

Tomasz Justyński*

ANMERKUNGEN ZUR FRAGE DER ZULÄSSIGKEIT VON SCHENKUNGSVERTRÄGEN AUF DEN TODESFALL (*MORTIS CAUSA*)¹

Zusammenfassung

In letzter Zeit wächst in Polen das Interesse sowohl in der Öffentlichkeit als auch in Fachkreisen an Problemen des Erbrechts. Eine der letzthin zahlreiche Kontroversen hervorrufenden wesentlichen Fragen ist die, ob es zulässig ist, sog. Schenkungen auf den Todesfall vorzunehmen (donatio mortis causa). Im polnischen wissenschaftlichen Schrifttum werden dazu widersprüchliche Auffassungen geäußert. Da der Gesetzgeber sich zu keiner Regelung aufzuraffen vermag erstaunt es nicht, dass die polnische Rechtsprechung nach eigenen Lösungen sucht. Im Aufsatz findet man die Abwägung der fundamentalen Probleme einer Konstruktion der Schenkung von Todes wegen (mortis causa) im polnischen Recht.

Keywords

Erbrecht – polnisches Erbrecht – Schenkungsvertrag – Schenkung von Todes wegen – donatio mortis causa

* Professor Dr. habil. Tomasz Justyński, Nicolaus-Copernicus-Universität Toruń, Dekan der Fakultät für Jura und Verwaltung.

¹ Dies ist zwar kein Beitrag aus dem Bereich der Zivilrechtsvergleichung, aber nach der Ansicht der Redaktion kann er ein wertvolles Material für die rechtsvergleichenden Studien aus der Titelfrage darstellen

1. ALLGEMEINES

In letzter Zeit wächst in Polen das Interesse sowohl in der Öffentlichkeit als auch in Fachkreisen an Problemen des Erbrechts. Nach Dekaden des Stillstandes kann man immer mutigere Versuche einer Modernisierung und dementsprechend eine beschleunigte Entwicklung des Erbrechts beobachten. Die Gründe dafür sind offensichtlich. Die polnische Gesellschaft, vor neue axiomatische Bedingungen gestellt und dabei immer stärker Vermögenswerte anhäufend, ist an einer angemessenen Absicherung des Ererbten interessiert. Damit beginnt das Erbrecht, das zur Zeit des Realsozialismus sozusagen in einen Winterschlaf gefallen war, jetzt in schnellem Tempo „wieder aufzuwachen“ und Glanz anzunehmen.

Eine der letzthin zahlreiche Kontroversen hervorrufenden wesentlichen Fragen ist die, ob es zulässig ist, sog. Schenkungen auf den Todesfall vorzunehmen (*donatio mortis causa*). Im polnischen wissenschaftlichen Schrifttum werden dazu widersprüchliche Auffassungen geäußert; es tauchen Entwürfe für eine gesetzliche Regelung auf, die von einem gesellschaftlichen Bedarf an einer Einrichtung solcher Art zeugen. Da der Gesetzgeber sich zu keiner Regelung aufzuraffen vermag erstaunt es nicht, dass die polnische Rechtsprechung nach eigenen Lösungen sucht. Kritisch werden Entscheidungen beurteilt, in denen Gerichte den Abschluss von Schenkungsverträgen *mortis causa* schon mit Hilfe einer Gesetzesauslegung legalisieren möchten (*de lege lata*). Diese Versuche sind meines Erachtens zum Scheitern verurteilt. Das Eingreifen des Gesetzgebers scheint mir vielmehr unerlässlich (worüber noch zu sprechen sein wird)².

Eine gute Grundlage für die Abwägung der fundamentalen Probleme einer Konstruktion der Schenkung *von Todes wegen* (*mortis causa*) liefert das Urteil des polnischen Obersten Gerichtshofes vom 13. Dezember 2013³. Der Gerichtshof nahm darin an: „Zulässig ist der Abschluss eines

² S. T. Justyński, *Uwagi w sprawie prawnej dopuszczalności zawierania umów darowizny ze skutkiem mortis causa* [Anmerkungen zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Abschlusses von Schenkungsverträgen auf den Todesfall], *Przegląd Sądowy* [Gerichtsumschau], im Druck.

³ (Aktenzeichen) III CZP 79/13, *Orzecznictwo Sądów Polskich* [Die Rechtsprechung Polnischer Gerichte/Entscheidungssammlung] 2014, Heft 10 mit Kommentar T. Justyński.

Schenkungsvertrages von Todes wegen, wenn sein Gegenstand konkrete Sachen oder Rechte sind und der Vertrag nicht den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widerspricht“.

Der Standpunkt des Obersten Gerichtshofes verdient zwar keine Billigung, doch die Begründung ist aus mehreren Gründen interessant. Sie nennt nämlich die Gesichtspunkte, die für eine künftige gesetzliche Regelung entscheidende Bedeutung haben.

Der Oberste Gerichtshof hat seine Entscheidung damit begründet, dass eine Schenkung auf den Todesfall kein Rechtsgeschäft *mortis causa* sei. Man kann der Argumentation nicht eine konstruktive Kohärenz abzusprechen, doch, so könnte man sagen, es geht jedenfalls nicht auf diesem Weg. Eine Schenkung auf den Todesfall ist ein Rechtsgeschäft *mortis causa* nicht nur deswegen, weil das ihr – allgemein akzeptierter – Name ist, sondern auch aus einer Reihe anderer – vor allem dogmatischer – Gründe.

Der Oberste Gerichtshof befasst sich unter anderem mit der Klärung zweier grundsätzlicher Streitfragen. Zum einen wird das Problem der rechtlichen Zulässigkeit oder eigentlich der Nichtzulässigkeit der Vereinbarung einer Bedingung in Gestalt des Todes einer Vertragspartei erörtert. Zum anderen wird die Problematik der (aus gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gründen wünschenswerten) Unwiderruflichkeit einer Schenkung beleuchtet. Hier entsteht in Sonderheit die Frage, ob nicht die Unwiderruflichkeit einer Schenkung bedeutet, dass man sie als Rechtshandlung unter Lebenden (*inter vivos*) ansehen muss.

Das Institut einer Schenkung von Todes wegen (*mortis causa*) ist mehreren ausländischen Rechtsordnungen bekannt. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach der konkreten Regelung in der jeweiligen Rechtsordnung. Es gibt in dieser Hinsicht keine einheitliche Regel. In manchen Ländern fehlen Regelungen, die eine Schenkung *mortis causa* ausdrücklich zulassen. Liegt der Grund dafür in dem Grundsatz des Testamentsvorbehalts, wird das Institut der Schenkung *mortis causa* als unzulässig angesehen. Regelungen, die eine Schenkung für den Fall des Todes ausdrücklich zulassen, unterscheiden sich in Ausformung und Rechtscharakter trotz einheitlicher Terminologie (*donatio mortis causa*) manchmal recht deutlich voneinander. Darin liegt nichts Verwunderliches. Gesetzgeber vermögen schließlich sehr viel.

2. SOZIALER UND WIRTSCHAFTLICHER BEDARF AN EINER SCHENKUNG VON TODES WEGEN

Die gesellschaftliche und auch die wirtschaftliche Entwicklung, die in den letzten zwanzig Jahren in Polen vonstatten-gegangen ist, hat das praktische Bedürfnis nach einer Einrichtung hervorgerufen, die aus der Theorie des Erbrechts als Schenkung *mortis causa* oder als Schenkung auf den Todesfall bekannt ist (*donatio mortis causa*).

Eine solche Rechtsfigur steht in Konkurrenz zu anderen Institutionen des polnischen Rechts: 1. der universalen und widerruflichen testamentarischen Erbeinsetzung, 2. dem singulären und auch in vollem Umfang widerruflichen „einfachen“ Vermächtnis (*legatum per damnationem*) sowie 3. dem singulären, aber dinglich-rechtliche Folgen hervorrufenden, in vollem Umfang widerruflichen Vindikationslegat (*legatum per vindicationem*). Die Schenkung *mortis causa* wird allgemein als unwiderrufliche Verfügung über Vermögen mit Wirkung – in Gestalt des Eigentumsüberganges an einem konkreten Gegenstand oder des Erwerbs einer Forderung – nach dem Tode des Schenkenden verstanden. An einem derartigen Rechtsgeschäft besteht eindeutig ebenso ein lebendiger gesellschaftlicher Bedarf, wie auch dafür Platz im System des polnischen Erbrechts vorhanden ist⁴. Aus wirtschaftlicher Sicht erlaubt eine Schenkung *mortis causa* dem Schenkenden nämlich noch zu Lebzeiten, bestimmte Vorteile zu erlangen (z.B. Betreuung, Dienste des Beschenkten in einem Wirtschaftsbetrieb, in einem Unternehmen), ohne dass er sich gleichzeitig bestimmter Vermögensgegenstände entäußern muss. Dem Beschenkten umgekehrt garantiert die Schenkung durch ihre (zweifelloso zur Hilfeleistung ermutigende) Unwiderruflichkeit die Sicherheit, einen Vorteil zu erlangen.

⁴ S. zu diesem Thema T. Justyński, *Opinia II z 14 grudnia 2010 r. dotycząca projektu ustawy zawartego w druku 2116 (senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw)* [Gutachten II vom 14. Dezember 2010 betr. den Gesetzentwurf Drucksache 2116 (Gesetzentwurf des Senats zur Änderung des Zivilgesetzbuches und einiger anderer Gesetze)], <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2116> [letzter Abruf: 7.02.2015].

Diesen Bedarf befriedigt im Augenblick im polnischen Recht keines der oben genannten Institute des Erbrechts (Testament, „einfaches Vermächtnis“, Vindikationsvermächtnis).

3. SCHENKUNG *MORTIS CAUSA* KEIN RECHTSGESCHÄFT „UNTER BEDINGUNG“ ODER „MIT TERMINVORBEHALT“

Wie schon erwähnt, wurden in letzter Zeit sowohl im polnischen wissenschaftlichen Schrifttum als auch in zwei neueren Urteilen des polnischen Obersten Gerichtshofes⁵ Versuche unternommen, die Natur der Schenkung *mortis causa* als Rechtsgeschäft unter Lebenden (*inter vivos*) zu erklären. Die Schenkung *mortis causa* wird dargestellt 1. als Schenkung unter einer Bedingung im Sinne des Artikel 89 des Kodeks cywilny, des polnischen Zivilgesetzbuches⁶ (d.h. unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt)⁷, oder 2. als Schenkung mit Terminvorbehalt gem. Artikel 116 k.c. (also z. B. Eigentumsübergang erst mit dem Zeitpunkt des Todes des Schenkenden)⁸. Damit soll einerseits die (selbstverständlich erwünschte) Unwiderruflichkeit der Schenkung garantiert, andererseits die Schenkung *mortis causa* unter den Rechtsakten unter Lebenden angesiedelt werden, was wiederum die Möglichkeit eröffnete, eine Kollision mit der Regelung des Artikel 941 k.c. zu vermeiden⁹. Solche Suchanstrengungen kann man zwar verstehen, ihre Ergebnisse sind aber nicht zu billigen.

⁵ Außer dem veröffentlichten Urteil, auf das in Fußnote 3 Bezug genommen wird, geht es um den nicht veröffentlichten Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 6.05.2004, AZ „III CK 511/02“.

⁶ Zitiert als k.c.

⁷ Artikel 89 k.c.: Vorbehaltlich der im Gesetz vorgesehenen oder sich aus der Eigenschaft der Rechtshandlung ergebenden Ausnahmen kann das Entstehen oder der Wegfall von Wirkungen einer Rechtshandlung von einem zukünftigen und ungewissen Ereignis (einer Bedingung) abhängig gemacht werden.

⁸ Artikel 116 k.c.: § 1 Wenn die Wirkungen einer Rechtshandlung in einem bezeichneten Zeitpunkt eintreten sollen, finden die Vorschriften über die aufschiebende Bedingung entsprechend Anwendung.

§ 2 Wenn die Wirkungen einer Rechtshandlung in einem bezeichneten Zeitpunkt wegfallen sollen, finden die Vorschriften über die auflösende Bedingung entsprechend Anwendung.

⁹ Artikel 941 k.c.: Über Vermögen kann von Todes wegen nur durch ein Testament verfügt werden.

Wer zugunsten einer „Bedingungs- oder Befristungskonstruktion“ argumentiert, gerät „*nolens volens*“ in eine Inkohärenz der Argumentation. Einerseits beruft er sich auf die Rechtskonstruktion einer Bedingung (oder einer Befristung), weil „die Parteien die Wirkung der Rechtshandlung abhängig machen von einem künftigen und ungewissen Ereignis“ (Artikel 89 k.c. – oder einem künftigen und gewissen Ereignis nach Artikel 116 k.c.) mit der Folge, dass der Rechtsakt vor Erfüllung der Bedingung (bzw. vor Eintritt des Termins) keine Wirkung entfaltet. Andererseits aber behauptet er, dass ein solcher Rechtsakt sofortige Wirkung habe. Damit soll erreicht werden, dass er in die Kategorie *inter vivos* eingeordnet werden kann. Im Ergebnis entsteht eine wahrhaftig akrobatisch-logische Figur. Das ist nicht akzeptabel. „Entweder-oder“: Entweder ein bedingtes (oder befristetes) Geschäft und eine „aufgeschobene“ Wirkung, oder Wirksamkeit schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (zumindest aber zu Lebzeiten der Parteien) und ein Rechtsakt *inter vivos*. *Tertium non datur*.

Manche Anhänger der „Konzeption eines bedingten Schenkungsvertrages *mortis causa*“ spüren diesen Widerspruch offenbar, wenn sie gleichzeitig Versuche unternehmen, ihr Verständnis von „Wirksamkeit“ zu erklären¹⁰. Nach ihnen ist die von den Parteien einer „bedingten“ Schenkung hervorgerufene Wirkung die Unwiderruflichkeit des Rechtsaktes¹¹. Diese Konstruktion vermag aber nichts zu retten. Die von den Parteien beabsichtigte Rechtswirkung eines Schenkungsvertrages ist nicht die Unwiderruflichkeit, sondern ein Eigentumsübergang. Und wenn diese Wirkung – nach der Annahme und in der Absicht beider Parteien – nicht zu Lebzeiten des Schenkenden, sondern erst nach seinem Tod eintreten soll, so haben wir es mit einem Rechtsakt *mortis causa* zu tun (mit allen Konsequenzen einer solchen Klassifikation). Es wird darüber unter 4. ausführlicher gesprochen werden.

¹⁰ Diese Versuche weichen entscheidend vom gewöhnlichen Verständnis der Wirkungen einer Schenkung ab, was schon für sich allein Vorsicht gebietet.

¹¹ NB. Spuren einer ähnlich „rudimentären Wirksamkeit“ kann man auch bei klassischen Rechtsakten *mortis causa* beobachten. So existiert z.B. das Testament in der Form einer Notariatsurkunde schon im Augenblick seiner Aufsetzung, ganz zu schweigen von der Wirksamkeit eines Erbverzichts (auch unwiderruflich).

Zulässig und tatsächlich ein Rechtsakt *inter vivos* ist selbstverständlich eine „definitive“ Schenkung (die also Eigentum *inter vivos* überträgt) – mit einem lediglich aufgeschobenen Termin der *S a c h ü b e r g a b e*. Wie es scheint, nehmen, mehr oder weniger bewusst, manche Verfechter der „Bedingtheits-“ oder „Befristungs- konzeption“ die Schenkung *mortis causa* in diesem Sinn wahr und erklären sie so¹². Dann aber sollte man zwei Dinge bedenken. Zum einen geht es einem möglichen „Schenker *mortis causa*“ nicht um eine Konstruktion dieser Art; er hat nicht die Absicht, zu seinen Lebzeiten Eigentum zu übertragen. Zum andern hat eine solche Konstruktion nichts gemein mit dem Vorbehalt einer Bedingung oder einer Befristung im Sinne der Vorschriften von Artikel 89 und 116 k.c.

Andere „tatsächliche“ Konstruktionen einer „bedingten“ oder „befristeten“ Schenkung, welche ihre Wirksamkeit an den Tod des Schenkers binden, sind vor dem Hintergrund des geltenden polnischen Rechts unzulässig. Das gilt vor allem – wenn auch nicht ausschließlich – in Hinsicht auf Artikel 941 k.c. Er enthält das Verbot, über Vermögen von Todes wegen durch andere Rechtsakte als durch Testament zu verfügen. Er statuiert also den Grundsatz des *numerus clausus* für einen Rechtsakt *mortis causa* im polnischen Erbrecht. In diesem Zusammenhang ist auf die Grenzen des Prinzips der Vertragsfreiheit zu verweisen (Artikel 353¹ k.c.). Sie ist im polnischen Recht eingeschränkt: durch Gesetz, Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens¹³ und die Natur des Rechtsgeschäftes¹⁴. Insbesondere im Kontext der „Rechtsnatur“ müssen begründete Zweifel auftauchen, ob Vertragsparteien Rechtsakte so gestalten können, dass sie sie über die Grenze hinaus verschieben,

¹² So kann man die umfangreichen Ausführungen W. Borysiaks lesen, der schreibt, dass „zur Hergabe des Schenkungsgegenstandes die Erben des Schenkers verpflichtet sein werden“ (W. Borysiak, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona* [Das Erben. Rechtskonstruktion und Schutz], Warszawa: LexisNexis 2013, S. 286). Im deutschen Recht wird eine solche Konstruktion seit langem deutlich unterschieden von der dem deutschen Recht bekannten und ausdrücklich in § 2301 BGB geregelten Schenkung von Todes wegen. Vgl. D.Weidlich, [in:] O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Auflage, München: C.H. Beck 2014, § 2301, Randnummer 4.

¹³ Entspricht dem deutschen Terminus „Gute Glaube“.

¹⁴ Artikel 353¹ k.c.: Die einen Vertrag schließenden Parteien können ein Rechtsverhältnis nach ihrem Ermessen gestalten, wenn nur sein Inhalt oder Ziel nicht im Gegensatz zur Eigenschaft (Natur) des Verhältnisses, zu einem Gesetz oder zu Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens steht.

welche wirksame Rechtsgeschäfte *inter vivos* und *mortis causa* voneinander trennt, ob sie ein Rechtsgeschäft *inter vivos* also so umformen können, als wäre es eines *mortis causa*¹⁵. Dieselben Zweifel müssen auch im Kontext der Vorschrift Artikel 89 k.c. entstehen, nach der das Wirksamwerden eines Rechtsaktes von einem künftigen und ungewissen Ereignis nur dann abhängig gemacht werden kann, wenn dies nicht der Natur des Rechtsgeschäftes widerspricht. Es wird darüber ausführlich in den weiteren Ausführungen gesprochen werden (unter 6).

4. DIE SCHENKUNG *MORTIS CAUSA* ALS VERMÖGENSVERFÜGUNG AUF DEN TODESFALL

Schon zu Beginn der Erwägungen ist die Frage der Zugehörigkeit der Schenkung auf den Todesfall zur Kategorie der erbrechtlichen, also *mortis causa* vollzogenen Rechtsakte, vorentschieden worden. Die Sache erscheint, zwar offensichtlich. Jedoch wurde sie mit der in der polnischen Lehre (und der jüngsten Rechtsprechung) vorgeschlagenen „Konzeption einer bedingten Schenkung“ in Zweifel gezogen. An dieser Stelle müssen daher einige grundsätzliche Feststellungen getroffen werden, die im Eifer der Diskussion unterzugehen drohen. Im Wesentlichen geht es um zwei Grundsatzprobleme: 1. die Bedeutung des „Willens der (Vertrags-) Parteien“ sowie 2. die „Unwiderruflichkeit eines Rechtsaktes“.

Die Bedeutung des Willens vertragschließender Parteien ist kaum zu überschätzen. Er ist schließlich der Kern jedes Rechtsgeschäftes. Er (und nur er allein) markiert die *G r e n z e* zwischen zwei Kategorien von Rechtsakten, wie den Rechtsgeschäften *inter vivos* und denen, die *mortis causa* vorgenommen werden. Charakteristisch für Rechtsgeschäfte auf den Todesfall ist der Wille der Parteien, die Folgen nicht zu Lebzeiten einer Person eintreten zu lassen. Sollen sie erst nach dem Tod einer beteiligten Partei (hier des Schenkers) eintreten, handelt es sich um einen

¹⁵ In dem (schon in der Fußnote 3 herangezogenen) Urteil vom 13.12.2013 beschränkte der Oberste Gerichtshof seine Ausführungen auf die Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens, vielleicht wegen des Vorbringens der Parteien. Aber natürlich hätte er auch die übrigen Gesichtspunkte berücksichtigen müssen.

Rechtsakt *mortis causa*. Im umgekehrten Fall haben wir es mit einem Rechtsakt *inter vivos* zu tun.

Interessanter-, aber auch überraschenderweise versucht der polnische Oberste Gerichtshof¹⁶, die Grenze zwischen den beiden Kategorien von Rechtsakten anders zu ziehen.

Kriterium für die Unterscheidung soll die Frage sein, ob die Wirkung *mortis causa* zu den *essentialia negotii* gehört oder zu den *accidentalia negotii*. Nur im ersten Fall kann man – nach Auffassung des Gerichtshofes – von einem Rechtsakt *mortis causa* sprechen. Da bei einer Schenkung *mortis causa* die Wirkung in Gestalt der Abhängigkeit vom Tod einer Partei als Bedingung (oder Befristung) in den Rechtsakt eingeführt wird, also als *accidentalia negotii*, soll der Schenkungsvertrag *mortis causa* zu den Rechtsgeschäften *inter vivos* gehören.

Dieser Argumentation kann man nicht zustimmen. Der Schenkungsvertrag *mortis causa* ist ein Rechtsakt, der von seinem Wesen her zur Kategorie *mortis causa* gehört. Die Grenze zwischen der einen und der anderen Gruppe von Rechtsakten verläuft – wie bereits geklärt – dort, wo die Parteien die Rechtsfolgen auf „die Zeit nach dem Tode“ verschieben wollen, wo es also für den Schenker wichtig ist, dass die Wirkung des Rechtsaktes nicht zu seinen Lebzeiten eintritt. Will eine Partei keine Wirkungen zu ihren Lebzeiten, dann schließt sie gerade ein Rechtsgeschäft *mortis causa* ab¹⁷.

Es ist auch nicht so, dass eine „normale“ Schenkung und eine Schenkung auf den Todesfall sich nur in unwesentlicher Weise voneinander unterscheiden. Gesetzgeber und Lehre unterteilen nicht grundlos alle Rechtsgeschäfte in die beiden Kategorien der Rechtsgeschäfte *inter vivos* und *mortis causa*. Trotz ihres beinahe identischen oder zumindest sehr ähnlichen Namens unterscheiden sie sich geradezu fundamental. Sie gehören zwei verschiedenen Welten an. Eine Bedingung, die die Wirkung eines Vertrages vom Tod einer Partei abhängig macht, verletzt die Natur eines Rechtsgeschäftes *inter vivos*, indem sie es in den Bereich *mortis causa* verschiebt. Das ist unzulässig.

¹⁶ S. Fußnote 3.

¹⁷ Ausführlicher zu diesem Thema s. Justyński, Fußnote 4.

Nota bene stehen Rechtsgeschäfte *mortis causa* im Erbrecht unter der gesetzlichen Bedingung, dass der „Begünstigte“ den Erblasser überlebt. Das ist ihr Wesen. Im polnischen Recht ist es nicht Sache der Parteien, neue (dem Erbrecht unbekannt) Rechtsgeschäfte auf den Todesfall zu schaffen. Diese Aufgabe hat der polnische Gesetzgeber in einer keinen Zweifel lassenden Art und Weise sich selbst vorbehalten (Artikel 941 k.c.), bekanntermaßen nicht ohne Grund.

Selbstverständlich kann man auch im polnischen Recht den Tod einer Person zu einer Bedingung machen, die nicht Vertragspartei ist (in Sonderheit nicht den Tod des Schenkers, wie es im Fall der Schenkung *mortis causa* der Fall ist). Eine solche Bedingung unterliegt denselben Regeln wie jede andere Bedingung. Sobald man sie aber mit dem Tod des Schenkers in Verbindung bringt, ist man in der Gruppe *mortis causa*, also bei einem Rechtsakt mit Wirkung auf den Todesfall¹⁸.

Grundsätzliche Missverständnisse sind in letzter Zeit auch hinsichtlich der im polnischen Recht erforderlichen Unwiderruflichkeit einer Schenkung *mortis causa* aufgetreten.

5. DIE UNWIDERRUFlichkeit EINER SCHENKUNG *MORTIS CAUSA* ALS *RATIO LEGIS* DER RECHTSFIGUR

Die Anhänger einer Konzeption der „bedingten Schenkung“, auch der polnische Oberste Gerichtshof, behandeln die gesellschaftlich und wirtschaftlich erforderliche Unwiderruflichkeit der Schenkung *mortis causa* als ein wichtiges, geradezu fundamentales Argument zugunsten der Notwendigkeit, ihr den Charakter eines Vertrags *inter vivos* zuzuschreiben. Das ist entschieden nicht richtig. Zwar liegt in der Tat die gesellschaftliche Nützlichkeit eines Schenkungsvertrages *mortis causa* gerade in seiner Unwiderruflichkeit. Nur als unwiderruflich kann er die Lücke füllen, die zwischen dem gesellschaftlichen Bedarf und dem in Polen existierenden Rechtszustand besteht. Den Bedarf für einen widerruflichen Rechtsakt befriedigt das polnische Erbrecht nämlich bereits in seiner

¹⁸ NB. Der deutsche Gesetzgeber definiert in § 2301 BGB die Schenkung auf den Todesfall als Schenkung unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt und zählt sie *expressis verbis* zu den Rechtsgeschäften *mortis causa*.

augenblicklichen Ausgestaltung („normales“ Vermächtnis, Vindikationsvermächtnis). Doch leider ist im Gegensatz zur Ansicht des polnischen Obersten Gerichtshofes Unwiderruflichkeit nicht eine immanente Eigenschaft eines Rechtsgeschäftes *inter vivos*. Und sie gehört auch nicht zu den notwendigen Elementen eines Rechtsaktes *mortis causa*.

An dieser Stelle muss auf zwei wichtige Umstände hingewiesen werden.

Erstens, Die Unwiderruflichkeit, die man allgemein mit Rechtsgeschäften *mortis causa* assoziiert¹⁹, folgt entgegen dem Anschein nicht aus dem erbrechtlichen Charakter von Rechtsgeschäften auf den Todesfall. Sie ist vielmehr Folge des einseitigen Charakters von adressatlosen Rechtsakten. Bei streng einseitigen Rechtsgeschäften bedarf es nämlich keines Schutzes von Interessen und Vertrauens eventueller Begünstigter²⁰. Das ist auch der Grund, warum solche Rechtsgeschäfte jederzeit widerruflich sind.

Zweitens, zeigt schon das heutige Recht, dass es eine „unzertrennliche“ Verbindung zwischen der Unwiderruflichkeit eines Aktes und seiner Zuordnung zur Kategorie *mortis causa* nicht gibt. Es genügt, an die dem polnischen Recht bekannte Vertragskonstruktion der Ausschlagung eines Erbes zu erinnern. Die Ausschlagung ist ein Rechtsakt *mortis causa*²¹ und trotzdem bezweifelt niemand, dass es gleichzeitig ein unwiderruflicher Rechtsakt ist.

Aus alledem folgt, dass der polnische Gesetzgeber im Rahmen der erwarteten künftigen rechtlichen Regelung die *Schenkung mortis causa* so ausgestalten kann, dass sie ihrer Rechtsnatur entspricht – indem er sie also unter die erbrechtlichen Rechtsgeschäfte einordnet, und dass sie gleichzeitig den erwünschten Charakter eines unwiderruflichen Rechtsgeschäftes hat – was sich direkt aus ihrer Vertragsnatur ergibt.

¹⁹ Statt vieler s. E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, [in:] J. Gudowski (Red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom 4 Spadki* [Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Bd. 4 Erbrecht], Warszawa: LexisNexis 2013, S. 107, These 8 und 9 zum Artikel 941 k.c.

²⁰ Dieser allgemeine Gedanke findet sich für Geschäfte *inter vivos* in Artikel 61 § 1 Satz 2 k.c.

²¹ S. zum Beispiel Z. Radwański, [in:] Z. Radwański (Red.), *System prawa prywatnego. Tom 2 [System des Privatrechts. Bd. 2]*, Warszawa: C.H. Beck 2002, S. 217, lfd Nr. 153; A. Doliwa, [in:] Z. Radwański (Red.), *System prawa prywatnego. Tom 10 2 [System des Privatrechts. Bd. 10]*, Warszawa: C.H. Beck 2009, S. 926f, lfd Nr. 16.

6. DER *NUMERUS CLAUSUS* FÜR RECHTSGESCHÄFTE *MORTIS CAUSA* IM POLNISCHEN RECHT

Zählt man die Schenkung auf den Todesfall zu den Rechtsgeschäften *mortis causa*, so hat das zur Folge, dass sie nach polnischem Recht *de lege lata* nicht zulässig ist. Der (hier übrigens nicht übermäßig originelle) polnische Gesetzgeber hat sich nämlich entschieden, Geschäfte *mortis causa* streng zu limitieren. Nach Artikel 941 k.c. kann ein Erblasser eine Vermögensverfügung auf den Todesfall nur im Wege eines Testaments treffen²². Daraus wird allgemein geschlossen, dass für Geschäfte *mortis causa* der *numerus clausus* gilt.

Wer versucht, schon *de lege lata* die Zulässigkeit einer „bedingten Schenkung *mortis causa*“ zu begründen, muss die Kollision eines solchen Vertrages mit Artikel 941 k.c. auflösen. Umfangreiche Ausführungen zu dieser Frage finden sich in der Begründung des schon mehrfach erwähnten Urteils des polnischen Obersten Gerichtshofes vom 13. Dezember 2013²³. Zwar sieht der Oberste Gerichtshof zu Beginn seiner Erwägungen richtig das wesentliche Hindernis für eine Schenkung *mortis causa* in Gestalt des in Artikel 941 k.c. ausgedrückten Verbots. Den Wortlaut dies Vorschrift verwirft er aber zugunsten einer „systematischen Auslegung“. Er nimmt nämlich an, dass das Verbot sich nicht auf alle Rechtsgeschäfte bezieht (außerhalb des Testament), sondern lediglich auf diejenigen, die im Erbrecht geregelt sind und dass das Verbot folglich nicht Geschäfte betrifft, die außerhalb des vierten Buches geregelt sind, also z.B. im Schuldrecht. Warum das so sein soll, erklärt der Oberste Gerichtshof nicht. Er gibt stattdessen Beispiele für Regelungen, die eine solche Schlussfolgerung bestätigen sollen.

Der Behauptung einer „selektiven Wirkung“ des Artikel 941 k.c. kann man ebenso wenig zustimmen wie den zu seiner Begründung herangezogenen Argumenten. Das in der Vorschrift des Artikel 941 k.c. ausgedrückte Verbot hat allgemeinen Charakter. Artikel 941 k.c. erlaubt es nicht, außer in einem Testament im Wege irgendeines – wo auch immer im Rechtssystem lokalisierten- Rechtsgeschäftes über Vermögen

²² Zum Inhalt der Vorschrift s. o. Fußnote 8.

²³ S. Fußnote 3.

auf den Todesfall zu verfügen. Damit fällt auch eine – wie das der polnische Oberste Gerichtshof will – als bedingtes Geschäft *inter vivos* gesehene Schenkung *mortis causa* unter das Verbot. Ihr (postuliertes und gesellschaftlich erwünschtes) Wesen beruht doch auf einer Vermögensverfügung mit einer Wirkung, die erst nach dem Tod des Erblassers eintreten soll.

Der Annahme eines allgemeinen Charakters des sich aus Artikel 941 k.c. ergebenden Verbots steht scheinbar die Beobachtung entgegen, dass Rechtsnormen existieren, die eine Vermögensverfügung auf den Todesfall mit Hilfe von Rechtsakten erlauben, die kein Testament darstellen. Diese sind auch, wie das der Oberste Gerichtshof will, außerhalb des Erbrechts untergebracht. Zum Beispiel kann man derartige Normen im Bankrecht finden (Artikel 56) sowie in anderen Vorschriften, auf die der Oberste Gerichtshof verwiesen hat²⁴. Diese Beispiele widersprechen scheinbar der Schlussfolgerung von der „Allgemeinheit des Verbots“. Tatsächlich handelt es sich aber um ausdrücklich formulierte gesetzliche *A u s n a h m e n* von Artikel 941 k.c. Die Konstruktion ist also erkennbar. Es existiert ein generelles gesetzliches Verbot, über Vermögen auf den Todesfall anders als im Wege des Testaments zu verfügen (Artikel 941 k.c.). Dort indessen, wo der Gesetzgeber das Verbot als unangemessen erachtete, schuf er eine (engauszulegende) *lex specialis*.

Der polnische Oberste Gerichtshof dagegen erblickt und formuliert – aus unbekanntem Gründen – eine generelle Berechtigung, Vermögensverfügungen auf den Todesfall zu treffen, wenn nur der jeweilige Rechtsakt außerhalb des Erbrechts geregelt ist. Es ist inkonsequent, die Anwendung des Artikel 941 k.c. auf das Erbrecht beschränken, den Geltungsbereich des „analogen“ Verbots, einen Vertrag über das Erbe einer lebenden Person abzuschließen, dagegen auf alle Verträge zu erweitern, unabhängig davon, an welcher Stelle sie geregelt sind. Aus diesem Grund untersucht der OGH, ob eine Schenkung *mortis*

²⁴ S. u.a. Artikel 14 Abs. 1 und 2 des Gesetzes vom 5.11.2009 über genossenschaftliche Spar- und Kreditkassen [ustawa z 5.11.2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych], Dziennik Ustaw [Gesetzblatt] 2013, Nr 1450; Artikel 16 § 3 des Gesetzes vom 16.09.1982 über das Genossenschaftsrecht [ustawa z 16.09.1982 r. Prawo spółdzielcze], Dziennik Ustaw [Gesetzblatt] 2013, Nr 1443.

causa, die er als Geschäft *inter vivos* auffasst, nicht dieses Verbot verletzt, und verneint. Ursache dafür soll nicht die „systematische Platzierung“ des Verbotes sein, sondern lediglich die Tatsache, dass ein Schenkungsvertrag *mortis causa* eine Verfügung über einen konkreten Gegenstand, nicht aber über das (ganze) Erbe darstellt, was Artikel 1047 k.c. verbietet²⁵.

Folgt man der Argumentation des Obersten Gerichtshof, dann müsste man eigentlich zu der Schlussfolgerung kommen, dass jeder Rechtsakt zulässig ist – darunter jeder Vertrag über ein künftiges Erbvermögen –, wenn er nur außerhalb des Erbrechtes geregelt ist. Und weiter, dass jedes Geschäft *mortis causa* nach dem Willen der Parteien als Vertrag *inter vivos* ausgestaltet werden kann. Es gibt keinen Zweifel, dass eine solche Auslegung das System im wörtlichen Sinn „demolieren“ würde.

7. DIE SCHENKUNG *MORTIS CAUSA* UND DAS VERBOT, VERTRÄGE ÜBER DAS ERBE EINES LEBENDEN ERBLASSERS ABZUSCHLIEßEN

Wie erwähnt, hat der Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Dezember 2013 viel Energie darauf verwendet darzulegen, dass eine Schenkung *mortis causa* nicht das Verbot verletzt, Verträge über das Erbe einer lebenden Person abzuschließen (Artikel 1047 k.c.). Diese Erwägungen sind im Wesentlichen überflüssig. Nach geltendem Recht betrifft Artikel 1047 k.c. lediglich Verträge zwischen einem künftigen Erben und einer dritten Person sowie zwischen künftigen Erben. Unter Berücksichtigung des Verbots aus Artikel 941 k.c. bezieht sich die Vorschrift dagegen nicht auf Verträge unter Beteiligung des Erblassers. Es kann doch keinen Zweifel geben, dass, wenn ein Erblasser über sein Vermögen (und somit auch über einen Teil desselben) auf den Todesfall nur auf *t e s t a m e n t a r i s c h e m* Wege verfügen kann, *v e r t r a g l i c h e* Verfügungen über das Erbe ausgeschlossen sind. Im Fall des Erblassers hat also die Norm des Artikel 1047 k.c. augenblicklich keine rechtliche Bedeutung.

²⁵ Artikel 1047 k.c.: Unter Vorbehalt der in diesem Titel vorgesehenen Ausnahmen ist ein Vertrag über das Erbe einer lebenden Person ungültig.

Dieses Teilstücks der Argumentation kann man selbstverständlich verstehen, und man kann auch kaum bestreiten, dass der OGH Recht hat, wenn man Artikel 941 k.c. so auffasst, wie er es tut (d.h. als wenn es die Norm des Artikel 941 k.c. nicht gäbe). Tatsächlich müsste man, gäbe es nicht Artikel 941 k.c., zu dem Ergebnis kommen, dass die Schenkung eines konkreten Gegenstandes *mortis causa* nicht dem in Artikel 1047 k.c. formulierten Verbot entgegensteht. Denn die Verfügung über einen konkreten Gegenstand ist keine Verfügung über das Erbe oder einen Teil davon.

8. ZUSAMMENFASSUNG

Die augenblicklichen Regelungen des polnischen Rechtes erlauben nicht die Konstruktion eines Schenkungsvertrages *mortis causa*, der als bedingter Vertrag *inter vivos* geschlossen wird mit Rechtsfolgen auf den Todesfall. Dem steht vor allem der Grundsatz des *numerus clausus* für Rechtsgeschäfte *mortis causa* entgegen.

Nicht ausgeschlossen ist dagegen die Suche nach einer rechtlichen Gestaltung des Testamentes im Rahmen eines Geschäftes *inter vivos*, wenn *in concreto*, auf der Seite des Erblassers der Wille zu testieren erkennbar ist und, wenn die Anforderungen an ein Testament, etwa die an die Form, erfüllt werden. Eine solche Verfügung (in Verbindung zum Beispiel mit einem Darlehensvertrag) müsste frei widerruflich sein, da auch das Testament jederzeit widerrufen werden kann.

Eine gesetzliche Regelung des Instituts der Schenkung *mortis causa* im polnischen Recht ist dringend nötig. Der gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedarf erlaubt es nicht, dem Problem aus dem Wege zu gehen. Das neue Institut sollte – in Übereinstimmung mit seiner Rechtsnatur als Geschäft *mortis causa* – im Erbrecht angesiedelt werden. Es steht nichts entgegen, dass es (entsprechend dem wirtschaftlichen Bedarf) als unwiderrufliche Einrichtung ausgestaltet wird.

