

# Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

Herausgegeben von  
KARLHEINZ MUSCHELER

*Hereditare*

11

---

**Mohr Siebeck**

Hereditare –  
Jahrbuch für Erbrecht  
und Schenkungsrecht

Band 11 (2021)





# Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

herausgegeben von  
Karlheinz Muscheler

Mohr Siebeck

Manuskripte bitte an:  
Prof. Dr. Katharina Uffmann  
Ruhr-Universität Bochum  
Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht  
der Familienunternehmen  
Universitätsstr. 150  
44801 Bochum  
erbrecht@rub.de

Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei eingereichten Manuskripten um unveröffentlichte Originalbeiträge handelt, die nicht an anderer Stelle zur Verfügung vorgelegt worden sind. Für Verlust oder Schädigung eingesandter Manuskripte übernehmen Herausgeber und Verlag keine Haftung.

Manuskripte können auch per E-mail eingereicht werden. Bei Postsendungen ist eine digitale Version beizulegen.

Zitiervorschlag: *Autor*, *Hereditare* 11 (2021), S. 1 ff.

ISBN 978-3-16-161482-8 / eISBN 978-3-16-161647-1

ISSN 2192-3795 / eISSN 2569-4049 (*Hereditare*)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

# Inhalt

<i>Anatol Dutta</i> Verbotene Verträge im Erbrecht – Ein rechtsvergleichender Spaziergang .....	1
<i>Michael Holtz / Katja Rosa</i> Erbauseinandersetzungsverträge im Zivil- und Steuerrecht .....	17
<i>Jan David Hendricks</i> Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzichtsverträgen – Weg frei für ein erbrechtliches Überrumpelungsverbot? .....	33
<i>Maximilian Freiherr von Proff zu Irnich</i> Verträge über den Pflichtteilsanspruch: Erlass, Abtretung .....	77
<i>Christoph Karczewski</i> Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und sonstigen Zivilrecht .....	89
<i>Jan David Hendricks / Jan Hüchtebrock</i> Diskussionszusammenfassung zu den Vorträgen des 11. Bochumer Erbrechtssymposiums .....	191
Autorenverzeichnis .....	201



Anatol Dutta\*

## Verbotene Verträge im Erbrecht – Ein rechtsvergleichender Spaziergang

### A. Ausgangspunkt

Verträge sieht das Privatrecht universell als etwas Positives an, vor allem im Schuldrecht. Schuldverträge enthalten grundsätzlich eine „Richtigkeitsgewähr“, um die berühmte Formulierung von *Walter Schmidt-Rimpler* aufzugreifen<sup>1</sup>. Umso mehr verwundert es, dass gerade das Erbrecht in vielen Rechtsordnungen zurückhaltend mit der Gewährung einer Vertragsfreiheit ist, soweit es um Verträge über eine künftige Rechtsnachfolge von Todes wegen geht: Zwar gestattet das deutsche Privatrecht den am Erbgeschehen Beteiligten, jedenfalls in Grenzen, mittels eines Vertrags ihre erbrechtlichen Verhältnisse im Voraus festzulegen. Aber zahlreiche ausländische Rechte verbieten erbrechtliche Verträge in großem Stile. Es drängt sich damit die Frage auf, ob Verträge im Erbrecht anders zu bewerten sind als im Privatrecht allgemein.

Keine Schwierigkeiten mit Verträgen im Erbrecht haben die meisten Rechtsordnungen, soweit der Erbfall bereits eingetreten ist. Dann sind die Beteiligten frei, ihre kraft Gesetzes entstandenen Rechtsbeziehungen auf Basis der Vertragsfreiheit zu modifizieren. Bei solchen Verträgen nach dem Erbfall muss der Spaziergang daher nicht Station machen. Auch soll nicht der Frage nachgegangen werden, inwieweit vor allem die gewillkürte Rechtsnachfolge von Todes wegen als solche eigentlich auf einer vertraglichen Basis erfolgt. Es kommen auch hier vertragsähnliche Mechanismen zum Zuge. Das Erbrecht zwingt die bedachten Personen nicht, eine erbrechtliche Zuwendung – etwa eine Stellung als Erbe oder Vermächtnisnehmer – zu akzeptieren. Die Begünstigten können das ihnen erbrechtlich Zugewandte ausschlagen, wenn sie etwa mit Bedingungen des Erblassers nicht einverstanden sind. Prozedural unterscheidet sich die Konstellation kaum von der eines Vertragsschlusses<sup>2</sup>, wie bereits Immanuel Kant („Die

---

\* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 18.6.2021 an der Ruhr-Universität Bochum auf dem 11. Erbrechtssymposium gehalten hat. Der Text enthält wenig Neues, sondern verarbeitet und komprimiert Material aus früheren Veröffentlichungen zu den drei Stationen dieses Spaziergangs.

1 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941) 130 (132 ff., 149 ff. sowie 157 ff.).

2 Etwa *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff (2001) 211.

Beerbung ist die Uebertragung [...] der Habe und des Guts eines Sterbenden auf den Ueberlebenden durch Zusammenstimmung des Willens beyder<sup>3)</sup> zutreffend beobachtet hat. Die letztwillige Verfügung des Erblassers entfaltet damit im Verhältnis zum Bedachten sogar im *Schmidt-Rimpler'schen* Sinne eine Richtigkeitsgewähr<sup>4</sup>. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass Bedachte und Erblasser die Bedingungen der Rechtsnachfolge nicht aushandeln. Vielmehr stellt der Erblasser die erbrechtlich Bedachten mit seinen Bedingungen vor die Entscheidung „take it or leave it“. Aber auch das ist aus der Sicht des Vertrags nichts Ungewöhnliches, sondern ähnelt der Situation bei standardisierten Verträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus kommt auch hier zum Tragen. Der Anbietende – hier der Erblasser – muss dann nämlich den „Interessenausgleich, der sich sonst als Resultat eines Verhandlungsprozesses einstellt, bereits bei der Formulierung der [...] Konditionen“ vorwegnehmen<sup>5</sup>. Ansonsten muss der Anbietende aufgrund des verkürzten Abschlussprozesses ohne Nachverhandlungsmöglichkeit befürchten, dass der potentiell Annehmende – hier die bedachte Person – sein Angebot ausschlägt. – Zwar wirft diese Vertragsähnlichkeit der gewillkürten Rechtsnachfolge von Todes wegen interessante Fragen auf, vor allem bei der Wirksamkeitskontrolle von letztwilligen Verfügungen<sup>6</sup>. Da aber alle Rechtsordnungen jedenfalls in Grenzen dem Erblasser eine Testierfreiheit einräumen, passt diese Fragestellung nicht zur ausgewählten Route dieses Spaziergangs: den verbotenen Verträgen im Erbrecht.

## **B. Erste Station: Verträge des Erblassers über eine bestimmte Ausübung der Testierfreiheit**

Zunächst verbieten die meisten Rechtsordnungen dem Erblasser, sich einem anderen Teil gegenüber bei der Ausübung der Testierfreiheit zu binden.

### **I. Ausschluss schuldrechtlicher Testierverträge**

So kann der Erblasser die allgemeine Vertragsfreiheit im Schuldrecht regelmäßig nicht zu einer solchen Selbstbindung nutzen. Zwar könnte etwa nach deutschem Recht eine bestimmte Ausübung oder Nichtausübung der Testier-

---

<sup>3</sup> Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797) 134.

<sup>4</sup> Anders *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941) 130 (156 in Fn. 32), selbst, der die Freiwilligkeit der Erbenstellung übersieht und deshalb dem Testament nur eine eingeschränkte Richtigkeitsgewähr zubilligt („bedürfen [...] einer besonders scharfen Richtigkeitsprüfung“).

<sup>5</sup> *Fornasier*, *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2013) 41.

<sup>6</sup> Etwa *Röthel*, AcP 210 (2010) 32 (42 ff.); näher auch *Dutta*, *Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung* (2014) 322 ff.

freiheit durch den Erblasser als geschuldete Handlung durchaus Gegenstand eines Schuldvertrags nach § 311 Abs. 1 BGB sein. Eine nichtvertragsgemäße Leistung des Erblassers würde dann als Pflichtverletzung jedenfalls eine Schadensersatzpflicht nach den §§ 280 ff. BGB auslösen. Allerdings verbietet § 2302 BGB jeden „Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben“. Das deutsche Recht geht jedoch nicht so weit, auch Verfügungen von Todes wegen, die der Erblasser zur Erfüllung eines nichtigen Testiervertrags trifft, automatisch zu invalidieren. Dennoch wird eine letztwillige Verfügung, die in vermeintlicher Erfüllung des unwirksamen Testiervertrags errichtet wurde, meist keinen Bestand haben. Solange diese Verfügung widerruflich ist, besteht keine Selbstbindung des Erblassers. Ferner wird man eine vermeintliche Bindung des Erblassers an den unwirksamen Testiervertrag als nach § 2078 Abs. 2 Fall 1 BGB beachtlichen Motivirrtum zu qualifizieren haben, der zur Anfechtung berechtigt. Eine wie auch immer geartete „Kondiktion“ der zu Erfüllungszwecken errichteten letztwilligen Verfügung scheidet dagegen aus, zumal diese stets eine causa in sich trägt.

Auch fremde Rechtsordnungen schließen die allgemeine Schuldvertragsfreiheit als Mechanismus für eine erbrechtliche Selbstbindung aus. Die meisten Erbrechte verbieten wie § 2302 BGB eine Selbstbindung des Erblassers durch Testierverträge<sup>7</sup>. Nur ausnahmsweise lässt das Recht Testierverträge zu, etwa erlaubt das common law, contracts to make (or not to make) a will or to revoke (or not to revoke) a will<sup>8</sup>.

## II. Bindende Verfügungen von Todes wegen

Das Verbot schuldrechtlich wirkender Testierverträge lässt allerdings nicht automatisch den Schluss darauf zu, dass eine erbrechtliche Selbstbindung des Erblassers mittels eines Vertrags verboten ist. Denkbar ist, dass das Erbrecht selbst eine solche Bindung des Erblassers ermöglicht, konkret durch bindende Verfügungen von Todes wegen, wie das im deutschen Recht der Fall ist. Dann sichert das Verbot der Testierverträge nur, dass sich der Erblasser bei seiner erbrechtlichen Selbstbindung des vom Gesetz vorgegebenen Numerus clausus der Bindungsmechanismen bedient, konkret der *vertragsmäßigen Verfügung* in einem Erbvertrag oder der *wechselbezüglichen Verfügung* in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament. Beide Verfügungsarten sorgen – quasi mit dinglicher Wirkung und damit weitergehend als ein schuldrechtlicher Tes-

<sup>7</sup> Art. 1100/1 § 1 belg. Code civil; Art. 722 franz. Code civil; Art. 368 Abs. 2 griech. Astikos kōdikas; Art. 458 Satz 1, Art. 679 ital. Codice civile; Art. 1047 poln. Kodeks cywilny; Art. 2028 Abs. 1, Art. 2311 port. Código civil; Kap. 17 § 3 Satz 1 schwed. Ärvdabalk; Art. 103, 105 slowen. Zakon o dedovanju; Art. 737, Art. 1271 Abs. 2 span. Código civil.

<sup>8</sup> Parry/Kerridge, The law of succession (13. Aufl. 2016) Rn. 6–01.

tiervertrag<sup>9</sup> – für eine Bindung des Erblassers an die betreffende letztwillige Verfügung. Der Widerruf einer vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügung ist nicht mehr ohne weiteres möglich. Natürlich tragen auch diese selbstbindenden Verfügungen ohne Testiervertrag eine *causa in sich*<sup>10</sup> (vgl. bereits oben B.); eine vertragsmäßige oder wechselbezügliche Verfügung würde jedenfalls dem Bedachten, anders als eine widerrufliche Verfügung von Todes wegen, einen bereicherungsrechtlich relevanten wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, ist aber auch ohne Testiervertrag als Rechtsgrund kondiktionsfest. Wie aber wirkt sich eine solche Selbstbindung des Erblassers durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament aus? Konkret ordnet das Recht an, dass eine spätere Verfügung des gebundenen Erblassers, die von der vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügung abweicht, ab dem Bindungszeitpunkt unwirksam ist (§ 2289 Abs. 1 Satz 2, § 2271 Abs. 2 BGB); der gebundene Erblasser kann unter Lebenden frei verfügen (§ 2286 BGB direkt bzw. analog), soweit keine die Selbstbindung beeinträchtigende Schenkung vorliegt (§§ 2287, 2288 BGB direkt bzw. analog). Nur der Vollständigkeit halber sei auch darauf hingewiesen, dass eine der vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügung von Todes wegen ähnliche Selbstbindung auch ein *Schenkungsversprechen von Todes wegen* schafft<sup>11</sup>. Durch einen solchen Vertrag (§ 518 Abs. 1 Satz 1 BGB), der auf den Tod des Schenkers befristet und durch das Überleben des Beschenkten aufschiebend bedingt ist, schafft der Schenker grundsätzlich zu seinen Lebzeiten unwiderruflich einen Anspruch des Beschenkten gegen den Nachlass nach dem Tod des Schenkers. Wenig verwunderlich ordnet deshalb § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB an, dass ein solches Versprechen als will-substitute<sup>12</sup> den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen unterliegt, und zwar nach der überwiegenden Ansicht aufgrund seiner vertraglichen Natur den Regelungen über den Erbvertrag<sup>13</sup>, was auch wegen der Selbstbindung des Erblassers als Schenker überzeugt.

Formal handelt es sich im Übrigen nicht nur bei vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag und Schenkungsversprechen von Todes wegen, sondern auch bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament um Verträge zwischen dem Erblasser und dem jeweils an-

9 So betonen auch die Motive zum BGB V 311 [= *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V (1899) 164], dass der Erbvertrag nicht „lediglich obligatorische Wirkungen hat“.

10 Vgl. auch von *Lübnow*, Erbrecht, Bd. I (1971) 399.

11 *Schirmer*, Die Selbstbindung des Erblassers im deutschen und französischen Recht (2019) 2, 29, 160; die Funktionsäquivalenz („dem Erbvertrage nahe Kommendes“) betonen auch bereits die Motive zum BGB V 310 [= *Mugdan* (Fn. 9) 164].

12 Näher etwa *Dutta*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut (2018) 627 (630).

13 Siehe etwa *Staudinger/Kanzleiter* (2019) § 2301 BGB Rn. 3; anders etwa *Münch. Komm. BGB/Musielak* (8. Aufl. 2020) § 2301 BGB Rn. 13.

deren Teil, da sie wechselseitige Willenserklärungen voraussetzen. Erstaunlicherweise dogmatisch sehr viel stringenter als das deutsche Recht ist insoweit mittlerweile der Gesetzgeber der Europäischen Union: In der Terminologie der Erbrechtsverordnung<sup>14</sup> (EuErbVO) handelt es sich bei all diesen bindenden Verfügungen von Todes wegen (neben weiteren erbrechtlichen Rechtsgeschäften) um *Erbverträge*, selbst wenn sie als wechselbezügliche Verfügungen in einem – nach deutscher Terminologie – gemeinschaftlichen Testament enthalten sind oder die Gestalt eines Schenkungsversprechens von Todes wegen annehmen<sup>15</sup>. Der Unionsgesetzgeber definiert in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe b EuErbVO den Erbvertrag als „Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die [...] Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet“. Eine bindende Verfügung von Todes wegen nach deutschem Recht begründet stets solche verbindlichen Rechte an einem Nachlass.

Mit dieser Möglichkeit einer erbrechtlichen Selbstbindung durch unwiderrufliche Verfügung von Todes wegen nimmt das deutsche Recht rechtsvergleichend eine Sonderstellung ein – eine Möglichkeit, die sich historisch auch bei uns erst spät durchgesetzt hat<sup>16</sup>. Nur wenige ausländische Rechtsordnungen gestatten dem Erblasser, sich im Hinblick auf eine bestimmte Ausübung der Testierfreiheit zu binden. So sieht etwa das schweizerische Recht in Art. 494 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs die Möglichkeit eines Erbvertrags (Art. 512 ff.) vor, mit dem sich der Erblasser zu einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtnis verpflichtet, was eher nach der Zulässigkeit eines Testiervertrags klingt<sup>17</sup>. Allerdings stehen auch beim schweizerischen Erbeinsetzungs- oder Vermächtnisvertrag nicht die schuldrechtlichen Bindungen des Erblassers im Vordergrund, sondern die quasi dingliche Wirkung der Selbstbindung. Entgegenstehende Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen sind nach Art. 494 Abs. 3 des Zivilgesetzbuchs anfechtbar. Nicht mehr ohne Weiteres einseitig vom Erblasser widerrufen sind auch nach estnischem Recht wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten und vertragsmäßige Verfügungen in Erbverträgen<sup>18</sup>, nach katalanischem Recht Verfügungen in einem Erbvertrag<sup>19</sup>, nach let-

14 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107.

15 Vgl. österr. OGH 29.6.2020, FamRZ 2021, 1322; BGH 24.2.2021, FamRZ 2021, 802 (wechselbezügliche Verfügung in gemeinschaftlichem Testament als „Erbvertrag“) und EuGH 9.9.2021, Rs. C-277/20 (UM), FamRZ 2021, 1825 (Schenkungsversprechen von Todes wegen als „Erbvertrag“).

16 Näher *Kipp/Coing*, Erbrecht (14. Aufl. 1990) 231 f.

17 Ähnlich auch § 56 Abs. 1 norw. Arvelov.

18 §§ 93, 103 estn. Pärimisseadus.

19 Art. 431–14, Art. 431–18 Abs. 1 katal. Codi civil.

tischem Recht die erbvertragliche Erbeinsetzung<sup>20</sup>, nach litauischem Recht Verfügungen in gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten<sup>21</sup>, nach norwegischem Recht Verfügungen in gemeinschaftlichen und gegenseitigen Testamenten<sup>22</sup> sowie nach tschechischem<sup>23</sup> und ungarischem<sup>24</sup> Recht vertragsmäßige Zuwendungen in Erbverträgen.

Überwiegend verbieten ausländische Rechtsordnungen aber bindende Verfügungen von Todes wegen, indem sie als Verfügung von Todes wegen nur das Testament zur Verfügung stellen, das frei widerruflich ist<sup>25</sup>. In Frankreich, Italien und Portugal, um nur drei Beispiele zu nennen, hat der Gesetzgeber die Widerruflichkeit des Testaments sogar in die Legaldefinition dieses Rechtsgeschäfts aufgenommen<sup>26</sup>. Teils wird überdies die Form eines gemeinschaftlichen Testaments in einer Urkunde<sup>27</sup> oder allgemein wechselbezügliche Verfügungen<sup>28</sup> verboten, um bereits faktisch eine wechselseitige Beeinflussung der Erblasser zu verhindern. Aber selbst soweit gemeinschaftliche Testamente zulässig sind, entfalten die jeweils in ihnen enthaltenen Verfügungen auch nach Vorversterben eines Ehegatten nur selten Bindungswirkung<sup>29</sup>. Konsequenterweise werden auch Schenkungsversprechen von Todes wegen, die, wie eben gesehen, ebenfalls zu einer Selbstbindung des Erblassers als Schenker führen, in diesen selbstbindungsskeptischen Rechtsordnungen meist eingeschränkt<sup>30</sup>. Allenfalls finden sich für den Einzelfall Ausnahmen vom Verbot bindender Verfügungen von Todes wegen, etwa für Ehegatten<sup>31</sup>.

<sup>20</sup> Art. 647 lett. Civillikums.

<sup>21</sup> Art. 5.46 Abs. 1 litau. Civilinis kodeksas.

<sup>22</sup> § 49 Abs. 3, § 57 Abs. 3 norw. Arvelov.

<sup>23</sup> § 1590 tschech. Občanský zákoník.

<sup>24</sup> § 7:50 Abs. 1 Satz 1 ung. Polgári Törvénykönyv.

<sup>25</sup> Art. 895, Art. 1035 ff. franz. Code civil; Art. 1763 ff. griech. Astikos kōdikas; Art. 589, Art. 679 ff. ital. Codice civile; Art. 4:42 Abs. 2, Art. 4:111 ff. nied. Burgerlijk Wetboek; Art. 943, 946 f. poln. Kodeks cywilny; Art. 2179 Abs. 1, Art. 2311 ff. port. Código civil; Art. 99 ff. slowen. Zakon o dedovanju; Art. 737 ff. span. Código civil.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 895 franz. Code civil; Art. 589 ital. Codice civile; Art. 2179 Abs. 1 port. Código civil.

<sup>27</sup> Art. 968 franz. Code civil; Art. 1717 griech. Astikos kōdikas; Art. 589 ital. Codice civile; Art. 4:93 nied. Burgerlijk Wetboek; Art. 942 poln. Kodeks cywilny; Art. 2181 port. Código civil; Art. 669 span. Código civil.

<sup>28</sup> Art. 635 ital. Codice civile.

<sup>29</sup> Vgl. Kap. 10 § 7 finn. Perintökaari und schwed. Ärvdabalk; Art. 606, 608 lett. Civillikums.

<sup>30</sup> So geht Art. 893 Abs. 2 franz. Code civil von einem Dualismus zwischen widerruflichem Testament (Art. 895) und unwiderruflicher Schenkung unter Lebenden (Art. 894) aus, die ein Schenkungsversprechen von Todes wegen grundsätzlich ausschließt, auch wenn der Tod des Schenkers durch verschiedene Gestaltungen bei der Schenkung berücksichtigt werden kann.

<sup>31</sup> Nachweise etwa bei Dutta, ZfPW 2020, 20 (28).

### III. Gründe für das Verbot

Die Möglichkeit einer erbrechtlichen Selbstbindung durch den Erblasser lässt sich leicht rechtfertigen, wenn man die Testierfreiheit als etwas rechtspolitisch grundsätzlich Wünschenswertes voraussetzt<sup>32</sup>. Zwar schränkt die Selbstbindung des Erblassers, sei es durch vertragsmäßige oder wechselbezügliche Verfügung oder Schenkungsversprechen von Todes wegen, auf den ersten Blick die Testierfreiheit ein<sup>33</sup>. Richtigerweise stellt die Zulässigkeit einer erbrechtlichen Selbstbindung durch den Erblasser allerdings eine *Erweiterung seiner Testierfreiheit* dar<sup>34</sup>. Sie ermöglicht dem Erblasser, eine erbrechtliche Begünstigung, die dem Bedachten mehr verschafft als eine jederzeit widerrufliche Zuwendung. Hiervon profitiert nicht nur der Bedachte, sondern auch der Erblasser, der erst durch die Zulässigkeit einer erbrechtlichen Selbstbindung seinen Nachlass im Rahmen seiner Testierfreiheit zu einem zu seinen Lebzeiten marktfähigen Gut machen kann. Denn niemand wird sich zu einer Gegenleistung für eine erbrechtliche Begünstigung durch den Erblasser verpflichten wollen, wenn sich der Erblasser jederzeit einseitig durch Widerruf seiner letztwilligen Verfügung davonstellen kann. Die erbrechtliche Selbstbindung erweitert damit den privatrechtlichen Handlungsspielraum des Erblassers beträchtlich und ist daher in jeder Rechtsordnung, welche die Testierfreiheit in den Mittelpunkt des Erbrechts stellt, ein konsequentes Element.

Setzt man dagegen die Testierfreiheit nicht apriorisch als etwas Wünschenswertes voraus, sondern als ein Element des gesetzlichen Erbrechtsmodells, dessen Einsatz der Erbrechtsgesetzgeber rechtspolitisch rechtfertigen muss, dann ist der Befund, dass eine erbrechtliche Selbstbindung sinnvoll ist, nicht mehr so eindeutig. Ein Mehr an Testierfreiheit durch eine Zulässigkeit der Selbstbindung könnte nämlich die überindividuellen Zwecke gefährden, die der Gesetzgeber mit der Gewährung der Testierfreiheit verfolgt, sodass Grenzen einer erbrechtlichen Selbstbindung gerechtfertigt sein könnten. Ein Erbrechtsgesetzgeber kann die Testierfreiheit nämlich aus verschiedenen Gründen als Element seines Erbrechtsmodells einsetzen – zu überindividuellen Zwecken, die über die bloße Anerkennung der Privatautonomie des Erblassers hinausgehen. So kann die Testierfreiheit Teil einer Anreizstruktur sein und beim Erblasser und den potentiell Bedachten Anreize zu einem vom Gesetzgeber gewünschten Verhalten setzen: Die Testierfreiheit wird bereits seit Langem als ein Hauptelement einer erbrechtlichen Motivation gesehen, die Erblasser – also jedes Mitglied der

<sup>32</sup> Vgl. etwa *Schirmer* (Fn. 11) 230 f.

<sup>33</sup> Siehe etwa *Helms*, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Basedow/Hopt/Zimmermann, Bd. I (2009) 428 (429).

<sup>34</sup> Deshalb sollte die erbrechtliche Selbstbindung primär auch als eine Ausübung der Testierfreiheit des Erblassers gedacht werden und weniger einer Vertragsfreiheit des Erblassers und des anderen Teils, näher etwa *Dutta*, *ZfPW* 2020, 20 (30 ff.).

Gesellschaft – zur Produktivität und Sparsamkeit anhält<sup>35</sup>. Ohne Möglichkeit, über den Nachlass frei zu verfügen, könnte der Antriebe des Erblassers zu wirtschaftlicher Aktivität nachlassen, wenn sein Vermögen für die eigenen Bedürfnisse ausreicht<sup>36</sup>. Die Testierfreiheit gibt aber auch den potentiell Begünstigten einen Anreiz, etwa (1) ebenfalls zu Produktivität und Sparsamkeit, wenn sie wegen der Testierfreiheit zu Lebzeiten des Erblassers nicht sicher mit ererbtem Vermögen rechnen können, (2) zum Altruismus in der Familie sowie (3) zur Qualifikation als am besten für die Nachfolge geeignete Person, wenn der Erblasser unerwünschtes Verhalten oder fehlende Qualifikation mit dem Entzug erbrechtlicher Erwartungen ahnden kann<sup>37</sup>. Gerade in der (familien-)ökonomischen Diskussion des Erbgeschehens nimmt diese anreizsteuernde Eigenschaft der Testierfreiheit breiten Raum ein. So wird etwa die Freiheit des Erblassers, bis zum Erlöschen der Nähebeziehung zu seinen gesetzlichen oder gewillkürten Erben über die Rechtsnachfolge von Todes wegen zu entscheiden, als ein wichtiges Element zur Durchsetzung des Altruismus in der Familie angesehen: Gerade nicht-altruistisch eingestellte Mitglieder der Familie – so genannte „rotten kids“ – werden durch die Entscheidungsgewalt des potentiell Erstversterbenden über die Testierfreiheit jedenfalls zu einem altruistischen Verhalten angeregt<sup>38</sup>. Ein wichtiger Vorteil von Nähebeziehungen in der Gesellschaft – der Altruismus der durch die Nähebeziehung verbundenen Mitglieder der Gesellschaft<sup>39</sup> – wird damit, wenn auch nicht in der inneren Einstellung, so aber doch im Verhalten der Beteiligten verankert. Dieser Gedanke ist freilich nicht neu: Bereits Jeremy Bentham betont, dass „[t]his same power [gemeint ist die Testierfreiheit, d. Verf.] may also be considered as an instrument of authority, confided to individuals, for the encouragement of virtue and the repression of vice in the bosom of families“<sup>40</sup>. Entscheidend für diese Anreizfunktion der Testierfreiheit ist freilich, dass der Erblasser stets das letzte Wort behält<sup>41</sup>, und dies kann der Gesetzgeber eigentlich nur durch die grundsätzliche Widerrufbarkeit letztwilliger Verfügungen sicherstellen. Ein Gesetzgeber, der eine erbrechtliche Selbstbindung zulässt, gibt damit jedenfalls graduell die Anreizsteuerung durch Testierfreiheit auf – und das könnte womöglich auch der eigentliche Grund für die Skepsis gegenüber einer erbrechtlichen Selbstbindung in zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen sein.

35 Hierzu mit weiteren Nachweisen Dutta (Fn. 6) 153 ff.

36 Siehe etwa Bentham, Principles of the Civil Code [1786], in: The works of Jeremy Bentham I, hrsg. von Bowring (1843) 338.

37 Etwa Dutta (Fn. 6) 236 f., 422 ff., 530 f.

38 G. S. Becker, *Economica* 48 (1981) 1 (9); *ders.*, A treatise on the family (1991) 293 f. sowie 284, wonach „a selfish beneficiary [...] is led by the invisible hand of self-interest to act as if she is altruistic“.

39 Näheres bei Dutta (Fn. 6) 390 f.

40 Bentham (Fn. 36) 337.

41 Vgl. Hirshleifer, *J. Econ. Lit.* 15 (1977) 500.

## C. Zweite Station: Verträge mit dem Erblasser über den Verzicht auf künftige erbrechtliche Positionen

Aus rechtsvergleichender Perspektive besteht Uneinigkeit auch bei der Frage, ob potentiell Erbberechtigte bereits vor dem Erbfall auf ihre künftigen Positionen verzichten können. Eine zunehmende Anzahl von Rechtsordnungen gestattet wie das deutsche Recht mit dem Erb- und Pflichtteilsverzicht nach § 2346 BGB solche Verzicht auf künftige erbrechtliche Positionen<sup>42</sup>. Zwar stehen die vom traditionellen französischen Code civil geprägten Erbrechtsordnungen einem Erbverzicht zurückhaltend gegenüber<sup>43</sup>. Allerdings finden sich zunehmend Ausnahmen zu diesem Verzichtsverbot. So verbietet auch das französische Recht selbst grundsätzlich immer noch den Erbverzicht<sup>44</sup>; jedoch kann der Pflichtteilsberechtigte mittlerweile vor dem Erbfall auf seine Ansprüche verzichten<sup>45</sup>. Der pacte successoral global nach belgischem Recht ermöglicht einen Verzicht auf die Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen<sup>46</sup>. Zum Teil beschränkt der Erbrechtsgesetzgeber die Möglichkeit eines Pflichtteilsverzichts aber auch auf bestimmte Vermögenseinheiten. So verbietet das italienische Recht immer noch einen Verzicht der Noterben auf ihren Pflichtteil<sup>47</sup>, erlaubt aber ausnahmsweise im Rahmen eines patto di famiglia einen Pflichtteilsverzicht zur Weitergabe eines Unternehmens, freilich grundsätzlich gegen Abfindung<sup>48</sup>. Auch andere Gesetzgeber machen den Verzicht von einer angemessenen Gegenleistung abhängig<sup>49</sup>.

Der Vorteil einer Vertragsfreiheit des Erblassers und der potentiell Erbberechtigten im Hinblick auf deren künftige erbrechtliche Positionen liegt auf der Hand. Die privatautonome Entscheidung der Beteiligten führt grundsätzlich zu einem gerechten Ausgleich der Interessen der Beteiligten und behebt damit

<sup>42</sup> Siehe etwa Art. 274, 492 arag. Código del derecho foral; Art. 224 ff. galic. Ley de derecho civil; Sec. 113 irisch. Succession Act; Art. 766, Art. 768 lett. Civillikums; §§ 551, 758 Abs. 1 öster. ABGB; Art. 1048 ff. poln. Kodeks cywilny; Art. 495 ff. schweiz. ZGB. Vgl. auch Art. 137 Abs. 2 slowen. Zakon o dedovanju, der eine Ausschlagung zu Lebzeiten durch Vereinbarung mit dem Erblasser ermöglicht.

<sup>43</sup> Einen Verzicht verbieten grundsätzlich etwa Art. 791 Fall 1, Art. 1100/1 § 1 belg. Code civil; Art. 368 Satz 1, Art. 1851 Satz 1 griech. Astikos kōdikas; Art. 458 Satz 2 Fall 2 ital. Codice civile; Art. 451–26 Abs. 1 katal. Codi civil; Art. 791 Fall 1, Art. 1130 Abs. 2 Fall 1 luxem. Code civil; Art. 4:4 Abs. 2 nied. Burgerlijk Wetboek; Art. 2170 port. Código civil; Art. 956 rum. Codul civil; Art. 816 span. Código civil.

<sup>44</sup> Art. 722 franz. Code civil.

<sup>45</sup> Art. 929 ff. franz. Code civil.

<sup>46</sup> Art. 1100/7 belg. Code civil.

<sup>47</sup> Nachweis oben in Fn. 43.

<sup>48</sup> Art. 768 bis ff. ital. Codice civile, siehe vor allem Art. 768 quater Abs. 2 und 4.

<sup>49</sup> Kap. 17 § 1 Abs. 2 Satz 2 finn. Perintökaari; § 45 Abs. 1 Satz 2 norw. Arvelov; Kap. 17 § 2 Abs. 1 Satz 2 schwed. Ärvdabalk. Vgl. auch Art. 224, 225 galic. Ley de derecho civil; Art. 768 quater Abs. 2 ital. Codice civile.

Schwächen sowohl der Testierfreiheit als auch der starren gesetzlichen Erbberichtigung – jedenfalls im Grundsatz. Allerdings wird auch bei dieser einvernehmlichen Anpassung der erbrechtlichen Teilhabe durch die Beteiligten nicht immer die Entscheidungsfreiheit der Beteiligten und die Vertragsgerechtigkeit gewahrt, sodass die Entscheidung der Beteiligten oftmals nur eine eingeschränkte Richtigkeitsgewähr entfaltet: Ohne hier näher auf die Relativierungen der Richtigkeitsgewähr eines Verzichts im Einzelfall eingehen zu können<sup>50</sup>, rechtfertigen diese Bedenken nicht allgemein ein Verzichtsverbot, sondern erfordern allenfalls flexible Grenzen der Vertragsfreiheit, etwa bei uns eine Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach § 138 Abs. 1 und § 242 BGB<sup>51</sup>.

## D. Dritte Station: Verträge über die Rechtsnachfolge von Todes wegen noch lebender Dritter

Es existiert noch eine dritte Gruppe von Verträgen im Dunstkreis der Rechtsnachfolge von Todes wegen, welche gesetzlich regelmäßig verboten werden: Verträge über die Rechtsnachfolge von Todes wegen noch lebender Dritter. So ist bei uns gemäß § 311b Abs. 4 Satz 1 BGB ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig, wobei Satz 2 der Vorschrift diese Nichtigkeitssanktion auf Verträge über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten erstreckt. § 311b Abs. 5 Satz 1 BGB macht eine Ausnahme vom Verbot dieser – im deutschen Recht traditionell als Erbschaftsverträge bezeichneten<sup>52</sup> – Vereinbarungen, und zwar für Verträge zwischen künftigen gesetzlichen Erben über ihren gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil. Das Erbschaftsvertragsverbot ist allerdings keine Spezialität des deutschen Rechts. Ähnliche Verbote finden sich – oftmals sogar ohne entsprechenden Ausnahmetatbestand – auch in zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen<sup>53</sup>. Das Erbschaftsvertragsverbot – das komplizierte Abgrenzungsfragen aufwirft<sup>54</sup> – soll nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch die guten Sitten schützen: Erbschafts-

<sup>50</sup> Hierzu *Dutta* (Fn. 6) 442 ff.

<sup>51</sup> Vgl. etwa *Dutta*, AcP 209 (2009) 760 (774 ff.); *Röthel*, NJW 2012, 337; *dies.*, AcP 212 (2012) 157 (196 ff.).

<sup>52</sup> Vgl. etwa bereits *Beseler*, Die Lehre von den Erbverträgen, Bd. II/2 (1840) 328.

<sup>53</sup> Siehe etwa Art. 1100/1 § 1 Abs. 1 Satz 2 belg. Code civil; Art. 426 bras. Código civil; Art. 26 Abs. 1 bulg. Zakon za zadälženijata i dogovorite; Art. 722 franz. Code civil; Art. 368 Satz 1 Fall 2 griech. Astikos ködikas; Art. 458 Satz 2 Fall 1 ital. Codice civile; Art. 1130 Abs. 2 Fall 2 luxem. Code civil; Art. 4:4 Abs. 2 nied. Burgerlijk Wetboek (vgl. auch Abs. 1 der Vorschrift); § 879 Abs. 2 Nr. 3 öster. ABGB; Art. 1047 poln. Kodeks cywilny; Art. 2028 Abs. 1 Fall 3 port. Código civil; Art. 636 Abs. 1 schweiz. ZGB; Art. 104 slowen. Zakon o dedovanju; Art. 1271 Abs. 1 span. Código civil.

<sup>54</sup> Näher etwa *Dutta*, ZfPW 2017, 34 (39 ff.).