricht. Der Erblasser selbst ist diesbezüglich nicht schutzwürdig. Zu Lebzeiten des Verzichtenden hätte dieser den Verzicht selbst anfechten können. Ob die Anfechtung durch den Verzichtenden oder dessen Erben erfolgt, ist für den Erblasser nicht erheblich. Der Tod des Verzichtenden ist insoweit ein völlig zufälliges Ereignis, das eine Besserstellung des Erblassers durch den Ausschluß einer Anfechtung nicht zu rechtfertigen vermag. Die §§ 121, 124 BGB bilden eine ausreichende zeitliche Schranke. Das gilt auch für eine Anfechtung durch den Erblasser. Zwar werden durch eine Anfechtung des Erblassers die Motive des Verzichtenden durchkreuzt, doch sind diese in diesem Fall nicht schutzwürdig. Denn auch bei einer Anfechtung zu Lebzeiten des Verzichtenden hätte das Anfechtungsinteresse des Erblassers den Vorrang gehabt.

Somit ist der Erbverzicht nach dem Tod des Verzichtenden sowohl durch den Erblasser als auch durch die Erben des Verzichtenden anfechtbar⁵⁴⁵.

2. Keine Anfechtbarkeit analog §§ 2078, 2081 BGB

Eine direkte Anwendung der §§ 2078, 2081 BGB kommt nicht in Betracht⁵⁴⁶, da es sich bei dem Erbverzichtsvertrag nicht um eine Verfügung von Todes wegen handelt⁵⁴⁷. In den Fällen, in denen der Erbverzicht erklärt ist, die Abfindung aber nicht erbracht wird, weil der Erblasser die Abfindung wegen Unwirksamkeit des

⁵⁴³ A.A.: Pentz, MDR 1999, S.785 (786f)

⁵⁴⁴ Vgl. C. IV. 1. d) aa)

⁵⁴⁵ Vgl. Muscheler, ZEV 1999, S.49 (50) für den Fall einer Anfechtung durch den Erblasser;

a.A.: Pentz, MDR 1999, S.785 (786f)

⁵⁴⁶ Die Anfechtbarkeit richtet sich nach §§ 119ff, 142f BGB. Vgl. C. IV. 1. m.w.N.

⁵⁴⁷ Vgl. B. II. 1.

Abfindungsvertrages nicht leisten muß oder die Leistung trotz wirksamer Verpflichtung nicht erbringen kann oder will, stellt sich die Frage, ob die Vorschriften des §§ 2078, 2081 BGB analog angewendet werden können.

a) Die von Strohal befürwortete Analogie

Strohal⁵⁴⁸ vertritt die Auffassung, daß erhebliche Gründe⁵⁴⁹ dafür sprechen, daß der Verzichtende⁵⁵⁰ seine Verzichtserklärung unter denselben Voraussetzungen anfechten könne, unter denen der Erblasser eine von ihm getroffene erbvertragsmäßige Verfügung nach § 2281 BGB in Verbindung mit § 2078 BGB wegen Irrtums im Beweggrund anzufechten in der Lage sei⁵⁵¹.

b) Ablehnung des Analogieschlusses

Eine analoge Anwendbarkeit der §§ 2078, 2081 BGB ist aus mehreren Gründen abzulehnen⁵⁵².

aa) Keine Gesetzeslücke

Grundvoraussetzung einer Analogie ist das Fehlen einer gesetzlichen Regelung⁵⁵³. Für den Fall, daß der Erbverzichtsvertrag abgeschlossen ist, die Abfindung jedoch ausbleibt, enthält das Gesetz weder in den Vorschriften über den Erbverzicht eine spezielle gesetzliche Regelung noch ist in den für die Anfechtung an sich einschlägigen §§ 119 ff BGB eine Anfechtbarkeit wegen Motivirrtums geregelt. Es können jedoch die Regelungen der Leistungsstörungen und des Bereicherungsrechts herangezogen werden. Ist der Abfindungsvertrag wirksam, so steht dem Verzichtenden gegen den Erblasser bzw. gegen dessen Erben ein Anspruch auf Erfüllung⁵⁵⁴ des

⁵⁴⁸ Strohal, Erbrecht, S.289

⁵⁴⁹ Um welche Gründe es sich im einzelnen handelt, erwähnt Strohal nicht.

⁵⁵⁰ Keim, Zuwendungsausgleich, S.87 bejaht hingegen ein Anfechtungsrecht des Erblassers analog § 2078 BGB für den Fall, daß der Erbverzicht pflichtteilsbegründende Wirkung habe.

⁵⁵¹ Dieser Auffassung Strohals folgen Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.60ff, der den Erbverzicht den Rechtsgeschäften von Todes wegen zuordnet sowie Atzli, Erbverzicht, S.6 u. 25f. Ebenfalls für analoge Anwendbarkeit des erbvertraglichen Anfechtungsrechts ist Häsemeyer, Erbrechtliche Verträge, S. 152f

⁵⁵² Ebenfalls ablehnend: Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.11; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.538; Leonhard, Erbrecht, §2346, IV B 1; Damrau, Erbverzicht, S.109f; Keim, Zuwendungsausgleich, S.86ff; Holthaus, Leistungsstörungen, S.86ff

⁵⁵³ Siehe Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.81

⁵⁵⁴ Vgl. Kapitel B. IV. 4. a)

Abfindungsvertrages, d.h. auf Leistung der Abfindung zu. Im Falle der Unmöglichkeit der Abfindungsleistung sind die §§ 323 ff BGB anwendbar⁵⁵⁵, wobei allerdings ein Rücktritt vom Abfindungsvertrag nur zu Lebzeiten der Parteien in Betracht kommt. Ist der Abfindungsvertrag unwirksam oder besteht die rechtliche Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung nur in einer Zweckvereinbarung i.S.d. *condictio ob rem*, so ist der Erbverzicht nach der hier vertretenen Ansicht⁵⁵⁶ zumindest zu Lebzeiten der Parteien kondizierbar. Aber auch nach dem Tod des Erblassers findet sich nach der hier vertretenen Ansicht⁵⁵⁷ eine Lösung über das aus § 242 BGB resultierende Verbot unzulässiger Rechtsausübung.

Somit kann festgestellt werden, daß keine regelungsbedürftige Gesetzeslücke vorliegt⁵⁵⁸. Eine analoge Anwendung der §§ 2078, 2081 BGB ist bereits aus diesem Grund ausgeschlossen.

bb) Keine vergleichbare Interessenlage

Es fehlt auch die weitere Grundvoraussetzung eines Analogieschlusses, nämlich eine vergleichbare Interessenlage⁵⁵⁹. Die Situation des Verzichtenden bei Ausbleiben der Abfindungsleistung müßte mit der des von Todes wegen verfügenden Erblassers, welcher bei seiner letztwilligen (erbvertraglichen) Verfügung einem Motivirrtum unterlag, vergleichbar sein. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zum einen ist der Erbverzichtsvertrag mit dem Erbvertrag nicht vergleichbar. Im Gegensatz zum Erbvertrag ist der Erbverzichtsvertrag keine Verfügung von Todes wegen, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden⁵⁶⁰. Und Rechtsgeschäfte unter Lebenden sind -wie aus den §§ 119 ff BGB folgt- eben nicht wegen Motivirrtums anfechtbar⁵⁶¹. Der Wille des Erklärenden hat bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nicht die Bedeutung wie bei Verfügungen von Todes wegen. § 2078 BGB, wonach jeder Motivirrtum zur

⁵⁵⁵ Vgl. Kapitel B. IV. 4. b)

⁵⁵⁶ In Abschnitt C. VII. wird auf die äußerst umstrittene Frage der Kondizierbarkeit eines Erbverzichts ausführlich eingegangen. An dieser Stelle ist lediglich das Ergebnis der späteren Erörterung vorweggenommen.

⁵⁵⁷ Auch insoweit wird das Ergebnis von Abschnitt C. IX. vorweggenommen, auf den hiermit verwiesen wird.

⁵⁵⁸ Zum gleichen Ergebnis mit anderer Begründung gelangt Keim, *Zuwendungsausgleich*, S.88

⁵⁵⁹ Vgl. Bartholomeyczik, *Gesetzesauslegung*, S.81, der Rechtsähnlichkeit der Gesetzes- und Fallentscheidung verlangt.

⁵⁶⁰ Aus diesem Grund lehnen auch von Lübtow, *Erbrecht*, 1. Halbband, S.538; Damrau, *Erbverzicht*, S.110 und Keim, *Zuwendungsausgleich*, S.87 eine Analogie ab. Zur Rechtsnatur des Erbverzichts siehe Kapitel B. II.

⁵⁶¹ Vgl. Keim, *Zuwendungsausgleich*, S.86

Anfechtung berechtigt, ist gerade Ausdruck dessen, daß dem Erblasserwillen im Erbrecht nahezu uneingeschränkt zur Geltung verholfen werden soll. Das Anfechtungsrecht nach § 2078 BGB wegen Motivirrtums ist damit auf den Bereich des Erbrechts und auf die Person des Erblassers zugeschnitten. Zum anderen befinden sich der Erblasser beim Erbvertrag und der Verzichtende beim Erbverzichtsvertrag in konträren Positionen⁵⁶². Der Erblasser regelt seine eigene Nachfolge von Todes wegen, während der Verzichtende durch seine Verzichtserklärung eine fremde Erbfolge verändert. Durch die Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung wird erreicht, daß der Erblasser wieder frei verfügen kann. Das Anfechtungsrecht nach § 2078 BGB dient der Testierfreiheit des Erblassers. Eine Anfechtung des Erbverzichts durch den Verzichtenden würde hingegen in keiner Weise der Testierfreiheit des Verzichtenden dienen. Der Verzichtende will nur erreichen, daß er wieder zum Kreis der gesetzlich Erbberechtigten gehört.

cc) Keine Rechtfertigung durch bloße Billigkeitserwägungen

Da es an den Voraussetzungen einer Analogie fehlt, läßt sich ein Analogieschluß auch nicht mit bloßen Billigkeitserwägungen rechtfertigen, wie z.B.⁵⁶³: "Die Analogie aus § 2078 BGB bereitet unter den vorhandenen Möglichkeiten die geringsten Schwierigkeiten und zeitigt das beste Ergebnis.". Ansonsten wäre das Gebot der Rechtssicherheit nicht mehr gewahrt.

V. Kein Rücktrittsrecht analog § 2295 BGB

In den Fällen, in denen Strohal ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden analog §§ 2078, 2081 BGB befürwortet, stellt sich die Frage, ob dem Verzichtenden in Anlehnung an Larenz⁵⁶⁴ statt des abzulehnenden Anfechtungsrechts ein Rücktrittsrecht analog § 2295 BGB gewährt werden kann.

1. Das von Larenz befürwortete Rücktrittsrecht

Larenz⁵⁶⁵ vertritt die Auffassung, daß dem Verzichtenden bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages ein Rücktrittsrecht vom Erbverzichtsvertrag analog § 2295 BGB

⁵⁶² Ähnlich: Keim, Zuwendungsausgleich, S.86f; Holthaus, Leistungsstörungen, S.87 u. 88

⁵⁶³ Atzli, Erbverzicht, S.26

⁵⁶⁴ Larenz, JherJb. 81, S.1 (17ff)

⁵⁶⁵ Ebenda.

zustehe. Es handle sich bei dem in § 2295 BGB geregelten Fall um eine ähnlich gelagerte Konstellation, nur mit umgekehrter Rolle der Parteien. Während der Verzichtende eine die Erbfolge betreffende Verfügung mit Rücksicht auf eine Verpflichtung des Erblassers vornehme, träfe im Fall des § 2295 BGB der Erblasser eine Verfügung mit Rücksicht auf eine Verpflichtung des Bedachten. Von Bedeutung sei der vom Gesetz in § 2295 BGB anerkannte Grundgedanke, an Stelle der nicht möglichen Kondiktion durch das Rücktrittsrecht eine Möglichkeit zu gewähren, die getroffene Verfügung rückgängig zu machen.

Das Rücktrittsrecht analog § 2295 BGB sei über das Rücktrittsrecht nach § 2295 BGB hinaus in doppelter Hinsicht zu erweitern:

Zum einen sei der Verzichtende auch im Fall der anfänglichen Ungültigkeit des Kausalgeschäfts zum Rücktritt berechtigt, da ihm das Anfechtungsrecht des § 2078 BGB nicht zur Verfügung stehe. Zum anderen müsse der Rücktritt gleich der Anfechtung rückwirkende Kraft besitzen, da nur so erreicht werden könne, daß ein Erbverzichtsvertrag auch noch nach dem Tod des Erblassers rückgängig gemacht werden könne.

2. Ablehnung der Ansicht Larenz

Ein Rücktrittsrecht des Verzichtenden analog § 2295 BGB ist aus denselben Gründen abzulehnen wie ein Anfechtungsrecht analog §§ 2078, 2081 BGB⁵⁶⁶. Zum einen fehlt eine regelungsbedürftige Gesetzeslücke⁵⁶⁷ und zum anderen mangelt es an der Vergleichbarkeit, da der Erbverzicht, anders als der Erbvertrag, keine Verfügung von Todes wegen ist⁵⁶⁸. Zudem gewährt § 2295 BGB ein auf die Person des Erblassers zugeschnittenes Rücktrittsrecht. Eine Anwendung auf die Person des Verzichtenden ist abzulehnen⁵⁶⁹. § 2295 BGB soll gewährleisten, daß ein Erblasser, der eine vertragsmäßige Verfügung getroffen hat, weil ihm der andere Vertragsschließende wiederkehrende Leistungen zugesagt hat, im Fall der Aufhebung dieser Verpflichtung des Vertragspartners vor dem Erbfall von seiner vertragsmäßigen Verfügung wieder

⁵⁶⁶ Siehe C. IV. 2. b); ebenfalls ablehnend: Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.11; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.111; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.538; Holthaus, Leistungsstörungen, S.88f; Keim, Zuwendungsausgleich, S.88ff; Damrau, Erbverzicht, S.110ff; Atzli, Erbverzicht, S.24 u. 25

⁵⁶⁷ Entgegen der Ansicht von Larenz ist der Erbverzicht grundsätzlich kondizierbar. Siehe C. VII.

⁵⁶⁸ Hierauf stellt auch von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S.538 ab. Ähnlich: Atzli, Erbverzicht, S.24 u. 25

⁵⁶⁹ Vgl. Atzli, Erbverzicht, S.24

loskommen kann⁵⁷⁰. Der Erblasser soll mit Hilfe des § 2295 BGB seine Testierfreiheit wiedererlangen können, um z.B. die Möglichkeit zu haben, einen neuen Erbvertrag mit einem anderen unterhaltszahlenden Partner abzuschließen⁵⁷¹. Hiervon unterscheidet sich die Situation des Verzichtenden. Bei ihm geht es nicht um die Wiedererlangung seiner Testierfreiheit. Er will lediglich wieder zum Kreis der gesetzlich Erbberechtigten gehören. Auf seine eigene Unterhaltssicherung wird es ihm nicht ankommen⁵⁷². Folglich ist die Interessenlage des Verzichtenden mit der des Erblassers bei § 2295 BGB nicht vergleichbar. Ein Rücktrittsrecht des Verzichtenden entspricht nicht der ratio legis des § 2295 BGB.⁵⁷³

Ebenfalls nicht mit § 2295 BGB vereinbar ist, daß ein im Wege des Analogieschlusses gewonnenes Rücktrittsrecht in seinen Wirkungen (ex tunc statt ex nunc) über das gesetzlich geregelte Rücktrittsrecht hinausgeht. Was die analog anwendbare Norm nicht vorsieht, kann nicht durch eine Analogie begründet werden. Die analoge Anwendung einer Vorschrift kann nicht zu Rechtsfolgen führen, die in der analog angewendeten Vorschrift selbst nicht vorgesehen sind. So kann nicht tatbestandlich an § 2295 BGB angeknüpft werden und hinsichtlich der Rechtsfolgen auf das Anfechtungsrecht zurückgegriffen werden. Die Grenzen der Zulässigkeit eines Analogieschlusses wären hier weit überschritten⁵⁷⁴.

Hinzu kommt, daß die abstrakte Natur des Erbverzichts einem Rücktrittsrecht entgegensteht⁵⁷⁵. Ein Rücktritt ist -abgesehen von den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen- nur vom schuldrechtlichen Grundgeschäft möglich⁵⁷⁶. Würde man einen Rücktritt vom Erbverzicht analog § 2295 BGB zulassen, dann würde dieses Prinzip entgegen der gesetzgeberischen Entscheidung umgangen bzw. unterlaufen.

⁵⁷⁰ Vgl. MünchKomm/Musielak, §2295, Rn.1

⁵⁷¹ Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.90; Damrau, Erbverzicht, S.111f

⁵⁷² Zwar sollte möglicherweise die Abfindung der Unterhaltssicherung dienen, die Rückgängigmachung des Erbverzichts selbst wird diesen Zweck jedoch in der Regel nicht verfolgen.
Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.90

⁵⁷³ Vgl. Holthaus, Leistungsstörungen, S.89; Damrau, Erbverzicht, S.112

⁵⁷⁴ Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.90f

⁵⁷⁵ Vgl. Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.11; ähnlich Staudinger/Schotten, §2346, Rn.111

⁵⁷⁶ Siehe B. VIII. 2. a)

VI. Kein Rücktritt vom Erbverzicht gemäß §§ 325, 326 BGB

Ein Rücktritt vom Erbverzichtsvertrag nach §§ 325, 326 BGB ist ausgeschlossen⁵⁷⁷, da es sich bei dem Erbverzichtsvertrag nicht um einen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag handelt⁵⁷⁸.

VII. Kondiktion des Erbverzichts

1. *Condictio indebiti* und *condictio ob causam finitam*

Haben die Parteien einen Abfindungsvertrag geschlossen, welcher von Anfang an unwirksam war oder nachträglich unwirksam geworden ist, dann kommt eine Kondiktion des Erbverzichts gemäß § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt. bzw. S.2 1.Alt. BGB in Betracht.

a) „Etwas“ erlangt

Ein Kondiktionsanspruch des Verzichtenden setzt voraus, daß der Erblasser durch den Erbverzicht „etwas“ i.S.d. § 812 BGB erlangt. Ob der Erbverzicht ein bereicherungsrechtlich relevantes Etwas in diesem Sinne darstellt, ist äußerst umstritten.

aa) Begriff

Bereits darüber wie der Begriff des erlangten „Etwas“ zu verstehen ist, besteht keine Einigkeit. Zum Teil wird verlangt, daß das wirtschaftliche Vermögen des Begünstigten vermehrt sein müsse⁵⁷⁹. Es wird aber auch die Auffassung vertreten, daß es nicht auf den Vermögenswert des Bereicherungsgegenstandes ankomme⁵⁸⁰. Für die

⁵⁷⁷ Siehe B. II. 3. sowie Fn. 121

⁵⁷⁸ Zur Rechtsnatur des Erbverzichts siehe B. II.

⁵⁷⁹ Vgl. RGZ 151, 123 (127); BGHZ 55, 128 (131); RGRK/ Heimann-Trosien, § 812, Rn.1; Palandt/Thomas, §812, Rn.16; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 1 c); Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.874; BGH NJW 1995, S.53 (54) stellt hingegen nur fest, daß j e d e n f a l l s in den Fällen, in denen das wirtschaftliche Vermögen des Begünstigten irgendwie vermehrt ist, „etwas“ erlangt ist. Der BGH läßt also offen, ob Fälle ohne Vermögensmehrung ausgeschlossen sind oder nicht.

⁵⁸⁰ Siehe Jauernig/Schlechtriem, §812, Rn.8; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §4 III; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.20; Köhler, AcP 190, S.496 (531)

Leistungskondition komme vielmehr alles in Betracht, was nach dem Willen der Parteien Gegenstand des Austausches sei⁵⁸¹.

bb) Meinungsstand

(1) Der Erb-/Pflichtteilsverzicht als erlangtes „Etwas“

Diejenigen, die die Kondizierbarkeit eines Erb- bzw. Pflichtteilsverzichts und damit das erlangte „Etwas“ im Sinne des Bereicherungsrechts bejahen⁵⁸², begründen ihre Ansicht überwiegend damit, daß der Erblasser durch den Erbverzicht eine vorteilhafte Rechtsstellung erwerbe⁵⁸³, womit den gesetzlichen Anforderungen an das erlangte „Etwas“ genüge getan sei. Durch den Erbverzicht werde die Verfügungsfreiheit bzw. Testierfreiheit des Erblassers erweitert. Bereits der Umstand, daß der Verzichtende sich seiner künftigen Rechtsstellung begeben und die Wiedererlangung dieser Rechtsstellung vom Einverständnis des Erblassers abhängig mache, begründe für den Erblasser eine vorteilhafte Rechtsstellung⁵⁸⁴. Zumindest wachse durch den Verzicht die faktische Möglichkeit des Erblassers, seine Vorstellungen rechtlich wirksam durchsetzen zu können⁵⁸⁵.

Zur Begründung wird auch angeführt, daß zumindest zu Lebzeiten der Parteien ein Erbverzicht bereits deshalb kondizierbar sein müsse, weil es auf einen Vermögenswert nicht ankomme. Der Erbverzicht sei Gegenstand der Leistung und somit

⁵⁸¹ Vgl. Jauernig/Schlechtriem, §812, Rn.8; Staudinger/Lorenz, §812, Rn.65; Erman/H.P. Westermann, §812, Rn.3; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.20; von Caemmerer, FS Rabel, S.333 (348 u. 378); Köhler, AcP 190, S.496 (531); H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (525)

⁵⁸² So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.183; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.6; AK/Teubner, vor §2346, Rn.30; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.24; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.265; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S.173; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (146 u. 147); Kollhosser, AcP 194, S.231 (256f); Lange, FS Nottarp, S.119 (128f); H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (524ff); Coing, NJW 1967, S.1777 (1779); Holthaus, Leistungsstörungen, S.92ff; nach BGH ZEV 1999, S.62 (63) ist eine Kondition des Erbverzichts nach dem Erbfall ausgeschlossen. Hieraus kann geschlossen werden, daß der BGH eine Kondition des Erbverzichts zu Lebzeiten der Parteien für möglich hält. Das OLG München ZEV 1997, S.299 (301) bejaht auf Seiten des Erblassers eine durch den Verzicht bewirkte Vermögensmehrung, mithin das erlangte „Etwas“.

⁵⁸³ Vgl. Staudinger/Schotten, § 2346, Rn.183; Lange, FS Nottarp, S.119 (128f); AK/Teubner, vor §2346, Rn.30; Zellmann, Dogmatik und Systematik, S.174f; Holthaus, Leistungsstörungen, S.92ff, der beim Erbverzicht eines Vertragserben oder eines im gemeinschaftlichen Testament Bedachten sowie eines Pflichtteilsberechtigten die rechtlich vorteilhafte Rechtsstellung in der Erweiterung der Verfügungsfreiheit sieht, während er bei einem Erbverzicht unter Vorbehalt des Pflichtteils darauf abstellt, daß dem Erblasser durch den Verzicht ein Rechtsgeschäft erspart bleibe, nämlich die Enterbung im Wege einer Verfügung von Todes wegen.

⁵⁸⁴ Siehe Lange, FS Nottarp, S.119 (129); ähnlich MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.24, wonach der Erblasser einen Verzicht erlange, um den er folglich bereichert sei.

⁵⁸⁵ So H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (525)

kondizierbar⁵⁸⁶. Zudem spräche der Umstand, daß der Erblasser häufig viel Zeit für Beratungen und/oder beträchtliche Vermögenswerte für Abfindungsleistungen aufbringe, um einen Erb-/Pflichtteilsverzichtsvertrag schließen zu können, dafür, daß der Erblasser durch den Verzicht sehr wohl „etwas“ im Sinne des Bereicherungsrechts erlange⁵⁸⁷.

(2) Kein bereicherungsrechtlich relevantes „Etwas“

Es wird die Auffassung vertreten, daß ein Bereicherungsanspruch des Verzichtenden ausgeschlossen sei, da der Erblasser durch den Erbverzicht nichts im Sinne des Bereicherungsrechts erlange⁵⁸⁸. Selbst wenn durch den Erb-/Pflichtteilsverzicht die Verfügungsfreiheit des Erblassers erweitert werde, so fehle es an einer Verbesserung des Vermögensstandes des Erblassers⁵⁸⁹. Es trete keine Bereicherung⁵⁹⁰ des Erblassers ein. Es ändere sich lediglich die Person des Erbanwärters⁵⁹¹. Mit einer Kondiktion könne aber nur eine Vermögensverschiebung rückgängig gemacht werden, nicht aber das Leistungsgeschäft⁵⁹².

(3) Differenzierende Ansicht

Eine differenzierende Ansicht⁵⁹³ unterscheidet zwischen dem Erbverzicht eines nicht Pflichtteilsberechtigten bzw. einem Erbverzicht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts und den Fällen, in denen der Erblasser zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages durch Erbvertrag bzw. gemeinschaftliches Testament gebunden und damit in seiner Testierfreiheit beschränkt ist. Nur in den Fällen, in denen der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen in seiner Testierfreiheit beschränkt ist

⁵⁸⁶ Vgl. Kollhosser, AcP 194, S.231 (257); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (525)

⁵⁸⁷ Vgl. H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (524f)

⁵⁸⁸ So Ebenroth, BB 1989, S.2049 (2053); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (141); Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.44; Atzli, Erbverzicht, S.3f; Larenz, JherJb. 81, S.1 (13); nach Soergel/Damrau, §2346,Rn.4; Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.11; Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.4 u. Schlüter, Erbrecht, S.162 scheidet ein Kondiktionsanspruch daran, daß der Erblasser nichts auf Kosten des Verzichtenden erlange.

⁵⁸⁹ Vgl. Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.44; Ebenroth, BB 1989, S.2049 (2053); Larenz, JherJb. 81, S.1 (13); Atzli, Erbverzicht, S.4

⁵⁹⁰ Siehe Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht, S.44; Atzli, Erbverzicht, S.4

⁵⁹¹ Vgl. Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.4; Schlüter, Erbrecht, S.162; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (141)

⁵⁹² Siehe Larenz, JherJb. 81, S.1 (13); Atzli, Erbverzicht, S.4

⁵⁹³ So Damrau, Erbverzicht, S.100ff; Keim, Zuwendungsausgleich, S.112f, der jedoch im Ergebnis wegen ansonsten nicht meßbaren Vermögenswertes nur dann das erlangte „Etwas“ bejaht, wenn der Verzicht das Pflichtteilsrecht erfasse.

oder der Verzicht das Pflichtteilsrecht erfaßt, soll der Erblasser durch den Erbverzicht "etwas" im Sinne des Bereicherungsrechts erlangen. Nur dann werde durch den Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht die Testierfreiheit des Erblassers erweitert, und der Erblasser erhalte die Möglichkeit, für den Abschluß eines Erbvertrages einen höheren Gegenwert zu erzielen, da der Anfall der Erbschaft ungleich wahrscheinlicher bzw. der Wert des Nachlasses ohne diese Pflichtteilslast größer geworden sei⁵⁹⁴. Der Erwerb dieser vorteilhaften Rechtsstellung führe zu einer vermögensmäßigen Besserstellung des Erblassers und stelle einen kondizierbaren Vermögensvorteil dar⁵⁹⁵.

cc) Stellungnahme

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage der Kondizierbarkeit eines Erbverzichts muß das Gesetz sein. Nach dem Wortlaut des § 812 Abs.1 S. 1 BGB ist der Kondiktionsanspruch auf die Herausgabe des erlangten "Etwas" gerichtet. Der Erblasser muß durch den Erbverzicht also nur „etwas“ in diesem Sinne erlangen. Auf eine Bereicherung im Sinne einer Mehrung des Vermögenswertes auf Seiten des Erblassers kommt es nach dem Wortlaut des § 812 Abs.1 S.1 BGB nicht an⁵⁹⁶. Vielmehr müssen z.B. auch wirtschaftlich völlig wertlose Gegenstände⁵⁹⁷ kondiziert werden können, soweit sie noch real vorhanden und herausgabefähig⁵⁹⁸ sind. Solange dies der Fall ist, liegt auch kein Fall des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs.3 BGB vor. Erst im Fall des § 818 Abs.2 BGB, d.h. bei Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten, kommt es auf eine Bereicherung des Erblassers im obigen Sinn an. In diesem Fall ist der Bereicherungsanspruch auf Wertersatz gerichtet, welcher voraussetzt, daß das Vermögen des Erblassers (wegen § 818 Abs.3 BGB immer noch) um einen meßbaren Vermögenswert bereichert ist. Somit kommt es für den Fall, daß eine Herausgabe des Erlangten noch möglich ist, überhaupt nicht auf die Frage an, ob das Vermögen des Erblassers durch den Erbverzicht vermehrt wurde. Maßgeblich ist allein, daß die Parteien den Erbverzicht zum Austauschgegenstand gemacht haben⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.112f; Damrau, Erbverzicht, S.102

⁵⁹⁵ Siehe Damrau, Erbverzicht, S.100ff

⁵⁹⁶ Vgl. Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.3

⁵⁹⁷ Siehe Staudinger/Lorenz, §812, Rn.65

⁵⁹⁸ Vgl. Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 4 III

⁵⁹⁹ Vgl. Fn. 581

Alles, was geleistet wurde, muß Gegenstand eines Bereicherungsanspruches sein können. Dies folgt auch daraus, daß die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung das notwendige Korrelat zum Abstraktionsprinzip sind⁶⁰⁰.

Somit ist der Erbverzicht zumindest solange als kondizierbarer Bereicherungsgegenstand anzuerkennen, wie seine Herausgabe möglich ist. Diese kann -wie noch dargelegt werden wird- nur zu Lebzeiten beider Vertragsparteien erfolgen. Mit dem Tod einer Vertragspartei käme folglich allenfalls ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB in Betracht, welcher jedoch -was noch erörtert werden wird- mangels Bestimmbarkeit abzulehnen ist. Dies ändert jedoch nichts daran, daß der Erbverzicht ein erlangtes "Etwas" i.S.d. § 812 Abs.1 S.1 BGB auf Seiten des Erblassers darstellt. Der Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs.2 BGB ist vom Herausgabeanspruch nach § 812 Abs.1 BGB zu unterscheiden und im Verhältnis zu diesem subsidiär⁶⁰¹.

b) Durch Leistung des Verzichtenden

Eine weitere Voraussetzung für die Kondizierbarkeit eines Erbverzichts nach § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt BGB oder S.2, 1.Alt. BGB ist, daß der Erblasser den Erbverzicht, d.h. das bereicherungsrechtliche Etwas durch Leistung des Verzichtenden erlangt.

aa) Der Leistungsbegriff

Die Rechtsprechung⁶⁰² versteht unter einer Leistung i.S.v. § 812 Abs.1 BGB eine bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, wobei sich die jeweilige Zweckrichtung nach dem Parteiwillen bestimmt. Dieser finale Leistungsbegriff wird auch in der Literatur⁶⁰³ überwiegend vertreten.

Unter Zweckgerichtetheit ist dabei die Bezogenheit auf ein Kausalverhältnis⁶⁰⁴ zu verstehen. Hierdurch wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die Leistungs-

⁶⁰⁰ Vgl. Flume, BGB AT, Bd.2, § 12 I 2; Goldmann, Gruchot 56, S.161

⁶⁰¹ Ähnlich Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.19 und Köhler, AcP 194, S.496 (531) die ebenfalls zwischen erlangtem "Etwas" und "Bereicherung" unterscheiden.

⁶⁰² St. Rspr., so z.B.: BGHZ 58, 184 (188); 105, 365 (369); BGH WM 1999, S.484 (485); NJW 1995, S.53 (54)

⁶⁰³ Siehe z.B.: Soergel/Mühl, § 812, Rn.3; Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.11; Palandt/Thomas, §812, Rn.3; Kropholler/Berenbrok, §812, Rn.11; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, § 67 II 1 d); Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.24, 29f; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 1 a); Weitnauer, FS von Caemmerer, S.255 (259); Köhler, AcP 190, S.496 (532); H.P. Westermann, Die causa, S.180ff; wohl auch Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 4 II 1; kritisch hingegen: MünchKomm/Lieb, §812, Rn.27a

⁶⁰⁴ So Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, § 67 II 1 d); Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.25

kondition Mittel zur Rückabwicklung fehlgeschlagener Güterbewegungen und damit auch Korrelat zu einem fehlgeschlagenen Erfüllungsvorgang ist⁶⁰⁵.

bb) Der Erb-/Pflichtteilsverzicht als Leistung

Erfolgt ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht aufgrund eines Abfindungsvertrages, dann erfolgt die Erklärung des Verzichts zum einen bewußt und zum anderen auch zweckgerichtet. Der Verzichtende will mit dem Abschluß des Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrages seine aus dem Abfindungsvertrag resultierende Leistungspflicht erfüllen. Insoweit sind die Voraussetzungen des finalen Leistungsbegriffs gegeben. Zweifel am Vorliegen einer Leistung könnten jedoch daraus resultieren, daß der finale Leistungsbegriff die Mehrung fremden Vermögens voraussetzt. Ob durch einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht eine Vermögensmehrung auf Seiten des Erblassers eintritt, ist allerdings sehr umstritten⁶⁰⁶. Hierauf kann es jedoch nicht ankommen⁶⁰⁷, wenn man der hier vertretenen Auffassung⁶⁰⁸ folgt, daß das erlangte "Etwas" im Sinne von § 812 Abs.1 S.1 BGB keinen Vermögenswert haben muß, daß es vielmehr auf die Frage der Bereicherung in Form eines tatsächlichen Vermögenszuwachses erst ankommt, wenn die Herausgabe in Natur nicht mehr möglich ist. Denn würde man beim Leistungsbegriff doch wieder auf den Vermögenswert des erlangten „Etwas“ abstellen, nämlich auf einen tatsächlichen Vermögenszuwachs, dann käme man wieder zu dem untragbaren Ergebnis, daß nicht vermögenswerte Positionen, deren Herausgabe realiter möglich wäre, trotzdem nicht im Wege einer Kondition herausverlangt werden könnten. Eine Leistung kann also durchaus auch vorliegen, wenn der Bereicherungsgegenstand keinen Vermögenswert hat, wenn kein Vermögenszuwachs eingetreten ist⁶⁰⁹. Die Erklärung eines Erb- oder

⁶⁰⁵ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2. Halbband, § 67 II 1 d); von Caemmerer, FS Rabel, S.333 (342)

⁶⁰⁶ Siehe hierzu C. VII. 1. a) bb)

⁶⁰⁷ Ähnlich Köhler, AcP 190, S.496 (532), der der Ansicht ist, daß das Erfordernis der "Vermögensmehrung" untechnisch zu verstehen sei und nur eine ungenaue Bezeichnung für das erlangte "Etwas" sei.

⁶⁰⁸ Siehe C. VII. 1. a) cc)

⁶⁰⁹ Ebenso Erman/H.P. Westermann, § 812, Rn.11 i.V.m. Rn.6; Holthaus, Leistungsstörungen, S.95f; Köhler, AcP 190, S.496 (532), von Caemmerer, FS Rabel, S.333 (350), der die Auffassung vertritt, daß allein der Wille der Parteien entscheide, was zwischen ihnen als Leistung gelten soll. A.A.: Palandt/Thomas, §812, Rn.4

Pflichtteilsverzichts aufgrund eines Abfindungsvertrages stellt folglich eine Leistung im Sinne des § 812 Abs.1 BGB dar⁶¹⁰.

cc) Folgen des finalen Leistungsbegriffs

(1) Entbehrlichkeit des Merkmals „auf Kosten“

Aus dem finalen Leistungsbegriff folgt, daß das Merkmal „auf dessen Kosten“ in § 812 Abs.1 BGB bei der Leistungskondition entbehrlich⁶¹¹ ist. Die Funktion des Merkmals „auf Kosten“, nämlich die Bestimmung der Kondiktionsparteien, wird bei der Leistungskondition bereits durch den finalen Leistungsbegriff erfüllt⁶¹². Der Erwerb durch Leistung erfolgt zwangsläufig auf Kosten des Bereicherungsgläubigers⁶¹³. Somit kann die Kondizierbarkeit eines Erbverzichts im Wege einer Leistungskondition nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß der Erblasser nichts „auf Kosten“ des Verzichtenden erlange⁶¹⁴.

(2) Wegfall des Unmittelbarkeitserfordernisses

Ursprünglich hatte man aus dem Merkmal „auf dessen Kosten“ die ungeschriebene Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung zwischen Bereicherungsgläubiger und Bereicherungsschuldner hergeleitet, um die Parteien des Bereicherungsverhältnisses insbesondere dann bestimmen zu können, wenn am Bereicherungsvorgang mehr als zwei Personen beteiligt sind⁶¹⁵. Da diese Funktion nunmehr durch den finalen Leistungsbegriff erfüllt wird, kommt es auf die

⁶¹⁰ Im Ergebnis ebenso: Holthaus, Leistungsstörungen, S.96; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (147)

⁶¹¹ Siehe Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.1; Soergel/Mühl, §812, Rn.37; Staudinger/Lorenz, §812, Rn.32; MünchKomm/Lieb, §812, Rn.10 (zumindest für das Zwei-Personen-Verhältnis); RGRK/Heimann-Trosien, § 812, Rn.66; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §4 IV 1; Löwenheim, Bereicherungsrecht, S.17ff; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 4 II 5 a); Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, § 67 II 1 b); Fikentscher, Schuldrecht, § 99 I 1 b); Esser/Weyers, SchuldR BT, § 48 II (S.431); Holthaus, Leistungsstörungen, S.90f

⁶¹² Vgl. Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.17; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.17ff; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 4 II 5 a); Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, § 67 II 1 b); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (525); Holthaus, Leistungsstörungen, S.90f ; a.A.: Palandt/Thomas, § 812, Rn.31

⁶¹³ Siehe MünchKomm/Lieb, § 812, Rn.10; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 4 II 5 a)

⁶¹⁴ So aber Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.11; Soergel/Damrau, §2346, Rn.4; Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.4; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (140f); a.A.: Holthaus, Leistungsstörungen, S.90f

⁶¹⁵ Vgl. Soergel/Mühl, § 812, Rn.38; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.16f; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 1 b) aa)

Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung im Rahmen der Leistungskondition nicht mehr an⁶¹⁶.

c) Ohne Rechtsgrund / nachträglicher Wegfall des Rechtsgrundes

§ 812 Abs.1 S.1, 1.Alt. BGB setzt voraus, daß der Bereicherungsschuldner etwas „ohne rechtlichen Grund“ erlangt. Gemäß § 812 Abs.1 S.2, 1.Alt. BGB wird der Fall des späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes seinem anfänglichen Fehlen gleichgestellt.

aa) Der Begriff „Rechtsgrund“

Über den Rechtsgrundbegriff besteht keine Einigkeit. Zum Teil wird ein objektiver Rechtsgrundbegriff⁶¹⁷ vertreten, wonach das der Leistung zugrundeliegende Kausalverhältnis als causa anzusehen sei. Die heute wohl überwiegende Auffassung geht jedoch von einem subjektiven Verständnis⁶¹⁸ des Rechtsgrundes aus. Der von dem Leistenden mit der Leistung bezweckte Erfolg sei Rechtsgrund, so daß die Leistung dann ohne Rechtsgrund erfolge, wenn der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht erreicht werde (Zweckverfehlung)⁶¹⁹. In den Fällen, in denen der Leistung ein anfänglich oder erst nachträglich unwirksames Verpflichtungsgeschäft zugrundeliegt (Leistung causa solvendi), kommt man jedoch nach beiden Auffassungen übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt bzw. der rechtliche Grund später weggefallen ist.

⁶¹⁶ Vgl. Soergel/Mühl, § 812, Rn.38; RGRK/Heimann-Trosien, § 812, Rn.21; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §4 II 5 a); Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.17 u.18; Holthaus, Leistungsstörungen, S.91; Fikentscher, Schuldrecht, §99 I 1 b); Esser/Weyers, SchuldR BT, §48 II (S. 430)

⁶¹⁷ So z.B.: Jauernig/Schlechtriem, §812, Rn.12; Palandt/Thomas, §812, Rn.68; MünchKomm/Lieb, §812, Rn.138

⁶¹⁸ Siehe z.B.: Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.44; Kropholler/Berenbrok, §812, Rn.12; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.56f; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §4 II 4 b) m.w.N.; Ehmann, NJW 1973, S.1035

⁶¹⁹ Vgl. Erman/H.P.Westermann, §812, Rn.44; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.56; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, §4 II 4 b)

bb) Rechtsgrundlosigkeit bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages

Lag einem (entgeltlichen) Erbverzicht ein Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft⁶²⁰ zugrunde und war dieser Abfindungsvertrag von Anfang an unwirksam oder nachträglich unwirksam geworden, so erfolgte die Erklärung des Erbverzichts in Erfüllung der aus dem Abfindungsvertrag resultierenden Verpflichtung ohne rechtlichen Grund bzw. unter späterem Wegfall des rechtlichen Grundes. Die Rechtsgrundlosigkeit im Sinne der *condictio indebiti* bzw. *condictio ob causam finitam* folgt hierbei nach der objektiven Rechtsgrundtheorie bereits aus der Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages als *causa*. Nach der subjektiven Rechtsgrundtheorie hingegen ergibt sich die Rechtsgrundlosigkeit daraus, daß der Verzichtende den subjektiven Zweck seiner Leistung, nämlich die Erfüllung einer aus dem Abfindungsvertrag resultierenden Leistungspflicht, verfehlte, da die Pflicht tatsächlich nicht bestand bzw. nachträglich weggefallen ist.

d) Inhalt des Bereicherungsanspruchs

Liegen somit die Voraussetzungen einer *condictio indebiti* oder *condictio ob causam finitam* vor, so stellt sich die Frage, worauf der Bereicherungsanspruch des Verzichtenden gerichtet ist.

aa) Herausgabe des erlangten „Etwas“

Nach § 812 Abs.1 BGB ist der Bereicherungsschuldner dem Bereicherungsgläubiger zur Herausgabe des erlangten „Etwas“ verpflichtet. Der Erblasser müßte demnach dem Verzichtenden den Erbverzicht als erlangtes „Etwas“ herausgeben⁶²¹.

(1) Herausgabe durch Aufhebung des Erbverzichts

Die Herausgabe des Erbverzichts erfolgt durch die Aufhebung des Erbverzichtsvertrages gemäß § 2351 BGB⁶²². Der Kondiktionsanspruch des Verzichtenden gegen

⁶²⁰ Siehe hierzu B. IV.

⁶²¹ Der BGH stellt in NJW 1995, S.53 (55) klar, daß einer Herausgabepflicht nach § 812 Abs.1 BGB nicht entgegenstehe, daß der dem Bereicherungsschuldner verbliebene Vorteil nicht gegenständlicher Art sei.

⁶²² Vgl. Staudinger/Schotten, § 2346, Rn.183; RGRK/Johannsen, §2346, Rn.3; Lange, FS Nottarp, S.119 (129); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (526); Kollhosser, AcP 194, S.231 (527); Holthaus, Leistungsstörungen, S.98; Pentz, MDR 1999, S.785 (786f); Coing, NJW 1967, S.1777 (1779)

den Erblasser ist auf die Abgabe der zum Abschluß des Aufhebungsvertrages nach § 2351 BGB erforderlichen Zustimmungserklärung des Erblassers gerichtet und kann notfalls im Klageweg gerichtlich durchgesetzt werden⁶²³. Durch die Aufhebung des Erbverzichtsvertrages wird der ursprünglich vor dem Abschluß des Erbverzichtsvertrages bestehende Rechtszustand wiederhergestellt. Der Verzichtende rückt wieder in die zunächst durch den Verzicht aufgegebenen erbrechtliche Stellung ein.

(2) Zeitliche Begrenzung auf Lebzeiten beider Vertragsparteien

Eine Aufhebung des Erbverzichts durch Aufhebungsvertrag gemäß § 2351 BGB ist nur zu Lebzeiten beider Vertragsparteien möglich⁶²⁴. Folglich ist eine Herausgabe des Erbverzichts als erlangtes "Etwas" gemäß § 812 Abs.1 BGB nur zu Lebzeiten des Erblassers und des Verzichtenden möglich⁶²⁵. Nach dem Tod einer Partei kommt nur noch ein Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs.2 BGB in Betracht.

bb) Kein Wertersatzanspruch mangels Bestimmbarkeit des objektiven Vermögenswerts eines Erbverzichts

Der Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB richtet sich nach dem objektiven⁶²⁶ Wert des Erlangten. Den Fällen, in denen in der Literatur zum Teil eine Subjektivierung des Wertbegriffs befürwortet wird⁶²⁷, nämlich den Fällen einer aufgedrängten Bereicherung und den Fällen, in denen eine Gewinnherausgabe erreicht werden soll, ist der Kondiktionsanspruch eines rechtsgrundlos auf das Erbe oder/und den Pflichtteil Verzichtenden bereits nicht zurechenbar. Darüber hinaus spricht

⁶²³ Das rechtskräftige, der Klage stattgebende Urteil ersetzt dann gemäß § 894 ZPO die Willenserklärung des Erblassers. Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.183; Lange, FS Nottarp, S.119 (129)

⁶²⁴ Siehe C. III. 2. u. 3.

⁶²⁵ Zu Lebzeiten beider Vertragsparteien, d.h. solange der Kondiktionsanspruch auf den Abschluß eines Aufhebungsvertrages gerichtet ist, ist kein Fall des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs.3 BGB denkbar. Solange der Erblasser lebt, hat er den Verzicht erlangt. Ein wie auch immer gearteter Wegfall des Verzichts ist nicht denkbar. Selbst wenn der Erblasser den Verzichtenden trotz des Verzichts testamentarisch zum Erben einsetzen sollte, wird die Existenz des Verzichts hierdurch nicht berührt. Ein Wegfall der Bereicherung ist nicht gegeben, da der Verzicht immer noch in der Welt ist und herausgegeben werden kann.

⁶²⁶ St.Rspr.: z.B. RGZ 147, 396 (398); BGHZ 10, 171 (179); 17, 236 (240); 82, 299 (307f) m.w.N.; MünchKomm/Lieb, §818 Rn.34 u. 35; Staudinger/Lorenz, §818, Rn.26 m.w.N.; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §72 III 2 b) u. d); Köhler, AcP 190, S.196 (532); a.A.: Esser/Weyers, SchuldR BT, § 51 I 4, wonach der individuelle Wert maßgeblich sei.

⁶²⁷ Siehe hierzu die Darstellung in MünchKomm/Lieb, §818, Rn.34 m.w.N.

grundsätzlich gegen eine Subjektivierung des Wertbegriffs, daß sich objektiver und subjektiver Wert vielfach decken werden sowie, daß sich die mit der Subjektivierung verfolgten Ziele der Gewinnherausgabe bzw. des Aufdrängungsschutzes auch außerhalb des § 818 Abs.2 BGB erreichen lassen⁶²⁸. Folglich ist dem Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB ein ausschließlich objektiver Wertbegriff zugrunde zu legen.

(1) Mögliche Bewertungskriterien

Fraglich ist, ob bzw. wie sich der objektive Wert, d.h. der Verkehrswert eines Erbverzichts ermitteln läßt. Der Zeitpunkt⁶²⁹ der Wertermittlung ist dabei vom Gesetz nicht vorgegeben⁶³⁰. Im Fall der *condictio ob causam finitam* wird jedoch die Ansicht vertreten, daß der Zeitpunkt des Wegfalls des Rechtsgrundes und damit der Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruches maßgeblich sein soll⁶³¹.

(a) Abfindungshöhe

In den Fällen des entgeltlichen Erbverzichts scheint auf den ersten Blick die an den Verzichtenden geleistete bzw. mit diesem vereinbarte Abfindung der geeignete Bemessungsfaktor für den Wertersatzanspruch zu sein. Man könnte auf den Gedanken kommen, in dem Wert der Abfindungsleistung den dem Erbverzicht zukommenden Verkehrswert zu erblicken. Dieser Schluß kann jedoch nicht gezogen werden. Die Höhe der Abfindung läßt allenfalls auf den subjektiven Wert des Erbverzichts, d.h. auf den Wert, den der Erblasser dem Erbverzicht beimißt, schließen. Dieser subjektive Wert muß auch keinesfalls mit dem objektiven Wert übereinstimmen, denn die Motive⁶³² des Erblassers für einen entgeltlichen Erbverzicht können unterschiedlichster Art sein und im Einzelfall in nicht genau ermittelbarer Weise für die Bemessung der Abfindungshöhe bestimmend sein. So ist es zum Beispiel denkbar, daß der Erblasser einem ihm persönlich sehr nahestehenden Verzichtenden aus

⁶²⁸ Vgl. MünchKomm/Lieb, § 818, Rn.35

⁶²⁹ Eine Übersicht über die verschiedenen in Betracht kommenden Zeitpunkte der Wertermittlung und eine Auseinandersetzung damit findet sich bei Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, §16 III. Siehe auch Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §72 III 5

⁶³⁰ Siehe Staudinger/Lorenz, § 818, Rn.31, nach dessen Auffassung der Zeitpunkt b e w u ß t nicht vorgegeben sei.

⁶³¹ So BGH NJW 1995, S.53 (55)

⁶³² Siehe hierzu A. I. 3. c) aa)

Gründen der Verbundenheit eine höhere Abfindung zukommen läßt, während er möglicherweise versuchen wird, einen in derselben erbrechtlichen Stellung befindlichen, aber unliebsamen Verzichtenden mit einer niedrigeren Abfindung zufriedenzustellen. Ob bzw. wie sich diese oder andere Motive in der Höhe der Abfindung niedergeschlagen haben, ist nicht (exakt) berechenbar. Folglich kann die Abfindungshöhe keinen Aufschluß über den objektiven Wert des Erbverzichts geben⁶³³.

(b) Höhe eines fiktiven Erb- und / oder Pflichtteilsanspruches

Möglicherweise ergibt sich der objektive Verkehrswert eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts aus der Höhe eines fiktiven Erb- bzw. Pflichtteilsanspruches des Verzichtenden. Als Stichtag für die fiktive Wertermittlung kommt entweder der Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages oder der Zeitpunkt des Erbfalls in Betracht. Für die Maßgeblichkeit des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages spricht, daß es sich hierbei um den bereicherungsrechtlichen Leistungszeitpunkt handelt, während für den Zeitpunkt des Erbfalls spricht, daß der Erbverzicht seine eigentliche Wirkung erst zu diesem Zeitpunkt entfaltet und der Wertersatzanspruch erst zu diesem Zeitpunkt entsteht⁶³⁴.

(aa) Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages

Gegen den Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages als Berechnungsgrundlage spricht zum einen, daß zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen einer *condictio ob causam finitam* überhaupt noch nicht gegeben sind und auch im Fall der *condictio indebiti* die Voraussetzungen eines Wertersatzanspruches nach § 818 Abs.2 BGB mangels Erbfalls noch nicht vorliegen⁶³⁵. Noch schwerer fällt jedoch ins Gewicht, daß eine genaue Berechnung eines fiktiven, auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages bezogenen Erb- oder Pflichtteilsanspruches mangels Kenntnis bzw. exakter Ermittelbarkeit des Vermögens des Erblassers in nahezu allen Fällen ausgeschlossen sein wird⁶³⁶. Weder die genaue fiktive Anspruchshöhe

⁶³³ Siehe auch Keim, Zuwendungsausgleich, S.56

⁶³⁴ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §72 III 5 f)

⁶³⁵ Vgl. BGH NJW 1995, S.53 (55); Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, 2.Halbband, §72 III 5 f)

⁶³⁶ Siehe auch Holthaus, Leistungsstörungen, S.100

als möglicher objektiver Wert des Verzichts noch der objektiv angemessene Wert sind somit ermittelbar, weshalb ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB basierend auf dem Zeitpunkt des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages ausscheidet⁶³⁷.

(bb) Zum Zeitpunkt des Erbfalls

Der Wert des Nachlasses zum Todeszeitpunkt kann ebenfalls nicht für die Wertbemessung eines fiktiven Erb- und/oder Pflichtteilsanspruches herangezogen werden⁶³⁸. Dies folgt bereits daraus, daß es sich bei dem Bereicherungsanspruch des Verzichtenden um einen gegen den Erblasser gerichteten Anspruch handelt, für den dessen Erben gemäß §§ 1922, 1967 BGB haften. Mittels des Wertersatzanspruches soll eine in der Person des Erblassers eingetretene Bereicherung abgeschöpft werden. Mit dem Tod des Erblassers "verflüchtigt" sich jedoch eine möglicherweise durch den Verzicht eingetretene Bereicherung in Gestalt einer meßbaren Vermögensmehrung bezogen auf die Person des Erblassers⁶³⁹. Die Erweiterung der Testierfreiheit des Erblassers erledigt sich mit dessen Tod und kann ab diesem Zeitpunkt einen abschöpfbaren Vermögensvorteil des Erblassers nicht mehr begründen⁶⁴⁰. Ein aufgrund Universalsukzession gegen die Erben des Erblassers gerichteter Wertersatzanspruch des Verzichtenden scheidet damit aus.

(2) Folgerungen

(a) Kondiktionsausschluß nach dem Tod einer Partei

Mangels Bestimmbarkeit des objektiven Vermögenswerts eines Erbverzichts ist der Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs.2 BGB ausgeschlossen. Somit steht dem Verzichtenden zwar zu Lebzeiten des Erblassers der Kondiktionsanspruch nach § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt. BGB oder S.2, 1.Alt. BGB zu, mit dem Tod des Erblassers ist eine

⁶³⁷ Dasselbe gilt für spätere, jedoch vor dem Erbfall gelegene, in Betracht kommende Zeitpunkte, wie etwa der Zeitpunkt der nachträglichen Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages.

⁶³⁸ Siehe Kollhosser, AcP 194, S.231 (257); Atzli, Erbverzicht, S.27; H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (526); a.A.:Staudinger/Schotten, §2346, Rn.184

⁶³⁹ Siehe H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (526); Kollhosser, AcP 194, S.231 (257); a.A.: Staudinger/Schotten, §2346, Rn.184

⁶⁴⁰ Damit ist entgegen Staudinger/Schotten, §2346, Rn.184 die Annahme einer Konkretisierung des Werts eines Erbverzichts auf den Todeszeitpunkt des Erblassers ausgeschlossen. Wo nichts mehr ist, kann nichts mehr konkretisiert werden.

Kondiktion jedoch nicht mehr möglich. Ein Bereicherungsanspruch des Verzichtenden ist ausgeschlossen.

(b) Funktion des Bereicherungsrechts durch eingeschränkte Kondizierbarkeit gewahrt

Das Bereicherungsrecht ist das notwendige Korrelat zum Abstraktionsprinzip⁶⁴¹. Es bietet die Möglichkeit, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß ein dingliches Rechtsgeschäft, das trotz unwirksamen schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts wirksam ist, rückabzuwickeln ist. Gerade dieser Funktion entspricht die Kondizierbarkeit eines aufgrund unwirksamen Abfindungsvertrages geleisteten Erbverzichts. Daß dabei eine Kondiktion in Gestalt des Wertersatzanspruches mit dem Tod des Erblassers ausgeschlossen ist, steht Sinn und Zweck des Bereicherungsrechts nicht entgegen. Wie z.B. auch anhand des § 818 Abs.3 BGB zu sehen ist, setzt sich das Bereicherungsrecht selbst Grenzen. Es soll eben nur die Abschöpfung einer vorhandenen Bereicherung ermöglicht werden. Ist diese nicht mehr vorhanden bzw. feststellbar, kann und will das Bereicherungsrecht -abgesehen von den Fällen der „Naturalrestitution“- keinen Anspruch verschaffen. Die Kondizierbarkeit des Erbverzichts nur zu Lebzeiten des Erblassers ist also mit der Ratio des Bereicherungsrechts durchaus zu vereinbaren.

e) Kein selbständiger Bereicherungsanspruch gegen die Erben des Erblassers

Wenn auch dem Verzichtenden aufgrund seines gegen den Erblasser gerichteten Bereicherungsanspruches kein von dessen Erben gemäß §§ 1922, 1967 BGB als Nachlaßverbindlichkeit zu erfüllender Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs.2 BGB zusteht, so kann nicht der Schluß gezogen werden, daß dem Verzichtenden gegen die Erben überhaupt kein Bereicherungsanspruch zustünde. Es ist zumindest in Betracht zu ziehen, daß die Erben dem Verzichtenden selbständig, d.h. nicht aus übergegangener sondern originärer Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung haften.

Einer originären Bereicherungshaftung der Erben steht jedoch entgegen, daß sie Erbe bzw. Erbe zu dieser Quote nicht aufgrund des Erbverzichts sondern entweder aufgrund Gesetzes, im Fall der gesetzlichen Erbfolge, oder aufgrund Verfügung von Todes

⁶⁴¹ Siehe Flume, BGB AT, Bd.2, § 12 I 2; Goldmann, Gruchot 56, S.161

wegen, im Fall testamentarischer Erbfolge, geworden sind⁶⁴². Mangels Leistung⁶⁴³, d.h. bewußter und zweckgerichteter Vermögensmehrung⁶⁴⁴ des Verzichtenden bzw. wegen fehlender Rechtsgrundlosigkeit⁶⁴⁵, scheidet ein Leistungskondiktionsanspruch des Verzichtenden gegen die Erben aus⁶⁴⁶. Dem Verzichtenden steht also mit dem Tod des Erblassers tatsächlich kein Kondiktionsanspruch bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages zu.

2. *Condictio ob rem*

Es stellt sich die Frage, ob bzw. in welchen Fällen dem Verzichtenden gegen den Erblasser ein Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung gemäß § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt BGB zustehen kann.

a) Fallkonstellationen⁶⁴⁷

aa) Fehlen sonstiger rechtlicher Verpflichtung

Unstrittig⁶⁴⁸ ist der Anwendungsbereich des § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB eröffnet, wenn eine Zweckvereinbarung⁶⁴⁹ im Sinne einer tatsächlichen Willensübereinstimmung der Beteiligten die alleinige rechtliche Verknüpfung der Leistung mit dem verfolgten Zweck darstellt, d.h. wenn insbesondere ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft als causa für die Leistung nicht vorliegt. Übertragen auf den entgeltlichen Erbverzicht heißt das, daß in den Fällen, in denen der Erbverzicht nicht aufgrund bzw. zur Erfüllung eines Abfindungsvertrages erklärt wird, eine Kondiktion des Erbverzichts wegen Zweckverfehlung bei Vorliegen der Voraussetzungen der *condictio ob rem* grundsätzlich möglich ist⁶⁵⁰.

⁶⁴² Vgl. Palandt/Edenhofer, Überblick vor § 2346, Rn.11; Damrau, Erbverzicht, S.107; Holthaus, Leistungsstörungen, S.101; Keim, Zuwendungsungleich, S.112

⁶⁴³ So auch Holthaus, Leistungsstörungen, S.101

⁶⁴⁴ Zum Leistungsbegriff siehe C. VII. 1. b) aa)

⁶⁴⁵ So Damrau, Erbverzicht, S.107; Holthaus, Leistungsstörungen, S.101; Keim, Zuwendungsungleich, S.112

⁶⁴⁶ Das gilt auch vor dem Tod des Erblassers, da die späteren Erben zu diesem Zeitpunkt mangels rechtlich geschützter Anwartschaft und lebzeitiger Verfügungsfreiheit des Erblassers nicht einmal "etwas" i.S.d. Bereicherungsrechts erlangt haben. Siehe Damrau, Erbverzicht, S.107

⁶⁴⁷ Der Anwendungsbereich der *condictio ob rem* wurde bereits in Kapitel B. VII. 2. erörtert, worauf verwiesen wird.

⁶⁴⁸ Vgl. B. VII. 2. b)

⁶⁴⁹ Bezüglich Begriff und Voraussetzungen der Zweckvereinbarung wird auf B. VII. 1. a) verwiesen

⁶⁵⁰ Vgl. AK/Teubner, vor §2346, Rn.36; MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.28

bb) "Zweckstaffelung"

Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich der *condictio ob rem* auch die Fälle erfaßt, in denen mit der Leistung ein über die Befreiung von einer Verbindlichkeit bzw. über den Erhalt einer Gegenleistung hinausgehender Zweck verfolgt wird. Hierbei handelt es sich um eine der umstrittensten Fragen des Bereicherungsrechts⁶⁵¹. Nach der hier vertretenen Ansicht⁶⁵² sind Fälle der Zweckstaffelung anzuerkennen und dem Anwendungsbereich der *condictio ob rem* zuzuordnen. Somit kann trotz Vorliegens eines (wirksamen) Abfindungsvertrages ein Kondiktionsanspruch des Verzichtenden wegen Verfehlung eines über die Erfüllung des Abfindungsvertrages hinausgehenden Zweckes gegeben sein.

b) Zweckverfehlung

Voraussetzung einer *condictio ob rem* ist, daß der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

aa) Der mit der Leistung bezweckte Erfolg

Der mit der Leistung bezweckte Erfolg setzt eine Zweckvereinbarung der Beteiligten voraus, deren Vorhandensein im Einzelfall geprüft werden muß. Als ein mit dem Erbverzicht bezweckter Erfolg kommt z.B. der spätere Erhalt einer Abfindung in Betracht, wenn sich die Parteien hierüber zwar tatsächlich einig sind, einen Abfindungsvertrag aber nicht schließen und auch sonst keine rechtsgeschäftliche Bindung eingehen wollen. Darüber hinaus ist es nach der hier vertretenen Ansicht möglich, daß mit dem Erbverzicht ein weiterer über die Erfüllung eines vorhandenen Abfindungsvertrages hinausgehender Zweck verfolgt wird. Hierbei kann es sich, mit Ausnahme der Erfüllung des Abfindungsvertrages und des Erhalts der darin vereinbarten Abfindung, um alle rechtlich zulässigen Zwecke handeln, über die sich die Parteien des Erbverzichtsvertrages in tatsächlichem Sinne einig sind.

bb) Nichteintritt des bezweckten Erfolgs

Liegt dem Erbverzicht eine Zweckvereinbarung im obigen Sinne zugrunde, dann

⁶⁵¹ Zum derzeitigen Meinungsstand siehe B. VII. 2. b)

⁶⁵² Siehe B. VII. 2. b) bb)

setzt ein Bereicherungsanspruch des Verzichtenden wegen Zweckverfehlung des weiteren voraus, daß der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eintritt. Ob dies der Fall ist oder nicht, ist im Einzelfall zu prüfen.

c) Weitere Voraussetzungen

Die *condictio ob rem* setzt als Leistungskondiktion ebenso wie die *condictio indebiti* bzw. *condictio ob causam finitam* voraus, daß der Bereicherungsschuldner "etwas" durch Leistung des Bereicherungsgläubigers erlangt. Die Erklärung des Erbverzichts stellt eine Leistung des Verzichtenden an den Erblasser dar, der hierdurch "etwas" i.S.d. § 812 Abs.1 BGB erlangt⁶⁵³.

d) Anspruchsinhalt

Liegen somit die Voraussetzungen einer *condictio ob rem* vor, so führt dies zu denselben Rechtsfolgen wie im Falle einer *condictio indebiti* bzw. *condictio ob causam finitam*⁶⁵⁴. Zu Lebzeiten des Erblassers hat der Verzichtende gegen den Erblasser gemäß § 812 Abs.1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe des Erbverzichts durch Abschluß eines Aufhebungsvertrages nach § 2351 BGB. Mit dem Tod des Erblassers wird dieser Anspruch jedoch unmöglich und ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB scheidet mangels Bestimmbarkeit des objektiven Werts eines Erbverzichts aus. Ein Bereicherungsanspruch gegen die Erben des Erblassers ist nicht gegeben.⁶⁵⁵

Der zu Lebzeiten des Erblassers begründete Kondiktionsanspruch wird in den sog. Zweckstaffelungsfällen auch nicht von den Regeln über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängt⁶⁵⁶. Zwar ist nach der hier vertretenen Ansicht⁶⁵⁷ eine klare Abgrenzung zwischen Zweckvereinbarung und Geschäftsgrundlage in der Praxis gerade in diesen Fällen oft nicht eindeutig vorzunehmen, weshalb es tatsächlich zu Überschneidungen kommen kann, doch bietet das Bereicherungsrecht im

⁶⁵³ Die Problematik des erlangten "Etwas" und der Leistung wurde bereits im Rahmen der *condictio indebiti* bzw. *condictio ob causam finitam* erörtert, weshalb auf C. VII. 1. a) und b) verwiesen wird.

⁶⁵⁴ Siehe C. VII. 1. d) und e)

⁶⁵⁵ Ebenfalls für einen Ausschluß der *condictio ob rem* nach dem Erbfall, allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit BGH ZEV 1999, S.62 (63); ihm folgend: Langenfeld, LM, §2352 BGB, Nr.5

⁶⁵⁶ Zum Verhältnis der Kondiktion wegen Zweckverfehlung und den WGG-Grundsätzen in den Zweckstaffelungsfällen siehe B. VII. 2. b) bb).

⁶⁵⁷ Zur Abgrenzung von Zweckvereinbarung und Geschäftsgrundlage siehe B. VII. 1. b) bb).

Verhältnis zu den Grundsätzen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage hier die sachgerechtere Rechtsfolge. Nach den Grundsätzen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist vorrangig eine Vertragsanpassung⁶⁵⁸ anzustreben, welche hier jedoch nicht möglich ist. Das Bereicherungsrecht hingegen sieht eine Rückabwicklung des Erbverzichtsvertrages durch Abschluß eines Aufhebungsvertrages vor. Die Regeln über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage werden zur Erzielung dieser Rechtsfolge nicht benötigt⁶⁵⁹.

VIII. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage

In der Literatur⁶⁶⁰ wird die Ansicht vertreten, daß die Grundsätze über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage in den Fällen, in denen nach der hier vertretenen Ansicht eine Lösung über das Bereicherungsrecht möglich und vorzugswürdig ist⁶⁶¹, wegen nicht gegebener Kondizierbarkeit des Erbverzichts anzuwenden seien. Nach der hier vertretenen Auffassung ist in den besagten Fällen ein Kondiktionsanspruch des Verzichtenden zwar zu bejahen, jedoch ist hieraus nicht zu folgern, daß dem Verzichtenden keinesfalls ein Anspruch wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage zustehen kann.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage

Der Abfindungsvertrag ist ein synallagmatischer schuldrechtlicher Vertrag⁶⁶², so daß in den Fällen, in denen die Parteien einen Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft des entgeltlichen Erbverzichts geschlossen haben, die Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich des Abfindungsvertrages grundsätzlich anwendbar sind⁶⁶³. In Bezug auf den Erbverzichtsvertrag ist eine Anwendung

⁶⁵⁸ Allg.M.: z.B. BGH NJW 1967, S.721 (722); WM 1973, S.752 (753); ZEV 1999, S.188 (191); AK/Teubner, §242, Rn.101; MünchKomm/Roth, §242, Rn.544; Palandt/Heinrichs, §242, Rn. 130; Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.91; Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 3 a)

⁶⁵⁹ Ebenfalls gegen eine Rückabwicklung des Erbverzichts über die Grundsätze des Fehlens und Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (381). Siehe auch Jauernig/Stürner, §2346, Rn.6

⁶⁶⁰ So z.B. Soergel/Damrau, § 2346, Rn. 4, wonach in der Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrages ein Wegfall der Geschäftsgrundlage des Erbverzichts (!) zu sehen sei. Ebenso Damrau, Erbverzicht, S.112ff, insbes. S.122

⁶⁶¹ Siehe C. VII.

⁶⁶² Siehe B. IV. 1.

⁶⁶³ Vgl. B. IV. 4. c) sowie Palandt/Heinrichs, §242, Rn.114; Schotten, DNotZ 1998, S.163

ebenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Zwar handelt es sich hierbei nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern um ein erbrechtliches Verfügungsgeschäft⁶⁶⁴, doch fallen auch Verträge des Erbrechts in den Anwendungsbereich der Geschäftsgrundlagenlehre⁶⁶⁵, wobei allerdings die jeweiligen erbrechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

2. Voraussetzungen

a) Keine Spezialregelung einschlägig

Die Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage greifen nur ein, wenn keine spezielle Regelung des Leistungsstörungsrechts einschlägig ist⁶⁶⁶. Insoweit sind die im Grundsatz von Treu und Glauben wurzelnden Regeln subsidiär.

b) Geschäftsgrundlage

aa) Begriff

Über den Begriff der Geschäftsgrundlage besteht keine Einigkeit⁶⁶⁷. In der Rechtsprechung hat sich ein einheitlicher Begriff durchgesetzt, während ansonsten verschiedene Definitionsansätze zu finden sind, von denen insbesondere der von Larenz vertretene Geschäftsgrundlagenbegriff erörterungswürdig erscheint.

(1) Nach der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung⁶⁶⁸ sind Geschäftsgrundlage die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluß zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Parteien oder die dem anderen Teil erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille der

(173)

⁶⁶⁴ Siehe B. II. 2.

⁶⁶⁵ So Palandt/Heinrichs, §242, Rn.114; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 VI 1 a)

⁶⁶⁶ Vgl. Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.64; Kropholler/Berenbrok, §242, Rn.6; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 VI 2

⁶⁶⁷ Ein guter Überblick über die verschiedenen Theorien und Definitionen zur Geschäftsgrundlage findet sich bei Soergel/Teichmann, § 242, Rn.208ff

⁶⁶⁸ St. Rspr.: z.B. BGH ZEV 1999, S.188 (191); NJW-RR 1990, S.386 (387); WM 1973, S.752 (753); BGHZ 25, 390 (392); OLG Oldenburg NJW 1994, S.1539

Parteien aufbaut. Bloße Wünsche, Ratschläge oder Empfehlungen eines Vertragspartners werden vom Geschäftsgrundlagenbegriff nicht erfaßt⁶⁶⁹.

(2) Nach Larenz

Larenz⁶⁷⁰ begründete die Auffassung, daß der Begriff "Geschäftsgrundlage" in einem doppelten Sinne, nämlich subjektiv als auch objektiv, verstanden werden müsse. Unter der subjektiven Geschäftsgrundlage sei eine bestimmte gemeinsame Vorstellung oder Erwartung beider Vertragsparteien oder eine bei einer von ihnen vorhandene, von der anderen Partei wenigstens erkannte Vorstellung zu verstehen, die die betreffende Partei zur Grundlage ihrer Überlegungen und ihres Entschlusses genommen habe. Hingegen seien objektive Geschäftsgrundlage alle die Umstände, deren Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich sei, damit der Vertrag gemäß den Intentionen der Vertragsparteien noch als sinnvolle Regelung bestehen könne.

Diese Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Geschäftsgrundlage sei deshalb von besonderer Bedeutung, weil die subjektive Geschäftsgrundlage in ihrer rechtlichen Behandlung in den Zusammenhang mit der Lehre vom Motivirrtum und von den "Willensmängeln" gehöre, während die Behandlung der objektiven Geschäftsgrundlage mit der Lehre vom Unvermögen, der nachträglichen Unmöglichkeit und der Zweckerreichung zusammenhänge⁶⁷¹.

(3) Stellungnahme

Die systematische Einteilung in subjektive und objektive Geschäftsgrundlage läßt sich faktisch nicht durchführen⁶⁷². In einer Vielzahl der Fälle wird eine Einordnung sowohl als subjektive als auch objektive Geschäftsgrundlage möglich sein. Sind die Parteien zum Beispiel davon ausgegangen, daß ein als Abfindung für einen Erbverzicht übertragenes Grundstück auch in Zukunft bebaubar sein wird, was dann aber doch nicht der Fall ist, dann läßt sich dies als Wegfall sowohl der subjektiven als auch der

⁶⁶⁹ So OLG Oldenburg NJW 1994, S.1539

⁶⁷⁰ Siehe Larenz, Geschäftsgrundlage, S.17ff u. 184f; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 III 3; Larenz, SchuldR AT, §10 II d)

⁶⁷¹ Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage, S.18

⁶⁷² Vgl. Soergel/Teichmann, §242, Rn.211; Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 1 a); ders., BGB AT, §53 II 2; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.180, wonach objektive und subjektive Merkmale in einer Formel zu verbinden seien (S.178f).

objektiven Geschäftsgrundlage qualifizieren⁶⁷³. Die von Larenz befürwortete Unterscheidung ist also nicht hilfreich. Vielmehr beziehen sich beide Geschäftsgrundlagenbegriffe auf eine Leistungsstörung, nämlich darauf, daß einem Leistungsvorhaben von den Parteien gemeinsam zu tragende Risiken entgegenstehen⁶⁷⁴. Hinzu kommt, daß die Rechtsfolgen bei Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage unabhängig davon, ob es sich um eine subjektive oder objektive Geschäftsgrundlage handelt, dieselben sein sollen⁶⁷⁵. Somit ist die von Larenz befürwortete Differenzierung -unabhängig von der Frage der Realisierbarkeit- überflüssig. Aufgabe des Geschäftsgrundlagenbegriffs ist vielmehr einzig und allein die von den Parteien gemeinsam zu tragenden Risiken von den einseitig gebliebenen Vorstellungen und Zwecken einer Vertragspartei abzugrenzen⁶⁷⁶. Dieser Anforderung wird der von der Rechtsprechung vertretene, der subjektiven Formel von Oertmann⁶⁷⁷ angenäherte, Geschäftsgrundlagenbegriff nicht in allen Fällen gerecht. Teichmann⁶⁷⁸ führt insoweit zutreffend aus, daß z.B. in den Fällen, in denen die Parteien das künftige Vorhandensein konkreter Umstände für völlig unproblematisch halten, diese keinerlei Vorstellungen entwickeln, die bei Vertragsschluß "zutage" treten könnten. Meines Erachtens ist somit zwar im Ausgangspunkt von der Formel der Rechtsprechung auszugehen, doch ist im Einzelfall, basierend auf der Frage, ob das Risiko von beiden Parteien zu tragen ist, im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu prüfen, ob nicht eine Korrektur in erweiterndem oder einschränkendem Sinn vorzunehmen ist⁶⁷⁹. Eine für alle Fälle geltende einheitliche Bestimmung der Geschäftsgrundlage muß hierbei als "fast hoffnungslos"⁶⁸⁰ betrachtet werden⁶⁸¹.

⁶⁷³ Ein weiteres Beispiel findet sich bei Soergel/Teichmann, §242, Rn.211

⁶⁷⁴ Vgl. Soergel/Teichmann, §242, Rn.211; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 III

⁶⁷⁵ Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V

⁶⁷⁶ Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §38 III; H.P. Westermann, Die causa, S.114, welcher in einer Zweckvereinbarung i.S.d. Lehre vom Fortfall der GG eine Abmachung über die Verteilung des Vertragsrisikos sieht.

⁶⁷⁷ Siehe hierzu Larenz, Geschäftsgrundlage, S.1ff; Soergel/Teichmann, §242, Rn.208

⁶⁷⁸ Soergel/Teichmann, §242, Rn.208; so auch Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.67

⁶⁷⁹ Vgl. AK/Teubner, §242, Rn.95; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.113; Enneccerus/Nipperdey, Bürgerliches Recht, Bd.1, 2.Halbband, S.1079f

⁶⁸⁰ So H.P. Westermann, Die causa, S.112

⁶⁸¹ Nach Pohl, Unbewußte Vorstellungen, S.112f., sind vier Fallgruppen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu unterscheiden: 1. Falsche Vorstellungen oder Umstände der Vergangenheit oder Gegenwart; 2. Nichtwissen hinsichtlich Umstände der Vergangenheit oder Gegenwart; 3. Nichterfüllte Erwartungen; 4. Nichtwissen hinsichtlich Umstände der Zukunft

Annäherungsweise dürfte in der Praxis für die Bestimmung der Geschäftsgrundlage die Formel von Medicus⁶⁸² gelten:

Geschäftsgrundlage ist ein Umstand,

- den mindestens eine Partei beim Vertragsschluß vorausgesetzt hat
- der für diese Partei so wichtig war, daß sie den Vertrag nicht oder anders abgeschlossen hätte, wenn sie die Richtigkeit ihrer Voraussetzung als fraglich erkannt hätte, und
- auf dessen Berücksichtigung die andere Partei sich redlicherweise hätte einlassen müssen.

bb) Abgrenzung

Im Rahmen der Lehre vom Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage stellt sich regelmäßig die Frage nach deren Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten, auch wenn diese nicht in allen Fällen möglich ist. So wurde hinsichtlich der *condictio ob rem* bereits ausgeführt⁶⁸³, daß eine Abgrenzung zwischen Zweckvereinbarung im Sinn des § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB und der Geschäftsgrundlage praktisch nicht durchführbar sei. Vielmehr sei in Zweifelsfällen darauf abzustellen, ob das Bereicherungsrecht oder die Grundsätze des Fehlens und Wegfalls der Geschäftsgrundlage die sachgerechteren Rechtsfolgen bieten⁶⁸⁴.

Eine Abgrenzung zur Ermittlung des Vertragsinhalts durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ist hingegen möglich und zwingend erforderlich. Auszulegen ist nämlich der Vertragsinhalt, während die Geschäftsgrundlage bzw. deren Bestandteile gerade kein Vertragsinhalt sind⁶⁸⁵. Wie bereits dem Wort "Geschäftsgrundlage" zu entnehmen ist, geht es hierbei vielmehr um nicht zum Vertragsinhalt gewordene Grundlagen des Vertrages.

Von der Bedingung⁶⁸⁶ ist die Geschäftsgrundlage ebenfalls zu unterscheiden. Während die Bedingung zum Vertragsinhalt gehört, trifft dies auf die Geschäftsgrundlage, wie bereits aufgeführt, nicht zu⁶⁸⁷. Bei der Bedingung wird im Wege einer Vereinbarung die Zuordnung erkannter Risiken unter den Parteien vorgenommen. Bei der

⁶⁸² Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 1 b)

⁶⁸³ Siehe B. VII. 1. b) bb)

⁶⁸⁴ Siehe B. VII. 2. b) bb)

⁶⁸⁵ Vgl. MünchKomm/Roth, §242, Rn.571; Medicus, BGB AT, §53 III 1 u. 3 c)

⁶⁸⁶ Zum Begriff der Bedingung siehe B. V. 2. a) aa) (1)

⁶⁸⁷ Vgl. MünchKomm/Roth, §242, Rn.574

Geschäftsgrundlagenlehre geht es dagegen darum, Vertragslücken, die auf nicht erkannten oder nicht für regelungsbedürftig gehaltene Risiken basieren, nachträglich zu schließen⁶⁸⁸.

Sachmängel und Fälle der Unmöglichkeit sind -abgesehen von den Fällen der Zweckverfehlung- nach den dafür vorgesehenen gesetzlichen Regeln zu behandeln⁶⁸⁹. Dasselbe gilt bei zur Anfechtung berechtigenden Irrtümern nur einer Partei. Beim beiderseitigen (Motiv-)Irrtum ist hingegen ein Fehlen der Geschäftsgrundlage zu bejahen⁶⁹⁰.

cc) Risikoverteilung beim entgeltlichen Erbverzicht

Wesentlich für die Frage nach der Geschäftsgrundlage ist, inwieweit die mit der Durchführung des Abfindungs- und/oder Erbverzichtsvertrages verbundenen Risiken von der einen oder der anderen Partei zu tragen sind⁶⁹¹. Risiken, die allein dem Verzichtenden zugewiesen sind, gehören nicht zur Geschäftsgrundlage⁶⁹² und berechtigen im Fall ihrer Realisierung in der Regel nicht dazu, sich auf das Fehlen oder auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen⁶⁹³.

Auf die Risikoordnung beim entgeltlichen Erbverzicht als aleatorischem Rechtsgeschäft wurde bereits kurz im Zusammenhang mit der Frage nach der Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages gemäß § 119 Abs.2 BGB eingegangen⁶⁹⁴. Zu wiederholen ist, daß Veränderungen zwischen Vertragsschluß und Erbfall, welche für den Wert oder den Umfang der mit dem Verzicht aufgegebenen Rechtsposition bestimmend sind, vertragstypisch sind und mithin vom Risikocharakter des entgeltlichen Erbverzichts umfaßt werden. Insbesondere hat der Verzichtende in Anbetracht dessen, daß er mit der Abfindung statt der ungewissen Aussicht auf einen Erwerb von Todes wegen bereits zu Lebzeiten des Erblassers einen sicheren Erwerb erlangt, das Risiko einer auch erheblichen Vermögensmehrung seitens des Erblassers sowie Verschiebungen der Höhe seiner ursprünglich gegebenen Erbquote zu seinen

⁶⁸⁸ Vgl. AK/Ott, vor §158, Rn.13; ähnlich H.P.Westermann, §158, Rn.51

⁶⁸⁹ Siehe hierzu MünchKomm/Roth, §242, Rn.576 u. 582; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 VI 2 b)

⁶⁹⁰ Vgl. MünchKomm/Roth, §242, Rn.579ff

⁶⁹¹ Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §38 III 4b) u. IV 2; Coing, NJW 1967, S.1777 (1779)

⁶⁹² Vgl. Palandt/Heinrichs, §242, Rn.126; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 IV 2

⁶⁹³ Siehe BGHZ 101,142 (151f); RGRK/Alff, §242, Rn.61; MünchKomm/Roth, §242, Rn.541; Edenfeld, ZEV 1997, S.134,(138)

⁶⁹⁴ Siehe B. IV. 5. b) bb) m.w.N.

Gunsten bis zum Erbfall zu tragen⁶⁹⁵. Andererseits trägt der Erblasser das Risiko von Vermögensminderungen sowie das Risiko eines Vorversterbens des Verzichtenden⁶⁹⁶. In diesen Fällen eindeutiger Risikozurechnung ist ein Berufen auf Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht gestattet⁶⁹⁷. Anders ist es hingegen z.B. mit anfänglichen offensichtlichen Fehlbewertungen beider Seiten⁶⁹⁸. Der Risikocharakter des Erbverzichts erfaßt nicht die gegenwärtige Vermögenslage des Erblassers⁶⁹⁹. Diesbezügliche Risiken können nicht einer Partei in der Weise zugerechnet werden, daß sie von dieser einseitig getragen werden müßten. Des weiteren werden völlig außerhalb der Parteivorstellungen gelegene Umstände oder Entwicklungen, mit denen nach allgemeiner Lebenserfahrung auch nicht zu rechnen war bzw. ist, vom Risikocharakter des entgeltlichen Erbverzichts nicht erfaßt. Hierbei kann es sich z.B. um außerhalb jeglicher Vorstellung liegende Vermögensänderungen beim Erblasser oder unvorhersehbar starke Wertverluste der vereinbarten oder bereits geleisteten Abfindung handeln⁷⁰⁰. Angesichts des aleatorischen Charakters des Erbverzichts ist jedoch darauf zu achten, daß es sich hierbei tatsächlich um äußerst eng begrenzte Ausnahmefälle handelt.

Insgesamt ist festzustellen, daß zwar trotz des Risikocharakters des entgeltlichen Erbverzichts Umstände und Entwicklungen möglich sind, die ein Berufen auf das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestatten, doch ist dieser Anwendungsbereich angesichts der beim Erbverzicht anzutreffenden Eigenheiten auf ganz besonders krasse Ausnahmefälle beschränkt⁷⁰¹.

⁶⁹⁵ Vgl. BayObLG ZEV 1997, S.228 (229) = DNotZ 1996, S.796 (799) = NJW-RR 1995, S.648 (649); Staudinger/Schotten, §2346, Rn.190; Atzli, Erbverzicht, S.27; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Schotten, DNotZ 1998, S.163 (173); Coing, NJW 1967, S.1777(1779); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (522)

⁶⁹⁶ Vgl. BayObLG ZEV 1997, S.228 (229) = DNotZ 1996, S.796 (799); Atzli, Erbverzicht, S.27; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (173); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (522)

⁶⁹⁷ Siehe BayObLG ZEV 1995, S.228 (229) = DNotZ 1996, S.796 (799) = NJW-RR 1995, S.648 (649); MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.24; AK/Teubner, vor §2346, Rn.31; Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346ff, Rn.26 und §2346, Rn.190; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Schotten, DNotZ 1998, S.163 (173); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (522)

⁶⁹⁸ Vgl. BGHZ 113, 310 (315); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Coing, NJW 1967, S.1777 (1780); Kollhoser, AcP 194, S.231 (255)

⁶⁹⁹ Siehe hierzu B. IV. 5. b) bb) m.w.N. sowie BGHZ 113, 310 (315); Schotten, DNotZ 1998, S.163 (174)

⁷⁰⁰ Siehe Schotten, DNotZ 1998, S.163 (174)

⁷⁰¹ Vgl. Staudinger/Schotten, Einl zu §§2346, Rn.25f; Schotten, DNotZ 1998, S.163 (174f); Kollhoser, AcP 194, S.231 (254); Coing, NJW 1967, S.1777 (1780); H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (522f)

c) Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage

Ein Berufen auf die Grundsätze des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage seitens des Verzichtenden setzt -wie bereits dem Wortlaut dieses Rechtsinstituts zu entnehmen ist- voraus, daß eine nach den gerade dargelegten Grundsätzen bestimmte Geschäftsgrundlage bereits bei Vertragsschluß gefehlt hat oder nachträglich weggefallen ist. Hierbei genügt jedoch nicht jede beliebige Veränderung der Geschäftsgrundlage. Vielmehr muß die Abweichung der tatsächlichen Umstände oder Entwicklungen von den vorgestellten Umständen oder Entwicklungen sowohl erheblich als auch wesentlich sein⁷⁰². Ob eine in diesem Sinn wesentliche und erhebliche Änderung vorliegt, kann nur im Einzelfall festgestellt werden, wobei zu berücksichtigen ist, daß es sich bei dem entgeltlichen Erbverzicht um ein Risikogeschäft handelt.

d) Unzumutbarkeit

Abschließend stellt sich für die Anwendbarkeit der Grundsätze des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Frage der Unzumutbarkeit der eingetretenen Veränderungen. Im Rahmen einer umfassenden Zumutbarkeitsbeurteilung⁷⁰³ unter Berücksichtigung aller vertragsrelevanten Umstände, d.h. wiederum insbesondere unter Berücksichtigung des aleatorischen Charakters des entgeltlichen Erbverzichts, ist zu klären, ob der Verzichtende die eingetretenen Veränderungen zu tragen hat oder ob bzw. in welchem Umfang diese zu berücksichtigen sind.

3. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages

In der Literatur⁷⁰⁴ wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß es sich bei den Fällen, in denen dem Erbverzichtsvertrag ein unwirksamer, d.h. von Anfang an nichtiger oder nachträglich unwirksam gewordener Abfindungsvertrag zugrundeliegt, um Fälle des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage handelt. Hierauf soll im folgenden näher eingegangen werden.

⁷⁰² Siehe Palandt/Heinrichs, §242, Rn.125; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 IV 1

⁷⁰³ Vgl. Palandt/Heinrichs, §242, Rn.131; Soergel/Teichmann, §242, Rn.245ff; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 IV 3

⁷⁰⁴ So Palandt/Edenhofer, Überblick vor §2346, Rn.11; Soergel/Damrau, §2346, Rn.4; Degenhart, RPfleger 1969, S.145 (149) und Haegele, BWNtZ 1971, S.36 (37), welche keine nähere

a) Die bejahende Ansicht Damraus

Damrau⁷⁰⁵ begründete die Auffassung, daß dem Verzichtenden bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages durch Anwendung von der Lehre der Geschäftsgrundlage ein Ausgleich zu gewähren sei. Es sei dem Verzichtenden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, am Verzicht festzuhalten.

Der Abfindungsvertrag erfülle im Hinblick auf den Erbverzicht die Anforderungen, die nach den „verbreitesten Lehrmeinungen“, insbesondere nach der von der Rechtsprechung von Oertmann übernommenen Formel, an eine Geschäftsgrundlage zu stellen seien⁷⁰⁶.

Der Umstand, daß der Abfindungsvertrag die causa des Erbverzichts sei, stehe einer Bewertung als Geschäftsgrundlage ebenfalls nicht entgegen. Zum einen könne ein Vorrang des Bereicherungsrechts bei Fehlen der causa hier nicht anerkannt werden, da Bereicherungsansprüche des Verzichtenden ausgeschlossen seien, weil der Erblasser nichts auf Kosten des Verzichtenden erlange, zum anderen werde auch nicht das System des Kondiktionsrechts durchbrochen sondern vielmehr ergänzt „aus dem dem System selbst zugrunde liegenden Gesichtspunkt durch die umfassendere und nicht auf Vermögensverschiebungen beschränkte Lehre von der Geschäftsgrundlage“⁷⁰⁷.

Rechtsfolge der Anwendbarkeit der Lehre der Geschäftsgrundlage müsse sein, daß der Verzicht als von vornherein ungültig anzusehen sei. Ein Rücktrittsrecht sei jedoch zu sehr auf schuldrechtliche Verträge abgestellt, weshalb es vorzuziehen sei, dem Verzichtenden das Recht zuzusprechen, mittels einer aus § 242 BGB hergeleiteten Anfechtungserklärung gegenüber dem Erblasser oder nach dessen Tod gegenüber denjenigen, die bei Wirksamkeit des Verzichts Erben wären, den Verzichtsvertrag rückwirkend zu beseitigen⁷⁰⁸.

b) Kritik

Der Abfindungsvertrag ist causa des Erbverzichts⁷⁰⁹ und damit nicht zugleich dessen

Begründung geben. Ausführlich hingegen Damrau, Erbverzicht, S.92 u. 112ff

⁷⁰⁵ Damrau, Erbverzicht, S.112ff

⁷⁰⁶ Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.113f

⁷⁰⁷ Siehe Damrau, Erbverzicht, S.115f

⁷⁰⁸ Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.117ff, insbes. S.117 u. 122. Neben dem Anfechtungsrecht anerkennt Damrau auch noch den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (S.118ff, insbes. S.118 u. 122), worauf unter IX. eingegangen wird.

⁷⁰⁹ Siehe B. IV.

Geschäftsgrundlage⁷¹⁰. H.P. Westermann⁷¹¹ ist darin zuzustimmen, daß eine Zweckvereinbarung i.S.d. Geschäftsgrundlagenlehre sich von einer Zweckvereinbarung i.S.d. causa-Lehre dadurch unterscheidet, daß es sich bei der letzteren um die Vereinbarung eines Vertragsinternums handelt, während die Geschäftsgrundlage ein Vertragsexternum betrifft. Der synallagmatische Abfindungsvertrag, dessen Verpflichtungen selbständig einklagbar sind, ist mit einer Geschäftsgrundlage, über die gerade keine Vereinbarung mit rechtsgeschäftlichem Bindungswillen erfolgt, nicht zu vergleichen. Causa, d.h. insbesondere das schuldrechtliche Kausalgeschäft, und Geschäftsgrundlage dürfen nicht gleichgesetzt werden⁷¹². Dafür spricht auch, daß der Gesetzgeber durch das Bereicherungsrecht, insbesondere durch § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt. BGB und § 812 Abs.1 S.2, 1.Alt. BGB ein Institut geschaffen hat, mit dem gerade die Fälle gelöst werden sollen, in denen das Verfügungsgeschäft zur Erfüllung eines unwirksamen Grundgeschäfts erfolgte. Dieses System des Bereicherungsrechts würde entgegen Damrau sehr wohl durchbrochen werden, wenn man bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages einen Anwendungsfall der Geschäftsgrundlagenlehre bejahen würde⁷¹³. Dies folgt zum einen daraus, daß zumindest zu Lebzeiten der Parteien ein Kondiktionsanspruch des Verzichtenden besteht⁷¹⁴, zum anderen müßten -der Ansicht Damraus folgend- konsequenterweise nahezu alle Kausalgeschäfte als Geschäftsgrundlage qualifiziert werden, wodurch die bereicherungsrechtlichen Vorschriften in unzulässiger Weise in ihrer Berechtigung in Frage gestellt würden. Keinesfalls kann hierin eine bloße "Ergänzung" des Bereicherungsrechts gesehen werden. Des weiteren ist bei der Frage nach der Anwendbarkeit eines Rechtsinstituts nicht von den gewünschten Rechtsfolgen, sondern von den erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen auszugehen. Allein deshalb den Abfindungsvertrag als Geschäftsgrundlage des Erbverzichts zu qualifizieren, weil dem Verzichtenden damit im Fall der Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages geholfen werden kann, erscheint willkürlich und ist abzulehnen.

⁷¹⁰ Ebenso H.P. Westermann, Die causa, S.114 u. 115; Medicus, BGB AT, §20 II 5 b), Rn.240, welcher sich allerdings auf das Abstraktionsprinzip beruft; Keim, Zuwendungsausgleich, S.122, Battes, AcP 178, S.337 (374 u. 376) m.w.N.

⁷¹¹ H.P. Westermann, Die causa, S.114 u. 115; ähnlich Keim, Zuwendungsausgleich, S.122 sowie Battes, AcP 178, S.337 (374 u. 376)

⁷¹² Hinsichtlich der Abgrenzung von Zweckvereinbarung i.S.d. *condictio ob rem* und Geschäftsgrundlage siehe B. VII. 1. b) bb) u. 2. b) bb) sowie C. VIII. 2. b) bb).

⁷¹³ So auch Keim, Zuwendungsausgleich, S.122

⁷¹⁴ Siehe C. VII. 1.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Ansicht Damraus spricht, ist, daß regelmäßige Rechtsfolge des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung und nur ausnahmsweise eine Lösung der vertraglichen Bindung ist⁷¹⁵. Sollte jedoch ausnahmsweise eine Vertragsauflösung in Betracht kommen, so erfolgt diese regelmäßig durch Rücktritt mit ex-nunc-Wirkung und nicht -wie im Falle einer Anfechtung- mit ex-tunc-Wirkung. Zudem sind die Anfechtungsgründe gesetzlich abschließend geregelt, weshalb nicht im Einzelfall rechtsfolgenorientiert das Fehlen oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage als "neuer" Anfechtungsgrund konstituiert werden darf. Auch insoweit müßte konsequenterweise in den sonstigen Fällen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein Anfechtungsrecht in Betracht gezogen werden, welches jedoch mit dem gesetzlichen System der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen nicht in Einklang zu bringen wäre. Wenn Damrau dem Verzichtenden das Institut der Geschäftsgrundlage helfend zur Seite stellen will, dann wäre die einzig mögliche, auf Lösung der erbverzichtsvertraglichen Bindung gerichtete Rechtsfolge diejenige des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages i.S.d. § 2351 BGB⁷¹⁶, welcher jedoch nur zu Lebzeiten der Parteien geschlossen werden kann⁷¹⁷. Da aber zu Lebzeiten der Parteien der Erbverzicht kondizierbar ist und mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage nach dem Tod einer Partei keine interessengerechte Rechtsfolgeregelung zu erreichen ist, ist die Ansicht Damraus, wonach die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages über die Geschäftsgrundlagenlehre zu berücksichtigen ist, abzulehnen.

4. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage in sonstigen Fällen

Wenn auch die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages nicht als Fall des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzuerkennen ist, so gibt es durchaus Konstellationen, in denen ein Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt.

⁷¹⁵ Hierauf wird unter C. VIII. 4. b) näher eingegangen.

⁷¹⁶ Ein Rücktritt vom Erbverzicht als erbrechtlichem Verfügungsgeschäft ist nicht möglich. Vgl. B. VIII. 2. a) sowie C. V. 2. und VI.; Reul, MittRhNotK 1997, S. 373 (381), hält eine Rückabwicklung des Erbverzichts über das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sogar gänzlich für ausgeschlossen. Ähnlich Jauernig/Stürner, §2346, Rn.7

⁷¹⁷ Siehe C. III. 2. u. 3.

a) Beispielsfälle

Kollhosser⁷¹⁸ sieht den Anwendungsbereich der Lehre vom Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage in den Wiedervereinigungsfällen eröffnet, so z.B. in den Fällen, in denen alle Beteiligten bei Abschluß des Abfindungs- bzw. Verzichtsvertrages von der Vorstellung ausgegangen sind, daß in der damaligen DDR befindliche Vermögensteile verloren und somit nicht zu berücksichtigen wären. Des weiteren wird bei groben Rechen- oder Bewertungsfehlern im Rahmen der Abfindungsverhandlungen eine Korrektur wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage für möglich gehalten⁷¹⁹. Der BGH⁷²⁰ hat einen Wegfall der Geschäftsgrundlage darüber hinaus in einem Fall anerkannt, in dem die Vertragsteile den mit dem Vertrag zwar angestrebten, jedoch nicht zum Vertragsinhalt gemachten Zweck nicht erreichen konnten. Nach der hier vertretenen Ansicht⁷²¹, wonach Geschäftsgrundlage und Zweckvereinbarung im Sinne der *condictio ob rem* -wenn auch oft nur schwer- zu unterscheiden sind, muß im Einzelfall allerdings geprüft werden, ob es sich bei dem „angestrebten Zweck“ tatsächlich um eine Geschäftsgrundlage handelt oder ob möglicherweise eine Zweckvereinbarung vorliegt, welche zur Anwendbarkeit der *condictio ob rem*⁷²² führt.

Das Reichsgericht⁷²³ bejahte einen Wegfall der Geschäftsgrundlage sogar wegen einer inflationsbedingten Verringerung des Werts der Abfindung, was jedoch in Anbetracht des Risikocharakters des entgeltlichen Erbverzichts abzulehnen ist. Nur ein „völlig außerhalb jeder Vorstellung liegender Wertverfall“⁷²⁴ der Abfindung kann die Anwendbarkeit der Geschäftsgrundlagenlehre rechtfertigen. So ist H.P. Westermann⁷²⁵ folgend in Betracht zu ziehen, daß eine derart beachtliche Äquivalenzstörung z.B. dann zu bejahen ist, wenn eine als Abfindung gewährte Unternehmensmehrheitsbeteiligung sich als gesellschaftsrechtlich höchst ungesichert herausstellt oder wenn sich nachträglich ein zugunsten dieses Unternehmens erklärter Wettbewerbsverzicht seitens eines Konkurrenten als kartellrechtswidrig erweist und

⁷¹⁸ Kollhosser, AcP 194, S.231 (254)

⁷¹⁹ Vgl. BGHZ 113, 310 (315); BGH NJW 1991, S.1345 (1346); Kollhosser, AcP 194, S.231 (255); Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138); Coing, NJW 1967, S.1777 (1780)

⁷²⁰ BGH ZEV 1997, S.69 (70) = NJW 1997, S.653 (654) in Bezug auf einen Hof im Sinne der Höfeordnung; zustimmend: Harder, LM, §2348 BGB, Nr.4, Bl.653; Edenfeld, ZEV 1997, S.70 (71); Soergel/Schotten, §2346, Rn.20; ders., DNotZ 1998, S.163 (174)

⁷²¹ Siehe C. VIII. 2. b) bb)

⁷²² Siehe C. VII. 2.

⁷²³ RG WarnR 1936, Nr.139; AK/Teubner, §2346, Rn.10

⁷²⁴ So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.191; ders., DNotZ 1998, S.163 (174)

⁷²⁵ H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (523f)

damit unwirksam ist. Allerdings ist auch in diesen Fällen im Einzelfall zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Geschäftsgrundlagenlehre und nicht der des Bereicherungsrechts (*condictio ob rem*) eröffnet ist.

Die Grundsätze des Fehlens der Geschäftsgrundlage sind ferner in folgenden Fällen in Betracht zu ziehen:

- Dem Abfindungs- und/oder Erbverzichtsvertrag liegt eine völlig falsche Vorstellung beider⁷²⁶ Parteien bezüglich des Erblasservermögens zugrunde⁷²⁷.

- Das Erblasservermögen nimmt nach Abschluß des Abfindungs- und/oder Erbverzichtsvertrages eine gänzlich außergewöhnliche und unvorhergesehene Entwicklung - sei es nach oben oder unten⁷²⁸.

b) Mögliche Rechtsfolgen

aa) Vertragsanpassung

Das Kriterium der Zumutbarkeit⁷²⁹ ist bestimmend für die Wahl der richtigen Rechtsfolge. Der Vertrag soll nur insoweit in seinem Inhalt oder Bestand angegriffen werden, als es eine unzumutbare Benachteiligung des Vertragspartners zu verhindern gilt. In Anbetracht des Grundsatzes der Vertragstreue⁷³⁰ sind Eingriffe nur zulässig, wenn ansonsten eine mit Recht und Gerechtigkeit sowie mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Situation bestünde. Hieraus folgt, daß eine Vertragsanpassung, welche bei Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes⁷³¹ eintritt, grundsätzlich Vorrang⁷³² vor der Vertragsauflösung hat. Nur wenn eine Vertragsanpassung nicht

⁷²⁶ Im Falle eines einseitigen Irrtums seitens des Verzichtenden ist an eine Anfechtbarkeit des Erbverzichts gemäß §123 Abs.1, 1.Alt BGB zu denken. Vgl. C. IV. 1. a) u. B. IV. 5. b) cc).

⁷²⁷ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.191; ders., DNotZ 1998, S.163 (174)

⁷²⁸ Ebenda

⁷²⁹ Siehe BGH ZEV 1999, S.188 (191); Soergel/Teichmann, §242, Rn.263; RGRK/Alff, §242, Rn.68; Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 3 b)

⁷³⁰ Vgl. RGRK/Alff, §242, Rn.68; Soergel/Teichmann, §242, Rn.266; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 1; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.180

⁷³¹ Ebenso: BGH NJW 1972, S.152 (153); Soergel/Teichmann, §242, Rn.262 m.w.N.; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.130; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 1

⁷³² Vgl. BGH NJW 1984, S. 1746 (1747); WM 1973, S.752 (753); NJW 1967, S.721 (722); Soergel/Teichmann, §242, Rn.266; Soergel/Hefermehl, §119, Rn.66; AK/Teubner, §242, Rn.101; RGRK/Alff, §242, Rn.68; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.130; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 1; Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 3 a); Larenz, Geschäftsgrundlage, S.186; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, 2.Bd., S.181; Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (148)

möglich oder im Sinne von Treu und Glauben unzureichend, da unzumutbar, ist, kommt eine Vertragsauflösung in Betracht⁷³³.

(1) Anpassung des Erbverzichtsvertrages

Eine Anpassung des Erbverzichtsvertrages wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage wird nur in den seltensten⁷³⁴ Fällen in Betracht kommen. Die Vertragsanpassung erfaßt nämlich grundsätzlich nur das schuldrechtliche Geschäft⁷³⁵. Die entsprechende dingliche Rechtslage muß erst durch die erforderlichen Vollzugsakte hergestellt werden.

Keinesfalls kann eine Anpassung des Erbverzichtsvertrages jedoch dazu führen, daß dem Verzichtenden eine höhere (oder niedrigere) Abfindung zugesprochen wird. Der Erbverzichtsvertrag ist kein synallagmatischer Vertrag. Die Abfindungsleistung ist nicht Inhalt des Erbverzichtsvertrages sondern, ebenso wie der Erbverzicht, Vollzugsgeschäft des Abfindungsvertrages. Hieraus folgt, daß eine Anpassung der Abfindung nur über eine Anpassung des Abfindungsvertrages erfolgen kann. Fehlt es ausnahmsweise im Einzelfall an einem Abfindungsvertrag als Kausalgeschäft, so ist allenfalls eine Ausgleichszahlung in Betracht zu ziehen, welche jedoch nicht mit einer Anpassung des Erbverzichtsvertrages zu verwechseln ist⁷³⁶.

Eine Anpassung des Erbverzichtsvertrages ist insoweit möglich, als der Erbverzicht nachträglich eine Beschränkung erfährt. Sei es, daß der Verzicht nachträglich auf den Pflichtteil beschränkt wird, sei es daß der Verzicht nachträglich auf einen Bruchteil des gesetzlichen Erbrechts beschränkt wird⁷³⁷.

(2) Anpassung des Abfindungsvertrages

Eine Anpassung des Abfindungsvertrages darf im Einzelfall nicht weitergehen, als es erforderlich erscheint, um ein mit Treu und Glauben zu vereinbarendes und dem

⁷³³ Siehe AK/Teubner, §242, Rn.101; Soergel/Hefermehl, §119, Rn.66; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 2; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, 2.Bd., S.181

⁷³⁴ Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138) hält eine Anpassung des Erbverzichts für gänzlich ausgeschlossen.

⁷³⁵ Siehe Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 1

⁷³⁶ Siehe BGH WM 1980, S.875 (876), der die Möglichkeit einer Ausgleichszahlung für gegeben hält, wobei allerdings nicht ersichtlich ist, ob hierin eine Anpassung des Erbverzichtsvertrages liegen soll.

⁷³⁷ Zum Umfang zulässiger Beschränkungen siehe MünchKomm/Strobel, §2346, Rn.14

benachteiligten Vertragspartner zumutbares Ergebnis zu erreichen⁷³⁸. Hierbei ist insbesondere die Zubilligung einer Erhöhung der vom Erblasser zu leistenden Abfindung an strenge Voraussetzungen gebunden. Angesichts des aleatorischen Charakters des Erbverzichts bedarf es schwerer Veränderungen des Gleichgewichtsverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, die ein starres Festhalten an der ursprünglichen Vereinbarung als gänzlich unzumutbar und als mit Treu und Glauben schlechthin unvereinbar erscheinen lassen⁷³⁹. Ist dies jedoch der Fall, so ist die dem Verzichtenden zu leistende Abfindung anzupassen⁷⁴⁰, d.h. der Abfindungsvertrag erfährt eine entsprechende Anpassung⁷⁴¹.

bb) Vertragsauflösung

Ist eine Vertragsanpassung ausgeschlossen oder unzureichend, so ist die Vertragsauflösung -soweit möglich- die richtige Rechtsfolge des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Die Vertragsauflösung erfolgt hierbei durch eine rechtsgestaltende Erklärung (Rücktritt, Kündigung, Widerruf) der benachteiligten Partei⁷⁴².

(1) Auflösung des Erbverzichtsvertrages

Im Falle des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage des Erbverzichtsvertrages kommt gegebenenfalls eine Auflösung des Erbverzichtsvertrages in Betracht⁷⁴³. Fraglich ist, wie die Auflösung zu erfolgen hat. Eine rechtsgestaltende Erklärung wie Rücktritt oder Widerruf scheiden angesichts des Verfügungscharakters⁷⁴⁴ des Erbverzichts und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung aus⁷⁴⁵. Gesetzlich

⁷³⁸ Vgl. RGRK/Alff, §242, Rn.67; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.131; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 2

⁷³⁹ Siehe RGRK/Alff, §242, Rn.74

⁷⁴⁰ Vgl. Haegele, BW NotZ 1971, S.36 (37); Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (148)

⁷⁴¹ Vgl. BGH NJW 1997, S.653 u. 654; Harder, LM, §2346 BGB, Nr.4; Kuchinke, JZ 1998, S.141 (144); MünchKomm/Roth, §242, Rn.684; Jauernig/Stürner, §2346, Rn.7; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.191; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (138)

⁷⁴² Siehe BGHZ 133, 316 (328) hinsichtlich Unterlassungsvertrag; RG WarnR 1936, Nr.139; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.132; Larenz/Wolf, BGB AT, §38 V 2; Medicus, Bürgerl. Recht, §7 III 3 b), Enneccerus/Nipperdey, Bürgerliches Recht, Bd.1, 2.Habband, S.1081 sowie Fn.23; Larenz, Geschäftsgrundlage, S.186; H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (524) m.w.N. hält hingegen auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts als Folge eines Fehlens oder Fortfalls der Geschäftsgrundlage für grundsätzlich möglich. .

⁷⁴³ A.A. ist Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (381), welcher eine Rückabwicklung des Erbverzichtsvertrages wegen WGG für gänzlich ausgeschlossen erachtet.

⁷⁴⁴ Siehe B. II. 2.

⁷⁴⁵ Vgl. B. II. 3. u. VIII. 2. a) sowie C. V. 2. u. VI.

geregelt ist jedoch der Aufhebungsvertrag gemäß § 2351 BGB, woraus meines Erachtens zu schließen ist, daß eine auf der Grundlage des § 242 BGB erfolgende Rückabwicklung des Erbverzichts ebenfalls in der Form eines Aufhebungsvertrages zu erfolgen hat. Eine ipso iure eintretende Nichtigkeit des Erbverzichtsvertrages ist abzulehnen, da es vom Willen der benachteiligten Partei abhängen soll, ob sie weiterhin an den Erbverzichtsvertrag gebunden ist oder nicht.

(2) Auflösung des Abfindungsvertrages

Liegen in Bezug auf den Abfindungsvertrag die Voraussetzungen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor, so ist die Vertragsauflösung die richtige Rechtsfolge, wenn eine Anpassung unmöglich oder unzureichend ist. Die Auflösung des Abfindungsvertrages kann im Gegensatz zum Erbverzichtsvertrag durch einen Rücktritt erfolgen, da es sich beim Abfindungsvertrag um das schuldrechtliche Kausalgeschäft⁷⁴⁶ handelt.

cc) Zeitliche Grenzen

Eine beiderseitige Erfüllung des Abfindungsvertrages steht einer Anwendbarkeit der Grundsätze des Fehlens und Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht von vornherein entgegen⁷⁴⁷. Fraglich ist jedoch, ob sonstige zeitliche Grenzen zu beachten sind.

(1) Keine Auflösung des Erbverzichtsvertrages nach dem Tod einer Partei

In einer neueren Entscheidung ist der BGH⁷⁴⁸ zu dem Ergebnis gelangt, daß einem Erbverzicht nach dem Eintritt des Erbfalles nicht mehr entgegengehalten werden könne, daß die Geschäftsgrundlage fehle⁷⁴⁹. Einer Rückabwicklung des Verzichtsvertrages stehe das Gebot der Rechtssicherheit entgegen. Mit dem Tod des Erblassers stehe die Erbfolge auf einer festen Grundlage und dürfe nicht nach beliebig langer Zeit noch umgestoßen werden können. Dies sei insbesondere im Interesse der

⁷⁴⁶ Siehe B. IV.

⁷⁴⁷ Vgl. BGHZ 25, 390 (393f); BGH NJW 1997, S.653 (654); RGRK/Alff, §242, Rn.72; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.133; Enneccerus/Nipperdey, Bürgerliches Recht, Bd.1, 2.Halbband, S.1081f, Fn.23; Edenfeld, ZEV 1997, S.69 (71), hält im Fall beidseitiger Erfüllung nur noch eine Korrektur des Abfindungsvertrages, nicht jedoch des Erbverzichtsvertrages für möglich.

⁷⁴⁸ BGH ZEV 1999, S.62 (63) = NJW 1999, 789

⁷⁴⁹ Ebenso: Skibbe, ZEV 1999, S.106; Langenfeld, LM, §2352 BGB, Nr.5; Keim, Zuwendungs- ausgleich, S.122f

Nachlaßgläubiger sowie aller an der Erbauseinandersetzung Beteiligten geboten. Der Auffassung des BGH ist zu folgen. Eine Rückabwicklung des Erbverzichts kann nämlich auch auf der Grundlage des § 242 BGB nur im Wege des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages erfolgen⁷⁵⁰. Bereits hieraus folgt, daß eine Vertragsauflösung nach dem Tod des Erblassers, aber auch nach dem Tod des Verzichtenden, ausgeschlossen ist, da der Abschluß eines Aufhebungsvertrages nur zu Lebzeiten beider Vertragsparteien möglich ist⁷⁵¹. Etwas anderes gilt grundsätzlich für den Abfindungsvertrag. Insbesondere spielt das Argument der Rechtssicherheit auf schuldrechtlicher Ebene angesichts der insoweit geringeren Bestandskraft des Abfindungsvertrages im Vergleich zum Erbverzichtsvertrag nur eine untergeordnete Rolle. Zu beachten ist jedoch, daß sich der Abfindungsvertrag durch den Rücktritt in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umwandelt, welches hinsichtlich des Erbverzichtsvertrages nur durch den Abschluß eines Aufhebungsvertrages gemäß § 2351 BGB vollzogen werden könnte. Folglich ist auch eine Auflösung des Abfindungsvertrages wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach dem Tod einer Partei ausgeschlossen.

(2) Jederzeitige Möglichkeit der Anpassung des Abfindungsvertrages

Mit dem Tod einer Partei scheidet auch die Möglichkeit einer Anpassung des Erbverzichtsvertrages aus⁷⁵². Gemäß der bereits dargelegten Auffassung des BGH⁷⁵³ gebietet es der Grundsatz der Rechtssicherheit, daß der Erbverzichtsvertrag als erbrechtliches Verfügungsgeschäft nach dem Tod des Erblassers keine Abänderung mehr erfährt. Anders zu beurteilen ist jedoch die Situation des Vorversterbens des Verzichtenden. Da die Anpassung ipso jure⁷⁵⁴ erfolgt, ist die Möglichkeit einer Vertragsanpassung in diesem Fall sehr wohl gegeben. Die Gefahr einer Mißachtung des Willens des Verstorbenen besteht infolge der kraft Gesetzes und somit willensunabhängig eintretenden Vertragsanpassung nicht.

⁷⁵⁰ Siehe C. VIII. 4. b) bb) (1)

⁷⁵¹ Vgl. C. III.

⁷⁵² Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.122f

⁷⁵³ Siehe C. VIII. 4. b) cc) (1)

⁷⁵⁴ Wie Fn.731

Jederzeit möglich ist auch eine Anpassung des Abfindungsvertrages als schuldrechtliches Kausalgeschäft. Rechtsschutzinteressen stehen einer Anpassung auf schuldrechtlicher Ebene nicht entgegen⁷⁵⁵.

IX. Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB

Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Verzichtende die Möglichkeit hat, sich im Hinblick auf den bereits erklärten Erbverzicht auf die Lehre der unzulässigen Rechtsausübung zu berufen, soll im folgenden dargelegt werden.

1. Rechtsgrundlage

Ausgangspunkt der Lehre unzulässiger Rechtsausübung war ursprünglich die römisch-rechtliche *exceptio doli*, welche ihrerseits die Einrede der Arglist begründete⁷⁵⁶. Heute wird im wesentlichen im Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB die rechtliche Grundlage der Lehre der unzulässigen Rechtsausübung gesehen⁷⁵⁷.

2. Der Einwand⁷⁵⁸ der unzulässigen Rechtsausübung

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit

Trotz des Wortlauts des § 242 BGB, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, gelten der Grundsatz von Treu und Glauben und damit auch die Lehre der unzulässigen Rechtsausübung innerhalb jeder rechtlichen Sonderverbindung⁷⁵⁹. Durch den Erbverzichtsvertrag sowie durch die diesem zugrundeliegende *causa* wird eine rechtliche Sonderverbindung zwischen Erblasser und Verzichtendem begründet, welche sich im Todesfall auf die jeweiligen Erben erstreckt (§§ 1967, 1922 BGB). Im übrigen gilt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur im Schuldrecht, sondern

⁷⁵⁵ Vgl. Skibbe, ZEV 1999, S.106

⁷⁵⁶ Siehe hierzu MünchKomm/Roth, §242, Rn.259

⁷⁵⁷ Vgl. RGRK/Alff, §242, Rn.89; Erman/Werner, §242, Rn.96; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.38; Larenz/Wolf, BGB AT, § 16 II 3; Brox, BGB AT, §32 I 3 a)

⁷⁵⁸ Eine Einrede der unzulässigen Rechtsausübung ist nicht erforderlich. Vgl. MünchKomm/Roth, §242,Rn.258

⁷⁵⁹ Vgl. RGRK/Alff, §242, Rn.90; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.39; Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.35; Larenz/Wolf, BGB AT, §16 II 3; Larenz, SchuldR AT, §10 I, S.127

im gesamten Privatrecht, mithin auch im Erbrecht⁷⁶⁰. Die Grundsätze unzulässiger Rechtsausübung sind somit bezüglich eines entgeltlichen Erbverzichts in der Regel anwendbar.

b) Voraussetzungen

Jede Rechtsausübung, die gegen Treu und Glauben verstößt, ist unzulässig⁷⁶¹. Der Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt die Ausübung sämtlicher Rechte und Rechtspositionen, ohne daß es hierbei auf ein Verschulden ankäme⁷⁶². Ausreichend und erforderlich ist allein ein objektiver Verstoß gegen Treu und Glauben, d.h. das Vorliegen von Umständen, die die Ausübung eines Rechts als rechtsethisch objektiv mißbilligenswert erscheinen lassen⁷⁶³. Wann dies der Fall ist, läßt sich allerdings nicht allgemeingültig beantworten. "Treu und Glauben" ist vielmehr eine Generalklausel, deren Anforderungen sich nur unter Heranziehung der Umstände des konkreten Einzelfalls im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung bestimmen lassen⁷⁶⁴.

c) Fallgruppen

Auch wenn im Einzelfall im Wege einer allgemeinen Interessenabwägung zu klären ist, ob Treu und Glauben es erfordern, daß von der an sich gegebenen Rechtslage abzuweichen ist, haben sich in Rechtsprechung und Literatur einige Fallgruppen unzulässiger Rechtsausübung herauskristallisiert.

Zunächst wird zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmißbrauch unterschieden. Im ersten Fall ist die Ausübung eines individuellen Rechts unzulässig, während im zweiten Fall Rechtsinstitute oder gar Rechtsnormen Gegenstand der unzulässigen Rechtsausübung sind⁷⁶⁵.

⁷⁶⁰ Siehe Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.11; Erman/Werner, §242, Rn.75; MünchKomm/Roth, §242, Rn.272; nach BGHZ 4, 91 ist eine Anfechtung gemäß § 2078 Abs.2 BGB nicht zulässig, wenn der Erblasser die Anfechtungsvoraussetzungen durch ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten selbst herbeigeführt hat.

⁷⁶¹ Vgl. Erman/Werner, §242, Rn.73; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.38; Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.33; Brox, BGB AT, §32 I 3 a)

⁷⁶² Siehe Palandt/Heinrichs, §242, Rn.39; Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.35

⁷⁶³ Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §16 II 3; Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.35

⁷⁶⁴ Vgl. Palandt/Heinrichs, §242, Rn.38; MünchKomm/Roth, §242, Rn.258; Brox, BGB AT, §32 I 3

b)

⁷⁶⁵ Siehe Palandt/Heinrichs, §242, Rn.40; MünchKomm/Roth, §242, Rn.260; Larenz/Wolf, BGB AT, §16 II 3

Des weiteren sind folgende Fallgruppen⁷⁶⁶ unzulässiger Rechtsausübung von Bedeutung:

- Venire contra factum proprium (widersprüchliches Verhalten)
- Fehlendes schutzwürdiges Eigeninteresse des Berechtigten
- Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung
- Geringfügigkeit und Unverhältnismäßigkeit (Übermaßverbot)
- Überwiegendes schutzwürdiges Interesse der Gegenpartei
- Mißbräuchliche Ausnutzung formaler Rechtspositionen

3. Einschlägigkeit bei Berufung auf den Erbverzicht trotz nicht erbrachter Abfindungsleistung bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages

Liegt dem Erbverzicht ein unwirksamer Abfindungsvertrag als causa zugrunde, so wird zum Teil die Auffassung⁷⁶⁷ vertreten, daß sich der Verzichtende bei Nichterhalt der in dem (unwirksamen) Abfindungsvertrag vereinbarten Abfindung im Hinblick auf seinen dennoch erklärten Erbverzicht auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen könne.

a) Regelungsbedarf

Nach der hier vertretenen Ansicht steht dem Verzichtenden in der gerade geschilderten Fallkonstellation zu Lebzeiten der Beteiligten gegen den Erblasser ein Kondiktionsanspruch gemäß § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt. oder S.2, 1.Alt BGB zu⁷⁶⁸. Insoweit bedarf es also keines Rückgriffs auf das Institut der unzulässigen Rechtsausübung. Anders sieht es jedoch aus, sobald einer der Beteiligten verstirbt. Mit dem Tod des Erblassers oder des Verzichtenden scheidet ein Bereicherungsanspruch aus. Eine Lösung über die Grundsätze des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt ebenfalls nicht in Betracht⁷⁶⁹. Folglich ist ein Regelungsbedarf in den Fällen zu bejahen, in denen mindestens einer der Beteiligten verstorben ist.

⁷⁶⁶ Siehe hierzu ausführlich Jauernig/Vollkommer, §242, Rn.38ff; Palandt/Heinrichs, §242, Rn.42ff; Erman/Werner, §242, Rn.78ff; Larenz/Wolf, BGB AT, §16 II 3 a) bis d)

⁷⁶⁷ So Erman/Schlüter, §2346, Rn.5; Schlüter, Erbrecht, S.162; Bartholomeyczik, Erbrecht, S.23; Damrau, Erbverzicht, S.118 u. 125; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (141); Kollhosser, AcP 194, S.231 (258)

⁷⁶⁸ Siehe ausführlich C. VII. 1.

⁷⁶⁹ Siehe C. VIII. 3.

Dasselbe gilt auch in den Fällen, in denen die Abfindung nicht geleistet wird, diese allerdings nur Gegenstand einer Zweckvereinbarung i.S.d. § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt BGB und nicht eines synallagmatischen Abfindungsvertrages ist.

b) Rechtsmißbräuchlichkeit des Verhaltens

Fraglich ist, ob in den Fällen, in denen ein Regelungsbedarf besteht, die Voraussetzungen⁷⁷⁰ unzulässiger Rechtsausübung erfüllt sind. Das Berufen auf den Erbverzicht seitens des Erblassers gegenüber den Erben⁷⁷¹ des Verzichtenden oder seitens der Erben des Erblassers gegenüber dem Verzichtenden trotz Nichtleistung der Abfindung müßte objektiv gegen Treu und Glauben verstoßen und in Anbetracht einer umfassenden Interessenabwägung als rechtsethisch untragbar erscheinen. Wird der Verzichtende bzw. dessen Erben, die als Abkömmlinge von der Erstreckungswirkung gemäß § 2349 BGB betroffen sind, an dem wirksam geleisteten Erbverzicht festgehalten, so ist hierin die Ausnutzung einer allein formalen Rechtsposition⁷⁷² zu sehen. Wären beide Parteien noch am Leben, so könnte der Verzichtende seinen geleisteten Erbverzicht vom Erblasser kondizieren. Allein deshalb, weil der objektive Wert des Erbverzichts nicht bestimmbar ist, scheidet ein Anspruch auf Wertersatz gemäß § 818 Abs.2 BGB aus⁷⁷³. Eine materielle Berechtigung zur Berufung auf den an sich kondizierbaren Erbverzicht ist damit nicht anzuerkennen. Ein schutzwürdiges Interesse des Erblassers oder dessen Erben, den Verzichtenden an den erklärten Erbverzicht zu binden, ist nicht vorhanden. Vielmehr fällt eine Interessenabwägung eindeutig zugunsten des Verzichtenden aus. Mit dem Grundsatz von Treu und Glauben wäre es nicht zu vereinbaren, daß eine Zufälligkeit, nämlich der Tod einer Partei, darüber befindet, ob ein Loskommen vom Erbverzicht möglich oder ausgeschlossen ist. Folglich liegen die Voraussetzungen einer unzulässigen Rechtsausübung⁷⁷⁴ vor, wenn der Verzichtende oder dessen Erben -soweit Abkömmlinge i.S.v. § 2349 BGB- am Erbverzicht festgehalten werden sollen, obwohl

⁷⁷⁰ Siehe C. IX. 2. b)

⁷⁷¹ Soweit es sich um Abkömmlinge des Verzichtenden handelt. (Vgl. § 2349 BGB)

⁷⁷² Ebenso Erman/Schlüter, §2346, Rn.5; Schlüter, Erbrecht, S.162; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (141)

⁷⁷³ Siehe C. VII. 1. d) bb)

⁷⁷⁴ Vgl. Erman/Schlüter, §2346, Rn.5; Schlüter, Erbrecht, S.162; Bartholomeyczik, Erbrecht, S.23; Damrau, S.112, 118 u. 125; Edenfeld, ZEV 1997, S.134 (141); siehe auch H.P.Westermann, FS Kellermann, S.505 (526), wonach ein dem Grunde nach kondizierbarer Verzicht bei der Abrechnung zwischen Miterben und Pflichtteilsberechtigten als einredebehaftet außer Betracht zu bleiben hat.

die Abfindung nicht geleistet wird -sei es wegen Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages sei es, daß sie nur Gegenstand einer Zweckvereinbarung i.S.d. *condictio ob rem ist-*.

c) Eingriff in das absolute Erbrecht als zulässige Rechtsfolge

Folge unzulässiger Rechtsausübung ist -wie bereits dem Wortlaut zu entnehmen-, daß die Ausübung eines grundsätzlich gegebenen Rechts zeitweise oder dauerhaft ausgeschlossen ist. Die sich aus dem Recht ergebenden Rechtsfolgen oder Rechtswirkungen werden versagt. Eine unzulässige Rechtsausübung kann aber auch dazu führen, daß zugunsten des Benachteiligten eine Rechtsstellung begründet wird⁷⁷⁵. Dabei unterliegt selbst zwingendes Recht den Anforderungen von Treu und Glauben und kann mithin eine Beschränkung erfahren⁷⁷⁶.

Bezogen auf den Erbverzicht stellt sich die Frage, was die passende Rechtsfolge ist. Solange der Erblasser lebt, bedarf es angesichts der Kondiktionsmöglichkeit keines Rückgriffs auf die Grundsätze unzulässiger Rechtsausübung⁷⁷⁷. Darüber hinaus entfaltet der Erbverzicht -abgesehen von der Frage des Verlustes einer zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden Rechtsposition⁷⁷⁸- seine eigentliche Wirkung erst mit dem Tod des Erblassers, weshalb eine unzulässige Rechtsausübung im engeren Sinn überhaupt erst ab diesem Zeitpunkt in Betracht kommen kann, nämlich dann, wenn die durch den Erbverzicht Begünstigten die durch den Verzicht herbeigeführte erbrechtliche Stellung für sich beanspruchen.

Hat der Verzichtende nur einen Pflichtteilsverzicht erklärt, so hat dieser Verzicht hinsichtlich des Verzichtendem bzw. dessen Abkömmlingen außer Betracht zu bleiben. Die Berechnung des Pflichtteilsanspruches erfolgt als ob der Pflichtteilsverzicht nie erklärt worden wäre⁷⁷⁹. Hierbei handelt es sich um einen allein zwischen den Vertragsparteien bzw. deren Rechtsnachfolgern abzuwickelnden Vorgang. Insoweit führt die unzulässige Rechtsfolge also nur zu einer Veränderung

⁷⁷⁵ Vgl. Soergel/Teichmann, §242, Rn.28; Erman/Werner, §242, Rn.96. So können z.B. unter Umständen aus einem formnichtigen Vertrag wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben Erfüllungsansprüche geltend gemacht werden.

⁷⁷⁶ Siehe Soergel/Teichmann, §242, Rn.117; Larenz, SchuldR AT, §10 I, S.129

⁷⁷⁷ Angesichts des Kondiktionsanspruches des Verzichtenden gegen den Erblasser stünde dem Verzichtenden gegenüber dem Erblasser auch die aus § 821 BGB bzw. aus der allgemeinen Arglisteinrede hergeleitete Bereicherungseinrede zu.

⁷⁷⁸ Siehe hierzu B. II. 2. b) bb)

⁷⁷⁹ Vgl. H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (526); Kollhosser, AcP 194, S.231 (258)

des persönlichen Beziehungsverhältnisses ohne absolute Rechtswirkungen zu erzeugen. Die Stellung der Erben bleibt -abgesehen von dem schuldrechtlichen, zu den Nachlaßverbindlichkeiten zu zählenden, Pflichtteilsanspruch des ursprünglich hierauf Verzichtenden- unberührt.

Anders ist die Situation, wenn der Verzichtende einen Erbverzicht erklärt hat. Insoweit führt die Anwendung der Lehre der unzulässigen Rechtsausübung zu einer absoluten, in das Erbrecht eingreifenden, Rechtsfolge. Dürfen sich die durch den Erbverzicht begünstigten Erben nicht auf diese sie begünstigende Wirkung des Erbverzichts berufen, d.h. ist der Verzichtende erbrechtlich -also mit Außenwirkung- so zu behandeln als ob er den Verzicht nie erklärt hätte, dann liegt hierin ein Eingriff in das Erbrecht mit Wirkung gegenüber jedermann⁷⁸⁰. Hier stellt sich die Frage, ob die Grundsätze unzulässiger Rechtsausübung, ob das Gebot von Treu und Glauben geeignet sind, diese absolute Rechtswirkung zu rechtfertigen. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil eine allein auf das Innenverhältnis der "Erben" und des Verzichtenden beschränkte Lösung nicht in Betracht kommt. Entweder ist der Verzichtende trotz des Erbverzichts Erbe geworden bzw. als solcher zu behandeln oder er ist es nicht. Eine Änderung der Erbenstellung ist aufgrund ihrer absoluten Natur nicht auf das Innenverhältnis beschränkbar.

Wenn man jedoch berücksichtigt, daß der Grundsatz von Treu und Glauben sogar Rechte und Rechtsstellungen, die auf zwingendem Recht beruhen, beherrscht und überlagert⁷⁸¹, so erscheint es durchaus gerechtfertigt, den absoluten Eingriff in das Erbrecht als Rechtsfolge unzulässiger Rechtsausübung anzuerkennen⁷⁸². Der Umstand, daß § 242 BGB regelmäßig nur innerhalb eines persönlichen Beziehungsverhältnisses Wirkungen entfaltet, steht dem nicht entgegen. Das Gesetz selbst anerkennt Fälle, in denen ein unmittelbarer Eingriff in das Erbrecht hingenommen wird, nämlich dann, wenn es zur Korrektur falsch motivierter erbrechtlicher Erklärungen erforderlich ist (Anfechtung, Widerruf, Rücktritt). Dies spricht dafür, daß § 242 BGB in der hier im Blickfeld stehenden Konstellation

⁷⁸⁰ Nur so kann jedoch vermieden werden, daß zwischen den Erben im Innenverhältnis zum Verzichtenden und im Außenverhältnis gegenüber jedermann unterschieden werden muß, was zu zahlreichen Schwierigkeiten führen würde. Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.120 u. S.121

⁷⁸¹ Siehe Soergel/Teichmann, §242, Rn.117; Larenz, SchuldR AT, §10 I, S.129

⁷⁸² Im Ergebnis ebenso: Erman/Schlüter, Vorbem. §2346, Rn.5; Erman/Bartholomeyczik, 2.Aufl., Vorbem. §2346, Anm.3 a.E.; Damrau, Erbverzicht, S.119ff., welcher zu dem Schluß gelangt, daß § 242 BGB auf Zuordnungsfragen anwendbar sei und diesbezüglich auch eine Außenwirkung rechtfertige.

zulässigerweise darüber befindet, wer mit Wirkung gegenüber jedermann Erbe geworden ist⁷⁸³. Zwar wird in den gesetzlich anerkannten Fällen der Anfechtung (§§ 2078, 2281 BGB), des Widerrufs (§§ 2253, 2257 BGB) und des Rücktritts (§§ 2293, 2294, 2295 BGB) vor allem dem Erblasserwillen ein höherer rechtspolitischer Wert als dem Bedürfnis nach Sicherheit des unentgeltlichen Erwerbs von Todes wegen eingeräumt. Hinsichtlich des Willens des Verzichtenden hat jedoch nichts anderes zu gelten. Der Erbverzichtsvertrag ist ein erbrechtliches Verfügungsgeschäft, dessen Hauptperson der Verzichtende ist⁷⁸⁴, weshalb dieser keinen geringeren Schutz beansprucht als der Erblasser. Auch stehen keine höherwertigen Drittschutzinteressen entgegen. Der öffentliche Glaube des Erbscheins bietet Dritten ausreichenden Vertrauensschutz⁷⁸⁵.

Der absolute Eingriff in das Erbrecht als Folge unzulässiger Rechtsausübung ist also gerechtfertigt.

4. Weitere Fälle unzulässiger Rechtsausübung

Abgesehen von der Frage, ob in den Fällen eines Erbverzichts aufgrund unwirksamen Abfindungsvertrages ein Fall unzulässiger Rechtsausübung zu bejahen ist, bestehen im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Lehre der unzulässigen Rechtsausübung keine Besonderheiten. Das Vorliegen der Voraussetzungen unzulässiger Rechtsausübung ist vielmehr im Einzelfall anhand der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Fallgruppen⁷⁸⁶ zu prüfen. Eine nähere Behandlung im Rahmen dieser Arbeit ist folglich nicht erforderlich.

⁷⁸³ Siehe Erman/Schlüter, Vorbem. §2346, Rn.5; Schlüter, Erbrecht, S.162; Bartholomeyczik, Erbrecht, S.23; Damrau, Erbverzicht, S.119

⁷⁸⁴ Siehe B. II. 2.

⁷⁸⁵ So Erman/Schlüter, Vorbem. §2346, Rn.5; Schlüter, Erbrecht, S.162; Bartholomeyczik, Erbrecht, S.23

⁷⁸⁶ Siehe oben C. IX. 2. c)

D. Die Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge

Nachdem im vorangegangenen Kapitel die Möglichkeiten des Loskommens von einem wirksam erklärten Erbverzicht ausführlich erörtert wurden, soll im folgenden geklärt werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es dem Erblasser oder dessen Erben bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge möglich ist, eine bereits wirksam geleistete Abfindung zurückzuerlangen⁷⁸⁷.

I. Vorfrage: Rechtsnatur der Abfindung

Die Frage einer möglichen Rückerlangung einer geleisteten Abfindung kann nur beantwortet werden, wenn klar ist, welcher Rechtsnatur die Abfindungsleistung⁷⁸⁸ ist. Hierbei steht im Vordergrund, ob es sich bei der Abfindung um eine vollentgeltliche, vollunentgeltliche oder gemischte (teils entgeltliche, teils unentgeltliche) Zuwendung handelt. Insoweit spielt es keine Rolle, daß die Abfindung in den unterschiedlichsten Formen erfolgen kann⁷⁸⁹.

Bevor jedoch näher auf die Frage der Entgeltlichkeit eingegangen wird, sind die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Begriffe zu bestimmen.

1. Begriffsbestimmungen

a) Schenkung

Die Motive⁷⁹⁰ sahen das Wesen einer Schenkung darin, "daß durch die vom Einen an einen Anderen erfolgende Zuwendung das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der andere bereichert werde, und daß sowohl die Zuwendung in der Absicht dieser Bereicherung als auch die Annahme der Zuwendung als eines Geschenkes geschehe." Wie den Protokollen⁷⁹¹ zu entnehmen ist, wurde diese Begriffsbestimmung jedoch nicht vollständig übernommen. Vielmehr sollte Schenkung eine unentgeltliche

⁷⁸⁷ Nicht weiter eingegangen wird auf die Möglichkeit einer einvernehmlichen Rückabwicklung, welche den Parteien selbstverständlich jederzeit (Privatautonomie!) offensteht.

⁷⁸⁸ An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, daß nur eine vom Erblasser an den Verzichtenden zu leistende Abfindung Gegenstand dieser Arbeit ist.

⁷⁸⁹ Siehe A. I. 2. c)

⁷⁹⁰ Mot. II, S.286 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.2, S.159)

⁷⁹¹ Siehe Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.2, S.737

Vermögenszuwendung um der Bereicherung des Empfängers willen sein, ohne daß es auf Seiten des Zuwendenden auf eine Bereicherungsabsicht ankäme.

Nach der heutigen Fassung des § 516 Abs.1 BGB ist Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Voraussetzung ist also, daß der Schenker einem anderen aus seiner Vermögenssubstanz einen Vermögensvorteil im wirtschaftlichen Sinne verschafft, wobei die Zuwendung im beiderseitigen Einverständnis über die Unentgeltlichkeit erfolgen muß⁷⁹². Dieser bürgerrechtliche Schenkungsbegriff darf nicht mit dem steuerrechtlichen Schenkungsbegriff⁷⁹³ gleichgesetzt werden. Steuerrechtlich wird nämlich jede freigebige Zuwendung unter Lebenden als Schenkung behandelt, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird, wobei es ausreicht, daß der Zuwendende das Bewußtsein der Unentgeltlichkeit hat⁷⁹⁴.

b) Schenkung unter Auflage

Bei der Schenkung unter Auflage verfolgt der Schenker einen über die schenkweise Zuwendung hinausgehenden weiteren Zweck, welcher gemäß § 525 Abs.1, § 527 Abs.2 BGB so behandelt wird, als sei er mit der schenkweisen Zuwendung synallagmatisch verknüpft⁷⁹⁵, während er tatsächlich nur eine Nebenbestimmung, eine Einschränkung der Leistung darstellt⁷⁹⁶. Hierin liegt der oft schwer festzustellende Unterschied zwischen der Schenkung unter Auflage einerseits und Zweckschenkung bzw. entgeltlichen- da tatsächlich synallagmatischen- Zuwendung andererseits. Von der gemischten Schenkung unterscheidet sich die Schenkung unter Auflage dadurch, daß der Zuwendungsempfänger bei der AufLAGENSchenkung überhaupt keine Gegenleistung erbringt. Er erbringt vielmehr eine Leistung aus dem Wert und auf der

⁷⁹² Vgl. BGH NJW 1992, S.2566 (2567); AK/Däubler, vor §§516ff., Rn.3, 8 u. 9; Erman/Seiler, §516, Rn.3ff; Palandt/Putzo, §516, Rn.1; Larenz/Canaris, SchuldR BT, 2.Halbband, § 47 I; Fikentscher,

Schuldrecht, §73 II 1; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.489f

⁷⁹³ Vgl. Esch/Schulze zur Wiese, Vermögensnachfolge, Rn.778; Hörger/Stephan, Vermögensnachfolge, S.178f

⁷⁹⁴ Der Erwerb einer Abfindung für einen Erbverzicht unterliegt somit gemäß § 7 ErbStG der Steuerpflicht. Vgl. Hörger/Stephan, Vermögensnachfolge, S.178

⁷⁹⁵ So H.P. Westermann, Die causa, S.72

⁷⁹⁶ Siehe Staudinger/Cremer, §525, Rn.15

Grundlage des Zuwendungsgegenstandes⁷⁹⁷. Dies führt dazu, daß die Auflagenschenkung insgesamt eine unentgeltliche Zuwendung ist⁷⁹⁸.

Als Auflage kommt jedes Motiv, jede Leistungsverpflichtung ohne Gegenseitigkeitscharakter in Betracht⁷⁹⁹.

c) Zweckschenkung

Die Zweckschenkung -ihre grundsätzliche Anerkennung vorausgesetzt⁸⁰⁰- gehört ebenso wie die Schenkung unter Auflage zu den unentgeltlichen Geschäften⁸⁰¹. Neben dem Primärzweck, der causa donandi, verfolgt der Schenker einen weiteren Zweck (Sekundärzweck), welcher im Gegensatz zur Schenkung unter Auflage mit der geschenkten Zuwendung nur abstrakt verbunden ist⁸⁰². Im Gegensatz zur Schenkung unter Auflage, bei der sich die Parteien vertraglich über die Auflage einig sind, besteht bei der Zweckschenkung zwischen den Parteien hinsichtlich des Sekundärzwecks lediglich eine tatsächliche Willensübereinstimmung, die keine einklagbare Verpflichtung begründet⁸⁰³. Bei der im Einzelfall oft schwierigen Abgrenzung gilt, daß ein Sekundärzweck, dessen Verfolgung dem Interesse des Zuwendenden dient, eher für eine Auflagenschenkung spricht, während eine Zweckerreichung, die mehr im Interesse des Empfängers liegt, eher auf eine Zweckschenkung schließen läßt⁸⁰⁴.

⁷⁹⁷ Vgl. OLG Köln NJW 1994, S.1540 (1541); MünchKomm/Kollhosser, §525, Rn.3; Erman/Seiler, §525, Rn.3 u. 6; Soergel/Mühl/Teichmann, §516, Rn.17; Fikentscher, Schuldrecht, §73 II 4 i); Jülicher, ZEV 1998, S.201 (205)

⁷⁹⁸ Siehe MünchKomm/Kollhosser, §525, Rn.3; Fikentscher, Schuldrecht, §73 II 4 i)

⁷⁹⁹ Siehe Erman/Seiler, §525, Rn.2; Fikentscher, Schuldrecht, §73 II 4 i); Klinke, Genetisches Synallagma, S.73, Fn.22

⁸⁰⁰ Siehe hierzu unten D. VIII. 2. b)

⁸⁰¹ Vgl. BGH WM 1999, S.2414 (2415); Klinke, Genetisches Synallagma, S.72. Dieser Ansicht ist zu folgen, da eine kausale Verknüpfung auf Sekundärebene dem Schenkungscharakter nicht entgegensteht. Vgl. Palandt/Putzo, §516, Rn.8.

⁸⁰² Vgl. Klinke, Genetisches Synallagma, S.72f; Staudinger/Cremer, §525, Rn.12

⁸⁰³ Siehe OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, S.517; MünchKomm/Kollhosser, §525, Rn.4; Erman/Seiler, §516, Rn.17; Staudinger/Cremer, §525, Rn.12; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.499; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S.65; Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.31

⁸⁰⁴ Vgl. MünchKomm/Kollhosser, §525, Rn.4; Erman/Seiler, §525, Rn.6; Staudinger/Cremer, §525, Rn.12; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, S.499; Esser/Weyers, SchuldR BT, § 12 IV 1

d) Gemischte Schenkung

Bereits die Motive⁸⁰⁵ anerkennen die Möglichkeit einer gemischten Schenkung, allerdings ohne den Begriff der gemischten Schenkung zu gebrauchen. Es handelt sich hierbei um eine teils entgeltliche teils unentgeltliche Zuwendung⁸⁰⁶.

Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn die causa einer Zuwendung eine Gegenleistung objektiv geringeren Werts ist, und die Parteien vereinbart haben, daß der wertmäßig überschießende Teil des Zugewendeten zum Zwecke der Schenkung, also unentgeltlich erbracht wird⁸⁰⁷. Allein der objektive Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung kann die Annahme einer gemischten Schenkung nicht rechtfertigen⁸⁰⁸. Ebenfalls ungenügend ist die bloß äußerliche Zusammenfassung von zwei an sich selbständigen Verträgen deren höherwertige Zuwendung real teilbar ist⁸⁰⁹.

e) Vollentgeltliche Zuwendung

Bei den vollentgeltlichen Rechtsgeschäften kann zwischen gegenseitigen Verträgen und sonstigen entgeltlichen Rechtsgeschäften unterschieden werden. Allgemein gilt jedoch, daß ein Rechts(grund)geschäft, das weder vollumfänglich unentgeltlich noch teils entgeltlich, teils unentgeltlich ist, vollentgeltlich ist⁸¹⁰.

Eine Zuwendung ist entgeltlich⁸¹¹, wenn sie rechtlich von einer Gegenleistung abhängig ist. Hierbei ist es nicht erforderlich, daß Zuwendung und Gegenleistung durch die Vereinbarung eines gegenseitigen Vertrages (synallagmatische Verknüpfung) rechtlich voneinander abhängig gemacht werden. Es genügt vielmehr eine konditionale oder kausale Verknüpfung durch Vereinbarung einer entsprechenden Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszweckes i.S.d. *condictio ob rem*⁸¹².

⁸⁰⁵ Mot. II ,S.287 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd. 2, S.159)

⁸⁰⁶ Vgl. BGH NJW 1992, S.2566 (2567); Staudinger/Cremer, §525, Rn.14; AK/Däubler, vor §§526ff, Rn.16; Larenz, SchuldR BT, 1.Halbband, §47 I; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, S.496

⁸⁰⁷ So Klinke, Genetisches Synallagma, S.71. Klinke betont, daß andernfalls eine entgeltliche Zuwendung vorliege. Vgl. auch BGH NJW 1992, S.2566 (2567); MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.26; Erman/Seiler, §516, Rn.16; Staudinger/Cremer, §516, Rn.42; Bydlinsky, in: Klang/Gschnitzer, S.191; Jülicher, ZEV 1998, S.201 (204)

⁸⁰⁸ Siehe Soergel/Mühl/Teichmann, §516, Rn.21; Staudinger/Cremer, §516, Rn.43; Klinke, Genetisches Synallagma, S.72; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.496

⁸⁰⁹ Vgl. MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.26; Erman/Seiler, §516, Rn.16; Jülicher, ZEV 1998, S.201 (204)

⁸¹⁰ Vgl. Klinke, Genetisches Synallagma, S.78

⁸¹¹ Diese Entgeltlichkeit im zivilrechtlichen Sinn ist von dem einkommensteuerrechtlichen Entgeltsbegriff zu unterscheiden. Siehe Weimer, Vermögensnachfolge, S.12ff.

⁸¹² Siehe BGH NJW 1992, S.2566 (2567); NJW 1982, S.436; MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.10a; Erman/Seiler, §516, Rn.8; Soergel/Mühl/Teichmann, §516, Rn.15u. 17;

2. Die Unentgeltlichkeit im Sinne von § 516 Abs.1 BGB als maßgebliches Kriterium

a) Maßgeblichkeit

Die Frage nach der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Rückerlangung einer Schenkung (unentgeltliche Zuwendung) im Vergleich zu einer entgeltlichen Zuwendung unter erweiterten Voraussetzungen (vgl. §§ 527, 528 u. 530 BGB) möglich ist. Bei einer entgeltlichen Zuwendung ist der Zuwendungsempfänger aufgrund der rechtlichen Abhängigkeit des ihm Zugewendeten von einer seinerseits zu erbringenden Leistung schutzwürdiger als bei einer Schenkung, weshalb eine entgeltliche Zuwendung nur unter engeren Voraussetzungen rückforderbar ist.

Die Qualifizierung der Abfindungsleistung⁸¹³ als entgeltliche oder unentgeltliche Zuwendung bzw. Schenkung ist mithin maßgeblich dafür, welche rechtliche Möglichkeiten dem Erblasser oder dessen Erben zur Rückerlangung der Abfindungsleistung zustehen.

Mögliche Schwierigkeiten bei der Klärung dieser Frage rechtfertigen es nicht, in der Abfindungsleistung einen „Rechtsakt sui generis“⁸¹⁴ zu sehen, welcher sich einer Einordnung in die Kategorie entgeltlich oder unentgeltlich entzieht⁸¹⁵. Jedes Rechts(grund)geschäft ist einer dieser Kategorien oder zumindest beiden davon (sogenanntes gemischtes Rechtsgeschäft) zuordenbar⁸¹⁶. Wie anhand der Begriffsbestimmungen der Entgeltlichkeit⁸¹⁷ und Unentgeltlichkeit⁸¹⁸ zu sehen ist, werden sämtliche denkbaren Konstellationen erfaßt. Bloße Schwierigkeiten der

Palandt/Putzo, §516, Rn.8; Staudinger/Cremer, §516, Rn.27f; Fikentscher, Schuldrecht, §73 II 1; Weimer, Vermögensnachfolge, S.8

⁸¹³ Die Abfindungsleistung entzieht sich zwar strenggenommen einer Einordnung als entgeltlich oder unentgeltlich, da sie als abstraktes Verfügungsgeschäft insoweit an sich neutral ist, doch kann die Abfindungsleistung je nachdem, ob sie zur Erfüllung eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Kausalgeschäfts vorgenommen wird, als entgeltlich oder unentgeltlich bezeichnet werden. Vgl. Larenz/Wolf, BGB AT, §23 V 1

⁸¹⁴ So Coing, FS Schwind, S.63 (68); siehe auch Eccher, Antizipierte Erbfolge, S.200

⁸¹⁵ Siehe Keim, Zuwendungsausgleich, S.131; Eccher, Antizipierte Erbfolge, S.161 u. 200; Bydlinski in Klang/Gschnitzer, S.191 für den Übergabevertrag im Österreichischen Recht. Er stellt jedoch selbst (S.192) fest, daß das Gegensatzpaar entgeltlich und unentgeltlich logisch alle Möglichkeiten erschöpfe.

⁸¹⁶ Vgl. Klinke, Genetisches Synallagma, S.78

⁸¹⁷ Siehe D. I. 1. e)

⁸¹⁸ Siehe hierzu D. I. 2. b)

Zuordnung können es nicht rechtfertigen, von einer Zuordnung gänzlich abzusehen. Dem Argument, daß einzelne Rechtsfolgen der Zuordnung, wie z.B. die Anwendbarkeit des § 527 BGB, nicht passend seien, ist im Einzelfall dadurch Rechnung zu tragen, daß die einzelne Vorschrift nicht anzuwenden ist. Verfehlt wäre es aber, deshalb die Qualifizierung als entgeltliches, unentgeltliches oder gemischtes Rechtsgeschäft zu unterlassen.

b) Unentgeltlichkeitsbegriff⁸¹⁹

aa) Objektive Unentgeltlichkeit

Eine Zuwendung ist dann objektiv unentgeltlich, wenn auf ihren Erwerb kein Rechtsanspruch besteht und ihr Erwerb weder synallagmatisch noch konditional oder kausal von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung abhängig ist⁸²⁰. Hierbei ist es unerheblich, ob die Gegenleistung geldwerter oder vermögensrechtlicher Art ist oder nicht, bzw. ob die Zuwendung freiwillig erfolgt oder nicht⁸²¹. Unentgeltlichkeit ist auch nicht mit Kostenlosigkeit gleichzusetzen⁸²².

bb) Subjektive Unentgeltlichkeit und das Prinzip der subjektiven Äquivalenz

(1) Inhalt

Unentgeltlichkeit im Sinne des Schenkungsrechts⁸²³ besagt, daß ein Rechtsgeschäft nur dann unentgeltlich ist, wenn sich die Parteien darüber einig sind, daß es an einer (äquivalenten) Gegenleistung fehlt. Es genügt nicht, daß objektiv keine Gegenleistung erbracht wird. Vielmehr muß subjektiv eine entsprechende Einigung aller Beteiligten vorliegen, wobei es den Beteiligten aufgrund der Privatautonomie freisteht, eine

⁸¹⁹ Erläutert wird der Unentgeltlichkeitsbegriff im Sinne des §§ 516 ff BGB. Hiervon unterscheidet sich z.B. der Unentgeltlichkeitsbegriff i.S.d. (früheren) Anfechtungsgesetzes, welcher rein objektiv zu bestimmen ist. Vgl. BGHZ 113, 393 (396f)

⁸²⁰ Vgl. BGH NJW 1992, S.2566 (2567); NJW 1992, S.564; NJW 1992, S.238 (239); Soergel/Mühl/Teichmann, §516, Rn.11; MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn. 10a; RGRK/Mezger, §516, Rn.2; Palandt/Putzo, §516, Rn.8

⁸²¹ Siehe BGH NJW 1992, S.238 (239); RGRK/Mezger, §516, Rn.9; Palandt/Putzo, §516, Rn.8

⁸²² So Erman/Seiler, §516, Rn.7; MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.22; Palandt/Putzo, §516, Rn.8; Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2, S.489

⁸²³ Vgl. BGH NJW 1995, S.1349 (1350); MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.13; RGRK/Mezger, §516, Rn.2 u. 8; Soergel/Mühl/Teichmann, §516, Rn.15; Staudinger/Cremer, §516, Rn.32; Larenz/Wolf, BGB AT, § 23 V 1; Enneccerus/Lehmann, SchuldR, S.488; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (612f); Oertmann, Entgeltliche Rechtsgeschäfte, S.47

objektiv geringere Gegenleistung als subjektiv gleichwertig anzusehen (Prinzip der subjektiven Äquivalenz)⁸²⁴. Für die Einigung über die Unentgeltlichkeit, d.h. für das Bewußtsein des negativen Merkmals fehlender Entgeltlichkeit, genügt eine Parallelwertung in der Laiensphäre⁸²⁵, welche jedoch selten ausdrücklich erfolgen wird, weshalb ihr Vorliegen im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln ist.

Gerade hierbei ist jedoch zu beachten, daß ein objektiv auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in der Regel allein nicht geeignet ist, eine teilweise Unentgeltlichkeit und damit eine gemischte Schenkung zu bejahen. Grundsätzlich sind die Parteien nämlich frei in der Bewertung ihrer Leistungen⁸²⁶. Maßgeblich sind dabei die ursprünglichen -zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Zuwendung vorhandenen- Äquivalenzvorstellungen der Beteiligten⁸²⁷.

(2) Grenzen

Diesem Prinzip der subjektiven Äquivalenz, d.h. der Maßgeblichkeit des Parteiwillens für die Frage der Entgeltlichkeit einer Zuwendung sind Grenzen gesetzt.

(a) Keine Gegenleistung

Ein nicht vorhandenes Entgelt, d.h. eine objektiv fehlende Gegenleistung, kann nicht durch den Willen der Parteien ersetzt werden⁸²⁸. Mangelt es gänzlich an einer Gegenleistung, liegt immer eine unentgeltliche Zuwendung vor.

(b) Willkür

Eine weitere Grenze des subjektiven Äquivalenzprinzips ist Willkür⁸²⁹. Erfolgt die Annahme der Unentgeltlichkeit einer Zuwendung durch die Parteien willkürlich, so ist

⁸²⁴ Siehe MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.23; Staudinger/Olshausen, § 2325, Rn.2; Staudinger/Cremer, §516, Rn.28; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (613); Rheinbay, Erbverzicht, S.74

⁸²⁵ Siehe MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.10a; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (612)

⁸²⁶ Vgl. BGH NJW 1995, S.1349 (1350); RGRK/Mezger, §516, Rn.10 u. 11; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.2; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (612f); Rheinbay, Erbverzicht, S.74

⁸²⁷ So OLG Hamm NJW-RR 1993, S.1412 (1413); Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.3; Rheinbay, Erbverzicht, S.25

⁸²⁸ Siehe RGRK/Mezger, §516, Rn.10; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.13; Mayer, DNotZ 1996, S.604(613); Rheinbay, Erbverzicht, S.80

⁸²⁹ Vgl. Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.14; RGRK/Mezger, §516, Rn.10; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (613); Rheinbay, Erbverzicht, S.81ff, welcher sich gegen die Ansicht Kollhosser's wendet. Kritisch: MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.24, welcher im Falle der "Willkür" lediglich eine

trotz entgegenstehenden Parteiwillens von der Entgeltlichkeit der Zuwendung auszugehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es an einer sachlichen Grundlage für eine Entgeltsabrede fehlt⁸³⁰. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß es den Parteien grundsätzlich freisteht, den Wert von Leistung und Gegenleistung nach ihren persönlichen Wertvorstellungen und nicht nach objektiven Maßstäben zu bestimmen.

(c) Grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung

Wie bereits erwähnt reicht ein objektiv grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung allein zur Annahme einer gemischten Schenkung grundsätzlich nicht aus. Es begründet diesbezüglich aber eine Beweiserleichterung in Form einer der Lebenserfahrung entsprechenden tatsächlichen Vermutung⁸³¹, so daß im Einzelfall eine gemischte Schenkung anzunehmen ist, wenn eine Entkräftung dieser Vermutung nicht erfolgt.

3. Meinungsstand

Die Frage, ob es sich bei der Abfindung um eine unentgeltliche Zuwendung mit Schenkungscharakter handelt, wird viel diskutiert und kontrovers beantwortet. Aus diesem Grund soll zunächst ein Überblick über die verschiedenen Meinungen gegeben werden.

a) Entgeltlichkeit der Abfindung

Ein (immer noch) wesentlicher Teil der Literatur⁸³² ist der Auffassung, daß die Abfindung für einen Erbverzicht keine unentgeltliche Zuwendung i.S.d. § 516 BGB darstellt. Allerdings weichen die Begründungen zum Teil erheblich voneinander ab.

tatsächliche Vermutung für die Einigung über die teilweise Unentgeltlichkeit bejaht.

⁸³⁰ Siehe OLG Hamm NJW-RR 1993, S.1412; RGRK/Mezger, §516, Rn.10; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.13; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (613)

⁸³¹ Siehe BGH NJW-RR 1995, S.1349 (1350); MünchKomm/Kollhosser, §516, Rn.24; Staudinger/Cremer, §516, Rn.43; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.14; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (613)

⁸³² Siehe Palandt/Edenhofer, Einl v §1922, Rn.8; Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.3; Soergel/Damrau, §2346, Rn.3; Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, §2325, Anm. 2 a); Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.368; Lange/Kuchinke, Erbrecht, §7 I 4 a), Fn.20 u. §7 V 3; Kipp/Coing, §82 VI; Binder, Erbrecht, S.125; Lange, FS Nottarp, S.119 (121f); Kollhosser, AcP 194, S.231 (259f); Coing, NJW 1967, S.1777 (1778); Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (148); Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Mauch, BWNotZ 1995, S.88 (91f); Dieckmann, FamRZ 1986, S.258f, welcher insbesondere kritisiert, daß die Pflichtteilerwartungen des Verzichtenden nicht (allein) maßgeblich für die Frage der Unentgeltlichkeit sein könnten.; Woesch, Erbverzicht, S.54

Coing⁸³³ begründet die Entgeltlichkeit der Abfindungsleistung bei Vorliegen einer synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindungsleistung damit, daß der Abfindung der Erbverzicht -jedenfalls, wenn er sich auf den Pflichtteil erstreckt- als Gegenleistung gegenüberstehe, da der Verzicht dem Erblasser volle Testierfreiheit ohne Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht des betreffenden Erben gebe.

Auch Binder⁸³⁴ sieht in der Abfindung das Äquivalent für die Erklärung des Erbverzichts.

Lange⁸³⁵ hingegen stellt auf den Willen des Zuwendenden ab. Wenn der Erblasser einen entgeltlichen Erbverzichtsvertrag schließt, so wolle er den Betrag nicht schenken, sondern als Vorabfindung auf das künftige Erbrecht, das er als Anspruch gegen sich selbst betrachte, rechtlich also als Entgelt für den Verzicht gewähren. Damit lege er selbst den Wert fest, welchen die Erbbeteiligung des Verzichtenden gegenwärtig für ihn besitze.

Des Weiteren wird die Auffassung vertreten⁸³⁶, daß die Abfindungsleistung zwar objektiv unentgeltlich sei, die Annahme einer Schenkung jedoch ausscheide, da es an der Voraussetzung der subjektiven Unentgeltlichkeit, d.h. an der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehle. Kuchinke⁸³⁷ begründet dies damit, daß im Regelfall eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Abfindung nicht vorliegen könne, weil der Verzichtende die Erbbeteiligung aufgeben und die Abfindung nur im Hinblick auf den Verzicht gewährt werde.

Ähnlich argumentiert Reul⁸³⁸, welcher der Ansicht ist, daß die Abfindung als 'wirtschaftliches Surrogat' für den aufgegebenen späteren unentgeltlichen Erwerb von Todes wegen zwar objektiv unentgeltlich⁸³⁹ sei, subjektiv die Parteien in ihr jedoch

⁸³³ Coing, NJW 1967, S.1777 (1778); ihm folgend: Palandt/Edenhofer, Einl vor §1922, Rn.8; Ebenroth, Erbrecht, §5 II 3, Rn.368, welcher betont, daß die Bedeutung des Erbverzichts als Mittel vorweggenommener Erbfolge ansonsten wegen §§ 2325, 2329 BGB stark eingeschränkt wäre.

Siehe auch Degenhart, Rpfleger 1969, S.145 (148) für den Fall synallagmatischer Verknüpfung
⁸³⁴ Binder, Erbrecht, S.125; ähnlich Kollhosser, AcP 194, S.231 (259f), der darauf abstellt, daß der Verzichtsvertrag dem potentiellen Erblasser den ideellen Wert der Erlangung seiner Testierfreiheit bringe, was als Gegenleistung, die auch ideeller Natur sein könne, ausreiche. A.A.: LG Münster NJW 1984, S.1188 (1189)

⁸³⁵ Lange, FS Nottarp, S.119 (121f)

⁸³⁶ Vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, §7 I 4 a), Fn.20 u. §7 V 3; Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); Mauch, BWNotZ 1995, S.88 (91)

⁸³⁷ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 37 V 3

⁸³⁸ Reul, MittRhNotK 1997, S.373 (380); siehe auch Spiegelberger, Vermögensnachfolge, Rn.360

⁸³⁹ Ebenfalls objektive Unentgeltlichkeit bejahend: BGH NJW 1991, S.1611

einen Gegenwert für die durch den Erbverzicht bedingte Besserstellung und damit ein Entgelt erkennen würden.

Mauch⁸⁴⁰ schließlich differenziert zwischen Innen- und Außenverhältnis. Nach innen, d.h. zwischen den Vertragsschließenden handle es sich bei dem der Abfindung zugrundeliegenden Rechtsgeschäft um einen gegenseitigen Vertrag, weshalb die Abfindung Entgelt für den Verzicht sei. Das subjektive Element der Schenkung fehle. Nach außen, d.h. gegenüber den Pflichtteilsberechtigten, erfolge die Abfindung allerdings unentgeltlich. Aus dieser Unterscheidung folge, daß es an der Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehle, weshalb keine Schenkung vorliege⁸⁴¹.

b) Unentgeltlichkeit der Abfindung

Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung⁸⁴² ist der Schenkungscharakter der Abfindung zu bejahen. Eine Begründung wird allerdings nur teilweise gegeben.

Den wesentlichen Grundstein dieser, die objektive und subjektive Unentgeltlichkeit der Abfindung bejahenden Ansicht legte Speckmann im Jahr 1970 mit seinem Aufsatz „Der Erbverzicht als ‘Gegenleistung’ in Abfindungsverträgen“⁸⁴³. Speckmann vertritt die Auffassung, daß der Erbverzicht aus mehreren Gründen in nahezu allen Fällen als Entgelt für die Abfindungsleistung ausscheide.

Zunächst habe das den Pflichtteil überschreitende Erbrecht angesichts seiner freien Verfügbarkeit keinen Vermögenswert⁸⁴⁴. Im Hinblick darauf, daß der Erblasser mittels einer Anordnung nach § 2315 Abs.1 BGB denselben Erfolg erzielen könne wie mit einem Pflichtteilsverzicht, habe der Pflichtteilsverzicht insoweit keine praktische Bedeutung und sei, da eine Zuwendung nach § 2315 BGB eine Schenkung darstelle, ebenfalls als unentgeltlich zu bewerten⁸⁴⁵. Etwas anderes gelte auch nicht in den

⁸⁴⁰ Mauch, BWNotZ 1995, S.88 (91)

⁸⁴¹ Allerdings soll nach Mauch bei der Frage der Pflichtteilsergänzung, die damit an sich ausgeschlossen wäre, eine Korrektur dahingehend vorgenommen werden, daß eine Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB dann in Betracht käme, wenn und soweit der Verzichtsgegenstand und die Abfindung nicht in einem angemessenen Verhältnis zueinander stünden. Mauch, BWNotZ 1995, S.88 (91)

⁸⁴² Siehe OLG Köln NJW 1994, S.1540 (1541); wohl auch LG Münster NJW 1984, S.1188 (1889); MünchKomm/Frank, §2325, Rn.14; Staudinger/Schotten, §2346, Rn.123; Mayer, DNotZ 1996, S.604 (614ff, insbes. 616), welcher betont, daß der Umstand, daß die Zuwendung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolge, die Möglichkeit einer subjektiven Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung nicht ausschließe.

⁸⁴³ Speckmann, NJW 1970, S.117ff

⁸⁴⁴ Speckmann, NJW 1970, S.117 (119)

⁸⁴⁵ Speckmann, NJW 1970, S.117 (119); kritisierend: Eccher, Antizipierte Erbfolge, S.145f,

Fällen, in denen der Erblasser durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament gebunden sei. Hier versage zwar die bisherige Argumentation, doch folge die Unentgeltlichkeit daraus, daß der Verzichtende trotz der Bindung des Erblassers nicht auf eine vermögenswerte Anwartschaft verzichte, weshalb der Verzicht keine vermögenswerte Gegenleistung darstellen könne⁸⁴⁶. Auch könne in der Einräumung der Testierfreiheit grundsätzlich keine Gegenleistung gesehen werden. Etwas anderes könne allenfalls in den äußerst seltenen Fällen gelten, in denen der Erblasser den Vertrag lediglich oder zumindest auch zu dem Zweck schließe, den Vertragspartner aus dem Kreis der Erben auszuschneiden, um so ohne Rücksicht auf ihn testieren zu können oder die spätere Erbteilung unter den verbleibenden Erben zu erleichtern⁸⁴⁷.

Frank⁸⁴⁸ begründet seine, den Schenkungscharakter der Abfindung bejahende Ansicht damit, daß derjenige, der auf sein künftiges Erbrecht verzichte, weil er dieses bereits im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalte, keine Gegenleistung erbringe, die das Geschäft zum entgeltlichen werden ließe. Dasselbe gelte hinsichtlich eines Verzichts auf etwaige Pflichtteilsansprüche, da in diesem Fall dasselbe wirtschaftliche Ziel, ohne daß der Schenkungscharakter der Zuwendung in Zweifel gezogen werden würde, durch eine Anrechnungsbestimmung i.S.v. § 2315 BGB erreicht werden könnte. Weder Erb- noch Pflichtteilsanspruch würden eine konkrete Anwartschaft darstellen, weshalb auch nicht darauf abzustellen sei, ob die Zuwendung einen angemessenen Gegenwert für den Verzicht darstelle. Zudem dürften entgegen der Ratio des § 2325 BGB die Ansprüche Pflichtteilsberechtigter nicht ohne Rechtfertigung dadurch verkürzt werden, daß man die Abfindungen als nicht ergänzungsbedürftige Zuwendungen ansehe. Selbst wenn sich der Erblasser die Testierfreiheit durch einen Pflichtteilsverzicht erkaufe, bleibe die Abfindung unentgeltlich, da sie nach dem Willen der Parteien dazu bestimmt sei, den Pflichtteil abzugelten.

Ähnlich argumentiert Schotten⁸⁴⁹, welcher die Abfindung für einen Erbverzicht ebenfalls als unentgeltliche Zuwendung mit Schenkungscharakter qualifiziert. Die Abfindung sei wirtschaftliches Surrogat des durch den Verzicht entgehenden Erwerbs von Todes wegen. Der "unentgeltliche" Erwerb von Todes wegen werde zeitlich

welcher Speckmann entgegenhält, daß dieser die Bestimmung des § 2310 BGB übersehe.

⁸⁴⁶ Speckmann, NJW 1970, S.117 (120)

⁸⁴⁷ Speckmann, NJW 1970, S.117 (121)

⁸⁴⁸ MünchKomm/Frank, §2325, Rn.14

⁸⁴⁹ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.123 ff, insbes. Rn. 124 u. 128; ihm folgend: Staudinger/

vorgezogen durch einen Erwerb zu Lebzeiten des Erblassers. Der Erbverzicht könne also keine Gegenleistung sein, die die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ausschließe⁸⁵⁰. Die Abfindung sei also -soweit mit ihr keine Leistungen des Verzichtenden abgegolten werden sollen, die in keinem Zusammenhang mit dem Erbverzicht stehen- eine objektiv unentgeltliche Zuwendung⁸⁵¹. In der Regel sei sie auch subjektiv unentgeltlich, da sich die Vertragsparteien durchaus bewußt seien, daß durch den Vertrag einzig und allein eine zukünftige Erbfolgeregelung zeitlich vorweggenommen werde und der Erblasser die Abfindung lediglich als wirtschaftliches Surrogat für einen unentgeltlichen Erwerb von Todes wegen leiste. Die Kenntnis dieses wirtschaftlichen Zusammenhangs genüge, um das in § 516 Abs.1 BGB geforderte Tatbestandsmerkmal "Einigung über die Unentgeltlichkeit" zu erfüllen⁸⁵².

Dieses Ergebnis sieht Schotten durch vier weitere Gesichtspunkte bestätigt:

1. Sei eine Zuwendung unter der Anordnung einer Ausgleichs- oder Anrechnungspflicht nach den §§ 2050 Abs.3, 2315 BGB im Regelfall als Schenkung zu qualifizieren, so könne für eine Abfindung für einen Erbverzicht nichts anderes gelten⁸⁵³.

2. Durch eine restriktive Auslegung des § 2325 BGB dahingehend, daß der Pflichtteilsberechtigte wegen derselben Abfindung nicht eine Erhöhung der Erbquote nach § 2310 S.2 BGB und zugleich die Einbeziehung der Abfindung in derselben Höhe in der Pflichtteilsberechnung nach § 2325 BGB verlangen könne, ließen sich alle mit der Qualifikation als Schenkung für die Berechnung des Pflichtteils evtl. verbundenen Probleme lösen⁸⁵⁴.

3. Die Unanwendbarkeit der §§ 528, 530 BGB als Folge der Bejahung der Entgeltlichkeit der Abfindung widerspräche den berechtigten Belangen des Erblassers⁸⁵⁵.

Olshausen, §2325, Rn.7

⁸⁵⁰ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.123; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.7

⁸⁵¹ So Staudinger/Schotten, §2346, Rn.126; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.7

⁸⁵² Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.127; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.7

⁸⁵³ Staudinger/Schotten, §2346, Rn.130f; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.8

⁸⁵⁴ Vgl. Staudinger/Schotten, §2346, Rn.136; Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.9 sowie auch MünchKomm/Frank, §2325, Rn.14

⁸⁵⁵ Siehe Staudinger/Schotten, §2346, Rn.137, welcher weiter der Auffassung ist, daß der Verzichtende im Fall einer Inanspruchnahme nach §§ 528, 530 BGB dadurch ausreichend geschützt sei, daß sich die Haftung nach Bereicherungsgrundsätzen richte.

4. Die Qualifikation der Abfindung als Schenkung führe zur Übereinstimmung von Zivil- und Steuerrecht⁸⁵⁶ und damit zur Einheit der Rechtsordnung.

c) Differenzierende Ansichten

Nach einigen vermittelnden Ansichten ist bei der Frage der Entgeltlichkeit der Abfindungsleistung zu differenzieren. Zum Teil wird, abhängig von der jeweiligen Konstellation, Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit bejaht⁸⁵⁷, zum Teil wird aber auch der vermittelnde Standpunkt eingenommen, daß eine teils entgeltliche teils unentgeltliche Zuwendung vorliege⁸⁵⁸.

Dieckmann⁸⁵⁹ vertritt die Auffassung, daß die Entscheidung dem Einzelfall überlassen werden müsse⁸⁶⁰. Dabei sei zu berücksichtigen, daß grundsätzlich von einer unentgeltlichen Zuwendung auszugehen sei, wenn sich der Erblasser mit der Abfindung die "Testierfreiheit" erkaufe⁸⁶¹. Voraussetzung hierfür sei, daß der Abfindungsempfänger auch auf den Pflichtteil verzichte, der Verzicht sich auf die Abkömmlinge erstrecke und sich die Abfindung im Rahmen der gesetzlichen Erberwartungen halte. Verfehlt sei es jedoch, jede Abfindung über den Wert des Pflichtteils als unentgeltliche Zuwendung zu erachten.

Ähnlich argumentiert Däubler⁸⁶², welcher der Auffassung ist, daß eine Abfindung im Hinblick auf die Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB dann nicht als unentgeltliche Zuwendung anzusehen sei, wenn sich der Erbverzicht auch auf den Pflichtteil erstrecke, wenn sich seine Wirkung gemäß § 2349 BGB auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecke und wenn die Abfindung des Erblassers nicht über den Wert des zu erwartenden Pflichtteilsanspruches hinausgehe. In diesem Fall nämlich ent-

⁸⁵⁶ Steuerrechtlich gilt die Abfindung als Schenkung unter Lebenden und wird von § 7 ErbStG erfaßt. Vgl. Hörger/Stephan, Vermögensnachfolge, S.178

⁸⁵⁷ Vgl. AK/Däubler, §2325, Rn.13f; Soergel/Dieckmann, §2325, Rn.18; Haegle, BWNotZ 1971, S.36 (39); Schramm, BWNotZ 1971, S.162 (163); Sostmann, MittRhNotK 1976, S.479 (497)

⁸⁵⁸ So auch BGH NJW 1999, S.3643 (3644); siehe des weiteren AK/Däubler, §2325, Rn.14; Westermann, FS Kellermann, S.505 (507); Pühringer, BB 1989, Beil.6; Haegle, BWNotZ 1971, S.36 (39); Heinrich, MittRhNotK 1995, S.157 (158)

⁸⁵⁹ Soergel/Dieckmann, §2325, Rn.18

⁸⁶⁰ Dieser Auffassung ist auch Schramm, BWNotZ 1971, S.162 (263), welcher der Ansicht ist, daß es der Parteiherrschaft obliege, das, was der Verzichtende anlässlich seines Verzichts erhalte, als reines Entgelt, als Schenkung oder als Ausstattung anzusehen. Ähnlich Olzen, Vorweggenommene Erbfolge, S.39f

⁸⁶¹ So auch Heinrich, MittRhNotK 1995, S.157 (158); Dieckmann folgend: Sostmann, MittRhNotK 1976, S.479 (497)

⁸⁶² AK/Däubler, §2325, Rn.13f

ginge den übrigen Pflichtteilsberechtigten wegen der Regelung des § 2310 S.2 BGB⁸⁶³ im wirtschaftlichen Ergebnis nichts. Fehle es an der Erstreckungswirkung des § 2349 BGB oder erstrecke sich der Verzicht nur auf das Erbrecht, dann sei die Abfindung als unentgeltliche Zuwendung zu behandeln.

Westermann⁸⁶⁴ ist ebenfalls der Auffassung, daß Unentgeltlichkeit insoweit zu bejahen sei, als der Wert der zugewendeten Vermögensgegenstände die sich aus dem Pflichtteilsrecht ergebende Beteiligungsquote nicht übersteige. Übersteige die Zuwendung die Beteiligungsquote, liege eine gemischte Schenkung⁸⁶⁵ vor.

Haegele⁸⁶⁶, welcher in diesem Fall ebenfalls eine gemischte Schenkung bejaht, ist darüber hinaus der Ansicht, daß ein reiner Pflichtteilsverzicht ein vollentgeltliches Rechtsgeschäft sei, während ein reiner, d.h. den Pflichtteil nicht erfassender, Erbverzicht in der Regel als Schenkung zu qualifizieren sei.

Rheinbay hingegen, der sich ausführlichst mit der Frage der Unentgeltlichkeit der Abfindung für einen Erbverzicht auseinandersetzt⁸⁶⁷, gelangt zu dem Ergebnis⁸⁶⁸, daß die Abfindung für einen Erbverzicht (oder Pflichtteilsverzicht oder Erbverzicht unter Vorbehalt des Pflichtteils) weder grundsätzlich eine Schenkung noch grundsätzlich ein voll entgeltliches Geschäft sei. Der Einzelfall entscheide. Hierbei sei vom Willen der Vertragspartner auszugehen. Betrachten sie den Verzicht als vollwertige Gegenleistung, so liege ein entgeltliches Geschäft vor. Werde die Abfindung über den Verzicht hinaus gegeben, so handle es sich um eine gemischte Schenkung.

4. Eigener Standpunkt

Die Frage nach der Rechtsnatur der Abfindung für einen Erbverzicht, d.h. die Frage ob es sich hierbei um eine voll entgeltliche Zuwendung, eine gemischte Schenkung oder um eine reine Schenkung handelt, ist ausgehend von dem bereits oben dargelegten Schenkungsbegriff⁸⁶⁹ i.S.d. § 516 Abs.1 BGB zu beantworten.

Unproblematisch ist insoweit die Voraussetzung einer Bereicherung des Empfängers

⁸⁶³ Ebenfalls mit § 2310 S.2 BGB argumentierend: OLG Hamm NJW 1999, S.3643 (3644); krit. Anm. Pentz, MDR 2000, S.338f

⁸⁶⁴ H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (507)

⁸⁶⁵ Ebenso: AK/Däubler, §2325,Rn.14; Pühringer, BB 1989, Beil.6; Haegele, BWNotZ 1971, S.36 (39); Bydlinsky, in:Klang/Gschnitzer, S.193

⁸⁶⁶ Haegele, BWNotZ 1971, S.36 (39)

⁸⁶⁷ Rheinbay, Pflichtteilsergänzung, S.31ff, insbes. S.69ff

⁸⁶⁸ Rheinbay, Pflichtteilsergänzung, S.136f

⁸⁶⁹ Siehe D. I. 1. a)

aus dem Vermögen des Zuwendenden. Durch die Abfindung verschafft der Erblasser dem Verzichtenden aus seinem Vermögen einen Vermögensvorteil im wirtschaftlichen Sinne.

Entscheidend ist somit allein die Frage der Unentgeltlichkeit der Abfindung. Maßgeblich ist insoweit der bereits dargelegte Unentgeltlichkeitsbegriff⁸⁷⁰ i.S.d. § 516 Abs.1 BGB.

a) Objektive Unentgeltlichkeit

Beim entgeltlichen Erbverzicht erfolgt die rechtliche Verknüpfung von Abfindung und Erbverzicht entweder durch einen gegenseitigen Abfindungsvertrag als schuldrechtlichem Kausalgeschäft⁸⁷¹ oder durch einen Bedingungszusammenhang bzw. zumindest durch eine Zweckvereinbarung i.S.d. § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt BGB⁸⁷². Folglich liegt in jedem Fall eine entweder synallagmatische, konditionale oder kausale Verknüpfung von Abfindung und Erbverzicht vor, was der Annahme vollumfänglicher objektiver Unentgeltlichkeit der Abfindung entgegensteht. Auch kann nicht damit argumentiert werden, daß der Erbverzicht keine vermögenswerte Gegenleistung darstelle, daß der Verzichtende weder ein Anwartschaftsrecht noch eine vermögenswerte Anwartschaft aufgeben. Die Gegenleistung muß eben nicht geldwerter Natur sein⁸⁷³, weshalb es auch nicht entscheidend ist, ob der Erblasser durch den Verzicht ein größeres Maß an Testierfreiheit erlangt oder nicht. Vielmehr folgt aus der synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Verknüpfung des Erbverzichts und der Abfindungsleistung, daß es sich bei der Abfindung zumindest nicht um eine voll unentgeltliche Zuwendung des Erblassers handeln kann. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Abfindung möglicherweise als wirtschaftliches Surrogat des durch den Verzicht entgehenden Erwerbs von Todes wegen anzusehen ist. Allerdings ist bereits in Frage zu stellen, daß die Abfindung tatsächlich das wirtschaftliche Surrogat für einen späteren Erwerb von Todes wegen ist, denn zum einen ist zum Zeitpunkt des Abschlusses des entgeltlichen Erbverzichtsvertrages die spätere Entwicklung des Erblasservermögens (vielfach) nicht absehbar, und zum anderen

⁸⁷⁰ Siehe D. I. 2. b)

⁸⁷¹ Möglich ist, daß der Abfindungsvertrag und die Abfindungsleistung bzw. der Erbverzicht ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB bilden. Zu dieser sehr umstrittenen Frage siehe B.VI.

⁸⁷² Siehe B. IV., V. u. VII.

⁸⁷³ Vgl. D. I. 2. b) aa); siehe auch Haymann, JherJb.56, 86 (93)

können -wie bereits erwähnt- die unterschiedlichsten Motive⁸⁷⁴ zum Abschluß des entgeltlichen Erbverzichtsvertrages geführt haben, so daß in der Abfindung in wirtschaftlicher Hinsicht keinesfalls zwingend der Ausgleich für einen entgangenen Erwerb von Todes wegen zu sehen ist. Gerade deshalb ist es ja auch nicht möglich, den objektiven Verkehrswert eines entgeltlichen Erbverzichts zu bestimmen⁸⁷⁵. Selbst wenn aber die Abfindung das wirtschaftliche Surrogat eines entgangenen späteren Erwerbs von Todes wegen sein sollte, ließe sich hieraus nicht auf die objektive Unentgeltlichkeit der Abfindung schließen. Zutreffend ist, daß der Erwerb von Todes wegen unentgeltlich erfolgt. Dies bedeutet jedoch nicht, daß ein rein wirtschaftliches, nicht aber rechtliches Surrogat dieselbe Rechtsnatur teilen muß. Zu berücksichtigen ist vielmehr, daß der Verzichtende die Abfindung im Gegensatz zu einem späteren Erwerb von Todes wegen eben nicht ohne eigenes Zutun erlangt. Die Abfindung wird um des Verzichts Willen geleistet. Würde der Verzichtende den Erbverzicht nicht erklären, erhielte er die Abfindung nicht. Es ist somit gerade die Erklärung des Erbverzichts, die den Erwerb der Abfindungsleistung von einem späteren Erwerb von Todes wegen unterscheidet. Verfehlt ist es demnach, den Erbverzicht bei der Frage der Entgeltlichkeit der Abfindungsleistung außer Acht zulassen, indem man von der Unentgeltlichkeit eines Erwerbs von Todes wegen auf die Unentgeltlichkeit der Abfindungsleistung schließt. Der der Abfindung wegen geschlossene Erbverzichtsvertrag steht einer Vergleichbarkeit entgegen. Hinzu kommt, daß der Umstand, daß der Erbverzicht Gegenstand einer Leistung im Sinne des Kondiktionsrechts sein kann⁸⁷⁶, ebenfalls dafür spricht, in ihm eine die Unentgeltlichkeit der Abfindung ausschließende Gegenleistung zu sehen.

Festzuhalten ist also, daß es sich bei der Abfindung bereits objektiv nicht um eine voll unentgeltliche Zuwendung und damit nicht um eine reine Schenkung handelt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Abfindung als eine teils entgeltliche, teils unentgeltliche Zuwendung, mithin als eine gemischte Schenkung zu qualifizieren ist.

b) Subjektive Unentgeltlichkeit und das Prinzip der subjektiven Äquivalenz

Basierend auf dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz⁸⁷⁷ ist davon auszugehen, daß es

⁸⁷⁴ Siehe A. I. 3. c)

⁸⁷⁵ Siehe C. VII. 1. d) bb)

⁸⁷⁶ Zur Frage der Kondizierbarkeit des Erbverzichts siehe C. VII.

⁸⁷⁷ Siehe hierzu D. I. 2. b) bb)

den Beteiligten des Erbverzichtsvertrages grundsätzlich freisteht, in einem Erbverzicht eine der Abfindung gleichwertige Gegenleistung zu sehen -was regelmäßig der Fall sein wird⁸⁷⁸ -, mit der Folge, daß auch im Hinblick auf das Fehlen einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung (subjektive Unentgeltlichkeit) eine voll entgeltliche Zuwendung anzunehmen wäre. Zu beachten sind jedoch auch hier die allgemein anerkannten Grenzen⁸⁷⁹ des subjektiven Äquivalenzprinzips, wobei der Fall einer objektiv gänzlich fehlenden Gegenleistung -wie oben dargelegt⁸⁸⁰- ausgeschlossen werden kann. Somit verbleibt es bei den Fällen von Willkür und eines groben Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Wenn man dann noch berücksichtigt, daß in der Praxis Willkür, d.h. das jegliche Fehlen einer sachlichen Grundlage für die Entgeltsabrede, nahezu nie vorliegen wird (im Falle ihres Vorliegens jedoch zur Annahme der Unentgeltlichkeit der Abfindung führen würde), reduziert sich das Problem der Teilunentgeltlichkeit auf die Frage des Vorhandenseins eines groben Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, welches die tatsächliche Vermutung für eine gemischte Schenkung begründet. Hierbei geht es zu weit, wenn man ein grobes Mißverhältnis immer und insoweit bejaht, als der Wert der Abfindung über den Wert des fiktiven Pflichtteilsanspruches des Verzichtenden hinausgeht. Hierin läge eine so weitgehende Einschränkung des Prinzips der subjektiven Äquivalenz, daß es mit dem Prinzip der Privatautonomie nicht mehr zu vereinbaren wäre. Durch das pauschale Abstellen auf den fiktiven Pflichtteilsanspruch würde die Bewertungsfreiheit der Beteiligten unterlaufen. Die Umstände des Einzelfalles, die verschiedenen Motive eines entgeltlichen Erbverzichts würden völlig außer Acht gelassen werden, so daß der Vorwurf eines willkürlichen Vorgehens mehr als nahe läge. Gründe, die es rechtfertigen würden, das Feststellen eines groben Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu ermöglichen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere genügt auch das Argument der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit nicht, um vom Erfordernis einer Gesamtschau aller in Betracht kommender Bemessungsfaktoren der Abfindung abzusehen. Aus diesem Grund ist es auch nicht möglich, ein bestimmtes

⁸⁷⁸ Der Grund hierfür ist, daß die Abfindung unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung (synallagmatische, konditionale oder kausale Verknüpfung) um des Erbverzichts willen erbracht wird.

⁸⁷⁹ Siehe hierzu D. I. 2. b) bb) (2)

⁸⁸⁰ Siehe D. I. 4. a)

Verhältnis des Werts der Abfindung und des Werts des Erbverzichts, z.B. 2:1⁸⁸¹, als Anknüpfungspunkt für die Frage des Vorliegens eines groben Mißverhältnisses zu nehmen. Hinzu kommt, daß der objektive Wert eines Erbverzichts nicht ermittelbar ist⁸⁸². Folglich ist davon auszugehen, daß ein grobes Mißverhältnis der Abfindungsleistung und des Erbverzichts und somit eine teilweise Unentgeltlichkeit der Abfindung nur in Ausnahmefällen zu bejahen ist, deren Feststellung der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls bedarf. Hierbei ist es jedoch nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall eine teilweise Unentgeltlichkeit auch anzunehmen ist, wenn der Wert der Abfindung den Wert des fiktiven Pflichtteilsanspruches übersteigt.

Liegt im Einzelfall ein grobes Mißverhältnis vor, so genügt es in subjektiver Hinsicht, daß die Parteien Kenntnis von den die Unverhältnismäßigkeit begründenden Umständen haben, wovon im Regelfall auszugehen ist. Hierdurch ist dem Erfordernis einer Einigung der Beteiligten über die (teilweise) Unentgeltlichkeit i.S.d. § 516 Abs.1 BGB genüge getan.

c) § 2325 BGB als mögliches Korrektiv

Es stellt sich die Frage, ob die bisherige Feststellung der grundsätzlichen Entgeltlichkeit der Abfindung und die Bejahung einer teilweisen Unentgeltlichkeit der Abfindung nur in Ausnahmefällen angesichts der Vorschrift des § 2325 BGB einer Korrektur bedarf.

Im Hinblick auf § 2325 BGB, wonach Schenkungen des Erblassers grundsätzlich zu einer Pflichtteilsergänzung führen, finden sich Beispielsrechnungen, die die Richtigkeit der Bejahung der Entgeltlichkeit der Abfindung belegen sollen⁸⁸³, andererseits aber auch Beispielsrechnungen, die gerade das Gegenteil beweisen sollen⁸⁸⁴. Fest steht, daß sich -je nach dem, welcher Auffassung man folgt- Beispielsfälle finden lassen, die für die Anwendung des § 2325 BGB auf Abfindungsleistungen sprechen und umgekehrt. Falsch ist es jedoch, § 2325 BGB isoliert, d.h. ohne Berücksichtigung des § 2310 S.2 BGB zu betrachten. Gemäß

⁸⁸¹ Siehe Rheinbay, Erbverzicht, S.137; vgl. auch Haegele, BWNotZ 1971, S.36 (39)

⁸⁸² Vgl. C. VII. 1. d) bb)

⁸⁸³ Siehe Rheinbay, Erbverzicht, S.45ff

⁸⁸⁴ Vgl. Schramm, BWNotZ 1971, S.162f

§ 2310 S.2 BGB wird derjenige, der durch einen Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, bei der Pflichtteilsberechnung nicht mitgezählt. Hieraus folgt zwingend -wenn man eine ungerechtfertigte Begünstigung der Pflichtteilsberechtigten vermeiden will-, daß der Anwendungsbereich des § 2325 BGB bezüglich einer Abfindungsleistung insoweit nicht eröffnet ist, als § 2310 S.2 BGB Anwendung findet. Umfaßt der Erbverzicht folglich den Pflichtteil, erstreckt er sich gemäß § 2349 BGB auf die Abkömmlinge des Verzichtenden und übersteigt die Abfindung nicht den erwarteten Pflichtteilsanspruch, so ist § 2325 BGB bereits deshalb nicht anwendbar. Aber auch in den sonstigen Fällen ist § 2325 BGB nicht geeignet, die Unentgeltlichkeit der Abfindungsleistung über die besagten Ausnahmefälle einer teilweisen Unentgeltlichkeit hinaus zu begründen. Der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB ist der des § 516 Abs.1 BGB⁸⁸⁵, nicht umgekehrt. Folglich vermag § 2325 BGB den Schenkungsbegriff des § 516 Abs.1 BGB nicht zu modifizieren. Gerade dies wäre aber der Fall, wenn man die Abfindungsleistung trotz des grundsätzlichen Fehlens der Schenkungsvoraussetzungen des § 516 Abs.1 BGB allein im Hinblick auf § 2325 BGB allgemein als unentgeltliche Zuwendung, als Schenkung qualifizieren würde. Nicht von vornherein ausgeschlossen ist hingegen, daß der Schenkungsbegriff des § 516 Abs.1 BGB im Hinblick auf die Abfindungsleistung für § 2325 Abs.1 BGB zu modifizieren ist, was jedoch für die Frage der Unentgeltlichkeit der Abfindungsleistung i.S.d. § 516 Abs.1 BGB unerheblich ist.

Darüber hinaus spricht gegen die Bejahung einer Schenkung trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 516 Abs.1 BGB, daß die §§ 516 ff BGB vorwiegend Regelungen enthalten, die das Verhältnis der Vertragsbeteiligten betreffen, während § 2325 BGB eine erbrechtliche Regelung zum Schutz der (anderen) Pflichtteilsberechtigten enthält.

Fazit ist also, daß die Vorschrift des § 2325 BGB keinen Anlaß gibt, die Unentgeltlichkeit der Abfindungsleistung entgegen der bisher vertretenen Auffassung grundsätzlich und vor allem vollumfänglich zu bejahen.

Dasselbe hat hinsichtlich § 2315 BGB zu gelten. Daraus, daß eine Zuwendung, die unter einer Anrechnungsbestimmung i.S.d. § 2315 BGB erfolgt, trotz Anrechnungsbestimmung als unentgeltlich angesehen wird, kann nämlich nicht auf die

⁸⁸⁵ Siehe z.B. Staudinger/Olshausen, §2325, Rn.1; Rheinbay, Erbverzicht, S.25

Unentgeltlichkeit der Abfindungsleistung i.S.d. § 516 Abs.1 BGB geschlossen werden. Zum einen folgt dies aus den bereits in Zusammenhang mit § 2325 BGB angeführten Gründen, zum anderen folgt dies daraus, daß eine Anrechnungsbestimmung nicht mit dem Abschluß eines Erbverzichtsvertrages zu vergleichen ist. Dies wiederum folgt bereits daraus, daß eine Anrechnungsbestimmung im Gegensatz zum Abschluß eines Erbverzichtsvertrages ein selbständiges Tätigwerden des Zuwendungsempfängers nicht erfordert. Darüber hinaus liegt ein weiterer, die Vergleichbarkeit ausschließender Unterschied darin, daß eine Anrechnung nach § 2315 Abs.1 BGB zwar die Höhe des Pflichtteilsanspruches herabsetzen, seine Entstehung aber nicht gänzlich ausschließen kann⁸⁸⁶.

d) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Abfindung in der Regel eine voll entgeltliche Zuwendung darstellt, da es zum einen bereits an der objektiven Unentgeltlichkeit fehlt, zum anderen aber auch eine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit nicht vorliegen wird. Nur in Ausnahmefällen (grobes Mißverhältnis von Erbverzicht und Abfindung)⁸⁸⁷, deren Vorliegen im Einzelfall aufgrund einer Gesamtschau aller in Betracht kommender Umstände festzustellen ist, ist eine teilweise Unentgeltlichkeit der Abfindungsleistung und damit die Annahme einer gemischten Schenkung zu bejahen.

Für die Praxis ist zu empfehlen, vertraglich festzulegen, was von der Abfindung Entgelt für den Verzicht sein soll, und was unentgeltlich (gemischte Schenkung) zugewendet werden soll. Hierdurch wird die rechtliche Einordnung der Abfindungsleistung als voll entgeltliche oder teils entgeltliche, teils unentgeltliche Zuwendung erleichtert und somit möglichen Rechtsstreitigkeiten vorgebeugt.

II. Bedingungseintritt oder Fristablauf

Nachdem die Frage der Rechtsnatur der Abfindung geklärt ist, soll im folgenden angesichts der zahlreichen denkbaren Störungen im Rahmen der vorweggenommenen

⁸⁸⁶ Siehe Erman/Schlüter, vor §2346, Rn.3

⁸⁸⁷ So im Ergebnis auch Soergel/Damrau, §2346, Rn.3

Erbfolge näher darauf eingegangen werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, die Abfindung zurückzuerlangen.

Ist die Leistung der Abfindung in zulässiger Weise⁸⁸⁸ unter einer auflösenden Bedingung erfolgt⁸⁸⁹, so wird die Abfindungsleistung mit Bedingungseintritt unwirksam, die Abfindung fällt wieder zurück an den Erblasser bzw. dessen Erben. Dasselbe gilt für den Fall einer Befristung der Abfindungsleistung im Falle des Fristablaufs.

III. Nichtigkeit gemäß § 139 BGB

Bildet die Abfindungsleistung mit dem Abfindungsvertrag⁸⁹⁰ oder einem sonstigen Rechtsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB, so führt die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages bzw. des sonstigen Rechtsgeschäfts im Regelfall gemäß § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit und damit zur Nichtigkeit der an sich wirksamen Abfindungsleistung.

IV. Schenkungswiderruf gemäß § 530 BGB

Nach der hier vertretenen Ansicht, wonach die Abfindung nur dann und insoweit eine unentgeltliche, eine gemischte Schenkung begründende, Zuwendung darstellt, als ein grobes Mißverhältnis zwischen Abfindung und Erbverzicht besteht⁸⁹¹, kommt die Anwendung des Schenkungsrechts der §§ 516 ff BGB und somit auch ein Widerruf nach § 530 BGB nur in diesem begrenzten Rahmen in Betracht.

1. Widerruf einer gemischten Schenkung

a) Anwendbarkeit des § 530 BGB

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 530 BGB könnten deswegen Bedenken bestehen, weil die gemischte Schenkung eben keine vollständig unentgeltliche

⁸⁸⁸ Besteht z.B. die Abfindungsleistung in einer Grundstücksübertragung, so scheidet die Vereinbarung eines Bedingungs Zusammenhangs wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs.2 BGB) aus.

⁸⁸⁹ Siehe hierzu B. V.

⁸⁹⁰ Siehe hierzu B. VI.

⁸⁹¹ Siehe oben D. I. 4.

Zuwendung i.S.d. § 516 Abs.1 BGB darstellt. Nach einhelliger Auffassung⁸⁹² kann jedoch jede Schenkung -wie etwa die Schenkung unter Auflage oder eben auch eine gemischte Schenkung- dem Widerruf gemäß § 530 BGB unterliegen. Einer Anwendbarkeit des § 530 BGB auf die Abfindungsleistung steht auch nicht § 534 BGB entgegen. Angesichts dessen, daß das Gesetz in den §§ 2346 ff BGB einen unentgeltlichen Erbverzicht regelt und mithin als zulässig erachtet, während der entgeltliche Erbverzicht im Gesetz keine (explizite) Regelung erfahren hat⁸⁹³, ist davon auszugehen, daß die Abfindung weder einer sittlichen Pflicht noch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht.

b) Voraussetzungen

Ein Recht zum Widerruf seitens des Erblassers⁸⁹⁴ setzt gemäß § 530 Abs.1 BGB voraus, daß sich der Beschenkte -d.h. der Verzichtende- durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker -d.h. den Erblasser- oder einen nahen Angehörigen des Erblassers des groben Undanks schuldig gemacht hat. Besonderheiten in den Voraussetzungen bestehen nicht. Erforderlich ist in jedem Fall, daß das Fehlverhalten, das zumindest Vorwerfbarkeit im moralischen Sinne voraussetzt, objektiv ein erhebliches Gewicht hat und subjektiv ein erkennbarer Mangel an Dankbarkeit vorliegt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist im Wege einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles festzustellen.⁸⁹⁵ Die weiteren Voraussetzungen richten sich nach §§ 531, 532 BGB.

c) Rechtsfolge des Widerrufs

Gemäß § 531 Abs.2 BGB kann die Herausgabe des Geschenkten im Falle des Widerrufs nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung -auf die erst später eingegangen werden soll- gefordert werden.

Bei einer gemischten Schenkung stellt sich nun die Frage, in welchem Umfang die Herausgabe des teils entgeltlich, teils unentgeltlich Zugewendeten gefordert werden

⁸⁹² Siehe z.B. BGH ZEV 1999, S.188 (189) = NJW 1999, S.1623; RGRK/Mezger, § 530, Rn.3; Staudinger/Cremer, §530,Rn.4; Palandt/Putzo, § 530, Rn.1; Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.215 u. 277; Eccher, Antizipierte Erbfolge, S.149

⁸⁹³ Siehe B. I.

⁸⁹⁴ Das Recht zum Widerruf seitens der Erben des Erblassers richtet sich nach § 530 Abs.2 BGB.

⁸⁹⁵ Zu den Voraussetzungen des § 530 Abs.1 BGB siehe u.a.: BGHZ 91, 273 (278); BGH FamRZ 1985, S.351; Erman/Seiler, § 530, Rn.2; Staudinger/Cremer, § 530, Rn.5ff ; RGRK/Mezger, § 530,

kann. Dies hängt von der rechtlichen Behandlung der gemischten Schenkung und damit auch des Umfangs des Widerrufs ab⁸⁹⁶. Diesbezüglich werden im wesentlichen drei verschiedene Theorien⁸⁹⁷ vertreten:

Nach der Einheitstheorie bilden die verschiedenen Vertragstypen eine Einheit, so daß auf das Rechtsgeschäft insgesamt die Vorschriften aller betroffenen Vertragstypen anzuwenden seien. Im Falle einer Normkollision entscheide der Vertragszweck über die im Einzelfall anzuwendende Rechtsnorm.

Nach der Trennungstheorie hingegen sei das Rechtsgeschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zu zerlegen, auf den dann jeweils die entsprechenden Vorschriften anzuwenden seien.

Nach der heute überwiegend vertretenen Zweckwürdigungstheorie (auch gemilderte Trennungstheorie genannt) ist auf den von den Parteien erkennbar gewollten Vertragszweck abzustellen, nach welchem dann zu beurteilen sei, ob die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit überwiege, mit der Folge, daß die entweder der Unentgeltlichkeit oder der Entgeltlichkeit entsprechenden Rechtsnormen vollumfänglich Anwendung fänden.

Nach dieser -von BGH und der h.L. vertretenen⁸⁹⁸- Zweckwürdigungstheorie, welcher angesichts des Versagens der Trennungstheorie bei unteilbaren Leistungen und des Umstandes, daß die Einheitstheorie im wesentlichen, jedoch auf Umwegen, zu denselben Ergebnissen gelangt, der Vorzug zu geben ist, kommt es für den Widerruf wegen groben Undanks nach § 530 BGB darauf an, ob der Schwerpunkt des Geschäfts nach den Parteivorstellungen auf dem Schenkungsteil liegt -dann Rückforderung des Zugewendeten gegen Erstattung der Gegenleistung- oder ob das Geschäft auch ohne Schenkungsteil zustandegekommen wäre - dann Rückforderung nur des Mehrwerts⁸⁹⁹. Hinsichtlich des entgeltlichen Erbverzichts folgt daraus, daß der Widerruf gemäß § 530 BGB grundsätzlich nur zur Rückforderbarkeit des Mehrwerts der Abfindung im Verhältnis zum Erbverzicht (= grobes Mißverhältnis) führen wird, da in Anbetracht

Rn.4f; Jauernig/Vollkommer, Anm. zu den §§ 530-533, Rn.1ff; Palandt/ Putzo, Rn. § 530, Rn.4ff
⁸⁹⁶ Nach MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.34 kann sich überhaupt nur beim Rückforderungsanspruch des § 531 BGB die besondere Rechtsnatur der gemischten Schenkung auswirken.

⁸⁹⁷ Vgl. Erman/Seiler, § 516, Rn.16; Staudinger/Cremer, § 516, Rn.44f; Soergel/Mühl/Teichmann, § 516, Rn.23

⁸⁹⁸ Vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.33 m.w.N.; Staudinger/Cremer, § 516, Rn.45 m.w.N.; Soergel/Mühl/Teichmann, § 516, Rn.23

⁸⁹⁹ So Erman/Seiler, § 516, Rn.16; MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.34; anders Eccher, Antizipierte Erbfolge, welcher den Widerruf nur in den Fällen der Unteilbarkeit auf das gesamte Geschäft erstrecken will und ansonsten an der Trennungstheorie festhält.

dessen, daß eine Schenkung nach der hier vertretenen Ansicht⁹⁰⁰ nur dann und insoweit vorliegt, als ein grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu bejahen ist, der Schwerpunkt des Geschäfts nach den Parteevorstellungen nahezu nie auf dem Schenkungsteil liegen wird, vielmehr davon auszugehen ist, daß das Geschäft auch ohne den Schenkungsteil zustandegekommen wäre.

2. Beispielfall

Wie schwierig im Einzelfall die Feststellung bzw. der Beweis groben Undanks sein kann, soll ausgehend vom sogenannten Benteler-Fall⁹⁰¹ veranschaulicht werden. Diesem Fall lag -abgekürzt- folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger hatte seinem Sohn, dem Beklagten, überwiegend aus schenkungs- und erbschaftssteuerrechtlichen Gesichtspunkten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge -jedoch ohne den Abschluß eines Erbverzichtsvertrages als Gegenleistung zu verlangen- rund 80% seines Industrievermögens in Form von Kommanditeilen an der Holdinggesellschaft geschenkt, sich selbst -er war Komplementär geblieben- aber die Unternehmensleitung vorbehalten. In den folgenden Jahren verfolgte der Beklagte unter Einsatz seiner Gesellschafterrechte (zusammen mit anderen Familiengesellschaftern) das Ziel, die Abberufung des Klägers aus der Holdinggesellschaft zu erreichen. Von Bedeutung war in diesem Zusammenhang insbesondere, daß der Beklagte eine zuvor abgegebene Relevanzklärung dahingehend, "daß relevante Entscheidungen für die ... Kommanditgesellschaften ... ausschließlich von den Komplementären der genannten Kommanditgesellschaften getroffen werden." widerrief und eine, zuvor von ihm selbst gegebene, Bürgschaft kündigte.

Der BGH, der im Ergebnis in diesem Einzelfall aufgrund einer mehrere Gerichtsakten füllenden Beweisführung⁹⁰² groben Undank bejahte, traf in seinem Urteil vom 2.7.1990 u.a. folgende, auch für den entgeltlichen Erbverzicht bedeutende Feststellung, daß nämlich der Beklagte gesellschaftsrechtlich nicht deswegen gehindert war, von seinen Rechten als Kommanditist Gebrauch zu machen, weil er die Gesellschafterstellung durch Schenkung erlangt hat. Im Hinblick auf den entgeltlichen Erbverzicht ist dies deswegen von besonderer Bedeutung, weil sich der entgeltliche

⁹⁰⁰ Siehe D. I. 4.

⁹⁰¹ Siehe hierzu insbesondere die Entscheidung des BGH NJW 1990, S.2616ff sowie die Entscheidung des Berufungsgerichts OLG Hamm ZIP 1989, S.1055ff

⁹⁰² Siehe Kollhossler, AcP 194, S.231 (249)

Erbverzicht gerade in mittelständischen, insbesondere Familienunternehmen zur Regelung der Unternehmensnachfolge bereits zu Lebzeiten des Erblassers anbietet. Diesbezüglich ist festzuhalten, daß es -wie vom BGH richtig erkannt- nicht soweit kommen darf, daß die Gefahr eines Widerrufs wegen groben Undanks die gesellschaftsrechtlichen Grundvorstellungen dahin überlagert, daß der Zuwendungsempfänger in der Gesellschaft zum Partner "minderen Rechts" wird⁹⁰³. Dies hat erst Recht in den Fällen zu gelten, in denen die Unternehmensbeteiligung die Abfindung für einen Erbverzicht darstellt und somit -nach der hier vertretenen Ansicht⁹⁰⁴- nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines groben Mißverhältnisses als teils unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 516 Abs.1 BGB zu qualifizieren ist. Andererseits ist zu beachten, daß der Zuwendende vom Zuwendungsempfänger, gerade wenn es um Familienunternehmen geht, „Respekt vor dem Lebenswerk“⁹⁰⁵ erwarten darf. Angesichts dieses Spannungsverhältnisses -Gesellschafterrechte einerseits, Pflicht zur Dankbarkeit andererseits- wird oft erst die subjektive Einstellung des Zuwendungsempfängers, dessen Motivation über das Vorliegen groben Undanks entscheiden⁹⁰⁶. Auch hier ist jedoch zu beachten, daß die Abfindung -wenn überhaupt- nur eine gemischte Schenkung darstellt, so daß die Anforderungen an die Bejahung groben Undanks wegen Mißbrauchs einer als Abfindung eingeräumten Gesellschafterstellung im Hinblick auf den als Gegenleistung erklärten Erbverzicht noch höher anzusetzen sind als bei einer reinen Schenkung.

V. Herausgabeanspruch gemäß § 527 BGB

1. Anwendbarkeit des § 527 BGB bei gemischter Schenkung

Einer Anwendbarkeit des § 527 BGB bezüglich der Abfindung könnte entgegenstehen, daß es sich bei der Abfindung -wenn überhaupt- nur um eine gemischte Schenkung handelt⁹⁰⁷. Die gemischte Schenkung ist ein teils unentgeltliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 516 Abs.1 BGB, weshalb das Rückforderungsrecht aus § 527 Abs.1 BGB dem Schenker auch bei einer gemischten Schenkung -und damit im Falle

⁹⁰³ Siehe H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (512f)

⁹⁰⁴ Siehe D. I. 4.

⁹⁰⁵ So H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (513)

⁹⁰⁶ Vgl. Kollhoser, AcP 194, S.231 (249); ders. EWiR, § 530 BGB 1/89, S.547; H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (512f)

⁹⁰⁷ Strittig; siehe D. I. 3. und 4.

einer übermäßigen Abfindung dem Erblasser- grundsätzlich zustehen kann⁹⁰⁸. Im Einzelfall fraglich sein kann allerdings, ob tatsächlich eine gemischte Schenkung unter einer Auflage vorliegt, denn die Abgrenzung von Auflagenschenkungen und (rein) gemischter Schenkung kann mitunter Schwierigkeiten bereiten⁹⁰⁹.

2. Voraussetzungen beim entgeltlichen Erbverzicht

Betreffend die Voraussetzungen hinsichtlich eines entgeltlichen Erbverzichts sind keine Besonderheiten zu beachten. Erforderlich ist, daß die Vollziehung einer Auflage -die jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nur den ausnahmsweise unentgeltlichen Teil der Abfindung betreffen kann- unterblieben ist, wobei die Rücktrittsvoraussetzungen des § 325 BGB oder § 326 BGB erfüllt sein müssen. Die Aufлагenerfüllung müßte einen Vermögensaufwand erfordert haben und § 527 Abs.2 BGB darf nicht einschlägig sein⁹¹⁰.

Fraglich könnte jedoch sein, ob dem Erblasser, der die Abfindung bereits geleistet hat, gegen den Verzichtenden der Herausgabeanspruch nach § 527 Abs.1 BGB zustehen kann, wenn dieser den Erbverzicht nicht erklärt.

Olzen⁹¹¹ vertritt die Auffassung, daß die Abfindung für einen Erbverzicht dann als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren sei, wenn die Parteien im Erbverzicht nur einen Nebenzweck des Vertrages sehen, der die vollständig unentgeltliche Zuwendung unberührt lasse. Nach dieser Ansicht stünde dem Erblasser in der eben dargelegten Fallkonstellation also grundsätzlich ein Herausgabeanspruch zu.

Die Auffassung von Olzen ist jedoch abzulehnen. Erbverzicht und Abfindung sind rechtlich entweder durch einen synallagmatischen Abfindungsvertrag, durch eine Bedingung oder durch eine Zweckvereinbarung miteinander verknüpft, weshalb eine vollständig unentgeltliche Zuwendung⁹¹², mithin eine Schenkung unter Auflage auszuschließen ist⁹¹³. Darüber hinaus kann in dem Erbverzicht keine Auflage gesehen

⁹⁰⁸ Siehe MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.33

Die Frage nach der Anwendbarkeit ist von der Frage nach der richtigen Rechtsfolge, auf die unter D. V. 3. eingegangen wird, zu unterscheiden.

⁹⁰⁹ Zur Begrifflichkeit und Abgrenzung siehe D. I. 1. b) und d).

⁹¹⁰ Vgl. z.B. Jauernig/Vollkommer, Anm. zu §§ 525-527, Rn.9f; Palandt/Putzo, § 527, Rn.4

⁹¹¹ Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.39

⁹¹² Str.; siehe D. I. 3. u. 4.

⁹¹³ Vgl. RGRK/Mezger, § 525, Rn.6

Auszuschließen ist damit erst recht, daß die Erklärung des Erbverzichts als Auflage einer gemischten Schenkung qualifiziert werden kann.

werden. Eine Auflage setzt eine vertragliche Einigung der Parteien über einen über die schenkweise Zuwendung hinausgehenden Zweck voraus, welcher jedoch nur eine Nebenbestimmung, eine Einschränkung der Leistung darstellt⁹¹⁴. Bei der Auflagenschenkung erbringt der Zuwendungsempfänger eine Leistung aus dem Wert, auf der Grundlage des Zuwendungsgegenstandes⁹¹⁵. Im Falle des entgeltlichen Erbverzichts wird der Erbverzicht jedoch keinesfalls aus dem Wert, auf der Grundlage der Abfindung erbracht. Er ist vielmehr als selbständige -wenn auch rechtlich auf verschiedene Arten mit der Abfindung verknüpfbare- Gegenleistung (nicht unbedingt synallagmatischer Art) zu sehen, die weit über eine bloße Nebenbestimmung des Abfindungsversprechens hinausgeht.

3. Rechtsfolge

Nach dem Wortlaut des § 527 Abs.1 BGB kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit gefordert werden, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Hieraus folgt für den Fall einer gemischten Schenkung unter Auflage, daß der Anspruch aus § 527 Abs.1 BGB auf einen Geldanspruch gerichtet ist, der der Höhe nach auf den Wert der Aufwendungen beschränkt ist, die zur Vollziehung der Auflage hätten erbracht werden müssen, maximal aber beschränkt ist auf den Wert des Schenkungsteils der Zuwendung⁹¹⁶. Bezogen auf den entgeltlichen Erbverzicht bedeutet dies, daß dem Erblasser bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 527 BGB gegen den Verzichtenden bzw. dessen Erben ein Geldanspruch zusteht, der aber in keinem Fall höher sein kann als der Wert des unentgeltlich zugewendeten Teils der Abfindung, mithin nur insoweit vorliegen kann, als ein grobes Mißverhältnis zwischen Abfindung und Erbverzicht zu bejahen ist.

VI. Rückforderung wegen Notbedarfs gemäß § 528 BGB

Ebenso wie der Rückforderungsanspruch aus § 531 Abs.2 BGB und § 527 Abs.1 BGB

⁹¹⁴ Siehe Staudinger/Cremer, § 525, Rn.5 u. 15; RGRK/Mezger, § 525, Rn.6

⁹¹⁵ Vgl. BGH NJW 1982, S.818 (819); OLG Köln, NJW 1994, S.1540 (1541); MünchKomm/Kollhosser, § 525, Rn.3; Erman/Seiler, § 525, Rn. 3 u.6; Soergel/Mühl, § 516, Rn.17; Staudinger/Cremer, § 525, Rn.4; Fikentscher, Schuldrecht, § 73 II 4 i); Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.273f; Jülicher, ZEV 1998, S.201 (205)

⁹¹⁶ Vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.33; Staudinger/Cremer, § 525, Rn.7; Palandt/Putzo, § 527, Rn.5

steht dem Schenker und damit dem Erblasser der Rückforderungsanspruch wegen Notbedarfs gemäß § 528 Abs.1 BGB auch bei einer gemischten Schenkung zu⁹¹⁷. Bei den Voraussetzungen bestehen auch hier keine Besonderheiten, weshalb von einer näheren Darstellung abgesehen wird. Festzustellen bleibt allein, daß der Rückforderungsanspruch dem Umfang nach in jedem Fall auf das beschränkt ist, was zur Deckung des durch § 528 BGB geschützten Bedarfs notwendig ist⁹¹⁸. Bei einer real nicht teilbaren Abfindungsleistung bzw. einer Abfindungsleistung in Gestalt einer Zuwendung eines bestimmten Geldbetrages besteht nur ein Geldanspruch⁹¹⁹.

VII. Anfechtung

Das Anfechtungsrecht der §§ 119 ff BGB bietet dem Erblasser eine über die eingeschränkten Rückforderungsmöglichkeiten nach Schenkungsrecht hinausgehende Möglichkeit, sich umfassend von der Abfindungsleistung zu lösen (Nichtigkeit ex tunc gemäß § 142 Abs.1 BGB) und dieselbe dann über § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt. BGB⁹²⁰ zurückzuerlangen.

1. Anfechtbarkeit trotz unterschiedlichster Abfindungsarten

Der Umstand, daß es unterschiedlichste Abfindungsarten gibt, z.B. die Übereignung eines Grundstücks, Zahlung eines Geldbetrages, Einräumung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung oder ein Schuldenerlaß, steht einer Anfechtbarkeit betreffend die Abfindungsleistung ebensowenig entgegen wie der Verfügungscharakter derselben. Grundsätzlich kann nämlich jede Willenserklärung, gleich ob sie auf ein Verpflichtungsgeschäft oder ein Verfügungsgeschäft gerichtet ist, unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff BGB -soweit keine Sonderregelungen wie etwa die hier nicht einschlägigen §§ 2078 ff BGB zu beachten sind- angefochten werden. So ist z.B. die Einigungserklärung i.S.d. § 929 BGB anfechtbar.

⁹¹⁷ Vgl. BGH ZEV 1999, S.188 (189); MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.33; Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.215

⁹¹⁸ Vgl. Palandt/Putzo, § 528, Rn.6; MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.34

⁹¹⁹ Vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rn.34

⁹²⁰ Zum Teil wird im Fall der Anfechtung auch ein nachträglicher Wegfall des rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs.1 S.2, 1.Alt. BGB bejaht, was aber dahingestellt bleiben kann, da Einigkeit darüber besteht, daß jedenfalls ein Anspruch aus § 812 Abs.1 BGB gegeben ist.

2. Voraussetzungen

Grundsätzlich kommen sämtliche Anfechtungsgründe der §§ 119 ff BGB in Betracht. Zu beachten ist jedoch, daß sich insbesondere Irrtümer nach § 119 BGB, die bereits bei Abschluß des Abfindungsvertrages vorlagen, nicht ohne weiteres auf die Abfindungsleistung als abstraktes Erfüllungsgeschäft erstrecken, so daß zwar eine Anfechtung der auf den Abschluß des Abfindungsvertrages gerichteten Willenserklärung möglich ist, eine Anfechtung der auf die Abfindungsleistung gerichteten Willenserklärung jedoch nur dann, wenn die Kausalität des Irrtums für die Erbringung der Abfindungsleistung besonders begründet werden kann⁹²¹. Anders verhält es sich in den Fällen der Drohung oder arglistigen Täuschung nach § 123 Abs.1, 1.Alt. BGB, bei denen sich die Anfechtbarkeit regelmäßig sowohl auf das Grundgeschäft als auch auf das Erfüllungsgeschäft und damit auf die Abfindungsleistung erstreckt⁹²².

Im übrigen bestehen hinsichtlich der Anfechtungsvoraussetzungen betreffend die Abfindungsleistung keine Besonderheiten, weshalb auf die bereits im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit der auf den Abschluß des Abfindungsvertrages gerichteten Willenserklärungen sowie die im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit des Erbverzichts gemachten Ausführungen⁹²³ verwiesen wird.

3. Keine zeitliche Begrenzung auf Lebzeiten der Parteien

Im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit stellte sich die umstrittene -nach der hier vertretenen Ansicht jedoch zu bejahende- Frage, ob eine Anfechtung des Erbverzichts auch noch nach dem Tod einer oder sogar beider Parteien möglich ist⁹²⁴. Eine erbrechtliche Wirkung -bezüglich des Erbverzichts Anlaß für die streitige Frage- kann für die Abfindungsleistung in Form einer Zuwendung unter Lebenden als Grund einer zeitlichen Beschränkung der Anfechtbarkeit jedoch ausgeschlossen werden. Erbrechtliche Gesichtspunkte stehen damit einer Anfechtbarkeit der Abfindungsleistung über den Tod einer oder sogar beider Parteien hinaus nicht entgegen. Darüber hinaus sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die es rechtfertigen würden, die Anfechtbarkeit der Abfindungsleistung auf Lebzeiten der Parteien zu beschränken.

⁹²¹ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 5 II 1 a) Rn.8 sowie B. IV. 5. c)

⁹²² Siehe B. IV. 5. c)

⁹²³ Siehe B. IV. 5. b) sowie betreffend die Anfechtbarkeit des Erbverzichts C. IV.

⁹²⁴ Vgl. hierzu C. IV. 1. d)

Vielmehr ist aus der Anfechtbarkeit des Erbverzichts über den Tod der Parteien hinaus zu folgern, daß dies erst recht für die Anfechtbarkeit der Abfindungsleistung zu gelten hat. Die Ausschlußfristen der §§ 121, 124 BGB bieten dem Anfechtungsgegner genügenden Schutz.

VIII. Kondiktion der Abfindung

Eine Kondiktion der Abfindung kommt als weitere Möglichkeit in Betracht, um eine bereits erbrachte Abfindungsleistung zurückzuerlangen. Im Vordergrund stehen insoweit die Leistungskonditionen des § 812 Abs.1 BGB.

1. *Condictio indebiti* und *condictio ob causam finitam*

Ist der Abfindungsvertrag als schuldrechtliches Kausalgeschäft der Abfindungsleistung von Anfang an unwirksam oder nachträglich unwirksam geworden, so steht dem Erblasser gegen den Verzichtenden in den Grenzen des § 818 Abs.3 BGB ein

Anspruch auf Kondiktion der Abfindung wegen Fehlens des rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs.1 S.1, 1.Alt BGB oder wegen nachträglichen Wegfalls des rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs.1 S.2, 1.Alt. BGB zu⁹²⁵. Für den Fall, daß eine Naturalkondiktion der Abfindung ausgeschlossen sein sollte, verbleibt dem Erblasser -im Gegensatz zum Fall der Kondiktion des Erbverzichts⁹²⁶- der Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB.

Zu beachten ist, daß in einer Aufhebung des Erbverzichtsvertrages regelmäßig zugleich die Aufhebung des Rechtsgrundgeschäftes⁹²⁷, d.h. des Abfindungsvertrages liegt, weshalb dem Erblasser bei einer Aufhebung des Erbverzichtsvertrages in der Regel die Möglichkeit einer *condictio ob causam finitam* zur Zurückerlangung einer bereits geleisteten Abfindung offensteht. Dagegen führt das Vorversterben des

⁹²⁵ Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.125; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 7 V 2 c); Holthaus, Leistungsstörungen, S.59

Hinsichtlich der Kondizierbarkeit des Erbverzichts und der Kondiktionsvoraussetzungen im einzelnen wird auf C. VII. -insbes. 1.- verwiesen.

⁹²⁶ Siehe C. VII. 1. d) bb)

⁹²⁷ Siehe Erman/Bartholomeyczik, 2.Aufl., § 2351, Anm. 3; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.543

Verzichtenden nicht zu einem Wegfall des rechtlichen Grundes der Abfindungsleistung und mithin -auch wenn der Erbverzicht damit möglicherweise (§ 2349 BGB !) bedeutungslos wird- nicht zu einem Bereicherungsanspruch des Erblassers⁹²⁸.

2. *Condictio ob rem*

Der Erblasser kann vom Verzichtenden unter den Voraussetzungen des § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB eine bereits geleistete Abfindung kondizieren. Besonderheiten sind insoweit keine zu beachten. Der Verzichtende hat durch die Abfindung "etwas" i.S.d. § 812 Abs.1 BGB erlangt, das -soweit kein Fall des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs.3 BGB vorliegt- in natura oder in Form von Wertersatz kondizierbar ist, wenn der mit der Abfindungsleistung bezweckte Erfolg nicht eintritt. Von Bedeutung ist insoweit erneut die Frage nach dem Anwendungsbereich der *condictio ob rem*⁹²⁹.

a) *Isolierte Zweckbestimmung*

Liegt der Abfindungsleistung kein (synallagmatischer) Abfindungsvertrag als schuldrechtliches Kausalgeschäft⁹³⁰ zugrunde und ist eine Zweckbestimmung i.S.d. § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB die einzige rechtliche Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung⁹³¹, so ist der Anwendungsbereich der *condictio ob rem* eröffnet. Es besteht nämlich insoweit Einigkeit, daß die *condictio ob rem* jedenfalls in den Fällen Anwendung findet, in denen die Leistung nicht auf eine rechtliche Verpflichtung hin erfolgt⁹³². Folglich kann die Abfindung dann gemäß § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB kondiziert werden, wenn mit der Abfindungsleistung der Abschluß eines Erbverzichtsvertrages erreicht werden sollte, d.h. wenn sich die Parteien im Sinne einer tatsächlichen Willensübereinstimmung darüber einig waren, daß der Erbverzicht der mit der Abfindungsleistung bezweckte Erfolg sein sollte und eben dieser Erfolg nicht eintritt, weil ein Erbverzicht nicht oder zumindest nicht wirksam erklärt wurde⁹³³.

⁹²⁸ Vgl. Mot.V, S.480 (= Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5, S.256)

⁹²⁹ Siehe hierzu B. VII. 2.

⁹³⁰ Vgl. B. IV.

⁹³¹ Siehe B. VII. 2. b) aa)

⁹³² Siehe Fußnoten 451 und 452

⁹³³ Vgl. Keim, Zuwendungsausgleich, S.131; Woesch, Erbverzicht, S.26; siehe auch B. VII. 2. b) aa)

b) „Zweckstaffelung“, insbesondere Zweckschenkung

Fraglich ist jedoch, ob der Anwendungsbereich der *condictio ob rem* auch dann eröffnet ist, wenn der Erblasser die Abfindung zwar zur Erfüllung seiner aus dem Abfindungsvertrag resultierenden Verpflichtung erbringt, jedoch noch einen weiteren, über die Erfüllung dieser Verbindlichkeit hinausgehenden Zweck (sogenannte Zweckstaffelung) verfolgt, welcher nicht erreicht wird. Ob diese Fälle der Zweckstaffelung vom Anwendungsbereich der *condictio ob rem* erfaßt werden, ist -wie bereits ausgeführt wurde⁹³⁴- äußerst umstritten. Nach der hier vertretenen Ansicht⁹³⁵ ist jedoch die Möglichkeit einer Zweckstaffelung mit der Folge der Kondizierbarkeit der erbrachten Leistung im Falle des Nichterreichens dieses weiteren, sekundären Zweckes anzuerkennen. Dies gilt somit insbesondere auch für die Fälle, in denen die Abfindung als gemischte Schenkung⁹³⁶ und der insoweit unentgeltlich zugewendete Teil darüber hinaus als Zweckschenkung zu qualifizieren ist, da mit eben diesem unentgeltlich zugewendeten Teil der Abfindung ein über die Erfüllung der aus dem Abfindungsvertrag resultierenden Leistungsverpflichtung hinausgehender Erfolg bezweckt werden sollte, der jedoch nicht erreicht wurde.

Die rechtliche Anerkennung der Möglichkeit einer Zweckschenkung⁹³⁷ mit der Folge ihrer Kondizierbarkeit bei Nichterreichung des über die Erfüllung der Schenkungsverpflichtung hinausgehenden Zweckes nach § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB⁹³⁸ setzt gerade die Anerkennung der -umstrittenen- Zweckstaffelung voraus. Dessen ungeachtet wird eine solche Zweckschenkung dennoch überwiegend für möglich gehalten⁹³⁹, ohne daß überhaupt auf das Problem der Zweckstaffelung eingegangen wird⁹⁴⁰. Hierin zeigt sich eine Inkonsequenz, die im Ergebnis ebenfalls

⁹³⁴ Vgl. hierzu B. VII. 2. b) bb)

⁹³⁵ Siehe B. VII. 2. b) bb)

⁹³⁶ Vgl. D. I. 4.

⁹³⁷ Beispiele für Zweckschenkungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge finden sich bei H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (516f)

⁹³⁸ So die h.M.: z.B. BGH NJW 1984, S.233; OLG Oldenburg NJW 1994, S.1540 (1541); Staudinger/Cremer, § 525, Rn.12; Jauernig/Vollkommer, § 527, Rn.4; Palandt/Putzo, § 525, Rn.11; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 7 V 2 a); H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (514); Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.28; a.A.: MünchKomm/Kollhoser, § 525, Rn.4, der eine Rückabwicklung nach WGG-Grundsätzen befürwortet.

⁹³⁹ Siehe z.B.: BGH WM 1999, S.2414 (2415); NJW 1984, S.233; OLG Oldenburg NJW 1994, S.1540 (1541); Soergel/Mühl/Teichmann, § 525, Rn.6; Staudinger/Cremer, § 525, Rn.12; Palandt/Putzo, § 525, Rn.11; Jauernig/Vollkommer, § 527, Rn.4; Esser/Weyers, SchuldR BT, § 12 IV 1; H.P. Westermann, FS Kellermann, S.505 (514ff); Klinke, Genetisches Synallagma, S.73; Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, S.28

⁹⁴⁰ Darauf eingehend: MünchKomm/Kollhoser, § 525, Rn.4, der eine Zweckschenkung im Ergebnis

dafür spricht, aus der Anerkennung der Zweckschenkung auf die Zulässigkeit einer Zweckstaffelung auch über die Fälle der Zweckschenkung hinaus zu schließen.

Bedenken gegen eine Zweckschenkung könnten sich jedoch daraus ergeben, daß eine kausale Verknüpfung mittels einer Zweckbestimmung im Sinne der *condictio ob rem* regelmäßig zur Entgeltlichkeit der Zuwendung führen könnte, sich mithin Schenkung und Zweckbestimmung im Sinne des § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB zwingend ausschließen würden. Dieses Problem wird vielfach gänzlich übersehen bzw. übergangen⁹⁴¹, was methodisch zwar nicht korrekt, im Ergebnis jedoch bedeutungslos ist.

Bei einer Zweckschenkung ist zwischen Primär- und Sekundärcausa zu unterscheiden. Auf der Primärebene erfolgt die Leistung zur Erfüllung der Schenkungsverpflichtung. Es liegt mithin auf dieser Primärebene weder eine synallagmatische noch eine konditionale oder kausale Verpflichtung vor, weshalb die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu bejahen ist. Diese wird durch die kausale Verknüpfung auf der Sekundärebene nicht berührt, so daß im Ergebnis die Zweckschenkung keinen Widerspruch in sich selbst darstellt und auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes mit der Folge einer Kondizierbarkeit nach § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB anzuerkennen ist.

Es kann also festgehalten werden, daß die Abfindung -sei sie in concreto als vollentgeltliche oder auch gemischte Zuwendung zu qualifizieren- dann mittels der *condictio ob rem* vom Erblasser kondiziert werden kann, wenn der mit ihrer Leistung als Sekundärzweck verfolgte Erfolg ausbleibt. Allerdings ist im Falle des Vorliegens einer gemischten Zweckschenkung die Kondizierbarkeit auf den unentgeltlich zugewendeten Teil beschränkt, wenn die Zweckbestimmung nur denselben erfaßt.

3. Kondizierbarkeit nicht auf Lebzeiten beider Parteien beschränkt

Im Gegensatz zum Erbverzicht, der nach der hier vertretenen Auffassung nur zu Lebzeiten der Parteien kondizierbar ist⁹⁴², ist die Abfindung unter Beachtung der allgemeinen Schranken der Kondizierbarkeit, insbesondere des § 818 Abs.3 BGB auch

zwar anerkennt, jedoch eine Rückabwicklung über die WGG-Grundsätze befürwortet;
H.P. Westermann, FS Kellermann, S. 505 (514)

⁹⁴¹ Anders: Palandt/Putzo, § 516, Rn.8; Klinke, Genetisches Synallagma, S.72

⁹⁴² Siehe C. VII. 1. d) bb) (2) (a)

nach dem Tod einer oder auch beider Vertragsparteien kondizierbar⁹⁴³ (§§ 1922, 1967 BGB). Anders als beim Erbverzicht, dessen Kondizierbarkeit nach dem Tod einer Partei deswegen ausgeschlossen ist, weil ein Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs.2 BGB mangels Bestimmbarkeit seines Verkehrswertes ausgeschlossen ist⁹⁴⁴, wird der objektive Wert der Abfindungsleistung im Regelfall ermittelbar sein, weshalb ein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs.2 BGB durchaus in Betracht kommt, im übrigen aber auch die Herausgabe der Abfindung selbst gemäß § 812 Abs.1 BGB nach dem Tod einer Partei im Gegensatz zum Erbverzicht, dessen Herausgabe nur zu Lebzeiten beider Parteien im Wege eines Aufhebungsvertrages möglich ist⁹⁴⁵, in aller Regel nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

Der Kondizierbarkeit der Abfindung auch über den Tod einer Partei hinaus steht auch nicht entgegen, daß der Erbverzicht, der im Falle des Vorliegens eines Abfindungsvertrages als schuldrechtliches Kausalgeschäft mit der Abfindungsleistung in einem synallagmatischen Verhältnis steht, nach dem Tod auch nur einer Partei nicht kondizierbar ist. Die insoweit möglicherweise einseitige Kondizierbarkeit nur der Abfindung führt nämlich nicht zu unbilligen Ergebnissen. Sind die Voraussetzungen der Kondizierbarkeit des Erbverzichts dem Grunde nach erfüllt, scheitert mithin die Durchsetzung eines entsprechenden Bereicherungsanspruches lediglich wegen des Versterbens einer oder beider Parteien, dann rechtfertigt dies nach der hier vertretenen Ansicht im Falle des Berufens auf den Erbverzicht den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung⁹⁴⁶, was im Ergebnis einer Kondiktion gleichkommt. So stellt also die Kondizierbarkeit nur der Abfindungsleistung nach dem Tod einer Partei keine unzulässige Durchbrechung der synallagmatischen Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung dar.

IX. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage

Auf die Voraussetzungen und möglichen Rechtsfolgen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage wurde im Zusammenhang mit dem Erbverzicht bereits ausführlich eingegangen⁹⁴⁷, worauf, um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen wird. Es sei

⁹⁴³ Vgl. Damrau, Erbverzicht, S.125; Keim, Zuwendungsausgleich, S.131; Holthaus, Leistungsstörungen, S. 59

⁹⁴⁴ Siehe C. VII. 1. d) bb)

⁹⁴⁵ Siehe C. VII. 1. d) aa)

⁹⁴⁶ Siehe hierzu C. IX. , insbesondere 3.

⁹⁴⁷ Siehe C. VIII.

jedoch noch einmal darauf hingewiesen, daß ein Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage regelmäßig bereits den Abfindungsvertrag als schuldrechtliches Kausalgeschäft erfassen wird⁹⁴⁸, so daß vorrangig, wie bereits ausgeführt⁹⁴⁹, eine Anpassung oder Auflösung des Abfindungsvertrages in Betracht kommen wird, mit der Folge einer teilweisen oder vollständigen Rückerlangung der Abfindungsleistung im Wege der dinglichen Vollziehung dieser auf schuldrechtlicher Ebene vorgenommenen Korrektur.

Des weiteren ist zu beachten, daß ein Vorversterben des Verzichtenden keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage darstellt⁹⁵⁰. Das Vorversterben des Verzichtenden und das damit -abgesehen von der Wirkung des § 2349 BGB- einhergehende Obsoletwerden des Erbverzichts, sind nämlich ein typisches, allein dem Risikobereich des Erblassers zuzurechnendes Risiko, das den Anwendungsbereich der Geschäftsgrundlagenlehre nicht eröffnet. Derjenige, der eine Abfindung für einen Erbverzicht -in der Regel sogar lange vor dem Erbfall- leistet, muß sich bewußt sein, daß der Empfänger den Erbfall möglicherweise nicht mehr erlebt und diesem daher ein Erbteil auch ohne Erklärung des Erbverzichts überhaupt nicht zugefallen wäre. Dasselbe gilt für sonstige Ereignisse, wie z.B. eine Ehescheidung, aufgrund deren der Verzichtende schon zu Lebzeiten des Erblassers aus dem Kreis der potentiell Erbberechtigten ausscheidet.

Eine zeitliche Begrenzung der Anwendbarkeit der WGG-Lehre bezogen auf die Abfindungsleistung besteht -wie bereits im Zusammenhang mit der Frage ihrer Kondizierbarkeit erörtert wurde⁹⁵¹- nicht, und die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages begründet ebensowenig wie beim Erbverzicht⁹⁵² ein Fehlen oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage.

X. Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB

Im Falle einer unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB⁹⁵³ seitens des Abfindungsempfängers haben der Erblasser bzw. dessen Erben das Recht, die

⁹⁴⁸ Zur Anwendbarkeit der Lehre des Fehlens und Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf den Abfindungsvertrag siehe B. IV. 4. c) sowie C. VIII. 1.

⁹⁴⁹ Vgl. C. VIII. 4. b)

⁹⁵⁰ Allg.M.: so z.B.: Staudinger/Schotten, § 2346, Rn.190; von Lübtow, Erbrecht, 1.Halbband, S.535, der darauf abstellt, daß die Abfindung das Äquivalent für die E r k l ä r u n g des Erbverzichts sei. Schotten, DNotZ 1998, S.163 (173); Coing, NJW 1967, S.1777 (1779)

⁹⁵¹ Siehe D. VII. 3.

⁹⁵² Siehe C. VIII. 3.

⁹⁵³ Siehe hierzu, bezogen auf den Erbverzicht, C. IX.

Leistung der Abfindung zu verweigern bzw. diese -soweit nicht bereits andere Leistungsstörungsregeln eingreifen- herauszuverlangen. Eine unzulässige Rechtsausübung kann nämlich über die Versagung der sich aus einem Recht ergebenden Folgen hinaus auch zur Begründung einer Rechtsstellung zugunsten der Benachteiligten führen⁹⁵⁴.

Ob die Voraussetzungen eines Rechtsmißbrauchs im Einzelfall vorliegen, ist anhand der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Fallgruppen⁹⁵⁵ von Fall zu Fall zu prüfen. Besonderheiten bezogen auf die Abfindungsleistung bestehen nicht. Insbesondere begründet der Tod auch nur eines Beteiligten bei Vorliegen der Kondiktionsvoraussetzungen im Gegensatz zum Erbverzicht⁹⁵⁶ keinen Anwendungsfall der unzulässigen Rechtsausübung, da insoweit eine Kondiktion der Abfindung nicht ausgeschlossen und die Kondiktion der Anwendung des auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basierenden Instituts der unzulässigen Rechtsausübung vorrangig ist.

⁹⁵⁴ Vgl. Soergel/Teichmann, § 242, Rn.28; Erman/Werner, § 242, Rn.96

⁹⁵⁵ Siehe C.IX. 2. c)

⁹⁵⁶ Siehe C. IX. 3.

E. Schlußbetrachtung

I. Zusammenfassung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit war die Problematik der Bindungswirkung eines entgeltlichen Erbverzichts. In concreto wurde untersucht, welche Möglichkeiten einerseits dem Verzichtenden bzw. dessen Erben zustehen, um von einem bereits erklärten Erbverzicht loszukommen und andererseits dem Erblasser bzw. dessen Erben zustehen, um eine bereits geleistete Abfindung zurückzuerlangen. Hierfür war es zunächst erforderlich nach der Bestimmung der Schlüsselbegriffe die Rechtsnatur des (entgeltlichen) Erbverzichts zu klären, um darauf aufbauend die verschiedenen Möglichkeiten einer rechtlichen Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung zu untersuchen, wobei die jeweiligen Schwierigkeiten aufgezeigt und erörtert wurden.

Im folgenden werden die Ergebnisse dieser Arbeit kurz zusammengefaßt:

1. Verhältnis von Erbverzicht und Abfindung

Im Rahmen der Untersuchung des Verhältnisses von Erbverzicht und Abfindung bei einem entgeltlichen Erbverzicht wurde zunächst geklärt, daß es sich bei einem Erbverzicht um ein abstraktes, erbrechtliches Verfügungsgeschäft unter Lebenden handelt, das nach der hier vertretenen Ansicht auch eines Kausalgeschäftes bedarf. Im Vordergrund steht insoweit der Abfindungsvertrag, ein schuldrechtlicher, synallagmatischer Vertrag, der analog § 2348 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, deren Mangel jedoch durch Erfüllung geheilt werden kann. Auf den Abfindungsvertrag finden die §§ 323 ff BGB ebenso Anwendung wie die sonstigen Leistungsstörungsregeln des Allgemeinen Schuldrechts. Da es sich bei dem Abfindungsvertrag um eine mögliche causa von Erbverzicht und Abfindung handelt, wurden zudem die möglichen Unwirksamkeitsgründe des Allgemeinen Teils des BGB in einem eigenen Abschnitt erörtert. Im Vordergrund stand hierbei insbesondere die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassen. In diesem Zusammenhang wurde ausführlich und im Ergebnis bejahend auf die Frage einer Aufklärungspflicht des Erblassers über sein gegenwärtiges Vermögen eingegangen. Ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden wegen Verletzung dieser Offenbarungs-

pflicht durch den Erblasser ist jedoch nur dann zu bejahen, wenn die vereinbarte Abfindung im Hinblick auf das tatsächliche gegenwärtige Vermögen des Erblassers bzw. im Hinblick auf die hypothetische Erb- oder Pflichtteilsquote unverhältnismäßig und damit unangemessen ist.

Als weitere mögliche rechtliche Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung kristallisierte sich die Vereinbarung einer Bedingung heraus. Problematisch ist insoweit, ob die Wirksamkeit des Abfindungsvertrages als Bedingung überhaupt zulässig ist. Die zwei möglicherweise entgegenstehenden Gesichtspunkte, nämlich das Abstraktionsprinzip sowie der Umstand, daß es sich hierbei um eine *condicio in praesens* handelt, konnten jedoch entkräftet werden. Des weiteren war festzustellen, daß der Bedingungseintritt zeitlich nicht durch den Tod einer Partei begrenzt ist und eine entsprechender Konditionalzusammenhang auch stillschweigend vereinbart werden kann, wobei jedoch die bloß äußere Zusammenfassung von Erbverzichts- und Abfindungsvertrag in einer Urkunde dem Erfordernis einer Andeutung nicht genügt.

Eine weitere mögliche rechtliche Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung ist die eines einheitlichen Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB. Das Abstraktionsprinzip steht insoweit einer Geschäftseinheit von Grund- und Erfüllungsgeschäft -was zugegebenermaßen höchst umstritten ist- ebensowenig entgegen wie der Vereinbarung eines entsprechenden Konditionalverhältnisses.

Zuletzt war eine kausale Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung mittels einer Zweckbestimmung im Sinne der *condictio ob rem* in Betracht zu ziehen. Hierbei wurde die Zweckbestimmung zunächst von Motiv, Geschäftsgrundlage, Vertragsinhalt sowie Bedingung abgegrenzt. Danach mußte der sehr umstrittene Anwendungsbereich der *condictio ob rem* geklärt werden, der nach der hier vertretenen Ansicht sowohl die Fälle einer sonst fehlenden rechtlichen Verknüpfung als auch die sogenannten Zweckstaffelungsfälle erfaßt.

Ein Rücktrittsvorbehalt kommt hingegen nur bezüglich des Abfindungsvertrages, nicht jedoch hinsichtlich Erbverzichtsvertrag oder Abfindungsleistung in Frage. Insoweit ist allerdings eine Umdeutung in eine auflösende Bedingung des Rücktritts vom Abfindungsvertrag möglich.

2. Der Erbverzicht bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge

Die zahlreichen möglichen Störungen im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge warfen die Frage auf, wann ein Loskommen von einem an sich wirksam erklärten Erbverzicht überhaupt möglich sein kann. Bei der Untersuchung dieser Frage traten folgende Möglichkeiten in den Vordergrund:

Im Falle der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung oder Befristung erlischt der Erbverzicht mit Bedingungseintritt oder Fristablauf von selbst.

Bildet der Erbverzicht mit dem Abfindungsvertrag oder der Abfindungsleistung ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB, so führt die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages im Regelfall zur Gesamtnichtigkeit und damit ebenfalls zur Nichtigkeit des an sich wirksam vereinbarten Erbverzichts.

Jederzeit möglich ist die Aufhebung des Erbverzichts im Wege eines Aufhebungsvertrages gemäß § 2351 BGB, der jedoch, so das Ergebnis dieser Arbeit, nur zu Lebzeiten beider Parteien des Erbverzichtsvertrages geschlossen werden kann.

Möglich ist des weiteren eine Anfechtung der auf den Abschluß des Erbverzichtsvertrages gerichteten Willenserklärungen sowohl des Verzichtenden als auch des Erblassers nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff BGB, nicht jedoch analog §§ 2078, 2081 BGB. Die Anfechtbarkeit ist dabei nicht auf Lebzeiten beider Parteien beschränkt.

Ausgeschlossen ist hingegen ein Rücktrittsrecht analog § 2295 BGB sowie ein Rücktritt vom Erbverzichtsvertrag gemäß §§ 325, 326 BGB.

Die Untersuchung der Kondizierbarkeit des Erbverzichts führte im Ergebnis zur Bejahung einer Kondizierbarkeit, jedoch beschränkt auf Lebzeiten beider Parteien. Der Erbverzicht selbst stellt ein bereicherungsrechtlich relevantes "Etwas" dar, was allerdings bereits dem Grunde nach sehr umstritten ist. Die Erklärung des Erbverzichts erfüllt auch die Voraussetzungen des Leistungsbegriffes, so daß er gemäß § 812 Abs.1 BGB im Falle der anfänglichen oder nachträglichen Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages oder im Falle einer Zweckverfehlung im Sinne der *condictio ob rem* durch einen, gemäß § 894 ZPO auch zwangsweise durchsetzbaren, Abschluß eines Aufhebungsvertrages kondiziert werden kann. Da es jedoch, so das Ergebnis dieser Untersuchung, nicht möglich ist, den objektiven Vermögenswert eines Erbverzichts zu ermitteln, kommt ein Wertersatzanspruch gemäß § 818 Abs.2 BGB nicht in Betracht, weshalb die Kondizierbarkeit des Erbverzichts auf Lebzeiten beider

Vertragsparteien beschränkt ist, weil der Abschluß eines Aufhebungsvertrages nach dem Tod auch nur einer Partei nicht mehr möglich ist.

Die Regeln über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind zwar grundsätzlich auch auf den Erbverzichtsvertrag anwendbar, so daß insbesondere eine Anpassung des dem Erbverzicht zugrundeliegenden Abfindungsvertrages wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich ist. Doch ist die Ansicht, die bei Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages ein Fehlen oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage des Erbverzichts bejaht, abzulehnen. In diesem Fall liegt, soweit der Erbverzicht wegen des Todes auch nur einer Partei nicht mehr kondizierbar ist, vielmehr eine unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB vor, die dazu führt, daß der Erbverzicht im Erbfall völlig unberücksichtigt bleibt.

3. Die Abfindung bei Störungen der vorweggenommenen Erbfolge

Bevor die verschiedenen Möglichkeiten der Rückerlangung einer geleisteten Abfindung näher untersucht werden konnten, war die äußerst umstrittene Frage nach der Rechtsnatur der Abfindung zu klären. Hierbei war der Unentgeltlichkeitsbegriff des § 516 Abs.1 BGB das maßgebliche Kriterium. Darauf aufbauend, ist die Abfindung grundsätzlich als vollentgeltliche Zuwendung zu qualifizieren. Ausnahmsweise, nämlich im Falle ihrer völliger Unangemessenheit, stellt sie jedoch eine gemischte Schenkung dar.

Die rechtlichen Möglichkeiten der Rückerlangung einer Abfindung stimmen dem Grunde nach mit den im Zusammenhang mit dem Erbverzicht dargelegten Möglichkeiten weitgehend überein (Bedingungseintritt oder Fristablauf, Nichtigkeit gemäß § 139 BGB, Anfechtung, mit der Folge ihrer Kondizierbarkeit, Kondiktion, Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB). Darüber hinaus stehen im Falle des Vorliegens einer gemischten Schenkung die Vorschriften der §§ 527, 528, 530 BGB zur Verfügung. Für diesen Fall wurde auch besonderes Augenmerk auf eine (gemischte) Zweckschenkung gelegt, die nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung grundsätzlich in den Anwendungsbereich der *condictio ob rem* fällt. Insoweit war noch festzustellen, daß die Kondizierbarkeit der Abfindung im Gegensatz zum Erbverzicht in der Regel nicht auf Lebzeiten der Parteien beschränkt ist.

II. Fazit

Der entgeltliche Erbverzicht ist trotz seiner Risiken für beide Vertragsparteien ein probates Mittel der vorweggenommenen Erbfolge. Seine Bindungswirkung ist zwar einerseits keine absolute, andererseits ist ihre einseitige Durchbrechung nur unter engen, den Erfordernissen einer verlässlichen vorweggenommenen Erbfolgeregelung genügenden Voraussetzungen möglich. Die in dieser Arbeit aufgezeigte Bindungswirkung des entgeltlichen Erbverzichts trägt somit zum einen denjenigen Interessen Rechnung, nach denen besonderer Wert auf eine beständige Regelung zu legen ist, insbesondere also Verkehrsschutzinteressen, zum anderen aber auch den Interessen der Vertragsschließenden bzw. deren Erben, wonach ein Loskommen vom Erbverzicht bzw. eine Rückerlangung der Abfindung im Falle von Störungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge möglich sein muß.

Folglich ist der entgeltliche Erbverzicht als sinnvolle Möglichkeit der Gestaltung einer vorweggenommenen Erbfolge zu empfehlen.

Literaturverzeichnis

- **Achilles/Spahn/Gebhard**, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, Erbrecht, Berlin 1899
(zitiert: Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd.5)
- **Alternativkommentar**, Reihe Alternativkommentare, Bürgerliches Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 1, Allgemeiner Teil, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Neuwied, Darmstadt 1987
(zitiert: AK/Bearbeiter)
- **Alternativkommentar**, Reihe Alternativkommentare, Bürgerliches Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 2, Allgemeines Schuldrecht, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Neuwied, Darmstadt 1980
(zitiert: AK/Bearbeiter)
- **Alternativkommentar**, Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 3, Besonderes Schuldrecht, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Neuwied, Darmstadt 1979
(zitiert: AK/Bearbeiter)
- **Alternativkommentar**, Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 6, Erbrecht, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Neuwied, Darmstadt 1990
(zitiert: AK/Bearbeiter)
- **Atzli, Josef**, Erbverzicht gegen Abfindung bei Mängeln in der Abfindung nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss., Leipzig 1935
(zitiert: Atzli, Erbverzicht)
- **Bartholomeyczik, Horst**, Erbrecht, Ein Studienbuch, 9., ergänzte Auflage, München 1971
(zitiert: Bartholomeyczik, Erbrecht)
- **Bartholomeyczik, Horst**, Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt/Main 1951
(zitiert: Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung)
- **Battes, Robert**, Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts - Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302 BGB, AcP 178, S.337

- **Baumgärtel, Gottfried**, Die Wirkung des Erbverzichts auf Abkömmlinge, DNotZ 1959, S.63
- **Baur, Fritz**, Sachenrecht, begründet von Fritz Baur, fortgeführt von Jürgen F. Baur und Rolf Stürner, 17. neubearbeitete Auflage, München 1999
(zitiert: Baur/Stürner, Sachenrecht)
- **Binder, Julius**, Bürgerliches Recht, Erbrecht, zweite, erweiterte Auflage, Berlin 1930
(zitiert: Binder, Erbrecht)
- **Blomeyer, Jürgen**, Die vorweggenommene Auseinandersetzung der in gemeinschaftlichem Testament bedachten Kinder nach dem Tod des einen Elternteils, FamRZ 1974, S.421
- **Brox, Hans**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 22., neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1998
(zitiert: Brox, BGB AT)
- **Brox, Hans**, Erbrecht, 17., neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1998
(zitiert: Brox, Erbrecht)
- **Caemmerer, Ernst von**, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Band 1, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht, Tübingen 1954, S.333
(zitiert: von Caemmerer, FS Rabel)
- **Coing, Helmut**, Grundlagenirrtum bei vorweggenommener Erbfolge, NJW 1967, S.1777
- **Coing, Helmut**, Nachlaßverteilungsverträge im deutschen Erbrecht, Festschrift für Fritz Schwind, Wien 1978, S.63
(zitiert: Coing, FS Schwind)
- **Creifelds**, Rechtswörterbuch, begründet von Carl Creifelds, hrsg. von Hans Kauffmann, 11., neubearbeitete Auflage, München 1992
(zitiert: Creifelds)
- **Crome, Karl**, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Fünfter (Schluß-)Band, Erbrecht, Tübingen 1912
(zitiert: Crome, Erbrecht)

- **Damrau, Jürgen**, Der Ausstattungsanspruch des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1969, S.129
- **Damrau, Jürgen**, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, Bielefeld 1966
(zitiert: Damrau, Erbverzicht)
- **Damrau, Jürgen**, Nochmals: Bedarf der dem Erbverzicht zugrundeliegende Verpflichtungsvertrag notarieller Beurkundung?, NJW 1984, S.1163
- **Degenhart, Max**, Erbverzicht und Abfindungsvereinbarung, Rpfleger 1969, S.145
- **Dernburg, Heinrich**, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Fünfter Band, Deutsches Erbrecht, Halle a.S. 1905
(Dernburg, Erbrecht)
- **Dieckmann, Albrecht**, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 8. Juli 1985 -II ZR 150/84, FamRZ 1986, S.258
- **Ebenroth, Carsten Thomas**, Erbrecht, München 1992
(zitiert: Ebenroth, Erbrecht)
- **Ebenroth, Carsten Thomas/Fuhrmann, Lambertus**, Konkurrenzen zwischen Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüchen bei erbvertraglicher Unternehmensnachfolge, BB 1989, S.2049
- **Eccher, Bernhard**, Antizipierte Erbfolge, Habilitationsschrift, Berlin 1980
(zitiert: Eccher, Antizipierte Erbfolge)
- **Edenfeld, Stefan**, Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 29.11.1996 -Blw 16/96, ZEV 1997, S.70
- **Edenfeld, Stefan**, Die Stellung weichender Erben beim Erbverzicht, ZEV 1997, S.134
- **Eisenhardt, Ulrich**, Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips, JZ 1991, S.271
- **Ehmann, Horst**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19. Januar 1973 -V ZR 24/71-, NJW 1971, S.1035
- **Endemann, Friedrich**, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, Leipzig 1932
(zitiert: Endemann, Erbrecht)

- **Enneccerus-Nipperdey**, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, 15., neubearbeitete Auflage von Hans Karl Nipperdey, Tübingen 1960
(zitiert: Enneccerus/Nipperdey, Bürgerliches Recht, Bd.1, 2. Halbband)
- **Enneccerus-Lehmann**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, fünfzehnte Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958
(zitiert: Enneccerus/Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd.2)
- **Erman**, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, hrsg. von Harm Peter Westermann, Band I, 10., neubearbeitete Auflage, Münster, Köln 2000
(zitiert: Erman/Bearbeiter)
- **Erman**, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, hrsg. von Harm Peter Westermann, Band II, 10., neubearbeitete Auflage, Münster, Köln 2000
(zitiert: Erman/Bearbeiter)
- **Erman**, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Walter Erman, 2. Auflage, Münster 1952
(zitiert: Erman/Bearbeiter, 2. Aufl.)
- **Esch/Schulze zur Wiesche**, Handbuch der Vermögensnachfolge, Bürgerlich-rechtliche und steuerliche Gestaltung der Vermögensnachfolge von Todes wegen und unter Lebenden, begründet von Günter Esch und Dieter Schulze zur Wiesche, fortgeführt von Wolfgang Baumann und Dieter Schulze zur Wiesche, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1997
(zitiert: Esch/Schulze zur Wiesche, Vermögensnachfolge)
- **Esser-Schmidt**, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Ein Lehrbuch, begründet von Josef Esser, fortgeführt von Eike Schmidt, 7., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1992
(zitiert: Esser/Schmidt, SchuldR AT, 1. Teilband)
- **Esser-Weyers**, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Ein Lehrbuch, begründet von Josef Esser, fortgeführt von Hans-Leo Weyers, 7., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1991
(zitiert: Esser/Weyers, SchuldR BT)
- **Faßbender, Hermann J.**, Der Erbverzicht, MittRhNotK 1962, Anlage zu S.549

- **Fikentscher, Wolfgang**, Schuldrecht, 9., durchgesehene und ergänzte Auflage, Berlin, New York 1997
(zitiert: Fikentscher, Schuldrecht)
- **Flume, Werner**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band -Das Rechtsgeschäft, 4., unveränderte Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1992
(zitiert: Flume, BGB AT, Bd.2)
- **Friedrich, Walther J.**, Testament und Erbrecht, 8., neubearbeitete Auflage, München 1978
(zitiert: Friedrich, Testamant)
- **Gernhuber, Joachim**, Kurzkommentar zu BGH, Urt. v. 24.06.1998 -IV ZR 159/97, EWiR, § 2351 BGB 1/98, S.740
- **Göller, Frank**, Anwartschaften im Erbrecht, Stuttgart 1964
(zitiert: Göller, Anwartschaften im Erbrecht)
- **Goldmann, Ludwig**, Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB anwendbar?, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Berlin 1912, 56, S.161 (zitiert: Goldmann, Gruchot 56, S.161)
- **Grziwotz, Herbert**, Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht, MDR 1999, S.1037
- **Gursky, Karl-Heinz**, Erbrecht, 2., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1994
(zitiert: Gursky, Erbrecht)
- **Haegele, Karl**, Inhalt und wirtschaftliche Bedeutung des Erb- (Pflichtteils-) Verzichts, Rpfleger 1968, S.247
- **Haegele, Karl**, Rechtsfragen zum Erbverzicht, BWNotZ 1971, S.36
- **Häsemeyer, Ludwig**, Die Abhängigkeit erbrechtlicher Verträge von Verkehrsgeschäften, Diss., Göttingen 1966
(zitiert: Häsemeyer, Erbrechtliche Verträge)
- **Häsemeyer, Ludwig**, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte - Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft, Habilitationsschrift, Frankfurt a.M. 1971
(zitiert: Häsemeyer, Die gesetzliche Form)
- **Harder, Manfred**, Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 29.11.1996 -Blw 16/96, LM, § 2346 BGB, Nr.4

- **Harder, Manfred**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.6.1998 -IV ZR 159/97, LM, § 2351 BGB, Nr.2
- **Harder, Manfred**, Grundzüge der Erbrechts, 3., überarbeitete Auflage, Neuwied, Kriffel, Berlin 1992
(zitiert: Harder, Erbrecht)
- **Harrer, W.**, Zur Lehre vom Erbverzicht, ZBIFG 15, S.1
- **Haymann, Franz**, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft, JherJb. 56, S.86
- **Heine**, Zur Lehre vom Erbverzicht, ZBIFG 19, S.201
- **Heinrich, Udo**, Die Gestaltung von Übertragungsverträgen im Schatten des Pflichtteilsergänzungsrechts, MittRhNotK 1995, S.157
- **Hörger, Helmut/Stephan, Rudolf**, Die Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Ertragssteuerrecht, Steuerorientierte Gestaltung von Unternehmens- und Vermögensnachfolge, Stuttgart 1998
(zitiert: Hörger/Stephan, Vermögensnachfolge)
- **Hohloch, Gerhard**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.6.1998 -IV ZR 159/97, JuS 1999, S.82
- **Hohloch, Gerhard**, Anmerkung zu LG Bonn, Beschluß v. 3.9.1998 -2 O 229/98, JuS 2000, S.88
- **Holthaus, Johannes**, Leistungsstörungen beim entgeltlichen Erbverzicht, Diss., Münster 1992
(zitiert: Holthaus, Leistungsstörungen)
- **Hülsmeier, Rudolf**, Die Abwertung der Rechtsstellung des Vertragserben, NJW 1981, S.2043
- **Immel, Gerhard**, zu Damrau: Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, Bielefeld 1966, AcP 167, S.443
- **Jauernig**, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. Othmar Jauernig, 9., neubearbeitete Auflage, München 1999
(zitiert: Jauernig/Bearbeiter)
- **Jauernig, Othmar**, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, S.721
- **Jülicher, Marc**, vertragliche Rückfallklauseln, Widerrufsvorbehalte, auflösende Bedingungen und Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen, ZEV 1998, S.201

- **Kaempff**, Erbverzicht, in: Heinrich Lange, Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft, Tübingen 1940, S.12
(zitiert: Kaempff, in: Lange, Erbschaft)
- **Keim, Rüdiger**, Zuwendungsausgleich durch Erbverzicht, Diss., Köln 1979
(zitiert: Keim, Zuwendungsausgleich)
- **Kipp-Coing**, Erbrecht, Ein Lehrbuch auf der Grundlage der Bearbeitungen von Theodor Kipp, fortgeführt von Helmut Coing, 14. Bearbeitung, Tübingen 1990
(zitiert: Kipp/Coing, Erbrecht)
- **Klang, Heinrich/Gschnitzer, Franz**, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Band, 2. Halbband, §§ 1045-1089, 2., neubearbeitete Auflage, Wien 1978
(zitiert: Bearbeiter, in: Klang/Gschnitzer)
- **Klinke, Ulrich**, Causa und genetisches Synallagma - Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Diss., Berlin 1983
(zitiert: Klinke, Genetisches Synallagma)
- **Köhler, Helmut**, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190, S.496
- **Kollhosser, Helmut**, Aktuelle Fragen der vorweggenommenen Erbfolge, AcP 194, S.231
- **Kollhosser, Helmut**, Kurzkomentar zu OLG Hamm, Urt. v. 25.11.1988 -29 U 313/86, EWiR, § 530 BGB 1/89, S.547
- **Koppensteiner, Hans-Georg/Kramer, Ernst A.**, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1988
(zitiert: Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung)
- **Kropholler, Jan/Berenbrok, Marius**, Studienkommentar BGB, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1995
(zitiert: Kropholler/Berenbrok)
- **Krug, Walter**, Erbrecht - Examenskurs für Rechtsreferendare, 2., verbesserte Auflage, München 1998
(zitiert: Krug, Erbrecht)
- **Kuchinke, Kurt**, Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 29.11.1996 -Blw 16/96, JZ 1998, S.143
- **Kuchinke, Kurt**, Bedarf der dem Erbverzicht zugrundeliegende Verpflichtungsvertrag notarieller Beurkundung? NJW 1983, S.2358

- **Kuchinke, Kurt**, Zur Aufhebung eines Erbverzichts mit Drittwirkung, ZEV 2000, S.169
- **Lange, Heinrich**, Der entgeltliche Erbverzicht, Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S.119
(zitiert: Lange, FS Nottarp)
- **Lange-Kuchinke**, Lehrbuch des Erbrechts, begründet von Heinrich Lange, fortgeführt von Kurt Kuchinke, 4., völlig neubearbeitete Auflage, München 1995
(zitiert: Lange/Kuchinke, Erbrecht)
- **Langenfeld, Gerrit**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.11.1998 -IV ZR 327/97, LM, § 2352 BGB, Nr.5
- **Larenz**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, begründet von Karl Larenz, fortgeführt von Manfred Wolf, 8., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1997
(zitiert: Larenz/Wolf, BGB AT)
- **Larenz, Karl**, Der Erbverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft, JherJb.81, S.1
- **Larenz, Karl**, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht, 2.Auflage, München 1951
(zitiert: Larenz, Geschäftsgrundlage)
- **Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, 1.Band, Allgemeiner Teil, 14., neubearbeitete Auflage, München 1987
(zitiert: Larenz, SchuldR AT)
- **Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13., völlig neubearbeitete Auflage, München 1986
(zitiert: Larenz, SchuldR BT, 1. Halbband)
- **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, begründet von Karl Larenz, fortgeführt von Claus-Wilhelm Canaris, 13., völlig neuverfaßte Auflage, München 1994
(zitiert: Larenz/Canaris, SchuldR BT, 2. Halbband)
- **Leipold, Dieter**, Erbrecht, Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen, 12., neubearbeitete Auflage, Tübingen 1998
(zitiert: Leipold, Erbrecht)

- **Leonhard, Franz**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht, 2., vollständig neubearbeitete Auflage, Berlin 1912
(zitiert: Leonhard, Erbrecht)
- **Liebs, Detlef**, Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage, JZ 1978, S.697
- **Loewenheim, Ulrich**, Bereicherungsrecht, 2., völlig neubearbeitete Auflage, München 1997
(zitiert: Loewenheim, Bereicherungsrecht)
- **Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Karl Erbprinz zu**, Erbverzicht und Abfindungsvertrag, Diss., Würzburg 1928
(zitiert: Löwenstein-Wertheim-Rosenberg, Erbverzicht und Abfindungsvertrag)
- **Lübtow, Ulrich von**, Erbrecht, Eine systematische Darstellung, 1. Halbband, Berlin 1971
(zitiert: von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband)
- **Lübtow, Ulrich von**, Erbrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Halbband, Berlin 1971
(zitiert: von Lübtow, Erbrecht, 2. Halbband)
- **Mankowski, Peter**, Anmerkung zu Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 27.5.1997 -3 U 148/95, ZEV 1998, S.33
- **Mattern**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.7.1962 -V ZR 14/61, LM, § 2271 BGB, Nr.13
- **Mauch, Frank**, Ist die Abfindung für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht Schenkung im Sinne von § 2325 BGB?, BWNNotZ 1995, S.88
- **Mayer, Jörg**, Die Rückforderung der vorweggenommenen Erbfolge, DNotZ 1996, S.604
- **Mayer, Jörg**, Wird der durch die Erbringung der Abfindungsleistung bedingt erklärte Erb- und Pflichtteilsverzicht unwirksam, wenn der Erblasser vor Leistungserfüllung verstirbt?, MittBayNot 1985, S.101
- **Medicus, Dieter**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1997
(zitiert: Medicus, BGB AT)

- **Medicus, Dieter**, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 17., neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996
(zitiert: Medicus, Bürgerl. Recht)
- **Meyer, Paul**, Zur Lehre von der rechtlichen Natur des Erbverzichts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Festschrift für Ludwig Enneccerus, Marburg 1913,
(zitiert: Meyer, FS Enneccerus)
- **Motive** zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888
(zitiert Mot. II)
- **Motive** zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888
(zitiert: Mot. V)
- **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 3. Auflage, München 1993
(zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994
(zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, (§§ 433-606), 3. Auflage, München 1995
(zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, (§§ 705-853), 3. Auflage, München 1997
(zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Erbrecht, 3. Auflage, München 1997
(zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- **Mugdan, Benno**, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
(zitiert: Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.2)

- **Mugdan, Benno**, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979
(zitiert: Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd.5)
- **Muscheler, Karlheinz**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.11.1996 -IV ZR 62/96, JZ 1997, S.853
- **Muscheler, Karlheinz**, Aufhebung des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden, ZEV 1999, S.49
- **Nieder, Heinrich**, Handbuch der Testamentsgestaltung, München 1992
(zitiert: Nieder, Testamentsgestaltung)
- **Oertmann, Paul**, Entgeltliche Rechtsgeschäfte, München 1912
(zitiert: Oertmann, Entgeltliche Rechtsgeschäfte)
- **Olzen, Dirk**, Die vorweggenommene Erbfolge, Habilitationsschrift, Paderborn, München, Wien, Zürich 1984
(zitiert: Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge)
- **Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. Otto Palandt u. Peter Bassenge, 59., neubearbeitete Auflage, München 2000
(zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- **Pentz, Adolf**, Anfechtung des Erbverzichts, MDR 1999, S.785
- **Pentz, Adolf**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.6.1998 -IV ZR 159/97, JZ 1999, S.148
- **Pentz, Adolf**, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 18.5.1999 -10 U 65/98, MDR 2000, S.338
- **Pentz, Adolf**, ablehnende Anmerkung zu OLG München, ZEV 1997, S.299, Aufhebung eines Erbverzichts nur zu Lebzeiten des Verzichtenden, MDR 1997, S.1001
- **Pierer von Esch, Heinrich**, Teilnichtige Rechtsgeschäfte - Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB, Köln, Berlin, Bonn, München 1968
(zitiert: Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte)
- **Planck**, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Fünfter Band, Erbrecht, 3., vermehrte und verbesserte Auflage, Berlin 1908
(zitiert: Planck, Bürgerliches Gesetzbuch)

- **Pohl, Karl Wilhelm**, "Unbewußte Vorstellungen" als erbrechtlicher Anfechtungsgrund?, Berlin 1976
(zitiert: Pohl, "Unbewußte Vorstellungen")
- **Pühringer, Johann**, Erbverzicht und Pflichtteilsabfindung in der Nachfolgeplanung, BB 1989, Beil. 6
- **Raiser, Ludwig**, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
(zitiert: Raiser, Dingliche Anwartschaften)
- **Reak**, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, 2. Band, erstes Heft, Berlin 1895
(zitiert: Reak, Die zweite Lesung)
- **Reul, Adolf**, Erbverzicht, Pflichtteilsverzicht, Zuwendungsverzicht, MittRhNotK 1997, S.373
- **Reuter, Dieter/Martinek, Michael**, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983
(zitiert: Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung)
- **Reinicke, Dietrich**, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Berlin, Zürich 1969
(zitiert: Reinicke, Formwidrige Verträge)
- **Reichsgerichtsrätekommentar**, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band I, §§ 1-240, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1982
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- **Reichsgerichtsrätekommentar**, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 1. Teil, §§ 241-413, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1976
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- **Reichsgerichtsrätekommentar**, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 2. Teil, §§ 414-610, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1978
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)

- **Reichsgerichtsrätekommentar**, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 5. Teil, §§ 812-831, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1989
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- **Reichsgerichtsrätekommentar**, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V, 2. Teil, §§ 2147-2385, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1975
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- **Rheinbay, Peter**, Erbverzicht-Abfindung-Pflichtteilsergänzung, Diss., Frankfurt am Main, Bern, New York 1983
(zitiert: Rheinbay, Pflichtteilsergänzung)
- **Schlüter, Wilfried**, Durchbrechung des Abstraktionsprinzips über § 139 BGB und Heilung eines formnichtigen Erbteilskaufs durch Erfüllung, JuS 1969, S.10
- **Schlüter, Wilfried**, Erbrecht, 13., völlig neubearbeitete Auflage des von Horst Bartholomeyczik begründeten Werks, München 1996
(zitiert: Schlüter, Erbrecht)
- **Schotten, Günther**, Die Erstreckung der Wirkung eines Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, ZEV 1997, S.1
- **Schotten, Günther**, Das Kausalgeschäft zum Erbverzicht, DNotZ 1998, S.163
- **Schramm, Karl**, Abfindung für den Erbverzicht = Schenkung i.S.v. § 2325 BGB?, BWNNotZ 1971, S.162
- **Siegmann, Matthias**, Keine Aufhebung des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.6.1998 -IV ZR 159/97, ZEV 1998, S.383
- **Simshäuser, Wilhelm**, Windscheids Voraussetzungslehre rediviva, AcP 172, S.19
- **Skibbe, Manfred**, Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Erbverzicht nach dem Eintritt des Erbfalls, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.11.1998 -IV ZR 327/97, ZEV 1999, S.106
- **Söllner, Alfred**, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges (§ 812 Abs.1 S.2, 2. Halbsatz BGB), AcP 163, S.20

- **Soergel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Hans Theodor Soergel, Band 1, Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240), 13., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1999
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- **Soergel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Hans Theodor Soergel, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- **Soergel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Hans Theodor Soergel, Band 4/1, Schuldrecht III/1 (§§ 516-651), 12., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1997
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- **Soergel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Hans Theodor Soergel, Band 4, Schuldrecht III (§§ 705-853), 11., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1985
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- **Soergel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Hans Theodor Soergel, Band 9, Erbrecht (§§ 1922-2385), 12., neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1992
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- **Sostmann, Ulrich**, Grundstücksübertragungen an Abkömmlinge und ihre Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht, MittRhNotK 1976, S.479
- **Speckmann, Werner**, Der Erbverzicht als "Gegenleistung" in Abfindungsverträgen, NJW 1970, S.117
- **Spiegelberger, Sebastian**, Vermögensnachfolge, Vorweggenommene Erbfolge, Erbauseinandersetzung und Unternehmertestament - Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht -, München 1994
(zitiert: Spiegelberger, Vermögensnachfolge)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1980
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter, 12. Aufl.)

- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, 13. Bearbeitung, Berlin 1996
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Einl. zu §§ 241ff, §§ 241-243, 13. Bearbeitung, Berlin 1995
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-534, 13. Bearbeitung, Berlin 1995
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822, 13. Bearbeitung, Berlin 1994
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch, Sachenrecht, §§ 925-984, 13. Bearbeitung, Berlin 1995
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht, §§ 2265- 2338a, 13. Bearbeitung, Berlin 1998
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Staudinger, Julius von**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht, §§ 2339-2385, 13. Bearbeitung, Berlin 1997
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- **Strohal, Emil**, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, Berlin 1901
(zitiert: Strohal, Erbrecht)

- **Stürzebecher, Thomas**, Rücktritt vom entgeltlichen Erbvertrag, Pfaffenweiler 1987
(zitiert: Stürzebecher, Entgeltlicher Erbvertrag)
- **Walsmann, Hans**, Der Verzicht, Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht, Leipzig 1912
(zitiert: Walsmann, Der Verzicht)
- **Weitnauer, Hermann**, Die Leistung, Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1978, S.255
(zitiert: Weitnauer, FS von Caemmerer)
- **Westermann, Harm Peter**, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Berlin 1967
(zitiert: H.P. Westermann, Die causa)
- **Westermann, Harm Peter**, Störungen bei vorweggenommener Erbfolge, Festschrift für Alfred Kellermann, Berlin, New York 1991, S.505
(zitiert: H.P. Westermann, FS Kellermann)
- **Westermann**, Sachenrecht, Ein Lehrbuch begründet von Harry Westermann, fortgeführt von Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky und Dieter Eickmann, 7., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1998
(zitiert: Westermann, Sachenrecht)
- **Westhoff, Franz**, Fragen zur vorweggenommenen Erbfolge, DB 1972, S.809
- **Wiedemann, Herbert**, Abfindungs- und Wertfestsetzungsvereinbarungen unter zukünftigen Erben, NJW 1968, S.769
- **Weimer, Thilo**, Die Vermögensnachfolge aufgrund vorweggenommener Erbfolge und von Todes wegen in der Einkommensteuer, Diss., Würzburg 1995
(zitiert: Weimer, Vermögensnachfolge)
- **Wiefels, Josef**, Bürgerliches Recht, Erbrecht, Düsseldorf 1947
(zitiert: Wiefels, Erbrecht)
- **Woesch, Hugo**, Der Erbverzicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Erlangen 1935
(zitiert: Woesch, Erbverzicht)
- **Wüstenberg, Dirk**, Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 14.4.1997 -31 U 3732/96, ZEV 1997, S.301

- **Zellmann, Michael**, Dogmatik und Systematik des Erbverzichts und seiner Aufhebung im Rahmen der Lehre von den Verfügungen von Todes wegen, Diss., Bochum 1990
(zitiert: Zellmann, Dogmatik und Systematik)

Lebenslauf

08. Januar 1973: Geburt in Göppingen

Von 1979 bis 1983: Grundschule in Eislingen

Von 1983 bis 1992: Besuch des Erich-Kästner-Gymnasiums in Eislingen;
Abschluss: Abitur

Von 1992 bis 1997: Studium der Rechtswissenschaften an der Universität
Tübingen; Erste juristische Staatsprüfung im Frühjahr 1997

09. Mai 1997: Eheschließung

Von 1997 bis 1999: Rechtsreferendariat beim Landgericht Stuttgart;
Zweite juristische Staatsprüfung im Frühjahr 1999

1999: Eintritt in den höheren Justizdienst des Landes Baden-Württemberg:
von 1999 bis 2000 Richterin beim Landgericht Stuttgart
von 2000 bis 2002 Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart

08. Februar 2002: Geburt meines Sohnes Felix