

Damrau

Der Minderjährige im Erbrecht

Der Minderjährige im Erbrecht

Eine Skizze

von

Prof. Dr. Jürgen Damrau,
Konstanz

3. Auflage

zerb verlag

Hinweis:

Die Formulierungsbeispiele in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt, sie stellen jedoch lediglich Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Autoren und Verlag übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsmuster.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Damrau

Der Minderjährige im Erbrecht

3. Auflage 2019

zerb verlag, Bonn

ISBN 978-3-95661-092-9

zerb verlag GmbH

Rochusstr. 2–4

53123 Bonn

Copyright 2019 by zerb verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Das Werk erscheint auch als Lizenzausgabe im

Deutschen Notarverlag, Bonn

ISBN 978-3-95646-184-2

Vorwort

Die vorliegende vollständig überarbeitete und erweiterte 3. Auflage kann – wie die Voraufgaben – nur eine Skizze darstellen. Die Vollständigkeit der zu behandelnden Besonderheiten des Minderjährigen im Erbrecht ist nicht überall zu erreichen. So wurden etwa die Besonderheiten, dass der Minderjährige nicht durch seine Eltern oder wenigstens einen Elternteil, sondern durch einen Vormund vertreten wird, nur ganz am Rande behandelt.

Eine Skizze ist es auch deshalb, weil Schrifttum und Rechtsprechung nicht umfassend, aber stets weiterführend zitiert wurden.

So wendet sich die Skizze gleichermaßen an Praxis und Wissenschaft. Der Praxis werden Wege aufgezeigt, wie auch nicht alltägliche Fälle zu lösen sind; die Wissenschaft ist dadurch angesprochen, dass eine Reihe von wichtigen Fragen näher untersucht und nicht selten aufhellend beantwortet sind.

Für Anregungen und Kritik danke ich.

Konstanz, im Februar 2019

Prof. Dr. Jürgen Damrau

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Schrifttumshinweise	XIII
1. Kapitel: Der Minderjährige als Testator und als Widerrufender	1
§ 1 Der Minderjährige als Testator und als Widerrufender	1
2. Kapitel: Der Minderjährige und der Erbvertrag	5
§ 2 Der Minderjährige als Erbvertrag-Erblasser	5
§ 3 Der Minderjährige als Vertragsgegner des Erbvertrag-Erblassers	10
3. Kapitel: Der zum Erben berufene Minderjährige	19
§ 4 Annahme der Erbschaft	19
§ 5 Ausschlagung der Erbschaft des Minderjährigen	20
§ 6 Die Anfechtung der Annahme bzw. der Ausschlagung einer Erbschaft	31
4. Kapitel: Der Minderjährige als Vermächtnisnehmer	33
§ 7 Der Minderjährige als Vermächtnisnehmer	33
5. Kapitel: Der minderjährige Pflichtteilsberechtigte	39
§ 8 Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich des Pflichtteils Minderjähriger	39
§ 9 Der gesetzliche Vertreter als Allein- oder Miterbe	42
§ 10 Pflichtteilsschuldner sind Verwandte des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen in gerader Linie oder sein Ehegatte (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB)	48
§ 11 Der Pflichtteilsanspruch des Minderjährigen richtet sich gegen sonstige „Verschwägte“	52
§ 12 Pflichtteilsansprüche gegen Seitenverwandte des gesetzlichen Vertreters und gegen Dritte	53
6. Kapitel: Die erbrechtliche Anfechtung	55
§ 13 Die erbrechtliche Anfechtung (§§ 2078 ff. BGB)	55

7. Kapitel:	Familienrechtliche Anordnungen und Pflichten für den Erbfall	61
	§ 14 Bestimmung eines Vormunds oder Pfleger	61
	§ 15 Familienrechtliche Verwaltungsanordnungen über erbrechtliche Zuwendungen an Minderjährige	63
	§ 16 Die Vorlage eines Vermögensverzeichnisses	66
8. Kapitel:	Der minderjährige Erbe und das Handels- und Gesellschaftsrecht	71
	§ 17 Der Minderjährige als Erbe eines Einzelkaufmanns	71
	§ 18 Die Erbschaft einer Beteiligung an einer Personengesellschaft	75
	§ 19 Eintritt in eine Personengesellschaft aufgrund Gesellschaftsvertrags nebst Verfügung von Todes wegen	78
	§ 20 Das Verlangen des minderjährigen Erben einer Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter nach § 139 HGB	83
	§ 21 Der minderjährige Erbe eines GmbH-Anteils	84
	§ 22 Der minderjährige Erbe bei Testamentsvollstreckung über ein Handelsgeschäft	85
	§ 23 Die Verwaltung der Innenseite der Beteiligung eines Minderjährigen an einer OHG durch einen Testamentsvollstrecker	90
9. Kapitel:	Der Minderjährige in der Miterbengemeinschaft	93
	§ 24 Die Willensbildung in der Miterbengemeinschaft	93
	§ 25 Das Handeln der Miterbengemeinschaft, der ein Minderjähriger angehört, im Rechtsverkehr	96
	§ 26 Der minderjährige Miterbe bei Notverwaltungsmaßnahmen bezüglich des Nachlasses	105
	§ 27 Der Schutz des Geschäftsgegners bei Rechtsgeschäften, die die Erbenmehrheit beschließt	107
	§ 28 Exkurs: Möglichkeiten, durch Vollmachten Pflegerbestellungen und gerichtliche Genehmigungen in Erbengemeinschaften zu vermeiden	109
	§ 29 Vermächtniserfüllung bei Vorhandensein eines minderjährigen Miterben	109

§ 30	Veräußerung eines Erbanteils eines Minderjährigen	110
§ 31	Der Erwerb eines Erbanteils (mit Grundstück oder Erwerbsgeschäft) durch den Minderjährigen	111
10. Kapitel:	Der minderjährige Erbe und die Testamentsvollstreckung	115
§ 32	Die Entgegennahme des Nachlassverzeichnisses des Testamentsvollstreckers durch den minderjährigen Erben	115
§ 33	Entzug der Vermögenssorge (§ 1638 BGB) und Testamentsvollstreckung	117
§ 34	Jährliche Rechnungslegung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Minderjährigen	118
§ 35	Abweichungen des Testamentsvollstreckers von Verwaltungsanordnungen des Erblassers	119
§ 36	Testamentsvollstreckung und Nachlassauseinsetzung nach der gesetzlichen (Notfall-)Regelung	120
§ 37	Abweichen von den gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln durch den Testamentsvollstrecker	122
§ 38	Abweichen des Teilungsplans des Testamentsvollstreckers von Anordnungen des Erblassers	125
§ 39	Der Auseinandersetzungsvertrag zwischen Erben und Testamentsvollstrecker	127
§ 40	Rechenschaftsablegung des Testamentsvollstreckers	129
11. Kapitel:	Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft	131
§ 41	Auseinandersetzung durch die Miterben nach der gesetzlichen (Notfall-)Regelung	131
§ 42	Erbteilung gemäß Teilungsanordnungen des Erblassers	134
§ 43	Die freie Vereinbarung über die Auseinandersetzung des Nachlasses durch die Miterbengemeinschaft	136
§ 44	Die Erbteilungsklage des oder gegen den minderjährigen Miterben	138
§ 45	Die persönliche Teilauseinandersetzung	139
§ 46	Die sachliche Teilauseinandersetzung des Nachlasses ..	146

§ 47 Der Aufschiebung der (vollständigen oder teilweisen) Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft	150
§ 48 (Teil-)Nachlassauseinandersetzung durch Übertragung von Erbanteilen	151
12. Kapitel: Der Minderjährige und der Erbverzicht	153
§ 49 Der Minderjährige als Verzichtender des Erbverzichtsvertrags	153
§ 50 Der Minderjährige als Erblasser des Verzichtsvertrags	155
§ 51 Die Aufhebung eines Erbverzichtsvertrags, in dem der Minderjährige als Erblasser den Verzicht entgegennahm	157
§ 52 Die Aufhebung des Erbverzichtsvertrags, in dem der Minderjährige verzichtet hat	160
13. Kapitel: Der Minderjährige als Vor- oder Nacherbe	163
§ 53 Der Minderjährige als Nacherbe	163
§ 54 Der Minderjährige als Vorerbe	170
14. Kapitel: Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall	173
§ 55 Sparverträge zugunsten Dritter auf den Todesfall	173
§ 56 Der Lebensversicherungsvertrag zugunsten des Minderjährigen	179
15. Kapitel: Der Eintritt in die Volljährigkeit	183
§ 57 Die Herausgabe- und Rechenschaftspflicht der Eltern	183
§ 58 Der volljährig gewordene Alleinerbe bei überschuldetem Nachlass	185
§ 59 Der volljährig gewordene Miterbe bei überschuldetem, bereits aufgeteiltem Nachlass	188
§ 60 Der volljährig gewordene Miterbe bei überschuldetem, aber ungeteiltem Nachlass	189
§ 61 Die fortgesetzte Erbengemeinschaft bei Erreichen der Volljährigkeit eines minderjährigen Miterben	191
§ 62 Eine ererbte Beteiligung an einer Personalgesellschaft beim Übertritt in die Volljährigkeit	191

§ 63 Das einzelkaufmännische Handelsgeschäft im Nachlass des volljährig Gewordenen	193
§ 64 Der Nachlass des volljährig gewordenen (Mit-)Erben steht unter Testamentsvollstreckung	194
Stichwortverzeichnis	197

Schrifttumshinweise

- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, Erbrecht, 1990
(zitiert: *AK/Bearbeiter*)
- Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001
- Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 3. Auflage 2010 (zitiert: *Baumgärtel*)
- Binninger*, Minderjährigenhaftungsbeschränkung und erbrechtliche Haftungsbeschränkung, 2008
- Canaris*, Handelsrecht, 24. Auflage 2006
- Damrau/Tanck*, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Auflage 2014
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch: HGB, Kommentar, 3. Auflage 2014
- Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, 2000
- Erman*, BGB, Kommentar, 15. Auflage 2017
- Groll*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 3. Auflage 2010
- Heldrich*, Festschrift für Lorenz, 1991
- Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Auflage 2001
- Mayer/Bonefeld*, Praxishandbuch Testamentvollstreckung, 4. Auflage 2015
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage 2018 (zitiert: *MüKo/Bearbeiter*)
- NomosKommentar BGB*, Band 5: Erbrecht, hrsg. von Kroiß/Ann/Mayer, 5. Auflage 2018 (zitiert: *NK-BGB/Bearbeiter*)
- Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 30. Auflage 2018
- Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Auflage 2015
- Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, 13. Auflage 2002
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017
- Zimmermann*, Die Testamentvollstreckung, 4. Auflage 2014

1. Kapitel: Der Minderjährige als Testator und als Widerrufender

§ 1 Der Minderjährige als Testator und als Widerrufender

Der Minderjährige, der das **16. Lebensjahr vollendet** hat, kann gemäß § 2229 Abs. 1 BGB ein Testament errichten. Er bedarf dazu nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 2229 Abs. 2 BGB). Ein geschäftsunfähiger Minderjähriger (§ 104 Nr. 2 BGB) kann auch dann nicht testieren, wenn er 16 Jahre alt ist.¹ Der minderjährige Testator, also zwischen 16 und 18 Jahren, kann sein Testament aber nicht in der privatschriftlichen Form (§ 2247 Abs. 4 BGB) errichten, er muss vielmehr die Form des sog. öffentlichen Testaments wählen. Von den möglichen Formen des öffentlichen Testaments (vgl. § 2232 BGB) ist dem Minderjährigen die Form der Übergabe einer verschlossenen Schrift verwehrt, er muss vielmehr das notarielle Testament durch mündliche Erklärung oder durch Übergabe einer offenen Schrift errichten (§ 2233 Abs. 1 BGB). Aus dem Sinn dieser Regelung, die Beratung des minderjährigen Testators durch einen Notar sicherzustellen, folgt, dass bei Übergabe einer offenen Schrift durch den Minderjährigen dieser sich einer Sprache bedienen muss, die der Notar lesen kann und die er beherrscht.² Nach § 34 Abs. 1 S. 4 BeurkG hat der Notar das Testament in amtliche Verwahrung zu geben. Ein unter Verletzung der Altersgrenze errichtetes Testament ist nichtig, wird also nicht durch das Erreichen der Altersgrenze von Seiten des Testierenden gültig.

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen³ können **nur noch Volljährige heiraten** (§ 1303 S. 1 BGB n.F.), und nur miteinander verheiratete Personen können ein gemeinschaftliches Testament abfassen (§ 2265 BGB). Das war bis zum 22.7.2017 anders. Das Familiengericht konnte vom Erfordernis der Volljährigkeit Befreiung erteilen, wenn der Antragsteller 16 Jahre alt war und sein künftiger Ehegatte volljährig war (§ 1303 Abs. 2 BGB a.F.). Solche vor dem 22.7.2017 mit einem Minderjährigen geschlossene Ehen bleiben wirksam. Ehegatten, bei denen einer minderjährig war, konnten auch vor dem 22.7.2017 **kein gemeinsames eigenhändiges Testament** (§ 2267 BGB) errichten, auch nicht, wenn der volljährige Teil die Schrift verfasst hat und der minderjährige Teil nur unterschrieben hat. Denn der Minderjährige konnte nur notarielle Testamente errichten. Zwar muss ein gemeinschaftliches Testament nicht notwendigerweise in einer Urkunde enthalten sein, aber im hier vorliegenden Fall genügte

1 Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 6.

2 Staudinger/Baumann, BGB, 2012, § 2233 Rn 10.

3 Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl I S. 2429, in Kraft getreten am 22.7.2017.

auch nicht die handschriftliche Erklärung des Volljährigen und die Erklärung des Minderjährigen vor dem Notar, dass die Erklärung des anderen Teils auch sein letzter Wille sei (siehe Rdn 1), vielmehr mussten – der Klarheit wegen – beide Gatten die **notarielle Form** wählen (siehe Rdn 1).⁴ Diese alten Testamente behalten ihre Wirksamkeit. Zum minderjährigen **Verlobten** siehe Rdn 7.

- 3 Auch ein Minderjähriger kann sein gültig errichtetes **Testament** (siehe Rdn 1) **widerrufen**, weil er mit 16 Jahren testierfähig geworden ist (§ 2229 Abs. 1 BGB).⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Minderjährige nur in den zwei notariellen Testamentsformen des § 2233 Abs. 1 BGB (durch Erklärung gegenüber dem Notar oder durch Übergabe einer offenen Schrift) testieren kann, nicht aber die Form des privatschriftlichen Testaments (siehe Rdn 1). Deshalb kann der Widerruf des Testaments – **wenn der minderjährige Testator noch immer minderjährig ist** – auch nur in diesen zwei öffentlichen Testamentsformen vorgenommen werden. Bei volljährigen Testatoren gibt es noch die Möglichkeit des Widerrufs des Testaments durch die Veränderung der Testamentsurkunde, durch Zerreißen oder Durchstreichen der Urkunde (§ 2255 BGB). Das gilt aber nicht für öffentliche Testamente, die durch die amtliche Verwahrung (§ 34 BeurkG) dem Zugriff des Erblassers – auch wenn er inzwischen volljährig geworden ist – entzogen sind.⁶

Ist der minderjährige Testator inzwischen volljährig geworden, so kann er das öffentliche Testament auch durch ein handschriftliches Widerruf-Testament (§§ 2254, 2247 BGB) widerrufen.

Man kann ein öffentliches Testament auch durch **Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung** widerrufen (§ 2256 BGB). Auch dem (noch) Minderjährigen steht diese Form des Widerrufs offen. Da er eingeschränkt testierfähig ist (§ 2229 BGB), kann er also selbst auch das Testament ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters aus der Verwahrung zurückfordern, es muss ihm persönlich zurückgegeben werden (§ 2256 Abs. 2 BGB). Sein gesetzlicher Vertreter ist nicht zur Rücknahme befugt.

- 4 Ein gemeinschaftliches öffentliches Testament kann nur von beiden Gatten gemeinsam zurückgenommen werden (§ 2272 BGB); das gilt auch für das gemeinsame öffentliche Testament von Ehegatten, **von denen einer beim Widerruf noch minderjährig ist** (siehe Rdn 2) oder war.

Ein solcher Widerruf bleibt auch nach dem 22.7.2017 möglich, weil die Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 1 BGB) durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 nicht geändert wurde, wenn auch Minderjährige nicht mehr heiraten können (§ 1303 BGB n.F.). Beim Widerruf eines gemeinschaftlichen notariell-

4 Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2267 Rn 8.

5 Diese Möglichkeit, noch als Minderjähriger ein gültiges Minderjährigen-Testament zu widerrufen, ist mit dem 22.7.2017 ausgelaufen.

6 Staudinger/*Baumann*, BGB, 2014, § 2255 Rn 7; *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2255 Rn 5.

len Testaments des Minderjährigen mit seinem volljährigen Ehegatten (siehe Rdn 2) ist zu beachten: Beim Vorhandensein wechselbezüglicher Verfügungen kann der Minderjährige seine eigenen Verfügungen gemäß §§ 2271, 2296 BGB durch Zustellung einer notariell beurkundeten Erklärung widerrufen. Diese Form ist der in § 2233 BGB gleichwertig.⁷ Einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters dazu bedarf er nicht (§§ 2271, 2296 Abs. 1 S. 2 BGB). Der gesetzliche Vertreter kann auch nicht anstelle des Minderjährigen den Widerruf vornehmen. Einseitige Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament kann grundsätzlich jeder Ehegatte ebenso widerrufen wie ein einseitiges Testament. Für den Minderjährigen kommen dafür nur die für ihn zugelassenen notariellen Testamentsformen des § 2233 BGB in Betracht, nicht aber die Form des privatschriftlichen Widerruftestaments.

Sonst gibt es noch die Möglichkeit für den Widerrufenden, seine einseitigen (nicht wechselbezüglichen) Verfügungen in der Testamentsurkunde zu streichen (§ 2255 BGB).⁸ Diese Möglichkeit scheidet aber beim Minderjährigen aus, weil er nur in den Formen gemäß § 2233 BGB von Todes wegen (widerrufend) verfügen kann; zudem werden notarielle Urkunden gemäß § 34 BeurkG amtlich verwahrt, sind also regelmäßig für den Minderjährigen nicht zugänglich, so dass er in der Testamentsurkunde auch keine Streichungen vornehmen kann.

Das **gemeinschaftliche Testament im Ganzen** kann nur durch beide Ehegatten widerrufen werden, wobei sich die Möglichkeiten der Gatten – wie bei der Errichtung – durch die Minderjährigkeit des einen Teils beschränken. So kommt nur ein gemeinschaftliches neues Testament in den Formen des § 2233 BGB mit einem Widerruf des vorhergehenden Testaments oder mit neuen, widersprechenden Verfügungen (§ 2258 BGB) in Betracht.

Seit dem 22.7.2017, dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinder-ehen (siehe Rdn 1), können nur unbeschränkt geschäftsfähige Personen einen Erbvertrag abschließen (§ 2275 BGB). Das war vor diesem Termin anders (§ 2275 Abs. 2 und 3 BGB a.F.). War von den Ehegatten einer volljährig, der andere minderjährig und haben sie ein gemeinschaftliches notarielles Testament gemacht (siehe Rdn 2), so konnten sie es – auch wenn der eine Teil immer noch minderjährig war – bis zum genannten Termin durch einen Erbvertrag ganz oder teilweise widerrufen (§ 2289 BGB). Das geht seit diesem Termin nicht mehr.

Ein gemeinsames Vernichten der Testamentsurkunde des gemeinschaftlichen Testaments (§ 2255 BGB) ist und war nicht möglich, da das gemeinschaftliche notarielle Testament der Eheleute amtlich verwahrt wird, dem Zugriff der Testierenden also entzogen ist (siehe Rdn 1). Sie können es – auch wenn der eine Teil noch

7 Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2271 Rn 10.

8 Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2255 Rn 5.

minderjährig ist⁹ – gemeinsam aus der amtlichen Verwahrung zurücknehmen und es dadurch widerrufen (§§ 2272, 2256 BGB); zur Rücknahme eines Testaments genügt die beschränkte Testierfähigkeit. Eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nicht vorgesehen. Er kann auch nicht anstelle des (immer noch) Minderjährigen handeln. Eine Genehmigung des Familiengerichts ist nicht vorgesehen.

⁹ Diese Möglichkeit, noch als Minderjähriger einen gültiges Minderjährigen-Testament zu widerrufen, läuft mit dem 22.7.2017 aus.

2. Kapitel: Der Minderjährige und der Erbvertrag

§ 2 Der Minderjährige als Erbvertrag-Erblasser

Der **16-jährige Minderjährige** kann zwar ein Testament errichten (siehe Rdn 1), **aber als Erblasser keinen Erbvertrag** abschließen (§ 2275 BGB). 5

Aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 (BGBl I S. 1429) können nur noch unbeschränkt Geschäftsfähige Erbverträge abschließen (§ 2275 BGB n.F.).¹ Die folgenden Ausführungen gelten also nur noch für Erbverträge, die **vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 22.7.2017** abgeschlossen wurden. Sie sind wegen der Gesetzesänderung nicht unwirksam geworden.

War der wenigstens 16 Jahre alte Minderjährige verheiratet, so konnte er **als Erblasser mit seinem volljährigen Ehegatten** einen Erbvertrag schließen (§ 2275 Abs. 2 BGB a.F.). Grundsätzlich war auch **vor dem 22.7.2017** zur Eheschließung die volle Geschäftsfähigkeit erforderlich, aber gem. § 1303 Abs. 2 BGB a.F. konnte das Familiengericht Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit erteilen, wenn der Minderjährige 16 Jahre alt und sein Ehegatte volljährig war. Der Gesetzgeber hatte solche „beschränkte Erbvertragsfähigkeit“ geschaffen, weil Erbverträge häufig mit Güterrechtsverträgen verbunden werden. Dabei muss der Gatte nicht als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht werden; dies können, wie immer, auch Dritte sein. 6

Auch ein Minderjähriger, der unter 16 Jahre alt ist, kann sich (auch heute noch) **verloben**, wenn er die nötige Einsichtsfähigkeit hat und die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters besitzt.² 7

Solch **minderjähriger Verlobter** konnte **vor dem 22.7.2017 als Erblasser** mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters einen Erbvertrag schließen (§ 2275 Abs. 3 BGB a.F.). Es konnte so z.B. auch eine 15-jährige junge Frau als Erbvertrags-Erblasserin mit ihrem 16-jährigen Verlobten einen Erbvertrag abschließen. Die Grenze der Testierfähigkeit von 16 Jahren (siehe Rdn 1) konnte also durch einen Erbvertrag noch unterschritten werden. Der Verlobte des minderjährigen, noch nicht 16 Jahre alten Erbvertrag-Erblassers, also der Vertragspartner, der die Erklärungen im Erbvertrag entgegennahm, braucht – auch heute – nicht voll geschäftsfähig zu sein, es genügt, dass er geschäftsbeschränkt ist. War der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen, dessen Zustimmung zum Erbvertrag erforder-

1 Aus dem Fehlen einer Regelung – nach Streichung der Abs. 2 und 3 BGB – soll nicht der Schluss gezogen werden, dass die allgemeinen Regeln gelten und der Geschäftsbeschränkte mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB) einen Erbvertrag schließen kann; *Schwab*, FamRZ 2017, 1369, 1372.

2 MüKo/Roth, BGB, 7. Aufl., § 1297 Rn 8.

lich war, ein Vormund, so brauchte dieser die Genehmigung des Familiengerichts (§ 2275 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.). Der Begünstigte des minderjährigen Erbvertrags-Erblassers muss nicht der andere Verlobte sein, es können also auch ausschließlich Dritte bedacht werden.

- 8 Die **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** zum Erbvertrag des minderjährigen Ehegatten oder Verlobten konnte **vor dem 22.7.2017** gem. § 182 Abs. 2 BGB auch formlos erteilt werden; sie sollte aber zu Beweis Zwecken wenigstens schriftlich erfolgt sein. Dementsprechend durfte ein **Notar** die Beurkundung des Erbvertrags, den ein minderjähriger Ehegatte oder Verlobter schließen wollte, nicht mit dem Hinweis auf § 11 BeurkG verweigern; er musste indes gem. § 17 Abs. 2 BeurkG auf die fehlende Genehmigung hinweisen.³ Die Genehmigung konnte im Übrigen durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen diesem gegenüber als auch dem Vertragspartner gegenüber erteilt werden (§ 182 Abs. 1 BGB).⁴ Die Zustimmung des wegen Fehlens der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksamen Erbvertrags konnte sowohl vor Abschluss des Erbvertrages erteilt werden als auch nach dessen Zustandekommen erfolgen und heilte dann den Erbvertrag, sie machte den schwebend unwirksamen Erbvertrag rückwirkend wirksam (§ 184 Abs. 1 BGB).
- 9 Ob auch **nach dem Tode des minderjährigen Erblassers** noch die Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter erteilt werden konnte, erscheint ausgeschlossen, weil dann die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen von einem Dritten, dem gesetzlichen Vertreter, abhinge, was dem Rechtsgedanken des § 2065 Abs. 1 BGB widerspricht.⁵ Die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen darf nicht von der Entscheidung eines Dritten abhängig sein.⁶ Auch die Rechtsprechung nimmt einen Schwebezustand nicht hin,⁷ obgleich der Vertragsgegner ihn nach § 108 Abs. 2 BGB alsbald beenden könnte. Die beim Vormund als gesetzlichem Vertreter nach § 2275 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. erforderliche Genehmigung des Familiengerichts durfte nach dem **Tode des Minderjährigen** nicht mehr erteilt werden.⁸ Eine dennoch in Unkenntnis des Todes erteilte Genehmigung war wirkungslos. War sie vor dessen Tod erteilt, so bestehen Bedenken, ob der Vormund sie noch dem Verlobten oder Ehegatten des verstorbenen Erblassers gemäß § 1829 BGB bekanntgeben konnte, so dass sich in diesem Fall die Erbfolge rückwirkend (§ 184 BGB entsprechend), also nach dem Tod des Minderjährigen, noch änderte. Auch dies ist abzulehnen.

3 Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2275 Rn 7; *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 12.

4 *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 12.

5 *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 11.

6 Vgl. MüKo/*Musielak*, BGB, 7. Aufl., § 2275 Rn 8; Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2275 Rn 8.

7 Vgl. BGH NJW 1978, 1159.

8 BayObLGZ 1964, 349 = FamRZ 1965, 101; KG JW 1938, 2142.

Der **Tod des Vertragsgegners**, der selbst nicht von Todes wegen im Erbvertrag verfügt hat, hat keinen Einfluss auf den bereits abgeschlossenen Erbvertrag. Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters des Erblassers konnte nicht nur dem Vertragsgegner, sondern auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden (§ 182 Abs. 1 BGB).⁹ Die h.M. vertritt in solchen Fällen demgegenüber die Auffassung, dass eine Genehmigung nicht mehr möglich sei, weil ein Schwebezustand nicht hinnehmbar sei, es müsse die Erbfolge feststehen (vgl. Rdn 9).¹⁰ Eine Aufhebung des Erbvertrags ist freilich nicht mehr möglich (§ 2290 Abs. 1 BGB).

Der **minderjährige Erblasser** kann den mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksamen Erbvertrag nach Erreichen der Volljährigkeit auch selbst formlos **genehmigen**.¹¹ Dies ist aber dann unmöglich, wenn der Vertragspartner in demselben Erbvertrag auch von Todes wegen verfügt hat und zwischenzeitlich gestorben ist (siehe Rdn 8 und 9).

Häufig hat **vor dem 22.7.2017** nicht nur der Minderjährige als Erblasser den Erbvertrag geschlossen, sondern es hat auch sein Verlobter oder Ehegatte vertraglich als Erblasser von Todes wegen verfügt (**zweiseitiger Erbvertrag**). Starb nunmehr der Gatte des Minderjährigen vor Genehmigung des Vertrags auf Seiten des Minderjährigen, so wurde die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des inzwischen Volljährigen nicht als wirksam angesehen; die Rechtsprechung des BGH billigte hier keinen Schwebezustand,¹² weil dann die Genehmigung oder deren Verweigerung auch die Gültigkeit oder Nichtigkeit der Verfügung des anderen Vertragschließenden nach sich zog (§ 2298 Abs. 1 BGB).¹³ Dem ist entgegenzuhalten, dass das Gesetz in § 2290 Abs. 3 BGB a.F. – wie auch § 2290 Abs. 3 BGB n.F. – offensichtlich einen Schwebezustand grundsätzlich in Kauf nimmt (vgl. Rdn 23). Auch gibt es im Übrigen zahlreiche „Schwebezustände“ im Erbrecht.

Gemäß § 2299 BGB kann jeder der Vertragschließenden **in einem Erbvertrag** auch **einseitig jede Verfügung** treffen, die durch Testament getroffen werden kann. Streitig ist, ob sich die Verweisung in § 2299 BGB auf das Testament sowohl auf das formelle und materielle, oder nur auf das materielle Testamentsrecht bezieht. Wenn man der erstgenannten Meinung folgt,¹⁴ dann musste der minderjährige Erbvertrag-Erblasser mindestens testierfähig, d.h. 16 Jahre alt sein (vgl.

⁹ Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2275 Rn 11.

¹⁰ Vgl. *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 13.

¹¹ *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 13.

¹² Vgl. BGH NJW 1978, 1159; a.A. wohl noch BayObLGZ 1959, 370 = NJW 1960, 577, 578.

¹³ Für Nichtigkeit: Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 7. Aufl., § 2275 BGB Rn 9; *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2275 Rn 13; a.A. NK-BGB/*Kornexel*, 2. Aufl., § 2275 Rn 27 ff.

¹⁴ H.M. vgl. Soergel/*Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2299 BGB Rn 4; MüKo/*Musielak*, BGB, 7. Aufl., § 2299 Rn 4.

§ 2229 BGB). Zwar konnte der unter 16 Jahre alte Verlobte (vgl. Rdn 7) im Erbvertrag Erbeinsetzungen vornehmen, Vermächtnisse anordnen und Auflagen machen (vgl. § 2278 Abs. 2 BGB); er würde aber nach dieser Ansicht z.B. keine Testamentsvollstreckung anordnen können, weil diese nicht mit Bindungswirkung möglich ist. Ein einheitliches Vertragswerk wäre so nicht möglich gewesen. Dementsprechend musste der Gegenmeinung gefolgt werden, dass in § 2299 BGB hinsichtlich des Inhalts und der Wirkungen auf das Testamentsrecht verwiesen wird.¹⁵

- 14 **Wird mit dem Erbvertrag ein anderer Vertrag verbunden** (vgl. § 34 Abs. 2 Hs. 2 BeurkG), so ist der Parteiwille dafür maßgeblich, ob es sich nur um die äußere Zusammenfassung zweier rechtlich selbstständiger Verträge handelt, oder ob eine Einheit im Sinne des § 139 BGB gewollt ist.¹⁶ Übernahm bei Vorhandensein solcher Einheit der Minderjährige rechtliche Nachteile,¹⁷ dann bedurfte der ganze Vertrag nicht nur der Form des Erbvertrags,¹⁸ sondern auch insoweit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und eventuell auch des Familiengerichts gemäß §§ 1821, 1822 BGB.
- 15 **Starb der minderjährige Erbvertrag-Erblasser** vor Erteilung der gerichtlichen Genehmigung, so war für die Erteilung der Genehmigung kein Raum mehr (siehe Rdn 9); eine in Unkenntnis des Todes erteilte gerichtliche Genehmigung ist wirkungslos (vgl. Rdn 9). Während im Allgemeinen das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft vom Erben des Minderjährigen genehmigt werden konnte,¹⁹ schied hier der Übergang des Rechts zur Genehmigung auf dessen Erben aus, weil der Erbvertrag nur höchstpersönlich abgeschlossen werden kann (§ 2274 BGB) und in Konsequenz auch nur vom gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen (§ 2275 Abs. 2 S. 2 BGB) genehmigt werden konnte. Der gesetzliche Vertreter konnte auch durch die Mitteilung der vor dem Tod des Minderjährigen erteilten gerichtlichen Genehmigung an den Gegner gemäß § 1829 BGB den Vertrag nicht wirksam machen.²⁰ War die gerichtliche Genehmigung aber schon vor dem Tod erteilt und wirksam geworden (§ 40 Abs. 2 FamFG), so ist zu berücksichtigen, dass deren Mitteilung an den Gegner gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB auf den Vertragsschluss analog § 184 BGB zurückwirken würde. So könnte durch die

15 *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2299 Rn 11.

16 *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., vor § 2274 Rn 39; MüKo/*Musielak*, BGB, 7. Aufl., vor § 2274 BGB Rn 18 ff.; Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, vor § 2274 BGB Rn 8.

17 Z.B. der Verfügungsunterlassungsvertrag nebst Absicherungen.

18 Im Einzelnen str., vgl. *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2276 Rn 36 ff.

19 Vgl. Staudinger/*Veit*, BGB, 2014, § 1829 Rn 51.

20 Etwas anderes soll gemäß §§ 1893, 1698a BGB dann gelten, wenn der gesetzliche Vertreter die Mitteilung in Unkenntnis des Todes macht und der Gegner dies ebenfalls nicht weiß, ohne fahrlässig zu handeln; vgl. Staudinger/*Veit*, BGB, 2014, § 1829 Rn 52.

Mitteilung oder deren Unterlassen noch vom gesetzlichen Vertreter des Verstorbenen die Erbfolge manipuliert werden. Dagegen bestehen Bedenken (siehe Rdn 8).

Einen **Aufhebungsvertrag des Erbvertrags** (§ 2290 BGB) kann der Erblasser **16** nur persönlich schließen. War der Erbvertrag-Erblasser ein Minderjähriger, so bedurfte er dazu nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 2290 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.); die Aufhebung des Vertrags befreit von der Bindung an den Vertrag, und das ist rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB.²¹ Deshalb gilt: Ist der Minderjährige nach dem 22.7.2017²² noch immer minderjährig, so kann er den gültigen Erbvertrag aufheben, dies also trotz Aufhebung des § 2290 Abs. 2 S. 2 BGB. Ist er volljährig, so kann er ihn nach den allgemeinen Regeln aufheben.

Ist mit dem Erbvertrag ein **anderer Vertrag im Sinne** von § 139 BGB verbunden **17** (siehe Rdn 14), so kann der Minderjährige auch dann den Aufhebungsvertrag allein abschließen. Das gilt auch, wenn durch die Aufhebung des Erbvertrags das gesamte zusammengesetzte Vertragswerk nichtig wird (siehe Rdn 18). In der Regel werden freilich die Folgen der Aufhebung des Erbvertrags für den anderen Vertragsteil vertraglich geregelt sein, bedurften dann aber eventuell der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§§ 107 ff. BGB) und der Genehmigung des Familiengerichts (§§ 1821 ff. BGB). Auch hier stellt sich die Frage, ob nach dem Tode des Minderjährigen noch durch eine Genehmigung des gesetzlichen Vertreters dem Aufhebungsvertrag Wirksamkeit verschafft werden kann (siehe Rdn 14).

Aufgrund eines vorbehaltenen **Rücktrittrechts** (§ 2293 BGB) oder aufgrund Ge- **18** setzes (§§ 2294 ff. BGB) konnte der beschränkt geschäftsfähige Erblasser vom Erbvertrag zurücktreten (vgl. § 2296 Abs. 1 BGB a.F.). Nach den allgemeinen Regeln würde er dazu die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters benötigen (§ 111 BGB). Aber für den beschränkt geschäftsfähigen (wenigstens 16 Jahre alten oder verlobten bzw. verheirateten) Minderjährigen – und nur solcher konnte einen Erbvertrag abschließen (siehe Rdn 5 und 7) – machte das Gesetz eine Ausnahme: er bedurfte nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 2296 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Der gesetzliche Vertreter kann ihn dabei nicht einmal vertreten (§ 2296 Abs. 1 S. 1 BGB), weil der Rücktritt höchstpersönlich ist. Ist der minderjährige Erbvertrag-Erblasser nach dem 22.7.2017²³ immer noch minderjährig, so kann er bis zum Erreichen der Volljährigkeit zurücktreten, wenn sein gesetzlicher Vertreter dem zustimmt; § 111 BGB untersagt den Rücktritt ohne Zustimmung. Stimmt der gesetzliche Vertreter zu, so kann der Minderjäh-

21 Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2290 BGB Rn 11.

22 Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 BGBl I S. 2429, in Kraft getreten am 22.7.2017.

23 Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl I S. 1429.

rige den ihm rechtlich vorteilhaften Rücktritt (vgl. § 197 BGB) höchstpersönlich erklären, der gesetzliche Vertreter könnte ihn dabei nicht vertreten. Wenn die anderen Voraussetzungen gegeben sind, so kann er als Volljähriger den Rücktritt erklären.

- 19 Ist der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag im Sinne des § 139 BGB verbunden (siehe Rdn 14), so wird durch den Rücktritt auch dieser Teil des einheitlichen Vertrags unwirksam; dennoch verbleibt es beim höchstpersönlichen Rücktrittsrecht des Geschäftsbeschränkten, weil ihm durch die Verbindung mit dem anderen Vertrag sein Recht hinsichtlich des Erbvertrags nicht genommen werden darf.²⁴
- 20 Nimmt der durch Erbvertrag **vertraglich gebundene minderjährige Erblasser eine Schenkung** in Beeinträchtigungsabsicht vor, so würde diese unter den Voraussetzungen des § 2287 BGB nach dem Erbfall einen Anspruch gegen den Beschenkten aus ungerechtfertigter Bereicherung auslösen. Solche Schenkung wird bei einem minderjährigen Erblasser selten sein; selbst kann er keine Schenkung machen, weil diese für ihn rechtlich nachteilig wäre (§ 107 BGB). Der gesetzliche Vertreter kann im Namen des Minderjährigen keine Schenkung vornehmen, weil § 1641 BGB Schenkungen der Eltern als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen verbieten (Nichtigkeitsfolge), ausgenommen sie entsprechen einer sittlichen Pflicht oder dem Anstand. Entsprechendes gilt für Vormund und Pfleger (§§ 1804, 1915 BGB). Die Vorschriften werden dahin ausgelegt, dass auch der Minderjährige selbst keine Schenkungen mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters machen kann. Da einigermaßen wertvolle Geschenke nur aufgrund einer sittlichen Pflicht vorgenommen werden können, sind kaum Fälle denkbar, in denen einerseits einer sittlichen Pflicht entsprochen, andererseits aber ohne lebzeitiges Verfügungsinteresse (Beeinträchtigungsabsicht) des Erblassers gehandelt wird.

§ 3 Der Minderjährige als Vertragsgegner des Erbvertrag-Erblassers

A. Abschluss des Erbvertrags

- 21 Für den **Vertragsgegner des Erblassers** gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 104 ff. BGB): der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige kann den Erbvertrag selbst abschließen oder sich von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten lassen; der geschäftsunfähige Vertragsgegner muss durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. § 2274 BGB, wonach der Erblasser einen Erbvertrag nur persönlich schließen kann, gilt auch nicht analog für den Vertragspartner, also den Minderjährigen. Näher dazu Rdn 22.

²⁴ Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2296 Rn 5.

Ist der Erblasser ein Elternteil oder zählt er zu den Personen des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB, so scheidet der Abschluss eines Erbvertrags nicht, weil der Minderjährige durch den Vertrag keinen rechtlichen Nachteil (vgl. § 107 BGB) erleidet. Sowohl § 181 BGB wie § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB werden nach heutiger allgemeiner Meinung nicht auf rechtlich vorteilhafte oder rechtlich neutrale Rechtsgeschäfte angewandt. Das gilt bei einem beschränkt geschäftsfähigen Vertragsschließenden ebenso wie für einen geschäftsunfähigen.²⁵

Ist der Minderjährige **beschränkt geschäftsfähig** (§ 106 BGB), so kann er selbst ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Erbvertrag-Vertragsangebot annehmen. Der Minderjährige erlangt dadurch einen rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB, weil der Erblasser nunmehr rechtlich an ihn gebunden ist, der Minderjährige also eine unentziehbare Rechtsposition erlangt. Diese ist auch wirtschaftlich verwertbar: Er kann z.B. die Zustimmung zur Aufhebung des Vertrags von einer Zahlung abhängig machen. Auf den Inhalt des Erbvertrags kommt es also nicht an.

Auch wenn man in der genannten vorteilhaften Rechtsposition keinen rechtlichen Vorteil im Sinne des § 107 BGB erblicken will, sondern ein rechtlich neutrales Rechtsgeschäft annimmt,²⁶ so bedarf der Minderjährige zum Abschluss des Erbvertrags nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, weil man das rechtlich neutrale Rechtsgeschäft wie ein rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft behandelt.²⁷ Auf den Inhalt der Verfügung von Todes wegen soll es nicht ankommen. Nach einer anderen Ansicht kommt es auf den Inhalt des Erbvertrags an. Rechtlich neutral soll das Rechtsgeschäft nur sein, wenn ein Dritter im Erbvertrag bedacht ist;²⁸ vorteilhaft sei der Vertrag, wenn der Minderjährige selbst im Erbvertrag bedacht ist.²⁹ Dies soll auch dann gelten, wenn der zum Erben oder Vermächtnisnehmer bestimmte Minderjährige mit Auflagen, Vermächtnissen oder einer Testamentsvollstreckung beschwert ist, weil diese Anordnungen den Minderjährigen nicht beim Vertragsschluss unmittelbar belasten.

Ist mit dem einseitigen Erbvertrag ein anderer Vertrag im Sinne des § 139 BGB verbunden (vgl. Rdn 14), in dem der Minderjährige selbst Verpflichtungen übernimmt, so erwirbt der Minderjährige durch den Vertragsschluss keinen rechtlichen Vorteil (§ 107 BGB).

25 MüKo/Schmitt, BGB, 7. Aufl. § 105 Rn 31; BGHZ 94, 232.

26 MüKo/Musielak, BGB, 7. Aufl., § 2275 Rn 6; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2275 Rn 4.

27 Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, § 2275 Rn 18; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2275 Rn 4.

28 Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2275 Rn 4.

29 MüKo/Musielak, BGB, 7. Aufl., § 2275 Rn 6.

B. Abschluss eines Aufhebungsvertrages des Erbvertrags

- 23 Einen **Aufhebungsvertrag** zum Erbvertrag (§ 2290 BGB) schließt als Vertragspartner des Erblassers nach den allgemeinen Regeln für den geschäftsunfähigen Minderjährigen dessen gesetzlicher Vertreter. Ist der Minderjährige in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann sein gesetzlicher Vertreter für ihn handeln. Der beschränkt Geschäftsfähige kann nicht selbst den Aufhebungsvertrag schließen, denn in der Bindung des Erblassers an den minderjährigen Vertragspartner liegt auch dann, wenn dieser nicht im Erbvertrag als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht ist, ein rechtlicher Vorteil, auf den der Minderjährige nicht ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters verzichten kann (siehe Rdn 22, 31). Durch die Aufhebung des Erbvertrags verliert der Minderjährige seine unentziehbare Rechtsposition aus dem Erbvertrag (siehe Rdn 22). Auch diejenigen Autoren, die im Abschluss eines Erbvertrags durch einen Minderjährigen als Vertragspartner des Erblassers ein neutrales Rechtsgeschäft erblicken (siehe Rdn 22), verlangen hier grundsätzlich die Zustimmung von dessen gesetzlichen Vertreter.³⁰

Ist der Erblasser der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen, so kann er wegen des § 181 BGB den Minderjährigen als Vertragspartner des Aufhebungsvertrags nicht vertreten; es bedarf eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB). Entsprechendes gilt, wenn Erblasser eine Person im Sinne der § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist.

- 24 Für Aufhebungsverträge, die **vor dem 22.7.2017**³¹ geschlossen wurden, gilt: Stand der minderjährige Vertragsgegner unter elterlicher Sorge oder wurde er von einem Vormund vertreten, so bedurfte der Aufhebungsvertrag zum Erbvertrag der familiengerichtlichen Genehmigung (§ 2290 Abs. 2 BGB a.F.). Das Genehmigungserfordernis entfiel, wenn der Aufhebungsvertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wurde, wenn der minderjährige Vertragspartner unter elterlicher Sorge stand.

Da seit dem 22.7.2017³² kein Minderjähriger mehr heiraten kann und minderjährige Verlobte gemäß § 2275 Abs. 2 BGB a.F. keinen Erbvertrag mehr schließen können, wurde § 2290 Abs. 3 BGB a.F. aufgehoben.

- 25 Auch der Minderjährige, der den Aufhebungsvertrag mit dem Erblasser ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hatte (vgl. § 2290 Abs. 2 BGB a.F.), kann **bei Erreichen der Volljährigkeit** auch nach dem 22.7.2017 seinen Vertrag genehmigen; auch eine zuvor erforderliche familiengerichtliche Genehmigung entfiel dann. Eine Genehmigung des volljährig Gewordenen entfällt, wenn der Erbfall eingetreten ist (vgl. Rdn 23).

30 Staudinger/*Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2290 Rn 12.

31 Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl I S. 1429.

32 Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl I S. 1429.

C. Zustimmung des minderjährigen Vertragspartners zu beeinträchtigenden Schenkungen (§§ 2287, 2288 BGB) des Erblassers

I. Der Minderjährige als bloßer Vertragsgegner des Erblassers

Schenkungen des Erblassers, die in Beeinträchtigungsabsicht vorgenommen werden, lösen nach dem Tod Bereicherungsansprüche des Erbvertrag-Erben gegen den Beschenkten aus (§ 2287 BGB). Der Vertragspartner des Erblassers kann indes einer Schenkung zustimmen und so die Wirkung des § 2287 BGB beseitigen, was jenen Bereicherungsanspruch ausschließt (siehe Rdn 30). 26

Ist der **Minderjährige nur Vertragspartner** des Erblassers, ist er also nicht (zugleich) in dem Erbvertrag bedacht, und stimmt er einer Schenkung des Erblassers an einen Dritten zu, die die Voraussetzungen des § 2287 BGB erfüllen würde, so wird die Bindungswirkung des Erbvertrags teilweise beseitigt. 27

Nach heutiger allgemeiner Meinung **genügt die formlose Zustimmung nicht**, um § 2287 BGB auszuhebeln. Der BGH rückt Zustimmung in die Nähe des Erbverzichts/Zuwendungsverzichts (§ 2352 BGB) und verlangt die Einhaltung der Form des § 2348 BGB,³³ ohne den Erbvertrag-Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) in diesem Zusammenhang näher zu erörtern. Es steht nach dem Gesetz den Vertragspartnern des Erbvertrags für die völlige oder teilweise Aufhebung des Erbvertrags der Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) oder die Aufhebung durch Testament (§ 2291 BGB) zur Verfügung, und nicht der Erbverzichtsvertrag (§§ 2346, 2352 BGB). Demgemäß ist die Zustimmung nicht nur eine einseitige Erklärung, sondern es muss ein **partieller Aufhebungsvertrag** geschlossen werden. 28

Es gibt Unterschiedlichkeiten zwischen Erbverzichtsvertrag und Erbvertrag-Aufhebungsvertrag: Beim Erbverzichtsvertrag verzichtet der Gegner des Erblassers, also der Verzichtende, (ganz oder teilweise) auf sein zukünftiges Erbrecht, wodurch die Testierfreiheit des Erblassers erweitert wird. Beim partiellen Aufhebungsvertrag wird die Verfügungsfreiheit von Todes wegen des Erblassers wieder erweitert und sein Vertragsgegner gibt etwas von seiner Rechtsposition (vgl. Rdn 22) ab.

Der Erbverzichtsvertrag bedarf der Form der notariellen Beurkundung (§ 2348 BGB).

Der Aufhebungsvertrag bedarf der Form des Erbvertrags (§§ 2290 Abs. 4, 2276 BGB); bei der Aufhebung des Erbvertrags durch Testament des Erblassers ist jedenfalls bei Vermächtnis und Auflage möglich, und nur die Zustimmung des Vertragsgegners gemäß § 2291 Abs. 2 BGB bedarf der Form der notariellen Beur-

33 BGHZ 108, 252;

kundung. Die Zustimmung der im Erbvertrag bedachten Personen ist nicht erforderlich.³⁴

- 29 Die **Vertretung des Minderjährigen** durch seinen gesetzlichen Vertreter beim Abschluss des Aufhebungsvertrags, der die Zustimmung zur beeinträchtigenden Schenkung (§ 2287 BGB) enthält, ist dann erforderlich, wenn der Minderjährige geschäftsunfähig ist. Ist er geschäftsbeschränkt, so kann er als Gegner des Erblassers/Schenkenden den Vertrag **nicht selbst abschließen**, weil für ihn die Zustimmung zur Schenkung des Erblassers als Abschluss eines partiellen Aufhebungsvertrags zum Erbvertrag kein rechtlich neutrales Geschäft darstellt (siehe Rdn 23).

Zwar geht die Schenkung nicht zu Lasten des zustimmenden Minderjährigen, sondern zu Lasten des erbvertraglich bedachten Erben, der nur eine Erberwartung, aber kein Recht auf einen Nachlassgegenstand hat.³⁵ Aber die Rechtsposition des minderjährigen Vertragspartners (siehe Rdn 22) wird nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich geschmälert, so dass er nach diesseitiger Ansicht die Zustimmung/Aufhebungsvertrag kein rechtlich neutrales Geschäft (siehe Rdn 23) ist, und der geschäftsbeschränkte Minderjährige gem. § 107 BGB der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf.

Die hier abgelehnte Gegenmeinung, die in dem Abschluss des Erbvertrags für den minderjährigen Vertragspartner keinen rechtlichen Vorteil erblickt, sondern ein rechtlich neutrales Geschäft, in der Aufhebung des Erbvertrags hingegen einen rechtlichen Nachteil für den minderjährigen Vertragspartner sieht, wird bei der Zustimmung des Vertragspartners zu einer Schenkung des Erblassers die Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter fordern (§ 107 BGB).

II. Der Minderjährige als Bedachter eines Erbvertrags und/oder als Vertragsgegner

30 Beispiel

Der Onkel Otto hat in einem Erbvertrag, den er mit seiner Frau geschlossen hat, seinen 14 Jahre alten Neffen Max zum Alleinerben eingesetzt. Nun will Otto eines seiner Grundstücke an seinen anderen Neffen Norbert, der 16 Jahre alt ist, verschenken. Max soll dem zustimmen.

34 Der minderjährige Vertragsgegner, der den Erbvertrag-Aufhebungsvertrag **vor dem 22.7.2017** abschloss, bedurfte nach § 2290 Abs. 3 BGB a.F. der Genehmigung des Familiengerichts, es sei denn der Erblasser war sein Ehegatte oder Verlobter, dann war der Aufhebungsvertrag genehmigungsfrei (§ 2290 Abs. 3 BGB a.F.). Dasselbe galt für dessen Zustimmung zu einem aufhebenden Testament (§ 2291 Abs. 1 BGB), z.B. auch des noch minderjährigen Testierenden (§ 2229 Abs. 1 BGB).

35 Eingehend zum Streit um das Wesen des Erbvertrags *Jörg Mayer* in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., vor §§ 2274 ff. Rn 8 und 9.

Durch die Zustimmung des minderjährigen Erben (Max), der **im Erbvertrag bedacht**, aber **nicht Vertragspartner** des Erbvertrags ist, zu einer beeinträchtigenden Schenkung des Erblassers an einen Dritten (Norbert) wird die Rechtsposition des Minderjährigen (Max) geschmälert, weil das Grundstück nicht mehr zum späteren Nachlass gehört. Er kann, da er nicht Vertragspartner des Erblassers ist, keinen Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) abschließen. Da er nicht auf seine (ganze) Erbeinsetzung im Erbvertrag durch Erbverzichtsvertrag verzichtet (§§ 2346, 2352 BGB) – auf einen einzelnen Nachlassgegenstand kann er nicht nach § 2346 ff. BGB verzichten –, scheidet ein Zuwendungsverzichtvertrag aus. Aber wegen seiner Minderung der Rechtsposition (siehe Rdn 23) steht seine Zustimmung zur Schenkung des Erblassers an einen Dritten (Norbert) einem **partiellen Erbverzicht/Zuwendungsverzicht** „materiell gleich“: Die Zustimmung zur beeinträchtigenden Schenkung des Erblassers (§ 2287 BGB) bedeutet – für den Fall der Berufung zum Erben (Max) –, auf einen eventuell später bestehenden bereicherungsrechtlichen **Anspruch nach § 2287 BGB zu verzichten**. Der Erlass einer (zukünftigen) Forderung (§ 399 BGB) kann formlos erfolgen. Dennoch folgt die heutige h.M. nicht solcher Rechtsprechung des Reichsgerichts und lässt keine formlose Zustimmung des Bedachten zur Schenkung des Erblassers, die jenen Bereicherungsanspruch ausschließt, genügen,³⁶ sondern betont die materielle Gleichheit mit einem **Zuwendungsverzicht** (§ 2352 BGB) und verlangt die Beachtung der **Form der §§ 2352, 2348 BGB**.³⁷

Ausgehend von der zuvor genannten Rechtsansicht: Wegen der materiellen **Gleichwertigkeit mit einem Zuwendungsverzicht** (§ 2352 BGB) kann der Minderjährige (Max), der seiner Benachteiligung für den Erbfall durch die beeinträchtigende Schenkung des Erblassers an einen Dritten (Norbert) zustimmt, wenn er geschäftsunfähig ist, diese Zustimmung zur Schenkung nur durch seinen gesetzlichen Vertreter erklären (§ 104 BGB). Ist der minderjährige Max – wie hier – geschäftsbeschränkt, so kann er die Zustimmung zur beeinträchtigenden Schenkung selbst nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters durch Abschluss eines Verzichtsvertrags erklären (§ 107 BGB).³⁸ Er kann aber auch beim Abschluss des Vertrags, der seine Zustimmung enthält, durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Es spielt keine Rolle, ob der Verzichtende durch seine Eltern oder einen Vormund vertreten wird, er bedarf der Genehmigung des Familiengerichts analog § 2347 Abs. 1 BGB.

§§ 1641, 1803 BGB, wonach Eltern und Vormund aus dem Kindesvermögen keine Schenkungen machen können, es sei denn, sie entsprächen einer sittlichen Pflicht, steht solchem Verzicht nicht entgegen, weil die Vorschriften nur gegen-

36 RGZ 134, 325, 327

37 Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2287 Rn 48 u. § 2289 Rn 59; BGHZ 108, 252 = NJW 1989, 2618.

38 Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2347 Rn 11.

wärtiges Vermögen von Minderjährigen und nicht künftiges Vermögen, als Erbschaft erhofftes Vermögen, des Kindes schützen.

- 32 Diese Rechtsprechung des BGH steht im Gegensatz zu einer Rechtsprechung des BGH,³⁹ die sich für die Frage des Erfordernisses einer gerichtlichen Genehmigung bei §§ 1821, 1822 BGB zu einer formalen Auslegung bekennt: Vom Gesetz werden unstreitig nicht alle wirtschaftlich bedeutsamen Geschäfte einem Genehmigungszwang unterworfen. Im Interesse der Rechtsklarheit dürfe man keinesfalls durch Auslegung und erst recht nicht durch Analogie zu einer unübersehbaren Zahl von genehmigungspflichtigen Geschäften gelangen, etwa unter dem Auslegungsziel „Schutz des Minderjährigen.“⁴⁰ Für das Erfordernis von gerichtlichen Genehmigungen gibt es ein Enumerationsprinzip.⁴¹ Die vom BGH hier vorgenommene Analogie, die eine gerichtliche Genehmigungspflicht für die Zustimmung zur Schenkung im Zusammenhang mit § 2287 BGB auslöst, dürfte deshalb als zeitlich überholt anzusehen sein.⁴²

33 Beispiel

Der Onkel Otto hat in einem Erbvertrag, den er mit seinem 14 Jahre alten Neffen Max geschlossen hat, diesen zum Alleinerben eingesetzt. Nun will Otto ein Grundstück an seinen anderen Neffen Norbert, der 16 Jahre alt ist, verschenken. Max soll dem zustimmen.

Die Zustimmung eines Minderjährigen zu einer beeinträchtigenden Schenkung des Erblassers an einen Dritten (§ 2287 BGB), wenn er nicht nur **Bedachter des Erbvertrags**, sondern zugleich auch **Vertragspartner des Erblassers** ist: Es kann der Vertragspartner des Erblassers nach h.M. keinen Erbverzicht (§§ 2346 ff. BGB) leisten, weil der Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) Vorrang hat.⁴³ Eine Anwendung des § 2352 BGB (Zuwendungsverzichtvertrag) scheidet damit aus.⁴⁴ Dieser Umstand spricht auch gegen eine analoge Anwendung der Vorschrift (siehe Rdn 30, 31). Dennoch steht nach Ansicht des BGH diese Zustimmung zur beeinträchtigenden Schenkung einem partiellen Erbverzicht gleich; der gesetzgeberische Zweck des § 2347 Abs. 1 BGB erfordere deshalb die Anwendung dieser Vorschrift: Die Zustimmung des Familiengerichts gemäß §§ 2352, 2347 BGB sei auch erforderlich.⁴⁵

39 BGHZ 38, 26, 28; BGHZ 52, 316, 319; BGHZ 92, 259.

40 Vgl. BGHZ 97, 259; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., vor §§ 1821, 1822 Rn 9.

41 Staudinger/Veit, BGB, 2014, vor §§ 1821, 1822 Rn 3.

42 Kritisch auch Jörg Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2287 Rn 49.

43 Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2352 Rn 14.

44 Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2352 Rn 14; Damrau, FamRZ 1991, 552; Ivo, ZEV 2003, 101, 102.

45 BGHZ 83, 44, 49 = NJW 1982, 1100.

Folgt man der hier bevorzugten Gegenansicht, dann kann der Minderjährige als Vertragspartner des Erblassers den Erbvertrag teilweise aufheben (§ 2290 BGB), also abändern, indem er der beeinträchtigenden Schenkung des Erblassers zustimmt. Zu den weiteren Erfordernissen siehe Rdn 28 und 29.

Es bedurfte also für die Zustimmung des Minderjährigen als partielle Aufhebung des Erbvertrags **bis zum 22.7.2017**⁴⁶ der Genehmigung des Familiengerichts gemäß § 2290 Abs. 3 S. 1 BGB a.F., es sei denn, dass der Erbvertrag-Erblasser der Ehegatte oder Verlobte des Minderjährigen war (§ 2290 Abs. 3 S. 2 BGB a.F.).

Seit dem 22.7.2017 braucht der Gegner des Erblassers für den Abschluss eines Erbvertrag-Aufhebungsvertrags keine familiengerichtliche Genehmigung.

46 Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017, BGBl I S. 1429.

3. Kapitel: Der zum Erben berufene Minderjährige

§ 4 Annahme der Erbschaft

Die **Annahme der Erbschaft** ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die (nur) das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft verloren geht. Eltern als gesetzliche Vertreter sind durch das Gesetz nicht darin beschränkt, die Annahme der Erbschaft zu erklären; sie bedürfen dazu keiner Genehmigung des Familiengerichts,¹ nicht einmal dann, wenn sie selbst dieselbe Erbschaft zuvor ausgeschlagen haben. Es handelt sich bei der Annahme für ihr Kind um kein Rechtsgeschäft gegenüber dem Kind als von ihnen Vertretenen (vgl. § 181 BGB), so dass es keiner Bestellung eines Pflegers bedarf. Wo der Nachlass unübersichtlich ist, sollte der gesetzliche Vertreter mit der Annahme der Erbschaft Zurückhaltung üben; eine vorschnelle Annahme bei später festgestellter Überschuldung des Nachlasses kann zur Haftung des gesetzlichen Vertreters dem Kind gegenüber führen (§ 1664 Abs. 2 BGB), da nicht alle für den Minderjährigen entstehende Nachteile durch eine Beschränkung der Haftung des Minderjährigen auf den Nachlass (§§ 1975 ff. BGB) und erst recht nicht durch die Minderjährigenhaftungsbeschränkung gem. § 1629a BGB (siehe Rdn 191 ff.) ausgeglichen werden. Zu verweisen ist auch auf die Anfechtung der Annahme (siehe Rdn 68 ff.).

34

Der geschäftsbeschränkte Minderjährige kann die Annahme der Erbschaft **nicht selbstständig** erklären, weil ihm dies rechtlich nachteilig i.S.v. § 107 BGB ist: Er verliert sein Recht zur Ausschlagung (obgleich ihm die Erbschaft auch ohne Zutun mit Ablauf der Ausschlagungsfrist anfällt).² Mit vorheriger Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters kann der geschäftsbeschränkte Minderjährige die Erbschaft „annehmen“, weil der gesetzliche Vertreter mit seiner vorherigen Zustimmung schon die Annahme erklärt hat;³ eine nachträgliche Genehmigung der Annahme durch den gesetzlichen Vertreter scheitert an § 111 BGB. Verfügt der Minderjährige vor wirksamer Annahme der Erbschaft durch Vertrag über einen Nachlassgegenstand, so ist dieses Geschäft gem. § 108 BGB schwebend unwirksam. Genehmigt der gesetzliche Vertreter das Geschäft, so erlangt es rückwirkend Gültigkeit (§ 184 Abs. 1 BGB). Die in der Verfügung liegende **schlüssige Annahme** der Erbschaft erfolgt dennoch nicht mit Rückwirkung, da diese als einseitiges Rechtsgeschäft vorheriger Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf

35

1 OLG Koblenz FamRZ 2008, 1031.

2 Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1943 Rn 11a.

3 Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1943 Rn 11a.

(vgl. § 111 BGB); erst in der Genehmigung liegt eine Annahme der Erbschaft, die keinem Dritten gegenüber erklärt zu werden braucht (siehe Rdn 35).⁴

- 36 Ist ein **Elternteil neben seinem minderjährigen** Kind zum Erben berufen, so kann er für sich und das Kind zugleich die Annahme der Erbschaft erklären; § 181 BGB steht dem nicht entgegen, da die Erklärungen nicht gegenüber einem anderen (Kind gegenüber Eltern und umgekehrt) erfolgen, sondern als nicht-empfangsbedürftig „gleichgerichtet“ im Sinne der Rechtsprechung (ohne Empfänger) sind.⁵ Entsprechendes gilt, wenn der gesetzliche Vertreter auch minderjährige Geschwister des Minderjährigen vertritt.
- 37 Der Erblasser kann anordnen (siehe Rdn 141 ff.), dass Vermögen, das einem Minderjährigen anfällt, nicht von dessen gesetzlichen Vertreter verwaltet wird (§ 1638 Abs. 1 BGB); der Erblasser kann darüber hinaus die Person benennen (§ 1917 BGB), die anstelle des gesetzlichen Vertreters dann die angefallene Erbschaft als **Vermögenspfleger** (§ 1909 Abs. 1 S. 2 BGB) verwaltet.

Der gesetzliche Vertreter kann in solchem Fall die Erbschaft weder annehmen noch ausschlagen, da dies Aufgabe des Pflegers ist; auch für die Ausschlagungsfrist ist dessen Person maßgeblich (siehe Rdn 44 und Rdn 148).

§ 5 Ausschlagung der Erbschaft des Minderjährigen

- 38 Die Ausschlagung der Erbschaft erfolgt durch Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlassgericht; sie kann auch zur Niederschrift des Nachlassgerichts erfolgen (§ 1945 Abs. 1 BGB). Die **Frist für die Ausschlagung** beträgt 6 Wochen (§ 1944 Abs. 1 BGB). Sie beträgt 6 Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland hatte oder wenn sich der Erbe bei Fristbeginn (siehe Rdn 42 ff.) im Ausland aufhält (§ 1944 Abs. 3 BGB).
- 39 Der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige kann die Erbschaft nicht ausschlagen, weil er diese dann verliert – ein rechtlicher Nachteil (§ 107 BGB). Worauf kommt es nun an, wenn sich Vater oder Mutter oder Kind bei Fristbeginn (zu unterscheiden vom Zeitpunkt des Erbfalls; siehe Rdn 42 ff.) im **Ausland aufhalten** (zu unterscheiden vom Wohnsitz im Ausland)? Maßgeblich ist der Aufenthalt des gesetzlichen Vertreters, nicht der des Kindes.⁶ Dabei ist die längere Frist maßgeblich (vgl. Rdn 40 ff.). Dabei wird hier die deutsche **Staatsangehörigkeit des Erblassers** als Erbstatut angenommen, weil sich die Ausschlagung einschließ-

4 Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1943 Rn 11a; a.A. Planck/Flad, BGB, 4. Aufl. 1930, § 1943 Bem. 4.

5 BayObLGZ 1953, 261, 266.

6 Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1944 Rn 5; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1944 Rn 4.

lich Frist, Empfangsbedürftigkeit und Anfechtbarkeit dann nach deutschem Recht bestimmt.⁷

Heute werden bei **Getrenntleben der Eltern** und nach der Scheidung der Ehe der Eltern die Kinder grundsätzlich weiterhin von beiden Elternteilen gemeinschaftlich vertreten (§ 1629 BGB). Gleiches gilt grundsätzlich auch bei niemals miteinander verheirateten Eltern. Wie also verhält es sich, wenn nur ein Elternteil bei Fristbeginn im Ausland weilt? 40

Beispiel

Die Mutter ist mit dem Kind nach Italien verzogen, der Vater lebt weiter in Deutschland. Der Onkel des Kindes, der die deutsche Staatsangehörigkeit hatte und zuletzt in Deutschland lebte, hat das Kind zu seinem Erben bestimmt.

Gerade in solchem Fall braucht es mehr Zeit zur Bildung eines übereinstimmenden Willens beider Elternteile; daher ist die längere Ausschlagungsfrist von 6 Monaten angemessen. Der Rechtsgedanke der § 1629 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BGB, § 171 Abs. 3 ZPO, es komme nur auf einen Elternteil an, und zwar denjenigen, bei dem sich das Kind aufhält, greift hier nicht Platz. 41

Die **Ausschlagungsfrist beginnt**, wenn der Erbe vom Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung zum Erben Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2 S. 1 BGB); bei der Berufung durch Verfügung von Todes wegen beginnt die Frist nicht vor Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht (§ 1944 Abs. 2 S. 2 BGB). 42

Bei einem Minderjährigen als Erben kommt es nicht auf die Kenntnis des Minderjährigen vom Anfall und vom Grund der Berufung zum Erben an, sondern auf die **Kenntnis des gesetzlichen Vertreters** (§ 166 BGB);⁸ bei Eltern als gesetzlichen Vertretern kommt es auf die Kenntnis beider Eltern an (vgl. Rdn 41), und somit ist für den Fristbeginn der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem der letzte der beiden Elternteile Kenntnis erlangt.⁹ Dies könnte insbesondere bei Getrenntleben der Eltern zur Aufspaltung der Frist führen, weil z.B. der Vater zu einem anderen Zeitpunkt Kenntnis erlangt als die Mutter; diese unterschiedlichen Fristen könnten auch die anderen Nachlassbeteiligten belasten. Daher zieht die Gegenansicht¹⁰ teilweise § 166 BGB analog, teilweise auch § 1629 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BGB heran, so dass schon die Kenntnis eines der beiden Elternteile als gesetzlichem Vertreter die Ausschlagungsfrist in Lauf setzte. Nach hiesiger Ansicht passt eine Parallele zu § 166 BGB hier heute nicht (mehr); früher, als regelmäßig bei Getrenntleben der Eltern oder nach Scheidung der Ehe der Eltern einem Elternteil die Sorge 43

7 BayObLG ZEV 1994, 175, 177 und allg. M.

8 BayObLG Rpfleger 1984, 403; MüKo/Leipold, BGB, 7. Aufl., § 1944 Rn 15.

9 MüKo/Leipold, BGB, 7. Aufl., § 1944 Rn 15; OLG Frankfurt ZEV 2013, 196.

10 Vgl. auch Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB, 2015, § 1629 Rn 39 und BGH NJW 1968, 968.

für das Kind übertragen wurde, mag die analoge Anwendung des § 166 BGB noch für die Mehrzahl der Fälle passend gewesen sein; heute, in Anbetracht der grundsätzlichen Fortdauer der gemeinschaftlichen Vertretung des Kindes durch beide Elternteile, selbst nach der Ehescheidung, passt die analoge Anwendung des § 166 BGB oder des § 1629 BGB nicht mehr: Das Kind wäre dann belastet, was dem Prinzip des Minderjährigenschutzes widerspräche (siehe Rdn 41). Maßgeblich ist also die längere Frist.

- 44 Ist den Eltern die **Sorge für das ihrem Kind zugewandte Vermögen entzogen** (§ 1638 BGB), so liegt die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft (siehe Rdn 148) des Kindes bei einem Ergänzungspfleger (§ 1909 Abs. 1 S. 2 BGB). Deshalb kommt es für den Zeitpunkt des Beginns der Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 2 BGB) nicht auf die Kenntnis der Eltern vom Anfall der Erbschaft, sondern auf die Kenntnis des Pflegers (Vermögenspflegers) an. Der Beginn der Ausschlagungsfrist kann hinausgeschoben worden sein, weil der Pfleger sich im Ausland aufhält (vgl. § 1944 Abs. 3 BGB); auch muss der Pfleger erst vom Familiengericht bestellt werden und die erforderliche Kenntnis erlangen.
- 45 Beauftragt noch der Erblasser für das Vermögen oder Bruchteile davon, das er z.B. dem minderjährigen Enkel zuwenden will, einen **Bevollmächtigten**, z.B. durch eine Vollmacht auf den Todesfall oder eine transmortale Vollmacht,¹¹ so bewirkt dieser Umstand nicht, dass der Beginn der Ausschlagungsfrist sich nach dessen Kenntnis vom Anfall der Erbschaft (§ 1944 Abs. 2 BGB) richtet.¹² Denn anders als bei einem Vermögenspfleger aufgrund von § 1638 BGB beruht dessen Rechtsmacht auf einem Rechtsgeschäft und nicht auf einer staatlichen Bestallung (§§ 1909, 1915, 1789 BGB).
- 46 **Fällt der gesetzliche Vertreter** nach Beginn der Ausschlagungsfrist, aber vor Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft **weg** (z.B. Tod, Entzug der Vertretungsmacht) oder geht die alleinige Vertretung in eine Gesamtvertretung über (z.B. durch Eheschließung der Mutter mit dem Vater des nichtehelichen Kindes oder durch gemeinsame Sorgeerklärung gem. § 1626a BGB), so läuft die Frist nicht weiter. Der **neue gesetzliche Vertreter** muss über die Frage, ob der Nachlass ausgeschlagen werden soll, (neu) nachdenken; § 211 BGB (Ablaufhemmung) ist nicht anwendbar, weil es bei der Ausschlagungsfrist um keinen Anspruch geht und weil § 1944 Abs. 2 BGB nicht auf diese Vorschrift verweist. Dennoch nimmt man an, die Ausschlagungsfrist beginne analog § 210 BGB von neuem.¹³ Teilweise wird nun keine erneute Kenntnisnahme vom Erbfall usw. verlangt, dem neuen, hinzugekommenen Vertreter wird also die Kenntnis des früheren Vertreters zuge-

11 Da eine Vollmacht keine verdrängende Wirkung hat, beeinträchtigt sie den Erblasser solange nicht, wie der Bevollmächtigte untätig bleibt.

12 Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1944 Rn 15.

13 Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1944 Rn 27.

rechnet.¹⁴ Das mag hinnehmbar sein, wenn der bisherige alleinige gesetzliche Vertreter sein Alleinvertretungsrecht verliert und eine Gesamtvertretung beginnt (z.B. Heirat der Mutter); verfehlt ist die Auffassung, wenn ein vollständiger Wechsel in der gesetzlichen Vertretung des Kindes eintritt, z.B. bei Adoption.¹⁵

Notwendig ist die hinlänglich **sichere Kenntnis vom Anfall der Erbschaft** und vom Berufungsgrund. Beim gesetzlichen Erbrecht sind demnach das Wissen vom Eintritt des Erbfalls, von der Verwandtschaft des Kindes zum Erblasser und vom Nichtvorhandensein vorhergehender Erben erforderlich. 47

Bei gewillkürter Erbfolge kann die Kenntnis vom Anfall der Erbschaft schon vor Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen und von deren Inhalt vorhanden sein, weil man das Testament schon kennt; sie allein setzt die Ausschlagungsfrist aber noch nicht in Lauf (§ 1944 Abs. 2 S. 2 BGB). Die **Kenntnis** des Berufungsgrundes liegt vor, wenn der Erbe weiß, dass er eingesetzter Erbe ist; die Einzelheiten der Verfügung von Todes wegen braucht er nicht zu kennen, z.B. braucht er nicht zu wissen, zu welcher Erbquote er eingesetzt ist oder ob es sich um ein Testament oder einen Erbvertrag handelt.¹⁶

Bei einer Berufung zum Erben aufgrund einer **Verfügung von Todes wegen** beginnt die **Ausschlagungsfrist** nicht vor der Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen (§§ 348, 15 FamFG) zu laufen (§ 1944 Abs. 2 S. 2 BGB). 48

Ist der Minderjährige zum **Nacherben** berufen, so muss nicht erst der Nacherbfall eingetreten sein, es kann die Erbschaft vielmehr schon ausgeschlagen werden, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 2142 Abs. 1 BGB). Die Ausschlagungsfrist beginnt indes gem. §§ 1944 Abs. 2, 2139 BGB erst mit dem Anfall der Nacherbschaft und der Kenntnis davon.¹⁷ Grund für eine frühzeitige Ausschlagung der Nacherbschaft könnte sein, **dass gemäß § 2306 BGB der Pflichtteil verlangt werden soll**. Die Verjährungsfrist für den Pflichtteil läuft aber unabhängig von der Ausschlagung der Nacherbschaft (§ 2332 Abs. 2 BGB) vom Ende des Jahres an, in dem der Pflichtteilsberechtigte Kenntnis der beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen sowie des Erben erlangte (§ 199 Abs. 1 BGB); für den Fristbeginn kommt es auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters an (siehe Rdn 43). 49

Beispiel

Nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern ist der überlebende Ehegatte alleiniger Vorerbe, Nacherben sind die gemeinsamen noch minderjährigen Kinder. Nacherbfall ist der Tod des Vorerben. Die Mutter stirbt.

14 H.M.; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1944 Rn 27; Erman/J. Schmidt, BGB, 15. Aufl., § 1944 Rn 11.

15 Alternativkommentar zum BGB/Derleder, Erbrecht, 1990, § 1944 Rn 10.

16 Bedeutungslos: Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1944 Rn 10; a.A. MüKo/Leipold, BGB, 7. Aufl., § 1944 Rn 4, 5; vgl. Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1949 Rn 2, 3.

17 Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1944 Rn 18; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1944 Rn 18.

Kann der Vater für die Kinder die Nacherbschaft sofort annehmen und so diesen die Möglichkeit nehmen, gem. § 2306 BGB die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen? Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ist bei der Annahme unbeschränkt (vgl. Rdn 34). Der Vater kann die nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung abgeben.

Kann der Vater die Nacherbschaft für die Kinder ausschlagen (zur Genehmigungsbedürftigkeit vgl. Rdn 53 f.), so dass er gemäß § 2142 Abs. 2 BGB unbeschränkter Alleinerbe wird, ohne den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB für den Nacherben zu unterliegen und den Pflichtteil der Kinder faktisch nicht auszahlen (vgl. Rdn 93 ff.)? Der Fristbeginn für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs ist deshalb für den Minderjährigen von hoher Bedeutung.

Der Vater kann die Ausschlagung dem Nachlassgericht gegenüber erklären. Die Ausschlagung kann der Vater vornehmen, der Bestellung eines Pflegers bedarf es nicht (Rdn 54); deshalb läuft die Ausschlagungsfrist von der Kenntnismachung des Testaments durch den Vater bzw. von dessen Eröffnung an. Notwendig ist die familiengerichtliche Genehmigung zur Ausschlagung (Rdn 50). Die Ausschlagungsfrist beträgt 6 Wochen, aber die familiengerichtliche Genehmigung kann nachgereicht werden (Rdn 62). Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs des Kindes gegen seinen Vater ist bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes gehemmt (Rdn 94).

- 50 Eltern bedürfen im Grundsatz zur Ausschlagung der Erbschaft ihres Kindes der **familiengerichtlichen Genehmigung** (§ 1643 Abs. 2 S. 1 BGB). Das Genehmigungserfordernis entfällt aber, wenn der Anfall der Erbschaft an das Kind erst infolge der Ausschlagung der Erbschaft durch einen Elternteil, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, erfolgt (§ 1643 Abs. 2 S. 2 BGB). Auch die Ausschlagung einer nicht überschuldeten Erbschaft des Kindes, die wirtschaftlich nicht geboten ist, aber z.B. wegen einer Feindschaft mit dem Erblasser erfolgt, ist also genehmigungsfrei. Der Gesetzgeber begnügt sich mit Kontrolle durch den anderen Elternteil und mit einer eventuellen Schadensersatzpflicht der Eltern gegenüber dem Kind gemäß § 1664 BGB,¹⁸ was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn der Nachlass den Eltern keine Mühen bei seiner Verwaltung macht, weil er z.B. im Wesentlichen aus Geld und Wertpapieren besteht, die bei Banken lagern. Zu beachten ist, dass der Elternteil, der die Ausschlagung vornimmt, **sorgeberechtigt** sein muss. Schlägt also der Vater eines Minderjährigen die Erbschaft nach seinem Vater, dem Großvater des Minderjährigen, aus und fällt sie nunmehr dem Minderjährigen an, hat aber die Mutter des Minderjährigen die alleinige elterliche Sorge, so bedarf die Ausschlagung der Erbschaft durch den Minderjährigen, vertreten durch seine Mutter, – dem Wortlaut des § 1643 BGB folgend – der Zustimmung des Familienge-

18 Staudinger/*Heilmann*, BGB, 2016, § 1643 Rn 37; a.A. OLG Zweibrücken FamRZ 2012, 1961 bei nicht überschuldetem Nachlass bestehe die grundsätzliche Genehmigungspflicht.

richts.¹⁹ War der ausschlagende Elternteil neben dem Kind zum Erben berufen, dann verbleibt es ebenfalls beim Genehmigungserfordernis (§ 1643 Abs. 2 S. 2 BGB). Zu weiteren Fällen der ausdehnenden Auslegung des § 1643 Abs. 2 BGB mit dem Ergebnis der Genehmigungspflicht siehe *Sagmeister*.²⁰

Beispiel

Der Vater war neben seinen beiden minderjährigen Kindern vom Großvater durch Testament zum Erben berufen.

Durch die Ausschlagung, die im Beispiel **Mutter und Vater zusammen** als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder für diese vornehmen, kommt es zur Anwachsung des Erbteils des Vaters gem. § 2094 BGB; dies soll durch das Genehmigungserfordernis vermieden werden.²¹ 51

Will der als Testamentserbe eingesetzte Elternteil die **testamentarische Erbschaft** für sich und für sein Kind als Ersatzerben (siehe § 2069 BGB) ausschlagen, um die Erbschaft für sich als gesetzlicher Erbe anzunehmen (§ 1948 Abs. 1 BGB), dann ist nach dem Sinn des § 1643 Abs. 2 BGB ebenfalls eine gerichtliche **Genehmigung** erforderlich (unstreitig). 52

Beispiel

Der Vater ist durch Verfügung von Todes wegen zum Erben eingesetzt, aber beschränkt durch eine Testamentsvollstreckung. Ersatzerbe ist sein Kind, sei es kraft ausdrücklicher Verfügung von Todes wegen, sei es kraft der Auslegungsregel des § 2069 BGB.

Der Vater schlägt als Erbe kraft Verfügung von Todes wegen für sich die Erbschaft aus, desgleichen für sein Kind als Ersatzerben (§ 2069 BGB) und nimmt die Erbschaft kraft Gesetzes, also ohne die Beschränkung durch die **Testamentsvollstreckung**, an (§ 1948 Abs. 1 BGB); hier bejaht man die Genehmigungsbedürftigkeit der Ausschlagung für das Kind.²² 53

Schließlich besteht das Erfordernis der Genehmigung auch dann, wenn die Erbschaft mehreren Kindern angefallen ist, der gesetzliche Vertreter aber **nicht für alle Kinder ausschlägt**, sondern nur für einen Teil von ihnen die Ausschlagung erklärt und so den Nachlass den nicht ausschlagenden Kindern zuleitet.²³ Diese teleologische Reduktion des Wortlauts des § 1643 BGB gilt auch dann, wenn die Eltern nur noch ein minderjähriges Kind vertreten, weil das andere schon volljäh-

19 Staudinger/*Heilmann*, BGB, 2016, § 1643 Rn 42.

20 *Sagmeister*, ZEV 2012, 121.

21 *Engler*, FamRZ 1972, 7.

22 Vgl. OLG Frankfurt OLGZ 1970, 81 = FamRZ 1969, 658.

23 Unstr. vgl. Soergel/*Löhnig*, BGB, 13. Aufl., § 1643 Rn 16; Staudinger/*Heilmann*, BGB, 2016, § 1643 Rn 38.

rig ist, und wenn die Ausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter den Anfall bei einem anderen, schon volljährigen Kind herbeiführen soll.

- 54 Von der Frage, ob die Ausschlagung der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, ist die Frage zu trennen, ob die Eltern überhaupt das Kind bei der Ausschlagung vertreten können, ob nicht ein **Ergänzungspfleger zu bestellen** ist.

Beispiel

Der Vater ist neben seinen beiden minderjährigen Kindern, die je zu 1/3 zu Erben berufen sind, ebenfalls durch Testament zum Erben zu 1/3 berufen. Die Eltern möchten für die Kinder ausschlagen.

- 55 Die Eltern könnten **wegen § 181 BGB an der Vertretung** verhindert sein. Die entsprechende Anwendung des § 181 BGB ist anerkannt, wenn es sich um sogenannte „amtsempfangsbedürftige“ Willenserklärungen handelt,²⁴ also wenn zwar die Erklärung gegenüber einer staatlichen Stelle abgegeben wird, der Sache nach, also materiell-rechtlich, aber an eine Privatperson gerichtet ist.²⁵ Bei der Ausschlagung einer Erbschaft ist die Anwendung von § 181 BGB fraglich; hier fallen zwar die Erbteile der Kinder dem Vater zu (Anwachsung, § 2094 BGB), aber die h.M sieht das Nachlassgericht als materiellen Erklärungsempfänger an.²⁶

Beispiel

Der Großvater hat seinen Sohn zum Alleinerben eingesetzt, beschwert mit einer Testamentsvollstreckung für drei Jahre. Der Vater schlägt für sich im Hinblick auf die Berufung durch Verfügung von Todes wegen aus. Nunmehr will er auch für sein Kind, den Enkel des Erblassers, der gemäß § 2069 BGB Ersatzerbe ist, ausschlagen. Die Erbschaft würde ihm dann als gesetzlichem Erben – ohne Testamentsvollstreckung – anfallen.

- 56 Die Rechtsprechung und überwiegende Lehre **wendet § 181 BGB hier nicht analog an**, weil über § 1643 Abs. 2 BGB durch das Erfordernis der **familiengerichtlichen Genehmigung** (siehe Rdn 50) ein hinreichender Schutz für den Minderjährigen gegeben sei.²⁷ Diese Begründung ist dogmatisch falsch, weil das Genehmigungserfordernis von der Frage der Vertretung zu trennen ist und § 1643

24 Vgl. Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 181 Rn 30; MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl., § 181 Rn 51; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 181 Rn 40.

25 So kann z.B. der gesetzliche Vertreter nicht für den Vertretenen ein Testament gegenüber dem Nachlassgericht anfechten (§ 1955 BGB), wenn er selbst der Begünstigte ist.

26 MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl., § 181 Rn 51; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 181 Rn 40: vgl. BayObLGZ 1983, 213, 220.

27 Vgl. BayObLGZ 1983, 213 = Rpfleger 1983, 482; Coing, NJW 1985, 6. Mit dem Motto könnte man sich in allen Fällen einer notwendigen gerichtlichen Genehmigung die Pflegerbestellung ersparen.