

PRIVATDOZENT DR. STEFFEN SCHLINKER UND STUD. IUR. PETER ZICKGRAF\*

# Gutgläubiger Erwerb im Erbrecht – Fälle und Lösungen

Der gutgläubige Erwerb vom vermeintlichen Erben, dem sog. Erbscheinserben, wirft komplexe Probleme auf, die sachen- und erbrechtliche Fragen beinhalten und deren Lösungen hochumstritten sind. Die hier behandelten Fragen sind daher beliebte Klausurthemen (Pflichtstoff, z. B. § 18 II Nr. 1 c BayJAPO), die die Möglichkeit zu eigenständiger Argumentation und Abwägung bieten und somit die Chance einer überdurchschnittlichen Bewertung der Klausur geben. Ergänzend zum Beitrag Schlinker/Zickgraf, JuS 2013, 876, bieten die nachfolgenden Fälle und Lösungen die Möglichkeit, den Umgang mit typischen Konstellationen zu schulen.

## A. Einführung

Nach einem Erbfall kann es passieren, dass die wirkliche Rechtslage und die scheinbare Rechtslage auseinanderfallen. Derjenige, der zunächst vermeintlich als Erbe in Betracht kommt, ist tatsächlich gar nicht der Erbe des Erblassers geworden, sei es, dass kein Testament aufgefunden wird und alle Beteiligten von der gesetzlichen Erbfolge ausgehen, sei es, dass zwar ein Testament vorliegt, dieses aber durch ein jüngeres, bislang noch nicht entdecktes Testament aufgehoben wurde. In der Regel wird der vermeintliche Erbe mangels entgegenstehender Anhaltspunkte vom Nachlassgericht einen Erbschein erhalten, der sein Erbrecht bezeugt (§ 2353), und er wird sodann Rechtsgeschäfte für den Nachlass vornehmen. Daraus entsteht eine Reihe von sachen- und erbrechtlichen Problemen, die im Folgenden erörtert werden sollen.

## B. Subjektiver Nachlassbezug

*Fall:* Antiquitätenhändler *S* ist als gesetzlicher Alleinerbe des *V* durch einen Erbschein ausgewiesen. Später findet sich ein Testament, welches *E* als Alleinerben bezeichnet. Zuvor hatte *S* bereits ein antikes Möbelstück aus dem Nachlass des *V* in seinem Geschäft an seinen Stammkunden *G* veräußert, der allerdings nicht davon ausging, dass es sich um Nachlassgegenstände des verstorbenen *V* handelte. *E* verlangt von *G* die Herausgabe des Möbelstücks, das ihm *S* sofort geliefert hat. Steht *E* ein Anspruch aus § 985 zu?<sup>1</sup>

## I. Eigentum des E

Für einen Anspruch aus § 985 müsste *E* zunächst Eigentümer des Möbelstücks sein.

### 1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war *V* Eigentümer des Möbelstücks.

### 2. Rechtserwerb des E nach §§ 1922, 1937 BGB

Als Alleinerbe des *V* trat *E* gem. §§ 1922, 1937 in die Rechte des *V* ein und wurde daher *ipso iure* mit dem Erbfall Eigentümer des Möbels.

### 3. Übereignung von S an G nach § 929 S. 1 BGB

*E* könnte sein Eigentum an dem Möbelstück allerdings verloren haben. In Betracht kommt zunächst, dass *G* von *S*

Eigentum durch Übereignung nach § 929 S. 1 erlangt haben könnte.

#### a) Einigung

*S* und *G* müssten sich dinglich geeinigt haben<sup>2</sup>. An zwei übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien nach §§ 145, 147 mit dem Inhalt, dass das Eigentum von *S* an *G* übergehen soll, bestehen keine Zweifel. *S* und *G* haben sich dinglich geeinigt.

#### b) Übergabe

*S* müsste *G* das Möbelstück übergeben haben. Die Übergabe erfordert dabei den vollständigen Besitzverlust des Veräußerers sowie den Besitzerwerb des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers<sup>3</sup>. *S* hat jegliche Besitzposition i.S. der §§ 854 ff. verloren und *G* hat unmittelbaren Besitz nach § 854 I am Möbelstück auf Veranlassung des *S* erworben. Somit liegt eine Übergabe von *S* an *G* vor.

#### c) Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe

*S* und *G* müssten im Zeitpunkt der Übergabe noch einig gewesen sein. Daran bestehen hier keine Zweifel.

\* Der Autor *Schlinker* vertritt im Wintersemester 2013/2014 den Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Leibniz-Universität Hannover; der Autor *Zickgraf* studiert an der Ludwig-Maximilians-Universität München und arbeitet als Student. Mitarbeiter im Fachbereich Gesellschaftsrecht bei der Kanzlei CMS Hasche Sigle. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

1 In der Falllösung wird ausschließlich ein Anspruch aus § 985 geprüft, weil sich dort die eigentliche Problematik darstellen lässt. In einer Klausur könnte eingangs kurz ein Anspruch aus § 2018 angesprochen werden. § 2018 findet als *lex specialis* allerdings nur dann Anwendung, wenn der Herausgabepflichtige „Erbschaftsbesitzer“ ist, das heißt eine Person, die Nachlassgegenstände unter Berufung auf ein eigenes Erbrecht besitzt. Der Herausgabepflichtige muss als vermeintlicher Erbe Nachlassgegenstände im Besitz haben. Erbschaftsbesitzer ist also jemand, der sich irrtümlich für den Erben hält. Das trifft auf *G* nicht zu. Er hält sich nicht für den Erben des *V*, sondern geht davon aus, rechtsgeschäftlich vom vermeintlichen Erben *S* erworben zu haben. Im Übrigen ist in einer Klausur an die Herausgabeansprüche der §§ 861, 1007, 812, 823 zu denken.

2 Nach ganz h. M. ist die Einigung ein dinglicher Vertrag; BGHZ 28, 16 (19) = NJW 1958, 1133; Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. (2013), § 929 Rdnr. 2.

3 Vieweg/Werner, SachenR, 5. Aufl. (2011), § 4 Rdnr. 22; Palandt/Bassenge (o. Fußn. 2), § 929 Rdnrn. 11 f.

**d) Verfügungsbefugnis**

S müsste Verfügungsbefugt gewesen sein. Verfügungsbefugt ist der Eigentümer, der nicht in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist, und der kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts zur Verfügung Berechtigte<sup>4</sup>. S war nicht Eigentümer. Vielmehr ist E mit dem Erbfall Eigentümer des Möbelstücks geworden. S war auch nicht kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts zur Verfügung berechtigt. S war daher nicht Verfügungsbefugt.

**e) Zwischenergebnis**

G hat kein Eigentum durch Übereignung des S nach § 929 S. 1 erlangt.

**4. Übereignung von S an G gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB**

E könnte sein Eigentum verloren haben, wenn G das Möbelstück von S gutgläubig nach §§ 929 S. 1, 932 erworben hat.

**a) Einigung, Übergabe und Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe**

Diese Voraussetzungen liegen alle vor (s. o.).

**b) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts**

Es müsste ein Rechtsgeschäfts im Sinne eines Verkehrsgeschäfts vorliegen. Ein Verkehrsgeschäft liegt vor, wenn Erwerber und Veräußerer weder rechtlich noch wirtschaftlich identisch sind<sup>5</sup>. S und G sind weder rechtlich noch wirtschaftlich identisch. Es liegt ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts vor.

**c) Objektiver Rechtsscheintatbestand**

Es müsste ein objektiver Rechtsscheintatbestand vorliegen. Der objektive Rechtsscheintatbestand besteht bei § 932 im Besitz bzw. genauer in der Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers<sup>6</sup>. Veräußerer S war unmittelbarer Besitzer des Möbelstücks und konnte G auch den Besitz am Möbelstück verschaffen. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 932 liegt vor.

**d) Subjektiver Rechtsscheintatbestand: Gutgläubigkeit, § 932 II BGB**

G müsste in Bezug auf das Eigentum des Veräußerers gutgläubig gewesen sein. Die Gutgläubigkeit ist gem. § 932 II ausgeschlossen, wenn dem Erwerber positiv bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße verletzt<sup>7</sup>. Das ist der Fall, wenn der Erwerber das nicht beachtet, was jedem hätte einleuchten müssen<sup>8</sup>. G wusste nichts vom Fehlen der Eigentümerstellung des S. Aber auch Anzeichen für grob fahrlässiges Verhalten des G liegen nicht vor. Vielmehr durfte er in Anbetracht des Umstands, dass S Antiquitätenhändler ist, annehmen, dieser sei Eigentümer des Möbelstücks, da ein derartiger Verkauf nichts Ungewöhnliches ist. G war gutgläubig in Bezug auf das Bestehen des Eigentums des S.

**e) Kein Abhandenkommen, § 935 BGB**

Die Sache, um die es geht, dürfte nach § 935 I nicht gestohlen, verloren gegangen oder abhanden gekommen sein. Abhanden gekommen ist eine Sache, wenn der Eigentümer oder sein Besitzmittler den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren hat<sup>9</sup>. Die Sache muss immer dem unmittelbaren Besitzer, dem Eigentümer oder einem sonstigen unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen sein. Abhanden gekommen ist eine Sache, wenn sie dem „unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen aus dem Besitz“ gekommen ist<sup>10</sup>. Zwar hat S die unmittelbare Sachherrschaft an dem Möbelstück, so dass er nach allgemeinen Grundsätzen als unmittelbarer Besitzer der Sache gem. § 854 I anzusehen ist. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Besitz an dem Möbel mit dem Erbfall wegen der Fiktion des § 857 auf den wahren Erben E übergegangen ist. Greift ein Dritter, der sich – wie S – nur für den Erben hält, in den Nachlass ein und entnimmt eine Sache, verliert der wahre Erbe E ohne seinen Willen seinen Besitz.

Ein gutgläubiger Erwerb des G von S gem. §§ 929 S. 1, 932 scheidet daher an § 935.

**f) Zwischenergebnis**

G hat kein Eigentum durch Übereignung des S nach §§ 929 S. 1, 932 erworben. Daher ist immer noch E Eigentümer des Möbels.

**5. Übereignung von S an G nach §§ 929 S. 1, 2366 BGB**

G könnte von S Eigentum durch Übereignung nach §§ 929 S. 1, 2366 erlangt haben.

**a) Einigung, Übergabe, Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe und Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts**

Diese Voraussetzungen liegen alle vor (s. o.).

**b) Objektiver Rechtsscheintatbestand**

Es müsste der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 vorliegen. Wegen der Verweisung des § 2366 auf § 2365 („soweit die Vermutung des § 2365 reicht“) müsste ein sich in Kraft befindlicher Erbschein bestehen<sup>11</sup>. Dies ist hier der Fall. Weiter müsste der Erbschein den Veräußerer als Erben bezeichnen. S ist als Erbe im Erbschein ausgewiesen. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 liegt also vor.

4 Oechsler, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2013), § 929 Rdnrn. 43 ff.

5 Kindl, in: BeckOK-BGB, 2013, § 932 Rdnr. 3; Staudinger/Gursky, BGB, 2008, § 892 Rdnrn. 97 ff., 105.

6 BGHZ 10, 81 = NJW 1953, 1506; Kindl, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 5), § 932 Rdnr. 1; Staudinger/Wiegand, BGB, 2011, Vorb. §§ 932 ff., Rdnrn. 12, 18.

7 BGH, NJW 1992, 316 (317); Oechsler, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 4), § 932 Rdnr. 47.

8 BGH, NJW 2005, 1365 (1366) = JuS 2005, 650 (Karsten Schmidt); RGZ 141, 129 (131); Kindl, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 5), § 932 Rdnr. 16.

9 RGZ 101, 224; Palandt/Bassenge (o. Fußn. 2), § 935 Rdnr. 3.

10 Wolff/Raiser, SachenR, 10. Aufl. (1957), § 69 I 1.

11 Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2013), § 2366 Rdnr. 5; Siegmann/Höger, in: BeckOK-BGB, 2012, § 2365 Rdnr. 2.

### c) Subjektiver Rechtsscheintatbestand: Gutgläubigkeit

G müsste gutgläubig gewesen sein. Die Gutgläubigkeit ist nach § 2366 nur ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Erbscheins positiv kennt oder weiß, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Beides ist bei G nicht gegeben, so dass G grundsätzlich gutgläubig war.

Das Problem dieses Falls liegt jedoch darin, dass G nicht davon ausgeht, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben. Ob ein subjektiver Nachlassbezug Voraussetzung eines gutgläubigen Erwerbs durch den Erbschein nach § 2366 ist, ist umstritten.

aa) *Ansicht 1: kein subjektiver Nachlassbezug nötig.* Eine Meinung verneint das Erfordernis eines subjektiven Nachlassbezugs<sup>12</sup>.

bb) *Ansicht 2: Subjektiver Nachlassbezug erforderlich.* Die h. M. dagegen bejaht das Erfordernis eines subjektiven Nachlassbezugs<sup>13</sup>. Diese Meinung wird in zwei Varianten vertreten: *Variante 1* fordert eine entsprechende Vorstellung des Erwerbers<sup>14</sup>. *Variante 2* lässt die alleinige Vorstellung des Erbscheinserben genügen<sup>15</sup>.

cc) *Stellungnahme.* Für die erste Ansicht spricht der Wortlaut des § 2366, der nicht von einem Erwerb „als Erbschaftsgegenstand“ spricht, weshalb es für die Anwendung des § 2366 genügen muss, dass in objektiver Hinsicht über einen Erbschaftsgegenstand verfügt wird. Weiter führen die Vertreter von Ansicht 1 an, es sei widersprüchlich, den gutgläubigen Dritten ohne dessen Kenntnis vom Bestand eines Erbscheins zu schützen, zugleich aber zu verlangen, er müsse wissen, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben<sup>16</sup>. Die Ansicht, es genüge das subjektive Bewusstsein des Erbscheinserben (Ansicht 2, Variante 2), stützt sich auf die Motive<sup>17</sup>. Die Vertreter der Auffassung, es komme auf das Bewusstsein des Dritten an, ein Geschäft mit Nachlassbezug zu tätigen (Ansicht 2, Variante 1), berufen sich auf den Verkehrsschutzzweck des § 2366, argumentieren also teleologisch<sup>18</sup>.

Ausschlaggebend erscheint der Sinn und Zweck des gutgläubigen Erwerbs und dessen innere Berechtigung. Bei der Lösung der Frage ist der Zweck des § 2366 entscheidend, Verkehrsschutz zu Gunsten gutgläubiger Dritter zu garantieren. Um das zu erreichen, fingiert der Erbschein das Bestehen des Erbrechts beim Veräußerer. Geht der Erwerber jedoch gar nicht davon aus, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben, so ist er nicht schutzwürdig, da er gerade nicht auf das Bestehen des Erbrechts des Veräußerers vertraut. In dieser Konstellation besteht also kein Anlass, den Erwerber besser zu stellen, als er stünde, wenn seine Vorstellung (kein Erwerb eines Erbschaftsgegenstands) zuträfe. Daher finden in diesem Fall nur die allgemeinen Gutgläubenserwerbstatbestände der §§ 932 ff., 892 Anwendung und nicht § 2366<sup>19</sup>. Die erste Ansicht ist somit abzulehnen.

Ebenfalls abzulehnen ist die Variante 2 der Ansicht 2. Insbesondere der Rückgriff auf die Motive trägt hier nicht. Die Motive besagen nämlich, dass für die Anwendung des § 2366 maßgeblich sei, ob ein „Erbschein zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts demjenigen, mit welchem *als Erben* der Dritte verhandelt (hat), erteilt gewesen ist“<sup>20</sup>. Aus dem letzten Halbsatz lässt sich ableiten, dass der Schutz des § 2366

nur dann eröffnet sein soll, wenn der Erwerber denkt, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben. Die Motive beziehen sich gerade nicht auf die innere Einstellung des Veräußerers, sondern auf das Bewusstsein des Erwerbers mit einem Erben über Nachlassgegenstände zu kontrahieren<sup>21</sup>. Außerdem trägt Variante 2 dem Schutzzweckgedanken des § 2366 keine Rechnung. Die alleinige Vorstellung des Erbscheinserben verdient keinen Verkehrsschutz. Bei allen anderen Gutgläubenserwerbstatbeständen (z. B. §§ 932 ff., 892 f.) kommt es niemals auf subjektive Vorstellungen des Veräußerers, sondern immer auf solche des Erwerbers an. Insofern ist zumindest die Vorstellung des Erwerbers nötig, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben.

Variante 1 der Ansicht 2 erscheint also vorzuzugewürdigt. Die Vorstellung des Erwerbers, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben, ist deswegen erforderlich.

G war nicht bewusst, dass er einen Erbschaftsgegenstand erwarb. Der subjektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 ist somit nicht gegeben.

### d) Zwischenergebnis

G hat kein Eigentum von S gem. §§ 929 S. 1, 2366 erlangt. E ist weiterhin Eigentümer des Möbelstücks.

## II. Besitz des G

G hat unmittelbaren Besitz gem. § 854 I an dem Möbelstück<sup>22</sup>.

## III. Kein Recht zum Besitz

G dürfte kein Recht zum Besitz nach § 986 I 1 haben. Grundsätzlich kann ein Kaufvertrag ein relatives Recht zum Besitz geben<sup>23</sup>. Allerdings wirken Verträge nur *inter partes*. Ein Kaufvertrag liegt hier nur zwischen S und G, nicht jedoch zwischen G und E vor, so dass G gegenüber E nicht zum Besitz berechtigt ist.

## IV. Ergebnis

E hat gegen G Anspruch auf Herausgabe des Möbelstücks nach § 985.

12 *Muscheler*, Jura 2009, 731 (739).

13 *Wiegand*, JuS 1975, 283 (286); *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. (2002), § 2366 Rdnr. 5.

14 *Siegmann/Höger*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 9; *Palandt/Weidlich* (o. Fußn. 2), § 2366 Rdnr. 2; *Staudinger/Herzog*, BGB, 2010, § 2366, Rdnrn. 7 f.; *Brox/Walker*, ErbR, 25. Aufl. (2012), § 35 Rdnr. 618; *Tiedtke*, Gutgl. Erwerb, 1985, S. 201.

15 *Leipold*, ErbR, 19. Aufl. (2012), § 18 Rdnr. 656 Fußn. 106; *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 24; *Soergel/Zimmermann* (o. Fußn. 13), § 2366 Rdnr. 5.

16 *Muscheler*, Jura 2009, 731 (739).

17 *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 24; Mot. V S. 572 (= *Mugdan*, V, S. 306).

18 *Staudinger/Herzog* (o. Fußn. 14), § 2366, Rdnrn. 7 f.; *Siegmann/Höger*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 9.

19 *Tiedtke* (o. Fußn. 14), S. 201.

20 Mot. V, S. 570 (= *Mugdan*, V, S. 305).

21 *Wiegand*, JuS 1975, 283 (286).

22 Der Erbenbesitz des E steht dem Besitz des G nicht entgegen. § 857 will dem Erben v. a. Besitzschutzansprüche und den Schutz des § 935 erhalten. S. *Baur/Stürner*, SachenR, 18. Aufl. (2009), § 8 Rdnr. 2.

23 *Baldus*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 4), § 986 Rdnr. 23.

## C. Subjektiver Bezug zum Erbschein

*Fall:* Scheinerbe *S*, der in einem Erbschein als Erbe ausgewiesen ist, veräußert an den gutgläubigen *G* ohne Vorlage des Erbscheins einen Silberlöffel des Erblassers *V*. *S* erwähnt gegenüber *G* beiläufig, dass er den alten Silberlöffel geerbt habe, aber leider sei er nicht spülmaschinenfest und daher für ihn unbrauchbar. *G* weiß weder etwas vom Erbschein noch davon, dass *S* in diesem als Alleinerbe aufgeführt ist. Der wahre Erbe *E* verlangt von *G* Herausgabe des Silberlöffels nach § 985.

### I. Eigentum des E

Für einen Anspruch aus § 985 müsste *E* zunächst Eigentümer des Silberlöffels sein.

#### 1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war *V* Eigentümer des Silberlöffels.

#### 2. Eigentumserwerb des E nach §§ 1922 I, 1937 BGB

Als Alleinerbe des *V* tritt *E* in die Rechte des *V* ein und wird daher *ipso iure* mit dem Erbfall Eigentümer des Silberlöffels.

#### 3. Übereignung von S an G nach §§ 929 S. 1, 2366 BGB

*G* könnte durch Übereignung von *S* nach §§ 929 S. 1, 2366 Eigentum am Silberlöffel erworben haben<sup>24</sup>.

##### a) Einigung, Übergabe, Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe, Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts und objektiver Rechtsscheintatbestand des § 2366 BGB

Diese Voraussetzungen sind unproblematisch erfüllt.

##### b) Subjektiver Rechtsscheintatbestand: Gutgläubigkeit

*G* müsste gutgläubig gewesen sein. Die Gutgläubigkeit ist nach § 2366 nur ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Erbscheins positiv kennt oder weiß, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Beides ist bei *G* nicht gegeben, so dass *G* grundsätzlich gutgläubig war.

Umstritten ist jedoch, ob zusätzlich zur Gutgläubigkeit des Erwerbers noch ein subjektiver Bezug zum Erbschein nötig ist, d. h. ob der Erbschein dem Dritten vorgelegt werden muss oder dieser zumindest Kenntnis vom Bestehen des Erbscheins haben muss. Hier wurde der Erbschein dem Vertragspartner *G* weder vorgelegt, noch hatte er Kenntnis vom Bestehen des Erbscheins.

aa) *Ansicht 1: Subjektiver Bezug zum Erbschein erforderlich.* Eine Meinung bejaht das Erfordernis eines subjektiven Bezugs zum Erbschein<sup>25</sup>. Danach läge der subjektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 hier nicht vor.

bb) *Ansicht 2: Kein subjektiver Bezug zum Erbschein erforderlich.* Die h. M. verneint ein derartiges Erfordernis<sup>26</sup>. Nach dieser Ansicht wäre der subjektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 hier erfüllt.

cc) *Stellungnahme.* Die Vertreter der ersten Ansicht führen an, dass Gutglaubenstatbestände die Kenntnis des Rechtsscheintatbestands voraussetzen und ein Vertrauen, welches ohne Kenntnis des Rechtsscheintatbestands zu Stande kommt, keinen Schutz verdient<sup>27</sup>.

Allerdings überzeugt das nicht, denn gegen Ansicht 1 und insofern für Ansicht 2 spricht, dass der Erbschein objektiv eine Publizitäts- und Gutgläubenswirkung entfaltet und der Erwerber daher nicht auf Grund seines individuellen Vertrauens, sondern als Mitglied des allgemeinen Rechtsverkehrs geschützt wird<sup>28</sup>. Auch die Motive halten einen subjektiven Bezug zum Erbschein nicht für erforderlich und stützen daher Ansicht 2<sup>29</sup>. Die Legitimität des gutgläubigen Erwerbs erhöht sich nicht durch die Kenntnis des Erwerbers vom Bestehen sowie vom Inhalt des Erbscheins<sup>30</sup>. Nach vorzugswürdiger h. M. ist ohnehin ein subjektiver Nachlassbezug beim Erwerber erforderlich (s. o. A I 5 c cc). Daher würde sich durch die Kenntnis des Erwerbers vom Bestehen und Inhalt des Erbscheins gar nichts ändern. Sollte der Veräußerer nämlich nicht als Erbe im Erbschein aufgeführt sein oder der Erbschein nicht existieren, scheidet ein Gutgläubenserwerb nach § 2366 ohnehin am Fehlen des objektiven Rechtsscheintatbestands. Als systematisches Argument für Ansicht 2 lässt sich die parallele Ausgestaltung der §§ 891 ff. zu den §§ 2365 ff. anführen, weil bei § 892 nach ganz h. M. der öffentliche Glaube des Grundbuchs ebenfalls ohne die Kenntnis des Erwerbers vom Inhalt des Grundbuchs wirkt<sup>31</sup>. Die zweite Ansicht ist demnach vorzugswürdig. Ein subjektiver Bezug zum Erbschein ist nicht erforderlich.

Im vorliegenden Fall ist der subjektive Rechtsscheintatbestand erfüllt. Die Voraussetzungen der §§ 929 S. 1, 2366 liegen vor.

*G* hat von *S* daher Eigentum am Silberlöffel nach §§ 929 S. 1, 2366 erworben.

### II. Ergebnis

*E* hat gegen *G* keinen Anspruch auf Herausgabe des Silberlöffels nach § 985.

## D. Sich widersprechende Erbscheine

*Fall:* Als *M* unerwartet stirbt, findet sein Bruder *S* ein Testament, das ihn als Alleinerben des *M* bezeichnet. Um sich als Erbe ausweisen zu können, beantragt er beim AG München (NachlassG) einen Erbschein, der ihm antragsgemäß erteilt wird. Später findet die Ehefrau *E* des verstorbenen *M* ein jüngeres Testament, welches sie als Allein-

24 Ein Eigentumserwerb gem. §§ 929 S. 1, 932 scheidet, s. o. B I 3, 4.

25 *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im dt. Privatrecht, 1981, S. 508; *Wiegand*, JuS 1978, 145 (149).

26 BGHZ 40, 54 (60) = NJW 1963, 1972; *Palandt/Weidlich* (o. Fußn. 2), § 2366 Rdnr. 1; *Siegmann/Höger*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 11; *Soergel/Zimmermann* (o. Fußn. 13), § 2366 Rdnr. 10; *Tiedtke* (o. Fußn. 14), S. 201; *Brox/Walker* (o. Fußn. 14), § 35 Rdnr. 618.

27 *Wiegand*, JuS 1978, 145 (149); *Canaris* (o. Fußn. 25), S. 507 f.

28 *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 25; *Staudinger/Herzog* (o. Fußn. 14), § 2366 Rdnr. 5.

29 *Staudinger/Herzog* (o. Fußn. 14), § 2366 Rdnr. 5; Motive V, S. 569 (= *Mugdan*, V, S. 304): Der Erbschein ist „wie das Grundbuch (dazu) bestimmt... den Erben gegenüber Jedem festzustellen“.

30 *Muscheler*, ErbR II, 2010, § 48 Rdnr. 3351.

31 BGH, NJW 1980, 2413 (2414); *Muscheler* (o. Fußn. 30), § 48 Rdnr. 3351; *Kohler*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 4), § 892 Rdnr. 45; *Staudinger/Gursky* (o. Fußn. 5), § 892 Rdnr. 184; *Eckert*, in: BeckOK-BGB, 2013, § 892 Rdnr. 13.

erbin benennt. *E* beantragt daraufhin die Ausstellung eines Erbscheins beim AG München, der ihr sogleich erteilt wird. Der Nachlassrichter des AG München ordnet außerdem die Einziehung des ersten Erbscheins an<sup>32</sup>. Nachdem *E* der zweite (richtige) Erbschein ausgestellt wurde, veräußert *S* eine Uhr des verstorbenen *M* unter Vorlage seines (unrichtigen) Erbscheins an den redlichen *G*. *G* weiß, dass es sich um einen Nachlassgegenstand des *M* handelt. *E* überlegt, ob *G* Eigentümer der Uhr geworden ist.

## I. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war Erblasser *M* Eigentümer der Uhr.

## II. Eigentumserwerb der *E* nach §§ 1922 I, 1937 BGB

Fraglich ist, ob *E* Eigentümerin der Uhr gem. §§ 1922 I, 1937 geworden ist. Problematisch ist hier, dass in einem früheren Testament *S* als Erbe bezeichnet ist. Doch durch das spätere Testament, welches *E* als Erbin bezeichnet, hat *M* das frühere Testament gem. §§ 2253, 2254 widerrufen. Nach § 2258 I gilt also das jüngere Testament zu Gunsten der Ehefrau *E*. Als Alleinerbin des *M* tritt *E* in die Rechte des *M* ein und wird daher *ipso iure* mit dem Erbfall Eigentümer der Uhr.

## III. Übereignung von *S* an *G* gem. §§ 929 S. 1, 2366 BGB

*G* könnte von *S* Eigentum an der Uhr nach §§ 929 S. 1, 2366 erlangt haben<sup>33</sup>.

### 1. Einigung, Übergabe, Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe, Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

### 2. Objektiver Rechtsscheintatbestand

Fraglich ist, ob der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 gegeben ist. Wegen der Verweisung des § 2366 auf § 2365 („soweit die Vermutung des § 2365 reicht“) müsste ein sich in Kraft befindlicher Erbschein bestehen, der die Vermutung des § 2365 in sich trägt<sup>34</sup>. Problematisch am vorliegenden Fall ist, dass zwei Erbscheine im Umlauf sind, die sich inhaltlich widersprechen. Umstritten ist, ob dadurch die Vermutungswirkung i. S. von § 2365 eines oder beider Erbscheine aufgehoben wird. Das hätte zur Folge, dass der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 nicht vorliegt:

### a) Ansicht 1: Keine Anwendung des § 2365 BGB, aber Anwendung der §§ 2366 f. BGB zu Gunsten gutgläubiger Dritter

Eine Meinung möchte § 2365 in diesem Fall nicht anwenden, aber zu Gunsten des gutgläubigen Dritten die §§ 2366 f. heranziehen<sup>35</sup>. Nach dieser Ansicht läge der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 hier vor, da *G* redlich, d. h. gutgläubig ist.

### b) Ansicht 2: Gutgläubenswirkung des später erteilten Erbscheins

Eine zweite Meinung nimmt an, dass mit der Erteilung des späteren Erbscheins bei gleichzeitiger Einziehungsanordnung und Kraftloserklärung des ersten Erbscheins durch dasselbe

Nachlassgericht die Vermutungsgrundlage des ersten Erbscheins wegfällt<sup>36</sup>. Demzufolge kann der spätere Erbschein Gutgläubenswirkung entfalten, während dem früheren Erbschein keine Vermutungswirkung mehr zukommt. Folgt man dieser Meinung, wäre der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 zu Gunsten des *G* nicht gegeben, da die Veräußerung mittels des früheren Erbscheins vorgenommen wurde.

### c) Ansicht 3: Vermutungswirkung für jeden Erbschein aufgehoben, soweit ein Widerspruch besteht

Die h. M. geht davon aus, dass mehrere sich inhaltlich widersprechende Erbscheine die Vermutungswirkung nach § 2365 für jeden Erbschein, soweit ein Widerspruch besteht, aufheben<sup>37</sup>. Nach dieser Meinung ist der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 nicht gegeben, da hier zwei sich inhaltlich widersprechende Erbscheine vorliegen, so dass beiden die Vermutung des § 2365 genommen wird, die Voraussetzung für das Bestehen des objektiven Rechtsscheintatbestands des § 2366 ist. *G* könnte die Uhr demnach nicht gutgläubig erwerben.

### d) Stellungnahme

Die erste Ansicht ist abzulehnen auf Grund des Wortlauts des § 2366, der durch die Formulierung „soweit die Vermutung des § 2365 reicht“ zeigt, dass nicht zwischen § 2365 und §§ 2366 f. unterschieden werden darf<sup>38</sup>. Gegen die erste Ansicht, die das Vertrauen gutgläubiger Dritter schützen will, spricht ferner, dass sie einer inneren Rechtfertigung entbehrt, weil die Kenntnis des Inhalts sowie der Erteilung des Erbscheins keine Voraussetzung für das Entstehen des öffentlichen Glaubens ist<sup>39</sup>. Der Erbschein entfaltet Rechtsscheinwirkung bereits durch seine objektive Existenz, ohne dass der Erwerber subjektiv Kenntnis vom Erbschein haben muss (s. o. C). Zwei sich inhaltlich widersprechende (potenzielle) Rechtsscheinträger können aber keinen Rechtsschein begründen.

Gegen die zweite Ansicht bestehen ebenfalls durchgreifende Bedenken. Sie ist mit den Anordnungen des Gesetzes, wann ein Erbschein auf Grund von Einziehung oder Kraftloserklärung unwirksam wird, nicht in Einklang zu bringen. Die Vermutungswirkung des § 2365 beginnt mit Erteilung des Erbscheins und endet erst mit seiner Einziehung (§ 2361 I 1), Kraftloserklärung (§ 2361 II 1) oder Herausgabe (§ 2362 I)<sup>40</sup>. Die zweite Ansicht würde im Falle der Erteilung eines neuen Erbscheins dem ersten Erbschein bereits

32 Der Erbschein wird erst mit der Einziehung kraftlos (§ 2361 I). Zwar kann das Nachlassgericht einen Erbschein für kraftlos erklären (§ 2361 II 1), jedoch existieren in der Zwischenzeit zwischen dem gerichtl. Beschluss und der Unwirksamkeit durch tatsächl. Einziehung oder Wirksamwerden der Kraftloserklärung (§ 2361 II 3 BGB) zwei Erbscheine.

33 Ein Eigentumserwerb gem. §§ 929 S. 1, 932 scheitert, s. o. B I 3, 4.

34 Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 5; Siegmund/Höger, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2365 Rdnr. 2.

35 Lange/Kuchinke, ErbR, 5. Aufl. (2011), § 39 II Fußn. 96.

36 Lindacher, DNotZ 1970, 93 (98).

37 BGHZ 33, 314 (317) = NJW 1961, 605 (606); Palandt/Weidlich (o. Fußn. 2), § 2366 Rdnr. 3; Tiedtke (o. Fußn. 14), S. 197; Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2365 Rdnr. 4; Siegmund/Höger, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2365 Rdnr. 8; Kipp/Coing, ErbR, 14. Aufl. (1990), § 103 III.

38 Muscheler (o. Fußn. 30), § 48 Rdnr. 3338.

39 Staudinger/Herzog (o. Fußn. 14), § 2366 Rdnr. 35.

40 Brox/Walker (o. Fußn. 14), § 35 Rdnr. 616.

vor Einziehung des falschen Erbscheins die Wirkungen der §§ 2365 ff. nehmen, was im Widerspruch zur differenzierten gesetzlichen Regelung steht<sup>41</sup>.

Obwohl dieses Argument auch gegen die dritte Ansicht angeführt werden kann<sup>42</sup>, wiegt es in diesem Fall nicht so schwer, weil zumindest allen Erbscheinen ihre Vermutungswirkung genommen wird<sup>43</sup>. Daraus folgt, dass ein gutgläubiger Erwerb vom Erbscheinerben während der Existenz mehrerer sich widersprechender Erbscheine nicht in Betracht kommt. Da es für den Gutglaubenstatbestand nicht auf die Kenntnis der Beteiligten über das Bestehen des Erbscheins für das Entstehen der Gutgläubenswirkung ankommt (s. o. C), sondern nur auf den objektiven Inhalt des bzw. der Erbscheine, erscheint es gerechtfertigt, bei sich objektiv widersprechenden Erbscheinen dem gutgläubigen Dritten den Schutz zu versagen. Als Kehrseite der geringen subjektiven Anforderungen stehen gewissermaßen als Korrektiv erhöhte objektive Anforderungen.

Daher überzeugt die dritte Ansicht. Mehrere sich inhaltlich widersprechende Erbscheine heben die Vermutungswirkung nach § 2365 für jeden Erbschein, soweit ein Widerspruch besteht, auf. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 liegt hier also nicht vor.

#### IV. Ergebnis

G hat von S kein Eigentum an der Uhr nach §§ 929 S. 1, 2366 erlangt.

#### E. Abwandlung: Rückwirkende Anerkennung eines öffentlichen Glaubens bei Wegfall eines der sich widersprechenden Erbscheine?

*Fall wie D, aber:* Auf Grund einer Fehlannahme des Nachlassgerichts wird später der Erbschein der E und nicht der (unrichtige) Erbschein des S eingezogen.

Fällt einer der beiden sich widersprechenden Erbscheine weg, so kann ab diesem Zeitpunkt nach unumstrittener Auffassung ein gutgläubiger Erwerb an den verbleibenden Erbschein anknüpfen<sup>44</sup>. Problematisch ist hier nur der Fall, dass S schon vor dem Zeitpunkt der Einziehung des Erbscheins zu Gunsten des G über die Uhr verfügt hat. Für diese Konstellation ist umstritten, ob und wie sich ein Erwerb durch G vollzieht.

Ausgangspunkt für die h.M. ist die Überlegung, dass die Übereignung der Uhr von S an G zunächst unwirksam war, weil die Existenz eines zweiten, inhaltlich widersprechenden Erbscheins eine Gutgläubenswirkung des (unrichtigen) Erbscheins neutralisiert hat. Nach der Einziehung bzw. der Herausgabe oder der Wirksamkeit der Kraftloserklärung soll aber nach h.M. der verbleibende Erbschein *ex tunc* (rückwirkend) öffentlichen Glaubens haben<sup>45</sup>. Zur Begründung ihrer Auffassung trägt die h.M. vor, dass durch die Beseitigung des widersprechenden Erbscheins der Rechtsscheintatbestand des anderen Erbscheins erstarke und der verbleibende Erbschein eine erneute Verfügung zu einem späteren Zeitpunkt sowieso erfassen würde<sup>46</sup>.

Dagegen sprechen jedoch systematische Erwägungen. Zunächst ist zu sagen, dass ein nachträglicher Gutgläubenserwerb im Rahmen der Gutglaubenstatbestände des BGB systemwidrig ist<sup>47</sup>. Der Rechtsscheintatbestand muss vielmehr im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs vorliegen<sup>48</sup>. Gestützt wird diese Auffassung beispielsweise durch einen Blick auf die parallel ausgestalteten §§ 891 ff. Hier muss nach der h.M. der objektive Rechtsscheintatbestand des § 892 ebenfalls bei Vollendung des Rechtserwerbs vorhanden sein<sup>49</sup>.

Des Weiteren untergräbt die h.M. das oben festgestellte Ergebnis, dass sich widersprechenden Erbscheinen keine Vermutungswirkung nach § 2365 zukommt. Vielmehr führt die h.M. dazu, dass auf Grund der Einziehungspflicht aus § 2361 I 1 praktisch immer eine Heilung mit *Ex-tunc*-Wirkung einträte<sup>50</sup>.

Fraglich ist im Übrigen, ob eine *Ex-tunc*-Wirkung des verbleibenden Erbscheins überhaupt geboten ist.

Sollte ein unrichtiger Erbschein<sup>51</sup> übrig bleiben, (d. h. selbst das Nachlassgericht hat keine Kenntnis vom wahren Erben), so wird man vermuten dürfen, dass eine erneute Verfügung des Erbscheinerben nicht an der fehlenden Gutgläubigkeit des Erwerbers scheitern wird, so dass aus Verkehrsschutzgründen eine *Ex-tunc*-Wirkung nicht nötig ist. Das mag im Einzelfall und vor allem beim Erwerb von Rechten an Grundstücken unpraktisch sein, vermeidet aber die angesprochenen systematischen Brüche. Sollte der Dritte zwischenzeitlich jedoch bösgläubig geworden sein, scheidet der gutgläubige Erwerb endgültig. Dem ersten Erwerbsvorgang mangelt es am Rechtsscheinträger, beim zweiten Erwerbsvorgang fehlt es am guten Glauben. Ein schützenswertes Interesse des Dritten, die Vermutungswirkung zu Lasten des wahren Erben zeitlich nach vorne zu verlagern, ist nicht erkennbar. Eine derartige Vorverlagerung ist dem BGB grundsätzlich fremd. Nur für die Vormerkung wird auf Grund der in §§ 883, 885 normierten Sicherungswirkung eine Ausnahme gemacht. Ein rückwirkender öffentlicher Glaube des verbleibenden (unrichtigen) Erbscheins ist daher abzulehnen.

#### F. Die Anwendung des § 2367 BGB bei der Legalzession

*Fall:* Zu Gunsten des Erblassers V war eine Hypothek zur Sicherung einer Darlehensforderung gegen B auf dem Grundstück des X im Grundbuch eingetragen. In einem Testament vom 1. 1. 2012 bestimmt V seinen Bruder S zu seinem Alleinerben. In einem späteren Testament, welches vorerst nicht gefunden wird, ist Ehefrau E

41 *Muscheler* (o. Fußn. 30), § 48 Rdnr. 3338.

42 *Parodi*, AcP 185 (1985), 362 (373).

43 *Muscheler* (o. Fußn. 30), § 48 Rdnr. 3338.

44 *Staudinger/Herzog* (o. Fußn. 14), § 2366 Rdnr. 36.

45 *Soergel/Zimmermann* (o. Fußn. 13), § 2366 Rdnr. 4; *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 7; *Kregel*, in: RGRK-BGB, 12. Aufl. (1975), § 2366 Rdnr. 9.

46 *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 7.

47 *Siegmann/Höger*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 16; so wohl auch *BGHZ* 33, 314 (317) = *NJW* 1961, 605 (606).

48 *Siegmann/Höger*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 16.

49 *Jauernig/Berger*, BGB, 14. Aufl. (2011), § 892 Rdnr. 5; *Eckert*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 31), § 892 Rdnr. 7; *Staudinger/Gursky* (o. Fußn. 5), § 892 Rdnr. 184 ff.; *Palandt/Bassenge* (o. Fußn. 2), § 892 Rdnr. 23; *Vieweg/Werner* (o. Fußn. 3), § 13 Rdnr. 44.

50 *Staudinger/Herzog* (o. Fußn. 14), § 2366 Rdnr. 36.

51 Allein dieser Fall ist interessant, denn sollte der verbleibende Erbschein der wahren Rechtslage entsprechen, kommt es für den Erwerb nicht auf einen Rechtsscheinträger an, weil der Erwerber ja vom Berechtigten erwirbt.

als Alleinerbin bezeichnet. *S* wird ein Erbschein ausgestellt, der das vermeintliche Erbrecht bezeugt. Um die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück abzuwenden, zahlt *X* den von *B* geschuldeten Betrag an *S*. Danach stellt sich heraus, dass *S* nicht der wahre Erbe des *V* ist. *E* möchte wissen, ob ihr die Forderung gegen *B* noch zusteht.

Die Lösung liegt hier in § 2367. Wer an einen Erbscheinerben leistet, wird von seiner Schuld befreit. Im Fall der Leistung durch den Eigentümer gem. § 1142 geht an sich nach § 1143 auch die Forderung gegen den persönlichen Schuldner *B* auf *X* über. Fraglich ist, ob § 2367 den Forderungserwerb durch Legalzession auch vom Scheinerben *S* zulässt. Das wird allgemein bejaht, so dass infolge der Leistung des *X* auch die persönliche Forderung gegen *B* von dem wirklichen Erben (*E*) auf den Leistenden (*X*) übergeht<sup>52</sup>. Der Grundsatz, dass der gute Glaube den Erwerb kraft Gesetzes nicht schützt, steht dieser Lösung nicht entgegen, weil die *cessio legis* nur mittelbare Folge einer rechtsgeschäftlichen Leistung ist, deren Erfüllungswirkung gem. § 2367 fingiert wird<sup>53</sup>.

### G. Zusammenwirken des Erbscheins (§§ 2366 f. BGB) mit §§ 891 ff. BGB

*Fall:* Erblasser *E* ist auf Grund eines Schreibfehlers des Grundbuchbeamten zu Unrecht als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Nach dem Tod des *E* lässt Scheinerbin *S* unter Vorlage des Erbscheins, der sie zu Unrecht als Alleinerbin aufführt, das Grundstück an *G* vor einem Notar auf. *G* wird im Grundbuch eingetragen. *F*, der ursprüngliche wahre Eigentümer des Grundstücks, welcher von alledem nichts erfahren hatte, möchte wissen, ob er noch Eigentümer des Grundstücks ist.

#### I. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war *F* Eigentümer des Grundstücks.

#### II. Eigentumsübertragung von *S* an *G* gem. §§ 873 I, 925 I BGB

*G* könnte von *S* Eigentum am Grundstück nach §§ 873 I, 925 I erlangt haben.

##### 1. Einigung gem. § 873 I BGB in der Form des § 925 I BGB

*S* und *G* haben sich bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem Notar geeinigt nach §§ 873 I, 925 I 1, 925 I 2.

##### 2. Eintragung

*G* wurde gem. § 873 ins Grundbuch eingetragen.

##### 3. Verfügungsbefugnis

*S* war nicht Eigentümerin des Grundstücks und auch nicht kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts zur Verfügung berechtigt. Sie war somit nicht verfügungsbefugt.

#### 4. Zwischenergebnis

*G* hat von *S* kein Eigentum nach §§ 873 I, 925 I erlangt.

### III. Eigentumsübertragung von *S* auf *G* gem. §§ 873 I, 925 I, 892 I 1 BGB

*G* könnte von *S* Eigentum nach §§ 873 I, 925 I, 892 I erlangt haben.

#### 1. Einigung, Eintragung, Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Diese Voraussetzungen liegen vor.

#### 2. Objektiver Rechtsscheintatbestand des § 892 I 1 BGB

Es müsste der objektive Rechtsscheintatbestand des § 892 I 1 vorliegen. Dieser besteht in der Unrichtigkeit des Grundbuchs<sup>54</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn die im Grundbuch verlautbarte Rechtslage mit der wahren Rechtslage nicht im Einklang steht<sup>55</sup>. Vorliegend ist nicht *F*, sondern *E* im Grundbuch eingetragen. Die im Grundbuch verlautbarte Rechtslage steht nicht mit der wahren Rechtslage im Einklang. Zu beachten ist jedoch, dass *G* von *S* erwerben wollte und *S* nicht im Grundbuch eingetragen ist, so dass die Vermutung des § 892 I 1 dem Erwerber *G* hier nicht hilft. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 892 I 1 liegt nicht vor.

#### 3. Zwischenergebnis

*G* hat von *S* kein Eigentum am Grundstück nach §§ 873 I, 925 I, 892 I 1 erlangt.

### IV. Eigentumsübertragung von *S* an *G* gem. §§ 873 I, 925 I, 892 I 1, 2366 BGB

#### 1. Einigung gem. § 873 I in der Form des § 925 I BGB, Eintragung und Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Diese Voraussetzungen liegen vor.

#### 2. Objektiver Rechtsscheintatbestand

Es müsste ein objektiver Rechtsscheintatbestand gegeben sein. Problematisch ist, dass Erblasser *E* nicht Eigentümer des Grundstücks war und *S* nicht die wahre Erbin des *E* ist. Dennoch kann ein gutgläubiger Erwerb des *G* durch ein Zusammenwirken von § 892 und § 2366 in Betracht kommen.

<sup>52</sup> *Staudinger/Herzog* (o. Fußn. 14), § 2367 Rdnr. 4.

<sup>53</sup> *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2367 Rdnr. 4; *Tiedtke* (o. Fußn. 14), S. 200.

<sup>54</sup> *Kohler*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 4), § 892 Rdnr. 22.

<sup>55</sup> *Eckert*, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 31), § 892 Rdnr. 2; *Staudinger/Gursky* (o. Fußn. 5), § 892 Rdnr. 28.

**a) Fehlen der Erbenstellung, § 2366 BGB**

Das Fehlen der Erbenstellung der *S* könnte mit § 2366 überwunden werden. Dazu müsste der objektive Rechtscheintatbestand des § 2366 vorliegen. Wegen der Verweisung des § 2366 auf § 2365 („soweit die Vermutung des § 2365 reicht“) müsste ein sich in Kraft befindlicher Erbschein existieren<sup>56</sup>. Dies ist hier der Fall. Weiter müsste der Erbschein den Veräußerer als Erben bezeichnen. *S* ist als Erbin im Erbschein ausgewiesen. Der objektive Rechtscheintatbestand des § 2366 liegt vor. Die fehlende Erbenstellung der *S* wird über § 2366 überwunden.

**b) Fehlen der Berechtigung des Erblassers, § 892 I 1 BGB**

Zu beachten ist, dass Erblasser *E* selbst nicht verfügungsbefugt war, so dass selbst der wahre Erbe bzw. auch der durch den Erbschein ausgewiesene Erbscheinerbe grundsätzlich nicht über das Grundstück verfügen könnte. Etwas anderes könnte hier gelten, wenn das Fehlen der Berechtigung des Erblassers *E* gem. § 892 I 1 überwunden wird. Dazu müsste der objektive Rechtsscheintatbestand des § 892 I 1 vorliegen. Dieser liegt in der Unrichtigkeit des Grundbuchs<sup>57</sup>; dies ist dann der Fall, wenn die im Grundbuch verlautbarte Rechtslage mit der wahren Rechtslage nicht im Einklang steht<sup>58</sup>. Vorliegend ist nicht *F*, sondern *E* im Grundbuch eingetragen. Die im Grundbuch verlautbarte Rechtslage steht nicht mit der wahren Rechtslage im Einklang. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 892 I 1 liegt vor. Die fehlende Eigentümerstellung des *E* wird mit § 892 I 1 überwunden.

**3. Subjektiver Rechtsscheintatbestand (Gutgläubigkeit)**

*G* müsste gutgläubig gewesen sein. In dem hier vorliegenden Fall ist eine doppelte Gutgläubigkeit des Erwerbers erforderlich. Der gute Glaube des *G* muss sich einerseits auf die Erbenstellung des Veräußerers (*S*) und andererseits auf das Eigentum des Erblassers (*E*) beziehen<sup>59</sup>. Die Gutgläubigkeit hinsichtlich des Erbscheins ist nach § 2366 nur ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Erbscheins positiv kennt oder weiß, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Die Gutgläubigkeit nach § 892 I 1 entfällt, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs positiv kennt. *G* hatte weder positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins noch von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Der subjektive Rechtsscheintatbestand der §§ 2366, 892 I 1 ist gegeben. *G* war gutgläubig.

**4. Kein Widerspruch, § 899 I BGB**

Außerdem ist auch kein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen.

**V. Ergebnis**

*G* hat von *S* Eigentum am Grundstück nach §§ 873 I, 925 I, 892 I 1, 2366 erlangt.

**VI. Abwandlung 1**

*S* lässt sich vor Veräußerung des Grundstücks an *G* selbst in das Grundbuch eintragen.

Ist das Grundbuch wie hier auf Grund des Erbscheins berichtigt worden, so ist stets nur das Grundbuch maßgeblich<sup>60</sup>. Dies gilt, wenn das Grundbuch mangels Berechtigung des Erblassers unrichtig war, wenn es auf Grund der eingetragenen Erbfolge unrichtig geworden ist oder wenn es wegen beider Teilbereiche falsch ist<sup>61</sup>. Daher hat *G* in dieser Konstellation von *S* Eigentum am Grundstück nach §§ 873 I, 925 I, 892 I 1 erlangt.

**VII. Abwandlung 2**

*E* war ursprünglich Eigentümer des Grundstücks. Scheinerbin *S* lässt sich vor Veräußerung des Grundstücks an *K* nicht ins Grundbuch eintragen.

Ist das Grundbuch wie im vorliegenden Fall hinsichtlich des Erblassers richtig und verfügt der Erbscheinerbe vor Grundbuchberichtigung, so ist allein § 2366 maßgeblich<sup>62</sup>. Hier hat *G* also von *S* Eigentum am Grundstück nach §§ 873 I, 925 I, 2366 erlangt.

**H. Zusammenwirken des Erbscheins (§§ 2366 f. BGB) mit §§ 932 ff. BGB**

*Fall*: Galerist *V* besitzt eine große Sammlung expressionistischer Werke, die er in seiner Galerie ausstellt und teilweise zum Verkauf anbietet. Nach dem Tod des *V* wird sein Testament, welches seine Geliebte *E* als Alleinerbin bezeichnet, zunächst nicht gefunden, weshalb seiner Tochter *S* als vermeintlicher Alleinerbin ein Erbschein ausgestellt wird. Da *S* keinen Sinn für Kunst hat, verkauft sie das Bild „Die Geburt der Tragödie aus dem Geist der Rechtswissenschaft“ für 500 000 Euro an den russischen Kunstsammler *G*. *G* weiß, dass es sich um einen Nachlassgegenstand handelt. Später stellt sich heraus, dass das Werk nur eine Leihgabe des befreundeten Galeristen *L* war. Ist *G* Eigentümer geworden?

**I. Ursprüngliche Eigentumslage**

Ursprünglich war *L* Eigentümer des Bildes.

**II. Übereignung von *S* an *G* gem. §§ 929 S. 1, 932 I BGB**

Der Eigentumserwerb nach §§ 929 S. 1, 932 I scheitert hier an § 935<sup>63</sup>.

56 Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 5; Siegmann/Höger, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2365 Rdnr. 2.

57 Kohler, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 4), § 892 Rdnr. 22.

58 Eckert, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 31), § 892 Rdnr. 2; Staudinger/Gursky (o. Fußn. 5), § 892 Rdnr. 28.

59 Siegmann/Höger, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 20.

60 Staudinger/Herzog (o. Fußn. 14), § 2366 Rdnr. 45; Palandt/Weidlich (o. Fußn. 2), § 2366 Rdnr. 5; Siegmann/Höger, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 18.

61 Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 37.

62 Soergel/Zimmermann (o. Fußn. 13), § 2366 Rdnr. 9.

63 Siehe ausführlich oben B I 4 und dort insbesondere zum Abhandenkommen Buchstabe e.

### III. Übereignung von S an G nach §§ 929 S. 1, 932 I, 2366 BGB

#### 1. Einigung, Übergabe, Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe und Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

#### 2. Objektiver Rechtsscheintatbestand

Es müsste ein objektiver Rechtsscheintatbestand gegeben sein. Problematisch am vorliegenden Fall ist, dass Erblasser V nicht Eigentümer des Bildes war und S nicht die wahre Erbin des V gewesen ist. Dennoch kommt hier ein gutgläubiger Erwerb des G durch ein Zusammenwirken von § 932 I und § 2366 in Betracht.

##### a) Fehlen der Erbenstellung, § 2366 BGB

Das Fehlen der Erbenstellung der S könnte gem. § 2366 überwunden werden. Dazu müsste der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 vorliegen. Wegen der Verweisung des § 2366 auf § 2365 („soweit die Vermutung des § 2365 reicht“) müsste ein sich in Kraft befindlicher Erbschein bestehen<sup>64</sup>. Dies ist hier der Fall. Weiter müsste der Erbschein den Veräußerer als Erben bezeichnen. S ist als Erbin im Erbschein ausgewiesen. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 liegt daher vor. Das Fehlen der Erbenstellung der S wird mit § 2366 überwunden.

##### b) Fehlen der Berechtigung des Erblassers § 932 I BGB

Da Erblasser V selbst nicht verfügungsbefugt war, könnte selbst der wahre Erbe bzw. der durch den Erbschein ausgewiesene Erbscheinserbe grundsätzlich nicht über das Bild verfügen. Allerdings könnte § 932 I über das Fehlen der Verfügungsbefugnis des Erblassers V hinweghelfen. Dazu müsste der objektive Rechtsscheintatbestand des § 932 I vorliegen. Dieser besteht im Besitz, bzw. genauer in der Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers<sup>65</sup>. S war unmittelbarer Besitzerin des Bildes nach § 854 I und konnte G auch den Besitz am Bild verschaffen. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 932 I liegt vor.

### 3. Subjektiver Rechtsscheintatbestand (Gutgläubigkeit)

G müsste gutgläubig gewesen sein. In dieser Fallkonstellation ist eine doppelte Gutgläubigkeit erforderlich<sup>66</sup>.

##### a) Subjektiver Rechtsscheintatbestand des § 2366 BGB

Die Gutgläubigkeit ist nach § 2366 nur ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Erbscheins positiv kennt oder weiß, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Beides ist bei G nicht gegeben, so dass G grundsätzlich gutgläubig war.

##### b) Subjektiver Rechtsscheintatbestand des § 932 II BGB

Die Gutgläubigkeit ist gem. § 932 II ausgeschlossen, wenn dem Erwerber positiv bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer

gehört<sup>67</sup>. Im vorliegenden Fall durfte G annehmen, dass S als im Erbschein ausgewiesene Erbin des V mit Eintritt des Erbfalls Eigentum am Bild gem. §§ 1922 I, 1937 erworben hat. G war gutgläubig in Bezug auf das Bestehen des Eigentums der S.

#### 4. Kein Abhandenkommen, § 935 I BGB

Das Bild dürfte nicht abhanden gekommen sein nach § 935 I. Abhanden gekommen ist eine Sache dann, wenn der Eigentümer oder sein Besitzmittler den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren hat<sup>68</sup>. Hier ist daran zu erinnern, dass der Besitz an dem Bild gem. § 857 auf E übergegangen ist und der Eingriff eines vermeintlichen Erben in den Nachlass an sich ein Abhandenkommen i. S. des § 935 I begründet<sup>69</sup>. Im Rahmen der von § 2366 geschützten Verfügungsgeschäfte ist aber zu beachten, dass der Erwerber so gestellt wird, als hätte er vom wahren Erben erworben<sup>70</sup>. Findet nun eine Verfügung des Erbscheinserven über eine tatsächlich *zum Nachlass gehörende Sache* statt, richtet sich der Erwerb nach §§ 929–931, 2366, da auch hier der wahre Erbe als Berechtigter nach §§ 929–931 verfügt hätte<sup>71</sup>. § 935 findet in dieser Konstellation keine Anwendung, weil es sich wegen der fingierten Rechtsstellung des Erbscheinserven um eine Verfügung nach §§ 929–931 (i. V. mit 2366) und nicht nach §§ 929, 932 ff. (i. V. mit 2366) handelt<sup>72</sup>. Etwas anderes gilt dann, wenn der Erbscheinserbe wie im hier vorliegenden Fall über eine *nicht zum Nachlass gehörende fremde Sache* verfügt. Dann hätte selbst der wahre Erbe nur nach §§ 929 ff., 932 ff. verfügen können, weshalb sich die Verfügung des Erbscheinserven nach §§ 929 ff., 932 ff., 2366 richtet<sup>73</sup>. In diesem Fall muss § 935 konsequenterweise angewendet werden. Gegenüber dem wahren Erben liegt indes wieder kein Abhandenkommen nach § 935 I vor, da für die von § 2366 geschützten Verfügungsgeschäfte der Besitz als beim Erbscheinserven vorhanden gilt<sup>74</sup>. Dies gilt jedoch nicht im Verhältnis zu einem sonstigen Eigentümer. Da der Erbscheinserbe zu Gunsten des Erwerbers als wahrer Erbe fingiert wird, der wahre Erbe selbst mit dem Erbfall *ipso iure* in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt, ist zu prüfen, wie der Dritte die Sache von dem Erblasser erworben hätte<sup>75</sup>. Für das hier in Frage stehende Abhandenkommen ist daher maßgeblich, ob der wahre Eigentümer den Besitz an der Sache ohne seinen Willen an den Erblasser verloren hat oder dem Erblasser den Besitz freiwillig überlassen hat. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Abhandenkommen beim wahren Erben im Rahmen der von § 2366 geschützten Rechtsgeschäfte immer unbeachtlich, ein mögliches Abhandenkommen bei einem

64 Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 5; Siegmund/Höger, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 11), § 2365 Rdnr. 2.

65 BGHZ 10, 81 = NJW 1953, 1506; Kindl, in: BeckOK-BGB (o. Fußn. 5), § 932 Rdnr. 1; Staudinger/Wiegand (o. Fußn. 6), Vorb. §§ 932 ff. Rdnrn. 12, 18.

66 S. o. G IV 3.

67 Ausf. B I 4 d.

68 RGZ 101, 224; Palandt/Bassenge (o. Fußn. 2), § 935 Rdnr. 3.

69 Ausf. B I 4 e.

70 Muscheler (o. Fußn. 30), § 48 Rdnr. 3361; Tiedtke (o. Fußn. 14), S. 204.

71 Medicus, Jura 2001, 294 (298).

72 Wiegand, JuS 1975, 283 (285); Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 40.

73 Muscheler (o. Fußn. 30), § 48 Rdnr. 3361.

74 Jörg Mayer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 16; Palandt/Weidlich (o. Fußn. 2), § 2366 Rdnr. 6; Tiedtke (o. Fußn. 14), S. 198 f.

75 Tiedtke (o. Fußn. 14), S. 204.

sonstigen Eigentümer jedoch stets relevant ist<sup>76</sup>. Entscheidend ist also, ob dem ursprünglichen Eigentümer (*L*) die Sache abhanden gekommen ist oder ob er den Besitz wie in dem vorliegenden Fall freiwillig auf *V* übertragen hat. Wäre dem ursprünglichen Eigentümer (*L*) die Sache von *V* gestohlen worden, würde ein gutgläubiger Erwerb durch *G* an § 935 I scheitern<sup>77</sup>. Hier hat *L* aber den Besitz freiwillig auf *V* übertragen, so dass kein Abhandenkommen nach § 935 I vorliegt.

#### IV. Ergebnis

*G* hat von *S* Eigentum am Bild nach §§ 929 S. 1, 932 I, 2366 erlangt.

#### V. Abwandlung 1

Tochter *S* ist wahre Erbin des *V*.

Veräußert wie hier der wahre Erbe eine im Besitz des Erblassers befindliche fremde Sache, so gelten die §§ 932 ff.<sup>78</sup>. Einigung, Übergabe, Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe, Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts, objektiver Rechtsscheintatbestand des § 932 I und Gutgläubigkeit des *G* (§ 932 II) liegen vor. Der gutgläubige Erwerb des *G* könnte allerdings an § 935 scheitern. Abhanden gekommen ist eine Sache nur dann, wenn der Eigentümer oder sein Besitzmittler den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren hat<sup>79</sup>. Eigentümer *L* hat dem Erblasser *V* das Bild geliehen. Unmittelbarer Besitzer des Bildes war daher zunächst *V*,

dann hat seine Erbin *S* das Bild in unmittelbarem Besitz gehabt. Da *S* das Bild freiwillig an *G* übergeben hat, hat sie den Besitz nicht ohne ihren Willen verloren. Auf *L* kommt es insofern nicht an. Somit ist das Bild nicht abhanden gekommen. *G* hat daher von *S* Eigentum am Bild nach §§ 929 S. 1, 932 I erlangt.

#### VI. Abwandlung 2

*V* war ursprünglicher Eigentümer des Bilds „Die Geburt der Tragödie aus dem Geist der Rechtswissenschaft“. Die Erbscheinserbin *S* ist aber nicht wahre Erbin des *V*. *S* veräußert das Bild an den gutgläubigen *G*, dem sie erzählt, das Bild stamme aus dem Nachlass des *V*.

Verfügt der Erbscheinserbe über eine zum Nachlass gehörende Sache, so richtet sich dies gem. §§ 929–931 i. V. mit 2366. Da die Verfügung des Erbscheinserben wegen § 2366 einer Verfügung des wahren Erben gleichgestellt ist und dieser über §§ 929–931, aber nicht gem. §§ 929, 932 ff. verfügen würde, ist hier § 935 wegen der fingierten Rechtsstellung des Erbscheinserben irrelevant<sup>80</sup>. Vorliegend kommt ein Eigentumserwerb des *G* von *S* nach §§ 929 S. 1, 2366 in Betracht. Ein Erbschein, der *S* als Erbin des *V* ausweist, liegt vor. *G* ist redlich und weiß, dass er einen Erbschaftsgegenstand erwirbt. Auch die sonstigen Voraussetzungen (Einigung und Übergabe) für einen Eigentumserwerb des *G* sind gegeben. *G* hat demgemäß von *S* Eigentum am Bild nach §§ 929 S. 1, 2366 erlangt.

76 *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 40.

77 Etwas anderes gilt nur für Geld- u. Inhaberpapiere (§ 935 II).

78 *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 40.

79 RGZ 101, 224; *Palandt/Bassenge* (o. Fußn. 2), § 935 Rdnr. 3.

80 *Jörg Mayer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 2366 Rdnr. 40; *Wiegand*, JuS 1975, 283 (285).