

Isabell Meyer

# Die Übertragung von Vermögen anlässlich des Todes außerhalb des Erbrechts durch Schenkung

Eine kritische Betrachtung des § 2301 BGB



Nomos



Stämpfli Verlag



Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von  
Prof. Dr. Elisabeth Koch  
Prof. Dr. Saskia Lettmaier  
Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp  
Prof. Dr. Karlheinz Muscheler  
Prof. Dr. Anne Sanders

Band 32

Isabell Meyer

# Die Übertragung von Vermögen anlässlich des Todes außerhalb des Erbrechts durch Schenkung

Eine kritische Betrachtung des § 2301 BGB



**Nomos**



**Stämpfli Verlag**





Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0416-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-3667-1 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-2294-8 (Stämpfli Verlag AG, Print)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Sommersemester 2021 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vor. Danach ergangene Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2022 Berücksichtigung finden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herr Professor Dr. Dr. h.c. Heinz-Peter Mansel, für seine Unterstützung und die hervorragende Betreuung während der Entstehung dieser Arbeit. Ebenfalls möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Martin Avenarius für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Ganz besonderer Dank gilt auch meiner Familie, die mich während der gesamten Zeit meines Studiums und meiner Promotion immer unterstützt hat. Meiner Tante Martina Meyer danke ich von Herzen für die großzügige Übernahme der Druckkosten.

Nicht zuletzt gilt mein Dank allen, die sich bereit erklärt haben, meine Arbeit zu lesen. Dr. Lukas Rademacher danke ich für seinen Zuspruch, der ganz maßgeblich dazu beigetragen hat, dass ich mich an das Thema Promotion herangewagt habe. Dr. Patrick Ernst und Dr. Henriette Boecken danke ich für die schöne gemeinsame Promotionszeit und die fachliche und moralische Unterstützung. Ohne Euch hätte es nur halb so viel Spaß gemacht.

Köln, September 2022

*Isabell Meyer*



# Inhaltsübersicht

Teil 1: Einleitung	19
Teil 2: Die Schenkung von Todes wegen gem. § 2301 BGB	21
Kapitel 2.1: Auslegung und Anwendung des § 2301 BGB	21
A. Entstehungsgeschichte	21
B. § 2301 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	43
C. § 2301 BGB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	51
D. Diskussion der vorhandenen Streitfragen unter Gesamtwürdigung der rechtshistorischen Entwicklung des § 2301 BGB	60
E. Abschließende Darstellung der historisch und subjektiv- teleologisch intendierten Auslegung des § 2301 BGB und Vorschlag zur Auslegung und Anwendung <i>de lege lata</i>	95
Kapitel 2.2: Überprüfung des Schutzzwecks des § 2301 BGB	96
A. Schutzzweck Vermeidung der Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften	98
B. Schutzzweck Interessen der Pflichtteilsberechtigten und übrigen Nachlassgläubiger <i>bei ausreichendem Nachlass</i>	112
C. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und sonstigen Nachlassgläubiger <i>im Falle einer Nachlassinsolvenz</i>	125
D. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und sonstigen Nachlassgläubiger <i>bei dürftigem Nachlass</i>	141
E. Endergebnis zur Schutzzwecküberprüfung	144

Kapitel 2.3: Ergebnis des zweiten Teils und Aussicht auf die weitere Untersuchung	147
Teil 3: Übertragung von Vermögen anlässlich des Todes außerhalb des Erbrechts durch Schenkung <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	148
Kapitel 3.1: Widersprüche bei der Bewertung von Schenkungen mit Todesbezug <i>de lege lata</i>	148
A. Schenkungen im Zweipersonenverhältnis mit Todesbezug	149
B. Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	158
C. Ergebnis	177
Kapitel 3.2: Abgrenzung lebzeitiger unentgeltlicher Rechtsgeschäfte von Verfügungen von Todes wegen	177
A. Abgrenzung eines lebzeitigen Rechtsgeschäfts von einer Verfügung von Todes wegen	178
B. Grundprinzipien des Erbrechts	190
C. Konsequenzen für die Zulässigkeit lebzeitiger Rechtsgeschäfte auf den Todesfall	197
D. Rechtfertigung der Zulässigkeit lebzeitiger Rechtsgeschäfte auf den Todesfall durch den sozialen und rechtlichen Wandel	206
Kapitel 3.3: Behandlung lebzeitiger Schenkungen mit Todesbezug <i>de lege ferenda</i>	209
A. Versprechensschenkungen im Zweipersonenverhältnis mit Todesbezug <i>de lege ferenda</i>	210
B. Schenkung mit Todesbezug unter Einsatz eines Mittlers <i>de lege ferenda</i>	215
C. Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall <i>de lege ferenda</i>	231
D. Rechtsfolgen der Einordnung einer Schenkung als lebzeitiges oder letztwilliges Rechtsgeschäft	247
E. Erneute Betrachtung des Bonifatius-Falles <i>de lege ferenda</i>	248
F. Konkreter Reformbedarf	251
Teil 4: Fazit	253
Literaturverzeichnis	255

# Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einleitung	19
Teil 2: Die Schenkung von Todes wegen gem. § 2301 BGB	21
Kapitel 2.1: Auslegung und Anwendung des § 2301 BGB	21
A. Entstehungsgeschichte	21
I. Vorentwurf Friedrich Mommsen	22
II. Erste Kommission – Vorentwurf von Gottfried von Schmitt	25
III. Erste Kommission – weitere Beratung und Entstehung des ersten Entwurfs	33
IV. Zweite Kommission	37
V. Gesamtentwicklung während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs	40
B. § 2301 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	43
I. Darstellung der Entscheidungen des Reichsgerichts zu § 2301 BGB	43
1. Anwendbare Formvorschriften auf Rechtsfolgenseite	44
2. Voraussetzungen des Vollzuges	46
3. Bonifatius-Entscheidung	46
II. Rückschlüsse für die heutige Auslegung und Anwendung des § 2301 BGB aus den Entscheidungen des Reichsgerichts	48
III. Ergebnis	51
C. § 2301 BGB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	51
I. Darstellung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu § 2301 BGB	51
1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2301 BGB	52
a) Das Schenkungsversprechen	52
b) Die Überlebensbedingung	54
c) Der Vollzug nach § 2301 Abs. 2 BGB	55
2. Rechtsfolgen des § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB bei Nichtvorliegen eines lebzeitigen Vollzuges	57
II. Zusammenfassung der Auslegung und Anwendung des § 2301 BGB nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und Vergleichsbetrachtung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts	58

D. Diskussion der vorhandenen Streitfragen unter Gesamtwürdigung der rechtshistorischen Entwicklung des § 2301 BGB	60
I. Schutzzweck der Norm	60
II. Schenkungsversprechen	62
1. Rechtshistorische Entwicklung	62
2. Das Schenkungsversprechen als perfekter Vertrag?	63
3. Eingeleitete Handschenkung	68
4. Ergebnis	69
III. Überlebensbedingung	69
1. Rechtshistorische Entwicklung	69
2. Stellungnahme	71
IV. Lebzeitiger Vollzug gem. § 2301 Abs. 2 BGB	73
1. Verhältnis von § 518 Abs. 2 und § 2301 Abs. 2 BGB	73
2. Voraussetzungen des Vollzugs im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB	78
a) Rechtshistorische Entwicklung	78
b) Stellungnahme	79
V. Umdeutungszeitpunkt	86
VI. Anwendbare Formvorschriften	88
1. Rechtshistorische Entwicklung	88
2. Stellungnahme	90
VII. Qualität der Verfügung von Todes wegen	93
1. Rechtshistorische Entwicklung	93
2. Stellungnahme	94
E. Abschließende Darstellung der historisch und subjektiv-teleologisch intendierten Auslegung des § 2301 BGB und Vorschlag zur Auslegung und Anwendung <i>de lege lata</i>	95
Kapitel 2.2: Überprüfung des Schutzzwecks des § 2301 BGB	96
A. Schutzzweck Vermeidung der Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften	98
I. Erbrechtliche (Form-)Vorschriften	98
1. Erbvertrag	99
2. Testament	100
a) Öffentliches Testament	100
b) Eigenhändiges Testament	101
3. Die Verfügung von Todes wegen als höchstpersönliches Rechtsgeschäft	104
4. Zwischenergebnis	106

II. Relevante Vorschriften im Schuldrecht	106
1. Versprechensschenkung, § 518 BGB	106
2. § 311b BGB	107
a) § 311b Abs. 1 S. 1 BGB	107
b) § 311b Abs. 2 BGB	108
c) § 311b Abs. 3 BGB	108
3. Keine Höchstpersönlichkeit	109
III. Formale Folgen der Anwendung des § 518 BGB auf überlebensbedingte Schenkungen	109
IV. Ergebnis	110
B. Schutzzweck Interessen der Pflichtteilsberechtigten und übrigen Nachlassgläubiger <i>bei ausreichendem Nachlass</i>	112
I. Verteilung des Nachlasses ohne Schenkung von Todes wegen	112
1. Stellung der Nachlassgläubiger	113
2. Stellung des Pflichtteilsberechtigten Y	113
3. Stellung des Vermächtnisnehmers B und der Erben F und X	114
II. Verteilung des Nachlasses bei Vorliegen eines überlebensbedingten Schenkungsversprechens unter Anwendung des § 2301 BGB	115
III. Verteilung des Nachlasses bei Vorliegen eines überlebensbedingten Schenkungsversprechens unter Anwendung des § 518 BGB	116
1. Ausgangssituation bei und nach Verteilung des Nachlasses	116
2. Ausgleich der Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten	116
a) Pflichtteilergänzungsanspruch gegen den Erben aus § 2325 BGB	117
b) Pflichtteilergänzungsanspruch gegen den Beschenkten aus § 2329 BGB	120
c) Gläubigeranfechtung	120
aa) Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung gem. § 4 AnfG	121
bb) Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung gem. § 3 AnfG	122
cc) Zwischenergebnis	123
IV. Ergebnis	123

C. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und sonstigen Nachlassgläubiger <i>im Falle einer Nachlassinsolvenz</i>	125
I. Nachlassinsolvenzverfahren	125
II. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und übrigen Nachlassgläubiger in der Nachlassinsolvenz bei Anwendung des § 2301 BGB auf überlebensbedingte Schenkungen	128
III. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und übrigen Nachlassgläubiger in der Nachlassinsolvenz bei Anwendung des § 518 BGB auf überlebensbedingte Schenkungen	129
1. Insolvenzanfechtung	130
a) Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung nach § 134 InsO	131
b) Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung gem. § 134 InsO	133
c) Problematik der Anfechtbarkeit eines dinglich noch nicht erfüllten Schenkungsversprechens	134
d) Anfechtung bei bereits erfolgter Erfüllung	135
e) Zwischenergebnis	135
2. Möglichkeiten außerhalb des Insolvenzverfahrens	136
a) Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers gem. § 528 BGB	136
b) Pflichtteilergänzungsanspruch gegen den Beschenkten gem. § 2329 BGB	137
c) Zivilrechtliche Haftung der Erben bei dinglicher Übertragung des Zuwendungsgegenstands <i>vor</i> Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens	139
IV. Ergebnis	140
D. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und sonstigen Nachlassgläubiger <i>bei dürftigem Nachlass</i>	141
I. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und übrigen Nachlassgläubiger bei dürftigem Nachlass bei Anwendung des § 2301 BGB auf überlebensbedingte Schenkungen	142
II. Stellung der Pflichtteilsberechtigten und übrigen Nachlassgläubiger bei dürftigem Nachlass bei Anwendung des § 518 BGB auf überlebensbedingte Schenkungen	143
III. Ergebnis	144
E. Endergebnis zur Schutzzwecküberprüfung	144

Kapitel 2.3: Ergebnis des zweiten Teils und Aussicht auf die weitere Untersuchung	147
Teil 3: Übertragung von Vermögen anlässlich des Todes außerhalb des Erbrechts durch Schenkung <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	148
Kapitel 3.1: Widersprüche bei der Bewertung von Schenkungen mit Todesbezug <i>de lege lata</i>	148
A. Schenkungen im Zweipersonenverhältnis mit Todesbezug	149
I. Lebzeitige Schenkung in Todesnähe	149
II. Auf den Tod befristete <i>und</i> überlebensbedingte Schenkung	151
III. Auf den Tod <i>befristete</i> und die auf den Tod <i>betagte</i> Versprechensschenkung	152
IV. Handschenkung gem. § 516 BGB mit Todesbezug	153
1. Die überlebensbedingte Handschenkung	153
2. Die eingeleitete Handschenkung	155
V. Dinglich überlebensbedingte Schenkung	157
B. Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	158
I. Grundsätzliches zum Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall	158
II. Deckungsverhältnis	159
III. Valutaverhältnis	159
1. Valutaverhältnis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs	159
2. Eigene Interpretation des Valutaverhältnisses	161
a) Hypothetische Annahme einer lebzeitigen Schenkungen im Valutaverhältnis	161
aa) Lebzeitig abgeschlossener Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis	162
bb) <i>Kein</i> lebzeitig abgeschlossener Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis	163
b) Anwendung des § 2301 BGB bei Vorliegen einer Versprechensschenkung?	167
aa) Begründung der Rechtsprechung <i>gegen</i> die Anwendung des § 2301 BGB im Valutaverhältnis	168
bb) Eigene Begründung <i>für</i> die Anwendung des § 2301 BGB im Valutaverhältnis	172
C. Ergebnis	177

Kapitel 3.2: Abgrenzung lebzeitiger unentgeltlicher Rechtsgeschäfte von Verfügungen von Todes wegen	177
A. Abgrenzung eines lebzeitigen Rechtsgeschäfts von einer Verfügung von Todes wegen	178
I. Lebzeitige Rechtsgeschäfte auf den Todesfall	178
II. Abgrenzung in der Rechtsprechung	179
III. Abgrenzung in der Literatur	182
1. Überlebensbedingung als Abgrenzungsmerkmal	183
2. Belastung des lebzeitigen Vermögens als Abgrenzungskriterium	186
3. Bestehen lebzeitiger Bindungswirkungen als Abgrenzungsmerkmal	189
B. Grundprinzipien des Erbrechts	190
I. Privaterbrecht	191
II. Testierfreiheit	191
III. Familienerbrecht	191
IV. Gesamtrechtsnachfolge	195
C. Konsequenzen für die Zulässigkeit lebzeitiger Rechtsgeschäfte auf den Todesfall	197
I. Interessen der Pflichtteilsberechtigten	198
II. Interessen der Nachlassgläubiger aus lebzeitigen Rechtsgeschäften	200
III. Ergebnis und endgültige Festlegung des maßgeblichen Abgrenzungskriteriums	202
1. Lebzeitige Bindungswirkung als vorrangig maßgebliches Abgrenzungskriterium	203
2. Bedeutung für das Schicksal des § 2301 BGB <i>de lege ferenda</i> und Reformbedarf	205
D. Rechtfertigung der Zulässigkeit lebzeitiger Rechtsgeschäfte auf den Todesfall durch den sozialen und rechtlichen Wandel	206
Kapitel 3.3: Behandlung lebzeitiger Schenkungen mit Todesbezug <i>de lege ferenda</i>	209
A. Versprechensschenkungen im Zweipersonenverhältnis mit Todesbezug <i>de lege ferenda</i>	210
I. Formwirksame Versprechensschenkungen mit Todesbezug	210
1. Die Schenkung in Todesnähe	210
2. Die auf den Tod befristete Versprechensschenkung	210
3. Die auf den Tod betagte Versprechensschenkung	211

4. Die überlebensbedingte Versprechensschenkung	212
5. Die lediglich dinglich überlebendbedingte Versprechensschenkung	212
II. Formunwirksamkeit des Schenkungsversprechens	213
III. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Versprechensschenkungen mit Todesbezug im Zweipersonenverhältnis	214
B. Schenkung mit Todesbezug unter Einsatz eines Mittlers <i>de lege ferenda</i>	215
I. Postmortale Schenkung durch Einsatz eines Boten	215
1. Lebzeitige Bindungswirkung	215
2. Lebzeitiges Vermögensopfer im Ausnahmefall	216
3. Unterscheidung zwischen zufälliger und absichtlicher Vornahme der Schenkung nach dem Tod des Schenkers	216
II. Schenkung durch einen Dritten nach dem Ableben des Zuwendenden mittels postmortaler Vollmacht	217
1. Formpflicht für die Erteilung einer postmortalen Vollmacht zum Zwecke der Vornahme eines unentgeltlichen Rechtsgeschäfts?	220
a) Übertragung der für das Vertretergeschäft geltenden Form auf die Erteilung der Vollmacht	221
aa) Übertragung der Schenkungsform (§ 518 Abs. 1 S. 1 BGB) auf die Vollmachterteilung	221
bb) Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften auf die Vollmachterteilung, sofern diese auch für das Vertretergeschäft gelten	222
b) Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften auf die Vollmachterteilung über eine analoge Anwendung des § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB	223
c) Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften infolge der Anwendung der entwickelten Abgrenzungskriterien	224
aa) Handschenkung mittels postmortaler Vollmacht	224
bb) Versprechensschenkung mittels postmortaler Vollmacht	225
cc) Bloße Erfüllung einer Versprechensschenkung mittels postmortaler Vollmacht	225

d)	Ergebnis zur Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften auf die Erteilung einer postmortalen Vollmacht zum Zwecke einer postmortalen Schenkung	226
2.	Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften auf die Erteilung einer postmortalen Vollmacht über die Formvorschriften hinaus?	228
III.	Zusammenfassung der Ergebnisse zur Schenkung mit Todesbezug unter Einsatz eines Mittlers	230
C.	Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall <i>de lege ferenda</i>	231
I.	Lebzeitige Bindungswirkung aus dem Deckungsverhältnis	232
1.	Grundsätzliches	232
2.	Lebensversicherungsvertrag	234
a)	Unwiderrufliche Einsetzung als Bezugsberechtigter	234
b)	Widerrufliche Einsetzung als Bezugsberechtigter	236
3.	Bankkonto zugunsten Dritter am Beispiel der Spareinlage	236
II.	Lebzeitige Bindungswirkung aus dem Valutaverhältnis	238
1.	Formwirksamer Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis	239
2.	Kein Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis	239
a)	Formunwirksames Schenkungsversprechen	239
b)	Handschenkung im Valutaverhältnis	239
III.	Lebzeitiges Vermögensoffer	240
1.	Lebensversicherungsvertrag	240
a)	Unwiderrufliche Einsetzung als Bezugsberechtigter	240
b)	Widerrufliche Einsetzung als Bezugsberechtigter	244
2.	Bankkonto zugunsten Dritter am Beispiel der Spareinlage	245
a)	Verbleibende Verfügungsgewalt über die Spareinlage auf Seiten des Versprechensempfängers	245
b)	Keine Verfügungsgewalt des Versprechensempfängers über die Spareinlage	246
IV.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu dem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall <i>de lege ferenda</i>	247
D.	Rechtsfolgen der Einordnung einer Schenkung als lebzeitiges oder letztwilliges Rechtsgeschäft	247
I.	Rechtsfolgen der Einordnung als lebzeitiges Rechtsgeschäft	248
II.	Rechtsfolgen der Einordnung als letztwilliges Rechtsgeschäft	248
E.	Erneute Betrachtung des Bonifatius-Falles <i>de lege ferenda</i>	248

F. Konkreter Reformbedarf	251
Teil 4: Fazit	253
Literaturverzeichnis	255



## Teil 1: Einleitung

§ 2301 BGB regelt das auf den Tod befristete und durch das Überleben des Beschenkten bedingte Schenkungsversprechen, das „Schenkungsversprechen von Todes wegen“. Auf ein solches finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung, wenn nicht ein lebzeitiger Vollzug vorliegt. § 2301 BGB wirft unzählige Probleme auf und ist praktisch – vermutlich gerade deshalb – kaum von Relevanz. In aller Regel bedient sich der Erblasser einer Verfügung von Todes wegen, um die Verhältnisse nach seinem Ableben zu regeln oder er bleibt untätig und verlässt sich auf die gesetzliche Erbfolge. Doch auch wenn das Erbrecht die gesellschaftlich klassische und auch rechtlich vorgesehene Möglichkeit ist, Vermögen anlässlich des Todes zu übertragen, gibt es auch die Möglichkeit, Vermögen anlässlich des Todes *außerhalb* des Erbrechts zu übertragen. Dies dient vor allem dazu, die formalen Hürden des Erbrechts zu umgehen,<sup>1</sup> wird aber auch dann gewählt, wenn der Wunsch besteht, bereits zu Lebzeiten klare Verhältnisse zu schaffen. Mittel der Wahl ist die auf den Erbfall hinausgeschobene Schenkung. Hierfür stehen neben der von § 2301 BGB erfassten, auf den Tod befristeten und überlebensbedingten Schenkung diverse andere Möglichkeiten bereit. So ermöglicht etwa die bloße Befristung oder Betagung einer Schenkung auf den Tod des Schenkenden eine auf den Tod hinausgeschobene Schenkung, die dem Anwendungsbereich des § 2301 BGB *nicht* unterfällt. Denn dieser findet nach ganz herrschender Meinung nur Anwendung, wenn eine Überlebensbedingung besteht. Dies wirft gerade in Anbetracht der mit der Vorschrift verbundenen Probleme und des überschaubaren Anwendungsbereichs die Frage auf, ob die Vorschrift überhaupt weiterhin Bestand haben kann und sollte.

Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, wird der Vorschrift des § 2301 BGB der erste inhaltliche Teil der folgenden Arbeit gewidmet. Hierbei werden zunächst Anwendung und Auslegung der Norm untersucht, wobei sowohl die historische Entwicklung der Vorschrift als auch ihre Behandlung in der Rechtsprechung eine entscheidende Rolle spielen werden. Hierbei wird auch der Bonifatius-Fall des Reichsgerichts Beachtung finden, der über Jahrzehnte hinaus für vielfältige Diskussionen gesorgt

---

<sup>1</sup> *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, S. 83.

hat. Im Anschluss daran wird der Schutzzweck des § 2301 BGB näher betrachtet, um herauszufinden, ob die Norm überhaupt einen legitimen Zweck erfüllt.

Alsdann wird in einem zweiten inhaltlichen Teil der Blick weg von § 2301 BGB und hin zu anderen Möglichkeiten der Übertragung von Vermögen anlässlich des Todes durch Schenkung gelenkt. Hierbei wird deutlich, wie vielfältig die Möglichkeiten sind, eine Schenkung auf den Todesfall hinauszuschieben und wie die verschiedenen Schenkungskonstellationen trotz geringster Abweichungen rechtlich unterschiedlich behandelt werden. In diesem Zusammenhang kommt auch dem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall Beachtung zu, denn auch dieser ermöglicht – jedenfalls nach höchstrichterlicher Rechtsprechung – die meist schenkweise Übertragung von Vermögen *außerhalb des Erbrechts*.

Die Darstellung der Widersprüche mehrt Zweifel nicht nur an der Vorschrift des § 2301 BGB als Ganzes, sondern auch an der Wahl der Überlebensbedingung als Abgrenzungskriterium zwischen lebzeitigen und letztwilligen Rechtsgeschäften. Die widersprüchliche Behandlung auf den Tod hinausgeschobener Schenkungen verlangt nach einer Neujustierung durch die Entwicklung eines *einheitlichen Abgrenzungskriteriums* zwischen lebzeitiger Schenkung und erbrechtlicher Verfügung, das auf alle Schenkungen mit Todesbezug angewendet werden kann. Die Frage der Ausschließlichkeit des Erbrechts erlangt an dieser Stelle besondere Bedeutung, denn sie entscheidet mit darüber, wie sehr der Umgehungsgedanke in die Wahl des Abgrenzungskriteriums einzubeziehen ist.

Nachdem ein Abgrenzungskriterium feststeht, werden alle zu Beginn des zweiten inhaltlichen Teils besprochenen Möglichkeiten der Übertragung von Vermögen erneut betrachtet. Dabei wird aufgezeigt, ob beziehungsweise wann diese Rechtsgeschäfte dem Erbrecht oder dem Schenkungsrecht zuzuordnen sind. Im Lichte der neuen Erkenntnisse wird dann auch der Bonifatius-Fall des Reichsgerichts erneut besprochen. Abschließend wird der konkret bestehende Reformbedarf, insbesondere in Bezug auf § 2301 BGB, erörtert.

## Teil 2: Die Schenkung von Todes wegen gem. § 2301 BGB

### Kapitel 2.1: Auslegung und Anwendung des § 2301 BGB

#### A. Entstehungsgeschichte

Die Vorschrift des § 2301 BGB, das „Schenkungsversprechen von Todes wegen“<sup>2</sup>, existiert bereits seit Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900. Seither hat sich der Wortlaut der Vorschrift nicht verändert. Die heute in der Literatur diskutierten vielfältigen Probleme des § 2301 BGB wurden zu einem großen Teil bereits von dem historischen Gesetzgeber angedacht und diskutiert. Aus der Auswertung der Materialien lassen sich daher wichtige Schlüsse für die Auslegung und Anwendung des § 2301 BGB ziehen. Um zu verdeutlichen, welche Aspekte des § 2301 BGB besonders problematisch sind und daher besondere Aufmerksamkeit im Rahmen der Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift erhalten sollen, werden die viel problematisierten Aspekte der Vorschrift im Folgenden kurz dargestellt.

Grundsätzlich findet § 2301 BGB – stellt man allein auf seinen Wortlaut ab – dann Anwendung, wenn ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt. Ob auf ein solches Versprechen das Erbrecht oder aber das Schuldrecht (§§ 516 ff. BGB) angewendet wird, ist abhängig davon, ob die Schenkung bereits lebzeitig vollzogen wurde. Wenn dem so ist, finden nach § 2301 Abs. 2 BGB die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung. Andernfalls gelten gem. § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen.

Der Schutzzweck der Norm besteht darin, die Umgehung erbrechtlicher Vorschriften zu verhindern, wenn die Verfügung wirtschaftlich einer Verfügung von Todes wegen entspricht. Insoweit ist bereits fraglich, ob die Norm ausschließlich die Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften oder auch die Umgehung materiell-erbrechtlicher Vorschriften verhindern soll.

Streitige Fragen im Rahmen der Anwendung des § 2301 BGB sind sodann auf Tatbestandsseite die Qualität des Schenkungsversprechens und

---

2 Die Bezeichnungen „Schenkung von Todes wegen“ und „Schenkung auf den Todesfall“ werden in der Bearbeitung synonym verwendet.

der Überlebensbedingung sowie die Voraussetzungen des lebzeitigen Vollzugs.

Im Rahmen des Schenkungsversprechens ist ungeklärt, ob hierfür ein bereits geschlossener Vertrag erforderlich ist, oder ob auch ein einseitiges empfangsbedürftiges, aber noch nicht angenommenes Angebot ausreicht.

Hinsichtlich der Überlebensbedingung herrscht Unklarheit darüber, ob diese ausdrücklich erklärt sein muss, oder ob sie sich auch konkludent aus den Umständen ergeben kann. Darüber hinaus ist streitig, ob es sich um eine aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB oder um eine auflösende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 BGB handelt.

Die Voraussetzungen des Vollzugs sind insbesondere in Mittlerfällen umstritten. Auch ist das Verhältnis des § 2301 Abs. 2 BGB zu § 518 Abs. 2 BGB Gegenstand von Diskussionen. Liegt ein lebzeitiger Vollzug im Ergebnis nicht vor, ergeben sich auf der Rechtsfolgenseite des § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB weitere Probleme.

Häufig nicht erörtert, aber dennoch relevant ist zudem die Frage, wann die Umdeutung in eine Verfügung von Todes wegen erfolgt. Darüber hinaus ist streitig, welche Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen anwendbar sind. Schließlich stellt sich auch die Frage, welche Qualität die Verfügung von Todes wegen inhaltlich hat, ob es sich dabei um ein Vermächtnis oder um eine Erbeinsetzung handelt, oder ob dies im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden ist.

## I. Vorentwurf Friedrich Mommsen

Anlässlich einer Preisaufgabe der juristischen Gesellschaft in Berlin vom 1. März 1874 fertigte *Mommsen* einen Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht.<sup>3</sup> Auch wenn dieser Entwurf von der ersten Kommission inhaltlich nicht übernommen wurde, so hatte er dennoch maßgeblichen Einfluss auf den Vorentwurf *Gottfried von Schmitts* und die Entwicklung des § 2301 BGB in der am 1.1.1900 in Kraft getretenen Fassung.<sup>4</sup>

---

3 *Mommsen*, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, Vorwort.

4 *Andres*, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, S. 232.

Für die Schenkung von Todes wegen sah *Mommsen* die folgenden Regelungen vor:<sup>5</sup>

§ 440

*Eine Schenkung, welche von Seiten des Schenkers für den Fall seines Todes vorgenommen ist, wird immer wegfällig, wenn der Beschenkte den Tod des Schenkers nicht erlebt.*

§ 441

*Wird die Schenkung sofort vollzogen, sei es durch Uebertragung des Eigenthums oder sonstigen geschenkten Rechts oder durch Befreiung von einer Schuld u.s.w., so gilt sie als eine Schenkung unter Lebenden und steht unter den für diese geltenden Vorschriften.*

§ 442

*Ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall ist, je nachdem es nur einseitig oder vertragsmäßig gegeben ist, als Anordnung eines Vermächtnisses oder als Erbvertrag anzusehen und nach den für solche letztwilligen Verfügungen geltenden Bestimmungen zu beurtheilen.*

*Hat die Thätigkeit des Beschenkten sich darauf beschränkt, daß er nur die Urkunde mit unterzeichnet oder nur eine die Schenkung annehmende Erklärung der Urkunde hinzugefügt hat, so wird unter Ausschließung des Bestimmung des § 189 Abs. 2 das Schenkungsversprechen als eine einseitige letztwillige Verfügung und mit den Wirkungen einer solchen aufrecht erhalten.*

Schon nach dem Vorentwurf *Mommsens* stellte die Schenkung von Todes wegen kein besonderes Rechtsinstitut dar.<sup>6</sup> Vielmehr sollte es sich hierbei um ein lebzeitiges Rechtsgeschäft handeln, welches auf das Überlebenden des Schenkers bedingt ist.<sup>7</sup> Die erbrechtlichen Vorschriften sollten gem. § 441 nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine Vermögensminde-

---

5 *Mommsen*, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 107 f.

6 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 429.

7 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 429.

rung auf Seiten des Schenkers erst nach dessen Tod auftritt. Die Überlebensbedingung als solche ändere den Charakter eines Rechtsgeschäfts nicht und könne es daher nicht rechtfertigen, die Schenkung dem Erbrecht zu unterstellen.<sup>8</sup> Grund für die Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften sei vielmehr, dass mit einer Schenkung von Todes wegen dieselben Effekte erreicht werden könnten, wie mit einer letztwilligen Verfügung. Es bestehe daher die Gefahr, mit derartigen Schenkungen die Vorschriften des Erbrechts zu umgehen. Die Verwandtschaft einer Schenkung von Todes wegen mit einer letztwilligen Verfügung bestehe aber nur dann, wenn die Schenkung nicht bereits zu Lebzeiten des Schenkers vollzogen sei.<sup>9</sup> Ohne lebzeitigen Vollzug bewirke die Schenkung keine für den Schenker spürbare Schmälerung seines Vermögens, denn die Forderung könne erst nach seinem Tod geltend gemacht werden.<sup>10</sup>

Erwähnenswert ist auch, dass *Mommsen* eine Schenkung auf den Todesfall, die lebzeitig nicht vollzogen wurde, „ganz und gar unter die Regeln für letztwillige Verfügungen“ stellen wollte. In der Folge sollten nicht nur die entsprechenden Formvorschriften und die Vorschriften über Inhalt und Aufhebung einer letztwilligen Verfügung gelten und sondern auch die Fähigkeit des Schenkers eine derartige Schenkung vorzunehmen, sollte sich nach dem Erbrecht richten.<sup>11</sup> Folglich sollte nach seinem Entwurf auf lebzeitig nicht vollzogene Schenkungen auf den Todesfall das gesamte Erbrecht Anwendung finden.

Wurde die Schenkung als Vertrag geschlossen, sollten auf diese gem. § 442 die Vorschriften über den Erbvertrag Anwendung finden. Andernfalls sollten die Vorschriften über Vermächtnisse zur Anwendung kommen. Ein deutlicher Unterschied zu den weiteren Entwürfen und auch zu dem heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch bestand darin, dass nach § 189 des Vorentwurfs *Mommsens* Erbverträge nur von Ehegatten und Verlobten geschlossen werden konnten.<sup>12</sup> Schenkungsverträge von Todes wegen zwi-

---

8 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 429 f. Siehe dazu auch *Andres*, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, S. 231.

9 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 430.

10 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 430.

11 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 431.

12 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 46.

schen anderen Personen konnten daher nicht als Erbvertrag behandelt werden.<sup>13</sup>

Inwieweit der Vorentwurf *Mommsens* den Vorentwurf *von Schmitts* und auch die heutige Fassung des § 2301 BGB geprägt hat, wird im Einzelnen noch zu zeigen sein. Zentral dürfte jedoch sein, dass bereits der Vorentwurf von *Mommsen* die Wahl der Anwendung des Schenkungs- oder des Erbrechts entsprechend dem heutigen § 2301 Abs. 2 BGB davon abhängig gemacht hat, ob die Zuwendung noch zu Lebzeiten des Schenkers vollzogen wurde.

## II. Erste Kommission – Vorentwurf von Gottfried von Schmitt

*Gottfried von Schmitt*, Redaktor der 1874 bis 1887 eingesetzten ersten Kommission, hat den Vorentwurf zum Erbrecht erstellt. Die Schenkung von Todes wegen war bereits in diesem Vorentwurf<sup>14</sup> geregelt in dem Abschnitt „Einsetzungsvertrag“. Die Regelungen lauteten:<sup>15</sup>

§ 220:

*„Ist eine Schenkung, sei es überhaupt, oder für den Fall einer bestimmten Lebensgefahr, von dem Absterben des Schenkenden vor dem Beschenkten, oder von dem Nichtüberleben des Beschenkten durch den Schenkenden abhängig gemacht, so finden auf das nicht angenommene Schenkungsversprechen die Vorschriften über testamentsweise Zuwendungen, auf das vertragsmäßig gegebene Schenkungsversprechen die Vorschriften über den Einsetzungsvertrag Anwendung.  
Bildet das bei des Schenkenden Tod vorhandene Vermögen als Ganzes oder Theilganzes den Gegenstand der Schenkung, so ist dieselbe als testaments- oder vertragsweise Erbeinsetzung zu beurtheilen.“*

---

13 *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, S. 261 ff., 431.

14 Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht 1, S. 1 ff. Diese Konstruktion fand sich auch bereits in dem Vorschlag zum Recht der Erbfolge *von Schmitts* aus dem Jahre 1876: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht 2, S. 932, Nr. VII, VIII, IX.

15 Im Rahmen der Gesetzgebung war die Schenkung von Todes wegen (heute § 2301 BGB) im Vorentwurf unter die §§ 220, 221 gefasst. Im ersten Entwurf des BGB findet sie sich in § 1963, im zweiten Entwurf in § 2167, in der Reichstagsvorlage von 1896 in § 2274 und in der Bundesratsvorlage von 1898 in § 2275.

*Die Vorschriften des ersten Absatzes finden auch Anwendung, wenn bestimmt ist, daß der Beschenkte bei dem Tod des Schenkenden das volle Recht an dem Zugewendeten mit rückbezüglicher Wirkung erlangen soll. Die hierauf zielende Nebenbestimmung gilt als nicht geschrieben.“*

§ 221:

*„Ist der Wegfall des schenkungsweise Zugewendeten von dem Vorabsterben oder Nichtüberleben des Beschenkten abhängig gemacht, so ist das Geschäft als auflösend bedingte Schenkung unter Lebenden zu beurteilen. Dasselbe gilt von den Schenkungen der in § 220 bezeichneten Art, wenn sie von dem Schenkenden in der Weise vollzogen werden, daß durch die Vollziehung die bei Schenkungen unter Lebenden erforderliche gerichtliche oder notarielle Form entbehrlich wird.“<sup>16</sup>*

Einleitend führte von *Schmitt* in der Begründung aus, dass die Frage, ob die von der Bedingung des Überlebens des Schenkers oder dem Erleben des Todes des Schenkers durch den Beschenkten abhängig gemachte Schenkung als *eigenes Rechtsinstitut* behandelt werden soll, von den damals geltenden Rechten unterschiedlich beurteilt, überwiegend jedoch verneint wurde.<sup>17</sup> Im Anschluss daran ging er davon aus, dass die testamentarischen und vertragsweisen Einsetzungen sowie die Schenkungen unter Lebenden genügen, um jeder Intuition der Beteiligten Raum zu verschaffen. Zugleich sollten die ungelösten Streitfragen der Schenkung auf den Todesfall umgangen werden.<sup>18</sup> In Anlehnung an das sächsische BGB sollte die Schenkung, je nachdem, ob sie lebzeitig vollzogen wurde und ob das Schenkungsversprechen einseitig oder vertragsmäßig erfolgte, als Schenkung unter Lebenden, letztwillige Verfügung oder Einsetzungsvertrag wirksam sein.<sup>19</sup>

Für die überlebensbedingte Schenkung sollten stattdessen die Regelungen der §§ 220, 221 gelten, die die Schenkung entweder dem Erbrecht oder aber dem Lebendreht zuordnen.

§ 220 Abs. 1 erfasste nur solche Schenkungsversprechen, die nicht nur versprechen, schenken zu wollen, sondern die Leistung – die jedoch erst

---

16 Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht 1, S. 47.

17 Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht 1, S. 652 f.

18 Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht 1, S. 653.

19 §§ 2500–2502, 2542 Sächs. BGB, siehe Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren, Erbrecht 1, S. 652 f.