

Wann kann der Nacherbe die Nacherbschaft annehmen oder ausschlagen?

**Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen juristischen Fakultät
der
Grossherzoglich Badischen
Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg**

Ferdinand Kleinschmidt

 **Springer**

Wann kann der Nacherbe die Nacherbschaft annehmen oder ausschlagen?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Grossherzoglich Badischen
Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg

vorgelegt von

Ferdinand Kleinschmidt

Referendar zu Darmstadt

Verlagsbuchhandlung Julius Springer

in Berlin

1916

ISBN-13: 978-3-642-98493-8 e-ISBN-13: 978-3-642-99307-7
DOI: 10.1007/ 978-3-642-99307-7

Berichterstatter:
Prof. Dr. Endemann

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung	5
II. Historische Entwicklung der §§ 1946 und 2142 Absatz 1 BGB.	7
III. Stellungnahme von Theorie und Praxis	13
IV. Kritische Beurteilung der Frage an Hand der Entstehungsgeschichte und der in der Literatur vertretenen Ansichten	23

Wann kann der Nacherbe die Nacherbschaft annehmen oder ausschlagen?

I. Einleitung.

Die vorliegende Arbeit umfaßt die Prüfung der Frage, wann der Nacherbe sich über Annahme und Ausschlagung der Nacherbschaft wirksam erklären kann. Diese Frage, ob nämlich der Nacherbe die Nacherbschaft bereits nach Eintritt des Erbfalls mit bindender Wirkung, d. h. unwiderruflich (vgl. § 1943 BGB.) annehmen oder ausschlagen kann oder ob er, um diese Erklärung abgeben zu können, den Anfall der Nacherbschaft an sich abwarten muß, bedarf eingehender Erörterung. Die Frage ist um deswillen für den Nacherben von großer praktischer Bedeutung, weil bei der Nacherbschaft der Eintritt des Erbfalls und der Anfall der Erbschaft an den Nacherben stets zeitlich auseinander fallen, ja weil in vielen Fällen zwischen Erbfall und Anfall der Erbschaft an den Nacherben eine große Spanne Zeit liegt. Es muß hierbei zur Erläuterung vorausgeschickt werden, daß nach § 2139 BGB. der Erbschaftsanfall an den Nacherben erst mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge erfolgt. Während also bei dem unmittelbar zum Erben Berufenen regelmäßig der Zeitpunkt des Erbfall Eintritts und des Anfalles der Erbschaft an den Erben zusammentrifft und es somit im Regelfalle praktisch völlig unerheblich ist, welcher Zeitpunkt für das Annahme- und Ausschlagungsrecht maßgebend ist, wird diese Frage beim Nacherben ebenso wie bei jedem anderen eventuell berufenen Erben hochaktuell. Das bürgerliche Gesetzbuch gibt keine vollständig zweifelsfreie Entscheidung. Eine Spezialvorschrift für den Nacherben hat es nur bezüglich der Ausschlagungserklärung getroffen. Diese steht im § 2142 Absatz 1 BGB. unter den Bestimmungen über die „Einsetzung eines Nacherben“ und lautet:

Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Bezüglich des Zeitpunkts der Ausschlagungsmöglichkeit ist an Hand dieses Paragraphen eine Entscheidung nicht schwer zu finden. Doch soll sie nicht vorweggenommen werden, sondern im Zusammenhang mit der Annahmemöglichkeit geprüft werden. Was hat aber für die Annahme zu gelten?

Neben der Sondervorschrift des § 2142 Absatz 1, der die Annahme unerwähnt läßt, enthält das BGB. nur noch den § 1946. Dieser hat unter den allgemeinen Bestimmungen des Erbrechts unter dem Titel: „Rechtsstellung des Erben“ Aufnahme gefunden und bestimmt:

Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Es ist daher zuerst zu untersuchen, ob dieser § 1946 für den Nacherben zur Anwendung kommt. Führt die Prüfung dieser Frage zu ihrer Bejahung, so ist alsdann weiter festzustellen, was das Gesetz unter dem Wort Erbfall versteht. Und zum Schluß wird noch geprüft werden müssen, in welchen Beziehungen die §§ 1946 und 2142 Absatz 1 zueinanderstehen. Die Lösung des Problems konzentriert sich demgemäß in folgenden drei Fragen:

1. Stellt der Gesetzgeber im § 1946 BGB. eine allgemeine Regel auf, die für alle erbrechtlichen Fälle bezüglich Annahme und Ausschlagung der Erbschaft die grundlegende Norm darstellt und die daher auch für den Nacherben direkte Anwendung zu finden hat?
2. Welchen Zeitpunkt bestimmt der Gesetzgeber in § 1946 (und § 2142 Absatz 1) für Annahme und Ausschlagung der Erbschaft?
3. In welchen Beziehungen stehen die Vorschriften der §§ 1946 und 2142 Absatz 1 zueinander?

Die Beantwortung dieser Fragen erfordert ein Eingehen auf die historische Entwicklung der in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen. Wie diese sich aus den Vorarbeiten entwickelt und welche Anschauung und Leitsätze bei den Ge-

setzesverfassern obgewaltet haben, muß an Hand der Gesetzesmaterialien verfolgt werden. Der Wille und die Absicht, die sich aus den Gesetzesmaterialien ergeben, müssen bei Zweifeln, die durch die Fassung des Gesetzes entstehen, für die Entscheidung maßgebend sein.

Neben dieser historischen Betrachtungsweise wird außerdem die Stellungnahme von Theorie und Praxis in Betracht gezogen werden müssen.

Erst auf Grund dieser Feststellungen wird dann eine alle Gesichtspunkte erschöpfende Entscheidung möglich sein.

II. Historische Entwicklung der §§ 1946 und 2142 Absatz 1 BGB.

Anschließend an das römische Recht, das bemüht war, unüberlegte und voreilige Erklärungen auszuschließen, und das deshalb Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft von der bereits erfolgten Berufung und von der vollständigen und genauen Kenntnis des Grundes der Berufung selbst abhängig machte¹⁾, war in dem ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine analog lautende Bestimmung aufgenommen worden, die im § 2033 des ersten Entwurfes niedergelegt war und folgende Fassung hatte:

Die Erbschaft kann, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden.

Erläuternd muß hierzu der § 2030 des ersten Entwurfes herangezogen werden, der in seinem Absatz 2 bezüglich des Beginns der Ausschlagungsfrist bestimmte:

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe Kenntnis davon erlangt hat, daß die Erbschaft ihm angefallen und aus welchem Grunde der Anfall erfolgt ist.

Der erste Entwurf machte also erhebliche Erfordernisse zur Voraussetzung. In den Motiven²⁾ ist hierzu gesagt, daß der

¹⁾ Vgl. Dernburg: Pandekten III, § 161.

²⁾ Vgl. Motive Band V, S. 503/04.

Anfall allein (wie im Sächs. BGB.) nicht für ausreichend erachtet werden könne. Eine so einschneidende Erklärung wie Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft verlange genaue Kenntnis über die tatsächlichen Verhältnisse des Nachlasses. Daher müsse der Erbe über den Anfall und über den Grund des Anfalls genau orientiert sein. Dieses Schutzes und dieser Fürsorge bedürfe der Erbe, da man ihn nicht auf die Anfechtung wegen Irrtums — dies sei alsdann lediglich Motivirrtum — verweisen könne.

Von der Vorschrift des § 2033 des ersten Entwurfes, durch die der Gesetzgeber den Erben in seiner freien Willensentschließung stark beengte und ihn vor leichtsinnigen, in Unkenntnis der tatsächlichen Verhältnisse abgegebenen Erklärung seinerseits zu schützen suchte, mußte im Interesse eines Pflichtteilsberechtigten, der auf einen die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Bruchteil als Nacherbe eingesetzt war, eine Ausnahme gemacht werden. Diesem gegenüber konnte die Vorschrift des § 2033 des ersten Entwurfes zu Härten Anlaß geben. Wie schon in der Einleitung hervorgehoben wurde, fallen beim Nacherben Eintritt des Erbfalls und Anfall der Erbschaft an den Nacherben zeitlich auseinander. Während nämlich der Erbfall bereits mit dem Tode des Erblassers eintritt, fällt die Erbschaft dem Nacherben erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, d. h. mit dem Zeitpunkte, mit welchem der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein, an. Zwischen dem Erbfall und dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben wird demgemäß regelmäßig eine große Spanne Zeit liegen. Ist z. B. als Zeitpunkt für Eintritt des Nacherbefalls der Tod des Vorerben bestimmt, so können, je nachdem wie lange der Vorerbe noch nach dem Tode des Erblassers lebt, zwischen Erbfall und Anfall der Erbschaft eine ganze Reihe von Jahren liegen. Auf Grund der Vorschrift des § 1981 des ersten Entwurfes zum BGB. wurde nun dem auf einen die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Bruchteil als Nacherbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigtem ein Ausschlagungsrecht hinsichtlich der Nacherbschaft zuerkannt. Die Ausübung dieses Rechtes bewirkte, daß auf solche Weise als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte ihrer Anwartschafts-

rechte auf die Nacherbschaft verlustig gingen, dafür jedoch nunmehr ihren Pflichtteilsanspruch geltend machen konnten. Dieses Ausschlagungsrecht konnte von dem Nacherben jedoch erst dann ausgeübt werden, wenn nach der Vorschrift des § 2033 des ersten Entwurfes die Ausschlagungsfrist zu laufen begonnen hatte. Daß diese erst nach Kenntnis vom Anfall und vom Berufungsgrunde in Lauf gesetzt wurde, ist bereits oben hervorgehoben worden. War daher der Eintritt des Nacherbfolgefalles durch den Erblasser auf den Tod des Vorerben festgesetzt und starb z. B. der Vorerbe erst 20 Jahre nach Eintritt des Erbfallles, so war der Nacherbe in der mißlichen Lage, erst nach Ablauf dieser 20 Jahre die Ausschlagung erklären zu können. Wie sehr nachteilig, ja geradezu schädlich dies für den Nacherben sein konnte, erhellt daraus, daß bezüglich des Pflichtteilsanspruchs, der dem Nacherben als gleichzeitig Pflichtteilsberechtigtem zustand, eine Verjährungsfrist von 3 Jahren nach § 1999 des ersten Entwurfes (vgl. § 2332 BGB.) lief. Diese Frist begann mit dem Zeitpunkt zu laufen, mit dem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihm beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erhielt. Der auf einen die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Bruchteil als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte war also einerseits zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruches an die dreijährige Frist gebunden, andererseits war er aber nicht in der Lage, sein Pflichtteilsrecht geltend zu machen, da er zuvor die Nacherbschaft erst ausschlagen mußte und da ihm dies vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge durch die Vorschrift des § 2033 des ersten Entwurfes verwehrt war. Der Gesetzgeber mußte daher, um dem pflichtteilsberechtigten Nacherben Gerechtigkeit widerfahren zu lassen und um das Gesetz nicht mit sich selbst in Widerspruch zu bringen, Vorkehrung treffen, die diesen Zwiespalt im Gesetz beseitigten und ungerechte Härten vermieden. Dem auf obengenannte Weise als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten war deshalb die Befugnis beizulegen, das ihm im § 1981 des ersten Entwurfes (jetzigen § 2306 BGB.) gegebene Ausschlagungsrecht so rechtzeitig ausüben zu können,

daß ihm innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist bezüglich des Pflichtteilsanspruches Gelegenheit blieb, eine freie, ungehinderte Entscheidung zu treffen. Der Gesetzgeber ist diesem Bedürfnis dadurch gerecht geworden, daß er, abweichend von der Regel des § 2033 dem ersten Entwurf den § 1832 Absatz 1 einverleibte. Er wurde in die Vorschriften über die „Einsetzung eines Nacherben“ eingefügt. Ihm entspricht in etwas veränderter Form der § 2142 Absatz 1 BGB. Die Vorschrift des § 1832 Absatz 2 war ganz allgemein gehalten und bestimmte:

Die Ausschlagung der Nacherbschaft kann erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist.

Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung nicht nur dem einen Fall, der einen Pflichtteilsberechtigten zum Nacherben beruft, Rechnung getragen, sondern hat ganz generell für alle Fälle dem Nacherben dieses Ausnahmerecht zugebilligt. Weshalb der Gesetzgeber diese Ausnahme für alle Fälle der Nacherbschaft schuf, ist in den Motiven¹⁾ niedergelegt. Dort steht mit Bezug hierauf:

„Es genügt aber nicht, für den Pflichtteilsberechtigten in solcher Weise zu sorgen. Auch außerdem ergibt sich für das Verhältnis des Vorerben und des Nacherben das Bedürfnis einer Ausnahme von der Regel des § 2033. Nicht selten werden nach den Umständen des Einzelfalles nach stattgehabter Prüfung der Verhältnisse der Erbschaft der Vorerbe und der Nacherbe in dem berechtigten Wunsche übereinstimmen, daß der Nacherbe die Nacherbschaft ausschlage und der Vorerbe hierdurch unbeschränkter Erbe werde...“

Nun kamen aber die Beschlüsse der zweiten Kommission, die das Bild völlig verschoben. Der § 2033 des ersten Entwurfes wurde von Grund auf geändert. An seine Stelle trat der § 1823 des zweiten Entwurfes, der spätere § 1946 BGB. Darum zur Vorgeschichte des neuen Paragraphen. Zu dem § 2033 des ersten Entwurfes waren zwei Anträge eingelaufen, von denen der eine die Vorschrift gänzlich gestrichen wissen wollte, während

¹⁾ Vgl. Motive Band V, S. 121/22.

der zweite vorschlug, die Worte: „oder ausschlagen“ zu streichen und statt dessen folgenden Zusatz aufzunehmen:

„Die Ausschlagung ist zulässig, sobald der Erbfall eingetreten ist. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sie sich auf alle Berufungsgründe bezieht, die dem Ausschlagenden zur Zeit der Ausschlagung bekannt waren.“

Diesen beiden Anträgen lagen, wie die Protokolle¹⁾ der Kommission für die zweite Lesung ergeben, folgende Ausführungen zugrunde. Der erste Antragsteller rechtfertigte seinen Antrag damit, daß der § 2033 des ersten Entwurfes nicht in ein System passe, das den Erben sofort mit dem Erbfall, auch ohne Kenntnis von dem Anfall und dem Grunde der Berufung, Erbe werden lasse. Der § 2033 bevormunde den Erben in unnötiger Weise, indem er ihm die Möglichkeit einer sofortigen Entscheidung nehme. Der Erbe sei in der großen Mehrzahl der Fälle meist von vornherein entschlossen, die Erbschaft zu behalten; dies gehe schon daraus hervor, daß der deutsch-rechtliche Grundsatz: *Mortuus saisit vivum* sich dem entgegengesetzten römischen Rechtsatz nicht in so großen Gebieten hätte behaupten können. Auch sei nicht einzusehen, warum bei einer Überschuldung des Nachlasses der Erbe nicht in der Lage sein sollte, die sofortige Ausschlagung der Erbschaft zu erklären und hierdurch allen Beteiligten unverzüglich Klarheit über seinen Standpunkt zu verschaffen. Außerdem öffne der § 2033 allerlei Fährlichkeiten Tür und Tor. So könne z. B. dadurch, daß der § 2033 vor Beginn der Ausschlagungsfrist die Möglichkeit einer stillschweigenden Annahme ausschließe, der Nachlaß von Seiten des Erben ausgeplündert werden, ohne daß der Erbe hierdurch des Ausschlagungsrechtes verlustig gehe.

Bezüglich des Zeitpunkts der Ausschlagungserklärung stimmte der zweite Antragsteller, der eine andere Fassung des § 2033 vorschlug, mit den Ausführungen des ersteren überein. Auch er hielt es für erwünscht und im Sinne des Gesetzes, wenn man hier dem Erben freie Hand lasse. Eine Ausschlagung von seiten des Erben werde wohl fast ausnahmslos nur dann erfolgen,

¹⁾ Vgl. Protokolle Band V, S. 624 ff.

wenn dem Erben die Überschuldung des Nachlasses bekannt sei. In solchen Fällen sei es ja wohl auch gleichgültig, ob der Erbe genaue Kenntnis von dem Berufungsgrunde gehabt habe. Die von ihm vorgeschlagene Auslegungsregel genüge hier vollkommen.

Hinsichtlich der Annahme der Erbschaft vertrat der zweite Antragsteller einen anderen Standpunkt. Hier könne ein Irrtum über den Berufungsgrund den Erben ganz erheblich schädigen. Dies könne z. B. dann aktuell werden, wenn jemand eine Erbschaft annehme in der Meinung, gesetzlicher Erbe zu sein, während es sich später herausstelle, daß seine Berufung auf Testament, das ihm eine Menge ungeahnter Beschränkungen und Belastungen auferlege, beruhe. In solchen Fällen den Erben auf das Anfechtungsrecht zu verweisen, sei immerhin bedenklich. Insoweit halte er die Gebundenheit des Erben für gerechtfertigt.

Nach eingehender Beratung, die das Für und Wider der beiden Anträge erwog, kam die Kommissionsmehrheit zu der Überzeugung, daß Annahme und Ausschlagung der Erbschaft gleich zu behandeln und daß die von dem zweiten Antragsteller bezüglich der Annahme der Erbschaft nach dem Erbfall gehegten Bedenken ungerechtfertigt seien. Sie machte sich zwar keine der beiden Anträge zu eigen, schuf aber mit dem § 1823 des zweiten Entwurfes eine dem ersten Antrag entsprechende Gesetzesbestimmung, inhaltlich deren die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft für zulässig erklärt wurde, sobald der Erbfall eingetreten sei. Erwogen wurde hierbei¹⁾:

„Dem Grundsätze des unmittelbaren Erbschaftserwerbes gegenüber könne die Regelung des Entwurfes ihre Rechtfertigung nur in dem Bedürfnis einer besonderen Fürsorge für den Berufenen finden. Ein solches Bedürfnis bestehe nicht, soweit der Grund der Fürsorge mit den Motiven²⁾ in der Wichtigkeit des Annahme- und Ausschlagungsaktes gesucht werde. Zu berücksichtigen sei dagegen, daß der Erbe erfahrungsgemäß, obwohl er einen

¹⁾ Vgl. Protokolle Band V, S. 626.

²⁾ Vgl. Motive Band V, S. 504.

ganz bestimmten Berufsgrund im Auge habe, sich bei der Annahme oder der Ausschlagung häufig ganz allgemein ausdrücke und dadurch mit seiner Erklärung einen weiteren vorliegenden Berufsgrund treffe. Die Erben in einem solchen Falle auf die Anfechtung der Erklärung zu verweisen, sei mißlich. Man könne an sich bezweifeln, ob wirklich ein Irrtum im Beweggrunde vorliege. Aber selbst, wenn man ersteres und damit die Zulässigkeit der Anfechtung annehme, so sei die Lage des Erben wenig günstig, zumal da die Geltendmachung der Anfechtbarkeit zeitlich eng begrenzt sei. Dem Erben werde daher insoweit zu Hilfe zu kommen sein. Dies führe aber noch nicht zur Regelung des Entwurfes, sondern es werde genügen, an geeigneter Stelle zu bestimmen, daß die Annahme beziehungsweise die Ausschlagung sich im Zweifel nur auf die dem Erben bekannten Berufsgründe beziehe.“

III. Stellungnahme von Theorie und Praxis.

Neben der soeben geschilderten historischen Entstehungsgeschichte der beiden in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen, die weiter unten einer eingehenden Würdigung unterzogen werden soll, ist für die zu prüfende Frage von größter Bedeutung, wie sich Theorie und Praxis zu dem Problem stellen und welchen Sinn und Auslegung sie den Gesetzesparagraphen geben. Es soll daher, bevor zu einer endgültigen Entscheidung der gestellten Aufgabe geschritten wird, eine kurze, aber möglichst erschöpfende Darstellung der in Literatur und Praxis vertretenen Meinungen gegeben werden.

Bezüglich des Zeitpunktes der Ausschlagungsmöglichkeit herrscht völlige Übereinstimmung. Ein Meinungsdisens scheidet hier an der für die Ausschlagung des Nacherben gegebenen Gesetzesvorschrift (§ 2142 Abs. 1 BGB.). Sobald der Erbfall eingetreten ist, kann der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen, so bestimmt das Gesetz ausdrücklich bei seinen Vorschriften über

die Nacherbfolge. Zu prüfen ist dabei nur, welchen Zeitpunkt das Gesetz unter: „Erbfall“ versteht und wie sich die Literatur zu der Frage stellt. Da aber dieselbe Frage auch bei dem § 1946 BGB. auftaucht, so kann ihre Beantwortung bis dorthin zurückgestellt werden.

Anders steht es dagegen mit den Meinungen, die bezüglich des Zeitpunktes der Annahme der Nacherbschaft von Seiten des Nacherben bestehen. Hier herrscht viel Streit. Das Gesetz gibt bezüglich der Annahme der Nacherbschaft keine spezielle Vorschrift. Ob § 1946 BGB. als grundlegende Norm anzuwenden sei, d. h. ob unter dem Wort „Erben“ im § 1946 auch der Nacherbe mitzuverstehen sei, wird in Literatur und Praxis verschieden beantwortet. Weiterhin gehen unter den Schriftstellern die Ansichten darüber auseinander, welchen Zeitpunkt das Gesetz unter dem Eintritt des Erbfalls verstehe. Auch wird von einer nicht geringen Zahl von Schriftstellern aus § 2142 Abs. 1 gefolgert, daß die Annahme der Nacherbschaft erst nach dem Erbschaftsanfall, d. h. nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge erfolgen könne. Die Parteien teilen sich in zwei Lager; die einen wollen Annahme und Ausschlagung der Nacherbschaft völlig gleich behandelt wissen, die anderen gestatten die Annahmeerklärung erst nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge, indem sie entweder in § 1946 Erbfall gleich Erbanfall interpretieren oder aber durch Umkehrschluß aus § 2142 Abs. 1 die Annahmemöglichkeit verneinen.

Als Hauptvertreter der einen Partei ist Strohal¹⁾ anzusehen. Er hält die Annahme der Nacherbschaft, ebenso wie deren Ausschlagung, sofort nach dem Erbfall für möglich und versteht unter Erbfall den Tod des Erblassers. Er hält den Anfall der Erbschaft für nicht erforderlich. Strohal stützt seine Meinung in erster Linie auf § 1946 BGB., dem er die Bedeutung einer allgemeinen Regel zuspricht und dessen Wortlaut — Erbfall — und daher Sinn doch unanfechtbar sei. Daneben

¹⁾ Vgl. Strohal, Erbrecht: Band II, § 61 a I und Anm. 1; Band I, § 28 a I und Anm. 3. — Planck-Strohal: Kommentar z. BGB. Band V Anm. 1 u. 2 zu § 1946; Anm. 4 zu § 2142.

spricht nach seiner Meinung die zeitliche Entstehungsgeschichte der §§ 1946 und 2142 Abs. 1 BGB. zu seinen Gunsten. Außerdem führt er die §§ 1949 Abs. 2, 1951 Abs. 2, 1957 sowie Zweck- und Billigkeitsgründe zur Unterstützung seines Standpunktes heran. Bezüglich des ihm, als gegen seine Meinung sprechend, entgegengehaltenen § 2142 Abs. 1 führt Strohal aus, daß es dieser Vorschrift durch die Schaffung des § 1946 BGB. gar nicht mehr bedurft hätte und daß sie hätte gestrichen werden können. Sie sei jetzt nicht mehr eine Ausnahmenvorschrift, sondern stelle sich als besonders wichtiger Anwendungsfall der Regelvorschrift des § 1946 dar.

Strohals Auffassung ist wohl als die herrschende anzusehen. Er wird in seinen Ausführungen unterstützt von einer großen Zahl von Schriftstellern¹⁾, die ihre Ansichten meist in gleicher

¹⁾ Vgl. Kretzschmar, *Erbrecht* 1913: § 35 I, 1 und 2a und Anm. 4, S. 200 ff.; § 35 II, S. 204 ff. und Anm. 13; § 42, S. 363/64. — Leonhard, *Erbrecht*, zweite Auflage 1912: Anm. II zu § 1946, Anm. V zu § 2142. — Cosack, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 6. Aufl., Band II, § 404 Bem. VI, 1 S. 760. — Wilke, *Kommentar zu BGB.* 1900, Erl. 1 zu § 2142. — Böhm, *Erbrecht*, 2. Aufl. S. 250, § 75 IV F. — Frommhold, *Erbrecht*, 1900, Anm. 2 zu § 1946. — Binder, *Rechtstellung nach d. BGB.* 1901. Erster Teil, I S. 106. — Goldmann-Lilienthal *BGB.* 1. Aufl. S. 322. — Neumann, *Kommentar z. BGB.* Band II, Anm. 1b zu § 2142. — Peiser, *Handbuch des Testamentrechts* 1902, S. 62 ff. — Wolf, *Handkommentar*, Anm. 1 zu § 2142. — Türke (Niederführ, Winter), *Kommentar*, 2. Aufl. 1905, Band III, Anm. 2 zu § 2142. — Endemann, *Lehrbuch des bürgerl. Gesetzbuchs*, Band III, S. 345, § 79, Anm. 10. — Crome, *System des bürgerl. Gesetzbuchs*, *Erbrecht*, Band V, S. 571, § 718 I Anm. 4; S. 197, § 666, 2 und Note 14 ff. — Köpcke, *die Rechtsstellung des Ersatzerben und Nacherben nach dem BGB.* 1902, Diss. Jena, S. 14 ff. — Kuhlenbeck, *Kommentar z. BGB.* Aufl. 1 und 2, Anm. zu § 2142. — Scherer, *Erbrecht* 1900, Anm. 1 zu § 2142. — Fischer-Henle, *Handkommentar z. BGB.* Anm. 1 zu § 2142 und § 1946. — Mattiaß, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* S. 712, § 295 C II und Anm. 1. — Dernburg, *bürgerl. Recht* 1905, Band V, S. 405 ff. Dernburg gestattet die Annahme und Ausschlagung schon dann, wenn bloß unsichere Gerüchte über den Tod des Erblassers zirkulieren, und diese sich alsdann bewahrheiten. Anfall der Erbschaft fordert er nicht, so daß sich auch ein nicht in erster Linie Berufener schon während der Schwebezeit (ob der Vorberufene annimmt oder ausschlägt) wirksam erklären kann. Mit sich selbst in Widerspruch gerät Dernburg

Weise begründen. Auch hat das Reichsgericht¹⁾, nachdem es noch 1910²⁾ die Frage unentschieden ließ, in einer seiner neuesten Entscheidungen den Standpunkt Strohals geteilt. Leonhard, der sich Strohal in seinen Ausführungen anschließt, hält es allerdings für sonderbar, daß der § 2142 Abs. 1 BGB. nur die Ausschlagung erwähnt; es sei aber nicht der geringste Grund für eine verschiedene Behandlung der Annahme und Ausschlagung zu finden. Auch sei die Annahme ja nichts weiteres als ein Verzicht auf die Ausschlagung. Außerdem sei ein praktisches Bedürfnis für gleiche Behandlung beider Fälle vorhanden.

Das Reichsgericht¹⁾ begründet seine Entscheidung sehr eingehend an Hand der Entstehungsgeschichte der in Frage kommenden Gesetzesbestimmung. Auch es kann die willkürliche Umdeutung des Wortes „Erbfall“ in § 1946 in Erbanfall nicht billigen. Das Gesetz behandle nach der allgemeinen Vorschrift des § 1946 die Annahme und Ausschlagung für alle Erbfälle völlig gleich, und es läge nicht der geringste Anlaß vor, bezüglich der Annahme der Nacherbschaft eine Ausnahme zu schaffen. Aus dem § 1951 Abs. 1 Satz 1 gehe klar hervor, daß sich das Gesetz grundsätzlich der Wirksamkeit einer dem Anfall vorausgehende Annahme nicht entgegenstelle. Nach ihm gelte ja die Annahme ebenso wie die Ausschlagung bei einer auf demselben Berufungsgrund beruhenden Berufung zu mehreren Erbteilen auch für den anderen, selbst wenn der andere Erbteil noch nicht angefallen sei. Warum also in § 1946 statt Erbfall Anfall der Erbschaft? Man vergleiche beispielsweise die Stellung des Ersatzerben, der unmittelbarer Erbe erst nach Wegfall des Vorberufenen wird (§ 2096 BGB.), sowie eines Erben, dessen Berufung zur gesetzlichen Erbfolge noch davon

dadurch, daß er an anderer Stelle (vergl. S. 174) die Annahme der Nacherbschaft vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge verneint und sich hierbei darauf stützt, daß dies den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts nicht entspreche.

¹⁾ Vgl. E. R. G. 80 S. 377 ff. vom 9. XI. 1912. Recht, 17 Nr. 215 = Jur. W. 1913 S. 136, Nr. 14, Anm. 10.

²⁾ Vgl. Recht 1910, Nr. 2581.

abhängt, ob ein Vorberufener die Erbschaft ausschlagen wird. Für sie gilt § 1946; sie können demnach annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist, also bevor der Anfall an sie erfolgt, in bloßer Erwartung des Anfalls. Und selbst wenn es überhaupt nicht zum Anfall an sie kommt, können sie bereits vorweg angenommen oder ausgeschlagen haben. Das Reichsgericht erwähnt weiter den Fall bei dem der Nacherbe gleichzeitig Ersatzerbe ist (vergl. § 2102 Abs. 1 BGB.). Vereinigt der Erbe diese beiden Eigenschaften in sich und hat er die Erbschaft vor dem Wegfall des Vorerben angenommen, so würde er in seiner Eigenschaft als Ersatzerbe hierzu berechtigt gewesen sein, und es würde für den Ersatzerbfall die Annahme zu Recht bestehen, als Nacherbe hätte er dagegen seine Befugnis überschritten und für den Nacherbfall würde die Annahme keine Geltung haben.

Das Reichsgericht hält es ebenfalls für eigenartig und nicht recht begreiflich, warum die entbehrliche Vorschrift des § 2142 Abs. 1 beibehalten wurde. Immerhin hält es einen Umkehrschluß aus § 2142 Abs. 1 für nicht gerechtfertigt. Es sagt wörtlich:

„Deshalb allein weil durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift die vorzeitige Ausschlagung dem Nacherben freigestellt und eine besondere Vorschrift über die an seine Annahme zu stellenden Anforderungen im Gesetz nicht enthalten sind, darf aber einer dem Nacherbfall vorausgehenden Annahme die Wirksamkeit nicht versagt werden. In keinem Fall steht der Anerkennung ihrer Wirksamkeit der Wortlaut der §§ 1946, 2142 Abs. 1 entgegen und auch mit den übrigen Gesetzesvorschriften läßt es sich besser in Einklang bringen, als die Annahme der Unwirksamkeit so, abgesehen von § 1951 Abs. 2 Satz 1, beispielsweise auch mit § 1957 Abs. 1 BGB.“

Am Schlusse seiner Urteilsbegründung kommt das Reichsgericht noch auf Zweckmäßigkeitserwägungen zu sprechen. Wenn nach dem Gesetz eine gänzlich einwandfreie Entscheidung nicht zu fällen sei, so sei in ausschlaggebender Weise auf die An-

forderungen der Billigkeit und des Verkehrs Rücksicht zu nehmen. Den zur Erbschaftannahme schreitenden Nacherben vor den Folgen seines eigenen Verhaltens zu schützen, sei nicht angebracht. Auch die Verschlechterung einer bereits von dem Nacherben angenommenen Erbschaft könne ihm keinen weiteren Schaden zufügen, da das Gesetz ihm ja in § 2144 BGB. genügende Rechtsbehelfe zum Schutz gegen Vermögensverluste gebe. Eine Fürsorge, die den Nacherben der Unannehmlichkeit einer solchen Mühewaltung enthebe, gehe zu weit und widerspreche vor allem den Absichten der zweiten Kommission, die den § 1946 BGB. an die Stelle des § 2033 des ersten Entwurfes gesetzt habe. Das Gesetz komme aber vor allem dadurch mit sich selbst in Widerspruch, daß es auf der einen Seite dem Nacherben rechtsgeschäftliche Verfügungen über die ihm noch nicht angefallene Erbschaft gestatte, auf der anderen Seite aber die in diesem rechtsgeschäftlichen Handeln betätigte Erbschaftsannahme um ihrer Vorzeitigkeit willen verneine.

Die andere Partei, die den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, und daher die Annahme erst nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu erklären gestattet, ist sich wohl im Ergebnis, nicht aber auch in der Begründung einig. Sie spaltet sich. Hier wird auf Grund des § 1946 die Möglichkeit der Annahme sowie der Ausschlagung vor Eintritt des Anfalls der Erbschaft verneint, dort kommt man an Hand des § 2142 Abs. 1 durch Umkehrschluß zu demselben Resultat. Auf § 1946 stützen sich Windscheid-Kipp, Kretzschmar (1910), Oberlandesgericht München, Herzfelder, Meischeider, P. Meyer, Friedmann und wohl auch Planck-Ritgen¹⁾. Die von diesen Schriftstellern ge-

¹⁾ Vgl. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 439, § 602, Anhang 4. — Kretzschmar 1910, Erbrecht (anders 1913 vgl. oben S. 15 Anm. 1) S. 133, Anm. 4; S. 247, § 54, 2. — Kommentar der R. G. R., § 2142, Abs. 1 Anm. 1 (zweifelhaft: vgl. § 1946 Anm. 2). — Oberlandesgericht München vom 19. VI. 1907 in Blätter für Rechtsanwendung, Band LXXII, S. 1000 ff. — Herzfelder in Staudingers Kommentar, Band V, § 1946 Anm. 3. — P. Meyer, Erbrecht des BGB. 1910, S. 295, § 47, 3. — Friedmann, Die Annahme einer Erbschaft, ihre rechtliche Natur und ihre Rechtswirkungen in der Geschichte und im Recht des BGB. Siehe: Rechts- und

fürhte Begründung läuft entweder darauf hinaus, daß unter „Erbe“ im Sinne des § 1946 nur der unmittelbar zum Erben Berufene zu verstehen sei, daß also dem § 1946 die grundlegende Norm, die generell und sekundär für alle erbrechtlichen Fälle zu gelten habe, abgehe, oder sie führt dazu, nicht den Erbfall, sondern den Anfall der Erbschaft als den maßgebenden Zeitpunkt anzusehen. So schreibt Kipp in Windscheid, der vor dem Anfall sich Erklärende sei nicht Erbe im Sinne des § 1946. Nur im Falle der Nacherbeseinsetzung sei durch den § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme gemacht. Auch Kretzschmar spricht sich in seiner älteren Auflage in diesem Sinne aus, in dem er die Stellung der Vorschrift dafür anführt, daß unter „Erbe“ nur der jeweilig Berufene und nicht ein noch nicht Berufener Ersatz- oder Nacherbe verstanden werden könne. Durch den sonst überflüssigen § 2142 Abs. 1 werde dies bestätigt. Ebenso die Reichsgerichtsräte. Der § 1946 dürfte nur die gewöhnliche Erbfolge, nicht auch die besonders geartete und besonders geregelte Nacherbfolge im Auge haben. Das Oberlandesgericht Dresden führt in seinem Urteil aus, der Zweck der Vorschrift des § 1946 sei der, den Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an die Erklärung über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft von der zur Erbfolge berufenen Person abgegeben werden könne. Deshalb könne unter dem in § 1946 erwähnten Erben nur die Person verstanden werden, auf die mit dem Erbfall, d. h.

Staatswissenschaftliche Studien, Heft XXXV, S. 68/69 und Anm. 100. — Planck-Ritgen, § 2142 Anm. 3 (jedoch zweifelhaft: vgl. § 1946 Anm.). — Pelargus, Das Erbrecht des BGB. 1899, § 199 I, S. 282. — Meiseider, Die letztwilligen Verfügungen, § 76, S. 280. — Kammergericht, vom 9. V. 1902 in Rechtssprechung der O. L. G., Band V, S. 236. — Springguth, Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben 1903, Diss. Greifswald, S. 43 ff. und Anm. 9. — Marcuse, Die sukzessive Berufung zur Erbschaft 1903, Diss. Rostock, S. 69 ff. Marcuse (S. 72) geht von der falschen Voraussetzung aus, daß für den Nacherben der Eintritt des Falles der Nacherbfolge in der Regel dasselbe ist, was für einen anderen Erben der Erbfall; er sieht daher den § 2142 Abs. 1 nicht als eine Anwendung, sondern als Ausnahme von § 1946 an. — Oberlandesgericht Dresden (vgl. Akten des Kgl. Landgerichts Dresden, A. Z. 12 Cg.. 270/10).

mit dem Tode des Erblassers (1922 BGB.) das Vermögen als Ganzes übergehe. Die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf den Nacherben, der nicht im Erbfall, sondern erst nach dem Vorerben mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge Erbe werde, führe dazu, daß der Nacherbe erst von diesem Zeitpunkt an die Erbschaft annehmen oder ausschlagen könne. Erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge gehe das Vermögen als Ganzes auf den Nacherben über; nach der Regel des § 1946, nach der die Erklärungsfrist (§§ 1943, 1944 BGB.) nicht vor dem Anfall der Erbschaft laufe, könne der Nacherbe die Erbschaft daher erst vom Eintritt des Falles der Nacherbfolge an annehmen oder ausschlagen. Von dieser Regel mache § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme; nach ihm könne die Ausschlagung erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen sei.

Neben dieser engen Interpretation des Begriffs „Erbe“ wird als hauptsächlichstes Argument gegen die Annahmemöglichkeit vor Eintritt des Nacherbfolgefalles geltend gemacht, daß der Gesetzgeber zwar Erbfall sage, aber Anfall der Erbschaft meine. Schon in dem eben zitierten Oberlandesgerichtsurteil kommt dies zum Ausdruck. Die meisten Schriftsteller stützen ihre Ansicht auf das römische Recht, das preußische allgemeine Landrecht¹⁾, und das sächsische BGB. (§ 2254). Hier kann eine

¹⁾ Römisches Recht L 21, § 2 D h. t. 29, 2, l. 13 pr. D. eod. — Vgl. allg. Landrecht I 12, § 242. — Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 597, 1 Anm. 1 und 2, S. 418. — Vgl. Dernburg, Pandekten, Band III, 4. Aufl. 1896, S. 322, § 161 1a. — Vgl. Köppen, Lehrbuch des römischen Rechts, Würzburg 1895, S. 96 ff. — Windscheid nimmt allerdings an, daß eine Erbschaftsantretung, welche vor Wegfall eines vorgehend Berufenen gemacht wird, hinterher, wenn mit dem Wegfall des Vorberufenen die Berufung zugunsten des Antretenden eintritt, nicht wiederholt zu werden brauche. (L 9, C. qui admitti 6, 9.); jedoch will er dies schlechthin nicht für alle Fälle zulassen. Dem widersprechen Dernburg Anm. 4 und Arndts (Lehrbuch der Pandekten Anm. 2 zu § 507, S. 816, 8. Aufl. 1874), die jede derartige Erklärung während des Schwebens der Bedingung für unverbindlich halten.

Sintenis (das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. 1869, S. 493) und Siebenhaar (Kommentar z. BGB. des Königreichs Sachsen, 2. Aufl. 1869,

Erklärung meist nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist, keinesfalls jedoch vor dem Anfall der Erbschaft abgegeben werden. Auch Windscheid und Kretzschmar (1910) teilen diese Auffassung. Ersterer schreibt: „Sobald der Erbfall eingetreten ist“, solle bedeuten, daß derjenige, dem die Erbschaft angefallen ist, nicht den Beginn der Ausschlagungsfrist abzuwarten brauche. Nicht aber könne daraus geschlossen werden, daß jemand vor dem Anfall im voraus für den Fall des Wegfalls eines Vorberufenen sollte annehmen oder ausschlagen können. Eine Ausnahme sei eben nur für das Ausschlagungsrecht des Nacherben durch § 2142 Abs. 1 statuiert; der Grund für diese Ausnahme sei ja bekannt (vgl. § 2306 BGB.). Letzterer entnimmt aus den Protokollen¹⁾, daß man mit der Abänderung nur auf die vom Entwurf 1 abgelehnte Vorschrift des § 2254 sächs. bürgerl. Gesetzbuch zukommen wollte, wo es heißt, daß die Erbschaft erst nach dem Anfall und so, wie sie angefallen ist, angetreten werden könne. Denn es sollte danach nur dem Grundsatz des unmittelbaren Rechtserwerbs Rechnung getragen werden. Die übrigen Schriftsteller begründen ihren Standpunkt in gleicher Weise.

Was nun die Begründung aus § 2142 Abs. 1 anbetrifft, so wird aus dem Vorhandensein dieser Bestimmung, die die Ausschlagung sofort nach dem Erbfall gestattet, der Schluß gezogen, bezüglich der Annahmeerklärung müsse es anders sein. Ihre Nichterwähnung in § 2142 Abs. 1 ergebe notwendig, daß sie erst nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge erfolgen könne. Widrigenfalls sei die Vorschrift überflüssig und ihre Streichung notwendig gewesen. In dieser Weise entscheiden sich Planck-Ritgen, Dernburg, Wäntig, H. Meyer, Kipp und andere²⁾.

Anm. zu § 2254) schließen sich für das gemeine Recht der Auffassung Windscheids an. So soll ein eventueller Erbe nach Eintritt des Erbfalls den Erbantritt für den Fall, das vorhergehende Erben wegfallen, erklären können, und diese Annahme soll mit dem Wegfall des Vorberufenen Gültigkeit haben.

¹⁾ Vgl. Protokolle, Band V, S. 624 ff.

²⁾ Vgl. Planck-Ritgen, Kommentar z. BGB. Anm. 3 zu § 2142. — Vgl.

Diese Schriftsteller (vielleicht nicht immer ganz zweifel-frei) erkennen an, daß auf Grund des § 1946 Annahme und Ausschlagung sofort nach dem Tode des Erblassers, noch vor dem Anfall, erfolgen könne. Ein Nachberufener könne schon vor dem Wegfall eines Vorberufenen für den Fall, daß die Erbschaft an ihn kommen sollte, annehmen und ausschlagen¹⁾. Nur bezüglich der Nacherbschaftsannahme verneinen sie diese Möglichkeit und folgern dies aus dem Gegensatz zu § 2142 Abs. 1. Diese Vorschrift müsse eine Beschränkung auf die darin allein erwähnte Ausschlagungserklärung enthalten.

Auch Zweckmäßigungsgründe werden mehrfach als Gegenargument angeführt. Kipp²⁾ hält ein Bedürfnis für nicht festgestellt. Kretschmar³⁾ läßt es nicht für wünschenswert erscheinen, dem Erbschaftskaufe eine sichere Grundlage zu gewähren und dadurch die Möglichkeit des Verkaufs zu erleichtern. Dernburg⁴⁾ fürchtet, daß der Nacherbe die verfrühte Annahme leicht bitter bereuen müsse, da sich der Nachlaß zwischen Erbfall und Eintritt der Nacherbfolge durch das Verhalten des Vorerben verschlechtern könnte.

Dernburg, bürgerliches Recht, Band V, S. 174 § 59 III (1905). — Vgl. Kipp, Erbrecht, erste und zweite Aufl. 1911, S. 245, § 92 III. — Vgl. Mayer-Reis, Familien- und Erbrecht, 4. Aufl. 1902, Band II, S. 91, § 39, II, 2 und Anm. 13 und 10. — Vgl. Köhne und Feist, Nachlaßbehandlung, Erbrecht v. Märcker 1902, 17. Aufl., Berlin 1902, S. 143/44, § 7 A VI, e 2. — Vgl. Wäntig, in Zeitschrift des Deutsch. Notarvereins 1906, Band VI, S. 403 ff. — Vgl. Große, Stellung des Universal-Fideik. im Vergleich mit der Stellung des Nacherben. 1905, S. 49.

¹⁾ Vgl. Kipp, Erbrecht, S. 134, § 53 V. — Vgl. Dernburg, bürgerl. Recht, S. 405/6, § 146 III. — Vgl. Planck-Ritgen, Anm. zu § 1946 (nicht ganz zweifelsfrei, vgl. § 2142 Anm. 3). — Vgl. Mayer-Reis, Familien- und Erbrecht, S. 164, § 69 II, 2. — Vgl. Kommentar der R. G. R. Anm. 2 zu § 1946 und § 1942.

²⁾ Vgl. Kipp, Erbrecht, S. 245, § 92 III.

³⁾ Vgl. Recht 1909, S. 197 ff.

⁴⁾ Dernburg, Bürgerl. Recht, S. 174, § 59 III.

IV. Kritische Beurteilung der Frage an Hand der Entstehungsgeschichte und der in der Literatur vertretenen Ansichten.

An Hand der in Abschnitt II entwickelten Entstehungsgeschichte der beiden in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen, nämlich des § 1946 und des § 2142 Absatz 1 BGB., sowie auf Grund der im III. Abschnitt niedergelegten Auffassung von Theorie und Praxis, soll nunmehr zu einer kritischen Behandlung und daran anschließenden Entscheidung der Frage geschritten werden. Das Programm hierzu ist bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit entworfen. Die dort vorgenommene Formulierung in drei Fragen soll für die nun folgenden Erörterungen maßgebend sein. Es muß daher zuerst zur Beantwortung der Frage 1 geschritten werden. Diese verlangt eine Entscheidung darüber, ob der § 1946 BGB. eine allgemeine Regel aufstellt, die für alle erbrechtlichen Fälle bezüglich des Zeitpunkts der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft die grundlegende Norm darstellt und die daher auch für den Nacherben mangels einer speziellen Regelung unmittelbare Anwendung zu finden hat.

1. Um dieser Frage auf den Grund zu kommen, ist davon auszugehen, was bezüglich des Geltungsbereichs der dem § 1946 im ersten Entwurf vorangehenden Gesetzesbestimmung gelten sollte. Dieses war der § 2033. Er war als allgemeine Regel anzusehen; das steht außer Frage. Er sollte für alle erbrechtlichen Fälle zur Anwendung kommen, also nicht nur für den unmittelbar berufenen Erben, sondern auch für den eventuellen Erben (Ersatzerben, einen unter einer Bedingung oder Befristung eingesetzten Erben, Nacherben, einen Erben, dessen gesetzliche oder testamentarische Berufung noch von dem Wegfall eines Vorberufenen abhängt) Geltung haben. Dies ergibt ohne weiteres neben dem Wortlaut des Gesetzestextes die Stellung des § 2033 im Entwurf bei den allgemeinen Bestimmungen unter der Überschrift: „Rechtsstellung des Erben“ wie auch der in dem § 2033 eingefügte Zwischensatz: „sofern nicht das Gesetz ein anderes be-

stimmt“ besagt, daß § 2033 bezüglich der Zeit der Annahme und Ausschlagung eine allgemeine Regel aufstellt, von der das Gesetz Ausnahmen machen kann und auf die durch den obengenannten Zwischensatz verwiesen wird. Dies ist auch in den Motiven zum BGB.¹⁾ ausgesprochen. Dort steht mit Bezug auf § 2033 zu lesen:

„Auf die Ausnahme von dieser Regel, welche im § 1832 Entwurf 1 für die Vorerbschaft und im § 2034 für den Pflichtteilsberechtigten getroffen sind, wird durch den Vorbehalt ‚sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt‘ hingewiesen.“

Ebenso beweisen die Motive an anderer Stelle²⁾, daß § 2033 allgemeine Anwendung finden soll. Denn dort ist davon die Rede, daß die Vorschrift des § 2033 bei dem als Vor-, Nach- oder Ersatzerben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten zu großen Härten führen könne. Hiermit wird zum Ausdruck gebracht, daß das dem in der eben erwähnten Weise beschränkt eingesetzten Pflichtteilsberechtigten durch § 1981 des ersten Entwurfes (§ 2306 BGB.) statuierte Ausschlagungsrecht hinsichtlich der Zeit nur nach Maßgabe des § 2033 ausgeübt werden kann.

Steht also fest, daß § 2033 die allgemeine Norm für den Zeitpunkt der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft bildete, so besteht kein Grund, dem aus ihm durch die Beschlüsse der zweiten Kommission hervorgegangenen § 1946 BGB. allgemeine Geltung abzuspochen. Die Stellung im System unter den allgemeinen Bestimmungen ist dieselbe geblieben. Die Voranstellung der ganzen Vorschriften an den Anfang des Erbrechts als allgemeine Regeln spricht ebenfalls dafür. Der Wortlaut des neu geschaffenen § 1946 BGB. ist ebenso allgemein gehalten wie des früheren § 2033 Entwurf 1. Die Weglassung des Zwischensatzes, der auf die Ausnahmen hinwies und nun unnötig wurde, ändert hinsichtlich des Geltungsbereichs nicht das geringste³⁾.

¹⁾ Vgl. Motive Band V, S. 503.

²⁾ Vgl. Motive Band V, S. 121.

³⁾ Auch das Reichsgericht (E. 80 S. 381) äußert sich zu dieser Frage. Nach seiner Ansicht deutet die Beseitigung des im § 2033 enthaltenen Hinweises auf gesetzlich vorgesehene Ausnahmen, wenn nicht auf eine Erweiterung, so doch jedenfalls auf eine Beibehaltung des nämlichen Anwendungsgebietes hin.

Aus den Beschlüssen und Erörterungen der zweiten Kommission¹⁾ geht nichts Gegenteiliges hervor. Und dann fällt für die Bejahung der Frage sehr erheblich ins Gewicht, daß die dem § 1946 vorangehenden und nachfolgenden Bestimmungen über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, die ebenfalls unter dem allgemeinen Titel „rechtliche Stellung des Erben“ stehen, unbestritten als für den Nacherben maßgebende Vorschriften mangels einer speziellen Regelung in Betracht kommen. Sie alle gelten als allgemeine Regel und sind für Fälle der Nacherbschaft in gleicher Weise unmittelbar anzuwenden wie für sofort anfallende Erbschaften. So gilt z. B. § 1943 für den Nacherben, der nicht mehr ausschlagen kann, wenn er einmal rechtswirksam angenommen hat oder wenn er die Ausschlagungsfrist verstreichen ließ, ohne eine ablehnende Erklärung abgegeben zu haben. Für die Ausschlagungsfrist bleibt § 1944 maßgebend; ergänzend greift hier allerdings der § 2139 BGB. ein, da als Anfall im Sinne der Vorschrift des § 1944 für den Nacherben der Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu gelten hat. Die Form der Ausschlagung bestimmt sich nach § 1945 BGB.; sie hat nachher dem Nachlaßgericht gegenüber, und zwar in öffentlich beglaubigter Form, zu erfolgen. Bezüglich der Annahme ist keine Form vorgeschrieben; sie kann daher auch stillschweigend geschehen. Auch können Annahme und Ausschlagung nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen. Dies ergibt sich aus § 1947 BGB. Die folgenden Paragraphen (§ 1948 ff.) kommen ebenfalls für den Nacherben unmittelbar zur Anwendung. Hierüber herrscht in der Literatur nicht der geringste Streit. Es ist daher nicht recht einzusehen, woraus einige Schriftsteller²⁾, die bezüglich des eben Gesagten den gleichen Standpunkt vertreten und daher den genannten Paragraphen allgemeine Geltung zusprechen, den Schluß ziehen wollen, unter „Erbe“ in § 1946 sei nur der unmittelbar berufene Erbe, dem die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers bereits angefallen sei, zu verstehen;

¹⁾ Protokolle Band V, S. 624 ff.

²⁾ Windscheid S. 680, Anm. 4. — Kretzschmar 1910 S. 136. — Komm. der RGR. Anm. 1 zu § 2142.

der vor dem Anfall Erklärende sei nicht Erbe. Sie kommen alsdann auf Grund ihrer zu engen Interpretation des Begriffes „Erbe“ dazu, dem § 1946 nicht direkt, sondern mangels einer positiven Vorschrift nur entsprechend auf die Nacherbfolge anzuwenden. Diese entsprechende Anwendung führt aber dazu, angesichts der Vorschrift des § 2142 Absatz 1 die Annahme der Nacherbschaft erst nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu gestatten. An einer stichhaltigen Begründung fehlt es. Wenn Kretzschmar¹⁾ in seinem im Jahre 1910 erschienenen Erbrecht (in seiner neuen Auflage von 1913 teilt er ja den hier vertretenen Standpunkt) die Stellung der Vorschrift als Gegenargument anführt, so läßt sich nicht erkennen, inwiefern Kretzschmar aus der Stellung einen Schluß auf die einschränkende Tendenz der Vorschrift ziehen will. Nach den obigen Darlegungen ergibt die Stellung des § 1946 doch gerade das Gegenteil. Daß das Vorhandensein des § 2142 Absatz 1 geeignet sein soll, die hier vertretene Auffassung zu widerlegen und zu beweisen, „Erbe“ in § 1946 sei in der engen Weise zu interpretieren, wird ebenfalls kaum gelingen. Wie später dargelegt werden wird²⁾, enthält § 2142 Absatz 1 nur eine Bestätigung der Vorschrift des § 1946 und ist als praktisch besonders wichtiger Fall des § 1946 stehen geblieben. Er beweist also für den § 1946 gar nichts. Wer aber annimmt³⁾, § 2142 Absatz 1 enthalte in sich eine Ausnahme von § 1946 und beweise, daß Erbe im Sinne des § 1946 nun derjenige sein könne, dem die Erbschaft bereits angefallen sei, während ein Nachberufener, wie beispielsweise der Nacherbe, in § 1946 nicht gemeint sei, der bedarf doch ebenfalls einer allgemeinen Regel, von der die Vorschrift des § 2142 Absatz 1 eine Ausnahme macht und die als grundlegende Norm in Betracht kommt. Denn ohne Regel keine Ausnahme. Eine andere Vorschrift bezüglich des Zeitpunktes der Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft ist aber im Gesetz nicht mehr vorhanden. Es kann daher nur § 1946 in Betracht

¹⁾ Kretzschmar S. 133, Anm. 4.

²⁾ Siehe unten S. 32 ff.

³⁾ Siehe oben S. 21 und 22.

kommen. Also führt gerade das Vorhandensein des § 2142 Absatz 1 zu dem Ergebnis, daß der § 1946 mangels einer speziellen Vorschrift die generell und sekundär zur Anwendung kommende Norm bildet, die nicht entsprechende Anwendung zu finden hat, sondern die unmittelbar da überall eingreift, wo es an einer primären Regelung des betreffenden Falles fehlt.

Es ist demnach festgestellt, daß § 1946, welche Deutung man auch immer der Vorschrift des § 2142 Absatz 1 geben mag, die grundlegende, allgemein gültige Norm bildet.

2. Schreitet man nun an Hand des in der Einleitung aufgestellten Programms weiter, so harret die zweite Frage ihrer Beantwortung. Sie verlangt Auskunft darüber, welchen Zeitpunkt der Gesetzgeber im § 1946 (und ebenso in § 2142 Absatz 1) für die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft bestimmt. Der Gesetzestext sagt übereinstimmend in beiden Fällen: „Sobald der Erbfall eingetreten ist.“ Was das Gesetz unter Erbfall versteht, unterliegt keinem Zweifel, da es in § 1922 Absatz 1 eine Definition des Begriffes gibt. Erbfall bezeichnet den Augenblick, in dem der Tod des Erblassers eintritt. Nimmt man daher die Vorschrift des § 1946 wörtlich — und es liegt ja wohl bei dem klar gefaßten Wortlaut des Paragraphen kein Grund vor, dies nicht zu tun —, so ist der Tod des Erblassers als der maßgebende Zeitpunkt für Annahme und Ausschlagung der Erbschaft anzusehen. Man sollte demnach meinen, daß an Hand der unzweideutigen Ausdrucksweise des Gesetzes eine einwandfreie Entscheidung nicht schwer zu fällen wäre. Und doch herrscht über die Frage viel Streit. Trotz des klaren Gesetzestextes, der eigentlich gar keinen Zweifel über den Sinn und den Willen des Gesetzgebers zuläßt, wird von einer großen Zahl von Schriftstellern¹⁾ behauptet, der Erbfall, der Tod des Erblassers, sei nicht der maßgebende Zeitpunkt für Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, der Gesetzgeber habe sich nur ungenau ausgedrückt, in Wahrheit komme der Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft an den Erben in Betracht. Also ein ganz

¹⁾ Siehe oben S. 20/1 und Anm. 1.

anderer Zeitpunkt; denn unter Anfall der Erbschaft versteht das Gesetz in § 1942 Absatz 1 zum Unterschied von Erbfall den Rechtsvorgang, kraft dessen der Erbe zur Erbfolge berufen wird und auf Grund dessen er die Erbschaft vorläufig mit dem Recht der Rückgängigmachung durch Ausschlagung erwirbt. Wie gesagt, ein ganz anderer Zeitpunkt. Daran ändert auch nicht das geringste der Umstand, daß in der Regel der Anfall der Erbschaft mit dem Erbfall erfolgt (vgl. § 1922 Absatz 1 in Verbindung mit § 1942 Absatz 1). Stets ist dies bei dem zum unmittelbaren Erben Berufenen der Fall. Auf ihn geht mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft unbeschadet des Rechts, sie auszuschlagen, über. In diesem Falle hat die Frage daher nur theoretische Bedeutung. Anders liegen die Verhältnisse dagegen beim Eventualerben. Hier sind Erbfall und Anfall der Erbschaft an den Eventualerben zeitlich getrennt. Der Anfall erfolgt nicht mit dem Tode des Erblassers, sondern in einem späteren, meist vom Erblasser bestimmten Zeitpunkt. Die Erbschaft fällt beispielsweise erst an, wenn ein Vorberufener wegfällt oder wenn eine Bedingung eintritt, oder wenn es bei der Nacherbschaft zum Eintritt des Falles der Nacherbfolge kommt. Tage, Monate häufig sogar werden Jahre vom Zeitpunkt des Erbanfalls an vergehen, bis der Anfall der Erbschaft an den Eventualerben stattfindet. Es ist daher nicht eine Frage rein theoretischer Natur, um die es sich hier handelt, sondern es ist ihr in vielen Fällen große praktische Bedeutung beizumessen. Die von den Schriftstellern geführte Begründung ist daher eingehender Erörterung zu unterziehen. Womit sie ihre Ansicht belegen, ist bereits ausgeführt. Sie stützen sich außer auf das römische Recht und das preußische allgemeine Landrecht auch auf die Entstehungsgeschichte des § 1946 mit dessen Neuschaffung aus dem § 2033 des ersten Entwurfes die zweite Kommission sich dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche (vgl. § 2254 daselbst) habe anschließen wollen. Mit der Feststellung, daß im früheren Recht die Annahme- und Ausschlagungserklärung erst nach dem Erbanfall möglich war, ist es allein noch nicht getan. Es müßte gleichzeitig nachgewiesen werden, daß die Ver-

fasser des BGB. diesen Zeitpunkt als zweckmäßig ebenfalls billigten und daß sie ihren Standpunkt zum Ausdruck brachten. Im Gesetzestext haben sie dies nicht getan; im Gegenteil, sie haben in § 1946 den Erbfall als maßgebenden Zeitpunkt fixiert, und zwar läßt der Wortlaut des Gesetzesparagraphen an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Auf die Entstehungsgeschichte, aus der sich vielleicht im Widerspruch zum Gesetzestext die gegenteilige Meinung ergibt, muß noch näher eingegangen werden. Wie die in den Protokollen¹⁾ niedergelegte Begründung ergibt, vertrat die zweite Kommission den Standpunkt, daß der Erbe von einer in keiner Weise berechtigten und auch nicht im Einklang mit den grundlegenden Normen des Erbrechts (hauptsächlich des Grundsatzes des § 1922 BGB., auf dessen Prinzip sich auch schon der erste Entwurf aufbaut, vgl. § 1749 des ersten Entwurfs) stehenden Bevormundung befreit werden müsse. Sie hat daher den § 2033 des ersten Entwurfs in der oben geschilderten Weise abgeändert und auf diese Weise es dem Erben ermöglicht, Annahme und Ausschlagung sofort nach dem Erbfall, d. h. nach dem Tode des Erblassers, zu erklären. Auf dieses letztere ist ganz besonders Gewicht zu legen. Die zweite Kommission hat den § 2033 des ersten Entwurfes nicht etwa dahin abgeändert, daß Annahme und Ausschlagung erfolgen könne, sobald die Erbschaft dem Erben angefallen ist. Wie können da noch Zweifel obwalten und eine Anlehnung an den § 2254 sächs. BGB. herausgelesen werden?! Gewiß, in den Motiven²⁾ war auf diesen Paragraphen Bezug genommen; dort war im Interesse des Schutzes des Erben noch weit über dessen Erfordernisse hinausgegangen. Aber maßgebend kann hiernursein, was in den Erläuterungen zu dem von der zweiten Kommission geänderten § 2033 ausgesprochen ist. Dort ist von einer Anlehnung an das sächs. BGB. mit keinem Wort die Rede. Die zweite Kommission bringt in ihrer Begründung lediglich zum Ausdruck, daß dem Erben vom Augenblick des Erbfalls an freie Hand gelassen werden müsse. Sie hat ihre Ansicht in dem § 1823 des

¹⁾ Siehe oben S. 12 und Anm. 1.

²⁾ Vgl. Motive Band V S. 504 und oben S. 7 und 8.

zweiten Entwurfes (dem jetzigen § 1946 BGB.) positiv niedergelegt. Die zweite Kommission ist nicht dem ersten Antragsteller gefolgt und hat die Vorschrift gestrichen. Dann hätten allerdings mangels einer positiven Regelung angesichts des früheren Rechts begründete Zweifel darüber bestehen können, ob nicht der Anfall der Erbschaft der maßgebende Zeitpunkt für die Abgabe der beiden Erklärungen sei; obwohl auch dort schon aus der Begründung des Antrags klar und deutlich hervorgeht, daß der erste Antragsteller durch die Streichung der Vorschrift eine Verlegung des Zeitpunktes auf den Eintritt des Erbfalls herbeigeführt wissen wollte. Die zweite Kommission hat in bewußtem Gegensatz zu dem Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft den des Erbfalls gesetzt. Dieser sollte für Annahme und Ausschlagung maßgebend sein. Daß dies bewußt und absichtlich geschah, geht daraus hervor, daß die zweite Kommission nicht die schon im § 1832 Absatz 2 des ersten Entwurfs vorhandene Fassung: Sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist, gewählt hat. Hätte es doch sehr nahe gelegen, dem § 2033 nun, da er inhaltlich der Ausnahme des § 1832 Absatz 2 so nahe kam, die Fassung beizulegen, die man früher dem § 1832 Absatz 2 gegeben hatte. Man ging aber weiter als § 1832 und machte den Zeitpunkt der Erklärungsmöglichkeit nicht einmal mehr von dem vorher erfolgten Anfall der Erbschaft abhängig. Ob bei der Beratung des § 2033 tatsächlich von einer analogen Fassung entsprechend der des § 1832 Absatz 2 die Rede war, geht aus den Protokollen nicht hervor, immerhin scheint jedoch der Umstand auf derartige, von der Kommission gepflogene Erwägungen hinzuweisen, daß nunmehr der § 1832 Absatz 2 ebenfalls abgeändert wurde. Statt der alten Form erhielt auch er die neue Fassung: sobald der Erbfall eingetreten ist. Wenn daher vielleicht auch nicht bei der Beratung des § 2033 — was indessen sehr wahrscheinlich ist — die Frage, welcher Zeitpunkt maßgebend sein solle, erwogen wurde, so ist doch ohne Zweifel bei der nachträglichen Änderung des § 1832 darüber beratschlagt und der neuen Fassung, die an Stelle des Zeitpunktes des Anfalls den des Erbfalls setzte, der Vorzug ge-

geben worden. Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung gibt daher nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß die Verfasser des BGB. auf dem Boden des früheren Rechts stehen bleiben wollten, sondern unterstützt in völlig einwandfreier Weise den aus dem Gesetzestext sich ergebenden Willen des Gesetzgebers. Es muß daher dabei bleiben, daß der Erbfall als der Zeitpunkt maßgebend ist, von dem an Annahme und Ausschlagung der Erbschaft rechtswirksam erfolgen kann, und daß unter dem Zeitpunkt des Erbfalls der Tod des Erblassers zu verstehen ist.

Hinzugefügt muß werden, daß die Schriftsteller, die die Auffassung vertreten, Annahme und Ausschlagung könne mit bindender Wirkung erst nach dem Anfall erklärt werden, in der Vertretung ihres Standpunktes nicht völlig konsequent sind. So pflichten sie in einem der Nacherbfolge analog gearteten Fall, entgegen ihrer bezüglich des § 1946 geäußerten Ansicht, der herrschenden Meinung vollkommen bei. Es handelt sich um ein Vermächtnis¹⁾, dessen Wirksamkeit von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung oder eines bestimmten Anfangster-

¹⁾ Vgl. Herzfelder in Staudingers Kommentar Anm. II C 1 zu § 2180. — Kretzschmar (1910): S. 158, § 41 II 2, Anm. 9. — Planck-Ritgen: Anm. 4 a zu § 2180. — Komm. der R. G. R. Anm. 3 § 2180. — Windscheid: S. 602, § 643. — Meiseider: S. 356 ff. — Pelargus: Das Erbrecht des BGB. 1899, § 199 I. — Meiseider und Pelargus lehnen zwar ebenfalls Annahme und Ausschlagung des bedingten Vermächtnisses vor dem Eintritt der Bedingung bzw. des Termins ab, begründen ihre Auffassung aber in anderer Weise als im Falle des § 1946. Meiseider folgert aus dem Wörtchen „erst“ in § 2180 Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 1, daß damit nur gesagt sei, eine vor dem Erbfall abgegebene Erklärung sei unwirksam, und daß somit die Frage, wann ein bedingtes oder bedachtes Vermächtnis angenommen bzw. ausgeschlagen werden könne, im Gesetze nicht ausdrücklich entschieden sei. Er will einerseits im Anschluß an das römische Recht und andererseits unter analoger Anwendung des § 2142 Absatz 1 die Ausschlagung des Vermächtnisses unmittelbar nach dem Erbfall gestatten, während er die Annahme an den Eintritt der Bedingung bzw. des Termins, also an den Anfall, bindet. — Pelargus lehnt Annahme und Ausschlagung deshalb vor dem Anfall ab, weil sie dann nur bedingt erklärt seien und dies nach dem Gesetz unstatthaft sei.

mins abhängt (vgl. § 2177 BGB.). In solchen Fällen erfolgt der Anfall des Vermächtnisses an den Bedachten erst nach Eintritt der Bedingung oder des Termins, also, wenn der Erblasser es so bestimmt hat, erst längere Zeit nach bereits eingetretenem Erbfall. Also ein weiterer Fall bei dem Erbfall und Anfall zeitlich auseinanderfallen. Auch hier enthält das Gesetz¹⁾ eine dem § 1946 analoge Vorschrift. Annahme und Ausschlagung können erst nach dem Eintritt des Erbfalles erklärt werden. Nun müßte man erwarten, daß auch hier die obengenannten Schriftsteller, entgegen dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift, den Anfall des Vermächtnisses an den Bedachten als den für Annahme und Ausschlagung maßgebenden Zeitpunkt betrachteten. Dem ist jedoch nicht so. Im Widerstreit zu ihrer bei § 1946 vertretenen Auffassung halten sie sich an den Wortlaut des § 2180 BGB. und achten daher sowohl Annahme wie Ausschlagung sogleich nach dem Erbfall, selbst wenn der Anfall noch nicht erfolgt ist, für folgerecht und vollwirksam.

3. Ist nunmehr festgestellt, daß § 1946 die allgemeine Regel für Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft aufstellt, die beim Fehlen einer besonderen Regelung als *lex generalis* für jeden sowohl den unmittelbar eingesetzten als auch den eventuell berufenen Erben direkt zur Anwendung zu kommen hat, ist weiter festgestellt, daß als Zeitpunkt, von dem an Annahme und Ausschlagung der Erbschaft unwiderruflich erfolgen kann, der Tod des Erblassers in Betracht kommt, so bleibt nunmehr noch die Erledigung der dritten Frage. Es muß geprüft werden, ob aus dem Vorhandensein des § 2142 Absatz 1 ein Umkehrschluß dahin gezogen werden darf, daß die Annahme der Nacherbschaft erst nach dem Anfall, d. h. nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge, wirksam erfolgen kann. Wie bereits oben²⁾ hervorgehoben wurde, wird von einer Reihe von Schriftstellern diese Folgerung aus § 2142 Absatz 1 gezogen. Bezüglich des § 1946 stimmen sie mit der hier vertretenen Auffassung überein. Nur der § 2142 Absatz 1

¹⁾ Vgl. § 2180, Absatz 2, S. 2, Halbsatz 1 BGB.

²⁾ Vgl. oben S. 21 und Anm. 2.

soll hinsichtlich der Ausschlagung der Nacherbschaft eine Ausnahme schaffen. Diese Folgerung aus § 2142 Absatz 1 zu ziehen, verbietet indessen die Entstehungsgeschichte der beiden in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen. Mehr wie sonst lehrt hier die geschichtliche Entstehung, wie auf Grund der historischen Betrachtungsweise zwei Gesetzesparagrafen in ihren Beziehungen zueinander ein ganz anderes Bild bekommen. Ohne Kenntnis von dem Gang der Entwicklung liegt allerdings — das soll nicht geleugnet werden — die Versuchung sehr nahe, dem § 2142 Absatz 1 eine falsche Deutung zu geben und ihn als Ausnahme der Regel des § 1946 gegenüberzustellen. Betrachtet man jedoch die beiden Paragraphen unter Heranziehung der Vorarbeiten zum BGB. und nach Prüfung der Gesetzesmaterialien, so muß notwendigerweise eine Korrektur der allzu eifrig gefaßten Meinung eintreten.

Im ersten Entwurf war der Aufbau klar und logisch. Der § 2033 Entwurf 1 bildete für den Zeitpunkt der Annahme und Ausschlagung die allgemein gültige grundlegende Norm, die die Erklärungsmöglichkeit von bestimmten Bedingungen abhängig machte. Er stand inhaltlich im schroffen Gegensatz zu dem ihn später ersetzenden § 1946 BGB., da er den Erben seiner freien Entschlußfähigkeit beraubte und ihn im Gegensatz zu der sonst vom Gesetz beabsichtigten unbehinderten Stellung des Erben hinsichtlich Annahme und Ausschlagung an einen bestimmten Zeitpunkt fesselte. Eine die Wirkung des § 1943 BGB. hervorrufende Annahme- und Ausschlagungserklärung ließ er erst dann zu, wenn die Ausschlagungsfrist zu laufen begonnen hatte. Also erst nach dem Anfall der Erbschaft, nach Kenntnisnahme von Seiten des Erben hiervon und dem Grunde der Berufung war die Abgabe dieser Erklärungen möglich. Es genügte demnach nicht der Eintritt des Erbfalls, des Todes des Erblassers, es genügte auch nicht der Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft an den Erben, sondern es war weiter die Kenntnis von dem Anfall und dem Berufungsgrund erforderlich. Die Verfasser des ersten Entwurfes¹⁾ hielten die Erklärung über

¹⁾ Vgl. Motive, Band V, S. 504; siehe oben Seite 7 und 8.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft für so bedeutungsvoll und einschneidend, daß sie diese dem Erben erst dann ermöglichen wollten, wenn er über alle wesentlichen Punkte genau unterrichtet war. Der § 2033 Entwurf 1 wollte den Erben vor leichtsinnigen und voreiligen Erklärungen schützen, indem er seiner freien Entschließung einen Riegel vorschob. Diese Bevormundung ging sehr weit; stellte doch der § 2033 Entwurf 1 in Verbindung mit § 2030 eine ganze Reihe von Voraussetzungen auf. Eine Ausnahme von dieser beengenden Vorschrift des § 2033 schuf der § 1832 Abs. 2 Entwurf 1, der dem Nacherben die Ausschlagung schon sofort nach Anfall der Nacherbschaft an dem Vorerben ermöglichte; dies war im Interesse des als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten zur Vermeidung von Unbilligkeiten im Gesetze geschehen und war allgemein für alle Fälle gebilligt worden¹⁾. Im ersten Entwurf war demnach völlig reiner Tisch. Der Regel des § 2033 stand deutlich erkennbar die Ausnahme des § 1832 Abs. 2 gegenüber. Wären diese Paragraphen in dieser Form und mit diesem Inhalt in das BGB. übergegangen, so könnte heute wohl niemand die Ausnahmestellung des § 2142 Abs. 1 BGB. bezweifeln. Nun verschob sich aber die Stellung der beiden Paragraphen zu einander vollständig durch die Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung, die den § 2033 von Grund auf änderte und ihm eine völlig neue Fassung gab. Die beiden Gesetzesvorschriften standen sich nun nicht mehr als Regel und Ausnahme gegenüber. Die Regel des § 1823 Entwurf 2 (späteren § 1946 BGB.), die samt den anderen allgemeinen Vorschriften vorangestellt wurde, stimmte inhaltlich mit dem § 1832 Abs. 2 Entwurf 1 überein. Beide Bestimmungen, die eine generell, die andere für einen speziellen Fall, sagten bezüglich der Ausschlagung völlig dasselbe. Von einer Ausnahmestellung des § 1832 Abs. 2 Entwurf 1 (jetzigen § 2142 Abs. 1 BGB.) gegenüber dem neugeschaffenen § 1823 Entwurf 2 konnte keine Rede mehr sein. Wie konnte § 2142 Abs. 1, der abgesehen

¹⁾ Siehe oben Seite 8.

von redaktionellen Änderungen derselbe wie im ersten Entwurf blieb, nun die Ausnahme von einer Regel darstellen, die durch ihre Änderung gerade das Gegenteil von der früheren Grundnorm besagte und die sich in ihrem Inhalt mit der früheren Ausnahme deckte. Dies war unmöglich. Und das war umso mehr unmöglich, als der § 2142 Abs. 1 dem § 1946 nach dessen Schaffung auch im Wortlaut völlig angepaßt wurde. Ein vollkommenes Übereinstimmen der beiden Paragraphen in Form und Inhalt. Es ist daher sicherlich eine Auffassung der nicht beizutreten ist, wenn von Schriftstellern, die bezüglich des im § 1946 bestimmten Erklärungszeitpunktes den hier niedergelegten Standpunkt vertreten, behauptet wird, trotz des Übereinstimmens mit § 1946 enthalte § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme dieses Paragraphen. Man muß sich doch einmal vergegenwärtigen, nach welcher Richtung hin der § 1832 Abs. 2 Entwurf 1 ausnahmeschaffend wirkte. Wie bekannt, gab er dem Nacherben eine viel freiere Stellung als ihm nach § 2033 Entwurf 1 zukam; die Ausnahme des § 1832 Abs. 2 brachte also eine Erweiterung der Befugnisse des Erben gegenüber der allgemeinen Regel. Eine ganz andere Tendenz hat dagegen die Ausnahme, die der § 2142 Abs. 1 BGB. gegenüber dem neugeschaffenen § 1946 einnehmen soll; sie bringt keine Erweiterung der Rechte des Erben, sondern eine Einschränkung. Es handelt sich also zwar wiederum um eine Ausnahme von der Regel, aber die Ausnahme bewegt sich auf einem ganz anderen Geleise. Der Zug fährt in der entgegengesetzten Richtung, und zwar ohne Anordnung des Zugführers, sich völlig selbst überlassen. Darf man wirklich annehmen, daß der Gesetzgeber sich dermaßen dem Zufall anvertraute, daß er, ohne sich auch nur mit einem Wort dazu zu äußern oder im Gesetz seine Absicht zum Ausdruck zu bringen, dem unveränderten § 1832 Abs. 2 Entwurf 1 (§ 2142 Abs. 1 BGB.) nunmehr diese Deutung geben wollte? Diese Ansicht schießt doch über das Ziel hinaus. Hätte der Gesetzgeber wirklich die Annahme der Nacherbschaft vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge verbieten und hierdurch eine Einschränkung des § 1946 herbeiführen wollen, so hätten ihm

Mittel und Wege zu Gebote gestanden, dies in einer den gesetzgeberischen Willen klar zum Ausdruck bringenden Form zu tun. Wäre die zweite Kommission in der Tat von diesem Gedanken beseelt gewesen, so wäre es ihr sicherlich nicht eingefallen, den § 2142 Abs. 1 auch äußerlich dem § 1946 anzupassen, sondern sie hätte ihn eben inhaltlich dahin geändert, daß bezüglich der Annahme der Nacherbschaft die Regel des § 1946 eine Ausnahme erleiden sollte. Da dies nicht geschehen ist und da aus den Erläuterungen zu § 1946 klar hervorgeht, daß die zweite Kommission Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft gleich behandelt wissen wollte, indem sie den zweiten Antrag, der dem Erben bezüglich der Ausschlagung freie Hand lassen wollte, ihn aber wegen des Zeitpunktes der Annahme in die Schranken des ersten Entwurfes zurückverwies, ablehnte und eine für beide Fälle übereinstimmende Gesetzesvorschrift schuf, so muß es bei der Feststellung bleiben, daß sich aus § 2142 Abs. 1 eine Einschränkung des § 1946 unmöglich ergeben kann¹⁾.

Anders liegt der Fall, wenn man bezüglich des neugeschaffenen § 1946 die bereits oben²⁾ widerlegte Ansicht vertritt, der Anfall der Erbschaft an den Erben sei Voraussetzung für die Erklärungsmöglichkeit. Wer dieser Auffassung zuneigt, der ist allerdings berechtigt, auch nach der Abänderung des § 2033 Entwurf 1 in dem § 1832 Abs. 2 eine Ausnahme von der Regel zu erblicken. Alsdann stimmen beide Paragraphen inhaltlich gar nicht überein; der § 1832 Abs. 2 geht sodann auch jetzt noch weiter in den Befugnissen, die er dem Nacherben zubilligt. Er bildet immer noch eine Ausnahme von der Regel, wenn sich auch die Regel der Ausnahme nicht unmerklich genähert hat. Von diesem Standpunkt aus hat Planck-Ritgen³⁾ recht, wenn er sagt:

¹⁾ Vgl. die oben S. 16 Anm. 1 zitierte E. R. G.

²⁾ Vgl. oben S. 27 ff.

³⁾ Vgl. Planck-Ritgen, S. 318, Anm. 3 zu § 2142. — Köpcke (die Rechtsstellung des Ersatzerben und des Nacherben nach B. G. B. 1902. Diss. Jena, S. 15) geht in seinen Ausführungen, die er den von Planck-

„Nach Abänderung des § 2033 Entwurf 1 in § 1946 BGB. und nach redaktioneller Änderung des § 1832 Abs. 2 Entwurf 1 in den § 2142 Abs. 1 durch die zweite Kommission sei letzterer Paragraph nun ‚nicht mehr Ausnahme von der Regel‘, daß Annahme und Ausschlagung erst nach Beginn der Ausschlagungsfrist zulässig ist, sondern von der Regel, daß beides erst nach dem Eintritt des Nacherbfalles erfolgen kann“.

Unterstützt wird die hier vertretene Auffassung durch den Umstand, daß der in dem § 2033 Entwurf 1 enthaltene Zwischensatz: „sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt“, der auf die von dem Prinzip des § 2033 abweichenden Ausnahmen hinwies, von der zweiten Kommission in die aus ihren Beschlüssen hervorstwachsende neue Gesetzesbestimmung, den § 1946 BGB., nicht mit hinüber genommen wurde. Es war kein Bedürfnis für einen derartigen Hinweis mehr vorhanden, denn die beiden Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz, nämlich die im § 2034 Abs. 2 Entwurf 1 für den Pflichtteilberechtigten geschaffene und die in § 1832 Abs. 2 Entwurf 1 vorgesehene, waren im zweiten Entwurf in Wegfall gekommen. Andere Ausnahmen bestanden im ersten Entwurf nicht¹⁾, neue wurden durch die zweite Kommission nicht geschaffen. Der Zwischensatz, der auf diese Weise überflüssig geworden war, hatte keinen Platz mehr. Hätte dagegen der Gesetzgeber den § 1832 Abs. 2 (§ 2142 Abs. 1 BGB.) auch nach Abänderung des § 2033 in § 1946 BGB. als Ausnahme angesehen, so wäre der Zwischensatz doch sicherlich auch in dem zweiten Entwurf mit hinübergenommen worden. Ein Grund, ihn wegzulassen, hätte alsdann nicht bestanden.

Der im vorstehenden dargelegte Standpunkt wird weiter durch die zeitliche Aufeinanderfolge der in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen unterstützt²⁾. Gerade die zeitliche Ent-
Ritgen vertretenen Standpunkt entgegengesetzt, von der falschen Voraussetzung aus, Planck halte prinzipiell für Annahme und Ausschlagung den Zeitpunkt des Erbfalls für maßgebend. Er irrt. Seine Darlegungen sind daher unzutreffend.

¹⁾ Vgl. Motive S. 503.

²⁾ Vgl. Planck-Strohal, S. 473, Anm. 4 zu § 2142.

stehung der beiden Gesetzesparagraphen zeigt deutlich, daß der Umkehrschluß aus § 2142 Absatz 1 den tatsächlichen Verhältnissen widerspricht und erst nachträglich künstlich in das Gesetz hineininterpretiert wurde. Der § 2142 Absatz 1 war inhaltlich im wesentlichen bereits im ersten Entwurf vorhanden. Er wurde alsdann von der zweiten Kommission in der Sitzung vom 28. Juni 1894 betreffs seines Inhalts gebilligt; nur eine redaktionelle Änderung wurde vorgenommen. Erst viel später, nämlich in der Sitzung vom 22. Januar 1895, kam es zur Verhandlung und Beratung über den § 2033 Entwurf 1, also zu der prinzipiellen Frage, von welchem Zeitpunkt an ganz allgemein Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft wirksam erfolgen könne. Jetzt erst kam man zu dem Entschluß, von dem im § 2033 des ersten Entwurfes dargethanen Standpunkt abzuweichen und dem Erben die freie Stellung des § 1946 zu geben. Dieses zeitliche Auseinanderfallen des Entstehens der beiden Paragraphen beweist doch zur Genüge, daß der schon im ersten Entwurf vom Jahre 1874 enthaltene und von der zweiten Kommission bereits ein halbes Jahr vor der grundlegenden Änderung des § 2033 gebilligte § 1832 Absatz 2 des ersten Entwurfes (§ 2142 Absatz 1 BGB.) eine Einschränkung dieser allgemeinen Norm nicht enthalten kann. Man hätte ja alsdann zuerst die Ausnahme und zu der Ausnahme — was nicht anzunehmen ist — die Regel geschaffen.

Außerdem sprechen Gesichtspunkte der Gerechtigkeit ganz allgemeiner Natur für die im vorstehenden verfochtene Ansicht. Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen gerade die Annahme der Nacherbschaft nach Eintritt des Erbfalls verboten sein sollte. Festgestellt ist bereits, daß der Gesetzesverfasser die Annahme und Ausschlagung übereinstimmend behandeln wollte. Für alle Fälle gilt sowohl bezüglich der Annahme als auch bezüglich der Ausschlagung das gleiche. Der unmittelbar berufene Erbe wie auch der Ersatz- oder der an zweiter oder späterer Stelle berufene Erbe partizipieren hieran in gleicher Weise. Sie alle können Annahme und Ausschlagung der Erbschaft sofort nach Eintritt des Erbfalls erklären. Und nur be-

züglich des Nacherben soll eine Ausnahme gelten! Dem Ersatzerben oder einem Erben, dessen Berufung noch davon abhängt, ob ein Vorberufener die Erbschaft ausschlägt, steht nach § 1946 dieses Recht zu; ihnen, denen vielleicht niemals die Erbschaft anfällt, kann dieses Recht nicht durch die falsche Interpretation einer Gesetzesbestimmung verkümmert werden. Und nun hingegen der Nacherbe; er, der zu der Erbschaft in viel näheren Beziehungen steht, der bereits mit dem Erbfall ein anwartschaftliches Recht auf die Nacherbschaft hat, das er jetzt schon in mannigfacher Weise verwerten kann, soll zwar ausschlagen, aber nicht annehmen können. Dies scheint im Interesse der Sicherheit des Verkehrs doch wenig zweckdienlich zu sein. Recht und Literatur¹⁾ erkennt an, daß das Anwartschaftsrecht des Nacherben ein Vermögensrecht ist, dessen Verkauf an einen Dritten, ebenso wie ein sonstiger obligatorischer Vertrag zwecks Veräußerung dem Nacherben zuzubilligen ist. Selbst wenn ein derartiger obligatorischer Vertrag den Nacherben in der Erbenstellung beläßt und ihn nur dem Dritten gegenüber im Falle des Eintritts der Nacherbfolge zur Herausgabe und Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände nach Inhalt des Vertrags verpflichtet, so kommt es für den Gegenkontrahenten doch sehr erheblich auf die Frage an, ob der Nacherbe jetzt schon vor Anfall der Nacherbschaft an ihn rechtsgültig annehmen kann und auf diese Weise der Vertrag nicht durch eine eventuelle spätere Ausschlagung in Frage gestellt wird. Ebenso steht es mit der Pfändung des Anwartschaftsrechts. Auch sie berührt die Rechtsstellung des Nacherben in keiner Weise, so daß Annahme oder Ausschlagung dem Nacherben vorbehalten bleibt und eine Anfechtung dieser Erklärung von seiten der Gläubiger nicht erfolgen kann.

Weiter steht dem Nacherben das Recht zu, seinen An-

¹⁾ Vgl. Wäntig in Zeitschr. d. D. Not. V, 1906, Band 6, S. 377 ff. — Planck-Strohal, S. 397/98. — Kretzschmar (1913), S. 200 ff. § 35 I. — Recht 1907, S. 1072, Nr. 2577 (RG. vom 11. Juli 1907). — Gruchot: Beiträge, Band 52, S. 580 (Verfügung über den Nacherbteil), Band 33, S. 293. — ERG. 80, S. 384.

spruch auf die künftige Herausgabe der Nacherbschaft sowohl zu verpfänden als auch abzutreten, ebenso wie ein Mitnacherbe nach § 2033 Absatz 1 BGB. rechtsgeschäftlich über seinen dereinstigen Anteil am Nachlaß verfügen kann.

Also, wie gesagt, auf der einen Seite stehen dem Nacherben alle diese Verwertungsmöglichkeiten offen, und auf der anderen Seite will man gerade beim Nacherben, bei dem, wie dargelegt, die Annahme vor dem Anfall von größerer praktischer Bedeutung ist als z. B. beim Ersatzerben, die Möglichkeit der Annahme vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge, also vor Anfall der Nacherbschaft an ihn, verneinen. Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber derartige Unbilligkeiten und Willkür beabsichtigt hat. Jeder dritte Kontrahent könnte durch das Verhalten des Nacherben in schwerster Weise geschädigt werden, Unlauterkeit und Schwindel würde Tür und Tor geöffnet. Zu welchen Konsequenzen dies führen könnte, zeigt ja das RG.¹⁾ in seinem sehr drastischen Beispiel. Dort hat die Nacherbin ihre Nacherbschaftsrechte durch notariellen Vertrag vor Eintritt des Nacherbfolgefalles verpfändet. Nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge schlug sie die Nacherbschaft aus mit der Erklärung, diese ihren Kindern, die von dem Erblasser als Ersatznacherben eingesetzt waren, zukommen zu lassen. Wollte man diese später erfolgte Ausschlagung anerkennen, so hätte die Nacherbin auf diese Weise den Gegenstand ihrer Verfügung dem Erwerber entzogen, ihn in schwerster Weise geschädigt und die Verpfändung zunichte gemacht.

Nach diesen Ausführungen kann es eigentlich nicht mehr zweifelhaft sein, daß dem Nacherben, ebenso wie jedem anderen Erben, die Annahme der Nacherbschaft schon vor dem Zeitpunkt des Anfalls zu gestatten ist. Da aber das Vorhandensein des § 2142 Absatz 1 so großen Staub aufgewirbelt und zu der gegenteiligen Ansicht geführt hat, so soll nunmehr im Nachfolgenden der Versuch gemacht werden, den Nachweis zu führen, daß für die zweite Kommission schon Gründe vorhanden sein konnten, die sie veranlaßten, den § 1832 Abs. 2 Entwurf 1

¹⁾ Vgl. ERG. 80, S. 384.

nicht zu streichen, sondern ihn, auch wenn er bezüglich der Ausschlagung letzten Endes dasselbe besagte wie der neugeschaffene § 1946, seiner großen Bedeutung wegen mit in das BGB. hinüberzunehmen. Die von Köpcke¹⁾ vertretene Auffassung, der § 1832 Absatz 2 sei nach Abänderung des § 2033 nur versehentlich stehen geblieben, scheint für den ersten Augenblick einleuchtend, zumal die zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Bestimmungen im zweiten Entwurf dafür spricht. Sie wird jedoch dadurch widerlegt, daß der § 1832 Absatz 2 nach Schaffung des § 1946 BGB. diesem letzteren Paragraphen nachträglich im Wortlaut völlig angepaßt wurde. Diese Tatsache beweist, daß ein Versehen nicht vorliegen kann und daß § 2142 Abs. 1 nicht als überflüssig angesehen wurde. Wie bereits hervorgehoben wurde, brach die zweite Kommission durch die Abänderung des § 2033 Entwurf 1 mit dem früheren Recht. Die Stellung des Erben bezüglich Annahme und Ausschlagung war nunmehr freier als im römischen Recht und als im allgemeinen preußischen Landrecht, ja sie war sogar ungebundener als im sächs. BGB. Nicht einmal der Anfall der Erbschaft mußte erfolgt sein, um die Ausschlagungs- oder Annahmeerklärung abgeben zu können. Mit dem Tode des Erblassers konnte sich der Erbe frei entschließen. Mußte bei einem derartigen Bruch mit der Tradition nicht die Kommission befürchten — und diese Befürchtung war, wie die Folgezeit gelehrt hat, gar nicht unbegründet —, daß die neue Gesetzesbestimmung mit ihrer freiheitlichen Tendenz doch wieder im alten Sinne ausgelegt würde, d. h. daß doch versucht würde, dem § 1946 unter der Lupe der geschichtlichen Entwicklung zu betrachten und daher das Wort Erbfall in Erbanfall umzudeuten. Fehlte alsdann die Vorschrift des § 2142 Absatz 1, so war für den als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten keine Vorsorge getroffen; der § 1946 erlaubte auf Grund unrichtiger Interpretation nicht die Ausschlagung, bevor die Erbschaft dem Erben angefallen war, also auf den Nacherben exemplifiziert, nicht vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Die Konsequenzen für den Pflichtteils-

¹⁾ Vgl. oben S. 36, Anm. 3.

berechtigten sind bekannt. Das Gesetz wies alsdann eine empfindliche Lücke auf, es kam mit sich selbst in Widerspruch. War es da nicht ein Gebot der Klugheit und der Vorsicht, den § 2142 Absatz 1 BGB., da er nun einmal vorhanden war, stehen zu lassen, auch wenn er an und für sich bei richtiger Gesetzesauslegung nicht mehr notwendig war. Daß er auf Grund solcher Erwägungen neu geschaffen worden wäre, ist allerdings nicht anzunehmen. Im allgemeinen kann und darf das Gesetz ja nicht solche Möglichkeiten voraussehen und berücksichtigen. Aber vielleicht ist die Annahme nicht so ganz unberechtigt, daß die Kommission auf Grund solcher Erörterungen die für den Pflichtteilsberechtigten so wichtige Vorschrift stehen gelassen hat. Jedenfalls ist es viel berechtigter, der zweiten Kommission solche Erwägungen zu unterstellen, als die durch nichts gerechtfertigte Behauptung aufzustellen, die Kommission hätte in dieser unmöglichen Form des § 2142 Absatz 1 eine Ausnahme von § 1946 statuieren wollen¹⁾.

Auch Strohal²⁾ führt Gründe an, die dartun sollen, warum der § 2142 Abs. 1 nur der Möglichkeit der Ausschlagung gedenkt und weshalb die Vorschrift nicht gestrichen wurde. Diese Ausführungen sind zwar in bezug auf die Frage, warum der § 2142 Abs. 1 stehen blieb, nicht durchschlagend, sie unterstützen aber die hier vertretene Auffassung, daß die große praktische Bedeutung der Ausschlagungsmöglichkeit unmittelbar nach dem Erbfall eine besondere nochmalige Hervorhebung, wenn auch nicht unbedingt erforderlich so doch sehr wünschenswert machte.

Strohal legt weiterhin der Annahme nur negative Bedeu-

¹⁾ Der von Planck-Ritgen (Anm. 3 zu § 2142) sowie dem O. L. G. München vom 19. Juni 1907 (vgl. Blätter f. R.-A. Band 72, S. 1000 ff.) erhobene Einwand, warum das Gesetz in § 2142 Absatz 1 neben der Ausschlagung nicht auch die Annahme erwähne und hierdurch zu erkennen gebe, beide Fälle seien gleich zu behandeln, wird hierdurch ebenfalls widerlegt. Hätte man sie nachträglich noch in dem § 2142 Absatz 1 mit hineingenommen, so wäre hierdurch denjenigen, die dem § 1946 allgemeine Geltung absprechen, eine neue Handhabe zur Vertretung ihrer Meinung gegeben worden.

²⁾ Vgl. oben S. 14, Anm. 1.

tung bei; durch sie werde ja nur das Ausschlagungsrecht verbraucht. Dieser Meinung pflichtet Leonhard¹⁾ bei, indem er in der Annahme nichts anderes als einen Verzicht auf die Ausschlagung sieht.

Außerdem hebt Strohal hervor, daß auch an anderer Stelle nur die Ausschlagung erwähnt werde, da ihr eben größere Bedeutung zukomme. So nennt Strohal die §§ 1942 und 1952. Gegen diese Ausführung wendet sich Wäntig²⁾. Die von Strohal genannten Beispiele seien nicht zur Unterstützung seines Standpunktes geeignet. Bezüglich des § 1942 ist Wäntig beizustimmen. Hier ist tatsächlich der § 1943 als Fortsetzung anzusehen, und es liegt nur an der Einteilung und Anordnung der Materie, wenn im § 1942 nur von dem Ausschlagungsrecht die Rede ist. Anders steht es dagegen mit der Vorschrift des § 1952. Das Ausschlagungsrecht ist nicht, wie Wäntig behauptet und wie es im römischen Recht der Fall war, ein höchst persönliches Recht; es ergibt sich ohne weiteres von selbst, daß mit dem Übergang des Nachlasses auf den Erbeserben auch die Ausschlagungsbefugnis übergehen muß. Ihre Vererblichkeit hätte daher ebenso wenig wie die der Annahme im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen zu werden brauchen. Ihrer praktischen Bedeutung wegen ist dies behufs Ausschließung jeglicher Zweifel trotz alledem geschehen, während bezüglich der Vererblichkeit der Annahme, die sich nur als ein Verzicht auf das Ausschlagungsrecht darstellt, eine solche Hervorhebung nicht mehr erfolgte³⁾.

Als weiterer Beweis dafür, daß der Ausschlagung der Nacherbschaft vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge eine ganz besondere Bedeutung zukomme und daß ihre Folgen ungleich wichtiger seien als die der Annahme, führt Strohal den § 2142 Abs. 2 an. Während die vor dem Anfall erfolgte An-

¹⁾ Vgl. oben S. 15, Anm. 1.

²⁾ Vgl. Zeitschrift d. D. Notarvereins 1906, Bd. VI, S. 403 ff.

³⁾ Vgl. zu dieser Frage: Planck-Strohal, Anm. 1 zu § 1952. — Kretzschmar (1913), S. 377, § 56 IV. — Staudinger, Anm. 1 zu § 1952. — Türke, Anm. 1 zu § 1952.

nahme für den Vorerben gänzlich gleichgültig sei, gebe die Ausschlagung dem Vorerben eine völlig freie Erbenstellung. Auch dies will Wäntig nicht gelten lassen; die praktischen Folgen der Annahme und Ausschlagung lägen zwar in verschiedener Richtung, seien deshalb aber noch nicht von ungleicher Bedeutung. Dem gegenüber muß jedoch Strohal zugegeben werden, daß die Folge des § 2142 Abs. 2 von ganz exzeptioneller Bedeutung ist. Gerade diese eigenartige Folge, die das Gesetz an die Ausschlagung knüpft und die für den Vorerben größte Bedeutung hat, machte die Hervorhebung der Ausschlagungsmöglichkeit schon vor dem Anfall wünschenswert und ließ sie gerechtfertigt erscheinen.

Die vorstehenden Ausführungen beweisen wohl zur Genüge, daß § 2142 Abs. 1 nicht als Ausnahme von der Regel des § 1946 angesehen werden kann und daß Annahme und Ausschlagung gleich behandelt werden müssen. Es bleibt daher dabei, daß sich der Nacherbe unmittelbar nach dem Tode des Erblassers, der ihn zum Nacherben einsetzte, sich über Annahme oder Ausschlagung der Nacherbschaft frei erklären kann.

Literaturverzeichnis.

- Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl., Stuttgart 1874.
Binder: Rechtsstellung des Erben des BGB., 1901, 1. Teil.
Böhm: Erbrecht, 2. Aufl.
Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1 u. 2., 4. Aufl. 1903 u. 1904.
Crome: System des BGB.
Dernburg: Bürgerliches Recht, 1905.
„ Pandekten, 4. Aufl. 1894.
Endemann: Lehrbuch des BGB.
Fischer-Hennle: Handkomm. zum BGB., 7. Aufl., München 1906.
Friedmann: Die Annahme einer Erbschaft, ihre rechtliche Natur und ihre
Rechtswirkungen in der Geschichte und im Recht des BGB. Vgl.
Rechts- und staatswissenschaftliche Studien, Heft 35.
Frommhold: Erbrecht, 1900.
Goldmann-Liliental: BGB., 1. Aufl.
Große: Stellung der Universalvideik. Im Vergleich mit der Stellung des
Nacherben, 1905.
Hachenburg: Studien zum Erbrecht I, Einsetzung eines Nacherben, 1896.
Kipp: Erbrecht, 1. und 2. Auflage 1911.
Köhne und Feist: Die Nachlaßbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht
und Vormundschaftsrecht, 17. Aufl., Berlin 1902.
Köpcke: Die Rechtstellung des Ersatzerben und des Nacherben nach dem
BGB., Diss., Jena 1902.
Köppen: Lehrbuch des römischen Rechts, Würzburg 1895.
Kretzschmar: Erbrecht 1910 und 1913.
Kuhlenbeck: BGB.
Lehmann: (Ennecerus, Das bürgerliche Recht) Erbrecht, 1901, 2. Aufl.
Leonhard: Erbrecht, 2. Aufl. 1912.
Marcuse: Die sukzessive Berufung zur Erbschaft, Diss., Rostock 1903.
Matthiaß: Lehrbuch des B. R., Berlin 1910, 5. Aufl.
Mayer-Reis: Familien- und Erbrecht, 4. Aufl. 1902.
Meisehder: Die letztwilligen Verfügungen.
Meißner: Komm. zum BGB.
Paul Meyer: Erbrecht des BGB., 6. Lieferung 1910.
Neumann: Komm. zum BGB.
Peiser: Handbuch des Testamentrechts, 1902.
Pelargus: Das Erbrecht des BGB., Stuttgart 1899.
Planck-Ritgen: Komm. zum BGB., 1. und 2. Aufl. 1902.
Planck-Strohal: Komm. zum BGB., 3. Aufl. 1908.
Reichsgerichtsräte (R. G. R.): Komm. 2. Aufl.
Scherer: Erbrecht, 1900.
Siebenhaar: Komm. zum BGB. des Königr. Sachsen, 2. Aufl., Leipzig 1869.

Springguth: Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherben, Diss., Greifswald 1903.

Staudinger (Herzfelder): Komm.

Strohal: Erbrecht, 3. Aufl. 1903.

Türke (Niederführ, Winter): Komm. zum BGB., 1905.

Wilke: Komm. zum BGB., Berlin 1900.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1901.

Wolf: Handkomm. zum BGB.

Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 72.

E. R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gruchot: Beiträge.

Jur. Wochenschr. 1913.

Motive zum BGB.

Protokolle zum BGB.

Recht 1907—1910.

Rechtsprechung der Ober-Landesgerichte, Bd. 5.

Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, Bd. 6.

Lebenslauf.

Ich, Ferdinand Kleinschmidt, bin als Sohn des Geheimen Justizrats Dr. Carl Kleinschmidt zu Darmstadt am 17. April 1891 daselbst geboren. Ich besuchte in Darmstadt das Ludwig-Georgs-Gymnasium sowie das Real-Gymnasium und bestand an letzterem Ostern 1910 die Reifeprüfung. Ich bezog alsdann die Universitäten Heidelberg, Berlin und Gießen und widmete mich dort dem Studium der Rechtswissenschaft. Im Jahre 1913 legte ich an der Universität Gießen die erste juristische Staatsprüfung ab. Nunmehr unterzog ich mich dem juristischen Vorbereitungsdienst an dem Großherzoglich hessischen Amtsgericht Darmstadt II. Bei Kriegsausbruch meldete ich mich als Kriegsfreiwilliger beim Garde-Drägoner-Regiment (1. Großh. hess.) Nr. 23, zog Anfang November ins Feld und stehe nunmehr im Regiment als Leutnant der Reserve.