

Beendigung gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit am Beispiel der Erbauseinandersetzung*

von Assessorin Dr. Sabine Wesser, Köln

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	209
II. Folgen gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit	210
1. Allgemein	210
2. Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand	211
III. Beendigung der gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit von Miterben	212
1. Verfügung über das gemeinschaftliche Recht	212
2. Verfügung über den Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen	213
a) Gegenstand der Verfügung: Eine Gesamtheit von Rechten	213
b) Wirkung der Verfügung: Nachfolge in die Rechte zur gesamten Hand	215
c) Beendigung der gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit mit Vereinigung sämtlicher Gesamthandsanteile in einer Hand	215
d) Formbedürftigkeit der Anteilsverfügung	216
3. Beendigung des zwischen den Gemeinschaftsmitgliedern bestehenden Rechtsverhältnisses („Abschichtung“)	216
a) Abgrenzung zur Anteilsverfügung	217
b) Entsprechende Anwendbarkeit des für die Anteilsverfügung geltenden Formzwangs?	218
aa) Formzwecke	219
(1) Belehrung	219
(2) Warnung	220
(3) Offenbarung	221
bb) Ergebnis	222
c) Notwendigkeit eines (formbedürftigen) Rechtsgeschäfts als Rechtsgrund für die durch „Abschichtung“ bewirkte Vermögensmehrung?	222
aa) Die „Abschichtung“ selbst ist kein Verpflichtungsgeschäft	222
bb) Abstraktes Zuwendungsgeschäft?	222
(1) Zur Unterscheidung zwischen kausalen und abstrakten Zuwendungsgeschäften	223
(2) Der Bedingungs Zusammenhang zwischen Zuwendung und Erreichen des Zuwendungszwecks bei einem auf Aufhebung wechselseitiger Rechte und Pflichten gerichteten Rechtsgeschäft	226
IV. Zusammenfassung	228

* Die Autorin ist Habilitandin bei Prof. Dr. Hanns Prütting, Institut für Verfahrensrecht, Universität zu Köln.

I. Einleitung

Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gem. § 2032 Abs. 1 BGB „gemeinschaftliches Vermögen“ der Erben.

Da Vermögen im Sinne des Privatrechts nichts anderes ist als der Inbegriff für eine Gesamtheit von Rechten¹, bedeutet die Begründung „gemeinschaftlichen Vermögens“, dass die Gesamtheit der dieses Vermögen bildenden Rechte (dingliche Rechte, Forderungen, sonstige Vermögensrechte) mehreren Subjekten gemeinschaftlich zugeordnet wird: Bezüglich dieser Rechte bilden die mehreren Subjekte eine Gemeinschaft von Rechtsinhabern².

Die neuerdings auch in der Rechtsprechung³ vertretene, als „geltendes Recht“⁴ bezeichnete Auffassung, dass bei der (Außen-)GbR⁵ nicht die Gesellschafter die Zuordnungssubjekte der das „gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter“ (§ 718 Abs. 1 BGB) bildenden Rechte seien, sondern die Gesamthandsgemeinschaft als solche, als „gesamthänderisches Rechtssubjekt“⁶, ist – abgesehen von verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht⁷ – ein

¹ Vgl. Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 27. Aufl. 2003, Rdn. 787; Larenz/Wolf, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, 1997, § 21 Rdn. 4 ff. und Rdn. 19; Rütbers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2002; § 12 Rdn. 1; Leipold, BGB I, 2. Aufl. 2002, Rdn. 255; Das Vermögen besteht also z.B. aus dem Eigentum an der Sache, nicht aus der Sache selbst, vgl. Larenz/Wolf, AT, § 21 I 1 Rdn. 5. Dementsprechend sind „Gegenstände“ eines Vermögens (z.B. Nachlassgegenstände) Rechte, ebenso wie auch „Gegenstand“ einer Verfügung nur ein Recht (und nicht eine Sache) sein kann, auch wenn im allgemeinen Sprachgebrauch die Sache oft stellvertretend als Bezeichnung für das Eigentum als dem umfassendsten Sachenrecht verwendet wird, vgl. Larenz/Wolf, § 20 Rdn. 94 ff.

² Zur Zuständigkeit mehrerer Rechtssubjekte: Schulze-Osterloh, Das Problem der gesamthänderischen Bindung, 1972; Larenz/Wolf, § 9 IV. Über die Zuordnung von Verbindlichkeiten folgt aus einer solchen gesetzlichen Anordnung hingegen nichts, weil zum Vermögen im Rechtssinne (anders als im wirtschaftlichen Sinne) nur Rechte zählen, nicht Pflichten, vgl. Larenz/Wolf, § 21 Rdn. 11 m.w.N.

³ Vgl. BGHZ 146, 341; BGH, NJW 2003, 1445, 1446.

⁴ K. Schmidt, NJW 2003, 1897.

⁵ Nicht dagegen bei der Erbengemeinschaft, vgl. BGH, ZEV 2002, 504 m. Anm. Marotzke.

⁶ Ulmer, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 Rdn. 137.

⁷ Auch Karsten Schmidt räumt ein, dass es „mit dem Wortlaut der §§ 705–740 ... nicht mehr viel zu tun“ habe, NJW 2003, 1897, 1904. Die Frage aber, ob die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nach einer Art „Rosintheorie“ Strukturelemente rechtsfähiger und nicht-rechtsfähiger Personenvereinigung miteinander verknüpft werden, indem die Haftung für deliktisches Handeln von „Organen“ auf das Privatvermögen der Gesellschafter erstreckt wird (vgl. BGH, NJW 2003, 1445, 1446 f.), erscheint doch zumindest erörterungsbedürftig und sollte nicht als „rechtskonstruktiver Plunder“ bezeichnet werden.

Widerspruch in sich⁸. Denn wenn die das Vermögen bildenden Rechte nur noch *einem* Subjekt und nicht einer – durch einen gemeinsamen Zweck zu einer Gruppe verbundener⁹, bei fortbestehendem Zweck durch die Anordnung von An- und Abwachsung von der konkreten Zusammensetzung dieser Gruppe unabhängigen und im Rechtsverkehr ggf. unter einem gemeinsamen Namen („Sammelnamen“¹⁰) auftretenden – Mehrzahl von Subjekten zugeordnet werden, fehlt es an einer Gemeinschaft von Rechtsträgern und damit auch an einem „gemeinschaftlichen Vermögen“. Daß die Annahme eines Gesamthandsvermögens die Rechtszuständigkeit mehrerer Rechtssubjekte impliziert, zeigt sich ferner daran, dass nach allg. Auffassung bei Vereinigung sämtlicher Gesamthandsanteile in der Hand eines Gesellschafters, also der Reduzierung der Zahl der Rechtssubjekte auf eines, das Gesamthandsvermögen Teil von dessen Eigenvermögen wird¹¹.

Wie eine solche Rechtszuständigkeit mehrerer beendet werden kann, soll nachfolgend am Beispiel der Erbengemeinschaft dargelegt werden.

II. Folgen gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit

1. Allgemein

Das Bestehen einer „Rechtsgemeinschaft“¹² hat u.a. zur Folge, dass über das gemeinschaftliche Recht als Ganzes nur gemeinschaftlich verfügt werden kann. Die einem jeden Vermögensrecht – neben anderen Befugnissen¹³ – grundsätzlich innewohnende Befugnis zur Verfügung über dasselbe¹⁴, zur unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Einwirkung auf den Inhalt oder die Zuordnung dieses Rechts, ist bei gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit auf ge-

⁸ Zur Kritik siehe z.B. *Peuthien*, JZ 2003, 715 ff.; *Bork*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2001, Rdn. 195; *Jauernig/Stürmer*, BGB, 10. Aufl. 2002, § 705 Rdn. 1; in prozessualer Hinsicht: *Prütting*, FS Wiedemann (2002), 1177 ff.

⁹ *Flume*, ZHR 136 (1972) 177, 188.

¹⁰ *Medicus*, Allg. Teil des BGB, 8. Aufl. 2002, Rdn. 1085.

¹¹ Vgl. *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, § 718 Rdn. 21.

¹² *Larenz*, JhJb 83 (1933), 108.

¹³ Vgl. *Larenz/Wolf*, § 13 Rdn. 25 ff.

¹⁴ Nicht der „Geldwert“ eines Rechts, sondern die seinem Inhaber verliehene Befugnis, nach *eigenem* Willen, d.h. durch Rechtsgeschäft unmittelbar auf Bestand, Inhalt oder Zuordnung dieses Rechts einwirken zu können, unterscheidet die Vermögensrechte von den Nichtvermögensrechten, welche neben der Verwirklichung subjektiver Interessen unmittelbar auch objektiven Interessen (Schutz der menschlichen Persönlichkeit einschließlich ihrer Grundlagen, Schutz von Ehe und Familie) zu dienen bestimmt und daher für ihren Träger nicht frei verfügbar sind. Dies soll an dieser Stelle nicht weiter dargelegt werden, zur Natur der Vermögensrechte vgl. aber *Sohm*, JhJb 53 (1908), 373, 392; s.a. *Baur/Stürmer*, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl. 1998, § 4 IV und *Rüthers/Stadler*, AT, § 6 Rdn. 6, die allerdings nur *eine* Art der Verfügbarkeit, nämlich die Übertragbarkeit, als Merkmal der Vermögensrechte nennen.

meinschaftliche Rechtsakte beschränkt, soweit es um das Recht „im ganzen“ geht. Dies gilt sowohl für die Gemeinschaft nach Bruchteilen (vgl. § 747 S. 2 BGB) als auch für die Gemeinschaft zur gesamten Hand (vgl. z.B. § 2040 BGB). Zur Verfügung über das Recht als Ganzes bedarf es daher eines Gesamtaktes¹⁵, d.h. eines aus den übereinstimmenden, gleichgerichteten Willenserklärungen aller Rechtsinhaber bestehenden Rechtsgeschäfts¹⁶.

2. Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand

Für die Gemeinschaft zur gesamten Hand, bei der gleich eine Gesamtheit von Rechten (ein Vermögen) mehreren Rechtssubjekten gemeinschaftlich zugeordnet ist, gilt ferner – und dadurch unterscheidet sich die (Rechts-) Gemeinschaft zur gesamten Hand von der Bruchteilsgemeinschaft –, dass der einzelne Rechtsinhaber auch über seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Recht nicht selbständig verfügen kann (vgl. §§ 719 Abs. 1, 1419 Abs. 1, 2033 Abs. 2 BGB)¹⁷. Damit fehlt dem einzelnen Gesamthänder – anders als dem Inhaber eines Bruchteilsrechts – die Macht, nach eigenem Willen (durch Rechtsgeschäft) auf das ihm zugeordnete Recht einzuwirken. Weder das Recht als Ganzes noch als Anteil unterstehen ausschließlich seiner eigenen Willensherrschaft: Inhalt, Bestand oder Zuordnung dieses Rechts kann er privatautonom, d.h. durch Rechtsgeschäft (Verfügung) nur verändern, wenn die anderen Rechtsinhaber seinen Willen teilen und an diesem Rechtsgeschäft mitwirken, sei es, dass sie selbst die zur wirksamen Verfügung erforderlichen Willenserklärungen abgeben, sei es, dass sie einem anderen Rechtssubjekt nach ihrem Willen – durch Zustimmung nach § 185 BGB oder Vollmachtserteilung nach § 176 BGB – die Rechtsmacht verleihen, diesen Willen mit Wirkung für und gegen sie zu erklären.

Wegen dieser Beschränkung der Verfügungsbefugnis auf gemeinschaftliche Rechtsakte zählen Gesamthandsrechte – anders als Bruchteilsrechte – nicht zum Eigenvermögen des einzelnen Rechtsinhabers, sondern bilden ein davon zu trennendes Sonderver-

¹⁵ Zum Gesamtakt: *Brox*, AT, Rdn. 101; *Hübner*, Allg. Teil des BGB, 2. Aufl. 1996, Rdn. 619; *Medicus*, Allg. Teil des BGB, 8. Aufl. 2002, Rdn. 1198. *Larenz/Wolf*, § 23 Rdn. 6 verwenden diesen Begriff dagegen nur für einseitige Rechtsgeschäfte.

¹⁶ Natürlich kann auch ein Stellvertreter die Erklärung abgeben. Ebenfalls nicht erforderlich ist ein gleichzeitiges Handeln aller Berechtigten in einem einheitlichen Rechtsakt: es genügen zeitlich aufeinanderfolgende Einzelerklärungen, die sich zu einer einheitlichen Verfügung ergänzen, vgl. BGH, NJW 1997, 1150, 1151.

¹⁷ Ob es bereits an einem Anteil am gemeinschaftlichen Recht oder nur an der diesen bezogenen Verfügungsbefugnis fehlt, ist Gegenstand eines Theorienstreits, vgl. z.B. *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, § 2032 Rdn. 10 und *Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, 2000, S. 13 f.

mögen¹⁸. Sie bilden ein Sondervermögen, weil sie – anders als Bruchteilsrechte – nicht einmal anteilmäßig die Verwirklichung selbstbestimmter (eigener) Interessen des jeweiligen Rechtsinhabers zum Ziel haben (weshalb sie auch nicht dem Zugriff von dessen Gläubigern offen stehen¹⁹), sondern vielmehr der Verwirklichung gemeinsam oder gesetzlich bestimmter, von den Eigeninteressen des einzelnen Gemeinschaftsmitglieds abzusondernden Interessen dienen sollen.

Anders als das Mitglied einer auf (Gesellschafts- oder Ehe-) Vertrag beruhenden Rechtsgemeinschaft kann allerdings das Mitglied der unmittelbar kraft Gesetzes (§§ 1922, 2032 BGB) begründeten Erbengemeinschaft gem. § 2042 BGB grundsätzlich jederzeit die Auseinandersetzung, d.h. die Beendigung der gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit verlangen. Eine solche Auseinandersetzung ist selbst dann erforderlich, wenn das gemeinschaftliche Vermögen aus nur einem einzigen Gegenstand, z.B. dem Eigentumsrecht an einem Grundstück besteht²⁰.

III. Beendigung gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit von Miterben

1. Verfügung über das gemeinschaftliche Recht

Nach der gesetzlichen Regelung vollzieht sich die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft dergestalt, dass aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zunächst die Nachlassverbindlichkeiten berichtigt werden und der dann noch verbleibende Überschuss auf die Erben nach dem Verhältnisse ihrer Erbteile verteilt wird, entweder durch Teilung der noch vorhandenen Nachlassgegenstände (Rechte) in natura (vornehmlich bei Sachenrechten „an“ Geldwertzeichen [Bargeld] oder – jenen wirtschaftlich ausnahmsweise gleichgestellt²¹ – Schuldrechten gegen Kreditinstitute „auf“ Geldwertzeichen) oder durch deren Verkauf und Teilung des hierdurch erzielten Erlöses (vgl. §§ 2042 Abs. 2, 2046 f. BGB).

Die Beendigung der gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit vollzieht sich hier im Wege der Einzelrechtsübertragung: Die den Nachlass bildenden Vermögensrechte werden einzeln, d.h. nach den für sie jeweils geltenden Bestimmungen (§§ 398, 873, 925, 929 ff. BGB) durch gemeinschaftliche Verfügung aller Gesamthänder (§ 2040 BGB) auf den oder die Erwerber, welcher auch ein Miterbe sein kann, übertragen. Mit Wirksamwerden der Verfügung

¹⁸ Vgl. z.B. *Larenz/Wolf*, AT, § 21 Rdn. 62.

¹⁹ Gepfändet werden kann nur der Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen, vgl. §§ 859 f. ZPO.

²⁰ Vgl. BGH, NJW 2001, 2396, 2397.

²¹ Vgl. *Grundmann*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2001, §§ 244, 245 Rdn. 6.

ist die gemeinschaftliche Rechtszuständigkeit bezüglich des Verfügungsgegenstandes beendet.

2. Verfügung über den Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen

Ein Miterbe kann seine Zuständigkeit in bezug auf die das gemeinschaftliche Vermögen bildenden Rechte auch dadurch beenden, dass er „seinen Anteil an dem Nachlasse“ auf ein anderes Rechtssubjekt überträgt:

Anders als bei der auf Vertrag beruhenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der ehelichen Gütergemeinschaft kann nämlich bei der Erbengemeinschaft der einzelne Gesamthänder über seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Vermögen (nicht zu verwechseln mit dem Anteil am einzelnen Vermögensgegenstand) verfügen (vgl. § 2033 Abs. 1 BGB einerseits und §§ 719, 1419 BGB andererseits). Eines gemeinschaftlichen Rechtsaktes bedarf es hierzu nicht – zur Verfügung über seinen Anteil am Nachlass ist jeder Miterbe allein befugt²². Insoweit besteht eine gewisse Parallele zur Bruchteilsgemeinschaft: Zwar kann der Miterbe nicht über seinen Anteil an dem einzelnen gemeinschaftlichen Recht, wohl aber über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen „frei“, d.h. unabhängig vom Willen der anderen Rechtsinhaber verfügen.

a) Gegenstand der Verfügung: Eine Gesamtheit von Vermögensrechten

Der Miterbenanteil ist die Summe der Rechte, die dem einzelnen Miterben aufgrund seines Erbteils in Ansehung des Nachlasses vor der Auseinandersetzung zustehen²³. Die Verfügung über den Erbteil unterscheidet sich mithin von der Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände dadurch, dass mit einem einzigen Rechtsgeschäft auf eine Gesamtheit von Vermögensrechten²⁴ eingewirkt wird.

Damit bildet § 2033 Abs. 1 BGB eine Ausnahme von dem das BGB beherrschenden Grundsatz der Singularsukzession.

Dieser Grundsatz besagt, dass Verfügungen, insbesondere Rechtsübertragungen, nur in bezug auf einzelne Rechte zulässig sind, nicht dagegen in bezug auf das Vermögen als Ganzes oder Anteile hieran²⁵. Das Vermögen als solches ist kein Verfügungsobjekt. Denn es ist – juristisch gesehen – nur die Bezeichnung für eine Summe von Rechten, nämlich für die Gesamtheit der einem bestimmten Rechtssubjekt (oder mehreren

²² Vgl. *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2033 Rdn. 7.

²³ Vgl. *Brox*, Erbrecht, 17. Aufl. 1998, Rdn. 452.

²⁴ Keinen Einfluß hat die Erbteilsverfügung dagegen auf die Erbenstellung oder andere Nichtvermögensrechte, vgl. *Soergel/Wolf*, § 2033 Rdn. 13 a.E. und Rdn. 14.

²⁵ Vgl. z.B. *Larenz/Wolf*, AT, § 21 Rdn. 19 ff.

zur gesamten Hand) zustehenden Vermögensrechte²⁶. Verfügt werden kann daher nicht über das Vermögen als Ganzes, sondern nur über die einzelnen es bildenden Rechte²⁷.

Zwar ist dem Gesetz eine Gesamtrechtsnachfolge nicht unbekannt (vgl. z.B. § 1922 Abs. 1 BGB: „deren Vermögen als Ganzes“), doch ist eine solche Universalsukzession beschränkt auf jene Fälle, in denen die Rechtsnachfolge unmittelbar auf Gesetz beruht²⁸. Soll die Rechtsnachfolge dagegen durch Rechtsgeschäft (Verfügung) bewirkt werden, muss, auch wenn eine Mehrheit von Rechten übertragen werden soll, grundsätzlich jedes Recht einzeln nach den für Rechte dieser Art geltenden Vorschriften übertragen werden²⁹, also z.B. das Eigentum an beweglichen Sachen nach den §§ 929 ff., an unbeweglichen Sachen gem. §§ 873, 925 und die Forderung gem. § 398 BGB.

Von diesem Grundsatz weicht § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB nun ab.

Das heißt, der Miterbe kann – anders als der Alleinerbe³⁰ – mit einem einzigen Rechtsgeschäft die Zuordnung einer Gesamtheit von Rechten verändern. Er kann seinen Erbteil als Ganzes in einem einheitlichen Akt mit „dinglicher“³¹ Wirkung auf einen anderen übertragen³². Anders als sonst von der Rechtsordnung bei rechtsgeschäftlich bewirkter Rechtsnachfolge vorgesehen, findet hier keine Einzelrechtsnachfolge, sondern eine Gesamtrechtsnachfolge statt³³.

²⁶ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 1.

²⁷ Vgl. Brox, AT, Rdn. 636; Hübner, Allg. Teil des BGB, 2. Aufl. 1996, Rdn. 296; Larenz/Wolf, AT, § 21 Rdn. 19; Rütbers/Stadler, AT, § 12 Rdn. 2.

²⁸ Brox, AT, Rdn. 588; Rütbers/Stadler, AT, § 6 Rdn. 4. Demgegenüber scheinen Larenz/Wolf, AT, § 21 Rdn. 20 und § 14 Rdn. 38 ff. danach abzugrenzen, ob die Rechtsnachfolge kraft Rechtsgeschäfts „unter Lebenden“ oder „von Todes wegen“ eintritt. Dagegen spricht jedoch, dass die „Verfügung von Todes wegen“ nur einwirkt auf die Erbenstellung (§§ 1937 f. BGB), durch sie also eine *erbrechtliche* Position verändert wird, während die Änderung der *vermögensrechtlichen* Zuordnung unmittelbar durch Gesetz (§ 1922 BGB) angeordnet wird, vgl. auch Rütbers/Stadler, AT, § 6 Rdn. 4. Dass die Änderung der vermögensrechtlichen Güterzuordnung nicht unmittelbar auf der Verfügung von Todes wegen, sondern auf Gesetz beruht, zeigt sich ferner daran, dass sie auch dann eintritt, wenn es an einer solchen Verfügung fehlt.

²⁹ Vgl. Larenz/Wolf, AT, § 14 Rdn. 38 f.

³⁰ Vgl. Soergel/Wolf, § 2033 Rdn. 4; BGH, NJW-RR 1992, 733; RGZ 88, 116, 118.

³¹ Da durch eine Erbteilsverfügung nicht nur die Zuordnung der als „dingliche“ Rechte bezeichneten Sachenrechte verändert wird, sondern auch die Zuordnung von Schuldrechten (Forderungen) und sonstigen Vermögensrechten, sind ihre Rechtswirkungen eigentlich nicht nur „dingliche“, vgl. Wesser/Saalfrank, NJW 2003, 2937, 2939 Fn. 23. Gegen eine Ausweitung des Begriffs der „Dinglichkeit“ Flume, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. 2, 3. Aufl. 1979, § 11 2, S. 135.

³² Vgl. RGZ 134, 296, 299; Soergel/Zimmermann, § 2371 Rdn. 14.

³³ Brox, Erbrecht, Rdn. 455; Jauernig/Stürmer, § 2033 Rdn. 5; Palandt/Edenhofer, BGB, 62. Aufl. 2003, § 2033 Rdn. 13.

Verfügungsobjekt ist dementsprechend nicht ein einzelnes Recht, sondern eine Gesamtheit von Rechten³⁴: der Anteil an einem Vermögen³⁵, auch als „Gesamtrecht“ bezeichnet³⁶.

Gehören zum gemeinschaftlichen Vermögen Rechte an unbeweglichen Sachen, vollzieht sich der durch die Gesamtrechtsverfügung bewirkte Subjektswechsel außerhalb des Grundbuchs. Das Grundbuch wird unrichtig, weshalb die Mitberechtigung des Erwerbers im Wege der Grundbuchberichtigung gem. §§ 22 Abs. 1 S. 1, 47 GBO einzutragen ist.

b) Wirkung der Verfügung: Nachfolge in die Rechte zur gesamten Hand

Die Übertragung des Erbteils für sich allein bewirkt allerdings nur, dass der Verfügende seine eigene Zuständigkeit hinsichtlich der das gemeinschaftliche Vermögen bildenden Rechte verliert. Die gemeinschaftliche Rechtszuständigkeit als solche wird hierdurch nicht beendet. Der Erwerber tritt lediglich an Stelle des Verfügenden in die Rechtsgemeinschaft ein. Die Verfügungsbefugnis hinsichtlich der gemeinschaftlichen Rechte bleibt damit eine „zur gesamten Hand“.

c) Beendigung der gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit mit Vereinigung sämtlicher Gesamthandsanteile in einer Hand

Diese gesamthänderische Bindung erlischt aber dann, wenn sich alle Erbteile in einer Hand vereinigen³⁷.

Mit Vereinigung aller Gesamthandsanteile in einer Hand wird die mit der Rechtsinhaberschaft „zur gesamten Hand“ verbundene Beschränkung der Verfügungsbefugnis auf gemeinschaftliche Rechtsakte gegenstandslos: Da es keine weiteren Rechtssubjekte mehr gibt, zu deren Gunsten die Verfügungsbefugnis auf gemeinschaftliche Rechtsakte beschränkt sein könnte, wandelt sich die Rechtszuständigkeit „zur gesamten Hand“ um in eine Rechtszuständigkeit „zur eigenen Hand“. Ähnlich den Vorgängen bei Konfusion (Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Hand³⁸) und Konsolidation (Vereinigung von „vollem“ und beschränktem dinglichen Recht in einer Hand³⁹) erstarkt in diesem Fall die auf Gesamtsakte beschränkte Verfügungsbefugnis zu einer unbeschränkten.

³⁴ Vgl. Prot. V, S. 838.

³⁵ *Larenz/Wolf*, AT, § 21 Rdn. 21.

³⁶ So z. B. BGHZ 138, 8 ff. unter II 2 b.

³⁷ Vgl. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 42 II 2d; *Soergel/Wolf*, § 2033 Rdn. 15; s.a. BGH NJW-RR 1992, 733.

³⁸ Vgl. z.B. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 19.

³⁹ Vgl. *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, 31. Aufl. 2003, Rdn. 18

Die Rechtsgemeinschaft geht damit unter⁴⁰ und die bisher dem gemeinschaftlichen Vermögen angehörenden Gegenstände werden Gegenstände des Eigenvermögens des Erwerbers⁴¹.

d) Formbedürftigkeit der Erbteilsverfügung

Der „dingliche“ Vertrag, durch den eine solche Erbteilsverfügung vorgenommen wird, bedarf – ebenso wie das hierauf gerichtete Verpflichtungsgeschäft (vgl. §§ 1922 Abs. 2, 2371, 2385 Abs. 1 BGB)⁴² – zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung (und zwar unabhängig davon, ob der Nachlass Grundeigentum umfasst oder nicht).

3. Beendigung des zwischen den Erben bestehenden Rechtsverhältnisses („Abschichtung“)

Nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1998⁴³ gibt es mit der sog. Abschichtung⁴⁴ noch einen dritten Weg zur Beendigung der gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit von Miterben.

Abschichtung in diesem Sinne bedeutet, dass einer oder mehrere der Miterben durch einvernehmliches, formfrei wirksames Rechtsgeschäft ihr (Innen-) Rechtsverhältnis zu den anderen Miterben beenden, was dann in entsprechender Anwendung des in den §§ 738, 2094 f. BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatzes dazu führt, dass der Erbteil der aus der Erbengemeinschaft ausscheidenden Erben den in der Gemeinschaft verbleibenden kraft Gesetzes zuwächst⁴⁵. Wie auch bei der Anteilsverfügung endet die gemeinschaftliche Rechtszuständigkeit, sobald alle Anteile in einer Hand vereinigt sind.

⁴⁰ Vgl. z.B. RGZ 88, 116, 118.

⁴¹ Vgl. RGZ 88, 116, 118; *Palandt/Edenhofer*, § 2033 Rdn. 3; *Soergel/Wolf*, § 2033 Rdn. 15.

⁴² Streitig ist allerdings, ob bei einer Erbteilsübertragung unter Erben das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft vom Formzwang befreit ist, vgl. *Eberl-Borges*, S. 255 ff.

⁴³ BGHZ 138, 8 ff.; ebenso LG Köln, NJW 2003, 2993.

⁴⁴ Zu den verschiedenen Inhalten, mit denen dieser Begriff versehen wird, siehe *Wesser/Saalfrank*, NJW 2003, 2937, 2938 Fn. 10.

⁴⁵ Vgl. *Wesser/Saalfrank*, NJW 2003, 2937 ff.

a) *Abgrenzung zur Anteilsverfügung*

Die „Abschichtung“ unterscheidet sich von der Anteilsverfügung dadurch, dass bei ihr die „dingliche“ Rechtsänderung in bezug auf die das „gemeinschaftliche Vermögen“ bildenden Rechte nicht unmittelbare Wirkung eines Rechtsgeschäfts ist. Zwar knüpft die Veränderung der vermögensrechtlichen Zuordnung an ein Rechtsgeschäft (die einvernehmliche Beendigung der wechselseitigen Rechtsbeziehungen) an, wird aber nicht durch dieses selbst (privatautonom) bewirkt, sondern (heteronom) durch Gesetz⁴⁶.

Mit dieser Unterscheidung zwischen privatautonomer und heteronomer Rechtsgestaltung gelangt man zu der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem (rechtsgeschäftsähnlichem oder faktischen) Verhalten. Denn: „Den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolge, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind“.⁴⁷

Das rechtsgeschäftliche Handeln unterscheidet sich mithin von sonstigem rechtlich relevanten Verhalten dadurch, dass es als ein „final auf Rechtsgestaltung gerichteter Akt“⁴⁸ eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführt, weil diese vom Handelnden als gewollt erklärt⁴⁹ ist (und als weitere – selbstverständliche – Voraussetzung: die infolge der Erklärung als gewollt anzunehmende Rechtsfolge von der Rechtsordnung auch anerkannt ist)⁵⁰. Damit ist das Rechtsgeschäft Regelung kraft privatautonomer Bestimmung. Beim nicht rechtsgeschäftlichen Handeln dagegen wird unabhängig vom Willen des Handelnden geregelt: Die Rechtsfolge tritt ein, weil sie vom Gesetz „gewollt“ ist; ob sie auch vom Handelnden gewollt ist, interessiert nicht. Hier wird geregelt kraft heteronomer Bestimmung.

Überträgt man diese Unterscheidung zwischen Rechtsgestaltung „in Selbstbestimmung“⁵¹ und „in Fremdbestimmung“ auf die Abschichtung, so ergibt sich Folgendes: Selbstbestimmte Rechtsgestaltung ist die „Abschichtung“ nur im Hinblick auf das (Innen-) Rechtsverhältnis zwischen den Erben.

⁴⁶ Siehe im einzelnen *Wesser/Saalfrank*, aaO.

⁴⁷ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 2. Aufl., 1896, S. 127.

⁴⁸ *Flume*, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, § 10 I, S. 114.

⁴⁹ Vgl. *Husserl*, Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht, in: *Recht und Welt* (1964), S. 138: „Es ist kein anderer Weg zur Innenwelt des Mitmenschen als über die Brücke der Leiblichkeit Aus dem leiblichen So-sich-Verhalten schließen wir auf die Willenshaltung des Handelnden.“

⁵⁰ Vgl. *Larenz/Wolf*, § 22 I Rdn. 1 u. 3.

⁵¹ *Flume*, AT II, § 4 8, S. 60.

In bezug auf die gemeinschaftliche Rechtszuständigkeit (und damit im Hinblick auf das Außenrechtsverhältnis der Erben zu Dritten) ist sie dagegen lediglich rechtlich relevantes Verhalten: Sie verändert diese nicht selbst, sondern bildet nur eine tatbestandliche Voraussetzung dafür, dass die vermögensrechtliche Zuordnung unmittelbar kraft Gesetzes geändert wird.

An dieser Stelle zeigt sich der Unterschied zwischen einer (Rechts-) Gemeinschaft „zur gesamten Hand“ und einer „nach Bruchteilen“: Da bei letzterer die Verfügungsmacht nur in bezug auf das Recht „im ganzen“ an die Willensübereinstimmung aller Rechtsinhaber geknüpft ist, steht es jedem Rechtsinhaber frei, durch Verfügung über seinen Anteil seine eigene Rechtszuständigkeit in bezug auf das gemeinschaftliche Recht zu beenden. Bei der Gemeinschaft zu gesamten Hand dagegen besteht eine solche Möglichkeit nicht. Hier kann der einzelne Rechtsinhaber seine Rechtszuständigkeit in bezug auf die gemeinschaftlichen Rechte grundsätzlich (Ausnahme: § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB) nur dadurch beenden, dass er durch einvernehmliches (oder sofern vertraglich bzw. gesetzlich zugelassen: durch einseitiges) Rechtsgeschäft seine (Schuld-) Rechtsbeziehung zu den anderen Rechtsinhabern beendet. Dadurch verliert er unmittelbar kraft Gesetzes seine „dingliche“ Rechtszuständigkeit an die weiterhin gemeinschaftlich verbundenen anderen Rechtsinhaber.

b) Entsprechende Anwendbarkeit des für die Anteilsverfügung geltenden Formzwangs?

Da die „Abschichtung“ keine Verfügung über den Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen darstellt, sondern allenfalls eine „Verfügung“ über das zwischen den Erben bestehende Rechtsverhältnis⁵², bleibt zu prüfen, ob es geboten ist, das Formerfordernis des § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB auf den Abschichtungsvertrag entsprechend anzuwenden⁵³.

Die würde neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke die Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen Erbteilsverfügung und Abschichtung voraussetzen⁵⁴.

⁵² Nach *Larenz/Wolf*, § 20 Rdn. 94 soll Gegenstand einer Verfügung nicht nur ein einzelnes Recht, sondern auch ein Rechtsverhältnis sein können.

⁵³ So z.B. *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB*, 3. Aufl. 1997, § 2042 Rdn. 37; *Rieger*, *DNotZ* 1999, 75.

⁵⁴ Vgl. z.B. *Hübner*, *AT*, Rdn. 106 f.

aa) Formzwecke

Der dem § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB zugrundeliegende Formzweck wird häufig im Zusammenhang mit dem des § 2371 BGB erörtert⁵⁵. Dies ist jedoch nicht unproblematisch, weil § 2033 BGB für das Verfügungsgeschäft, § 2371 BGB hingegen für das Verpflichtungsgeschäft ein Formerfordernis aufstellt. Da sich beide Arten von Rechtsgeschäften in ihrer Rechtswirkung grundlegend voneinander unterscheiden (Begründung einer Verbindlichkeit – Einwirkung auf ein bestehendes Recht), sind auch die Zwecke, die mit einer für sie vorgeschriebenen Form verfolgt werden, nicht ohne weiteres austauschbar.

(1) Belehrung

Der Zweck des durch §§ 2371, 2033 Abs. 1 BGB angeordneten Formzwangs wird u.a. im Schutz des Anteilserwerbers gesehen⁵⁶, der mit dem Erwerb nicht nur dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben gem. §§ 2034, 2035 BGB ausgesetzt ist, sondern schon von dem Abschlusse des Kaufvertrages an den Nachlassgläubigern u.U. unbeschränkt haftet (vgl. §§ 2382 f. BGB). Über diese Risiken soll er vom Notar belehrt werden.

Gegenüber einem Miterben, der den Nachlassgläubigern ohnehin nach §§ 2058 ff. BGB haftet, besteht ein solcher Aufklärungsbedarf nicht⁵⁷.

Auch im Hinblick auf das bereits durch die Anzeigepflicht nach § 2384 BGB, aber auch durch das Formerfordernis des § 2371 BGB geschützte Interesse der Nachlassgläubiger, die Person des für die Nachlassverbindlichkeiten zusätzlich haftenden Anteilserwerbers sowie den Zeitpunkt des Haftungsbeginns eindeutig feststellen zu können, fehlt die Vergleichbarkeit der Interessenlage bei der Abschichtung. Denn der Kreis der für die Nachlassverbindlichkeiten haftenden Subjekte ändert sich durch die Abschichtung nicht: Der „abgeschichtete“ Miterbe haftet gem. §§ 2058 ff. BGB weiter für die Nachlassverbindlichkeiten⁵⁸.

Damit ist die Interessenlage zwischen Erbteilsverfügung und Abschichtung jedenfalls insoweit, als es um den Schutz des Anteilserwerbers bzw. der Nachlassgläubiger geht, nicht vergleichbar, so dass es hier nicht darauf ankommt, ob der Formzweck des § 2371 BGB überhaupt auf den des § 2033 BGB übertragbar ist.

⁵⁵ Vgl. z.B. BGHZ 138, 8 ff., unter II 2b.

⁵⁶ BGH, aaO.

⁵⁷ BGH, aaO., unter II 2 b.

⁵⁸ *Soergel/Wolf*, § 2042 Rdn. 39.

(2) *Warnung*

Erörterungsbedürftig bleibt somit die Frage, ob der Formzweck, den Miterben vor „unüberlegtem Verlust eines Gesamtrechts“⁵⁹ zu bewahren, eine analoge Anwendung rechtfertigt⁶⁰.

Dann müsste § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB von einem derartigen Schutzzweck getragen sein⁶¹.

An dieser Stelle zeigt sich jedoch, dass der Schutzzweck der die Formbedürftigkeit eines Verpflichtungsgeschäfts begründenden Norm nicht ohne weiteres auch jener Norm zugrunde gelegt werden darf, die das zur Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts erforderliche Verfügungsgeschäft einem Formzwang unterstellt. Denn ein Schutz vor Übereilung macht nur dort Sinn, wo es darum geht, den Erklärenden vor der Eingehung unüberlegter Bindungen zu schützen⁶², also bei der Vornahme von Verpflichtungsgeschäften. Der Schutz vor Übereilung bei Vornahme eines zur Erfüllung einer Verpflichtung erforderlichen Verfügungsgeschäfts hilft dem Erklärenden nicht mehr viel: Zwar mag er vor dem Verlust des Verfügungsobjektes gewarnt werden, doch befreit ihn dies nicht von der durch das Verpflichtungsgeschäft begründeten Leistungspflicht⁶³. Folglich bleibt ihm zu diesem Zeitpunkt nur noch die Wahl, ob er den versprochenen Gegenstand oder Schadensersatz leistet. Die Formbedürftigkeit des Verfügungsgeschäfts ist somit kein geeignetes Mittel, den Verfügungsberechtigten vor irgendwelchen wirtschaftlichen Risiken zu bewahren. Der Schutz vor übereiltem Handeln muss schon beim Verpflichtungsgeschäft ansetzen⁶⁴.

Kann aber ein bestimmter Formzweck durch einen vom Gesetz angeordneten Formzwang gar nicht erreicht werden, liegt der Schluss nahe, dass er diesem auch nicht zugrunde liegt. Dafür, dass dem für die Erbteilsverfügung angeordneten Formzwang (neben dem für das Verpflichtungsgeschäft nach §§ 2371, 2385 BGB angeordneten) keine eigenständige Übereilungsschutz- und Warnfunktion zukommt, spricht zudem, dass diese Vorschrift auf einem Kommissionsbeschluss beruht, der es ohne weitere Begründung lediglich als „angemessen“ bezeichnete, den dinglichen Vertrag „derselben Form“ zu un-

⁵⁹ Dieser Formzweck wird vom BGH aaO. unter II 2 b zwar angesprochen, aber nicht weiter erörtert.

⁶⁰ So z.B. *Keller*, ZEV 1998, 281, 283.

⁶¹ So z.B. *Soergel/Wolf*, § 2033 Rdn. 8.

⁶² Vgl. z.B. *Palandt/Heinrichs*, § 125 Rdn.1.

⁶³ Auch das für die Auflassung nach § 925 BGB aufgestellte Beurkundungserfordernis kann nicht dem Schutz des Veräußerers vor dem Verlust seines Grundeigentums dienen, soll ein Widerspruch zu § 928 BGB vermieden werden.

⁶⁴ *Eberl-Borges*, S. 277.

terwerfen wie den obligatorischen Veräußerungsvertrag⁶⁵. Hat aber der Formzwang nach § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB gar nicht die Funktion, den Miterben vor einem übereilten Verlust seines Gesamtrechts zu schützen, kann seine entsprechende Anwendung im Fall der Abschichtung nicht unter Berufung auf diesen Formzweck gerechtfertigt werden⁶⁶.

(3) Offenbarung

Was den Zweck der durch § 2033 BGB für das Verfügungsgeschäft vorgeschriebenen Form angeht, so kann dieser nur in der Kundbarmachung und im Nachweis der durch die Verfügung bewirkten Rechtsänderung bestehen:

Vor allem das Sachenrecht wird beherrscht von dem Grundsatz der Offenkundigkeit, d.h. dem Bestreben, Änderungen der dinglichen Rechtslage für jedermann deutlich erkennbar zu machen⁶⁷. Als Anhaltspunkte, die leicht erkennbar sind, dienen beim Eigentum oder bei beschränkten dinglichen Rechten an beweglichen Sachen der Besitz (vgl. §§ 929, 937, 958, 1032, 1205 BGB), bei Rechten an Grundstücken die Grundbucheintragung. Besitz bzw. Grundbucheintragung machen also das Ergebnis einer dinglichen Verfügung offenkundig⁶⁸. An dieser Offenkundigkeit fehlt es nun im Fall einer durch Gesetz oder – wie durch § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB ausnahmsweise zugelassen – durch Rechtsgeschäft herbeigeführten Gesamtrechtsnachfolge. Denn in diesen Fällen vollzieht sich der Rechtsübergang ohne einen diesen nach außen verlautbarnden Akt der Übergabe oder der Grundbucheintragung. Lässt sich bei der nach § 1922 BGB kraft Gesetzes eintretenden Universalsukzession die Person, auf welche die Gesamtheit der Rechte übergeht, noch durch den Erschein nach außen sichtbar machen und nachweisen, fehlt es bei einer rechtsgeschäftlich bewirkten Gesamtrechtsnachfolge an einer solchen Nachweismöglichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es daher gerechtfertigt, die Wirksamkeit der Gesamtrechtsverfügung davon abhängig zu machen, dass das Verfügungsgeschäft notariell beurkundet wurde. Denn nur dann ist eindeutig erkenn- und nachweisbar, auf wen die von der Gesamtrechtsverfügung erfassten Vermögensrechte, insbesondere die Sachenrechte übergegangen sind, wem nunmehr diese Rechte von der Privatrechtsordnung zugeordnet werden.

Bei der durch Abschichtung (ebenso wie durch Ausscheiden aus einer BGB-Gesellschaft) bewirkten Ab- und Anwachsung von Vermögensanteilen

⁶⁵ Prot. V, S. 839.

⁶⁶ So aber z.B. *Rieger*, DNotZ 1999, 64, 78.

⁶⁷ *Schwab/Prütting*, § 4 Rdn. 31.

⁶⁸ *Schwab/Prütting*, § 4 Rdn. 31.

kommt es hingegen gar nicht zu einer Rechtsnachfolge: Der Gesamthänder, dem der Anteil des aus der Gemeinschaft ausscheidenden Gesamthänders zuwächst, ist bereits Inhaber der zum gemeinschaftlichen Vermögen zählenden Rechte. Er folgt dem Ausscheidenden nicht in dessen Rechte nach, sondern erfährt nur einen Zuwachs hinsichtlich seines Anteils an diesen Rechten. Ein Subjektwechsel in dem Sinne, dass anstelle des bisherigen Rechtsinhabers ein anderer tritt, findet hier nicht statt. Die Interessenlage ist somit eine andere als bei der Erbteilsverfügung, die, wie die §§ 2034–2037 BGB zeigen, auf den Fall ausgerichtet ist, dass der Erbteil auf einen bisher nicht zur Erbengemeinschaft zählenden Dritten übertragen wird⁶⁹.

bb) Ergebnis

Die Interessenlage bei der Gesamtrechtsübertragung ist eine andere als bei der Abschichtung. Angesichts des das BGB als „natürliche Folge der Privatautonomie“ beherrschenden Grundsatzes der Formfreiheit⁷⁰ ist für eine entsprechende Anwendung des § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Abschichtung daher kein Raum.

c) Notwendigkeit eines (formbedürftigen) Rechtsgeschäfts als Rechtsgrund für die durch „Abschichtung“ bewirkte Vermögensmehrung?

Damit bleibt nur noch die Frage zu klären, ob der „dinglich“ wirkenden Abschichtung ein schuldrechtliches Grundgeschäft zugrunde liegen muss, das die Verpflichtung des Miterben zum Ausscheiden beinhaltet⁷¹ und auf das § 2371 BGB entsprechend anwendbar sein könnte⁷².

aa) Die „Abschichtung“ selbst ist kein Verpflichtungsgeschäft

Zunächst zur Abschichtung selbst: Diese ist ein sich aus den Erklärungen aller Erben zusammensetzendes, auf die Beendigung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtetes Rechtsgeschäft. Gegenstand dieses Rechtsgeschäfts ist also nicht die Begründung einer Verpflichtung zur Beendigung des Rechtsverhältnisses durch – zu einem anderen Zeitpunkt – noch abzugebende Erklärungen, sondern die unmittelbare Beendigung dieses

⁶⁹ Vgl. auch *Mugdan*, Materialien, Bd. V., 860.

⁷⁰ Vgl. *Larenz/Wolf*, § 27 Rdn. 3 f.

⁷¹ So z.B. *Rieger*, DNotZ 1999, 64, 69.

⁷² So z.B. *Eberl-Borges*, S. 454; *Keim*, RNotZ 2003, 375, 386.

Rechtsverhältnisses durch Abgabe der entsprechenden Erklärungen⁷³. Die Abschichtung ist damit Vollzugs-⁷⁴ (und nicht Verpflichtungs-) Geschäft.

bb) Abstraktes Zuwendungsgeschäft?

Als nächstes stellt sich damit die Frage, ob die Abschichtung bzw. der durch sie auf Seiten des verbleibenden Erben bewirkte Vermögenszuwachs eine Zuwendung darstellt, die eines rechtlichen Grundes, z.B. eines Verpflichtungsgeschäfts bedarf, um vor der Rechtsordnung Bestand zu haben. Denn dann wäre zu prüfen, ob dieses Verpflichtungsgeschäft in analoger Anwendung der §§ 2371, 2385 BGB zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedarf.

(1) Zur Unterscheidung zwischen kausalen und abstrakten Zuwendungsgeschäften

„Alle rechtsgeschäftlichen Zuwendungen bedürfen eines Rechtsgrundes, einer causa, durch welche die Zuwendung als Zuwendung im Verhältnis der Partner des Rechtsgeschäfts gerechtfertigt wird“⁷⁵. Rechtsgeschäftliche Zuwendungen sind solche Zuwendungen, bei denen durch *Rechtsakt* (Rechtsgeschäft)⁷⁶ fremdes Vermögen gemehrt, die Summe der einem anderen Subjekt zugeordneten Vermögensrechte mithin durch Willensakt um ein weiteres Recht (Forderung, Sachenrecht, sonstiges Vermögensrecht) erhöht wird. Zuwendungsgeschäfte in diesem Sinne sind daher nicht nur Verfügungsgeschäfte, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte⁷⁷.

⁷³ Vgl. auch *Larenz*, SR I, AT, 14. Aufl. 1987, § 19 II b.

⁷⁴ Da der Sprachgebrauch nicht einheitlich ist in bezug auf die Frage, ob Gegenstand einer Verfügung nicht nur ein „einzelnes Recht“, sondern auch ein „Schuldverhältnis als Ganzes“ sein kann (vgl. z.B. *Larenz/Wolf*, AT, § 23 Rdn. 38), wird hier anstelle des Begriffs des Verfügungsgeschäfts der (neutrale) des Vollzugsgeschäfts verwendet.

⁷⁵ *Flume*, AT II, § 12 I 1, S. 152.

⁷⁶ Zuwendungen können nicht nur durch Rechtsakt (Rechtsgeschäft), sondern auch durch Realakt erfolgen (z.B. durch Überlassung des Gebrauchs einer Sache, durch Leistung eines Dienstes, durch Erstellung eines Werks). Auch diese Zuwendungen bedürfen eines Rechtsgrundes, damit sie vom Empfänger nicht wieder herauszugeben bzw. ihrem Wert nach zu ersetzen sind. Dass eine Mehrung fremden Vermögens auch durch Realakt möglich ist, soll an dieser Stelle allerdings nicht vertieft werden, weil dies eine Korrektur des allgemein anerkannten und auch diesem Beitrag zugrundegelegten Vermögensbegriff zur Folge hätte.

⁷⁷ *Flume*, aaO.; *Hübner*, AT, Rdn. 634. Zum Rechtsgrund von Leistungsversprechen s.a. *Mazza*, Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizierbarkeit (2002) und *Schnauder*, JZ 2002, 1080 ff. Allg. zur Causa-lehre: *Ehmann*, JZ 2003, 702 ff.

Die *causa* ist nun der rechtliche Grund (nicht der psychische i.S. der die Zuwendung veranlassenden Motivation⁷⁸), der eine Zuwendung „als Rechtsens rechtfertigt“⁷⁹, der mithin bewirkt, dass die durch Willensakt (privatautonom)⁸⁰ bewirkte Mehrung fremden Vermögens vor der Rechtsordnung Bestand hat, also weder unwirksam ist (was überhaupt nur bei durch Rechtsakt bewirkter Zuwendung in Betracht kommen kann) noch von ihrem Empfänger als „ungerechtfertigte Bereicherung“ wieder herausgegeben werden muss. Ob ein Rechtsgrund vorliegt, hängt davon ab, ob der (normative⁸¹) Zuwendungszweck (als da sind: die Befreiung von einer eigenen Verbindlichkeit; die Begründung einer fremden Verbindlichkeit; die unentgeltliche Bereicherung; das Eintreten des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolgs) erreicht wurde⁸².

Welche Rechtswirkung das Nichterreichen des (normativen) Zuwendungszwecks hat, hängt wiederum davon ab, wie die Rechtsordnung das Verhältnis zwischen Zuwendung und Erreichen des Zuwendungszwecks ausgestaltet hat⁸³. Bei den durch Rechtsakt (Rechtsgeschäft) bewirkten Zuwendungen wird unterschieden zwischen kausalen und abstrakten Zuwendungsgeschäften⁸⁴. Bei den kausalen Zuwendungsgeschäften (das sind die meisten Verpflichtungsgeschäfte⁸⁵) hat die Rechtsordnung das Erreichen des (normativen) Zuwendungszwecks zur Bedingung für die Wirksamkeit des Zuwendungsgeschäfts erhoben. Hier ist der Zuwendungszweck bereits wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts, so dass sein Nichterreichen dazu führt, dass schon der

⁷⁸ Vgl. *Flume*, AT II, § 12 I 5, S. 158; *Hübner*, AT, Rdn. 638.

⁷⁹ *Flume*, AT II, § 12 I 1, S. 152 f.

⁸⁰ Tritt die Vermögensmehrung dagegen kraft Gesetzes ein (z.B. gem. § 1922 BGB), ist das Gesetz ihr rechtlicher Grund. Allerdings kann das Gesetz wie z.B. in § 951 BGB anordnen, dass derjenige, der durch eine kraft Gesetzes bewirkte Vermögensmehrung einen Rechtsverlust erlitten hat, Entschädigung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann. In diesem Fall kommt es darauf an, ob der Realakt (Verbindung, Verarbeitung, Vermischung), der zu dem Rechtserwerb kraft Gesetzes geführt hat, ohne rechtlichen Grund erfolgt ist.

⁸¹ Diejenigen Stimmen in der Literatur, die allein auf die (subjektive) Zwecksetzungsabsicht des die Zuwendung bewirkenden Subjekts abstellen, übersehen, dass der das Privatrecht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie verlangt, dass Willensakte, die in die Privatautonomie anderer Subjekte eingreifen (indem sie diese z.B. mit einer Verbindlichkeit belasten oder ihnen ein Recht nehmen) bei fehlender (subjektiver) Übereinstimmung hinsichtlich der Deutung dieses Willensaktes nur mit dem ihnen nach der *gesetzlichen* Wertung zukommenden, *objektiven* Inhalt *rechtlich* Bedeutung erlangen.

⁸² Von den vielen möglichen Zwecken einer Zuwendung ist *rechtlich* mithin nur ein kleiner Kreis von Bedeutung, *Brox*, AT, § 5 Rdn. 112; *Ehmann*, JZ 2003, 703.

⁸³ Vgl. *Flume*, AT II, § 12 I 1, S. 153.

⁸⁴ Vgl. *Brox*, AT, § 5 Rdn. 112.

⁸⁵ *Brox*, AT, § 5 Rdn. 115.

Tatbestand dieses Rechtsgeschäfts nicht erfüllt ist. Folglich kommt es nicht zu der rechtsgeschäftlichen Zuwendung: Die Zuwendung – die Mehrung des fremden Vermögens um den Gegenstand des Zuwendungsgeschäfts (das ist bei Verpflichtungsgeschäften: die Forderung) – tritt nicht ein, weil das Rechtsgeschäft, durch das sie bewirkt werden sollte, unwirksam ist⁸⁶. Zuwendung und Zuwendungszweck stehen damit in einem Bedingungs Zusammenhang. Sie bilden bei den kausalen Rechtsgeschäften eine unauflöslich verbundene Einheit⁸⁷: Die Zuwendung tritt nur ein, wenn auch der – nach der Rechtsordnung maßgebliche – Zuwendungszweck erreicht wird.

Bei den abstrakten Zuwendungsgeschäften hingegen besteht kein Bedingungs Zusammenhang zwischen dem Erreichen des (normativen) Zuwendungszwecks und dem Eintritt der Zuwendung. Die Wirksamkeit des Zuwendungsgeschäfts ist hier unabhängig vom Vorhandensein eines die Zuwendung rechtfertigenden Grundes. Denn: „Die abstrakten Zuwendungsgeschäfte sind von der Rechtsordnung als Aktstypen rechtsgeschäftlicher Gestaltung derart formiert, dass der Rechtsgrund der Zuwendung nicht Teil des Zuwendungsgeschäfts ist“⁸⁸. Das Nichterreichen des Zuwendungszwecks (z.B. die Befreiung von einer eigenen Verbindlichkeit – *causa solvendi*) führt bei den abstrakten Zuwendungsgeschäften daher nicht zu deren Unwirksamkeit (und damit auch nicht zum Ausbleiben der durch das Zuwendungsgeschäft bezweckten Mehrung fremden Vermögens). Gleichwohl hat auch bei den abstrakten Zuwendungsgeschäften die ohne Rechtsgrund erfolgte Zuwendung keinen Bestand vor der Rechtsordnung. Denn der durch das Zuwendungsgeschäft rechtsgrundlos Bereicherte ist zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet (bzw. kann – sofern er eine Forderung erlangt hat – diese nicht durchsetzen, wenn der Verpflichtete die Einrede nach § 821 BGB erhebt).

Das Fehlen eines die Zuwendung rechtfertigenden Grundes (das Nichterreichen des nach der Rechtsordnung maßgeblichen Zuwendungszwecks) führt also beim abstrakten Zuwendungsgeschäft – anders als beim kausalen – nicht dazu, dass dieses überhaupt keinen rechtlichen Bestand erlangt, wohl

⁸⁶ Wenn z.B. der mit der vertraglichen Übernahme einer eigenen Verbindlichkeit verfolgte Zweck, eine fremde Verbindlichkeit zur Entstehung zu bringen, nicht erreicht wird, weil die Willenserklärung der anderen Vertragspartei objektiv *nicht* auf Abschluss eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages gerichtet war, ist das gesamte (Schuld-) Rechtsgeschäft unwirksam. Wird dagegen der Zweck eines abstrakten Zuwendungsgeschäfts (z.B. eines Sachenrechtsgeschäfts) verfehlt (weil z.B. die Verbindlichkeit, von welcher der Zuwendende hierdurch Befreiung erlangen wollte, gar nicht bestand), hat dies grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des die Zuwendung bewirkenden (Sachen-) Rechtsgeschäfts.

⁸⁷ *Hübner*, AT, Rdn. 641

⁸⁸ *Flume*, AT II, § 12 I 1, S. 153.

aber dazu, dass es rechtlich keinen Fortbestand hat, weil der Empfänger der rechtsgrundlosen Zuwendung verpflichtet ist, die in seinem Vermögen eingetretene Mehrung durch Herausgabe des Erlangten wieder rückgängig zu machen⁸⁹.

(2) Der Bedingungszusammenhang zwischen Zuwendung und Erreichen des Zuwendungszwecks bei einem auf Aufhebung wechselseitiger Rechte und Pflichten gerichteten Rechtsgeschäft

Fraglich ist nun, ob auch im Fall der Absichtung vom Vorliegen eines Zuwendungsgeschäfts auszugehen ist, das eines außerhalb seiner selbst liegenden rechtlichen Grundes bedarf, damit es vor der Rechtsordnung Bestand hat.

Gegen die Qualifizierung der mit Wirksamwerden der Absichtung im Vermögen des verbleibenden Erben eintretenden Vermögensmehrung als rechtsgrundbedürftige Zuwendung spricht, dass diese durch Anwachsung kraft Gesetzes eintritt (§§ 738, 2094 BGB analog), also gerade nicht unmittelbar durch (privatautonomen) Willensakt, sondern (heteronom) durch Gesetz bewirkt wird und damit ihren „rechtlichen“ Grund bereits hat⁹⁰.

Zuwendungsgeschäft könnte aber das Rechtsgeschäft sein, das zur Aufhebung des zwischen den Erben bestehenden Rechtsverhältnisses und damit zum Erlöschen der wechselseitigen Rechte und Pflichten (z.B. nach §§ 2038, 2042, 2047 BGB) führt. Denn auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit ist ein Zuwendungsgeschäft⁹¹.

Gegen die Annahme eines Zuwendungsgeschäfts könnte sprechen, dass jene Rechtsgeschäfte, durch die einseitig ein Rechtsverhältnis beendet wird (z.B. durch Erklärung der Kündigung oder der Anfechtung), gemeinhin nicht

⁸⁹ Diese Unterscheidung zwischen kausaler und abstrakter Zuwendung findet sich nur bei den durch Rechtsgeschäft, also durch *Rechtsakt* bewirkten Zuwendungen, den *Zuwendungsgeschäften*. Bei den nicht durch Rechts-, sondern durch *Realakt* bewirkten Zuwendungen gibt es diese Unterscheidung nicht. Denn die Frage nach einem Kausalzusammenhang zwischen dem Erreichen des Zuwendungszwecks und dem Erfolg der Zuwendung macht nur dort Sinn, wo der Zuwendungsakt in seinem Bestand von der Rechtsordnung abhängig, mithin *unwirksam* sein kann. Unwirksam sein kann ein Zuwendungsakt aber nur dann, wenn es sich bei ihm um einen *Rechtsakt*, d.h. um ein Rechtsgeschäft (Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft) handelt: Nur einem Rechtsgeschäft kann die rechtliche Wirkung versagt bleiben mit der Folge, dass die mit ihm bezweckte Rechtswirkung, nämlich die Mehrung fremden Vermögens um den Gegenstand des Rechtsgeschäfts nicht eintritt. Eine durch *Realakt* bewirkte Zuwendung dagegen kann nicht (rechts-) unwirksam sein, sondern allenfalls rechtsgrundlos. So gesehen sind alle durch Realakt bewirkten Zuwendungen abstrakt, weil sie in ihrer Existenz unabhängig davon sind, ob für sie ein rechtlicher Grund vorhanden ist oder nicht.

⁹⁰ Vgl. oben Fn. 80.

⁹¹ Vgl. *Larenz/Wolf*, § 23 Rdn. 73.

als Zuwendungsgeschäft behandelt werden⁹². Bei dieser Art von Rechtsgeschäften würde nicht nach einer *causa* gefragt⁹³. Aber auch bei den Verpflichtungsgeschäften wird normalerweise nicht nach einer *causa* gefragt, weil es selbstverständlich ist, dass die meisten Verpflichtungsgeschäfte (nämlich die kausalen Verpflichtungsgeschäfte) ihren Rechtsgrund in sich tragen, so dass wirksame (kausale) Verpflichtungsgeschäfte *sine causa* gar nicht vorkommen können⁹⁴. Gleichwohl ist allgemein anerkannt, dass es sich auch bei den kausalen Verpflichtungsgeschäften um Zuwendungsgeschäfte handelt⁹⁵. Allein der Sprachgebrauch kann somit keine Auskunft darüber geben, ob ein Rechtsgeschäft als Zuwendungsgeschäft zu qualifizieren ist oder nicht.

Da auch durch Befreiung von einer Verbindlichkeit fremdes Vermögen gemehrt wird, ist ein Rechtsgeschäft, das ein für die Gegenseite mit Pflichten verbundenes Rechtsverhältnis aufhebt – ebenso wie das für die Gegenseite Rechte begründende Verpflichtungsgeschäft – ein Zuwendungsgeschäft im o.g. Sinne. Folglich ist zu prüfen, ob es sich bei diesem Zuwendungsgeschäft um ein kausales oder um ein abstraktes handelt.

Zum Teil wird angenommen, dass ein Aufhebungsvertrag als „Verfügungsgeschäft“ grundsätzlich abstrakt sei: Er trage die *causa* nicht in sich und sei in seiner Wirksamkeit von einer solchen unabhängig⁹⁶. Die Qualifizierung als abstraktes Zuwendungsgeschäft würde nach dem oben Dargelegten bedeuten, dass der Fortbestand der durch den Aufhebungsvertrag bewirkten Befreiung von Verbindlichkeiten davon abhinge, dass ein rechtlicher Grund bestünde, der diese Vermögensmehrung rechtfertigte. Ansonsten wäre die Befreiung nach § 812 BGB wieder rückgängig zu machen. Indes sind Rechtsgeschäfte, die ein Rechtsverhältnis als Ganzes beenden, also nicht nur ein dem Rechtsverhältnis entspringendes bestimmtes Recht aufheben, sondern die rechtliche Grundlage wechselseitiger Rechte und Pflichten beseitigen, ebenso wie Rechtsgeschäfte, die ein solches Rechtsverhältnis begründen (wie die Verpflichtungsgeschäfte) Zuwendungsgeschäfte, die ihren Rechtsgrund bereits in sich tragen. Sie sind, obwohl keine Verpflichtungsgeschäfte, kausale Rechtsgeschäfte, weil der Zweck der durch sie bewirkten Zuwendung bereits zum Inhalt des Geschäfts zählt.

Dies mag folgender Vergleich veranschaulichen: Beim gegenseitigen Vertrag verspricht der eine Vertragsteil eine Leistung gerade deshalb, weil auch der andere sich zu einer Leistung verpflichtet⁹⁷. Rechtsgrund der Zuwendung

⁹² Vgl. z.B. *Larenz/Wolf*, § 23 Rdn. 73.

⁹³ *Larenz/Wolf*, aaO.

⁹⁴ *Hübner*, AT, Rdn. 641.

⁹⁵ Vgl. o. Fn. 77.

⁹⁶ *Thode*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2001, § 305 Rdn. 47.

⁹⁷ Vgl. z.B. *Brox/Walker*, AS, § 3 Rdn. 2.

ist die *causa credendi*⁹⁸: Die Forderung des anderen Vertragsteils wird allein zu dem Zweck der Erlangung einer eigenen Forderung begründet. Dieser Bedingungszusammenhang ist in den Tatbestand des Rechtsgeschäfts „gegenseitiger Vertrag“ aufgenommen: Wird der Zuwendungszweck nicht erreicht, weil z.B. die andere Vertragsseite das Leistungsversprechen der einen Seite nur angenommen hat, ohne sich zugleich zur Erbringung einer Gegenleistung zu verpflichten, ist das Rechtsgeschäft als Ganzes unwirksam.

Ein solcher Bedingungszusammenhang besteht aber auch dann, wenn das Rechtsgeschäft als *actus contrarius* auf die Beendigung eines Rechtsverhältnisses mit wechselseitigen Rechten und Pflichten gerichtet ist: Nach der Rechtsordnung wird der eine Vertragsteil nur deshalb aus den durch das Rechtsverhältnis begründeten Bindungen entlassen, weil auch der andere eine solche Befreiung erlangt. Rechtsgrund der Zuwendung ist hier die *causa solvendi*: Die Befreiung von eigenen Pflichten. Dieser Rechtsgrund gehört zum Inhalt eines auf die Aufhebung wechselseitiger Rechten und Pflichten gerichteten Rechtsgeschäfts, weil das diese Rechte und Pflichten begründende Rechtsverhältnis nach der Rechtsordnung nur als Ganzes aufgehoben werden kann. Wird der Zuwendungszweck nicht erreicht, ist das Rechtsgeschäft als Ganzes unwirksam. Deswegen handelt es sich bei dem Aufhebungsvertrag um ein kausales Zuwendungsgeschäft, das zu seiner Rechtfertigung keines außerhalb seiner selbst liegenden Rechtsgrundes bedarf. Folglich ist für eine analoge Anwendung der §§ 2371, 2385 BGB kein Raum⁹⁹.

IV. Zusammenfassung

Bei Vermögensrechten (Schuld-, Sachen- und sonstigen Vermögensrechten) gibt es zwei Formen gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit: Die (Rechts-) Gemeinschaft „nach Bruchteilen“ und die – regelmäßig auf eine Gesamtheit von Rechten (ein Vermögen) bezogene – Gemeinschaft „zur gesamten Hand“. Beiden Formen der Rechtszuständigkeit mehrerer ist gemein, dass die Verfügungsmacht über das gemeinschaftliche Recht „im ganzen“ an

⁹⁸ Hübner, AT, Rdn. 636.

⁹⁹ Wenngleich nicht notwendig, so ist es doch aufgrund der Vertragsfreiheit möglich, dass die Erben eine Vereinbarung treffen, in der sich einerseits die „abzuschichtenden“ Erben *verpflichten*, die zur „dinglichen“ Abschtung führenden *Willenserklärungen* abzugeben, und der verbleibende Erbe sich im Gegenzuge zur Leistung einer Abfindung verpflichtet, vgl. zur ähnlich gelagerten Problematik bei der kausalen Verknüpfung von Erbverzicht und Abfindung *Palandt/Edenhofer*, Überblick v. § 2346, Rdn. 9 ff. sowie *Degenhart*, Rpfleger 1969, 145, 146. Auf ein solches Verpflichtungsgeschäft könnte § 2371 BGB analog anwendbar sein.

eine Willensübereinstimmung aller Rechtsinhaber geknüpft ist: Über das gemeinschaftliche Recht „im ganzen“ können nur alle gemeinschaftlich verfügen. Der Unterschied zwischen beiden Formen gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit besteht darin, dass bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand dem einzelnen Rechtsinhaber auch in bezug auf seinen Anteil am gemeinschaftlichen Recht die Verfügungsbefugnis fehlt. Damit untersteht bei der Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand das gemeinschaftliche Recht weder „im ganzen“ noch anteilmäßig der alleinigen Willensherrschaft seines Inhabers. Eine gewisse Parallele zur Bruchteilsgemeinschaft gibt es nur bei der unmittelbar durch Gesetz begründeten Erbengemeinschaft: Hier kann der einzelne Rechtsinhaber (Erbe) zwar ebenfalls nicht über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Recht, wohl aber über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen verfügen (vgl. § 2033 BGB). Dadurch ist es dem einzelnen Miterben möglich, durch ein einziges Rechtsgeschäft seine Rechtszuständigkeit in bezug auf alle gemeinschaftlichen Rechte zu beenden. Von diesem Sonderfall abgesehen fehlt jedoch dem einzelnen Gesamthänder die Rechtsmacht, unmittelbar durch Rechtsgeschäft auf seine – gegenüber jedermann wirkende – Zuständigkeit in bezug auf die gemeinschaftlichen (Schuld-, Sachen- und sonstigen Vermögens-) Rechte einzuwirken. Er kann seine diesbezügliche „dingliche“ Rechtszuständigkeit nur dadurch beseitigen, dass er durch Rechtsgeschäft seine (Schuld-) Rechtsbeziehungen zu den anderen Rechtsinhabern beendet. Kraft des in §§ 728, 2094 f. BGB zum Ausdruck kommenden Anwachsungsprinzips führt nämlich eine solche Beendigung des zwischen den Gemeinschaftsmitgliedern bestehenden (Innen-) Rechtsverhältnisses dazu, dass die vermögensrechtliche Zuordnung der gemeinschaftlichen Rechte (und damit das Außenrechtsverhältnis zu Dritten) ebenfalls verändert wird: Derjenige der Rechtsinhaber, dessen (relative) Rechtsbeziehungen zu den anderen Rechtsinhabern beendet werden, verliert unmittelbar kraft Gesetzes seine „dingliche“ Rechtszuständigkeit in bezug auf die gemeinschaftlichen Rechte. Diese wächst den weiterhin durch einen – gemeinschaftlich oder gesetzlich – bestimmten Zweck rechtlich verbundenen anderen Rechtsinhabern zu. Bleibt allerdings nur noch ein Gesamthänder übrig, erlischt wegen Zweckfortfalls die gesamthänderische Bindung und das bislang ein Sondervermögen darstellende „gemeinschaftliche Vermögen“ wird Bestandteil von dessen Eigenvermögen.

Da die Änderung der vermögensrechtlichen Zuordnung bei einer auf diese Weise (d.h. durch sog. dingliche Abschtung) auseinandergesetzten Erbengemeinschaft nicht unmittelbar auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruht, handelt es sich bei ihr nicht um eine Verfügung über den „Anteil an dem Nachlasse“ gem. § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Schutzzweck des § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil ver-

fügt, der notariellen Beurkundung bedarf, rechtfertigt auch keine analoge Anwendung. Denn der für das Verfügungsgeschäft durch § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB aufgestellte Formzwang dient – anders als der nach den §§ 2371, 2385 BGB für das Verpflichtungsgeschäft normierte – weder der Belehrung noch der Warnung, sondern allein der Kundbarmachung und dem Nachweis der ausnahmsweise (in Abweichung von dem Grundsatz der Singularsukzession) durch Rechtsgeschäft (Erbteilsverfügung) bewirkbaren Gesamtrechtsnachfolge.

Bei der durch Abschichtung (ebenso wie durch Ausscheiden aus einer BGB-Gesellschaft) bewirkten An- und Abwachsung von Vermögensanteilen kommt es jedoch gar nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge, weil der Gesamthänder, dem der Anteil des aus der Gemeinschaft ausscheidenden Gesamthänders zuwächst, diesem nicht in dessen Rechte nachfolgt, sondern diese bereits innehat und nur einen Zuwachs hinsichtlich der Größe seines Anteils an diesen Rechten erfährt.

Der durch die Abschichtung bewirkte Vermögenszuwachs ist auch keine abstrakte Zuwendung, die eines – gegebenenfalls in entsprechender Anwendung des § 2371 BGB formbedürftigen – Verpflichtungsgeschäfts bedarf, um vor der Rechtsordnung Bestand zu haben. Denn der Abschichtungsvertrag trägt als auf die Aufhebung wechselseitiger Rechte und Pflichten gerichtetes Rechtsgeschäft – ebenso wie ein auf Begründung solcher Rechte und Pflichten gerichtetes Verpflichtungsgeschäft – seinen Rechtsgrund bereits in sich. Er ist – obwohl kein Verpflichtungsgeschäft – ein kausales Zuwendungsgeschäft, weil der Zweck der durch ihn bewirkten Zuwendung bereits zum Inhalt des Geschäfts zählt.