

ENZYKLOPÄDIE DER
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

BEGRÜNDET VON

F. VON LISZT UND W. KASKEL

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEBER E. KOHLRAUSCH UND H. PETERS

XI

JULIUS BINDER

BÜRGERLICHES RECHT
ERBRECHT

ZWEITE, ERWEITERTE AUFLAGE

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

1930

Subskribenten auf sämtliche Beiträge erhalten das Gesamtwerk in der Reihenfolge des Erscheinens der einzelnen Lieferungen zu einem gegenüber dem Ladenpreis um 10% ermäßigten Preise.

(Siehe beiliegende Bestellkarte.)

Von dem Gesamtwerk ist bereits erschienen:

1. Rechtsphilosophie 2. Aufl. Prof. Dr. Max Ernst Mayer†, Frankfurt a. M.
2. Römische Rechtsgeschichte und System des
Römischen Privatrechts Prof. Dr. Paul Jörs†, Wien
3. Römischer Zivilprozeß Prof. Dr. Leopold Wenger, Wien
5. Grundzüge des deutschen Privatrechts . . Prof. Dr. Hans Planitz, Köln a. Rh.
6. Rechtsentwicklung in Preußen 2. Aufl. . . Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Hamburg
7. Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil 3. Aufl. Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas v. Tuhr†,
Zürich
8. Recht der Schuldverhältnisse 3. Aufl. . . Prof. Dr. Heinrich Titze, Berlin
9. Sachenrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Julius v. Gierke, Göttingen
10. Familienrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Heidelberg
11. Erbrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen
12. Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht
2. Auflage Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl Heinsheimer†,
Heidelberg
14. Urheber- und Erfinderrecht 2. Aufl. . . . Geh. Rat Prof. Dr. Philipp Allfeld, Erlangen
15. Internationales Privatrecht Prof. Dr. Karl Neumeyer, München
17. Zivilprozeßrecht Prof. Dr. James Goldschmidt, Berlin
19. Freiwillige Gerichtsbarkeit 2. Aufl. . . . Prof. Dr. Friedrich Lent, Erlangen
21. Strafprozeßrecht Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl v. Lilienthal†,
Heidelberg
- 22a. Preßrecht Prof. Dr. H. Mannheim, Berlin
23. Allgemeine Staatslehre Prof. Dr. Hans Kelsen, Wien
25. Verwaltungsrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Walter Jellinek, Heidelberg
26. Österreichisches Verfassungsrecht Ministerialrat Prof. Dr. Leo Wittmayer, Wien
27. Ausländisches Staatsrecht Prof. Dr. Hans Gmelin, Gießen, und Prof.
Dr. Otto Koellreutter, Jena
28. Steuerrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Albert Hensel, Königsberg
29. Kirchenrecht Geh. Justizrat Prof. Dr. Erwin Ruck, Basel
31. Arbeitsrecht 3. Aufl. Prof. Dr. Walter Kaskel†, Berlin
- 31b. Fürsorgerecht Stadtrat Dr. H. Muthesius, Berlin
34. Geschichte der Volkswirtschaftslehre 2. Aufl. Professor Dr. Edgar Salin, Basel
35. Ordnung des Wirtschaftslebens 2. Aufl. . . Geh. Reg.-Rat Prof. Dr. Werner Sombart, Berlin
39. Gewerbepolitik Geh. Legationsrat Prof. Dr. Kurt Wiedenfeld,
Leipzig
43. Versicherungswesen Regierungsrat a. D. Dr. Fritz Herrmanns-
dorfer, Berlin
48. Gesellschaftslehre Prof. Dr. Carl Brinkmann, Heidelberg
51. Chemische Technologie Prof. Dr. Arthur Binz, Berlin

Eine Übersicht sämtlicher Bände siehe 3. und 4. Umschlagseite

ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

BEGRÜNDET VON
F. VON LISZT UND W. KASKEL

HERAUSGEGEBEN VON
E. KOHLRAUSCH · H. PETERS · A. SPIETHOFF

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON
DR. EDUARD KOHLRAUSCH **DR. HANS PETERS**
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN BERLIN

XI

BÜRGERLICHES RECHT ERBRECHT

VON
DR. JULIUS BINDER
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ZWEITE, ERWEITERTE AUFLAGE



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1930

BÜRGERLICHES RECHT ERBRECHT

VON

DR. JULIUS BINDER
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ZWEITE, ERWEITERTE AUFLAGE

MIT 5 ABBILDUNGEN



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1930

**ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.**

ISBN 978-3-662-41703-4

ISBN 978-3-662-41841-3 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-662-41841-3

Vorwort zur zweiten Auflage.

Diese zweite Auflage meines Erbrechts, die ich hiermit dem juristischen Publikum vorlege, ist im Vergleich mit der ersten Auflage in bezug auf Inhalt und Umfang nicht unerheblich erweitert worden. Ich habe damit dem Wunsche der Fachgenossen Rechnung getragen, die bei der ersten Auflage das Fehlen vor allem von Literaturangaben und von Entscheidungen beklagt hatten, einen Mangel, den ich selbst lebhaft empfunden hatte, ohne ihm doch angesichts des beschränkten Raumes, den mir damals der Verleger bewilligt hatte, abhelfen zu können. Darüber hinaus sind einige Partien des Buches, die in der ersten Auflage — aus dem gleichen Grunde! — allzu knapp behandelt werden mußten, nicht unerheblich verbreitert worden. Dagegen habe ich keine Möglichkeit gesehen, dem Wunsche nach Hereinziehung der Rechtsvergleichung und des Erbschaftssteuerrechts zu entsprechen, weil ich der Ansicht bin, daß das letztere als ein Stück des öffentlichen Rechts nicht in eine Darstellung eines Teils der Privatrechtsordnung gehört und daß Rechtsvergleichung zwar eine sehr gute und nützliche Sache ist, aber die bloße Anführung von abweichenden Gestaltungen einzelner erbrechtlicher Gegenstände in außerdeutschen Gesetzgebungen, wie sie im Rahmen einer Enzyklopädie allein möglich wäre, noch lange keine Rechtsvergleichung wäre, jede wirklich rechtsvergleichende Darstellung des Erbrechts aber den Rahmen einer Enzyklopädie notwendig sprengen müßte. — Von der genannten Erweiterung abgesehen, ist aber der Grundcharakter dieser Darstellung beibehalten worden. Die der ersten Auflage zugrunde gelegte Idee war die, eine Darstellung zu geben, die weder ein bloßer, den Gesetzestext in systematischer Anordnung wiedergebender, Grundriß, noch auch ein auf möglichst alle in der Praxis auftauchenden erbrechtlichen Fragen Antwort gebendes Compendium wäre, sondern ein Abriß, der die großen Probleme des Erbrechts und die Art ihrer Lösung in unserm geltenden bürgerlichen Rechte in großen Zügen und, soweit dies erforderlich schien, unter Anknüpfung an die geschichtliche Entwicklung einsichtig machen sollte. An dieser Auffassung meiner Aufgabe glaubte ich auch bei dieser Auflage festhalten zu sollen, weil sie mir dem Wesen einer Enzyklopädie am besten zu entsprechen schien. Daß eine solche Darstellung auch einem Bedürfnis der Studierenden entgegenkommen und auch dem Praktiker nützlich sein würde, erschien mir dabei nicht zweifelhaft, zumal die neu hinzugekommenen Anmerkungen, wie ich hoffe, die Orientierung über das vorhandene Schrift- und Spruchtum erleichtern.

Göttingen, im Januar 1930.

Julius Binder.

Inhaltsverzeichnis.

I. Erbrechtliche Grundbegriffe.

	Seite
§ 1. Begriff des Erbrechts	1
§ 2. Quellen des geltenden deutschen Erbrechts und ihr Geltungsbereich	3
§ 3. Gesamtrechtsnachfolge	4
§ 4. Erbschaft und Nachlaß	7
§ 5. Berufung zur Erbschaft und Anfall der Erbschaft	9

II. Verfügungen von Todes wegen.

Erstes Kapitel.

Letztwillige Verfügungen (Testamente).

§ 6. Begriff der Verfügungen von Todes wegen und der letztwilligen Verfügungen	13
§ 7. Errichtung und Inhalt des Testaments	14
§ 8. Bedingungen und Zeitbestimmungen	25
§ 9. Die sogenannten Willensmängel	27
§ 10. Die Erbeinsetzung	30
§ 11. Ernennung von Ersatz- und Nacherben	33
§ 12. Gültigkeit und Ungültigkeit des Testaments	36
§ 13. Das gemeinschaftliche Testament	38

Zweites Kapitel.

Der Erbvertrag.

§ 14. Begriff und Abschluß	40
§ 15. Rechtliche Natur und Rechtsfolgen	42
§ 16. Aufhebung des Erbvertrages	44
§ 17. Der gegenseitige Erbvertrag	45

Drittes Kapitel.

Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen.

§ 18.	46
---------------	----

III. Erbfolge.

Erstes Kapitel.

Die Berufungsgründe.

§ 19. Die Berufungsgründe im allgemeinen	47
§ 20. Die gesetzliche Erbfolge	48
§ 21. Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch Wegfall von Miterben	52
§ 22. Die übrigen Berufungsgründe	52

Zweites Kapitel.

Anfall, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

§ 23. Anfall der Erbschaft	53
§ 24. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft	55

Drittes Kapitel.

Die rechtliche Stellung des Erben.

	Seite
1. Rechtliche Stellung des Alleinerben.	
§ 25. Im allgemeinen. Der Erbschein.	57
§ 26. Der Testamentsvollstrecker	61
§ 27. Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.	66
§ 28. Vorerbe und Nacherbe	77
2. Mehrheit von Erben.	
§ 29.	83
3. Der Erbschaftsanspruch.	
§ 30.	92
4. Der Erbschaftskauf.	
§ 31.	99

IV. Pflichtteils- und Vermächtnisrecht.

Erstes Kapitel.

Pflichtteilsrecht.

§ 32. Begriff des Pflichtteilsrechts und des Pflichtteilsanspruchs	101
§ 33. Berechnung des Pflichtteils	104
§ 34. Die Pflichtteilslast	107
§ 35. Verjährung des Pflichtteilsanspruchs	108
§ 36. Entziehung und Beschränkung des Pflichtteils	109

Zweites Kapitel.

Vermächtnisse und Auflagen.

§ 37. Vermächtnis	110
§ 38. Auflagen.	121

V. Erbenwürdigkeit und Erbverzicht.

§ 39. Erbenwürdigkeit	123
§ 40. Erbverzicht	124
Sachverzeichnis	126

I. Erbrechtliche Grundbegriffe.

§ 1. Begriff des Erbrechts.

Unter Erbrecht verstehen wir den Inbegriff der Rechtsnormen, die die privatrechtlichen Schicksale des Vermögens einer Person für die Zeit nach ihrem Tode regeln. Darin liegt einmal, daß das Erbrecht ein Teil der Privatrechtsordnung ist¹, so daß die Frage, wie sich die öffentlichrechtlichen Verhältnisse einer Person durch ihren Tod gestalten, keine erbrechtliche Frage ist, auch wenn dabei vielleicht von Vererblichkeit die Rede ist; ferner, daß nicht die gesamte privatrechtliche Stellung eines Rechtssubjekts Gegenstand erbrechtlicher Normierung ist, sondern sich diese auf das Vermögen beschränkt, und schließlich, daß nur das Vermögen natürlicher Personen für das Erbrecht in Frage kommt. Freilich ist das Erbrecht nicht immer auf die Vermögenssphäre beschränkt gewesen. Es ist kaum zweifelhaft, daß den Kern und den Ausgangspunkt für das römische Erbrecht die Nachfolge in die *sacra familiae* gebildet hat und daß der Übergang des Vermögens auf den Erben nur eine Folgeerscheinung davon gewesen ist. Dieser Ausgangspunkt des römischen Erbrechts ist bedeutsam für die Gestaltung der Erbfolge geworden, die sie im römischen Recht erhalten hat und die noch die Grundlage unseres heutigen Erbrechts bildet. Es ist die Erbfolge als *successio in universum jus defuncti*, die an diesen Eintritt in die sakralrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen anknüpft und die, wenn auch mit Beschränkung auf die Vermögenssphäre, sich noch im späteren römischen Recht erhalten hat und von dort aus in das moderne Recht übergegangen ist.

Indem aber das Erbrecht aufgefaßt wird als das Recht der Nachfolge in die vermögensrechtliche Stellung des Verstorbenen, setzt es wesentlich eine individualistische Wirtschafts- und Privatrechtsordnung voraus. So hängen Erbrecht und Individualeigentum aufs innigste zusammen. Weder in einer Gesellschaftsordnung, die das Privateigentum überhaupt nicht anerkennt, noch in einer solchen, die nur die Familie oder den Geschlechtsverband zum Träger des Privatrechts macht, ist ein Erbrecht in eben dem Sinne denkbar, in dem wir es heute verstehen, und wie es die von uns an die Spitze gestellte Begriffsbestimmung voraussetzt. Dieser Zusammenhang des Erbrechts mit der Entwicklung des Individualeigentums zeigt sich sowohl in der geschichtlichen Entwicklung des ersteren, als auch in den Postulaten der Parteien, die den Umsturz unserer Gesellschaftsordnung erstreben. Denn wie auf der einen Seite sich diese Bestrebungen sowohl auf die — mehr oder minder radikale — Beseitigung des Eigentums wie des Erbrechts richten, so ist auf der anderen sowohl die Gestaltung des römischen wie des deutschen Erbrechts durch das Verhältnis dieser beiden Rechte zum Eigentum bestimmt². Das römische Recht kennt nur eine Form des Eigentums, die in der souveränen Herrschaft des Hausherrn über alles, was sein ist, besteht. Das deutsche Recht hat das Vermögen niemals

¹ Daher gehört die Darstellung des Erbschaftssteuerrechts nicht in das Erbrecht als Teil des bürgerlichen Rechts. Gleichwohl wird es von manchen Autoren des Erbrechts darin mit zur Darstellung gebracht (KIPP, SIBER).

² Über die Begründung von Eigentum und Erbrecht vgl. m. Philosophie des Rechts (1925) S. 467, 473ff., 476ff. und die dort Genannten; auch ENDEMANN, Erbrecht I S. 7ff.

der freien Willkür des Hausherrn anvertraut und ist nie zu diesem einheitlichen und abstrakten Eigentumsbegriff gekommen. Dem römischen Eigentumsbegriff entspricht nicht nur die Einheitlichkeit der Nachfolge, sondern auch die Testierfreiheit des Erblassers; der deutschen Vielgestaltigkeit des Eigentums nach Herkunft und Zweckbestimmung und seiner fortdauernden familienrechtlichen Gebundenheit die verschiedene erbrechtliche Behandlung der einzelnen Vermögenstücke und Vermögenmassen — sog. Spezialsukzessionen — und die Ablehnung einer auf dem Willen des Hausvaters beruhenden Erbfolge.

Mit der Rezeption des römischen Rechts ist bei uns das römische Individual-eigentum im vollen Umfang und mit der Folge der Testierfreiheit des Erblassers und der Universalsukzession eingedrungen. Aber das bedeutet nicht die vollkommene Vernichtung des deutschen Erbrechts. Zwar ist das gemeine Erbrecht ganz überwiegend römisches Recht gewesen; aber in den Partikularrechten ist deutsches Erbrecht zum großen Teil lebendig geblieben und hat sich verwandte Einrichtungen des römischen Rechtes, wie z. B. Ausgleichung und Pflichtteilsrecht, assimiliert, und auch im gemeinen Recht hat es, wenn auch in geringerem Umfang, seine Lebenskraft bewiesen und aus seinen eigenen Ideen dem römischen Recht fremde, neue und eigenartige Einrichtungen, wie die des Testamentsvollstreckers, des Erbvertrages u. a. m. hervorgebracht. Diesem Werdegang entsprechend hat das Erbrecht des BGB. römisches und deutsches Recht in gleicher Weise berücksichtigt; jedoch nicht etwa in dem Verhältnis, in dem beide Rechte am gemeinen Recht Anteil hatten, sondern in dem das deutsche Recht in den Partikularrechten in Geltung geblieben ist. Vor allem hat das Preußische Landrecht, dieses geistvollste Geschöpf des Naturrechts, das unter dem Vorwand einer naturrechtlichen Kritik am gemeinen Recht dem einheimischen Recht vielfach wieder zur Geltung verholfen hat, das Erbrecht des BGB. in hohem Maße beeinflußt. Daneben hat freilich der Gesetzgeber auch gelegentlich ganz neue Wege betreten, was nicht immer als eine Errungenschaft bezeichnet werden kann. Im ganzen und großen läßt sich das Verhältnis der beiden geschichtlich gegebenen Rechtsstoffe innerhalb des geltenden Rechts so bezeichnen: Dem römischen Recht gehört das allgemeinste Prinzip des Erbrechts an, das in der Einheitlichkeit der Rechtsnachfolge (Universalsukzession) und der Testierfreiheit zum Ausdruck kommt; innerhalb dieses allgemeinen Rahmens entspricht die Regelung der einzelnen erbrechtlichen Institute überwiegend dem deutschen Recht. Besondere Gebilde, hauptsächlich technischen Charakters, sind auch als Neuschöpfungen zu bezeichnen. —

Das Erbrecht in diesem Sinne hat mit dem Privateigentum als seiner Grundlage die Stürme der (sozialistischen) Revolution vom November 1918 überdauert. Die aus ihr hervorgegangene Weimarer Verfassung erkennt in Art. 153 und 154 Eigentum und Erbrecht als Grundrechte an, so daß Eingriffe in sie nur durch Verfassungsgesetz oder auf verfassungsmäßigem Wege möglich sind. Aber freilich ist die Bedeutung dieser Garantie gering, wie ANSCHÜTZ, Kommentar zur RV. Art. 154 mit Recht hervorhebt, da sie nur „nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts“ erfolgt, wodurch die Gestaltung des Erbrechts von der Beobachtung der für Verfassungsgesetze erforderlichen erschwerten Form (Art. 76) befreit wird und überdies durch Art. 154 II dem Gesetzgeber auch in bezug auf „den Anteil des Staates am Erbgut“ freie Hand gelassen wird. Wichtiger ist § 153 III, wonach „Eigentum verpflichtet“, der mittelbar auch für das Erbrecht Bedeutung hat. Denn er ist nicht nur eine Richtschnur für den Gesetzgeber (ANSCHÜTZ Bem. 11), sondern eine wichtige und sachlich richtige Ergänzung der Begriffsbestimmung im BGB. § 903, die für die Ausübung des Eigentums und seine Beschränkung (auch für § 226 BGB.) von Bedeutung ist und insbesondere eine wichtige Auslegungs- und Rechtsanwendungsvorschrift für den Richter bedeutet. Vgl. auch M. WOLF, Reichsverf. und Eigentum (1923).

Aus der reichen Literatur des Erbrechts seien folgende Werke genannt: Von Lehrbüchern: die Darstellungen des Erbrechts von KIPP in ENNECCERUS, KIPP und WOLFF, Lehrb. des b. Rechts, Bd. II, 3. Abt. (7. Bearb. 1928); COSACK-MITTEIS (7. und 8. Aufl. 1924 ff.); CROME, System des b. Rechts, Bd. V (1912); ENDEMANN, Lehrb. des b. Rechts, III. Bd. (in 2 Abteilungen, 1920); DERNBURG, Das b. Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. V (3. Aufl., 1905) ff.; SIBER, Grundrisse zu Vorlesg. v. Erbrecht (1928). Von den Kommentaren seien vor allem die Bearbeitungen des Erbrechts im PLANKSchen Kommentar (von STROHAL, UNZER, PLANCK und STRECKER), im STAUDINGERSchen Kommentar (von HERZFELDER), von FRZ. LEONHARD und im Kommentar der Reichsgerichtsräte (6. Aufl. 1928) hervorgehoben. Unter den systematischen Bearbeitungen des Erbrechts ragt hervor STROHAL, Das deutsche Erbrecht (2 Bde., 3. Aufl., 1904). Vgl. auch KRETZSCHMAR, Das Erbrecht des d. BGB., 2. Aufl., 1913. Eine Bearbeitung der wichtigsten Teile des materiellen Erbrechts bietet des Verfassers „Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen b. Gesetzbuch“ (3 Bde., 1901—1905). Mit der gerichtlichen Nachlaßbehandlung beschäftigen sich vor allem die Werke von WEISSLER, MÄRKER und BOSCHAN.

§ 2. Quellen des geltenden deutschen Erbrechts und ihr Geltungsbereich.

I. Quelle des Erbrechts im erörterten Sinne ist für das Deutsche Reich seit dem 1. Januar 1900 das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. Aug. 1896. Es regelt das Erbrecht im V. Buch in den §§ 1922—2385, also in 464 Paragraphen. Aber abgesehen davon, daß das BGB. nicht die einzige reichsrechtliche Quelle des Erbrechts ist, da es durch andere Reichsgesetze, z. B. die Konkursordnung, die Zivilprozeßordnung, das Gesetz über die Angelegenheiten der Freiw. Gerichtsbarkeit und sein Einführungsgesetz ergänzt wird, will es überhaupt nicht das ganze Erbrecht einheitlich regeln, sondern regelt nur das sogenannte *jus commune*, indem es das *jus singulare* der Landesgesetzgebung überläßt. Die infolgedessen vom BGB. unberührt gebliebenen landesrechtlichen Vorschriften über die Lehens- und Fideikommißfolge sowie über die Erbfolge des hohen Adels in seine Stammgüter (EinfG. Art. 57—59) sind jedoch durch die Revolution beseitigt worden. Die Reichsverf. Art. 109 erkennt mit dem Rechte der Autonomie auch ein Sondererbrecht des hohen und niederen Adels nicht mehr an¹.

II. Die erbrechtlichen Vorschriften des Reichsrechts finden grundsätzlich nur bei Beerbung deutscher Reichsangehöriger Anwendung. Besaß der Erblasser zur Zeit seines Todes die Reichsangehörigkeit, so gilt für seinen Nachlaß deutsches Recht selbst dann, wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hatte (EinfG. Art. 24 I). Dieser Grundsatz erfährt jedoch gewisse Einschränkungen. Hatte der Erblasser nämlich seinen Wohnsitz im Auslande, so können sich die Erben vor deutschen Gerichten in bezug auf die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auch auf die am Wohnsitz des Erblassers geltenden Gesetze berufen (EinfG. Art. 24 II), was vor allem darin begründet ist, daß sich die zur Beschränkung der Haftung dienenden Maßnahmen im Auslande häufig nicht durchführen lassen werden. Und wenn Gegenstände, die zum Nachlaß eines Deutschen gehören, sich im Auslande befinden, so unterliegen sie auch in bezug auf die erbrechtliche Behandlung den Gesetzen des Staates, in dem sie sich befinden, wenn nach diesen für sie besondere Rechtssätze gelten (EinfG. Art. 28), z. B. Grundstücke. Es ist dabei zu beachten, daß diese wie alle Sätze des sogenannten internationalen Privatrechts deutsches Recht und nur für den deutschen Richter verbindlich sind. Wenn daher nach dem Rechte eines anderen Staates nicht das Recht der Staatsangehörigkeit, sondern das des Wohnsitzes als Personalstatut gilt, so wird der ausländische Richter diese Grundsätze des deutschen Rechts nicht anwenden können. Umgekehrt wird ein Ausländer in der Regel nach dem Rechte des Staates beerbt, dem er zuletzt angehörte, auch wenn er seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte (EinfG. Art. 25), gleichfalls eine Konsequenz des im EinfG. zugrunde gelegten Staatsangehörigkeitsprinzips. Aber das gilt wieder dann nicht, wenn das Recht des Staates, dem der Erblasser

¹ Vgl. dazu ENNECCERUS, b. Recht I 1 § 40 I u. II, § 88 II u. III.

zuletzt angehörte, für die Beerbung des in Deutschland wohnhaft gewesenen Erblassers deutsches Recht für anwendbar erklärt (Rückverweisung, EinfG. Art. 27). Also immer dann nicht, wenn nach dem fremden Rechte sich das Personalstatut nach dem Wohnsitz bestimmt. Und ebensowenig (EinfG. Art. 25, S. 2), wenn ein Ausländer, der seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte, nach dem Rechte seines Heimatstaates beerbt wird, in bezug auf „erbrechtliche Ansprüche“¹, die nur nach deutschem Rechte begründet sind, es sei denn, daß nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser angehörte, für die Beerbung eines dort wohnhaften Deutschen deutsches Recht ausschließlich maßgebend ist. In diesem Falle, also bei vollkommener materieller Gegenseitigkeit, soll in bezug auf solche Ansprüche das ausländische Recht auch von dem deutschen Richter ausschließlich angewandt werden, weil der ausländische Richter im gleichen Falle nur deutsches Recht anzuwenden hat.

III. In bezug auf die zeitliche Geltung seiner Erbrechtsnormen stellt das EinfG. den Grundsatz auf, daß das BGB. nur für Erbfälle gilt, die unter seiner Herrschaft eingetreten sind (Art. 213). Doch soll die vorher erfolgte Errichtung oder Aufhebung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen nach dem früheren Recht beurteilt werden, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist. Und das gleiche gilt für die Bindung des Erblassers bei einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testamente, sofern sie vor der Geltung des BGB. errichtet worden sind (EinfG. Art. 214)².

IV. Für die Auslegung der Vorschriften des deutschen Erbrechts sind unentbehrliche Hilfsmittel die sogenannten Materialien, d. h. die verschiedenen Entwürfe des Gesetzes, die Motive zum I. Entwurf, die Protokolle der zweiten Kommission, die dem Entwurf bei der Vorlage an den Reichstag vom Reichsjustizamt beigegebene Denkschrift und die Verhandlungen des Reichstags und der Reichstagskommission. Der Wert dieser verschiedenen Materialien für die Auslegung ist jedoch sehr verschieden, worüber jedoch nicht hier, sondern im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts zu handeln ist.

§ 3. Gesamtrechtsnachfolge.

I. Aus dem Gesagten ergibt sich schon, daß der Haupt- und Grundbegriff des römischen wie des heutigen Erbrechts die Universalsukzession ist. Das BGB. erkennt sie als das Prinzip an, auf dem sein Erbrecht aufgebaut ist, indem es im § 1922 anordnet: „Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über.“ Es kommt darin die Auffassung zum Ausdruck, die die gemeinrechtliche Lehre vom Wesen der Gesamtrechtsnachfolge hatte und die überwiegend auch von der Wissenschaft des BGB. vertreten wird. Nach ihr liegt das Besondere der Universalsukzession im Gegensatz zur Sonderrechtsnachfolge im Gegenstand: letztere ist Rechtsnachfolge in einzelne Rechte, erstere in ein Vermögen in seiner Ganzheit, in eine „universitas juris“. Und zu dieser Vermögensgesamtheit rechnet man nicht nur die Rechte, sondern vor allem auch die Verbindlichkeiten des bisherigen Rechtssubjekts und definiert daher die Gesamtrechtsnachfolge als die Sukzession in die sämtlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, soweit sie nicht nach der Natur der Sache oder kraft positiver Vorschrift unvererblich sind. Es ist kein Zweifel, daß die Legaldefinition des § 1922 diese Auffassung vom Wesen der Universalsukzession zum Ausdruck

¹ D. h. in dem objektiven Erbrecht begründete Ansprüche (wozu vor allem der Erbschafts-, Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruch, nicht aber die (schuldrechtlichen) Ansprüche der Nachlaßgläubiger gehören.

² Hinsichtlich der Testierfähigkeit vgl. BGB. § 2253 S. 2; EinfG. Art. 215.

bringen sollte¹. Indessen wird durch sie das Wesen der Gesamtrechtsnachfolge nicht erschöpft und vor allem auch nicht zutreffend bestimmt. Es widerspricht nicht nur dem Wortsinn, das Vermögen als einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten aufzufassen, sondern auch dem Begriff von Vermögen, den das BGB. selbst im allgemeinen voraussetzt, der nur die sog. Aktiva umfaßt und zu dem sich die Schulden als eine auf dem Vermögen ruhende Last, als Subtrahend eines Minuenden verhalten². Und es wird auch dem Umfang der Erbfolge nicht gerecht, wenn ihr Gegenstand als der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers aufgefaßt wird. Denn auf den Erben gehen nicht nur Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers über, sondern auch rechtlich mehr oder minder bedeutsame tatsächliche Verhältnisse, wie die laufende Ersitzung und Verjährung, der Annahmefähige Vertragsangebote, Möglichkeiten der Rechtsgestaltung, wie z. B. Anfechtungsrechte und Einreden, das Erwerbsgeschäft des Erblassers und der Besitz³. Und die Bedeutung der Erbfolge erschöpft sich auch nicht in dieser Beziehung zum Erblasser und seiner Privatrechtssphäre, sondern geht insofern darüber hinaus, als durch die Erbfolge für den Erben Rechtsverhältnisse entstehen, die in der Person des Erblassers nicht einmal im Keime vorhanden waren und die in keinem Betracht zum Nachlaß als dem „Vermögen des Erblassers“ gerechnet werden können. So die gegen den Erben sich richtenden Ansprüche aus Vermächtnissen, Auflagen und Pflichtteilsrechten und gewisse gesetzliche Verbindlichkeiten des Erben. Aber auch die besondere erbrechtliche Regelung der Schuldenhaftung, das Miterbenverhältnis mit all seinen Konsequenzen, der Erbschaftsanspruch u. a. m. können nicht als vom Erblasser herrührend und von ihm auf den Erben übergegangen aufgefaßt werden. Deshalb ist es aber auch ungeeignet, um das Wesen der Universalsukzession begreiflich zu machen, wenn man die Erbschaft oder den Nachlaß als eine „Gesamtsache“ auffaßt, an der der Erbe durch den Erbfall ein subjektives Recht erwirbt, wie dies die Germanisten zu tun beliebten. Mag es immerhin einen gewissen Sinn haben, die organische Einheit der Erbschaft zu betonen, was unbedenklich ist, solange man sich damit nicht in naturwissenschaftliche Vorstellungen verirrt, so werden dadurch doch die Eigentümlichkeiten der Erbfolge nicht etwa nicht erklärt — denn mit „Erklären“ von Erscheinungen hat es die Rechtswissenschaft überhaupt nicht zu tun — sondern nicht begrifflich erfaßt. Die Erbfolge ist nicht Nachfolge in das Vermögen des Erblassers als „Ganzes“, auch nicht in eine *universitas juris*, auch nicht in eine Gesamtsache, sondern ist der Eintritt in eine ganz neue und eigenartige Rechtslage, in die nur das Vermögen des Erblassers mit allerlei Vorbehalten und Änderungen gleichfalls eingeht. So ist auch das, was der zur Erbschaft Berufene durch den Erbfall erwirbt, nicht ein subjektives Recht an der Erbschaft, die, um diese Vorstellung zu ermöglichen, irgendwie und im Widerspruch mit der individualistischen Grundauffassung des BGB. als einheitliches Rechtsobjekt gedacht werden müßte, sondern eine höchst komplizierte Rechtslage. Nur eine Seite dieser Rechtsnachfolge ist der Übergang der Rechte des Erblassers, eine andere der seiner Schulden auf den Erben; denn alles, was ihm auf Grund seiner Berufung zum Erben an Recht zusteht und an Lasten trifft, hat er und trägt er als Erbe, auch wenn es nicht in der Rechtsstellung des Erblassers vorgebildet war. Insofern trifft auch die

¹ Diese unrichtige Auffassung hängt zweifellos mit der Vieldeutigkeit des Wortes *hereditas* zusammen, das bald den Nachlaß, bald das *heredem esse* bezeichnet. Vgl. dazu meine Rechtsstellung des Erben, I, S. 7ff., Ztschr. f. H. R. 59, S. 36f., Arch. b. R. 34, S. 236 u. Anm. 78; STROHAL, Erbrecht § 1; v. TUHR, Allg. Teil I, § 18, ENDEMANN, Erbrecht I, § 3, KIPP, Erbrecht § I Z. II.

² Zum Begriff des Vermögens und der Erbfolge vgl. jetzt auch SCHÖNFELD in der Festgabe der jur. Fakultäten: „Die Reichsgerichtspraxis in d. Rechtsleben“, S. 246ff. („Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts“) 2c ff. und BOEHMER ebenda („Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben“) S. 247ff.

³ Vgl. m. Rechtsstellung des Erben I, S. 1 ff. Teilweise dagegen ENDEMANN, III 1, S. 3ff., 12ff.

Bezeichnung dieser Art von Sukzession als „Persönlichkeitsnachfolge“ im Gegensatz zur bloßen „Vermögensnachfolge“ nicht das Wesen der Sache, wenn sie auch in gewissen Wendungen des römischen Rechtes ihr Vorbild hat. Und was uns berechtigt, dabei von „Universal-“ im Gegensatz zur „Singularsukzession“ zu sprechen, ist mehr die Einheit des Erwerbstatbestandes als des Objektes, wenn letztere auch nicht schlechthin in Abrede gestellt werden kann. Nur darf sie nicht in sinnlich-naturhafter Weise aufgefaßt werden und muß dabei die rechtliche Umformung, die die Vermögensrechtsstellung des Verstorbenen beim Übergang auf den Erben erfährt, mit in Betracht gezogen werden. Wie das Vermögen überhaupt nur Einheit einer Vielheit ist, die durch die Bezogenheit auf ein und dasselbe Interessenssubjekt eben zur Einheit wird, so bleibt das Vermögen diese teleologische Einheit¹ auch beim Übergang auf ein neues Subjekt, insofern jene Interessenszusammenhänge durch den Tod des bisherigen Subjekts nicht erlöschen, sondern von der Rechtsordnung als fortdauernd anerkannt werden. So bleibt die Erbschaft, will sagen, die Rechtsstellung des Erblassers, soweit sie auf den Erben übergegangen ist, unbeschadet der genannten Umformung, und trotz der infolge dieses Übergangs eingetretenen *confusio bonorum*, doch in gewissem Sinne als ein Sondervermögen erhalten, als eine teleologische Einheit trotz der Vielheit und Vielartigkeit ihrer Bestandteile, als eine Einheit, die in besonderer, einheitlicher rechtlicher Normierung ihren Ausdruck findet². An die Stelle der lebendigen Persönlichkeit des Erblassers ist als Verknüpfungspunkt die objektive Interessenlage getreten, die vor allem in der Haftung des Nachlasses für die Nachlaßschulden in die Augen springt, und insofern kann man mit den römischen Quellen sagen, daß die Erbschaft „*personam defuncti sustinet*“, ohne daß wir deshalb veranlaßt wären, die Erbschaft geradezu zu einer juristischen Person zu erheben, womit auch für das Verständnis ihres Wesens nicht gewonnen wäre³.

II. Im römischen wie im gemeinen Recht erfolgte der Übergang der Rechte eines Verstorbenen auf ein neues Rechtssubjekt jedoch nicht ausschließlich durch Gesamtrechtsnachfolge, sondern teilweise auch durch Sondernachfolge. Diese scheidet aus der Erbschaft einzelne Vermögensstücke aus, um sie auf andere Personen als die Erben zu übertragen. Solche Sonderrechtsnachfolge von Todes wegen beruhte auf Vermächtnissen und Schenkungen von Todes wegen. Das Recht des BGB. kennt im Grunde keine Sonderrechtsnachfolge *mortis causa* mehr; denn es erkennt die besondere Schenkung auf den Todesfall nicht mehr an, und sein Vermächtnis begründet keine unmittelbare Rechtsnachfolge in Bestandteile des Nachlasses mehr, sondern nur Ansprüche gegen den Belasteten, Nachlaßverbindlichkeiten, durch deren Erfüllung der Bedachte Rechtsnachfolger des Belasteten, nicht des Erblassers, wird.

III. Mit der Idee der Universalsukzession verband sich im römischen und gemeinen Recht noch die Vorstellung, daß der Erbe selbst die Person sei, die den Nachlaß zu verwalten und zu liquidieren habe. Dies war im Grunde nur eine selbstverständliche Folgerung aus der durch den Erwerb der Erbschaft bedingten *confusio bonorum*. Und nur zögernd und unvollkommen vermochte sich im römischen Recht der Gedanke, daß die *hereditas* auch noch nach der Erbschaftsannahme eine rechtliche Sonderexistenz führe, durchzusetzen. Einen schwachen Ansatz dazu bedeutet die *separatio bonorum* des prätorischen Rechts zugunsten der Nachlaßgläubiger, der

¹ Vgl. darüber im Näheren m. Philosophie des Rechts S. 897 ff.

² Nur daß diese Einheit eben keine Universal-Einheit in dem Sinne ist, wie wir bei der Korporation von *universitas personarum* sprechen, was darin begründet ist, daß die Einheit der Korporation begründende Einheit der Gesinnung und des Willens bei bloßen Objekten nicht in Frage kommt.

³ Vgl. dazu auch ENDEMANN, *Erbrecht I*, §§ 1—10; KIPP, *Erbrecht*, §§ 1, 2; SIBER, *Grundriß*, S. 5; BOEHMER, *Erbfolge und Erbenhaftung* (1927); ders., *Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben* (Sonderabdruck aus der „Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“) S. 247 ff.; auch SCHÖNFELD, *Rechtsbegriff und Rechtsgut* (ebenda), S. 234 ff.

nicht einmal bei der Inventarerrichtung des justinianischen Rechtes weiter entwickelt wurde. Denn durch sie wird nur die Haftung des Erben rechnerisch auf den Nachlaß beschränkt, während seine Stellung als Verwalter und Liquidator des Nachlasses unberührt bleibt. Immerhin muß es in der Konsequenz der beschränkten Haftung liegen, daß der Erbe für diese seine Verwaltung den Gläubigern verantwortlich wird. Dies entspricht auch dem deutschen Recht, das den Gläubigern von vornherein nur den Nachlaß haften läßt. Nach dem Vorgang der naturrechtlichen Kodifikationen und vor allem unter Anlehnung an den erbschaftlichen Liquidationsprozeß des Preußischen Allgemeinen Landrechts hat dagegen das BGB. zwar das Prinzip der Selbstliquidation des Nachlasses durch den Erben beibehalten, aber doch in der Nachlaßverwaltung eine Einrichtung geschaffen, die unter besonderen Voraussetzungen die Liquidation des Nachlasses dem Erben aus den Händen nimmt; und dasselbe gilt von der in der Rezeptionszeit entstandenen, aus dem gemeinen Recht herübergenommenen Testamentsvollstreckung. Möglicherweise wird die zunehmende Zerrüttung unserer öffentlichen Finanzen und die gesteigerte Belastung des Erwerbs von Todes wegen mit Abgaben dazu führen, die Nachlaßverwaltung in allen Fällen dem Erben zu nehmen und in die Hand öffentlicher Organe zu legen; die Konsequenz davon würde darin bestehen, daß der Erbe überhaupt nur in den Liquidationsüberschuß sukzedieren würde, womit die Universalrechtsnachfolge zu Grabe getragen wäre¹.

§ 4. Erbschaft und Nachlaß.

I. Nachdem die Erbfolge ihre sakralrechtliche Bedeutung verloren hatte, trat ihre vermögensrechtliche Bedeutung in den Vordergrund, obwohl sie, wie wir gesehen haben, mehr als bloße Nachfolge in das Vermögen ist. So definieren ja auch die römischen Juristen sie als *successio in universum jus defuncti*, und nicht bloß in *bona defuncti*. Aber in der gemeinen Vorstellung traten alle anderen Folgen in den Hintergrund, und so begreift es sich, daß schon im gemeinen Recht die Erbfolge als Nachfolge in das Vermögen des Verstorbenen aufgefaßt wurde, und daß im Anschluß daran das BGB. die Erbfolge geradezu als Übergang des Vermögens eines Verstorbenen auf den Erben als Ganzes definiert (§1922). Aus dem soeben zum Begriff der Gesamtrechtsnachfolge Gesagten ergibt sich aber schon, daß dies nur die eine Seite der Erbfolge bildet. Wie die Römer neben der *hereditas* im objektiven Sinn, dem auf den Erben übergegangenen Vermögen des Erblassers, die *hereditas* im subjektiven Sinn, das *heredem esse*, gekannt, aber freilich von der ersteren nicht reinlich geschieden haben, so müssen wir als Gegenstand der Erbfolge eine Rechtsstellung bezeichnen, deren wichtigstes Stück nur das Recht an der Erbschaft ist².

II. Erbschaft ist nach der Legaldefinition des §1922 das auf den Erben übergegangene Vermögen des Erblassers als Ganzes. Darin liegt einmal, daß die Gesamtheit der zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte und Rechtslagen durch einen einheitlichen Tatbestand erworben wird, sodann aber auch, daß sie, wenn auch keine Sacheinheit, keinen „Gegenstand“ im Sinn des §90, so doch einen Zweckzusammenhang bilden, der einheitliche rechtliche Regelung veranlaßt. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich:

1. daß aus der Erbschaft alle Rechte des Erblassers ausscheiden, die keine Vermögensrechte sind, wie Status- und Familienrechte;

2. daß grundsätzlich alle Vermögensrechte vererbt werden. Wollen wir daher feststellen, was zur Erbschaft gehört, so müssen wir zunächst wissen, was Vermögensrechte sind. Dies aber sind die nach ihrem Inhalt nicht an die individuelle Persönlichkeit des Berechtigten gebundenen Rechte, die daher von ihrem Subjekte

¹ Über die Bestrebungen, das Erbrecht des Staates zu verbessern, vgl. SIBER, S. 2 Anm. 2.

² Durch diese Unterscheidung dürften sich die Einwände erledigen, die ENDEMANN, Erbrecht I, S. 3ff., 12ff. gegen meinen Begriff von Vermögen und Erbschaft erhebt.

abgelöst und auf ein anderes übertragen werden können. Sie bilden daher den Gegenstand vor allem entgeltlicher Rechtsgeschäfte unter Lebenden, und man bezeichnet sie deshalb herkömmlicherweise, aber ungenau, als „geldwerte Rechte“ (Rechte mit Fungibilität des Subjekts)¹. Dann aber bedarf der Begriff der Erbschaft einer Einschränkung. Denn nicht alle privaten Vermögensrechte gehen auf den Erben über; es gibt viel mehr Rechte, die diesem Begriff von Vermögensrecht entsprechen und doch unvererblich sind (sog. höchst persönliche Vermögensrechte). Ihre Unvererblichkeit beruht zum Teil auf dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, das sie begründet, zum Teil auf gesetzlicher Vorschrift, die durch wirtschaftliche Erwägungen veranlaßt ist. Zu den ersteren gehört z. B. das Vorkaufsrecht (§ 514, vgl. aber § 2034) und das Recht auf die Leibrente (§ 759); zu den letzteren der Nießbrauch und die anderen persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1061, 1090). Forderungsrechte sind dann unvererblich, wenn nach dem Inhalt des Bestellungsvertrages der Tod des Gläubigers die Leistung unmöglich macht²;

3. daß die Verbindlichkeiten nicht zur Erbschaft in diesem Sinn gehören. Die entgegengesetzte Auffassung hängt mit der Verwechslung von Erbschaft und Erbfolge zusammen³.

4. Zum Vermögen in diesem Sinne gehören die meisten Sachen- und Forderungsrechte. Aber auch die Urheberrechte sind als vererbliche Vermögensrechte anzusehen und gehören deshalb zur Erbschaft, was das Gesetz auch anerkennt, wenn sie auch ihren ursprünglich höchstpersönlichen Charakter nicht ganz abgestreift haben⁴. Ebenso ist das Recht an einem Handelsbetrieb als Vermögensrecht und damit als vererblich zu betrachten⁵.

5. Im Gegensatz zum römischen Recht geht nach § 857 auch der Besitz auf den Erben über. Besitz in diesem Sinne ist aber nicht die tatsächliche Herrschaft über Sachen, sondern die Rechtsstellung, die das Gesetz regelmäßig an diese Herrschaft knüpft, die aber unter Umständen von diesem Tatbestand getrennt ist. Sie soll nach dem Gesetz auf den Erben übergehen, und zwar selbst dann, wenn er nicht die tatsächliche Herrschaft über die Erbschaftssachen erlangt hat. Dieser Übergang wird als eine notwendige Folge des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge auf-

¹ Gegen die früher allgemein übliche Bestimmung des Vermögens als der Summe der geldwerten Rechte (und Verbindlichkeiten) einer Person vgl. DE BOOR, Urheberrecht und Verlagsrecht, S. 11ff.; v. TUHR, Allg. Teil I, S. 313ff. und, von anderem Gesichtspunkt aus, SOHM, Der Gegenstand, und ENNECCERUS, Allg. Teil § 71 Z. II. Jedenfalls läßt sich gegen die Bestimmung der Vermögensrechte als der „geldwerten Rechte“ mit DE BOOR a. a. O. einwenden, daß damit nicht ein juristisches, sondern ein wirtschaftliches Merkmal zur Begriffsbestimmung benutzt werde. Aber das würde erst recht von dem von manchen gebrauchten Ausdruck Wirtschaftsrechte gelten. Die Darstellung im Text glaubt diese Schwierigkeit beseitigt zu haben. Vermögensrechte sind solche Rechte, die im Verkehr und folgeweise auch von der Rechtsordnung als fungible Werte anerkannt sind, was eben in ihrer Übertragbarkeit und mittelbar auch in ihrer Vererblichkeit in die Erscheinung tritt.

² Vgl. dazu m. Rechtsstellung des Erben I, S. 6.

³ Vgl. Rechtsstellung I S. 14ff.

⁴ Rechtsstellung Bd. I, S. 23ff.

⁵ Vgl. m. Rechtsstellung Bd. I, S. 31ff.; SOHM, Arch. b. R. 28, S. 181ff.; PISKOW, Das Unternehmen (1907); PASSOW, Betrieb, Unternehmen, Konzern (1925), S. 71ff.; STAUB, Kommentar zum HGB. I (12. Aufl.), S. 189ff., 206ff.; J. v. GIERKE, Handelsrecht (3. Aufl. 1929) §§ 14 und 15 und die dort angeführte Literatur. Das Problem, was bei der Veräußerung und Vererbung eines Handelsgeschäftes als Gegenstand des Rechtsschutzes, der Veräußerung und Vererbung anzusehen sei, wird bei der Erörterung zu § 27 HGB. meist verkannt. Vgl. auch H. OPPIKOFER, Unternehmensrecht (1927) und dazu H. MEYER, ZSavSt. G. A. 48 S. 540ff., ECKHARDT, ZHR. 94, S. 1ff. und neuestens SCHÖNFELD, Rechtsperson und Rechtsgut (in der „Rechtsgerichtspraxis u. d. Rechtsleben“ (1929) S. 262ff. — Wenn v. GIERKE a. a. O. S. 70f. gegen meine Auffassung einwendet, daß sie zwar „reinbegrifflich zutreffend“ sei, aber der allgemeinen Lebens- und Rechtsanschauung widerstreite, so kann ich diesen Gegensatz nicht gelten lassen. Denn unsere Rechtsbegriffe sind Rechtssatzinbegriffe, und die Rechtssätze haben nur Bedeutung für das Gemeinschaftsleben und die Wirtschaft, denen sie die Form geben, so daß eines dem anderen entsprechen muß.

gefaßt: wie der Erblasser den Besitz seiner Sachen behielt, auch wenn er nicht fortwährend eine tatsächliche Herrschaft über sie ausübte, bis ihn ein anderer aus dieser verdrängt, so soll auch der Erbe diesen Besitz einfach fortsetzen, bis er von einem anderen entsetzt wird, und also keiner Besitzergreifungshandlung bedürfen. Indessen beruht diese Erwägung auf der unzutreffenden Voraussetzung, daß die tatsächliche Lage des Erben dieselbe sei wie die des Erblassers. Das wird meist dann der Fall sein, wenn der Erbe Hausgenosse des Erblassers war, bei einem heres extraneus wird es dagegen kaum jemals zutreffen¹. Mit dem deutschen Rechtsatz: Der Tote erbt den Lebenden hat diese Neuerung kaum etwas zu tun.

III. Das BGB. spricht bald von Erbschaft, bald von Nachlaß (§§ 1922, 1931, 1935, 1963; 1958, 1959, 1963, 1967 u. a. m.). Ein gegenständlicher Unterschied besteht dabei nicht, es handelt sich um die Betrachtung derselben Sache, nämlich des Vermögens des Erblassers, von verschiedenen Gesichtspunkten: Erbschaft ist das Vermögen des Erblassers im Hinblick auf sein neues Subjekt, den Erben (und daneben wohl auch die Rechtsstellung des Erben, das heredes esse); Nachlaß dasselbe im Hinblick auf sein bisheriges Subjekt, den Erblasser, und die durch dessen Tod bedingten rechtlichen Schicksale. Daher spricht das Gesetz wohl von Anfall, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft und vom Erbschaftsanspruch, aber nicht von Erbschafts-, sondern von Nachlaßgläubigern, Nachlaßverwaltung, Fürsorge für den Nachlaß usw.

IV. Neben der Erbschaft spielt der Erbteil eine Rolle. Er wird durch § 1922 als der Anteil eines von mehreren Erben an der Erbschaft definiert, und wäre also, nach der gegebenen Begriffsbestimmung der Erbschaft, der Anteil am vererblichen Vermögen des Erblassers. Es ist aber dazu zu sagen, daß ebenso wie die Erbschaft bald im subjektiven, bald im objektiven Sinn verstanden werden muß, so auch der Erbteil, der also auch wieder sowohl einen Anteil an der Erbschaft, als die Rechtsstellung des Miterben bezeichnet. Und hier zeigt sich die Verschiedenheit beider Begriffe deutlich in der rechtlichen Regelung; denn während für den Erbteil im subjektiven Sinne der Satz gilt: semel heres semper heres (§ 1943), kann der Miterbe über seinen „Anteil am Nachlaß“ verfügen (§ 2033). Dieser Anteil am Nachlaß ist also der Inbegriff aller Anteile an den einzelnen Nachlaßbestandteilen und ist daher niemals ein solcher einzelner „Bestandteil des Nachlasses“, z. B. ein Grundstück, ein Wertpapier. Über solche Bestandteile kann daher, solange sie nicht verteilt sind, der einzelne Miterbe nicht verfügen (§ 2033 II)².

§ 5. Berufung zur Erbschaft und Anfall der Erbschaft.

I. Wenn eine Person Erbe des Erblassers werden soll, so muß nicht nur der Erbfall eingetreten, d. h. der Erblasser verstorben sein³, sondern es muß auch die fragliche Person zur Erbschaft dieses Erblassers „berufen“ sein. Für sie muß ein sog. Berufungsgrund vorliegen, d. h. ein Tatbestand bestimmter Art, an den das Gesetz die Folge knüpft, daß die in dieser tatsächlichen Beziehung stehende Person Erbe des Verstorbenen werden kann. Man unterscheidet gewöhnlich zwei Arten von Berufungsgründen: Gesetz und Verfügung von Todes wegen, sei diese nun letztwillige Verfügung oder Erbvertrag. Es ist aber zweifellos, daß dies nicht Berufungsgründe, sondern nur die beiden obersten Gattungsbegriffe von Berufungsgründen sind, und daß Berufungsgrund im Sinne des Gesetzes nur der jeweilige konkrete Tatbestand ist, an den das Gesetz die Folge der Berufung zur Erbschaft des konkreten Erblassers knüpft. In bezug auf diese Berufung aber ist hervorzuheben, daß sie

¹ Vgl. dazu m. Rechtsstellung der Erben I, S. 39, 45 ff.

² Vom „Erbteil“ in diesem doppelten Sinne ist wieder der „Teil der Erbschaft“ in den §§ 1951, 1952 zu unterscheiden, der einen Bruchteil dessen, was der Erbe vom Vermögen des Erblassers bekommt, bedeutet.

³ Die Todeserklärung begründet nur die Vermutung des Erbfalls, BGB. § 18 I.

nicht mehr, wie die Delation der Erbschaft im römischen Recht, die Eröffnung der Möglichkeit an den Erben bedeutet, die Erbschaft durch Willenerklärung zu erwerben, sondern die Erbschaft ohne weiteres auf den Berufenen überträgt, wenn auch mit dem Rechte der Ausschlagung (§§ 1922, 1942). Berufensein bezeichnet daher den Tatbestand, Erbesein die Rechtsfolge dieses Tatbestandes. Und während seinem Begriff der Berufung entsprechend im römischen Recht diese grundsätzlich mit dem Tode des Berufenen erlosch und nur in Ausnahmefällen auf den Erben des Berufenen übergeleitet (transmittiert) wurde, ist nach unserm Recht die Erbschaft vom Berufenen mit dem Erbfall erworben und geht daher auch auf seinen Erben über, aber freilich mit dem Rechte des Berufenen, sie auszuschlagen (§ 1952). Dies darf jedoch nicht als eine Vererbung der Berufung betrachtet werden, was mit dem Wesen der neueren Berufung unverträglich wäre: derjenige, an den die Erbschaft auf solche Weise gelangt, hat sie nicht als Erbe des Erblassers, sondern des Erben.

II. Aus dem römischen Recht stammt der Begriff der Sukzessivberufung. Die Delation der Erbschaft erfolgte in bestimmter Reihenfolge, und zwar zunächst an die in dieser Anordnung an erster Stelle stehende Person; erwarb diese die Erbschaft nicht, so wurde sie der an zweiter Stelle stehenden Person deferiert usw. Man hat im Gegensatz dazu für unser heutiges Recht behauptet, daß es das Prinzip der Eventualberufung durchgeführt habe, wonach zur Erbschaft berufen sein sollen alle, die in einem Verhältnis zum Erblasser gestanden haben, das ihnen die nähere oder entferntere Aussicht darauf gewährt, sein Erbe zu werden¹. Durch diesen Begriff soll es begreiflich gemacht werden, daß nach BGB. die Berufung beim Wegfall des zunächst Berufenen nicht an den erfolgt, der im Zeitpunkt dieses Wegfalls der nächste zur Erbschaft ist, sondern an den, der statt des weggefallenen Erstberufenen berufen gewesen wäre, wenn der Weggefallene zur Zeit des Erbfalls überhaupt nicht vorhanden und berufen gewesen wäre (§ 1953). Aber dieser Begriff der Eventualberufung ist in sich widerspruchsvoll und vermag die fragliche Regelung nicht als aus ihm folgend einsichtig zu machen: denn mag man nun den einen oder den andern Begriff von Berufung zugrunde legen, immer ist die Frage, was Berufensein heißt, von der zu trennen, wer berufen ist, und läßt das Gesetz keinen Zweifel darüber, daß es nur den als „berufen“ betrachtet, der der jeweils nächste zur Erbschaft, natürlich auf Grund seiner gesetzlichen Normierung, ist (§§ 1953 II, 1930). Die Erscheinung, die zur Aufstellung der Theorie von der Eventualberufung geführt hat, hängt nicht damit zusammen, daß alle in eventum zur Erbschaft berufen wären, sondern daß das Gesetz es für gut befunden hat, an der „rückwirkenden Kraft“ der Ausschlagung des römischen Rechtes festzuhalten. Erwirbt daher der Erstberufene die Erbschaft, so ist der angeblich eventuell Berufene niemals zur Erbschaft berufen gewesen; schlägt er die Erbschaft aus, dann entsteht für diesen überhaupt erst die Berufung; aber infolge der Rückziehung der Ausschlagung auf den Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft wird seine Rechtsstellung so behandelt, wie wenn er im Augenblick des Erbfalls berufen gewesen wäre, und wenn er daher zwar den Erbfall, nicht aber den Zeitpunkt der Ausschlagung der Erbschaft durch den zunächst Berufenen erlebt hat, so sind seine eigenen Erben zu dieser Erbschaft berufen, aber nicht für ihre Person, sondern als Erben ihres Erblassers. Schlagen sie daher dessen Erbschaft aus, zu der sie kraft eigenen Rechtes berufen sind, so fällt auch für sie die Möglichkeit weg, zu der ihrem Erblasser deferierten Erbschaft zu gelangen.

III. Das Gesetz spricht auch vom Anfall der Erbschaft (§§ 1923, 1943, 1951 ff.). Dies ist nicht ein vom Berufensein verschiedener Tatbestand, wie im römischen Recht Delation und Akquisition verschiedene Tatbestände waren, sondern bezeichnet die Erlangung der — zunächst nur vorläufigen — Erbenstellung durch den Be-

¹ STROHAL I § 2 N. 4; DERNBURG, Erbrecht, § 9 II 2. Dagegen m. Rechtsstellung I § 3 II.

rufenen. Dieser Anfall setzt aber nicht allein die Berufung einer bestimmten Person zur Erbschaft voraus, sondern auch ihre Erbfähigkeit. Beide sind mithin die Rechtsfolge des Anfalls der Erbschaft bedingende Momente; aber beide haben nicht dieselbe Bedeutung. Die Erbfähigkeit gehört nicht zum Berufungstatbestand. Sie besteht nicht in einer bestimmten tatsächlichen Beziehung zu dem bestimmten Erblasser, sondern ist eine absolute rechtliche Eigenschaft der für die Berufung in Betracht kommenden Person, nämlich die Rechtsfähigkeit des Erbrechts (§§ 1923, 2108). Wie die Rechtsfähigkeit überhaupt, so fehlte im Altertum auch die Erbfähigkeit gewissen Klassen von Menschen und vor allem auch Personenverbänden, deren Rechtsfähigkeit im übrigen anerkannt war. Nach unserm heutigem Recht dagegen sind alle Menschen in gleicher Weise erbfähig und ebenso auch die juristischen Personen¹. Die Frage, ob auch ein nicht rechtsfähiger Verein erbfähig sei, ist bestritten, muß aber, wenn die Erbfähigkeit nichts anderes als die erbrechtliche Rechtsfähigkeit ist, für den Verein ebenso verneint werden, wie für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder die Handelsgesellschaft. Eine ganz andere Frage aber ist, ob einer Gesellschaft oder einem nicht rechtsfähigen Verein durch Erbeinsetzung oder sonstige Zuwendung von Todes wegen Vermögen in der Weise zugewendet werden kann, daß dieser Erwerb Vereins- oder Gesellschaftsvermögen wird; diese Frage ist nach Gesellschaftsrecht zu beantworten².

IV. Es genügt aber nicht, damit eine Person der Erbe eines Verstorbenen werde, daß die erstere in einem als Berufungsgrund im erörterten Sinn zu bezeichnenden tatsächlichen Verhältnis zum Erblasser steht und auch erbfähig ist; sondern aus dem Zweck der Erbfolge, die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers unmittelbar auf einen Lebenden überzuleiten, folgt als weiteres Erfordernis des Erbschaftserwerbs die gleichzeitige Existenz des Erben mit dem Erblasser. Der Erbe muß zur Zeit des Erbfalls leben (§ 1923), d. h. noch leben und schon leben, und wenn eine juristische Person als Erbe in Frage kommt, so muß sie in diesem Zeitpunkt als rechtfähige Person vorhanden sein. Ein vor dem Erbfall bereits verstorbener Mensch kann daher ebensowenig zur Erbschaft berufen sein wie eine bereits aufgelöste Korporation; auch der nach ihrer Auflösung noch bestehende sog. Liquidationsverein kann nicht Erbe werden, da er nichts anderes ist, als die zum ausschließlichen Zweck der Auseinandersetzung des vorhandenen Vereinsvermögens fortbestehende Vereinsorganisation. Dagegen hat das BGB. von dem Grundsatz, daß der Erbe zur Zeit des Erbfalls schon als rechtsfähiges Wesen vorhanden sein muß, in Anlehnung an das römische Prinzip „nasciturus pro jam nato habetur“ zwei Ausnahmen zugelassen, indem es für die Frage der Erbfähigkeit, also ohne Rücksicht auf das persönliche Verhältnis zum Erblasser, den noch ungeborenen Menschen einem bereits geborenen gleichbehandelt, sofern er nur vor dem Erbfall gezeugt war und nachher lebend geboren wird (§ 1923 II), und diesem nasciturus analog eine Stiftung behandelt, die zur Zeit des Todes ihres Stifters die Rechtsfähigkeit noch nicht erlangt hat, jedoch mit Beschränkung auf die Zuwendungen des Stifters (§ 84).

¹ Das gilt auch für Ausländer und ausländische jur. Personen. — Die durch EinfG. §§ 86, 87 aufrechterhaltenen landesrechtlichen Beschränkungen juristischer Personen, religiöser Orden und Kongregationen bedeuten keine Beschränkung der Erbfähigkeit, sondern der Erwerbsfähigkeit.

² Vgl. dazu STROHAL I, S. 28 N. 5; DERNBURG, B. Recht V, S. 10 N. 5; KIPP, Erbrecht § 1 zu N. 27; ECK, Vortr., S. 30; JOSEF, Arch. b. Recht XX, S. 229; LOEWENFELD bei STAUDINGER I, § 54 Bem. VI 3; GIERKE, Vereine ohne Rechtsföh., S. 21; ENDEMANN III, S. 30 N. 32. Die verneinende Ansicht DERNBURGS bedeutet m. E. einen Rückfall in die römische Lehre von der incerta persona; auch die Ansicht KIPPS vermag nicht zu überzeugen. Auch der nicht rechtsfähige Verein ist mehr als die bloße Summe seiner Mitglieder, die römische societas. Die Frage kann daher nur sein, ob durch die Erbeinsetzung Gesellschaftsvermögen begründet werden kann. Ich sehe nicht ein, warum die geschäftsführenden Gesellschafter nicht auch eine Erbschaft für die Gesellschaft sollen erwerben können.

V. Verschieden von der Erbfähigkeit als der erbrechtlichen Rechtsfähigkeit ist die Erbwürdigkeit, die nur bei erbfähigen Personen bejaht oder verneint werden kann. Das BGB. kennt als Rechtsbegriff, wie schon das römische Recht, nur ihre Negation, die Erbunwürdigkeit: sie besteht darin, daß das von dem Erbfähigen gültig Erworbene ihm wegen schwerer Verfehlungen gegen den Erblasser im Wege der Anfechtung wieder entzogen werden kann. (Vgl. unten § 39.)

VI. Die ruhende Erbschaft. Nach römischem und gemeinem Recht lag zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben meist ein Zwischenraum, sei es, daß er die ihm angefallene Erbschaft nicht sofort mit dem Anfall erwarb, sei es, daß zur Zeit des Erbfalls überhaupt noch keine Delation erfolgte, z. B. weil im Fall bedingter Erbeinsetzung zur Zeit des Erbfalls die Bedingung noch in Schwebe war. Von diesem Zwischenraum sagen die Quellen: *hereditas jacet*. Die ältere römische Jurisprudenz faßte diese „ruhende Erbschaft“ als herrenlos auf; die spätere suchte über die unbefriedigenden Folgerungen aus dieser Auffassung dadurch hinauszukommen, daß sie annahm, in der Erbschaft lebe die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fort: *hereditas personam defuncti sustinet, personae vice fungitur*. Damit war aber das Problem nicht gelöst, wie es möglich sei, Rechte ohne einen vorhandenen Berechtigten zu denken. Die Pandektenjurisprudenz suchte die Lösung in der Annahme, die ruhende Erbschaft sei eine juristische und d. h. eine fingierte Person. Damit war in Wirklichkeit nichts geleistet; denn Fiktionen sind keine Mittel wissenschaftlicher Erkenntnis, und die genannte Wendung in den Quellen besagte auch nur, daß die Erbschaft wie eine lebendige Person „funktioniere“. Auch die vielen späteren Theorien erwiesen sich nach näherer Betrachtung als verfehlt¹. Die Schwierigkeit verschwindet aber, sobald man erkennt, daß keine Verschiedenartigkeit der Erbschaft und der Rechte, die in ihr enthalten sind, bestehen kann, d. h. daß auch diese Rechte nur „ruhende“ Rechte sind. Und Rechte sind ja überhaupt keine Dinge, die „sind“, sondern gedachte Beziehungen zwischen Tatbeständen und Rechtsnormen². Es sind Rechtsnormbetroffenheiten, die Verhaltens- und Entscheidungsmöglichkeiten begründen. Und es ist nicht einzusehen, weshalb solche Betroffenheiten immer ein vorhandenes Subjekt, das von den Normen betroffen würde, voraussetzen sollen. — Dem endlosen und wenig fruchtbaren Streit über die „rechtliche Natur“ der ruhenden Erbschaft hat das BGB. dadurch ein Ende zu machen gesucht, daß es dieses Gebilde überhaupt beseitigt³. Nach ihm sollte die Erbschaft in keinem Augenblick ohne Erben sein. Das sollte dadurch erreicht werden, das die Erbschaft kraft Gesetzes auf den Erben übergehen und immer ein zur Erbschaft Berufener vorhanden sein sollte (§§ 1922, 1942, 1936). Indessen hat der Gesetzgeber dieses Ziel wohl nicht ganz erreicht, da nach § 1923 II das Vorhandensein eines *Nasciturus*, der selbst vor seiner Geburt noch nicht berufen sein kann, die Berufung anderer Personen zu Vorerben ausschließt. Indessen wird für diesen Fall die hier gegebene Lösung bedeutsam. Jedenfalls ist die Annahme einer juristischen Person nach Analogie der Stiftung (wie etwa auch beim Sammelvermögen) entbehrlich; da der nach § 1960 zu bestellende Pfleger nicht den Nachlaß als solchen, sondern das Subjekt vertritt, das sich künftig als der Erbe herausstellen wird. Die praktische Folge dieser Regelung ist, daß die Aneignung von Nachlaßsachen jetzt unter allen Umständen Diebstahl oder Unterschlagung ist und daß die Nachlaßgläubiger nunmehr immer Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen können, während im gemeinen Recht die Gefahr bestand, daß der Fiskus die Erbschaft liegen ließ, so daß jeder Nachlaßgläubiger sie okkupieren konnte.

¹ Vor allem PUNTSCHARTS Lehre vom „objektiven Rechtsverhältnis“. Vgl. auch HÖLDER, *Jur. Pers.*, S. 324; „mein Problem der jur. Pers.“, S. 138f.

² Vgl. meine *Philosophie des Rechts*, S. 903ff.

³ Vgl. dazu STROHAL, *Erbrecht I*, S. 25; m. Rechtsstellung, S. 139 und N. 2.

II. Verfügungen von Todes wegen.

Erstes Kapitel.

Letzwillige Verfügungen (Testamente).

§ 6. Begriff der Verfügungen von Todes wegen und der letztwilligen Verfügungen.

I. Wie das gemeine Recht unterscheidet auch das BGB. eine auf dem Willen des Erblassers beruhende und eine von ihm unabhängige (gesetzliche) Erbfolge. Die Rechtsgeschäfte, durch die der Erblasser für den Fall seines Todes über sein Vermögen verfügt, nennt das Gesetz im Anschluß an die *negotia mortis causa* des gemeinen Rechts Verfügungen von Todes wegen. Diese sind entweder Testamente oder Erbverträge (§§ 1937, 1941). Dagegen kennt unser Recht nicht mehr die dritte Art von Rechtsgeschäften von Todes wegen, die das gemeine Recht anerkannt hatte, nämlich die Kodizille. Dies hängt mit der Umgestaltung des Testamentsbegriffs im BGB. zusammen. Im römischen Recht war Testament wesentlich das Rechtsgeschäft, durch das sich der Erblasser einen Erben ernannte, so daß die Erbeinsetzung den unentbehrlichen Inhalt des Testamentes bildete. Dem Zwecke, Singularverfügungen von Todes wegen ohne eine Ernennung von Erben zu treffen, konnte daher das Testament nicht dienen, und so entwickelte sich neben ihm ein weiteres Rechtsgeschäft von Todes wegen, von geringeren Formalitäten, das Kodizill. Im deutschen Recht des Mittelalters dagegen verstand man unter Testament ein Rechtsgeschäft, das gerade Einzelverfügungen von Todes wegen, vor allem zugunsten von Kirchen und milden Stiftungen, treffen sollte. Mit der Rezeption des römischen Rechts wurde dann zwar sein Testamentsbegriff rezipiert, aber ohne daß die römische Unterscheidung von Testament und Kodizill im Volke lebendig zu werden vermochte; man verstand vielmehr unter Kodizillen vorwiegend nachträgliche Änderungen und Ergänzungen des im Testamente niedergelegten letzten Willens. Es war daher durchaus sachgemäß, wenn unser BGB. die Unterscheidung zwischen diesen beiden Geschäften fallen ließ und unter Testament nicht nur das Erbeinsetzungsgeschäft verstand. Das Testament kann sich daher auch auf die Errichtung von Vermächtnissen oder Auflagen beschränken; es ist gleichbedeutend mit letztwilliger Verfügung. Weiter aber ist der Begriff der Verfügung von Todes wegen. Er umfaßt alle Rechtsgeschäfte, durch die Verfügungen über das Vermögen von Todes wegen getroffen werden, wozu allerdings auch die letztwilligen Verfügungen gehören. Diese letzteren sind nämlich nur die einseitigen Rechtsgeschäfte von Todes wegen, und sie heißen letztwillige Rechtsgeschäfte, weil sie dazu bestimmt sind, den letzten Willen des Verfügenden zum Ausdruck zu bringen und deshalb widerruflich sind. Nicht letztwillig und folgerecht nicht widerruflich sind dagegen die zweiseitigen Verfügungen von Todes wegen, die Erbverträge. An den Erbvertrag ist vielmehr der Testator gebunden; nur unter besonderen Voraussetzungen steht ihm das Rücktrittsrecht zu.

II. Unser Recht geht von dem Grundsatz der Testierfreiheit aus und führt ihn in einem sogar über das römische Recht hinausgehenden Maße durch. Soweit der Testator diejenige Geschäftsfähigkeit hat, die wir als Testierfähigkeit bezeichnen, kann er über sein Vermögen von Todes wegen frei verfügen, ohne die Umstoßung seiner Verfügung befürchten zu müssen: es gibt keine Erbfolge gegen den Willen des Erblassers mehr, und das sog. Pflichtteilsrecht beschränkt sich im wesentlichen auf einen Anspruch gegen den Nachlaß. Aber freilich kann der Erblasser seine

Testierfreiheit selbst beschränken, eben durch Abschluß eines ihn bindenden Erb- oder Vermächtnisvertrages.

III. Den wichtigsten Inhalt der Rechtsgeschäfte von Todes wegen bilden die Verfügungen über das Vermögen des Erblassers, das insofern als sein Nachlaß bezeichnet zu werden pflegt. Solche Verfügungen sind vor allem Erbeinsetzung, Ernennung von Nacherben, Ausschließung gesetzlicher Erben von der Erbfolge, Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen, Pflichtteilsentziehung oder -Beschränkung, Errichtung von Stiftungen, Bestimmungen über die Auseinandersetzung der Erbschaft und über die Ausgleichung von Vorempfängen unter Lebenden bei der Auseinandersetzung, Ernennung von Testamentvollstreckern und Anordnungen für das Begräbnis des Erblassers. Aber die Verfügungen von Todes wegen beschränken sich nicht notwendig auf solche Anordnungen. Zwar können vertragliche Verfügungen nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen zum Gegenstand haben, aber als letztwillige Anordnungen können auch gewisse familienrechtliche Verfügungen getroffen werden, und andere können überhaupt nur in einem letztwilligen Rechtsgeschäft getroffen werden¹.

§ 7. Errichtung und Inhalt des Testamentes.

I. Die Errichtung des Testamentes setzt in der Person des Testators nur die Testierfähigkeit voraus, die unter den allgemeinen Begriff der Geschäftsfähigkeit fällt (§§ 2229 f.). Eine besondere Rechtsfähigkeit *mortis causa*, wie sie das römische Recht in der *testamenti factio activa* gekannt hat, ist dem geltenden Rechte fremd, was mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Menschen als solchen zusammenhängt. Die Testierfähigkeit fällt aber nicht mit der allgemeinen Geschäftsfähigkeit zusammen², sondern ist an die besondere Altersgrenze von 16 Jahren gebunden (§ 2229 II). Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, können ein Testament errichten, und zwar ohne der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters zu bedürfen (§ 2229 I). Diese Regelung ist sachlich durchaus berechtigt. Denn einerseits wird dadurch die Testamentserrichtung von der Erlangung eines Alters abhängig gemacht, das immerhin auf eine gewisse Reife des Urteils schließen läßt, und andererseits hat es keinen Sinn, hier die Folgen der sog. beschränkten Geschäftsfähigkeit eintreten zu lassen, da diese den Minderjährigen vor einer Schädigung durch eigene Handlungen bewahren soll, was bei letztwilligen Rechtsgeschäften überhaupt nicht denkbar ist. Anders liegt denn auch die Sache beim Erbvertrag, bei dem das Gesetz für den Erblasser die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verlangt (§§ 2274, 2275 I). Aber es versagt die Testierfähigkeit auch solchen „Testamentsvolljährigen“, wie man die Minderjährigen über 16 Jahren nennen könnte, die wegen Geisteskrankheit entmündigt oder sich in einem dauernden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind (§ 2229 II)³. Diese letzteren stehen zwar im allgemeinen Minderjährigen gleich, so daß sie beschränkt geschäftsfähig sind; aber die Testierfähigkeit fehlt ihnen ganz, wie es denn eine beschränkte Testierfähigkeit überhaupt nicht gibt³. Das ist eine Folgerung aus dem Grundsatz der Selbstherr-

¹ Über die sog. letztwillige Schiedsgerichtsklausel vgl. ZPO. § 1098 und SCHLOSSMANN, *Jahrb.*, Dogm. 37, S. 301 ff.; STROHAL I, S. 123, Nr. 4; KIPP bei WINDSCHEID III, S. 740 und *Erbrecht* § 128. Vgl. im übrigen die §§ 1369, 1598, 1638/39, 1651, 1687/88, 1777, 1782, 1792, 1803, 1856, 1909, 1917.

² Sie hat auch mit der Verfügungsfähigkeit nichts zu tun, da die „Verfügungen von Todes wegen“ keine Verfügungen im technischen Sinne sind. Daher kommt bei ihnen BGB. § 185 nicht in Frage und kann auch die Ehefrau über ihr Eingebrautes gültig testieren.

³ Nicht testierunfähig im Sinne einer personenrechtlichen Rechtslage ist, wer sich in einem nur vorübergehenden Zustand geistiger Störung oder Bewußtlosigkeit befindet. Aber das in diesem Zustand errichtete Testament ist gleichfalls nichtig, § 105 II BGB.

lichkeit des Testators: das Rechtssubjekt soll entweder aus seinem eigenen freien Willensentschluß oder gar nicht testieren können^{1, 2, 3}.

II. Die Testierfreiheit bedeutet aber weder die Freiheit, jede erdenkliche Verfügung zum Inhalt eines Testaments zu machen (entsprechend der „Vertragsfreiheit“), noch das Recht, den letzten Willen in jeder beliebigen Form zu erklären. Vielmehr bindet das BGB. wie das römische und alle anderen modernen Rechte die Wirksamkeit des letzten Willens an die Beobachtung gewisser Formen, die freilich im Vergleich mit dem gemeinen Recht erheblich vereinfacht sind. Um so mehr wird man um der Zwecke willen, die diese Formvorschriften verfolgen, verlangen müssen, daß die Auslegung dabei streng verfähre und nicht durch nachsichtige Behandlung nachlässig errichteter Testamente um der Aufrechterhaltung des Testamentsinhalts willen die Sicherheit der Testamente selbst gefährde. Die Zwecke dieser Formvorschriften aber sind: einmal den Testator durch die Bindung an gewisse Förmlichkeiten vor Übereilung zu bewahren und zu ruhiger Überlegung zu zwingen, und andererseits in der vollendeten Urkunde eine Gewähr dafür zu schaffen, daß sie den Ausdruck eines abgeschlossenen Willens, nicht einen bloßen Entwurf, bildet und den darin bezeichneten Testator zum Urheber dieser Willenserklärung hat. Würde diesem Gesichtspunkt durch das öffentliche Testament am besten Rechnung getragen, so erschien dieses doch als ein zu schwerfälliger Apparat, als daß es als einzige Testamentsform hätte genügen können, und dasselbe war gegen die Beibehaltung des gemeinrechtlichen Privattestaments vor sieben Zeugen einzuwenden. Deshalb hat das BGB. neben dem öffentlichen Testament, das durch Erklärung des letzten Willens zu Protokoll der Behörde oder durch Übergabe der Testamentsurkunde an die Behörde mit entsprechender Erklärung errichtet wird, ein Privattestament anerkannt, das aus dem französischen Rechte stammende Eigenhändige Testament, dessen einzige Formalitäten die eigenhändige Niederschrift, Datierung und Unterschrift der Willenserklärung sind (§§ 2231—2247, 2231 Z. 2). Unter gewissen Voraussetzungen stellt das Gesetz auch einige „außerordentliche“ Testamentsformen zur Verfügung, die, im Gegensatz zum gemeinen Recht, nur Erleichterungen, nicht Erschwerungen der Testamenterrichtung für besondere Fälle gewähren (§§ 2249—2252). — Im näheren gilt folgendes:

A. Die ordentlichen Testamentsformen.

I. Das öffentliche Testament.

a) Die Grundlage des ordentlichen Testamentes des gemeinen Rechts bildete das römische *testamentum septem signis signatum*, aus dem sich das gemeinrechtliche mündliche und schriftliche Privattestament herausgebildet hat, das bei uns bis zum Inkrafttreten des BGB. in Geltung geblieben ist, wenn es auch an Bedeutung hinter das öffentliche Testament zurückgetreten war. Denn die öffentliche

¹ Eine Besonderheit gilt für diese Personen insofern, als nach § 2229 III die Unfähigkeit schon mit der Stellung des Entmündigungsantrages eintritt. Wenn das Gesetz diese Vorschrift auf entmündigte Geistesschwache, Verschwender und Trunksüchtige beschränkt, so geht es offenbar davon aus, daß diese erst durch die Entmündigung in der Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt werden. Aber für die Geistesschwachen ist dies kaum richtig, und jedenfalls muß für die wegen Geisteskrankheit Entmündigten dasselbe gelten, vgl. KIPP, Erbr. § 10 N. 6 und dort Gen.; RG. JW. 1919, 724 Nr. 10.

² Wer die Ungültigkeit des Testamentes wegen Mangels der Testierfähigkeit behauptet, muß dies nach allg. Regel beweisen; die Bekundung durch den Richter oder Notar, der Testator sei im Besitz seiner vollen Geisteskräfte, ist zwar sehr gewöhnlich, enthebt aber nicht dieses Beweises. Anders STROHAL I, S. 66 zu N. 9.

³ Verschieden von diesen Fällen mangelnder Testierfähigkeit sind die Fälle, wo der Erblasser nur deshalb kein Testament errichten kann, weil er von keiner Testamentsform Gebrauch machen kann. In diesem Sinne ist die Errichtung eines Testamentes Stummen oder anderen am Sprechen verhinderten Personen unmöglich, falls sie minderjährig sind oder Geschriebenes nicht lesen oder nicht schreiben können. Die Unterscheidung ist vor allem für das internationale Privatrecht von Bedeutung (EinfG. Art. 7 u. ä.). Vgl. STROHAL, S. 87, DERNBURG, Erbrecht, § 26 N. 11.

Errichtung des Testaments entsprach der deutschen Rechtsübung und -anschauung, derzufolge wichtige Rechtsgeschäfte vor Gericht oder einer anderen Behörde vorzunehmen waren. So ist bei uns das öffentliche Testament des späteren römischen Rechts, das *testamentum apud acta conditum* und *judici oblatum*, das bei den Römern eine nur untergeordnete Rolle gespielt zu haben scheint, zur regelmäßigen Testamentsform geworden. Und zwar kannte das gemeine Recht, entsprechend dem römischen, zwei Arten von öffentlichen Testamenten: die mündliche Erklärung des letzten Willens zu Protokoll des Gerichts oder des Notars und die schriftliche Erklärung in einer offenen oder verschlossenen Urkunde, die der Behörde mit der Erklärung übergeben wurde, daß sie den letzten Willen des Erklärenden enthalte. Eine Abart bildete das aus dem kanonischen Recht stammende Testament, das vor dem Pfarrer und zwei Zeugen errichtet wurde. An diese Entwicklung knüpft das Recht des BGB. an, indem es als ordentliche Testamentsform neben das eigenhändige das öffentliche Testament vor Gericht oder Notar stellt.

b) Die Form der Errichtung dieses Testamentes ist in den §§ 2233—2245 genau geregelt. Diese Vorschriften sind zum größeren Teil zwingender Natur, so daß ihre Verletzung das Testament nichtig macht, und nur ausnahmsweise bloße Sollvorschriften.

1. Das ordentliche öffentliche Testament wird vor Gericht oder einem Notar errichtet (§ 2231). Der Richter ist immer ein Einzelrichter, und zwar der Amtsrichter, in dessen Bezirk der Ort der Errichtung liegt (FFG. § 167). Daß der Erblasser am Ort der Errichtung seinen Wohnsitz habe, ist dagegen nicht erforderlich. Über die örtliche Zuständigkeit des Notars gibt das GB. keine Vorschriften; doch folgt daraus, daß der Notar eine Behörde ist, der ein bestimmter Amtsbezirk zugewiesen ist, daß er zur Vornahme von Amtshandlungen außerhalb seines Bezirkes nicht berechtigt ist und daß solche Akte, wenn er sie dennoch vornimmt, nichtig sind. Für den Richter führt § 167 FGG. zu einer abweichenden Entscheidung, insofern der Amtsrichter in Ausnahmefällen Amtshandlungen auch außerhalb seines Amtsbezirks vornehmen darf¹.

2. Wenn nach der Vorschrift des BGB. das Testament vor Gericht oder Notar errichtet werden kann, so gilt auch hier die ergänzende Vorschrift des EinfG. § 141, wonach die Landesgesetzgebung nur die eine oder die andere Behörde für zuständig erklären kann².

3. Zur Errichtung eines gerichtlichen Testaments muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen zuziehen. Der Testator muß also die Zeugen nicht benennen, sondern der Richter hat sie von Amts wegen zuzuziehen und kann unter den ihm geeignet scheinenden Personen die Auswahl treffen. Zur Errichtung eines notariellen Testaments ist die Zuziehung eines zweiten Notars oder zweier Zeugen erforderlich (§ 2233)³.

¹ Das Gesagte ist sehr bestritten. Vgl. STROHAL I, S. 93 N. 9; DERNBURG, Erbrecht, § 31 Z. VI; LEONHARD, Bem. II A 2 zu § 2231 und dort Gen.

² Alleinige Zuständigkeit der Notare gilt hiernach in Bayern, Württemberg, Baden, Bremen, Hamburg; der Gerichte in Schaumburg-Lippe, Lippe u. Waldeck; die Zuständigkeit beider Behörden in Preußen, Hessen, Thüringen, Oldenburg, Lübeck, Sachsen, Mecklenburg.

³ Von der Teilnahme an der Errichtung als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge sind aber gewisse Personen ausgeschlossen, nämlich: der Ehegatte des Testators, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, und wer mit dem Testator in grader Linie oder im 2. Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist (§ 2234. Hinsichtlich angenommener Kinder vgl. die §§ 1757, 1762, 1763; hinsichtlich unehelicher die §§ 1589 II, 1705; hinsichtlich für ehelich erklärter die §§ 1736/37). Ebenso kann bei der Testamentserrichtung nicht mitwirken als Gerichtsschreiber, zweiter Notar oder Zeuge, wer zu dem Richter oder beurkundenden Notar in einem der vorgenannten Verhältnisse steht (§ 2236). Die Nichtbeachtung dieser — zwingenden — Vorschriften macht das ganze Testament nichtig. Nichtig ist ferner die an eine beim Testierakt mitwirkende Person oder an eine mit ihr in einem der genannten Verhältnisse stehende Person gemachte Zuwendung, § 2235 (vgl. das römische *senatus cons. Libonianum*). Der übrige Inhalt

4. Die Errichtung des Testaments vor Gericht oder Notar kann entweder durch mündliche Erklärung des letzten Willens zu Protokoll oder durch Übergabe einer vom Erblasser oder einem andern geschriebenen offenen oder verschlossenen Urkunde geschehen, in bezug auf welche der Testator mündlich erklärt, das sie seinen letzten Willen enthalte. Nur wenn der Testator stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, muß auch diese Erklärung bei der Verhandlung von ihm eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes Blatt geschrieben werden, das dem Protokoll als Anlage beigelegt werden muß. Dann muß aber im Protokoll die eigenhändige Niederschrift der Erklärung durch den Testator und die Überzeugung des Richters oder Notars, daß der Testator am Sprechen verhindert sei, festgestellt werden (§ 2213). Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht lesen kann, kann sich nur der erstgenannten Form, wer stumm oder am Sprechen gehindert ist, nur der letztgenannten Form bedienen (§§ 2238, 2243)¹.

5. Über die Errichtung des Testaments muß ein Protokoll aufgenommen werden (§ 2240). Es muß in deutscher Sprache geschrieben sein und Ort und Tag der Verhandlung angeben; außerdem die Bezeichnung des Testators und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen enthalten; endlich die nach dem vorher Gesagten erforderlichen Erklärungen des Testators und im Fall der Übergabe einer Schrift die Feststellung der Übergabe (§ 2241). Das Protokoll muß auf Verlangen dem Testator zur Durchsicht vorgelegt werden und vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben werden. Erklärt er, nicht schreiben zu können, so wird seine Unterschrift im Protokoll durch die Feststellung dieser Erklärung ersetzt. Endlich muß das Protokoll auch von den übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben werden; ihre Unterschrift kann durch einen Vermerk im Protokoll nicht ersetzt werden (§ 2242).

6. Erklärt der Erblasser, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, so muß zur Errichtung des Testaments ein beeidigter Dolmetscher zugezogen werden, auf den die für Testamentszeugen geltenden Vorschriften Anwendung finden (vgl. im Näheren § 2244). Dies ist nur dann nicht erforderlich, wenn die sämtlichen beteiligten Personen versichern, der Sprache, in der sich der Testator erklärt, mächtig zu sein. Dann muß das Protokoll in der Sprache des Testators aufgenommen werden und die Erklärung des Testators, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei,

des Testaments wird aber dadurch nicht berührt. — Während diese Vorschriften zwingenden Rechtes sind, sind die Vorschriften des § 2237 bloße Ordnungsvorschriften, deren Nichtbeachtung die Gültigkeit des Testaments nicht berührt. Bei der Errichtung des Testaments sollen nämlich als Zeugen nicht mitwirken: Minderjährige, Personen, die nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind und die nach dem Strafgesetzbuch unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden, sowie Personen, die als Gesinde oder Gehilfen im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars stehen. Frauen sind dagegen nicht ausgeschlossen. Weitere Vorschriften, vor allem hinsichtlich der Fähigkeit zur Wahrnehmung dessen, was die Zeugen beurkunden sollen, gibt das GB. nicht, abgesehen vom § 2242, demzufolge als Zeuge nicht mitwirken kann, wer das über den Testierakt zu errichtende Protokoll nicht unterschreiben kann (Mußvorschrift). Aber freilich muß aus dem Begriff des Zeugen geschlossen werden, daß das Testament auch dann wegen Formmangels nichtig ist, wenn der Zeuge infolge von körperlichen oder geistigen Mängeln oder nur aus anderen Gründen, z. B. Unkenntnis der Sprache, nicht imstande ist, den zu beurkundenden Vorgang und insbesondere die dabei abgegebenen Willenserklärungen zu verstehen. Denn wenn die Testamentszeugen auch bloße „Solennitätszeugen“ sind, so bedeutet das nicht, daß sie bloße Statisten wären (S. SCHLOSSMANN, Altröm. Schuldrecht, S. 84ff.). Vielmehr ist der Sinn dieser Solennität der, daß eine Gewähr für die Echtheit und Wahrheit des Geschäftes gegeben werden soll durch Zuziehung von Zeugen, die den Hergang der Errichtung und den Inhalt des Erklärten bezeugen sollen und die sich von anderen Beweismitteln nur dadurch unterscheiden, daß ihre Zuziehung vom Gesetz zu einem wesentlichen Bestandteil des Geschäftes gemacht ist, damit der Beweis sicher gestellt werde. Daraus ergibt sich die oben genannte Folgerung. — Nach § 2239 BGB. und § 174 FGG. müssen die Urkundspersonen während der ganzen Verhandlung zugegen sein (Unitas actus).

¹ Für das von einem Blinden oder Tauben zu errichtende Testament gibt das BGB. keine Vorschrift.

sowie die Versicherung der Urkundspersonen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten. Eine deutsche Übersetzung soll dem Protokoll als Anlage beigefügt werden (§ 2245)¹.

7. Das Protokoll soll nebst den Anlagen, zu denen auch die vom Testator übergebene Schrift gehört, vom Richter oder Notar in Gegenwart der beteiligten Personen und des Testators mit dem Amtssiegel verschlossen, mit einer das Testament bezeichnenden, vom Richter unterschriebenen Aufschrift versehen und dann in amtliche Verwahrung genommen werden. Dem Testator ist ein Hinterlegungsschein zu erteilen (§ 2246).

II. Das Privattestament. Erheblich einfacher und infolgedessen bequemer als die Form des öffentlichen Testaments ist die des Privattestaments, das sog. eigenhändige Testament, *testamentum holographum*. Es stammt aus dem französischen Recht, in dessen Herrschaftsbereich es die häufigste Testamentsform war, und hat sich in Deutschland rasch eingebürgert². Denn zur Gültigkeit dieses Testaments ist nur erforderlich, daß es der Testator vollständig eigenhändig geschrieben und unter Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung unterschrieben hat. § 2231 e. Nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes und der *ratio legis* ist mithin erforderlich:

- a) eigenhändige Niederschrift der letztwilligen Verfügung,
- b) eigenhändige Datierung dieser Verfügung durch Angabe des Ortes und Tages der Errichtung, und
- c) Unterschrift des Testators.

Bei der Geringfügigkeit dieser Formalitäten ist ihre genaue Beobachtung um so mehr zu fordern, so daß jeder Verstoß die Nichtigkeit des Testaments nach sich ziehen muß³. Vor allem gilt dies von dem Erfordernis der Datierung und der Unterschrift. Die Eigenhändigkeit soll die Echtheit und Unverfälschtheit der Urkunde außer Zweifel stellen; sie ist daher so zu verstehen, daß bei ihrer Herstellung keine fremde Hand mitgewirkt haben darf. Die Benutzung eines Vordrucks auf dem Papier wird man daher als unschädlich ansehen dürfen⁴. Um so wörtlicher ist das Erfordernis der Unterschrift zu verstehen. Sie soll erkennbar machen, daß die Urkunde in ihrem ganzen Inhalt von dem Unterschriebenen herrührt und von ihm als Willenserklärung abgeschlossen ist. Man wird daher alles, was nicht über der Unterschrift steht, als nicht zu der Urkunde gehörig und mithin nicht gültig ansehen müssen⁵. Und da nicht eine beliebige Orts- und Zeitangabe gefordert wird, sondern die Angabe des Datums der Errichtung, so wird die richtige Angabe des Ortes und Tages der Unterschrift erfordert werden müssen, weil mit der Unterschrift die Urkunde errichtet ist⁶. Irrtümliche oder absichtliche Angabe eines unrichtigen Datums

¹ Wie STROHAL, I S. 102 richtig bemerkt, ist damit der Gesetzgeber nicht allen Bedürfnissen gerecht geworden. Diese Vorschriften gelten ja auch für das gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag. Die Möglichkeit, daß der Testator sich, obwohl er der deutschen Sprache mächtig ist, um von dem andern Teil verstanden zu werden, der fremden Sprache bedienen möchte, ist unberücksichtigt geblieben. Vgl. die bei STROHAL a. a. O. N. 53 Genannten.

² Ausführungen gegen dieses Testament *de lege ferenda* bei LEONHARD, Bem. III A zu § 2231; SIBER, Grundriß, S. 27f. Anders DERNBURG, § 29 Z. I.

³ Eine sehr bestrittene Auffassung, von der ich gleichwohl keine Möglichkeit sehe, abzugehen. Vgl. dazu LEONHARD, Bem. III A u. B zu § 2231; SIBER, Grundriß, S. 28.

⁴ Anders RG. bei GRUCHOT, 53, S. 98.

⁵ So das Kammergericht, Rspr. VII, S. 363. Dagegen LEONHARD, III C 3a zu § 2231; RG. 52 S. 277; 61 S. 7. Ein nachträglicher Zusatz wird folgerecht wieder datiert und unterschrieben werden müssen.

⁶ Auch das ist in hohem Maße bestritten. Zweifellos ist das Datum nicht ein Teil der Willenserklärung — wie etwa nach herrschender Auffassung beim Wechsel — obwohl dies auch hier behauptet worden ist. RG. 52 S. 277. Aber es ist doch ein Teil der Beurkundung (LEONHARD a. a. O.) und wird daher doch vor der Unterschrift des Testators stehen müssen. Denn er ist der Beurkundende.

macht daher das Testament zweifellos nichtig¹. Auch das folgt aus dem Zweck der Formvorschrift, den Zeitpunkt und Ort der Errichtung sicher zu stellen und dadurch Zweifeln an der Echtheit und Gültigkeit vorzubeugen². Diese Zwecke werden durch eine laxe Auslegung des Gesetzes in Frage gestellt und statt des Zieles, möglicher Rechtssicherheit trotz einfachster Form, die denkbarste Unsicherheit erreicht. Es geht deshalb nicht an, eine milde Auslegung dieser Vorschriften zu verlangen und dafür die Abschaffung dieser Testamentsform zu empfehlen³; denn die Frage ist, wie wir uns ihr gegenüber als einem Gegenstand rechtlicher Regelung zu verhalten haben. — Aus dem Zweck der Formvorschriften folgt natürlich auch, daß eigenhändige Niederschrift mit Schreibmaschine keine eigenhändige Schrift im Sinne des Gesetzes ist; daß vielmehr Handschrift im wörtlichen Sinn erforderlich ist, bei der durch die Hand des Schreibers seine Individualität in die Erscheinung tritt⁴.

Häufig wird der Testator eine diesen Erfordernissen entsprechende Urkunde zu einem öffentlichen Testamente verwenden. Dann kann die Frage entstehen, ob dieses, wenn es den Erfordernissen eines öffentlichen Testamentes nicht entspricht als Privattestament aufrechterhalten werden kann. Auch diese Frage ist lebhaft umstritten⁵; indessen muß sie unter dem Gesichtspunkt der Konversion (GB. § 140) gewiß bejaht werden, zumal dies einer der wenigen Fälle ist, in denen von Konversion überhaupt die Rede sein kann⁶.

B. Außerordentliche Testamentsformen. Schon das römische und das gemeine Recht kannten „außerordentliche“ Testamentsformen, die den besonderen Umständen des einzelnen Falles Rechnung tragen wollten, d. h. für Fälle vorgesehen sind, in denen

¹ In einem eigenhändigen Testament stand als Datum der 5. Januar 1917. Aus dem Inhalt des Testamentes ging aber hervor, daß der Ehemann der Testatorin bereits verstorben war, da sie darin über Gegenstände verfügt hatte, die ihr von ihm testamentarisch zugewendet waren. Der Ehemann war aber erst im Sommer 1917 verstorben. Es lag zweifellos ein Irrtum über die Jahreszahl vor, der sich durch die ein Jahr lang geübte Gewohnheit, das Jahr 1917 zu schreiben, hinreichend erklärt. Sollte das Testament deshalb nach dem Grundsatz „Falsa demonstratio non nocet“ berichtigt und als gültig behandelt werden? Ich habe das früher angenommen, kann diese Ansicht aber, trotz der damit übereinstimmenden Lehre und Praxis — RG. 64 S. 423; LEONHARD, Bem. III D I a. a. O. — nicht aufrechterhalten. Indem das Datum zum Formerfordernis erhoben ist, ist es der Anfechtung und Berichtigung entzückt.

² Was mit Unrecht von LEONHARD, III D I zu N. 16 in Frage gezogen wird.

³ LEONHARD a. a. O. Bem. III A S. 376. ⁴ Richtig die herrschende Lehre und Praxis.

⁵ Vgl. STROHAL I, S. 317; DERNBURG, § 30 Z. V auf Grund von ULPIAN, D 29, 1, 3; SIBER, Grundriß, S. 30b.

⁶ Die Entscheidung hängt von der Bedeutung der Konversion (GB. § 140) ab. Zweifellos fällt sie nicht unter die Auslegung der Rechtsgeschäfte, die ja feststellen würde, was in dem — als gültig oder ungültig vorausgesetzten — Rechtsgeschäft erklärt ist und infolgedessen auch nicht unter die Subsumption des Rechtsgeschäfts unter einen Geschäftstypus, sondern sie ist gedacht als Ersetzung des einen — ungültigen — Rechtsgeschäfts durch ein anderes, gültiges. Das ist also nicht bloß Konversion des Namens (DERNBURG, Pand. I § 124 N. 6); aber auch nicht bloße „Umdeutung“ (OERTMANN, Allg. Teil, Bem. 1 zu § 140), sondern die Anwendung von Rechtsnormen, die für ein anderes Rechtsgeschäft gelten, auf den fehlerhaften Tatbestand. Dabei steht der Gesetzgeber im Bann der Willenstheorie, die annimmt, das Geschäft müsse (und könne daher auch) als solches mit seinen Rechtsfolgen gewollt sein. Dann wäre die oben gegebene Entscheidung natürlich erst recht richtig; denn daß die den Erfordernissen des eigenhändigen Testamentes entsprechende Urkunde nicht als Testament gewollt ist, ergibt sich einfach daraus, daß der Testator sich ihrer zur Errichtung eines öffentlichen Testamentes bedient. Aber da die Erklärung weder die Rechtsfolgen erklärt, noch als Rechtsgeschäft gewollt sein kann, ist diese Begründung verfehlt. Das Testament ist als Privattestament aufrechtzuhalten, weil dessen objektive Erfordernisse gegeben sind und weil anzunehmen ist, daß damit der Testator einverstanden ist (was etwas anderes ist, als „das Wollen der Geltung“), weil es seinen Interessen entspricht. (Vgl. auch § 2084.) Denn es kommt so doch seine Erklärung zur Geltung. Die Auffassung SIBERS, daß es sich bei § 140 BGB. nicht um nur formelle Verschiedenheit, bei inhaltlicher Identität, handeln könne, halte ich nicht für zutreffend. Die herkömmlichen Beispiele (Wechsel als Schuldverschreibung oder Anweisung und dgl.) sprechen jedenfalls dagegen.

die ordentlichen Formen nicht ausreichen oder nicht erfüllt werden können. Daher waren es teils erschwerte, teils erleichterte Formen. Ersteres war der Fall beim Blindentestament, letzteres beim testamentum pestis tempore und ruri conditum. Besonderheiten gelten außerdem noch für das testamentum parentis inter liberos und die sog. divisio interliberos. Nach der älteren gemeinrechtlichen Praxis sollten ferner Testamente zugunsten der Kirche und frommer Zwecke — testamenta ad pias causas — formlos errichtet werden können. Das BGB. hat die außerordentlichen Testamentsformen beschränkt und geändert. Insbesondere kennt es keine Erschwerung des Testamentes mehr, wie sie das gemeine Recht für das Blindentestament verlangt hatte.

A. Erleichterungen in bezug auf die Form des Testamentes gelten in folgenden Fällen:

1. Wenn zu besorgen ist, daß der Testator früher sterben werde, als die Errichtung eines Testamentes vor dem Richter oder Notar möglich wäre, so kann er vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, oder vor dem Vorsteher eines durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes testieren (Dorftestament). Der Vorsteher, an dessen Stelle nach EinfG. § 150 eine andere amtlich bestellte Person zuständig sein kann, muß zwei Zeugen zuziehen. In dem Protokoll muß die Besorgnis, die die Wahl dieser Testamentsform veranlaßt hat, festgestellt werden; wenn sie sich später als unbegründet erweist, so steht dies der Gültigkeit des Testamentes nicht im Wege. Aber es verliert sie wieder nach Ablauf einer gewissen Frist; vgl. im Näheren § 2252. Im übrigen gelten die für das ordentliche öffentliche Testament gegebenen Vorschriften, § 2249. Auch hier gilt vor allem die Vorschrift des § 2238, daß, wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht lesen kann, das Testament nur durch mündliche Erklärung des letzten Willens errichten kann.

2. Hält sich der Testator an einem Orte auf, der infolge des Ausbruchs einer Krankheit oder sonstiger außerordentlicher Umstände derart abgesperrt ist, daß die Errichtung vor Gericht oder Notar nicht möglich oder doch erheblich erschwert ist, so kann er (§ 2250) entweder in der unter 1. geschilderten Form testieren oder seinen letzten Willen mündlich vor drei Zeugen erklären. Im ersteren Fall entfällt natürlich die Feststellung der Besorgnis des vorzeitigen Todes nach § 2249. Das in beiden Fällen erforderliche Protokoll braucht die Feststellung des Grundes, der für die Wahl dieser vereinfachten Form entscheidend war, nicht zu enthalten. Unter Zuziehung eines Dolmetschers kann dagegen ein Testament in diesen Formen überhaupt nicht errichtet werden. Abgesehen davon finden die auf das Protokoll sich beziehenden Vorschriften über das mündliche Testament Anwendung (Sperrtestament, DERNBURG).

3. Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Reichsmarine gehörigen Fahrzeuges außerhalb eines deutschen Hafens befindet, kann sich der unter 2. genannten Formen bedienen. Zuziehung des Kapitäns ist nicht erforderlich. § 2251 (Seetestament).

B. In allen diesen Fällen ist jedoch zu bemerken, daß das Testament als nicht errichtet gilt, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt. Beginn und Lauf der Frist sind jedoch gehemmt, solange der Testator außerstande ist¹, ein Testament vor Gericht oder Notar zu errichten; beim Seetestament wird die Frist durch eine vom Testator vor Ablauf der Frist unternommene neue Seereise unterbrochen, so daß sie nach deren Beendigung neu zu laufen beginnt. Ist der Testator nach dem Ablauf der Frist für tot erklärt worden, so behält das in außerordentlicher Form errichtete Testament seine Kraft, sofern

¹ Was das „Außerstandesein“ im § 2252 II bedeute, ist bestritten. Ich schließe mich der Auffassung STROHALS an (I § 22 N. 15), wonach es mit der „erheblichen Erschwerung“ des § 2250 identisch ist. Abweichend u. a. LEONHARD, Bem. 3 C zu § 2252.

nur die Frist noch nicht zu der Zeit verstrichen war, in die die letzte Nachricht von seinem Leben zurückreicht (§ 2252). Es kommt also nicht darauf an, ob der vermutliche Tod noch in den Lauf der Frist fällt, sondern nur darauf, ob die Verschollenheit noch während der Frist begonnen hat.

C. Das Militärtestament. Schon das römische Recht kannte, und zwar sehr früh, ein besonderes Militärtestament. Der Soldat sollte von den strengen Formen des Zivilrechts befreit sein und sein letzter Wille die vollste Geltung erhalten. Daher galten zunächst die Vorschriften über die Formen des Testaments für den Soldaten überhaupt nicht, sondern es genügte jede Art von Erklärung, sofern sie nur als Erklärung des letzten Willens erkennbar war. Ebenso war das Soldatentestament von den sachlichen Beschränkungen der Testierfreiheit befreit. Es galt vor allem nicht der Grundsatz der Ausschließlichkeit des Berufungsgrundes und ebensowenig der Grundsatz „Semel heres semper heres“ und die Beschränkung durch die lex Falcidia. Aber das Soldatentestament erlosch auch regelmäßig mit dem Austritt aus dem Soldatenstand. JUSTINIAN beschränkte diese Privilegien auf den Fall, daß das Testament während eines Feldzugs errichtet wurde. Die mittelalterliche Praxis stellte an das Soldatentestament strengere Anforderungen: sie verlangte die Errichtung vor zwei Zeugen und ließ formlose Testamente nur zu, wenn sie in der Schlacht selbst errichtet waren. Ebenso die Notariatsordnung von 1512. FRIEDRICH DER GROSSE regelte das Militärtestament neu im Jahre 1747, und diese Regelung liegt der späteren preußischen und der Regelung durch das Reichsmilitärsgesetz vom 2. Januar 1874 zugrunde. Seine Vorschriften wurden dann durch das EinfG. zum BGB. Art. 46 auf die Reichsmarine ausgedehnt. Jetzt ist an ihre Stelle das Reichswehrgesetz vom 23. März 1922 getreten, das das frühere Recht aber im wesentlichen beibehalten hat. Hiernach ist das Soldatentestament nur noch in bezug auf die Form begünstigt. Das Militärtestament kann hiernach errichtet werden in Kriegszeiten und in solchen Bezirken, in denen Maßnahmen auf Grund der Diktaturgewalt des Reichspräsidenten (Art. 48 RV.) unter Heranziehung der Wehrmacht getroffen sind, auch in Friedenszeiten, und zwar, wie schon nach früherem Recht, von den Angehörigen der Wehrmacht und den nach dem Militärstrafgesetzbuch den Militärgesetzen unterworfenen Personen, von Kriegsgefangenen und Geiseln, solange sie sich in der Gewalt des Feindes befinden, und schließlich von den Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder sonstigen Fahrzeugs der Reichsmarine gehören, sowie für andere an Bord genommene und dort befindliche Personen, solange sich das Fahrzeug außerhalb eines deutschen Hafens befindet. Erforderlich für die Gültigkeit in formeller Beziehung ist nur entweder die eigenhändige Niederschrift und Unterschrift (nicht auch Datierung), oder die Unterschrift des Testators und zweier Zeugen, an deren Stelle auch ein oberer Beamter der Wehrmacht oder ein Offizier treten kann, oder ein über die mündliche Erklärung des Testators von einem solchen Beamten oder einem Offizier unter Zuziehung von zwei Zeugen oder einem weiteren Beamten der Wehrmacht oder Offizier aufgenommenes Protokoll, das dem Testator vorgelesen und von ihm genehmigt und sodann von den Urkundspersonen unterschrieben werden muß.

III. Neben diesen formellen Erfordernissen hat die letztwillige Erklärung auch gewissen materiellen Anforderungen zu genügen. Sie muß — was übrigens von allen Erklärungen von Todes wegen gilt — stets eine höchstpersönliche Willenserklärung in dem Sinne sein, daß sie vom Testator nur persönlich errichtet werden kann. Das bedeutet natürlich nicht, daß fremder Rat und fremde Hilfe ausgeschlossen wäre; und das Testament kann vor allem seinem ganzen Umfang und Inhalt nach von einem anderen entworfen sein; aber dies ist auch nur Vorbereitung des Testieraktes, bei dem selbst jede Stellvertretung ausgeschlossen ist. Ferner soll der letzte Wille nach der Meinung des Gesetzes auch selbständig in dem Sinne sein, daß er Geltung und Inhalt nicht von fremder Willkür empfangen soll; daher darf der Testator nicht

erklären, daß ein anderer¹ bestimmen solle, ob seine Verfügung gelten solle, und die Bestimmung des durch eine Zuwendung Bedachten oder des zugewendeten Gegenstandes nicht einem anderen überlassen (§ 2065; vgl. im Gegensatz dazu § 2151), eine Vorschrift, die auf die römische Auffassung des Testators als des souveränen Gesetzgebers zurückgeht und sachlich auch heute durch den Gedanken gerechtfertigt wird, daß ein Erblasser, der über die Schicksale seines Vermögens und seiner Angehörigen nach seinem Tode nicht zu eigener fester Entschliebung zu kommen vermag, auch die gesetzliche Ordnung dieser Verhältnisse nicht braucht außer Kraft setzen zu können². So bedeutet diese Vorschrift nicht sowohl eine Beschränkung, als vielmehr eine Folgerung aus der zum obersten Grundsatz des Testamentserbrechts gemachten Willensfreiheit des Testators^{3, 4}.

IV. Maßgebend für die Schicksale des Vermögens soll ausschließlich der letzte Wille des Erblassers sein. Daher gilt es, diesen Willen außer Zweifel zu stellen, was durch die Auslegung des Testaments zu geschehen hat. Dabei kommt vor allem der für alle Willenserklärungen geltende Grundsatz zur Anwendung, daß die Auslegung nicht an dem Buchstaben haften darf, sondern den „wirklichen Willen“ zu erforschen hat (§ 133). Aber die herrschende Lehre behauptet sogar, daß bei letztwilligen Verfügungen die Auslegung den Willen des Verfügenden in einem anderen Sinn zu erforschen habe, als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, nämlich daß sie hier jedenfalls das sog. Willensdogma streng durchzuführen habe⁵. Das Gesetz selbst bringt jedoch diese Auffassung nicht zum Ausdruck; es beschränkt sich darauf, den Grundsatz der „benigna interpretatio“ aufzustellen, wonach, wenn die Auslegung nicht zu einem alle Zweifel ausschließenden Ergebnis kommt, diejenige Auslegung vorgezogen werden soll, bei der die Verfügung Erfolg haben kann (§ 2084)⁶. Aber diese Vorschrift hält sich selbst durchaus innerhalb des Begriffs der Auslegung und hat nicht die Bedeutung, daß durch sie eine eigene Auslegungsmethode für Testamente festgelegt würde. Abgesehen davon aber geht diese Lehre auch von einer widersinnigen Voraussetzung aus, insofern sie nämlich das Verhältnis von Wille und Erklärung beim Rechtsgeschäft durchaus verkennt. Sie hängt an der — freilich durch das byzantinische Recht einigermaßen vorbereiteten — gemeinrechtlichen, dualistischen Auffassung, wonach in der „Willenserklärung“ zwei Bestandteile konkurrierend zur Geltung kommen, der auf den rechtlichen Erfolg, die „Rechtswirkung“, gerichtete Wille, und die Erklärung, die diesen an sich bestehenden Willen zum Ausdruck bringen soll. Aber einerseits ist das Verhältnis von Wille und Erklärung, wie bei allen Rechtsgeschäften, so natürlich auch beim Testamente, ein durchaus anderes, als es sich diese Lehre vorstellt, insofern die Willenserklärung

¹ Auch nicht der Erbe. Vgl. D 32, 11 § 7; DERNBURG, Pand. III § 76 N. 9.

² Das gemeine Recht hatte einen milderen Standpunkt eingenommen; vgl. DERNBURG a. a. O.; der des BGB. ist allzu streng. — Von zwei unverehelichten Brüdern hatte der eine zum Erben eingesetzt, wen der andere einsetzen würde, in der vernünftigen Absicht, dadurch die Vermögen zusammenzuhalten. Wären sie Ehegatten gewesen, so hätten sie ein gemeinschaftliches Testament errichten können. Nach dem Wortlaut des § 2065 müßte diese Verfügung als ungültig betrachtet werden. Aber aus der ratio legis kommt man zu anderem Ergebnis. Vgl. BENDER, Bayr. Z. f. Rpfl. 1908, S. 193ff.; LEONHARD, Bem. II B zu § 2065, RG. in JW. 1910, S. 820.

³ Vgl. dazu noch die §§ 2151/52, 2156; 2192/93.

⁴ Nach römischem Recht war auch die Einsetzung einer persona incerta unzulässig, d. h. einer Person, die kein individuell bestimmtes Dasein hatte (z. B. eine universitas wegen des Wechsels ihrer Mitglieder). Das ist dem modernen Rechte fremd. Vor allem ist sowohl die Einsetzung juristischer Personen unbeschränkt zulässig wie auch die erst erhoffter Familienglieder. Die Gültigkeit solcher Zuwendungen hängt nur davon ab, ob die bedachten Personen zur Zeit des Erbfalls erbfähig sind.

⁵ Vgl. die Motive V S. 45; DERNBURG, Erbrecht, § 42 Z. I; ENNECCERUS I, § 192 Z. I 4; LEONHARD, II B zu § 2084; DANZ, Auslegung, § 31; STROHAL I, § 24; ENDEMANN I, § 34; FR. SCHULZ, Gedächtnisschrift f. Seckel, § 85ff. u. a. m.

⁶ Vgl. KIPP, § 18 Z. II.

von durchaus einfacher, nicht dualistischer, Struktur ist, so daß von einer Zusammensetzung aus Willen und Erklärung keine Rede sein kann, und Ziel der Auslegung nicht etwa die Herausarbeitung des an sich seienden Willens, sondern, trotz der Fassung des § 133, ganz einfach die Klarstellung des Sinnes dieser, zweifelhaft mit wieviel Recht, Willenserklärung genannten Erklärung sein muß¹, und andererseits kann das durch diese Erklärung Gewollte jedenfalls nicht die sog. Rechtswirkung des Rechtsgeschäftes, hier der letztwilligen Verfügung sein, da die mit Unrecht „Rechtswirkung“ des Rechtsgeschäftes genannte Rechtsfolge in keiner erdenklichen kausalen Beziehung zu der Willenserklärung steht. So muß sich der Wille des Erklärenden beim Testament wie bei anderen Rechtsgeschäften darauf beschränken, etwas hebeizuführen, was wirklich gewollt werden kann, und das ist die Hervorbringung eines bestimmten geistigen Erfolges in der Außenwelt, einer bestimmten Vorstellung von dem, was eben erklärt wird. Dieser geistige Erfolg soll durch die „Auslegung“ genannte Tätigkeit aus der Sphäre des Zweifelhafte in die der Objektivität entrückt werden; daß dies die alleinige Aufgabe der Auslegung ist, ergibt sich vor allem aus den Auslegungsregeln, die das Gesetz für Willenserklärungen im allgemeinen und für die letztwilligen Rechtsgeschäfte im besonderen gibt (§§ 2066f.). Die Rechtsfolge ist an diesen Tatbestand auch nicht etwa deshalb geknüpft, weil der Erklärende dies gewollt hat (was er nicht kann), noch auch weil das Gesetz es gewollt hat, weil nämlich auch das Gesetz die Rechtsfolge in keinem vernünftigen Sinne wollen kann, sondern weil der Gesetzgeber die Rechtsnorm gewollt hat, unter die die Willenserklärung als konkreter Tatbestand fällt, worin sich das ganze Wesen der „Rechtsfolge“ erschöpft². So bleibt also für die Durchführung des sog. Willensdogmas auch bei den letztwilligen Verfügungen keine Möglichkeit; vielmehr hat die Auslegung hier wie anderwärts den immanenten Sinn und Inhalt der Willenserklärung zu erforschen und sich dabei aller der Hilfsmittel zu bedienen, die zu dieser Ermittlung dienlich erscheinen. Auf die Ermittlung der subjektiven Absicht des Testators kann sie daher nur insofern gerichtet sein, als diese Absicht, wenn sie irgendwie festgestellt werden kann, als ein Auslegungsmittel für die letztwillige Erklärung selbst in Frage kommen kann. Diese Feststellung erscheint also nur als Mittel zum Zweck der Ermittlung des Erklärungssinnes: „Was zu keinerlei Ausdruck gekommen ist, ist nicht gültig verfügt“³. Dem entspricht auch durchaus die Behandlung der sog. Willensmängel bei

¹ Das Problem der Auslegung der Willenserklärung leidet noch immer unter den falschen Auffassungen der sog. Willentheorie vom Dualismus von Wille und Erklärung. Es ist davon auszugehen, daß die Willenserklärung, was immer ihr Inhalt sein mag — vgl. dazu jetzt LARENZ, Die Methode der Auslegung der Willenserklärung (1929) —, ein einheitlicher Tatbestand ist und daß die Auslegung diesen Tatbestand bewußt zu machen hat. Wenn F. SCHULZ a. a. O. meint: „Welche Umstände dabei berücksichtigt werden müssen, hängt vom positiven Recht ab (Vgl. auch DANZ, D. J.Ztg. 1906 Nr. 23; MANIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft [1907] S. 157 ff.)“ — (§ 87), so ist das ein Positivismus, den ich nicht mitmachen kann; denn dem Gesetzgeber wird seine Regel von der Natur der Sache vorgeschrieben.

² Vgl. aber LARENZ a. a. O. S. 45 ff. Zu seiner Auffassung der Willenserklärung als „Geltungserklärung“ unter Heranziehung der „Zuordnung“ des rechtlichen Erfolges (S. 48) kann an dieser Stelle nicht Stellung genommen werden.

³ Der von DERNBURG, Erbrecht, § 82 III N. 7, 8 erwähnte Fall wird von ihm gewiß richtig entschieden; aber für die Willentheorie beweist er gar nichts. (Die A. hatte ihre beiden Brüder F. und K. und die Kinder ihres verstorbenen Bruders W. zu Erben zu je $\frac{1}{3}$ eingesetzt. F. verstarb nach der Testamentserrichtung, aber vor dem Erbfall. Das Kammergericht (Rspr. II S. 72) schloß die Kinder des F. von der Erbschaft aus, weil der Wille der A., eventuell auch die Kinder ihrer lebenden Brüder zu Erben einzusetzen, in ihrem Testament nicht zum Ausdruck gekommen sei. Diese (verfehlt) Entscheidung war Wasser auf der Mühle der Anhänger des Willensdogmas. Aber die Entscheidung ist auch vom Standpunkt der Erklärungstheorie aus zu verwerfen, denn in der Einsetzung der Kinder des verstorbenen Bruders neben den beiden lebenden Brüdern kommt deutlich genug zum Ausdruck, daß die Kinder überhaupt an die Stelle der zunächst eingesetzten Väter treten sollen; die Erbeinsetzung muß ja nicht „ausdrücklich“ in dem Sinne sein, daß die Tragweite der Erklärung unmittelbar aus ihr müßte entnommen werden können. Die

der letztwilligen Verfügung (§§ 2078ff.): Sowenig die Auslegung dem „wirklichen Willen“ gegenüber der Erklärung zur Geltung zu verhelfen vermag, sowenig kann dies die Anfechtung erreichen: sie kann nur die Willenserklärung außer Kraft setzen, nicht aber den Willen an sich ihr gegenüber in Kraft setzen, d. h. dem Erklärungsinhalt einen anderen substituieren¹. Vor allem aber ergibt die Behandlung des Irrtums bei der letztwilligen Verfügung, wie wenig Grundlage die Lehre hat, wonach bei der Auslegung der Erklärung nicht, wie im allgemeinen, nur die den Parteien erkennbaren Umstände zu berücksichtigen sein sollen, sondern alle Umstände und vor allem alle Handlungen des Erblassers schlechthin. Denn wäre das richtig, dann wäre der Fall überhaupt nicht denkbar, daß der Erblasser sich über den Inhalt seiner Erklärungen im Irrtum befand; auch der Wille des Erblassers müßte ja doch irgendwie objektiv festgestellt werden können, um für die Anfechtung nach § 2078 die Grundlage zu geben, und diese objektive Feststellung würde zugleich den Inhalt der Willenserklärung beeinflussen. — Nur eine Konsequenz daraus, daß es die Aufgabe der Auslegung ist, Sinn und Inhalt der letztwilligen Willenserklärung zu ermitteln, ist die Regel: *falsa demonstratio non nocet*, die die römischen Juristen für alle Arten von Rechtsgeschäften aufgestellt haben, und die zweifellos auch heute noch in Geltung ist. Eine objektiv unrichtige Bezeichnung, vor allem der Person des Bedachten, steht der Gültigkeit einer Zuwendung nicht im Wege, wenn nur die Person, die der Erblasser bedenken wollte, durch die Auslegung zu ermitteln ist. Diese unrichtige Bezeichnung braucht übrigens gar nicht auf einem Irrtum zu beruhen, sie kann beabsichtigt sein, um die Motive des Testators zu verdecken. Wenn es sich dagegen um eine wirkliche Verwechslung von Personen handelt, z. B. dem Testator an Stelle der Person, die er bedenken wollte, vom Schreiber des Testaments eine andere Person untergeschoben wird, so ist mit den römischen Juristen zu sagen: *neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur* (d. h. weil der Wille fehlte, überhaupt diese Erklärung abzugeben, die nur dem Scheine nach eine Erklärung des Testators ist), *neque eum, quem voluit, quia scriptus non est*. Natürlich kann der Testator der Auslegung dadurch zu Hilfe kommen, daß er selbst erläutert, in welchem Sinn der oder jener von ihm gebrauchte Ausdruck zu verstehen sei. Aber bindend ist eine solche Erklärung nur dann, wenn sie selbst die Form einer letztwilligen Verfügung beobachtet.

V. Wenn auch das Testament eine rechtsgeschäftliche Einheit bildet, so daß die verschiedenen darin enthaltenen rechtsgeschäftlichen Verfügungen gegenseitig zu ihrer Auslegung verwendet werden können, so sind diese doch nicht in bezug auf ihre Gültigkeit voneinander schlechthin abhängig, so daß mit der einen auch die andere hinfällig würde. Vielmehr tritt diese Folge nur dann ein, wenn anzunehmen ist — was natürlich eine Auslegungsfrage ist — daß der Testator die eine nicht ohne die andere Verfügung getroffen hätte (§ 2085). Unwirksamkeit eines Teils derselben letztwilligen Verfügung dagegen zieht im Zweifel die Unwirksamkeit der ganzen Verfügung nach sich (§ 139).

Auslegungsregel des § 2068 kann hier einen Fingerzeig geben (ergänzende Auslegung). Auslegung ist eben nicht Tätigkeit, die einem irrealen Willen zur Existenz verhilft, sondern die den Sinn der Verfügung aus dem Ganzen des Testaments und der objektiv gegebenen Umstände ermittelt, wobei im Zweifel anzunehmen ist, daß der Testator als vernünftiger Mensch Vernünftiges hat erklären wollen und daß ihm auch Vernünftiges „zuzurechnen“ ist (LARENZ S. 70ff.). Daraus folgt aber auch, daß manche Auslegungsregeln der römischen Jurisprudenz für uns nicht mehr maßgebend sind; so die Regel „*positus in condicione non est positus in dispositione*“, der zwar formallogisch richtig ist, aber für uns belanglos wird, wenn sich aus der Auslegung etwas anderes ergibt. Vgl. STROHAL I, S. 131; DERNBURG § 42IV.

¹ Dies ist auch de *lega ferenda* der allein mögliche Standpunkt. Denn abgesehen davon, daß der Wille nie die Urssache der „Rechtswirkung“ ist, ist ein nicht erklärter Wille immer irreal und überhaupt nicht Wille, sondern ein bloßes Vorhaben (zu SCHULZ a. a. O. S. 72, 80ff.).

§ 8. Bedingungen und Zeitbestimmungen.

I. Bei letztwilligen Verfügungen spielen Bedingungen und Zeitbestimmungen eine große Rolle. Ja man kann behaupten, daß sie das Hauptanwendungsgebiet für diese Geschäftsbestandteile bilden, da die letztwilligen Verfügungen immer die Zukunft im Auge haben, die sich nicht mit derselben Sicherheit beherrschen läßt wie die Gegenwart. Deshalb verfolgen diese sog. Nebenbestimmungen den Zweck, die Zukunft soviel als möglich dem menschlichen Willen unterzuordnen und die Ungewißheit des Zufalls im Voraus durch vernünftige Vorsorge zu parieren. Deshalb sind Bedingungen und Zeitbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen im allgemeinen zugelassen wie bei Geschäften unter Lebenden. Die römischen Beschränkungen sind heute weggefallen: bei der Erbeinsetzung sind sowohl auflösende Bedingungen wie Zeitbestimmungen zulässig, und zwar, obwohl dem Eintritt der Bedingung heute nicht mehr rückwirkende Kraft zukommt (§ 2104/5). Dabei ist zu beachten, daß nicht alles, was als Bedingung erscheint, in Wahrheit eine Bedingung im Rechtssinn ist und daß ebensowenig alles, was dem Wortlaut nach eine Zeitbestimmung ist, als eine solche in Wahrheit anzusehen ist. So sind z. B. Rechtsbedingungen keine wahren Bedingungen, und ein einer Zuwendung beigefügtes Kalenderdatum kann in Wahrheit die Bedeutung haben, daß die Zuwendung von dem Erleben dieses Datums abhängen soll. So schon das römische Recht. Auch brauchen solche Einschränkungen letztwilliger Verfügungen nicht ausdrücklich im Testamente ausgesprochen zu sein, sondern sie können sich auch durch Auslegung ergeben. Dies ist in einem besonderen Fall durch § 2077 anerkannt: eine letztwillige Zuwendung, durch die der Testator seinen Ehegatten bedacht hat, ist im Zweifel unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder vor dem Tode des Verfügenden aufgelöst worden ist. Und ebenso ist die Zuwendung an den Verlobten davon abhängig, daß das Verlöbniß zur Zeit des Erbfalls nicht aufgelöst ist¹. — Auf der anderen Seite versagt das Recht manchen Bedingungen die Wirksamkeit, um die Verfügung möglichst gelten zu lassen. Aus diesem Gesichtspunkt hat das römische Recht unmögliche und unerlaubte Bedingungen bei letztwilligen Zuwendungen als nicht geschrieben betrachtet. Das BGB. kennt keine derartige Vorschrift, so daß die allgemeinen Grundsätze anzuwenden sind. Daher wird eine unmögliche Bedingung die Zuwendung unwirksam machen und ebenso eine unerlaubte Bedingung gemäß §§ 134, 138. Ebensowenig gibt das GB. besondere Vorschriften über die sog. kaptatorischen Bedingungen, die eine Zuwendung davon abhängig machen, daß der Bedachte den Zuwendenden oder eine von diesem bezeichnete Person seinerseits bedenken wird. Solche Zuwendungen sind nichtig, wenn sie als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen sind.

II. Die Potestativbedingung. Im römischen Recht wurde für den Fall, daß jemand unter einer aufschiebenden negativen Potestativbedingung zum Erben eingesetzt war, die Einweisung in den Nachlaß gegen Sicherheitsleistung für die Rückgabe im Fall der Zuwiderhandlung gegen die Bedingung gewährt (Cautio Muciana). Man nahm dann an, daß die Bedingung erfüllt sei, weil ohne diesen Notbehelf der Zustand der Schweben bis zum Tode des Bedachten gedauert hätte. Hauptsächlich galt das von der Bedingung des nicht wieder Heiratens. Das BGB. löst die durch solche Zuwendungen entstehende Schwierigkeit auf einem anderen Wege, der freilich den römischen Juristen verschlossen war, weil sie auflösende Bedingungen bei Erbeinsetzungen nicht kannten. Es gibt nämlich in § 2075 eine Auslegungsregel für den Fall, daß der Testator eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht hat, daß der Bedachte während eines Zeitraums von ungewisser Dauer etwas unterläßt oder — eine sachgemäße Ergänzung! — fortgesetzt tut. Z. B.:

¹ Vgl. im Näheren § 2077. Es handelt sich um eine Auslegungsregel, durch die eine Zuwendung bestimmter Art für stillschweigend bedingt erklärt wird.

A soll mein Erbe sein, wenn er niemals heiratet oder alle Sonntage in die Kirche geht. Wenn nämlich die Erfüllung der Bedingung in der Willkür des Bedachten liegt (Potestativbedingung), so soll im Zweifel angenommen werden, daß die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängen soll, daß er die Handlung vornimmt oder die Fortsetzung unterläßt. Es wird also die aufschiebende Bedingung als die umgekehrte auflösende Bedingung aufgefaßt. Handelt der Bedachte gegen die Bedingung, so endet dadurch gemäß § 158 sein Recht an dem Gegenstand der Zuwendung. Die inzwischen gezogenen Früchte hat er herauszugeben (§ 159).

III. Ob die Bedingung eingetreten oder ausgefallen ist, hängt von der Bedeutung ab, die die Auslegung der Verfügung ergibt. Eine Vermutung stellt § 2076 für den Fall auf, daß die Bedingung den Vorteil eines Dritten bezweckt. Dann soll sie nämlich im Zweifel als eingetreten gelten, wenn der Dritte die zur Erfüllung notwendige Mitwirkung verweigert. Im übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften (§ 162). D. h. die nicht eingetretene Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von der Partei, der er nachteilig wäre, wider Treu und Glauben verhindert worden ist, und umgekehrt die eingetretene Bedingung als ausgefallen, wenn ihr Eintritt von der Partei, der er zum Vorteil gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist¹.

IV. Ist die aufschiebende Bedingung, unter der jemand zum Erben eingesetzt ist, zur Zeit des Erbfalls noch in Schweben, so tritt eine andere Behandlung ein als im römischen Recht. Diese schob die Berufung bis zur Entscheidung der Bedingung auf. Nur konnte der Prätor dem Eingesetzten die *bonorum possessio* gewähren. Fiel dann die Bedingung aus, so hatte der an seiner Stelle Berufene gegen ihn die Erbschaftsklage. Nach unserm Recht kommt es dagegen zunächst zur gesetzlichen Erbfolge, so daß der Eingesetzte mit dem Eintritt der Bedingung die Erbschaft nur als Nacherbe erhält (§ 2105). Dies entspricht der Art und Weise, wie das BGB. die Bedingung im Gegensatz zum römischen Recht behandelt. Die Bedingung hat nach ihm (§ 159) keine rückwirkende Kraft. Daher kann der Eingesetzte erst vom Eintritt der Bedingung an Erbe werden, und da die Erbschaft niemals ohne Erben sein soll², müssen in der Zwischenzeit die gesetzlichen Erben eintreten. Umgekehrt wird der unter einer auflösenden Bedingung Eingesetzte Vorerbe, büßt seine Erbenstellung mit dem Eintritt der Bedingung ein und hat dann die Erbschaft an die gesetzlichen Erben als Nacherben herauszugeben (§ 2104).

V. Die Frage, wann eine unter einer aufschiebenden Bedingung gemachte Zuwendung dem Bedachten „anfällt“, d. h. wann er Erbe wird oder die Forderung aus dem Vermächtnis erwirbt (§§ 1942, 2139, 2176), ist so zu beantworten, daß die Zuwendung dem Bedachten, Erben oder Vermächtnisnehmer, nicht vor dem Eintritt der Bedingung anfallen kann, und daraus folgt weiter, daß der Anfall nicht die notwendige Voraussetzung der Vererblichkeit der Zuwendung an die Erben des Bedachten ist. Vielmehr soll es nach dem GB. im Gegensatz zum römischen Recht, demzufolge der Bedachte den Eintritt der Bedingung erleben mußte, auf den Willen des Testators ankommen. Dem entspricht die für einen besonderen Fall geltende Auslegungsregel des § 2074.

VI. Zeitbestimmungen. Auch Anfangs- und Endtermine können nach unserm heutigen Recht allen Arten von letztwilligen Verfügungen, vor allem auch Erbeinsetzungen, zugefügt werden. Da nach § 163 auf die Zeitbestimmung die Vorschriften über die Bedingungen anzuwenden sind, die ja keine rückwirkende Kraft mehr haben, müssen im allgemeinen die bei der Bedingung erörterten Folgen eintreten. Nur die Frage der Vererblichkeit ist bei einer Zuwendung unter einem Anfangstermin anders zu beurteilen. Die Auslegungsregel des § 2074 kann nämlich

¹ Fälle dieser Art werden freilich selten vorkommen. Vgl. STROHAL I, S. 146; DERNBURG, Erbr. § 11 N. 7; OERTMANN, Allg. Teil, Bem. 2 zu § 162.

² Vgl. oben S. 12.

nur insoweit angewandt werden, als wirklich in der Zeitbestimmung zugleich eine Bedingung liegt. Und dies trifft nur zu, wenn ungewiß ist, ob der Termin für den Bedachten überhaupt eintreten wird. Abgesehen davon also ist die unter einem Anfangstermin gemachte Zuwendung vererblich. Vgl. § 2108 II.

VII. Um zu verhindern, daß der Testator durch die Zufügung einer Vielheit von Bedingungen oder Zeitbestimmungen eine dauernde Gebundenheit seines Vermögens schaffe, setzt das Gesetz dafür eine zeitliche Grenze von 30 Jahren: §§ 2109, 2162/63, 2210.

§ 9. Die sogenannten Willensmängel.

Die Vorschriften des Allgemeinen Teils über die allgemein so genannten Willensmängel gelten auch für letztwillige Verfügungen. Es handelt sich dabei aber nicht darum, daß das Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar ist, weil der Willenserklärung der vorausgesetzte Geschäfts- oder Erbfolgswille fehlte, der vielmehr als ein widersinniger Begriff abzulehnen ist¹, sondern weil die Erklärungshandlung durch besondere, von außen her auf die Vorstellung des Erklärenden einwirkende Umstände ungünstig beeinflußt worden ist. Der Ausdruck Willensmängel beruht auf der gemeinrechtlichen Terminologie, die durch das damals herrschende Willensdogma bedingt war.

I. Die letztwilligen Verfügungen sind nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen. D. h. sie müssen, um wirksam zu werden, dem, den sie inhaltlich betreffen, nicht zugehen und daher auch nicht an ihn gerichtet sein. Hieraus ergibt sich, daß die Vorschriften des GB. über Willenserklärungen auf die Verfügungen insoweit nicht anwendbar sind, als sie einen Erklärungsempfänger voraussetzen. Daher gilt für letztwillige Erklärungen wohl § 116 I, nicht aber II, 117, 118, weil diese sich nur auf empfangsbedürftige Erklärungen beziehen.

II. Die allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums, Drohung und Täuschung sind auf die letztwilligen Verfügungen gleichfalls nicht schlechthin anwendbar. Berechtigt, eine Willenserklärung anzufechten, ist regelmäßig derjenige, welcher die Willenserklärung abgegeben hat. Davon ist beim Testament keine Rede². Denn da letztwillige Verfügungen nach ihrem Begriffe widerruflich sind, bedarf der Testator keiner Anfechtung, um sie außer Kraft zu setzen³. Als Anfechtungsberechtigte können daher nur dritte Personen in Frage kommen. Und in der Tat erweist es sich als notwendig, ein solches Anfechtungsrecht zu gewähren, da, wenn die Willensmängel zutage treten, der Testator nicht mehr in der Lage ist, seine Verfügung aufzuheben oder zu verbessern⁴. Andere Besonderheiten des Anfechtungsrechts bei letztwilligen Verfügungen beruhen auf dem Bestreben, dem Willen des Testators möglichst Geltung zu verschaffen.

1. Die Anfechtungsgründe der §§ 2078/79 lassen sich auf verschiedene Gesichtspunkte zurückführen:

a) Anfechtung wegen Irrtums in der Erklärung. Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war⁵ oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte⁶

¹ Vgl. dazu das in § 7 Abs. II Gesagte.

² A. A. DERNBURG, Erbr. § 46 IV 4. Richtig die herrschende Ansicht, z. B. KIPP § 32 V (anders beim Erbvertrag und dem gemeinschaftlichen Testament).

³ Daß die Anfechtung formlos, der Widerruf aber an Formen gebunden ist (DERNBURG a. a. O.) ist eher ein Argument gegen das Anfechtungsrecht des Erblassers.

⁴ Trotzdem ist die Ansicht BOEHMS (Erbrecht II, S. 65 N. 1) abzulehnen, der die Anfechtung ausschließen will, wenn der Testator von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis gehabt, die Verfügung aber trotzdem nicht geändert hat. S. STROHAL I, S. 302 N. 15.

⁵ Z. B. wenn er „die gesetzlichen Erben“ eingesetzt hatte, aber dabei im Irrtum war, wer diese seien, RG. 70, S. 391 ff.

⁶ Vor allem die Fälle des Sich-Versprechens beim mündlichen, des Sich-Verschreibens beim schriftlichen Text.

und anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben hätte¹.

b) Der Anfechtung wegen Irrtums in der Erklärung steht in gewissen Fällen die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrund zur Seite, und zwar wird dieser hier in weiterem Umfang beachtet als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Die letztwillige Verfügung kann nämlich angefochten werden, wenn der Testator zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nicht-eintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. Diese Vorschrift deckt auch die Anfechtung wegen Täuschung, die daher keinen besonderen Anfechtungsgrund, wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, bildet. In der Behandlung des Irrtums weicht also das BGB. mehrfach von seiner allgemeinen Regelung des Gegenstandes ab: denn beim Irrtum im Beweggrund wird nicht vorausgesetzt, daß der Erblasser die Erklärung bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde, sondern es genügt für die Anfechtung, daß er durch den Irrtum zur Aufgabe der Erklärung bestimmt worden ist (Motivation); und beim Irrtum in der Erklärung genügt es, daß er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung aus seiner Willkür nicht abgegeben hätte. Diese Abweichung von der allgemeinen Regelung ist durch die Erwägung gerechtfertigt, daß bei letztwilligen Rechtsgeschäften die souveräne Freiheit der Entscheidung nicht der Rücksicht auf die Interessen eines Geschäftsgegners zu weichen braucht. Aber freilich besteht eine Schwierigkeit insofern, als die „verständige Würdigung des Falles“ eine Angelegenheit objektiver Zurechnung ist, während es sich bei den letztwilligen Verfügungen um die subjektivste Willkür handelt, die in ihrer Irrealität der Feststellung so gut wie entzogen ist. Diese Schwierigkeit wird nicht dadurch geringer, daß dieser Wille nach dem Gesetz nur negative Bedeutung hat, insofern er im Falle der Anfechtung nur zur Zerstörung der Verfügung führt, aber nicht imstande ist, eine andere Verfügung an ihre Stelle zu setzen. Wenn dies als Mangel des geltenden Rechts beklagt wird², insofern dadurch die Anfechtung verhindert wird, dem wahren Willen des Testators zur Wirksamkeit zu verhelfen, da sie nur einen unrichtigen Willen seiner Bedeutung entkleiden kann, so ist dagegen zu sagen, daß rechtlich bedeutsam nicht der Wille, sondern nur die Willenserklärung sein kann, weil es das Recht immer nur mit äußeren Tatbeständen zu tun haben kann, daß der Wille als erklärter Wille von dem Willen als psychologischem Tatbestande wesentlich verschieden ist und daß der Wille, der in der Willenserklärung in die Erscheinung tritt³, vor dem Zustandekommen der Erklärung überhaupt noch nicht Wille ist⁴. Die Folge ist freilich, daß der mehr oder minder wahrscheinlichen Absicht des Erblassers nicht zur Wirksamkeit verholfen werden kann; aber dieser Nachteil ist geringer als der, der eintreten würde, wenn der Gesetzgeber dem fiktiven Willen des Testators Bedeutung beilegen würde: denn das hieße zwar nicht, eine Wirkung ohne Ursache eintreten zu lassen — da Tatbestand und Rechtsfolge nicht im Verhältnis von Ursache und Wirkung zueinander stehen können⁵ — aber an die Stelle des souveränen Willens des Erblassers die Willkür des Richters setzen⁶.

c) Ferner ist die Verfügung anfechtbar, wenn der Erblasser zu ihr durch Drohung bestimmt worden ist (§ 278 II).

d) In einem entfernten Zusammenhang mit der Anfechtung wegen Irrtums

¹ Dagegen bei bloßer Verwechslung des Namens gilt der Grundsatz: *falsa demonstratio non nocet*. Die falsche Bezeichnung kann durch Auslegung berichtigt werden.

² FR. SCHULZ a. a. O. (Oben S. 22 N. 5). Vgl. dazu auch SIBER, *Auslegung und Anfechtung der Verf. v. Todeswegen*, in „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben“ S. 351ff., 376ff.

³ Der „Erklärungswille“.

⁴ Vgl. meine Rechtsstellung des Erben, I S. 92f.

⁵ Woran auch die Ausführungen von LARENZ, *Methode der Auslegung*, S. 45ff. nichts ändern.

⁶ Vgl. auch unten N. 7.

steht die Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten nach § 2079, die nicht mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs verwechselt werden darf. Eine letztwillige Verfügung kann nämlich angefochten werden, wenn der Testator einen zur Zeit seines Todes vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergegangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren war oder, z. B. durch den Wegfall näherer Erben, pflichtteilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist jedoch ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß sie der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte. Auch hier handelt es sich um eine Anfechtung wegen Irrtums, aber um eine Anfechtung von besonderer Art. Denn während im Regelfall der Anfechtende den Zusammenhang zwischen dem Irrtum und der Erklärung nachweisen muß, genügt hier der Beweis des objektiven Tatbestandes und muß, wer die Unanfechtbarkeit behauptet, beweisen, daß die Verfügung vom Testator auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen worden wäre¹.

2. Die Anfechtung geschieht, wie bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden, durch Willenserklärung (§§ 2081, 143).

a) Anfechtungsberechtigt ist natürlich nicht der Testator, sondern derjenige, dem die Aufhebung der Verfügung zustatten kommt (§ 2080 I). Also z. B. derjenige, der an Stelle des in der Verfügung eingesetzten Erben zur Erbschaft berufen ist. Bezieht sich in den Fällen des § 2078 der Irrtum nur auf eine bestimmte Person und ist diese anfechtungsberechtigt, oder würde sie es sein, wenn sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, so ist keine andere zur Anfechtung berechtigt. Aber ob sie es ist, hängt, dem Gesagten entsprechend, davon ab, ob ihr die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zustatten kommt, was wegen der nur negativen Bedeutung der Anfechtung nicht immer der Fall sein wird. Im Fall des § 2079 kommt die Anfechtung nur dem Pflichtteilsberechtigten zu (§ 2080 III).

b) Nach der allgemeinen Regel erfolgt die Anfechtung immer durch Willenserklärung gegenüber einer bestimmten Person, dem Anfechtungsgegner (§ 143). Es entsteht die Frage, wem gegenüber die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung zu erfolgen hat. Das GB. gilt in seinem § 2081 eine Vorschrift nur für die Anfechtung einer Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe ausgeschlossen, ein Testamentvollstrecker ernannt oder eine solche Verfügung aufgehoben wird. In diesen Fällen muß die Anfechtung gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt werden. Dasselbe gilt von einer Verfügung, durch die ein Recht für einen anderen nicht begründet wird, z. B. von der Auflage². Zweifelhaft aber ist, wer in anderen Fällen der Anfechtungsgegner sein soll. Da § 143 nicht anwendbar ist, weil die letztwillige Verfügung kein Vertrag ist, kann als Anfechtungsgegner nur derjenige in Frage kommen, der durch die anzufechtende Verfügung einen Vorteil erlangt hat³, § 143 IV.

3. Die Anfechtung ist an eine Ausschlußfrist von einem Jahr gebunden, die mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat. Das Anfechtungsrecht erlischt aber in jedem Fall mit dem Ablauf von 30 Jahren von dem Erbfall an. Nur wenn durch die Verfügung eine Leistungspflicht begründet war, kann die Leistung von dem Beschwerden

¹ Die Vorschrift scheint sachlich verfehlt. Denn dem Pflichtteilsberechtigten genügt der Pflichtteilsanspruch, um ihm den Pflichtteil zu verschaffen, falls nicht eine bewußte Entziehung des Pflichtteils vorliegt, in welchem Falle ja § 2079² die Anfechtung auch ausschließt, und seine Anfechtung kann nach dem im Text unter b) Gesagten ihm selbst gar nicht zugute kommen. Denn sie setzt ihn nicht in das Testament ein. Aber sofern die Anfechtung die gesetzliche Erbfolge eröffnet, kommt sie doch dem Pflichtteilsberechtigten auch zustatten.

² Vgl. auch die §§ 1639, 1782, 1803. Eine Form ist für diese Anfechtung nicht vorgeschrieben.

³ Aber auch beim Erbvertrag würde § 143 nicht ohne weiteres zutreffen, weil nicht der Erklärende, sondern ein Dritter anfecht. Vgl. auch KIPP § 36 IV 2.

auch dann noch verweigert werden, wenn er durch den Ablauf einer der beiden Fristen das Anfechtungsrecht selbst verloren hatte (§ 2082)¹.

4. Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen begründet, im Unterschied von der Anfechtung von Willenserklärungen unter Lebenden, keinen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses (§ 2078 III, 122).

5. Die Anfechtung hebt das Testament nur insoweit auf, als der Anfechtungsgrund reicht. Hat der Testator z. B. einem Verwandten infolge eines Irrtums eine größere Summe zugewandt, als er sonst getan hätte, so ist nur der Mehrbetrag anfechtbar. Und sind in einem Testament mehrere Verfügungen enthalten, so sind nur diejenigen anfechtbar, die durch den Anfechtungsgrund bestimmt sind².

6. Die Folge der Anfechtung ist, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung, soweit sie von dem Anfechtungsgrund betroffen wird³.

§ 10. Die Erbeinsetzung.

I. Unter den Zuwendungen von Todes wegen, d. h. den Verfügungen, die bezwecken, dem durch sie Begünstigten ein Recht auf einen Vermögenswert aus dem Nachlaß zu gewähren, spielt eine besondere Rolle die Erbeinsetzung. Im alten römischen Recht ein Geschäft von vorwiegend sakral- und familienrechtlicher Bedeutung, auch in anderen und vor allem auch in germanischen Rechten im engsten Zusammenhang mit der Adoption zum Zweck der Erhaltung der Familie stehend, hat sie doch im Lauf der Zeit diesen Zusammenhang vollkommen eingebüßt und ist heute wie schon im gemeinen Recht ein rein vermögensrechtliches Geschäft. Wir verstehen darunter die letztwillige Ernennung eines Gesamtrechtsnachfolgers in dem früher erörterten Sinn, die Einsetzung in die nicht ganz zutreffend als Vermögen des Erblassers bezeichnete Rechtsstellung, sei es nur einer Person oder mehrerer zu je einem Bruchteil (vgl. § 2087). Denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß zwar die Zuwendung von Vermögen die praktisch wichtigste Seite der Erbeinsetzung ist, daß sie sich aber darin nicht erschöpft und daß vor allem auch ein Rechtssubjekt, das keinerlei Vermögen hat, einen anderen zum Erben ernennen kann.

II. Zur Erbeinsetzung ist, wie schon nach gemeinem Recht, der Gebrauch bestimmter Worte nicht erforderlich. Die Frage, ob eine Zuwendung als Erbeinsetzung aufzufassen sei, ist daher eine Auslegungsfrage, die nicht nach den gebrauchten Worten allein, sondern nach dem ganzen Inhalt der Verfügung zu beantworten sein wird. Denn so scharf der am römischen Recht geschulte Jurist zwischen Erbeinsetzung und Einzelzuwendung unterscheidet, so ist doch diese Unterscheidung in das gemeine Sprachbewußtsein nicht eingedrungen, und nicht selten „vermacht“ der Erblasser dem einen sein gesamtes Vermögen, während er in derselben Verfügung einen anderen auf eine einzelne Sache „zum Erben einsetzt“. Mit Recht schneidet hier das BGB. Zweifel und Spitzfindigkeiten ab, indem es die Zuwendungen des Vermögens oder eines Bruchteils davon als Erbeinsetzung aufzufassen heißt (§ 2087 I), während es im umgekehrten Fall, wo dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet sind, mit ebensoviel Bedacht eine bloße Auslegungsregel aufstellt, nämlich daß er nicht als Erbe anzusehen sei, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist (§ 2087 II). Dadurch ist einerseits das Erbschaftsvermächtnis ausgeschlossen, das ja auch durch die Einrichtung der Nacherbschaft entbehrlich geworden ist und die Zuwendung des „Vermögens“ der sachlich allein angemessenen Regelung unterstellt; anderer-

¹ Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß der andere Teil in der Lage war, sein Recht rechtzeitig geltend zu machen, so daß ihm kein Unrecht geschieht, wenn der Beschwerte gegen seine Klage eine Einrede erhält. Aber die Vorschrift ist zu eng, worüber STROHAL I, S. 308.

² Vgl. dazu aber § 2085.

³ BGB. § 142 I. Die weiteren Folgen gehen aber unter Umständen darüber hinaus, s. oben bei 1 d; STROHAL I, S. 307 N. 29.

seits aber durch die genannte Auslegungsregel die Möglichkeit gewährt, eine nur unpassend formulierte Verfügung doch auf dem Wege der Auslegung der sachgemäßen Normierung als Universalzuwendung zu unterstellen. Zu dieser Auslegung wird insbesondere dann Veranlassung sein, wenn der Testator ausdrücklich überhaupt keine Gesamtrechtsnachfolger ernannt hat und die Einzelobjekte, über die er verfügt, sein Vermögen erschöpfen. Man wird aber in solchen Fällen, wenn also die Auslegung zu dem Ergebnis führt, daß in der Tat Erbeinsetzung gemeint sei, nicht in die Feinheiten der römischen *institutio ex re certa* verfallen dürfen, sondern die Bezeichnung der Einzelobjekte bei Mehrheit der Erben als Teilungsanordnung aufzufassen haben¹, wobei zugleich durch das Wertverhältnis der genannten Gegenstände die Höhe der Erbteile mittelbar bestimmt ist².

III. Mit dem Wesen des römischen Testamentes hängt aufs innigste der Satz des alten Rechts zusammen: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Die Testamentserbfolge schloß die Intestaterbfolge notwendig aus; hatte daher der Erblasser einmal ein gültiges Testament errichtet, so konnte er überhaupt nicht mehr ab intestato beerbt werden, da die Aufhebung wieder durch Testament, also unter Erbeinsetzung erfolgen mußte; und hatte er in seinem Testament nur über einen Teil seines Nachlasses verfügt, so erhielt der Testamentserbe notwendig auch den Rest, obwohl vielleicht der Erblasser die Absicht hatte, diesen seinen Intestaterben zu hinterlassen. Dieser Grundsatz ist dem deutschen Rechtsbewußtsein immer fremd und unerträglich erschienen, was begreiflich ist, da wir das römische Recht als eine fertige, von seinen geschichtlichen und kulturellen Grundlagen gelöste Einrichtung rein technischen Charakters übernommen hatten. Deshalb haben ihn die Partikularrechte aufgegeben und ist er auch in das BGB. nicht aufgenommen worden. Vielmehr verordnet es das Gegenteil vom römischen Recht: Hat der Erblasser nur einen Erben eingesetzt und die Einsetzung auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt, so tritt in Ansehung des übrigen Teils die gesetzliche Erbfolge ein (§ 2088). Ebenso erhöhen sich die Bruchteile mehrerer Erben, die die ganze Erbschaft nicht erschöpfen, nicht durch Anwachsung des übrigen Teils, sondern es tritt auch hier für den Rest die Intestaterbfolge ein (§ 2088 II). Das Testament schließt daher die gesetzliche Erbfolge nicht schon durch sein Dasein, sondern nur durch seinen Inhalt aus: soweit dieser reicht, ist für die Intestaterbfolge kein Raum. Nur wenn nach dem erkennbaren Willen des Erblassers die eingesetzten die alleinigen Erben sein sollen — was bei der Ernennung nur eines Erben *ex parte* nicht wohl denkbar ist, weil dies eine widersinnige Verfügung wäre — tritt, wenn die gemachten Bruchteile den Nachlaß nicht erschöpfen, eine entsprechende Erhöhung der Bruchteile ein (§ 2089). Eine solche Verfügung aber, die infolge ihrer ergänzenden Auslegung die Erbschaft erschöpft und verhindert, daß die gesetzlichen Erben zur Erbschaft gelangen, ist wohl zu unterscheiden von einer Verfügung, durch die der Erblasser geradezu seine gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließt, was für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft durch die Testamentserben von Bedeutung ist. Umgekehrt sind, wenn die gemachten Bruchteile das Ganze der Erbschaft übersteigen, sie verhältnismäßig zu mindern (§ 2090).

IV. Häufig wird der Erblasser mehrere Erben nennen, ohne sie auf bestimmte Bruchteile einzusetzen. In diesem Fall gelten sie regelmäßig als zu gleichen Teilen eingesetzt (§ 2091). Abweichungen können sich durch die Anwendung verschiedener Auslegungsregeln ergeben³. Der Erblasser kann die Erben aber auch zu verschiedenen großen Teilen einsetzen, und zwar nicht nur mit ausdrücklichen Worten, sondern auch mittelbar, indem er mehrere in eine Gruppe zusammenfaßt, um auszudrücken,

¹ BGB. § 2048.

² Vgl. im Näheren m. Rechtsstellung der Erben I, S. 117 N. 184 gegen STROHAL I, S. 150 N. 5. DERNBURG § 47 Z. V.

³ Vgl. die §§ 2055 ff.

daß sie von den zu bildenden Hauptbruchteilen nur einen bekommen sollen. Dies entspricht der *re conjunctio* des römischen Rechts. Ob dies der Fall sei, ist Auslegungsfrage. Dabei kann es wieder vorkommen, daß die in solcher Weise sachlich verbundenen Erben mehr oder weniger zugewendet bekommen haben als das Ganze ihres Gesamtbruchteils beträgt; in diesem Falle tritt natürlich unter ihnen wieder Minderung oder Erhöhung ihrer Einzelbruchteile innerhalb des gemeinsamen Bruchteils ein. Sind endlich von mehreren eingesetzten Erben die einen auf Bruchteile, die anderen ohne solche eingesetzt, so erhalten letztere den freigebliebenen Teil der Erbschaft; ergibt sich ein solcher nicht, so soll jeder der ohne Bruchteil eingesetzten soviel erhalten, wie der auf den kleinsten Bruchteil eingesetzte Erbe (§§ 2092ff.).

V. Die auf solche Weise sich ergebenden Erbteile können sich jedoch infolge des vor oder nach dem Erbfall eintretenden Wegfalls von Miterben vergrößern. Diese „Anwachsung“ genannte Erscheinung (§§ 2094, 2095) trat im römischen Recht immer dann ein, wenn überhaupt ein Erbe, sei es nun bei der testamentarischen oder bei der gesetzlichen Erbfolge, wegfiel. Sie beruhte auf dem Gedanken, daß der Tatbestand, der beim Vorhandensein mehrerer Erben die Berufung des einzelnen nur auf einen Erbteil zu begründen vermag, beim Wegfall dieser Mitberufenen die Berufung auf die ganze Erbschaft zur Folge haben muß (*concurso partes fiunt*). Das kommt auch in dem bekannten gemeinrechtlichen Satz zum Ausdruck: *portio portioni accrescit, non personae*, und in der gelegentlichen Bemerkung der Quellen, das *jus accrescendi* sei eigentlich ein *jus non decrescendi*. Dieser Gesichtspunkt mußte natürlich infolge der Unteilbarkeit der Berufung sowohl bei der gesetzlichen wie bei der Testamentserbfolge zur „Akkreszenz“ führen. Da durch die Errichtung des Testaments die Intestaterbfolge überhaupt ausgeschlossen wurde, mußte das Testament ebenso wie die Verwandtschaft mit dem Erblasser zur grundsätzlichen Berufung jedes Erben auf die ganze Erbschaft führen, was eben in dem genannten Satze zum Ausdruck kam. Nach dem BGB. beruht dagegen die „Anwachsung“ auf einem ganz anderen Gedanken. Von Anwachsung spricht es überhaupt nur bei der testamentarischen Erbfolge; bei der Intestaterbschaft bezeichnet es die römische Akkreszenz als Erhöhung des gesetzlichen Erbteils (§ 1935) und bringt durch diese terminologische Unterscheidung schon zum Ausdruck, daß es sich in beiden Fällen um verschiedenartige Institute handelt. Während die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nämlich auf dem Grundgedanken der römischen Akkreszenz beruht, wird die Anwachsung auf den vermutlichen Willen des Erblassers zurückgeführt. Diese Änderung des Standpunktes war notwendig, weil das BGB. den Grundsatz der Unteilbarkeit der Berufung (*nemo pro parte testatus etc.*) aufgegeben hat. Da der Erblasser teils nach seinem letzten Willen, teils nach dem Gesetz beerbt werden kann, ist es nicht notwendig, daß beim Wegfall eines Testamentserben die übrigen Testamentserben an seine Stelle treten; es können vielmehr auch die Intestaterben in Frage kommen. Die Anwachsung tritt also nicht mit derselben begrifflichen Notwendigkeit ein, wie die Akkreszenz des römischen Rechtes. Dem trägt das BGB. durch den Dispositivrechtssatz¹ Rechnung, daß beim Wegfall von Testamentserben zwar grundsätzlich Anwachsung eintritt, aber der Testator sie ausschließen kann. Wenn diese Anwachsung nach dem BGB. auch dann eintreten soll, wenn der konkurrierende Miterbe schon vor dem Erbfall weggefallen ist (§ 2094 I), so hat dies hier seinen guten Sinn; weil nämlich die Höhe des Erbteils, auf den jeder Miterbe berufen ist, an sich durch den Willen des Erblassers in bestimmter Weise festgelegt ist. Die Anwachsung läßt sich insofern als eine präsumtive gegenseitige Substitution der Miterben bezeichnen. Ist umgekehrt der Miterbe

¹ Vgl. dazu DERNBURG, Erbr. § 50 II; dessen Ansicht, daß auch jetzt noch die Anwachsung mit „Rechtsnotwendigkeit“ eintrete, in der Neubearbeitung von ENGELMANN aufgegeben ist; STROHAL I, S. 152; LEONHARD, Bem. I A zu § 2094. — Dem Wesen des heutigen Instituts hätte es freilich entsprochen, daraus eine Auslegungsregel zu machen.

nach dem Erbfall weggefallen, so muß keineswegs immer die Anwachsung eintreten. Durch seinen Tod wird vielmehr, wenn er die Erbschaft noch nicht angenommen hatte, seine Berufung keineswegs hinfällig, sondern sie bleibt wirksam, und infolge des ipso jure erfolgten Erwerbs der Erbschaft geht seine Quote mit dem Recht der Ausschlagung auf seine eigenen Erben über; nur seine oder dieser Erben Ausschlagung führt also hier die Anwachsung herbei. Der „Wegfall“ eines Miterben im Sinne des Gesetzes ist mithin Zerstörung der Berufung; sie tritt ein durch Ausschlagung, Tod vor dem Erbfall und durch Erbunwürdigkeit. Die Folge der Anwachsung aber ist die Erhöhung des Erbteils des Anwachsungsberechtigten. Aber immerhin hatte der Erblasser den einzelnen Erben in seiner Verfügung auf einen Erbteil von bestimmter Höhe berufen und diese Quoten vielleicht in verschiedenem Maße mit Vermächtnissen und Auflagen belastet. In dieser Beziehung, sowie hinsichtlich der etwa bestehenden Ausgleichspflicht gilt nach vernünftiger Regelung sowohl der ursprüngliche wie der anwachsende Teil als besonderer Erbteil (§ 2095). Im übrigen dagegen geht der anwachsende Teil in dem Erbteil des Berechtigten auf; und ganz folgerichtig; denn auch die Anwachsung beruht auf der Ungeteiltheit der Berufung, wenn diese hier auch auf den vermutlichen Willen des Erblassers zurückgeführt wird. Daher gilt die Annahme oder Ausschlagung des ursprünglichen Erbteils auch als Annahme oder Ausschlagung des anwachsenden oder angewachsenen Erbteils und braucht der Erbe vor allem auch die Anwachsung nicht zu erleben, da keine neue Berufung auf den anwachsenden Teil vorliegt¹.

§ 11. Ernennung von Ersatz- und Nacherben.

I. Wie das Gesetz für den Fall, daß der zunächst zur Erbschaft Berufene nicht zur Erbschaft gelangt, andere Personen zur gesetzlichen Erbfolge beruft (*successio ordinum et graduum*), so kann auch der Erblasser für den Fall, daß der von ihm zunächst Eingesetzte nicht Erbe wird, einen anderen zur Erbschaft berufen. Dies ist die Ersatzberufung oder Substitution (§§ 2096 ff.). Diese Ersatzberufung erfolgt für den Fall, daß die Berufung des zunächst Eingesetzten hinfällig wird, sei es durch Ausschlagung oder Erbverzicht oder infolge seiner Erbunwürdigkeit. Der Übergang der Erbschaft, die dem zunächst berufenen Erben bereits angefallen, aber von ihm noch nicht definitiv erworben war, auf seine Erben (die „*Transmissare*“) wird also durch die Substitution nicht ausgeschlossen; die *Transmissare* gehen vielmehr dem Substituten vor. Eine solche Ersatzberufung vermutet das BGB. vor allem, wenn der Erblasser einen seiner Abkömmlinge berufen hat und dieser nach Errichtung des Testamentes wegfällt, zugunsten der Abkömmlinge des eingesetzten Erben und ebenso, wenn ein Nacherbe ernannt ist, der Vorerbe aber den Erbfall nicht erlebt oder die Erbschaft nicht erwirbt. In der Berufung zum Nacherben liegt also zugleich die Berufung als Ersatzerbe. Die Einsetzung als Ersatzerbe wäre logischerweise mit dem römischen Recht als willkürlich bedingte Erbeinsetzung zu behandeln; die Folge müßte sein, daß der Substitut erst mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. mit dem Wegfall des zunächst eingesetzten Erben berufen wäre und diesen Zeitpunkt auch erleben müßte, eine Folgerung, die das römische Recht auch wirklich gezogen hat. Unser BGB. gibt auf diese Frage keine unmittelbare Antwort; die Wissenschaft sucht das genannte Ergebnis durch die Auffassung zu vermeiden, daß der Wegfall des zunächst eingesetzten Erben für die Berufung des Ersatzerben eine

¹ Der Anwachsung verwandt, wenn auch nicht mit ihr identisch, soll nach STROHAL I, S. 157 Z. 5, II S. 41 ff. der Fall sein, daß einer von mehreren Erben des Erben, der die ihm angefallene Erbschaft auf sie mit dem Rechte der Ausschlagung transmittiert, den seinem Erbteil entsprechenden Teil der transmittierten Erbschaft ausschlägt, insofern nach STROHAL, dem die Mehrheit der Schriftsteller folgt — vgl. LEONHARD, Bem. III zu § 1952 — dieser Teil den Miterben des Ausschlagenden zufallen soll. Die Entscheidung ist jedoch nicht haltbar, vgl. m. Rechtsstellung I, S. 136 und zustimmend KIPP § 54 Z. IV.

condicio juris sei, die den Anfall der Erbschaft nicht hinauschiebe¹. Indessen ist diese Begründung der gewollten Entscheidung ganz offenbar unhaltbar; denn so richtig es ist, daß ein Rechtsgeschäft, das seinem wesentlichen Inhalt nach eine bedingte Zuwendung enthält, nicht ohne diese Bedingung gedacht werden kann, so bedarf es doch eben gerade in unserm Falle der Zufügung der Bedingung, daß der zunächst eingesetzte nicht Erbe werde, damit der durch die Verfügung Bedachte als Ersatzerbe berufen sei, und liegt insofern eine wirklich bedingte Erbeinsetzung vor. Ebensowenig läßt sich die genannte Entscheidung darauf zurückführen, daß die Ausschlagung nach unserm BGB. rückwirkende Kraft und die Feststellung der Erbunwürdigkeit gleichfalls die Folge hat, daß der Anfall an den Berufenen als nicht erfolgt gilt; denn diese Vorschriften müssen gegenüber der Vorschrift des § 2074, wonach der durch eine bedingte Zuwendung Bedachte den Eintritt der Bedingung erleben muß, offenbar bedeutungslos sein. Aber die richtige Entscheidung folgt daraus, daß in diesem Fall bedingter Erbeinsetzung der Anfall der Erbschaft an den Ersatzerben nicht bis zur Entscheidung der Bedingung hinausgeschoben ist, da der Ersatzerbe eben nicht Nacherbe, sondern Erbe werden soll, so daß der Bedingung hier ausnahmsweise rückwirkende Kraft zukommen muß². Anders als im römischen Recht, wo die Bedingung die Hinausschiebung der Delation bedeutete und deshalb der bedingt eingesetzte den Eintritt der Bedingung erleben mußte, ist im heutigen Recht die Erbschaft dem bedingt eingesetzten Ersatzerben sofort, wenn auch bedingt, deferiert, und die Vorschrift des § 2074 zieht nicht etwa eine Folgerung aus der Hinausschiebung der Delation, sondern ist von dieser Frage ganz unabhängig, wie sich vor allem daraus ergibt, daß sie eine bloße Auslegungsregel ist, die ihre Folge auf den vermutlichen Willen des Erblassers gründet. Da im Fall der Einsetzung eines Ersatzerben mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Bedachte nicht erst Nacherbe nach § 2105, sondern sofort Erbe werden soll, falls nur überhaupt der Substitutionsfall eintritt, so muß die Auslegungsregel des § 2074 in diesem Fall als unanwendbar betrachtet werden. Infolgedessen muß der Ersatzerbe nur den Erbfall, nicht den Substitutionsfall erleben, um sein Recht an der Erbschaft auf seine Erben transmittieren zu können. — Hat der Erblasser, was besonders häufig der Fall sein wird, einen Miterben dem anderen oder mehrere Miterben einander gegenseitig substituiert, so tritt, wenn der eingesetzte Erbe wegfällt, im praktischen Ergebnis dieselbe Folge ein wie bei der Anwachsung. Nur insofern besteht eine Verschiedenheit, als der durch die Ersatzberufung dem Erben zufallende Teil selbständiger Annahme und Ausschlagung unterworfen ist, was bei der Anwachsung nicht der Fall ist. Dies hängt damit zusammen, daß Erbportion und Substitutionsportion als besondere Erbteile durch besondere Berufungsgründe erworben werden, während in der Anwachsung nur derselbe Berufungsgrund wirksam ist, wie in der Berufung auf den ursprünglichen Erbteil^{3, 4}.

II. Ganz verschieden von der Einsetzung eines Ersatzerben ist die Berufung eines Nacherben nach einem Vorerben (§§ 2100ff.). Während der Ersatzerbe dann eintritt, wenn der zunächst zum Erben Ernante nicht Erbe wird, setzt der Eintritt der Nacherbfolge gerade voraus, daß der zunächst zur Erbschaft Berufene Erbe geworden ist. Der Erblasser kann nämlich anordnen, daß die Erbschaft zunächst

¹ So STROHAL I, S. 160f.; dagegen DERNBURG § 51 IV, KIPP § 48 N. 3.

² Ebenso im wesentlichen DERNBURG und KIPP a. a. O.

³ Eine weitere Verschiedenheit soll nach § 2007 hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten gelten. Doch beruht diese Vorschrift auf unmöglichen Voraussetzungen. Vgl. § 27 II N 4.

⁴ Nach gem. Recht machte es unter Umständen, z. B. wenn A, B, C zu gleichen Teilen eingesetzt sind, einen Unterschied, ob es wegen des Wegfalls des C zur Anwachsung kommt oder deshalb nicht kommt, weil A und B Ersatzerben des C sind. Diese Verschiedenheit ist als durch § 1953 beseitigt zu erachten, und mit Recht, da Anwachsung und Ersatzberufung auf demselben Willen des Erblassers beruhen: STROHAL I, S. 162.

einem Erben anfallen und von diesem sodann einem weiteren Erben herausgegeben werden soll, der als Nacherbe bezeichnet wird. Dieses Gebilde der Nacherbschaft geht geschichtlich auf das fideicommissum hereditatis des römischen Erbrechts zurück, das sich im Lauf der Zeit zu einer wirklichen Universalsukzession zweiten Grades entwickelt hat, wenn auch das römische Recht immer Anstoß daran genommen hat — vermutlich aus sakralrechtlichen Gründen — den Erben zweiten Grades geradezu als Erben zu bezeichnen¹. Noch das gemeine Recht und das Preußische Landrecht haben sich gescheut, die terminologische Konsequenz aus der römischen Entwicklung zu ziehen, obwohl für sie der Satz *semel heres semper heres* seinen Sinn verloren hatte; für das gemeine Recht blieb der zunächst Berufene der Erbe und der zweitberufene Vermächtnisnehmer, während das Landrecht freilich den letzteren zum Erben machte und dem sog. Vorerben nur die Stellung eines Nießbrauchers zuwies². Sehr charakteristisch hat sich aber die preußische Praxis darüber hinweggesetzt und den Fiduziar bis zur Restitution als wirklichen Erben behandelt³. Erst das BGB. hat die Entwicklung zum Abschluß gebracht, indem es dem Vorerben den Nacherben gegenüberstellt und beide als Universalsukzessoren behandelt. Eine solche Nacherbfolge liegt nach dem BGB. nicht nur dann vor, wenn der Erblasser sie ausdrücklich angeordnet hat, sondern auch, wenn er verfügt hat, daß der Erbe die Erbschaft in einem bestimmten Zeitpunkt oder mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses an einen anderen herausgeben solle; dann erhält dieser letztere also nicht bloß die Stellung eines Vermächtnisnehmers, sondern des Erben. Ferner ist die bedingte und die befristete Erbeinsetzung als stillschweigende Anordnung der Nacherbfolge aufzufassen, insofern nämlich die Einsetzung unter einem Endtermin oder einer auflösenden Bedingung als Anordnung der Nacherbfolge zugunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers aufgefaßt werden soll, während die Einsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin als Einsetzung der gesetzlichen Erben zu Vorerben mit der Verpflichtung, die Erbschaft im fraglichen Zeitpunkt an die im Testament Eingesetzten als Nacherben herauszugeben, gelten soll. Nur wenn dabei der Fiskus als Nacherbe in Frage käme, sieht das Gesetz von dieser autoritativen Ergänzung des letzten Willens ab, weil nicht anzunehmen ist, daß deutsche Erblasser so viel fiskalischen Sinn besitzen, daß die stillschweigende Bedenkung des Fiskus denkbar wäre⁴; in diesem Fall muß also die Erbschaft dem Vorerben verbleiben und die auflösende Bedingung oder die Zeitbestimmung gestrichen werden. Ist ferner einer von mehreren Erben unter einer solchen Beschränkung eingesetzt, so werden mit dem Eintritt der Bedingung oder des Endtermins die übrigen Erben Nacherben nach den Grundsätzen über die Anwachsung. Ein besonders wichtiger Fall der Nacherbschaft liegt endlich vor, wenn die Erbschaft einer erst nach dem Erbfall gezeugten Person zukommen soll. Diese kann, wie bereits erörtert wurde, nicht Erbe werden; aber ihre Berufung wird als Anordnung einer Nacherbfolge aufrechterhalten (§ 2101 I). Dasselbe gilt für den Fall, daß eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht rechtsfähige Korporation oder Stiftung zu Erben eingesetzt ist (§ 2101 II). Anders verhält es sich nur mit der eigenen Stiftung des Erblassers, die, wie erörtert wurde (oben S. 11) dem natürlichen nasciturus gleichgestellt ist, so daß sie die Stellung eines Erben und nicht eines bloßen Nacherben erhält⁵.

1. Bei der Nacherbfolge müssen zwei Zeitpunkte unterschieden werden: der Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge und der von STROHAL unter Verwendung

¹ Vgl. dazu DERNBURG, Pand. III, § 119, Erbrecht § 52 II; ENDEMANN, Erbr. II, § 51 II.

² ALR. I, 12, 466. ³ DERNBURG, Erbr. § 53 III a. E.

⁴ Vgl. die gemeinrechtliche Auslegungsregel: „In dubio contra fiscum“.

⁵ Die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel zugleich die als Ersatzerbe, nämlich für den Fall, daß der Vorerbe wegfallen sollte. Ist zweifelhaft, ob die Verfügung als Anordnung der Nacherbfolge oder als Substitution aufzufassen ist, so gilt sie als letztere (§ 2102).

eines für den dies cedens beim Singularvermächtnis im gemeinen Recht gebrauchten Ausdrucks als „Voranfall“ bezeichnete Zeitpunkt⁵. In diesem erhält der Nacherbe eine vererbliche Anwartschaft auf die Erbschaft; in jenem tritt er in die Erbenstellung selbst ein. Das Gesetz sagt in diesem Fall, daß die Erbschaft „dem Nacherben anfällt“. Diesen Zeitpunkt muß aber der als Nacherbe Eingesetzte nicht erleben; es genügt vielmehr, wenn er einen früheren Zeitpunkt erlebt hat, nämlich regelmäßig den Zeitpunkt des Erbfalls. Nur in Ausnahmefällen tritt eine abweichende Behandlung des Voranfalls ein.

2. Auf die Nacherbfolge finden aber die Vorschriften über die Voraussetzungen der Berufung zur Erbschaft entsprechende Anwendung. Daher kann Nacherbe nur werden, wer zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge bereits lebt oder doch wenigstens schon erzeugt ist; wobei das über die Rechtsstellung des Nasciturus als Erben Gesagte entsprechend anzuwenden ist. Dagegen soll der umgekehrte Satz, daß Erbe nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls noch lebt, grundsätzlich auf den Nacherben nicht anwendbar sein. Vielmehr genügt eben, daß er den Zeitpunkt des sog. Voranfalls erlebt hat, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist.

3. Über die rechtliche Stellung des Vor- und des Nacherben ist später zu handeln¹. Ebenso sollen die anderen letztwilligen Verfügungen, wie Vermächtnisse, Auflagen usw. in anderem Zusammenhang dargestellt werden².

4. Die Einsetzung von Nacherben unterliegt zeitlichen Beschränkungen, um zu verhindern, daß der Testator die Erbschaft zu einem auf unbestimmte Zeit gebundenen Vermögen, d. h. zu einer Art von Familienfideikommiß mache. Denn das betrachtete der Individualismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts als eine große soziale und wirtschaftliche Gefahr. Deshalb hatte der erste Entwurf vorgesehen, daß die Nacherbfolge nur einmal sollte angeordnet werden dürfen. BGB. § 2109 hat diesen Vorschlag aber durch die bessere Vorschrift ersetzt, daß die Einsetzung eines Nacherben regelmäßig unwirksam wird, wenn der Fall der Nacherbfolge vor dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall noch nicht eingetreten ist. Nur ausnahmsweise gestattet das Gesetz das Überschreiten dieser Frist³.

§ 12. Gültigkeit und Ungültigkeit des Testamentes.

I. Der gemeine Sprachgebrauch bezeichnet einen Rechtsakt als gültig, wenn er die Sanktion der Rechtsordnung findet. Auch als wirksam wird ein solches Rechtsgeschäft bezeichnet, wobei die unzutreffende, aber vulgäre Auffassung mitgewirkt hat, daß zwischen dem Tatbestand des Rechtsgeschäfts und der sog. Rechtsfolge eine kausale Beziehung bestehe. Umgekehrt ist als ungültig oder unwirksam im weiteren Sinne eine Handlung zu bezeichnen, der das Gesetz die erstrebte Sanktion versagt⁴. Diese Unwirksamkeit ist aber von verschiedener Art, und danach unterscheiden wir Nichtigkeit, Unwirksamkeit i. e. S. und Anfechtbarkeit. (Außerhalb des Rahmens dieser Begriffe liegen natürlich Handlungen, die überhaupt nicht als Willenserklärungen aufzufassen sind; sie sind nicht etwa ungültige Rechtsgeschäfte, sondern Nichtrechtsgeschäfte.) Und zwar bezeichnen wir auf Grund der — freilich nicht mit vollem Bewußtsein durchgeführten — Terminologie des Gesetzes⁵ als nichtig Willenserklärungen, bei denen es an einem wesentlichen Stück des Tatbestandes fehlt, also an der Geschäftigkeit oder dem Willen der Geschäftspartei, an der vorgeschriebenen Form oder der Zulässigkeit des Inhalts (§§ 105, 117, 118, 125, 134, 138); als unwirksam solche, bei denen dieser wesentliche Tatbestand zwar vorhanden ist, aber irgendeine sonstige Rechtsfolgebedingung fehlt, wie z. B. die

¹ STROBEL I, S. 170.

² Vgl. unten § 37 ff.

³ Vgl. oben § 11 Z. II 4.

⁴ Vgl. § 2109; KIPP § 91 Z III, 1—3. Bei juristischen Personen, die als Vor- oder Nacherben eingesetzt sind, „bewendet es bei der dreißigjährigen Frist“. § 2109 II.

⁵ Vgl. ENNECCERUS, Lehrb. I, § 136 C; II, § 55; OERTMANN, Kommentar, Allg. Teil, Vorb. 6 vor § 104 BGB.

erforderliche Zustimmung eines Dritten (§§ 108, 111, 185 u. a.); als anfechtbar endlich ein Rechtsgeschäft, dessen Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgebedingungen zwar sämtlich vorhanden sind und das daher an sich auch die Sanktion der Rechtsordnung findet, dessen „Rechtsnormbetroffenheit“ die Parteien aber aus besonderen in ihrer Person liegenden Gründen zu zerstören berechtigt sind, wenn diese „Wirksamkeit“ von ihnen als unerträglich empfunden wird. (§§ 119, 120, 123, 318, 1331 ff. u. a. m.) Entsprechend ist auch bei der letztwilligen Verfügung zu unterscheiden: Die Nichtigkeit eines Testaments kann beruhen: auf dem Mangel der vorgeschriebenen Form (§ 125); auf dem Fehlen der Testierfähigkeit des Erblassers (§§ 104, 105 I, 2229 II und III, oben S. 14); auf Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung (§ 105 II); endlich auf der Unerlaubtheit des Inhalts (§§ 134, 138, 2263, 2302). Auf solche nichtigen Testamente finden die allgemeinen Grundsätze über nichtige Rechtsgeschäfte und ihre Bestätigung Anwendung. Da die letztwillige Verfügung keine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, kommen die besonderen Nichtigkeitsgründe solcher Erklärungen für sie nicht in Betracht. Aber auch die allgemeinen Unwirksamkeitsgründe der Rechtsgeschäfte spielen hier deshalb keine Rolle, weil das Gesetz die Mitwirkung dritter Personen bei der Errichtung des Testamentes ausschließt. Dagegen wird ein gültig errichtetes Testament natürlich dadurch nachträglich unwirksam, daß eine objektive Rechtsfolge- oder Wirksamkeitsbedingung nachträglich wegfällt, z. B. daß der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser verstirbt oder die ihm gültig angefallene Erbschaft ausschlägt oder die Bedingung, unter der die Zuwendung erfolgt ist, ausfällt, oder der Fall der Nacherbfolge nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eintritt oder eine hinsichtlich der Form privilegierte Verfügung durch Zeitablauf hinfällig wird. Während es für die Frage der Nichtigkeit wesentlich auf den Zeitpunkt der Errichtung des Testaments ankommen wird, wird die Wirksamkeit i. e. S. regelmäßig nach dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers beurteilt werden müssen¹. — Anfechtbar endlich ist ein gültig errichtetes Testament wegen Irrtums und Drohung und wegen Übergang eines zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten, dessen Vorhandensein dem Erblasser bei der Errichtung der Verfügung unbekannt war oder der erst nachträglich geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist (§§ 2078 ff.; vgl. oben § 9 Z. II 1a—d)².

II. Es liegt ferner im Wesen des Testamentes als einer letztwilligen Verfügung, daß es vom Testator jederzeit widerrufen werden kann (§§ 2253 ff.). Das widerrufen Testament ist als nachträglich unwirksam zu betrachten. Verzicht des Erblassers auf späteren Widerruf ist unwirksam; will er an seine Verfügung gebunden sein, so muß er die Form des Erbvertrages wählen. Der Widerruf kann nach BGB. entsprechend dem späteren römischen Recht nicht nur durch ein neues Testament erfolgen — was aber heute nur formelle Bedeutung hat —, sondern auch durch Vernichtung der Testamentsurkunde und andere Veränderungen, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt (§ 2255). Besonderes gilt von einem öffentlichen oder in öffentliche Verwahrung gegebenen Testament: es gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird (§ 2256). Dies ist eine unwiderlegliche Vermutung; sie tritt ein, auch wenn der Testator keinen Widerruf beabsichtigt hat. Auch ohne eigentlichen „Widerruf“ aber wird eine letztwillige Verfügung dadurch hinfällig, daß sie mit einem späteren Testamente inhaltlich

¹ Vgl. STROHAL I S. 309 N. 34 gegen ENDEMANN, Bd. I (des Erbrechts), S. 507 Z. IIa.

² Die Ungültigkeit und Anfechtbarkeit können sich innerhalb eines Testamentes auf einzelne Verfügungen beschränken. Dann gilt der Satz: *Utile per inutile non vitiatur*. Dies nur dann nicht, wenn anzunehmen ist, daß des Testator die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen haben würde (§§ 2085, 139). Vgl. oben § 9 Z. II 5.

unvereinbar ist. — Es liegt im Wesen des durch Testament erfolgten Widerrufs als einer letztwilligen Verfügung, daß er selbst wieder durch Testament widerrufen werden kann. Dadurch wird die widerrufenen Verfügung ebenso wirksam, wie wenn sie überhaupt nicht widerrufen worden wäre. Dasselbe gilt von der Unwirksamkeit eines gültig errichteten Testaments infolge Unvereinbarkeit mit dem Inhalt eines späteren Testamentes. Wird dieses letztere widerrufen, so ist damit der Unwirksamkeitsgrund hinfällig geworden und das frühere Testament wieder wirksam geworden.

§ 13. Das gemeinschaftliche Testament.

Unter einem gemeinschaftlichen Testament versteht man die Vereinigung der letztwilligen Verfügungen mehrerer Personen in demselben Testamente. Solche scheinen schon im Altertum unter Ehegatten vorgekommen zu sein; doch erkannte sie das römische Recht nicht an. Aber im gemeinen Recht gelangten sie gewohnheitsrechtlich zur Geltung, und zwar ohne irgendwelche Beschränkung. Die späteren Kodifikationen verhielten sich zu ihnen weniger wohlwollend: der code civil verbot sie überhaupt; das preußische Landrecht und das österreichische BGB. ließen sie nur unter Ehegatten zu. In dieser Beschränkung hat sie auch das BGB. zugelassen (§§ 2265ff.) und mit Recht; denn wenn auch gewiß die gemeinschaftliche Verfügung eine Abnormität ist und gewisse Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung zur Folge hat, so entspricht doch das Bedürfnis nach gemeinsamer letztwilliger Verfügung dem Wesen der Ehe als einer Gemeinschaft des ganzen Lebens und Willens, die sich auch über den Tod hinaus berechtigterweise geltend zu machen sucht. Ein solches gemeinschaftliches Testament kann in jeder Testamentsform errichtet werden; sogar als Privattestament, obwohl die genaue Erfüllung der für dieses vorgeschriebenen Förmlichkeiten an sich nicht möglich ist: das Gesetz erklärt die formgerechte Niederschrift durch den einen Ehegatten für erforderlich und ausreichend, wenn der andere Ehegatte die eigenhändig geschriebene, datierte und unterschriebene Erklärung beifügt, daß die Verfügung als sein Testament gelten solle (§ 2267). Der Inhalt eines solchen Testamentes kann, aber muß nicht darin bestehen, daß sich die Ehegatten gegenseitig bedenken (*testamentum reciprocum*) und daß die beiden Verfügungen miteinander stehen und fallen sollen (*testamentum correspectivum*). Die Gemeinschaftlichkeit bezieht sich also an sich nur auf die Form (*testamentum simultaneum*); dieses Testament kann daher alle Willenserklärungen enthalten, die überhaupt als letztwillige Verfügungen denkbar sind.

Besonders häufig sind gemeinschaftliche Testamente, die den Nachlaß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten einem Dritten zuwenden. Diese Verfügung kann den Sinn haben, daß der Dritte aus dem Testament des letztverstorbenen Gatten als Erbe (Ersatzerbe) und aus dem des zuerst verstorbenen als Nacherbe berufen sein soll. In der Regel ist das aber nicht die Meinung der Testatoren, und das BGB. entscheidet daher mit Recht den Fall durch eine Auslegungsregel anders: Es soll nämlich der überlebende Ehegatte zunächst Erbe des verstorbenen sein, und nach dessen Tode soll der Dritte als sein Erbe in das gesamte, in seiner Hand vereinigte Vermögen berufen sein (§ 2269). Infolgedessen hat der überlebende Ehegatte die rechtliche Stellung eines Erben und nicht eines Vorerben, so daß er in der Verfügung über den Nachlaß des erstverstorbenen unbeschränkt ist, und muß der Dritte den Tod des überlebenden erleben, um überhaupt etwas aus dem Vermögen der beiden Ehegatten zu erlangen¹. Auch Vermächtnisse zugunsten Dritter, die erst

¹ Sog. Berliner Testament. Vgl. dazu KIPP § 27 Z. II 1b; LEONHARD §§ 2269 V, 2064 IV gegen P. MEYER § 49 zu N. 12; ENDEMANN I, § 63 IV. Da das Testament gegenseitig ist, stehen die beiden Verfügungen auch in Geltungsabhängigkeit, so daß der Überlebende die Einsetzung des Dritten nicht widerrufen kann. Aber er kann über den Nachlaß frei verfügen und dadurch den Dritten um das Erbe bringen. Hat in dem gemeinschaftlichen Testamente der Mann be-

nach dem Tode des Zweitverstorbenen erfüllt werden sollen, fallen erst mit dem Tode des letzteren an.

Ein besonderes juristisches Interesse bietet das gemeinschaftliche Testament nur, wenn es korrespondierend ist. Ob dies der Fall sei, sieht das BGB. als eine Auslegungsfrage an; es vermutet aber mit Recht die gewollte Korrespondenz (Geltungsabhängigkeit), wenn sich in dem Testament die Ehegatten gegenseitig bedenken, sei dies nun durch Erbeinsetzung oder in anderer Weise, oder wenn zwar nur der eine Gatte den anderen bedenkt, dieser aber — unter der Voraussetzung seines Überlebens — eine Verfügung zugunsten einer dritten Person trifft, die mit dem anderen verwandt ist oder ihm sonst nahesteht; also in den Fällen vollkommener und hinkender Wechselseitigkeit. Die Auslegung kann jedoch auch in anderen Fällen zu dem Ergebnis führen, daß die Verfügungen in gegenseitiger Abhängigkeit voneinander stehen sollen¹. Liegt aber hiernach ein korrespondierendes Testament vor, so hat dies die Bedeutung, daß die Nichtigkeit und der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Für andere Gründe der Unwirksamkeit gilt dies nicht; vor allem wird die Verfügung des einen Ehegatten nicht dadurch hinfällig, daß der in der Verfügung des andern bedachte Dritte vor dem Testator verstirbt. Im näheren ist auch die Frage, wie weit sich die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen erstreckt, eine Auslegungsfrage².

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Gemeinschaftlichkeit der Verfügung keine Bindung der Ehegatten an ihre Verfügungen begründet. Das gemeinschaftliche Testament ist kein Erbvertrag. Vielmehr kann jeder Ehegatte die von ihm getroffenen Verfügungen ebenso frei widerrufen, wie wenn sie in einem anderen Testament errichtet worden wären. Doch bestimmt das BGB. zur Abschneidung von Zweifeln, daß ein gemeinschaftliches Testament als widerrufen durch Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur dann gilt, wenn es von beiden Ehegatten zurückgenommen worden ist. Auch korrespondierende Verfügungen sind an sich frei widerruflich. Aber das Gesetz zieht zunächst in bezug auf die Form des Widerrufs eine Schranke: solange beide Ehegatten leben, kann der eine Ehegatte seine Verfügung ohne die Zustimmung des anderen nur durch eine gegenüber dem andern abzugebende gerichtlich oder notariell beglaubigte Erklärung widerrufen, und ist vor allem auch der einseitige Widerruf durch eine neue Verfügung von Todes wegen nicht möglich. Eine gegen dieses Verbot verstoßende Verfügung wäre nichtig. Dagegen steht natürlich nichts der Aufhebung des Testaments durch ein neues gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag unter den Ehegatten im Wege; es soll ja durch diese Vorschrift nur verhindert werden, daß der eine Gatte sich an seine Verfügung gebunden glaubt und sie bestehen läßt, weil er auch die Verfügung des anderen als noch in Geltung betrachtet. Handelt es sich dabei aber nur um formelle Beschränkungen des Widerrufsrechts, so ändert sich dies mit dem Tode eines der Ehegatten: der überlebende Ehegatte hat damit das Recht des Widerrufs überhaupt verloren. Anders verhält es sich nur, wenn der Überlebende die ihm von dem Erstverstorbenen gemachte Zuwendung ausschlägt, oder, wenn das nicht geschieht, wenn sich der vom Überlebenden bedachte Dritte einer Verfehlung schuldig macht, die jenen zur Erziehung des Pflichtteils berechtigt oder doch berechtigen würde, wenn der Dritte sein Abkömmling wäre, weil angenommen werden muß, daß mit diesem Widerruf der vorverstorbenen Ehegatte einverstanden wäre, wenn er noch

stimmt, daß die Frau die Erbschaft nur unter der Bedingung behalten solle, daß sie sich nicht wieder verheirate, so ist, da § 2269 eine bloße Auslegungsregel ist, die Verfügung des Mannes als auflösend bedingte Einsetzung der Frau, d. h. als Einsetzung als Vorerbin aufzufassen, was eine sehr verschiedene Rechtsstellung der Frau in bezug auf die Verfügungsmacht bedingt. Vgl. dazu das Kammergericht EOLG. 40 S. 17 ff., 43 S. 185 f., KIPP § 27 N. 7.

¹ § 2270 II. Vgl. dazu auch RG. J.W.S. 1927, S. 1205 Nr. 20; KIPP § 28, Nr. 5, und andere dort angeführten Entscheidungen.

² So mit Recht STROHAL I, S. 327 N. 31.

lebte. Durch die Annahme der ihm gemachten Zuwendung seines Gatten wird also der Überlebende geradeso an seine eigene Verfügung gebunden, wie wenn er einen Erbvertrag geschlossen hätte¹.

Zweites Kapitel.

Der Erbvertrag.

§ 14. Begriff und Abschluß.

Auch die Erbverträge waren dem römischen Rechte fremd; sie wurden aber durch die gemeinschaftliche Praxis anerkannt. Die Kodifikationen haben sich zu ihnen verschieden verhalten; das französische Recht läßt sie nur unter Ehegatten zu; das preußische Landrecht hat den Erbvertrag — abweichend von seinem Standpunkt gegenüber dem gemeinschaftlichen Testamente — im weitesten Umfang zugelassen. Das BGB. folgt darin ihm und dem gemeinen Recht. Es versteht dabei unter Erbvertrag nur den Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag; den vertraglichen Erbverzicht regelt es an besonderer Stelle und in besonderer Weise².

I. Der Erbvertrag hat mit dem Testamente gemein, daß er dazu bestimmt ist, die Rechtsverhältnisse eines Erblassers für die Zeit nach seinem Tode zu regeln. Er ist wie dieses ein Rechtsgeschäft von Todes wegen. Durch diese Verwandtschaft beider Institute und den Wunsch, die Gebilde des gemeinen Rechts auf das römische Recht zurückzuführen und aus ihm zu begründen, haben sich manche Juristen verleiten lassen, beide Rechtsgeschäfte als besondere Arten eines einheitlichen Institutes aufzufassen, vor allem der Pandektist HARTMANN, demzufolge der Erbvertrag ein Testament mit Widerrufsverzicht sein sollte³. Indessen ist ein solches Testament mit seinem eigenen Begriff im Widerspruch; denn da es zum Wesen des Testamentes gehört, ein letztwilliges Geschäft zu sein, ist ein unwiderrufliches Testament kein Testament und kann ein Verzicht auf seinen Widerruf nicht wirksam sein. Aber freilich war die heutzutage klar herausgearbeitete Unterscheidung von Rechtsgeschäften von Todes wegen und letztwilligen Geschäften der gemeinrechtlichen Lehre noch nicht voll bewußt geworden.

II. Nach unserm bürgerlichen Recht können nur gewisse Verfügungen von Todes wegen, nämlich Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen durch Vertrag vorgenommen werden (§ 2278). Ein solcher Vertrag heißt Erbvertrag, welcher Ausdruck freilich insofern ungenau ist, als er nur auf den Erbeinsetzungsvertrag paßt. Von diesem Erbvertrag sind natürlich die unzulässigen Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus einem solchen Nachlaß zu unterscheiden. Denn beim Erbvertrag ist der in Frage kommende Erblasser selbst Partei, während er es in den genannten Fällen nicht ist. Und immer ist der Erbvertrag Verfügung von Todes wegen; er hat keinen schuldrechtlichen Inhalt, während die Verträge, die gegen den § 312 verstoßen, Rechtsgeschäfte unter Lebenden sind, die eine Verpflichtung zur Leistung zum Inhalt haben. Zwar ist

¹ Ist der durch eine korrespondierende Verfügung Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling wenigstens des einen Ehegatten, und hat er sich in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet ist, so kann der Erblasser sowohl nach dem Tode des anderen Ehegatten wie noch bei dessen Lebzeiten durch letztwillige Verfügung die Anordnungen treffen, die nach § 2338 zur Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht zulässig sind.

² Vgl. unten § 30.

³ G. HARTMANN, Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten 1860. Seiner Auffassung nähert sich wieder HELLEWIG, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 591ff. Dagegen vor allem STROHAL I, S. 367 und dort Gen.; KIPP § 30 VI.

gelegentlich die Meinung vertreten worden, auch der Erbvertrag erzeuge eine obligatorische Bindung des Erblassers. Aber diese Auffassung wird seinem Wesen nicht gerecht. Der Erblasser wird durch seinen Erbvertrag keineswegs bloß verpflichtet, ihm widersprechende Verfügungen von Todes wegen zu unterlassen, sondern ihm wird die Fähigkeit, zu testieren, soweit der Inhalt des Vertrages reicht, entzogen. Insofern hat er eine gewisse Ähnlichkeit mit den Verfügungsgeschäften unter Lebenden. Aber wegen dieses Verfügungscharakters darf man ihn doch nicht ein abstraktes Rechtsgeschäft nennen — wie Verfügungen unter Lebenden abstrakte Rechtsgeschäfte sind —; denn er setzt durchaus nicht wie diese ein Kausalgeschäft als seine Grundlage voraus¹. Ebensowenig ist er ein gegenseitiger Vertrag im Sinn des Obligationenrechts — wenn auch die Unentgeltlichkeit nicht zu seinen begrifflichen Merkmalen gehört —, weil er eben überhaupt kein Schuldvertrag ist.

III. Geschlossen wird der Erbvertrag zwischen dem Erblasser und einem Dritten, der die Willenserklärung des Erblassers annimmt und dadurch den Erblasser an sie bindet. Es kann aber auch ein zweiseitiger Erbvertrag geschlossen werden, in dem jede Vertragspartei Verfügungen von Todes wegen trifft (§§ 2278 I, 2298). Indes ist dies für den Begriff des Erbvertrages ebenso unwesentlich, wie daß die darin vereinbarten Verfügungen gerade zugunsten des anderen Vertragsteils getroffen sind; vielmehr ist der Erbvertrag auch als einseitiger Vertrag und als Vertrag zugunsten eines Dritten möglich². Aber im letzteren Fall unterscheidet er sich sehr wesentlich von einem solchen Vertrag unter Lebenden. Denn bei diesem handelt es sich immer um eine Leistung an den Dritten, wovon hier keine Rede sein kann, weshalb auch die Vorschriften der §§ 328ff. hier nicht zur Anwendung kommen können. Vielmehr erhält der Dritte hier mit dem Erbfall ein Erbrecht oder einen Vermächtnisanspruch gegen den Erben, und ist bis zu diesem Zeitpunkt seine Rechtsstellung der eines anderen Erben oder Vermächtnisnehmers bei Lebzeiten des Erblassers analog. Er hat m. a. W. eine bloße Anwartschaft, die dadurch hinfällig werden kann, daß der Erbvertrag unter den Parteien wieder aufgehoben wird. Übrigens brauchen nicht alle Verfügungen, die in einem Erbvertrag zugunsten eines Dritten getroffen sind, als vertragliche aufgefaßt zu werden; es sind ja auch letztwillige Verfügungen in einem solchen Vertrag möglich. Ob daher die Verfügung zugunsten des Dritten zum Vertragsinhalt des Erbvertrages gehöre und ob deshalb die Aufhebung des Erbvertrages erforderlich sei, um sie außer Kraft zu setzen, ist eine Auslegungsfrage; ist sie zu verneinen, so genügt zu ihrer Aufhebung der bloße Widerruf.

IV. Wie die Errichtung des Testaments, so ist auch die des Erbvertrages eine höchst persönliche Angelegenheit des Erblassers (§ 2274), so daß die Mitwirkung eines gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreters ausgeschlossen ist. Dafür bedarf der Testator der vollen Geschäftsfähigkeit (nicht der Testierfähigkeit [§ 2275]). Eine Ausnahme von dieser Regel macht das Gesetz nur für den Fall, daß der Vertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird. Hier kann nämlich der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein; nur bedarf er dann der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, und wenn dies ein Vormund ist, auch des Vormundschaftsgerichts (§ 2275 II). Dagegen muß die andere Vertragspartei den Erbvertrag nicht persönlich schließen, und sie kann daher auch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, ja gänzlich geschäftsunfähig sein. Im letzteren Fall muß natürlich an ihrer Stelle der gesetzliche Vertreter handeln, im ersteren dagegen bedarf sie der Mitwirkung dieses Vertreters nicht, da sie dadurch, daß der Erblasser an seine Verfügung gebunden wird, keinen rechtlichen Nachteil erleidet³.

V. Einer Form bedurfte der Erbvertrag nach gemeinem Rechte nicht; man wendete in Ermangelung positiver Vorschriften das Prinzip der Formlosigkeit der

¹ Vgl. auch DERNBURG § 95 III gegen PLANCK V (3. Aufl.) Vorbem. 2 vor § 2274.

² Darüber vor allem HELLWIG a. a. O. S. 608ff.; DERNBURG § 96 IV; STROHAL I, S. 349.

³ STROHAL I, S. 352.

Verträge auch auf diesen Fall an und gelangte so zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß der Testator eine schwer zu erfüllende Form beobachten mußte, um eine widerriefliche Verfügung zu errichten, dagegen keine Form, wenn er dauernd an seine Verfügung gebunden sein sollte. Indessen hatte diese Behandlung des Erbvertrags doch wohl den Sinn, daß durch die Mitwirkung einer zweiten Partei bei diesem Geschäft dieselben Zwecke erreicht werden konnten, wie bei dem sonst ganz heimlichen, weil einseitigen Testament durch die Formvorschriften, was freilich nur zum Teil zutrifft, da der Vertragsgegner meist an dem Vertragsinhalt sehr lebhaft interessiert sein wird. Das BGB. hat daher mit Recht das gemeinrechtliche Prinzip verlassen, indem es einen Formzwang eingeführt hat (§ 2276).

Vor allem kann der Erbvertrag ausnahmslos nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, oder, soweit dies nach dem Gesagten zulässig ist, ihrer Vertreter vor Gericht oder einem Notar geschlossen werden. Auf diesen öffentlichen Urkundsakt finden aber außerdem auch die für die Errichtung eines öffentlichen Testamentes geltenden Vorschriften Anwendung, wobei, was in ihnen vom Erblasser gesagt ist, hier für jeden Vertragsteil gilt. Für einen Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden ist, genügt jedoch die Form des Ehevertrags; d. h. die Beobachtung der für die Aufnahme des Testamentes vorgeschriebenen Formen ist hier nicht erforderlich. Die Bedeutung dieses Nachlasses an Formalitäten wird jedoch dadurch wieder abgeschwächt, daß die Formvorschriften des Gesetzes über die Freiwillige Gerichtsbarkeit für die Errichtung des Erbvertrages im wesentlichen die über die Errichtung des öffentlichen Testamentes wiedergeben¹.

VI. Neben den vertraglichen Verfügungen, an die sich der Erblasser bindet, können im Erbvertrag, d. h. in der Vertragsurkunde, von jedem Vertragsteil, also auch vom Gegenkontrahenten des Erblassers, einseitige und letztwillige Verfügungen getroffen werden (§ 2299). Dies läuft darauf hinaus, daß die Parteien, wenn sie nur überhaupt einen Erbvertrag über irgendeinen Gegenstand schließen, auch wenn sie nicht Ehegatten sind, doch gemeinschaftlich letztwillig verfügen, also ein gemeinschaftliches Testament errichten können.

§ 15. Rechtliche Natur und Rechtsfolgen.

I. Die vertraglichen Verfügungen von Todes wegen unterstehen, abgesehen davon, daß sie nicht widerrufenlich sind, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, den Vorschriften über letztwillige Verfügungen (§ 2279). Eine Besonderheit gilt in bezug auf die Anfechtung des Erbvertrages: während nämlich das Testament vom Erblasser selbst nicht angefochten werden kann, weil es frei widerrufen werden kann, verhält es sich mit dem Erbvertrag anders, weil dieser den Erblasser schon zu seinen Lebzeiten bindet. Der Erbvertrag muß deshalb anfechtbar sein. Und zwar zunächst für den Erblasser; andere Personen können den Erbvertrag nur dann anfechten, wenn der Erblasser bis zum Augenblick des Todes das Anfechtungsrecht noch nicht verloren hatte (§§ 2281, 2285)².

II. Der Erbvertrag ist, wie bereits erörtert wurde, weder ein obligatorischer noch ein dinglicher Vertrag noch ein Testament mit Widerrufsverzicht, sondern ein einheitliches Rechtsgeschäft von Todes wegen. Sehen wir von der durch den Vertrag bedingten Bindung des Erblassers ab, so haben die vertraglichen Verfügungen, nämlich Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, denselben rechtlichen

¹ Vereinbaren die Vertragsparteien nicht das Gegenteil, so soll die über den Erbvertrag aufgenommene Urkunde unter Anwendung der für das öffentliche Testament geltenden Vorschriften (§ 2246) verschlossen, mit einer Aufschrift versehen und in amtliche Verwahrung genommen werden (§ 2277).

² Die Anfechtungsgründe sind im allgemeinen dieselben wie bei letztwilligen Verfügungen. Vgl. die §§ 2078 u. 2079; eine Besonderheit gilt nach § 2281 I. Über die Anfechtung im nähern die §§ 2282—85 und oben § 9.

Charakter, als wenn sie durch letztwilliges Geschäft errichtet wären. Aus diesem rein erbrechtlichen Charakter des Erbvertrages ergibt sich vor allem, daß die Bindung des Erblassers auch nur erbrechtliche Bedeutung hat; daß der Erblasser weder verpflichtet ist, Verfügungen, die mit dem Erbvertrag im Widerspruch stehen, zu unterlassen, noch daß er durch ihn in der Verfügung über sein Vermögen unter Lebenden beschränkt ist (§ 2286). Doch macht das Gesetz hiervon zwei Ausnahmen: Wenn der Erblasser eine Schenkung gemacht hat, um den Vertrags-erben zu benachteiligen, so ist dieser nach dem Anfall der Erbschaft berechtigt, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verlangen, und in ähnlicher Weise kommt das Gesetz dem Vertragsvermächtnisnehmer im Falle einer vom Erblasser beabsichtigten Benachteiligung zu Hilfe (§§ 2287, 2288).

III. Daß der Erbvertrag ein einheitliches Rechtsgeschäft und nicht aus einem Testament und einem Widerrufsverzichtsvertrag zusammengesetzt ist, ist von praktischer Bedeutung¹. Wäre der Erbvertrag dieses zusammengesetzte Geschäft, so wäre es nicht möglich, daß ein testierunfähiger Erblasser einen Erbvertrag schliesse; denn er könnte das im Erbvertrag enthaltene Testament nicht errichten. Daraus, daß nach unserm BGB. ein testierunfähiger Ehegatte einen Erbvertrag schließen kann, ergibt sich, daß im Gesetz eine andere Auffassung vom Wesen des Erbvertrags durchgeführt ist. Ein weiteres Argument gegen jene Lehre ergibt sich aus der Behandlung der Anfechtbarkeit des Erbvertrags. Eine letztwillige Verfügung kann ja vom Erblasser selbst nicht angefochten werden. Daher könnte sich die im Gesetz zugelassene Anfechtung des Erbvertrags immer nur auf den Teil dieses Rechtsgeschäftes beziehen, der Vertrag ist, d. h. auf den Widerrufsverzicht; nach seiner Anfechtung bliebe immer noch das Testament bestehen, das erst noch durch Widerruf beseitigt werden müßte. Obwohl also der Erbvertrag einheitlich und darin keine letztwillige Verfügung enthalten ist, besteht doch insofern ein enger Zusammenhang zwischen dem Erbvertrag und der letztwilligen Verfügung, als auch die letztere jedenfalls eine Verfügung von Todes wegen ist, die nur weniger kräftig ist als der Erbvertrag. Daher wird man mit STROHAL² annehmen können, daß eine vertragliche Verfügung, die als solche unwirksam ist oder geworden ist, als letztwillige aufrechterhalten werden kann, sofern nämlich anzunehmen ist, daß sie als solche vom Erblasser errichtet worden wäre, wenn er den Grund der Unwirksamkeit des Erbvertrags gekannt hätte. Aber noch nach anderer Richtung ist diese Verwandtschaft des Erbvertrags mit dem Testamente von Bedeutung. Wie das letztere eine ältere letztwillige Verfügung aufhebt, soweit sie mit dieser nicht vereinbar ist, so muß es sich auch beim Erbvertrag verhalten. Aber das Gesetz geht darüber hinaus, indem es den Erbvertrag eine frühere letztwillige Verfügung insoweit aufheben läßt, als dieser „das Recht des Vertragserben beeinträchtigt“ (§ 2289). Die testamentarische Errichtung eines Vermächtnisses wird also durch die spätere Errichtung eines Erbvertrags hinfällig, obwohl an sich Vermächtnis und Erbeinsetzung als Rechtsgeschäfte von verschiedener Bedeutung nicht miteinander in Widerspruch stehen und vor allem ein in einem früheren Testamente errichtetes Vermächtnis durch eine spätere testamentarische Erbeinsetzung nicht berührt wird. Diese Besonderheit des Erbvertrags hängt damit zusammen, daß für den Inhalt des Geschäftes nicht die Meinung nur der einen Vertragspartei maßgebend sein kann; daß sich vielmehr der Vertragserbe darauf muß verlassen können, daß ihm die Erbschaft so werde hinterlassen werden, wie es dem Vertragsinhalt selbst entspricht, während es natürlich beim Testament als einem einseitigen Rechtsgeschäft ganz ausschließlich auf den Willen des Erblassers ankommen kann. Für die Auslegung eines späteren Testaments kann daher ein früheres Testament desselben Erblassers sehr wohl herangezogen werden; die Auslegung des Erbvertrags

¹ STROHAL I, S. 376f.; KIPP § 30 VI.

² I S. 376.

dagegen hat nur danach zu fragen, was der Vertragserbe als Inhalt der Willenserklärung des Erblassers nach objektiven Gesichtspunkten ansehen muß. Hiernach bestimmt sich das „Recht“ des Vertragserben, und hiernach beantwortet sich daher auch die Frage, ob eine ältere Verfügung es „benachteiligt“. — Eine Besonderheit gilt für den Fall, daß dem Erbvertrag ein bisher noch nicht widerrufenes gemeinschaftliches und korrespondierendes Testament vorangegangen ist. Dieses wird durch den Erbvertrag nur dann aufgehoben, wenn der Vertrag unter denselben Personen abgeschlossen worden ist, die das Testament errichtet hatten. Andernfalls setzt die Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments durch den Erbvertrag die Zustimmung des anderen Ehegatten voraus (§ 2271 I).

IV. Wenn auch das römische Recht den Erbvertrag nicht kannte, so hat es doch ein Rechtsgeschäft ausgebildet, das sich in manchen Beziehungen mit ihm berührt, nämlich die Schenkung auf den Todesfall, *mortis causa donatio*. Im gemeinen Recht standen daher die Schenkung auf den Todesfall und der Vermächtnisvertrag nebeneinander. Die erstere war im Grunde ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, nämlich ein Schenkungsvertrag unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebe; sie näherte sich jedoch dadurch einem letztwilligen Geschäft, daß sie als widerruflich angesehen wurde. Denn wenn kein Widerruf erfolgt und die Bedingung eingetreten war, so galt die Schenkung als bereits zu Lebzeiten des Schenkers erworben, so daß ihr Gegenstand überhaupt nicht zum Nachlaß gehörte; das Schenkungsversprechen begründete auch keine dem Erben auferlegte Belastung, sondern eine auf ihn vererbte Schuld des Erblassers. Das Vertragsvermächtnis dagegen war eine Verfügung von Todes wegen, die den Erben zugunsten des Bedachten belastete und aus der der Bedachte vor dem Erbfall kein Recht erwarb. Der Unterschied zwischen beiden Geschäften verwischte sich freilich in der Praxis des späteren römischen Rechts, die auf die *donatio mortis causa* viele Sätze des Vermächtnisrechtes anwandte. In dieser Zwitterstellung ist die Schenkung auf den Todesfall in das gemeine Recht übergegangen. Das BGB. hat dadurch Klarheit zu schaffen gesucht, daß es die Schenkung von Todes wegen als selbständiges Geschäft überhaupt strich. Infolgedessen gilt jetzt folgendes:

1. Auf das unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebe, gegebene und zu Lebzeiten des Schenkers unerfüllt gebliebene Schenkungsversprechen finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen schlechthin Anwendung (§ 2301). Hieraus folgt, daß ein solches Versprechen keine größere Bedeutung haben kann als ein Vermächtnisvertrag, sowie daß es in der Form eines solchen errichtet werden muß. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann es unter Umständen als letztwillige Verfügung, nämlich als einseitiges Vermächtnis, aufrecht erhalten werden.

2. Eine vom Schenker bereits zu seinen Lebzeiten vollzogene Schenkung wird dagegen trotz der ihr etwa beigefügten Bestimmung, daß der geschenkte Gegenstand an den Schenker zurückfallen solle, wenn der Beschenkte den Schenker nicht überlebe, durchaus nach den Vorschriften über die Schenkung unter Lebenden behandelt (§ 2301 II).

§ 16. Aufhebung des Erbvertrags.

Die durch den Erbvertrag eingetretene Bindung des Erblassers an seine Verfügung äußert sich darin, daß er sie nicht einseitig aufheben, sowie daß er keine weiteren Verfügungen von Todes wegen treffen kann, die das Recht des Vertragserben beeinträchtigen würden¹. Dagegen ist er natürlich an die nur im Erbvertrag

¹ Der Erbe muß sich darauf verlassen können, daß ihm die Erbschaft so zufallen wird, wie sie ihm nach dem Inhalt des Vertrags gebührt. Daher werden entgegen dem § 2258 Vermächtnisse, auf die im Vertrag nicht hingewiesen ist, Testamentvollstreckungen usw. aufgehoben. Motive V S. 231f. Vgl. oben § 15 III.

getroffenen letztwilligen Verfügungen nicht gebunden, sondern kann sie ebenso einseitig widerrufen, als ob sie in einem Testamente stünden (§ 2299 II). Wird jedoch der Erbvertrag in der zulässigen Weise aufgehoben, so treten im Zweifel auch diese Verfügungen außer Kraft (§ 2299 III)¹. Die Bindung an den Erbvertrag ist nämlich nicht unwiderruflich: vielmehr gilt folgendes: Durch den Erbvertrag errichtete Vermächtnisse und Auflagen kann der Erblasser durch Testament aufheben, wenn der andere Teil zustimmt (§ 2291); die Zustimmung ist eine an den Vertragserblasser zu richtende, gerichtlich oder notariell zu beglaubigende Willenserklärung, die der testamentarischen Aufhebung des Vermächtnisses auch nachfolgen kann. Ferner kann ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag auch durch gemeinschaftliches Testament derselben Ehegatten aufgehoben werden (§ 2292). Abgesehen davon ist die Aufhebung des Vertrags, auch wenn er zugunsten eines Dritten geschlossen worden ist, nur durch einen Vertrag möglichst, der derselben Form bedarf wie der Erbvertrag und unter denselben Personen geschlossen werden muß, die den Erbvertrag geschlossen haben (§ 2290). Daher ist die Aufhebung des Erbvertrags unmöglich, wenn eine der Vertragsparteien gestorben ist. — Von dieser Aufhebung des Erbvertrags durch Vertrag (*contrarius consensus*) ist der Erbverzicht des Vertragserben zu unterscheiden. Ein solcher Verzicht ist dem gesetzlichen wie auch dem Testamentserben gestattet und wäre an sich auch beim Vertragserben denkbar. Indessen gestattet das Gesetz nur dem durch den Erbvertrag zur Erbschaft berufenen Dritten, durch Vertrag mit dem Erblasser auf die ihm gemachte Zuwendung zu verzichten; der Erbe, der Partei des Erbvertrags gewesen ist, ist auf die vertragliche Aufhebung des Erbvertrags beschränkt. Dies ist sachgemäß, da sonst die strengeren Vorschriften, die für die Aufhebung des Erbvertrags gelten, hinfällig würden. Handelt es sich um einen Erbvertrag zugunsten eines Dritten, so können also die Vertragsparteien den Vertrag in den für den Erbvertrag selbst geltenden Formen aufheben, und zwar ohne daß dieser Vertrag der Zustimmung des Dritten bedarf; es kann aber auch der Dritte durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein Erbrecht verzichten, wozu nur gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich ist.

Das Gesetz kennt endlich auch einen Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag. Dieser ist natürlich nicht der Willkür des Erblassers anheimgestellt, was der Bindung an den Vertrag widersprechen würde, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Nämlich: wenn ihn sich der Erblasser im Vertrag — und natürlich für bestimmte Fälle — vorbehalten hat; wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder berechtigen würde, wenn der Vertragserbe ein Abkömmling des Erblassers wäre; endlich, wenn die vertragliche Verfügung mit Rücksicht auf eine gegenüber dem Erblasser übernommene Verpflichtung zu lebenslänglich wiederkehrenden Leistungen, insbesondere von Unterhalt, errichtet und diese Verpflichtung vorzeitig aufgehoben worden ist (§§ 2293ff.)². In diesen Fällen erfolgt der Rücktritt, wie auch sonst, durch eine der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftige adressierte Willenserklärung (§ 2296).

§ 17. Der gegenseitige Erbvertrag.

Entsprechend der beim Testament gebräuchlichen Terminologie kann man von gemeinschaftlichen Erbverträgen dann reden, wenn die beiden Vertragsteile in dem einheitlichen Vertrage als Erblasser Verfügungen von Todes wegen errichtet haben. Ein solcher Vertrag ist nicht an besondere Voraussetzungen gebunden; vor allem ist nicht erforderlich, daß die Vertragsschließenden Ehegatten sind. Er ist

¹ Der Erblasser kann sich zweifellos im Vertrag die spätere Errichtung von den Vertragserben belastenden letztwilligen Verfügungen vorbehalten.

² Der Rücktritt steht hier m. E. unter dem Gesichtspunkt der fehlenden „Geschäftsgrundlage“. Vgl. OERTMANN, Die Geschäftsgrundlage 1921.

ein gegenseitiger Vertrag, wenn sich darin die Parteien gegenseitig mit Zuwendungen von Todes wegen bedenken, und dieser Vertrag ist korrespondierend, sofern die Parteien die Wirksamkeit ihrer Verfügungen in gegenseitige Abhängigkeit gebracht haben. Aber das Gesetz erkennt diesen Geltungszusammenhang nicht nur, wie beim Testament, an, wenn sich die Vertragsparteien gegenseitig bedenken (*testamentum reciprocum*), sondern immer schon dann, wenn überhaupt die beiden Parteien in dem Vertrag Verfügungen getroffen haben, sofern sich nicht durch Auslegung ein anderer Wille der Vertragsschließenden ermitteln läßt. Diese Abweichung vom gemeinschaftlichen Testament ist darin begründet, daß schon durch die Vertraglichkeit der Verfügungen eine gewisse Gegenseitigkeit begründet wird: mag die Verfügung des einen Teils irgendeinem Dritten zugute kommen, der andere wird die seinige doch eben im Zusammenhang mit jener getroffen und sich mit Rücksicht auf ihren Bestand an seine Verfügung gebunden haben. Es wird also in der Tat regelmäßig der Absicht der Parteien entsprechen, daß die beiderseitigen Verfügungen in ein Verhältnis funktioneller Abhängigkeit treten. Dem trägt das Gesetz Rechnung, indem es bestimmt, daß in solchem Fall die Nichtigkeit der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen („des ganzen Vertrages“) zu Folge hat (§ 2298 I). Macht ferner der eine Teil von dem ihm vorbehaltenen Rücktrittsrecht Gebrauch, so wird dadurch gleichfalls der ganze Vertrag aufgehoben. Dieses Rücktrittsrecht erlischt jedoch beim gegenseitigen Erbvertrag durch den Tod der anderen Vertragspartei; indessen kann der Überlebende seine vertragliche Verfügung dann durch Testament aufheben, wenn er das ihm durch den Vertrag ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2298 II)¹.

Drittes Kapitel.

Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen.

§ 18.

Die außerordentliche Tragweite der Verfügungen von Todes wegen und ihre Eigentümlichkeit, erst nach dem Tode des Verfügenden wirksam zu werden, machen die amtliche Veröffentlichung und Verkündung dieser Verfügungen erforderlich. Deshalb nötigte schon das römische Recht die Hinterbliebenen unter Androhung schwerer Strafen, Testamente zum Zweck der amtlichen Eröffnung und Bekanntgabe an die Behörde abzuliefern. Im gemeinen Recht sind diese Strafen zwar abgekommen; dafür hat sich aber die Gewohnheit herausgebildet, die amtlich errichteten und verwahrten Testamente auch stets amtlich zu eröffnen. Das Allgemeine Landrecht schrieb die gerichtliche Eröffnung aller letztwilligen Verfügungen vor.

Auch nach dem Recht des BGB. sind Verfügungen von Todes wegen, also Testamente wie Erbverträge, nach dem Tode des Erblassers alsbald amtlich zu eröffnen (§§ 2259ff.). Eine entgegenstehende Vorschrift des Erblassers ist nichtig (§ 2263). Zur Eröffnung ist regelmäßig das Nachlaßgericht zuständig. Bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen sind die Verfügungen des überlebenden Teils, soweit sie sich absondern lassen, nicht zu verkündigen oder sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen (§§ 2273, 2300). Nach der Eröffnung der Verfügung von Todes wegen, die in Gegenwart der Nachlaßbeteiligten erfolgen soll, hat das Nachlaßgericht die im Eröffnungstermin nicht zugezogenen Nachlaßbeteiligten von dem sie betreffenden Inhalt der Verfügung in Kenntnis zu setzen und außerdem jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, Einsicht- und Abschriftnahme zu gestatten (§§ 2262—2264).

¹ Über § 2298 III vgl. den Kommentar von LEONHARD, S. 462, N. 5 und KIPP, *Erbrecht*, S. 133, N. 5.

III. Erbfolge.

Erstes Kapitel.

Die Berufungsgründe.

§ 19. Die Berufungsgründe im allgemeinen.

I. Die Berufung einer bestimmten Person zur Erbschaft eines anderen setzt, wie wir gesehen haben, außer dem Erbfall vor allem voraus, daß in der erstgenannten Person ein bestimmter Berufungsgrund vorliegt. Über den Erbfall ist bereits gehandelt worden; ebenso haben wir den Begriff des Berufungsgrundes entwickelt¹. Wir haben ihn bestimmt als den konkreten Tatbestand, dem das Gesetz die Bedeutung beilegt, Bedingung für die konkrete Berufung zu sein, und haben auch die verschiedenen Arten von Berufungsgründen festgestellt. Der Berufung durch Verfügung des Erblassers von Todes wegen tritt die sog. gesetzliche Berufung gegenüber, d. h. die Berufung aus Tatbeständen, die nicht in Willenserklärungen des Erblassers bestehen. Dies ist die sog. Intestaterbfolge. Eine Berufung gegen den Willen des Erblassers kennt unser heutiges bürgerliches Recht dagegen nicht; es gibt mit anderen Worten kein Noterbrecht mehr. Denn das aus dem früheren Recht herübergerettete Pflichtteilsrecht hat nicht mehr die Bedeutung, den Berechtigten zum Erben zu machen.

II. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das römische Recht den Grundsatz der Unteilbarkeit des Berufungsgrundes durchführt. Der Erblasser konnte nur entweder ab intestato oder ex testamento beerbt werden, und er konnte nur einen letzten Willen haben; daher konnte weder die gesetzliche Erbfolge mit der testamentarischen konkurrieren, noch konnten mehrere Testamente nebeneinander bestehen, so daß das jüngere Testament das ältere durch die bloße Tatsache seines Bestehens, ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, notwendig aufhob. Anders unser BGB. Es gibt zwar keine Vorschrift über das Verhältnis der verschiedenen Berufungsgründe zueinander; aber seine Vorschriften setzen die Möglichkeit einer Konkurrenz der Berufungsgründe voraus. Die gesetzliche Erbfolge wird durch die testamentarische nicht notwendig ausgeschlossen, sondern nur, soweit dies dem Inhalt des Testaments entspricht. Ebenso wird eine letztwillige Verfügung nicht schon dadurch aufgehoben, da daß eine neue Verfügung erlassen wird, sondern nur dadurch, daß ihr die neue Verfügung inhaltlich widerspricht und nur soweit dies der Fall ist. Insofern kann man also von einem Nebeneinanderbestehen der verschiedenen Berufungsgründe sprechen. Aber man kann daraus nicht schließen, daß kein Berufungsgrund den anderen ausschließe, wie in der Regel angenommen wird. Die verschiedenen Berufungsgründe sind einander nämlich keineswegs gleichgestellt; vielmehr tritt die gesetzliche Erbfolge nur ein, wenn keine Berufung von Todes wegen vorliegt, sie steht also immer noch hinter dieser. Andererseits kann die Berufung durch Testament zwar nicht nur dann eintreten, wenn kein Erbvertrag vorhanden ist, aber doch jedenfalls dann nicht, wenn sie dem Vertrag zuwiderlaufen würde. Die Berufungsgründe haben also verschiedene Stärke: voran steht der Erbvertrag; dann kommt das Testament, dann das Gesetz. Aber dieser Ausschluß erfolgt nicht durch das bloße Dasein, sondern durch den Inhalt; soweit er nicht im Wege steht, können alle drei Berufungsgründe miteinander konkurrieren.

Diese Rangordnung ist begrifflich notwendig. Würde sie nicht gelten, so könnte weder der Erbvertrag noch das Testament dem Willen des Erblassers Geltung verschaffen; das Ergebnis wäre der Primat oder sogar die alleinige Geltung der Intestatorerbfolge.

¹ Oben § 5.

§ 20. Die gesetzliche Erbfolge.

Wenn wir von gesetzlicher Erbfolge sprechen, so hat dies die rein negative Bedeutung einer nicht auf dem Willen des Erblassers beruhenden Erbfolge. Sie steht im Range auch noch im heutigen Recht zurück hinter der „gewillkürten Erbfolge“, mag diese nun auf Testament oder auf Erbvertrag beruhen, und tritt daher nur ein: wenn es an einer wirksamen Verfügung von Todes wegen überhaupt fehlt oder diese nachträglich ihre Wirksamkeit verliert (an Stelle der Erbfolge von Todes wegen); oder neben der letzteren, soweit der Erblasser nicht selbst über seinen Nachlaß verfügt hat; oder vor der gewillkürten Erbfolge, wenn nämlich der durch Verfügung von Todes wegen berufene Erbe die Erbschaft erst nach dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder Zeitpunkts haben soll (hier wird der gesetzliche Erbe Vor-, der eingesetzte Erbe Nacherbe), oder endlich nach der gewillkürten Erbfolge, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nur auf eine gewisse Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder einer auflösenden Bedingung haben soll (so daß der gesetzliche Erbe Nacherbe, der Testaments- oder Vertragserbe Vorerbe wird).

Die Frage, wer der gesetzliche Erbe eines bestimmten Erblassers wird, beantwortet sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt des Erbfalles, und zwar, im Gegensatz zum römischen Recht, selbst dann, wenn es sich erst einige Zeit nach diesem entscheidet, daß es zur Testaments- oder Vertragserbfolge nicht kommt oder der zunächst berufene gesetzliche Erbe die Erbschaft nicht endgültig erwirbt. In diesen Fällen ist also für diese Frage nicht etwa der Zeitpunkt maßgebend, in dem feststeht, daß es zur gewillkürten Erbfolge nicht kommt oder die Berufung des nächsten gesetzlichen Erben erfolglos ist, sondern ist der Zeitpunkt des Erbfalles maßgebend, mag der nunmehr Berufene auch inzwischen gestorben sein; die Sache wird dann ebenso behandelt, als ob er die Erbschaft im Augenblick des Erbfalles erworben und mit dem Rechte der Ausschlagung auf seine Erben transmittiert hätte. Trotzdem kann man nicht sagen, daß der nunmehrige Erbe schon zur Zeit des Erbfalles berufen war. Vielmehr kann er nach dem Begriff der Berufung damals nicht berufen gewesen sein; es handelt sich in Wahrheit darum, daß an den Tatbestand seiner nunmehr erst erfolgten Berufung dieselbe Rechtsfolge geknüpft wird, wie wenn er schon zur Zeit des Erbfalles berufen gewesen wäre, also um eine juristische Fiktion, die wie jede andere der Auflösung bedarf und die durchaus keine Schwierigkeit bietet, sobald wir uns darüber klar sind, daß Rechtsfolgen von Tatbeständen keine Rechtswirkungen von Ursachen sind. — Eine abweichende Behandlung tritt bei der Nacherbfolge ein.

Gesetzliche Erben sind nach BGB.: die Verwandten des Erblassers in bestimmter, später zu erörternder Reihenfolge; neben diesen und in gewissen Fällen sogar vor ihnen der überlebende Ehegatte und an letzter Stelle der Fiskus¹.

I. Im näheren gilt von der Erbfolge der Verwandten folgendes (wobei der Begriff der Verwandtschaft als an anderer Stelle erörtert vorausgesetzt werden muß): Das BGB. hat an Stelle der gemeinrechtlichen Gradualordnung, nach welcher der dem Grade nach nähere Verwandte grundsätzlich den entfernteren Verwandten ausschloß, die deutschrechtliche lincal-Gradual- oder Parentelenordnung durchgeführt, bei der in erster Linie nicht die Nähe der Verwandtschaft des Erben mit dem Erblasser, sondern die nähere Verwandtschaft seines Hauses mit dem Erblasser maßgebend ist, so daß diejenigen Verwandten vor anderen vielleicht dem Grade nach näheren Verwandten zur Erbschaft berufen sind, die

¹ Und zwar der Fiskus des Bundesstaates, dem der Erblasser angehörte, eventueil der Reichsfiskus, § 1936. Vgl. im näheren KIPP, Erbrecht, § 6. Über das Erbrecht anderer öffentlich-rechtlicher Korporationen, Anstalten und Stiftungen vgl. EG. Art. 138, 139.

mit dem Erblasser den näheren Ahnen gemeinsam haben (s. Abb. 1). Gewiß läßt sich diese Regelung der Intestaterbfolge mit der Erwägung rechtfertigen, daß bei ihr die Stärke des Verwandtschaftsgefühls für die Reihenfolge der Berufung maßgebend ist; aber im Grunde macht sich die Besonderheit des Parentelensystems im Vergleich mit der römischen Gradualordnung erst in den späteren Ordnungen geltend, bei denen es schon bisher fraglich war und heutzutage in erhöhtem Maße fraglich geworden ist, ob für den Gesetzgeber irgendeine Veranlassung besteht, überhaupt ein gesetzliches Erbrecht anzuerkennen¹. Häufig ist hier das Gefühl der verwandtschaftlichen Zusammengehörigkeit gar nicht oder nur gering entwickelt; häufig nur einseitig, auf der Erwartung der künftigen Erbschaft beruhend. Und wenn es beim Erblasser gegenüber diesen Seitenverwandten vorhanden ist, so kann er ihm durch Erbeinsetzung Ausdruck geben, so daß der Gesetzgeber ihm nicht zu

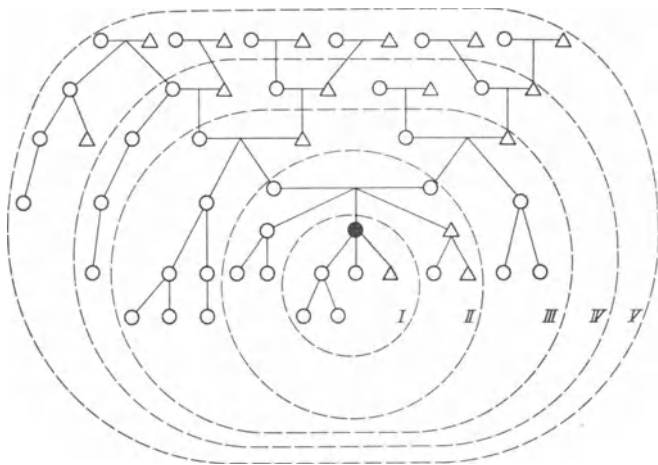


Abb. 1.

Hilfe zu kommen braucht. — Die erste dieser Ordnungen oder Parentelen besteht aus den Abkömmlingen des Erblassers, die zweite aus den Eltern des Erblassers und deren Abkömmlingen, die dritte aus den Großeltern und deren Abkömmlingen usf., wobei die Zahl der zur Erbschaft berufenen Ordnungen unbeschränkt ist. Aber eine spätere Parentel wird nur dann zur Erbfolge berufen, wenn Verwandte einer früheren Ordnung nicht zur Erbschaft gelangen; es gilt also insofern auch heute noch die *successio ordinum et graduum* (§ 1930).

1. In der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers ohne Rücksicht auf Gradesnähe berufen; es erben also Enkel neben Söhnen (§ 1924) (s. Abb. 2). Aber freilich wird der entferntere Abkömmling durch den näheren, der seine Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt, ausgeschlossen.

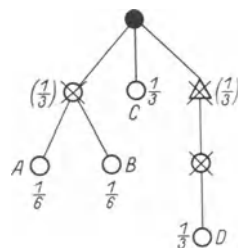


Abb. 2.

Die hiernach berufenen Personen teilen den Nachlaß unter sich in verschiedener Weise: Sind nur Kinder vorhanden, so teilen sie nach Köpfen, sind neben Kindern Abkömmlinge entfernteren Grades von vorverstorbenen Eltern vorhanden, so tritt Teilung nach Stämmen ein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheinen solche entfernteren Abkömmlinge nur dann in Betracht zu kommen, wenn der zwischen ihnen und dem Erblasser stehende nähere Abkömmling vorverstorben ist, nicht dagegen, wenn er lebt, aber aus anderen Gründen nicht zur Erbschaft gelangt. Aber die Ausdrucksweise des Gesetzes wird berichtigt durch die Vorschrift, daß ein Erbe, der die Erbschaft ausgeschlagen oder auf sie verzichtet hat, oder dem sie wegen Erbnunwürdigkeit wieder verloren gegangen ist, so zu behandeln ist, als wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte (§§ 1953, 2344, 1946), und dasselbe muß angenommen werden, wenn ihn der Erblasser von der

¹ Die Frage ist übrigens von geringer Bedeutung infolge der Steigerung der Erbschaftssteuer nach der Entfernung der Verwandtschaft.

Erbschaft ausgeschlossen hat. So sind also entferntere Abkömmlinge immer dann neben näheren als zur Erbschaft berufen anzusehen, wenn der Abkömmling, der ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt, aus irgendeinem Grunde nicht zur Erbschaft gelangt¹.

2. Die zweite Ordnung bilden die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge, seien es gemeinschaftliche oder einseitige, vorausgesetzt natürlich, daß letztere gerade mit dem Erblasser verwandt und infolgedessen ihm gegenüber erbberechtigt sind². Die in dieser Ordnung Berufenen teilen den Nachlaß unter sich in folgender Weise: Erben Eltern allein, so teilen sie nach Köpfen; ist ein Elternteil neben Abkömmlingen des anderen berufen, so erhalten die letzteren den Teil, der auf den weggefallenen Elternteil entfallen würde, wenn er zur Erbschaft gekommen wäre³. Sind endlich beide Eltern vorweg gestorben, so fällt die eine Hälfte des Nachlasses an die Vater-, die andere an die Mutterseite nach den für die erste Ordnung geltenden Grundsätzen. Auch wenn nur Geschwisterkinder erben, so tritt nicht wie im römischen Recht Teilung nach Köpfen, sondern nach Stämmen ein (§ 1925) (s. Abb. 3).

3. Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge, und zwar sind in dem seltenen Fall, daß die beiden Großelternpaare

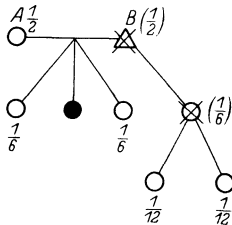


Abb. 3.

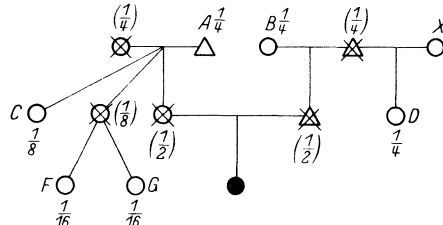


Abb. 4.

noch leben, die Abkömmlinge überhaupt ausgeschlossen⁴ Ist dagegen ein Großvater oder eine Großmutter verstorben, so sind seine Abkömmlinge neben dem überlebenden Teil dieses Großelternpaares berufen; sind solche nicht vorhanden, so erbt nur der andere Großelternanteil, und wenn auch dieser verstorben ist, erben dessen Abkömmlinge. Ist das eine Großelternpaar verstorben und hat es keine Abkömmlinge hinterlassen, so ist das andere Großelternpaar oder dessen Abkömmlinge allein zur Erbschaft berufen. Die Verteilung des Nachlasses erfolgt in verschiedener Weise. Erben die vier Großeltern, so teilen sie nach Köpfen. Andernfalls tritt dieselbe Behandlung wie in der zweiten Ordnung ein, einerlei ob Abkömmlinge vorhanden sind oder nicht. Der Nachlaß wird also in zwei Linien- und vier Stammteile zerlegt, wobei jedes Großelternpaar mit seinen Abkömmlingen eine Linie bildet und jede Linie so behandelt wird wie die zweite Parentel. Die Abkömmlinge aber in jeder Linie erben ebenso wie die Abkömmlinge in der ersten Parentel (§ 1926) (s. Abb. 4)⁵.

¹ Soweit hienach entferntere Abkömmlinge berufen sind, erben sie kraft eigenen Rechtes, nicht aus dem Erbrecht des weggefallenen Abkömmlings und mithin ohne Rücksicht darauf, ob sie den Weggefallenen selbst beerbt haben. Der von der älteren gemeinrechtlichen Lehre aufgestellte Begriff des Repräsentationsrechts ist dem BGB. fremd (abw. KIPP § 4 II 1).

² Nicht berufen sind also angenommene und legitimierte Kinder der Eltern des Erblassers.

³ Es besteht also, wie man sagt, kein „Schoßfallsrecht“. Der Ausdruck hängt damit zusammen, daß das deutsche Recht Aszendenz und Deszendenz als Schoß und Busen unterscheidet, wobei es aber, wie das BGB., in der Regel den Busen dem Schoß vorgehen läßt.

⁴ Über die uneheliche Großmutter s. LEONHARD § 1926 Bem. II; KIPP § 4 zu N. 21.

⁵ In diesen drei Ordnungen ist der Gedanke der Stammeneinheit unbeschränkt durchgeführt. Das äußert sich vor allem darin, daß die Abkömmlinge des vorverstorbenen Elternteils mit dem überlebenden Teil konkurrieren, so daß nur „bedingtes Schoßfallsrecht“ gilt. Es gilt aber

4. In der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge berufen. Die Berufung in dieser Ordnung ist aber anders geregelt als in der vorhergehenden, insofern nämlich Abkömmlinge überhaupt ausgeschlossen sind, sofern noch ein Urgroßelternteil vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall, so entscheidet unter ihnen die Gradesnähe. Die Verteilung des Nachlasses erfolgt unter Urgroßeltern ebenso wie unter Abkömmlingen von solchen nach Köpfen (§ 1928).

5. In derselben Weise werden noch entferntere Parentelen behandelt; es ist dazu zu bemerken, daß das BGB. eine Grenze überhaupt nicht zieht (§ 1929).

II. Abweichend vom römischen Recht, aber übereinstimmend mit manchen deutschen Partikularrechten gibt das BGB. dem überlebenden Ehegatten auch beim Vorhandensein naher Verwandter und selbst von Abkömmlingen des Erblassers ein gesetzliches Erbrecht, sofern die Ehe bis zum Tode des Erblassers bestanden hat¹. Und zwar wächst der Umfang der Erbberechtigung des Ehegatten, je entfernter die Verwandtschaft seiner Konkurrenten mit dem Erblasser ist. Daher ist er neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben solchen der zweiten Ordnung zur Hälfte des Nachlasses berufen, während er neben den zur dritten Ordnung gehörenden Großeltern die Hälfte der Erbschaft erhält. Treffen aber mit Großeltern auch Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der überlebende Ehegatte auch noch von der anderen Hälfte den Teil, der auf diese Abkömmlinge entfallen würde, so daß er zwar nicht den Großeltern, wohl aber deren Abkömmlingen schlechthin vorgeht (s. Abb. 5). Überdies gebührt ihm, wenn er neben Verwandten der zweiten oder dritten Ordnung berufen ist, außer diesem Erbteil auch noch ein nach Vermächtnisrecht zu behandelnder Voraus, nämlich die zum ehelichen Haushalt des Verstorbenen gehörenden Gegenstände und die Hochzeitsgeschenke. Andere als die genannten Verwandten des Erblassers verdrängt der überlebende Ehegatte überhaupt (§ 1931 ff.).

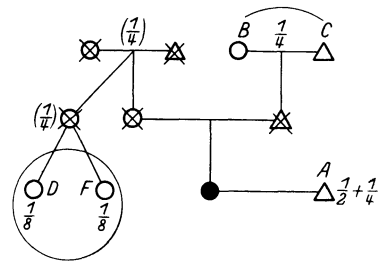


Abb. 5.

III. Als gesetzlicher Erbe kommt schließlich noch der Fiskus in Betracht (§ 1936). Das BGB. hat damit den Standpunkt des römischen Rechts verlassen, nach dem an den Fiskus zwar die erblosen Nachlässe fielen, aber dem Fiskus nicht

auch für die Seitenlinien: Innerhalb der einzelnen Stämme erhalten die zu diesem Stamm gehörenden immer den Teil, der auf den weggefallenen Stammvater gefallen wäre, wenn er Erbe geworden wäre. Trotzdem wäre es verfehlt, von einem Repräsentationsrecht der Abkömmlinge zu reden: Sie erben aus eigenem Recht, und vor allem gilt nicht der Satz: *vivi nulla repraesentatio*, wie sich aus den §§ 1953, 2344 ergibt.

¹ In zwei Fällen ist das Erbrecht des Ehegatten sogar beim Vorliegen dieser Voraussetzung ausgeschlossen, §§ 1575 ff., 1933. Nämlich wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben und nicht wiederhergestellt worden ist und wenn der verstorbene Ehegatte berechtigt war, auf Scheidung wegen Verschuldens des überlebenden zu klagen und die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der Gemeinschaft erhoben hatte. Über den Fall, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte stirbt, schweigt sich das Gesetz aus. LEONHARD, Bem. II D meint, daß in diesem Fall der Beklagte „ohnehin nicht zur Erbschaft gelangen könne“. Aber darum handelt es sich nicht, sondern um das Erbrecht des überlebenden Klägers. Man würde mit STROHAL (I, S. 53, a) die Erbberechtigung des Klägers zu bejahen haben, wenn § 1933 als eine reine Strafbestimmung aufzufassen wäre. Ist der Grund der Vorschrift aber darin zu sehen, daß durch das Verschulden eines Ehegatten die eheliche Gemeinschaft als die sittliche Grundlage des Erbrechts zerstört war, so wird man die Lücke durch Analogieschluß auszufüllen haben, so daß auch der nichtschuldige Teil sein Erbrecht verliert. Wie STROHAL auch HERZFELDER, Bem. 3 zu § 1933.

ein eigentliches Erbrecht, sondern nur ein privilegiertes Okkupationsrecht Zustand, und damit zugleich eine gemeinrechtliche Streitfrage erledigt¹.

Der Fiskus darf aber als Erbe erst dann behandelt werden, wenn das Nachlaßgericht nach einem Ermittlungsverfahren festgestellt hat, daß kein anderer Erbe vorhanden ist. In seiner Rechtsstellung unterscheidet sich dieser in verschiedenen Beziehungen von anderen Erben (§§ 1964f., 1942, 2011, 2104, 2149)^{2, 3}.

§ 21. Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch Wegfall von Miterben.

Der auf einen von mehreren gesetzlichen Erben entfallende Erbteil kann später eine Erhöhung dadurch erfahren, daß einer seiner Miterben wegfällt, sei es infolge seiner Ausschlagung oder erfolgreicher Anfechtung seiner Berufung, oder weil er für erbunwürdig erklärt worden ist. Dann gestaltet sich die Verteilung des Nachlasses unter die übrig gebliebenen Erben so, als ob der Weggefallene niemals Erbe geworden wäre (§ 1935). Dies mit Recht; denn sie hätten, kraft ihrer Berufungsgründe, wenn der Weggefallene überhaupt nicht vorhanden gewesen wäre, von vornherein auf die ganze Erbschaft berufen sein müssen. Insofern tritt also die Erhöhung von selbst und mit Notwendigkeit ein. Aber sie macht sich nicht gegenüber allen Miterben in der gleichen Weise geltend. Der feste Erbteil, der dem überlebenden Ehegatten neben Verwandten der ersten und zweiten Ordnung zukommt, wird durch den Wegfall eines dieser Verwandten nicht erhöht, solange überhaupt noch ein Verwandter dieser Ordnungen berufen ist. Ebensowenig tritt die Erhöhung seines Erbteils ein, wenn der weggefallene durch andere gesetzliche Erben ersetzt wird. — Das BGB. unterscheidet, wie schon bemerkt wurde⁴, diese „Erhöhung“ terminologisch von der „Anwachsung“, aber es behandelt beide in derselben Weise. So gilt auch hier der Teil der Erbschaft, um den sich der ursprüngliche Erbteil erhöht, in bezug auf die den einen oder den anderen Teil belastenden Vermächtnisse und Auflagen sowie die Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil. — So einleuchtend diese Regelung der „Erhöhung“ ist, so befremdlich mag es wirken, wenn das BGB. nicht nur beim nachträglichen Wegfall eines Miterben von Erhöhung des Erbteils spricht, sondern ebenso beim Wegfall vor dem Erbfall. Sind doch vor dem Erbfall gesetzliche „Erben“ nicht vorhanden und keine Erbteile gebildet. Eher läßt sich dies bei der Anwachsung unter Testamentserben begreifen; denn hier hat der Erblasser die Erbschaft verteilt, so daß wir von Erbteilen wenigstens im Sinne von vom Erblasser vorgestellten Teilen reden können. Indessen hat die Ausdrucksweise des Gesetzes auch bei der gesetzlichen Erbfolge die praktische Bedeutung, daß in bezug auf Vermächtnisse, Auflagen und die Ausgleichungspflicht eben auch hier besondere „Erbteile“ angenommen werden sollen. Ob dies freilich vom gesetzpolitischen Standpunkt aus begründet ist, ist eine andere Frage⁵.

§ 22. Die übrigen Berufungsgründe.

Neben dem Gesetz, d. h. richtiger der Verwandtschaft und dem ehelichen Bande, sind nach unserm geltenden Recht Berufungsgründe Testament und Erbvertrag. Über sie ist bereits gehandelt, so daß sich eine weitere Erörterung über die Berufungsgründe erübrigt.

¹ Der veränderte Standpunkt des heutigen Rechts ist dadurch bedingt, daß aus dem Erbrecht ein reines Vermögensrecht geworden ist. Für das römische Recht noch der klassischen Zeit wäre es undenkbar gewesen, dem Fiskus mehr als ein bloßes Okkupationsrecht zuzusprechen.

² Auch das Urheberrecht des Erblassers geht nicht auf den Fiskus über. Vgl. im Näheren KIPP § 6 Z. 2 und die dort Genannten; LitUG. § 8 I, KSG. § 10 II.

³ Über das gesetzliche Erbrecht von Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts an Stelle des Fiskus vgl. EG. Art. 138 und 139 und dazu KIPP § 6 Z. 3 und 4.

⁴ Oben § 10 V.

⁵ Dasselbe ist anzunehmen, wenn nicht ein gesetzlicher Erbe wegfällt, sondern der Erblasser nur über einen Teil seines Nachlasses verfügt hatte, in bezug auf den übrigen Teil aber die gesetzliche Erbfolge eintritt und der Testamentserbe durch Ausschlagung oder aus einem anderen Grunde wegfällt.

Zweites Kapitel.

Anfall, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.**§ 23. Anfall der Erbschaft¹.**

Das römische Recht ließ nur ausnahmsweise die Erbschaft unmittelbar auf den Erben übergehen. In der Regel unterschied es zwischen der Berufung zur Erbschaft (Delation) und dem Erwerb der Erbschaft (Akquisition), und ließ die erstere regelmäßig mit dem Tode des Erblassers, die letztere aber durch Rechtsgeschäft des Berufenen, d. h. durch Erklärung seines Willens, Erbe zu werden, eintreten. Im Gegensatz dazu steht das BGB. auf dem Standpunkt des deutschen Rechts, der vor ihm u. a. im preußischen Landrecht anerkannt war: Mit dem Erbfall geht die Erbschaft mit Rechtsnotwendigkeit auf den Erben über; der Berufene bedarf daher keiner Willenserklärung mehr, um Erbe zu werden, sondern im Gegenteil einer solchen, um sich der Erbschaft, wenn er dies will, zu entledigen (§§ 1922/1942). Eine Besonderheit gilt nur für den Fiskus, der als letztberufener gesetzlicher Erbe nicht berechtigt ist, die Erbschaft auszuschlagen (§ 1942). Infolge des Rechts der Ausschlagung haben wir zwei Stadien des Erbschaftserwerbs zu unterscheiden: den vorläufigen Erwerb durch den Anfall und den definitiven Erwerb durch die Annahme der Erbschaft. In beiden ist die rechtliche Stellung des Erben verschieden. Während er nach der Annahme die Erbschaft behalten muß und daher durchaus als Herr der Erbschaft behandelt wird, ist seine Rechtsstellung, solange er das Recht der Ausschlagung hat, erheblich günstiger. Es ist zwar Erbe, Subjekt des Nachlasses, also Eigentümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen und Schuldner der Erbschaftsschulden, er setzt die vom Erblasser begonnene Ersitzung fort und unterliegt der gegen ihn laufenden Verjährung²; er ist zuständig zur Verfügung über Nachlaßgegenstände und legitimiert zur Prozeßführung über sie; aber dabei berücksichtigt das Gesetz doch die Möglichkeit der Ausschlagung, die rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Erbfalls hat, indem es einerseits den Erben in diesem Zeitraum der Ungewißheit seiner Erbenstellung vor Belästigung und Benachteiligung schützt, andererseits aber auch den endgültigen Erben, wer er auch sein mag, vor Benachteiligung durch den einstweiligen Erben oder Dritte zu sichern sucht. Dies kommt in Besonderheiten der rechtlichen Stellung des einstweiligen Erben und in besonderen Aufgaben des Nachlaßgerichts zum Ausdruck.

1. Mit dem ersten der beiden Gesichtspunkte hängt es zusammen, daß in diesem Zwischenstadium ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben geltend gemacht werden kann (§ 1958). Er ist zwar Erbe, aber mit dem Recht der Ausschlagung; macht er davon Gebrauch, so wird es so angesehen, als ob er niemals Erbe gewesen und infolgedessen auch zu den Nachlaßprozessen niemals legitimiert gewesen wäre. Seine Sachlegitimation ist also auflösend bedingt (im Sinn der resolutiven Pendenz des römischen Rechts); nicht das Verwaltungsrecht und infolgedessen auch das Prozeßführungsrecht über den Nachlaß fehlt ihm, wie manche annehmen³, was unhaltbar ist und mit dem im BGB. zugrunde gelegten Prinzip des unmittelbaren Erbschaftserwerbs im Widerspruch steht⁴. Dies hat praktische Konsequenzen. Wie es das Recht des einstweilen berufenen Erben ist, sich der Erbenstellung zu entledigen, so muß es auch sein Recht sein, die Vorläufigkeit dieser Erbenstellung geltend zu machen, da er an sich als Erbe aktiv

¹ Vgl. meine Rechtsstellung der Erben I S. 72 ff.

² Vgl. dazu BGB. § 207.

³ So REICHEL in der Festgabe für THON 1911; HELLWIG, Lehrb. des Zivilprozeßr. I, S. 298, System I, S. 154 N. 10, S. 165 Z. II 1; PLANCK V, Bem. 7 zu § 1959.

⁴ Vgl. m. Rechtsstellung I, S. 163 f.; LEONHARD, Bem. I zu § 1958, KRIPP § 74 Z. VIII u. a.

und passiv zu Erbschaftsprozessen legitimiert ist. Daher hat nicht der Kläger in einem Prozeß gegen den Erben als solchen dessen Passivlegitimation, d. h. die Erbschaftsannahme zu beweisen, sondern der Beklagte hat geltend zu machen, daß er sich den Prozeß nicht gefallen zu lassen brauche; dies wäre als Einrede der ungewissen Sachlegitimation zu bezeichnen¹. In der Einlassung auf die Klage wird man dagegen die Annahme der Erbschaft zu erblicken haben. Über das Recht des einstweiligen Erben, in Erbschaftsprozessen als Kläger aufzutreten, schweigt das Gesetz; die Frage ist infolgedessen bestritten². Zweifellos ist Prozeßführung keine Verfügung, wenn sie ihr auch in vielen Beziehungen analog ist: vor allem besteht der wichtige Unterschied, daß die Verfügung unmittelbar die Substanz des Rechtes, über das verfügt wird, ergreift, während die Prozeßführung eine solche unmittelbare sachliche Beziehung auf das den Gegenstand des Prozesses bildende Recht nicht hat, weshalb sie nicht ebenso, wie die Verfügung die Verfügungsmacht, eine besondere, in der Rechtszuständigkeit oder sonstwie begründete Prozeßführungsmacht voraussetzt. Das Prozeßführungsrecht des Klägers läßt sich daher nicht aus der Erwägung bestreiten, es müsse dem Erben fehlen, weil sonst durch die Ausschlagung die Prozesse und Urteile hinfällig werden würden. Noch weniger läßt sich behaupten, daß dem Erben das allgemeine Verwaltungsrecht und mit ihm das Prozeßführungsrecht fehlen müsse. Denn als Erbe hat er auch in diesem Zwischenstadium zweifellos das Recht zur Verwaltung des Nachlasses. Dies wird vom Gesetz selbst mittelbar dadurch anerkannt, daß es gewissen Verwaltungshandlungen, nämlich manchen Verfügungen des einstweiligen Erben im Fall seiner Ausschlagung Wirksamkeit gegenüber dem endgültigen Erben verleiht. Man wird daher sagen müssen: Der einstweilige Erbe hat das Recht der Prozeßführung als Kläger, wie das Recht der Verwaltung des Nachlasses; es folgt aus seiner Erbenstellung³. Welche Folgen seine Prozeßführung aber im Fall seiner Ausschlagung hat, beurteilt sich nicht nach erb-, sondern nach prozeßrechtlichen Normen; doch wird in dem Auftreten als Kläger wie in sonstigen Verwaltungsakten regelmäßig eine Erbschaftsannahme gesehen werden müssen; nämlich nur dann nicht, wenn die Klageerhebung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte, z. B. zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung⁴. Die ganze Bedeutung der genannten Vorschrift ist mithin, daß der Erbe nicht genötigt ist, sich in einen Erbschaftsprozeß einzulassen. Damit ist indessen nicht gesagt, daß solche Prozesse in diesem Stadium unterbleiben müssen: der Kläger kann die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragen, gegen den er seine Klage erheben kann.

2. Ob der einstweilige Erbe, wenn er erbschaftliche Geschäfte geführt hat, die Erbschaft noch ausschlagen kann, hängt davon ab, ob dieses Verhalten nicht als Erbschaftsannahme aufgefaßt werden muß, was Auslegungsfrage ist. Von ihr verschieden ist die Frage, wie solche Geschäfte gegenüber dem endgültigen Erben wirken, wenn sie nicht als Erbschaftsannahme aufzufassen sind (§ 1959). Das BGB. erklärt solche Geschäfte, die Verfügungen über Nachlaßgegenstände sind, gegenüber dem definitiven Erben für wirksam, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Nachlaß aufgeschoben werden konnten⁵, und beschränkt sich im übrigen darauf, den einstweiligen Erben gegenüber dem, der an seine Stelle treten wird, wie einen

¹ Vgl. LEONHARD II zu 1958 und die dort Genannten. Anders noch Rechtsstellung I, S. 156ff.

² Vgl. PLANCK V § 1959 Bem. 7; HERZFELDER 3a zu § 1959; LEONHARD a. a. O. Abs. II.

³ LEONHARD I zu § 1958. Seine Annahme, daß der Erbe nicht auf Leistung an ihn selbst klagen könne (ebenso REICHEL a. a. O. S. 22), scheint mir freilich bedenklich.

⁴ Arg. § 1959 II.

⁵ Über schuldrechtliche Rechtsgeschäfte des vorläufigen Erben und ihre Bedeutung für den Nachlaß und den endgültigen Erben vgl. LEONHARD zu § 1959, Bem. II a. E., V; KIPP, Erbrecht § 51 I zu N. 2; § 73 I 3e; RG. 90, S. 91ff.; JW. 1926, S. 1544 N. 7; BINDER, JW. 1927, S. 1196 zu der dort veröffentlichten Reichsgerichtsentscheidung. Vgl. unten § 27 Z. I.

Geschäftsführer ohne Auftrag für berechtigt und verpflichtet zu erklären¹. Rechtsgeschäfte, die Dritte gegenüber dem einstweiligen Erben vorgenommen haben, bleiben auch nach der Ausschlagung wirksam, wenn sie von der Art sind, daß sie gegenüber dem Erben als solchen vorgenommen werden mußten². Die Fürsorge des Nachlaßgerichts hat dann einzutreten, vor allem, wenn ein Bedürfnis dazu vorliegt (§ 1960)³. Dies ist der Fall, wenn der Erbe unbekannt ist oder wenn ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Die Sicherungsmaßregeln des Gerichts bestehen in der Versiegelung des Nachlasses, durch die dem einstweiligen Erben wie auch Dritten der tatsächliche Zugriff auf den Nachlaß vorenthalten oder wieder entzogen wird; in der Hinterlegung (richtiger Verwahrung) von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten; in der Annahme eines Nachlaßverzeichnisses und Bestellung eines Nachlaßpflegers, der den Nachlaß für den künftigen Erben zu bewahren und zu erhalten hat. Diese Nachlaßpflegschaft unterliegt als Pflegschaft den Vorschriften des Vormundschaftsrechtes; nur tritt wegen ihres besonderen Gegenstandes an die Stelle des Vormundschaftsgerichtes das Nachlaßgericht (§ 1962). Eine weitere Funktion dieses Gerichtes ist die Ermittlung des unbekanntes Erben (§§ 1964/65).

§ 24. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

Mit dem Erbfall geht die Erbschaft auf den Erben über (Anfall der Erbschaft, § 1922). Der Erbe hat aber das Recht, die Erbschaft binnen einer gesetzlichen Frist auszuschlagen (§ 1942)⁴, und dieses Recht ist selbst vererblich (§ 1952 I). Nur der Fiskus kann sich angefallener Erbschaften nicht entledigen (§ 1942 II); er ist jedoch in anderer Weise vor der Gefahr geschützt, durch den Erbschaftserwerb benachteiligt zu werden (vgl. oben § 17 III). Der resolutive Schwebezustand, der durch den Anfall der Erbschaft begründet wird, findet nach dem Gesetz sein Ende durch Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft.

1. Wie die Annahme der Erbschaft zu geschehen habe, wird vom Gesetz selbst nicht gesagt. Nach der heute herrschenden Meinung erfolgt sie entweder durch eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung oder durch Betätigung des Willens, den Nachlaß zu behalten (*pro herede gestio*). Dem ist zuzustimmen. Es genügt also jede Erklärung, die als Kundmachung des Annahmewillens, und jede Betätigung, die als Zueignung des Nachlasses aufzufassen ist. Dieser eigentlichen Annahme steht nach dem Gesetz die Versäumung der Ausschlagung gleich. D. h. die Beendigung des Schwebezustandes ist hier die *ipse jure* eintretende Rechtsfolge der Versäumung der als Ausschußfrist zu bezeichnenden Ausschlagungsfrist.

2. Die Erklärung der Ausschlagung hat gegenüber dem Nachlaßgericht

¹ Daß durch die Geschäftsführung des vorl. Erben eine dingliche Surrogation wie beim Erbschaftsanspruch eintrete, habe ich (Rechtsstellung II, S. 56f.) mit STROHAL angenommen. Dagegen BEYER, Surrogation, S. 194; KIPP § 51 N. 1. Ich schließe mich ihnen an, da ich die angebliche dingliche Surrogation auch beim Erbschaftsanspruch nicht mehr anerkenne; vgl. unten § 30 I 2.

² Über Leistung durch einen Nachlaßschuldner an den vorl. Erben und dessen Recht, die Leistung anzunehmen, vgl. KIPP § 51 N. 5 gegen LEONHARD III B zu § 1959; m. Rechtsstellung II, S. 155. Da nach richtiger Auffassung die Leistung des Geschuldeten an sich gar nicht Rechtsgeschäft ist — vgl. OERTMANN, Schuldverh. I, Bem. 5 zu § 362 und die dort Angeführten —, ist die Annahme der Leistung auch nicht Verfügung über die Forderung (OERTMANN a. a. O. Bem. 6a, b S. 370), so daß § 1959 II darauf nicht anzuwenden ist. Die Auslegung des Abs. III durch LEONHARD erscheint auch mir zu eng. Man wird daher mit KIPP annehmen müssen, daß sich der Schuldner durch Leistung an den einstweiligen Erben befreit und dieser dem schließlichen Erben für die Annahme der Leistung wie ein Geschäftsführer verantwortlich wird. Über die Einziehung der Leistung: KIPP § 51 zu N. 6.

³ Über diese siehe vor allem KIPP §§ 57—60.

⁴ Die Ausschlagungsfrist beträgt 6 Wochen (§ 1944 I) und nur, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland gehabt hat oder sich der Erbe bei Beginn der Frist im Auslande aufhält, 6 Monate (§ 1944 III). Vgl. dazu m. Rechtsstellung I, S. 121; KIPP § 52 N. 4, 5 über Beginn und Lauf der Frist (§ 1944 II).

durch öffentlich beglaubigte Willenserklärung zu erfolgen (§ 1945)^{1, 2}. Die Folge der Ausschlagung ist der Verlust der einstweiligen Erbenstellung mit rückwirkender Kraft (§ 1953)³. Aber wenn in der Person des Ausschlagenden mehrere Berufungsgründe vorliegen, so entsteht die Frage, ob die Ausschlagung diese Folge für sämtliche Berufungsgründe hat⁴. Hier ist zu unterscheiden, ob sie sukzessiv oder gleichzeitig wirksam sind. Durch Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft wird die gesetzliche Erbfolge eröffnet. Schlägt daher der durch Testament berufene gesetzliche Erbe die Erbschaft aus, so tritt überhaupt erst seine gesetzliche Berufung ein. Daher kann er die Erbschaft nunmehr noch als gesetzlicher Erbe annehmen (§ 1948 I), was insofern ohne praktische Konsequenz ist, als die dem Testaments-erben aufgelegten Belastungen auch den gesetzlichen Erben treffen. Dagegen müßte an sich, wenn der Erbe aus mehreren gleichzeitig wirkenden Berufungsgründen, als mehreren Testamenten, mehreren Erbverträgen, oder zugleich aus Testament und Erbvertrag, berufen ist, die Erklärung, die Erbschaft nicht haben zu wollen, jede dieser Berufungen hinfällig machen. Das Gesetz läßt jedoch bei der Berufung aus Testament und Erbvertrag es zu, die Ausschlagung auf einen der beiden Berufungsgründe zu beschränken. Immer aber erstreckt sich im Zweifel die Ausschlagung auf alle dem Erben bekannten Berufungsgründe, und daher muß der Erbe, wenn er seine Erklärung auf einen von mehreren Berufungsgründen beschränken will, das in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen, da er sonst die Erbschaft überhaupt verliert.

3. Wie die Annahme die Erklärung des Willens ist, in die Erbenstellung einzutreten, so die Ausschlagung die Erklärung, nicht Erbe sein zu wollen. Schon aus diesem Inhalt der beiden Willenserklärungen folgt ihre Unteilbarkeit, d. h. die Unzulässigkeit ihrer Beschränkung auf einen Teil der Erbschaft⁵. Das BGB. führt diesen Gedanken aber nur teilweise durch, indem es unterscheidet⁶: Ist der Erbe aus verschiedenen Berufungsgründen auf verschiedene Erbteile berufen, so kann er den einen Teil annehmen und den anderen ausschlagen. Beruht dagegen die Berufung zu den mehreren Erbteilen auf demselben Grunde — z. B. demselben Testamente — so gilt die Annahme oder die Ausschlagung des einen Teils auch für den anderen Teil, und zwar selbst dann, wenn dieser erst nachträglich anfällt. Dies gilt auch bei der Anwachsung oder der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils beim Wegfall von Miterben, weil das Gesetz die hinzukommende Portion in dieser Beziehung überhaupt nicht als besonderen Erbteil behandelt. Die Frage, wann eine Berufung auf verschiedene Erbteile vorliegt, ist dahin zu beantworten, daß mehrere Erbteile jedenfalls immer dann vorliegen, wenn verschiedene Berufungsgründe in dem früher erörterten Sinn wirksam sind, daß aber außerdem dann eine Mehrheit von Erbteilen angenommen werden muß, wenn der Erblasser einen von mehreren Erben auf verschiedene, sachlich verschieden behandelte Teile eingesetzt hat⁷.

¹ Über die Erklärung an das unzuständige Gericht s. RG. 71, S. 380 gegen KG. in EOLG. 21. S. 2917; DERNBURG V, § 148 I 1; KIPP § 53 N. 1 gegen HERZFELDER, WOLFF u. a.

² Erklärung durch Stellvertreter ist zulässig; KIPP a. a. O. N. 4, 12.

³ Ausschlagung zugunsten eines Dritten s. m. Rechtsstellung I, S. 128; KIPP § 53 N. 20 und die dort angef. Entscheidungen.

⁴ Rechtsstellung I, S. 129 ff.; KIPP § 54.

⁵ RG. im „Recht“ 1918 Nr. 1013. ⁶ §§ 1950, 1951.

⁷ Die Frage ist außerordentlich umstritten. Vgl. dazu m. Rechtsstellung I, S. 111 ff.; HERZFELDER, Bem. I—3 zu § 1951; LEONHARD, Bem. I zu § 1951; KIPP, § 54 II, bes. 3 und die dort Genannten. Wenn LEONHARD für seine Auffassung, daß es sich bei den „verschiedenen Berufungsgründen“ des § 1951 II um verschiedenartige Berufungsgründe und nicht um verschiedene Berufungstatbestände handle, so ist dagegen zu sagen, daß in § 1948 II ebenso wie sonst das Gesetz unter Berufungsgrund das konkrete Testament und den konkreten Erbvertrag versteht und kein Grund ersichtlich ist, weshalb es im § 1949 anders sein sollte. Allerdings war das anders nach dem E. I, § 2037 I 2; aber diese Vorschrift ist nicht Gesetz geworden. Und § 1944 ist eindeutig. Vgl. auch den Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 2 zu § 1951 und die Entscheidungen bei HERZFELDER a. a. O.

4. Wie die Annahme den bisherigen Schwebezustand beendet und den Berufenen zum endgültigen Erben macht, so daß die fürsorgliche Tätigkeit des Nachlaßgerichts aufhören und die Nachlaßpflegschaft aufgehoben werden muß, so besteht umgekehrt die Rechtsfolge der Ausschlagung darin, daß die Erbschaft als dem Ausschlagenden gar nicht angefallen gilt. Daher fällt die Erbschaft nunmehr demjenigen an, der berufen gewesen wäre, wenn der Ausschlagende den Erbfall gar nicht erlebt hätte (§ 1953 II). Hat einer von mehreren Miterben die Erbschaft ausgeschlagen, so fällt sein Erbteil an seine Miterben, sofern sie nach den erörterten Grundsätzen über die Berufung als auf diesen Erbteil berufen betrachtet werden können; sie können z. B. durch die Abkömmlinge des Ausschlagenden ausgeschlossen sein. Ist letzteres nicht der Fall, so tritt entsprechend früher Gesagtem entweder Anwachsung oder Erhöhung des gesetzlichen Erbteils ein. Das Recht der Ausschlagung geht ferner mit der Erbschaft auf den Erben des einstweiligen Erben über (§ 1952 II, Transmissio im uneigentlichen Sinn). Dieser sukzediert also nicht in die Berufung, sondern ist nur Erbe seines Erblassers, des Transmittenten, in dessen Erbschaft sich die Erbschaft des ersten Erblassers als ein möglicher Bestandteil befindet. Schlägt er daher die ihm transmittierte Erbschaft aus, so gilt sie nicht als ihm, sondern als seinem Erblasser nicht angefallen; denn ihm selbst war sie gar nicht angefallen. Sind mehrere Erben (Transmissare) vorhanden, so wäre an sich die Regelung denkbar, daß die transmittierte Erbschaft als Bestandteil der deferierten Erbschaft zu gelten hätte, über die daher die Miterben nur gemeinsam verfügen, und die sie daher auch nur gemeinsam annehmen oder ausschlagen könnten. Das BGB. hat an die Stelle dieser einfachen und sachgemäßen Regelung die wenig geschickte Vorschrift gesetzt, daß jeder Miterbe den seinem Erbteil entsprechenden Teil der transmittierten Erbschaft ausschlagen kann (§ 1952 III) und damit die Wissenschaft vor die Frage gestellt, wem der dadurch freiwerdende Teil zufällt. Die Antwort kann nur lauten: er fällt gemäß dem für einen einzigen Transmissar zweifellos Geltenden an denjenigen, der Erbe des ersten Erblassers gewesen wäre, wenn der Transmittent überhaupt nicht gelebt hätte, und nicht an die Miterben des Ausschlagenden. Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, der Transmittent hätte diesen Erfolg durch seine eigene Ausschlagungserklärung selbst nicht herbeiführen können, da er einen Teil der ihm zugefallenen Erbschaft überhaupt nicht ausschlagen konnte, so ist dies zwar zuzugeben, aber dagegen zu erwidern, daß die Vorschrift des § 1952 III eben mit diesem Grundsatz in zweifellosem Widerspruch steht. Und wenn für die entgegengesetzte Ansicht ausgeführt wird, sie entspreche der Stellung der Miterben als Gesamthänder, so ist eben das Gesamthandsprinzip für diesen Fall durch die fragliche Gesetzesnorm des § 1952 durchbrochen¹.

Drittes Kapitel.

Die rechtliche Stellung des Erben.

1. Rechtliche Stellung des Alleinerben.

§ 25. Im allgemeinen. Der Erbschein.

I. Die Annahme der Erbschaft hat zur Folge, daß die durch den Erbfall eingetretene Vereinigung der Erbschaft mit dem Erbenvermögen nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (§ 1943). Ohne Rücksicht auf seinen ferneren Willen bleibt daher der Erbe Eigentümer der Nachlaßsachen, Gläubiger der Nachlaß-

¹ S. oben S. 53; Rechtsstellung I S. 136ff.; KIPP, § 54 N. 5; COSACK-MITTEIS, Lehrb. II 2, § 145 II 3; abw. STROHAL II, S. 41 zu N. 5 und bei PLANCK V, S. 65; OERTMANN, Arch. b. R. 14 S. 366, 15 S. 443, beide mit nicht überzeugender Begründung; HERZFELDER Bem. 4 zu § 1953.

forderungen usw. Daher sind auch wirkliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Nachlaß und dem Erben nicht denkbar; Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Erblasser und dem Erben bei des ersteren Lebzeiten bestanden hatten, sind infolge des Erbgangs durch „Konfusion“ erloschen und bleiben es nunmehr. Es kann zwar aus besonderen Gründen eine Separation des Nachlasses vom Erbenvermögen stattfinden (Sequestration des Nachlasses); aber sie bedeutet nur, daß die Nachlaßgegenstände dem Besitz, der Verwaltung und Verfügung des Erben entzogen werden¹; die dem Rechte nach geschehene Vereinigung der beiden Vermögensmassen bleibt bestehen². Dem entspricht es, daß, wenn schon aus praktischen Gründen, vor allem um eine Verkürzung des Erben oder dritter Personen durch die Sequestration zu verhüten, die früheren Forderungen des Erben gegen den Erblasser oder dieses gegen jenen als nicht erloschen behandelt werden, sie eben doch nur als nicht erloschen gelten, was nichts weiter als eine Fiktion ist, die nur technische und vor allem rechnerische Bedeutung hat. D. h. der Verwalter des Nachlasses hat gegen den Erben und dieser gegen jenen einen Anspruch darauf, daß derselbe rechtliche Erfolg hergestellt werde, der bestehen würde, wenn die Vereinigung von Erbenvermögen und Erbschaft überhaupt nicht eingetreten wäre. Dieser Anspruch hat aber eine ganz andere rechtliche Natur als der als fortbestehend fingierte Anspruch. War etwa der Erblasser dem Erben verpflichtet, eine Sache zu übereignen, z. B. ein Grundstück aufzulassen, so hat der Nachlaßverwalter das Grundstück nicht etwa nunmehr dem Erben aufzulassen, da dieser durch den Erbgang Eigentümer geworden und trotz der Sequestration geblieben ist, sondern er hat das Grundstück dem Erben zu freier Verfügung herauszugeben und vielleicht noch die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen³.

Eine solche Nachlaßsequestration tritt aber nur aus besonderen Gründen ein. Die regelmäßige Folge der Erbenstellung ist, daß der Erbe selbst den Nachlaß verwaltet und über ihn verfügt, und vor allem, daß er es auch ist, der den Nachlaß liquidiert. Ausnahmen bilden das Institut der Nachlaßverwaltung zum Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger, die Nachlaßkonkurs als besondere Form der Nachlaßliquidation und endlich die Testamentsvollstreckung⁴.

Die Frage, ob eine Person Erbe des Erblassers sei, und ob ihr daher die hier geschilderte Stellung zukomme, kann im einzelnen Fall sehr zweifelhaft sein. Um dem Erben eine äußere Legitimation über sein Erbrecht zu geben und dritte Personen vor der Gefahr zu schützen, sich zu ihrem Nachteil mit einem Nichterben in erb-schaftliche Geschäfte einzulassen, dazu dient das erst im modernen Recht entwickelte Institut des Erbscheins⁵.

II. Der Erbschein, d. h. die Bescheinigung der Erbberechtigung einer bestimmten Person durch das Nachlaßgericht, ist aus der deutschen Praxis hervorgegangen,

¹ Es scheint mir deshalb auch nicht möglich, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf ein Gesamtschuldverhältnis zurückzuführen, wie SIBER, Grundriß, S. 130 ff. will. Das wäre denkbar, wenn der Nachlaß kraft Gesetzes von Anfang an vom Erbenvermögen getrennt wäre, was zur Folge haben müßte, daß Konfusionen bei Rechten des Erben gegen den Nachlaß und umgekehrt nicht eintreten würden; dann könnte man in der Tat von gesamtschuldnerischer Haftung zweier Vermögen für eine Schuld reden. Aber davon ist eben keine Rede. Vgl. im näheren unten § 27.

² Eine weitere Folge ist, daß die Rechtsverhältnisse aus der Führung erbschaftlicher Geschäfte, die § 1959 vorsieht, nicht zur Entstehung gelangen und daß eine etwa bestehende Nachlaßpflegschaft aufzuheben ist (STROHAL bei PLANCK V, S. 81. Bem. 3 b γ gegen DERNBURG Erbr. § 129 zu N. 4; LEONHARD V E zu § 1960 auf Grund von § 1919 BGB.; KIPP, § 58 III). Erst mit der Aufhebung tritt daher auch die Unterbrechung der Erbschaftsprozesse ein (ZPO. § 241).

³ Vgl. BERNHÖFT, Zur Lehre von den Fiktionen (1907), S. 248 ff. Die herausgegebene Sache wird dann eigenes Vermögen des Erben und scheidet aus dem Nachlaß aus.

⁴ Vgl. m. Rechtsstellung II, S. 1 ff.

⁵ Vgl. STROHAL II, S. 132 ff.; m. Rechtsstellung II, S. 2 ff.; DERNBURG, Erbr., §§ 158 ff.; KIPP, § 61 ff. und die dort S. 189 Genannten.

wenn sich auch ähnliche Einrichtungen in älteren Rechten finden und vor allem die römische *honorum possessio* eine gewisse Verwandtschaft der Funktion zeigt. Das prätorische Dekret, das den Erben in den Nachlaß einwies, gab ihm neben der Möglichkeit, sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, ohne sich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen, eine wertvolle Legitimation, die sich vor allem in der Beklagtenrolle im Erbschaftsprozeß geltend machte, und in ähnlicher Weise wies das deutsche Recht den Erben häufig nur dann in den Nachlaß ein, wenn er seine Verwandtschaft oder seine sonstige Erbberechtigung dem Gericht nachwies, und in der daraufhin erteilten Einweisung und Entsiegelung des Nachlasses lag gleichfalls die Erteilung einer vermutlichen Erbenlegitimation. Daraus entwickelte sich in den Partikularrechten eine amtliche Erbrechtsbescheinigung in verschiedener Gestalt. Die weitere Entwicklung, die sich im preußischen Recht vollzieht, hängt mit dem Grundbuchwesen zusammen¹. Der Erbe bedurfte einer Bescheinigung seines Erbrechts, um im Grundbuch an Stelle des Erblassers eingetragen zu werden, und diese Bescheinigung wurde allmählich zu einer allgemeinen Bescheinigung des Erbrechts ausgestaltet. Aber diese beschränkte sich auf die gesetzlichen Erben; anderen diente zu ihrer Legitimation das Testament. Im Gegensatz dazu gewährt das BGB. den Erbschein jedem Erben ohne Rücksicht auf den Berufungsgrund.

Dieser Erbschein ist dem Erben auf seinen Antrag vom Nachlaßgericht auszustellen und hat sein Erbrecht, beim Vorhandensein mehrerer Erben auch die Größe des Erbteils zu bescheinigen (§ 2353)². Daneben ist den Miterben auf Antrag auch ein gemeinschaftlicher Erbschein auszustellen (§ 2357). Der Ausstellung hat nötigenfalls ein Ermittlungsverfahren vorauszugehen, für das das Officialprinzip gilt, und in dem das Nachlaßgericht vor allem eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung etwaiger Erbrechte erlassen kann (§§ 2358f.)³. Sind die zur Begründung des Antrags dienenden Tatsachen offenkundig oder durch öffentliche Urkunden und eidesstattliche Versicherung bewiesen, so erteilt das Gericht den Erbschein (im weiteren § 2355f.). Die Anhängigkeit eines Prozesses über das Erbrecht schließt die Erteilung nicht aus; doch soll das Gericht den Prozeßgegner vor der Erteilung hören (§ 2360). Natürlich ist die Erteilung des Erbscheins als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne Präjudiz für den Erbschaftsprozeß. Auch einem bloßen Vorerben kann ein Erbschein erteilt werden, der aber die Beschränkung durch die Anordnung der Nacherbfolge anzugeben hat (§ 2363). Dagegen kann der Erwerber eines Miterbenanteils ebensowenig einen Erbschein verlangen, wie der Erbschaftskäufer, da beide nicht Erben sind und durch den Kauf kein Erbrecht erwerben⁴.

Denn der Erbschein sagt nichts aus über das Verhältnis des in ihm Genannten zu irgendwelchen Vermögensstücken; er ist nichts weiter als ein kategorisches Zeugnis über das Erbrecht des Antragstellers und insbesondere über den Umfang und die Beschränkungen dieses Erbrechts⁵. Vor allem ist die Beschränkung des Erben durch die Nacherbfolge darin anzugeben; ebenso Befreiungen des Vorerben gegenüber dem Nacherben und die Anordnung einer Testamentsvollstreckung (§ 2364). Von dem Erbschein wird dem Erben eine Ausfertigung erteilt, deren er sich im Rechtsverkehr bedienen kann.

Die rechtliche Bedeutung dieser Urkunde ergibt sich aus ihrem Zweck und Inhalt und läßt eine enge Verwandtschaft mit dem Grundbuch erkennen. Der Erbschein begründet nämlich zunächst für den darin als Erbe Bezeichneten die Vermutung, daß ihm das angegebene Erbrecht zusteht und er nicht durch andere

¹ S. DERNBURG, § 158 II; KIPP, § 61; ENDEMANN, Erbr. II, S. 142.

² Die Erteilung setzt daher die Annahme der Erbschaft voraus; KIPP, § 62 N. 38.

³ Im näheren das Ges. über die Ang. der freiw. Gerichtsbar., §§ 84, 85. KIPP, § 62.

⁴ Bestritten. Vgl. ENDEMANN II, §§ 145, Z. 3 u. 4, S. 1108ff.; KIPP, § 62 zu N. 10 u. N. 48 mit Literatur und Entscheidungen.

⁵ BGB. §§ 2353, 2357, 2365.

als die im Erbschein angegebenen Anordnungen beschränkt ist (§ 2365). Diese Vermutung gilt auch gegenüber einem anderen, der selbst Erbe zu sein behauptet. Sie ist eine einfache Rechtsvermutung, deren Funktion in der Umkehrung der Beweislast besteht. Wer also das Erbrecht des durch den Erbschein Legitimierten bestreitet, hat die Unrichtigkeit des Erbscheins zu beweisen. Die Vermutung gilt allgemein, nicht nur für Rechtsgeschäfte, sondern auch im Prozeß¹ und sowohl für wie gegen den Erben, z. B. für die Erteilung der Vollstreckungsklausel für und gegen ihn. In ihr erschöpft sich jedoch seine Bedeutung nicht. Vielmehr kommt dem Erbschein zugunsten dritter Personen öffentlicher Glaube in demselben Sinn zu, wie dem Grundbuch (§ 2366). Erwirbt also ein Dritter von dem im Erbschein als Erbe Bezeichneten durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand oder ein Recht an einen solchen oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörigen Rechte, so gilt zu seinen Gunsten, soweit die genannte Vermutung reicht, der Inhalt des Erbscheins als richtig, es sei denn, daß der Dritte die Unrichtigkeit des Erbscheins kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Dieser öffentliche Glaube geht über eine bloße Vermutung weit hinaus; die unter seinem Schutz stehenden Rechtsgeschäfte sind gegenüber dem wahren Erben gültig und werden durch den Beweis der Unrichtigkeit des Erbscheins nicht entkräftet. Hieraus ergibt sich schon, daß diese Funktion des Erbscheins, ebenso wie die analoge des Grundbuchs, nur dann in Frage kommt, wenn der Erbschein sachlich unrichtig ist, sei es, daß er eine Person als Erben nennt, die nicht Erbe ist, oder den Anteil eines Miterben in seinem Teilerbschein unrichtig bezeichnet oder endlich erbrechtliche Beschränkungen des Erben verschweigt. Sie bezieht sich nur auf solche Geschäfte des Erben, die seine Erbeigenschaft voraussetzen, d. h. in erster Linie auf Verfügungen, und ist bedeutungslos bei bloßen Verpflichtungsgeschäften, weil deren Gültigkeit von dieser Eigenschaft unabhängig ist. Und endlich hat er Bedeutung nur für Geschäfte über wirkliche Nachlaßgegenstände; er schützt nicht den, der einen Gegenstand irrtümlich für einen Nachlaßgegenstand hält. Das gilt an sich auch für Nachlaßgrundstücke; doch ergibt der Erbschein im Zusammenhang mit dem Eingetragensein des Erblassers die Legitimation des Scheinerben zur Verfügung über das Grundstück. Eine Erweiterung dieses öffentlichen Glaubens besteht darin, daß er auch Leistungen an den Scheinerben auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes und Rechtsgeschäfte zwischen dem Scheinerben und einem Dritten in bezug auf ein solches Recht unter seinen Schutz nimmt. Dagegen hat der öffentliche Glaube des Erbscheins keine Bedeutung für die Prozeßführung: hier gilt vielmehr der prozeßrechtliche Grundsatz, daß sich die Rechtskraft des Urteils auf die Parteien beschränkt. —

Die Erteilung des Erbscheins ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wenn auch der Erteilung ein Feststellungsverfahren vorauszugehen hat, in dem der Antragsteller sein Erbrecht nicht etwa nur glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen hat und das Nachlaßgericht von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die ihm geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat (§§ 2356 bis 2358), auch, falls ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist, vor der Erteilung der Gegner des Antragstellers zu hören ist (§ 2360)², so bietet dieses Verfahren doch nicht dieselbe Sicherheit wie ein Prozeß mit obligatorischer mündlicher Verhandlung und Urteilszwang, daß der Erbschein dem wirklichen Erben erteilt wird³. Deshalb gilt hier, wie auch sonst in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Grundsatz, daß die Entscheidung des freiwilligen Richters die materielle

¹ Darüber im näheren KIPP, § 63, N. 4; über den Grundbuchrichter N. 5 und dort Genannte. Vgl. GO. § 36 (Einträge im Grundbuch auf Grund des Erbscheins) und FGG. § 107 (Eintr. im Schiffsregister).

² Im näheren KIPP § 62 I.

³ Obwohl nach § 2359 der Erbschein nur zu erteilen ist, „wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrages erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet“.

Rechtsslage unberührt läßt. Aber der Besitz des Erbscheins bedeutet wegen des damit verbundenen Rechtsscheins eine Gefährdung dieses Erbrechts. Um diese zu beseitigen, hat das Nachlaßgericht einen unrichtigen Erbschein von Amts wegen einzuziehen; durch die Einziehung, d. h. die Erlangung des Besitzes von seiten des Gerichts oder des Vollstreckungsorgans, wird er von selbst „kraftlos“ (§ 2361 I). Und es kann vor allem auch von Amts wegen Ermittlungen über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins anstellen. Kann der unrichtige Erbschein nicht sofort erlangt werden, so hat ihn das Gericht für kraftlos zu erklären (§ 2361 II und III)¹. Außerdem kann der wahre Erbe von dem Scheinerben oder überhaupt von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins² die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen und seinerseits die Ausstellung eines Erbscheins für sich beantragen. Ist auf Grund der Verurteilung des Besitzers der Erbschein in den Besitz des Nachlaßgerichts gelangt, so ist er damit ebenso kraftlos geworden, wie im Fall der Einziehung. Hierüber besteht kein Zweifel. Dagegen ist die Frage über die Bedeutung des Urteils für das Nachlaßgericht umstritten³. Eine Vorschrift, daß es an die Entscheidung des Prozeßrichters gebunden wäre, besteht nicht. Und das Urteil wirkt Rechtskraft feststehendermaßen nur unter den Parteien. Es muß daher dem Nachlaßrichter jedenfalls freistehen, einem Dritten, der behauptet, Erbe zu sein, den Erbschein zu erteilen. Anders unter den Parteien. Da die Erteilung des Erbscheins anerkanntermaßen nicht die Bedeutung eines Rechtsgestaltungsurteils hat, sondern nur unter Vorbehalt des materiellen Rechts ergeht, das anders als im Prozeßwege nicht durchgesetzt werden kann, ist anzunehmen, daß im Verhältnis zu den Prozeßparteien der Nachlaßrichter an die Entscheidung des Prozeßrichters gebunden ist, zumal ein neuer Prozeß unter ihnen infolge der Rechtskraft des Urteils nicht möglich ist^{4, 5}.

§ 26. Der Testamentvollstrecker.

Die Einrichtung des Testamentvollstreckers greift insofern in die rechtliche Stellung des Erben ein, als durch sie wichtige Funktionen, die an sich mit der Erbenstellung verbunden sind, aus ihr herausgelöst und auf einen Dritten übertragen werden, so daß sie als eine einschneidende Beschränkung der normalen Erbenstellung bezeichnet werden kann. Sie hat sich infolge der Rezeption des römischen Rechts bei uns herausgebildet und kann insofern im Grunde weder als eine Einrichtung des römischen Rechts, mit dessen erbrechtlichen Grundgedanken sie ja im entschiedenen Widerspruch steht, noch des deutschen Rechts betrachtet werden, wenn sie auch an ein Institut des älteren deutschen Rechtes anknüpft, nämlich an den Salmann oder Treuhänder, der hier in eigenartiger Weise in den Dienst des römischen Rechts und seiner Testamente gestellt worden ist, für deren Durchsetzung gegenüber dem Widerstand der deutsch denkenden Bevölkerung er vor allem sorgen sollte. Um nämlich zu verhindern, daß die dem deutschen Wesen fremden Testamente, die das Intestaterbrecht der Kinder und sonstigen Verwandten gefährdeten, umgangen würden oder unausgeführt blieben, griff die Praxis nach dem Institut des Treuhänders, dem die Vollstreckung der Verfügung von Todes wegen aufgetragen wurde. Hieraus hat sich die moderne Testamentvollstreckung entwickelt, deren Anordnung durch letztwillige Verfügung erfolgt⁶.

¹ Vgl. KIPP § 64. ² KIPP § 64 III; § 2362 I BGB.

³ Vgl. dazu DERNBURG, Erbr. § 162; KIPP § 62 I 7 und N. 34; ENDEMANN § 146 V; PLANCK-UNZNER § 2259 Bem. 3; HELLWIG, Lehrb. I S. 387, II S. 40; KUTTNER, Festschr. f. Gierke II, S. 263; LEONHARD Bem. II C 2 zu § 2359 u. a. m.

⁴ So im wesentlichen auch KUTTNER und LEONHARD a. a. O.

⁵ Über „erbscheinähnliche Wirkungen“ der Todeserklärung vgl. BGB. §§ 18, 2370 und KIPP § 65.

⁶ Vgl. BESELER, Erbverträge I S. 289; STOBBE, DPrivat. V, § 308; STURM, Die Lehre von den Testamentvollstreckern und der Entw. e. BGB; DERNBURG, Erbr. § 134; ENDEMANN, I § 70. Über Analogien im römischen Recht vgl. MITTEIS, Röm. Privatrecht I § 60 N. 30; ENDEMANN a. a. O. S. 561 f.

I. Das Wesen dieser Einrichtung ist seit langem streitig¹. Das BGB. bezeichnet die Vollstreckung mit einem gewissen Nachdruck als Amt (§§ 2197 II, 2202). Natürlich ist dies nicht ein Amt im Sinn des öffentlichen Rechts; denn der Vollstrecker empfängt seine Befugnisse nicht aus den Händen der öffentlichen Gewalt und sie haben auch keinen öffentlichrechtlichen Inhalt; aber dies würde nicht gegen seine Auffassung als Amt sprechen, da es auch sonst rein privatrechtliche Amtsstellungen gibt, wie z. B. die des Vormundes und des Pflegers. Wenn aber mit der Bezeichnung der Testamentsvollstreckung als Amt die oft aufgeworfene Frage, ob der Vollstrecker Stellvertreter, sei es des Erblassers² oder des Erben³ oder des Nachlasses⁴ oder der Nachlaßbeteiligten sei, verneint werden soll⁵, so genügt wohl der Hinweis auf den Vormund, der zweifellos ein Amt in demselben Sinn wie der Vollstrecker bekleidet und vom Gesetz geradezu als Vertreter, nämlich als gesetzlicher Vertreter des Mündels bezeichnet wird⁶, um die Wertlosigkeit dieses Arguments zu zeigen. Sehr viel gewichtiger ist der Umstand, daß die Auffassung des Vollstreckers als Vertreters, wie man sie im näheren auch sich denken mag, auf Schwierigkeiten stößt. Gegen die Annahme, er sei Vertreter des Erben, läßt sich einwenden, daß wir bei einem Vertreter in der Regel an eine Person denken, die wegen tatsächlicher oder rechtlicher Behinderung eines anderen dessen Interessen wahrzunehmen hat, mag sie nun von ihm selbst oder von der Obrigkeit für ihn bestellt sein, während der Vollstrecker gerade den Willen des Testators gegenüber dem etwa widerstrebenden Erben und gegen dessen Interesse durchzusetzen hat; gegen seine Auffassung als Vertreters des Erblassers, die aus diesem Gesichtspunkt am nächsten liegen würde, daß der Erblasser nicht mehr Rechtssubjekt ist und infolgedessen nicht mehr vertreten werden kann, wie auch gegen die Lehre, daß er den Nachlaß verrete, eingewendet werden kann, daß Vertretung von Rechtsobjekten und Vermögensmassen für uns eine unbekannte Kategorie ist, da wir nur die Vertretung von Personen kennen. Aber doch liegt in jeder dieser Auffassungen etwas Wahres, da der Vollstrecker seine amtliche Macht aus der Hand des Erblassers empfängt, wie der Vertreter seine Vollmacht aus der Hand des Vertretenen, und als Organ seines Willens tätig werden soll; da er andererseits seine amtliche Macht auf den Nachlaß beschränkt und nicht über dessen Bereich hinaus wirksam tätig werden kann, und da er schließlich mit diesem Handeln im Bereich des Nachlasses doch in die Rechtsphäre des Erben als des Subjekts dieses Vermögens eingreift. Darin zeigt sich aber auch neben der Vielseitigkeit die Eigenart seines Wesens, die es nicht durch Subsumtion unter einen Allgemeinbegriff, wie es die Stellvertretung ist, zu verdecken, sondern zu erfassen gilt⁷. Jedenfalls wird dieses Wesen, d. h. die wesentliche Seite dieser Rechtsstellung, durch die Bezeichnung als „Amt“ schlechthin nicht getroffen, sondern es kommt darauf an, daß der Vollstrecker dieses Amt aus dem Testament erhält, daß er Organ des Testators und Vollstrecker seines Willens ist, der so als über das Grab hinaus fortwirkend gedacht wird. Gegenüber dieser Tatsache, die ja in dem Inhalt der Anordnung der Vollstreckung unmittelbar gegeben ist, will es gar nichts besagen, daß der tote Testator keinen Willen mehr hat und das *mandatum post mortem* im gemeinen Recht zwar anerkannt, aber nicht geeignet war, eine Verfügungsmacht zu begründen und einen Vertrag und nicht eine einseitige Verfügung von Todes

¹ Vgl. die bei KIPP § 116 II N. 8 Genannten.

² LEONHARD § 2197 Bem. II A. Dagegen KG., EOLG. 30 S. 208f.

³ M. Rechtsstellung des Erben II S. 105f., III S. 379 N. 18; auch JÄGER, COSACK, L. SEUFFERT, KIPP u. a. m.; vgl. auch RG. 28, S. 296.

⁴ HELLMIG, Anspruch und Klagerecht, S. 74, 220, Rechtskraft S. 37.

⁵ BGB. § 1799 I, 1844 I, 1854 und öfter und dazu § 1793, 1795.

⁶ So vor allem das RG. (29, S. 29ff.): STROHAL I, S. 295; DERNBURG, Erbr. § 135 IV und die herrschende Lehre. Dagegen KIPP § 116 II.

⁷ In anderem Sinne habe ich diese Frage in meiner „Rechtsstellung des Erben“ behandelt (Bd. I, S. 196, II, S. 105, III, S. 379, N. 18).

wegen voraussetzte. Übrigens ist die praktische Bedeutung dieser Streitfrage für das heutige Recht gering; denn dieses regelt die rechtliche Stellung des Vollstreckers sehr eingehend, so daß es sich fast nur um die Frage handelt, ob der Vollstrecker in Namen des Vertretenen — sei dies nun dieser oder jener — handeln muß. Diese Frage aber läßt sich auf Grund einer formaljuristischen Begriffssubsumtion nicht beantworten; sie ist ganz unabhängig davon, ob wir formell den Vollstrecker als Beamten oder als Vertreter betrachten und muß aus der Natur der Sache beantwortet werden. Zweifellos aber hat das Erfordernis des Handelns im fremden Namen eine sachliche Begründung, die von der Bezeichnung des Handelnden als Vertreters unabhängig ist: wer die Rechtsfolgen seiner Willenserklärungen von sich ablenken will, muß zu erkennen geben, daß er nicht in seiner eigenen, sondern in fremder Interessensphäre tätig wird¹. Das gilt für die Testamentsvollstreckung ebenso wie für die Fälle bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertretung: d. h. der Vollstrecker muß sich zwar nicht als Vertreter des Erben usw. bezeichnen, aber als Testamentsvollstrecker eines bestimmten Erblassers, wenn er es vermeiden will, aus seinen Rechtsgeschäften persönlich haftbar zu werden. Für andere als Verpflichtungsgeschäfte hat das Erfordernis des Handelns im fremden Namen ja überhaupt keine Bedeutung².

II. Beschränken wir uns im folgenden auf den Wirkungskreis des Vollstreckers, so ist davon auszugehen, daß dieser in erster Linie durch die Anordnung des Erblassers bestimmt wird³. In Ermangelung solcher Anordnung überträgt ihm das Gesetz (§§ 2302ff.): die Vollziehung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers und zu diesem Zweck die Verwaltung des Nachlasses, sowie die Auseinandersetzung unter den Miterben nach der Anordnung des Erblassers. Er wird an der Erfüllung dieser Aufgabe durch den Widerspruch der Erben nicht gehindert und ist in der Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich nicht beschränkt. Jedoch darf er keine unentgeltlichen Verfügungen vornehmen, mit Ausnahme von Pflicht- und Anstandsschenkungen. Er kann Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen, soweit dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist und sie ihm zustehende Verfügungen über den Nachlaß zum Gegenstand haben. Er kann vom Erben die Zustimmung zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten verlangen; jedoch haftet der Erbe für sie nicht schlechthin persönlich, sondern nur in derselben Weise wie für andere Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2205/06). Diese Rechtsstellung des Vollstreckers kann vom Erblasser in gewissem Maße erweitert oder eingeschränkt werden (§§ 2207/08). Vor allem kann der Testator ihm die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben zuzuweisen, oder anordnen, daß der Vollstrecker die Verwaltung nach Erledigung seiner sonstigen Aufgaben fortzuführen habe (§ 2809). Aber eine solche Anordnung ist zeitlich beschränkt (§ 2210). Der Vollstrecker kann auch zu dem Zweck eingesetzt sein, um bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Rechte und Pflichten des Nacherben auszuüben bzw. zu erfüllen (§ 2222). Endlich kann er auch nur zu dem Zweck ernannt sein, für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerden (Untervermächnisse und Auflagen) Sorge zu tragen (§ 2223).

¹ Vgl. BGB. § 164 II.

² Was an der Amtstheorie und dem Widerspruch ihrer Anhänger gegen die Auffassung des Vollstreckers als Vertreters des Erben richtig ist, besteht darin, daß das Institut sich wesentlich gegen den Erben wendet. Es könnte daher sehr wohl unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverdrängung (v. TUHR, Allg. Teil, Bd. II S. 42) betrachtet werden, der nicht nur für Probleme der Rechtsnachfolge von Bedeutung ist.

³ Der Vollstrecker wird vor allem vom Erblasser ernannt. Im näheren §§ 2197—99. Dieser kann aber auch das Nachlaßgericht ersuchen, einen Vollstrecker zu ernennen, § 2200 I. Von Amts wegen kann ein V. dagegen nicht ernannt werden. Über die Unfähigkeit gewisser Personen, zu Vollstreckern ernannt zu werden, s. § 2201 (über jur. Personen STROHAL I, S. 271; DERNBURG, Erbr. § 136 Z. V 1; KIPP § 117 Z. 8). Über Beginn und Ende des Amtes: §§ 2202, 2225ff., 2237.

Diesem Wirkungskreis entsprechend ist sein Verhältnis zum Erben geregelt¹. Und zwar ist diese Regelung zwingenden Rechts, so daß die sich daraus gegenüber dem Erben ergebenden Pflichten dem Vollstrecker nicht vom Testator erlassen werden können. Im allgemeinen untersteht dieses Rechtsverhältnis den für den Auftrag geltenden Vorschriften (§ 2218), woraus natürlich nicht auf die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung geschlossen werden darf², wie sich auch umgekehrt aus dem eigenartigen Wesen des Instituts kein Argument gegen die Richtigkeit dieser Regelung ergibt. Im einzelnen ergeben sich für den Vollstrecker aus diesem Grundgedanken folgende Pflichten: die Pflicht der Inventarisierung des Nachlasses, der ordnungsmäßigen Verwaltung, der Herausgabe der Nachlaßgegenstände an den Erben, soweit ihrer der Vollstrecker nicht zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf, die Pflicht, dem Erben während der Dauer der Vollstreckung Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen und nach Beendigung des Amtes den Nachlaß so herauszugeben, wie er sich durch seine Verwaltung gestaltet hat. Dazu kommt noch die Haftung des Vollstreckers gegenüber Erben und Vermächtnisnehmern für Schadenersatz³ und die Pflicht seiner Erben, den Tod des Vollstreckers anzuzeigen und bei Gefahr im Verzug seine Amtsführung einstweilen fortzusetzen (§§ 2219, 2218, 644 ff.). Umgekehrt kann der Vollstrecker vom Erben wie ein Beauftragter Vorschuß und Ersatz von Aufwendungen verlangen, ja selbst eine angemessene Vergütung (§ 2221), sofern nicht der Erblasser dies ausgeschlossen hat⁴.

Sind mehrere Vollstrecker ernannt, so ist für ihren Wirkungskreis zunächst die Anordnung des Erblassers maßgebend. Er kann jedem einzelnen einen besonderen Wirkungskreis anweisen, Fürsorge treffen für den Fall des Wegfalls eines Vollstreckers, endlich auch anordnen, daß unter ihnen die Stimmenmehrheit entscheiden soll. Grundsätzlich aber ist die Amtsführung der mehreren Vollstrecker gemeinsam; nur die zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes erforderlichen Maßregeln ist jeder Vollstrecker allein zu treffen berechtigt⁵. Können sich die Vollstrecker nicht einigen, so muß das Nachlaßgericht um Entscheidung angegangen werden (§ 2224). Für gemeinsames Verschulden haften die mehreren Vollstrecker als Gesamtschuldner (§ 2219 II).

Durch diese Regelung der Testamentsvollstreckung ist der Erbe in seiner Rechtsstellung erheblich beschränkt. Ihm ist zunächst die Verfügung über Nachlaßgegenstände, soweit sie der Verwaltung des Vollstreckers unterstellt sind, entzogen (§ 2211)⁶. Der Erwerb gutgläubiger Dritter wird nur insoweit geschützt, als es mit den Vorschriften über den Erbschein verträglich ist⁷. Vor allem aber

¹ Vgl. im näheren STROHAL I, S. 282 ff.; KIPP § 123.

² Wie es STURM, Lehre von den Testamentsvollstreckern (1898), getan hat, wogegen STROHAL I, S. 292 N. 2, DERNBURG § 115 N. 5.

³ Der Vollstrecker haftet für jedes Verschulden (§ 2219 I). Vgl. dazu KIPP § 123 N, 11; Komm. RGR. zu § 2219 I und II.

⁴ Aus den Vorschriften über den Auftrag ergibt sich vor allem auch, daß der Vollstrecker sein Amt oder seine Ausübung nicht Dritten übertragen darf (§ 664). Über die Frage, ob er einen Gehilfen zuziehen darf, s. KIPP § 113 Z. VI 2 und die dort angef. Entscheidungen.

⁵ Vgl. dazu auch §§ 2038 I 2, 744 II; RG JW. 1902 Beil. S. 244; DJZ. 1902 S. 359; EOLG. 25 S. 400; KIPP § 124 N. 7; HERZFELDER Bem. 2a zu § 2224; LEONHARD Bem. IV zu § 2224. Wenn diese Vorschrift den einzelnen Vollstrecker zu diesen Maßnahmen für „berechtigt“ erklärt, so wird dies als Berechtigung gegenüber seinen Mitvollstreckern aufzufassen sein, nicht als Verleihung einer Zuständigkeit; vgl. unten § 29 II B.

⁶ Solche Verfügungen sind unwirksam: KIPP § 120 N. 1 und dort Genannte. Relative Unwirksamkeit nehmen an: STROHAL I, § 4a, b bei N. 87; DERNBURG V, § 191 VI; PLANCK-UNZNER V, § 2211 Bem. 4. Die Unwirksamkeit ist jedoch heilbar: KIPP a. a. O. unter Berufung auf § 185. Schutz des gutgläubigen Erwerbers: § 2211 II; KIPP § 120 II.

⁷ § 2211 II: Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden „entsprechende“ Anwendung — weil der Erbe an sich kein „Nichtberechtigter“ im Sinne des Gesetzes ist. KIPP § 121 II. Über den Erwerb auf Grund des Erbscheins: KIPP a. a. O. II 3.

äußert sich die Beschränkung des Erben in bezug auf die Prozeßführung¹. Die wichtigste Folge des Verwaltungsrechts ist ja immer die Prozeßführung; wem die Verwaltung eines Vermögens zusteht, dem ist auch die Prozeßführung übertragen, genauer das Prozeßführungsrecht, das von der Sachlegitimation wohl zu unterscheiden ist. Dieses Prozeßführungsrecht steht dem Testamentsvollstrecker zu, soweit ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht; ist dies nicht der Fall, so hat es der Erbe. Soweit dagegen das Verwaltungsrecht des Vollstreckers reicht, ist dem Erben das Prozessierungsrecht entzogen. Daher kann vor allem ein der Verwaltung des ersteren unterliegendes Recht nicht vom Erben gerichtlich geltend gemacht werden (§ 2212). In den sogenannten Aktivprozessen hat also der Erbe wohl die Sachlegitimation, aber es fehlt ihm das Prozeßführungsrecht. Eine Folge dieser Regelung ist, daß das vom Vollstrecker erwirkte Urteil für und gegen den Erben wirkt (ZPO. § 327 I). Auch die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil ist gegen den Erben möglich, nach Umstellung der Vollstreckungsklausel auf ihn (ZPO. § 728 II), worin zweifellos ein Argument gegen die Auffassung des Vollstreckers als Vertreters des Erben liegt². Denn wäre er dies, so wäre der Erbe vertretene Partei und bedürfte es keiner Vorschriften über die Wirkung des Urteils und die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, vor allem auch nicht der Umstellung der Vollstreckungsklausel. In Wirklichkeit ist aber der Vollstrecker selbst Partei, was sich auch darin äußert, daß der Erbe als Zeuge vernommen werden kann. — Soweit dagegen dem Vollstrecker das Verwaltungsrecht nicht zusteht, ist der Erbe zur Prozeßführung berechtigt (§ 2212); dann ist also auch er Partei und nicht der Vollstrecker. Etwas anders ist die Berechtigung zur Führung von Passivprozessen über den Nachlaß geregelt. Im allgemeinen kann nämlich ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, wovon gegen den Erben wie gegen den Vollstrecker geltend gemacht werden (§ 2213). Nur wenn dem Vollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nicht zusteht, ist die Geltendmachung nur gegen den Erben zulässig. So ist also das Prozeßführungsrecht wohl für den Verwalter, nicht aber für den Erben an das Verwaltungsrecht gebunden. Ein Pflichtteilsanspruch ferner kann unter allen Umständen nur gegen den Erben geltend gemacht werden³. Dies beruht auf der freilich unzutreffenden Auffassung, daß der Vollstrecker auch gegenüber der außergerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruchs nicht zuständig sei⁴. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum der Vollstrecker, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nicht ebenso wie andere Nachlaßgläubiger auch Pflichtteilsberechtigter soll befriedigen können⁵. Doch muß es für uns bei dem Gesetz natürlich sein Bewenden haben. Nach der herrschenden Lehre ist auch der Streit über die Erbenberechtigung Sache des Erben und nicht des Vollstreckers, der in dieser Frage über den Parteien steht und sich nur um den Nachlaß zu kümmern braucht⁶. Daran ist soviel richtig, daß es nicht Sache des Vollstreckers ist, über die Erbberechtigung dieses oder jenes Prätendenten zu prozessieren und daß er auch niemals Erbschaftsbesitzer im Sinne des Gesetzes ist. Denn als Vollstrecker nimmt er nicht selbst das Erbrecht für sich in Anspruch, und wenn seine Aufgabe beendet ist, so hat zwar der Erbe gegen ihn einen Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses, aber nicht den Erbschaftsanspruch, sondern die *actio mandati utilis*. Bestreitet dagegen ein Dritter als Intestaterbe die Gültigkeit des Testamentes, auf

¹ KIPP § 121; HELLWIG, Anspruch und Klagerecht S. 74 ff., 257 ff.; ENDEMANN § 78.

² Oben S. 62. ³ BGB. § 2213 I 3; vgl. ZPO. § 748 II; KIPP § 121 N. 17.

⁴ Vgl. Prot. V S. 300, Denkschrift S. 290. Wenn die Vorschrift damit begründet wird, daß wegen der persönlichen Fragen, die beim Pflichtteilsanspruch mitspielen, der Erbe immer gehört werden solle, so paßt das zu der Art, in der das Pflichtteilsrecht des BGB. gestaltet ist, gar nicht. Vgl. dazu KIPP § 121 II 2; ENDEMANN I S. 618 d; LEONHARD zu § 2213 Bem. II B.

⁵ Zumal er sich die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung gefallen lassen muß, ZPO. § 748 III. Vgl. LEONHARD a. a. O.

⁶ Vgl. BINDER, Rechtsstellung III, S. 377 f.; KIPP § 121 I 2 u. 3.

Grund dessen der Vollstrecker den Nachlaß für die eingesetzten Erben verwaltet, so wird sich die Zulässigkeit der Klage gegen den Vollstrecker nicht wohl bestreiten lassen.

Zu seiner Legitimation erhält der Testamentsvollstrecker ein Zeugnis des Nachlaßgerichts, das im wesentlichen dem Erbschein entspricht und in das die Abweichungen von den gesetzlichen Befugnissen des Vollstreckers aufzunehmen sind. Es wird kraftlos mit der Beendigung seines Amtes (§ 2368)¹.

§ 27. Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Das römische Recht hat aus der Nachfolge des Erben in die Rechtsstellung des Verstorbenen die Folgerung gezogen, daß der Erbe für die Schulden des Erblassers wie dieser selbst, also mit seinem ganzen eigenen Vermögen hafte. Durch den Erwerb der Erbschaft vereinigte sich diese ja mit seinem Eigenvermögen zu einer Einheit, die das unterschiedslose Befriedigungsmittel für die Gläubiger des Erben wie des Erblassers bilden mußte. War daher die Erbschaft überschuldet, so lief der Erbe Gefahr, durch den Erbschaftserwerb benachteiligt zu werden, und er hatte deshalb Veranlassung, den Erbschaftserwerb hinauszuziehen oder überhaupt abzulehnen, was vor allem für die Gläubiger des Erblassers wenig erfreulich war. Erst Justinian hat diesen unbefriedigenden und unvollkommenen Zustand beseitigt. Er ging davon aus, daß die Gläubiger des Erblassers durch den Erbfall nicht benachteiligt werden, wenn ihnen nach diesem der Nachlaß in derselben Weise haftet wie vorher das Vermögen des Erblassers, sofern ihnen nur dieser Nachlaß als Befriedigungsmittel gesichert ist, und daß kein Anlaß besteht, ihnen durch den Erbfall eine Verbesserung ihrer Lage zu verschaffen. Der Gedanke einer amtlichen Nachlaßverwaltung war andererseits dem damaligen Rechtsleben noch fremd. So sollte den Nachlaßgläubigern das Eigenvermögen des Erben nicht haften, wenn er in gesetzlicher Frist und gehöriger Form ein vollständiges Nachlaßinventar errichtete und in Vorlage brachte. In der Inventarerrichtung hatt also der Erbe ein Mittel, seine an sich unbeschränkte Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Mag auch die Idee des Kaisers gewesen sein, damit eine Art von beschränkter Haftung einzuführen; sachlich ist daraus nur die Beschränkbarkeit der Haftung geworden². Daraus hat sich in der gemeinrechtlichen Praxis die Antretung der Erbschaft „sub beneficio inventarii“ entwickelt, d. h. die Erklärung vor dem Nachlaßgericht, die Erbschaft unter der Wohltat des Inventars anzutreten, worauf das Gericht selbst das Inventar aufnahm³.

Im Gegensatz zum römischen Recht ist das deutsche Recht vermutlich davon ausgegangen, daß der Erbe für die Schulden des Erblassers überhaupt nicht hafte. Das Familiengut war den Erben verfangen; der Erblasser konnte darüber weder verfügen, noch es mit Schulden belasten. Erst später hat sich diese Strenge des Standpunkts gemildert. Der Erbe sollte zwar nicht mit seinem eigenen Vermögen, aber doch mit dem ererbten Gute für die Schulden des Erblassers haften, die so als eine auf dem Nachlaß ruhende Last erschienen⁴. Dieser Grundsatz trat dann in Widerstreit mit dem römischen Prinzip der unbeschränkten, aber beschränkbaran Haftung. Unter dem Einfluß dieses Widerstreites entwickelte sich in den Partikularrechten ein eigenartiges Rechtsinstitut, das uns besonders klar im preußischen Allgemeinen Landrecht entgegentritt⁵: der Erbe haftete grundsätzlich nur mit dem Nachlaß; aber

¹ STROHAL II, S. 171ff.; DERNBURG § 140 Z. IV; KIPP § 117 III.

² Widerspruchsvoll DERNBURG, Pand. III, § 171 II bei N. 4, III Z. 1. Vgl. m. Rechtsstellung II S. 51; auch BERNHÖFT, Zur Reform des Erbrechts § 39.

³ DERNBURG, Pand. III, § 171 N. 10.

⁴ Vgl. dazu etwa STOBBE, RG. V § 285; HEUSLER, Instit. II, §§ 175, 176; SCHRÖDER, RG. § 35 zu N. 322ff.; ENDEMANN, Erbr. II, S. 112; DERNBURG, Erbr. § 163 III.

⁵ PrALR. I 9 § 367; DERNBURG, Pr. Privatr. III, §§ 217ff., b. Recht, Erbr. § 145 IV.

er sollte das daraus fließende Recht, die Gläubiger auf den Nachlaß zu verweisen, dadurch verlieren, daß er es unterließ, innerhalb einer ihm vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Gläubigers gesetzten Frist ein Nachlaßinventar zu errichten. Das römische Inventarrecht wird so mit dem deutschen Prinzip der beschränkten Haftung kombiniert; die unbeschränkte Haftung wird zu einer Folge der Fristversäumung, während im gemeinen Recht die beschränkte Haftung die Folge der Inventarerrichtung ist. Diese Gestaltung der Erbenhaftung hat ihren Einfluß auf Recht des BGB. ausgeübt.

Schon der erste Entwurf dieses Gesetzes hatte sich im wesentlichen dem preussischen System angeschlossen¹. Der Erbe sollte an sich den Nachlaßgläubigern als Schuldner haften, aber, wenn der Nachlaß nicht zu ihrer Befriedigung ausreichte, berechtigt sein, sie durch Beantragung des Nachlaßkonkurses oder im einzelnen durch die sogenannte Abzugseinrede auf den Nachlaß zu beschränken, so daß der einzelne Gläubiger, auch wenn es nicht zum Nachlaßkonkurs kam, stets nur das erhielt, was er im Nachlaßkonkurs erhalten haben würde. Dieses Recht war nicht von der vorherigen Inventarerrichtung abhängig, obwohl es als „Inventarrecht“ bezeichnet war, sondern sollte dem Erben dadurch verloren gehen, daß er die ihm gesetzte Inventarfrist versäumte. Es war damit zweifellos ausgesprochen, daß der Erbe an sich nicht über den Nachlaß hinaus, also „beschränkt“ haften sollte; er konnte die Gläubiger zwar nicht von der Pfändung seiner eigenen, nicht zum Nachlaß gehörigen Gegenstände abhalten, brauchte sich aber keinesfalls über den Wert des Nachlasses hinaus in Anspruch nehmen zu lassen. Man pflegt dies als Haftung pro viribus, nicht cum viribus hereditatis, als rechnerisch, nicht gegenständlich beschränkte Haftung zu bezeichnen². Die Kritik an diesem gekünstelten System brachte die Abzugseinrede, die prozeßtechnisch eine Ungeheuerlichkeit war, weil der Erbe natürlich nicht in der Lage war, außerhalb des Konkurses eine konkursmäßige Nachlaßliquidation durchzuführen, zu Fall und ersetzte sie durch ein ganz neues Gebilde, die „Nachlaßpflegschaft zum Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger“ oder „Nachlaßverwaltung“³. Damit war aber der Grundsatz der beschränkten Haftung des Erben bereits verlassen und eine Wendung zum römischen Recht hin vollzogen: denn von beschränkter Haftung können wir nur reden, wenn der Erbe unter allen Umständen in der Lage ist, sein Vermögen vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen³; wenn dagegen ein Gesetz dem Erben nur unter der Voraussetzung, daß er bestimmte, die Gläubiger sichernde Maßnahmen ergreift, gestattet, sich auf die beschränkte Haftung zu „berufen“, so bedeutet dies in Wahrheit die Einführung der unbeschränkten, aber beschränkbareren Haftung. Es wäre alsdann nur folgerichtig gewesen, wenn das BGB. das Institut der Inventarerrichtung überhaupt aus seinem System entfernt und durch die energischer wirkende Nachlaßverwaltung ersetzt hätte, oder wenn es das Inventar neben dieser für Fälle von geringerer Bedeutung, wo der Apparat der Nachlaßverwaltung als unverhältnismäßig kompliziert und kostspielig erschien, beibehalten hätte; in beiden Fällen wäre das Prinzip der beschränkbareren Haftung unzweideutig durchgeführt gewesen. Das hat der Gesetzgeber nicht getan, sondern er hat das „Inventarrecht“ des ersten Entwurfes beibehalten und sogar die terminologischen Änderungen unterlassen, die die Preisgabe des Grundgedankens erfordert hätte. So soll nach dem Gesetz der Erbe „unbeschränkt haften“, wenn er nicht binnen der ihm gesetzten

¹ E I §§ 2092ff., 2106, 2108; Motive V, S. 604; m. Rechtsstellung II S. 52f. und dort Genannte.

² Der Grundgedanke der beschränkten Haftung hat übrigens, wie hier schon bemerkt werden mag, mit der Frage, ob der Nachlaß zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger des Erblassers ausreicht, im Grunde nichts zu tun; der Erbe kann ein Interesse daran haben, daß nicht in sein Vermögen vollstreckt werde, auch wenn der Nachlaß ausreichen würde.

³ Über den I. E. und die Änderungen der II. Kommission: Rechtsstellung II, S. 52ff., 59ff.

richterlichen Inventarfrist ein Nachlaßinventar errichtet¹. Die Beibehaltung der deutschrechtlichen Umgestaltung des Inventarrechts im Zusammenhang mit der Terminologie des Gesetzes hat in der Tat zu der Meinung verführt, daß auch dem Recht des BGB. das Prinzip der beschränkten Haftung zugrunde liege und daß nur insofern eine Änderung gegenüber dem früheren Recht und dem ersten Entwurf anzunehmen sei, als das BGB. zweifellos die Haftung *eum viribus hereditatis* an die Stelle der Haftung *pro viribus* gesetzt habe². War dies aber richtig, dann mußte der Erbe in der Lage sein, die Nachlaßgläubiger ohne weiteres, also auch ohne Nachlaßsequestration, auf den Nachlaß zu verweisen. Und in der Tat schien dies, wenn auch nicht mit Vorschriften des BGB., so doch der Zivilprozeßordnung belegt werden zu können³. Denn nach dieser kann sich der Erbe, der von einem Nachlaßgläubiger belangt wird, im Urteil die beschränkte Haftung vorbehalten lassen und dann auf Grund seiner beschränkten Haftung im Fall der Pfändung seiner eigenen Gegenstände die Vollstreckungsgegenklage auf Aufhebung dieser Vollstreckungsmaßregeln erheben⁴. Nirgends war im Gesetz gesagt, daß diese Einwendungen die Herbeiführung der beschränkten Haftung voraussetzten; so lag es nahe, darin nur eine Konsequenz der grundsätzlich beschränkten Haftung zu sehen und zu behaupten, das Haftungsprinzip des geltenden Rechtes stehe nicht im BGB., sondern in der ZPO. Demgegenüber mußte sich freilich das Bedenken geltend machen, daß mit dieser Auffassung andere auf die Erbenhaftung bezügliche Einrichtungen nicht wohl zu vereinigen seien; daß vor allem nach den eigenen Worten des BGB. der Erbe an sich für die Nachlaßverbindlichkeiten „haftete“, d. h. wohl ebenso haftete, wie jeder andere Schuldner, also persönlich, und daß sich die Haftung des Erben, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, nur dann auf den Nachlaß „beschränken“ solle, wenn die Nachlaßverwaltung eingeleitet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, also wenn der Nachlaß sequestriert sei⁵. Das konnte ohne Voreingenommenheit nur von der unbeschränkten, aber beschränkbareren Haftung verstanden werden. So schien ein unheilbarer Widerspruch zwischen den einzelnen auf die Erbenhaftung bezüglichen Instituten des BGB. zu bestehen, der nur durch einen operativen Eingriff überwunden werden konnte, wobei man sich dafür entscheiden zu müssen glaubte, die beschränkte Haftung zugrunde zu legen und der Nachlaßsequestration nur die Bedeutung zuzuerkennen, daß ihre Herbeiführung ein Mittel sei, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß durchzuführen und eine Verantwortlichkeit des Erben ihnen gegenüber zu verhüten⁶. Aber freilich beruhte diese Konstruktion

¹ BGB. §§ 1994 I 2, 2005.

² Vgl. m. Rechtsstellung II § 17 und die dort S. 61 N. 53 Abs. II Genannten.

³ Vgl. Rechtsstellung II S. 96. ⁴ ZPO. §§ 780, 781, 785. ⁵ BGB. § 1975.

⁶ Diese Lehre habe ich im II. Bande meiner Rechtsstellung des Erben vorgetragen und eingehend zu begründen gesucht. Vgl. a. a. O. S. 62f. Meine Theorie der „beschränkten Haftung“ bedeutete also von vornherein nicht, daß ich dieses Prinzip als klar erfaßt und widerspruchsfrei im Gesetz durchgeführt betrachtet hätte; über die in dieser Auffassung beruhenden Schwierigkeiten war ich mir von vornherein klar; doch schienen sie mir im Vergleich mit den sich für die herrschende Lehre von der unbeschränkten Haftung ergebenden die geringeren zu sein. Nur in dieser Beziehung habe ich heute meine Meinung geändert.

Wenn SIBER, Grundriß, S. 145 Z. 3, im Gegensatz zu mir (Kr. Vjschr. 57, S. 272) an der grundsätzlich beschränkten Haftung festhält (vgl. auch *acta acad. intern. I*, S. 71 N. 13), so hat das im Grunde eine nur terminologische Bedeutung, und hat mit dem von mir in meiner Rechtsstellung a. a. O. eingenommenen Standpunkt wenig zu tun. Denn dieser bestand darin, daß der Erbe, ohne irgend etwas zur Sicherung der Nachlaßgläubiger zu tun, diese, sei es nun *ipso jure* oder durch Einrede, auf den Nachlaß verweisen könne, was ich nur damit begründen konnte, daß das Haftungsprinzip in der Zivilprozeßordnung und nicht im BGB. ausgesprochen sei. Vgl. Rechtsstellung II, S. 96 und dagegen STROHAL II, S. 200 N. 14 a. E. Folgerecht mußten dann die Konfusionen, die nach dem GB. als infolge des Erbfalls eingetreten vorausgesetzt werden, und die nur nach Sequestration des Nachlasses als nicht eingetreten gelten sollen (§ 1976; vgl. auch die §§ 1990/91), dem Gesetz zuwider aufgehoben werden, was als eine Operation an dem Gesetz bezeichnet werden muß. Ich habe das auch von Anfang an zugegeben; nur schien

auf einem Irrtum. Es läßt sich zeigen, daß die auf die Durchführung der beschränkten Haftung bezüglichen zivilprozessualen Vorschriften gar nicht ein bestimmtes Haftungssystem voraussetzen; sie sind ja unverändert aus der alten Zivilprozeßordnung in die neue herübergenommen worden und hatten ursprünglich die Aufgabe, eine rein prozeßtechnische Frage einheitlich für die ganze Fülle der Partikularrechte zu lösen, unabhängig von dem Standpunkt, den diese zu der Frage der grundsätzlichen Gestaltung der Erbenhaftung eingenommen hatten. Sei es, daß der Erbe beschränkt haftete oder diese Haftung nur herbeiführen konnte: jedenfalls sollte er in der Lage sein, sich den Vorbehalt der beschränkten Haftung zu erwirken, um diese dann, sei es ohne weiteres oder erst nach Herbeiführung der beschränkten Haftung, in der Zwangsvollstreckung geltend machen zu können. Die Vorschrift galt ja vor allem auch für das gemeine Recht mit seinem Grundsatz der Beschränkbarkeit der Haftung. Mit dieser Erkenntnis war der Theorie der beschränkten Haftung für das BGB. der Boden entzogen. Denn nunmehr ließen sich die Vorschriften über das Inventarrecht leicht mit denen über die Nachlaßsequestration vereinigen, und die allein noch bestehende terminologische Schwierigkeit ließ sich durch eine Umdeutung beheben. Man mußte nur unter der „beschränkten Haftung“, die der Erbe durch Versäumung der Inventarfrist verlieren sollte, die beschränkbare, und unter der „unbeschränkten Haftung“ die unbeschränkbare Haftung verstehen. So ergab sich für das Recht des BGB. folgender Grundgedanke: Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten an sich unbeschränkt. Er kann seine Haftung aber auf den Nachlaß beschränken, wenn er die Sequestration des Nachlasses herbeiführt. Er verliert dieses Recht der Haftungsbeschränkung, wenn er nicht rechtzeitig ein Inventar über den Nachlaß errichtet.

Damit ist der angebliche Widerspruch zwischen den verschiedenen Vorschriften über die Erbenhaftung beseitigt und eine Umdeutung der die beschränkbare Haftung voraussetzenden Vorschriften entbehrlich geworden¹. Aber freilich bleibt die Regelung der Erbenhaftung durch das BGB. vom praktischen Standpunkt aus anstößig. Das Inventar ist kein Mittel mehr, die Haftung zu beschränken; es ist insofern durch die weitergehende Nachlaßverwaltung ersetzt. Auch wo der Erbe, ausnahmsweise,

mir damals diese Operation als die „weniger blutige“ (vgl. Rechtsstellung II, S. 63) im Vergleich mit der, die die herrschende Lehre von der grundsätzlich unbeschränkten, aber beschränkbar Haftung zu erfordern schien. Entscheidend spricht nun aber gegen die anfänglich beschränkte Haftung, daß § 780 ZPO. nicht die Bedeutung hat, die ich ihm damals unterlegte, insofern er nämlich nicht die bestehende beschränkte Haftung voraussetzt, sondern vielmehr dem Erben nur die Möglichkeit vorbehält, die beschränkte Haftung herbeizuführen. Das aber ist, nach dem oben Ausgeführten, eben beschränkbare Haftung. Nur in einzelnen Fällen, die also Ausnahmen vom Prinzip sind, hat der Erbe gegenüber Nachlaßgläubigern eine Einrede, die sie auf den Nachlaß beschränkt, ohne daß der Erbe ihnen den Nachlaß objektiv sichert. Diesen Zustand nennt das Gesetz zwar „beschränkte Haftung“; es ist aber, nach dem hier festgestellten Begriff dieser, in Wirklichkeit beschränkbare und d. h. unbeschränkte Haftung. Im Grunde gibt das SIBER a. a. O. selbst zu, wenn er (S. 144 Bem. 1a) ausführt, daß die sofortige Verwerfung der Einrede (der beschränkten Haftung) nur bei Verwirkung zulässig sei, daß dagegen im anderen Fall (S. 145 Bem. b) der Erbe „zur Leistung des vollen Betrages der Nachlaßschuld zu verurteilen“, ihm aber dabei „auf seinen Antrag Geltendmachung der Haftungsbeschränkung gegenüber der Zwangsvollstreckung vorzubehalten“ sei. Denn auch nach ihm setzt dann die Geltendmachung der Beschränkung, wenn nicht die im weiteren Verlauf der Darstellung zu erörternden Ausnahmefälle vorliegen, voraus, daß „die Haftungsbeschränkung nur bei Absonderung (also regelmäßig durch Beantragung der Nachlaßverwaltung) durchführbar ist“ (S. 148 Bem. 2). Das aber ist genau das, was von mir als beschränkbare Haftung bezeichnet worden ist (Rechtsstellung II, S. 62) und was auch nicht anders bezeichnet werden kann. Daß dieses System nicht einheitlich ist (SIBER S. 149), ist allerdings zuzugeben und auch von allem Anfang an von mir behauptet worden (a. a. O. S. 63, 245ff.); dies ist ein Fehler, der durch die Entstehungsgeschichte verständlich, wenn auch nicht entschuldigt wird. (Vgl. auch Kr. Vjschr. a. a. O.)

¹ Vgl. zu der folgenden Darstellung auch BOEHMER, *Erbfolge und Erbenhaftung* (1927) und *Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben* (Sonderabdruck aus der Festgabe der jur. Fakultäten zum Reichsgerichtsjubiläum) 1929.

dieser nicht bedarf, um seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, verlangt das Gesetz nicht, daß er ein Inventar errichte. So wäre am besten der ganze auf dieses veraltete Institut bezügliche Abschnitt gestrichen worden. Aber immer noch erscheint die Regelung des BGB. als zu kompliziert für die Durchschnittsfälle. Die Nachlaßverwaltung ist eine Einrichtung, die bei sehr großen Nachlässen am Platze sein mag: für die Mehrzahl der Fälle ist sie zu schwerfällig und zu kostspielig. Auf der anderen Seite ist es nicht gerade sachgemäß, daß der Erbe, wenn es sich um große gewerbliche oder industrielle Unternehmungen handelt, seinen Betrieb aus der Hand geben und einem Nachlaßverwalter überlassen soll. Zudem scheint der Erbe, wenn die Vorschriften über die Haftung im Fall der Nachlaßverwaltung wörtlich genommen werden, überhaupt kein Mittel zu haben, seine Haftung dauernd auf den Nachlaß zu beschränken, wenn ihm dies auch nicht sonderlich gefährlich zu werden braucht, da er freiwillig ein Inventar errichten kann. Schließlich hätte die Einheitlichkeit des Grundgedankens verlangt, daß in den Fällen, wo die Sequestration schon nach Ansicht des Gesetzgebers angesichts der Geringfügigkeit des Nachlasses unangebracht erschien, der Erbe von vornherein zur Inventarisierung, vielleicht in vereinfachter Form, verpflichtet worden wäre, um dem Gläubiger wenigstens eine gewisse Sicherheit dafür zu verschaffen, daß der Nachlaß wirklich zu seiner Befriedigung verwendet werde. — In rein technischer Beziehung ist nicht nur die außerordentliche Kompliziertheit dieses Haftungsrechts zu beanstanden, sondern vor allem, daß es die einzelnen Institute nicht zu einer organischen Einheit verbunden hat, wie dies in dem alten preußischen Liquidationsprozeß der Fall war. Nach diesen einleitenden Bemerkungen ist auf die einzelnen auf die Erbenhaftung bezüglichen Institute des BGB. einzugehen. Es wird dabei vorausgesetzt, daß dem Wortsinn entsprechend, unter beschränkter Haftung eine Regelung verstanden werden muß, bei der der Erbe, von Ausnahmefällen abgesehen, keine die Sicherung der Gläubiger bezweckenden Schritte zu unternehmen braucht, um sie von seinem Eigenvermögen fernzuhalten.

I. Die Nachlaßverbindlichkeiten.

A. Wenn nach § 1967 der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, so ist damit nicht etwa die theoretische Behauptung aufgestellt, daß sie neben den Nachlaßgegenständen als Bestandteile zum „Nachlaß als Ganzen“ gehören, sondern nur die praktische und sinnvolle Folgerung daraus gezogen, daß der Erbe in dem Nachlaß das bisherige Haftungsobjekt für die Gläubiger des Erblassers erworben hat. So bildet diese Haftung des Erben zwar nicht ein Stück seiner Erbschaft — letztere im objektiven Sinn verstanden —, aber als die Kehrseite ihres Erwerbs einen wesentlichen Inhalt der Erbfolge¹. Diese Haftung ist aber nicht als Haftung für eine fremde Verbindlichkeit aufzufassen², sondern in der Haftung ist zugleich die Schuld des Erblassers auf den Erben übergegangen und seine eigene geworden³. Es geht deshalb nicht an, sie etwa als Gesamtschuldverhältnis aufzufassen, das nur so lange unkenntlich ist, als Nachlaß und Erbenvermögen ungetrennt sind⁴; denn auch wenn die beiden Vermögen infolge der Sequestration des Nachlasses getrennt werden, ist dies keine Trennung der Rechtszuständigkeit, sondern nur der Verwaltung nach, so daß wirkliche Rechts- und infolgedessen auch Rückgriffsverhältnisse zwischen ihnen nicht bestehen können. Es ist eine bloße Fiktion, wenn nach § 1976 BGB. in diesem Falle die durch die Vereinigung von Nachlaß und Erbenvermögen erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten und der Erbe in bezug auf sie die rechtliche Stellung eines Nachlaßgläubigers oder -schuldners erhält⁵: in Wirklichkeit bestehen seine Ansprüche und Verbindlich-

¹ Vgl. oben § 3. ² So SIBER, Grundriß, S. 129f. (§ 31 I).

³ Vgl. meinen Aufsatz: Zur Lehre von Schuld und Haftung, *Iher. Jahrb.* 77, S. 75ff., bes. § 3, S. 167ff.

⁴ SIBER, a. a. O., S. 130.

⁵ Oben S. 58, N. 1.

keiten gegenüber den durch die Sequestration zu einer Einheit zusammengeschlossenen Nachlaßgläubigern.

B. Nachlaßverbindlichkeiten sind¹:

1. Die Verbindlichkeiten des Erblassers, soweit sie nicht ausnahmsweise durch den Tod des Erblassers erloschen sind („Erblasserschulden“)² (§ 1967 II).

2. Die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, sog. Erbfallschulden, vor allem:

a) Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen³,

b) die sog. gesetzlichen Vermächtnisse, nämlich der Voraus des Ehegatten und der sog. Dreißigste⁴;

c) die Unterhaltspflicht gegenüber der Mutter des ungeborenen Erben (§ 1963),

d) die standesgemäßen Beerdigungskosten⁵ und

e) die Kosten der Todeserklärung (ZPO. § 971).

3. Die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung eines Verwalters des Nachlasses, und zwar sowohl die von ihm in der Verwaltung eingegangenen Verbindlichkeiten, wie die ihm aus der Verwaltung erwachsenen Ersatzansprüche⁶. Verwalter in diesem Sinne sind: der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter und Konkursverwalter, der Testamentsvollstrecker⁷; der vorläufige Erbe, der nach der Führung erbschaftlicher Geschäfte die Erbschaft ausgeschlagen hat⁸; der endgültige Erbe, dem aus seiner ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung Ansprüche erwachsen sind, gegenüber den Nachlaßgläubigern und der Vorerbe gegenüber dem Nacherben⁹ in bezug auf die Verbindlichkeiten, die er in der Verwaltung des Nachlasses für diesen begründet hat.

4. Die Verbindlichkeiten, die an zum Nachlaß gehörige Rechte oder Sachen oder den Betrieb von zum Nachlaß gehörigen Unternehmungen geknüpft sind¹⁰.

5. Die Kosten der Testamentseröffnung, der gerichtlichen Nachlaßfürsorge und des Gläubigeraufgebots u. dgl.

6. Die Verpflichtung zur Zahlung der Erbschaftssteuer¹¹.

C. Die Eigenschaft dieser Verbindlichkeiten als Nachlaßverbindlichkeiten bedeutet zunächst, daß ihre Gläubiger jedenfalls Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen können. Dies ist von Bedeutung im Fall der Separation des Nachlasses, insbesondere zur Beschränkung der Haftung des Erben. Es bedeutet dagegen nicht notwendig, daß der Erbe diesen Gläubigern überhaupt nicht hafte, wenn er die beschränkte Haftung herbeigeführt hat, da es vielmehr sehr wohl denkbar ist, sofern nicht Erblasser- und Erbfallschulden in Frage kommen, daß auch das Eigenvermögen des Erben haftet¹², möglicherweise mit einem Rückgriffsrecht des Erben

¹ Vgl. dazu m. Rechtsstellung II, S. 22ff.; STROHAL II, S. 175ff.; KIPP § 73 Z. I. u. a.

² Vgl. Rechtsstellung II, S. 23ff.; KIPP § 1 zu N. 12, 13.

³ § 1967 II, 1972. ⁴ §§ 1932, 1969. Vgl. dazu KIPP § 73 I 23. ⁵ § 1968.

⁶ Rechtsstellung III, S. 33ff., KIPP § 73 I 3.

⁷ §§ 1960, 1985 BGB., KO. §§ 224 Z. 5, 6; BGB. §§ 2206/07.

⁸ Rechtsstellung, S. 33, Z. 1.

⁹ RG. 90 S. 91; KIPP §§ 73, I 3e, 96 I, 11. — Ich habe Rechtsstellung II, S. 34, Z. 3, die Ansicht vertreten, daß der Erbe durch solche Rechtsgeschäfte nur den Nachlaß verpflichte. Dies hing mit meiner Auffassung von der grundsätzlich beschränkten Erbenhaftung zusammen, die verlangte, daß der Nachlaß schon vor der Sequestration ein Sondervermögen bilde, in dessen Verwaltung der Erbe nicht anders gestellt sei als andere Nachlaßverwalter (vgl. II, S. 42). Mit der Voraussetzung ist für mich jetzt natürlich die Folgerung gefallen. Durch seine schuldrechtlichen Geschäfte verpflichtet der Erbe zunächst sich selbst (s. schon Rechtsstellung II, S. 35), und die Frage kann nur sein, ob für solche Verbindlichkeiten auch der separierte Nachlaß haftet. Vgl. dazu KIPP § 73, N. 9 mit Entscheidungen und meine Bemerkungen zu RG. in JW. 1927, S. 1196, N. 11; RG. 62, S. 42; LEONHARD, Bem. 9 zu § 1967.

¹⁰ Z. B. Verpfl. zum Ersatz von Wildschaden, KIPP § 73, Z. I 4.

¹¹ KIPP, § 73, Z. 6.

¹² Z. B. im Fall des § 1968. Vgl. BOEHMER, Erbfolge und Erbenhaftung, S. 119f.; KIPP § 73, N. 13.

gegen die Nachlaßgläubiger, sofern er nach schuldrechtlichen Grundsätzen als persönlich verpflichtet erscheint.

II. Das Inventar (§§ 1993—2012). Die Inventarerriichtung ist heute kein Mittel der Haftungsbeschränkung mehr¹. Daher ist sie auch nicht an eine gesetzliche Frist gebunden, vielmehr kann der Erbe jederzeit ein Verzeichnis des Nachlasses beim Nachlaßgericht einreichen, was das Gesetz als Inventarerriichtung bezeichnet (§ 1993). Aber es kann ihm auf Antrag eines Nachlaßgläubigers vom Nachlaßgericht eine Inventarfrist gesetzt werden (§ 1994), und wenn er diese Frist versäumt, so „haftet er den Nachlaßgläubigern unbeschränkt“, d. h., wie aus der Vorbemerkung ersichtlich ist, er hat die Möglichkeit verloren, seine unbeschränkte Haftung durch die gesetzlichen Mittel auf den Nachlaß zu beschränken². Umgekehrt sichert sich der Erbe durch die rechtzeitige Inventarerriichtung diese Möglichkeit, so daß er nicht mehr Gefahr läuft, unbeschränkt zu haften (§ 2009). Denn nach Errichtung des Inventars kann ihm keine neue Inventarfrist gesetzt werden. Die Errichtung des Inventars ist auch nicht Voraussetzung der Nachlaßsequestration; sondern im Gegenteil, da der Nachlaß- oder Konkursverwalter dem Erben die Verwaltung des Nachlasses abnimmt und selbst ein Inventar zu errichten hat, wird durch die Einleitung des Konkurses oder der Nachlaßverwaltung die gesetzte Inventarfrist hinfällig; in beiden Fällen ist ja den Gläubigern die vollkommene Sicherheit gegeben, daß der Nachlaß zu ihrer Befriedigung dienen werde³. Die sachliche Bedeutung des Inventars besteht daher nur darin, daß es, wenn es ordnungsmäßig errichtet ist, die Vermutung begründet, daß andere als die darin angegebenen Nachlaßgegenstände nicht vorhanden seien (§ 2009). So kann sich der Erbe gegenüber den Nachlaßgläubigern auf das Inventar für die Behauptung berufen, daß der Nachlaß zu ihrer Befriedigung nicht ausreiche. Umgekehrt hat die Versäumung der Inventarfrist — und, was ihr gleichsteht, die absichtliche Errichtung eines unrichtigen Inventars — den Verlust der Beschränkbarkeit der Haftung zur Folge⁴. Dagegen zieht die Verweigerung der Erhärtung des Inventars durch Ablegung des Offenbarungseides den Verlust dieser Rechtslage nur gegenüber demjenigen Gläubiger nach sich, der die Leistung des Offenbarungseides verlangt hat (§ 2006). Infolge der nunmehr unbeschränkten Haftung aber kann der Erbe auch einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen oder verspätet gemeldeten Gläubiger nicht mehr die Befriedigung aus seinem eigenen Vermögen verweigern, wie auch die Sequestration des Nachlasses durch Konkurs oder Nachlaßverwaltung den Gläubigern nicht mehr den Zugriff auf dieses Vermögen verwehrt und der Erbe selbst nicht mehr in der Lage ist, die Nachlaßverwaltung zu beantragen. Ebenso ist ihm das Recht verloren gegangen, bei Dürftigkeit des Nachlasses die Gläubiger ohne Sequestration auf den Nachlaß zu verweisen (§ 2013). Hat dagegen der Erbe nur gegenüber einem einzelnen Gläubiger die beschränkbare Haftung verwirkt, so wird dadurch seine allgemeine Rechtsstellung nicht berührt.

Eine privilegierte Stellung hat in der Inventarfrage der Fiskus. Ihm kann nämlich keine Inventarfrist gesetzt werden (§ 2011). Das bedeutet aber nicht, daß er von vornherein beschränkt hafte und der Gefahr der Verwirkung dieser Haftung nicht ausgesetzt sei; vielmehr haftet er wie jeder andere Erbe beschränkt, jedoch so, daß er diese Haftung nicht einbüßen kann^{5, 6}.

¹ Vgl. Rechtsstellung II, S. 98f., 222ff.; STOHAL II, S. 205ff.; DERNBURG § 171; KIPP § 75.

² § 1994 I 2. ³ Im näheren KIPP § 75 Z. II und III.

⁴ BGB. § 1994, 2005; KIPP § 75 Z. V und dort Genannte.

⁵ Verpflichtung zur Auskunfterteilung (§ 2011, 260/61): KIPP § 75 II 10; Rechtsstellung I, S. 216 zu N. 29; II, S. 224, N. 17.

⁶ Über § 2007 BGB. vgl. m. Rechtsstellung II, S. 235ff., III, S. 293, 330 und dagegen HERZFELDER, Bem. 2, zu § 2007, NIESE, Arch. b. R. 30, S. 198ff.; LEONHARD, Bem. II C; STROHAL II, S. 359, 372; KIPP § 75 VII und dort Genannte.

III. Neben der Inventarerrichtung steht im BGB. ohne organische Verbindung die Einrichtung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger (§§ 1970 ff.). Auch sie ist kein Mittel der Haftungsbeschränkung, sondern hat zunächst nur den Zweck, dem Erben zu ermöglichen, die Nachlaßgläubiger und ihre Forderungen festzustellen. Das Nachlaßgericht erläßt auf Antrag des Erben — oder des Nachlaßverwalters oder Testamentsvollstreckers — die öffentliche Aufforderung an die Nachlaßgläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen binnen bestimmter Frist; verstreicht die Frist, so ergeht ein „Ausschlußurteil“, das die rechtzeitig angemeldeten Forderungen feststellt und die anderen Gläubiger ausschließt. Dieser Ausschluß bedeutet zwar nicht, daß die von ihm betroffenen Gläubiger ihre Forderungen einbüßen, aber sie werden dadurch benachteiligt, daß sie im Rang hinter die nicht ausgeschlossenen zurücktreten und daß der Erbe ihnen nur noch beschränkt haftet. Der Erbe ist nämlich berechtigt, die Befriedigung dieser Gläubiger aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern und braucht ihnen nur den Nachlaßrest herauszugeben, der ihm nach Befriedigung der anderen Gläubiger verblieben ist (§ 1973)¹. Diese Befriedigung haben sie nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu versuchen, d. h. auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung durch einen Gerichtsvollzieher; denn von einem wirklichen Zwangsvollstreckungsverfahren kann deshalb keine Rede sein, weil es an dem dafür erforderlichen Vollstreckungstitel notwendigerweise fehlt². — Das Gläubigeraufgebot führt also nicht immer und nur gegenüber gewissen Gläubigern zur Haftungsbeschränkung. Diese Folge liegt zwar nicht im Wesen des Aufgebotsverfahrens, das sich darin erschöpft, den rechtzeitig gemeldeten Gläubigern eine gesicherte Stellung vor den säumigen einzuräumen, aber es bedeutet einen besonders wirksamen Zwang zur rechtzeitigen Meldung. Übrigens werden von dem Aufgebot nicht alle Nachlaßgläubiger betroffen (§ 1971). Es scheiden vielmehr aus: Pfandgläubiger und solche, die im Konkurs ihnen gleichstehen, sowie Gläubiger, die bei der Zwangsversteigerung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, ferner Gläubiger, deren Ansprüche durch Vormerkung gesichert sind oder die im Konkurs ein Aussonderungsrecht haben. Sie können also, auch wenn sie ihre Forderungen nicht rechtzeitig angemeldet haben, Befriedigung aus dem Pfand oder was ihm gleichsteht, verlangen. Insoweit jedoch dieses Befriedigungsmittel nicht ausreicht, hat das Ausschlußurteil auch für sie Bedeutung. Ebenso werden Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer und Auflagenbegünstigte durch das Aufgebot nicht betroffen. Denn diese haben überhaupt nur ein Recht darauf, aus dem Überschuß des Nachlasses nach Befriedigung anderer Gläubiger befriedigt zu werden und stehen daher selbst den ausgeschlossenen Gläubigern nach. Endlich werden durch den Ausschluß solche Gläubiger nicht betroffen, denen der Erbe bereits im Sinn des Gesetzes „unbeschränkt“ haftete (§§ 1972, 1973 I 2).

Einem ausgeschlossenen steht der Gläubiger gleich, der seine Forderung erst nach fünf Jahren vom Erbfall an gegenüber dem Erben geltend macht, es sei denn, daß die Forderung dem Erben vor dem Ablauf dieser Frist bekannt oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist: Rechtsverlust durch „Verschweigung“ (§ 1974)³.

IV. Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung (§§ 1975—1992)⁴. Beide dienen der Befriedigung sämtlicher Gläubiger durch Liquidation des Nachlasses, aber sie verfahren dabei in verschiedener Weise⁵. Beide sondern den Nachlaß vom Ver-

¹ Darüber KIPP § 76 III; m. Rechtsstellung II, S. 113 ff.

² Rechtsstellung II, S. 117 ff. ³ Rechtsstellung II, S. 128 ff.; KIPP § 17.

⁴ Vgl. STROHAL II, S. 258 ff.; DERNBURG, Erbr., §§ 130, 131, m. Rechtsstellung II, S. 131 ff.; KIPP §§ 78 u. 79; JÄGER, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs (1898).

⁵ Unrichtig LEONHARD, Bem. II zu § 1975, wo die Nachlaßverwaltung als ein Konkurs bezeichnet wird, wobei dessen Name vermieden sei. Es bestehen nur gewisse Ähnlichkeiten mit dem Konkurs, worüber im näheren HERZFELDER zu § 1975 Bem. IV Aa; ihrem Wesen

mögen des Erben und machen so die durch den Erbfall eingetretene Vereinigung der Vermögen, wenn auch nicht dem Rechte nach, so doch tatsächlich wieder rückgängig¹ (Separation des Nachlasses), indem sie dem Erben die Verwaltung des Nachlasses nehmen und in die Hand eines Verwalters legen, der sie im ausschließlichen Interesse der Nachlaßgläubiger durchzuführen hat (Sequestration des Nachlasses). Damit verbindet sich für den Erben der Vorteil, daß er von der Verantwortlichkeit für seine Nachlaßverwaltung gegenüber den Nachlaßgläubigern befreit wird². Zwischen diesen beiden Formen der Nachlaßliquidation hat der Erbe aber nicht die Wahl. Er kann zwar stets, solange er nicht die beschränkbare Haftung eingeübt hat, die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen³; sobald sich aber die Überschuldung des Nachlasses herausstellt, muß er den Antrag auf Konkursöffnung stellen und haftet, wenn er dies unterläßt, den Gläubigern für den ihnen dadurch erwachsenden Schaden⁴. Andererseits kann er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nur bei Überschuldung des Nachlasses beantragen⁵. Der Kenntnis von der Überschuldung steht die fahrlässige Unkenntnis gleich⁶.

Eine Folge der Separation des Nachlasses durch die Anordnung der beiden Liquidationsverfahren ist zunächst die Aufhebung der durch den Erbfall eingetretenen Konfusionen, worüber bereits früher das Nötige gesagt worden ist; eine weitere Folge, daß die von einem Nachlaßgläubiger ohne Zustimmung des Erben vorgenommene Aufrechnung seiner Forderung an den Nachlaß gegen eine persönliche Forderung des Erben an ihn und die von einem persönlichen Gläubiger des Erben bewirkte Aufrechnung seiner Forderung gegen eine Forderung an den Nachlaß aufgehoben werden. Darin tritt vor allem die beschränkbare Haftung als das Grundprinzip unseres Haftungsrechtes klar zutage: die grundsätzlich beschränkte Haftung müßte sich darin äußern, daß die genannten Konfusionen überhaupt nicht eintreten würden und solche Aufrechnungen überhaupt nicht vorgenommen werden könnten⁷.

A. Der Antrag zur Einleitung der Nachlaßverwaltung kann nicht nur von dem „beschränkt“, d. h. beschränkbar haftenden Erben, sondern auch von den Nachlaßgläubigern gestellt werden; von letzteren aber nur unter der Voraussetzung, daß Grund zu der Annahme besteht, die Befriedigung der Gläubiger durch den Erben werde gefährdet und daß nicht zwei Jahre seit der Annahme der Erbschaft verstrichen sind¹. In diesem Antrag ist ein Rest des gemeinrechtlichen beneficium separationis erhalten⁸. Die Folge der Anordnung der Nachlaßverwaltung besteht darin, daß die Verwaltung des Nachlasses dem Erben entzogen und auf einen Nachlaßpfleger übertragen wird. Für seine bisherige Verwaltung haftet der Erbe den Gläubigern wie ein Beauftragter. Der Nachlaßverwalter hat den Nachlaß in Besitz zu nehmen, zu versilbern und die Gläubiger zu befriedigen. Diese Befriedigung erfolgt aber nicht nach den Grundsätzen des Konkurses, wozu auch keine Veranlassung bestehen würde, da die Nachlaßverwaltung voraussetzt, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, sondern beliebig, nach Maßgabe der vorhandenen Zahlungsmittel und der Meldung der Gläubiger⁹. Erweist sich jedoch der Nachlaß nachträglich als überschuldet, was vor allem das Ergebnis

nach ist die Nachlaßverwaltung aber Pflegschaft und nicht Konkurs; s. § 1975 und m. Rechtsstellung II, S. 191 I; HERZFELDER, Bem. A; STROHAL II, S. 270; SIBER, Grundriß, S. 154.

¹ §§ 1976, 1977.

² Arg. § 1978. Infolge der Separation entstehen Ansprüche und Verbindlichkeiten zwischen dem Erben und der Nachgläubigerschaft nach dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, § 1978 I 2, II, III, § 1979.

³ Der Antrag setzt aber die Annahme der Erbschaft voraus oder enthält sie, vor der Annahme ist nur ein Antrag auf Einleitung einer Nachlaßpflegschaft möglich. Vgl. Rechtsstellung I, S. 175; KIPP § 78 zu N. 3 u. 8 und dort Genannte.

⁴ § 1980.

⁵ KO. §§ 215, 216.

⁶ BGB. § 1980 II.

⁷ Vgl. oben S. 70, I.A.

⁸ § 1981 I und II.

⁹ Vgl. § 1985 I, 1975; Rechtsstellung I, S. 190f., 199 V, 200, Z. 1, 2.

des Gläubigeraufgebots sein kann, so hat der Verwalter sofort die Konkursöffnung zu beantragen¹. Für die Erfüllung seiner Pflichten haftet er sowohl den Gläubigern wie dem Erben². Nach Befriedigung der bekannt gewordenen Gläubiger oder, soweit sie zur Zeit Befriedigung nicht verlangen können, nach Sicherstellung ihrer Forderungen, hat er den Nachlaß dem Erben auszuantworten³. Die Nachlaßverwaltung endet regelmäßig durch einen Gerichtsbeschluß, nach Befriedigung der Gläubiger; ausnahmsweise aber ohne solchen Beschluß durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Auch kann sie wegen Mangels einer entsprechenden Masse aufgehoben werden⁴. — Wie sich nach Beendigung der Nachlaßverwaltung die Haftung des Erben gegenüber noch nicht befriedigten Nachlaßgläubigern gestaltet, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt⁵. Hat ein Aufgebotsverfahren stattgefunden, so gilt freilich aus diesem Grunde die beschränkte Haftung. Andernfalls wird zwar auch behauptet, daß der Erbe nunmehr beschränkt hafte⁶; aber dies ergibt sich nicht aus dem Gesetz, aus dessen Vorschriften über die Gestaltung der Haftung nach Beendigung des Nachlaßkonkurses (vgl. die §§ 1989 und 1990) eher das Gegenteil durch Umkehrschluß entnommen werden muß. Und da durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung die Setzung der Inventarfrist unwirksam wird (§ 2000), ist an sich zu schließen, daß nach Beendigung der Nachlaßverwaltung und Aushändigung des Nachlaßrestes an den Erben diesem wieder eine Inventarfrist gesetzt werden kann, damit er sich über den Verbleib der Masse ausweise, und daß er daher auch wieder die beschränkte Haftung verlieren kann. Diese Konsequenz ist freilich mißlich. Denn wenn der Nachlaß nicht überschuldet ist und daher kein Anlaß besteht, den Nachlaßkonkurs zu beantragen, hat der Erbe an sich überhaupt kein Mittel, seine Haftung ein für alle Mal auf den Nachlaß zu beschränken. Man wird deshalb auf Grund eines Analogieschlusses aus den Vorschriften über das Gläubigeraufgebot und die Dürftigkeitseinrede annehmen dürfen, daß der Erbe nach Beendigung der Nachlaßverwaltung nur noch beschränkt haftet und eine Bestätigung dieser Ansicht in den Worten des Gesetzes sehen dürfen: „Die Haftung des Erben beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn die Nachlaßverwaltung angeordnet ist“ (§ 1975)⁷.

B. Neben der Nachlaßverwaltung steht der Nachlaßkonkurs als geordnetes Liquidationsverfahren⁸. Er setzt sachgemäß nicht die Zahlungsunfähigkeit — da der Nachlaß zum Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger stets in Geld umgesetzt werden kann — sondern die Überschuldung des Nachlasses voraus (KO. § 214, BGB. § 1980). Nicht erforderlich ist, daß der Erbe die Haftungsbeschränkung nicht verwirkt oder die Erbschaft angenommen hat⁹. Antragsberechtigt ist der Erbe, der Nachlaßpfleger oder ein anderer Nachlaßverwalter, der Testamentsvollstrecker, sofern ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht, sowie jeder Nachlaßgläubiger innerhalb einer zweijährigen Frist von der Annahme der Erbschaft an¹⁰. Ausgeschlossene Gläubiger, Vermächtnisnehmer und Auflagenberechtigte jedoch nur dann, wenn auch über das eigene Vermögen des Erben der Konkurs eröffnet ist¹¹. Die Folge der Konkursöffnung ist im allgemeinen dieselbe wie die der Einleitung der Nachlaßverwaltung: die Verwaltung des Nachlasses wird dem Erben entzogen und auf den Verwalter übertragen, der den Nachlaß in Besitz zu nehmen, zu veräußern und nach Konkursgrundsätzen zu verteilen hat¹². Auf das Konkursverfahren

¹ § 1985 II, 1980.

² § 1985 II.

³ § 1986 I.

⁴ § 1919, § 1988 I u. II; Rechtsstellung II, S. 201; STROHAL II, S. 978; SIBER, S. 154f.

⁵ Vgl. Rechtsstellung I, S. 202; STROHAL II, S. 283, Z. V; KIPP § 79, Bem. XI.

⁶ DERNBURG, Erbr., § 169 I; KIPP a. a. O.

⁷ Im Ergebnis also übereinstimmend mit KIPP a. a. O.

⁸ Rechtsstellung II, S. 162ff.; STROHAL II, S. 287ff.; KIPP § 79; SIBER, Grundriß, S. 156ff.

⁹ Rechtsstellung II, S. 163f.; STROHAL II, S. 287f.

¹⁰ Rechtsstellung II, S. 165ff., KO. §§ 217—219. Über den Erbschaftskäufer KO. § 332.

¹¹ KO. § 219 I 1; Rechtsstellung II, S. 166, N. 28.

¹² Rechtsstellung II, S. 168ff.

ist hier nicht einzugehen. Der Nachlaßkonkurs endet stets durch einen Gerichtsbeschluß, der entweder die Aufhebung des Konkurses oder die Einstellung des Verfahrens ausspricht¹. Erstere erfolgt entweder nach Ausschüttung der Masse oder nach Abschluß eines Zwangsvergleichs; letztere nach dem Verzicht der Gläubiger auf Durchführung des Konkurses oder wegen Unzulänglichkeit der Masse zur Deckung der Kosten des Verfahrens. Die noch vorhandene Masse erhält dann der Erbe zur freien Verwaltung zurück. Hatte er die Beschränkbarkeit der Haftung vorher bereits eingeübt, so verbleibt es bei der unbeschränkten Haftung²; andernfalls haftet der Erbe nach dem Gesetz, wenn der Konkurs aufgehoben wurde, nur noch beschränkt³, und zwar ebenso wie im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern⁴, nämlich den Gläubigern, die am Konkurs nicht teilgenommen haben oder durch den Zwangsvergleich nicht betroffen werden. Diejenigen Gläubiger, die befriedigt worden sind, sind dagegen ausgeschieden, und die durch den Zwangsvergleich gebundenen Gläubiger haben aus diesem Vergleich eine persönliche Forderung gegen den Erben erlangt, die nicht unter dem Recht der Erbenhaftung steht⁵. Die Frage dagegen, wie sich die Haftung im Fall der Einstellung gestaltet, wird vom Gesetz nur für einen Fall beantwortet, nämlich für den der Unzulänglichkeit der Masse⁶. Auch hier soll der Erbe nur mit dem Überschusse haften und gegen eine Klage, die ihn schlechthin auf Zahlung belangt, durch eine Einrede geschützt sein. Ist dagegen die Einstellung infolge des Gantverzichts der Gläubiger erfolgt, so kann keine Rede davon sein, daß der Erbe nunmehr endgültig beschränkt hafte. Vielmehr muß die Sache nunmehr so angesehen werden, als ob der Konkurs überhaupt nicht eröffnet wäre; d. h. der Erbe haftet, sofern er nicht schon die beschränkte Haftung erwirkt hatte, beschränkt mit der Gefahr der unbeschränkten Haftung⁷. Doch ist diese Gefahr gering, da der Erbe sich auf ein von dem Konkurs- oder Nachlaßverwalter errichtetes Inventar berufen kann. Dasselbe wird von dem im Gesetz nicht vorgesehenen Fall zu sagen sein, daß die Nachlaßgläubiger auf die Durchführung der von ihnen beantragten Nachlaßverwaltung verzichten.

C. Der Nachlaßsequestration bedarf es nicht, wenn sich ihre Anordnung wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse als nicht tunlich erweist. In diesem Fall ist der Erbe berechtigt, ohne weiteres die Befriedigung eines Gläubigers aus seinem Eigenvermögen zu verweigern und ihm auf sein Verlangen den Nachlaß zum Zweck der Befriedigung nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung herauszugeben⁸. Das gleiche Recht hat der Erbe auch dann, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt, sofern die Überschuldung des Nachlasses nur auf Vermächtnissen und Auflagen beruht (§ 1990—1992).

V. Es bleibt noch die Frage zu erörtern, wie sich die Haftung des Erben gestaltet, wenn, ohne daß Gründe besonderer Regelung vorliegen, ein einzelner Nachlaßgläubiger vom Erben Befriedigung verlangt. In diesem Fall ist der Erbe nach der ZPO. berechtigt, sich den Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteil zu erbitten, um zu verhindern, daß das Urteil zu einem Vollstreckungstitel in sein gesamtes Vermögen werde⁹. Auf Grund dieses Vorbehalts kann dann der Erbe der Vollstreckung in sein eigenes Vermögen widersprechen, sofern er inzwischen die beschränkte Haftung wirklich erlangt hat¹⁰. Freilich hat dieser Vorbehalt nur geringe praktische Bedeutung. Der Erbe bedarf seiner nicht gegenüber im Aufgebots-

¹ KO. §§ 163, 190, 202, 204; m. Rechtsstellung II, S. 174ff.; SIBER, S. 156; KIPP § 79 VII.

² §§ 1989, 2013. ³ 1989. ⁴ §§ 1973, 1989.

⁵ Rechtsstellung II, S. 176ff., KIPP § 79 VII 2a.

⁶ GB. § 1990. Dazu Rechtsstellung II, S. 185ff.; KIPP § 79 VII 4a; § 80; STROHAL II, S. 293ff. und dort Genannte.

⁷ Vgl. im näheren KIPP § 79 VII 3.

⁸ Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses. Vgl. Rechtsstellung II, S. 203ff.; STROHAL II, S. 298ff.; KIPP § 80 u. a. m.

⁹ ZPO. § 780. ¹⁰ ZPO. §§ 781, 767, 769, 770.

verfahren ausgeschlossenen oder diesen gleichstehenden Gläubigern, weil er diesen den vorhandenen Nachlaß herausgeben kann und im Fall der Nachlaßsequestration, weil durch sie Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden¹ und die Vollstreckung nur noch gegen den Verwalter durchgeführt werden kann, so daß der Erbe durch sie nicht bedroht wird. So kommt für den Vorbehalt der beschränkten Haftung im Grunde nur die Haftung des Erben nach Beendigung der Nachlaßverwaltung in Betracht². —

Das Ergebnis dieser Darstellung ist die unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung des Erben. Führt er bestimmte Maßnahmen durch, so haftet den Gläubigern nur noch die Substanz des Nachlasses. Diese Haftung ist aber nicht so aufzufassen, wie die Haftung des Grundeigentümers für die Grundsuld; es liegt keine ipso jure auf den Nachlaß radiierte Haftung vor. Sondern der Anspruch des Gläubigers geht auf Zahlung schlechthin, nicht auf Leistung aus dem Nachlaß, und es ist Sache des Erben, die Erfüllung aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern. D. h. die beschränkte Haftung ist durch Einrede geltend zu machen.

VI. Auf Billigkeitserwägungen beruht es, daß das BGB. dem Erben auch noch nach der Erbschaftsannahme eine Zeitlang die Möglichkeit gewährt, sich dem Zugriff der Nachlaßgläubiger überhaupt zu entziehen: er soll sich in Muße darüber klar werden, in welcher Weise er den Nachlaß liquidieren will. Das Gesetz spricht hier von „Aufschiebenden Einreden“ (§ 2014f.). Der Erbe ist nämlich berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus zu verweigern. Hat er den Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens gestellt und ist diesem stattgegeben, so ist er dazu sogar bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens berechtigt. Wenn diese Vergünstigung auch mit der Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftung nichts zu tun hat, so gilt sie doch nicht, wenn der Erbe die beschränkte Haftung verwirkt hat, sowie gegenüber Gläubigern, die vom Aufgebot nicht betroffen werden. Die Geltendmachung dieser sog. Einreden führt im Gegensatz zu anderen nicht zur Abweisung der Klage, sondern nur dazu, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der genannten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung des Arrestes zulässig sind. Es handelt sich also gar nicht um ein materielles Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, sondern um ein prozessuales Recht auf Hemmung der Zwangsvollstreckung, und die Bezeichnung „aufschiebende Einreden“ ist insofern unzutreffend³.

§ 28. Vorerbe und Nacherbe.

Über die Einsetzung von Nacherben ist bereits früher gehandelt worden⁴. Wie wir gesehen haben, ist die Frage, ob eine Verfügung als Einsetzung eines Nacherben aufzufassen sei, eine Auslegungsfrage; sie wird zu bejahen sein, wenn aus der Verfügung erhellt, daß von den eingesetzten Personen jede die Stellung als Erbe, d. h. als Gesamtrechtsnachfolger des Testators einnehmen soll⁵. Ihre Bezeichnung als Vor- und Nacherbe ist also nicht erforderlich; vielmehr genügt es nach vernünftiger Auslegung und nach Vorschrift des Gesetzgebers (§ 2103), daß der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses die Erbschaft einem anderen herausgeben soll. Wenn das Gesetz (§ 2103) dies „anzunehmen“ gebietet, so gibt es damit zweifellos nicht eine Dispositivnorm, die sich auf die Rechts-

¹ ZPO. § 784.

² Vgl. oben B. am Ende; KIPP § 74 III. — Über den Fiskus in der Zwangsvollstreckung ZPO. § 780 II; KIPP a. a. O.

³ Vgl. Rechtsstellung II, S. 110ff.; HELLWIG, Anspruch und Klagrecht, S. 378; STROHAL II, S. 226ff.; KIPP § 74 Z. 7.

⁴ Oben § 11 Z. II.

⁵ Vgl. DERNBURG, Erbrecht, § 53 II; KIPP § 90.

folge des Tatbestandes beziehen müßte, sondern eine Auslegungsregel¹, da die Vorschrift die Deutung des Tatbestandes bezweckt, und dasselbe muß folgerecht von den Fällen der sog. „konstruktiven Nacherbfolge“ gelten², nämlich in den Fällen der Erbeinsetzung unter einer Bedingung oder Befristung, ohne Nennung der Person, die bis zum Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunkts oder von da an Erbe sein soll, sowie einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht einmal gezeugten Person³. Daß hier die gesetzlichen Erben Vor- oder Nacherben sein sollen, obwohl sie in der Verfügung überhaupt nicht genannt sind, beruht auf ergänzender Auslegung, die nicht fragt, was der Testator gedacht und gewollt hat — trotz § 133 —, sondern was ihm als vernünftigem Menschen als Inhalt und Sinn seiner Erklärung zugerechnet werden kann⁴. Diese Auffassung wird durch die Vorschrift des § 2104 II bestätigt, wonach nicht angenommen werden kann, daß der Fiskus als Nacherbe eingesetzt sei. Das Erbrecht der hiernach als Nacherben berufenen Personen bestimmt sich aber nach der gesetzlichen Erbfolge⁵. Davon ist indessen hier nicht mehr zu reden; vielmehr ist nur noch die Rechtsstellung des Vor- und Nacherben und ihr Verhältnis zueinander darzustellen.

I. Diese Darstellung hat davon auszugehen, daß Grundlage der Rechtsstellung der beiden Erben die Verfügung des Erblassers ist: beide sollen nach ihr Erben sein, d. h. Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers. Das bedeutet, daß zunächst der Vorerbe während der Dauer seiner Erbenstellung als Herr über den Nachlaß ihn zu verwalten und folgerecht auch über ihn zu verfügen hat, und zwar, als Herr, grundsätzlich in seinem eigenen Interesse, daß er ihn aber nach Beendigung seines Rechtes dem Nacherben unversehrt herauszugeben und nur die Nutzungen zu behalten hat, sofern ihm nicht der Erblasser eine freiere Stellung eingeräumt hat⁶. Denn wie die Einsetzung eines Nacherben auf der Verfügung des Erblassers beruht, muß diese auch für seine und seines Vorgängers Rechtsstellung entscheidend sein. —

A. Solange der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten ist, kommt die Erbenstellung dem Vorerben zu. Er ist nicht etwa bloßer Nießbraucher⁷, sondern Erbe⁸ und daher Eigentümer, Gläubiger, Schuldner, wie der Erblasser und wie ein anderer Erbe; aber nur für eine gewisse oder ungewisse Zeit, nämlich bis zum Eintritt der Nacherbfolge. Wegen dieser zeitlichen Beschränkung und des dann erfolgenden Übergangs der Erbenstellung auf einen andern, ist seine Rechtsstellung als Erbe erheblich eingeschränkt (vgl. § 2112ff.). Das BGB. regelt sie durch eine Reihe von Dispositivvorschriften; aber da es dem Testator gestattet, über sie hinauszugehen, so ist im folgenden zu unterscheiden:

1. Nach der gesetzlichen Gestaltung des Verhältnisses gelten folgende Grundsätze:

a) Dem Vorerben gebührt bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Verwaltung des Nachlasses und seine Nutzung⁹. Wenn dies unmittelbar aus seiner Eigenschaft als Erbe folgt, so muß er sich doch bei Führung der Verwaltung vor Augen halten, daß er die Erbschaft dem Nacherben wird herauszugeben haben und daß er sie in dem Zustand herauszugeben hat, der einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht. Muß diese Erwägung ihm die Norm für seine Verwaltung geben, so sorgt

¹ Richtig KIPP § 90 zu N. 6; abw.: HERZFELDER, Bem. I zu § 2103 u. a. Die hier vertretene Ansicht ergibt sich aber nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes („ist anzunehmen“), sondern auch aus dem Anschluß der Vorschrift an die vorausgehende Auslegungsregel des § 2102. Allerdings lautet das „Anzunehmensein“ etwas kategorischer als das gewöhnliche „Im Zweifel“.

² Vgl. DERNBURG § 53 III; Prot. V, S. 92; STROHAL I, S. 164, N. 4.

³ BGB. §§ 2104—2106.

⁴ Vgl. oben § 11 I. Abw.: LEONHARD, Bem. II zu § 2105, I zu § 2104; HERZFELDER § 2103, Bem. I (Dispositivvorschr.); unterscheidend KIPP § 45 I u. II.

⁵ HERZFELDER, Bem. 2 zu § 2104.

⁶ KIPP § 90 zu N. 4.

⁷ Wie nach ALR. I. 12, § 466.

⁸ BGB. § 2100.

⁹ Vgl. KIPP § 93 V.

das Gesetz durch gewisse Sicherungsvorschriften dafür, daß dem Nacherben der Nachlaß möglichst unversehrt erhalten bleibt und sich die Auseinandersetzung zwischen den beiden Erben in möglichst einfacher Weise erledigt. Der Vorerbe hat nämlich dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen, das letzteren in Stand setzen soll, die Verwaltung des Nachlasses zu überwachen und als Grundlage für die spätere Auseinandersetzung und die Geltendmachung von Herausgabe- und Ersatzansprüchen dienen kann (§ 2121). Er hat ihm daher auch auf Verlangen über den späteren Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Verwaltung des Vorerben die Rechte des Nacherben erheblich verletze, und ist sogar zur Sicherheitsleistung verpflichtet, wenn diese Besorgnis durch das Verhalten des Vorerben oder seine ungünstige Vermögenslage begründet ist. Ja es kann ihm in diesem Fall sogar die Verwaltung entzogen und einem vom Nachlaßgericht zu bestellenden Verwalter übertragen werden, mit der Folge, daß der Vorerbe das Recht der Verfügung über Nachlaßgegenstände überhaupt verliert (§§ 2127—2129). Da der Vorerbe die Verwaltung im eigenen Interesse führt, hat er gegenüber dem Nacherben auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen¹, so daß den Nacherben nur solche Aufwendungen belasten, die „dem Nachlaß dauernd zugute kommen und nicht durch das Nutzungsrecht des Vorerben aufgewogen werden“². Diese letzteren darf er daher aus der Substanz des Nachlasses bestreiten oder dem Nacherben in Rechnung stellen³. Für andere Verwendungen auf den Nachlaß kann er dagegen nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen, jedoch unbeschadet des Rechts zur Wegnahme einer Einrichtung, mit der er eine zum Nachlaß gehörige Sache versehen hatte⁴.

b) Um des Rechts des Nacherben willen ist der Vorerbe vor allem auch in seiner Verfügungsmacht⁵ beschränkt⁶. Ihr Umfang bestimmt sich nämlich nicht etwa nach seinem Verwaltungsrecht, so daß der Vorerbe zu allen Verfügungen zuständig wäre, die durch eine ordnungsmäßige Verwaltung geboten wären, sondern das Gesetz bestimmt ihn kategorisch, indem es den Vorerben nicht nur für Verfügungen über gewisse Erbschaftsgegenstände gegenüber dem Nacherben verantwortlich macht,

¹ § 2124; KIPP § 93 VII.

² DERNBURG § 57, Z. III; STROHAL I, S. 178ff.; HERZFELDER zu §§ 2124ff.

³ § 1124². Er kann sie „aus der Erbschaft bestreiten“ oder vom Nacherben Ersatz verlangen. § 2125 I und II.

⁴ Vgl. dazu STROHAL I, S. 180ff.; DERNBURG § 58, Z. I; KIPP § 93, Z. IV.

⁵ § 2112 BGB.

⁶ §§ 2113—2115. Wie KIPP, Bem. IV 1 bei N. 12 bemerkt, sind derartige Verfügungen nicht verboten; sie sind daher auch nicht nichtig nach § 134. Und vor allem sind die den Verfügungen vorausgehenden Verpflichtungsgeschäfte unbeschränkt gültig, so daß der Vorerbe seinen Gläubigern wegen Nichterfüllung haftet (RG. bei GRUCHOT 56, S. 609ff.; im Recht 1921, Nr. 1631; KIPP § 93 IV 1, N. 12. Die Verfügungsgeschäfte bezwecken zwar den Schutz des Nacherben; aber da sie nicht gegen ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. verstoßen, sind sie nicht nur relativ — nämlich gegenüber dem Nacherben — unwirksam. Vielmehr sind sie absolut unwirksam, aber nur (§ 2113) insoweit, „als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden“. Vgl. auch HERZFELDER III B zu § 2113. Die Nichtigkeit setzt also vor allem voraus, daß die Nacherbfolge eintritt und daß sie inhaltlich in bezug auf ein dem Nacherben zufallendes Recht ihn „beeinträchtigt“. Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld ist z. B. zwar Verfügung, aber keine den Nacherben „beeinträchtigende“ V. — Es hat also auf die rechtliche Tragweite der V. anzukommen und nicht auf den wirtschaftlichen Erfolg (Komm. der Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu § 2113). — Die Unwirksamkeit ist, wie sich aus dem Gesagten ergibt, in der Schwebe: kommt es nicht zur Nacherbfolge, so ist die Verfügung gültig, und es ist infolgedessen anzunehmen, obwohl sie nicht Verfügung eines Nichtberechtigten ist, daß sie nach Analogie des § 185 BGB. wirksam wird, wenn ihr der Nacherbe zustimmt oder sie genehmigt, oder wenn der Nacherbe den Vorerben beerbt und für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Vgl. KG. 110, S. 94ff.; KIPP, a. a. O., N. 13—14 und dort Genannte; HERZFELDER, Bem. III B zu § 2113. Über die aus der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung sich ergebende Genehmigungspflicht des Nacherben: KIPP a. a. O. zu N. 16—23.

sondern solche Verfügungen für unwirksam erklärt¹. Dahin gehören: Verfügungen über Erbschaftsgrundstücke oder zur Erbschaft gehörende Grundstücksrechte, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden; Verfügungen über Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, soweit sie nicht in bloßer Kündigung und Einziehung bestehen² und Verfügungen über irgendwelche Erbschaftsgegenstände, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, diese wiederum unter der Voraussetzung, daß sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln würden³. Endlich Verfügungen über solche Gegenstände, die unentgeltlich oder zum Zweck der Erfüllung eines von dem Vorerben gegebenen Schenkungsversprechens erfolgen, und zwar ohne diese Voraussetzung⁴.

Besonderes gilt noch von den vom Vorerben begründeten Miet- und Pachtverhältnissen⁵. Abgesehen von diesen Fällen ist die Verfügungsmacht des Vorerben unbeschränkt; diese Freiheit seiner Rechtsstellung wird nur durch seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Nacherben korrigiert.

2. Anders gestaltet sich die Stellung des Vorerben, wenn der Erblasser sie besonders geregelt hat, sei es, daß er die Verwaltung des Nachlasses dem Vorerben durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers entzogen⁶ oder ihm umgekehrt größere Freiheit eingeräumt hat (§§ 2136, 2209, 2222) (Befreite Vorerbschaft). Alle in dieser Beziehung zulässigen Befreiungen⁷ aber gelten als dem Vorerben zugestanden, wenn der Nacherbe auf dasjenige eingesetzt ist, was von der Erbschaft beim Eintritt der Nacherbfolge noch übrig sein wird, und im Zweifel auch dann, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über den Nachlaß berechtigt sein soll (§ 2137). Aber auch dann sind dem Vorerben gewisse Verfügungen entzogen und kann der Nacherbe wie stets die Vorlage eines Nachlaßverzeichnisses und die Feststellung des Zustandes der Erbschaftsgegenstände verlangen⁸. Die Herausgabepflicht eines solchen „befreiten Vorerben“ beschränkt sich auf die zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände. In diesem Fall kann der Vorerbe aber auch nicht Ersatz

¹ § 2113.

² § 2114. Der Vorerbe kann jedoch nur verlangen, daß das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder daß es für beide hinterlegt werde. Für andere Verfügungen verbleibt es bei der Vorschrift des § 2113.

³ § 2115. Unbeschränkt wirksam sind z. B. Zwangsverfügungen auf Grund von Vollstreckungstiteln aus Nachlaßverwaltungen, KIPP § 93 IV 3.

⁴ § 2113 II. Ausgenommen sind Pflicht- und Anstandsschenkungen, § 2113 II 2. Über die Frage, wann eine Verfügung entgeltlich sei, siehe vor allem KIPP § 93, Bem. 2; OERTMANN, entgeltliche Geschäfte, 1912, bes. S. 91; HERZFELDER, Bem. III B b zu § 2113 und dort Genannte. Man wird als entgeltlich (im Sinn des § 2113) eine Verfügung bezeichnen können, die auf Grund eines gegenseitigen Verpflichtungsgeschäftes erfolgt, sofern der Anspruch zum Nachlaß gehört oder die Leistung auf Grund der Gegenverpflichtung in den Nachlaß gefallen ist. (So wohl im wesentlichen auch KIPP a. a. O.) Das ist infolge des Surrogationsgrundsatzes des § 2111 immerhin möglich, wenn auch an sich der Vorerbe durch sein im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft das Forderungsrecht auf die Leistung selbst erwirbt. Im Grunde ist ja die „entgeltliche Verfügung“ ein widerspruchsvoller Begriff. Vgl. auch das Spruchtum bei KIPP N. 26 zu § 93.

⁵ Vgl. STROHAL I, S. 183f. Zwar ist Vermietung und Verpachtung eines Nachlaßgrundstücks infolge der rein schuldrechtlichen Natur der Miete keine Verfügung im eigentlichen Sinn, und deshalb kann sie auch nicht nach § 2113 unwirksam sein; aber sie kommt dadurch der Verfügung immerhin nahe, daß BGB. § 2135 den für den Nießbrauch geltenden § 1056 für anwendbar erklärt, so daß gemäß diesem und § 571 der Nacherbe in das vom Vorerben eingegangene Miet- und Pachtverhältnis eintritt. Vgl. dazu im näheren HERZFELDER, Bem. II 3 zu §§ 2130 bis 2135. Den Interessen des Nacherben wird hier durch sein Kündigungsrecht Rechnung getragen.

⁶ BGB. § 2205ff.

⁷ Vgl. zu § 2136 die §§ 2113 I, 2114, 2116—2119, 2123, 2127—2131, 2133 und 2134.

⁸ Unentgeltliche Verfügungen im Sinn des § 2113 II kann ihm der Erblasser nicht gestatten. Arg. § 2137, 2136, 2121, 2122.

seiner Aufwendungen verlangen¹. Zum Schadenersatz ist er nur verpflichtet, wenn er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert oder unentgeltliche Verfügungen vorgenommen hat².

B. Mit dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge fällt die Erbschaft dem Nacherben an und tritt dieser ohne weiteres in die Erbenstellung ein³. Er bedarf also nicht erst der Herausgabe der Erbschaft. Damit büßt der Vorerbe zugleich seine Erbenstellung ein, so daß er möglicherweise Erbschaftsbesitzer wird⁴. Er verliert mit diesem Zeitpunkt natürlich auch die Verfügungsmacht. Aber die von ihm in Unkenntnis vom Eintritt der Nacherbfolge vorgenommenen Verfügungen werden im Interesse gutgläubiger Dritter und des Vorerben selbst so behandelt, wie wenn der Vorerbe noch Erbe wäre⁵. Eine weitere Folge des Eintritts der Nacherbfolge ist die Wiederaufhebung der durch den Erbfall eingetretenen Konfusionen⁶. Und zwar handelt es sich in diesem Fall nicht um eine bloße Fiktion, sondern um die wirkliche Wiederherstellung der erloschenen Rechtsverhältnisse⁷.

II. Gegenstand der Nacherbfolge ist entweder die ganze Erbschaft oder der vom Erblasser bestimmte Erbteil. Zweifel über den Umfang des Rechts des Nacherben schneidet im letzteren Fall die Vorschrift ab, daß sich das Recht des Nacherben im Zweifel auch auf den dem Vorerben im Weg der Anwachsung oder Ersatzberufung zugefallenen Teil erstreckt, dagegen nicht auf ein ihm zugewandtes Vorausvermächtnis (§ 2110). Darauf, daß ihm von der Erbschaft überhaupt etwas verbleibe, hat der Vorerbe kein Recht; das BGB. kennt die *Quarta Trebelliana* ebensowenig wie die *Falcidia*.

III. Durch die Verwaltungshandlungen des Vorerben kann die Erbschaft Veränderungen erleiden. Die Gefahr einer Verminderung sucht das Gesetz dadurch zu vermeiden, daß es in gewissem Umfang eine Surrogation eintreten läßt⁸. Zur Erbschaft gehört — und ist daher dem Nacherben herauszugeben — nämlich alles, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörigen Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft erwirbt, soweit sich der Erwerb nicht als eine dem Vorerben gebührende Nutzung herausstellt. Mag also an diesen Gegenständen der Vorerbe auch das Eigentum erworben haben: dieses geht mit dem Eintritt der Nacherbfolge auf den Nacherben über, als ob diese Gegenstände vom Erblasser herrührten. Hier haben wir also eine wirkliche dingliche Surrogation. Dies ergibt sich daraus, daß diese Surrogation nicht im Zusammenhang mit einem bloßen Herausgabeanspruch, sondern bei Regelung des Rechtes des Nacherben an der Erbschaft durchgeführt ist⁹. Und sie bereitet auch weder praktische noch konstruktive Schwierigkeiten, da der Vorerbe durch den Erwerb zunächst Eigentümer geworden ist, dieses Eigentum aber dann mit anderem Eigen-

¹ § 2138 I.

² § 2138 II.

³ § 2139.

⁴ § 2018; unten § 30. Schon daraus ergibt sich, daß der Besitz nicht ohne weiteres auf den Nacherben übergeht. Vielmehr kann das nur von dem abstrakten Besitz des § 857, dem mittelbaren Besitz und von den Besitzansprüchen gelten, während die vom Vorerben ergriffene tatsächliche Herrschaft beim Vorerben bleibt, bis er seiner Herausgabepflicht genügt hat. Vgl. STROHAL II, S. 73, 75; HERZFELDER zu § 2139, aber auch m. Rechtsstellung I, S. 60.

⁵ § 2140¹. Ein Dritter kann sich jedoch auf diese Berechtigung des Vorerben nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Eintritt der Nacherbfolge kannte oder kennen mußte, § 2140².

⁶ § 2143.

⁷ Die in der gesetzlichen Vorschrift ausgesprochene Fiktion („gelten als nicht erloschen“) bezieht sich nur auf die Zwischenzeit zwischen dem Erbfall und dem Eintritt der Nacherbfolge. Die Rechtsverhältnisse selbst werden nicht nur als nicht erloschen behandelt, sondern wiederhergestellt. Das hat vor allem die Bedeutung, daß sie nicht nur zwischen dem Vor- und dem Nacherben, sondern auch gegenüber Dritten bestehen. Vgl. dazu BERNHÖFT, Zur Lehre von den Fiktionen, S. 28 ff.; HERZFELDER § 2143; STROHAL I, § 195 N. 10; KIPP § 94 zu N. 2 und dort Genannte.

⁸ § 2111 BGB.

⁹ Vgl. die Stellung des § 2111 zu den §§ 2138, 2139.

tum auf den Nacherben übergeht¹. Die Surrogation ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Erwerb sich als Nutzung des Nachlasses darstellt.

IV. In bezug auf die rechtliche Stellung des Nacherben ist noch zu bemerken: Vor dem Eintritt der Nacherbfolge hat der Nacherbe nur eine vererbliche Anwartschaft auf die Erbschaft. Dies ist zwar kein eigentliches subjektives Recht, aber eine Rechtslage, und zwar eine gegenwärtige Rechtslage². Nach dem Eintritt des Nacherbfalls ist dagegen der Nacherbe Erbe und finden auf ihn alle für den Erben geltenden Vorschriften Anwendung. Dies ist freilich nicht unbestritten. Unter dem Erben verstehen wir den unmittelbaren Rechtsnachfolger des Erblassers. Es fragt sich, ob der Nacherbe überhaupt als Rechtsnachfolger des Erblassers bezeichnet werden kann und nicht vielmehr Rechtsnachfolger des Vorerben ist³. Letzteres wäre zweifellos der Fall, wenn der Erwerb der Erbenstellung durch den Nacherben auf einer Restitutionserklärung des Vorerben beruhte. Das trifft zwar, wie wir gesehen haben, für das heutige Recht nicht zu; aber doch geht die Erbschaft nicht so auf den Nacherben über, wie sie beim Erblasser gewesen ist, sondern in der Gestalt, die sie durch die Verwaltung des Vorerben gewonnen hat, wenn auch dieser in der Verfügung über den Nachlaß im Interesse des Nacherben beschränkt ist. Trotzdem wäre es verkehrt, den Vorerben als den Rechtsvorgänger des Nacherben aufzufassen, wenn dies auch oft genug geschehen ist; denn wenn auch ein Nacherbe nicht ohne einen Vorerben denkbar ist und diesen insofern voraussetzt, so erlangt er doch die Erbenstellung nicht auf Grund des Erbrechts des Vorgängers, sondern trotz diesem; es liegt hier einer der Fälle vor, die die moderne Rechtswissenschaft als Rechtsverdrängung der Rechtsnachfolge entgegengesetzt⁴. Der Vorerbe überträgt nicht seine Erbenstellung auf den Nacherben, sondern er verliert sie, weil der Nacherbe in sie eintritt. Insofern dagegen dieser Eintritt des Nacherben in die Erbenstellung auf dem Willen des Erblassers beruht und das Vermögen des Erblassers zum Gegenstand hat, kann er als Rechtsnachfolger des Erblassers betrachtet werden. Diese Auffassung wird auch allein dem Umstand gerecht, daß die Berufung des Nacherben zur Erbschaft nicht davon abhängig ist, daß der Vorerbe zur Erbschaft gelangt⁵. Auch die Zivilprozeßordnung betrachtet den Nacherben nicht als Rechtsnachfolger des Vorerben, wenn sie ihn auch einem Rechtsnachfolger gleich behandelt⁶. Aber freilich ist gegenüber dem Erblasser die Rechtsnachfolge des Nacherben auch nicht in jeder Beziehung normal gestaltet.

V. Es ist schließlich noch die Frage zu erörtern, wie sich im Fall der Nacherbfolge die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten gestaltet (§§ 2144ff.)⁷. Hier ist zu sagen: Der Vorerbe ist zunächst Erbe und haftet als solcher den Nachlaßgläubigern. Und er bleibt ihnen haftbar, wenn er die beschränkte Haftung verwirkt. Denn er hat dann nicht das Recht, die Nachlaßgläubiger auf den — nicht mehr in seiner Hand befindlichen — Nachlaß zu verweisen und ihre Befriedigung aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern. Abgesehen von diesem Fall haftet der Vorerbe für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit, als der Nacherbe nicht haftet, also vor allem für Vermächnisse und Auflagen, die ihm allein auferlegt sind, sowie für Verbindlichkeiten, die infolge der beschränkten Haftung des Nacherben

¹ Das Surrogat unterliegt also von seinem Erwerb an nicht nur den Vorschriften über Verwaltung, Sicherung usw., sondern vor allem auch den Verfügungsbeschränkungen und fällt mit dem Eintritt der Nacherbfolge ohne weiteres dem Nacherben an, so daß er die Herausgabe nicht nur vom Vorerben, sondern auch von Dritten verlangen kann.

² Vgl. DERNBURG § 55 II 1; KIPP § 92 I N. 1 u. 5.

³ Vgl. dazu einerseits DERNBURG § 56 I; KIPP § 92 II; STROHAL I, S. 195ff.; andererseits HELWIG, Wesen der Rechtskraft, §§ 32ff., System § 177 III.

⁴ v. TUHR, Allg. Teil II, S. 42ff., 47f.

⁵ Vgl. im näheren aber KIPP § 92 II zu N. 9 u. 10.

⁶ ZPO. § 236.

⁷ Vgl. dazu STROHAL II, S. 315ff.; DERNBURG, S. 178ff.; m. Rechtsstellung II, S. 211ff.; KIPP § 96.

unerfüllt bleiben, dagegen nicht für solche, deren Zwangseintreibung erfolglos blieb. Seine Haftung bleibt aber vor allem auch für solche Verbindlichkeiten bestehen, die im Verhältnis zwischen dem Vor- und dem Nacherben dem ersteren zur Last fallen, also für die Forderungen aus seinen für die Erhaltung der Nachlaßgegenstände eingegangenen Rechtsgeschäften u. a. m. Er kann aber, sofern er nicht die beschränkte Haftung eingebüßt hat, die Befriedigung dieser Nachlaßgläubiger insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was er von der Erbschaft behält. Aber auch der Nacherbe haftet natürlich den Nachlaßgläubigern, sobald er in die Erbenstellung eingetreten ist, und zwar, wie der Vorerbe, beschränkbar, aber mit der Gefahr der unbeschränkbar Haftung; nur tritt für ihn an die Stelle des Nachlasses, was er aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben zustehenden Ansprüche¹. Auch für ihn gelten die Vorschriften über die Inventarerrichtung; doch kommt ihm ein vom Vorerben errichtetes Inventar zustatten², so daß er gegen die Gefahr, die Mittel der Haftungsbeschränkung zu verlieren, geschützt ist. Und vor allem kann er sich gegenüber dem Vorerben, wenn dieser als Nachlaßgläubiger ihm gegenüber auftritt, auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den übrigen Nachlaßgläubigern gegenüber die beschränkte Haftung verwirkt hat³. Denn der Vorerbe hätte selbst das Inventar aufnehmen können⁴.

2. Mehrheit von Erben.

§ 29.

Nach römischem und gemeinem Recht begründete der Erbfall unter mehreren gleichzeitig zur Erbschaft berufenen Personen, den Miterben, eine Rechtsgemeinschaft zu ideellen Teilen, die als *communio incidens* (im Gegensatz zu der auf Vertrag beruhenden *societas*) bezeichnete Erbengemeinschaft. Gegenstand dieser Gemeinschaft waren die Erbschaftsgegenstände, soweit eine Gemeinschaft an ihnen überhaupt denkbar war, d. h. vor allem die Erbschaftssachen. Forderungen und Schulden fielen dagegen aus der Erbengemeinschaft heraus und waren *ipso jure* geteilt⁵. Das BGB. hat die *communio juris* des römischen Rechts durch die Gesamthand des deutschen Rechts ersetzt, wenn auch mit nicht unerheblichen Änderungen⁶. Diese Gesamthand, die uns im Recht des BGB. außer bei der Erbengemeinschaft auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der Gesellschaft begegnet, beruht nicht, wie die römische *communio*, auf dem Gedanken der Teilung des Rechts bei Ungetheiltheit des Gegenstandes, sondern auf der ungetheilten und eben gerade insofern gemeinsamen Berechtigung mehrerer an dem Gegenstand des Rechts, so daß die Ausübung des Rechtsinhalts den Gemeinschaftern nur gemeinsam zusteht und jeder für sich allein als ein Nichtberechtigter erscheint⁷. Deshalb kann der einzelne nicht selbständig über einen Anteil an dem gemeinsamen Gegenstand verfügen

¹ § 2144 I.

² § 2144 II. Aber es kann auch ihm eine Inventarfrist gesetzt werden, wenn der Vorerbe kein oder ein unvollständiges Inventar errichtet hat, § 2005 II; m. Rechtsstellung II, S. 212 N. 8, 9; STROHAL I, S. 498; KIPP § 96 I 3. Auch der Nacherbe hat dabei den Bestand des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde zu legen, wozu ihm das Recht, von dem Vorerben Rechenschaft zu verlangen, dienlich ist. Vgl. m. Rechtsstellung II, S. 212; STROHAL I, S. 499 N. 2; KIPP a. a. O. N. 3; BGB. § 2030 II.

³ § 2144 III. ⁴ Rechtsstellung des Erben II, S. 213.

⁵ DERNBURG, Pand. III, § 175, Z. 1 u. 2.

⁶ Anders der erste Entwurf, gegen den aber die Kritik den Vorwurf erhob, daß er das deutsche Recht zu wenig berücksichtigt habe. Vgl. vor allem O. v. GIERKE, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht, S. 551 und die sonst bei DERNBURG, Erbr., § 176 N. 3 Genannten; Prot. 7, S. 835, mit Mot. V, S. 525, 687; m. Rechtsstellung III, § 30.

⁷ Meine frühere, individualistische Konstruktion der Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand (Rechtsstellung des Erben III, S. 6ff.) habe ich schon in meinem „Problem der juristischen Persönlichkeit“ fallen gelassen.

und darf er auch in tatsächlicher Beziehung nur gemeinsam mit seinen Genossen auf den gemeinsamen Gegenstand einwirken. Und da diese Gesamthandsverhältnisse grundsätzlich dauernden Zwecken dienen, verbindet sich mit diesem ein anderer Grundsatz, der an sich nichts mit der Ungeteiltheit der Berechtigung zu tun hat: solange das sog. Grundverhältnis unter den Gemeinschaftern erhalten bleibt, um dessen willen die Gesamthand an den gemeinsamen Gegenständen besteht, ist keiner der Genossen berechtigt, Teilung zu verlangen. Ein solches Grundverhältnis fehlt allerdings bei der Erbengemeinschaft; sie ist nicht die Folge eines anderweitigen Rechtsverhältnisses unter den Erben, sondern knüpft sich unmittelbar an ihre Berufung zur Erbschaft an und ist nicht auf die Dauer angelegt, sondern soll, sobald wie möglich, aufgehoben werden¹. Damit hängt es zusammen, daß das Gesamthandsprinzip hier nur unvollständig durchgeführt ist: die Miterben sind stets berechtigt, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu verlangen (§ 2042 I).

I. Durch den Erbfall wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben (§ 2032). Als Gegenstand dieser Gemeinschaft ist zwar der Nachlaß in seiner Gesamtheit gedacht; aber da dieser Nachlaß kein einheitliches Rechtsobjekt ist, so ist diese Gemeinschaft nur in der Weise denkbar, daß die einzelnen Nachlaßgegenstände gemeinschaftlich sind². An ihnen hat der einzelne Erbe aber nicht ein selbständiges Teilrecht, und man darf sich vor allem nicht durch die Ausdrucksweise des Gesetzes dazu verleiten lassen, ein solches anzunehmen. Vielmehr beruht der Satz, daß der Erbe nicht über seinen Anteil an ihnen verfügen kann (§ 2033 II), eben darauf, daß er einen selbständigen Anteil an den Nachlaßgegenständen überhaupt nicht hat³. Alle Nachlaßbestandteile sind vielmehr den Erben ungeteilt gemeinschaftlich; dagegen die Nachlaßschulden sind nicht gemeinschaftlich (eine Schuldengemeinschaft gibt es überhaupt nicht), sondern die Miterben haften den Nachlaßgläubigern als Gesamtschuldner (§ 2058)⁴.

II. Im einzelnen gilt folgendes: A. Über die einzelnen Nachlaßgegenstände können die Miterben nur gemeinschaftlich verfügen (§ 2040 I)⁵. Daher kann ein Miterbe auch nicht selbständig über Nachlaßgegenstände prozessieren, also weder klagen noch verklagt werden⁶. Daher kann ferner gegen eine zum Nachlaß gehörige Forderung der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen (§ 2040 II) und kann ein Gläubiger eines Miterben auch nicht versuchen, den Anteil des Miterben an einem einzelnen Nachlaßgegenstand zu pfänden⁷. Folgerecht müßte auch die Einziehung von Nachlaßforderungen nur durch die Miterben gemeinschaftlich erfolgen können. Aber diese Folgerung zieht

¹ Rechtsstellung III, S. 6ff.; SIBER, Grundriß, S. 118, Z. 3.

² Vgl. m. Rechtsstellung III, S. 34 I u. II (S. 19ff., 26ff.); SIBER, Grundriß, S. 117ff.; KRESS, Erbengemeinschaft S. 1ff; DERNBURG § 176; STROHAL II, S. 182ff.; KIPP § 82ff. u. a. m.

³ Anders KIPP § 81ff. zu N. 31ff.; m. Rechtsstellung III, § 35. Dort habe ich denselben Standpunkt eingenommen, den heute noch KRESS S. 2 N. 3; KIPP a. a. O. u. a. m. vertreten (vgl. auch v. GIERKE, D. Privatr. II, S. 389f.). Aber der Gesamthandsidee kann jedenfalls die Auffassung, daß der Teilerbe ein Teilrecht an diesen Gegenständen habe, nicht entsprechen, wenn er auch an dem Recht an ihnen einen Anteil (zur ges. Hand) hat, der bei der Auseinandersetzung in ein ungeteiltes Individualrecht umzusetzen ist. — Vgl. auch RG. in Z. f. bayr. Rpfl. 11, S. 365; RG. 57, S. 432ff.; 67, S. 62; 68, S. 417; LEONHARD zu § 2033 Bem. 3; § 2046 Bem. III A. Dies ist wichtig für die Frage, welche rechtliche Bedeutung einer gegen die §§ 2033 II, 2040 I verstoßenden Verfügung eines Miterben zukommt. Nimmt man die Anteilsberechtigung des Miterben an, dann ist § 2033 II als Veräußerungsverbot aufzufassen, das die Veräußerung nichtig macht (BGB. § 134, vgl. 135). Dies entspricht auch der herrschenden Auffassung und Rechtsprechung (HERZFELDER § 2040, Bem. 1f. und dort Genannte). Wird dagegen in §§ 2033, 2040 das Teilrecht verneint, so ist die Verfügung eines Nichtberechtigten, die unter § 185 BGB. fällt. Vgl. dazu den Komm. der RGRäte Bem. I zu § 2040 gegen RG. 93, S. 292 mit m. E. nicht ganz zutreffender Begründung; auch RG 92, S. 298 (Gesellschaft).

⁴ Rechtsstellung I, S. 12, III, S. 89.

⁵ KIPP § 82. Z. VI I u. 2.

⁶ ZPO. § 62.

⁷ ZPO. § 859 II.

das BGB. nicht: Der Schuldner kann sich zwar nur durch Leistung an alle Miterben befreien; aber jeder Miterbe kann die Leistung an alle Miterben verlangen (§ 2039). Immerhin zeigt sich auch darin, daß der einzelne Erbe keine selbständige Teilforderung hat¹. Im Gegensatz zu den anderen Gesamthandsverhältnissen des BGB. kann aber bei der Erbengemeinschaft jeder Teilhaber über seinen Anteil am Nachlaß und sogar über einen bloßen Bruchteil dieses Anteils selbständig verfügen (§ 2033 I 1; 747, 719). Daher ist dieser Anteil auch ein mögliches Objekt für die Zwangsvollstreckung (ZPO. § 859)². Gegenstand dieser Verfügung ist der Anteil des Miterben am Nachlaß im ganzen, d. h. m. a. W.: seine Berechtigung am Nachlaß, seine Teilhaberschaft, die sich vor allem in dem Anspruch auf einen Teil des Auseinandersetzungsergebnisses äußert. Von dieser Berechtigung am Nachlaß ist jedoch wohl zu unterscheiden die Erbberechtigung des Miterben, seine Rechtsstellung als Erbe, die man oft unrichtigerweise als sein subjektives Erbrecht bezeichnet, die aber in Wahrheit eine bloße Rechtslage ist (coheredem esse)³. Über diese Erbberechtigung kann der Miterbe nach richtiger Ansicht nicht verfügen⁴. Sie ist von seinem Recht am Nachlaß ebenso verschieden, wie die Erbberechtigung des Alleinerben von seinem Recht am Nachlaß, wenn dieses auch nur auf jener beruht. Der Miterbe bleibt also, auch wenn er seinen Anteil veräußert hat, Erbe des Erblassers; er scheidet nur aus der Erbengemeinschaft, d. h. aus dem Rechtsverhältnis am Nachlaß aus. Daher bleibt der Miterbe, der über seinen Anteil verfügt hat, vor allem Schuldner der Nachlaßgläubiger; durch die Veräußerung seines Anteils wird sein Erbschein nicht unrichtig⁵, und der Erwerber des Anteils wird umgekehrt nicht Erbe, tritt durchaus nicht in die Erbenstellung ein und kann daher auch keinen Teilerbschein verlangen⁶. Diese Verfügung des Miterben über seinen Anteil bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2033 I 2). Der Erwerber des Anteils tritt mit dem Abschluß des abstrakten Verfügungsgeschäftes in die Erbengemeinschaft ein, ohne daß es einer besonderen Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände bedürfte. Dieser Eintritt eines Dritten in die Erbengemeinschaft kann den Miterben des Veräußerers lästig sein. Deshalb gewährt das BGB. für den Fall, daß der Erbe seinen Anteil verkauft, seinen Miterben das Vorkaufsrecht (§§ 2034—2038)⁷. Dadurch erlangen sie die Möglichkeit, einen unwillkommenen Genossen von sich fernzuhalten. —

¹ Die Teilberechtigung müßte, wie schon im römischen Recht, geteilte Berechtigung sein.

² Diese Verfügung erfordert einen gerichtlich oder notariell errichteten Vertrag, § 2033; KIPP § 82 VIII. Die Verfügung setzt voraus, daß der Verfügende noch einen „Anteil an der Erbschaft“ hat. Aber wie lang ist das der Fall? Nach dem Kammergericht genügt es, daß noch ein Gegenstand ungeteilt ist (KG. 52, S. 272ff.). Es entstehen hier aber aus der ratio legis dieselben Schwierigkeiten wie bei der „Teilung des Nachlasses“ nach §§ 2059/60; vgl. m. Rechtsstellung I, S. 229ff. und dazu LEONHARD, Bem. 1 zu § 2060; HERZFELDER, Bem. 2 zu § 2059; STROHAL II, S. 354 Z. VI, dem ich mich jetzt anschließe.

³ Das Gesetz selbst unterscheidet terminologisch den „Erbteil“ und den „Anteil des Miterben am Nachlaß“, vgl. GB. §§ 312 II, 1483 II, 1505, 1606 I, 1822 Z. 1, 1922 II, 1932, 1934, 1935, 1952 III, 1963, 2007, 2056, 2059, 2060 u. ö.; 1926 III, 1927, 1931, 1935, 2033, 2034 bis 2037, 2059, 2158, 2159. Aber eine klare begriffliche Unterscheidung verbindet sich damit nicht, wie schon die Definition des § 1922 (Erbteil = Anteil der Miterben an der Erbschaft) ergibt. Die Unterscheidung ist gleichwohl notwendig. Vgl. dazu ENDEMANN I § 6, S. 37ff., II § 135, S. 1007ff. Vom „Anteil“ ist weiter der „Teil der Erbschaft“ zu unterscheiden (§§ 1950, 1952).

⁴ Anders noch Rechtsstellung III, S. 90ff., dagegen Arch. b. Recht 34, S. 237ff. Vgl. auch die bei HERZFELDER, § 2033, Bem. 1; LEONHARD, Bem. II C Genannten; PRINGSHEIM, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils 1910.

⁵ A. M. ENDEMANN II, S. 1035; J. W. 1910, S. 89ff.; KRESS, Erbengemeinschaft S. 176 u. a.; wie hier PRINGSHEIM, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils 1910 S. 52ff.; STROHAL, Festschr. f. GIERKE, S. 917ff.; KIPP § 62 N. 48; HERZFELDER, Bem. I c zu § 2033; IV zu § 2353 und die dort gen. Entsch.

⁶ Vgl. oben § 25 II, S. 59 zu N. 4. Das Recht des Erwerbers, einen Erbschein für den Veräußerer zu beantragen, nehmen STROHAL I, § 67 N. 4; HERZFELDER § 2353 IV an. Ebenso KG. EOLG. 44 S. 106 N. 1.

⁷ KIPP § 83; m. Rechtsstellung III, S. 115ff.; STROHAL II, S. 99ff., 370ff.

B. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Miterben gemeinsam zu¹. Jede einzelne Verwaltungshandlung bedarf also der Mitwirkung sämtlicher Miterben: doch ist jeder Miterbe den anderen zur Mitwirkung verpflichtet, soweit die fragliche Handlung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Die zur Erhaltung des Nachlasses dienenden Maßregeln kann sogar jeder Miterbe selbständig treffen (§ 2038)². Von besonderer Bedeutung ist natürlich die Auseinandersetzung; sie ist im Grunde der Endzweck dieser ganzen Gemeinschaft, und dadurch unterscheidet sie sich sehr wesentlich von anderen Gesamthandsverhältnissen³. Bei der Gesellschaft wie bei der Gütergemeinschaft ist keiner der Gesamthänder, solange das Grundverhältnis dauert, berechtigt, Teilung zu verlangen, und dieses Grundverhältnis ist auf die Dauer angelegt; aber freilich hat nach der Aufhebung des Grundverhältnisses, die das Gemeinschaftsverhältnis ja nicht ohne weiteres zerstört, die Auseinandersetzung stattzufinden⁴. Bei der Erbengemeinschaft heißt es dagegen: jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen (§ 2042). Es ist daher zunächst zu fragen, wie sich die Auseinandersetzung begrifflich zur Teilung verhalte. Die Antwort lautet: Erstere ist im Vergleich mit der letzteren der kompliziertere Begriff; wenn das BGB. von Teilung spricht (§§ 749ff.), so versteht es darunter die Aufhebung der Gemeinschaft an einem einzelnen Vermögensstück durch Real- oder Wertteilung. Die Auseinandersetzung dagegen ist ein geordnetes Verfahren, bei dem es sich stets um die Beendigung einer Vermögensgemeinschaft handelt; dabei sind zunächst die Rechte Dritter zu berücksichtigen, also vor allen die Schulden zu berichtigen und nur der nach Erledigung dieser Aufgabe verbleibende Überschuß ist unter die Gemeinschaftler zu verteilen; erst dann also finden die Vorschriften über die Teilung Anwendung⁵. Wenn daher das Gesetz dem Miterben das Recht gewährt, die Auseinandersetzung zu verlangen, so liegt darin zugleich, daß er die Teilung nicht verlangen kann. Gegenstand dieser Auseinandersetzung ist der Nachlaß, wie er sich seit dem Erbfall durch die Verwaltung und Verfügung der Miterben gestaltet hat. Der Nachlaß ist ja ein Sondervermögen, das der nachträglichen Veränderung, Verminderung, Vergrößerung, Ergänzung fähig ist. Dies kommt vor allem zum Ausdruck in dem Surrogationsprinzip: was auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht, gehört zum Nachlaß und ist Gegenstand der Auseinandersetzung, auch wenn es nach allgemeinen Grundsätzen vielleicht einem einzelnen Miterben erworben sein würde (§ 2041)⁶. Dieses Recht der Auseinandersetzung ist jedoch in besonderen Fällen ausgeschlossen oder beschränkt (§§ 2043—2045)⁷.

¹ KIPP § 82 II; m. Rechtsstellung III. § 6, bes. S. 67ff.

² Vgl. dazu die analogen Vorschriften über die Gemeinschaft, § 744, bes. Abs. II. Wenn es dort heißt: „Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln zu treffen“, so ergibt sich daraus für § 2038, daß das entsprechende „Können“ des Miterben auch nicht im Sinne einer absoluten Rechtszuständigkeit, sondern nur als Berechtigung gegenüber den Miterben aufgefaßt werden darf. — Diese Berechtigung besteht also in dem Recht, Anerkennung und Genehmigung zu verlangen, und den Ausschluß einer Schadenersatzpflicht, beides unter der Voraussetzung der objektiven Notwendigkeit der Maßregel. Dazu kann auch die Veräußerung von Nachlaßgegenständen gehören, PLANCK II 2, Bem. I zu § 744, und sogar u. U. die Bezahlung von Nachlaßschulden, vgl. DERNBURG, Schuldrecht II, § 369 II 1; OERTMANN § 766, Bem. 1c. Und sie bezieht sich auf Verwaltungshandlungen aller Art, nicht nur auf Verfügungen.

³ Rechtsstellung III, S. 79ff.; KIPP §§ 84—87.

⁴ BGB. §§ 719 I, 730; 1402, 1471.

⁵ Rechtsstellung III, S. 230.

⁶ KIPP, § 82 VII; STROHAL II, S. 84, 336f.; HERZFELDER zu § 2041.

⁷ Die Miterben können die Auseinandersetzung durch Vertrag auf Zeit oder immer ausschließen (§ 2042 II). Diese Vereinbarung hat dieselbe Bedeutung wie bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen, §§ 749—751. Die Auseinandersetzung ist ferner ausgeschlossen, solange und soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind oder weil die Entscheidung über eine Ehelicheitserklärung, die Bestätigung einer Annahme

III. Bei der Auseinandersetzung sind unter Umständen Vorempfänge der Miterben aus dem Vermögen des Erblassers zu berücksichtigen. (Ausgleichungspflicht, Kollation.)¹ Das Institut der Ausgleichung stammt aus dem römischen Recht und hat schon dort große Wandlungen durchgemacht². Die allgemeine Deszendentenkollation, die sich von der älteren Kollation sehr erheblich unterscheidet, beruht im justinianischen Recht auf dem Gedanken, daß der Erblasser alle seine Abkömmlinge mit gleicher Liebe umfasse, weshalb anzunehmen sei, daß er gewisse Zuwendungen, die er ihnen unter Lebenden gemacht habe, auf ihren späteren gesetzlichen Erbteil angerechnet wissen wollte. Mit diesem Grundgedanken hängt es zusammen, daß sich die Kollation bei der Intestaterbfolge der Deszendenten entwickelt hat und grundsätzlich eine Ergänzung dieser Erbfolge geblieben ist. Das BGB. (§§ 2050ff.) steht auf demselben Standpunkt: Die Kollation bezweckt die Ausgleichung der durch Vorausempfangenes gegenüber der Gleichheit der gesetzlichen Erbteile entstandenen Ungleichheit des Erwerbs aus dem elterlichen Vermögen und tritt daher auch hier grundsätzlich nur bei der gesetzlichen Erbfolge der Abkömmlinge ein³; bei der testamentarischen Erbfolge nur dann, wenn die Abkömmlinge gerade auf dasjenige eingesetzt sind, was sie bei der gesetzlichen Erbfolge erhalten hätten, oder ihre Erbteile so bemessen sind, daß sie zueinander in demselben Verhältnis stehen wie die gesetzlichen Erbteile (§§ 2050, 2052). Deshalb spricht das Gesetz von Ausgleichung. Der Ausgleichungspflicht unterliegen aber nur gewisse Zuwendungen. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Ausgleichung nur bei Zuwendungen, die der Erblasser bei seinen Lebzeiten einem Abkömmling gemacht hat, wenn sich nach der Meinung des Gesetzes annehmen läßt, daß sie einen Vorausempfang aus dem Nachlaß bilden und daher bei Berechnung dessen, was dem Empfänger aus dem Nachlaß zustand, berücksichtigt werden sollte. Deshalb ist zur Ausgleichung zu bringen: was die Abkömmlinge vom Erblasser als Ausstattung erhalten haben; Zuschüsse, die vom Erblasser zu dem Zweck gegeben waren, als Einkünfte verwendet zu werden, und Aufwendungen auf die Vorbildung zu einem Beruf, jedoch nur so weit, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen (§ 2050). Da die Ausgleichungspflicht in diesen beiden Fällen auf dem vermutlichen Willen des Erblassers beruht, so entfällt sie, wenn sie der Erblasser bei der Zuwendung ausgeschlossen hat. Andere Zuwendungen sind nur dann zur Ausgleichung zu bringen, wenn dies der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat (§ 2050 III). Diese Ausgleichungspflicht setzt jedoch voraus, daß der Empfänger gesetzlicher Erbe des Erblassers gewesen wäre, wenn der Zeitpunkt der Erbfolge mit dem Zeitpunkt der Zuwendung zusammengefallen wäre. Daher unterliegt eine Zuwendung an einen Abkömmling, der zur Zeit der Zuwendung durch einen näheren Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen war, der aber zur Zeit des Erbfalls gesetzlicher Erbe geworden ist, ebensowenig der Ausgleichung, wie eine Zuwendung an eine Person, die die rechtliche Stellung eines Abkömmlings erst nach der Zuwendung, z. B. durch Adoption oder Legitimation erhalten hat (§ 2053). Aber in diesen Fällen kann der Erblasser immerhin die Ausgleichung anordnen. Diesen Fällen stehen andere gegenüber, in denen ein Erbe eine Zuwendung zu verrechnen hat, die nicht er selbst, sondern ein später weggefallener Abkömmling des Erblassers erhalten hat, an dessen Stelle er getreten ist (§ 2051). Endlich haben Abkömmlinge die Zuwendungen der genannten Art nur untereinander zu konferieren (§ 2050 I). Die Ausgleichung

an Kindes Statt oder die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht (§ 2043). Die Frage nach den Folgen der Zuwiderhandlung ist bestritten: teils wird nur der Anspruch auf Auseinandersetzung verneint, teils Nichtigkeit oder — heilbare — Unwirksamkeit angenommen. Vgl. m. Rechtsstellung III, S. 240ff.; KIPP II 1 (§ 84); LEONHARD, HERZFELDER zu § 2043. Ich schließe mich heute der letztgenannten Ansicht an.

¹ Vgl. m. Rechtsstellung III, S. 152ff.; STROHAL I, S. 61ff.; DERNBURG, Erbr., § 181ff.; KIPP § 88; KRESS, Erbengemeinschaft, S. 207ff. und dort Genannte.

² DERNBURG, Pand. III, S. 271ff. ³ BGB. §§ 2050ff.; m. Rechtsstellung III, S. 132ff.

kommt also nicht auch dem neben den Abkömmlingen zur Erbschaft berufenen Ehegatten des Erblassers und ebensowenig dem Dritten zugute, der einen Bruchteil der Erbschaft durch letztwillige Verfügung erhält. Die Durchführung der Ausgleichung¹ erfolgt bei der Auseinandersetzung in der Weise, daß zunächst der Wert aller der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen festzustellen ist, wobei entsprechend dem Grundgedanken der Einrichtung der Zeitpunkt der Zuwendung maßgebend ist. Der Gesamtwert der Zuwendungen wird sodann dem Nachlaß bzw. der Masse zugerechnet, die von dem Nachlaß den ausgleichsberechtigten Miterben zukommt. Daraus werden die einzelnen Erbteile berechnet und dabei der Wert der dem einzelnen zugefallenen Zuwendungen auf seinen Anteil angerechnet (§ 2055). Hat ein Erbe durch die Zuwendung mehr erhalten, als ihm auf Grund dieser Berechnung aus dem Nachlaß gebührte, so ist er zur Herausgabe des Mehrbetrages nicht verpflichtet. Er nimmt dann an der Auseinandersetzung einfach nicht teil; bei der Verteilung des Nachlasses unter die übrigen Miterben soll vielmehr der Wert der Zuwendung und der Erbteil dieses Miterben außer Ansatz bleiben (§ 2056). Von den Einzelheiten ist hier nicht zu handeln. Dagegen ist noch über die rechtliche Natur der Ausgleichung zu bemerken²: obwohl das BGB. von einer Verpflichtung zur Ausgleichung spricht, so handelt es sich dabei doch keineswegs um ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Miterben, ebensowenig freilich um eine Verschiebung der Anteilsberechtigung der Miterben am Nachlaß. Die Ungereimtheit dieser letzten Auffassung zeigt sich in ihren Folgerungen: wenn von zwei Miterben der eine unter Berücksichtigung der Ausgleichspflicht des anderen die ganze Erbschaft, der andere gar nichts erhält, so müßte eine Erbengemeinschaft unter ihnen gar nicht bestanden haben und müßten daher alle Verwaltungshandlungen, die der Ausgleichungspflichtige in bezug auf den Nachlaß vorgenommen hatte, als die eines Nichtberechtigten unwirksam sein. Der Berufungstatbestand hätte also überhaupt nicht die Folge gehabt, den Empfänger zum Erben des Erblassers zu machen, denn ein Erbe ohne Berechtigung am Nachlaß ist ein Widerspruch in sich selbst. Es kann aber, wie schon das BGB. ersehen läßt, weder eine Verschiebung der Erb- berechtigung als solcher³ noch auch der Anteilsberechtigung am Nachlaß⁴ in Frage kommen. Denn das BGB. spricht von einer Verpflichtung zur Ausgleichung. Diese besteht freilich nicht in einer rein persönlichen Beziehung unter den Miterben, sondern in einer aktiv und passiv an die Anteilsberechtigung am Nachlaß gebundenen Obligation, wie sich darin zeigt, daß der Ausgleichungsanspruch bei der Auseinandersetzung geltend zu machen ist und nur bei der Auseinandersetzung erfüllt werden kann⁵. Ebenso wie das Recht auf Auseinandersetzung ist auch das Recht auf Ausgleichung ein Anspruch; aber er ist akzessorisch in dem Sinn, daß er von der Anteilsberechtigung untrennbar ist.

IV. Besonderes Interesse beansprucht die Regelung der Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten⁶. Wie wir gesehen haben, haftet der Alleinerbe den Nachlaßgläubigern grundsätzlich unbeschränkt, kann aber die beschränkte

¹ KIPP § 88 Z. VII; meine Rechtsstellung III, S. 167 ff.

² M. Rechtsstellung III, S. 176 ff.; Arch. f. b. Recht 34, S. 209 ff.; LEONHARD, Bem. IV zu § 2055 und die dort Genannten.

³ So meine Rechtsstellung des Erben III, S. 176 ff., 185 f.

⁴ So STROHAL, Erbrecht, II, S. 128 ff.; BINDER, Arch. f. b. Recht, Bd. 34, S. 239.

⁵ Ich habe diese Auffassung schon im Jur. Literaturblatt 1912 (Bd. 24), S. 147, bei einer Besprechung von LEONHARDS Kommentar zum Erbrecht vertreten, was aber unbeachtet geblieben ist. Unklar ist vor allem ENDEMANN, Erbrecht, II, S. 1057 bei Anm. 5, der von einer „Gebundenheit zur Duldung“ spricht, aber eine „schuldrechtliche Leistungspflicht“ ablehnt und die Ausdrucksweise des Gesetzes („verpflichtet zur Ausgleichung zu bringen“) als irreführend bezeichnet. Vgl. über die Frage auch HERZFELDER, Bem. II zu § 2050 und dort gen.; EOLG 40 S. 149.

⁶ JÄGER, Erbenhaftung, S. 23 ff.; STROHAL II, S. 332 ff.; DERNEBURG, Erbr., § 187 ff.; KIPP § 90; m. Rechtsstellung III, S. 272 ff. KRESS, Erbengemeinschaft, S. 140 ff. und dort Angeführte.

Haftung durch besondere Maßnahmen herbeiführen; er verwirkt diese Möglichkeit durch Versäumung der Inventarfrist¹. Dieser Grundgedanke der Erbenhaftung ist freilich vom Gesetzgeber nicht mit der nötigen Klarheit herausgestellt worden, so daß es lange zweifelhaft bleiben konnte, ob im BGB. nicht die grundsätzlich beschränkte Haftung durchgeführt sei. Für diese Auffassung hat man sich auch auf die Regelung berufen, die das Gesetz der Haftung der Miterben angedeihen läßt (§§ 2058—2060)². Und in der Tat scheint dieses Argument durchzuschlagen: denn während beim Alleinerben jedenfalls nicht unmittelbar gesagt ist, daß er grundsätzlich beschränkt hafte, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 2059) „jeder Miterbe berechtigt, die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern“, so daß also hier wenigstens zunächst beschränkte Erbenhaftung zu gelten scheint. Und zwar liegt es nahe, besonderes Gewicht darauf zu legen, daß ihm diese Einrede in bezug auf den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit dann nicht zusteht, wenn er für die Nachlaßverbindlichkeit im Sinne des Gesetzes „unbeschränkt“ haftet, d. h. die Inventarfrist versäumt hat (§ 2059 I 2). Aber freilich, so bestechend diese Argumentation ist, so kann doch dagegen eingewendet werden, daß es sich bei diesem Verweigerungsrecht nicht um eine Folge aus dem allgemeinen Haftungsprinzip, sondern um eine Abweichung davon handelt, die durch die Gestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthand praktisch geboten ist. Weil nämlich die Erben über den Nachlaß nur gemeinsam verfügen können, dem einzelnen Miterben daher die Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände entzogen ist³, ist er auch nicht in der Lage, solange der Nachlaß noch gemeinschaftliches Vermögen der Miterben ist, Nachlaßwerte zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden; würde daher das allgemeine Haftungsprinzip auch hier gelten, so wäre der in Anspruch genommene einzelne Erbe gar nicht in der Lage, sich des Nachlasses zur Befriedigung der Gläubiger zu bedienen, sondern müßte den Zugriff auf sein eigenes Vermögen dulden, zumal die Nachlaßverwaltung als das regelmäßige Mittel der Nachlaßsequestration nur von sämtlichen Erben gemeinschaftlich beantragt werden kann (§ 2062). Diese Schwierigkeit soll die genannte Einrede vermeiden. Deshalb soll dieses Verweigerungsrecht auch nur bis zur Teilung des Nachlasses gelten, also eine dilatorische Einrede sein, während die Einrede der beschränkten Haftung beim Alleinerben zeitlich nicht beschränkt ist. Die Einrede wäre also als Einrede nicht der beschränkten Haftung, sondern des noch ungeteilten Nachlasses zu bezeichnen. Es kommt dazu, daß infolge des bei der Erbengemeinschaft durchgeführten Gesamthandsprinzips der Nachlaß in höherem Maße gegenüber dem Vermögen der Erben seine Selbständigkeit bewahrt und mithin auch in höherem Maße den Gläubigern gesichert ist: man könnte insofern von einer Quasisequestration des Nachlasses sprechen; dann begreift es sich, daß der Miterbe das Verweigerungsrecht während des Bestehens der Gesamthand hat und es, wie e contrario zu schließen ist, durch die Aufhebung der Gesamthand verliert. Ein Schluß aus dieser Regelung auf die Haftung des Alleinerben ist deshalb unangebracht.

Wie bereits angedeutet wurde, sind bei der Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten verschiedene Stadien zu unterscheiden: die Haftung vor und nach der Teilung des Nachlasses und die beschränkte und unbeschränkte Haftung (in dem Sinne, den das BGB. mit diesen Ausdrücken verbindet). Nicht zu verwechseln mit dem Gegensatz von beschränkter und unbeschränkter Haftung ist der zwischen geteilter und Gesamthaftung; letzterer bezieht sich auf das „Wofür“ der Haftung, ersterer auf das „Womit“ der Haftung. Es ergeben sich dadurch vier Variationen: beschränkte Teilhaftung, unbeschränkte Teilhaftung; beschränkte Gesamthaftung, unbeschränkte Gesamthaftung.

¹ Vgl. oben S. 72ff.

² Vgl. m. Rechtstellung III S. 272f.

³ Vgl. oben S. 84.

Als Grundlage der Erbenhaftung stellt das BGB. den Satz auf: Die Erben haften für die gemeinsamen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner¹. Es gilt also nicht das Prinzip des römischen Rechts: *nomina ipso jure divisa sunt*. Diese Neuerung beruht auf praktischen Erwägungen: der Gläubiger soll nicht genötigt sein, jeden einzelnen Erben nach Verhältnis seines Erbteils zu belangen und nicht Gefahr laufen, infolge der Zahlungsunfähigkeit eines Erben einen Ausfall zu erleiden, obwohl der Nachlaß zu seiner Befriedigung ausreichen würde. Infolgedessen kann der Gläubiger seine Forderung grundsätzlich in ihrem ganzen Betrag gegen jeden einzelnen Miterben geltend machen, und dieser ist als Gesamtschuldner auf die Ausgleichung gegenüber seinen Miterben verwiesen (vgl. § 426). Dieser Grundgedanke wird aber im einzelnen nur mit gewissen Modifikationen durchgeführt, vor allem kommt es darauf an, ob der Anteil des Erben am Nachlaß oder sein sonstiges Vermögen in Anspruch genommen wird.

1. Beschränkte Haftung. Ich verstehe darunter hier das, was das Gesetz unter beschränkter Haftung versteht, also die Haftung vor Versäumung der Inventarfrist, die beschränkbare Haftung. Solange der Nachlaß noch nicht geteilt ist, d. h. die Erbengemeinschaft noch besteht², ist jeder Miterbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern (§ 2060). Er haftet also als Gesamtschuldner für den ganzen Betrag jeder Nachlaßverbindlichkeit, aber er haftet, wenn auch nur einredeweise, nur mit seinem Anteil am Nachlaß. Diese Einrede setzt jedoch voraus, daß der Erbe die beschränkte Haftung nicht eingebüßt hat. Nach der Teilung³ scheint, sofern das Vorgetragene richtig ist, das Gegenteil von dem gelten zu sollen, was für die Zeit vor der Teilung gilt; das Gesetz sagt aber nichts davon. Im Gegenteil: denn nach ihm tritt mit der Teilung nicht an die Stelle der beschränkten die unbeschränkte Haftung, sondern wenigstens gegenüber gewissen Gläubigern an die Stelle der Gesamthaftung die Teilhaftung (§ 2060). Aber das darf nicht mißverstanden werden. Die beiden Vorschriften stehen zueinander nicht in diesem gegensätzlichen Verhältnis. Vielmehr ist, was für die Zeit nach der Teilung grundsätzlich gilt, aus dem für die Zeit vor der Teilung Gesagten durch Umkehrschluß zu entnehmen: der einzelne Miterbe darf nach der Teilung die Befriedigung eines Gläubigers aus seinem Eigenvermögen nicht mehr so schlechthin verweigern; er hat nicht mehr die Einrede des ungeteilten Nachlasses. Das betrachtet das Gesetz als selbstverständlich. Und außerdem tritt noch eine weitere Folge ein, nämlich: wenn ein Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist, so haftet ihm gegenüber der einzelne Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil seiner Forderung. Das Aufgebot erstreckt sich hier auch auf die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger sowie auf die Gläubiger, denen gegenüber der Erbe die beschränkte Haftung verwirkt hat. Dasselbe gilt, wenn sich ein Gläubiger mit seiner Forderung verschwiegen hat. Ebenso, wenn statt des Aufgebotsverfahrens eine außergerichtliche Aufforderung der Nachlaßgläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen stattgefunden hat (darüber § 2061), und wenn der Nachlaßkonkurs durchgeführt und durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich beendet ist. In diesen vier Fällen also verwandelt sich gegenüber den in Frage kommenden Gläubigern die Gesamthaftung in Teilhaftung.

2. Unbeschränkte Haftung. Haben die Miterben die Inventarfrist versäumt oder

¹ Auch darin spricht sich, obwohl die Vorschrift sich auf das „Wofür“ der Haftung bezieht, mittelbar die unbeschränkte Haftung aus. Denn bei beschränkter Haftung müßte die Gestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthand dazu führen, daß der einzelne Erbe zunächst überhaupt nicht haften würde.

² Daß der Erbe die Unterteiltheit des Nachlasses zu beweisen hat, folgt daraus, daß eine Einrede in Frage steht. KIPP § 89 N. 3 und dort angef. Entscheidungen.

³ Über die Frage, wann der Nachlaß als geteilt anzusehen ist, s. oben LEONHARD, Bem. I A zu § 2060; m. Rechtsstellung III, S. 220 ff.; s. auch oben S. 85 N. 2.

absichtlich ein unvollständiges Inventar errichtet¹, so tritt die Rechtsstellung ein, die das BGB. als unbeschränkte Haftung bezeichnet, die wir aber besser als unbeschränkbare Haftung bezeichnen würden. Sie hat bei der Erbengemeinschaft folgende Bedeutung: Nunmehr haftet definitiv neben dem Nachlaß auch das eigene Vermögen der Miterben; sie sind daher nicht mehr berechtigt, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus diesem zu verweigern. Entsprechend dem Prinzip der Gesamthaftung müßten sie daher sowohl mit ihrem Anteil am Nachlaß wie mit ihrem sonstigen Vermögen für jede Nachlaßverbindlichkeit insgesamt haften. Aber aus Billigkeitsgründen, die freilich jeder sachlichen Berechtigung entbehren, verwandelt das GB. jetzt die Gesamthaftung in Teilhaftung, soweit nicht der Nachlaß, sondern das eigene Vermögen der Erben in Betracht kommt (§ 2059 I 2). Nach der Teilung des Nachlasses haften die Miterben den Gläubigern in derselben Weise, jedoch den oben genannten Gläubigerkategorien überhaupt nur anteilsweise, also nicht nur in bezug auf ihr eigenes Vermögen, sondern auch in bezug auf ihren Anteil am Nachlaß. Vor der Teilung gilt also bei unbeschränkter Haftung teils Gesamt-, teils Teilhaftung. Nach der Teilung desgleichen; nur bei gewissen Gläubigern gilt dann überhaupt nur unbeschränkte Teilhaftung.

Das Ergebnis ist die unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung, die grundsätzlich in derselben Weise durchgeführt ist wie beim Alleinerben. Änderungen erfährt in den Vorschriften über die Haftung der Miterben nur der Gedanke der Gesamthaftung, nicht der der beschränkten Haftung. Es ist dabei noch eines hervorzuheben: Wenn sich die Gesamthaftung in Teilhaftung verwandelt, so handelt es sich um eine ipso jure eintretende Minderung der Haftung; dagegen bei der beschränkten Haftung kommt nur eine Einrede in Frage.

Zur Herbei- und Durchführung der beschränkten Haftung stehen dem Miterben die gleichen Mittel zur Verfügung wie dem Alleinerben². Vor allem hat er also den Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteil (ZPO. § 780) und die Widerspruchsklage gegen eine darüber hinausgreifende Zwangsvollstreckungsmaßnahme; letztere natürlich unter der Voraussetzung, daß er die beschränkte Haftung herbeigeführt hat. Auch kann er die Nachlaßsequestration herbeiführen, die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses erheben usw. Ebenso ist jeder Miterbe zur Inventarerrichtung verpflichtet und kann ihm die Inventarfrist gesetzt werden; es ist daher möglich, daß der eine Miterbe unbeschränkt, der andere beschränkt haftet; doch kommt die richtige und rechtzeitige Errichtung des Inventars durch einen Miterben den übrigen zustatten, soweit sie nicht schon vorher die beschränkte Haftung verwirkt haben (§ 2063). — Wenn, wie gesagt, die Miterben die beschränkte Haftung in derselben Weise herbeizuführen haben wie der Alleinerbe, so gilt doch eine Besonderheit bei der Nachlaßverwaltung. Sie kann nämlich nur von allen Miterben gemeinsam beantragt werden und ist ausgeschlossen, wenn der Nachlaß geteilt ist (§ 2062)³. Dies bedeutet eine gewisse Benachteiligung der Erben, da die Nachlaßverwaltung normalerweise das einzige Mittel ist, die beschränkte Haftung herbeizuführen; die Miterben, die die Teilung des Nachlasses vorgenommen haben, haben gegenüber unberücksichtigt gebliebenen Nachlaßgläubigern kein Mittel mehr, ihre Haftung zu beschränken, sofern der Nachlaß nicht überschuldet ist.

Von der Haftung der Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern ist das Innenverhältnis der Miterben in bezug auf die Nachlaßverbindlichkeiten zu unterscheiden. Bereits erwähnt wurde der Rückgriff des Miterben, dessen Gesamthaftung geltend

¹ Die Inventarfrist kann jedem Erben selbständig gesetzt werden, wie auch jeder selbständig, sei es auf einen Teil der Verbindlichkeit, sei es auf ihren ganzen Betrag, oder mit den anderen Miterben gemeinsam, belangt werden kann (§§ 2058, 2059 II); STROHAL II, § 88; LEONHARD. Bem. I B 1 zu § 1994; HERZFELDER § 1994 Bem. 2; KG. in EOLG. XIV, S. 293ff.; KIPP § 89 VII; m. Rechtsstellung III, S. 330 zu N. 2.

² Rechtsstellung III, S. 320ff.

³ Rechtsstellung III, S. 346ff.

gemacht worden ist, auf die anderen; daneben gilt noch die besondere Vorschrift, daß sich jeder Miterbe gegenüber dem anderen auf die beschränkte Haftung auch dann berufen kann, wenn er den anderen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet (§ 2063 II)¹. Ist also ein Miterbe zugleich Nachlaßgläubiger, so kann er die unbeschränkte Haftung seiner Miterben nicht geltend machen. Der Grund ist, daß er selbst als Miterbe in der Lage gewesen wäre, ein Inventar zu errichten und für eine ordnungsmäßige Bereinigung des Nachlasses Sorge zu tragen². — Auf die Unterscheidung von gemeinschaftlichen und nichtgemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten soll hier nicht näher eingegangen werden³. Nur in bezug auf die ersteren ist noch eine Bemerkung veranlaßt: Der Gläubiger hat nämlich die Wahl, ob er den einzelnen Miterben auf Grund seiner Gesamthaftung oder die sämtlichen Miterben gemeinschaftlich belangen will. Beruft sich im ersteren Fall der belangte Erbe auf die beschränkte Haftung, so kann der Gläubiger nur den Anteil des Miterben am Nachlaß pfänden⁴; auf Grund dieses Pfandrechtes kann er dann zwar nicht die Teilung verlangen, denn diese kann der Miterbe selbst nicht fordern, wohl aber die Auseinandersetzung, so daß er gleich den anderen Gläubigern an der Auseinandersetzung teilnimmt und, falls sich dabei die Überschuldung des Nachlasses herausstellt, auf die Konkursquote beschränkt wird⁵. Dieser Weg ist daher dem Nachlaßgläubiger nicht zu empfehlen⁶. Dagegen auf Grund eines gegen die sämtlichen Erben erwirkten Vollstreckungstitels kann der Gläubiger die einzelnen Nachlaßgegenstände pfänden und so den übrigen Nachlaßgläubigern wirksam zuvorkommen (ZPO. §§ 747, 795, 859).

3. Der Erbschaftsanspruch.

§ 30.

Es ist eine Folge der erbrechtlichen Gesamtnachfolge, daß alle Ansprüche, die in der Erbschaft enthalten sind, auf den Erben übergehen, und daß durch Vorenthaltung von Erbschaftsgegenständen und dergleichen neue Ansprüche des Erben gegen dritte Personen entstehen. Die gemeinrechtliche Lehre sprach hier im Anschluß an das römische Recht von Singularklagen; wir würden besser von Singularansprüchen reden, indem wir den Begriff der Klage aus dem Zivilrecht ausscheiden. Solche Ansprüche hat der Erbe z. B. gegen die Schuldner von Nachlaßforderungen, gegen die Besitzer von Nachlaßsachen, gegen die Beschädiger von solchen usw. Eine Erweiterung hat der Kreis der hierher gehörenden Ansprüche im Vergleich mit dem gemeinen Recht dadurch gefunden, daß nach dem Gesetzbuch der Besitz auf den Erben übergeht (§ 857). Setzt sich also nach dem Erbfall ein Dritter in den Besitz von Nachlaßsachen, so kommt dies einer Entziehung des Besitzes für den Erben gleich; er hat daher auch im Gegensatz zum römischen Recht die Besitzklagen⁷. Hatte die Entziehung des Besitzes schon gegenüber dem Erblasser stattgefunden, so standen schon nach römischem Recht die Besitzklagen dem Erben

¹ Rechtsstellung III, S. 338f.; STROHAL II, S. 356f.; KIPP § 89 VII; HERZFELDER, Bem. 2 zu § 2063.

² Anders LEONHARD, Bem. II zu § 2063.

³ STROHAL II, S. 186ff., 332ff.; LEONHARD III zu § 2058; KIPP, § 89 II. Nicht gemeinschaftlich ist z. B. die Verbindlichkeit aus einem Vermächtnis, das einem Erben allein auferlegt ist.

⁴ Rechtsstellung III, S. 279f.; DERNBURG § 189. ⁵ FGG. § 86 II.

⁶ Rechtsstellung III, S. 311; DERNBURG § 189 N. 4; STROHAL II, S. 344 III. Immerhin kann der Gläubiger auch die Veräußerung des Anteils betreiben: STROHAL a. a. O. zu N. 23; ECCIUS bei GRUCHOT 43, S. 806; DERNBURG a. a. O.; ZPO. § 857 V.

⁷ Hat ein Miterbe sich in den Alleinbesitz des Nachlasses gesetzt, so ist der Besitz der Erbengemeinschaft, nicht etwa nur der Teilbesitz den anderen Miterben entzogen, was dem Wesen der Erbengesamthand entspricht. Der Besitzer ist dann auch Erbschaftsbesitzer gegenüber der Erbengemeinschaft und zur Herausgabe des Erlangten an sie zu gemeinsamem Besitz verpflichtet.

als vererbte Klagen zu. Diese Singularklagen dienen aber nicht zur Geltendmachung der Erbeneigenschaft als solcher, sondern nur der einzelnen durch den Erbfall vom Erben erworbenen Rechte. Er geht mit ihnen nicht als Erbe, sondern als Eigentümer, als Gläubiger usw. vor, wenn er diese Rechte auch nur als Erbe hat. Neben diesen Singularklagen kannte das römische Recht aber auch eine sogenannte Universalklage, die *hereditatis petitio*¹. Sie ging in der Ausdrucksweise des Pandektenrechts auf Anerkennung des Erbrechts und Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten an den Kläger, und zwar sowohl gegen den *possessor pro herede*, d. h. denjenigen Besitzer von Nachlaßstücken, der sich selbst das Erbrecht annahm, wie gegen den *possessor pro possessore*, der zwar nicht selbst Erbe zu sein behauptete, aber doch das Erbrecht des Klägers bestritt und deshalb die Herausgabe verweigerte. In dieser sogenannten Universalklage erblickte die gemeinrechtliche Lehre den Beweis für ihre Auffassung der Erbschaft als einer *universitas juris*, d. h. eines einheitlichen Rechtsobjekts trotz der Vielheit ihrer Bestandteile, an dem ein einheitliches subjektives Recht des Erben bestehe². Man hat dasselbe für das BGB. behauptet und daraus vor allem gewisse Folgerungen in bezug auf das Recht des Miterben am Nachlaß gezogen. Aber es leuchtet ein, daß diese ganze Argumentation verfehlt ist. Denn nicht die *universitas* als solche ist Gegenstand des Anspruchs, sondern nur diejenigen einzelnen Erbschaftsgegenstände, die der Beklagte besitzt; die Universalität und Besondersartigkeit des Anspruchs äußert sich nicht im Gegenstand, sondern im Klaggrund, der eben das Erbrecht des Klägers ist³. Das gilt auch für das BGB. Dieses hat die gemeinrechtliche *hereditatis petitio* unter dem Titel Erbschaftsanspruch nicht unerheblich umgestaltet, indem es den Anspruch nur gegen den *possessor pro herede* gewährt, was in gewissem Maße durch die Vererblichkeit des Besitzes ausgeglichen wird⁴. Der Anspruch geht ferner ausschließlich auf Herausgabe, d. h. er ist ein reiner Leistungsanspruch geworden (§ 2018). Damit hat das BGB. der modernen Prozeßtheorie Rechnung getragen. Sie hat das Feststellungsmoment der gemeinrechtlichen Erbschaftsklage ausgeschieden und auf die Feststellungsklage der ZPO. überwiesen⁵. Dies steht durchaus im Einklang damit, daß, wie im Eingang dieser Darstellung bemerkt wurde, das sogenannte subjektive Erbrecht überhaupt kein subjektives Recht ist, das durch eine Leistungsklage geltend gemacht werden könnte, sondern eine Rechtslage und als solche ein Rechtsverhältnis, das Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann⁶.

I. Der Erbschaftsanspruch des BGB. steht nur gegen den Besitzer von Erbschaftsgegenständen zu, der sich selbst das Erbrecht annahm (§ 2018). Er unterscheidet sich von den sogenannten Singularansprüchen nicht allein dadurch, sondern auch in den rechtlichen Konsequenzen, nämlich in bezug auf den Gegenstand des Anspruchs, die Einwendungen des Beklagten, den Beweis. Durch diese Besonderheiten ist der Beklagte teilweise günstiger, teilweise aber auch schlechter gestellt

¹ Vgl. über sie WINDSCHEID-KIPP, Pand. III, § 611; DERNBURG, Pand. III, § 172f.

² Über das B. Recht vgl. LEONHARD, Der Erbschaftsbesitz (1899); DERNBURG, Erbr., § 155ff.; STROHAL II, § 94ff.; HELLWIG, Anspruch, S. 47ff., Rechtskraft § 53; Lehrb. I, S. 289; m. Rechtsstellung III, S. 363ff.; LANGHEINIKEN, Anspruch, S. 148ff.; SIBER, Grundriß, S. 123; Passivlegitimation, S. 123ff.; LENT, Gesetzeskonkurrenz I, S. 242; v. TUHR, Allg. Teil I, S. 273f., III, S. 512; OERTMANN, Archiv civ. Pr. 123, S. 156ff.; KIPP, § 66ff.

³ Das ist wohl nur im röm. Legisaktionenprozeß anders gewesen, der ein reiner Erbrechtsfeststellungsprozeß gewesen sein dürfte.

⁴ BGB. § 2018ff. ⁵ ZPO. § 256.

⁶ Oben § 3. — Man kann billig fragen, ob für die Beibehaltung des Erbschaftsanspruchs in unserm heutigen Recht noch Veranlassung bestand, nachdem die Scheidung von Verurteilungs- und Feststellungsklagen reinlich durchgeführt war. Das war ja noch im römischen Recht der *formula petitoria* und im gemeinen Recht mit seiner Verurteilung zur Anerkennung des klägerischen Erbrechts nicht der Fall, woraus sich vor allem hinsichtlich des Umfangs der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft Schwierigkeiten ergaben, die für das geltende Recht wenigstens beim Erbschaftsanspruch fortbestehen, worüber v. TUHR I, S. 272 und die dort Genannten.

als gegenüber dem Singularanspruch. Daraus ergibt sich aber keineswegs, daß der Erbschaftsanspruch ein besonderer Anspruch neben den Singularansprüchen ist, wie die herrschende Lehre annimmt. Es sind aber im folgenden zunächst die genannten Besonderheiten zu erörtern und dann erst die rechtliche Natur des Erbschaftsanspruchs festzustellen.

1. Über die Parteien ist zu bemerken: Kläger ist der Erbe¹. Beklagter ist, wer etwas aus der Erbschaft auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts erlangt hat (§ 2018). D. h. er muß sich in den Besitz von Nachlaßgegenständen gesetzt haben mit der Behauptung, daß er der Erbe sei. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß er etwas aus der Erbschaft erlangt haben, und nach der herrschenden Lehre ist nicht erforderlich, daß er es noch habe². Aber dies darf nicht mißverstanden werden. Der Beklagte muß allerdings nicht gerade das, was er erlangt hatte, noch haben; vielmehr kann er dafür schadensersatzpflichtig sein oder ein Surrogat in Händen haben; aber er muß jedenfalls in diesem weiteren Sinne dem Erben „etwas aus der Erbschaft“ vorenthalten (vgl. auch § 2019) und herauszugeben imstande sein³. Und zweifellos gilt auch hier das Erfordernis eines bestimmten Klagantrags im Sinne der Zivilprozeßordnung (§ 253) und seiner Begründung; nur ist dieser Antrag allerdings nicht auf einen bestimmten Gegenstand als einen jetzt im Besitz des Beklagten befindlichen, sondern als einen aus der Erbschaft erlangten, aber doch eben deshalb herauszugebenden zu richten, so daß dabei nach allgemein menschlicher Erfahrung unterstellt wird, daß der Beklagte, was er einmal erlangt habe, auch behalten habe. Zur Feststellung der Passivlegitimation in diesem Sinne dient dem Kläger neben der allgemeinen Verpflichtung zum Vorweisen die besondere erbrechtliche Auskunftspflicht (§§ 809 ff., 1027). Der Erbschaftsanspruch geht jedoch nicht nur gegen den Erbschaftsbesitzer selbst, sondern auch gegen den Erbschaftskäufer, der die Erbschaft nicht vom Erben, sondern von einem Erbschaftsbesitzer erworben hat (§ 2030). Andererseits hat einen dem Erbschaftsanspruch analogen Anspruch eine unrichtigerweise für tot erklärte Person gegen denjenigen, der auf Grund der Todeserklärung ihr Vermögen in Besitz genommen hat (§ 2031).

2. Der Erbschaftsbesitzer hat dem Erben herauszugeben, was er aus der Erbschaft in Händen hat⁴. Hauptfall ist der Besitz von Erbschaftssachen. Es gehört hierher aber auch ein unrichtigerweise erlangter Erbschein, möglicherweise auch

¹ Auch der Nacherbe, sobald er Erbe geworden ist, Rechtsstellung III, S. 376; KIPP, § 66 II. Ebenso der Miterbe. Aber da der Anspruch auf Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten geht und der einzelne Miterbe darauf kein Recht hat, kann er die Herausgabe wohl nur an die Erbengemeinschaft verlangen. So auch die herrschende Lehre. Vgl. STROHAL II, S. 403 Z. V; LANGHEINEKEN, S. 150 N. 3; m. Rechtsstellung III, S. 362 N. 44; PLANCK V, § 2018 Bem. Ia, b; LEONHARD, Bem. II A; KIPP, § 66 II u. a. Aber mit § 2039 läßt sich das nicht begründen, wie die herrschende Lehre meint. Nach der Auseinandersetzung ändert sich das natürlich. — Erbschaftsanspruch gegen Miterben: Rechtsstellung III, S. 362. An Stelle des Erben hat den Anspruch auch der zur Verwaltung des Nachlasses berufene Testamentsvollstrecker, der Nachlaß- und Konkursverwalter, Rechtsstellung III, S. 377 ff., LEONHARD II A. 2 u. 3. Über den Erbschaftskäufer: KIPP, § 66 zu N. 13f.

² Vgl. PLANCK V, Bem. 2a zu § 2018; STROHAL II, S. 379, 383, 388 N. 20; HERZFELDER, Bem. B zu § 2018 u. a.

³ Man erblickt in dem Erlangt haben müssen einen wesentlichen Unterschied des Erbschaftsanspruchs vom Eigentumsanspruch (§ 985), der gegen den gegenwärtigen Besitzer gehen soll. Vgl. dazu und dagegen m. Rechtsstellung III, S. 388, 390; HELLWIG, Anspruch. S. 54, 67; DERNBURG § 154 II a. E. gegen STROHAL II, § 94 a. E. Letzterem ist zuzugeben, daß § 2018 eine nicht unerhebliche Erleichterung im Beweis der Passivlegitimation gegenüber der Eigentumsklage gewährt. Vgl. unten Z. 4.

⁴ KIPP, § 68 ff.; m. Rechtsstellung III, S. 401 ff.; STROHAL II, § 95; DERNBURG, § 155; SIBER, Grundriß, S. 127f. Jedenfalls also ist Gegenstand des Anspruches nicht, was der Beklagte erlangt hatte, aber nicht mehr hat, und ebensowenig die „Erbschaft als Ganzes“ im Sinn der gemeinrechtlichen universitas juris. Die entgegengesetzte Auffassung beruht auf einer Verwechslung der subjektiven und objektiven Seite der „Erbschaft“.

irgendeine sonstige dem Erbrecht des Klägers widersprechende Rechtsposition des Erbschaftsbesitzers, z. B. seine Eintragung im Grundbuch als Eigentümer von Erbschaftsgrundstücken¹. Regelmäßig sind die herauszugebenden Gegenstände mit den aus der Erbschaft erlangten identisch; dies braucht jedoch nach dem oben Gesagten nicht der Fall zu sein. Vielmehr sind nachträgliche Veränderungen möglich. Nach dem im BGB. anerkannten Prinzip der Surrogation hat nämlich der Erbschaftsbesitzer dem Erben alles herauszugeben, was er mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft erworben hat (§ 2019). Man spricht in dieser Beziehung von dinglicher Surrogation und behauptet, daß durch solches Rechtsgeschäft der Erbe unmittelbar erwerbe, was der Erbschaftsbesitzer erwerben wollte². Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Die Bedeutung der Surrogation ergibt sich aus ihrem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Herausgabeanspruchs; sie beruht hier³ auf einer gesetzlichen Fiktion, die gerade beweist, daß die Rechte, um die es sich handelt, vom Erbschaftsbesitzer diesem selbst und nicht dem Erben erworben worden sind. Diese Gegenstände sind, obwohl sie dem Erbschaftsbesitzer gehören, dem Erben herauszugeben, wie wenn sie zur Erbschaft gehörten⁴. Erst dadurch also, daß sie auf Grund des Erbschaftsanspruchs dem Erben herausgegeben werden, erlangt er an den so erworbenen Sachen das Eigentum⁵. Ferner unterliegen dem Erbschaftsanspruch die vom Besitzer gezogenen Nutzungen, und zwar auch dann, wenn er nach den Grundsätzen des Sachenrechts das Eigentum daran erworben hat⁶. Endlich haftet der Erbschaftsbesitzer, soweit er die Erbschaft schuldhafterweise verschlechtert hat, für Schadenersatz und, soweit die herauszugebenden Erbschaftsgegenstände nicht mehr vorhanden sind, unter allen Umständen mindestens auf die Bereicherung⁷. Diese Grundsätze gelten im allgemeinen. Im näheren ist jedoch zu unterscheiden zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Erbschaftsbesitz. Nämlich in bezug auf solche Erbschaftsgegenstände, die der Beklagte nicht mehr hat, bestimmt sich der Anspruch des Erben auf Schadenersatz für Verschlechterung, Untergang und sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften über den Eigentumsanspruch⁸. Es ist daher zu unterscheiden zwischen dem gut- und bösgläubigen Besitz und der Zeit vor und nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit. Für die Zeit vor der Rechtshängigkeit haftet der gutgläubige Erbschaftsbesitzer gar nicht, da er sich für den Erben hält und dieser beliebig über den Nachlaß verfügen kann. Von der Rechtshängigkeit an muß er jedoch mit der Möglichkeit rechnen, im Prozeß zu unterliegen und zur Herausgabe verurteilt zu werden. Daher haftet er von diesem Zeitpunkt an für Fahrlässigkeit. Der bösgläubige Besitzer dagegen haftet von vornherein so wie der gutgläubige von der Rechtshängigkeit an. Hat endlich der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung oder eine Erb-

¹ Rechtsstellung III, S. 402ff. Z. 1—3.

² Rechtsstellung III, S. 407ff.; STROHAL II, S. 391ff.; KIPP, § 68 II u. a.

³ Im Gegensatz der Surrogation bei der Nacherbfolge, oben § 79 IV.

⁴ BERNHÖFT, Zur Lehre von den Fiktionen, S. 248ff.

⁵ Hiernach bestimmt sich auch der Inhalt dieser Herausgabepflicht. Der Erbschaftsbesitzer hat dem Erben nicht nur den Besitz, sondern das Recht an den Surrogaten zu verschaffen, also in bezug auf die erworbenen Grundstücke und Grundstücksrechte nicht eine bloße Berechtigungsbewilligung zu erteilen, sondern sie dem Erben aufzulassen oder abzutreten usw. Vgl. BERNHÖFT a. a. O. — Wenn KIPP, § 66 Bem. 4 ihm darin zustimmt, daß die Fiktion des § 2019 nur für den Erbschaftsanspruch gilt, so steht seine im Text folgende Erörterung (S. 212 bis 213) damit im Widerspruch. Denn es hat m. E. keinen Sinn, anzunehmen, daß der Erbe durch die Surrogation wirklich Eigentümer usw. werde, und gleichwohl zu lehren, daß es sich um eine Fiktion handle, die obendrein nur für einen bestimmten Fall gelte. Dagegen kann § 2020 allerdings für die Auffassung BERNHÖFTS verwendet werden. (KIPP a. a. O.) Vgl. auch die sehr interessante I. 43 § 10 D de evict. 21, 1.

⁶ § 2020.

⁷ § 2021. Über die Folgerungen hinsichtlich der Beweislast s. unten Z. 4.

⁸ § 2023, 989ff. Vgl. dazu im Näheren m. Rechtsstellung III, S. 417ff.; STROHAL II, S. 394ff.; KIPP § 69

schaftssache durch verbotene Eigenmacht erlangt, so haftet er nach den Vorschriften über den Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen. Ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer haftet jedoch wegen verbotener Eigenmacht nur, wenn der Erbe den Besitz der Sache bereits ergriffen hatte; denn zur Selbsthilfe wäre er auch als Erbe nicht berechtigt gewesen (vgl. im näheren die §§ 2020/21)¹.

3. Der Erbschaftsbesitzer kann je nach der Natur des einzelnen in Betracht kommenden Anspruchs gegen die Klage alle möglichen Einwendungen erheben, z. B. behaupten, daß er durch unverschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe befreit sei, den Schadenersatzanspruch durch Erfüllung getilgt habe, nicht mehr bereichert sei u. a. m. Um diese Einwendungen handelt es sich hier nicht; denn von ihnen gilt nichts besonderes. Dagegen gibt das BGB. Sondervorschriften in bezug auf den Ersatz von Verwendungen des Erbschaftsbesitzers, und dies ist der zweite Punkt, in dem sich der Erbschaftsanspruch wesentlich von den Singularansprüchen unterscheidet, vor allem vom Eigentumsanspruch². Während nämlich der Sachbesitzer gegenüber dem Eigentumsanspruch grundsätzlich nur Ersatz von notwendigen Verwendungen verlangen kann (§§ 997 ff.), hat der Erbschaftsbesitzer Anspruch auf Ersatz aller Verwendungen (§ 2022). Zur Begründung dieser Besonderheit pflegt man sich darauf zu berufen, daß die Stellung des Erbschaftsbesitzers eine wesentlich andere sei als die des Sachbesitzers gegenüber der Eigentumsklage³. Der erstere geht nämlich angeblich davon aus, daß ihm die Erbschaft mit allen ihren Bestandteilen gehört und soll daher die Rücksichtnahme verdienen, daß er von der Erbschaft weder Vorteil noch auch Nachteil haben soll. Es handelt sich dabei also jedenfalls nur um eine legislativ-politische Erwägung, deren Richtigkeit hier dahingestellt bleiben kann, nicht um eine Konsequenz aus der Universalität der Erbschaft. Und es ist im Grunde nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch auf den Sachbesitzer zutreffen soll. — Das Recht des Erbschaftsbesitzers auf Ersatz seiner Verwendungen ist zunächst durch ein Zurückbehaltungsrecht geschützt, das in derselben Weise geltend zu machen ist wie beim Eigentumsanspruch. Daneben besteht aber ein selbständiger, durch Klage geltend zu machender Ersatzanspruch unter der Voraussetzung, daß der Erbe den Besitz der Nachlaßgegenstände wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt hat⁴. Nur dann besteht dieser Anspruch nicht, wenn neben dem Anspruch auf Herausgabe noch ein Bereicherungsanspruch besteht, insoweit nämlich die Verwendungen durch Anrechnung auf die herauszugebende Bereicherung gedeckt sind⁵. Das Gesagte gilt aber nur für den gutgläubigen Besitzer und für die Zeit vor dem Prozeßbeginn. Macht er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Verwendungen auf den Nachlaß, so kann er Ersatz nur verlangen, soweit sie notwendig gewesen sind und selbst dann nur, sofern sie dem Interesse des Erben und seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprochen haben oder von ihm genehmigt worden sind. Für den bösgläubigen Besitzer gilt dasselbe wie für den gutgläubigen von der Rechtshängigkeit an, unbeschadet der Vorschriften über den Verzug⁶. Hat endlich der Beklagte den Besitz durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt, so entfällt das Zurückbehaltungsrecht ganz⁷.

¹ Vgl. STROHAL II, S. 396.

² STROHAL II, S. 397 ff., m. Rechtsstellung III, S. 419 ff., 423 ff.; DERNBURG, § 155; KIPP § 68 IV.

³ Vgl. die in meiner Rechtsstellung III, S. 419 ff. genannten gemeinrechtlichen Schriftsteller und die Motive V, S. 589; dagegen LEONHARD, Erbschaftsbesitz, S. 83; m. Rechtsstellung, S. 420 ff.

⁴ BGB. §§ 1000—1003; LEONHARD, Bem. IV zu § 2022.

⁵ § 2022 I. Handelt es sich nicht um die Herausgabe von Sachen, so gelten ausschließlich die allgemeinen Vorschriften: Rechtsstellung III, S. 425; §§ 2023 II, 994 II, 996, 683, 684.

⁶ § 2023.

⁷ Es gelten daher für die Frage des Ersatzes ausschließlich die Vorschriften des Schuldrechts. §§ 2022/1000.

— Da, wie gesagt, der Erbschaftsbesitzer gegen den Erbschaftsanspruch auch alle Einwendungen hat, die ihm gegen die Singularansprüche zustehen, so entsteht die Frage, was geschieht, wenn sich der Beklagte gegenüber dem Erbschaftsanspruch auf einen sogenannten Singulartitel beruft. Diese Frage ist so zu beantworten: Im allgemeinen wird dadurch der Erbschaftsanspruch entkräftet werden; denn er setzt voraus, daß der Beklagte eben nicht auf Grund eines Singulartitels besitzt. Doch ist dies nicht in allen Fällen richtig¹.

4. Die Form, in der der Erbschaftsanspruch regelmäßig geltend gemacht wird, ist die Erbschaftsklage. Was wir im Vorstehenden als seine subjektiven und objektiven Voraussetzungen kennen gelernt haben, ist ihr Klaggrund und daher nach allgemeiner Regel vom Kläger zu beweisen. So einleuchtend das ist, so bestehen doch gerade hier manche Schwierigkeiten und Unklarheiten. Zweifellos hat zunächst der Kläger die Aktivlegitimation, d. h. sein Erbrecht, zu beweisen. Dies ist unter Umständen schon eine schwierige Sache². Noch schwieriger würde sich aber die Durchsetzung seines Anspruchs gestalten, wenn er den gegenwärtigen Besitz des Beklagten beweisen müßte³. Indessen ist dies nicht der Fall. Zwar hat er sicherlich nachzuweisen, daß der Beklagte „Erbschaftsbesitzer“ im Sinn des Gesetzes ist; aber dieser Erbschaftsbesitz ist auch nicht eine bloße Tatsache wie der Sachbesitz, sondern eine Rechtsposition mit wechselndem Inhalt, die durch den Tatbestand des § 2018, d. h. durch die Erlangung von Erbschaftsgegenständen, begründet wird. Wird ja doch gar nicht vorausgesetzt, daß der Erbschaftsbesitzer Sachbesitzer sei. Der Kläger beweist daher den Erbschaftsbesitz des Beklagten dadurch, daß er beweist, daß der Beklagte „auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat“, wie er auch auf Herausgabe des Erlangten zu klagen hat. Wie die vergleichende Heranziehung der Vorschriften über den Bereicherungsanspruch ergibt, muß dann der Beklagte, der behauptet, zur Herausgabe nicht imstande zu sein, dies beweisen; dann hat der Kläger seinen Klagantrag auf Wertersatz zu ändern und gegenüber diesem Anspruch auf Wertersatz kann dann wieder der Beklagte einwenden und beweisen, daß er nicht mehr bereichert sei⁴. — Bestreitet der Beklagte nicht seinen Besitz, sondern beruft er sich für ihn auf einen Singulartitel, so ist das keine Einrede, sondern ein Leugnen des Klaggrundes; daher hat in diesem Falle der Kläger zu beweisen, daß der Beklagte nicht Sach- sondern Erbschaftsbesitzer ist, d. h. den Besitz durch seine Anmaßung des Erbrechts erlangt hat⁵. — Dagegen hat natürlich der Beklagte alle wirklichen Einreden, z. B. wegen der Verwendungen, zu beweisen.

II. Nunmehr läßt sich die rechtliche Natur des Erbschaftsanspruchs feststellen. Die ältere Lehre, der sich die herrschende Lehre des geltenden Rechtes anschließt, faßt ihn als einen Universalanspruch auf und erblickt in ihm den unwiderleglichen

¹ Vgl. meine Rechtsstellung III, S. 427; KIPP, § 68 I 2 b.

² Vgl. m. Rechtsstellung III, S. 375 N. 2, 429 ff.; STROHAL II, S. 387 f.; KIPP § 66 III und dort Genannte.

³ Wie ich (Rechtsstellung III, S. 431) früher angenommen hatte. Dagegen STROHAL II, S. 388; DERNBURG § 156 II und III; HERZFELDER, Bem. III B zu § 2018 u. a. m. STROHAL a. a. O. erblickt in dieser Behandlung einen wesentlichen Unterschied von der Eigentumsklage, bei der der gegenwärtige Besitz des Beklagten zu beweisen sei. Aber letzteres ist doch auch nur mit Einschränkungen richtig. Vgl. BGB. § 922, HELLWIG, Anspruch und Klagrecht, S. 67, DERNBURG § 154 N. 5.

⁴ Vgl. Prot. V, S. 700; STROHAL II, S. 388 N. 22; DERNBURG § 156 III; BGB. §§ 812 I, 818 II, III. Vgl. auch OERTMANN, Schuldverh. II, Bem. 5 zu § 818; STROHAL bei PLANCK V, Bem. 5 b zu § 2018 und die dort Angeführten. — Eine Schwierigkeit entsteht freilich dann, wenn der Beklagte die Unmöglichkeit der Herausgabe nicht behauptet hat und deshalb zur Herausgabe in natura verurteilt ist. (Sie besteht in gleicher Weise beim Bereicherungsanspruch.) Dann hat er auf Verlangen des Erben nach § 883 ZPO. den Offenbarungseid zu leisten. Steht dann der Klage auf Wertersatz nicht die Rechtskraft des erlangten Urteils entgegen? § 893 ZPO setzt ja einen im Zivilrecht begründeten Anspruch voraus.

⁵ §§ 2018 I, 2029; KIPP §§ 66 I, 67 I.

Beweis für die Erbschaft als eine organische Einheit¹. Das Recht des Erben an der Erbschaft, das durch die Universal sukzession begründet ist, wird gedacht als ein einheitliches Recht am Nachlaß, das in dem einheitlichen Erbschaftsanspruch seinen Ausdruck findet². Aber die Erbschaft ist, wenn schon eine Einheit, so doch eine bloße Kollektiveinheit und nicht Rechtsobjekt eines einheitlichen subjektiven Rechtes³. Diese Lehre beruht auf der Verwechslung der Erbenstellung mit dem Rechte an der Erbschaft. Einheitlich ist nur die erstere, nicht das letztere. Zur Durchsetzung der ersteren dient aber nicht der Erbschaftsanspruch, der ein bloßer Leistungsanspruch ist, sondern die Erbrechtsfeststellungsklage, mit der wir uns hier nicht zu beschäftigen haben⁴. Die Besonderheiten, die wir im vorstehenden bei dem sogenannten Erbschaftsanspruch kennengelernt haben, sind auch nicht als theoretische Konsequenzen aus der universellen Natur des Erbschaftsanspruchs aufzufassen, wie sie denn durch die Annahme, die Erbschaft sei ein einheitliches Rechtsobjekt, weder gefordert noch begreiflich gemacht werden. Der Gegenstand der Erbschaftsklage ist bald umfassender, bald geringer; er kann aus dem ganzen Nachlaß bestehen oder auch aus einzelnen Nachlaßgegenständen⁵. Und selbst im ersteren Falle ist Gegenstand des Herausgabeanspruchs nicht ein einheitliches Objekt, sondern eine Vielheit einzelner Objekte. Der Anspruch ist universell nicht in bezug auf seinen Gegenstand, sondern nur in bezug auf seine Begründung. Von diesem Standpunkt aus findet die Frage ihre Beantwortung, wie sich der Erbschaftsanspruch zu den Singularansprüchen verhalte. Ist der Erbschaftsanspruch, wie wir gesehen haben, kein Universalanspruch, so ist es schwer, einen selbständig neben den Singularansprüchen bestehenden Erbschaftsanspruch überhaupt zu begreifen. In der Tat gibt das Gesetz die Antwort auf unsere Frage mit der Vorschrift: Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in bezug auf die einzelnen Nachlaßgegenstände zustehen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§ 2029)⁶. Während nach römischem Recht für diesen andere Rechtssätze galten als für die Singularklagen, sind nach dem BGB. auch diese nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch zu behandeln, sobald der Beklagte nur Erbschaftsbesitzer ist, d. h. sich im Prozeß für seinen Besitz und die Verweigerung der Herausgabe auf sein eigenes Erbrecht beruft. Der Erbschaftsanspruch ist mithin nichts anderes als der erbrechtlich modifizierte Einzelanspruch⁷. Vor allem läßt sich auch nicht behaupten, daß für den Erbschaftsanspruch in bezug auf die Verjährung etwas anderes gelte als für den Einzelanspruch⁸.

¹ Vgl. dazu und dagegen m. Rechtsstellung III, S. 435ff.; HELLWIG, Anspruch, S. 44ff.; Rechtskraft § 53; SIBER, Passivlegitimation, S. 257ff.; Grundriß, S. 194 Z. 2; v. TUHR, Allg. Teil I, S. 273f.; LENT, Gesetzeskonkurrenz I, S. 242ff.; OERTMANN, Arch. civ. Pr. 123, S. 156.

² So im wesentlichen noch KIPP § 66 I bei N. 5, 6.

³ Ganz folgerichtig faßt SIBER, Grundriß, a. a. O. den „Gesamtanspruch“ als bloßen Kollektivanspruch auf.

⁴ Wenn nach KIPP § 66 I, S. 205 der Streitpunkt im Erbschaftsprozesse nicht ist, ob ein Gegenstand zum Vermögen des Verstorbenen gehört, sondern wer der Herr dieses Vermögens ist, so ist zu sagen, daß das für die alte römische vindicatio hereditatis, aber nicht für unsern Erbschaftsanspruch zutrifft. Auf den Zwiespalt in diesem Gebilde wurde schon oben hingewiesen.

⁵ Und zwar nicht „als Bestandteilen des streitigen Ganzen“ (KIPP S. 205), das gar nicht eingeklagt ist und sein kann, sondern nur als auf Grund des behaupteten Erbrechts erlangt.

⁶ Rechtsstellung III, S. 358; 441ff.; STROHAL II, S. 407ff.; HELLWIG, Anspruch, S. 60; DERNBURG § 157; KIPP § 70 Z. III.

⁷ Rechtsstellung III, S. 440ff.; auch v. BARGEN, Die rechtl. Natur des Erbschaftsanspruchs, Diss. Göttingen 1920; meine Besprechung des LEONHARDSCHEN Kommentars im jur. Literaturblatt 1912 und meine Bemerkungen zu SOHM, Jherings Jahrb. 1908, S. 76f. im Arch. f. b. Recht 34, S. 233.

⁸ Vgl. STROHAL II, S. 403f. Aber § 2026 läßt zwar ersehen, daß die Verfasser des BGB. an einen einheitlichen Erbschaftsanspruch gedacht haben — ebenso wie § 2029 —, aber beweist nichts für sein Vorhandensein. Der Erbschaftsbesitzer kann sich, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, gegenüber dem Erben nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitz hat. Hieraus ergibt sich allerdings, daß,

4. Erbschafts Kauf.

§ 31.

1. Der Erbschafts Kauf bezweckt, dem Erben die Möglichkeit zu geben, den Nachlaß im ganzen zu verwerten, dadurch der Notwendigkeit seiner Liquidation zu entgehen und dafür in den Besitz einer runden Summe zu gelangen¹. Auf den Verkauf des Nachlasses finden im allgemeinen die Vorschriften über den Kauf Anwendung², soweit nicht wegen der Eigentümlichkeit seines Gegenstandes besondere Vorschriften notwendig sind³. Vor allem begründet der Erbschafts Kauf entsprechend der rechtlichen Natur des Kaufvertrags gegenseitige Verpflichtungen zwischen dem Käufer und dem Verkäufer. Von diesem Verpflichtungsgeschäft ist auch hier das Verfügungsgeschäft zu unterscheiden, durch das das erstere erfüllt wird. Gegenstand des Erbschafts Kaufes ist natürlich nur der Nachlaß in dem früher erörterten Sinn, nicht die Rechtsstellung des Erben, die höchst persönlich und unübertragbar ist⁴. Da aber der Nachlaß nur eine Kollektiveinheit ist, kann der Erbe sein Recht am Nachlaß auch nicht durch einen einheitlichen Verfügungsakt auf den Käufer übertragen; vielmehr bedarf er so vieler einzelner Erfüllungshandlungen, als Nachlaßgegenstände vorhanden sind (vgl. § 2374). Dem Zweck des Erbschafts Kaufes entsprechend geht jedoch die Verpflichtung des Erben nicht nur auf die Übertragung dieser einzelnen Gegenstände, sondern auf die Verschaffung der rechtlichen Position des Erben, soweit dies angesichts der höchst persönlichen Natur der Erbenstellung möglich ist, und dementsprechend ist auch die Abnahmepflicht des Käufers aufzufassen, was vor allem von Bedeutung für die Nachlaßverbindlichkeiten ist. Das Gesagte gilt auch von der Veräußerung des Anteils an der Erbschaft durch einen Miterben: auch dabei handelt es sich nicht um eine Übertragung des subjektiven Erbrechts, sondern nur um die Beteiligung am Nachlaß (§§ 2373, 2034)⁵. — Wegen der großen Tragweite dieses Rechtsgeschäftes verlangt das Gesetz dafür die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 2371). Gegenstand des Erbschafts Kaufes kann nur eine dem Verkäufer bereits angefallene Erbschaft sein (Ebenda).

2. Der Erbschafts Kauf begründet zwischen dem Verkäufer und dem Käufer die gegenseitige Verbindlichkeit, dasselbe wirtschaftliche Ergebnis herzustellen, wie

während sonst die Ersitzung natürlich, da sie dem Ersitzer das Eigentum gibt, auch den gegen ihn bestehenden Eigentumsanspruch zerstört, der Erbschaftsanspruch bestehen bleibt, wobei wohl an die allgemeine 30jährige Klagenverjährung gedacht ist. Aber auch hier gilt ja § 2029: auch wenn der Erbe den Eigentumsanspruch geltend macht, also den Besitzer gar nicht als Erbschaftsbesitzer behandelt, muß ihn der Richter nach § 2026 behandeln, sobald er behauptet, Erbschaftsbesitzer zu sein, so daß also auch hier nur von einer Abwandlung des Eigentumsanspruchs die Rede sein kann. Es fehlt auch der Beweis, daß gegen den Erbschaftsanspruch eine einheitliche Verjährung läuft; nach der Gestalt, die er im BGB. erhalten hat, muß in bezug auf die einzelnen Gegenstände, die der Besitzer zu verschiedenen Zeiten erlangt hat, je eine besondere Verjährung laufen (Arch. b. R. 34, S. 234 N. 71f.). Auch in bezug auf die Rechtskraft kann nichts Besonderes gelten: sie kann sich nur auf die Zugehörigkeit des einzelnen Gegenstandes zur Erbschaft und auf das Recht des Klägers an ihm, nicht an „der Erbschaft als Ganzem“, beziehen.

¹ Vgl. STROHAL II, S. 415ff.; DERNBURG, Erbr. §§ 190ff.; ENDEMANN, Erbr. II, S. 816ff.; KIPP §§ 97ff.; SIBER, Grundriß, S. 122f.

² Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, wird aber von ihm vorausgesetzt, wie sich aus dem Fehlen einer erschöpfenden Regelung ergibt. Vgl. PLANCK V, S. 931; LEONHARD, Bem. II A zu § 2371; DERNBURG § 190 I.

³ §§ 2371—2385. Gegenstand des Erbschafts Kaufes ist hiernach nur eine dem Erben bereits angefallene Erbschaft, § 2371. Sie finden aber auf den Kauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer Erbschaft gerichtet sind, Anwendung (§ 2385 I). Über die Schenkung einer Erbschaft: § 2385 II. Vgl. auch m. Rechtsstellung III, S. 98ff.; PLANCK V, Bem. 3b vor § 2385.

⁴ Vgl. oben § 29 II B.

⁵ Abweichend m. Rechtsstellung III, S. 99ff.; LEONHARD, Bem. II C zu § 2033. Dagegen Arch. b. R. 34, S. 233ff. Es ist dabei aber zu beachten, daß § 2033 von der Verfügung über den Anteil handelt, § 2371f. vom Verkauf der Erbschaft und § 2034 vom Verkauf des Anteils.

wenn an Stelle des Verkäufers der Käufer Erbe geworden wäre. Dabei ist als maßgebender Zeitpunkt der des Vertragsschlusses zugrunde zu legen. Nach ihm bestimmt sich vor allem, welche Nachlaßgegenstände dem Käufer herauszugeben sind, worüber das BGB. Einzelvorschriften gibt (§ 2072ff.). Da der Erbschafts Kauf bezweckt, dem Käufer die Erbschaft, also ein wechselnder rechtlicher Gestaltungsfähiges Sondervermögen, zu verschaffen und nicht bloß einzelne Gegenstände, so muß sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers anders gestalten als beim Verkauf von einzelnen Gegenständen. Der Verkäufer der Erbschaft steht daher nur dafür ein, daß er der Erbe, nicht aber dafür, daß er der Eigentümer der im Nachlaß befindlichen Gegenstände ist (§ 2376 I)¹. Mängel einzelner zum Nachlaß gehörender Gegenstände hat er nicht zu vertreten, es sei denn, daß er arglistig handelte (§ 2376 II). Umgekehrt hat der Erbschaftskäufer nicht nur die allgemeine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der gekauften Gegenstände, sondern ist überdies, da er, soweit dies möglich ist, die Erbenstellung einnehmen soll, gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, die Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen (§ 2378). Ausgenommen sind solche Verbindlichkeiten, für deren Nichtbestehen der Verkäufer dem Käufer nach besonderer Vorschrift haftet. Die Berichtigung von Vermächtnissen, Auflagen, Pflichtteilsforderungen und Ausgleichsansprüchen kann der Verkäufer vom Käufer nur dann fordern, wenn dieser sie beim Abschluß des Kaufvertrages gekannt hat. Entsprechend einer vernünftigen Auslegung des Kaufgeschäftes verbleiben dem Verkäufer die Nutzungen aus der Zeit vor dem Abschluß des Kaufvertrages (§ 2379). Von diesem Zeitpunkt an trägt der Käufer die Gefahr, und hat er dafür auch Anspruch auf die Nutzungen (§ 2380). Diese Besonderheit rechtfertigt sich damit, daß hier die Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers nicht wie beim Sachkauf durch einen einzigen Akt möglich ist. Besonders geregelt ist schließlich das Verhältnis der beiden Parteien zu den Nachlaßgläubigern². Nach römischem Recht konnten die Gläubiger, wie es an sich der Logik entspricht, nur den Verkäufer, nicht auch den Käufer in Anspruch nehmen, obwohl sich der Nachlaß regelmäßig beim Käufer und nicht beim Verkäufer befand. Aber schon das gemeine Recht gestattete dem Gläubiger, den Käufer ebenso wie den Erben zu belangen, und dies war auch der Standpunkt des preußischen Landrechts. Ihm schließt sich das BGB. an (§§ 2382f.). Neben dem Käufer haftet den Nachlaßgläubigern immer noch der Verkäufer, und es trifft ihn noch die besondere Pflicht, den Verkauf der Erbschaft ihnen anzuzeigen (§§ 2382, 2384).

3. Besonderes gilt schließlich für den Verkauf des Anteils eines Miterben an der Erbschaft. Zwar finden auch auf diesen Fall die im vorstehenden genannten Vorschriften Anwendung (vgl. § 2373). Dieser Anteil ist ja nicht die Erbenstellung des Miterben, sondern nur eine Konsequenz davon (im näheren §§ 2036f.). Daher wird durch die Übertragung des verkauften Anteils auf den Käufer der letztere nicht etwa Erbe, sondern er tritt nur in die Erbengemeinschaft ein³. Aus dem Kaufvertrag ist er seinem Verkäufer verpflichtet, die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, und haftet er den letzteren unmittelbar; aber auch in diesem Falle wird der Verkäufer nicht ipso jure von der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern frei. Der Erwerber des Anteils hat alle Rechte, die sich aus der Erbengemeinschaft ergeben, dagegen keinen Anspruch auf ein seinem Verkäufer gebührendes Vorausvermächtnis. Da er nicht Erbe ist, hat er weder den Erbschaftsanspruch, noch kann er die Erteilung eines Erbscheins verlangen⁴.

¹ KIPP § 98 Bem. V.

² Rechtsstellung III, S. 102ff.; STROHAL § 98; KIPP § 99.

³ Vgl. meine Ausführungen Arch. f. b. Recht, Bd. 34, S. 237, Anm. 78 zu STROHAL, Erbrecht II, S. 97 und im Gegensatz zu dem von mir früher (Rechtsstellung des Erben III, S. 98) eingenommenen Standpunkt. Vgl. nunmehr auch ENDEMANN II, § 137; oben § 29 II.

⁴ Vgl. oben S. 85.

IV. Pflichtteils- und Vermächtnisrecht.

Erstes Kapitel.

Pflichtteilsrecht.

§ 32. Begriff des Pflichtteilsrechts und des Pflichtteilsanspruchs.

Im Pflichtteilsrecht des BGB. finden wir Gedanken des römischen und des deutschen Rechtes verschmolzen. Das römische Recht ging aus von der selbtherrlichen Familiengewalt des Hausvaters und seiner unbeschränkten Testierfreiheit, der nur formale, keine materiellrechtlichen Schranken gezogen waren. Das materielle Noterbrecht oder Pflichtteilsrecht stellt sich demgemäß als eine späte Reaktion gegen diese Verfügungsfreiheit dar, als ein Recht, dessen Durchsetzung zur Umstoßung des Testamentes aus dem Gesichtspunkt der Lieblosigkeit des Erblassers führte¹. Dem deutschen Recht dagegen war mit dem Testament auch ein Noterbrecht ursprünglich unbekannt. Vielmehr hatten die Kinder am Nachlaß ihrer Eltern ein unentziehbares Erbrecht, in das freilich durch die spätmittelalterlichen Vergabungen von Todes wegen eine Bresche geschlagen wurde². Als dann das römische Recht mit seiner extremen Testierfreiheit bei uns aufgenommen wurde, wurde ein Ausgleich zwischen den beiden Systemen in der Weise geschaffen, daß ein bestimmter Teil des Nachlasses der freien Verfügung des Erblassers überlassen blieb, während der übrige Teil den Erben unantastbar erhalten bleiben sollte³. Darauf beruht z. B. das System des Code civil, der das Familiengut oder die réserve von der portion disponible, über die der Erblasser verfügen kann, unterscheidet⁴, während deutsche Statutarrechte gelegentlich für beide Güter den Ausdruck Pflichtteil verwenden. Dieser Pflichtteil ist mithin etwas ganz anderes als im römischen Recht: Während dieses unter Pflichtteil dasjenige versteht, was ein Abkömmling verlangen kann, wenn ihn der Vater in seinem Testament nicht gehörig bedacht hat, ist Pflichtteil in jenem Sinn der unentziehbare Intestaterbteil des Kindes, und man kann daher von Pflichtteilsrecht auch dann reden, wenn ein Testament überhaupt nicht errichtet worden ist. Freilich ist dies nicht das System des gemeinen Rechts. In diesem verschaffte sich die römische Testierfreiheit und mit ihr das justinianische Noterbrecht Geltung, nach welchem der Noterberechtigte sowohl auf die Ehre der Erbeinsetzung als auch auf die Hinterlassung eines bestimmten Teils seiner Intestaterbportion Anspruch hatte⁵. In manchen Beziehungen wurde dabei das römische Recht fortgebildet, vor allem durch die sogenannte cautela Socini, wonach dem Pflichtteilsberechtigten, wenn ihm mehr als der Pflichtteil zugewendet war, vom Erblasser auferlegt werden konnte, sich dafür eine die ganze Zuwendung betreffende Beschränkung gefallen zu lassen, so daß er vor der Wahl stand, den Pflichtteil ohne die Beschränkung zu verlangen oder das Zugewandte mit der Beschränkung anzunehmen⁶. Die Entwicklung kommt zum Abschluß im preußischen Landrecht⁷. Dieses erkennt ein Recht des Pflichtteilsberechtigten auf die Ehre der Erbeinsetzung überhaupt nicht mehr an, sondern kennt nur noch ein Pflichtteilsrecht, über dessen rechtliche Natur allerdings lebhafter Streit bestand⁸. Nach der schließlich zur Herrschaft gelangten Auffassung sollte der Pflicht-

¹ Vgl. DERNBURG, Pand. III, S. 279ff.

² Vgl. STOBBE, D. Rechtsgeschichte V, § 305.

³ Vgl. STOBBE V, § 305 II und III; ENDEMANN, Erbt., II, §§ 115ff., bes. § 157.

⁴ ENDEMANN II, § 157 II; STOBBE V, S. 245; code civil art. 913ff.

⁵ STOBBE V, § 305 II, III; DERNBURG § 107 III.

⁶ DERNBURG § 107 IV.

⁷ DERNBURG § 107 V; ENDEMANN II, § 157 III; KIPP § 129 IV, LR. II 2 § 392.

⁸ ENDEMANN a. a. O.

teilsberechtigten nur ein Forderungsrecht auf eine Geldsumme haben; also ein Recht, das die Erbfolge überhaupt unberührt ließ und sich gegen den Nachlaß als solchen richtete, als Nachlaßverbindlichkeit. Dies ist vor allem die Theorie des Reichsgerichts gewesen¹. Das BGB. hat sich an diese Gestaltung des Pflichtteilsrechts angeschlossen. Es gewährt dem Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich nur ein Forderungsrecht gegen den Nachlaß, dessen Geltendmachung durchaus nicht zur Umstoßung des Testamentes führt und den Pflichtteilsberechtigten nicht zum Erben macht. Damit ist das Noterbrecht als besondere Kategorie der Universalsukzession für uns beseitigt (§§ 2303—2338)².

I. Das Pflichtteilsrecht des BGB. besteht in dem Rechte gewisser Personen, beim Tod des Erblassers aus dessen Nachlaß einen bestimmten Wertbetrag zu erlangen³. Hieraus folgt, daß von einer Verletzung des Pflichtteilsrechts durch den Erblasser im Grunde keine Rede sein kann; das Pflichtteilsrecht richtet sich nicht eigentlich gegen den Erblasser, sondern gegen den Erben⁴. Es ist weder ein unentziehbares gesetzliches Erbrecht, wie nach deutschem, noch ein Recht auf Umstoßung der letztwilligen Verfügung, wie nach römischem Recht, sondern äußert sich im wesentlichen in einem bloßen gesetzlichen Anspruch gegen den Nachlaß. Dieses Forderungsrecht ist auch unabhängig von den besonderen tatsächlichen Verhältnissen; insbesondere kommt es gar nicht darauf an, ob in der Verkürzung des Berechtigten eine Lieblosigkeit des Testators liegt oder nicht. Auch wenn daher der Pflichtteilsberechtigte selbst ein reicher Mann ist, während der Testator nur eine kleine Erbschaft hinterläßt, besteht doch das Pflichtteilsrecht⁵.

II. Im näheren ist freilich zwischen Pflichtteilsberechtigung und Pflichtteilsanspruch zu unterscheiden. Pflichtteilsberechtigigt im Sinn des Gesetzes sind gewisse dem Erblasser nahestehende Personen kraft dieser Beziehung zum Erblasser: nämlich die Abkömmlinge des Erblassers, seine Eltern und der überlebende Ehegatte (§ 2303)⁶. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß die fragliche Person als nächster gesetzlicher Erbe zu betrachten wäre, wenn die gesetzliche Erbfolge eintrete⁷. Daher ist die Pflichtteilsberechtigung auch ausgeschlossen durch Erb-

¹ RG. 6 S. 247, 21 S. 272, 15 S. 297; DERNBURG. Pr. Privatr. III, § 196, Erbrecht a. a. O.

² Das Bestehen und die Geltendmachung des Pflichtteilsrechts läßt daher die Verfügung des Erblassers stets unberührt. Vor allem hat die Anfechtung letztwilliger Verfügungen, auch wegen Vorhandenseins eines Pflichtteilsberechtigten, mit dem Pflichtteilsrecht nichts zu tun (§§ 2079, 2081, oben § 9 II 1 d).

³ Bei Lebzeiten des Erblassers haben die Pflichtteilsberechtigten kein Recht auf seinen Nachlaß oder den Pflichtteil. Keine Ausnahme davon begründen die §§ 2325 ff., da auch der durch sie gewährte Anspruch wegen Verfügungen unter Lebenden den Erbfall voraussetzt. S. unten § 33 II.

⁴ DERNBURG § 108 II.

⁵ DERNBURG a. a. O. III.

⁶ Über uneheliche Kinder vgl. §§ 1589 II, 1705; 1712 I u. II. Seitenverwandte, auch Geschwister, sind nicht berechtigt.

⁷ Denn wer, wenn die gesetzliche Erbfolge eintreten würde, aus dem Nachlaß nichts erhielte, kann sich nicht darüber beschweren, wenn er aus der Verfügung des Erblassers nichts erhält. — Infolgedessen werden entferntere Abkömmlinge durch die zwischen ihnen und dem Erblasser stehenden näheren und Eltern durch Abkömmlinge (entsprechend §§ 1924 II, 1925 I, 1930) nicht nur von der Erbfolge, sondern grundsätzlich auch vom Pflichtteilsrecht ausgeschlossen. Arg. § 2303 I 2. Aber auch ohne ihre Ausschließung von der Erbfolge findet die Ausschließung vom Pflichtteilsrecht statt, „insoweit ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt“ (§ 2309). (Was z. B. nicht der Fall ist, wenn der nähere Abkömmling sein Erbrecht und damit sein Pflichtteilsrecht (§ 2346, 2349) durch Erbverzicht verloren hat). Der entferntere Abkömmling soll in diesem Fall also nicht durch das Erbrecht des näheren — und entsprechend die Eltern durch das Erbrecht eines Abkömmlings — aber durch sein Pflichtteilsrecht, mag dies nun befriedigt sein oder nicht, vom Pflichtteilsrecht ausgeschlossen sein. Vgl. dazu STROHAL, Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern, Leipz. Dekanatsprogr. 1899 und bei PLANCK V zu § 2309; DERNBURG, § 109 V; HERZFELDER, Bem. II zu § 2309; KIPP § 134 II und N. 4. Grund: „Denselben Stamme darf nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werden“, Mot. V, S. 401, Prot. V, S. 512. Vgl. auch RG. 93, S. 193 ff. Dagegen hat der ent-

verzicht und Erbnwürdigkeit¹. Außerdem durch Verzicht auf den Pflichtteil und durch wirksame Entziehung des Pflichtteils durch den Erblasser². Dieses Pflichtteilsrecht ist nicht ein subjektives Recht, sondern eine sogenannte Rechtslage. Ihr Inhalt besteht darin, daß der Berechtigte aus der Erbschaft die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils erhalten haben muß, wenn er nicht den Pflichtteil soll beanspruchen können. Pflichtteilsberechtigter in diesem Sinn sind also die fraglichen Personen auch dann, wenn sie den Pflichtteil oder mehr erhalten haben, sofern sie nur zu dem Erblasser in dem erörterten Verhältnis stehen. Diese Rechtslage kann sehr verschiedenartige Folgen haben und nur eine dieser Folgen ist der Pflichtteilsanspruch, d. h. das Recht, den Pflichtteil oder den Pflichtteilsrest oder eine Ergänzung des Pflichtteils zu verlangen. Das Pflichtteilsrecht kann also bestehen, ohne daß damit ohne weiteres ein Anspruch begründet wäre. Vielmehr kann der Pflichtteilsberechtigte entweder den Pflichtteil erhalten haben, so daß ein Anspruch gar nicht denkbar ist, oder er kann diesen erst durch Ausschlagung des ihm Zugewandten zur Entstehung bringen³; möglicherweise besteht die Bedeutung des Pflichtteilsrechts auch darin, daß eine Beschwerung oder Beschränkung der Zuwendung als nicht angeordnet gilt, so daß auch hier von einem Anspruch auf den Pflichtteil keine Rede sein kann⁴. Unrichtig ist es aber, deshalb das Pflichtteilsrecht als absolutes Recht zu bezeichnen⁵; dies ist nicht denkbar, weil es an einem Herrschaftsobjekt dieses „Rechtes“ durchaus fehlt. Es ist vielmehr eine rechtlich erhebliche Situation von wechselndem Inhalt, die Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann.

III. Aus dem Pflichtteilsrecht ergibt sich unter gewissen Voraussetzungen der Pflichtteilsanspruch. Dieser Anspruch besteht grundsätzlich dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen und ihm ohne rechtmäßige Pflichtteilsentziehung auch sonst nichts hinterlassen ist (§ 2303)⁶. Der Pflichtteil besteht dann in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, nicht des Erbteils selbst⁷; der Pflichtteilsanspruch ist daher stets eine Geldforderung. Diese Voraussetzung liegt auch dann vor, wenn der Erblasser erklärt hat, der Berechtigte solle nur den Pflichtteil haben, oder er beschränke oder setze ihn auf den Pflichtteil. Denn dies ist weder Erbeinsetzung noch Vermächtnis, da vielmehr der Erblasser damit nur erklärt, der Pflichtteilsberechtigte solle auf den gesetzlichen Pflichtteilsanspruch beschränkt sein⁸. Dies ist praktisch wichtig. Vor allem ermöglicht diese Verfügung keine Ausschlagung, da sie nicht als Zuwendung aufgefaßt werden kann⁹. Von diesem Fall verschieden ist jedoch die Anordnung eines Vermächtnisses zum Zwecke der Deckung des Pflichtteils, oder die Zuwendung des Pflichtteils. In diesen Fällen hat der Berechtigte also den Pflichtteilsanspruch, obwohl von Verletzung seines Pflichtteilsrechtes keine

ferntere Abkömmling das Pflichtteilsrecht z. B., wenn der ihm vorgehende das ihm Hinterlassene mit der Folge ausgeschlagen hat, daß ihm kein Pflichtteilsrecht zusteht, oder wenn es von der gesetzlichen Erbfolge und vom Pflichtteilsrecht ausgeschlossen (BGB. § 2333) oder für erbunwürdig erklärt ist, vgl. KIPP a. a. O. II 2, S. 456. — Hat der vorgehende Abkömmling auf sein Pflichtteilsrecht, nicht aber auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet, so daß er von der gesetzlichen Erbfolge nicht ausgeschlossen ist und seinerseits seine Abkömmlinge von ihr ausschließt, so hat der vom Erblasser ausgeschlossene nähere Abkömmling kein Pflichtteilsrecht, weil er darauf verzichtet hat, und der entferntere nicht, weil er durch den ersteren von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist. § 2309 kommt hier m. E. nicht zur Anwendung. Vgl. HERZFELDER II, letzter Abs. zu § 2309 gegen STROHAL II, S. 937 V.

¹ §§ 2344, 2346. ² §§ 2346 II, 2333 ff. ³ § 2307.

⁴ § 2306 I. ⁵ LANDSBERG, Recht des BGB. II, § 330.

⁶ Wenn KIPP, § 130 I, lehrt, das Pflichtteilsrecht setze den Ausschluß von der Erbfolge voraus, so ist das nur für den Pflichtteilsanspruch richtig. Wie KIPP im wesentlichen HERZFELDER zu § 2303; ENDEMANN II, § 159 I; DERNBURG § 109 II 1 und 2; richtig STROHAL I, § 49 II 1; PLANCK V, Vorbem. 3 vor § 2303 u. a. m.

⁷ § 2303 I 2. ⁸ Vgl. § 2304; STROHAL I, S. 417 N. 9.

⁹ Infolgedessen ist darauf auch nicht § 2307 anwendbar.

Rede sein kann. Ist dem Berechtigten die Hälfte seines Erbteils oder mehr ohne Beschränkungen oder Beschwerden hinterlassen, so hat er zwar die Möglichkeit, diese Zuwendung auszuschlagen; macht er jedoch davon Gebrauch, so entsteht dadurch der Pflichtteilsanspruch nicht¹. War ferner dem Berechtigten ein Erbteil hinterlassen, der kleiner ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kommt ihm, mag er diesen Erbteil nun annehmen oder ausschlagen, gegen seine Miterben ein Pflichtteilsanspruch nur in der Höhe des Wertes zu, um den der hinterlassene Erbteil hinter dem Betrag des Pflichtteils zurückbleibt (§ 2305). In diesem Fall ist also der Pflichtteilsberechtigte nicht von der Erbfolge ausgeschlossen und hat doch den Pflichtteilsanspruch². Ist ferner der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte durch Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt, oder ist er durch Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so ist zu unterscheiden: Wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt, so gelten solche Beschränkungen und Beschwerden als nicht angeordnet³. Ist der hinterlassene Erbteil dagegen größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so hat der Bedachte die Möglichkeit, entweder die ihm gemachte Zuwendung mit den ihm auferlegten Beschränkungen anzunehmen, so daß ein Pflichtteilsanspruch nicht entsteht, oder den Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen (§ 2306). Kraft Gesetzes tritt also hier dieselbe Behandlung ein, wie sie im gemeinen Recht der Erblasser durch die sogenannte *cautela Socini* anordnen konnte⁴. Die Frage, ob der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt oder erreicht, ist ausschließlich nach dem Inhalt der Verfügung von Todes wegen zu beantworten. Es kommt ja nicht darauf an, ob ihm der Wert dieser Quote, sondern ob ihm die Quote selbst hinterlassen ist. Das gilt vor allem auch für den Fall, daß die Beschränkung oder Beschwerde darin besteht, daß der Berechtigte nur als Nacherbe eingesetzt ist, und insbesondere auch dann, wenn der Vorerbe befreiter Vorerbe ist, der Pflichtteilsberechtigte also nur den Überrest des Nachlasses erhalten soll⁵. Nicht darauf also kommt es an, wie groß oder klein dieser ihm auszuhändigende Überschuß ist, was sich ja zur Zeit des Erbfalls noch gar nicht ermitteln läßt, sondern auf welchen Bruchteil des Nachlasses der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist⁶. — Mit einem ihm vom Erblasser hinterlassenen Vermächtnis braucht sich der Pflichtteilsberechtigte nicht abfinden zu lassen. Er kann es vielmehr ausschlagen und den vollen Pflichtteil beanspruchen (§ 2307). Im Fall der Annahme des Vermächtnisses kann er aber den Pflichtteil auch insoweit verlangen, als dieser durch das Vermächtnis nicht gedeckt ist⁷.

§ 33. Berechnung des Pflichtteils.

I. Der Pflichtteil ist gleich der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 I 2). Daher ist für die Berechnung des Pflichtteils die Feststellung der Höhe des Erbteils von grundlegender Bedeutung, der auf den Pflichtteilsberechtigten bei der gesetzlichen Erbfolge entfallen würde. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob für jeden Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil besonders festzustellen sei, oder ob

¹ Man könnte hier von einem befriedigten Pflichtteilsrecht sprechen, 2305/06.

² Vgl. § 2303!

³ Insofern liegt also doch ein Eingriff in die Verfügung des Erblassers vor.

⁴ Vgl. STROHAL I, S. 422 N. 21; DERNBURG § 107 IV.

⁵ Über verschiedene mögliche Fälle vgl. STROHAL I, S. 420 N. 19.

⁶ DERNBURG § 110 N. 5, OLG. Naumburg, EOLG. V, S. 360. Vgl. aber auch KIPP § 132 I 1a, b, 2 („Der Erbteil kommt dem Pflichtteil gleich“ — „ist geringer als der Pflichtteil“ —) darum kann es sich m. E. nicht handeln.

⁷ STROHAL I, S. 424 Z. 4; § 2307 I u. II.

dies zunächst für die Pflichtteilsberechtigten insgesamt zu geschehen habe¹, die mit dem Schwanken zwischen der römischen und der germanischen Auffassung des Pflichtteilsrechtes zusammenhing², ist für das BGB. im ersteren Sinne (Distributivberechnung) zu beantworten³. Wenn hiernach der gesetzliche Erbteil des einzelnen Berechtigten die Grundlage für die Berechnung seines Pflichtteils bildet, so entsteht die weitere Frage, ob dieser Erbteil so zu berechnen sei, wie er sich abstrakt, d. h. ohne Rücksicht auf die gegebene tatsächliche Lage, oder nach der konkreten Erbfolge gestalten würde⁴. Das BGB. beantwortet diese Frage im ersteren Sinne (§ 2310). Der Wegfall von gesetzlichen Miterben, z. B. durch Enterbung, vergrößert also den Pflichtteil nicht. Bei der Berechnung des Erbteils des Pflichtteilsberechtigten ist also sowohl mitzuzählen, wer vom Erblasser durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen ist, als auch wer seinen gesetzlichen Erbteil ausgeschlagen hat oder für erbnwürdig erklärt ist. Verschieden davon wird jedoch der Fall des Erbverzichts behandelt⁵. Von dieser Berechnung der Größe der Erbquote ist die Berechnung ihres Wertes zu unterscheiden (darüber §§ 2311 ff.). Für die letztere ist die Zeit des Erbfalls zugrunde zu legen. Erhöhung wie Verminderung des Wertes des Nachlasses nach dem Erbfall kommt also für die Berechnung der Höhe des Pflichtteils nicht in Betracht. Dabei ist zunächst der Wert der Aktiva des Nachlasses zu berechnen und der Betrag der Nachlaßverbindlichkeiten davon abzuziehen, wobei die durch den Erbfall erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Erblasser und dem Erben als nicht erloschen behandelt werden müssen. Auf die Einzelheiten ist hier nicht einzugehen⁶. Wenn nach dem Gesagten an sich der zur Zeit des Erbfalls vorhandene Nachlaß der Berechnung des Pflichtteils zugrunde zu legen ist, so erleidet dies eine Ausnahme mit Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht der Abkömmlinge (§ 2316)⁷. Der Pflichtteil eines Abkömmlings nämlich bestimmt sich, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und unter ihnen daher im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen wäre, nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde. Es ist also der Berechnung des Pflichtteils hier nicht der wirkliche, sondern ein fiktiver Nachlaß zugrunde zu legen, und es spielt bei dieser Frage keine Rolle, ob der pflichtteilsberechtigte Abkömmling oder ein anderer oder alle Abkömmlinge ausgleichungspflichtig sind. Eine ganz andere Frage ist es, ob der Pflichtteilsberechtigten auf den so festgestellten Pflichtteil sich nur Zuwendungen des Erblassers von Todes wegen anrechnen lassen muß. Diese Frage verneint das BGB. mit gutem Recht (§ 2315), indem es die Anrechnung von Zuwendungen unter Lebenden vorschreibt, die der Berechtigte mit der Bestimmung erhalten hat, daß sie auf seinen Pflichtteil angerechnet werden sollen. Diese beiden Fragen stehen also miteinander an sich in keinem Zusammenhang. Aber insoweit bei der Berechnung des Pflichtteils gerade eine Zuwendung an den pflichtteilsberechtigten Abkömmling in Frage gekommen ist, die er also zugleich auf den Pflichtteil anzurechnen hat, kommt sie auf diesen nur mit der Hälfte ihres Wertes zur Anrechnung, da sie infolge ihrer Berücksichtigung bei der Ausgleichungspflicht den Betrag seines gesetzlichen Erbteils ja bereits gemindert hatte und in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils bereits zur Hälfte abgezogen war (§ 2316 IV). Diese subtile Vor-

¹ Vgl. DERNBURG, Pand. III, § 150 bei N. 5. ² Oben § 32 S. 101 bei N. 2ff.

³ DERNBURG, Erbr., § 114 I. ⁴ DERNBURG, Erbr., § 114 II; KIPP § 131 I.

⁵ KIPP a. a. O. Der Grund ist, daß der durch Verzicht Ausgeschiedene überhaupt nicht zur Erbschaft berufen ist. § 2310³, 1346 I 2. Wer dagegen nur auf den Pflichtteil verzichtet hat, wird natürlich mitgezählt. Vgl. STROHAL I, S. 440ff.

⁶ Vgl. dazu STROHAL I, § 52, S. 443ff.; KIPP § 131 I 2.

⁷ STROHAL I, § 56 und bei PLANCK V, § 2315 und 16; DERNBURG § 116; KIPP § 133; m. Rechtsstellung III, S. 144ff. und die dort Genannten.

schrift, die durch die Reichstagskommission dem Gesetze eingefügt worden ist, macht dem Scharfsinn dieser Kommission alle Ehre¹.

II. Die individualistische Gestaltung des Familienvermögens, die das BGB. dem römischen Recht entnommen hat, bedingt die völlige Freiheit des Vermögenssubjekts zu Verfügungen unter Lebenden ohne Rücksicht auf die Pflichtteilsberechtigten. Aber freilich ist eine schrankenlose Verfügungsmacht des Erblassers unter Lebenden auch mit dem römischen Pflichtteilsrecht schwer zu vereinigen, weil sie dazu führen kann, daß der Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden das Pflichtteilsrecht gegenstandslos macht. So findet sich in der römischen Kaiserzeit eine Reaktion gegen den möglichen Mißbrauch dieser Verfügungsfreiheit: die der *querela inofficiosi testamenti* nachgebildete *querela inofficiosae donationis* und *dotis*, die beide voraussetzen, daß das Pflichtteilsrecht des Klägers, wie es sich zur Zeit der Schenkung oder der Dosbestellung gestaltet haben würde, durch diese Verfügungen unter Lebenden arglistigerweise beeinträchtigt worden war². Diese Klagen standen dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Empfänger und dessen Erben zu und gingen auf Ergänzung des Pflichtteils. Anders lag die Sache von vornherein im germanischen Recht, wo die Erben gegenüber solchen Verfügungen ein Warte- oder Beispruchsrecht hatten, und im französischen Recht, nach dem der Erblasser überhaupt nur über seine freie Portion verfügen kann, so daß zur Beantwortung der Frage, ob der Pflichtteil verletzt sei, dem Nachlaß von vornherein hinzugerechnet werden mußte, was der Erblasser vor seinem Tode verschenkt hatte. Durch diese Einrichtung ist das Recht des BGB. wesentlich beeinflusst. Was der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor dem Erbfall verschenkt hat, ist dem Nachlaß derart zuzurechnen, daß daraus der Pflichtteil zu berechnen ist (§ 2325). Für den sich hieraus ergebenden Betrag des Pflichtteils haftet in erster Linie der Erbe und nur ausnahmsweise der Beschenkte. Das BGB. bezeichnet dies als Ergänzung des Pflichtteils, wobei es von der Vorstellung ausgeht, daß normalerweise dem Pflichtteilsberechtigten aus dem Nachlaß selbst ein Teil seines Pflichtteils gewährt werden wird. Der Ausdruck erweist sich daher als unpassend, wenn der Nachlaß nach Berichtigung der vorgehenden Nachlaßverbindlichkeiten keinen Restbetrag aufweist, aus dem der Pflichtteil berichtigt werden könnte³. Dieser Ergänzungsanspruch⁴ darf auch terminologisch nicht verwechselt werden mit dem sogenannten Pflichtteilsrestanspruch, der nach dem früher Gesagten darin besteht, daß dem Berechtigten aus dem Nachlaß zwar etwas, aber nicht der volle Betrag des Pflichtteils hinterlassen ist. — Zur Berechnung des Pflichtteils wird in diesem Falle der Nachlaß um den Betrag aller Schenkungen vermehrt, die der Erblasser in der genannten Frist gemacht hat⁵. Es geschieht dies aber nur rechnerisch. Aus dem rechnerisch so vermehrten Nachlaß schuldet der Erbe den Pflichtteil, und zwar auch dann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist⁶, worunter das Gesetz natürlich die Hälfte des wirklichen, nicht des erhöhten Erbteils versteht. Diese Rechtslage gestaltet sich verwickelt, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst Geschenke vom Erblasser erhalten hat und

¹ Vgl. auch KIPP § 133 III; m. Rechtsstellung III, S. 146 N. 64 gegen STROHAL I, S. 481 ff.; LEONHARD, Bem. VII zu § 2316; zum Ganzen vgl. die Beispiele in m. Rechtsstellung a. a. O. und bei KIPP, S. 451—453; SIBER, Grundriß, S. 83 f.

² Vgl. über sie DERNBURG, Pand. III, § 156; Erbr., § 117 I; ENDEMANN II, § 164 I; KIPP § 136 I (S. 462).

³ Deshalb will STROHAL (I, S. 506 N. 3) die Bezeichnung „außerordentlicher Pflichtteil“ vorziehen.

⁴ Vgl. darüber STROHAL I, § 58; DERNBURG § 118; KIPP § 136; SIBER, Grundriß, S. 85 ff.

⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Schenkung aus dem Stammvermögen oder aus den Einkünften gemacht, und ebensowenig, ob sie unverhältnismäßig hoch gewesen ist oder nicht. Aber Pflicht- und Anstandsschenkungen sind ausgenommen (§ 2330). Auch Benachteiligungsabsicht des Schenkers wird nicht vorausgesetzt. Vgl. DERNBURG § 118 I 1.

⁶ § 2326 I.

namentlich wenn der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist (§§ 2327, 2328). Geschenke, die der Berechtigte selbst vom Erblasser erhalten hat, sind ebenso wie Schenkungen an Dritte dem Nachlaß zuzurechnen, aber zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen. Die Anrechnung erfolgt grundsätzlich nur auf die Pflichtteilsergänzung, nicht auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils, sofern nicht der Erblasser selbst die Anrechnung auf diesen vorgeschrieben hat. In bezug auf die Schenkungen an den Pflichtteilsberechtigten zieht das Gesetz auch keine zeitliche Schranke. Ist andererseits der Erbe, von dem die Ergänzung des Pflichtteils gefordert wird, selbst pflichtteilsberechtigt, so soll ihm nach dem Gesetz sein eigener Pflichtteil mit Einschluß der Ergänzung verbleiben. Er kann daher insoweit die Erfüllung des Ergänzungsanspruchs verweigern (Einrede des eigenen Pflichtteils). Insoweit nach dem Gesagten der Erbe nicht verpflichtet ist, den Pflichtteil des Berechtigten zu ergänzen, haftet diesem der Beschenkte subsidiär (§ 2329)¹. Gegenstand des Anspruchs gegen den Beschenkten ist Herausgabe des Geschenkes zum Zweck der Befriedigung wegen des fehlenden Betrages nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 2329 I, 818)².

§ 34. Die Pflichtteilslast.

I. Der Pflichtteilsanspruch ist, was bisher bereits vorausgesetzt wurde, gegenüber dem Berechtigten grundsätzlich von den Erben zu erfüllen und insofern eine Nachlaßverbindlichkeit (vgl. §§ 2305, 1967 II)³. Nur ausnahmsweise, nämlich wo wegen des Pflichtteilsrechtes eine Beschränkung oder Beschwerung der Zuwendung von Todes wegen zu streichen ist, wird diese Pflichtteilslast von demjenigen getragen, zu dessen Gunsten die Beschränkung oder Beschwerung angeordnet war⁴. Als Verbindlichkeit untersteht der Anspruch zunächst den Vorschriften des Obligationsrechts, z. B. in bezug auf die Fragen der Erfüllung, der Sicherung, des Verzuges, der Unmöglichkeit und dergleichen. Aber als Nachlaßverbindlichkeit untersteht er zugleich den Sondervorschriften des Erbrechts. Daher kann der Pflichtteilsberechtigte dem Belasteten z. B. eine Inventarfrist setzen lassen und von ihm die Erhärtung seines Inventars durch Offenbarungseid verlangen, mit der Folge, daß die Nichterfüllung dieser Obliegenheiten zur Verwirkung der beschränkten Haftung führt. Ferner kann der Anspruch gegen den Erben so lange nicht geltend gemacht werden, als dieser die Erbschaft nicht angenommen hat; jedoch ist dadurch seine Geltendmachung gegen Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter nicht ausgeschlossen. Eines vernünftigen Grundes entbehrt die bereits erwähnte Vorschrift, daß der Pflichtteilsanspruch gegen einen Testamentsvollstrecker überhaupt nicht geltend gemacht werden kann (§ 2213 I 3)⁵. Da der Pflichtteil nur vom Reinbetrag des Nachlasses geschuldet wird, steht der Pflichtteilsanspruch den vom

¹ Vgl. dazu im näheren STROHAL I, S. 510ff.; DERNBURG § 119.

² Der Anspruch geht mithin in erster Linie auf Herausgabe, in zweiter Linie auf Wertersatz unter Berücksichtigung der Bereicherung. Nur im letzteren Falle also geht er auf eine Geldleistung (unrichtig STROHAL I, S. 517). Aber freilich bezweckt der Anspruch die Deckung eines Geldbetrags. Daher soll die Herausgabe auch nur „zum Zweck der Befriedigung“ erfolgen, was an § 1973 erinnert (oben S. 73), wenn auch die Worte „im Weg der Zwangsvollstreckung“ fehlen. Man wird gleichwohl annehmen müssen, da der Beschenkte der Willkür des Ergänzungsberechtigten nicht ausgeliefert sein kann, daß die Befriedigung nach Analogie der Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat (vgl. auch STROHAL I, S. 518). Das Urteil wird also auf Herausgabe „zum Zweck der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zu lauten haben. Vgl. R.G. im „Recht 1911“ N. 2170; KIPP § 136 N. 17. Die Vorschrift ist natürlich sachlich verfehlt (vgl. auch STROHAL, S. 517); ein Geldanspruch mit Beschränkung auf die Bereicherung wäre richtiger gewesen. — Nach § 2329 III steht es dem Beklagten frei, die Verurteilung durch Zahlung des Fehlbetrags abzuwenden. Wählt er dies, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er nicht mehr bereichert sei, was auch wenig sinnvoll erscheint.

³ STROHAL I, S. 457ff.; KIPP § 135. ⁴ STROHAL S. 457 N. 1. ⁵ Oben S. 65 bei N. 3.

Erblasser stammenden oder gar aus der Verwaltung des Nachlasses entstandenen Nachlaßverbindlichkeiten nach¹.

II. Die diesem Pflichtteilsanspruch gegenüberstehende Pflichtteilslast trifft, wie gesagt, grundsätzlich den Erben. Sind daher mehrere Erben vorhanden, so trifft sie die sämtlichen Miterben als Gesamtschuldner nach den Vorschriften über die Erbenhaftung². Ist einer von mehreren Erben selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er nach der Teilung des Nachlasses die Befriedigung anderer Pflichtteilsberechtigter insoweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt (§ 2319). Für den Ausfall haften dann die übrigen Erben³. Untereinander tragen die Erben der Regel nach die Pflichtteilslast nach Verhältnis der Größe ihrer Erbteile. Der Erblasser kann jedoch durch Verfügung von Todes wegen die Pflichtteilslast im Verhältnis der Miterben zueinander einzelnen Erben ganz oder zum Teil auferlegen. Auch wenn der Erblasser eine solche Anordnung nicht getroffen hat, kann unter Umständen eine solche Verschiebung der Pflichtteilslast eintreten⁴.

III. Da die Pflichtteilslast nur den Erben trifft, so hat der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch gegen pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer und Aufлагенempfänger, auch wenn ihnen alle oder die meisten Nachlaßbestandteile zugewendet sind. Dagegen gilt für das Verhältnis des Erben zu Vermächtnisnehmern und Aufлагенempfängern, daß sie die Pflichtteilslast verhältnismäßig zu tragen haben (§ 2318 I). Und dies gilt auch für die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse. Zur Durchführung dieser Vorschrift hat der Erbe eine Einrede gegenüber dem Anspruch aus dem Vermächtnis und der Auflage, die zur verhältnismäßigen Kürzung dieser Zuwendung führt. Gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer ist jedoch die Kürzung nur so weit zulässig, daß ihm selbst sein Pflichtteil verbleibt (§ 2318 II). Der dadurch sich ergebende Ausfall ist von den übrigen Begünstigten verhältnismäßig zu tragen. Ist endlich der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so geht sein Recht zur Kürzung der ihm auferlegten Beschränkungen weiter. Er kann dann Vermächtnisse und Auflagen so weit kürzen, daß sein eigener Pflichtteil durch die von ihm zu tragende Pflichtteilslast nicht beeinträchtigt wird (§ 2318 III). Dies gilt auch gegenüber pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmern, so daß das Pflichtteilsrecht des Erben den anderen Pflichtteilsrechten vorgeht.

§ 35. Verjährung des Pflichtteilsanspruchs.

Wie schon die römische Querel einer kurzen Verjährung unterlag, so besteht auch nach dem BGB. für den Pflichtteilsanspruch eine besondere Verjährungsfrist (§ 2332 I)⁵. Er unterliegt nämlich einer Verjährung von drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Pflichtteilsberechtigte von dem Erbfall und der ihn beeinträchtigten Verfügung des Erblassers Kenntnis erlangt. Ein Irrtum über die Höhe des Nachlasses kann also den Beginn der Verjährung verzögern. Ohne Rücksicht auf dieses subjektive Moment verjährt der Anspruch in dreißig Jahren vom Erbfall an.

Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Ergänzung des Pflichtteils verjährt, soweit er sich gegen den Erben richtet, nach denselben Grundsätzen. Dagegen verjährt der Anspruch gegen den Beschenkten in drei Jahren vom Erbfall an, also ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Berechtigten vom Erbfall und der

¹ §§ 1972—1974, 1991 IV; KO. § 226 I und III.

² KIPP § 135 I 2; BGB. § 2058. Der Erblasser kann aber durch Vermächtnis einen Erben allein mit dem Pflichtteil belasten, im näheren KIPP a. a. O., Z. 3. Schlägt dann der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis aus, wozu er nach § 2307 I berechtigt ist, so kann er den Pflichtteil von allen Erben als Gesamtschuldnern gemäß § 2058 fordern.

³ Vgl. im näheren STROHAL I, S. 458 N. 3, (in der Sache) gegen DERNBURG § 113 II a. E.

⁴ Über mehrere Beschenkte vgl. § 2329 III.

⁵ Vgl. STROHAL I, S. 456f.; DERNBURG § 120; KIPP § 131 II 3; § 136 VI 6 u. a.

ihn beeinträchtigenden Verfügung (§ 2332 II). Dieser Anspruch soll ja wegen der großen Härte, die in der Pflicht der Ergänzung für den Beschenkten liegt, an möglichst enge Voraussetzungen gebunden sein. In allen Fällen ist es ohne Einfluß auf den Beginn der Verjährung, wenn der Pflichtteilsanspruch erst nach Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden kann.

§ 36. Entziehung und Beschränkung des Pflichtteils.

I. Während das ältere deutsche Recht keine Beeinträchtigung des Kindeserbrechts durch Verfügung der Eltern und folgerecht auch keine Pflichtteilsentziehung kannte, führte die Aufnahme des römischen Rechtes dazu, daß das Recht der Eltern anerkannt wurde, ihre Kinder wegen schwerer Verfehlungen zu enterben¹. Außerdem wurde den Eltern gestattet, ihre Kinder auf die Hälfte des Pflichtteils zu beschränken, wenn sich diese ohne ihre Zustimmung verheiratet hatten. Dieses Recht der Pflichtteilsentziehung und -beschränkung wurzelt in dem Gedanken des römischen Pflichtteilsrechts, wonach nur lieblose Zurücksetzung den Pflichtteilsanspruch begründete. Während darüber aber ursprünglich das freie richterliche Ermessen zu befinden hatte, hat JUSTINIAN die Enterbungsgründe spezialisiert, indem er vierzehn Enterbungsgründe von Deszendenten und acht von Aszendenten aufzählt, die teils in Vergehen gegen die Person des Erblassers, teils in unwürdigem Verhalten begründet waren. Das BGB. hat sich dem im wesentlichen angeschlossen (§§ 2333 ff.). Es spricht jedoch nicht mehr von Enterbung, weil es das Pflichtteilsrecht eben nicht als Noterbrecht gestaltet hat. Vielmehr braucht es den Ausdruck Entziehung des Pflichtteils. Es zählt die Entziehungsgründe erschöpfend auf, so daß analoge Anwendung auf andere Fälle ausgeschlossen ist². Sämtliche Gründe setzen Verschulden und mithin Zurechnungsfähigkeit des Pflichtteilsberechtigten voraus. Der Erblasser, der zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt ist, kann diesen auch verkürzen oder beschränken und beschweren³. Die Entziehung kann nur durch letztwillige Verfügung geschehen⁴. Der Grund der Entziehung muß zur Zeit dieser Verfügung bestehen⁵, und bedingte Entziehung für die Zukunft ist daher nicht zulässig⁶. Der Grund der Pflichtteilsentziehung muß in der Verfügung angegeben sein. Gegenüber dem Pflichtteilsanspruch hat der Erbe das Bestehen des Entziehungsgrundes zu beweisen. Die Pflichtteilsentziehung kann jedoch vom Erblasser durch letztwillige Verfügung widerrufen werden⁷. Außerdem wird sie von selbst wieder hinfällig, wenn sie wegen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels erfolgt war, und sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls dauernd von diesem Lebenswandel abgewandt hat⁸. Bei anderen Enterbungsgründen kommt eine solche Besserung nicht in Betracht. Schließlich erlischt das Recht zur Entziehung auch durch Verzeihung und wird eine bereits wirksam angeordnete Entziehung durch Verzeihung hinfällig⁹. Ob die Aussöhnung des Erblassers mit dem Pflichtteilsberechtigten als Verzeihung anzusehen sei, ist Auslegungsfrage¹⁰.

II. Entsprechend der römischen *exhereditatio bona mente* kennt das BGB. eine Pflichtteilsentziehung oder -beschränkung aus guter Absicht¹¹, die es aber im Ver-

¹ Vgl. DERNBURG, Pand. III, § 153; STOBBE V, § 306; ENDEMANN II, S. 119 ff., 1251 ff.

² Vgl. im näheren STROHAL I, S. 495 ff.; DERNBURG § 121 III—V; KIPP § 137 I.

³ DERNBURG § 121 a. E.

⁴ § 2336 I. Da der Gebrauch bestimmter Worte nicht vorgeschrieben ist, kann sie sich auch aus der Auslegung anderer Verfügungen des Erblassers ergeben. DERNBURG § 121 N. 10; STROHAL bei PLANCK V, § 2336 Bem. 1.

⁵ § 2336 II. Er muß auch in der Verfügung angegeben werden.

⁶ Dagegen ist wegen eines in der Vergangenheit liegenden Grundes bedingte Entziehung für die Zukunft zulässig; vgl. DERNBURG § 121, VI 4; KIPP § 137 III.

⁷ DERNBURG § 122 I.

⁸ § 2336 IV.

⁹ § 2337.

¹⁰ DERNBURG § 122 III; KIPP § 137 II N. 9 und dort Genannte.

¹¹ Dazu DERNBURG § 123; STROHAL I, S. 495 ff.; KIPP § 138.

gleich mit dem früheren Recht erheblich eingeschränkt hat (§ 2338). Sie ist nämlich nur zulässig gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling und nur wegen Verschwendung oder Überschuldung in einem Maße, daß sein späterer Erwerb durch sie erheblich gefährdet wird¹. Und sie kann nur in der Weise vorgenommen werden, daß entweder nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder seinen Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer erhalten sollen, oder daß die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker übertragen wird unter Verpflichtung auf Gewährung des Reinertrages an den Abkömmling. Diese Anordnung muß in einer letztwilligen Verfügung erfolgen². Sie wird hinfällig, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls dauernd gebessert hat oder nicht mehr überschuldet ist³.

Zweites Kapitel.

Vermächtnisse und Auflagen.

§ 37. Vermächtnis.

Aus dem römischen Recht ist in das moderne Recht die Unterscheidung von Erbeinsetzung und Einzelzuwendung von Todes wegen übergegangen, die freilich ursprünglich eine größere Bedeutung hatte als heute. Die Erbeinsetzung hatte ursprünglich den Zweck, dem Erblasser künstlich einen Erben zu schaffen, der ihm die Totenopfer darbringen sollte, so daß es sich dabei keineswegs wie heute um ein bloßes vermögensrechtliches Geschäft handelte⁴, während freilich das Legat von Anfang an nichts weiter bezweckte, als einzelne vermögensrechtliche Zuwendungen aus dem Nachlaß zu machen. Im heutigen Recht ist auch die Erbeinsetzung zu einem rein vermögensrechtlichen Geschäft geworden. Die römische Unterscheidung innerhalb der Einzelzuwendungen von Legaten und Fideikommissen⁵ ist in das moderne Recht nicht übergegangen, und demgemäß kennt auch das BGB. nur ein Vermächtnis, wobei es sich in der Hauptsache der römischen Entwicklung entsprechend an das Fideikommißrecht anschließt, insofern der Grundgedanke ist, daß der Erbe die Zuwendungen des Erblassers nach Treu und Glauben zu erfüllen hat⁶, daß für ihre Beurteilung der erkennbare Wille des Erblassers maßgebend ist und es nicht auf Förmlichkeiten und Wortinterpretationen anzukommen hat⁷. Dem entsprechen zahlreiche Dispositivnormen des BGB., die erforderlichenfalls aus diesem Grundgedanken ergänzt werden müssen.

¹ D. h. es muß die Besorgnis begründet sein, das aus irgend welchen Erwerbsquellen, insbesondere durch die Erbschaft selbst, ihm zufließende Vermögen werde gleichfalls verschwendet oder von den Gläubigern beschlagnahmt werden. Komm. d. Reichsgerichtsräte Bem. 1 zu § 2338. Dagegen ist die für die Entmündigung geforderte Gefahr des Notstandes (§ 6 Z 2 RGB.) hier nicht gefordert, HERZFELDER Bem. 2 Abs. III zu § 2338; vgl. auch ROSENBERG, Die Enterbung aus guter Absicht §§ 12, 13; KG. in EOLG. 44 S. 106. Über „Verfügungen des nach § 2338 beschränkten Abkömmlings über seinen Anteil am Nachlasse“ vgl. KRETZSCHMAR, D. NotV. Bd. 17 S. 408 ff.

² Auch hier muß der Grund in der Verfügung angegeben werden und zur Zeit der Verfügung vorhanden sein. RG. JW. 1911, S. 370 N. 30; KIPP § 138 N. 6. — Ist der Grund nicht angegeben oder bestand er nicht, so ist die Beschränkung unwirksam, wenn dem Pflichtteilsberechtigten nicht mehr als der Pflichtteil hinterlassen ist. Ist ihm mehr hinterlassen, so gilt § 2306; vgl. KIPP a. a. O. N. 7; RG. in Seuff. Arch. 62, S. 330 ff.

³ § 2338 II, 2336 I—III.

⁴ S. oben S. 1, 4f.

⁵ Vgl. darüber DERNBURG, Pand. III, § 98; KIPP § 101 I; ENDEMANN I, § 89 IIa.

⁶ §§ 2174, 242; DERNBURG, Erbr., § 62 II. Aber freilich ist die Erfüllung des Vermächtnisses nicht mehr der fides des Belasteten überlassen.

⁷ Vgl. die §§ 133 und 2064; oben § 7 II und IV.

I. Vermächtnis im Sinne des BGB. ist eine Zuwendung von Todes wegen, die nicht Erbeinsetzung ist (§ 1939)¹. Der Zuwendung aber ist begrifflich die Einseitigkeit wesentlich, auch wenn das ihr dienende Geschäft ein zweiseitiges ist (Vermächtnisvertrag); insofern ist sie auch immer eine Freigebigkeit. Diese Eigenschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vermächtnisnehmer verpflichtet sein kann, das Empfangene ganz oder zum Teil einem Untervermächtnisnehmer herauszugeben. Denn mindestens hat auch in diesem Falle der Vermächtnisnehmer einen Vorteil, der in der Möglichkeit besteht, daß der Nachvermächtnisnehmer wegfällt und dadurch der ihm zugewandte Wert in seiner Hand verbleibt². Aus dem Begriff des Vermächtnisses als einer Zuwendung ergibt sich, daß das Vermächtnis dem Bedachten einen Vermögensvorteil gewähren muß³. Aber nicht notwendig ist, daß dadurch das Vermögen des Bedachten gerade vermehrt und das des Belasteten vermindert werde⁴. Es genügt auch z. B. die bloße Sicherung von Ansprüchen durch Anerkenntnis, Bürgschaft oder Pfandbestellung u. dgl. Dagegen muß der Bedachte einen selbständigen Anspruch durch die Zuwendung erhalten⁵. Dieses Erfordernis unterscheidet das Vermächtnis vor allem von der Auflage⁶. Infolge des Gesagten liegt ein Vermächtnis auch dann nicht vor, wenn der Erblasser eine Zuwendung von der Bedingung abhängig macht, daß der Bedachte einem Dritten eine Leistung mache, ohne daß der Dritte ein Recht auf die Leistung erlangen soll⁷. Ebensovienig ist Vermächtnisnehmer, wer nur tatsächlich einen Vorteil aus einer Anordnung hat, die nicht zu seinem Gunsten erfolgte. Wenn z. B. der Erblasser seinem Erben auflagt, die Schulden seines Neffen zu bezahlen, so ist zwar möglicherweise der Neffe als Vermächtnisnehmer zu erachten, nicht aber dessen Gläubiger⁸. Das Vermächtnis ist schließlich im modernen Recht notwendig Einzelvermächtnis und begründet ein Forderungsrecht des Bedachten gegen den Beschwerten (§ 2174). Eine Gesamtrechtsnachfolge kann durch Vermächtnis nicht mehr herbeigeführt werden, worin zugleich liegt, daß der Vermächtnisnehmer niemals für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet⁹. Aus dem römischen Universalvermächtnis ist bei uns die Nacherbschaft geworden, die wir bereits behandelt haben¹⁰.

II. Vermächtnisse können nach dem Rechte des BGB. durch Verfügung von Todes wegen, also durch Testamente und Erbverträge angeordnet werden (§§ 1939, 1941). Ihre Anordnung ist nicht an besondere Worte gebunden und vor allem muß der Erblasser nicht das Wort vermachen gebrauchen. Es genügt vielmehr, daß sich die Absicht der Zuwendung aus dem Inhalt der Verfügung ergibt. Dabei spielen die früher erwähnten Auslegungsregeln eine Rolle. Ferner gilt die Verfügung des Erblassers, daß dem Testamentserben ein Gegenstand nicht zufallen soll, als Vermächtnis dieses Gegenstandes an die gesetzlichen Erben (§ 2149). Aus denselben Gründen, aus denen die Festlegung der Erbschaft durch den Erblasser im Weg der Anordnung von Nacherbschaften an zeitliche Schranken gebunden ist, sind auch den Vermächtnissen zeitliche Grenzen gezogen (§§ 2162/63).

III. Bei der Anordnung des Vermächtnisses kommen neben dem Erblasser, der es anordnet, der Bedachte oder der Vermächtnisnehmer und der Beschwerte oder Belastete in Betracht¹¹. Von diesen Personen ist zu sagen: Nach unserem geltenden Recht kann mit Vermächtnissen nur der Erbe und ein Vermächtnisnehmer be-

¹ §§ 1939, 1941 I. Über die Mehrdeutigkeit des Wortes Vermächtnis vgl. PLANCK V, Bem. 1 vor § 2147; STROHAL I, § 29 I. Wenn hiernach das Wort sowohl die Verfügung wie ihre Rechtsfolge bezeichnet, so hat sie das mit der „Zuwendung“ gemein.

² Im näheren DERNBURG § 63 I. ³ § 1939, DERNBURG a. a. O.; KIPP § 101 III.

⁴ Im quantitativen Sinne. Vgl. DERNBURG § 62 II 1. ⁵ § 2174. ⁶ § 1940.

⁷ Was freilich eine bloße Auslegungsfrage ist. Über den Satz „positus in condicione non est positus in dispositionibus“ vgl. oben § 7 IV S. 24 N. 2.

⁸ DERNBURG § 63 II 4 und dort Genannte.

⁹ KIPP § 101 III a. E. ¹⁰ Oben § 28.

¹¹ Vgl. zum Folgenden: DERNBURG §§ 65, 66; STROHAL I, § 29; KIPP §§ 102—104.

lastet werden (§ 2147), und unter den Erben sowohl der gesetzliche wie der Testaments- und Vertragserbe, der Vor- wie der Nacherbe. In Ermangelung näherer Bestimmung darüber, wer von den beiden letzteren ein Vermächtnis zu tragen hat, ist es als eine Last der Erbschaft anzusehen. Daher ist es vom Vorerben zu entrichten, aber dem Nacherben in Rechnung zu stellen. Der Vermächtnisnehmer kann mit sogenannten Untervermächtnissen belastet werden¹. Ebenso der auf den Todesfall Beschenkte, sofern die Schenkung nicht unter Lebenden vollzogen worden ist. Denn in diesem Fall steht der Beschenkte einem Vermächtnisnehmer gleich². Hat der Erblasser die Person des Beschenkten nicht genannt, so gilt der Erbe als belastet (§ 2147)³. — Das römische Recht ist von seiner älteren Auffassung, wonach das Vermächtnis die Person des Erben als solche und nicht den Nachlaß belastete, nur langsam und stückweise abgegangen. Diese Auffassung ist dem modernen Rechte fremd⁴. Nach dem Gesetzbuch erlischt vielmehr das Vermächtnis im Zweifel nicht mit dem Wegfall des Belasteten (§ 2161). An seine Stelle tritt vielmehr derjenige, dem sein Wegfall unmittelbar zustatten kommt. Fällt also der mit einem Untervermächtnis belastete Vermächtnisnehmer weg, so hat es im Zweifel der Erbe zu tragen. Fallen die Testamentserben weg, so hat es im Zweifel der gesetzliche Erbe zu tragen. Dies sind indessen bloße Auslegungsregeln⁵. — Fähig, mit einem Vermächtnis bedacht zu werden, ist jede erbfähige Person. Und zwar braucht sie nicht, wie der Erbe, zur Zeit des Erbfalls bereits vorhanden zu sein. Aber das Vermächtnis ist unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt oder, falls er eine juristische Person war, die Rechtsfähigkeit verloren hat (§ 2160)⁶. Für diesen Fall kann das Vermächtnis einem anderen zugewendet sein; wir sprechen dann von Ersatzvermächtnis. Die Regeln für die Ersatzerbschaft sind auf diesen Fall entsprechend anzuwenden (§ 2190). Vor allem gilt auch die gesetzliche Vermutung der §§ 2068/69 dafür, daß die Abkömmlinge des Bedachten als Ersatzlegatäre an seine Stelle treten sollen. Über das „Nachvermächtnis“ vgl. § 2191; über das Vorausvermächtnis § 2150^{7, 8}.

IV. Über den Erwerb des Vermächtnisses⁹ ist folgendes zu sagen: Nach römischem Recht bildete der Erwerb der Erbschaft durch den Erben die notwendige Voraussetzung der Geltung aller letztwilligen Verfügungen, was damit zusammenhängt, daß sie als gesetzgeberische Befehle an diesen Erben auftraten. Die Folge war, daß Vermächtnisse nicht vor dem Erbschaftsantritt erworben werden konnten. Mit diesem Zeitpunkt fiel daher grundsätzlich das Vermächtnis an (dies legati venit). Jedoch nahm die Jurisprudenz aus praktischen Gründen an, daß mit dem Erbfall

¹ Über den Vertragsvermächtnisnehmer §§ 2289, 2291; KIPP § 102 I 2; über die sog. gesetzlichen Vermächtnisnehmer als Belastete KIPP, ebenda N. 2.

² Oben § 15 IV.

³ Über den Vertrag auf Leistung an einen Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers vgl. KIPP § 102 I 3 bei N. 3 und dort Genannte.

⁴ DERNBURG § 65 V.

⁵ Sind nach dem Gesagten mehrere Erben belastet, so sind sie im Zweifel nach Verhältnis ihrer Erbteile belastet, § 2148. Aber das gilt nur für das Innenverhältnis. Gegenüber dem Bedachten begründet das Vermächtnis vielmehr eine gemeinsame Nachlaßverbindlichkeit, für die die Erben gemäß § 2058 als Gesamtschuldner haften. PLANCK V, Bem. 2 zu § 2147; KIPP § 102 II.

⁶ KIPP § 103 I und II.

⁷ Hiernach gilt es auch insoweit, als der bedachte Erbe selbst beschwert ist, als Vermächtnis. Der Grundsatz des römischen Rechts: „heredi a semet ipso legari non potest“ ist damit aufgehoben. Vgl. unten VI.

⁸ STROHAL I, § 31; DERNBURG §§ 68ff.; KIPP § 110: unten VI F.

⁹ Die Vorschrift des § 2065, wonach eine letztwillige Verfügung nichtig ist, wenn über ihre Geltung ein anderer bestimmen soll (oben § 7 III), gilt an sich auch, allgemein wie sie lautet, für Vermächtnisse. Aber ohne Einschränkungen gilt sie überhaupt nur für die Erbeinsetzung, und bei Vermächtnissen wird sie besonders beschränkt durch die Vorschriften der §§ 2151—2156. Vgl. dazu DERNBURG § 67 II; KIPP § 105.

für den Bedachten bereits eine unentziehbare und vererbliche Anwartschaft auf das Vermächtnis entstanden sei, eine Rechtsfigur, die dem römischen Recht, von diesem Fall abgesehen, fremd geblieben ist (dies *legati cedit*)¹. Infolgedessen konnten es nunmehr auch die Erben des Bedachten erwerben, wenn der Belastete den Erbschaftsantritt verzögerte. Dagegen ist nach unserem Recht der Erwerb des Vermächtnisanspruchs unabhängig von dem Erwerb der Erbschaft durch den, der nach dem Wortlaut der Verfügung als der Belastete erscheint². Der Vermächtnisnehmer erwirbt das Vermächtnis unmittelbar mit dem Tode des Erblassers (§ 2176). Und zwar ohne weiteres, ohne sein Wissen und Wollen, jedoch mit dem Rechte der Ausschlagung (§ 2176); und daher ist sein Recht auch von diesem Zeitpunkt an vererblich^{3, 4}.

V. Der Vermächtnisnehmer hat nach dem BGB. im Gegensatz zum römischen Recht ausschließlich einen persönlichen Anspruch gegen den Beschwerten auf Erfüllung der Zuwendung⁵. Die diesem gegenüberstehende Schuld ist eine Nachlaßverbindlichkeit und unterliegt als solche teils schuldrechtlichen, teils erbrechtlichen Vorschriften. Aber sie ist Nachlaßverbindlichkeit natürlich nur dann, wenn der Erbe und nicht, wenn ein Vermächtnisnehmer damit belastet ist. Und sie ist eine Nachlaßverbindlichkeit besonderer Art (vgl. die §§ 1967 II, 1972—1974, 1991/92)⁶. Vor allem kann der Belastete beim Gerichtsstand der Erbschaft auf Erfüllung des Vermächtnisses verklagt werden (ZPO. § 27)⁷. Wenn sich der Vermächtnisanspruch auch in der Regel gegen den Erben richtet, so kann doch seine Geltendmachung möglicherweise gegen den Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker erfolgen⁸. Der Vermächtnisnehmer kann seinen Anspruch auch im Konkurs über den Nachlaß anmelden⁹. Den Nachlaßkonkurs selbst kann er nur dann beantragen, wenn über das eigene Vermögen des Erben der Konkurs eröffnet ist (KO. § 219). Denn als zurückgesetztem Nachlaßgläubiger haftet ihm von vornherein nur der Überschuß des Nachlasses, so daß ihm das Interesse an der Durchführung des Konkurses fehlt. Diese Zurücksetzung des Vermächtnisses hinter andere Forderungen an den Nachlaß ist zwar im Gesetzbuch nicht ausdrücklich ausgesprochen, kommt aber doch zweifellos in einzelnen Vorschriften zum Ausdruck. Neben den Bestimmungen über die Behandlung des Vermächtnisses im Nachlaßkonkurs beruht auf diesem Gedanken die Vorschrift, daß der Erbe die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen so zu berichtigen hat, wie sie im Fall des Konkurses zur Befriedigung kommen würden (§ 1991 II). Wird ferner der Erbe von einem Vermächtnisnehmer auf Leistung belangt, so kann er, wenn der Nachlaß überschuldet ist, aber diese Überschuldung ausschließlich auf Vermächtnissen beruht, statt zu leisten, dem Kläger den vorhandenen Nachlaßüberschuß zum Zweck der Befriedigung nach den Vor-

¹ DERNBURG, Pand. III, § 107; KIPP § 110 I.

² Oben bei N. 1.

³ Gewisse Einschränkungen sind gleichwohl unerläßlich. Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht einmal erzeugte Person bedacht, so erfolgt der Anfall erst mit der Geburt des Bedachten (§ 2178). War er dagegen zur Zeit des Erbfalls zwar noch nicht geboren, aber doch erzeugt, so wird § 1923 II entsprechend anzuwenden sein. Nicht unmittelbar; denn er bezieht sich an sich nur auf die Erbfolge (abw. STROHAL I, § 31 N. 4; DERNBURG § 68 III 1a. Anders auch KIPP § 110 II 4). — Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht rechtsfähige Korporation oder Stiftung bedacht, so fällt ihr das Vermächtnis mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit an; vgl. im näheren BGB. § 84 und KIPP § 110 II 3; aber auch das oben § 5 III und Anm. 2 Gesagte. Das aufschiebend bedingte Vermächtnis fällt erst mit Eintritt der Bedingung an § 2177; daher muß der Bedachte diesen Zeitpunkt erleben, § 2074. Über die Anwendbarkeit der §§ 160, 162 auf die Zwischenzeit vgl. § 2179; RG. bei SEUFFERT 75, S. 291; KIPP § 110 II 2; LEONHARD zu § 2179.

⁴ Die einmal abgegebene Erklärung ist nach § 2180 I unwiderruflich. Sie ist an keine Form gebunden, aber empfangsbedürftig; sie muß daher gegenüber dem Beschwerten erklärt werden und diesem zugeben. Im näheren DERNBURG § 69 II 6, 7. Bedingte oder befristete Erklärung ist unwirksam, § 2180 II. Über Anfechtung der Erklärung vgl. die §§ 119 ff. und 2308. Anwachsung beim Wegfall eines von mehreren Bedachten: §§ 2158, 2159.

⁵ § 2174.

⁶ Vgl. oben § 27 I B.; IV C.

⁷ § 2147.

⁸ §§ 1958 ff., 1972, 2213.

⁹ KO. § 226⁵.

schriften über die Zwangsvollstreckung herausgeben oder die Herausgabe durch Zahlung des Wertes der vorhandenen Nachlaßgegenstände abwenden (§ 1992). Der Anspruch eines Nachvermächtnisnehmers richtet sich nicht gegen den Erben, sondern gegen den Vorvermächtnisnehmer (§ 2191 I). Der erstere ist daher am Nachlaßkonkurs überhaupt nicht beteiligt. Im Konkurs des Vorvermächtnisnehmers ist er einfacher Konkursgläubiger. Der belastete Vermächtnisnehmer ist den Nachvermächtnisnehmern zur Erfüllung erst dann verpflichtet, wenn er selbst die Erfüllung des ihm zugewandten Vermächtnisses verlangen kann (§ 2186). Die Haftung des Vorvermächtnisnehmers beschränkt sich auf das, was er selbst aus dem Nachlaß erhält. Diese Beschränkung muß durch Einrede geltend gemacht werden (§ 2187). Und auf sie finden die für die beschränkte Haftung des Erben geltenden Vorschriften Anwendung. Es bedarf also insbesondere des Vorbehalts der beschränkten Haftung im Urteil gegen den Vermächtnisnehmer (ZPO. § 786)¹. Aber freilich besteht eine Verschiedenheit dieser Haftung von der beschränkten Haftung des Erben insofern, als der Vermächtnisnehmer, weil er nicht Erbe ist, die beschränkte Haftung nicht verirken kann. Wird das Vermächtnis des Vorvermächtnisnehmers gekürzt, z. B. infolge der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs oder der beschränkten Haftung des Erben, so ist er berechtigt, auch das Untervermächtnis entsprechend zu kürzen, auch wenn der ihm verbliebene Rest zu seiner Erfüllung ausreichen würde (§§ 2188f.). — Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht hat der Erbe gegenüber dem Vermächtnisnehmer keinen Anspruch darauf, daß ihm ein Teil des Nachlasses frei von Belastungen und Beschwerden verbleibe; das BGB. kennt die quarta Falcidia nicht mehr².

VI. Gegenstand des Vermächtnisses kann alles sein, was für den Bedachten unmittelbar oder mittelbar einen Vermögenswert bedeutet³. Nicht erforderlich ist also, daß der Gegenstand selbst einen Vermögenswert darstellt; vielmehr genügt es, daß er für Geld regelmäßig beschaffbar ist. Z. B. die Leistung persönlicher Dienste, die das Vermögen nicht vermehren (vgl. § 1939)⁴. In diesem Begriff des Vermächtnisgegenstandes liegt zugleich, daß der Gegenstand nicht zum Nachlaß oder zum Eigenvermögen des Erben gehören muß, so daß auch eine fremde oder noch nicht existierende Sache vermacht werden kann, soweit sich nicht aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung etwas anderes ergibt (vgl. unten VII). Auf die Bestimmung des Vermächtnisgegenstandes findet grundsätzlich die für letztwillige Verfügungen überhaupt geltende Vorschrift Anwendung, daß der Testator sie selbst zu treffen hat (§ 2065 S. 2)⁵; doch erfährt dieser Grundsatz beim Vermächtnis gewisse Einschränkungen. Der Testator kann nämlich ein Wahlvermächtnis in der Weise errichten, daß die Wahl des Gegenstandes dem Vermächtnisnehmer oder dem Beschwerten oder auch einem Dritten überlassen wird (§ 2154); er kann sich darauf beschränken, den Gegenstand des Vermächtnisses nur der Gattung nach zu bestimmen (§ 2155); er kann endlich sich darauf beschränken, nur den von ihm gewollten Zweck zu bestimmen, während er die Bestimmung der Leistung selbst, die diesem Zwecke dienen soll, dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überläßt (§ 2156). Im näheren ist über die verschiedenen möglichen Gegenstände des Vermächtnisses zu bemerken:

A. Vermächtnis von zum Nachlaß gehörenden bestimmten Gegenständen.

1. Ist ein zum Nachlaß gehörender Gegenstand zu leisten, so ist er in der Regel

¹ Vgl. BGB. § 2187, ZPO. § 780.

² Vgl. im näheren DERNBURG § 74. Die Beseitigung der Quarta hängt damit zusammen, daß die Vermächtnisnehmer die Ausschlagung der Erbschaft und die Erblosigkeit des Nachlasses nicht noch zu fürchten brauchen. Vgl. Mot. V, S. 204ff.; LEONHARD II C zu § 2147.

³ § 1939. Vgl. dazu STROHAL I, §§ 32—37a; DERNBURG §§ 75—85; KIPP §§ 105—109.

⁴ Vgl. DERNBURG § 75 I; KIPP § 105 I; HERZFELDER II vor § 2147. Über die interessante Entscheidung des Reichsgerichts im „Recht“ 1908 N. 90 s. KIPP § 105 N. 6.

⁵ KIPP § 105 II.

so zu leisten, wie er tatsächlich und rechtlich beschaffen ist¹. Der Beschwerte haftet jedoch vom Erbfall an für schuldhaft Vernichtung oder Verschlechterung. Der Umfang des vermachten Gegenstandes — Zubehör, Früchte, Nutzungen usw. — ist dabei Auslegungsfrage².

2. Im Zweifel erstreckt sich jedoch das Vermächtnis einer Sache auf das zur Zeit des Erbfalls — nicht der Errichtung des Vermächtnisses — vorhandene Zubehör³, sowie auf die dem Erblasser zustehenden Ansprüche auf Wertersatz⁴ wegen Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung des Gegenstandes gegen Dritte (§§ 2164 I und II).

3. Steht dem Erblasser in bezug auf den vermachten Gegenstand ein Anspruch auf Leistung oder, falls der Gegenstand nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangen oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Wertersatz zu, so gilt im Zweifel dieser Anspruch als vermacht (§ 2169 III)⁵.

4. Ist der vermachte Gegenstand mit dem Rechte eines Dritten belastet, so kann der Vermächtnisnehmer die Beseitigung dieses Rechtes vom Beschwerten im Zweifel nicht verlangen (§ 2165 I 1)⁶. Wenn jedoch der Erblasser einen Anspruch gegen einen Dritten auf Beseitigung dieses Rechtes hatte, so gilt im Zweifel dieser Anspruch als mitvermacht (§ 2165 I 2). Besonderes gilt in bezug auf die auf dem vermachten Grundstück ruhenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (§§ 2166 bis 2168), Vorschriften, die in dem Gedanken begründet sind, es werde in der Regel dem Willen des Testators entsprechen, daß der Bedachte diese Grundstücksbelastungen tragen solle⁷. Nach der Auslegungsregel des Gesetzes (§ 2166) soll nämlich der Vermächtnisnehmer dem Erben verpflichtet sein, den Gläubiger insoweit zu befriedigen, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird⁸. Ist dagegen ein Dritter dem Erblasser zur Berichtigung der Schuld verpflichtet, so soll diese Verpflichtung des Bedachten nur insoweit bestehen, als der Erbe die Berichtigung nicht von dem Dritten erlangen kann⁹. Steht das der Belastung entsprechende Recht dem Erblasser selbst zu, so läßt das Gesetz bewußt die Frage offen, ob das Grundstückspfandrecht als mitvermacht zu gelten hat, so daß der Auslegung keine Richtung gewiesen wird (§ 2165)¹⁰.

5. Das Vermächtnis erstreckt sich auf Rechte, die mit dem Eigentum am vermachten Grundstück verbunden sind, weil sie als Bestandteile des Grundstücks gelten (§ 96)¹¹.

¹ DERNBURG § 76 II. Der Bedachte hat daher grundsätzlich weder Ansprüche wegen Mängel im Recht noch wegen Sachmängel. Vgl. aber unten S. 117.

² Dabei ist auf den Sprachgebrauch des Erblassers Gewicht zu legen und davon auszugehen, daß die Zuwendung vernünftige Zwecke ermöglichen will. Im näheren DERNBURG § 76 III. Vgl. auch KIPP § 106.

³ Fehlt Zubehör, so gilt es nicht als mitvermacht, auch wenn es zur sachgemäßen Benutzung der vermachten Sache erforderlich wäre: DERNBURG § 76 N. 5. Indessen ist auch das eine Auslegungsfrage.

⁴ Nicht darüber hinaus auf Schadenersatz; KIPP § 106 II. — Wenn nach dem Erbfall ein solcher Anspruch entsteht, so hat ihn der Erbe schon nach § 281 abzutreten; vgl. auch § 2184 und KIPP a. a. O.

⁵ DERNBURG § 77 II a. Z. B. Ansprüche aus Enteignung, Bearbeitung (§ 951), Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber nach § 816.

⁶ Auch dies ist eine bloße Auslegungsregel; DERNBURG § 68 II. Die Umstände können das Gegenteil ergeben. Vgl. auch RG. bei WARNEYER VI, S. 297; KIPP § 106 N. 5.

⁷ Vgl. DERNBURG § 78 III; KIPP § 106 III.

⁸ Für Höchsthypotheken gilt das nicht; § 2166 III.

⁹ Über den Fall, daß das vermachte Grundstück mit einer Gesamthypothek beachtet ist, vgl. § 2167, DERNBURG a. a. O.; über Gesamtgrundschulden § 2168, KIPP § 106 III.

¹⁰ „... ist aus den Umständen zu entnehmen“. In der Regel wird, wie auch DERNBURG zu dieser im preußischen Recht sehr umstrittenen Frage bemerkt — § 78 IV und N. 12 —, sie zu verneinen sein.

¹¹ KIPP § 106 IV.

6. Mit dem vermachten Gegenstand hat der Beschwerte auch die Früchte herauszugeben, die er nach dem Anfall des Vermächtnisses gezogen hat, sowie alles, was er auf Grund eines vermachten Rechtes erworben hat (im näheren § 2184). Hat er aber Gebrauchsvorteile von der Sache gezogen, so braucht er dafür keine Vergütung zu leisten. Für nicht gezogene Früchte hat er keinen Ersatz zu leisten¹.

7. Ist eine Sache vermacht und hat der Beschwerte nach dem Erbfall Verwendungen auf sie oder Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten, die auf der Sache ruhen, gemacht, so kann er Ersatz nach den Vorschriften über den Ersatzanspruch des Besitzers gegenüber dem Eigentümer verlangen (§ 2185)².

8. Das Vermächtnis kann den Beschwerten auch zur Bestellung eines Rechtes an einem Nachlaßgegenstand verpflichten. Auch dann liegt ein Vermächtnis eines bestimmten Nachlaßgegenstandes vor³. Z. B. das Vermächtnis eines Nießbrauchs an einzelnen Nachlaßgegenständen oder am Nachlaß überhaupt. Ebenso das Schuldbefreiungsvermächtnis, das die Aufhebung eines zum Nachlaß gehörenden Forderungsrechtes gegen den Bedachten zum Gegenstande hat. Der Beschwerte ist hier zur Aufhebung, dort zur Bestellung des Rechtes verpflichtet (Arg. § 2174)⁴.

9. Das Vermächtnis kann auch einen Inbegriff von Sachen oder von Sachen und Rechten, die zum Nachlaß gehören, zum Gegenstand haben⁵. Z. B. die Bibliothek des Erblassers, sein Handelsvermögen⁶. Was dann als vermacht zu gelten hat, ist eine Auslegungsfrage, die die Zweckeinheit solcher Inbegriffe im Auge zu behalten hat. Vor allem wird sich nach diesem Gesichtspunkt die Frage beantworten, ob die an die Stelle von Bestandteilen dieser Inbegriffe tretenden Surrogate als mitvermacht zu gelten haben⁷. Die Leistung des Vermächtnisses aber erfolgt nach dem im BGB. durchgeführten individualistischen Prinzip durch Übertragung der einzelnen zum Inbegriff gehörenden Gegenstände nach den hierfür geltenden Vorschriften⁸. — Auch die Bestellung eines Rechts an solchem Inbegriff kann Gegenstand des Vermächtnisses sein (z. B. die Bestellung eines Nießbrauchs am Nachlaß oder an einer dem Testator angefallenen Erbschaft). Auch hier wird das Vermächtnis erfüllt durch Bestellung des Rechtes an den einzelnen Vermögensbestandteilen in den für sie vorgeschriebenen Formen⁹.

B. Sind Gegenstände, die nicht zum Nachlaß gehören, vermacht¹⁰, so hat die Auffassung einen Sinn, daß der Erblasser dem Bedachten jedenfalls ihren Wert zugewendet wissen wollte. Dann müßte der Beschwerte mindestens zu dieser Leistung verpflichtet sein. Aber schon das römische Recht behandelte das Vermächtnis einer dem Testator fremden Sache als ungültig, und das BGB. schließt sich ihm an. Denn hier bleibt die Willensauslegung an der Frage hängen, ob der Testator, wenn er gewußt hätte, daß ihm die Sache nicht gehöre, über sie überhaupt verfügt hätte¹¹. Deshalb erklärt § 2169 das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, für unwirksam, sofern der Erblasser nicht in erkennbarer Weise das Vermächtnis auch für den Fall errichtet hat, daß der Gegenstand nicht zu seiner Erbschaft gehöre. Maßgebend für die Frage der Gültigkeit des Vermächtnisses ist also der Zeitpunkt nicht der Testamentserrichtung, sondern des Erbfalls¹². Das Vermächtnis ist gültig, wenn der Gegenstand

¹ KIPP a. a. O. V. Anders vom Beginn der Rechtshängigkeit an.

² KIPP § 106 VII; DERNBURG § 78 I und II.

³ Insofern das zu bestellende Recht der Substanz nach in dem zu beschränkenden Recht vorhanden war. Vgl. KIPP § 106 VIII.

⁴ KIPP § 106 IX. ⁵ DERNBURG § 79; KIPP § 106 X.

⁶ Über das Vermächtnis des Handelsgeschäftes vgl. HGB. § 22; STROHAL I. S. 257 f.

⁷ DERNBURG a. a. O.; KIPP a. a. O. zu N. II.

⁸ Arg. § 1085 BGB. Vgl. auch KIPP § 106 zu N. 9 und die dort Genannten.

⁹ Über das Vermächtnis eines Behältnisses vgl. DERNBURG § 79 V.

¹⁰ Darüber STROHAL I. § 34; DERNBURG § 80; KIPP § 107.

¹¹ Vgl. § 4 I. de leg. II, 20.

¹² Ebenso wie in der Frage der Unmöglichkeit; s. unten VII.

zwar noch nicht zur Zeit der Errichtung der Verfügung, aber doch zur Zeit des Erbfalls dazu gehörte, und unwirksam, wenn er zwar im erstgenannten Zeitpunkt, aber nicht mehr beim Erbfall zur Erbschaft gehört¹. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Gegenstand durch Veräußerung des Erblassers aus seinem Vermögen ausgeschieden oder ihm gegen seinen Willen entzogen worden ist. Ob aber etwa an der Stelle des vermachten Gegenstandes seine Surrogate als vermacht anzusehen sind, ist Auslegungsfrage². Jedenfalls gilt aber der Besitz der vermachten Sache als vermacht, wenn sie im Besitz des Erblassers gestanden hatte, es sei denn, daß er dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewähren würde (§ 2169 I und II). Gehörte die Sache zwar nicht dem Erblasser, hatte er aber einen Anspruch auf Leistung des Gegenstandes, so gilt dieser Anspruch als vermacht (§ 2169 III). Hatte endlich der Erblasser einen nach Anordnung des Vermächtnisses entstandenen Anspruch auf Wertersatz wegen Entziehung oder Zerstörung des Gegenstandes, so gilt dieser als vermacht. War dagegen die Sache schon vor der Errichtung des Vermächtnisses dem Erblasser entzogen oder zerstört worden, so gilt dasselbe wie vom Vermächtnis einer fremden oder nicht existierenden Sache. Indessen sind dies alles bloße Auslegungsvorschriften, die durch die besonderen Umstände des Falles entkräftet werden können. Vor allem gelten sie dann nicht, wenn der Erblasser bei der Errichtung des Testamentes wußte, daß der vermachte Gegenstand nicht zu seinem Vermögen gehöre (sog. Verschaffungsvermächtnis, § 2170)³. Dann nämlich ist der Belastete verpflichtet, dem Bedachten den vermachten Gegenstand zu verschaffen; also z. B. ihn von dem dritten Eigentümer zu kaufen und dem Vermächtnisnehmer zu übereignen. Kann er das nicht, so hat er Wertersatz zu leisten; zum Schadensersatz ist er dagegen nicht verpflichtet⁴. Ist die Verschaffung zwar möglich, aber nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen, so kann er sich durch Ersatz des Wertes befreien⁵. Im näheren steht diese Verschaffungspflicht unter den Regeln des Kaufrechts; jedoch mit Ausnahme der Vorschriften über die Haftung für Sachmängel. Der Beschwerte haftet daher für Mängel im Rechte, jedoch insofern weniger streng als der Verkäufer, als seine Kenntnis vom Rechtsmangel seine Haftung nicht steigert. Er hatte ja die Verschaffung nicht versprochen, sondern sie war ihm auferlegt worden. (Im näheren §§ 2182 II, 2170.) Daß er für Verschulden haftet, folgt schon aus den allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts. — Über das Vermächtnis einer dem Beschwerten selbst gehörenden Sache schweigt sich das GB. aus. Es wird daher unter § 2169 fallen müssen; regelmäßig wird aber anzunehmen sein, daß es der Erblasser auch für diesen Fall errichten wollte⁶.

C. Besonderheiten gelten auch bei einem Vermächtnis, dessen Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, ohne Beschränkung auf die vorhandenen Nachlaßgegenstände⁷. Hier ist es zunächst eine Auslegungsfrage, ob es sich nicht doch nach der Meinung des Testators auf die im Nachlaß vorhandenen Stücke der Gattung

¹ DERNBURG a. a. O. I 1.

² DERNBURG a. a. O. bei N. 2.

³ Vgl. DERNBURG § 80 III; KIPP § 107 II.

⁴ KIPP a. a. O. Z. I. Geht der vermachte Gegenstand unter, nachdem sich die Verpflichtung auf den Ersatz des Wertes gerichtet hatte, so soll das nach DERNBURG § 80 N. 9 nichts mehr an seiner Verpflichtung zum Wertersatz ändern. Aber das „Außerstandesein“ bedeutet keine Unmöglichkeit der Leistung, sondern bloßes Unvermögen und ändert nichts an dem Inhalt der Verpflichtung. M. E. liegt eine sog. alternative Ermächtigung des Vermächtnisnehmers vor, so daß dieser durch den Untergang der geschuldeten Sache befreit wird (vgl. ENNECCERUS I, 2 § 244 zu N. 3).

⁵ Alternative Ermächtigung des Schuldners.

⁶ STROHAL I, S. 230; DERNBURG V (§ 80). — Ebenso schweigt das Gesetz über das Vermächtnis einer Sache, die bereits dem Bedachten gehört. Es wird in der Regel unwirksam sein, da es dem Bedachten keinen Vermögensvorteil gewährt. Aber es ist möglich, daß als wahrer Gegenstand der Zuwendung der dem Vermächtnisnehmer fehlende Besitz der Sache oder die ihm durch ein entgegenstehendes Recht entzogene Nutzung und dergleichen mehr anzusehen ist. Vgl. §§ 2084, 2169 II.

⁷ Dazu STROHAL I, § 35; DERNBURG § 81; KIPP § 108.

beschränken soll¹. Das ist indessen jedenfalls beim Vermächtnis einer Geldsumme nicht anzunehmen. Für solche Geldsummenvermächtnisse gelten die Vorschriften über Geldschulden. In bezug auf andere Gattungsvermächtnisse schreibt das BGB. vor, daß eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten ist, also nicht, wie bei der Gattungsschuld im allgemeinen, eine Sache von mittlerer Art und Güte². Die Bestimmung der zu leistenden Sache kann vom Erblasser dem Bedachten oder einem Dritten übertragen sein; dann gelten entsprechend die für das Wahlvermächtnis geltenden Vorschriften (§ 2155). Entspricht die von der berechtigten Person getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so hat der Beschwerte so zu leisten, wie wenn der Erblasser keine Anordnung über die Bestimmung getroffen hätte (§ 2155 III). Auch beim Gattungsvermächtnis haftet der Beschwerte dem Bedachten grundsätzlich wie ein Verkäufer (§§ 2182/83).

D. Auch das Wahlvermächtnis wird vom BGB. für zulässig erklärt (§ 2154), und zwar ohne Unterschied, ob die wahlweise vermachten Gegenstände zum Nachlaß gehören oder nicht, und ob sie individuell oder nach Gattungsmerkmalen bestimmt sind³. Es begründet ein alternatives Schuldverhältnis, auf das im allgemeinen die Vorschriften des Schuldrechts Anwendung finden (§§ 262—265). Infolgedessen hat grundsätzlich der Beschwerte die Wahl (§ 262). Ebenso gilt auch hier der Satz, daß sich bei Unmöglichkeit der einen Leistung das Schuldverhältnis auf die andere Leistung beschränkt (§ 265). Aber da beim Vermächtnis sich der Anspruch des Bedachten auf Ansprüche erstreckt, die dem Erblasser wegen Zerstörung oder Entziehung des vermachten Gegenstandes erwachsen sind⁴, so wird jener Satz hier nur beschränkte Geltung haben⁵. Eine Besonderheit gilt auch insofern, als der Testator die Wahl einem Dritten übertragen kann (§§ 2154 mit 2065 II). Der Dritte hat dann die Wahlerklärung an den Beschwerten zu richten. Kann er die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über.

E. Auch Forderungsrechte können Gegenstand eines Vermächtnisses sein⁶. Und zwar in verschiedener Weise. Das römische Recht unterschied drei Arten von Forderungsvermächtnissen: die Zuwendung einer bestehenden Forderung aus dem Nachlaß an den Vermächtnisnehmer, die Befreiung des Schuldners von der Schuld durch Vermächtnis und das Vermächtnis der Erfüllung einer Verbindlichkeit an den Gläubiger⁷. Das BGB. erwähnt nur den ersten Fall, wobei es Forderungen an Dritte und solche an den Erben unterscheidet (§§ 2173, 2175). Aber natürlich sind auch die anderen Fälle denkbar, und vor allem auch das Vermächtnis einer dem Erben oder einem Dritten gegen einen anderen zustehenden Forderung oder erst künftig entstehender Forderungen. Wird, was häufig vorkommt, eine Schuldurkunde vermacht, z. B. ein Schuldschein oder ein Sparkassenbuch, so wird das als Vermächtnis der verbrieften Forderung aufzufassen sein⁸. Da nach dem Rechte des BGB. das Vermächtnis immer nur einen Anspruch gegen den Beschwerten begründet, so geht die vermachte Forderung nicht von selbst auf den Bedachten über, sondern nur durch Abtretung seitens des Berechtigten. Steht sie daher einem Dritten zu, so muß der Beschwerte sie erst erwerben, um sie selbst abtreten zu können, oder den Gläubiger zur Abtretung veranlassen. Dem vermutlichen Willen des Erblassers

¹ DERNBURG a. a. O. I. Auch in diesem Fall liegt eine Gattungsschuld vor; vgl. KISCH, Gattungsschuld und Wahlschuld 1912. Ob dabei § 2155 I entsprechend anzuwenden ist, ist m. E. Auslegungsfrage.

² DERNBURG III, 3; KIPP II a. a. O.

³ BGB. § 2154; KIPP § 105 II 1; DERNBURG § 81 IV; STROHAL I. § 36.

⁴ § 2169; s. oben A 9. ⁵ STROHAL I, S. 251 N. I; DERNBURG § 81 zu N. 5.

⁶ Vgl. STROHAL I, § 37; DERNBURG § 83; KIPP § 105 IV—VII.

⁷ *Legatum nominis, liberatiomis und debiti*. Vgl. dazu DERNBURG, Pand. III, § 112; Erbrecht, § 83 I.

⁸ DERNBURG § 83 II a. E.

wird es entsprechen, daß sich das Vermächtnis auf die seit dem Erbfall angefallenen Zinsen erstreckt (§ 2184), und daß die Rechte aus Sicherheiten (Bürgschaften und Pfandrechte) als mitvermacht anzusehen sind¹. Eine ausdrückliche Vorschrift giebt das Gesetz nur für den Fall, daß die zugewandte Forderung schon vor dem Erbfall durch Erfüllung getilgt war. Für die Beurteilung dieses Vermächtnisses genügt offenbar nicht der formale Gesichtspunkt, daß die Leistung dadurch unmöglich geworden ist, da doch vermutlich eine Zuwendung an den Bedachten beabsichtigt ist. Deshalb soll im Zweifel angenommen werden, daß, wenn der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, er an die Stelle der Forderung getreten ist, und wenn eine Geldforderung in Frage steht, soll der Geldbetrag als vermacht gelten, auch wenn er sich nicht mehr im Nachlaß befindet (§ 2173). Hat der Erbe die Forderung nach dem Erbfall eingezogen, so hat er dem Vermächtnisnehmer die eingezogene Summe herauszugeben. — Das Schuldbefreiungsvermächtnis hat die Befreiung des Bedachten von einer bestehenden Schuld zum Gegenstand, deren Gläubiger der Erblasser, der Erbe oder ein Dritter sein kann. Bestand die Schuld zur Zeit des Erbfalls nicht, so ist das Vermächtnis unwirksam, es sei denn, daß es als auf den Vermögenswert der Leistung gerichtet zu denken ist. Auch dieses Vermächtnis gewährt dem Bedachten nur einen Anspruch, nämlich auf Befreiung, nicht unmittelbar diese selbst (§ 2174). Man wird jedoch annehmen dürfen, daß es auch eine Einrede gegen die Forderung gewährt, die dann auch über die Verjährung des Anspruchs (aus dem Vermächtnis) hinaus wirksam bleibt². Vermacht der Erblasser endlich seinem Gläubiger das, was er ihm schuldig ist³, so ist das Vermächtnis nicht ungültig, sondern es wird anzunehmen sein, daß der Gläubiger zu seiner Forderung hinzu einen Anspruch aus dem Vermächtnis auf den geschuldeten Betrag erhält, der deshalb für ihn vorteilhaft sein kann, weil für ihn eine neue Verjährungsfrist läuft⁴. Hat der Erblasser vermacht, was der Bedachte von einem Dritten zu fordern hat, so hat der Beschwerte eine bürgenähnliche Stellung⁵.

F. Endlich mag noch das Vorausvermächtnis kurz behandelt werden⁶, d. h. die Einzelzuwendung des Erblassers an den einen oder den anderen seiner Testaments- oder Intestaterben. Dieser Fall ist von dem zu unterscheiden, daß der Erblasser bestimmt, gewisse Gegenstände seien einem Erben auf seinen Erbteil zuzuweisen; denn dabei handelt es sich nicht um ein Vermächtnis im technischen Sinn, sondern um eine Anordnung für die Auseinandersetzung. Diese Anordnung setzt daher voraus, daß derjenige, auf den sie sich bezieht, Erbe wird, was beim Vorausvermächtnis nicht der Fall ist. Das Vorausvermächtnis kann einem Miterben des Bedachten oder auch einem Vermächtnisnehmer auferlegt sein. Es ist aber auch möglich, daß es den Erben schlechthin auferlegt ist, und dies ist nach allgemeiner Regel dann anzunehmen, wenn der Belastete vom Erblasser nicht genannt ist. Dann ist die Erbengemeinschaft als solche und in ihr natürlich auch der Vorausvermächtnisnehmer belastet. Mit formaler Logik schlossen daraus die Römer, daß das Prälegat insoweit ungültig sei, da der Erbe nicht sein eigener Schuldner sein könne. Er erhielt daher das Vorausvermächtnis nur zum Teil als wirkliches Vermächtnis; den Rest behielt er als Erbe. Und dies führte zu absonderlichen Ergebnissen im Falle der Akkreszenz beim Wegfall von Mitvermächtnisnehmern. Diese Folgerungen hat schon das preußische Landrecht abgelehnt und das BGB. schließt sich ihm an, womit es nur die Konsequenz aus seiner Auffassung der Erbengemeinschaft als einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand zieht. Nach § 2150 gilt nämlich das

¹ DERNBURG a. a. O. II 3. ² STROHAL I, S. 254; DERNBURG § 83 III.

³ Vgl. DERNBURG § 83 IV; STROHAL I, S. 254f.; KIPP § 109 VII.

⁴ Die Frage ist sehr umstritten. Sie ist wesentlich eine Auslegungsfrage. Vgl. auch die Entsch. des Kammergerichts, EOLG. XII, S. 365.

⁵ DERNBURG § 83 a. E.

⁶ STROHAL I, S. 204ff.; DERNBURG § 84; KIPP § 103 III; vgl. oben III a. E.

Vorausvermächtnis auch insoweit als Vermächtnis, als der Bedachte damit beschwert ist. Er wird also in bezug auf das Vermächtnis ganz so behandelt, wie wenn er nicht Erbe, sondern ein bedachter Dritter wäre. Dies hat nichts Auffallendes, denn obwohl auch nach unserem Rechte der Satz gilt, daß niemand sein eigener Schuldner sein kann, wird auch der Miterbe, der Gläubiger oder Schuldner des Erblassers war, in dieser Eigenschaft so behandelt, als wenn er nicht Erbe wäre. Es muß eben die Gemeinschaftssphäre des Miterben von seiner Sondersphäre unterschieden werden. Das Vorausvermächtnis ist denn auch keineswegs eine bloße Akzession der Erbschaft, sondern eine selbständige Zuwendung, so daß sich Bedingungen und Beschränkungen, die der Erbeinsetzung zugefügt sind, keineswegs notwendig auf das Vermächtnis beziehen und die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung die des Vorausvermächtnisses nicht zur Folge hat. Schlägt der Bedachte die Erbschaft aus, so kann er doch das Vermächtnis annehmen und umgekehrt. Ist eine Nacherbfolge angeordnet, so hat der Nacherbe im Zweifel kein Recht auf die dem Vorerben zugewandten Vorausvermächtnisse, und ebensowenig der Erbschaftskäufer gegenüber dem Verkäufer (§§ 2110 II, 2373).

VII. Auf den Anspruch, der nach § 2174 durch das Vermächtnis begründet wird, finden neben den bereits genannten besonderen erbrechtlichen Vorschriften natürlich auch die des Schuldrechts Anwendung¹. Das gilt vor allem von den Vorschriften über die Gültigkeitsvoraussetzungen des Forderungsrechts. Während aber ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, wobei es, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt², soll nach § 2171 das auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vermächtnis nicht nichtig, sondern nur unwirksam sein, sofern die Unmöglichkeit zur Zeit nicht der Testamenterrichtung, sondern des Erbfalls besteht. Dieser praktisch bedeutungslose Wechsel in der Terminologie hängt mit der Verschiebung des Zeitpunkts zusammen, von dem aus die Unmöglichkeit beurteilt werden soll; denn eine erst zur Zeit des Erbfalls unmöglich gewordene Leistung hat nicht verhindern können, daß das Testament gültig errichtet worden ist. War daher das Vermächtnis schon zur Zeit seiner Anordnung auf eine unmögliche Leistung gerichtet, so müßte es an sich als nichtig bezeichnet werden. Die praktische Bedeutung der Regel aber ist die, daß durch sie die römische *regula Catoniana* außer Geltung gesetzt ist³, nach der die Gültigkeit des Vermächtnisses ausschließlich nach der Zeit seiner Errichtung beurteilt werden sollte, was nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes war, daß sich die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nach dem Zeitpunkt seiner Errichtung beurteilt. Das Vermächtnis ist also gültig geworden, wenn die Leistung zur Zeit des Erbfalls möglich geworden ist. Unmöglichen Leistungen aber stellt das Gesetz gesetzlich verbotene Leistungen gleich, so daß es auch für die Beurteilung ihrer Gültigkeit auf den Zeitpunkt des Erbfalls ankommt, was darin begründet ist, daß die Erlaubtheit und Unerlaubtheit durch die Gesetze zeitlich bedingt ist. Wenn es dagegen hier von dem Einfluß der Unsittlichkeit auf die Gültigkeit der Verfügung schweigt, so kann daraus nicht geschlossen werden, daß unsittliche Vermächtnisse gültig wären oder daß dafür der Zeitpunkt des Erbfalls nicht maßgebend sein sollte⁴; sie sind vielmehr als von Anfang an nichtig zu betrachten⁵, wobei die Frage, ob der Zeitpunkt der Testamenterrichtung oder der des Erbfalls entscheiden soll, keine Rolle spielen kann, wegen der über menschliche Satzung erhabenen, überzeitlichen Geltung des Sittengesetzes. — Nur allgemeinen Grundsätzen entspricht es, daß das Vermächtnis nicht unwirksam ist, wenn es aufschiebend bedingt oder befristet ist und zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins die Leistung möglich geworden oder

¹ Vgl. dazu STROHAL I, S. 224ff.; DERNBURG § 71; KIPP § 109; oben V.

² § 308 BGB. ³ Vgl. DERNBURG, Pand. III, S. 202; Erbrecht § 75 V.

⁴ Vgl. DERNBURG a. a. O.; KIPP § 109 I. ⁵ § 138 BGB.

das gesetzliche Verbot aufgehoben ist¹. Deshalb kann ein Vermächtnis auch unter der Bedingung des Möglich- oder Erlaubtwerdens errichtet werden. Zur Gültigkeit genügt es dann, wenn das Hindernis innerhalb der Frist weggefallen ist, innerhalb deren überhaupt der Anfall des Vermächtnisses erfolgen muß². Ist die geschuldete Leistung nachträglich unmöglich geworden, also z. B. die vermachte Sache untergegangen, so ist nach schuldrechtlichen Grundsätzen der Beschwerte befreit, es sei denn, daß er die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§ 275). Hat jedoch der Erblasser einen Anspruch auf Wertersatz gegen einen Dritten, so gilt nach dem bereits Gesagten³ dieser Anspruch als vermacht (§ 2169). Als unmöglich geworden gilt die Leistung auch dann, wenn die vermachte Sache so mit einer anderen verbunden, vermischt oder vermengt worden ist, daß sich das Eigentum an dieser auf sie erstreckt oder wenn die Sache so verarbeitet oder umgearbeitet worden ist, daß der Bearbeiter Eigentümer geworden ist (vgl. im näheren §§ 2171/72). Hat der Erblasser den Gegenstand veräußert, so ist das Vermächtnis im Zweifel unwirksam geworden; es kann aber unter Umständen als Verschaffungsvermächtnis aufrechterhalten werden (§ 2169)^{4, 5}.

§ 38. Auflage.

I. Der Begriff der Auflage von Todes wegen ist von uns bereits kurz gegeben worden⁶. Durch sie wird ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer mit der Verpflichtung zu einer Leistung beschwert, ohne daß derjenige, dem die Leistung zugute kommt, berechtigt wäre, die Leistung zu fordern (§§ 1940, 2192—2196), da hierzu vielmehr andere Personen berechtigt sind, wie Miterben, Testamentsvollstrecker, gegebenenfalls auch die Staatsbehörden (§ 2194)⁷. Die Frage, wie dieses eigentümliche Gebilde aufzufassen sei, hat der Wissenschaft Schwierigkeiten bereitet, da es selbstverständlich schien, daß einer Verpflichtung ein Recht gegenüberstehen und dieses Recht dem zustehen müsse, dem die Leistung zugute kommen soll, während hier das Recht, die Leistung zu verlangen, gerade nicht demjenigen zusteht, dessen Interesse durch die Leistung gefördert werden soll. Daher sprechen manche von einer nur formellen Berechtigung oder Befugnis, der sie den Charakter eines materiellen Gläubigerrechtes absprechen, ohne daß dadurch Klarheit gewonnen wäre⁸. Andere dagegen betrachten den, der die Vollziehung der Auflage verlangen kann, als einen materiell Forderungsberechtigten, nämlich als Träger eines Rechtes in fremdem Interesse oder m. a. W. als eine Art von Treuhänder⁹. Das kommt der Wahrheit bedeutend näher. Die Sache liegt nämlich einfach so, daß der privaten Verpflichtung des Belasteten eine nicht private, sondern amtliche Berechtigung des Rechtsträgers gegenübersteht, ähnlich wie beim Verwalter eines Sammelvermögens,

¹ § 2171²; vgl. § 308; KIPP § 109 I. ² §§ 2162/63.

³ Oben VI A 3, S. 115. ⁴ Im näheren KIPP § 109 IV.

⁵ Die vorstehenden Ausführungen haben nur die Vorschriften über die eigentlichen Vermächtnisse zum Gegenstand, die durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden. Daneben spielen in der erbrechtlichen Literatur sog. gesetzliche Vermächtnisse eine gewisse Rolle, unter welchem Begriff man das Recht des überlebenden Ehegatten auf den Voraus (BGB. 1932) und das Recht der Familienangehörigen auf den sog. Dreißigsten (§ 1969) versteht. Vgl. SCHIFFNER, Pflichtteil usw. (1897), § 33; STROHAL I, § 6 I 2 a. E.; § 17; DERNBURG § 18 bei N. 2; KIPP § 5 III; 73 I 2c. Vgl. dazu und dagegen m. Rechtsstellung III, S. 177f. Der Begriff trägt den Widerspruch in sich, wenn auch nicht bestritten werden kann, daß auf die fraglichen Ansprüche Vermächtnisrecht anzuwenden ist.

⁶ Vgl. dazu STROHAL I, § 38; DERNBURG §§ 86—88; KIPP §§ 113, 114; SIBER, Grundriß, § 16.

⁷ KIPP § 113 I. Eine Auflage wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn ein Vermächtnis wegen der Unbestimmtheit der begünstigten Person nicht angenommen werden kann; vgl. KIPP a. a. O.

⁸ Vgl. die Motive V, S. 214 und HELLWIG, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 58ff., 78ff.; KIPP bei WINDSCHEID III, § 668, S. 719ff. Dazu STROHAL I, S. 38 N. 8.

⁹ SCHULZE, Treuhänd., S. 89ff.

der Testamentsvollstreckung u. dgl. Und insofern ist die Auflage wissenschaftlich besonders interessant, weil sie beweist, daß auch im geltenden Recht eine Person sehr wohl eine amtliche Berechtigung haben kann, ohne daß, wie etwa beim Vormund, eine privatrechtliche Berechtigung eines Vertretenen dahinter steht¹. Da es sich nicht um eine private Berechtigung handelt, gehört sie nicht zum Vermögen des zur Geltendmachung der Verpflichtung Berechtigten und fällt sie nicht in seine Konkursmasse, wie er auch selbst wegen Nichterfüllung keinen Schadensersatzanspruch haben kann usw.² — Die Auflage geht geschichtlich zurück auf den römischen Modus, d. h. eine mit einer Zuwendung verbundene Verwendungsbestimmung³. Aber sie geht insofern über ihn hinaus, als sie keine Zuwendung voraussetzt; eine Auflage kann auch den gesetzlichen Erben gemacht werden, ohne daß darin eine letztwillige Zuwendung der Erbschaft erblickt werden muß, so daß der ganze Inhalt eines Testamentes sich in einer Auflage erschöpfen kann. Die Auflage ist aber auch keine Zuwendung an den, dem sie zugute kommen soll. Daher setzt sie nicht voraus, daß der durch sie Begünstigte rechtsfähig sei. Vielmehr kann dies eine Sache, etwa ein Tier oder ein ganz unpersönlicher Zweck sein. Dies kommt deutlich in den Worten des Gesetzes zum Ausdruck: „ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden.“ Trotz ihrer besonderen Natur untersteht die Auflage schuldrechtlichen Grundsätzen; vor allem darf der Zweck der Auflage nicht gegen die guten Sitten oder gegen die Gesetze verstoßen.

II. Die Auflage begründet ebenso wie das Vermächtnis eine Nachlaßverbindlichkeit⁴. Überhaupt zeigen beide Institute eine gewisse Verwandtschaft, weshalb das Gesetzbuch auf die Auflage verschiedene Vorschriften über letztwillige Zuwendungen, vor allem über Vermächtnisse für anwendbar erklärt (§ 2192; vgl. auch §§ 2186—2189). Immerhin bestehen nicht unerhebliche Verschiedenheiten. Während nämlich das Vermächtnis begrifflich in der Zuwendung eines Vermögensvorteils besteht, braucht die Auflage keinerlei Vermögenscharakter zu haben.⁵ Andere Verschiedenheiten sind nur von formell technischer Bedeutung⁶. Der Hauptunterschied zwischen dem Vermächtnis und der Auflage besteht darin, daß beim ersteren der Begünstigte der Gläubiger ist, während dies, wie gesagt, bei der Auflage nicht zutrifft. Ist daher zweifelhaft, ob eine Verfügung als Vermächtnis oder als Auflage zu betrachten sei, so wird man sich für das Vermächtnis als die regelmäßige Rechtsform zu entscheiden haben, die der Testator wahrscheinlicher Weise gewollt haben wird. Wenn hiernach auch der Begünstigte die Erfüllung der Auflage nicht verlangen kann, so kann sich doch der Erblasser ein Organ zur Erzwingung schaffen, nämlich den Testamentsvollstrecker⁷. Dieser ist alsdann nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ihre Vollziehung zu betreiben. Außer ihm sind die bereits genannten Personen dazu berechtigt, ohne jedoch auch dazu verpflichtet zu sein⁸. Wenn auch die Anordnung einer Auflage keine Zuwendung von Todes wegen voraussetzt, so wird sie doch regelmäßig einer solchen Zuwendung als Nebenbestimmung beigefügt. In diesem Fall hat die Unwirksamkeit der Auflage die der Zuwendung nicht notwendig zur Folge (§ 2195). Nur wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nur zum Zweck der Vollziehung der Auflage zugewandt hat, macht die Hinfälligkeit der Auflage auch die Zuwendung unwirksam. In anderen Fällen bleibt die Zuwendung zwar trotz der Nichterfüllung der Auflage an sich wirksam; aber der-

¹ Vgl. HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, 1905.

² DERNBURG § 86 II.

³ DERNBURG § 86 III. Über Auflagen, die nur im Interesse des mit ihnen Beschwerten liegen. DERNBURG § 86 IV; STROHAL I, S. 250 N. 7f.

⁴ BGB. § 1967 II.

⁵ Z. B. Einsetzung zum Erben unter der Auflage der Annahme des Familiennamens des Erblassers; DERNBURG § 87 I 1 gegen STROHAL I, S. 260.

⁶ Im näheren DERNBURG § 87, vor allem I 1—4.

⁷ DERNBURG § 87 III, BGB. §§ 1208 II, 2223.

⁸ BGB. § 2194. Im näheren DERNBURG § 88 I 1; KIPP § 113 V.

jenige, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zugute kommen würde, kann die Herausgabe der Zuwendung nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, nämlich wenn die Vollziehung der Auflage infolge eines vom Beschwerten zu vertretenden Ereignisses unmöglich geworden ist, und wenn die Auflage nur durch den Beschwerten persönlich vollzogen werden kann und gegen ihn die zulässigen Zwangsvollstreckungsmittel ohne Erfolg versucht worden sind (§ 2196)¹.

V. Erbunwürdigkeit und Erbverzicht.

§ 39. Erbunwürdigkeit.

Die Behandlung der Erbunwürdigkeit und des Erbverzichts an dieser Stelle unserer Darstellung rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß diese Begriffe nicht nur für die Erbberechtigung, sondern auch für das Pflichtteils- und Vermächtnisrecht von Bedeutung sind, weshalb es nicht angehen würde, sie etwa unter dem Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit der Berufung zu betrachten. So empfiehlt es sich, sie, dem System des Gesetzbuchs folgend, in einem besonderen Abschnitt am Schluß des Erbrechts zu behandeln². Die Erbunwürdigkeit, mit der wir uns zunächst beschäftigen wollen, stammt aus dem römischen Kaiserrecht, das dabei jedoch einen einheitlichen Grundgedanken vermissen läßt und vor allem einen dem Institut fremden Gesichtspunkt damit in es hineintrug, daß es das den Erben und Vermächtnisnehmern wegen ihrer Unwürdigkeit Entzogene an den Fiskus fallen ließ³. Nur in Ausnahmefällen fielen diese „bona ereptoria“ an andere Personen, die sich durch Pietät gegenüber dem Erblasser oder seinem letzten Willen hervorgetan hatten. An dieser Regelung hat das deutsche Rechtsempfinden berechtigten Anstoß genommen; es erschien ihm unerträglich, daß der Fiskus zur Konfiskation von Nachlässen schritte, solange noch Verwandte des Erblassers vorhanden waren. Daher hat sich schon im Gemeinen Recht das Bestreben geltend gemacht, den dem Unwürdigen antrissenen Nachlaß sonstigen Erbberechtigten zuzusprechen⁴, und das Preußische Allgemeine Landrecht hat dem Rechnung getragen, indem es im Fall der Indignität des Bedachten demjenigen einen Anspruch auf die Zuwendung gewährte, der Erbe geworden wäre, wenn der Bedachte nicht vorhanden gewesen wäre⁵. Hieran schließt sich im wesentlichen die Regelung an, die das Institut im BGB. gefunden hat⁶, und wodurch es auf eine einheitliche Grundlage gestellt worden ist.

Das BGB. geht von dem Grundgedanken aus, daß die Erbunwürdigkeit nicht, wie etwa die Erbfähigkeit oder wie die Kapazität des römischen Rechts, eine absolute Eigenschaft des Bedachten ist, sondern stets nur gegenüber einem bestimmten Erblasser in Frage kommt und insofern keine öffentliche, sondern eine private Angelegenheit ist⁷. Damit hängt es zusammen, daß der Fiskus kein Recht auf den dem Unwürdigen entzogenen Nachlaß hat und daß die Unwürdigkeit niemals von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Vielmehr ist sie gegenüber dem unwürdigen Erben, Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmer stets durch bestimmte Nachlaßbeteiligte geltend zu machen und fällt das dem Unwürdigen entzogene Ver-

¹ Vgl. ZPO. §§ 888—891.

² Vgl. dazu STROHAL I, § 60; DERNBURG § 11; KIPP §§ 141—143 u. a.

³ Vgl. DERNBURG, Pand. III, S. 105ff.

⁴ DERNBURG, Pand. III, S. 108; Erbrecht § 11 I.

⁵ ALR. II, 16 § 18; DERNBURG, pr. Privatr. III, S. 310f.

⁶ BGB. §§ 2339—2345. ⁷ Vgl. dazu STROHAL I, S. 542f.

mögen auch nur an solche Personen. Unter diesen zur Geltendmachung der Unwürdigkeit und zum Erwerb des Entzogenen Berechtigten kommt freilich auch der Fiskus in Betracht; aber nur, insofern er letzter gesetzlicher Erbe des Erblassers ist, so daß sein Erwerb nicht unter dem Gesichtspunkt der Konfiskation steht.

Die Geltendmachung der Unwürdigkeit bezeichnet das BGB. als Anfechtung (§ 2340 I). Sie geschieht gegenüber dem Erben durch Anfechtungsklage; das ihr stattgebende Urteil ist ein Rechtsgestaltungsurteil, das den Anfall der Erbschaft an den Unwürdigen mit rückwirkender Kraft zerstört. Infolgedessen fällt die Erbschaft demjenigen an, der berufen gewesen wäre, wenn der Erbenwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, und gilt der Anfall als mit dem Eintritt des Erbfalls an ihn erfolgt (§ 2344). Gegenüber Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmern ist eine Anfechtungsklage nicht erforderlich; vielmehr genügt eine empfangsbedürftige Anfechtungserklärung; daneben hat der Berechtigte gegen den Pflichtteils- und Vermächtnisanspruch auch eine Einrede (§§ 2340, 2335, 2342; 2080—83). Zur Anfechtung berechtigt ist jeder, dem der Wegfall des Unwürdigen, wenn auch nur mittelbar, zu statten kommt; also z. B. ein Verwandter, der zwar nicht unmittelbar an Stelle des Unwürdigen zur Erbschaft berufen wird, der aber infolge der Unwürdigkeitserklärung in der Reihe der eventuell Berufenen vorrückt. Hieraus ergibt sich auch, daß der Anfallsberechtigte nicht mit dem Anfechtungsberechtigten zusammenfällt und daß die Erbschaft möglicherweise einem anderen als dem Anfechtenden zufällt.

Die Unwürdigkeitsgründe sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt und beruhen alle auf dem einen Gesichtspunkt schwerer Verfehlung gegen das Leben oder den letzten Willen des Erblassers¹. (§ 2339.) Verstöße gegen das objektive Erbrecht bilden keinen Unwürdigkeitsgrund mehr. Mit der Relativität der Erbenwürdigkeit steht es auch im Einklang, daß sie durch Verzeihung des Erblassers erlischt (§§ 2339—43).

§ 40. Erbverzicht.

Der Erbverzicht des modernen Rechtes geht zurück auf die Auffassung des alten deutschen Rechts, wonach der Erbe schon zu Lebzeiten des Erblassers ein Recht an der Erbschaft hatte, über das er durch Vertrag mit dem Erblasser verfügen konnte. Mit dem römischen Recht, das kein Recht des Erben an der Erbschaft oder auf die Erbschaft zu Lebzeiten des Erblassers anerkennt, ist dagegen das Institut des Erbverzichts unvereinbar. Trotzdem ist es in das moderne Recht übergegangen, obwohl dieses nicht den germanischen, sondern den römischen Grundgedanken durchführt. Nach dem BGB.² geschieht der Erbverzicht in der Regel durch Vertrag des Erblassers mit dem gesetzlichen Erben, sei dies ein Verwandter oder der überlebende Ehegatte (§ 2346)³. Da der Fiskus notwendiger gesetzlicher Erbe ist, kann er keinen Erbverzicht mit dem Erblasser vereinbaren. Unter den Erbverzicht fällt jedoch auch der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht, woraus sich ergibt, daß die Bezeichnung dieses Geschäftes als Erbverzicht ungenau ist (§ 2346 II). Richtiger hätte das Gesetz sagen sollen: Die Vorschriften über den Erbverzicht finden auch auf den Verzicht auf den Pflichtteil Anwendung. — Auch der durch letztwillige Verfügung mit der Erbschaft oder einem Vermächtnis Bedachte kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten (§ 2352). Dies ist für den Fall wichtig, daß dem Erblasser der einseitige Widerruf nicht offen steht, wie z. B. beim gemeinschaftlichen korrespondierenden Testament des Erblassers oder bei Geschäftsunfähigkeit desselben, in welchem Falle der gesetzliche Vertreter wohl die Erklärung des Erbverzichts annehmen kann, aber ein Widerruf des Testaments

¹ Im näheren STROHAL I, S. 543ff.; DERNBURG § 11 III; KIPP § 141 II.

² Vgl. dazu STROHAL I, § 59; DERNBURG, §§ 104—106; KIPP § 139.

³ KIPP § 139 II 1.

ausgeschlossen ist¹. Endlich kann auch der Vertragserbe auf die Erbschaft verzichten. Dies ist von Bedeutung nur beim Erbvertrag zugunsten eines Dritten²; denn war der Vertragsgegner zugleich der Bedachte, so kann er auch durch Vertrag den Erbvertrag aufheben. Indessen spielen diese sämtlichen Fälle gegenüber dem Erbverzicht des gesetzlichen Erben keine große Rolle. Und auch dessen Bedeutung liegt im Rahmen des BGB. vor allem darin, daß der Erbverzicht auch das Pflichtteilsrecht vernichtet (§ 2346 I 2), denn von der gesetzlichen Erbfolge kann der Erblasser den Erben einseitig ausschließen, in welchem Falle aber das Pflichtteilsrecht bestehen bleibt.

In den meisten Fällen ist der Erbverzicht ein entgeltlicher Vertrag, in dem der Verzicht nur gegen eine Abfindung gewährt wird³. Die rechtliche Natur dieses entgeltlichen Erbverzichts war im gemeinen Recht sehr umstritten⁴. Die Vorschriften über gegenseitige Schuldverträge können deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil es sich nach dem Inhalt des Vertrages nicht um eine bloße Verpflichtung zur Aufgabe des Erbrechts handelt, sondern das Erbrecht unmittelbar erlöschen soll. Es fragt sich aber, ob nicht doch eine gegenseitige Abhängigkeit nach Art des schuldrechtlichen Synallagma stattfindet. In der Tat ist behauptet worden, wenn auch Verzicht und Abfindungsvertrag verschiedene Geschäfte seien, von denen jedes abstrakt sei, so seien sie doch als gegenseitig bedingt zu erachten⁵. Dies kann jedoch nicht zugegeben werden. Vielmehr bildet die Abfindung das Äquivalent für die Erklärung des Erbverzichts, so daß sie nicht zurückgefordert werden kann, wenn etwa z. B. infolge des früheren Todes des Verzichtenden die Erbfolge sich ohnehin so gestaltet, wie es der Verzicht beabsichtigte. Ferner kann die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages die Unwirksamkeit des Verzichts nur dann zur Folge haben, wenn beide nach dem erklärten Parteiwillen in einem Bedingungsverhältnis stehen. Bei der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäftes wird dies allerdings in der Regel anzunehmen sein; denn der entgeltliche Erbverzicht besteht nicht aus zwei Geschäften, sondern ist ein einheitliches erbrechtliches Verfügungsgeschäft.

Nach dem BGB. ist der Erbverzicht kein Geschäft von Todes wegen. Daher sind die Vorschriften des BGB. über Testament und Erbvertrag nicht auf den Erbverzicht anwendbar. Vor allem gilt nicht der Grundsatz, daß der Erblasser den Erbverzicht nur persönlich abschließen kann (vgl. die §§ 2064—2274, 2347 Z. 2). Mithin ist der Erbverzicht als erbrechtliches Rechtsgeschäft unter Lebenden zu bezeichnen, das eine Ausnahme von der Regel des § 312 bildet⁶. Als Form verlangt das Gesetz die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 2348).

Der Erbverzicht hat die Folge, daß der Verzichtende von der Erbfolge oder dem Vermächtnis ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr gelebt hätte. Daher wird er, wie bereits bemerkt wurde, auch bei der Berechnung des Pflichtteils nicht mitgezählt. Entsprechend der deutschen Anschauung ferner, die freilich nicht damit im Einklang ist, daß entferntere Verwandte nicht aus dem Rechte des näheren, sondern aus eigenem Rechte zur Erbschaft berufen sind, erstreckt sich nach dem BGB. der Erbverzicht eines Abkömmlings des Erblassers auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden. Dasselbe gilt für die Abkömmlinge eines verzichtenden Seitenverwandten, und zwar ohne Unterschied, ob der Verzichtende dafür eine Abfindung erhalten hat oder nicht (§§ 2349f.)⁷.

¹ STROHAL I, S. 530 N. 11; DERNBURG § 104 II.

² § 2352 II; DERNBURG a. a. O.; KIPP § 139 II 3.

³ DERNBURG § 104 III.

⁴ Vgl. dazu STROHAL I, S. 539f.; DERNBURG § 104 IIIff.

⁵ DERNBURG a. a. O.; dagegen PLANCK V, Vorb. 4 vor § 2346; vgl. STROHAL I, S. 539 V; KIPP § 139 II 1 a. E.; auch HERZFELDER, Bem. 1 zu § 2298.

⁶ DERNBURG § 104 IV.

⁷ Über die Aufhebung des von einem gesetzlichen Erben erklärten Erbverzichts durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag s. BGB. § 2351, 2348; KIPP § 140.

Sachverzeichnis.

(Die Ziffern bezeichnen die Seiten und Anmerkungen.)
(2 bedeutet Seite 2; 3₂ bedeutet Seite 3, Anm. 2.)

- Abkömmling** des Erblassers 28.
Absonderung des Nachlasses 69_g.
Abzugseinrede 67.
actio mandati utilis 65.
Accreszenz 32 II.
Acquisition der Erbschaft 53.
Aktivlegitimation beim Erbschaftsanspruch 97.
Aneignung von Nachlaßsachen 55ff.
Anfall der Erbschaft 10 III.
Anfechtung des Testaments — **Berechtigte** 29.
— des Erbschaftserwerbs wegen Erbnwürdigkeit 124
— **Erlöschen** des Anfechtungsrechts 29.
— **Folge** der — 30.
— **Klage** 124.
— **Gründe** bei letztwilligen Verfügungen 21ff.
— von Willenserklärungen des Erblassers 24.
Annahme der Erbschaft 55.
— **Rechtsnachfolge** 57.
Antrag zur Einleitung der Nachlaßverwaltung 74.
Anwachsung 32 V.
Anwartschaft des Nacherben 82.
Aufgebot der Nachlaßgläubiger 73.
Aufhebung der Konfusionen 58.
Auflage 121.
— **Geltendmachung** 122.
— als Nachlaßverbindlichkeit 122.
— **rechtliche Natur** 121.
— **Unterschied** vom Vermächtnis 122.
— und **Zuwendungen** 122.
Auseinandersetzung der Miterben 86.
Ausgleichspflicht 87.
Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers 94.
— des **Vorerben** 79.
Auslegungsregeln 30 II.
Auslegung des Testaments 22 IV.
— der **Erbrechtvorschriften** 4 IV.
- Ausschlagung** der Erbschaft — **Erklärung** der — 55.
— der Erbschaft — **Erstreckung** der — 56.
— **Frist** 55₄.
— **Rechtsfolge** 57.
— **rückwirkende Kraft** 57.
— **Versäumung** — 55.
Ausschlußurteil 73.
- Bedingungen** bei letztwilligen Verfügungen, — **rückwirkende Kraft** 25.
beneficium separationis 74.
benigna interpretatio 22 IV.
bona ereptoria 123.
bonorum possessio 26 IV.
Berufung — zur Erbschaft 9ff.
— **Grund** 9 I.
— eines **Nacherben** 34 II.
Bescheinigung des Erbrechts 59.
Beschränkte Haftung 72.
Besitz, Übergang des — 815.
Besitzer, Sachbesitzer und Erbschaftsbesitzer 96.
- Cautela Socini** 101, 104.
cautio Muciana 25 II.
coheredem esse 85.
communio incidens 83.
communio iuris 83.
concurso partes fiunt 32 V.
condicio iuris 33.
confusio bonorum 6.
contrarius consensus 45.
- Delation** 53.
— der Erbschaft 9 I.
dies — **cedens** 36.
— **legati cedit** 113.
— **legati venit** 112.
Distributivberechnung 105.
donatio mortis causa 44 IV.
Dorf testament 20 A.
Dreißigster 71.
Drohung, Anfechtung von letztwilligen Verfügungen wegen — 28.
- Dürftigkeitseinrede** 77.
Eigentum und **Erbrecht, Begründung** 1.
— als **Grundrechte** 2.
Einreden — **aufschiebende** 77 VI.
— der **Dürftigkeit** des Nachlasses 76_g.
— des noch ungeteilten Nachlasses 89.
— des **eigenen Pflichtteils** 107.
Einsetzung eines **Nacherben** 78.
Enterbung aus guter Absicht 110.
Entziehung des Pflichtteils 39.
Erbeinsetzung 30ff.
— **mehrerer Erben** 31.
Erben — **Legitimation** 58 II.
— **Mehrheit** von — 83ff.
— **rechtliche Stellung** des — 57ff.
Erbfähigkeit 10 III.
— **juristischer Personen** 11 III.
Erbfall 10.
Erbfolge 7 I.
— **Berufungsgründe** 47ff.
— **gesetzliche** 48.
— **gewillkürte** 48.
Erblasser, Ehegatte des — 51, **Eltern** des — 50.
Erbquote, Größe und **Berechnung** des Wertes 105.
Erbrecht — **Individualeigentum** 1.
— **römisches** und **deutsches** 1ff.
— im **objektiven Sinne** 1.
— im **subjektiven Sinne** 3.
— **Erbrechtsteststellungsklage** 94.
Erbschaft, das aus der — **Erlangte** 95.
Erbschaft und **Nachlaß** 7ff.
— **ruhende** 12 VI.
— **Anfall** der — 53.
— **Annahme** und **Ausschlagung** 55.
Erbschaftsanspruch 92ff.
— **Einwendungen** 95.
— **gegen den Erbschaftsbesitzer** 95.

- Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftskäufer 94.
 — Gegenstand 95ff.
 — als Herausgabeanspruch 93.
 Erbschaftsbesitzer, Haftung des — 95.
 — Verwendungen des — 96.
 Erbschaftskauf 99ff., Erbschaftskäufer
 — Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten 100.
 Erbschaftsklage, — Klagegrund 95ff. Beweis 95ff.
 Erbschaftssteuerrecht 1₁.
 Erbschein 57.
 — des Erbschaftskäufers 59.
 — gemeinschaftlich 59.
 — Inhalt 59.
 — öffentlicher Glaube 60.
 — rechtliche Bedeutung 59.
 — Vermutung der Richtigkeit 60.
 — Bedeutung für den Prozeß 60.
 — Einziehung 61.
 — Unrichtigkeit 59ff.
 — Kraftloserklärung 61.
 — Erteilung 60.
 Erbteil 9 III.
 — Erhöhung des — 52.
 Erbunwürdigkeit 103, 123ff.
 — Geltendmachung 124.
 — Gründe 124.
 Erbvertrag, Anfechtung des — 42 I.
 — Aufhebung 4 4
 — Auslegung 43f.
 — Beeinträchtigung des Vertragserben 44.
 — Begriff und Abschluß 40ff.
 — Bindung an den 45.
 — einseitige Verfügung im — 41.
 — Form des — 41 V.
 — gegenseitiger 45.
 — Inhalt 40.
 — rechtliche Natur 42ff.
 — Rechtsfolge 42.
 — Rücktritt vom — 45.
 — zweiseitiger 41 III.
 Erbverzicht 124.
 — als Rechtsgeschäft unter Lebenden 125.
 Erbwürdigkeit 11.
 Erhöhung des ges. Erbteils 32 V.
 Erlangung von Erbschaftsgegenständen 97.
 Ermittlung des unbekanntem Erben 55.
 Ernennung von Ersatz und Nacherben 33ff.
 Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen 46.
 Ersatzerbe 33ff.
 Ersatzvermächtnis 112.
 Eventualberufung 10 II.
 exhereditatio bona mente 109.
 Existenz des Erben 11 IV.
 Falsa demonstratio non nocet 19₁.
 Feststellung des Erbrechts des Fiskus 52.
 Fideikommiß 110.
 fideicommissum hereditatis 35.
 Fiskus
 — als ges. Erbe 48.
 — als Nacherbe 34ff.
 — Erwerb der dem Unwürdigen entzogenen Erbschaft 123.
 — Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten 72.
 — privilegierte Stellung des — 72.
 Form der Erbschaftsannahme und Ausschlagung 55.
 — des Testaments 15.
 Formmangel beim Testament 37.
 formula petitoria 93_b.
 Fürsorge des Nachlaßgerichts 55.
 Gebundenheit der Duldung 88₅.
 Geldwerte Rechte 8.
 Geltung des deutschen Erbrechts 3.
 Geltung, zeitliche der Erbrechtsnormen 4 III.
 Geltungsabhängigkeit korrespondierender Testamente 38.
 Geltungszusammenhang letztwilliger Verfügungen 29.
 Gesamte Hand 83.
 Gesamtrechtsnachfolge 4.
 Geschäftsfähigkeit 14 I.
 gestio pro herede 55.
 Gradualordnung 48 I.
 Großeltern des Erblassers 50.
 Gültigkeit von Rechtsgeschäften 36.
 — des Testamentes 37ff.
 Haftung des Erben,
 — Beschränkbarkeit der — 66.
 — Gesamthaftung der Miterben 91.
 Handeln im fremden Namen 62.
 Herausgabe des Nachlasses an Gläubiger 72.
 Herausgabepflicht des befreiten Vorerben 80.
 heredi a semet 112₇.
 hereditatis petitio 93.
 heres extraneus 9 I.
 Incerta persona 11₂.
 Individualistische Privatrechtsordnung 1.
 in dubio contra fiscum 35₄.
 Inhalt der Verfügungen von Todes wegen 14.
 institutio ex re certa 31 II.
 Internationales Privatrecht 3.
 Inventar 72.
 Inventarerrichtung des Miterben 92.
 Inventarfrist 67, 107.
 — Versäumung der — 72, 89.
 Inventarrecht 67.
 inventarii sub beneficio 66.
 Irrtum, Anfechtung wegen — bei letztwilliger Verfügung 28.
 Kauf, Erbschafts — 99.
 Kausalbeziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge 36.
 Klagen, — Singular 92.
 Kodizille 13 I.
 Kollation 87.
 Konfiskation der Ereptorien 128.
 Konfusion 58ff.
 — von Erbschaft und Eigenvermögen des Erben 58ff.
 — Aufhebung bei Eintritt der Nacherbfolge 81.
 — Aufhebung bei Eintritt der Sequestration 74.
 Konkurrenz mehrerer Berufungsgründe 31.
 Konkurs, Aufhebung des — 76.
 — Nachlaß — 73 II.
 Konkursverfahren 75.
 — Einstellung des — 76.
 Konversion 19₆.
 Korrespondenz eines Testaments 39.
 Legat 110.
 Legatum
 — nominis 118₆.
 — liberationis 118₆.
 — debiti 118₆.
 Legitimation des Erben 58.
 Letztwillige Verfügungen — Begriff 13f.
 — materielle Voraussetzungen 14ff.
 — Widerruflichkeit 13 I.
 lex Falcidia 21 C.
 Linealgradualordnung 48ff.
 Liquidation
 — des Nachlasses durch den Erben 15.
 — -gesetz 70.
 — -verein 11 IV.
 — -verfahren 75.
 Mandatum post mortum 62.
 Mehrheit
 — von Berufungsgründen 31.
 — von Erben 83ff.
 Militärtestament 21 C.

- Minderjährige, Testierfähigkeit 14 I.
- Miterben
— Gesamthand 84.
— Auseinandersetzung 84ff.
— Ausgleichspflicht 87.
— rechtliche Natur der Ausgleichspflicht 87ff.
— Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten 89ff.
— beschränkte Haftung 90.
— unbeschränkte Haftung 91.
— Verfügungsbeschränkung 84.
— Verwaltung des Nachlasses 86.
— Verkaufsrecht 85.
- Motivation 28.
- Nacherbe 26, 77.
— Frist für die Einsetzung 36.
— Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten 81.
— als Rechtsnachfolger des Erblassers 81ff.
— Rechtsstellung 81.
— Umfang des Rechtes 81.
- Nacherbfolge
— konstruktive 78.
— Zeitpunkt des Eintritts 35.
- Nachlaß 5ff.
— als gemeinsames Vermögen der Miterben 84.
— als Sondervermögen 86.
- Nachlaßkonkurs
— Beendigung des — 75.
- Nachlaßliquidation durch den Erben 7.
- Nachlaßpflegschaft 55.
- Nachlaßsequestration 91.
- Nachlaßverbindlichkeiten 70.
— Geschichte der 66.
- Nachlaßverwaltung 86.
— Haftung nach Beendigung der — und des Nachlaßkonkurses 91.
- Nachvermächtnis 121.
- nasciturus pro jam nato habitur 11.
- Negatives Interesse
— Ersatz des — 30.
- negotia mortis causa 13.
- nemo pro parte testatus 31.
- neque eum heredem 24.
- Nießbraucher 78.
- Nichtigkeit
— eines Testaments 37.
— von Rechtsgeschäften 36ff.
— korrespondierender Testamente 39.
- nomina ipso jure divisa sunt 90.
- Noterbrecht 101.
- Objektive Zurechnung** 28.
- Offenbarungseid 72.
- Okkupationsrecht
— privilegiertes 52.
- Parentelenordnung 48.
- Personalstatut 4.
- Persönlichkeitsnachfolge 6.
- personam defuncti sustinet 6.
- Pendenz, resolutive 53.
- Pflichtteil 101ff.
— Anfechtung wegen Übergehens des — 29.
— Anrechnung von Zuwendungen 105.
— außerordentliches 106₃.
— Berechnung 104.
— Berechtigung 102.
— Berücksichtigung der Ausgleichspflicht 105.
— Beschränkung des — 109.
— Einrede des eigenen 107.
— Ergänzung des — 106.
— last 107.
— als Nachlaßverbindlichkeit 107.
- Pflichtteilsrecht
— Ausschluß durch Erbverzicht 101.
— Ausschluß durch Erbunwürdigkeit 101.
— im subjektiven Sinne 102.
— Verletzung des — 102.
- Pflichtteils
— -restanspruch 106.
— Verjährung des — anspruch 108.
— Verschiebung der — last 108.
— Zuwendung des — 105.
- portio portiani 32.
- portion disponible 101.
- positus in condicione 23₃.
- possessor pro herede 93.
— — possessore 93.
- Potestativbedingung 25.
- Prälegat 119.
- Protokoll bei Testamentserrichtung 17.
- Prozeßführung 65ff.
— des einstweiligen Erben 57ff.
— des Testamentsvollstreckers 65.
Prozeßführungsrecht 57ff.
- Quarta Falcidia 114.
- Quarta Trebelliana 81.
- Quellen des Erbrechts
— reichsrechtliche 3.
- querela inofficiosae donationis 106.
- querela inofficiosi testamenti 106.
- re conjunctio 32.
- Recht am Handelsbetrieb als vererbliches Recht 8.
- Rechtsbedingung 33.
- Rechtsfähigkeit des Erbrechts 11.
- Rechtsfolge und Rechtswirkung von Rechtsgeschäften 27.
- Rechtsfolgebedingungen 36.
— beim Testament 36ff.
- Rechtsnormenbetroffenheit 37.
- Rechtliche Stellung des Erben 57ff.
— vor Annahme der Erbschaft 108.
— bei Testamentsvollstreckung 65.
- Rechtsverdrängung und Rechtsnachfolge 63, 82.
- regula Catoniana 120.
- Representationsrecht 50₁.
- réserved im code civil 101.
- Sachlegitimation
— des einstweiligen Erben 53ff.
— Einrede der ungewissen 54.
- sacra familiae 1.
- Salmann 61.
- Schenkung
— Anstands- und Pflichtschenkungen des Vorerben 80.
— von Todes wegen 44.
— unter Lebzeiten 44.
- Schiedsgerichtsklausel
— letztwillige 14₁.
- Schoßfallsrecht 50₃.
- Schulden des Erblassers 71.
- Seetestament 20.
- Selbständigkeit
— letztwilliger Verfügungen 15.
- semel heres semper heres 9.
- Senatus cons. Libonianum 16₃.
- separatio bonorum 6.
- Separation des Nachlasses 74.
- Sequestration des Nachlasses 74, 58.
- Singularerbrecht 97.
- Sonderrechtsnachfolge 4.
- Sperretestament 20.
- Stammenheit 51.
- Stellvertretung bei letztwilligen Geschäften 15ff.
- Stiftung des Erblassers 35.
- Steuer, Erbschafts- 71.
- Substitution 33.
- successio in universum 1.
- successio ordinum et graduum 33.
- Sukzessivberufung 10.
- Surrogation
— bei der Nacherbschaft 78ff.
— bei Auseinandersetzung der Erben 87.
— beim Erbschaftsanspruch 95.
- Tatbestand und Rechtsfolge 36.
- Teil der Erbschaft 92; 85₃.
- Teilerbschein 60.
- Testament 13ff.
— Aufhebung durch späteres 37.
— außerordentliches 15.
— testamentum apud acta 16.

- Testament, testamentum cor-
respectivum 38.
— Berliner 38.
— Errichtung und Inhalt 14ff.
— testamentum factio activa
14.
— Form 15.
— gegenseitiges 38.
— — zugunsten Dritter 38.
— gemeinschaftliches 38.
— gerichtliches 16.
— Form des gerichtlichen 16₃.
— Gültigkeit und Ungültig-
keit 36.
— testamentum holographum
18.
— testamentum septem signis
signatum 15.
— bei Stummen und Tauben
17.
— testamentum parentis inter
liberos 20.
— öffentliches 16ff.
— Errichtung des öffentlichen
16.
— Zuständigkeit bei Errich-
tung des öffentlichen 16.
— alleinige Zuständigkeit von
Notaren bei Errichtung 16₂.
— privates 15; Form des pri-
vaten — 18.
— testamentum ruri conditum
20.
— testamentum reciprocum
38.
— testamentum simultaneum
38.
Testamentifactio 125.
Testamentsvolljährige 14.
Testamentsvollstrecker 61ff.
— als Amt 62.
— Auftrag 64.
— Ernennung des Testaments-
vollstrecker 63.
— Mehrheit von — 64.
— Pflichten des — 64.
— Prozeßführung und Voll-
streckung 65.
— Rechte des — 63.
— Stellung des — 62.
— Verhältnis zum Erben 64.
— als Vertreter 63.
— Wirkungskreis des — 63ff.
Testamentsvollstreckungs-
zeugnis 8.
Testierfähigkeit 14ff.
— Mangel einer beschränkten
14.
Testierfreiheit 13, 15.
Testierunfähige 14.
Testierunfähigkeit mit Stel-
lung des Entmündigungs-
antrages 15₁.
- Todeserklärung als Vermutung
des Erbfalls 9₃.
Transmissare 33.
Transmission im uneigentlichen
Sinne 57.
Treuhand 61, 121.
Überschuldung des Nachlasses
74.
Ungültigkeit und Unwirksam-
keit 36ff.
Universalklage des Erben 93.
Universalsukzession 4.
Unteilbarkeit
— der Erbschaftsannahme 55.
— der Berufung 31.
Untervermächtis 112.
Unwirksamkeit der Rechts-
geschäfte 37.
Unzulänglichkeit der Masse 76.
Urgroßeltern 51.
Urheberrechte als vererbliche
Rechte 8₄.
Vereinigung 58ff.
Verfügung der Ehefrau über
Eingebrachtes 14₂.
Verfügungen von Todes wegen
14.
Verfügungsrecht der Vorerben
79.
Verkauf des Anteils eines Mit-
erben 100.
Verkauf der Erbschaft 99.
Verlöbniß, Bestehen bei Zu-
wendungen 25.
Vermächtis 110ff.
— Anordnung 110.
— Anspruch 112ff.
— Ausschlagung 113.
— Bedachter 113.
— Belasteter 111.
— Belastung des Vor- und
Nacherben 113.
— Einzel- 111.
— Ersatz- 112.
— Erstreckung des — 115.
— Erwerb des — 112.
— Gattungs- 117.
— Gegenstand des — 114.
— -last 114.
— Leistung des — 116.
— Nach- 114.
— Schuldbefreiungs- 116.
— Unter- 112.
— Verschaffungs- 117.
— -vertrag 111.
— Voraus- 112, 119.
— Wahl- 118.
— Wegfall des Belasteten 112.
— zeitliche Grenzen des — 111.
Vermächtnisnehmer
— Anspruch des — 113.
— im Konkurs 113.
- Vermögen, Begriff des — 5.
Vermögensnachfolge 6.
Vermutung des Widerrufs des
Testaments 37.
Verschweigung, Rechtsverlust
durch 73.
Verwaltung, Nachlaß- 73.
Verwandtenerbfolge 48ff.
Verwirkung der beschränkten
Haftung 73.
Verzeihung 109.
vindicatio hereditatis 93f.
vivi nulla repraesentatio 50₅.
Voranfall 36.
Voraus 51, 71.
Vorbehalt der beschränkten
Haftung im Urteil gegen
den Erben 110.
Vorerbe 26, 35, 77.
— befreiter 80.
— Rechtsstellung des — 26.
— Haftung für Nachlaßver-
bindlichkeiten 82ff.
Vorkaufsrecht der Miterben 85.
- Wahlvermächtis 114.
Wechselseitigkeit, vollkom-
mene und hinkende 39.
Wegfall eines Miterben 33.
Widerruf der Pflichtteilsent-
ziehung 109.
— eines Testamentes 37.
— des korrespondierenden 38.
Widerrufsverzicht 40.
Wiederverheirathungsklausel
38₁.
Wildschaden als Nachlaßver-
bindl. 71₁₀.
Willenserklärung 23.
Willensmängel bei letztwilligen
Verfügungen 27ff.
Willenserklärung. Unteilbar-
keit 24.
Willenstheorie 26ff.
Wirksamkeit der Rechtsge-
schäfte 22.
Wirtschaftsrecht 8₁.
- Zeitbestimmung bei letztwilli-
gen Verfügungen 25ff.
Zeuge bei Testamentserrich-
tung 16₃.
Zurückbehaltungsrecht 96.
Zuwendung
— an den Bedachten 119.
— Vermächtis als — 111.
Zwangsvergleich im Nachlaß-
konkurs 75ff.
Zwangsvollstreckung
— gegen Erben 84, 92, 104.
— in den Anteil eines Mit-
erben 84.

**Aus dem Kapitel „Bürgerliches Recht“ der
Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft:**

Allgemeiner Teil. Von Dr. **Andreas von Tuhr** †, Geh. Justizrat, Professor an der Universität Zürich. Dritte, unveränderte Auflage. VI, 65 Seiten. 1928. RM 2.80

Recht der Schuldverhältnisse. Von Dr. **Heinrich Titze**, Professor an der Universität Berlin. Dritte, durchgesehene Auflage. VIII, 141 Seiten. 1928. RM 6.90

Sachenrecht. Von Dr. **Julius von Gierke**, Professor an der Universität Göttingen. Zweite, erweiterte Auflage. VIII, 191 Seiten. 1928. RM 10.—

Familienrecht. Von Dr. **Heinrich Mitteis**, Professor an der Universität Heidelberg. Zweite, erweiterte Auflage. VI, 90 Seiten. 1928. RM 4.80

(Bilden Band 7—10 der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.)

Personen-, Familien-, Sachen- und Erbrecht. Von Dr. **Arthur Curti**, Rechtsanwalt in Zürich. (Bildet Band I von „Englands Privat- und Handelsrecht“.) XVI, 247 Seiten. 1927. RM 12.—; gebunden RM 13.50

Aus den Besprechungen:

Die Kenntnis des englischen Rechts ist nicht nur für den Juristen, sondern für jeden, der sich für das englische Geistesleben interessiert, von hervorragender Bedeutung. Gerade der Rechtsaufbau läßt uns klar den Gegensatz der englischen Mentalität zur der des Kontinents sehen. Das Fehlen jeder Kodifizierung erschwert es dem Ausländer ganz außerordentlich, sich ein genaues Bild von den englischen Rechtsanschauungen zu machen. Das Nebeneinander von Common Law, Equity and Statue Law, von denen nur das letztere durch seine genaue Formulierung dem uns gewohnten Gesetzesrecht entspricht, bildet die Hauptschwierigkeit für die Schaffung einer systematischen Übersicht über das englische Recht. Hierin liegt wohl auch der Grund, warum dieses an sich weiteste Kreise interessierende Gebiet bisher recht stiefmütterlich behandelt worden ist. . . . Ein besonderer Vorteil des Buches ist die Behandlung der Materie in der dem Kontinent gewohnten Einteilung, wie wir sie ähnlich im BGB. finden. Hierdurch wird uns die Auffindung der Rechtsanschauung des Engländers über die einzelnen Gebiete sehr erleichtert.

„Monatsberichte der Industrie- und Handelskammer für den Wuppertaler Industriebezirk.“

Freiwillige Gerichtsbarkeit. Von Dr. **Friedrich Lent**, Professor an der Universität Erlangen. („Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“, Band 19.) Zweite Auflage. V, 24 Seiten. 1928. RM 2.80

Rechtsphilosophie. Von Dr. jur. et phil. **Max Ernst Mayer †**, Professor an der Universität Frankfurt a. M. („Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“ Band 1.) Zweite, unveränderte Auflage. VIII, 98 Seiten. 1926. RM 4.80

Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung. Von **Hans Kelsen**, Professor an der Universität Wien. 31 Seiten. 1928. RM 1.80

Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Von Dr. jur. **Gerhart Husserl**, Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Bonn. Band I: **Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung.** XIV, 198 Seiten. 1925. RM 12.—

Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht. Entwickelt an der Frage: Welche Gewalten bindet der Gleichheitssatz in Art. 109 I RV? Von Dr. **Otto Mainzer**, Frankfurt a. M. VII, 126 Seiten. 1929. RM 6.90

Das Gesetz der Macht. Von Professor Dr. **Friedrich Wieser.** XVI, 562 Seiten. 1926. In Ganzleinen gebunden RM 27.—; Halbleder RM 33.—

Aus dem Inhalt:

Allgemeiner Aufbau von Macht und Gesellschaft. Äußere und innere Macht. — Vom Ursprung und Wachstum der Macht und der Machtverbände. — Die Grundform der gesellschaftlichen Verfassung: Führer und Masse. — Machtpsychologie. — Die Teilung der Mächte in Staat und Gesellschaft. — Rechtsmacht und Rechtsform. — Die Kulturmächte. — Die gesellschaftliche Willensbestimmung. — Anhang: Die Frage der gesellschaftlichen Schuld. — Das geschichtliche Werk der Macht. Gesellschaftliche Einrichtungen, geschichtliche Bildungen, geschichtliche Erziehung. — Geschichtliche Macht, ihre Formen, ihre Wandlung. — Geschichtliche Führung. — Das geschichtliche Werk der Gewalt und das Gesetz der abnehmenden Gewalt. — Das Gesetz der zunehmenden Freiheit und Gleichheit. — Das Gesetz der kleinen Zahl in geschichtlicher Bewährung. — Der geschichtliche Kreislauf der Macht und die Folge der Zeitalter. — Die Wege der Macht in der Gegenwart. Der Liberalismus. — Nation und Nationalismus. — Die modernen Machtorgane. — Die Machtbilanz der Gegenwart.

Kritik der öffentlichen Meinung. Von Dr. phil. Dr. jur. h. c., Geh. Reg.-Rat **Ferdinand Tönnies**, ord. Professor der Staatswissenschaften. XII, 584 Seiten. 1922. RM 12.—

Aus dem Inhalt:

Erstes Buch. Begriff und Theorie der öffentlichen Meinung. 1. Meinen und Meinung. 2. Gemeinsame Meinungen. 3. Öffentliche Meinung. 4. Öffentliche Meinung und die öffentliche Meinung. — Zweites Buch. Empirische Beobachtungen und Anwendungen. 5. Die öffentliche Meinung und ihre Merkmale. 6. Allgemeine Inhalte der öffentlichen Meinung in ihren neuzeitlichen Gestaltungen. 7. Macht und Machtfaktoren der öffentlichen Meinung. Die öffentliche Meinung als Faktor des Staatslebens. — Drittes Buch. Besondere Fälle der öffentlichen Meinung. 9. Die öffentliche Meinung und die soziale Frage. 10. Die öffentliche Meinung und der Weltkrieg. 11. Die Zukunft der öffentlichen Meinung. — Namen- und Sachverzeichnis.

VERZEICHNIS DER IN DER ENZYKLOPÄDIE ERSCHEINENDEN BEITRÄGE

*Die mit einem * versehenen Beiträge sind bereits erschienen*

I. Rechtsphilosophie

- *1. Rechtsphilosophie 2. Aufl. Prof. Dr. Max Ernst Mayer †, Frankfurt a. M.
- 1a. Einführung in die Rechtstheorie Prof. Dr. E. v. Hippel, Rostock

II. Rechtsgeschichte

- *2. Römische Rechtsgeschichte und System des
Römischen Privatrechts Prof. Dr. Paul Jörs †, Wien
- *3. Römischer Zivilprozeß Prof. Dr. Leopold Wenger, Wien
- 4. Deutsche Rechtsgeschichte Prof. Dr. A. Zycha, Bonn a. Rh.
- *5. Grundzüge des deutschen Privatrechts . . Prof. Dr. Hans Planitz, Köln a. Rh.
- *6. Rechtsentwicklung in Preußen 2. Aufl. . . Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Hamburg

III. Zivilrecht und Zivilprozeß

- *7. Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil 3. Aufl. Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas v. Tuhr †,
Zürich
- *8. Recht der Schuldverhältnisse 3. Aufl. . . . Prof. Dr. Heinrich Titze, Berlin
- *9. Sachenrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Julius v. Gierke, Göttingen
- *10. Familienrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Heidelberg
- *11. Erbrecht 2. Aufl. Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen
- *12. Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht
2. Auflage Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl Heinsheimer,
Heidelberg
- *13. Privatversicherungsrecht Prof. Dr. W. Schmidt-Rimpler, Breslau
- *14. Urheber- und Erfinderrecht 2. Aufl. . . . Geh. Rat Prof. Dr. Philipp Allfeld, Erlangen
- *15. Internationales Privatrecht Prof. Dr. Karl Neumeyer, München
- 16. Einwirkungen des Friedensvertrages auf die
Privatrechtsverhältnisse Prof. Dr. Josef Partsch †, Berlin
(fällt aus)
- *17. Zivilprozeßrecht Prof. Dr. James Goldschmidt, Berlin
- *18. Konkursrecht Prof. Dr. E. Bley, Greifswald
- *19. Freiwillige Gerichtsbarkeit 2. Aufl. Prof. Dr. Friedrich Lent, Erlangen

IV. Strafrecht und Strafprozeß

- 20. Strafrecht Prof. Dr. Eduard Kohlrausch, Berlin
- *21. Strafprozeßrecht Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl v. Lilienthal †,
Heidelberg
- 22. Kriminalpolitik Prof. Dr. Ernst Rosenfeld, Münster i. Westf.
- *22a. Preßrecht Prof. Dr. H. Mannheim, Berlin