

Das Preußische Erbrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals in den Jahren von 1836 bis 1865

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät der Universität Potsdam

vorgelegt von

Matthias Ruschel

Dekan: Prof. Dr. Christian Bickenbach

Erstgutachter: Prof. Dr. Stefan Chr. Saar
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
und Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Luther

Disputation: Mittwoch, d. 10. Juli 2019, 17.00 Uhr
Universität Potsdam, Juristische Fakultät,
August-Bebel-Str. 89, Haus 1, Raum 207

Online veröffentlicht auf dem
Publikationsserver der Universität Potsdam:
<https://doi.org/10.25932/publishup-52779>
<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-527798>

**Das Preußische Erbrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1833
bis 1865**

I. Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	32
1.1 Bedeutung und Kritik am Allgemeinen Landrecht	34
1.2 Zu den Auswirkungen des Allgemeinen Landrechts auf die preußische Rechtspflege und Rechtsprechung	38
1.3 Erbrecht aus rechtshistorischer Sicht und als Rechtsgebiet	41
1.4 Gegenstand der Untersuchung	44
2. Die Entstehung des ALR und des Berliner Obertribunals	46
2.1 Zur Entstehung des Allgemeinen Landrechts	47
2.2. Gesetzesbegriff und Stellung der Richterschaft im spätabolutistischen Preußen	52
2.3. Zivilprozessrecht und Prozessordnung	57
2.4. Aufbau und Wirken des Obertribunals	62
2.4.1 Gründung und Etablierung des Obertribunals	63
2.4.2 Aufstieg des Obertribunals zum höchsten Preußischen Gericht	66
2.4.3 Das Obertribunal am Beginn des 19. Jahrhunderts bis zu seiner Auflö- sung	68
3. Das Erbrecht im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten	70
3.1 Die Erbschaft und die Rechtsposition des Erben	72
3.1.1 Annahme	76
3.1.2 Entsagung	80
3.1.3 Verlust der Erbschaft aufgrund Erbunwürdigkeit	82
3.2 Erbfolge	83
3.2.1 Die testamentarische Erbfolge	86
3.2.1.1 Zum Verhältnis von Testament und Codicill	86
3.2.1.2 Zum Verhältnis von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge	88

3.2.2	Formelle Voraussetzungen einer letztwilligen Verfügung von Todeswegen	89
3.2.2.1	Gerichtliche Testamente	92
3.2.2.2	Außergerichtliche Testamente	97
3.2.2.3	Privilegierte Testamentsformen	100
3.2.3	Zum materiellen Inhalt letztwilliger Verfügungen	103
3.2.4.	Erbverträge	107
3.3	Die gesetzliche Erbfolge	111
3.3.1	Intestaterbfolge aufgrund von Blutsverwandtschaft	114
3.3.2	Intestaterbfolge aus anderen Gründen	114
3.4	Das Pflichtteilsrecht	116
3.4.1	Rechtshistorische Grundlagen	116
3.4.2	Das Pflichtteilsrecht im Allgemeinen Landrecht	118
3.4.3	Der Kreis der Pflichtteilsberechtigten	120
3.4.4	Die Höhe des Pflichtteils	122
3.4.5	Entzug des Pflichtteils	123
3.5	Der Erbschafts Kauf	126
3.5.1	Rechtshistorische Einordnung des Erbschaftskaufes	127
3.5.2	Gesetzessystematische Einordnung des Erbschafts Kauf	128
3.5.3	Kaufgegenstand und Rechtswirkungen des Erbschaftskaufs	130
4.	Entscheidungen des Obertribunals auf dem Gebiet des Erbrechts	132
4.1	Die Erbschaft	132
4.1.1	Entscheidung vom 13.08.1836 - Erbe ohne Vorbehalt	132
4.1.2	Entscheidung vom 23.11.1846 - Bewahrung der Beneficialerben-Qualität	141
4.1.3	Entscheidung vom 01.11.1842 - Erbschaftsentsagung unter einer Bedingung	145
4.1.4	Entscheidung vom 23.01.1854 - Form der Erbschaftsentsagung	150
4.1.5	Entscheidung vom 09.06.1856 - Verhinderung des Widerrufs eines Testaments	154
4.1.6	Entscheidung vom 13.01.1865 - Vererblichkeit der Injurien-Klage	161

4.2. Die Erbfolge	168
4.2.1 Entscheidung vom 17.10.1842 - Erbeinsetzung in Codicillen	168
4.2.2 Entscheidung vom 04.12.1844 - Erbeinsetzung von Notherben	175
4.2.3 Entscheidung vom 24.11.1851 - Zum Wesen der Erbeinsetzung	181
4.2.4 Entscheidung vom 14.06.1852 - Juristische Persönlichkeit einer Stiftung	185
4.2.5 Entscheidung vom 29.11.1858 - Erbeinsetzung einer Stiftung	193
4.2.6 Entscheidung vom 13.07.1864 - Besitztittels eines Erbschaftsbesitzers	202
4.3 Die Testamentarische Erbfolge	207
4.3.1 Entscheidung vom 16.05.1836 - Holographisches Testament	208
4.3.2 Entscheidung vom 05.04.1836 - Form der Testamente	213
4.3.3 Entscheidung vom 21.12.1848 - Testamentsformen	217
4.3.4 Entscheidung vom 05.03.1851 - Verwandtschaftsverhältnis zwischen Richter und Testator	224
4.3.5 Entscheidung vom 24.01.1849 - Legat einer fremden Sache	231
4.3.6 Entscheidung vom 27.03.1857 - Erbeinsetzung und Quotenlegat	235
4.4 Erbfolge auf Grund Erbvertrags	240
4.4.1 Entscheidung vom 27. Mai 1847 - Form von Erbverträgen	240
4.4.2 Entscheidung vom 02. Juni 1856 - Unerlaubte Bedingung - Ehelosigkeit	249
4.5 Das Pflichtteilsrecht	260
4.5.1 Entscheidung vom 03.01.1852 - Zur Ermittlung des Pflichtteils	260
4.5.2 Entscheidung vom 01.10.1852 - Zum Umfang des Pflichtteils	268
4.5.3 Entscheidung vom 22.05.1854 - Zur Beitragspflicht der Legatäre zum Pflichtteil	275
4.5.4 Entscheidung vom 27. Juni 1856 - Enterbung aus guter Absicht	283
4.6 Der Erbschafts Kauf	293
4.6.1 Entscheidung vom 15. April 1858 - Der Begriff eines Erbschaftskaufs	293
4.6.2 Entscheidung vom 07. Mai 1838 - Erbtheil. Kauf. Cession. Erbschafts Kauf	299

5. Zusammenfassung	306
5.1 Das Wirken des Obertribunals aus rechtspolitischer Sicht	306
5.2 Zur Auslegungspraxis des Obertribunals	308
6. Entscheidungsregister	311

II. Quellen- und Literaturverzeichnis

1. Rechtsquellen und Gesetzessammlungen

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten. Erster Theil. Prozessordnung. Erste unveränderte mit dem Abdruck der letzt vorhergehenden vom Jahre 1816 wörtlich übereinstimmenden Auflage. Berlin 1822
(zitiert: A.G.O., Theil, Tit., §).

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, zweiter und dritter Theil. Verfahren in nicht streitigen Angelegenheiten. Pflichten der Justizbeamten. Vierter Theil. Neuere Bestimmungen. Amtliche Ausgabe. Berlin 1855
(zitiert: A.G.O., Theil, Tit., §).

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 / mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günter Bernert, 2. erweiterte Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994

Corporis Constitutionum Marchicarum. Derer in der Chur- und Marck Brandenburg, auch incorporirten Landen, ergangenen Edicten, Mandaten, Rescripten, etc von 1748 bis 1750. Mylius, Christian Otto
1737, Berlin und Halle
(zitiert: *Mylius*, C.C.M., Const., Nr. Sp.)

Corpus Constitutionum Marchiarum, oder Königl. Preußis. und Churfürstlich Brandenburgische in der Chur- und Marck Brandenburg, auch incorporierten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta etc., von Zeiten Friedrichs, Kurfürst von Brandenburg. Mylius, Christian Otto.
1734, 1737, Berlin und Halle
(zitiert: *Mylius*, C.C.M., Th., Abt., Nr., Sp.)

Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten. Enthält die Verordnungen vom 4. Januar bis 14. Dezember 1833., nebst 3 Verordnungen aus dem Jahre 1832. (Von Nr.1402 bis Nr.1493). Berlin 1833.

(zitiert: Gesetzessammlung, S.)

Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Band 5, 22, 41, 42. Kamptz, Karl Albert Heinrich von
Berlin 1823, 1833 -1845

(zitiert: *Suarez* in: Kamptz'sche Jahrb., Bd., S.)

Justiz-Ministerial-Blatt für die Preußische Gesetzgebung und Rechtspflege. Herausgegeben im Bureau des Justiz-Ministerium, zum Besten der Justiz-Offizianten-Wittwen-Kasse. Berlin 1844, 1845

(zitiert: Justiz-Ministerial-Blatt, Jahrgang, S.)

Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum, Oder Neue Sammlung Königl. Preußl. und Churfürstl. Brandenburgischer, sonderlich in der Chur- und Marck-Brandenburg, Wie auch andern Provintzien, publicirten und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten, Rescripten ... Vom Anfang des Jahrs 1751 und folgenden Zeiten ...

- Zu Berlin und auswärtigen Orten zu bekommen, bey den Factoren der Königl. Preußischen Academie der Wissenschaften, 1753-1822, Berlin

(zitiert: N.C.C., Band, Nr., Sp.)

Projekt des Codicis Fridericiani Marchici, oder eine nach Sr. Königl. Majestät von Preussen Selbst vorgeschriebenem Plan entworffene Kammer=Gerichtsordnung, nach welcher Alle Processe in einem Jahr durch drey Instanzen zum Ende gebracht werden sollen und müssen. Nebst dem Project einer Sportul-Ordnung und eines Puillen Collegii, Neue, verbesserte und mit den neuesten königlichen Verordnungen vermehrte Auflage. Berlin 1749

(zitiert: Cod.Fri.Mar., Th., Titel, §)

Systematisches Repetitorium in der Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten enthaltenen und noch geltenden Verordnungen, welche das All-

gemeine Landrecht, die Allgemeine-Gerichtsordnung, die Criminal-, Deposit- und Hypotheken-Ordnung abändern oder ergänzen. Zusammengestellt von F. Rendschmid. Breslau 1855

(zitiert: Systematisches Repetitorium, S.)

Verordnung vom 21. Juli 1846, über das Verfahren in Civil-Prozessen, Berlin 1847.

2. Entscheidungen und Entscheidungssammlungen

Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechts-Anwälte des königlichen Obertribunals, herausgegeben von den Ober-Tribunals-Rechts-Anwälten und redigiert von Theodor Striethorst, Berlin 1854

(zitiert: Archiv für Rechtsfälle, Bd.,S.)

Central-Blatt für Preußische Juristen. Jahrgang 7, 1843. Redigiert von Stratz, K.F.H.. Berlin 1837 – 1843

(zitiert: Central-Blatt für Preußische Juristen, Jahrg. 1843, S.)

Entscheidung des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von August Heinrich Simon und Heinrich Leopold von Strampff, Band 1-76, Berlin 1837-1876

(zitiert: Entscheidungen des Obertribunals, Bd., S.)

Entscheidung des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von Selgio, Ulrich und Rintelen, Band 10, Berlin 1845

(zitiert: Entscheidungen des Obertribunals, Bd., S.)

Die Präjudizien des Geheimen Ober-Tribunals, seit ihrer Einführung im Jahre 1832 bis zum Schlusse des Jahres 1848, nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet, und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, herausgegeben von Kuhlmyer, Selgio und Wilke, I., Berlin 1849

(zitiert: Präjudiziensammlung, S.)

Rechtsprüche der preußischen Gerichtshöfe mit Genehmigung Ihrer Excellenzen der herren Justiz-Minister herausgegeben von *A.H. Simon* und *H.L. v. Strampff*, Band I-V, 1834-1836, Berlin
(zitiert: Simon, Rechtsprüche, Bd., S.)

3. Literaturverzeichnis

Abegg, Julius Friedrich Heinrich, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, Breslau 1848
(zitiert: Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S.)

Albrecht, Matthias, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794. Eine Studie zum Gesetzesbegriff und zur Rechtsanwendung im späten Naturrecht in: Schriften zur Preußischen Rechtsgeschichte, Jörn Eckert (Hrsg), Band 2
Frankfurt a.M. u.a. 2004
(zitiert: Albrecht, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794, 2004, S.)

Amelang, Klar, Ludwig, Neues Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. Berlin 1800 f.
(zitiert: Amelangs, Neues Archiv, Bd.,S.)

Amend-Traut, Anja, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihr Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte. Erweiterte und schriftliche Fassung der am 28. November 2007 an der Göthe-Universität zu Frankfurt am Main gehaltenen Antrittsvorlesung. In: Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsordnung. Heft 36. S.1-32. Herausgegeben von Gesellschaft für Reichskammergerichtsordnung e.V. Wetzlar 2008
(zitiert: Amend-Traut, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihr Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte, 2008, S.)

Anonymus Über das Rechtsverhältnis des Beneficial-Erben in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger in: Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, hrsg. von Gruchot, Julius Albert, Jahrgang 1, S.169-191, 1857 Hamm/Berlin

(zitiert: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, S.)

Armbrüster, Cristian, Deutschrechtliche Exegese: Zum Erbrecht des Sachsenspiegels in: JuS 2006, S.1113-1119.

(zitiert: Armbrüster, JuS 2006, S.)

Arndts von Arnesberg, Karl Ludwig, Lehrbuch der Pandecten. Buch 5, 9. Auflage. Stuttgart 1877

(zitiert: Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 1877, S.)

Avenarius, Ludwig, Der Erbschafts Kauf im römischen Recht. Leipzig 1877

(zitiert: Avenarius, Der Erbschafts Kauf im römischen Recht, 1877, S.)

Baron, Julius, Pandekten. 9. Auflage Leipzig 1896

(zitiert: Baron, Pandekten, 1896, S.)

Barzen, Carola, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht in: Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts - Trierer Symposion zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez. S.87-99 Hrsg. Walther Gose und Thomas Würtenberger. Trier 1999

(zitiert: Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.)

Beckhaus, Friedrich Wilhelm Conrad, Grundzüge des gemeinen Erbrechts. Band 1 - Die Einleitung in das Erbrecht und die Lehre von der Delation der direkten Erbfolge. Jena 1860

(zitiert: Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1860, S.)

Beseler, Georg, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Band 1: Allgemeiner Theil. Das gemeine Landrecht, 3. Auflage. Berlin 1873

(zitiert: Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd., S.)

Beseler, Georg, Die Lehre von den Erbverträgen, Zweiter Theil, Erster Band: allgemeiner Theil; der Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen. Göttingen 1837

(zitiert: Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1837, Bd., S.)

Bielitz, Gustav, Alexander, Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten. Dritter Band, welcher die Erläuterungen des zwölften, dreyzehnten, vierzehnten, fünfzehnten, sechzehnten und siebenzehnten Titels des ersten Theils enthält. Erfurt 1825; Fünfter Band, welcher die Erläuterungen der fünf ersten Titel des zweiten Theils enthält. Erfurt 1828

(zitiert: Bielitz, Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten, 1828, Bd., S.)

Blume, Wilhelm von, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts. Göttingen 1892

(zitiert: Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.)

Bluntschli, Johann Caspar, Deutsches Privatrecht, Band 2. Berlin 1854

(zitiert: Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.)

Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, sechster Band, enthaltend das Erbrecht, und die Lehre von Familien-Stiftungen und Fideicommissen, Berlin 1839

(zitiert: Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.)

Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig, Artikel „Obertribunal“ in: Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaft und Künste in alphabetischer Folge von genannten Schriftstellern bearbeitet, hrsg. von Ersch, Johann Samuel; Gruber, Johann

Gottfried; Dritte Section O-Z, S.144-148, hrsg. von Meier, Moritz, Hermann, Eduard; von Kamptz, Ludwig, Florus; Leipzig 1830

(zitiert: Bornemann, Allgemeine Encyclopädie, 3. Sec., 1. Theil, S.)

Braun, Johann, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 2, 4. Auflage. Hrsg. von Krüger, Wolfgang und Rauscher, Thomas. München 2012

(zitiert: Braun, Band 2, §, Rn.)

Bulling, Sandra Michaela, Die zivilrechtliche Erwachsenenfürsorge des 19. Jahrhunderts. Eine historische Untersuchung zu den Vorläufern des heutigen Betreuungsrechts. Schriftenreihe Rechtsgeschichtliche Studien, Band 58. Hamburg 2013

(zitiert: Bulling, Die zivilrechtliche Erwachsenenfürsorge des 19. Jahrhunderts, 2013, S.)

Cäsar, Ferdinand, Der preussische Civil-Prozeß oder praktische Anleitung für preussische Juristen zu Verhandlungen im summarischen-, Bagatell- und Mandats-Prozesse. Halle 1845

(zitiert: Cäsar, Der Preußische-Zivilprozess, 1845, S.)

Coing, Helmut, Handbuch der Quellen der Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte Dritter Band – Das 19. Jahrhundert Zweiter Teilband – Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht. München 1982

(zitiert: Bearbeiter in: Coing, Bd., Teilbd., S.)

Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 2 – Neuzeit bis 1806. Karlsruhe 1966

(zitiert: Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, 1966, Bd., S.)

Crelinger, Friedrich Ludwig, System des preußischen Erbrechts mit vergleichender Hinweisung auf das römische und gemeine Erbrecht; nebst einem Anhang den Erbschafts-Stempel betreffend, Breslau 1834

(zitiert: Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.)

Delbrück, Berthold, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853

(zitiert: Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, 1853, S.)

Dernburg, Heinrich, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs , 5., neu bearb. Aufl. , Halle a. S. 1894

(zitiert: Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Privatrechts Preußens und des Reichs, 1894, S.)

Dernburg, Heinrich, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs. Dritter Band, 4. neu bearbeitete Auflage. Halle a. S. 1896

(zitiert: Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.)

Dernburg, Heinrich, Pandekten, dritter Band: Familien- und Erbrecht, dritte und verbesserte Auflage, Berlin 1892

(zitiert: Dernburg, Pandekten, 1892, S.)

Dilcher, Gerhard, Artikel „Kammergericht, preußisches“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, II.Band, Sp.580-584, hrsg. Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard, Berlin 1990

(zitiert: Dilcher, HRG, II. Bd., Sp.)

Dietrich, Rudolf, Die politischen Testamente der Hohenzollern, Köln 1986.

(zitiert: Rudolf, Die politischen Testamente der Hohenzollern, 1986 , S.)

Döhring, E., Artikel „Obertribunal“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, III.Band, Sp.1168-1169, hrsg. Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard, Berlin 1990

(zitiert: Döhring, Artikel „Obertribunal“ 1990, HRG, III. Bd., Sp.)

Eckardt, Karl, August, Die Gesetze des Karolingerreiches: 714-911. 2. Bearbeitung. Weimar 1953

(zitiert: Eckardt, Die Gesetze des Karolingerreiches, 1953, Titel)

Eckardt, Karl, August, Lex Salica: 100 Titel-Text. Weimar 1953

(zitiert: Eckardt, Lex Salica)

Eckert, Jörn, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein – Friedrich der Große und die Preußische Justizreform in: 10 Jahre Brandenburgisches Oberlandesgericht – Festschrift zum 10jährigen Bestehen, S.19-39. Hrsg. von Calvée, Klaus-Christoph, Kahl, Wolf und Pisal, Ramona, Baden-Baden 2003.

(zitiert: Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.)

Eckert, Jörn, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts in Theorie und Praxis in: Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts - Trierer Symposion zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez. S.39-54. Hrsg. Walther Gose und Thomas Würtenberger, Trier 1999

(zitiert: Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.)

Eckert, Jörn, Artikel „Allgemeines Landrecht (Preußen)“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, I.Band. Hrsg von Erler, Adalbert und Kaufmann, Ekkehard, Berlin 1990

(zitiert: Eckert, HRG, I. Bd., Sp.)

Edenhofer, Wolfgang, in: Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, 61., neubearbeitete Auflage. München 2002.

(zitiert: Edenhofer in: Palandt, §, Rn.)

Elvers, Christian Friedrich, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen. Veranlasst durch zwei Gutachten der Kieler und Leipziger Juristenfakultäten gegen

die Rechtsbeständigkeit der Stiftung und Erbeinsetzung des Städelschen Kunstinstituts in Frankfurt am Main. Göttingen 1827

(zitiert: Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, 1827, S.)

Erlar, Adalbert, Artikel „Preußen“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, III. Band. Hrsg. Erlar, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard. Berlin 1990

(zitiert: Erlar, Artikel „Preußen“ 1990, HRG, III. Bd., Sp.)

Erlar, Adalbert, Artikel „Mandatsprozess“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, III. Band. Sp.232-240. Hrsg. Erlar, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard, Berlin 1990

(zitiert: Erlar, HRG, III. Bd., Sp.)

Falk, Ulrich, Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz. 2., unveränderte Auflage.

Frankfurt am Main 1999

(zitiert: Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1999, S.)

Fäber, Mischa, Das gemeinschaftliche Testament in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Allgemeinen Landrecht und zum BGB – Ein Beitrag zur Ablösung der Partikularrechte durch das BGB in: Rechtshistorische Reihe. Hrsg. von H.J. Becker, W. Brauneder, P. Caroni, u.a., Band 167.

Frankfurt a.M. 1997

(zitiert: Färber, Das gemeinschaftliche Testament, 1997, S.)

Forsthoff, Ernst, Vom Geist der Gesetze / Montesquieu. In neuer Übertragung eingeleitet und herausgegeben. Band 2, Tübingen 1951.

(zitiert: Montesquieu, abgedruckt bei Forsthoff, Band, S.)

Francke, Wilhelm, Das Recht der Notherben und Pflichtteilsberechtigten. Eine civilistische Abhandlung. Göttingen 1831

(zitiert: Francke, Das Recht der Notherben und Pflichtteilsberechtigten, 1831, S.)

Frank, Rainer, Erbrecht, 3. Auflage, München 2005

(zitiert: Frank, §, Rn.)

Frantz, Adolf, Der Preußische Civil-Prozess, nach den Gesetzen, Verordnungen, Ministerialverfügungen, Entscheidungen des königl. Obertribunals und mit Berücksichtigung der legislatorischen Materialien. Ein Handbuch für Juristen, auch jeden Beamten und Bürger. Magdeburg 1857

(zitiert: Frantz, Der Preußische Civil-Prozess, 1857, S.)

Frommhold, Georg, Das Erbrecht in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Hrsg. von Biermann, Johannes; Blume, Wilhelm von; Frommhold, Georg; Gareis, Carl; Hubrich, Eduard; Niender, Alexander; Oertmann, Paul Ernst Wilhelm. Berlin, 1900

(zitiert: Frommhold, §, Tz.)

Gans, Eduard, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Band 1 bis 4, Berlin 1825 bis 1835.

(zitiert: Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Jahr, Bd., S.)

Gans, Eduard, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, Berlin 1830.

(zitiert: Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830, S.)

Gärtner, G. Fr., Das Notherben-Recht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im allgemeinen Landrechte in: Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechtes, Band 2, S. 392- 459. Hrsg. von Simon, August, Heinrich und Stampff, Heinrich, Leopold. Berlin 1834

(zitiert: Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.)

Gerber, Carl Friedrich Wilhelm, System des deutschen Privatrechts, 6., verbesserte Auflage, Jena 1858

(zitiert: Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1858, S.)

Glöckner, Hans Peter, Die Positive Vertragsverletzung. In: Rechtshistorische Reihe, herausgegeben von Becker, Brauner, Cordes u.a. Band 302, Frankfurt a.M. 2006

(zitiert: Glöckner, Die Positive Vertragsverletzung, 2006, S.)

Glück, Christian Friedrich von, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Kommentar. Fortgesetzt von *Mühlenbruch, Christian Friedrich*. Erlangen 1838

(zitiert: Bearbeiter in: Glück's Kommentar, 1838, Bd., S.)

Goldammer, Theodor, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und zu dem Gesetze, betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses vom 9. Mai 1855. Berlin 1985

(zitiert: Goldammer, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung, 1855, S.)

Gruchot, Julius Albert, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis. Unter Mitwirkung Praktischer Juristen. 1. Jahrgang. Seite 196 bis 216. Hamm 1857

(zitiert: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.)

Gruchot, Julius Albert, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen, in drei Bänden. Berlin 1865

(zitiert: Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd., S.)

Hagemann, Hand-Rudolf, Artikel „Erbrecht“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Sp.1370-1384, I.Band. Hrsg von Eler, Adalbert und Kaufmann, Ekkehard. Berlin 1990

(zitiert: Hagemann, Artikel „Erbrecht“, 1990, HRG, Bd.,Sp.)

Harke, Jan, Dirk, Römisches Recht – Von der Klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen. München 2008

(zitiert: Harke, Römisches Recht, 2008, §, Rn.,S.)

Hartitzsch, Adolph Karl Heinrich, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten. Leipzig 1827

(zitiert: Hartitzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, 1827, S.)

Hausmaninger, Herbert, Römisches Privatrecht. Gemeinsam herausgegeben mit Selb, Walter. 9., völlig neu bearbeitete Auflage. Wien 2001

(zitiert: Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.)

Hattenhauer, Hans, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik in: Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts - Trierer Symposion zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez. S.101-125. Hrsg. Walther Gose und Thomas Würtenberger. Trier 1999

(zitiert: Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.)

Hattenhauer, Hans, Das ALR im Widerstreit der Politik in: Kodifikation gestern und heute – Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten – Vorträge und Diskussionsbeiträge der 62. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1994 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. S. 27-51. Hrsg. von Detlef Merten und Waldemar Schreckenberger. Berlin 1995

(zitiert: Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.)

Herzfelder, Felix, „Erbrecht“ in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Hrsg. von Julius von Staudinger in gemeinschaft mit Theodor Löwenfeld, Philipp Mayring, Karl Kober, Theodor Engelmann, Felix Herzfelder, Joseph Wagner, fünfter Band. München 1902

(zitiert: Herzfelder, „Erbrecht“ in; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §, Tz., S.)

Hiersemenzel, Karl Christian Eduard, Ergänzungen und Erläuterungen zum allgemeinen Landrecht: Mit Ausschluß des Staatsrechts. Erster Theil. Zu Theil I. Tit. 1 bis 11. Berlin 1854

(zitiert: Hiersemenzel, Ergänzungen und Erläuterungen zum allgemeinen Landrecht, 1854, S.)

Hilgenstock, Christopher, Die Anwendung des Allgemeinen Landrechts in der richterlichen Praxis - Sentenzen des Oberappellationssenats des preußischen Kammergerichts in den Jahren 1804 bis 1810 in: Schriften zur Preußischen Rechtsgeschichte. Band 6. Hrsg. von Jörn Eckert, fortgeführt von Stefan Christoph Saar. Frankfurt a.M. 2009.

(zitiert: Hilgenstock, Die Anwendung des Allgemeinen Landrechts in der richterlichen Praxis, 2009, S.)

Hillebrand, Julius Hubert, Deutsche Rechtssprichwörter, gesammelt und erläutert. Zürich 1858.

(zitiert: Hillebrand, Nr., S.)

Hinz, Hans-Martin, Artikel „Mandatsprozess“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Sp.232-240, III.Band. Hrsg von Erler, Adalbert und Kaufmann, Ekkehard. Berlin 1984

(zitiert: Hinz, Artikel „Mandatsprozess“, 1984, HRG, Bd.,Sp.)

Hirsch, Mirco, Peter, Von der Erbbescheinigung des Preußischen Rechts zum Erbschein des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Historische Entwicklung und höchstrichterliche Rechtsprechung. In- Rechtshistorische Reihe. Band 288. Hrsg. von Becker/Brauneder/Caroni/Cordes u.a. Frankfurt a.M. 2004

(zitiert: Hirsch, Von der Erbbescheinigung des Preußischen Rechts zum Erbschein des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2004, S.)

Hocevar, Rolf K., Hegel und der Preußische Staat: ein Kommentar zur Rechtsphilosophie von 1821. Mit einem Geleitwort von Hans Maier. München 1973

(zitiert: Hocevar, Hegel und der Preußische Staat, 1973, S.)

Holtze, Friedrich, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, Dritter Theil: Das Kammergericht im 18. Jahrhundert und Vierter Theil: Das Kammergericht im 19. Jahrhundert. Veröffentlichungen des Vereins für die Geschichte der Mark Brandenburg, Berlin 1891/1904
(zitiert: Holtze, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, Jahr, Theil, S.)

Holtze, Friedrich, 500 Jahre Geschichte des Kammergerichts: zum 500jährigen Jubelfeste des Gerichtshofes und zur Feier seines Einzuges in das neue Heim am Kleistpark in: Schriften des Vereins für die Geschichte Berlins, Band XLVII, S.1-247. Hrsg. Verlag des Vereins für die Geschichte Berlin. Berlin 1913
(zitiert: Holtze, 500 Jahre Geschichte des Kammergerichts, S.)

Hucko, Elmar, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten in: NJW 1994, Seite 1449–1453.
(zitiert: Hucko in: NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S.)

Hymmen, Johann Wilhelm Bernhard von, „Fortgesetze Geschichte des Cammergerichts zu Berlin, mit untermischten Nachrichten von der preussischen Justizverfassung“ in: Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten -Eine periodische Schrift, zweite Sammlung, nebst einem Kupferbildnis des Großkanzlers Freiherrn von Cocceji, S.246-286. Hrsg. von Christian Friedrich Voß und Sohn. Berlin 1780
(zitiert: Hymmen´s Beiträge, 2. Sammlung, S.)

Hymmen, Johann Wilhelm Bernhard von, „Geschichte des hiesigen Tribunals“ in: Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten - Eine periodische Schrift, Sechste Sammlung, nebst einem Kupferbildnis des ersten Tribunalspräsidenten Eusebius von Brand, S.225-286. Hrsg. von Christian Friedrich Voß und Sohn. Berlin 1780
(zitiert: Hymmen´s Beiträge, 6. Sammlung, S.)

Jakubezky, Karl, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. München 1892
(zitiert: Jakubezky, S.)

Jauering, Othmar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 14., neuberarbeitete Auflage. München 2011
(zitiert: Bearb. in: Jauering, BGB, §, Rn.)

Kalisch, Mauritius, Rechtliche Beurtheilung des Commerzienrath J. Fränckelschen Testaments. Berlin 1857

Kant, Imanuel, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf. Frankfurt und Leipzig 1796.
(zitiert: Kant, Zum ewigen Frieden, S.)

Kirchmann, Julius von, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Ein Vortrag, 1848 gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, S.9-33. Hrsg. Anton Schäfer, Dornbirn, Österreich 2003.
(zitiert: Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 2003, S.)

Keller, Friedrich Ludwig, Pandekten, 2. Auflage, Band 2, Leipzig 1866.
(zitiert: Keller, Pandekten, 1866, Band, S.)

Keller, Friedrich Ludwig, Über die Litis contestation und Urtheil nach classischem römischen Recht. Zürich 1827.
(zitiert: Keller, Über die Litis contestation, S.)

Koch, Christian Friedrich, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten – Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, Kommentar mit Anmerkungen. Erster Theil, erster Band, vierte, vermehrte Auflage. Berlin 1870/1886
(zitiert: Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd., S.)

Koch, Christian Friedrich, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis mit Beispielen
Band 1: Die gerichtlichen Klagen und Einreden, Berlin 1860

(zitiert: Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd.1, S.)

Koch, Christian Friedrich, Das Recht der Forderungen nach Gemeinen und nach
Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-
dogmatisch dargestellt. Zweiter Band, enthaltend die Lehren von den Personen
in einer Obligation, von den Entstehungsgründen und von der Aufhebung der
Obligationen (Korrealobligation, Verträgen ((dabei von der Gewährleistung)),
einseitigen, erlaubten und unerlaubten Handlungen, Zahlung, Deposition, Kom-
pensation, Erlaß, Verjährung, Unmöglichkeit der Erfüllung, Wiedereinsetzung in
den vorherigen Stand (actio Paulina)). Berlin 1859

(zitiert: Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.)

Koch, Christian Friedrich, Das Preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen
Rechte entwickelt, Berlin 1866.

(zitiert: Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.)

Koch, Christian Friedrich, Der preußische Civil-Prozeß, zweite vermehrte und verb-
besserte Ausgabe, Berlin 1855.

(zitiert: Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.)

Koch, Christian Friedrich, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts,
Band 1, 3. Auflage. Berlin 1857.

(zitiert: Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, S.)

Korsch, L.D., Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im preußischen Civil-
Prozesse in: Preußische Anwalts-Zeitung. Wochenschrift für die Rechtspflege
und für die Interessen des Anwaltsstandes, S. 233-237. Hrsg.: Franz Hinschi-
us/Paul, Hinschius. Erster Jahrgang. Berlin 1862.

(zitiert: Korsch, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im preußischen Ci-
vil-Prozesse, 1862, S.)

Köppen, Karl Friedrich Albert, Die Erbschaft: Eine civilistische Abhandlung. Berlin 1856

(zitiert: Köppen, Die Erbschaft: Eine civilistische Abhandlung, 1856, S.)

Köppen, Karl Friedrich Albert, System des heutigen römischen Erbrechts, Jena 1864

(zitiert: Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, 1864, S.)

Köppen, Karl Friedrich Albert, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895

(zitiert: Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895, S.)

Krause, Peter, Wege zum Gesetzestext – zur vernünftigen Grundlegung gesetzgeberischer Entscheidung in: Aufklärung und Gesetzgebung – 200 Jahre Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten – Eine Dokumentation von Walter Gose und Peter Krause, Ausstellungskataloge Trierer Bibliotheken Nr.17. Hrsg. von der Stadtbibliothek und Universitätsbibliothek Trier Trier 1988

(zitiert: Krause, Wege zum Gesetzestext, 1988, S.)

Kreisrichter M. aus K., Über das beneficium inventarii. Allgemeines Landrecht, Th.1. Tit.9. § 427. in: Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 1, hrsg. von Schering, Berlin 1861

(zitiert: Kreisrichter M. aus K., Über das beneficium inventarii, S.)

Kurlbaum, Unerlaubte Bedingungen bei Erbverträgen in: Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts durch Theorie und Praxis. Unter Mitwirkung mehrerer praktischer Juristen herausgegeben von Gruchot, Julius Albert. Dritter Jahrgang. Seite 215 - 220. Zweiter 1861 veranlasster Abdruck. Hamm.

(zitiert: Kurlbaum, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts, 1861, Bd.3, S.)

Laspeyres, Ernst Adolf Theodor, Die Reception des Römischen Rechts in der Mark Brandenburg und die Preußische Gesetzgebung vor König Friedrich II. in: Zeit-

schrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Band 6, Seite 1-91. Hrsg. von Reyscher, August Ludwig; Wilda, Wilhelm Eduard
Leipzig, 1841

(zitiert: Laspeyres, Die Reception des Römischen Rechts in der Mark Brandenburg, 1841, S.)

Laufs, Adolf, Rechtsentwicklung in Deutschland. 6. überarbeitete und erweiterte Auflage. Berlin 2006

(zitiert: Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.)

Litewski, Wiesław, Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, Band 5 - Privatrecht, D. Obligationen Recht, E. Erbrecht. Gesamttitel: Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellonskiego, 826, Parce prawnicze Zeszyt 121, 1987

(zitiert: Litewski, Landrecht des Herzogtums Preußen, 1987, S.)

Mund, Wiebke, Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879 in: Schriften zur Preußischen Rechtsgeschichte. Band 5. Hrsg. von Jörn Eckert, fortgeführt von Stefan Christoph Saar. Frankfurt a.M. 2008

(zitiert: Mund, Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879, 2008, S.)

Muscheler, Karlheinz, Der Erbschafts Kauf in: Rheinische Notar-Zeitschrift, Jahrg. 2009, Heft 3, S.65-79. Bochum 2009

(zitiert: Muscheler, RNotZ 2009, Der Erbschafts Kauf, S.)

Mühlenbruch, Christian, Friedrich, Simon, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls. Nebst einer Einleitung über das Verhältnis der Theorie zur Praxis. Halle 1828

(zitiert: Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls, 1828, S.)

Mühlenbruch, Christian, Friedrich, Simon, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Nach der dritten Auflage der Doctrina Padectarum, Theil 3, Halle, 1837

(zitiert: Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 1837, 3. Theil, §, S.)

Nielsen, Eike, Ehe, väterliche Gewalt und Testierfreiheit in „weltgeschichtlicher Entwicklung“. Dogmatik und Reform des Erb- und Familienrechts bei Eduard Gans (1797 bis 1839) in: Forum Rechtswissenschaften 31. München 2006
(zitiert: Nielsen, Ehe, väterliche Gewalt und Testierfreiheit, 2006, S.)

Piners, 1) Über den Erbschaftserwerb nach Allgemeinem Landrecht. Unzweckmäßigkeit des Gesetzes, 2) Prüfung des im Ministerialblatte Jahrgang 1840 S.3 abgedruckten neuen Gesetzentwurfs, 3) Neue Vorschläge: Abhandlung in: Neues Archiv für preußisches Recht und Verfahren, sowie für deutsches Privatrecht. 9. Jahrgang, zweites Heft, S. 173-181. Hrsg. von Ulrich, K., J.; Sommer, J., F., J. und Boele, Fr., Th.. Arnberg 1843
(zitiert: Piners, Über den Erbschaftserwerb nach Allgemeinem Landrecht, 1843, S.)

Puchta, Georg Friedrich, Lehrbuch der Pandekten, 9. Vermehrte Auflage, Leipzig 1863.
(zitiert: Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1863, S.)

Rabe, Carl, Ludwig, Heinrich, Sammlung Preußischer Gesetze und Verordnungen, welche auf die allgemeine Depostial-, Hyptheken-, Gerichts-, Criminal- und Städte-Ordnung, auf welche das allgemeine Landrecht, auf den Anhang zum allgemeinen Landrechte und zur allgemeinen Gerichtsordnung, auf die landschaftlichen Credit-Reglemts und auf die Provinzial- und Statuar-Rechte Bezug haben, nach Zeitfolge geordnet. Zweiter Band - Enthaltend die Jahre 1790 - 1794, und eine historisch-litterarische Einleitung ins das allgemeine Preußische Recht. Halle und Berlin, 1816. Fünfter Band - Enthaltend die Jahre 1798 und 1799. Halle und Berlin, 1817.
(zitiert: Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze, 1816/1817, Bd., S.)

Roth, P., Über Stiftungen in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutsche Privatrechts. Herausgegeben von Gerber, Karl Friedrich und Jhering, Rudolf. Erster Band. Jena, 1857.

(zitiert: Roth, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen, 1857, S.)

Ritter, Joachim, Metaphysik und Politik: Studien zu Aristoteles und Hegel. 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1988

(zitiert: Ritter, Metaphysik und Politik, 1988, S.)

Rönne, von Ludwig, Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft. Unter Benutzung der Justzministerial-Akten und der Gesetzes-revisions-Arbeiten. Erster Band. Ergänzungen des Allgemeinen Landrechts Theil I. Vierte Ausgabe. Berlin 1858

(zitiert: Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher, 1858, S.)

Schadow, TH., Aktikel „Privilegia de non appellando“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, III. Band, herausgegeben von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1990, Sp. 2011

(zitiert: Schadow, Aktikel „Privilegia de non appellando“ 1990, HRG III. Bd. Sp. 2011)

Savigny, Carl, Friedrich von, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1. Auflage. Heidelberg 1814.

(zitiert: Savigny, Vom Beruf unserer Zeit, 1814, S.)

Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, 6 und 8 Berlin 1840, 1847 und 1849

(zitiert: Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Jahr, Band, S.)

Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band V, 5. Auflage. München 2010

(zitiert: Leipold in: Münchner Komm., Bd.V, §, Rn.)

Scharnweber, Friedrich, Der letzte Wille und der Erbvertrag: Eine civilistische theoretisch-practische Abhandlung mit besonderer Berücksichtigung der unerlaubten

Beding der Ehelosigkeit, deren Begriff, Bedeutung und Wirkung auf die verschiedenartigen Rechtsgeschäfte von Todeswegen. Potsdam 1861

(zitiert: Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.)

Schering, August Ferdinand, Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 und den späteren darüber ergangenen Bestimmungen. Berlin 1843

(zitiert: Schering, Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß, 1843, S.)

Schirmer, Theodor, Handbuch des römischen Erbrechtes, Band 1: Die allgemeinen Lehren und das Intestatrecht. Leipzig 1863

(zitiert: Schirmer, Bd., S.)

Schlosser, Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext. 10. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Heidelberg 2005.

(zitiert: Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 2005, S.)

Schmidt, Carl Adolf, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, Band 1: Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts. Rostock [u.a.] 1853

(zitiert: Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, 1853, S.)

Schmitt, Carl, Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens. Hrsg. von dem Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Hans, Frank. Hamburg 1934

(zitiert: Schmitt, Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S.)

Schmüser, Simone Leona, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft in der Praxis des Königlichen (Geheimen) Obertribunals in der Zeit von 1837 bis 1879

in: Schriften zur Preußischen Rechtsgeschichte. Band 4. Hrsg. von Jörn Eckert, fortgeführt von Stefan Christoph Saar. Frankfurt a.M., 2006

(zitiert: Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.)

Schubert, Werner, Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten Berlin 1820. Kodifikationsgeschichte Zivilprozessrecht. Edition Preußen. Hrsg. von Werner Schubert. Goldbach 1994

(zitiert: Schubert, Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, 1820, S.)

Schultzenstein, Max, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, 2., durch einen Nachträge vermehrte Ausgaben. Berlin/Leipzig 1883

(zitiert: Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, 1883, S.)

Schüler, G., C., Artikel Nr.XII „Gründung einer milden Stiftung durch Testament. Ein Rechtsfall.“ In: Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle mit besonderer Rücksicht auf die Länder des Sächsischen Rechts und die Entscheidungen des Gesamtoberappellationsgerichts zu Jena. Von Ortloff, F.; Weimbach, C.W.F., Schüler, G.C.. S. 421–436. Erster Band.

Jena 1847

(zitiert: Schüler, Gründung einer milden Stiftung durch Testament, 1847, S.)

Sellert, Wolfgang, Artikel „Litis contestatic“ und „Nichtigkeitsklage, Nichtigkeitsbeschwerde“ in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, III. Band, Sp.14-20 und Sp.974-978. Hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann. Berlin 1990

(zitiert: Sellert, Artikel, HRG, III. Bd., Sp.)

Simon, August, Heinrich, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend in: Allgemeine Monatsschrift für die Preußischen Staaten. Hrsg. von Justizkommissarius Mathis. Vierter Abschnitt, 11.Band, drittes Heft, Seite 262-282, September 1811. Berlin 1811

(zitiert: Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.)

Sonnenschmidt, Friedrich, Hermann, Geschichte des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin. Berlin 1879

(zitiert: Sonnenschmidt, Geschichte des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin, 1879, S.)

Stengel, Christian, Ludwig, Neue Beiträge zur Kenntnis der Justizverfassung und der juristischen Literatur in den Preußischen Staaten. Halle 1801

(zitiert: Stengel's Beiträge, 1801, Bd., S.)

Stölzel, Adolf Friedrich, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Band 2. Berlin 1888

(zitiert: Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band, S.)

Sydow, Rudolf von, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsen-
spiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen. Berlin 1828

(zitiert: Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsen-
spiegels, 1828, S.)

Thieme, Hans, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung) 56, 1936. S.202-263.

(zitiert: Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts, 1936, S.)

Thümmel, Otto, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht. Ein Handbuch für den instrumentierenden Richter. Halle 1865

(zitiert: Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.)

Vering, Friedrich Heinrich Theodor Hubert, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. Heidelberg 1861

(zitiert: Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung, 1861, S.)

Vierhaus, Rudolf, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten als Verfassungersatz? in: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext. Hrsg. von Barbara Dölemeyer und Heinz Mohnhaupt. S.1-21. Frankfurt a.M. 1995

(zitiert: Vierhaus, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten als Verfassungersatz?, 1995, S.)

Volkmar, Leopold, Die Erbeinsetzung der Fraenckelschen Stiftungen. Berlin 1857.

(zitiert: Volkmar, S.)

Waldeck, Benedikt Franz Leo, Die Nichtigkeitsbeschwerde als das alleinige Rechtsmittel höchster Instanz mit besonderer Beziehung auf die Preußische Prozess-Gesetzgebung. Berlin 1861

(zitiert: Waldeck, Die Nichtigkeitsbeschwerde, 1861, S.)

Wenck, Karl, Fridrich, Christian, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städel-schen Beerbungsfalls. Leipzig 1828

(zitiert: Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städel-schen Beerbungsfalls, 1828, S.)

Wenzel, Andrea, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810 in: Schriftenreihe zur Preußischen Rechtsgeschichte. Band 3. Hrsg. von Jörn Eckert.

Frankfurt a.M., 2006

(zitiert: Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006, S.)

Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 3. Auflage, München 2006

(zitiert: Wesel, Geschichte des Rechts, 2006, S. ,Rz.)

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. 2. Auflage. Göttingen 1967
(zitiert: Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S.)

Windmüller, Eduard, Rechtliche Beleuchtung der Kommerzienrath Fränckelschen Testamentssache, namentlich in Bezug auf die Gültigkeit der Erbeinsetzung posthumer Stiftungen nach preußischem Recht, unter vergleichender Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Berlin 1859.
(zitiert: Windmüller, Rechtliche Beleuchtung der Kommerzienrath Fränckelschen Testamentssache, 1859, S.)

Zörn, F. Handbuch des preussischen Erbrechts. Berlin 1892
(zitiert: Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.)

Das Preußische Erbrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals in den Jahren von 1836 bis 1865

1. Einführung

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 gilt als eine der bedeutsamsten Naturrechtskodifikationen im Zeitalter des Spätabolutismus die bis in die heutige Zeit zu rechtshistorischen Kontroversen veranlasst.¹ Deshalb und aufgrund des ihm innewohnenden, speziellen Gesetzesverständnisses, ist das Allgemeine Landrecht in besonderer Weise für eine rechtshistorische Untersuchung hinsichtlich der forensischen Auswirkungen die mit einer Gesetzgebung, die beabsichtigt die Jurisprudenz planvoll zu steuern, verbunden sind, geeignet.

Im Mittelpunkt stehen dabei die grundsätzlichen Fragen nach der Bindungsfähig- und Bindungswilligkeit der Rechtsprechung. In wie weit ist es dem Gesetzgeber durch die Formulierung bestimmter Regelungen möglich, die Rechtsprechung, in seinem Sinne zu lenken und wann und unter welchen Voraussetzungen erfolgt gegebenenfalls eine unbewusste oder bewusste Verselbständigung der Spruchpraxis bzw. eine Emanzipation der Richterschaft vom „Willen des Gesetzgebers“?

Die zentralen Fragen nach der Bindungsfähigkeit und der Bindungswilligkeit der Rechtsprechung bauen aufeinander auf und können unterschiedlich beantwortet werden. Damit eine Bindung überhaupt eintreten kann, bedarf es zunächst eines normativen Bezugspunkts in Gestalt eines Gesetzes. Beansprucht der Gesetzgeber das alleinige Gewalt-, insbesondere Rechtssetzungsmonopol, darf er keine über den natürlichen Wortsinn hinausgehende Gesetzesauslegung und –anwendung zulassen. Hierzu ist eine Gesetzgebung erforderlich, die im Grunde jeden denkbaren, insbesondere auch zukünftig auftretenden Lebenssachverhalt erfasst und sprachlich hinreichend präzise regelt. Ziel dieser Art von Gesetzgebung muss es daher sein, Unklarheiten im jeweiligen Gesetz, namentlich im Gesetzeswortlaut, die einen Auslegungsspielraum für die Rechtsprechung eröffnen, auszuschließen oder zumindest auf ein Minimum zu reduzieren.

Neben der legislatorischen Umsetzung ist eine Rechtsprechung erforderlich die streng dem Gesetzeswortlaut folgt. Mithin eine Richterschaft, die nicht unabhän-

¹ Vgl. Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S.1449, (1453).

gig ist und sich nicht emanzipiert, indem vor dem Hintergrund gesetzessystematischer, historischer oder normativer Erwägungen entgegen den natürlichen Wortsinn und somit zugleich gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers, entschieden wird.

Die konkrete Umsetzung dieses Modells von Gesetzgebung und Gesetzesanwendung ist im spätabolutistischen Preußen zu beobachten. Der damalige Gesetzgeber bzw. Souverän – exemplarisch verkörpert in der Person *Friedrichs II.* – beanspruchte die alleinige Rechtssetzungsbefugnis und duldete dementsprechend eine unabhängige, insbesondere rechtsschöpferische und rechtsfortbildende Rechtsprechung im Grunde nicht. Als Mittel zur Durchsetzung der absoluten Rechtssetzungsbefugnis des Souveräns, wurde das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten geschaffen. Zur Anwendung des Landrechts und damit zur konkreten Realisierung des Herrschaftsanspruchs der preußischen Monarchie war die landesherrliche Richterschaft berufen, an deren Spitze das Preußische Obertribunal zu Berlin stand.

Ob es den Verfassern des Landrechts zum einen gelungen ist, dem Anspruch gerecht zu werden, ein Gesetzbuch zu schaffen, das nahezu jeden denkbaren Lebenssachverhalt erfasst und damit den richterlichen Auslegungsspielraum auf ein Minimum reduziert, und ob sich zum anderen das Preußische Obertribunal diesem „Wortlautabsolutismus“ gefügt hat oder ob es ihm gelang sich zu emanzipieren, soll im Folgenden untersucht werden.

1.1 Bedeutung und Kritik am Allgemeinen Landrecht

Der Entwurf sowie die Einführung des Landrechts, waren mehr als ein vom Regelungsbedürfnis bestimmter Lebenssachverhalte veranlasster, mithin eher profaner Gesetzgebungsakt. Vielmehr ist das Landrecht Ausdruck des einerseits von den Ideen der Aufklärung inspirierten, andererseits von einem absolutistischen Herrschaftsverständnis getragenen und dementsprechend konsequent, bisweilen bedingungslos durchgesetzten Gestaltungsanspruchs der preußischen Monarchen.

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 gehört mit dem Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756) und dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (1811) zu den Naturrechtskodifikationen des späten Absolutismus; es enthält aber als einzige Kodifikation eine umfassende Ordnung

nach dem System, das *Samuel Pufendorf* mehr als einhundert Jahre vorher in seinem „*Ius Naturae et Gentium*“ entworfen hatte.² Preußen unternahm den nie wiederholten Versuch, die Gesamtheit der Rechtsordnung in einem einzigen Gesetzbuch zu kodifizieren, das die Züge eines den Gesetzgeber selbst bindenden Grundgesetzes tragen sollte.³

Das Landrecht nimmt nicht nur aufgrund dieser Gesamtstaatsidee, seiner Methodik und Sprache, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht innerhalb der verschiedenen, im Alten Reich und im späteren Kaiserreich geltenden Rechtsordnungen eine herausragende Stellung ein. Preußisches Recht in Gestalt des Allgemeinen Landrechts galt für 21,053 Mio. der im Dezember 1890 gezählten 49,429 Mio gezählten Einwohner – mithin für 42,6 % der Reichsangehörigen.⁴

Allerdings sah sich das Allgemeine Landrecht seit seinem Inkrafttreten am 1. Juni 1794 erheblicher Kritik seitens der zeitgenössischen Jurisprudenz, insbesondere von Vertretern der historischen Rechtsschule, ausgesetzt.

Stellvertretend der für die „Historische Schule“ weithin bestimmenden Kritik am ALR steht die Streitschrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ *Savignys*⁵. Darin kritisiert Savigny speziell am Landrecht:

„ (...) , dass die meisten Bestimmungen des Landrechts weder die Höhe allgemeiner, leitender Grundsätze, noch die Anschaulichkeit des individuellen erreichen, sondern zwischen beiden Endpunkten in der Mitte schweben, während die Römer beide in ihrer naturgemäßen Verknüpfung besitzen.“⁶

² Wesel, *Geschichte des Rechts*, 2006, S.414, Rz.266.

³ Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 2006, S.186. Vgl. § 1, 13.Titel, 2.Theil ALR von 1794 der bestimmt: „Alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten vereinigen sich in dem Oberhaupte desselben.“ und § 2, 13.Titel, 2.Theil ALR von 1794 lautet: „Die vorzügliche Pflicht des Oberhauptes im Staate ist, sowohl die äußere als die innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten, und einen jeden bey dem Seinigen gegen Gewalt und Störung schützen. Ihm kommt es zu, für Anstalten zu sorgen, wodurch den Einwohnern Mittel und Gelegenheiten verschafft werden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden, und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden“, § 3, 13.Titel, 2.Theil ALR von 1794.

⁴ Färber, *Das gemeinschaftliche Testament*, 1997, S.22; Glöckner, *Die Positive Vertragsverletzung*, 2006, S.118.

⁵ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit*, 1814, S. 89 f..

⁶ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit*, 1814, S.90; Vierhaus, *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten als Verfassungersatz?*, 1995, S.15, (21); Hattenhauer, *Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik*, 1999, S.112 (125).

1828 erneuerte Savigny seine Kritik an der dem Landrecht zugrundeliegenden Geisteshaltung als „unglückliche Anwendung Wolfischer Philosophie“.⁷ Auch an den Universitäten blieb die umfangreichste Kodifikation in deutscher Sprache lange unentdeckt.⁸ Als weiterer Kritiker darf Kant nicht unerwähnt bleiben, der sich insbesondere gegen das im Landrecht kodifizierte Adelsprivileg wendete.⁹

Das ALR fand aber auch prominente Befürworter. Zu nennen sind an dieser Stelle Thibaut, der in Hegel einen weiteren namhaften Mitstreiter fand. Indem Hegel die Kritik Savignys zurückwies, stellte er sich zugleich mit „einer Leidenschaft der Parteinahme, die sonst bei ihm selten war, zu Thibaut und seiner Forderung nach einem >allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<“¹⁰ in der Art des ALR.¹¹ Als weitere zeitgenössische Befürworter des ALR sind Achim von Arnim – der Schwager Savignys – und Karl Reichsfreiherr von und zum Stein zu nennen; von Arnim war der Auffassung: „Das Landrecht war für unser Volk in rechtlicher Hinsicht so wichtig wie Luthers Bibelübersetzung.“¹²

Freiherr vom Stein meinte:

„Das Landrecht sanktionierte und bildete aus das Bestehende in einem nicht revolutionierten Lande und scheute selbst Provinzial- und Lokalstatuten, in dem es zu deren Prüfung die Einleitung traf.“

Hinsichtlich der Überarbeitung bemerkte vom Stein anlässlich der Gesetzesrevision:

„Die Revision des Landrechts für die ganze Monarchie unter der Leitung Herrn v. Beymes, unter Einfluss der Herren Daniels, Savigny usw. und eines neuerungssüchtigen Zeitgeistes halte ich für durchaus verderblich.“¹³

⁷ Vierhaus, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten als Verfassungersatz?, 1995, S. S.15,(21).

⁸ Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S.1449,(1453).

⁹ Gemäß § 1, 9. Titel, 2. Theil, ALR; Kant, Zum ewigen Frieden, 1796, S.21,68.

¹⁰ Ritter, Metaphysik und Politik, 1988, S.261.

¹¹ Hocevar, Hegel und der Preußische Staat, 1973, S.15.

¹² Arnim, Schreiben an Friedrich Carl von Savigny als Antwort auf den „Beruf“ vom Jahre 1814, bei: Hattenhauer, Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.113,(125).

¹³ Von und zum Stein, Schreiben an Wilhelm von Humboldt vom 17.Mai 1818, bei: Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.102,(125).

Im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts verschärfte sich die Kritik am ALR.¹⁴ Die Kodifikation des ALR habe die „Gefilde des Rechts“ veröden lassen; sie sei mechanisch, töte die rechtsbildende Kraft der Praxis, entweihe das Recht, verleugne die „ewigen und geschichtlichen“ Rechtsquellen und begünstige „materialistische und revolutionäre und despotische Irrelehren über die Entstehung und das Wesen des Rechts und des Staates.“¹⁵ Zudem wurde dem Landrecht vorgeworfen, veraltet zu sein. *Gans* äußerte sich wie folgt:

*„Warum nach vierzig Jahren ein neues Gesetzbuch nöthig? Weil die Zeit, mit der das Landrecht identisch war, sodass es als das vollkommenste Abbild derselben angesehen werden konnte, längst hinter uns liegt; weil alle ihre Einrichtungen und Gedanken, ihre Philosophie, das was sie für vernünftig und alleinig wahr hielt, uns wie ein Antiquitätenkram vorkommen muss, den die Gegenwart nicht mehr als ihr angemessen betrachten kann.“*¹⁶

20 Jahre später charakterisierte der preußische Landtagsabgeordnete *Gerlach* das Landrecht als gottloses Gesetzbuch, als er schrieb „*das Preußische Landrecht leugnet die Kirche*“.¹⁷

Die Gründung des 2. Deutschen Kaiserreichs im Jahr 1871 und die damit verbundene Verfestigung des Nationalstaatsgedankens, führte zu einer zunehmend positiven Bewertung des Landrechts. So meinte *Dernburg*:

„Es befreite sich hier der deutsche Geist von zahlreichen Rechtsnormen, welche, mit fremden Rechten aufgenommen, ihm gleichwohl fremd und antinational geblieben waren, es brach sich vielen Orts eine aus dem ei-

¹⁴ Vierhaus, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten als Verfassungersatz?, 1995, S. S.15,(21). Bereits im Jahr 1825 wurde der 18.Titel, 2.Theil des ALR, der das Vormundschaftsrecht enthielt einer Revision unterzogen, da es in den Jahren zuvor sehr viele Nachfragen gab und als Antwort darauf sehr viele Erläuterungen und Änderungen erfolgten, vgl. Bulling, Die zivilrechtliche Erwachsenenfürsorge des 19. Jahrhunderts, 2013, S.86.

¹⁵ Vierhaus, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten als Verfassungersatz?, 1995, S. S.15,(21), mit Verweis auf Gerlach, Gesetzbücher in: Außerordentliche Beilage zum Berliner politischen Wochenblatt, Nr.13, 1883, S.81.

¹⁶ Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830, S.12.

¹⁷ Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.119,(125), Fn.23.

genen Sinn des deutschen Volkes entspringende und den modernen Bedürfnissen entsprechende neue Rechtsbildung den Bahn.“¹⁸

Die Bewertung des Landrechts als Gesetzbuch, das dem Geist des Volkes entsprechen habe, der sich lange gegen die liberalen „Ideen von 1789“ und die Auflösung des Ordnungsdenkens gewehrt habe, verdichtete sich in den 1930er Jahren.¹⁹ Allerdings wies *Schmitt* auf die Probleme hin, die der im Landrecht angelegte Gesetzespositivismus in der praktischen Umsetzung mit sich brachte:

„Schon die einfachsten Probleme der Auslegung und Beweiswürdigung mussten einen darüber belehren, dass die Festigkeit und Sicherheit auch der ganz sorgfältig und umständlich geschriebenen Gesetzestexte in sich selbst überaus fraglich blieben. Wortlaut und Wortsinn, Entstehungsgeschichte, Rechtsgefühl und Verkehrsbedürfnisse wirken bei der Festlegung des `zweifellosten` Inhalts des Gesetzestextes, Fragen der Beweiswürdigung und Qualifikation der `Tatsachen` bei der rein juristischen Feststellung des Tatbestandes in der verschiedenartigsten Weise durcheinander.“²⁰

In neuerer Zeit ist ein Wandel in der rechtsgeschichtlichen Beurteilung des Landrechts zu beobachten. 200 Jahre Abstand machen es möglich das Landrecht in seinen historischen Kontext einzuordnen.²¹ Das ALR sei besser als sein Ruf gewesen,²² es stehe als bedeutendste gesetzgeberische Leistung des preußischen aufgeklärten Absolutismus am Ende einer Epoche²³ und gilt als "Grundgesetz des friderizianischen Staates" (H. Conrad), das in Preußen "die gesetzliche Weiche zugunsten einer staatsbürgerlichen Eigentümergeellschaft" (R. Koselleck) gestellt habe.²⁴ Es sei eine imposante Kodifikation, die am Ende des Alten Reiches stünde,²⁵ und die trotz ihrer Schwächen mit Recht als ein großes Denkmal deutscher Rechtskultur sowie

¹⁸ Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Privatrechts Preußens und des Reichs, 1894, S.12.

¹⁹ Schmitt, Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S.44.

²⁰ Schmitt, Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S.34.

²¹ Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S. 1449,(1453).

²² Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.184; Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S.1449,(1453).

²³ Eckert, HRG, Bd.I, Sp.161.

²⁴ Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 2005, S.121.

²⁵ Wesel, Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 2006, S.414, Rz.266.

preußischer Pflichtethik und Sprachkunst verehrt wird.²⁶ Zudem müsse die Sprachleistung gerühmt werden.²⁷

1.2 Zu den Auswirkungen des Allgemeinen Landrechts auf die preußische Rechtspflege und Rechtsprechung

Obgleich die Diskussion über die legislative Bedeutung des Landrechts von der zeitgenössischen Jurisprudenz und über zwei Jahrhunderte intensiv geführt wurde, sind die Erkenntnisse darüber, wie sich die Einführung des Landrechts in der preußischen Rechtsprechung und damit in der Rechtswirklichkeit niedergeschlagen hat, überschaubar.

Über die Auswirkungen die die Einführung des Allgemeinen Landrechts auf die preußische Rechtsprechung hatte, lagen - bis zum Erscheinen der Untersuchungen von *Albrecht*²⁸, *Hilgenstock*²⁹, *Mund*³⁰, *Schmüser*³¹ und *Wenzel*³² - nur wenig Erkenntnisse vor, sodass es insofern bei Spekulationen bleiben musste.³³

Während *Thieme*³⁴ von der österreichischen Entwicklung der Spruchpraxis auf die Preußische schlussfolgerte, dass die im ALR festgeschriebene enge Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut zunehmend lückenhafter wurde und sich die Möglichkeiten für eine richterliche Rechtsfortbildung auch in Preußen eröffneten, beschrieb *Wieacker* das ALR als ein Dokument friderizianischer Staatsbaukunst des europäischen Spätabsolutismus, das jedwede schöpferische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft unterdrückte und die preußischen Richter zu „Subsumtionsau-

²⁶ Hattenhauer, Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.102, (125).

²⁷ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.41, (57).

²⁸ Albrecht, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794, 2004.

²⁹ Hilgenstock, Die Anwendung des Allgemeinen Landrechts in der richterlichen Praxis, 2009.

³⁰ Mund, Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879, 2008.

³¹ Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006.

³² Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006.

³³ Vgl. Albrecht, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794, 2004, S.13; Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006, S.19; Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.53, (54).

³⁴ Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts, 1936, S.262, (263).

tomaten“ degradierte.³⁵ Dem folgend vertrat *Kirchmann* die Auffassung, dass die preußische Gesetzgebung mit bogenlangen, mechanischen Übertragungen beladen und bei den geringsten Versehen voller Gefahren für Publikum und Richter sei.³⁶ Damit wurde auch die Effizienz und Transparenz der preußischen Rechtspflege moniert.

Hinsichtlich des Obertribunals meinte *Holtze*, das Gericht erscheine in den Augen Vieler als eine abhängige, jeden der Wünsche der Regierung gehorsam befolgende Behörde.³⁷ Auch *Eckert* zweifelte daran, dass Preußens Richter eine unabhängige Stellung hatten, die es ihnen erlaubt hätte, es dem ALR für ihre Erniedrigung zum „Gesetzesbüttel“ durch „absprechenden Hochmut und Vernachlässigung“ zurückzuzahlen.³⁸

Mit anderen Worten: die Judikatur des Obertribunals gilt als streng gesetzgebunden bei äußerst geringer Neigung zu freier Rechtsfindung.³⁹

Ob diese Beurteilung der knapp 80 Jahre währenden Rechtsprechung des höchsten preußischen Gerichts gerecht wird, darf vor dem Hintergrund der Untersuchungen,⁴⁰ die ein komplexeres Bild von der Gesetzesanwendung und -auslegung durch das Obertribunal vermittelten bezweifelt werden. Für eine differenzierte Beurteilung der Spruchpraxis des Obertribunals erscheint erforderlich, einzelne Perioden während der Rechtssprechungstätigkeit des Gerichts zu betrachten. Genauso wie sich die Rechtswissenschaft der Kommentierung und Darstellung der Kodifikation öffnete, so tasteten sich auch die Gerichte an eine freiere Rechtsanwendung heran.⁴¹

Einerseits wurde gezeigt, dass das ALR zumindest in den unmittelbar auf seine Einführung folgenden Jahren von der Rechtsprechung „stiefmütterlich“ behandelt wurde, mithin der erhoffte Bruch mit der alten Rechtstradition und eine grundlegende Veränderung der Rechtsprechungstätigkeit durch die Einführung des ALR nicht festzustellen sei.⁴² In diesem Zeitraum scheint das Auslegungsverbot des ALR nachhal-

³⁵ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, S.331; Albrecht, *Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794*, 2004, S.13.

³⁶ Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, S.33, (33).

³⁷ Holtze, *Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen*, 1904, 4.Theil, S.273.

³⁸ Eckert, *Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts*, 1999, S.53, (54).

³⁹ Glöckner, *Die Positive Vertragsverletzung*, 2006, S.117; Döhring, Artikel „Obertribunal“, 1999 HRG, Bd.III, Sp.1169 (1169).

⁴⁰ Insbesondere Albrecht, Hilgenstock, Mund, Schmüser, Wenzel.

⁴¹ Schmüser, *Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft*, 2006, S.235.

⁴² Wenzel, *Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810*, 2006, S.205.

tig gewirkt zu haben.⁴³ Gleichwohl sei das Landrecht von den Gerichten angenommen und benutzt worden, auch als es noch nicht in Geltung getreten war.⁴⁴

Für den Zeitraum ab 1837 sei jedoch eine Tendenz der Senate des Obertribunals erkennbar, nicht in jedem Fall strikt dem Wortlaut zu folgen, sondern sich mit den bereits in der Rechtswissenschaft aufgestellten Auffassungen auseinanderzusetzen und im Rahmen der Auslegung die Materialien und Monita zum Entwurf heranzuziehen.⁴⁵ Die im ALR gesetzten Grenzen hätten demnach den Grenzen, die der Auslegung ohnehin gesetzt waren entsprochen, und es sei den Richtern durchaus möglich gewesen, Regelungslücken durch Analogien zu schließen und so das Gesetz aus sich heraus weiter zu entwickeln, sodass letztendlich eine schöpferische Tätigkeit der preußischen Richterschaft vorhanden gewesen sei.⁴⁶

Auf dem Gebiet des Scheidungsrechts konnte nicht festgestellt werden, dass sich das Obertribunal in seiner Rechtsprechung von einer überwiegend am Wortlaut orientierten Auslegung gelöst hat und weitere Auslegungsmethoden – mit Ausnahme der historischen – bei der Anwendung des Landrechts zum Einsatz kamen.⁴⁷

Trotz der wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung für das Gemeinwesen und des historischen und -dogmatischen Stellenwerts in der Rechtswissenschaft, waren das Erbrecht des Allgemeinen Landrechts sowie die dazu ergangene Rechtsprechung bislang nicht Gegenstand einer Untersuchung.

Einzig in der Arbeit von *Hirsch*⁴⁸ wird die preußische Gesetzgebungspraxis und Rechtspflege in erbrechtlicher Hinsicht einer näheren Betrachtung unterzogen. Diese Untersuchung ist aber nicht geeignet, die Frage nach den Auswirkungen der Kodifizierung des preußischen Erbrechts auf die Rechtsprechung des Obertribunals zu beantworten, weil die Entstehung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Erbschein und die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Fokus der Arbeit stehen.

⁴³ Albrecht, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794, 2004, S.221.

⁴⁴ Hattenhauer, das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.102, (125).

⁴⁵ Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.235.

⁴⁶ Hilgenstock, Die Anwendung des Allgemeinen Landrechts in der richterlichen Praxis, 2009, S.60.

⁴⁷ Mund, Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879, 2008, S.174.

⁴⁸ Hirsch, Von der Erbbescheinigung des Preußischen Rechts zum Erbschein des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2004, S.1 ff.

1.3 Erbrecht aus rechtshistorischer Sicht und als Rechtsgebiet

Im Erbrecht Rechtssätze zusammengefasst die das Schicksal des Nachlasses eines Menschen regeln.⁴⁹ Dabei sind die tragenden Grundsätze und charakteristischen Institute davon geprägt, welche Stellung die jeweilige Rechtsordnung dem Individuum im Verhältnis zu seiner Familie, zum Staat und zu seinem eigenen Vermögen über den Zeitpunkt des Todes hinaus einräumt, und welche sittlich-moralische Verantwortung ihm auferlegt wird. Das Vermögen bleibt nach dem Fortfall seines bisherigen Trägers durch Tod bestehen und geht auf die hinterbliebenen Familienglieder über. In seiner ursprünglichen Bedeutung bedeutet Erbrecht eine Modifikation des Familiengüterrechts durch den Tod eines Familiengliedes.⁵⁰

Jede Rechtsordnung die beansprucht die Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen zu regeln, muss die Frage beantworten, inwieweit sie dem Individuum Gestaltungsfreiheit über sein Vermögen, auch über den Zeitpunkt seines Todes hinaus einräumt und inwieweit sie den Interessen der überlebenden Familienmitglieder an einer Partizipation am Nachlass Rechnung trägt.

Einerseits kann sich die einer Person zu Lebzeiten zustehende Verfügungsfreiheit nach ihrem Tod fortsetzen. Der Erblasser ist dann nicht gehalten seine Verwandten zu berücksichtigen, sondern berechtigt, diesen sein Vermögen vollständig zu entziehen, namentlich durch Verfügung von Todes wegen in Gestalt eines Testaments.

Andererseits kann eine Rechtsordnung dem Individuum die Verfügungsfreiheit im Todesfall vollständig absprechen und das Vermögen auf die übrigen Verwandten übergehen lassen und zwar ungeachtet davon, ob dies dem Willen des Erblasser zu Lebzeiten entsprochen hätte oder nicht. Die Folge wäre eine gesetzlich geregelte Erbfolge, in der das Verhältnis der Verwandten zum Nachlass festgelegt wird.

Soweit eine Ehefrau, ehelich und unehelich geborene Kinder im Zeitpunkt des Todesfalls vorhanden sind, werden auch deren Rechte und Partizipationsmöglichkeiten am Nachlass durch die Eigenheiten der jeweiligen Rechtsordnung geprägt. Diese Nähe zum Familienrecht beeinflusst die normativen Folgen des Erbfalls und beschäftigt die Jurisprudenz daher seit der Antike.

⁴⁹ Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1864 S.1; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.329; Hagemann, Artikel „Erbrecht“, 1990, HRG, Bd.I, Sp.1370, (1384).

⁵⁰ Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1860, S.1.

Das römische Recht gab dem Vermögen des einzelnen Menschen die Natur eines Familienvermögens, soweit es die sittliche Gestaltung des Gemeinwesens erforderte.⁵¹ Diese Bestimmung macht das Vermögen des Erblassers zur Erbschaft (*hereditas*, im objektiven Sinn) und diese zum Gegenstand der Erbfolge (*hereditas*, im subjektiven Sinn), durch die nächsten Familienmitglieder Erben (*heredes*) werden.⁵² Alle Arten der Erbfolge die das römische Recht kannte, die gesetzliche, die testamentarische und die Noterbfolge, waren ein Ausfluss des Familienbandes.⁵³ Die enge Verbindung zwischen Erbrecht und Familienrecht setzte sich in den spätrömischen Rechtsordnungen fort.

Im Volksrecht der Alemannen ist das Erbrecht im Zusammenhang mit dem Ehestand und insbesondere der Eheschließung dargestellt.⁵⁴ In der Lex Salica wird in Titel 93 die Erbfolge ebenfalls mit deutlichen Bezügen zum Familienrecht dargestellt. Falls vorhanden erbte der Sohn, anderenfalls Vater oder Mutter, subsidiär Brüder oder Schwestern usw..⁵⁵

Grundsätzliche Unterschiede im Erbrecht der europäischen Rechtskreise und –ordnungen gab es bei der konkreten Ausgestaltung von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge. Nach dem *Sachsenspiegel* fand die Succession nur aufgrund Blutsverwandtschaft, ehelichem Verhältnis, dem Recht des Richters (insbesondere wenn Blutsverwandte oder Ehegatten fehlten) und Vertrag,⁵⁶ mithin nicht aufgrund eines Testaments, statt.

Im Laufe des Mittelalters entfaltete sich das Erbrecht zu einem wichtigen, reich gegliederten Rechtsgebiet,⁵⁷ und mit der Rezeption des römischen Rechts gelangten die Grundsätze des römischen Erbrechts in den Strom der deutschen Rechtsentwicklung.⁵⁸ Es überrascht daher wenig, dass an den höchsten Reichsgerichten erbrechtliche Konflikte einen erheblichen Teil der Prozesse stellten.⁵⁹ Die Masse der Erbschaftsauseinandersetzungen spiegelt nicht nur familiäre Eigentums- und Vermö-

⁵¹ Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895, S.2.

⁵² Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895, S.2; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.329.

⁵³ Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895, S.3; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.330.

⁵⁴ Eckardt, Die Gesetze des Karolingerreiches, 1953, Titel 55-57; Armbrüster, JuS 2006, Deutschrechtliche Exegese, S.1113, (1119).

⁵⁵ Eckardt, Lex Salica, 1953; Armbrüster, JuS 2006, Deutschrechtliche Exegese, S.1113, (1119).

⁵⁶ Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, 1928, S.16.

⁵⁷ Hagemann, Artikel „Erbrecht“, 1990, HRG, Bd.I, Sp.1370, (1384).

⁵⁸ Hagemann, Artikel „Erbrecht“, 1990, HRG, Bd.I, Sp.1377, (1384).

⁵⁹ Amend-Traut, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihr Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte, 2008, S.12, (32).

gensverhältnisse – zum Teil sehr anschaulich anhand von aufwändigen Stammbäumen und genealogischen Zeichnungen wider.⁶⁰ Die dort erörterten Fragen zur testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge bilden auch die Wechsellagen gemein- und deutschrechtlicher Traditionen ab.⁶¹

Die ältere naturrechtliche Schule erachtete die *Intestaterbfolge* als die natürliche und betrachte Testamente bloß als Einrichtung des positiven Rechts.⁶² Die Geringschätzung, mit der Teile der deutschen Jurisprudenz dem Institut des Testaments begegneten, hielt sich über Jahrhunderte. Noch 1825 bemerkte *Gans*, die testamentarische Erbfolge sei erbaut auf dem Boden einer „nackten, kalten und habsüchtigen Willkür“.⁶³

Gleichwohl wurden die im dem römischen Erbrecht anerkannten Testamentsformen und seit der praktischen Rezeption durchweg auch die hochentwickelte, fast überzüchtete Feinstruktur des römischen Erbrechts rezipiert.⁶⁴ Ferner wurde der Erbvertrag, der sich neben dem Testament als Mittel der Familienpolitik zur Sicherung vor Erbzersplitterung erhielt, sowie die römisch-rechtliche Erbfolgeordnung nach Graden der Verwandtschaft, anstelle der deutschrechtlichen Erbfolge nach Ordnungen, rezipiert. Demgegenüber konnte sich die Testierfreiheit gegenüber den lehnsrechtlichen Bindungen des Lehns und auch gegenüber den Nöherechten der nächsten Verwandten nicht durchsetzen.⁶⁵

Im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert erlebte das Erbrecht tiefgreifende Umbrüche.⁶⁶ Das Ancien Régime sah im Erbrecht vor allem ein Mittel, das dem Erhalt des Familienvermögens diene.⁶⁷ Große Vermögensmassen wurden durch den Adel in Form von landwirtschaftlichem Grundbesitz weitergegeben, der vor der industriellen Revolution die traditionelle Grundlage der Wirtschaft war.⁶⁸

⁶⁰ Amend-Traut, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihr Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte, 2008, S.15, (32).

⁶¹ Amend-Traut, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihr Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte, 2008, S.15, (32).

⁶² Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.284.

⁶³ Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.II, S.31.

⁶⁴ Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S.233.

⁶⁵ Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S.233.

⁶⁶ Nielsen, Ehe, väterliche Gewalt und Testierfreiheit, 2006, S.248.

⁶⁷ Nielsen, Ehe, väterliche Gewalt und Testierfreiheit, 2006, S.248.

⁶⁸ Nielsen, Ehe, väterliche Gewalt und Testierfreiheit, 2006, S.248.

1.4 Gegenstand der Untersuchung

Den Gegenstand dieser Untersuchung bilden die im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten enthaltenen erbrechtlichen Bestimmungen sowie eine Analyse der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals während des 19. Jahrhunderts.

Anknüpfend an die Arbeiten von *Albrecht, Hilgenstock, Mund, Schmüser* und *Wenzel*, soll am Beispiel der zentralen Vorschriften des Preußischen Erbrechts die Wechselwirkung zwischen richterlicher Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in den Preußischen Staaten nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechts auf dem Gebiet des Erbrechts untersucht werden. Das materielle Recht und seine Anwendung können nicht losgelöst von den zeitgenössischen staatlichen Rahmenbedingungen und geisteswissenschaftlichen Entwicklungen dargestellt werden. Daher wird zunächst der rechtshistorische Kontext, namentlich der Zustand des preußischen Staatswesens im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Allgemeinen Landrechts sowie die preußische Rechtspflege und die Errichtung des Obertribunals behandelt.

Die politische, territoriale und wirtschaftliche Entwicklung des friderizianischen Preußen sowie die Philosophie der Aufklärung und die Ideen des Naturrechts, blieben nicht ohne Auswirkung auf die Rechtspflege. Die Gesamtstaatsidee und der Aufstieg Preußens zur europäischen Großmacht erforderten den Aufbau eines effektiven Verwaltungsapparats und spiegelten sich in der Schaffung eines einheitlichen Instanzenzugs wider. Die Staats- und Rechtsphilosophie, das Richterbild sowie das Verständnis von der Funktion des Gesetzes prägten die Gesetzgebung vor allem in der Regierungszeit *Friedrichs II.* und schlugen sich im Entstehungsprozess des Allgemeinen Landrechts nieder.

Daran anknüpfend werden in einem dritten Abschnitt die zentralen, im Landrecht geregelten Institute des preußischen Erbrechts, insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte, dargestellt. Dabei wird auf die Gesetzgebungsmaterialien, namentlich die Aufzeichnungen von *Suarez*, der in enger Zusammenarbeit mit Großkanzler *Johann Heinrich Casimir Graf von Cramer* das Allgemeine Landrecht erschuf,⁶⁹ sowie die während der Entstehung eingegangenen Monita und das zeitgenössische, rechtswissenschaftliche Schrifttum berücksichtigt. Ziel der Ver-

⁶⁹ Vgl. Bulling, Die zivilrechtliche Erwachsenenfürsorge des 19. Jahrhunderts, 2013, S.63.

fasser des Landrechts war es nicht, eine Weltjurisprudenz zu erschaffen, „sondern einen Nationalkodex, kein gemeines, sondern ein vaterländisches Recht“ entstehen zu lassen.⁷⁰ Daher wird der Blick auch darauf gerichtet, inwieweit rezipiertes römisches Erbrecht im Landrecht übernommen wurde und wo die Verfasser Rechtsauffassungen, die der deutschrechtlichen Tradition entstammten gefolgt sind.

Den zweiten Schwerpunkt bildet eine Analyse der Rechtsprechung des Obertribunals, in der die zuvor dargestellten erbrechtlichen Bestimmungen zum Tragen kamen. Als Mittler zwischen Gesetzgeber und Untertanen ist die Rechtsprechung Gesetzesanwender und als solcher dem Gesetzgeber unterstellt.⁷¹ Die Rechtsprechung stellt somit das Bindeglied zwischen Gesetzgeber und Gesetzesunterworfenen dar, sodass eine Untersuchung der Spruchpraxis Aufschluss darüber gibt, ob und inwieweit sich der gesetzgeberische Wille in der (Rechts-) Wirklichkeit realisiert hat.

Die Grundlage für die Rechtsprechungsanalyse bilden zum einen die Geschichtsentscheidungen, die das Obertribunal seit 1837 bis zu seiner Auflösung 1879 in einer eigenen Entscheidungssammlung veröffentlichte.⁷² Zum anderen werden die Entscheidungen, die in der Präjudiziensammlung des Obertribunals seit ihrer Einführung im Jahr 1832 bis zum Schluss des Jahres 1848 von den Geheimen Obertribunals-Räten *Selgio*, *Kuhlmeyer* und *Wilke* herausgegeben wurden, herangezogen. Darüberhinaus findet das seit 1851 herausgegebene „Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober-Tribunals“ Berücksichtigung.

Neben der grundsätzlichen Frage, inwieweit sich der im Allgemeinen Landrecht postulierte Gesetzesabsolutismus in der Rechtsprechung des Obertribunals auf dem Gebiet des preußischen Erbrechts verwirklicht hat, soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob sich die ab den 1830er Jahren auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts zeigende Emanzipation des Obertribunals von der Wortlautausle-

⁷⁰ Bulling, Die zivilrechtliche Erwachsenenfürsorge des 19. Jahrhunderts, 2013, S.63, mit Verweis auf Thieme in ZGA; GA 57, (1937).

⁷¹ Mund, Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879, 2008, S.19.

⁷² Seit der Allerhöchsten Kabinettsorder vom 1. August 1836, *betreffend die Einhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen*, hatte jeder der drei Senate des Geheimen Ober-Tribunals ein Protokollbuch über alle, in jeder Sitzung erfolgten Vorträge und Entscheidungen, zu führen, und zugleich besondere Spruchrepetitorien anzulegen, worin auf den schriftlichen Antrag des Referenten oder auf den Beschluss des Senats, die in jeder Sache ergangenen Entscheidungen über Rechtsfragen, die unter den Parteien streitig, oder außerdem bei der Bearbeitung der Sache Gegenstand gewesen sind, nach Reihenfolge der Titel und Paragraphen der Gesetzbücher, so wie einzelner Gesetze und Verordnungen, und nach alphabetischer Ordnung der Rechtsgegenstände, eingetragen werden. Abgedruckt in: A.G.O., IV. Theil, Gerichtsordnung, S.468-469.

gung auch im Bereich des Erbrechts feststellbar ist. Die Nähe zwischen Familien- und Erbrecht lässt dies vermuten.

Zudem wird zu prüfen sein, in wieweit das Anliegen, eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen umgesetzt werden konnte. In der Präambel zur Kabinettsorder vom 1. August 1836 wird insoweit ausgeführt, dass die zu publizierende Entscheidungssammlung die Einheit der Rechtsgrundsätze, nicht nur beim Geheimen Obertribunal selbst, sondern auch bei den übrigen Gerichten erhalten soll.⁷³

2. Die Entstehung des Landrechts und des Berliner Obertribunals

Die Epoche des 18. und 19. Jahrhunderts war für die Preußischen Staaten ein Zeitalter, das von bedeutsamen Entwicklungen im Bereich der Geistes- und Rechtswissenschaften geprägt ist. Aufklärung und Naturrechtsschule haben sich sowohl in staatsorganisatorischer Hinsicht, als auch im Bereich der Gesetzgebung und der Gerichtsverfassung ausgewirkt.

Die Aufklärung führte zu einer Relativierung des absolutistischen und von einem Gottesgnadentum abgeleiteten Herrschaftsanspruchs der Monarchen und mündete in die französische Revolution. In Preußen ist zu Beginn des 18. Jahrhunderts zu beobachten, dass die Staatsauffassung *Friedrichs I.* auf die religiös-patriarchalische Grundlegung der Staatsgewalt im Sinne *Friedrichs Wilhelms I.* und auf die sakrale Legitimation des Herrschers im Sinne des vorrevolutionären Königtums in Frankreich verzichtet.⁷⁴ Die Grundlage dieses neuen Staatsdenkens lieferte die Lehre vom Staats Gründungsvertrag, die von der klassischen Naturrechtsschule, vor allem von *Samuel Pufendorf* und *Christian Wolff*, ausgebaut wurde. Dieser aufgeklärte Absolutismus veränderte nicht die Staats- wohl aber die Regierungsform.⁷⁵ Das konnte nicht ohne Folgen für die Jurisprudenz bleiben. Insofern gibt die den gesamten Stoff eines Rechtsgebietes zusammenfassende, planvoll nach systematischen Gesichtspunkten durchgearbeitete Kodifikation dieser Epoche das Gepräge.⁷⁶ Auf ihrer Höhe stehen – unter sich durchaus verschieden – das Allgemeine Landrecht in Preußen (1794), der die privatrechtliche Gleichheit als Ereignis der großen

⁷³ Vgl. A.G.O.,IV.Theil, Gerichtsordnung, S.468.

⁷⁴ Hocevar, Hegel und der Preußische Staat, 1973, S.27.

⁷⁵ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.187.

⁷⁶ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.186.

Revolution festhaltende Code Civil in Frankreich (1804) und das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in Österreich (1811).⁷⁷

Voraussetzung dieser Form der Gesetzgebung war, dass sich der aus dem Vernunftrecht des 17. Jahrhunderts entwickelnde Systempositivismus mit dem politischen Herrschaftsanspruch verband.⁷⁸ In Deutschland waren deshalb reichsrechtliche Kodifikationspläne, für die *Leibniz* im 17. Jahrhundert eingetreten war angesichts des Autoritätsverlustes und des Machtverfalls der Reichsgewalt Utopie geblieben.⁷⁹ Das sollte sich in der Folgezeit auf Ebene der Territorialstaaten Preußen und Österreich-Ungarn ändern.

2.1 Zur Entstehung des Allgemeinen Landrechts

Kaum ein Gesetzbuch kann auf eine so lange Vorgeschichte seines Werdens zurückblicken wie das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten.⁸⁰ Die Vorgeschichte des ALR beginnt mit dem an die Rechtsfakultät zu Halle gerichteten Auftrag *Friedrich Wilhelms I.* zur Abfassung von Konstitutionen zum märkischen Landrecht.⁸¹ Der Soldatenkönig hatte früh erkannt, dass seinem Königreich ein einheitliches Recht von Nutzen wäre.⁸² Unter *Friedrich II.* erfuhren die Reformbestrebungen des Justizwesens und insbesondere die Kodifikationsbestrebung neuen Aufwind. Während *Friedrich I.* und *Friedrich Wilhelm I.* die juristischen Fakultäten mit der Anfertigung von Gesetzesentwürfen beauftragt hatten, überließ *Friedrich II.* die Verantwortung seinen Großkanzlern, denen er gestattete, Angehörige der hohen Richterschaft nebenamtlich und zeitweilig zur Unterstützung heranzuziehen.⁸³ Unmittelbar nach seinem Regierungsantritt hatte *Friedrich II.* seinem Großkanzler *von Cocceji* den Auftrag zur Abfassung eines Gesetzbuches erteilt, und 1749 bis 1753 befand sich das große Vorhaben des *Codex Iuris Fridericiani* als Abschluss der Reformbestrebungen in Arbeit.⁸⁴ Mit den Arbeiten *Coccejis* und seiner Gesetzgebung im Jahre 1752 war der König durchaus zufrieden.⁸⁵ Was seine Unzufriedenheit hervorrief waren nicht die Gesetze, sondern die Gesetzesanwender, vor allem die auch in der gesamten

⁷⁷ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.186.

⁷⁸ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.41, (54).

⁷⁹ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.42, (54).

⁸⁰ Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, 1966, Bd.2, S.387.

⁸¹ Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, 1966, Bd.2, S.380.

⁸² Hucko, NJW 1994, , Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S.1449, (1453).

⁸³ Krause, Wege zum Gesetzestext, 1988, S.56.

⁸⁴ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.30, (51).

⁸⁵ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.32, (51).

gelehrten Welt beklagte, angeblich übermütige Auslegungspraxis der Richter und die Prozessverschleppung.⁸⁶

Um dem zu begegnen, verfolgte *Friedrich II.*, als er am 25. Dezember 1779 den Großkanzler *Cramer* mit der Reform des Justizwesens betraute und wenig später den Entwurf des ALR verfügte,⁸⁷ die Schaffung eines Gesetzbuches, das einfach, populär und materiell vollständig sein sollte, sodass das Geschäft des Richters in einer Art mechanischer Anwendung bestehen könne.⁸⁸ Seine Unzufriedenheit über den Rechtszustand bekräftigte *Friedrichs II.* ein Jahr später, in dem er sein Missfallen darüber wiederholte,

„dass in einem Lande, welches seinen unstreitigen Gesetzgeber hat, weitläufige Dispute über das, was Rechtens sey, und kostbare Prozesse über den Sinn und Verstand gewisser Gesetze zugelassen würden...“⁸⁹

Wenn in diesem Zusammenhang bemerkt wird, dass Grundlage der Kodifikation die „Allerhöchste Königliche Cabinetts-Ordre die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend“ vom 14. April 1780 und die „Cabinetts-Ordre“ vom 27. Juli 1780 gewesen seien,⁹⁰ ist daran zu erinnern, dass in der Ordre vom 14. April vom materiellen Recht erst am Ende und auch nur in zurückhaltender Weise die Rede ist, und dass in der Kabinettsordre vom 27. Juli 1780 im Wesentlichen lediglich die Verfahrensweise bzw. Umsetzung der Ordre vom April konkretisiert wurde.⁹¹ Kernanliegen der Kabinetts-Ordre war,

„dass alle Gesetze für Unsere Staaten und Unterthanen in ihrer eigenen Sprache abgefasst, genau bestimmt, und vollständig gesammelt werden.“⁹²

⁸⁶ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.32, (51).

⁸⁷ Allerhöchste Königliche Cabinetts-Ordre die Verbesserung des Justiz=Wesen betreffend vom 14. April 1780, abgedruckt in: N.C.C., Band 6, Nr.13, Sp.1936-1943; Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.33, (51).

⁸⁸ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit, 1818, S.87.

⁸⁹ Patent vom 29. Mai 1781, wodurch eine Gesetz-Commission errichtet, und mit der nöthigen Instruction wegen der ihr obliegenden Geschäfte versehen wird, abgedruckt in: N.C.C., Band 7, Nr.13, Sp.337-349; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.33, (39); Ders., Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.42, (54).

⁹⁰ So Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.33, (51).

⁹¹ N.C.C., Band 6, Nr.13, Sp.1936 f.; Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.88, (99); Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.36 (39).

⁹² N.C.C., Band 6, Nr.13, Sp.1936, 1940; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.36, (39)

Das Anliegen *Friedrichs II.*, ein Gesetzbuch in deutscher Sprache zu formulieren, war allerdings nicht neu. Insofern hatte bereits *Montesquieu* vor allem mit Blick auf die Gesetzesunterworfenen eine schlichte Sprache bei der Formulierung von Gesetzen gefordert, denn

„*der schlichte Ausdruck wird immer besser verstanden als der ausgeklügelte*“.⁹³

Die Initialwirkung der Kabinettsordre vom 14. April 1780 dürfte mithin weniger die Entstehung des Landrechts als das Prozessrecht und der Gerichtsverfassung betroffen haben. Hierfür spricht zudem, dass in der Kabinettsordre vom 14. April 1780 das Wort „Gesetzbuch“ noch nicht auftaucht.⁹⁴

Im Sommer 1781 kam es zunächst aufgrund Missmuts über die bisherige Verfahrensweise innerhalb der Gesetzeskommission zu einer ersten Krise, die mit einer personellen Umbildung derselben durch *Cramer* endete.⁹⁵

Danach konnten aufgrund der durch Visitationsreisen bedingten Abwesenheit *Cramers* und *Suarez* vom Juni bis September 1782 die Arbeiten am Entwurf des Landrechts nicht wie geplant voranschreiten.⁹⁶ Dies führte zu einer zweiten Krise, denn *Friedrich II.* wurde ungeduldig, weil *Cocceji* den ersten Entwurf des Landrechts nicht innerhalb von zweieinhalb Jahren nach Erlass der Order publizieren und *Cramer* nicht einmal erste Entwürfe vorlegen konnte.⁹⁷

Im Winter 1783 zeichnete sich eine Veränderung im Gesetzgebungsverfahren ab: Der König hatte im Herbst 1780 das Gesetzbuch noch mit dem Titel „*Corpus Juris Fridericianum, 2. Buch*“ – das erste Buch war die Prozessordnung – genehmigt. Nachdem *Suarez* die unter diesem Titel von den Mitgliedern der Gesetzeskommission von April bis Oktober 1783 abgegebenen Monita eingearbeitet hatte, wurde der Entwurf zur Beteiligung der Öffentlichkeit publiziert – allerdings unter dem auf *Klein*

⁹³ Montesquieu, abgedruckt bei Forsthoff, Band 2, S.364 ff.; Hattenhauer, das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.103, (105).

⁹⁴ N.C.C., Band 6, Nr.13, Sp.1936 f.; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.26, (39).

⁹⁵ *Volkmar*, der mit der Erarbeitung zur zweiten Abteilung des Gesetzbuchs, insbesondere des Kirchenrechts befasst war, wurde entlassen vgl. Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.91, (99).

⁹⁶ Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.94, (99).

⁹⁷ Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.94, (99).

zurückgehenden Titel „Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten“. ⁹⁸

In den folgenden Jahren schritten die Arbeiten am Entwurf des Landrechts vergleichsweise zügig voran. Im Frühjahr 1784 wurden das Strafrecht und ein Jahr später seit Februar 1785 das Sachenrecht bearbeitet. ⁹⁹ Allerdings häuften sich die Beschwerden über die unkollegiale Entscheidungspraxis des Großkanzlers *Cramer*, sodass sich *Friedrich Wilhelm II.* nur vier Tage nach dem Tode *Friedrichs II.* veranlasst sah, Maßnahmen zu ergreifen ¹⁰⁰ – unter anderem sollte der Großkanzler in den Justizstaatsrat eingebunden und das Gesetzgebungsverfahren gesetzlich geregelt werden. Daraufhin bat *Cramer* um seine Entlassung. ¹⁰¹

Die Entlassung *Cramers* tat dem Fortschritt der Arbeiten am ALR keinen Abbruch. Nach Abschluss der „Surarezschen Revision“, bei der insbesondere die Stellungnahmen aus der Öffentlichkeitsbeteiligung bearbeitet wurden, konnte das Publikationspatent vom 20. März 1791 das „Allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten“ verkünden. ¹⁰² Allerdings suspendierte *Friedrich Wilhelm II.* die Einführung der Kodifikation noch bevor sie in Kraft getreten war, nicht zuletzt unter dem Eindruck der Französischen Revolution. ¹⁰³

Schließlich kam dem Gesetzbuch ein äußerer Umstand zu Hilfe: Die zweite Teilung Polens 1793 bescherte eine justizpolitische Verlegenheit. ¹⁰⁴ Mit welchem Recht sollte man die neuen 55.000 Quadratkilometer prussifizieren? ¹⁰⁵ Insofern drängte sich der Rückgriff auf das Landrecht förmlich auf. Nicht eine mit drakonischer Strenge betriebene Assimilierungspolitik, sondern die Fürsorge und Besserung des Landes waren das Ziel der preußischen Regierung in den neuerworbenen Landesteilen. ¹⁰⁶ Nach einer erneuten Revision des Landrechts aufgrund reaktionärer Bestrebungen vor dem Hintergrund der Vorgänge in Frankreich trat die Kodifikation am 1.

⁹⁸ Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.95, (99).

⁹⁹ Barzen, Zur Entstehung des Entwurfs zu m Allgemeinen Landrecht, 1999, S.98, (99).

¹⁰⁰ Rescript nebst Tauer-Reglement wegen der Landes-Trauer vom 21.08.1786, N.C.C., Band 8, Nr.50, Sp.141-142 und Rescript an das Cammer-Gericht, nebst Cabinets-Ordre vom 27. August, die Justitz-Einrichtung überhaupt und insbesondere das neue Gesetzbuch und die von den Ständen darüber anzufertigende Erinnerungen betreffend vom 27.08.1786, N.C.C., Band 8, Nr.53, Sp.144-147.

¹⁰¹ Krause, Wege zum Gesetzestext, 1988, S.57.

¹⁰² Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.190.

¹⁰³ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.190.

¹⁰⁴ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.190; Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts S.1450, (1453);

¹⁰⁵ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.190; Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band 2, S.586; Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts S. 1450, (1453).

¹⁰⁶ Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.190.

Juni 1794 in Kraft und zwar nicht nur in den neuen Provinzen, sondern in der ganzen Monarchie.¹⁰⁷ Allerdings kann für die Folgezeit von Beständigkeit nicht die Rede sein. Allein im ersten Jahrzehnt nach Einführung des ALR ergingen über zweihundert Verordnungen, Deklarationen, Kabinetts-Ordres und Rescripte der obersten Staatsbehörden zu einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuches.¹⁰⁸

Der Niedergang Napoleons bewirkte die Spaltung der Preußischen Rechtslandschaft in Teile, in denen das Allgemeine Landrecht galt, und in die preußischen Rheinprovinzen, die gegen den Willen des Königs am französischen Code Civil festhielten, weil er als moderner als das Landrecht empfunden wurde. Bereits 1826 wurde der Versuch einer großen Rechtsreform- und vereinheitlichung unternommen.¹⁰⁹

Die Intention *Friedrich Wilhelms III.* war aber nicht auf eine neue Gesetzgebung gerichtet:¹¹⁰

„Meine Absicht ist vielmehr, dass die jetzt bestehende Gesetzgebung zum Grunde gelegt und aufrecht erhalten werde, dass aber in das Landrecht und die Gerichtsordnung nicht bloß eingeschaltet werde, was ihrer Emanation neu hinzugekommen oder abgeändert ist, sondern dass dasjenige, was sich nach den von Gerichts- und Verwaltungs-Behörden aus mehrjähriger Erfahrung geschöpften Bemerkungen in der Ausführung und Anwendung entweder an sich als unrichtig, mangelhaft, unbestimmt, oder als für das Bedürfnis der gegenwärtigen Verhältnisse unzureichend erwiesen hat, einer gründlichen Prüfung unterworfen und nach dem Resultate derselben berichtet, ergänzt, erläutert und vervollkommnet werde.“¹¹¹

In dieser Absichtserklärung *Friedrich Wilhelms III.* kommt zugleich der nach dem Wiener Kongress vorherrschende Restaurationsgedanke zum Ausdruck. Zwar sollten Gerichts- und Verwaltungspraxis einer gründlichen Prüfung unterworfen werden, dies sollte aber auf Grundlage der bestehenden Gesetzgebung erfolgen. Deren Aufrechterhaltung war Absicht *Friedrich Wilhelms III.*.. Der Entwurf einer neuen Kodifikation für

¹⁰⁷ Patent, wegen Publication des allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, N.C.C., Band , Nr.8, Sp.1874-1887. Laufs, S.190.

¹⁰⁸ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.51, (54).

¹⁰⁹ Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.102, (125)

¹¹⁰ Nachweis bei Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, S.114, (125).

¹¹¹ Nachweis bei Hattenhauer, Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, S.114, (125).

das gesamte Königreich, einschließlich der preußischen Rheinprovinzen, scheint demgegenüber in den Hintergrund getreten zu sein.

2.2 Gesetzesbegriff und Stellung der Richterschaft im spätabolutistischen Preußen

Da die Justizreformen vom Anliegen getragen wurden, das Rechtswesen zu vereinfachen und verständlicher zu machen und die Richterschaft zu disziplinieren, kommt der Funktion, die dem Richter beigemessen wurde maßgebliche Bedeutung zu. Etwa in der Mitte des 18. Jahrhunderts kam es parallel zu den Vorarbeiten des *Corpus Juris Fridericianum* und am Allgemeinen Landrecht in Europa zu einer eingehenden wissenschaftlichen Beschäftigung mit den grundsätzlichen Problemen der Gesetzgebung.¹¹² In Preußen hatte sich *Friedrich II.* seit seinem Regierungsantritt 1740 immer auch mit der Justiz beschäftigt.¹¹³ Grundlegend war und blieb für den „roi philosophe“, der sich in jungen Jahren eindringlich um die theoretische Begründung seines Amtes bemühte, seine Dissertation vom 1. Dezember 1749.¹¹⁴ Darin äußerte sich *Friedrich II.* zur Qualität einer Kodifikation wie folgt:

„Eine Sammlung vollkommener Gesetze wäre das Meisterstück des menschlichen Verstandes im Bereiche der Regierungskunst. Man müsste darin Einheit des Planes und so genaue und angemessene Bestimmungen finden, dass ein nach ihnen regierter Staat einem Uhrwerk gliche, indem alle Triebfedern nur einen Zweck haben. Man fände darin ferner tiefe Kenntnis des menschlichen Herzens und des „nationalen Charakters“. Die Strafen wären mäßig, so dass sie die guten Sitten bewahrten, ohne zu streng oder zu milde zu sein. Die einzelnen Bestimmungen müssten so klar und genau sein, dass jeder Streit um die Auslegung ausgeschlossen wäre. Sie würden in einer erlesenen Auswahl des Besten bestehen, was die bürgerlichen Gesetze ausgesprochen haben, und in einfacher und sinnreicher Weise den heimischen Gebräuchen angepasst sein. Alles wäre vorausgesehen, alles in Einklang gebracht, nichts würde zu Unzutrag-

¹¹² Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.40, (54).

¹¹³ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.29, (51).

¹¹⁴ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.29, (51).

*lichkeiten führen. Aber das Vollkommene liegt außerhalb der menschlichen Sphäre.*¹¹⁵

Es ging dem König also im Grunde nicht um ein Gesetzbuch, sondern um Gesetzgebungskunst schlechthin.¹¹⁶ Ausgehend vom Gesetzesverständnis *Friedrichs II.* verfolgten *Cramer* und *Suarez* beim Entwurf des Landrechts das Ziel einer stärkeren Bindung des Richters an das Gesetz.¹¹⁷ Richterliche und wissenschaftliche Rechtsfortbildung sollten dem Gesetz weichen, Unvollkommenheiten sollten durch ein Auslegungsmonopol der Gesetzeskommission ausgeglichen werden.¹¹⁸ Entsprechend den Lehren *Montesquieus* und *Beccarias* erstrebte die Kodifikatoren die Garantie der Bürgerfreiheit durch einfache und jedermann verständliche Gesetze, sowie durch das Verbot rechtsschöpferischer Tätigkeit des Richters.¹¹⁹

Der egalitäre Charakter des dabei vorausgesetzten Gesetzesbegriffs war nicht unumstritten. Er galt den einen als sicherster Weg zur Versklavung der Untertanen, den anderen als der zur Bürgerfreiheit.¹²⁰ Wenngleich insofern ein unmittelbar gestaltender Einfluss *Friedrichs II.* im Bereich der materiellen Gesetzgebung nicht zu auszumachen ist,¹²¹ trifft dies auf die Regelungen zur Anwendung der Gesetze nicht zu.¹²² Die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über die Auslegung der Gesetze entsprachen den Vorstellungen des Königs.¹²³ Insoweit bestimmte das Landrecht in der Einleitung:

§ 46. Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen anderen Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet.

§ 47. Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteyen zu benennen, seine

¹¹⁵ Abgedruckt bei, Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.30, (51).

¹¹⁶ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.30, (51).

¹¹⁷ Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.33, (39).

¹¹⁸ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.39, (54).

¹¹⁹ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.39, (54).

¹²⁰ Hattenhauer, das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik, 1999, S.101, (125).

¹²¹ Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.27,38, (39).

¹²² Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.30, (39).

¹²³ Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.32, (39).

Zweifel der Gesetzeskommission anzeigen, und auf deren Beurthehlung antragen.

Dieser Gesetzesabsolutismus scheint jedoch nur von kurzer Dauer gewesen zu sein, wie die Kabinettsordre von König *Friedrich Wilhelm III.* vom 8. März 1798 nahelegt.¹²⁴ In ihr äußerte der König mit Blick auf die Rechtssicherheit Zweifel am Nutzen der Auslegungshoheit der Gesetzeskommission und der Vorlagepflicht der Richter:

„Mein Lieber Großkanzler von Goldbeck. In der ersten Übersetzung (...) habe ich bey meiner von jeher auf den Gang der Rechtspflege verwendeten Aufmerksamkeit

I. darin einen Uebelstand gefunden, dass dunkle oder zweifelhafte Gesetze im Laufe des Prozesses, von der Gesetzes-Commission erklärt, und diese Erklärungen auf ergangene Fälle angewendet werden. Durch solche Entscheidungen können manche meiner Unterthanen, ohne dass allgeringste Verschulden, indem sie im Grunde nach einem neuen Gesetze, dass sie vorhin nicht kennen konnten, gerichtet werden, in großen Schaden und Nachteil versetzt werden, und sie gewinnen dadurch nicht einmal, an kürzerer Dauer, oder mindern Kosten, indem die Erfahrung bewiesen hat, dass oft erst in der letzten Instanz geschehen, dennoch von den Erkenntnissen, die sich auf solche Entscheidungen der Gesetzes-Commission gründen, Rechtsmittel welche die Prozessordnung zulässt, ergriffen worden. Die Gesetzes-Commission ist in Auslegung der Gesetze eben so gut dem Irrthum unterworfen, als es die Gerichtshöfe bey ihren Entscheidungen sind. Demohngeachtet aber findet gegen die ersten gar keine Remedur statt, wenn der Irrthum auch noch so klar dargetan, und der daraus entstehende Schaden auch noch so groß seyn sollte.

All diese Gründe bewegen mich um so mehr, die Anfragen der Gerichtshöfe bey der Gesetzes-Commission im Laufe der Prozesse gänzlich abzuschaffen, als ich nicht einsehe, warum die Richter nicht eben so gut zweifelhafte Gesetze sollten erklären können, wie sie Fälle entscheiden müssen, worüber es an einem Gesetze ganz mangelt.“

¹²⁴ Rescript an das Cammer-Gericht, wegen der zu unterlassenden Anfragen bey der Gesetz-Commission im Laufe der Prozeße, nebst dem Extract der Königlichen Cabinets-Ordre vom 8ten März in: N.C.C., Band 10, Nr.23, Sp.1610-1612.

Die Kritik des Königs an der Auslegungshoheit der Gesetzeskommission korrespondiert mit dem sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts wandelnden Verständnis des Gesetzesbegriffs. Die historische Richtung des Naturrechts lehnte die Vorstellung eines zeitlosen, allgemeingültigen Systems ab, vertrat im Anschluss an *Montesquieu* einen lokal begrenzten Geltungsbereich der Naturrechte und rückte das hypothetische, unter den spezifischen Bedingungen des Staates geltende Naturrecht in den Mittelpunkt des Interesses. Gesetze wurden nunmehr als zeitbedingt angesehen.¹²⁵

Das sich im Laufe des 18. Jahrhunderts wandelnde Verständnis von der Funktion des Gesetzes erfasste zeitversetzt auch die Stellung der Richterschaft innerhalb des Staatswesens. Der vorherrschende Gesetzesabsolutismus setzte eine Richterschaft voraus, die gewillt ist, sich zu unterwerfen, indem vorrangig die Wortlautauslegung zur Anwendung gelangte. Damit waren jedoch nicht nur die Möglichkeiten der Gesetzesauslegung und –anwendung durch die Richter beschränkt, das weitgehende Verbot einer rechtsschöpferischen Tätigkeit verdeutlicht zugleich das Misstrauen und die Geringschätzung gegenüber der Jurisprudenz.

Der Argwohn, welcher der Richterschaft insbesondere in Preußen entgegengebracht wurde verwundert, weil bei den Landes- und Obergerichten bereits seit *Kurfürst Friedrich* unbedingtes Erfordernis für die Befähigung zum Richteramt die Examinationsvorprüfung vor dem Kammergericht gewesen war, die Richter mithin über eine gelehrte Ausbildung verfügen mussten.¹²⁶ Erklärbar wird die Skepsis der absolutistischen und spätabolutistischen Monarchen gegenüber einer rechtsschöpferisch tätigen Richterschaft mit Blick auf ein Selbstverständnis, wonach der König das Gesetzgebungsmonopol innehatte und zugleich „erster Diener“ des Staates und Gemeinwesens war.

Deutlich wird dies im politischen Testament *Friedrichs II.* von 1752 das nahelegt, dass der König die Versäumnisse „seiner Richter“ letztlich als eigenen Mangel begriff: Die Richter bedürften regelmäßiger Visitationen,

„um die Haltung der Richter zu prüfen und sie anzuzeigen, wenn sich unter ihnen Schuldige befinden. Man darf kein Erbarmen mit den Pflichtvergessenen haben. Die Stimme der Witwen und Waisen fordert Vergeltung,

¹²⁵ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.43, (54).

¹²⁶ Rescript vom 16. August 1693, wonach die Cammer-Gerichts-Räthe vor ihrer Reception eine Probe-Relation machen, und examinieret werden sollen abgedruckt bei *Mylius*, C.C.M., Th.II, I.Abt., Nr. LXXIX, Sp.201-204; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.77.

*und es ist Sache des Fürsten, die Richter zu ihrer Pflicht zurückzuführen durch Beispiele von Strenge gegen die, welche Mißbrauch mit seiner Autorität getrieben und das öffentliche Vertrauen unter dem Schein des Rechts und der Rechtsprechung getäuscht haben. Es sind nur solche Fälle der Pflichtvergessenheit, gegen die ich mich nicht enthalten kann, zu extremer Härte zu raten; der Grund dafür ist, dass der Herrscher in gewisser Weise zum Komplizen des Verbrechers wird, wenn er es nicht bestraft.*¹²⁷

Das Misstrauen und die Reserviertheit *Friedrichs II.* gegenüber der Richterschaft sollten sich während seiner Regierungszeit wenig ändern, wie die Kabinettsordre vom 14. April 1780 zeigt. Darin führt *Friedrich II.* aus:

*„Dagegen aber werden Wir nicht gestatten, daß irgendein Richter, Collegium oder Etats-Ministre Unsere Gesetze zu interpretieren, auszudehnen oder einzuschränken, vielweniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lasse; sondern es muss, wenn sich in der Folge Zweifel oder Mängel an den Gesetzen oder in der Prozeß-Ordnung finden, der Gesetz-Commission davon Nachricht gegeben; von dieser die Sache, mit Rücksicht auf den Sinn und Absicht der übrigen Gesetze, unter Eurem Vorsitz genau in Erwägung gezogen, und wenn eine wirkliche Veränderung oder Zusatz nöthig wäre, Uns gutachterlicher Bericht darüber erstattet werden.*¹²⁸

Erst die historisch determinierte Auffassung vom Naturrecht im 19. Jahrhundert führte zu einem Wandel auch des Richterbilds.¹²⁹ Der hypothetische Charakter des Gesetzes machte eine vernünftige Fortbildung durch den Richter erforderlich.¹³⁰ An die Stelle des „Subsumtionsautomaten“ der ein vollständiges System anwendete, trat der schöpferische Urteiler der sich dort wo das positive Recht nicht ausreichte an das Naturrecht halten sollte.¹³¹

¹²⁷ Dietrich, Die politischen Testamente der Hohenzollern, 1986, S.256; Jörn, Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.30 (39); vgl. ferner Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.31, (51).

¹²⁸ N.C.C., Band 6, Nr. 13, Sp.1942.

¹²⁹ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.43, (54).

¹³⁰ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.43, (54).

¹³¹ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.43, (54).

2.3 Zivilprozessrecht und Prozessordnung

Das preußische Zivilprozessverfahren gegen Ende des 17. und zu Beginn des 18. Jahrhunderts war durch eine lange Verfahrensdauer und das Fehlen einer für alle Gerichte und Landesteile einheitlichen Prozessordnung gekennzeichnet. Die Arbeiten an einer Kodifikation auf dem Gebiet des Prozessrechts begannen am Anfang des 18. Jahrhunderts und endeten 1793. Sie nahmen fast ein gesamtes Jahrhundert in Anspruch, mithin einen längeren Zeitraum als das Landrecht. Die Allgemeine Gerichtsordnung war kaum wesentlicher Kritik ausgesetzt und hatte – wiederum im Unterschied zum Landrecht – wegweisenden Charakter für die Zivilprozessordnung auf Reichsebene im ausgehenden 19. Jahrhundert.

Ausschlaggebend für eine Gestaltung des Zivilprozessverfahrens im jungen Preußischen Staat zu Beginn des 18. Jahrhunderts war vor allem, dass die Prozesse vielfach durch die Zulassung der sog. Urteile "auf besseren Beweis" und die Möglichkeit der Aktenversendung an Juristenfakultäten und Schöffenstühle.¹³² Erste Abhilfe brachte eine Instruction *Friedrichs I.* vom 4. Dezember 1703, wonach die Aktenversendung nach auswärts wegzufallen hatte.¹³³ Das Verbot deutete eine Veränderung der preußischen Justizverfassung an.¹³⁴ Zweck war damit nicht mehr allein die Ordnungsmäßigkeit der Rechtspflege, sondern deren Beschleunigung und die objektive Wahrheit der Rechtssprüche, womit das Streben nach Gleichförmigkeit zusammenhängt.¹³⁵ Die Stellung des Landesherrn als oberster Träger der Gerichtsbarkeit blieb hiervon unberührt.¹³⁶ Die Appellationen sah der König weiterhin als an sich selbst gerichtet an. Er blieb "oberster Richter", obwohl er sein Oberappellationsgericht sprechen ließ.¹³⁷ Äußerlich erkennbar wird dieser Anspruch darin, dass Urteile und

¹³² Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006, S.28.

¹³³ Instruction an das hiesige Ober-Appellations-Gerichte, wonach sich dasselbe bis eine Tribunal-Gerichts- und Process-Ordnung verfertigt, zu achten hat, abgedruckt bei: *Mylius*, C.C.M., T.II, IV. Abt. Nr. XXXIX, Sp.7-10; Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band 2, S.9.

¹³⁴ Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S.42.

¹³⁵ Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.75.

¹³⁶ Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band 2, S.10.

¹³⁷ Befehl Friedrich I. vom 28. April 1717 abgedruckt in: *Mylius*, C.C.M., T.II, IV. Abt. Nr. XXXIX, Sp. 63-66; Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band 2, S.9; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.77.

Machtsprüche im Namen des Königs ausgefertigt wurden und zur Gültigkeit der eigenhändigen Unterschrift des Königs bedurften.¹³⁸

Das Anliegen, die Prozesse zu beschleunigen, wurde mit der Allgemeinen Verordnung die Verbesserung des Justizwesens vom 21. Juni 1713 weiter vorangetrieben.¹³⁹ Insofern führte *Friedrich Wilhelm I.* aus, dass:

*Es uns sehr lieb sein würde, wenn in allen Gattungen von Prozessen und zwar in jeder Instanz besondere Beschleunigungsmittel ausgesonnen werden könnten.*¹⁴⁰

Obwohl in den folgenden Jahren weitere Verordnungen ergingen, die auf eine Beschleunigung der Verfahren zielten,¹⁴¹ gab es auch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts keine für alle Preußischen Staaten geltende Zivilprozessordnung.¹⁴² Vielmehr war das Verfahren in Zivilstreitigkeiten weiterhin durch mehr oder weniger vollständige Partikular-Gerichtsordnungen geregelt.¹⁴³ Das Bestreben, die Rechtspflege zu verbessern, äußerte sich weniger in einer neuen Gesetzgebung zu Verfahren, als durch eine verbesserte Einrichtung der Gerichte, der Einteilung und des Geschäftsbetriebs, sorgfältigere Überwachung der Richterschaft und insbesondere auch durch Präzisierung der Voraussetzungen für das Richteramt.¹⁴⁴

In verfahrensrechtlicher Hinsicht trug vor allem die Neuregelung der Injurienklage¹⁴⁵ durch Einführung von Fristenregelungen, innerhalb derer Beweise vorgebracht und Zeugen vernommen werden mussten und der Einschränkung der Appel-

¹³⁸ Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band 2, S.10. Dazu das die Ausfertigung von Urteilen im Namen des Staatsoberhauptes eine seit dem 15. Jahrhundert gebräuchliche Sitte war, Thudichum, S.413-427 in: Preußische Jahrbücher, Band 27, hrsg. von *Treitschke/Wehrenpfennig*. Berlin 1871.

¹³⁹ Abgedruckt bei: *Mylius*, C.C.M., T.II, I. Abt. Nr. CXXXI, Sp.517-550.

¹⁴⁰ Allgemeinen Verordnung die Verbesserung des Justizwesens vom 21. Juni 1713, *Mylius*, C.C.M., T.II, I. Abt., Nr. CXXXI, Sp.537.

¹⁴¹ Constitution wegen Abkürzung der Processe in der Chur-Marck vom 3. September 1718, *Mylius*, C.C.M., T.II, I. Abt., Nr. CLXXIV, Sp.645-656. Rescriptum, betreffend die Abkürzung der Processe in der Neu-Marck vom 19.Juli1719, *Mylius*, C.C.M., T.II, I. Abt., Nr. CLXXXVIII, Sp.685-686. Allgemeines Edict wegen Abkürzung und Beschleunigung der Processe samt 2. Beylagen vom 2. Mai 1736, *Mylius*, C.C.M., T.II, I. Abt., Nr. CCLXXIV, Sp.821-838.

¹⁴² Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.11.

¹⁴³ Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.11.

¹⁴⁴ Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S.49.

¹⁴⁵ Vgl. zum Begriff der zivilrechtlichen Injurienklage: Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd.1, S.1081 f und Entscheidung Nr. 4.1.6 vom 13.01. 1865 zur Vererblichkeit der Injurienklage.

lation gegen erstinstanzliche Entscheidungen zur Beschleunigung bei;¹⁴⁶ im übrigen wurde das bereits Verordnete wiederholt.¹⁴⁷

Im Zuge der Mitte des 18. Jahrhunderts beginnenden umfassenden Reformen im Justizwesen unter *Friedrich II.* wurde auch das Prozessrecht umgestaltet. Den äußerlichen Anlass hierfür gab die Erteilung des unbedingten „Privilegium de non appellando“ durch Kaiser *Franz I.* am 31. Mai 1746. Hierdurch wurde die Gerichtsgewalt in Preußen geschlossen, sodass der Schaffung eines einheitlichen Prozessrechts nichts mehr im Wege stand.¹⁴⁸

Die Reformen auf dem Gebiet des Prozessrechts begannen mit der am 3. April 1748 als *Projekt des Codicis Fridericiani Marchici* publizierten, vom Großkanzler *Cocceji*¹⁴⁹ entworfenen neuen Gerichtsordnung, die zugleich die Grundlage der späteren Reformen bildete.¹⁵⁰ Zentrales Anliegen *Friedrichs II.* war abermals die Beschleunigung der Prozesse. Der Anspruch des Königs bestand darin, dass Prozesse in einem Jahr durch drei Instanzen zu einem Ende gebracht werden sollten.¹⁵¹ Gegen erstinstanzliche Urteile fand nur noch die Appellation, gegen zweitinstanzliche Urteile die Revision statt.¹⁵² Gleichwohl zeigte sich *Friedrich II.* unzufrieden und stellte in seinem politischen Testament von 1768 fest:

*„Die Rechtsverdrehung regierte hier früher in den Rechtsfällen, die Gerichte waren voll Schurken und die Familien wurden durch die Länge der Prozesse ruiniert!“*¹⁵³

¹⁴⁶ Allgemeine Ordnung und Declaration, wie in den Injurien-Sachen überall soll verfahren und selbige auf das kürzeste und schleunigste ausgemacht und zu Ende gebracht werden: sub dato Berlin den 8. Februar 1734, *Mylius*, C.C.M., T.II, I. Abt., Nr. CCLVXIII, Sp.813-816.

¹⁴⁷ Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S.54.

¹⁴⁸ Abdruck, des von der Römischen Kaiserlichen Majestät, auf Ihre Königlichen Majestät in Preußen; Reichlande; erteilten Privilegii de non appellando illiminati, in: N.C.C., Band 1, Nr.90, Sp.163–168. Für die Vorpommerschen Lande hatte Karl VI. am 25. Juni 1733 ein besonderes Appellations-Außschließungs-Privilegium erteilt, *Mylius*, CCM, T.II, 4. Abt.,Nr. XV, Sp.132-136. Für die Grafschaft Ostfriesland wurde am 15. Februar 1751 ein unbegrenztes privilegium de non appellando erteilt, N.C.C., Band 1, Nr.90, Sp.168-172. Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.80.

¹⁴⁹ Die Nachfolger des Freiherrn von Cocceji – der wie schon unter Friedrich I., auch unter Friedrich II. eine tragende Rolle bei der Reformierung des preußischen Justizwesen einnahm – als Justizkommissare waren nach dessen Tod 1755, Großkanzler von Jaringes von 1755 bis 1774 und bis zum 11. Dezember 1779 der Freiherr von Fürst und Kupferberg, vgl. Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.266.

¹⁵⁰ Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.262.

¹⁵¹ Überschrift zu Projekt des Codicis Fridericiani Marchici von 1748; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.79.

¹⁵² Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.32.

¹⁵³ Dietrich, Die politischen Testamente der Hohenzollern, 1986, S.257; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.30, (39).

Mit der Revision des *Codicis Fridericiani* wurde bereits 1751 begonnen, sie dauerte bis zur Mitte der 1770 Jahre.¹⁵⁴ Der König hatte sich zwischenzeitlich um anderes zu kümmern, vor allem um den Siebenjährigen Krieg.¹⁵⁵ Zudem gerieten durch den Tod *Coccejis* die Gesetzgebungspläne ins Stocken.¹⁵⁶ Erste Erfolge die Verfahrensdauer betreffend, waren Mitte der siebziger Jahre erkennbar, in denen von 11.300 Prozessen nur 500 länger als ein Jahr gedauert haben.¹⁵⁷

Federführend bei der weiteren Reformierung des Prozessrechts war der spätere Justizminister *Cramer*, der im Dezember 1775 das „Projekt des revidierten *Codicis Fridericiani*“, aus der Feder des damaligen Oberamtsregierungsrats *Suarez* vorlegte.¹⁵⁸ Inhaltlich unterschied sich dieser Entwurf von allen bisherigen Gerichtsordnungen darin, dass der Richter die erheblichen Tatsachen von Amtswegen zu untersuchen hatte, dass die Bestimmung der unter Beweis zu stellenden streitigen, erheblichen Tatsachen nicht mehr durch Erkenntnis, sondern richterliche Verfügung erfolgen sollte und, dass die Tätigkeit der Advokaten darin bestehen sollte, dem Richter bei der Ermittlung der Wahrheit behilflich zu sein und den Parteien zu ihrem wahren Recht zu verhelfen.¹⁵⁹

Gleichwohl blieb zunächst alles unverändert. *Friedrichs II.* Bemühungen um eine Justiz- und Rechtsreform schienen ihr Ende gefunden zu haben, hätte nicht der sog. Müller-Arnold-Prozesses Ende 1779 zu personellen Veränderungen geführt, die 1779/80 eine neue Periode der Reform des Justizwesens in Preußen einleitete.¹⁶⁰ Der reformkritische Großkanzler *von Fürst* erhielt am 11. Dezember 1779 seine Entlassung, durch die Kabinettsordre vom 25. Dezember 1779 wurde der vormals schlesische Justizminister und Chefpräsident sämtlicher Regierungen von Schlesien,

¹⁵⁴ Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.286.

¹⁵⁵ Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006, S.34; Hucko, NJW 1994, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts, S. 1449, (1453).

¹⁵⁶ Albrecht, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794, 2004, S.53; Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006, S. 34; Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.264.

¹⁵⁷ Schubert, Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, 1820, S.V.

¹⁵⁸ Allerdings scheiterte die Umsetzung dieses Entwurfs am Widerstand des Großkanzlers *von Fürst* und des damaligen Kammergerichtspräsidenten *von Rebeur*, Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.268.

¹⁵⁹ Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.268; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.31, (39).

¹⁶⁰ Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.270; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, 1966, Bd.2, S.387; Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 2006, S.188, Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.35, (39).

Cramer, zum Nachfolger als Justizminister ernannt.¹⁶¹ Dieser hatte nun die Möglichkeit, die gemeinsam mit *Suarez* entwickelten Ideen zur Justizreform in die Tat umzusetzen.¹⁶² Die Reform sollte sich neben dem materiellen Recht auch auf die Gerichtsverfassung und das Prozessrecht erstrecken.¹⁶³

Einen weiteren bedeutenden Bestandteil der von *Friedrich II.* veranlassten Reform stellte das *Corpus Juris Fridericianum* von 1781 dar, in dem der wesentliche Teil des Prozessrechts kodifiziert war.¹⁶⁴ Im Unterschied zum Allgemeinen Landrecht und dessen Gesetzesabsolutismus entsprachen das *Corpus Juris Fridericianum* und die allgemeine Gerichtsordnung den Prinzipien des relativen historischen Naturrechts und dem dort vertretenen dynamischen Gesetzesbegriff.¹⁶⁵

Das zivilprozessuale Verfahren erfuhr im *Corpus Juris Fridericianum* abermals eine Revision. Der Sachverhalt sollte – wie schon zuvor – nicht den Anwälten überlassen, sondern in unmittelbarer und persönlicher Vernehmung der Parteien vom Richter selbst ermittelt werden.¹⁶⁶ Dabei war der Richter weder an das Parteivorbringen, noch an die Meinung der Rechtslehrer gebunden; an die Stelle des Parteibetriebs trat der richterliche Prozessbetrieb von Amts wegen.¹⁶⁷ Das *Corpus Juris Fridericianum* brachte den preußischen Zivilprozess auf einen Stand, den die deutsche Zivilprozessordnung erst hundert Jahre später für den gesamtdeutschen Prozess festschreiben sollte.¹⁶⁸ Dies erklärt, warum die im Wesentlichen auf dem *Corpus Juris Fridericianum* beruhende und am 6. Juli 1793 bekanntgegebene Allgemeine Gerichtsordnung zusammen mit der Verordnung vom 14. Dezember 1833, mit der das Rechtsmittel der Revision neu geregelt und zugleich die Nichtigkeitsbeschwerde eingeführt wurde,¹⁶⁹ bis zum Inkrafttreten der Zivilprozessordnung am 30. Januar 1877 unverändert blieb und das Zivilverfahren in Preußen regelte.¹⁷⁰

¹⁶¹ Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811S. 270.; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.35 (39).

¹⁶² Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.35, (39)

¹⁶³ Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.36, (39).

¹⁶⁴ Patent, wodurch die neue Prozeß-Ordnung als ein allgemeines Landes-Gesetz vorgeschrieben, und bestätigt wird, und die ältern, dem zuwider laufenden Gesetze, aufgehoben werden vom 26. April 1781 abgedruckt in: N.C.C., Band 7, Nr.18, Sp.250-252; Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber zu sein, 2003, S.27, (39).

¹⁶⁵ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.48, (54).

¹⁶⁶ Hattenhauer, Das ALR im Widerstreit der Politik, 1995, S.35, (51).

¹⁶⁷ Eckert, Vom Vorteil, Gesetzgeber, 2003, S.31, (39).

¹⁶⁸ Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S.46, (54)

¹⁶⁹ Waldeck, Die Nichtigkeitsbeschwerde, 1861, S.42.

¹⁷⁰ A.G.O., IV.Theil, 8.Tit., S.299-306. Vgl. zur Entstehung der Nichtigkeitsbeschwerde bzw.-klage, Sellert, HRG, III. Bd., Sp.974, (978). Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S. 11.

Allerdings unterschied sich die allgemeine Gerichtsordnung vom *Corpus juris Fridericiani* in sprachlicher Hinsicht dahin, dass für alle lateinischen Kunstausrücke, so weit möglich deutsche Begriffe verwendet wurden.¹⁷¹ Gemeinsam hatten beiden Regelwerke, dass sie das inquisitorische Verfahren vorschrieben. Darin unterschieden sie sich vom durch Förmlichkeiten geprägten gemeinen Prozess.¹⁷²

2.4 Aufbau und Wirken des Obertribunals

Das 18. Jahrhundert brachte auch für die Gerichtsorganisation Veränderungen mit sich.¹⁷³ So spiegelt sich in der über 170-jährigen Entstehungs- und Wirkungsgeschichte des Geheimen Obertribunals die territoriale, rechtliche sowie politische Entwicklung des Preußischen Staates wider. Die Geschichte des Obertribunals umfasst die Regierungszeit von insgesamt sieben preußischen Königen und endet mit der durch die Gründung des Reichsgerichts 1879 veranlassten Aufhebung.¹⁷⁴

Die institutionelle Entwicklung des Obertribunals als Revisionsgericht war eng verbunden mit der Entwicklung des Gerichtswesens und der Rechtsvereinheitlichung in den preußischen Territorien.¹⁷⁵ Die Entwicklung des Obertribunals lässt sich in drei Phasen unterteilen¹⁷⁶: Die Gründungsphase im Zuge der Justizreformen unter *Friedrichs I.* am Beginn des 18. Jahrhunderts, den Aufstieg zum höchsten preußischen Gericht während der Regierungszeit *Friedrichs II.* und schließlich die nicht zuletzt durch den territorialen Zuwachs Preußens im Anschluss an die Freiheitskriege bedingten Etablierung als höchstes Preußisches Gericht am Beginn des 19. Jahrhunderts bis zur Gründung des Reichsgerichts.

¹⁷¹ Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.277.

¹⁷² Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.278.

¹⁷³ Wenzel, Das Gewährleistungsrecht in der Spruchpraxis des Preußischen Kammergerichts von 1794 – 1810, 2006, S.110.

¹⁷⁴ Friedrich I. (1701-1714), Friedrich Wilhelm I. (1714-1740), Friedrich II. (1740-1786), Friedrich Wilhelm II. (1786-1797), Friedrich Wilhelm III. (1797-1840), Friedrich Wilhelm IV. (1840-1861), Wilhelm I. (1861-1888), vgl. Erler, Artikel „Preußen“ 1990, HRG, Bd. III., Sp.1926 f. § 12 des Preußischen Ausführungsgesetz zum GVG, vom 24.04.1878 (GS 1878, S.230, 232); Glöckner, Die Positive Vertragsverletzung, 2006, S.117; Döhring, Artikel „Obertribunal“ 1990, HRG, Bd. III., Sp. 1168,1169.

¹⁷⁵ Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.23.

¹⁷⁶ Zur Periodisierung der Zivilprozessgesetzgebung auch, Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S.9 und Koch, Der preußische Civil-Prozess,1855, S.74.

2.4.1 Gründung und Etablierung des Obertribunals

Ein Jahr nachdem sich Kurfürst *Friedrich III.* von Brandenburg zu Königsberg am 18. Januar 1701 die Krone als „König von Preußen“ aufgesetzt hatte, erteilte Kaiser Leopold für die königlichen Reichslande außerhalb der Kurmark am 16. Dezember 1702 ein beschränktes *Privilegium de non appellando*¹⁷⁷ des Inhalts, dass *in Pofielforio* gar nicht, *in Petitorio* aber nur, wenn das Urteil die Summe von 2500 Goldgulden nicht übertraf, an die Reichsgerichte appelliert werden durfte.¹⁷⁸ *Friedrich I.* schuf darauf das Oberappellationsgericht, auch Tribunal genannt.¹⁷⁹ Allerdings hatte der Monarch bereits am 22. März 1670 gegenüber den Landständen angekündigt ein Oberappellationsgericht zu errichten, sodass dessen Einführung überfällig erschien.¹⁸⁰

Eingeleitet wurde die Reform des Gerichtswesens durch die „Neu-verfasste Cammer-Gerichtsordnung in der Chur- und Mark Brandenburg“ vom 1. März 1709¹⁸¹ und der „Allgemeinen Ordre die Verbesserung des Justizwesens betreffend“, vom 21. Juni 1713.¹⁸² Das Hauptziel dieser legislativen Bestrebungen war die Verbesserung der Gerichtsverfassung und eine Umgestaltung des Rechtsverfahrens durch Beseitigung eingeschlichener Missbräuche und hergebrachter Formalitäten.¹⁸³

Im Bereich der Gerichtsverfassung wurde mit der Einrichtung des Kammergerichts, das gemeinsam mit dem Oberappellationsgericht für die Mark Brandenburg, als Vorläufer des Obertribunals betrachtet werden kann, ein Schritt zu einem geregelten Rechtsweg getan.¹⁸⁴ Allerdings war das Kammergericht hauptsächlich nur für die

¹⁷⁷ Privilegia de non appellando gewährten die Exemption von Appellationen an das Reichshofgericht, fanden jedoch keine Anwendung bei Rechtsverweigerung. Ihre Erteilung gab den Anstoß zur Errichtung der Oberlandesgerichte und Oberappellationsgerichte, vgl. Schadow, Aktikel „Privilegia de non appellando“ 1990, HRG Bd. III, Sp.2011; Mylius, C.C.M., Th.II, IV.Abt., Nr.I, Sp.1-6.; Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.225.

¹⁷⁸ Mylius, C.C.M., Th.II, IV.Abt., Nr.I, Sp.4,5; Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.225; Koch, Der preußische Civil-Prozeß, 1855 S.73; Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.26; Bornemann, Artikel „Obertribunal“ 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec.,1.Theil, S.144 (148).

¹⁷⁹ Der Befehl Friedrichs I. vom 17. Juli 1703 an die geheimen Räte *von Sturm* und *von Cocceji* ist abgedruckt bei Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.225; Koch, Der preußische Civil-Prozeß, 1855, S.73; Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S. 44. Das Wort Tribunal kommt an verschiedenen Stellen des Römischen Gesetzbuchs vor, vgl. Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.225.

¹⁸⁰ Churfürstliche Resolution auf der Land-Stände übergebene Punkte vom 22. März 1670, Punkt 4, abgedruckt bei Mylius, C.C.M., Th.VI, I.Abt., Nr. CXLV, Sp.521, 522.

¹⁸¹ Mylius, C.C.M., Th.II, I.Abt., Nr. CXIX, S.357-472.

¹⁸² Mylius, C.C.M., Th.II, I.Abt., Nr. CXXXI, S.517-550.

¹⁸³ Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, 1848, S.24; Lapeyres, Die Reception des Römischen Rechts in der Mark Brandenburg, 1841, S.1, (91).

¹⁸⁴ Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.23, Bornemann, Artikel „Obertribunal“ 1830 Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec.,1.Theil, S.144, (148).

Kur- und Neumark zuständig und ein eigener Gerichtshof, der für die aus den übrigen Landesteilen zur Entscheidung des Fürsten gelangenden Sachen zuständig gewesen wäre existierte nicht.¹⁸⁵

Die Errichtung des Kammergerichts bewirkte eine Vereinheitlichung und Strukturierung des Instanzenzugs. Zum anderen wurde mit der Gründung des Obertribunals - wenngleich sich sein Sprengel anfangs nur auf Magdeburg, Pommern, Cleve, Halberstadt und Minden erstreckte¹⁸⁶ - die Grundlage für die spätere, sämtliche Landesteile umfassende Gerichtshierarchie geschaffen.¹⁸⁷

Zunächst wurde der Gerichtshof nach dem Vorbild des Schwedisch - Pommerschen Tribunals zu Wismar eingerichtet und war mit 1 Präsidenten und 6 Assessoren besetzt.¹⁸⁸ Die Einsetzung erfolgte derart schnell, dass das Gericht zunächst keine Prozessordnung erhielt, sondern eine sehr kurze Interims-Ordnung, die auch in der Folgezeit bis zum Regierungsantritt *Friedrichs II.* durch einzelne Rescripte und Bescheide abgeändert oder ergänzt wurde.¹⁸⁹

Die Ursache für das Fehlen einer dauerhaften Prozessordnung für das Obertribunal wird in der fehlenden Bereitschaft der mit einem Entwurf beauftragten Personen, namentlich der geheimen Räte *von Sturm* und *von Cocceji*, gesehen.¹⁹⁰ Teilweise wird angenommen, beide hätten die Abfassung einer vollständigen Prozessordnung ausgesetzt, weil es ihnen zweckmäßiger erschienen sei, zunächst praktische Erfahrungen zu sammeln, zumal bei der Errichtung des Wismarer Tribunals ebenso verfahren worden war.¹⁹¹

¹⁸⁵ Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec.,1.Theil, S.144, (148).

¹⁸⁶ Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec.,1.Theil, S.144, (148).

¹⁸⁷ Koch, Der preußische Civil-Prozeß, 1855, S.74.

¹⁸⁸ Der Befehl Friedrichs I. vom 17. Juli 1703 an die geheimen Räte *von Sturm* und *von Cocceji* ist abgedruckt bei Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S. 225; Koch, Der preußische Civil-Prozeß, 1855 S. 75; Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830 Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.144, (148); Döhring, Artikel „Obertribunal“, 1990, HRG Bd. III, Sp. 1168

¹⁸⁹ Abgedruckt bei Mylius, C.C.M., Th.II, I.Abt., Nr. III, Sp.7-8; Stölzel, Band 2, S.7. Bornemann, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.144. In den Jahren 1705, 1706 und 1707 wurden einzelne Verordnungen erlassen, welche die Form der Prozesse betrafen, Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.235. Wiederholt ging es als Folge der Erlangung des Privilegium de non appellando darum, ob die Zuständigkeit des Oberappellationsgerichts für bestimmte Prozessarten, beispielweise in Fiskal-, Feudal- und Polzeisachen gegeben war, obwohl diese bei Reichsgericht inappellabel waren. In einem Bescheid vom 12. Oktober 1706 bejaht Friedrich I. auf eine entsprechenden Anfrage der Clevischen Regierung vom 7. und 16. Juli 1706 hin, die Zuständigkeit des Oberappellationsgerichts; vgl. Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.235.

¹⁹⁰ Holtze, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, 1891, 3.Theil, S.45; Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil,S.144, (148).

¹⁹¹ Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.144, (148); Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888, Band 2, S.6.

Der Bericht von *Sturms* an *Friedrich I.* vom 29. August 1703 scheint diese Annahme zu bestätigen.¹⁹² Darin legt der geheime Justizrat dar, dass *Coccejis* und seine hohe Arbeitsbelastung der Grund dafür seien, warum noch nicht mit der Abfassung eines Entwurfs begonnen wurde.¹⁹³ In der Sache gab *von Sturm* zu bedenken, dass die Abfassung einer vollständigen Prozessordnung mangels Erfahrung erhebliche Zeit in Anspruch nehmen würde und eine Gerichtsordnung auch nach Errichtung des Gerichts geschaffen werden könne.¹⁹⁴ Auch dieser Gesichtspunkt scheint dafür zu sprechen, dass die Arbeiten zunächst zurückgestellt wurden, um Erfahrungen im Umgang mit einer dritten Instanz zu sammeln.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein Bedürfnis an der zügigen Errichtung eines Oberappellationsgerichts bestand, sodass ein weiterer zeitlicher Aufschub nicht möglich erschien. Aufgrund des beschränkten Privilegiums *de non appellando* musste eine dritte Instanz für die früher zum Reichskammergericht gelangten Appellationen installiert werden. Und nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass *Friedrich I.* bereits am 22. März 1670 vor den Landständen die Errichtung eines Oberappellationsgerichts in Aussicht gestellt hatte, erscheint es plausibel, dass der Entwurf einer Prozessordnung dem Bedürfnis, überhaupt ein Gericht dritter Instanz zu etablieren, weichen musste.

Die Verfahrens- und Arbeitsweise des Obertribunals waren im Wesentlichen an die der anderen Appellationsgerichte, namentlich des Wismarschen Tribunals, angelehnt.¹⁹⁵ Für die Gestaltung des Prozesses bedeutete dies, dass das Gericht die Schriftsätze verhandelte, Zeugen hören, Dokumente beglaubigen und Eide abnehmen konnte.¹⁹⁶ Die Aktenversendung an externe Spruchkollegien war dem Obertribunal untersagt, und es war nur eine begrenzte Anzahl von Anwälten zur Urteilsverkündung zugelassen.¹⁹⁷

In der Folgezeit wurde der Sprengel des Obertribunals vergrößert, und das Gericht nahm mehrere in den Provinzen von früher her vorhandene oberste Gerichte in sich auf, was zur weiteren Vereinheitlichung der unterschiedlich gestalteten Ge-

¹⁹² Abgedruckt in Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.230.

¹⁹³ Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.230.

¹⁹⁴ Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.231.

¹⁹⁵ Vgl. Befehl *Friedrichs I.* vom 14. Juli 1703 abgedruckt bei Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S. 228. Ferner entsprachen bspw. die Gerichtskosten denjenigen, die bisher beim Kammergericht gebräuchlich gewesen sind, Mylius, C.C.M., Th.II, IV. Abt., Nr.IV, Sp.10; Bornemann, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.144.

¹⁹⁶ Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.232.

¹⁹⁷ Instruktion an das Oberappellationsgericht vom 4. Dezember 1703, Mylius, C.C.M., Th.II, IV. Abt., Nr.IV, Sp.10.

richtsorganisation führte.¹⁹⁸ Im Jahr 1712 wurde das Obertribunal zuerst mit dem Ravensbergischen Appellationsgericht und anschließend 1716, mit dem 1709 für Meurs, Lingen und Teklenburg errichteten Orangetribunal, vereinigt.¹⁹⁹

Politisch markierte die Errichtung des Obertribunals für den Preußischen Staat die Emanzipation und Loslösung vom Alten Reich.²⁰⁰ Das Ziel, die völlige territoriale Geschlossenheit der Rechtspflege und ausschließliche oberstrichterliche Gewalt, als Hauptgrundlage einer vollkommenen Souveränität zu erlangen, rückte näher.²⁰¹

2.4.2 Aufstieg des Obertribunals zum höchsten Preußischen Gericht

Nachdem *Friedrich II.* am 31. Mai 1746 ein unbeschränktes Privilegium de non appellando für den Preußischen Staat erhalten hatte und weitere Reformen des Justizwesens anstrebte, begann auch das Obertribunal eine andere, insbesondere bedeutendere Stellung einzunehmen.²⁰² Mittels Patent vom 18. Mai 1748 wurden sämtliche Gerichtshöfe in Berlin, mit Ausnahme des Geheimen Justizrates und des Ravensbergischen Appellationsgerichts, aufgehoben und an ihre Stelle ein einziges Tribunal gesetzt.²⁰³ Die ersten drei Senate des neuen Gerichtshofes wurden aus dem ehemaligen Kammergericht gebildet und stellten die Mittelinstanzen dar; der 4. Senat fungierte demgegenüber als "Tribunal" in Funktion der obersten Revisionsinstanz und ging aus dem vormaligen Oberappellationsgericht hervor.²⁰⁴ Die Vereinigung des Obertribunals führte dazu, dass das Kammergericht nur noch Spruchgericht in der Revisionsinstanz war.²⁰⁵ Personell war das Tribunal zunächst mit einem Präsidenten, einem Vice-Präsidenten und sieben Geheimen Tribunals-Räten besetzt²⁰⁶.

¹⁹⁸ Döhring, Artikel „Obertribunal“, 1990, HRG Bd. III, Sp.1168, (1168).

¹⁹⁹ Mylius, C.C.M., Th.II, IV.Abt.,Nr.XXXI, Sp.49-54 und Nr. XXXVII, Sp.63,64; Koch, Der preußische Civil-Prozeß, 1855, S.74; Bornemann, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.144, (148); Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.239.

²⁰⁰ Der faktische Austritt Preußens aus dem Reichverbund erfolgte erst 1795 durch den Frieden von Basel, durch den der erste Koalitionskrieg mit Frankreich beendet wurde, vgl. hierzu Erler, Artikel „Preußen“, 1990, HRG, III. Bd., Sp.1933, (1948).

²⁰¹ Koch, Der preußische Civil-Prozeß, 1855, S.73.

²⁰² Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.145, (148); Döhring, Artikel „Obertribunal“, 1990, HRG Bd.III, Sp.1168.

²⁰³ Mylius, C.C.M., Const. IV, Nr. XX Sp.55-60; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.82; Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.248.

²⁰⁴ Mylius, C.C.M., Const. IV, Nr. XX Sp.58; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.82; Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.145, (148).

²⁰⁵ Cod. Fri. Mar., Th. VII, Titel VII, § 5; Koch, Der preußische Civil-Prozess, S.84; Bornemann, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.145; Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.253.

²⁰⁶ Cod. Fri. Mar., Th. VII, Titel I, § 1. Bereits mit Patent vom 18. Mai 1748 wurde die Anzahl der Geheimen-Räthe auf acht erhöht; vgl. Mylius, C.C.M., Const. IV, Nr. XX Sp.58; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.84.

Trotz der Neustrukturierung des Justizwesens war ein klares Verhältnis zwischen Kammergericht und Obertribunal nicht erkennbar. Dies war unter anderem darin begründet, dass das Tribunal noch nicht für alle Landesteile die letzte Instanz war. Das Obertribunal wurde noch nicht als höchstes preußisches Gericht angesehen, weil die in dritter Instanz ergangenen Urteile unter der eigenhändigen Unterschrift des Königs ausgefertigt wurden.²⁰⁷ *Friedrich II.* begründete die Verfahrensweise mit einem in der Regierungszeit seines Vaters ergangenen Rescript vom 9. November 1731, wonach das Oberappellationsgericht die ihm zugesandten Urteile zwar abzufassen, aber nicht zu publizieren, sondern an ihn zur persönlichen Unterschrift zurückzusenden hatte.²⁰⁸ *Friedrich II.* sah auch keinen Grund dafür, die Revisionsachen seinen treuen Angestellten in der Staatskanzlei und die mit der Bearbeitung verbundenen Einkünfte zu entziehen.²⁰⁹ Gleichwohl bestand eine enge Verbindung zwischen Kammergericht und Obertribunal. Dies belegt der Umstand, dass das Tribunal in formeller Hinsicht noch Teil des Kammergerichts war und das Tribunal nur mit Personen besetzt wurde, die vorher im dritten Senat des Kammergerichts gearbeitet hatten.²¹⁰

Die Trennung des Tribunals vom Kammergericht wurde erst im Zuge der Erweiterung des Preußischen Territoriums, namentlich der Inbesitznahme des Ermlands und Westpolens, in den 1770er eingeleitet. In Abgrenzung zum ostpreußischen Tribunal in Königsberg erhielt der 4. Senat 1772 die Bezeichnung Obertribunal.²¹¹ 1774 wurde der Sprengel erneut erweitert. 1774 wurde das Gericht zum Revisionshof für Ostpreußen und Lauenburg ernannt. Damit waren das Königsberger Hofgericht und Tribunal dem Obertribunal nachgeordnet.²¹²

²⁰⁷ Vgl. Rescript an das hiesige Tribunal, daß es mit der Remission der Revisions-Sentenzien bey der bisherigen Verfassung verbleiben; jedoch dem Registratori und der Canzeley des Tribunals ihre Gebühren besonders bezahlet werden sollen, nebst Beylage vom 2. April 1765, abgedruckt in: N.C.C., Band 3, 1765, Nr.28, Sp.613 - 616; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.83.

²⁰⁸ Mylius, C.C.M., II. Th., IV. Abt., Nr. LXII, Sp.89,90; vgl. auch Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.254; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.77.

²⁰⁹ Vgl. Rescript vom 2. April 1765, abgedruckt in: N.C.C., Band 3, 1765, Nr.28, Sp.615, Fn.129.

²¹⁰ Cod. Fri. Mar., Th.VII, Titel I, § 2.

²¹¹ Vgl. Notifications-Patent, betreffend die Einrichtung des Geistlichen und Weltlichen Justiz-Wesens in denen bishero von der Crone Pohlen besessenen und nunmehr von Seiner Königlichen Majestät von Preussen in Besitz genommenen Landen Preussen und Pommern, wie auch denen bishero zu Groß-Pohlen gerechneten Distrikten diesseits der Netze, nebst Beylagen vom 28. September 1772, abgedruckt in: N.C.C., Band 5, 1772, Nr.49, Sp.451-494 und Instruction für die West-Preußische Landvoigtey-Gerichte zu Culm, Marienburg, Stargard, Conitz und in den Districten an der Netze vom 21. September 1773, abgedruckt in: N.C.C., Band 5, 1773, Nr.50, Sp.1745, (1792) -1892; ferner Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.83; Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.25.

²¹² Neue und verbesserte Instruction, für die Ost-Preußische Regierung, das Tribunal, Hof-Gericht, Pupillen-Collegium, Consistorium, Ober-Burggräfliche Amt und Hof-Hals-Gericht, und Criminal-

Kurz vor dem Ende der Regierungszeit *Friedrichs II.* wurde die Verbindung zwischen Kammergericht und Obertribunal im Zuge der Neuorganisation des Kammergerichts im Jahr 1782 vollständig gelöst.²¹³ Hintergrund der Neuorganisation war, dass nach Auffassung *Friedrichs II.* die Geschäftsverteilung am Kammergericht derart unzweckmäßig war, dass dessen Mitglieder von ihren eigentlichen Berufspflichten abgehalten würden.²¹⁴ Mit der Trennung vom Kammergericht ging für das Obertribunal erneut eine Erweiterung seiner Zuständigkeit einher. Alle bis dato beim Kammergericht und der Neumärkischen Regierung in dritter Instanz abgeurteilten Sachen sollten künftig dem Obertribunal zur Abfassung der Revision zugesendet werden.²¹⁵ Das Kammergericht war damit ein bloßer Provinzialgerichtshof für die Prignitz und Mittelmark, und das Geheime Obertribunal wurde zum höchsten Gericht im preußischen Staat.²¹⁶

2.4.3 Das Obertribunal am Beginn des 19. Jahrhunderts bis zu seiner Auflösung

Die Entwicklung des Obertribunals wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch die territorialen Veränderungen, namentlich den Landverlust infolge der napoleonischen Kriege sowie den Landzuwachs infolge der Freiheitskriege, beeinflusst.²¹⁷

Der vergrößerte Umfang des preußischen Staates und der Anstieg an Fallzahlen machten es 1803 erforderlich, die Appellations- und Revisionssumme zu erhöhen, um eine Entlastung des Obertribunals herbeizuführen.²¹⁸ Paradoxerweise hatte man nach dem Landverlust von 1807 am Obertribunal wieder weniger zu tun, sodass

Collegium zu Königsberg 30. Juli 1774, abgedruckt in: N.C.C., Band 5, 1774, Nr.51, Sp.341-736; Hymmen's Beiträge, 6. Sammlung, S.255; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.83; Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.25.

²¹³ Reglement wegen künftiger Einrichtung des Justitz-Wesens bey den Ober- und Unter-Gerichten der Chur- und Neumark Brandenburg vom 30. November 1782, Dritter Abschnitt, § 3; N.C.C., Band 7, 1782, Nr.54, Sp. 1919,1920; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.83; Albrecht, Die Methode der preußischen Richter in der Anwendung des Preußisch Allgemeinen Landrechts von 1794, 2004, S.46; Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830 Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.145, (148).

²¹⁴ Vgl. Reglement wegen künftiger Einrichtung des Justitz-Wesens bey den Ober- und Unter-Gerichten der Chur- und Neumark Brandenburg vom 30. November 1782, Dritter Abschnitt, § 2. N.C.C., Band 7, 1782, Nr.54, Sp.1907.

²¹⁵ Vgl. Reglement wegen künftiger Einrichtung des Justitz-Wesens bey den Ober- und Unter-Gerichten der Chur- und Neumark Brandenburg vom 30. November 1782, Dritter Abschnitt, § 41; N.C.C., Band 7, 1782, Nr.54, Sp.1919,1920.

²¹⁶ Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.84; Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.26; Döhring, Artikel „Obertribunal“, 1990, HRG, Bd.III, Sp.1168, (1169).

²¹⁷ Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.85.

²¹⁸ Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3.Sec., 1.Theil, S.145, (148).

zunehmend alle kur- und neumärkischen Sachen, die an sich revisibel waren und dem Obertribunal 1803 entzogen worden waren, ihm nun wieder zugewiesen wurden.²¹⁹

Im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts vergrößerten sich der Sprengel und die Anzahl der Richter erheblich. So bestand das Obertribunal im Jahr 1830 aus einem Präsidenten und achtzehn Mitgliedern, deren Anzahl sich nach und nach erhöhte; und die Zuständigkeit erstreckte sich über alle preußischen Landesteile, mit Ausnahme des Teils des Rheinlandes, in dem nach französischem Recht verfahren wurde.²²⁰

Die Verordnung vom 14. Dezember 1833, mit der in Preußen das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde eingefügt wurde, bewirkte einen weiteren Zuständigkeits- sowie Personalzuwachs.²²¹ Hinsichtlich der Jurisdiktion war das Obertribunal nunmehr auch für die aus dem Großherzogtum Posen stammenden Revisions- und Nichtigkeitsbeschwerden zuständig und mit drei Präsidenten und 27 Räten, verteilt auf drei Senate, besetzt.²²²

Durch das Prozessgesetz vom 21. Juli 1846 erfolgte erneut eine Verstärkung des Personals in Gestalt eines zusätzlichen Präsidenten und mutmaßlich auch mehrerer Räte, sodass sich das Kollegium auf vier Senate verteilte.²²³

Ab Frühjahr 1853 wurde das Obertribunal mit dem Rheinischen Revisions- und Kassationshof vereinigt und bildete nun den obersten Gerichtshof für die gesamte Monarchie, wobei fünf der insgesamt sechs Senate das Recht auf dem Gebiet des Preußischen Zivilprozesses wahrnahmen und der sechste die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Rheinischen Rechts ausübte.²²⁴ Unter den fünf Senaten waren die Geschäfte nach Rechtsgebieten verteilt, wobei der erste Senat neben dem Personen-, Staats- und Kirchenrecht auch für das gesamte Erbrecht zuständig war.²²⁵

Das Verfahren vor dem Obertribunal war Mitte des 19. Jahrhunderts wieder so hergestellt, wie es vor 1748 war.²²⁶

²¹⁹ Holtze, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, 1904, 4. Theil, S. 67.

²²⁰ Koch, Der preußische Civil-Prozess, S. 86; Bornemann, Artikel „Obertribunal“, 1830, Allgemeine Encyclopädie, 3. Sec., 1. Theil, S. 145, (148).

²²¹ A.G.O., 4. Theil, S. 299-306; Sonnenschmidt, Geschichte des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin, 1879, S. 231.

²²² Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S. 86; Sonnenschmidt, Geschichte des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin, 1879, S. 232.

²²³ Verordnung vom 21. Juli 1846 „über das Verfahren in Civil-Prozessen“; Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S. 87.

²²⁴ Frantz, Der Preußische Civil-Prozess, 1857, S. 15.

²²⁵ Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S. 87; Frantz, Der Preußische Civil-Prozess, 1857, S. 15.

²²⁶ Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S. 90.

Schließlich gingen aufgrund der Reichsjustizreform von 1877 die Zuständigkeiten des Obertribunals auf das neugegründete Reichsgericht in Leipzig über, in das ein Teil des freigewordenen Richterpersonals eingegliedert wurde.²²⁷

3. Das Erbrecht im Allgemeinen Landrecht

Das Allgemeine Landrecht ist die alleinige Quelle des preußischen Erbrechts.²²⁸ Dessen Grundlagen bildete im wesentlichen das römische Recht, wobei es aber auch eine Vielzahl nicht unerheblicher Umgestaltungen gab, die auf deutschrechtliche Traditionen zurückgingen.²²⁹

Kodifiziert ist das preußische Erbrecht an verschiedenen Stellen im ALR. Bestimmungen über die Erbschaft, was zu ihr gehört und was nicht, den Erbfall, die Annahme und Entsagung der Erbschaft, sowie Legitimation und Präklusion der Erben, sind im 9. Titel des ersten Teils über den Eigentumserwerb im Allgemeinen geregelt.²³⁰ Anschließend folgen Bestimmungen über den Erbschafts Kauf in den §§ 445 bis 510 des 11. Titels des ersten Teils. Im 12. Titel des ersten Teils – "über die Erwerbung von Eigentum aufgrund von Titeln, welche aus Verordnungen von Todes wegen entstehen" – ist sodann ein wesentlicher Teil des materiellen und formellen Erbrechts im ALR normiert. Die Rechte und Pflichten von Miterben werden in den §§ 115 des 17. Titels des ersten Teils – dieser behandelt das gemeinschaftliche Eigentum von Miterben – geregelt. Abschließend wird die gesetzliche Erbfolge des Ehegatten und anderer Verwandter in verschiedenen Titeln des zweiten Teils festgelegt.²³¹

Das ALR regelt somit zwei Bestandteile des Erbrechts an zwei verschiedenen Stellen und unter zwei sehr unterschiedlichen Gesichtspunkten, nämlich einmal unter der für das preußische Rechtssystem praktisch unbedeutenden Lehre von der Erwerbung der Erbschaft und ferner unter der Lehre von Testamenten, Kodizillen und Erbverträgen innerhalb der Titel zur Erwerbung des Eigentums, welche aus Verordnungen von Todes wegen entstehen.²³² Diese Zerstückelung, die sich bereits im ersten, nicht gedruckten Entwurf fand, wurde auch während der Redaktion des Land-

²²⁷ Döhning, Artikel „Obertribunal, 1990, HRG, Bd.III., Sp. 1169, (1169).

²²⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.7.

²²⁹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.2; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.7; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.291.

²³⁰ §§ 350, 9. Titel, 1. Theil, ALR.

²³¹ §§ 438 bis 667, 1. Titel, 2. Theil und §§ 271 bis 665, 2. Titel, 2. Theil ALR.

²³² Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.8.

rechts kritisiert, weil dadurch die Materie vom Erbrecht sehr zerrissen und dadurch das Herausbilden von Rechtsgrundsätzen schwierig werde.²³³ Das ALR habe die unstrukturierte Darstellung mit dem römischen Recht gemeinsam, nur in einem noch höheren Grade.²³⁴ Es habe die Grundsätze des römischen Rechts aufgenommen, aus diesen jedoch alle „Schärfe“ verbannt und dasselbe mit einer gewissen „laulichen Billigkeit“ so sehr abgestumpft, dass ein juristischer Verstand kaum mehr zurückgeblieben sei.²³⁵ Insbesondere passe es nicht, die Intestaterbfolge unter dem Gesichtspunkt des Familienrechts zerstreut an vielen Stellen zu regeln.²³⁶

Andererseits trug die Normierung der erbrechtlichen Vorschriften an unterschiedlichen Stellen und insbesondere die Regelung der gesetzlichen Erbfolge im Bereich des Familienrechts zwei wesentlichen dem Erbrecht grundsätzlich innewohnenden Aspekten Rechnung. Werden die materiell-rechtlichen Wirkungen ins Auge gefasst, gehört das Erbrecht in die Lehre vom Eigentum; wird dagegen die gesetzliche Erbfolge in den Blick genommen, so haben die Gründe ihren Ursprung im Familienrecht.²³⁷ Diese Janusköpfigkeit des Erbrechts und das Aufeinandertreffen von römischen und deutschrechtlichen Rechtsgrundsätzen war eine weitere Ursache für die als unsystematisch empfundene Darstellung des Erbrechts im Landrecht. Nach römischem Recht, welches auch in dieser Lehre die Basis des Landrechts bildet, war der Willkür des Individuums, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, nahezu unbeschränkt.²³⁸ Wenngleich diesem Prinzip der Willkür in der späteren Ausbildung des römischen Erbrechts Schranken gesetzt wurden, standen ihm die Grundsätze des ältesten deutschen Rechts völlig entgegen.²³⁹ In der deutschrechtlichen Tradition war ein letztwilliges Verfügungsrecht unbekannt, und die einzelnen Bestandteile des Vermögens eines Verstorbenen gingen ohne weiteres auf die nächsten Familienmitglieder über.²⁴⁰ Der in der deutschrechtlichen Tradition verankerte Grundsatz vom Eintrittsrecht der Familienmitglieder sprach dafür, die Bestimmungen zur gesetzlichen Erbfolge und zum Noterbrecht im Teil über das Personenrecht, innerhalb des Familienrechts, zu regeln.

²³³ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.7S.2; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.8.

²³⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.8.

²³⁵ Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830, S.137; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.3.

²³⁶ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.8.

²³⁷ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.2.

²³⁸ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.3.

²³⁹ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.400, (459).

²⁴⁰ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.6.

Andererseits hatte die Familie zwar einen in der Natur der Familienverhältnisse begründeten und im Intestat-Erbfolgerecht anerkannten Anspruch auf das Vermögen ihrer Glieder; diesem Anspruch stand aber der Wille des Erblassers gegenüber, der auch bei Verfügungen von Todeswegen anerkannt werden musste.²⁴¹ Das Recht des Erblassers, andere als die ihm durch die natürlichen und sittlichen Bande zugewiesenen Nachfolger als Erben zu berufen, musste als das stärkere angesehen werden und dem Intestat-Erbrecht in der Regel vorgehen.²⁴² Vor diesem Hintergrund überzeugt die getrennte Regelung der Vorschriften zur letztwilligen Verfügung im ersten und der Bestimmungen zur gesetzlichen Erbfolge im zweiten Teil des ALR.²⁴³

Aus der Entstehungsgeschichte des Landrechts ergibt sich für die Einordnung der erbrechtlichen Vorschriften an unterschiedlichen Stellen, dass die Redaktoren ursprünglich das Landrecht in drei Teile gliedern wollten, wovon der erste das Personenrecht, der zweite das Sachenrecht, der dritte solche Rechtswahrheiten, die weder in das Personen- noch Sachenrecht allein gehören und zu denen man besonders die Lehren von Verträgen und von Testamenten zählte, enthalten sollten.²⁴⁴ Dieses Vorhaben wurde nach einem Vorschlag *Cramers* aufgegeben und der zweite und dritte Teil miteinander verschmolzen, da Verträge und Testamente primär auch als Titel für den Erwerb eines dinglichen Rechts und damit als zum Sachenrecht gehörig, zu betrachten seien.²⁴⁵

3.1 Erbschaft und Rechtsposition des Erben

Nach der Legaldefinition des Landrechts bestand die Erbschaft eines Verstorbenen oder für tot Erklärten aus dem *Inbegriff* all seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten.²⁴⁶ Das Landrecht verstand damit unter der Erbschaft im Wesentlichen dasselbe wie das römische Recht und das Landrecht für das Herzogtum Preußen von 1620.²⁴⁷ Beide teilten den Gedanken der Universalsukzession des Erben.²⁴⁸ Das

²⁴¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.10.

²⁴² Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.10.

²⁴³ Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830, S.124.

²⁴⁴ Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857, S.39.

²⁴⁵ Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857, S.39.

²⁴⁶ § 350, 9. Titel, 1. Theil ALR.

²⁴⁷ Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.450; Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857, S.10; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.2; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.303; Litewski, Landrecht des Herzogtums Preußen, 1987, S.127.

Vermögen des Erblassers galt als Einheit und es bildete – im Unterscheid zum römischen Recht – nicht nur bis zu seinem Erwerb, sondern bis zur Abwicklung der vom Erblasser herrührenden und ihm zu zuordnenden Rechtsverhältnisse, eine besondere und selbständige Gesamtheit.²⁴⁹

Der Inbegriff aller Rechte und Pflichten eines Verstorbenen, die nicht an seine Person gebunden waren, wurde als *Verlassenschaft* bezeichnet und in Beziehung auf diejenigen, welchen dergleichen Inbegriff überkommt, *Erbschaft* genannt.²⁵⁰ Der Begriff Verlassenschaft nahm, indem er die mit dem Todeseintritt erledigten Rechtsverhältnisse des Verstorbenen umschrieb, die Vergangenheit ins Blickfeld.²⁵¹ Mit Blick auf den Eintritt des Erben in die vermögensrechtliche Person des Erblassers richtete sie sich in die Zukunft.²⁵² Die Verfasser der preußischen Gesetzbücher gebrauchten die Worte: Nachlass, Verlassenschaft, Erbschaft, als gleichbedeutende Ausdrücke sowohl mit Vergangenheits- als auch Zukunftsbezug und standen damit im Einklang mit der Ausdrucksweise der gemeinrechtlichen Schriftsteller und dem gemeinen Sprachgebrauch.²⁵³

Danach hatte der Begriff Erbschaft eine doppelte, nämlich eine objektive und eine subjektive Bedeutung.²⁵⁴ In seiner objektiven Bedeutung umfasste er den Inbegriff aller einem Verstorbenen zur Zeit seines Ablebens zustehenden Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten, insoweit, wie sie durch seinen Tod nicht erloschen.²⁵⁵ In diesem Sinne war die Erbschaft eine *universitas juris*, die an die Stelle des Verstorbenen trat.²⁵⁶ Allerdings konnte die Erbschaft nicht nur das Vermögen einer Person umfassen, sondern auch bestimmte öffentliche Rechte bzw. Ämter, namentlich die

²⁴⁸ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.303. Auch das römische Recht fasst die ganze Erbschaft als ein einheitliches Vermögen auf – eine *universitas rerum* – vgl. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.374.

²⁴⁹ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.303.

²⁵⁰ §§ 34, 35, 2.Titel, 1.Theil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.10; Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857 S.10.

²⁵¹ Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857, S.10.

²⁵² Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857, S.10.

²⁵³ In §§ 350, 355, 356, 9. Titel, 1. Theil ALR, wird statt dem Begriff Verlassenschaft der Begriff Erbschaft verwendet. In den §§ 463, 473, 474, 9. Titel, 1. Theil ALR, wird der Ausdruck Nachlass statt Verlassenschaft oder Erbschaft gebraucht. Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 1857, S.11.

²⁵⁴ Hartzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, 1827, S.1; Köppen, Die Erbschaft: Eine civilistische Abhandlung, 1856, S.96; Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 1877, S.763.

²⁵⁵ Hartzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, 1827, S.1.

²⁵⁶ Hartzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, 1827, S. 1, Vgl. hierzu ferner Baron, Pandekten, 1896, S. 673.

preußische Königs-²⁵⁷ und die deutsche Kaiserkrone,²⁵⁸ ferner die Mitgliedschaft im preußischen Herrenhaus oder das Kirchenpatronat.²⁵⁹ Unvererblich waren hingegen Vermögensrechte, die nur der Person des Erblassers als Berechtigten zu Gute kommen sollten, also in der Regel Nießbrauch, Wohnungsrechte sowie Ansprüche auf Alimente und lebenslange Renten.²⁶⁰ Verbindlichkeiten die nur an die Person des Erblassers gebunden waren, gehörten nicht zum Nachlass.²⁶¹ Nicht zur Erbschaft gehörte ferner alles was an fremden Eigentum oder dessen Zuwüchsen im Gewahrsam des Verstorbenen gefunden wurde.²⁶²

Wer *Erbe* wurde, war im ALR zwar nicht positiv definiert kann aber aus verschiedenen Regelungen gefolgert werden.²⁶³ *Erbe* im Sinne des Landrechts wurde demnach derjenige, welcher in den ganzen Nachlass oder einen aliquoten Teil eintrat.²⁶⁴ *Legatar* wurde demgegenüber derjenige, der eine bestimmte Summe oder Sache aus dem Nachlass erhalten soll, auch wenn dieser dadurch ganz erschöpft wurde.²⁶⁵

Hinsichtlich des Anfalls einer Erbschaft ist die Rezeption des Römischen Rechts nicht fortgeführt - das Landrecht knüpft an insoweit an deutschrechtliche Traditionen an.²⁶⁶ Der Anfall erfolgte sobald der Erblasser verstorben war; in diesem Moment fiel die Erbschaft an denjenigen, welcher durch rechtsgültige Willenserklärung des Erblassers oder durch Gesetz berufen wurde.²⁶⁷ Die Regelung stellte das Prinzip fest,

²⁵⁷ Gemäß Art. 53 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, ist die Krone, den Königlichen Hausgesetzen gemäß, erblich in dem Mannsstamme des Königlichen Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge.

²⁵⁸ Gemäß Art.11 Satz 1 der Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich vom 16. April 1871, steht das Präsidium des Bundes dem König von Preußen zu, welcher den Namen Deutscher Kaiser führt.

²⁵⁹ Vgl. § 578, 11. Titel, 2. Theil ALR; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.298; Zörn, S.1. Zur Vererblichkeit der Injurien-Klage, vgl. Entscheidung des Obertribunals vom 13. Januar 1865 in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 55, 79 (85).

²⁶⁰ § 102, Einl. ALR, Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.2; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.300.

²⁶¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.13; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.300.

²⁶² § 353, 8. Titel, 1. Theil ALR.

²⁶³ Vgl. § 4, 12.Titel, 1.Theil ALR, wonach *jede Erklärung eines Testators, woraus erhellet, dass er, nach seinem Tode, den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, für eine Erbeinsetzung zu achten ist*, ferner die §§ 3, 254, 256, 12. Titel, 1. Theil ALR. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.16.

²⁶⁴ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.18; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.16.

²⁶⁵ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.18; Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.115.

²⁶⁶ Vgl. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.447; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, S.172.

²⁶⁷ § 367, 9.Titel, 1.Theil ALR. *Suarez's* Bemerkung abgedruckt in Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S.12; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.10; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen

dass der zur Erbschaft Berufene ohne Unterschied des Titels, die ihm beschiedene Erbschaft *ipso jure* erwarb und verlieh damit dem, der deutschen rechtlichen Tradition entstammenden Grundsatz „*Der Tote erbt den Lebendigen*“, Ausdruck.²⁶⁸

Dagegen wurde nach römischem Recht²⁶⁹ und älteren deutschen Partikularrechten, namentlich dem Landrecht für das Herzogtum Preussen von 1620²⁷⁰, eine Erbschaft in der Regel nur durch ausdrückliche Annahme (Antretung) erworben, weil keine freie Person gegen ihren Willen zum Erben eines Anderen gemacht werden kann.²⁷¹ Es entsprach dem Geist des römischen Rechts, auch beim Übergang der Erbschaft zunächst auf den freien Willen des Erben abzustellen.²⁷² Dass dieses Prinzip im Landrecht nicht rezipiert wurde, resultiert zum einen aus der Bedeutung, die dem Familienverbund im „germanischen Recht“ beigemessen wurde. Das Vermögen eines Menschen gehörte vor dem Hintergrund seiner sittlichen Bestimmung immer auch seiner Familie und da deren Mitglieder in der Regel im Todesfall noch existieren, falle den Erben die Erbschaft ohne weiteres zu, und bedürfe es für den Erwerb keines besonderen Erbschaftsantritts.²⁷³

Diese Auffassung spiegelt sich in einer weiteren Rechtsfolge des Erbschaftserwerbs wider. Wenn derjenige, der zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorhanden ist, aber verstarb, bevor ein zuvor Berufener die Erbschaft ausschlug, konnte dessen eventuelles Erbrecht auf die nachfolgend Berechtigten übergehen.²⁷⁴

Zudem haben praktische Erwägungen die Redaktoren des Landrechts dazu bewogen, von der gemeinen-rechtlichen Praxis abzuweichen.²⁷⁵ Denn neben dem

zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.37; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1141, Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.138.

²⁶⁸ Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, 1853, S.307; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.37; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1143; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S. 634.

²⁶⁹ Eine Ausnahme bildete das prätorische Erbschaftssystem – die *bonorum possessio*. Die *bonorum possessio* ist in ihrer regelmäßigen Gestalt Universalsukzession wie die *hereditas*, begründet also den unmittelbaren Übergang der Nachlassaktiven sowie der Nachlassschulden, Dernburg, Pandekten, 1892, S.110.

²⁷⁰ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.306; Litewski, Landrecht des Herzogtums Preußen, 1987, S.154.

²⁷¹ Mit Ausnahme von Personen die in der Gewalt des Erblassers standen, insbesondere die Kinder des Erblassers, vgl. zum Ganzen, Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1141; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S. 636; Litewski, Landrecht des Herzogtums Preußen, 1987, S.153; Herzfelder, 1902, § 1942, Tz. I, S.54.

²⁷² Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.378.

²⁷³ Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, 1853, S.307.

²⁷⁴ § 485, 12.Titel, 1.Theil ALR; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.308.

²⁷⁵ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.12, 13; Piners, S.174; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.306.

Erbschaftsantritt durch ausdrückliche Annahmeerklärung des Erben, kannte das römische Recht auch den Erbschaftsantritt durch Handlungen, welche den Schluss ergaben, dass der Handelnde Erbe sein wolle – *pro herede gerere*.²⁷⁶ Nach gemeinem Recht war für die Gläubiger der Erbschaftsschulden nichts schwieriger, als den Beweis einer *gestio pro herede* zu führen, wenn der Erbe leugnete etwas aus der Erbschaft erhalten zu haben; die gemeinrechtliche Praxis war von solchen Prozessen überfüllt.²⁷⁷

Allerdings konnte auch nach der Konzeption des Landrechts, trotz des *ipso jure* Erwerbs der Erbschaft, kein Erbe gezwungen werden, die Erbschaft an sich zu nehmen.²⁷⁸ Daher räumte das ALR grundsätzlich dem Erben die Entscheidung darüber ein, ob er die Erbschaft annehmen oder ihr entsagen wolle.

3.1.1 Annahme

Sobald der Erbe ermittelt war, hatte dieser die Wahl, ob er die Erbschaft annehmen oder ihr entsagen will.²⁷⁹ Dass grundsätzlich nur derjenige, der auch die freie Verfügungsgewalt über sein sonstiges Vermögen innehatte, die Annahme der Erbschaft erklären konnte²⁸⁰ und die Annahmeerklärung den allgemeinen, für eine gültige Willenserklärung geltenden Anforderungen entsprechen musste,²⁸¹ liegt auf der Hand. Die Annahmeerklärung hatte allerdings vor dem Hintergrund, dass der Erbe bereits mit Eintritt des Erbfalls Eigentümer der Erbschaft geworden war, keinen primär materiell-rechtlichen, sondern lediglich deklaratorischen Charakter. Von einer Erklärung über die Annahme der angefallenen Erbschaft (Antretung) im Sinne des gemeinen Rechts kann daher nicht die Rede sein.²⁸² Damit korrespondiert, dass die Annahme

²⁷⁶ Allerdings gibt es auch nach dem ALR einen konkludenten Erbschaftserwerb aufgrund von Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, vgl. § 420, 9.Titel, 1.Theil ALR. Dernburg, Pandekten, 1982, S.324.

²⁷⁷ Piners, Über den Erbschaftserwerb nach Allgemeinem Landrecht, 1843, S.174.

²⁷⁸ Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, 1853, S.307.

²⁷⁹ § 383, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁸⁰ § 389, 9.Titel, 1.Theil ALR. Stand der Erbe unter Vormundschaft, musste der Vormund die Annahmeerklärung abgeben, vgl. § 390, 9.Titel, 1.Theil ALR. War über das Vermögen des Erben Concurs eröffnet, musste der Curator der Erklärung bei treten und überdies das Concursgericht die Annahme genehmigen, vgl. § 391, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁸¹ §§ 389, 392, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁸² Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.74; Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.1148. A.A. ist scheinbar das Obertribunal, wenn es wörtlich ausführt: „Jeder, dem eine Erbschaft angefallen ist, hat die Wahl, ob er dieselbe mit ihren Rechten und Pflichten übernehmen oder entsagen wolle. Bis zur Übernahme und Antretung der Erbschaft hat der Erbe nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten der angefallenen Erbschaft übernommen, der wirkliche

formlos geschehen konnte und insbesondere in jeder Verfügung über Nachlassgegenstände liegen konnte, welche die Absicht erkennen ließ, sich als wirklicher Erbe zu gerieren.²⁸³ Die Annahme konnte grundsätzlich nicht unter einer Bedingung erklärt werden. Einzige Ausnahme war der Erbschaftsantritt mit der Rechtswohltat des Inventars.²⁸⁴

Der Erben hatte nach den Vorschriften des Landrechts für die Abgabe der Annahmeerklärung eine Überlegungsfrist von regelmäßig sechs Wochen, ausnahmsweise, wenn der Aufenthalt des Erben über vierzig Meilen vom letzten Wohnort des Erblassers entfernt war, von drei Monaten.²⁸⁵ Während des Verstreichens der Überlegungsfrist war der Erbe vor Forderungen der Erbschaftsgläubiger geschützt.²⁸⁶ Diese als Deliberationsfrist bezeichnete Zeitspanne ist ein Institut des römischen Rechts und hat die Wirkung, dass während ihrer Dauer der Erbe von keiner Seite gedrängt oder angegriffen werden kann, die Wirkungen der Erbschaftserwerbung sind suspendiert.²⁸⁷ Wesentlicher Zweck der Überlegungsfrist war es, den Erben in die Lage zu versetzen, sich ein hinreichend genaues Bild von der Erbschaft zu machen.²⁸⁸ Im Unterschied zum Römischen Recht stand die Deliberationsfrist dem Erben nach den Bestimmungen des Landrechts von Rechtswegen zu und musste nicht erst erbeten werden.²⁸⁹ Ließ der Erbe die Frist ohne Abgabe einer Erklärung verstreichen, wurde er dauerhaft Erbe.²⁹⁰ Diese Rechtsfolge wurde zwar nicht ausdrücklich angeordnet, ergab sich aber aus dem Prinzip des gesetzlichen Erwerbs der Erbschaft. Der Erbe war bereits mit Eintritt des Erbfalls in die Rechtsposition des Erben eingerückt; er verlor diese Position nicht allein durch das erklärungslose Verstreichen der Delibera-

Erwerb der Erbschaft wird sogar durch den, innerhalb der Deliberationsfrist ausgedrückten Willen, sie nicht übernehmen zu wollen, beseitigt. (...) Wirklich erworben und übernommen in dem eben hervorgehobenen Sinne des Gesetzes ist nun aber eine Erbschaft erst mit deren Annahme, mag diese ausdrücklich geschehen oder in Folge gesetzlicher Vorschrift angenommen werden müssen. Vgl. Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 8, S.250-257, (255).

²⁸³ § 420, 9.Titel, 1.Theil ALR; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.641.

²⁸⁴ §§ 394,396,420,427, 9.Titel, 1.Theil ALR; Entscheidung des Obertribunals, v. 01.11.1842, Entscheidungen des Obertribunals Bd.8, 244-250 (249).

²⁸⁵ §§ 384, 385, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁸⁶ § 386, 9.Titel, 1.Theil ALR; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.639.

²⁸⁷ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1865, S.1146; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S. 637.

²⁸⁸ Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.15.

²⁸⁹ §§ 384, 385, 9.Titel, 1.Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1865, S.1148.

²⁹⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.74; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1865, S.1150; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S. 638.

tionsfrist. Vielmehr rechtfertigte und verfestigte der erklärungslose Ablauf der Frist die Rechtsposition des Erben.

Mit dem durch die Annahme herbeigeführten Erwerb der Erbschaft gingen Haftungsrisiken für die Erbschaftsschulden auf den Erben über. Insofern eröffnete das Landrecht dem Erben hinsichtlich einer Haftungsbegrenzung grundsätzlich zwei Möglichkeiten.

Der Erbe konnte die Erbschaft mit oder ohne den Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars antreten, wobei die Antretung mit Vorbehalt die Regel bildete.²⁹¹ Der Hintergrund war, dass derjenige, der eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hatte, für sämtliche Erbschaftsschulden persönlich – gegebenenfalls auch über den Wert des Nachlasses hinaus – haften musste.²⁹² Wurde die Erbschaft unter dem Vorbehalt der Rechtswohltat eines Inventars angenommen, konnte die Haftung für Erbschaftsschulden auf den Wert des im Inventar näher bezeichneten Nachlasses begrenzt werden.²⁹³ Das Landrecht bezeichnet diesen beschränkt haftenden Erben als *Beneficialerben*.²⁹⁴

Um die Haftungsbegrenzung herbeizuführen, musste das Inventar ein möglichst vollständiges Verzeichnis aller zum Nachlass gehörenden Vermögensstücke und aller daran geltend gemachten Ansprüche enthalten, insbesondere der Wert der Vermögensgegenstände oder zumindest eine genaue Beschreibung derselben mussten angegeben werden.²⁹⁵ Für die Erstellung des Inventars räumte das ALR dem *Beneficialerben* in Abweichung vom römischen Recht eine Frist von sechs Mo-

²⁹¹ § 413, 9.Titel, 1.Theil ALR; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.18.

²⁹² § 418, 9.Titel, 1.Theil ALR. Eine volle Haftung des Erben trat auch ein, wenn er die Deliberationsfrist ohne Abgabe einer Annahmeerklärung verstreichen ließ und deswegen Erbe wurde, vgl. § 421, 9.Titel, 1.Theil ALR; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.18.

²⁹³ § 422, 9.Titel, 1.Theil ALR; Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.452; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.138. Die Bedingung, die Erbschaft nur unter dem Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars antreten zu wollen, war im Übrigen die einzig zulässige Bedingung, unter der die Erbschaft angetreten werden könnte, im Falle einer anderen Bedingung war die Annahme oder Entsagung unwirksam, vgl. §§ 394, 396, 9.Titel, 1.Theil ALR und die Entscheidung des Obertribunals vom 01.11.1842, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.244-250.

²⁹⁴ § 423, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁹⁵ Vgl. §§ 434, 345, 9.Titel, 1.Theil ALR; A.G.O., Theil II, Tit.5, Anmerkungen zum Formblatt über die Erstellung eines Inventar. Danach waren Angaben zum unbeweglichen Vermögen, ausstehenden Forderungen, und barem Geld zwingend. Angaben zum Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von beispielsweise Juwelen und Kleinodien, Porzellan, Gläsern, Gemälden, Büchern waren nicht zwingend notwendig und konnten somit entfallen, wenn besagte Gegenstände nicht vorhanden waren.

naten nach Ablauf der Deliberationsfrist ein.²⁹⁶ Die Frist zur Inventarerstellung konnte auf Antrag des Erben durch das Nachlassgericht verhältnismäßig verlängert oder auf Antrag auch nur einen Nachlassgläubigers verkürzt werden.²⁹⁷ Überschritt der Erbe die Frist zur Erstellung des Inventars kam die Haftungsbegrenzung nicht zum Tragen und der Erbe musste für sämtliche Erbschaftsschulden haften.²⁹⁸ Dieselbe Rechtsfolge traf den Erben, wenn er ein unrichtiges oder unvollständiges Inventar erstellt hatte.²⁹⁹ Das war im Landrecht zwar nicht ausdrücklich angeordnet, ergab sich aber daraus, dass der Erbe zur Erstellung eines vollständigen Inventars, innerhalb der gesetzlichen oder der vom Nachlassgericht festgesetzten Frist verpflichtet war und bei Verletzung dieser Pflicht unbeschränkt haftete.

Sofern der *Beneficialerbe* fristgemäß ein den Vorschriften des Landrechts entsprechendes Inventar erstellt und seine Haftung auf den dort angegebenen Wert des Nachlasses begrenzt hatte, musste auch die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger in der Reihenfolge geschehen, in der die Forderungen nach den gesetzlichen Vorschriften zu tilgen gewesen wären.³⁰⁰

Diese Beschränkung hinsichtlich der Befriedigung der Gläubiger war dem römischen und dem gemeinen Recht fremd.³⁰¹ Danach durfte der Erbe die sich meldenden Gläubiger und Legatarien befriedigen, ohne auf das Vorzugsrecht des Einen oder Anderen Rücksicht nehmen zu müssen.³⁰² Um die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger zu ermöglichen, wurde dem Erben das Verfahren eines erbschaftlichen Liquidationsprozesses an die Hand gegeben, um die Nachlassschulden und ihre Priorität zu ermitteln.³⁰³

²⁹⁶ Justinian hatte vorgeschrieben, das Inventar solle binnen Monatsfrist nach dem Tode des Erblassers angefangen und innerhalb weiter sechzig Tage vollendet werden, vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1158; § 424, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁹⁷ §§ 425, 426, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁹⁸ § 427, 9.Titel, 1.Theil ALR.

²⁹⁹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1162.

³⁰⁰ § 452, 9.Titel, 1.Theil ALR.

³⁰¹ Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.23; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.188; Goltdammer, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung, 1855, S.33.

³⁰² Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1165.

³⁰³ Goltdammer, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung, 1855, S.33.

3.1.2 Entsagung

Neben der Annahme mit oder ohne Vorbehalt der Errichtung eines Inventars, konnte der Erbe die Entsagung der Erbschaft erklären.³⁰⁴ Die Entsagung war wie die Annahme eine Willensäußerung und musste den allgemeinen für Willenserklärungen geltenden Anforderungen entsprechen.³⁰⁵ Zudem musste die Entsagung von der Erbschaft grundsätzlich bedingungsfrei erfolgen.³⁰⁶ Dieser im Landrecht kodifizierte Grundsatz entsprach der im gemeinen Recht herrschenden Auffassung. Sie fußte auf dem Gedanken, dass eine Erbschaft nur so, wie sie tatsächlich angefallen war, angenommen werden könne.³⁰⁷ Die Lehre von der Bedingungsfeindlichkeit der Erbschaftsentsagung war Folge des gesetzlichen Erbschaftserwerbs. Eine bereits erworbene Erbschaft konnte nicht mehr im nachhinein unter eine Bedingung oder Auswahl gestellt werden.³⁰⁸

Die Entsagung einer Erbschaft musste ausdrücklich vor Gericht oder in einer eigenhändig unterschriebenen Erklärung erfolgen, wobei im zweiten Fall die Unterschrift gerichtlich oder durch ein Justizkommissarium beglaubigt sein musste.³⁰⁹ Eine mündlich erklärte Entsagung hatte daher keine rechtliche Wirkung und zwar auch dann nicht, wenn sie durch ein späteres schriftliches Anerkenntnis bestätigt wurde.³¹⁰ Ebenso wenig konnte eine stillschweigend erklärte Entsagung Rechtswirksamkeit erlangen.³¹¹

Eine Ausnahme hiervon wurde in dem Fall gemacht, wenn sich die Kinder nicht nach dem Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten, sondern erst nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Ehegatten erklärten und auch nur dem Nachlass des zuletzt verstorbenen Ehegatten entsagten. In diesem Fall wurde die Entsagung auch auf

³⁰⁴ §§ 398 bis 412, 9. Titel, 1. Teil ALR.

³⁰⁵ §§ 389, 392, 9. Titel, 1. Teil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 1155; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S. 640; Entscheidung des Obertribunals v. 31.01.1853 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 8, S. 274, (279).

³⁰⁶ Vgl. §§ 389, 394 bis 396, 9. Titel, 1. Teil ALR von 1794; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 1154; vgl. Entscheidungen des Obertribunals, v. 01.11.1842, Bd. 8, S. 244-250.

³⁰⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 98; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1865, S. 1154.

³⁰⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 1155.

³⁰⁹ §§ 398, 399, 9. Titel, 1. Teil ALR.

³¹⁰ Entscheidung des I. Senats des Obertribunals v. 31.01.1853 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 8, S. 274-280.

³¹¹ Entscheidung des I. Senats des Obertribunals v. 23.01.1854 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 263-267.

den Nachlass des zuerst verstorbenen Ehegatten bezogen.³¹² Wurde die für die Erbschaftsentsagung vorgeschriebene Form nicht eingehalten, konnte aber nachgewiesen werden, dass die Erklärung dem Willen des Entsagenden entsprach, verlor die Entsagung nicht ihre Wirksamkeit.³¹³ Dies galt nicht nur zum Vorteil sondern auch zum Nachteil des Entsagenden.³¹⁴ Hinsichtlich der strengen, für eine wirksame Erbschaftsentsagung erforderlichen Form, wich das Landrecht vom gemeinen Recht ab. Letzteres sah für die Ausschlagung der Erbschaft gar keine Form vor.³¹⁵ Eine einmal wirksam erklärte Erbschaftsentsagung konnte nach der Konzeption des Landrechts nicht widerrufen werden;³¹⁶ der Irrtum des Entsagenden über die Größe der Erbschaft machte dessen einmal wirksam erklärte Entsagung nicht ungültig.³¹⁷

Rechtsfolge einer wirksamen Ausschlagung war, dass die Erbschaft *ipso jure* und mit Zurückbeziehung auf den Todestag des Erblassers an den Substituten oder an den sonst Nächstberufenen fiel, den der Richter von Amts wegen über die Entsagung benachrichtigen musste.³¹⁸ Die Ausschlagung einer auf Testament oder Erbvertrag beruhenden Erbschaft bewirkte, dass der Erbe diese auch nicht mehr als gesetzlicher Erbe in Besitz nehmen konnte.³¹⁹ Der Erbe wurde dann so behandelt, als wäre er niemals Erbe geworden.³²⁰

Abweichend vom Landrecht ließen das römische und gemeine Recht unterschiedliche Berufungsgründe nebeneinander zu.³²¹ Nach römischem Recht konnte der Fall eintreten, dass der im Testament des Verstorbenen eingesetzte Erbe zugleich dessen gesetzlicher Erbe war und durch Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft die Intestaterbfolge herbeiführte.³²² Die sich nach der Konzeption des Landrechts nicht einstellende Problematik, dass der Erbe sich, indem er die Berufung aufgrund des Testaments ausschlug, sich damit zugleich der ihm im Testament auferlegten Verpflichtungen entledigte, wurde nach römischem Recht gelöst, indem Tes-

³¹² Entscheidung des IV. Senats des Obertribunals v. 26.01.1854 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.8, S. 274-280.

³¹³ § 400, 9.Titel, 1.Theil ALR.

³¹⁴ Entscheidung des Obertribunals v. 23.01.1854 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.263-267.

³¹⁵ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S. 107.

³¹⁶ § 411, 9.Titel, 1.Theil ALR; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.16.

³¹⁷ Entscheidung des Obertribunals v. 09.11.1839 in: Präjudiziensammlung, S.32, Pr.752; Hiersemenzel, Ergänzungen und Erläuterungen zum allgemeinen Landrecht, 1854, S.314.

³¹⁸ §§ 406, 407, 9.Titel, 1.Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1156.

³¹⁹ § 405, 9.Titel, 1.Theil ALR; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.115; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1156.

³²⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.115.

³²¹ Herzfelder, „Erbrecht“ in; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1902, § 1948, Tz.1, S.71.

³²² Hartitzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, 1827, S.218.

tamentserben als dem nächsten Intestaterben der Verstorbenen nicht gestattet wurde, sich zum Nachteil der übrigen Erbschaftsinteressenten von der Erbschaft loszusagen.³²³

Die Kehrseite des Verlusts der Stellung als Erbe war, dass die zwischen dem Ausschlagenden und dem neuen Erben begründeten Rechtsverhältnisse, namentlich gegen den Erblasser über dessen Tod hinaus bestehende Forderungen, unberührt blieben.³²⁴ Dem vorläufigen Erben verblieben – ungeachtet der Entsagung – auch alle Zuwendungen, die ihm der Testator ohne Rücksicht auf seine Erbenstellung machte sowie die neben dem Erbteil ausgesetzten *Prälegate*³²⁵. Bei der Berechnung des Pflichtteils wurde auf die Entsagung keine Rücksicht genommen.³²⁶

3.1.3 Verlust der Erbschaft aufgrund Erbunwürdigkeit

Das Landrecht normierte verschiedene Tatbestände, aufgrund derer die dem Erblasser infolge des Erbfalls zufallenden Vorteile wieder genommen wurden. Sie beruhten entweder auf einer deliktischen Handlung oder der Missachtung des Erblasserwillens. Hatte der Erbe oder Legatarius durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit den Tod des Testators verursacht, so verlor er auch ohne ausdrücklichen Widerruf den ihm zugedachten Vorteil, sofern ihm der Erblasser nicht zuvor verziehen hatte.³²⁷ Dieselbe Rechtsfolge ereilte denjenigen, der einen anderen an der Errichtung eines Testaments erweislich gehindert hatte. In diesem Fall verlor der Erbe alle Vorteile, die ihm aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder aus einem früher errichteten Testament zugestanden hätten.³²⁸ Schließlich verlor auch derjenige sein gesetzliches Erbrecht, der durch Gewalt oder Betrug ein ungültiges Testament veranlasst hat.³²⁹

Neben dem Verlust der aus der Erbschaft resultierenden Vorteile war eine zusätzliche Kompensationsleistung des Erben in den Fällen vorgesehen, in denen er zur Beförderung seines eigenen Vorteils oder zur Kränkung Dritter die gerichtliche

³²³ Hartzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, 1827, S.218.

³²⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.116.

³²⁵ Ein Prälegat im Sinne des Landrechts lag vor, wenn einem Miterben vor den übrigen Erben und der Einsetzung eine bestimmte Sache oder Summe zugewendet wurde, §§ 262, 271, 12. Titel, 1. Theil ALR. Das Prälegat stellte einen aus der ungeteilten Erbschaft zu entnehmenden Voraus dar, vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.532.

³²⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.297; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.116.

³²⁷ §§ 599, 600, 12. Titel, 1. Theil ALR.

³²⁸ § 605, 12. Titel, 1. Theil ALR.

³²⁹ § 609, 12. Titel, 1. Theil ALR; Zürn, S.104.

Übergabe eines schon gefertigten Testaments, oder den Widerruf eines bereits errichteten Testaments verhindert hatte, sowie im Fall der Verheimlichung eines Testaments oder letztwilligen Disposition.³³⁰ Hatte der Erblasser die Übergabe oder den Widerruf des Testaments verhindert, musste er diejenigen, die darin bedacht werden sollten bzw. zu deren Gunsten der Widerruf erfolgt wäre, für die entgangenen Vorteile entschädigen.³³¹ Entgegen ihrem Wortlaut fanden diese Vorschriften nicht nur auf Testamente, sondern auch auf Kodizille Anwendung.³³² Hatte der Erbe hingegen ein Testament oder eine letztwillige Disposition verheimlicht, verlor er nicht nur alle ihm daraus entstandenen Vorteile; er musste zusätzlich eine Strafe an den Fiskus entrichten, die in der Höhe dem Betrag entsprach, der durch die Verheimlichung erlangt werden sollte.³³³

Die im Landrecht geregelten Fälle der Erbunwürdigkeit (Indignität) entsprechen im Wesentlichen denen des römischen und gemeinen Rechts.³³⁴ Der Fall der Erbunwürdigkeit infolge des vom Erben verursachten Todes des Erblassers, war in älteren deutschrechtlichen Traditionen bekannt und kam in dem Rechtsspruchwort: „*Die blutige Hand nimmt kein Erbe*“ zum Ausdruck.³³⁵ Allerdings fielen im Unterschied zum römischen Recht nach dem Landrecht, die aus der Unwirksamkeit des Testaments oder der letztwilligen Verfügung resultierenden Vorteile nicht dem Fiskus zu.³³⁶

3.2 Die Erbfolge

Die Erbfolge bezeichnet das Eintreten in die Verlassenschaft eines Verstorbenen aufgrund eines Erbrechts.³³⁷ Sie stellt entweder einen Eintritt in die Erbschaft als Ganzes (*Universalsukzession*) oder in einzelne Erbschaftsstücke oder Summen

³³⁰ §§ 606,607,608, 12.Titel, 1.Theil ALR; vgl. ferner die Entscheidung des Obertribunals vom 09.06.1856 unter Ziff. 4.1.5.

³³¹ §§ 606,607, 12.Titel, 1.Theil ALR.

³³² Bornemann, Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.297, S.205; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.303.

³³³ § 608, 12.Titel, 1.Theil ALR von 1794.

³³⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.301; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1178; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.387; Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung, 1861, S.287.

³³⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.294; Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, 1858 Nr.209, S.149.

³³⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.294,303; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1178.

³³⁷ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.139.

(*Singularsukzession*) dar und tritt im Zeitpunkt des Todes oder der gerichtlichen Todeserklärung ein.³³⁸

Voraussetzung für das Eintreten der Erbfolge ist grundsätzlich die Fähigkeit zu erben. Nach römischem Recht war Nichtbürgern, Sklaven und bestimmten Kategorien von Bürgern – etwa Ketzern oder Kindern von Hochverrätern zur Strafe – die Erbfähigkeit versagt.³³⁹ Nach gemeinem Recht veränderte die öffentliche und kirchliche Stellung einer Person ihre Privatrechtsfähigkeit nicht, sodass die Erbunfähigkeit beispielsweise von Ketzern aufgehoben war.³⁴⁰

Nach der Konzeption des Landrechts verschwanden auch diejenigen Verbrecher, die strafrechtlich mit der Vermögenskonfiskation belegt wurden, aus der Gruppe der Erbunfähigen, da nach preußischem Recht die Strafe der Vermögensentziehung nicht mehr stattfand.³⁴¹ Erbunfähig waren hingegen diejenigen, die zur Zeit des Erbfalls das Gelübde der Armut abgelegt haben, namentlich Mönche und Nonnen – sie galten in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben³⁴² – sowie Einwohner fremder Staaten, die nach deren Gesetzen als erbunfähig erachtet wurden.³⁴³ Im Übrigen bestimmte das Landrecht hinsichtlich der Erbfähigkeit, dass demjenigen, der im Staate zu erwerben fähig ist, auch Erbschaften und Vermächtnisse hinterlassen werden können.³⁴⁴ Dagegen war die Existenz des Erben im Zeitpunkt des Todes nicht erforderlich; es genügte die Existenz zur Zeit des später eintretenden Anfalls.³⁴⁵ Das Landrecht bestimmt in der ihm eignen Wortwahl: *Bey Beurteilung der Fähigkeit eines Erben oder Legatarii muss auf die Zeit des Erbfalls gesehen werden.*³⁴⁶

Die Erbfähigkeit juristischer Personen war nicht unproblematisch. Nach justinianischem Recht waren nur gewisse Klassen von juristischen Personen wie Fiskus, Städte, Kirchen und fromme Stiftungen unbedingt erbfähig, andere hatten die Erbä-

³³⁸ Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1860, S.4; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.139; Zürn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.3.

³³⁹ Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, 1864, S.294; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1986, S.307.

³⁴⁰ Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, 1864, S.304.

³⁴¹ §§ 19,20 Preußischen Strafgesetzbuch von 1851; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.144.

³⁴² § 1199, 11. Titel, 2. Theil ALR.

³⁴³ § 40, 12. Titel, 1. Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.145; Zürn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.13.

³⁴⁴ § 36, 12. Titel, 1. Theil ALR.

³⁴⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.368; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141; Zürn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.3; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.309.

³⁴⁶ § 43, 12. Titel, 1. Theil ALR.

higkeit nur auf Grund besonderer Privilegien.³⁴⁷ Nach gemeinem und preußischem Recht hingegen waren juristische Personen unbeschränkt erbfähig;³⁴⁸ eingeschränkt war die Erbfähigkeit von Corporationen und Gesellschaften.³⁴⁹ Die im gemeinen Recht streitige Frage, ob eine erst vom Erblasser in seinem Testament begründete, wohltätige Stiftung (*pia causa*) in diesem zugleich zur Erbin eingesetzt werden konnte, war nach dem Landrecht zu bejahen.³⁵⁰ Zweifel an der Erbfähigkeit gemeinnütziger Stiftungen ergaben sich draus, dass diese Stiftungen der Genehmigung durch den Landesherrn für ihre juristische Existenz bedurften.³⁵¹ Dem wurde entgegengehalten, dass die landesherrliche Genehmigung lediglich ein deklaratorischer Anerkennungsakt mit nur beaufsichtigender Wirkung sei.³⁵² Zudem wurde für die Erbfähigkeit von gemeinnützigen Stiftungen ins Feld geführt, dass es für die Beurteilung der Erbfähigkeit nicht auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern des Anfalls ankomme. Sei die landesherrliche Genehmigung bereits erteilt, müsse die Stiftung erbfähig sein.³⁵³

Ihre rechtliche Legitimation fand die Erbfolge im Berufungsgrund. Das Landrecht kannte – wie das gemeine Recht – drei Arten von Berufungsgründen, nämlich die gesetzliche³⁵⁴, die testamentarische³⁵⁵ und die durch Erbvertrag³⁵⁶. Das römische Recht ließ demgegenüber nur die beiden ersten Arten zu.³⁵⁷ Testament und Erbvertrag haben gemeinsam, dass sie aus dem Willen des Erblassers hervorgehende Ge-

³⁴⁷ Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, 1864, S.311; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.140; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.309

³⁴⁸ Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.11; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.309.

³⁴⁹ Vgl. § 39, 12.Titel, 1.Theil und §§ 13, 17, 6.Titel, 2.Theil. Nach den letztgenannten Vorschriften konnten Gesellschaften weder Grundstücke, noch Capitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben und alles, was einer Gesellschaft zufiel, wurde zum gemeinschaftlichen Eigentum der Gesellschaftsmitglieder.

³⁵⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.361; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.309. Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.347-357, Bd. 30, S.50-69; Bd.40, S.78-109; Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.327-334; Entscheidung des Oberlandegerichts Jena in: Schüler, Gründung einer milden Stiftung durch Testament, S.421 f..

³⁵¹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.364; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141; Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.12.

³⁵² Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.309.

³⁵³ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.363; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.309.

³⁵⁴ §§ 271 bis 773, 2.Titel, 2.Theil und §§ 31 bis 53 3.Titel, 2.Theil ALR.

³⁵⁵ §§ 3 bis 616, 12. Titel, 1.Theil ALR.

³⁵⁶ §§ 617 bis 565, 12.Titel, 1.Theil ALR.

³⁵⁷ Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1860, S.6; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.291.

schäfte von Todeswegen darstellen. Sie stehen damit im Gegensatz zu der aus Rechtsnormen folgenden gesetzlichen Erbfolge.³⁵⁸

3.2.1 Die testamentarische Erbfolge

Hinsichtlich der testamentarischen Erbfolge griff das Landrecht Prinzipien des römischen Rechts auf. Zugleich wurde mit alten Rechtsgrundsätzen und –traditionen gebrochen. Dies betrifft insbesondere die herausragende Stellung, die das römische Recht dem Testament einräumte. Insoweit trägt das Landrecht der widerstreitenden, in der deutschrechtlichen Tradition verwurzelten Auffassung Rechnung. Denn anders als im römischen Erbrecht, dessen Mittelpunkt in der testamentarischen Erbfolge lag, war dem älteren deutschen Recht das Testament gänzlich fremd.³⁵⁹

Apodiktisch bestimmte das Landrecht hinsichtlich der Erwerbung von Eigentum aufgrund letztwilliger Verfügung, dass ein Mensch über alles was seiner freien Verfügung unterworfen ist, auch auf den Todesfall nach Gutfinden verfügen könne.³⁶⁰ Derartige Verfügungen konnten durch einseitige Willenserklärung oder durch Verträge getroffen werden.³⁶¹ Einseitige Willenserklärungen wodurch jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wurde, wurden als *Testament* bezeichnet.³⁶² Dagegen wurden einseitige Willenserklärungen, durch die nur über einzelne und bestimmte Stücke, Summen, Rechte oder Pflichten, auf den Todesfall verfügt wurde, als *Codicille* bezeichnet.³⁶³

3.2.1.1 Zum Verhältnis von Testament und Codicill

Der Sprachgebrauch des Landrechts ist demjenigen des römischen Rechts angelehnt, wonach der Begriff des Testaments eine bestimmte Art letztwilliger Verfügungen neben dem Codicill bezeichnete.³⁶⁴ Dagegen wurde im Mittelalter unter dem Ausdruck Testament jede letztwillige Verfügung verstanden mittels derer der Erblas-

³⁵⁸ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.291.

³⁵⁹ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.287.

³⁶⁰ § 1, 12.Titel, 1.Theil ALR.

³⁶¹ § 2, 12.Titel, 1.Theil ALR.

³⁶² § 3, 12.Titel, 1.Theil ALR.

³⁶³ § 5, 12.Titel, 1.Theil ALR.

³⁶⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.158; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.314.

ser in den Formen des römischen oder kanonischen Rechts etwas über seinen Nachlass zum Besten eines anderen bestimmte.³⁶⁵

Allerdings unterschied das Landrecht trotz des gemeinsamen Sprachgebrauchs Testamente und Codicille. Nach - älterem - römischen Recht setzte ein wirksames Codicill eine wirksame testamentarische Erbeinsetzung voraus.³⁶⁶ Hintergrund war, dass das Codicill nach römischem Recht nur als Ergänzung des Testaments – in diesem erfolgte die unmittelbare und universelle Erbeinsetzung – und daher als Ganzes bzw. Einheit mit diesem angesehen wurde. Daraus entstand die sog. codicillarisches Fiktion, nach der Geltung und Inhalt der Codicille beurteilt wurden, als wenn sie in einem Testament selbst verfügt worden wären.³⁶⁷

Nach der Konzeption des Landrechts hingegen waren Codicille auch ohne Testament gültig.³⁶⁸ Der Grund für diese Abweichung war ein flexibleres Verständnis hinsichtlich des Inhalts und der Funktion des Testaments, das im deutschrechtlichen Rechtskreis seinen Ursprung hat. Ein Grundprinzip deutschrechtlicher Rechtsstradition war, dass die Erben in der Regel durch die Natur vorbestimmt waren, sodass die Erbeinsetzung in einem Testament nicht wie bei den Römern der *wesentliche* und *notwendige* Inhalt, sondern nur der *mögliche* Inhalt eines Testaments war.³⁶⁹ Einseitige Willenserklärungen, die eine Erbeinsetzung enthielten, namentlich Testamente, standen somit aus rechtsdogmatischer Sicht auf derselben Stufe mit anderen Willenserklärungen, beispielsweise solchen, durch die über einzelne Vermögensgegenstände verfügt wurde, wie den Codicillen. Konsequenter Weise gelten gemäß dem Landrecht daher auch für Testament und Codicill grundsätzlich dieselben Förmlichkeiten, insbesondere die gerichtliche Form.³⁷⁰ Letztlich ist allein der unterschiedliche Inhalt von Testament und Codicill der Grund für die unterschiedliche Bezeichnung, eine Rechtsverschiedenheit ist an die verschiedenartige Bezeichnung jedoch nicht geknüpft.³⁷¹

³⁶⁵ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.314.

³⁶⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.308; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.159; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.316.

³⁶⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.308; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.158; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, S.317.

³⁶⁸ § 7, 12. Titel, 1. Teil ALR.

³⁶⁹ Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854; S.434,436; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.308.

³⁷⁰ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.24; Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.316.

³⁷¹ Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.2; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.158.

3.2.1.2 Zum Verhältnis von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge

In der Auseinandersetzung zwischen der gebundenen Familienerbfolge und der freien Willensbestimmung des Erblassers (Testierfreiheit), hatte die Mehrzahl der partikularen Erbrechtsregelungen des 19. Jahrhunderts das Prinzip der Subsidiarität der Intestaterbfolge gegenüber der gewillkürten Erbfolge aufgenommen.³⁷² Das Verhältnis von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge unterscheidet sich in der Konzeption des Landrechts nicht unwesentlich von derjenigen des römischen Rechts. Nach römischem Recht galt das Testament, da es ursprünglich in Volksversammlungen errichtet wurde, als Gesetz welches das ältere allgemeinere Gesetz über die Intestaterbfolge aufhob, sodass beide Berufungsgründe in demselben Fall nicht nebeneinander zur Anwendung gelangen konnten.³⁷³ Zudem verstand das römische Recht das individuelle Vermögen einer Person als ideelles Ganzes, das sich in der Person des Inhabers vereinigte und von ihm als eine untrennbare Einheit getragen wurde.³⁷⁴ Dieses als *universium ius* bezeichnete individuelle Vermögen bestand unabhängig von dem Vorhandensein einzelner Wertgegenstände fort, selbst wenn der Nachlass überschuldet war. Es musste aufgrund seiner unteilbaren Natur als Ganzes auf den neuen Inhaber übergehen.³⁷⁵ Aus der Ausschlusswirkung der testamentarischen Erbfolge gegenüber der gesetzlichen Erbfolge leitete die Jurisprudenz die Rechtsregel: „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*“ her, wonach selbst der auf den einen kleinsten Teil eingesetzte Testamentserbe die ganze übrige Erbschaft erhielt, sofern für diese nicht auch Testamentserben berufen waren.³⁷⁶ Aus dem Umstand, dass sich die testamentarische Erbeinsetzung nur auf einen Vermögensteil bezieht, könne nicht geschlossen werden, dass der andere Teil den gesetzlichen Erben zufallen solle - eine testamentarische Erbeinsetzung könne sich niemals nur auf einen aliquoten Teil der Verlassenschaft erstrecken.³⁷⁷

Demgegenüber bestimmte das Landrecht, dass der Testator auch nur über einen Teil seines Nachlasses verfügen, und es in Ansehung des Überrestes bei der

³⁷² Buchholz in: Coing, 3. Bd., 2. Teilbd., S.1681.

³⁷³ Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, 1864, S.273; Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.120; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.153.

³⁷⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.12.

³⁷⁵ Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.120; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.12; Keller, Pandekten, 1866, Band 2, S.349.

³⁷⁶ Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830, S.137.

³⁷⁷ Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts, 1864, S.275; Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.120.

gesetzlichen Erbfolge belassen könne.³⁷⁸ Die testamentarische Erbeinsetzung konnte sich folglich auf einen Vermögensanteil beschränken und hinsichtlich des verbleibenden Teils die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung gelangen. Damit wurde nach überwiegender Auffassung die römische Rechtsregel, die von jeher großen Anstoß erregt hat, aufgegeben.³⁷⁹ Suarez führt in den amtlichen Schlussvorträgen aus:

"In Ansehung der Erbeinsetzung ist das principium des römischen Rechts: quod nemo parte testatus, pro parte intestatus decedere possit, aufgehoben worden. - Es ist z.B. äußerst empörend für jeden gesunden Menschenverstand, dass, wenn der Testator in seinem Testamente ausdrücklich gesagt hat: Filius soll mein Erbe sein; er soll aber nur die Hälfte meines Nachlasses haben - dieser Filius, jenem principio zu gefallen, dennoch das Ganze bekommt; obgleich klar ist, dass der Testator die andere Hälfte seines Nachlasses seinen nächsten Verwandten hat lassen wollen."³⁸⁰

3.2.2 Formelle Voraussetzungen einer einseitigen Verfügung von Todeswegen

Das ALR unterschied hinsichtlich der Form zwischen gerichtlichen³⁸¹, außergerichtlichen³⁸² und privilegierten³⁸³ letztwilligen Verfügungen. Gemeinsame Voraussetzung war die persönliche Fähigkeit, letztwillige Verordnungen zu errichten. Grundsätzlich war testierfähig, wer unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen fähig und berechtigt war.³⁸⁴ Dies galt nicht, wenn auf die Testierfähigkeit durch einen rechtsgültig

³⁷⁸ § 45, 12. Titel, 1. Theil ALR.

³⁷⁹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.373; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.18; Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, S.435; Entscheidung des Obertribunals v. 29.11.1858 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 31, 205; Entscheidung des Obertribunals v. 24.11.1851 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 4, 110; Entscheidung des Obertribunals v. 24.11.1852 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.7, 154; Entscheidung des Obertribunals v. 09.01.1853 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, 318; Entscheidung des Obertribunals v. 27.03.1857 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, 16.

Andere Ansicht, Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preussischem Recht, 1865, S.120; Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.17; ähnlich auch Gans, Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung, 1830, S.137.

³⁷⁹ §§ 66 - 160, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁸⁰ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.79.

³⁸¹ §§ 66-160, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁸² §§ 161 - 174, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁸³ §§ 175 - 207, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁸⁴ § 9, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

geschlossenen Erbvertrag oder durch ein unwiderrufliches wechselseitiges Testament verzichtet wurde.³⁸⁵ Die Fähigkeit oder Unfähigkeit des Erblassers zu testieren, richtete sich nach dem Zeitpunkt, in dem er seinen letzten Willen erklärt hatte.³⁸⁶ Hinsichtlich einer Beeinträchtigung der Testierfähigkeit unterschied das Landrecht zwischen natürlichen und juristischen Mängeln.³⁸⁷ War der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung in Folge eines natürlichen Mangels - etwa wegen Geisteskrankheit oder Trunkenheit - unfähig seinen letzten Willen zu erklären, so blieb die Verfügung ungültig, selbst wenn der Mangel in Folge behoben wurde.³⁸⁸ Aus rechtlicher Sicht handelt es sich um einen unheilbaren Mangel.³⁸⁹

Der sich beispielsweise auch im Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuch wiederfindende Grundsatz³⁹⁰, wonach ein anfänglich ungültiger letzter Wille durch die spätere Aufhebung des Hindernisses nicht gültig wird, knüpft an das römische Recht an. Für die Beurteilung der Testierfähigkeit wurde auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung und nicht auf den Zeitpunkt des Todes abgestellt.³⁹¹

Andere Rechtsfolgen ergaben sich hingegen in Folge juristischer Mängel. Diese waren heilbar, wirkten mithin beschränkt. Testierfähigkeit wurde trotz gesetzlichen Verbots bejaht, wenn sich dieses nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezog und dieses Hindernis in der Folge wegfiel.³⁹² Ein juristischer Mangel wirkte umfassender, da ihm rückwirkende Kraft zukam.³⁹³ So erstreckte sich die Unfähigkeit zu testieren, wenn diese als Strafe einer gesetzwidrigen Handlung anzusehen war, auch auf vorher errichtete letztwillige Handlungen.³⁹⁴

Bemerkenswert ist, dass das Landrecht die Aberkennung der Testierfähigkeit lediglich im Fall des Ehebruchs und der Blutschande als mögliche Strafe vorsah.³⁹⁵ Wahrscheinlich hatte man daran gedacht, dass gewisse Verbrechen, wie Hochverrat, Landesverrat, Desertion und Entziehung vom Kriegsdienst mit dem Verlust des Ver-

³⁸⁵ § 10, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 25.

³⁸⁶ § 11, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁸⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 322.

³⁸⁸ § 12, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 25.

³⁸⁹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 323.

³⁹⁰ § 575 ABGB.

³⁹¹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 323.

³⁹² § 13, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁹³ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 323.

³⁹⁴ § 14, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

³⁹⁵ § 35, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 26.

mögens bestraft wurden.³⁹⁶ Erst im preußischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 war die Unfähigkeit zu testieren als Strafe vorgesehen.³⁹⁷

Beschränkt testierfähig waren Kinder zwischen dem 14. und 18. Lebensjahr. Diese konnten, unabhängig vom Geschlecht letztwillige Verordnungen gültig errichten, ohne dass die väterliche oder vormundschaftliche Einwilligung erforderlich war.³⁹⁸ Für Kinder, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, galt eine spezielle Form der Errichtung. Sie mussten ihre Verordnungen mündlich zum richterlichen Protokoll errichten.³⁹⁹ Mit dieser Regelung entfernte sich die Gesetzgebung des ALR vom römischen Recht und folgte der Tradition deutscher Partikularrechte, in denen der im römischen Recht bestimmte Alterstermin in Bezug auf die Testierfreiheit weiter hinausgerückt wurde.⁴⁰⁰

Das Landrecht differenzierte zwischen dem freien und dem unfreien, weil dem väterlichen Nießbrauch unterworfenen Vermögen des Kindes und räumte den Minderjährigen die Befugnis zu testieren uneingeschränkt ein.⁴⁰¹ Hiergegen wurde vorgebracht, dass es bedenklich sei, die Vorschrift des römischen Rechts beizubehalten, da dem Testator in einem so zarten Alter in der Regel an Reife des Verstandes und der Überlegung, und an Festigkeit des Charakters so sehr fehle, den Kunstgriffen listiger Verführer und Erbschleicher zu sehr ausgesetzt sei.⁴⁰²

Suarez war indessen der Meinung, dass, da die Errichtung eines Testaments für den Testator selbst keine nachteilige Handlung sei und es nur darauf ankomme, die Besorgnis der Übereilung und des Leichtsinns zu beseitigen und den gesetzlichen Erben gegen Erbschleicherei zu schützen.⁴⁰³ Dieses Ziel werde aber erreicht, indem man Minderjährigen bis zum zurückgelegten achtzehnten Jahre nur gestatte mündlich und zum gerichtlichen Protokoll zu testieren. Dabei müsse der Testator dem Richter seinen Willen selbst erklären. Im Rahmen der mündlichen Vernehmung habe der Richter weit eher Gelegenheit, die Manöver von Erbschleichen zu entdecken und den unerfahrenen Testator dagegen zu warnen.⁴⁰⁴ Schließlich gab es Bedenken, die ganze Disposition des Römischen Rechts bezüglich des Alters aufzuhe-

³⁹⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.26.

³⁹⁷ § 73 PStGB.

³⁹⁸ § 16, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

³⁹⁹ § 17, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁴⁰⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.326, 327.

⁴⁰¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.30.

⁴⁰² Suarez in: Kamptz'sche Jahrb.,Bd.41, S.78; Bornemann, S.30.

⁴⁰³ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 30.

⁴⁰⁴ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb.,Bd.41, S.78; Bornemann, S.31.

ben, sodass als Kompromiss die im ALR verwirklichte Regelung entstand, Minderjährigen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatten, letztwillige Verordnungen nicht anders als mündlich zum richterlichen Protokoll zu gestatten.⁴⁰⁵

3.2.2.1 Gerichtliche Testamente

Das Landrecht sah für Testamente die gerichtliche Form vor. Diese erschien geeignet, alle Zweifel über die Persönlichkeit des Testators und der Authentizität des Testaments selbst zu beseitigen.⁴⁰⁶ In der Regel musste jedes Testament oder Codicill vom Testator einem Gericht übergeben oder zum gerichtlichen Protokoll erklärt werden.⁴⁰⁷ In diesem Punkt unterschied sich das ALR vom Römischen Recht. Letzteres sah in der Zwölf-Tafel-Zeit und der Klassik das Liberal- oder Manzipationstestament als die normale Testamentsform an.⁴⁰⁸ Die hergebrachten Regeln des „*testamentum per aes et libram*“ galten in der klassischen Zeit weiter und schrieben außer der Form des Siebenzeugentestaments auch dessen Aufbau und Wortlaut vor.⁴⁰⁹

Das ALR folgte deutschrechtlichen Rechtsgepflogenheiten, indem es die gerichtliche Form für Testamente vorschrieb. Diesen entsprach die gerichtliche Form so sehr, dass sie in Deutschland die Oberhand gewann und auch nach der Rezeption Privattestamente nur geduldet waren.⁴¹⁰ Von einer Duldung kann spätestens beim Corpus Juris Fridericianum von 1751 keine Rede mehr sein, denn Privattestamente werden gänzlich abgeschafft und "als eine ewige und beständige Regel" festgesetzt, "dass alle letzte Willen künftig gerichtlich verfertigt werden sollen".⁴¹¹ Die Gründe, die für die Redaktoren des Landrechts ausschlaggebend waren, um von der römischen Rechtspraxis abzuweichen und an deutschrechtliche Rechtstraditionen anzuknüpfen, hat *Suarez* im amtlichen Schlussbericht dargelegt.⁴¹² Danach bedürfe die Abschaffung der Testamentsformen des römischen Rechts wohl kaum einer besonderen Verteidigung, da alle denkenden Rechtslehrer darin längst einig seien, dass die Testamentsformen nach römischem Recht aus der alten republikanischen Staatsverfassung entlehnt seien und auf heutigen Zeiten gar nicht passen und zu Prozessen und

⁴⁰⁵ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.78.

⁴⁰⁶ Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.57.

⁴⁰⁷ § 66, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴⁰⁸ Hausmanniger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.339.

⁴⁰⁹ Harke, Römisches Recht, 2008, § 20, Rn.1, S.315.

⁴¹⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.447.

⁴¹¹ Corp. Jurs. Fridericianum 1751 Theil 2, § 28 Vorrede; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.448.

⁴¹² Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.76; Bornemann, S.38.

frivolen Anfechtungen letztwilliger Dispositionen schädlichen Anlass gegeben hätten.⁴¹³ Aber auch deutschrechtliche Traditionen könnten nicht beibehalten werden, ohne das Vermögen und die Verlassenschaften der Verstorbenen Verfälschungen und anderen Kunstgriffen listiger Betrüger und Erbschleicher Preis zu geben.⁴¹⁴ Testamente würden aufgrund ihrer Natur einen stärkeren und zuverlässigeren Beweis über die Gewissheit des Willens erfordern, folglich auch eine bestimmtere und festere Form als Verträge unter Lebendigen, weil die Wahrheit und Richtigkeit der Testamente allemal erst nach dem Tode des Erblassers zur Sprache käme, und alsdann Niemand mehr vorhanden sei, der über die Sache Auskunft geben könne.⁴¹⁵

Dem zentralen Einwand gegen die gerichtliche Form, dass die Testamentserrichtung zu sehr erschwert werde, wurde entgegengehalten, dass im preußischen Staat Gerichte und Richter leicht und ohne Mühe zu erreichen seien.⁴¹⁶ Ferner werde für die Fälle, wo ein von einer tödlichen Krankheit plötzlich übereilter Mensch nicht mehr Zeit hätte, sich an ein ordentlich besetztes Gericht zu wenden, durch die Möglichkeit vorgesorgt, vor Dorfgerichten zu testieren.⁴¹⁷ Schließlich würden auch die sog. privilegierten Testamente des römischen Rechts beibehalten.⁴¹⁸

Die für Testamente geltende Form sollte auch für Codicille gelten. Begründet wurde dies mit den für die Testamentserrichtung geltenden Formvorschriften. Diese müssten auch für Aufzeichnungen des Testators gelten, insbesondere wenn durch nachgemachte und untergeschobene Zettel fast über den gesamten Nachlass zum Nachteil des förmlich eingesetzten Erben disponiert werde.⁴¹⁹ Nur für den Fall, dass ein Sterbender in seinen letzten Stunden noch irgendeinem Freund oder einem Dienstboten, der ihn beispielsweise in der letzten Krankheit gepflegt hat, ein Andenken oder eine Belohnung hinterlassen wolle, wurde eine Ausnahme von der gerichtlichen Form zugelassen.⁴²⁰

Dementsprechend regelte das Landrecht verschiedene Fälle, in denen die gerichtliche Errichtung eines Testaments unmöglich war. Konnte oder wollte der Testator nicht selbst bei Gericht erscheinen, so stand es ihm frei, das Gericht um die

⁴¹³ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 76; Bornemann, S. 38.

⁴¹⁴ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 77; Bornemann, S. 38.

⁴¹⁵ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 77; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 39.

⁴¹⁶ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 77; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 39.

⁴¹⁷ §§ 93-99, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 77.

⁴¹⁸ §§ 175-207, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 77.

⁴¹⁹ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 78.

⁴²⁰ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd. 41, S. 78; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 40.

Auf- und Abnahme der Disposition an seinem Aufenthaltsort zu ersuchen.⁴²¹ Allerdings wurden die Vorschriften über die Nachsuchung des Gerichts zur Auf- oder Abnahme des Testaments außerhalb der Gerichtsstelle⁴²² als müßig empfunden, da sie jeden juristischen Inhalts entbehren.⁴²³ Ein Gesetz, das ein bestimmtes Gebot erteile und hinterher selbst erkläre, dass dies nicht befolgt zu werden brauche, sei kein Gesetz.⁴²⁴

Hinsichtlich der Testamentserrichtung bestimmte das ALR grundsätzlich, dass jedes gehörig besetzte Gericht innerhalb seines Gerichtssprengels auch von solchen Personen, welche nicht zum Sprengel gehörten, letztwillige Verordnungen aufzunehmen berechtigt ist.⁴²⁵ Den Gerichtssprengel bildeten die physischen Grenzen der Stadt, des Ortes oder des Distriktes, innerhalb dem der Richter, der das Testament aufnahm, Jurisdiktion, wenn auch nicht über alle darin befindlichen Personen oder Sachen, zustand. Nahm ein Richter ein Testament in einem fremden Gerichtsbezirk auf, so verlor es nicht seine Gültigkeit.⁴²⁶ Diese Regelung entschied die ältere gemeinrechtliche Kontroverse darüber, ob ein Richter Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit außerhalb des Bezirks seiner Jurisdiktion gültig vornehmen könne, entgegen der herrschenden Ansicht, die dies verneinte.⁴²⁷

Die Testamentsaufnahme in einem fremden Gerichtsbezirk blieb aber nicht ohne Folgen. Der Richter, der die Grenzen seiner Jurisdiktion überschritten hatte, musste dem originär zuständigen Richter des Ortes oder Bezirks die erhobenen Gebühren herausgeben und ebenso viel dem Fiskus zur Strafe entrichten.⁴²⁸ Herausgabe und Zahlung einer Strafe entfielen jedoch, wenn der ordentliche Richter des Orts oder Bezirks Intestaterbe des Testators war oder zum Testamentserben ernannt werden sollte, wenn er mit dem Testator in offenbarer Feindschaft lebte, oder wenn sonst zwischen ihm und dem Testator besondere persönliche Verhältnisse bestan-

⁴²¹ § 67, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴²² §§ 68-71, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴²³ Gruchot, Bd. 1, S. 451.

⁴²⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 451.

⁴²⁵ § 72, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴²⁶ § 73, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴²⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 452.

⁴²⁸ v§ 74, 12. Titel, 1. Theil, ALR; die Vorschrift fand mit der Veränderung der Gerichtsverfassung 1849, analoge Anwendung auf die Diäten oder Kommissionsgebühren des Richters, Dagegen wurde eine analoge Anwendung des § 74 auf Reisekosten und Tagesgelder wegen der Verschiedenheit dieser zur Deckung eines notwendigen Aufwandes dienenden Kompetenzen von den als Vergütung für die Amtstätigkeit dem Richter zustehenden Gebühren, für nicht zulässig erachtet, vgl. Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd. II, S. 24 Fn. 92.

den, welche den letzteren davon abhielten, sich seiner zu bedienen.⁴²⁹ In dieser Vorschrift wurde beiläufig die Frage berührt, in welchen Fällen ein Richter wegen seiner persönlichen Beziehungen zum Testator sich nicht mit der Testamentserrichtung befassen durfte.⁴³⁰ Ausdrücklich aufgegriffen wurde die Frage, wann sich ein Richter wegen eines möglichen Interessenkonflikts mit der Testamentsaufnahme nicht befassen darf, in einem gesonderten Abschnitt.⁴³¹

Die Rückerstattung der Gebühren und die Strafzahlung entfielen ferner, wenn sich der ordentliche Richter berechtigterweise weigerte, in der Wohnung des Testators zu erscheinen,⁴³² oder die Gerichtsbarkeit an dem Orte, wo sich der Testator aufhielt, streitig war⁴³³ oder, wenn der Richter, der in Eilfällen ein Testament außerhalb seines Gerichtssprengels aufgenommen hat, dies dem zuständigen Richter innerhalb einer Frist von acht Tagen mitgeteilt und ihm das Testament, nebst den Verhandlungen darüber, zur Aufbewahrung zugesendet hat.⁴³⁴ Hierfür genügte der Vortrag dringender Umstände, die den angegangenen Richter zur Amtshandlung verpflichtet hatten, einer Bescheinigung der Dringlichkeit bedürfte es hingegen nicht.⁴³⁵ Die Vorschrift über die Information des eigentlich für die Aufnahme des Testaments zuständigen Richters und die Zusendung des Testaments an diesen, gab dem unzuständigen Richter eine Möglichkeit, die Kostenfolge abzuwenden.⁴³⁶

Das mit der Testamentserrichtung befasste Gericht musste gehörig besetzt sein, um formwirksam ein Testament aufzunehmen. Voraussetzung für eine gehörige Besetzung war grundsätzlich, dass das Gericht wenigstens aus einer zur Justiz verpflichteten Gerichtsperson und einem vereideten Protokollführer bestand.⁴³⁷ Unter einer zur Justiz verpflichteten Gerichtsperson verstand man eine zur Verrichtung des Richterdienstes angestellte Person, gleichviel, ob sie für beständig gegen eine bestimmte Jährlichkeit oder nur vorübergehend auf Tageslohn tätig war.⁴³⁸ Hierzu zählte auch der bei einem Amtsgericht unentgeltlich beschäftigte Gerichtsassessor, hin-

⁴²⁹ § 75, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴³⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.456.

⁴³¹ §§ 133-138, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴³² vgl. § 76, 12. Titel, 1. Theil, ALR, etwa weil für den Richter eine offenbare und augenscheinliche Lebensgefahr bevorsteht, beispielsweise wegen Seuchengefahr, vgl. §§ 203, 204, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴³³ §§ 77 und 12. Titel, 1. Theil, ALR von 1794 § 78, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴³⁴ § 79, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴³⁵ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.II, S.25, Fn.97.

⁴³⁶ Mit Änderung der Gerichtsverfassung 1849, ist daher auch diese Vorschrift obsolet geworden, vgl. Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.II, S.25, Fn.98.

⁴³⁷ § 82, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴³⁸ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.II, S.25, Fn.100.

gegen nicht Referendare.⁴³⁹ An die Stelle des vereidigten Protokollführers konnten zwei vereidigte Schöppen treten,⁴⁴⁰ dort, wo beständige Gerichtsschöppen vorhanden waren, nur diese. Wurden die Schöppen hingegen bloß zur An- oder Aufnahme eines Testaments vereidigt, konnten sie nur in schleunigen und dringenden Fällen zugelassen werden.⁴⁴¹ Hiermit wurde die Frage, ob auch bloße Urkundszeugen an Stelle des Protokollführers zugezogen werden können, ohne die Gültigkeit der Testamentshandlung zu schaden, verneint.⁴⁴² Auch die Zuziehung eines vereidigten Protokollführers ohne vorherige Genehmigung des Dirigenten oder die Zuziehung eines anderen als des ernannten Protokollführers, hatte die Nichtigkeit der Testamentshandlung zur Folge.⁴⁴³

Da die rechtzeitige An- und Aufnahme eines Testaments durch Herbeirufen eines ordentlichen Richters unter Umständen nicht möglich war, sah das ALR unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit vor, dass Dorfgerichte oder der örtliche Magistrat diese Aufgabe übernahmen.⁴⁴⁴ Diese Regelungen wurden für notwendig gehalten, weil das Aufsuchen des Testators durch den eigentlich zuständigen Richter aufgrund der Entfernung zu kleineren Dörfern und Städten, insbesondere in gewissen Jahreszeiten, große Schwierigkeiten bereiteten und zu viel Zeit erforderte, und daher der Tod des Testators vor der Ankunft eintreten konnte, zumal Landleute nicht leicht vor dem äußersten Termin zur Errichtung einer letztwilligen Anordnung zu bewegen waren.⁴⁴⁵ Mithin war die Errichtung eines Testaments nur zulässig bei Gefahr im Verzug vor dem (Dorf-)Schulzen und zwei vereideten Schöppen unter Hinzuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers.⁴⁴⁶

Die Dorfgerichte waren sodann verpflichtet, ein derartig errichtetes Testament oder Codicill, dem ordentlichen Gericht ohne Zeitverlust auszuhändigen und den Hergang der Sache zu Protokoll zu geben, das der Gerichtshalter gemeinsam mit der letztwilligen Verfügung zur gerichtlichen Verwahrung nehmen musste.⁴⁴⁷ War der Testator noch am Leben und zu einer gültigen Willensäußerung noch fähig, so musste der Gerichtshalter ihm das gerichtlich über den Hergang der Sache aufgenomme-

⁴³⁹ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.II, S.25, Fn.100. Abweichende Ansicht: Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.41, Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.7.

⁴⁴⁰ § 83, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁴⁴¹ § 84, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁴⁴² Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886 Bd.II, S.26, Fn.3.

⁴⁴³ Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865, S.8.

⁴⁴⁴ §§ 93-99, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁴⁴⁵ So Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.60.

⁴⁴⁶ § 93, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁴⁴⁷ § 95, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

ne Protokoll vorlegen und sich die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben genehmigen lassen.⁴⁴⁸ Die Konkurrenz zwischen den ordentlichen Gerichten und den Dorfgerichten führte in der Praxis dazu, dass sich einige Gerichte sofort nach Empfang der dorfgewöhnlichen Disposition an den Wohnort des Testators begaben und dort das Dorfgericht mit dem Gerichtsschreiber vernahmen, um anschließend das Protokoll nebst Disposition dem Testator zur Anerkennung und Genehmigung vorzulegen.⁴⁴⁹ Andere Gerichte nahmen, wenn sie den Testator noch am Leben und dispositionsfähig antrafen, ein ordentliches gerichtliches Testament auf, betrachteten die dorfgewöhnliche Disposition als unversiegeltes Testament (sog. Aufsatz)⁴⁵⁰ und vernahmen das Dorfgericht nur, wenn ein gerichtliches Testament nicht mehr aufgenommen werden konnte.⁴⁵¹

3.2.2.2 Außergerichtliche Testamente

Als Ausnahme von der strengen gerichtlichen Form gestattete das Landrecht, letztwillige Verfügungen außergerichtlich zu errichten, wenn diese den zwanzigsten Teil des Nachlasses nicht überstiegen und eigenhändig geschrieben und unterschrieben waren.⁴⁵² Der Verzicht auf die gerichtliche Übergabe bedeutete eine Erleichterung gegenüber der strengen gerichtlichen Form; gleichwohl gehörten die außergerichtlichen Verordnungen nicht zu den sog. privilegierten Testamenten, obwohl auch bei diesen die strengen Vorschriften nachgelassen waren.

Außergerichtliche Codicille dienten einem ähnlichen Zweck wie privilegierte Testamente. Durch die Möglichkeit, außergerichtlich letztwillig von Todes wegen zu verfügen, sollte für den Fall vorgesorgt werden, dass jemand, der in seinen letzten Stunden noch irgendeinem Freund, der ihn z.B. gepflegt hat, ein Andenken oder eine Belohnung hinterlassen wollte und der das Testament oder Codicill aufnehmende Richter zu spät kommen würde.⁴⁵³ Ebenso wurden die privilegierten Testamente gestattet, weil die Einhaltung der gerichtlichen Form die Errichtung der letztwilligen Verfügung unmöglich oder erheblich erschweren würde.

⁴⁴⁸ § 96, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

⁴⁴⁹ Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preussischem Recht, 1865, S. 89.

⁴⁵⁰ §§ 107-110, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

⁴⁵¹ Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preussischem Recht, 1865, S. 90.

⁴⁵² §§ 161-174, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

⁴⁵³ § 171, 12. Titel, 1. Teil, ALR, Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 65.

Im Unterschied zu den privilegierten Testamenten war die Verfügungsbefugnis in außergerichtlichen Verordnungen auf den zwanzigsten Teil des Nachlasses begrenzt. Der Schutzzweck der gerichtlichen Form konnte bei außergerichtlichen Verordnungen hinter dem Bedürfnis, letztwillig zu verfügen, zurückstehen, da aufgrund der geringen Höhe die Freiheit und Gewissheit des letzten Willens eines Verstorbenen außer Zweifel stand.⁴⁵⁴ In der Begrenzung der Verfügungsbefugnis auf den maximal zwanzigsten Teil des Nachlasses liegt der wesentliche Unterschied zu den privilegierten Testamenten, die im Gegensatz zu den außergerichtlichen Verordnungen eine Erbeinsetzung enthalten konnten.

Eine Ausnahme zur quantitativen Begrenzung außergerichtlicher Verordnungen konnte eintreten, wenn der Erblasser in seinem Testament ausdrücklich angeordnet hatte, dass außergerichtliche Verordnungen die in seinem Nachlass gefunden werden gültig sein sollen.⁴⁵⁵ Diese Vorschrift, die im gedruckten Entwurf noch nicht enthalten war, wurde kritisiert, weil sie den Sinn und Zweck der außergerichtlichen Verordnungen nicht hinreichend berücksichtigte. Diese sollten gerade dazu dienen, dem Erblasser die Verteilung von Belohnungen auch in den letzten Stunden, in denen die Zuziehung eines Richters oft nicht mehr durchführbar sei, zu ermöglichen. Eine entsprechende testamentarische Bestimmung so auszulegen, dass sie sich auf früher errichtete, außergerichtliche Codicille beziehe und nicht dahin, dass der Erblasser sich selbst im Voraus auch wegen der geringeren Legate habe binden wollen.⁴⁵⁶

Problematischer war der umgekehrte Fall, in dem der Testator seine Verfügungsbefugnis nicht beschränkte, sondern mittels einer testamentarischen Verordnung erweiterte, indem er sich in einem ordentlichen Testament ausdrücklich vorbehielt, weitere, sein Testament ergänzende, letztwillige Verfügungen in außergerichtlichen Codicillen zu verordnen, die den zwanzigsten Teil des Nachlasses überstiegen. Der Testator erweiterte damit seine in außergerichtlichen Verfügungen begrenzte Verfügungsbefugnis. Die Behandlung dieser sog. Codicilliarklauseln war umstritten. Hintergrund der Auseinandersetzung um die Vereinbarkeit der Klauseln mit den Vorschriften des Landrechts war, dass die bisherige gemeinrechtliche Praxis diese unter bestimmten Voraussetzungen zuließ. Damit bestand die Gefahr, dass die strengen Formvor-

⁴⁵⁴ So Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.66.

⁴⁵⁵ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.67.

⁴⁵⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.68; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.500.

schriften, die das Landrecht für die Errichtung von Testamenten vorsah, umgangen wurden. Allerdings war auch nach römischem Recht streitig, ob Verordnungen, die nach errichtetem Testament ohne alle Förmlichkeiten gemacht wurden, ihre Verbindlichkeit erlangen, weil sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testament Dispositionen in später von ihm eigenhändig ge- oder bloß unterschriebenen Aufsätzen vorbehalten hatte.⁴⁵⁷ Das römische Recht unterteilte Codicillarklausel in vier verschiedene Arten. Eine Kategorie bildeten Klauseln, die in die Zukunft gerichtet waren und mit denen künftige letztwillige Verfügungen bestätigt werden oder ihnen Geltung verliehen werden sollte.⁴⁵⁸ Streitig war, ob eine testamentarische Bestimmung, in der sich der Erblasser vorbehalten hatte, sein Testament durch außergerichtliche letztwillige Verfügungen zu ergänzen, rechtswirksam sei, wenn die darin verfügte Zuwendung den zwanzigsten Teil des Nachlasses überstieg.⁴⁵⁹ Gegen die Wirksamkeit solcher Codicillarklauseln wurde in gesetzessystematischer Hinsicht vorgetragen, dass für alle letztwilligen Verfügungen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Verfügungen, eine und dieselbe Form vorgeschrieben sei und die Zulässigkeit vorbehaltener Verfügungen nur im Zusammenhang mit außergerichtlichen Verfügungen anerkannt sei. Daraus folge im Umkehrschluss, dass ein solcher Vorbehalt in allen anderen Fällen keine Wirkung haben sollte.⁴⁶⁰ Auch der Sinn und Zweck der Formvorschriften des ALR, im Sinne einer Beweissicherung größtmögliche Gewissheit im Hinblick auf den Erblasserwillen zu erlangen, sprach dafür, letztwillige Anordnungen, die den zwanzigsten Teil des Nachlasses überstiegen, für unwirksam zu halten. Andererseits wurde vertreten, dass, wenn es dem Erblasser erlaubt sei, in seinem Testament ausdrücklich anzuordnen, dass keine schriftlichen Aufsätze, die sich in seinem Nachlasse befinden, gültig sein sollen, der Umkehrschluss, wonach es der Erblasser auch ausdrücklich anordnen kann, dass schriftliche Aufsätze gültig sein sollen, nicht fern liege.⁴⁶¹ Zudem erkenne das Landrecht Teilungsvorschriften in außergerichtlichen Aufsätzen grundsätzlich an, wenn sich der Erblasser diese zuvor in einem

⁴⁵⁷ Stengel' s Beiträge, 1801, Bd.12, S.225.

⁴⁵⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866 S.633.

⁴⁵⁹ Vgl. die Anfrage des Breslauer Pupillen-Collegiums und das Rescript des Justizministeriums vom 03.11.1800 hierauf, abgedruckt in: Amelangs, Neues Archiv, 1800, Bd.1,S.402.

⁴⁶⁰ § 171, 12.Titel, 1.Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.70.

⁴⁶¹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.635.

Testament vorbehalten hat.⁴⁶² Eine derartige Erbverteilung sei rechtlich nichts anderes als ein testamentarisch vorbehaltenes Codicill.⁴⁶³

Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Codicilliarklauseln verstärkte sich in Fällen, in denen sich der Erblasser vor der Publikation des Landrechts 1794 in einem gerichtlichen Testament außergerichtliche Verordnungen vorbehalten hatte und diese den zwanzigsten Teil des Nachlasses überstiegen.⁴⁶⁴ Diese Konstellation lag der Anfrage des Breslauer Pupillen-Kollegiums vom 11. Februar 1800 zugrunde.⁴⁶⁵ Die mit der Beantwortung befasste Gesetzeskommission entschied mit Rescript vom 23. Oktober 1800, dass testamentarisch vorbehaltene, außergerichtliche letztwillige Verfügungen – auch wenn sie den zwanzigsten Teil des Nachlasses übersteigen – wirksam seien, wenn sie nur vom Testator eigenhändig ge- und unterschrieben sind.⁴⁶⁶ Die Gesetzeskommission begründete seine Auffassung damit, dass es nie ratsam sei, ohne Not von alten Gesetzen, Verfassungen und Einrichtungen abzuweichen.⁴⁶⁷ In der Tat hatte eine konstante Praxis außergerichtliche Verordnungen aufgrund eines testamentarischen Vorbehalts, soweit darin an der gesetzlichen Erbfolge nichts geändert wurde, für voll gültig erachtet, die über den zwanzigsten Teil des Nachlasses hinausgingen.⁴⁶⁸ Aus dem Rescript ging der § 35 des Anhangs zum ALR hervor.⁴⁶⁹ Mit dieser Vorschrift versuchte die Gesetzgebung die aufgetretene Rechtsunsicherheit zu beseitigen. § 35 des Anhangs zum ALR bestimmte, dass, wenn der Erblasser sich in seinem rechtsbeständigen Testament die Befugnis vorbehielt, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern, diese mit dem Testament die gleiche Kraft haben sollten.

3.2.2.3 Privilegierte Testamentsformen

Das Landrecht kannte drei Arten von Testamenten, bei denen die grundsätzlich einzuhaltenden Förmlichkeiten nachgelassen waren und somit keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellten.⁴⁷⁰ Die erste Gruppe betraf Testamente, die dem Landesher-

⁴⁶² § 171, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁴⁶³ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.635.

⁴⁶⁴ Amelangs, Neues Archiv, 1800, Bd.1, S.402.

⁴⁶⁵ Amelangs, Neues Archiv, 1800, Bd.1, S.402-408.

⁴⁶⁶ Amelangs, Neues Archiv, 1800, Bd.1, S.413.

⁴⁶⁷ Amelangs, Neues Archiv, 1800, Bd.1, S.413; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.68.

⁴⁶⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.634.

⁴⁶⁹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.68.

⁴⁷⁰ §§ 175 bis 207, 12. Titel, 1. Theil ALR.

ren übergeben worden waren, die zweite und praktisch bedeutsamste Gruppe umfasste die militärischen Testamente; die dritte Gruppe bildeten privilegierte Testamente in sonstigen Fällen. Alle privilegierten Testamente mit Ausnahme der dem Landesherrn übergebenen Testamente, hatten gemeinsam, dass der Formmangel innerhalb einer Jahresfrist, geheilt werden musste.⁴⁷¹ Die Frist begann in dem Zeitpunkt, ab dem das Hindernis das einer ordnungsgemäßen Errichtung entgegen gestanden hatte, entfallen war.⁴⁷²

Hinsichtlich der Testamente vor dem Landesherrn bestimmte das Landrecht, dass eine letztwillige Verordnung gültig ist, wenn die persönliche Übergabe an den Landesherrn glaubhaft bezeugt war.⁴⁷³ Bei Personen, welche zur Familie der Landesherrn gehörten, war ausreichend, wenn dieselben ihre Disposition dem Haupt der Familie auch nur schriftlich eingereicht haben, und die Disposition dem Cabinettsarchive, oder einem Gerichte, zur Aufbewahrung übergeben worden war.⁴⁷⁴ Diese Art von privilegierten Testamenten war im Corpus Juris Fridericiani von 1751 noch nicht kodifiziert.⁴⁷⁵ Zur Begründung wird in der Vorrede zum zweiten Theil ausgeführt:

„Man hat auch in diesem Landrechte keine Meldung gethan von den Testamenten, welche nach den Römischen Rechten dem Principi offerirt werden konnten; weil dergleichen Dispositiones vielen Inconvenienzien unterworfen sind, und Seine Königliche Majestät mit dergleichen Privat-Angelegenheiten sich zu bemengen Bedenken tragen.“

Die Aufnahme der landesherrlichen Testamente ins Landrecht wurde als grundlos und unnötig kritisiert, da sie in Deutschland nie heimisch geworden seien und nur sehr selten vorkämen.⁴⁷⁶ Judikate des Obertribunals sind nicht ersichtlich.

Auch das sog. Soldatentestament war im Römischen Recht geregelt⁴⁷⁷ und stellte die älteste und praktisch bedeutsamste Art des privilegierten Testaments

⁴⁷¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 75.

⁴⁷² Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 75.

⁴⁷³ § 175, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴⁷⁴ § 176, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴⁷⁵ Glück in: Glück's Kommentar, 1838, Bd. 34, S. 164; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 629.

⁴⁷⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 510; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 630.

⁴⁷⁷ Als Urheber der militärischen Testamentsform wird Julius Cäsar angesehen, vgl. Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd. 42, S. 25.

dar.⁴⁷⁸ Das Privileg militärisch zu testieren, gestattete nach den Vorschriften des Landrechts im Unterschied zum römischen Recht⁴⁷⁹ nicht, von den materiellen erbrechtlichen Vorschriften abzuweichen. Wie bei ordentlichen Testamenten wurde Testierfähigkeit und Testierwille vorausgesetzt.⁴⁸⁰ Es bestand nur darin, von der für ordentliche Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeit abzugehen.⁴⁸¹ Es stand zunächst sämtlichen zum Soldatenstand gehörenden Personen und den Freiwilligen zu, die sich unter die Befehle des kommandierenden Offiziers begeben hatten.⁴⁸² Ferner konnten die Beamten der Militärverwaltung, pensionierte Offiziere, Militärlehrer und alle Personen die der kriegsführenden Truppe zugeteilt waren oder zu deren Gefolge gehörten und auch Kriegsgefangene militärisch testieren.⁴⁸³ Hinsichtlich der Ehefrauen, die Soldaten in Krieg folgten, war streitig, ob diesen das Privileg, militärisch zu testieren, ebenfalls zu gute kam.⁴⁸⁴ *Suarez* verneinte die Frage, mit der Begründung, dass Offiziers- und Soldatenfrauen nicht verpflichtet seien, ihren Männern zu folgen.⁴⁸⁵

Das Privileg begann bei Landtruppen mit dem Zeitpunkt, zu dem diese aus ihren Stadtquartieren ins Feld rückten oder in ihren Stadtquartieren belagert wurden; bei den Seestreitkräften von dem Zeitpunkt an, in dem sie das Schiff bestiegen hatten.⁴⁸⁶ Es dauerte bis zum Ende des Krieges und wurde weder durch das Einrücken in Festungen oder Winterquartiere, noch durch den Abschluss des Waffenstillstandes unterbrochen.⁴⁸⁷

Im Unterschied zu ordentlichen Testamenten genügte es bei militärischen Testamenten, dass der Testator das Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben hatte. Ferner genügte es, wenn es vom Testator eigenhändig unterschrieben und von zwei Zeugen oder einem Auditeur oder Offizier mit unterschrieben worden war, und wenn die schriftliche Erklärung im Feldnachlass des Soldaten vorge-

⁴⁷⁸ Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd.42, S.2,19; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.600.

⁴⁷⁹ Hierzu vgl. Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd.42, S.74 f..

⁴⁸⁰ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.601.

⁴⁸¹ § 177, 12.Titel, 1.Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.81; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.600.

⁴⁸² §§ 180,181, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁴⁸³ § 182, 12.Titel, 1.Theil, ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.601.

⁴⁸⁴ *Dafür*: Bielitz, Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten, 1828, Band 3, S.88; *Dagegen*: Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.76.

⁴⁸⁵ Vgl. Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.76.

⁴⁸⁶ § 178, 12.Titel, 1.Theil, ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.601.

⁴⁸⁷ § 179, 12.Titel, 1.Theil, ALR;

funden oder vom Vorgesetzten oder Auditeur einem Kriegs- oder ordentlichen Gericht zu Verwahrung übergeben wurde.⁴⁸⁸

Die formgerecht errichteten militärischen Testamente verloren ihre Gültigkeit innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt der Demobilisierung oder der Desertation des Testators ihre Gültigkeit.⁴⁸⁹ Die Frist war aus dem Römischen Recht übernommen.⁴⁹⁰

Die Vorschriften des Landrechts wurden durch das Gesetz vom 08. Juni 1860 betreffend die Befugnis der Auditeure zur Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgehoben. An ihre Stelle traten die unter Abschnitt II „*Von den privilegierten militärischen Testamenten*“ enthaltenen Bestimmungen.⁴⁹¹

Die dritte Gruppe der privilegierten Testamente in sonstigen Fällen bildete einen Auffangtatbestand, indem die für das militärische Testament geltenden Privilegien hinsichtlich der Form, auf Zivilpersonen ausgedehnt wurden, wenn sich diese in einer wegen Ausbruchs einer ansteckenden Krankheit gesperrten Stadt befanden oder wegen Kriegsgefahr verhindert waren, sich des richterlichen Amts zwecks Testamentserrichtung zu bedienen.⁴⁹² Im Wesentlichen fanden in diesen Fällen die Vorschriften über militärische Testamente Anwendung. Das Privileg begann in dem Zeitpunkt in dem der Ort gesperrt wurde. Die von diesem Zeitpunkt an errichteten Testamente behielten für ein Jahr, nach dem die Sperre wieder aufgehoben, oder die Funktionstätigkeit der Gerichte wiederhergestellt wurde, ihre Gültigkeit.⁴⁹³

3.2.3 Zum materiellen Inhalt letztwilliger Verfügungen

Das Landrecht eröffnete dem Erblasser ein breites Gestaltungsspektrum hinsichtlich des Inhalts letztwilliger Verfügungen. Er war bei der Auswahl der potentiellen Erben grundsätzlich ungebunden und konnte, soweit sich keine Beschränkungen daraus ergaben, dass Noterben bzw. Pflichtteilberechtigte oder ein Erbvertrag vorhanden

⁴⁸⁸ §§ 183, 185, 186, 188, 190, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 78; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 602.

⁴⁸⁹ § 196, 197, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴⁹⁰ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 603; Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd. 42, S. 121.

⁴⁹¹ Gesetzessammlung, S. 240-244; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 511; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 601.

⁴⁹² §§ 198-207, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁴⁹³ §§ 199, 201, 12. Titel, 1. Theil, ALR, Koch, Das Preußische Erbrecht, S. 609. Zur Gültigkeit eines zur Zeit einer ansteckenden Krankheit errichteten Testaments, vgl. Entscheidung des Obertribunals vom 22. März 1850, in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 19, S. 164-167. Zu dem im Römischen Recht geltenden sog. *testamentum tempore pestis conditum*, vgl. Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd. 42, S. 262-285.

waren, nach Belieben verfügen.⁴⁹⁴ Der Willkür eines Dritten, konnte die Ernennung eines Erben oder Legatarii nicht überlassen werden.⁴⁹⁵ Darüber hinaus waren vom Kreis der in Frage kommenden Erben Personen ausgenommen, welche kein Vermögen erwerben oder besitzen konnten, namentlich Mönche und Nonnen,⁴⁹⁶ Personen, deren gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zur Strafe konfisziert worden war: Hochverräter, Landesverräter erster Klasse sowie Deserteure⁴⁹⁷ und Personen, welche Ehebruch oder Blutschande mit einander getrieben hatten.⁴⁹⁸

Die Anzahl der Erben, deren Reinforme und den Umfang des Nachlasses, konnte der Erblasser frei bestimmen. Er konnte einen oder mehrere Erben berufen,⁴⁹⁹ die Erben von oder bis zu einem gewissen Zeitpunkt einsetzen⁵⁰⁰, über einen Teil seines Nachlasses verfügen, und im Hinblick auf den restlichen Teil die gesetzliche Erbfolge zu tragen kommen lassen und nur über einzelne Stücke und Teile seines Nachlasses verfügen.⁵⁰¹ Ob es sich um ein Vermächtnis handelte, wenn der Erblasser Jemandem einen aliquoten Teil seines Nachlasses zugewendet hatte, war anhand der Willensauslegung zu ermitteln.⁵⁰² Das Landrecht bestimmte insofern, dass, wenn der Erblasser nicht über das Erbrecht selbst, sondern ausdrücklich nur über gewisse Stücke, Summen oder Anteile seines Nachlasses verordnet hat, das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben übergeht und ihnen alles zum Nachlass Gehörende zufällt, soweit im Testament nicht anderweitig verfügt wurde.⁵⁰³

Soweit letztwillige Verfügungen Sachen und Rechte betrafen, waren im Landrecht vierzehn besondere Arten von Vermächtnissen kodifiziert.⁵⁰⁴ Zu nennen ist insbesondere das Vermächtnis über fremde Sachen. Hatte der Testator jemandem eine fremde Sache vermacht, so musste der Erbe dieselbe dem Legatar verschaffen.⁵⁰⁵ Bei den Bestimmungen über das Legat⁵⁰⁶ einer Sache, welche dem Testator nicht gehörte oder die noch nicht vorhanden war, sind die Redaktoren des Landrechts im

⁴⁹⁴ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.91.

⁴⁹⁵ Vgl. § 49, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁴⁹⁶ Vgl. § 36, 12. Titel, 1. Theil, §§ 1199, 1024, 11. Titel, 2. Theil ALR.

⁴⁹⁷ Vgl. §§ 95, 103, 467, 469, 470, 20. Titel, 2. Theil ALR.

⁴⁹⁸ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 91.

⁴⁹⁹ § 44, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁰⁰ § 259, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁰¹ § 45, 46, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁰² Groucht, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 1, S. 319.

⁵⁰³ § 256, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁰⁴ §§ 373 bis 449, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵⁰⁵ § 377, 12. Titel, 1. Theil, ALR; zum Legat einer fremden Sache, vgl. die Entscheidung vom 24.01.1849, Entscheidungen Bd.17, S.202 unter Ziff. 4.3.5.

⁵⁰⁶ Unter einem Legat verstand man eine einzelne bestimmte Sache oder Summe, die Jemandem in einem Testament oder Codicille hinterlassen wurde, Cäsar, Der Preußische-Zivilprozess, S.263.

Wesentlichen den Grundsätzen des römischen Rechts gefolgt.⁵⁰⁷ Der Sache nach handelt es sich bei diesen Vermächtnisarten um Bedingungen bzw. Belastungen zu Lasten des Testamentserben.⁵⁰⁸ Dementsprechend wurde das Vermächtnis einer fremden Sache nicht als ein Sachvermächtnis, sondern als Vermächtnis einer Handlung aufgefasst, das dem Beschwerten die Pflicht auferlegte, die Sache dem Legatar zu verschaffen oder ihm den angemessenen Wert zu vergüten.⁵⁰⁹

Darüber hinaus war der Erblasser grundsätzlich berechtigt, seiner Verfügung eine Bedingung oder Zweckbestimmung beizufügen oder dem Erben bzw. Legatar eine Verpflichtung aufzuerlegen.⁵¹⁰ Allerdings versuchten die Redaktoren die Wirkung von Bedingungen möglichst einzuschränken, da bedingte Erbeinsetzungen und Vermächtnisse den Besitz der Erbschaft unsicher machten, deren Nutzung beschränkten und zu Streitigkeiten über die ordnungsgemäße Erfüllung nach sich ziehen konnten.⁵¹¹ Gleichwohl konnte insbesondere die Erbeinsetzung mit einer aufschiebenden⁵¹² oder auflösenden⁵¹³ Bedingung versehen sein. Auch die Befristung der Erbeinsetzung war möglich.⁵¹⁴ Die Bedingung wurde in der Regel als erfüllt angesehen, wenn die Handlung oder das Ereignis nach den Vorgaben des Erblassers vorgenommen wurde bzw. eingetreten war.⁵¹⁵ Der Erbe oder Legatar war nicht berechtigt, nur einige von mehreren ihm auferlegten Bedingungen zu erfüllen, um einen Teil des ihm zugedachten Vorteils zu erlangen.⁵¹⁶ Hing der Eintritt der Bedingung vom Zufall ab, durften weder der Berechtigte noch der Verpflichtete etwas vornehmen, wodurch das Eintreten des Zufalls hervorgebracht oder vereitelt wurde und zwar jeder bei Verlust seines Rechts.⁵¹⁷ Auf die Absicht desjenigen, der das Eintreten des Zufalls hervorgebracht oder vereitelt hatte, kam es nicht an. Im Unterschied hierzu war die Bedingung auch als erfüllt anzusehen, wenn ihr Eintritt vorsätzlich vereitelt wurde, oder der Verpflichtete durch Betrug oder andere unerlaubte Handlung das

⁵⁰⁷ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.139; vgl. zu den Abweichungen vom römischen Recht, Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.7.

⁵⁰⁸ Vgl. Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.140.

⁵⁰⁹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.8.

⁵¹⁰ § 61-65, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵¹¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.179.

⁵¹² § 478, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵¹³ § 489, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵¹⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S. 113; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.233.

⁵¹⁵ § 491, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵¹⁶ § 492, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵¹⁷ § 104, 4. Titel, 1. Theil, ALR.

Fehlschlagen der Bedingung herbeigeführt hatte.⁵¹⁸ Der Grund für die Fiktion des Bedingungseintritts in diesen Fällen war die Absicht, sich eigennützig zu bereichern.⁵¹⁹ Soweit eine Bedingung verfügt worden war, die nicht erfüllt werden konnte,⁵²⁰ bestimmte das Landrecht - abermals abweichend vom römischen Recht -, dass die letztwillige Verfügung, welcher sie beigefügt sind, ungültig waren und zwar unabhängig davon, ob die Unmöglichkeit dem Testator bekannt gewesen war oder nicht.⁵²¹

Hatte der Testator seinen Willen nicht klar ausgedrückt, enthielt das Landrecht verschiedene Auslegungsregeln.⁵²² Grundsätzlich folgte die Auslegung zweifelhafter letztwilliger Verfügungen den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Regeln, soweit sich nicht aus der Natur der letztwilligen Verfügung etwas abweichendes ergab.⁵²³ Daher war weniger auf den Wortlaut der Verfügung als auf die Absichten des Testators abzustellen.⁵²⁴ Das Landrecht bestimmt insoweit, dass die Verwendung inkorrektter Begriffe oder unzutreffender Bezeichnungen die Verfügung des Erblassers nicht ungültig machten, wenn die wahre Absicht desselben deutlich war.⁵²⁵ Eine weitere Auslegungsregel bestand darin, dass letztwillige Verfügungen im Zweifel so auszulegen waren, dass diese nach den Vorschriften der Gesetze am besten bestehen können.⁵²⁶ Darüber hinaus war in Fällen, in denen zweifelhaft war, welche Personen als Erben eingesetzt wurden, derjenigen Auslegung der Vorzug zugeben, die mit der gesetzlichen Erbfolge am besten übereinstimmte und ebenso war eine letztwillige Verfügung, im Zweifel so auszulegen, dass sie für den Erben am vorteilhaftesten war, wenn sich dieser mit dem Legatar über den Sinn der Verfügung stritt.⁵²⁷ Hatte der Testator ohne weitere Bestimmung seinen Verwandten etwas vermacht, so war die Verfügung zugunsten derjenigen auszulegen, die im Zeitpunkt des Ablebens der gesetzlichen Erbfolge am nächsten oder gleich nahe waren.⁵²⁸

⁵¹⁸ §§ 105, 106, 4. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵¹⁹ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd. 1, S. 192.

⁵²⁰ Eine Bedingung war unmöglich, wenn das Ereignis entweder nach dem natürlichen Lauf der Dinge überhaupt, oder nach den besonderen Beschaffenheiten und Verhältnissen, desjenigen, dem die Bedingung auferlegt wurde, nicht eintreffen kann, § 129, 4. Titel, 1. Theil ALR.

⁵²¹ §§ 129-132, 504, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 2, S. 140; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 245.

⁵²² §§ 519-556, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵²³ § 556, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 96; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 291.

⁵²⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 291.

⁵²⁵ § 518, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵²⁶ § 519, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵²⁷ § 520, 12. Titel, 1. Theil, ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 96. S. 97; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 293.

⁵²⁸ § 522, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

3.2.4 Erbverträge

Erbverträge stellten die zweite Form letztwilliger Verfügungen dar.⁵²⁹ Der Ursprung des Instituts wurde überwiegend im deutschen Gewohnheitsrecht gesehen. Die gewöhnliche Ansicht war, dass die Erbverträge schon vor der Rezeption bei den Deutschen in Gebrauch gewesen und ihre Nichtanerkennung im römischen Recht nicht durchgedrungen sei.⁵³⁰ Dass der Erbvertrag Eingang ins ALR fand, lag an seiner Anerkennung durch die Naturrechtslehre, welche mit der unbeschränkten Verfügungsbefugnis des Erblassers begründet wurde.⁵³¹ Erbverträge begründen für den Vertragserben ein unwiderrufliches und insofern sofort wirksames Recht.⁵³² Die Befugnis der Kontrahenten, über ihr Vermögen unter Lebenden zu verfügen wird durch den Erbvertrag aber nicht eingeschränkt.⁵³³ Der vertraglich eingesetzte Erbe soll eben nur Erbe werden und als solcher in die Gesamtheit des Vermögens des künftigen Erblassers, wie es sich nach dessen Tod darstellt, eintreten. An dieser Erbfolge sollte der Erblasser nichts ändern dürfen.⁵³⁴ Eine Beschränkung der allgemeinen Verfügungsbefugnis des Erblassers unter Lebenden war hiermit nicht verbunden.⁵³⁵

In rechtdogmatischer Hinsicht wurden vom Oberbegriff „Erbvertrag“ im Wesentlichen drei Unterkategorien erfasst: Der Erbvertrag oder Erbeinsetzungsvertrag im engeren Sinn, Erbverträge zwischen Eheleuten und der Erbentsagungsvertrag.

Hinsichtlich der ersten Gruppe bestimmte das Landrecht, dass sich ein Kontrahent einem anderen oder beide wechselseitig Rechte auf ihren Nachlass einräumen können.⁵³⁶ Gegenstand des Erbvertrags war der Nachlass einer noch lebenden Person. Unter einem Erbeinsetzungsvertrag verstand man eine vertragsmäßige unwiderrufliche Berufung oder Ernennung des anderen Teils zum Erben des einen Teils.⁵³⁷ Vertragsgegenstand war hingegen nicht eine Obligation auf Übereignung

⁵²⁹ § 2, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵³⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.316; Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.767; *kritisch*: Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1837, Bd.2, S. 156.

⁵³¹ HRG Erbvertrag, Sp.1390.

⁵³² Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.225.

⁵³³ § 624, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵³⁴ Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.790.

⁵³⁵ Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.790. Allerdings war der Erblasser nicht berechtigt, arglistiger Weise den beabsichtigten Erfolg indirekt zu vereiteln und dem Erben das ihm eingeräumte Recht faktisch, etwa durch übermäßige Schenkungen, faktisch zu entziehen, Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1837, Bd.2, S.257. Für diese Fälle gestattete das Landrecht dem Vertragserben eine übermäßige Schenkung des Erblassers innerhalb der gesetzlichen Frist zurückzunehmen oder gegen den Erblasser wegen Verschwendung gerichtlich vorzugehen, §§ § 625, 626, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵³⁶ § 617, 12. Titel, 1. Theil, ALR.

⁵³⁷ Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.766.

bzw. Abtretung der im Nachlass befindlichen einzelnen Sachen und Rechte nach dem Tode des Erblassers sondern das Erbfolgerecht, so wie es einem Testamentserben zusteht.⁵³⁸ Der Erbvertrag enthielt somit wie das Testament einen Delationsgrund zur Erwerbung der Erbschaft, mit dem zusätzlichen Element der Unwiderruflichkeit.⁵³⁹

Damit ist zugleich ein wesentlicher Unterschied zwischen Erbvertrag und Testament angesprochen. Während ein Testament wie jede einseitige Willenserklärung vom Testator bis zu seinem Ableben beliebig widerrufen und abgeändert werden konnte,⁵⁴⁰ bestand diese Freiheit bei Erbverträgen nicht. Gerichtliche, auf den Todesfall eingegangene Erbverträge konnten einseitig nur wie Verträge unter Lebendigen widerrufen werden.⁵⁴¹ Dieser Ausschluss der freien Widerrufbarkeit galt im römischen Recht als sittenwidrig und war der Grund dafür, dass die Berufung zur Erbschaft durch Vereinbarung zwischen Erblasser und Erben unzulässig war.⁵⁴²

Zum Abschluss eines Erbvertrags waren die gleichen Fähigkeiten Voraussetzung, die zur Errichtung eines Testaments und zum Abschluss eines Vertrages erforderlich waren.⁵⁴³ Schloss jemand der wirksam testieren, aber keinen Vertrag abschließen konnte, einen Erbvertrag und verstarb er anschließend, so war nach gemeinem Recht fraglich, ob in dem an sich nicht bindenden Rechtsgeschäft eine Erbinsetzung wie aus einer letztwilligen Verfügung zu sehen sei.⁵⁴⁴ Im Landrecht wird diese Frage verneint, indem der Erbvertrag nicht als einseitige letztwillige Verordnung galt, wenn dem Versprechenden die Fähigkeit wirksam Verträge abzuschließen fehlte.⁵⁴⁵

Eine weitere Gemeinsamkeit von Erbvertrag und Testament bestand in formeller Hinsicht. Erbverträge unterlagen denselben Förmlichkeiten wie Testamente.⁵⁴⁶ Allerdings fand die privilegierte Form von Testamenten nicht statt.⁵⁴⁷ Dies folgte aus dem Sinn und Zweck der Privilegierungsvorschriften der vornehmlich darin lag, die Testamentserrichtung auch bei Gefahr in Verzug zu ermöglichen.

⁵³⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.766.

⁵³⁹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.332.

⁵⁴⁰ § 564, 12.Titel, 1.Theil ALR.

⁵⁴¹ § 634, 12.Titel, 1.Theil ALR.

⁵⁴² Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.220; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.316; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.743; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.330,339,352.

⁵⁴³ § 618, 12.Titel, 1.Theil, ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.773.

⁵⁴⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.737.

⁵⁴⁵ § 619, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

⁵⁴⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.222.

⁵⁴⁷ § 622, 12.Titel, 1.Theil, ALR.

Die unmittelbare Rechtsfolge eines wirksamen Erbvertrags bestand in der Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung und dem Ausschluss bzw. der Beschränkung der Verfügungen des Erblassers von Todes wegen.⁵⁴⁸ Insofern bestimmte das Landrecht ausdrücklich, dass letztwillige Verordnungen gegen den Inhalt des Erbvertrags nicht stattfinden.⁵⁴⁹ Mithin konnte der Erblasser, wenn sein gesamtes Vermögen Vertragsgegenstand war, keine wirksame letztwillige Verfügung mehr treffen. Er war lediglich berechtigt, soweit er im Erbvertrag nicht ausdrücklich darauf verzichtet hatte, ein Vermächtnis bis auf den zwanzigsten Theil seines Nachlasses zu errichten.⁵⁵⁰ Hintergrund dieser Ausnahme war, dass es als zu einschränkend empfunden wurde, wenn der durch Vertrag gebundene Erblasser nicht einmal guten Freunden ein Andenken und denjenigen die ihn in seiner letzten Krankheit beigestanden hatten, eine Belohnung zuwenden könnte.⁵⁵¹ Die Unwiderruflichkeit der im Erbvertrag erfolgten Erbeinsetzung kam dadurch zu Ausdruck, dass der Widerruf wegen bloßer Willensänderung in jeder Form, sei es durch ausdrückliche Erklärung oder durch Zerstörung der Urkunde oder durch Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung, hinsichtlich des Vertragserben *ipso jure* null und nichtig war.⁵⁵² War der Vertragserbe nur auf eine Quote des Nachlasses eingesetzt, so konnte allerdings der Erblasser bezüglich des übrigen Erbtheils einen Testamentserben ernennen. Hatte er das nicht getan, trat die Intestaterbfolge ein.⁵⁵³

Die Aufhebung von Erbverträgen konnte aus den gleichen Gründen wie bei Testamenten erfolgen, beispielsweise wegen mangelnder Testierfähigkeit, Willens- oder Handlungsunfähigkeit, Willensunfreiheit, Betrugs, wesentlichen Irrtums oder wesentlicher Formfehler.⁵⁵⁴

Als besondere Kategorie von Erbverträgen regelte das Landrecht Erbverträge zwischen Eheleuten und bestimmte diesbezüglich, dass die Rechte des überlebenden Ehegatten auf das Vermögen des Verstorbenen zuvörderst nach den obwaltenden Verträgen, in deren Ermangelung nach gültig errichteten letztwilligen Verordnungen und, soweit beide nicht vorhanden sind, nach den Gesetzen zu ermitteln sei.⁵⁵⁵ Das Land-

⁵⁴⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.786.

⁵⁴⁹ § 627, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁵⁰ vgl. § 628, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁵¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.225.

⁵⁵² § 634, 12. Titel, 1. Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.786.

⁵⁵³ § 647, 12. Titel, 1. Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.805.

⁵⁵⁴ § 624, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁵⁵⁵ § 648, 12. Titel, 1. Theil i.V.m. § 438, 1. Titel, 2. Theil ALR.

recht gestattete Eheleuten sowohl vor als auch nach der Verheiratung Erbverträge zu schließen.⁵⁵⁶ Hierdurch wurden die Fragen aufgeworfen, ob die Wirksamkeit eines unter Brautleuten abgeschlossenen Erbvertrages durch das Zustandekommen der Ehe bedingt war und zu welchem Zeitpunkt die vermögensrechtlichen Wirkungen des ehelichen Erbvertrags eintraten. Die Wirksamkeit des vor der Verheiratung geschlossenen Ehevertrags hing vom Zustandekommen der Ehe ab.⁵⁵⁷ Die Frage nach dem Zeitpunkt der vermögensrechtlichen Wirkung eines vor Verheiratung zustande gekommenen Erbvertrags ließ sich anhand der allgemeinen Vorschriften des Landrechts über die Ehe beantworten. Diese sahen vor, dass die Rechte und Pflichten der Eheleute nach vollzogener Trauung ihren Anfang nehmen.⁵⁵⁸

Inhaltlich wurde in Erbverträgen zwischen Eheleuten regelmäßig die gegenseitige Erbfolge vereinbart. Durch Zuwendungen von Todes wegen, die einer dem anderen, oder beide wechselseitig verfügten, konnte zunächst eine Berufung zum Universalerben oder in einen Teil des Nachlasses erfolgen. Ferner konnte sich die Zuwendung auch in einer bestimmten Sache oder Summe bestehen.⁵⁵⁹ Im ersten Fall war der Überlebende wahrer Erbe und haftete für die Erbschaftsschulden; im zweiten Fall wurde er Vertragslegatar, Erbe wurde der nächste Verwandte des Vorverstorbenen *ab intestato*.⁵⁶⁰

Neben den für Erbverträge im Allgemeinen geltenden Aufhebungsgründen enthielt das Landrecht für Erbverträge zwischen Eheleuten zusätzliche Vorschriften. Durch den Tod eines Verlobten, durch einseitigen Rücktritt von der Verlobung und durch eingetretene Unfähigkeit der Brautleute zur Eingehung einer Ehe verlor ein bereits geschlossener Erbvertrag seine Gültigkeit, da es in diesen Fällen am Eintritt einer notwendigen Wirksamkeitsbedingung fehlte.⁵⁶¹ Ferner verlor der eheliche Erbvertrag durch einseitigen Widerruf seine Gültigkeit, wenn zweifelhaft war, ob die Eheleute tatsächlich einen Erbvertrag oder nur ein wechselseitiges Testament hatten errichten wollen, was bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wurde.⁵⁶² Den bedeutsamsten Fall der Aufhebung eines Erbvertrags zwischen Eheleuten bestand in

⁵⁵⁶ § 439, 1.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁵⁷ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.427; Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.836.

⁵⁵⁸ § 173, 1.Titel, 2.Theil ALR. Das Landrecht wich insoweit von der älteren deutschen Rechtssitte ab, nach der die Rechtswirkungen der Ehe im Moment der Vollziehung des ehelichen Beilagers eintraten, vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.428.

⁵⁵⁹ § 440, 1.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁶⁰ Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.837.

⁵⁶¹ Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.857.

⁵⁶² § 447, 1.Titel, 2.Theil ALR.

der „Dazwischenkunft ehelicher Kinder“, wenn in dem Erbvertrag keine Regelungen enthalten waren.⁵⁶³ Erforderlich für die Aufhebung eines Erbvertrags zwischen Eheleuten wegen der Geburt eines Kindes war, dass dieses zum Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden noch am Leben war.⁵⁶⁴

Eine weitere Kategorie bildeten Entsagungsverträge.⁵⁶⁵ Gegenstand des dem römischen Recht fremden Vertrages war der Verzicht auf die noch nicht angefallene Erbschaft.⁵⁶⁶ Als Vertragsparteien kamen der Erblasser und diejenigen, die als gesetzliche Miterben zur Erbschaft berufen sind in Betracht.⁵⁶⁷ Erbentsagungsverträge zwischen Eltern und ihren Kindern waren nach dem Landrecht gestattet⁵⁶⁸, wobei Verträge, durch die Eltern ihr Vermögen zu Lebzeiten an ihre Kinder abtraten, als Verträge unter Lebendigen anzusehen waren.⁵⁶⁹ Wurde ein Entsagungsvertrag zwischen dem gesetzlichen Erben und einem Dritten vereinbart, musste der Erblasser ausdrücklich beitreten.⁵⁷⁰ Hinsichtlich der Form, war auch für den Entsagungsvertrag die gerichtliche Aufnahme vorgesehen.⁵⁷¹

3.3 Die gesetzliche Erbfolge

Die *Intestaterbfolge*, kam in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers zur Anwendung.⁵⁷² Die gesetzliche Erbfolge des ALR galt nur subsidiär, soweit in den Statuten und Provinzialgesetzen keine oder nicht hinreichende Verordnungen enthalten waren.⁵⁷³

Im Unterschied zum BGB, das die Verwandten des Erblassers in Parenteln- bzw. Linien gegliedert, deren Mitglieder sich auf dieselben Vorfahren zurückführen lassen, teilte das ALR die Verwandten in die Klassen der Abkömmlinge, Vorfahren,

⁵⁶³ § 647, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁵⁶⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 859.

⁵⁶⁵ §§ 649-656, 12. Titel, 1. Teil ALR von 1794, auch als Erbentsagungsvertrag, Erbverzicht oder auch Enterbungsvertrag bezeichnet, vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 863.

⁵⁶⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 2, S. 393; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 863, 872.

⁵⁶⁷ § 649, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁵⁶⁸ § 484, 2. Titel, 2. Teil ALR; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 2, S. 402.

⁵⁶⁹ § 656, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁵⁷⁰ § 650, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁵⁷¹ § 654, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁵⁷² § 271, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁵⁷³ § 272, 2. Titel, 2. Teil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 241.

Geschwister und sonstigen Seitenverwandten des Erblassers ein und übernahm so nahezu vollständig das römische System der Intestaterbfolge.⁵⁷⁴ Allerdings erfuhren die Erbfolge der Verwandten in aufsteigender Linie sowie das Erbrecht des überlebenden Ehegatten Veränderungen.

In der justinianischen Erbfolgeordnung waren in der ersten Erbenklasse die Abkömmlinge des Erblassers berufen, in der zweiten die Aszendenten zusammen mit den vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern, in der dritten die halbbürtigen Geschwister und ihre Kinder und in der vierten alle übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe. In der ersten und der zweiten Klasse war den Eltern vorverstorbenen Kinder bzw. Geschwistern ein Eintritts- oder Repräsentationsrecht gewährt.⁵⁷⁵

Dieses System erfuhr im Landrecht insoweit eine Modifikation, als in der ersten Klasse die Kinder und weitere Deszendenten des Erblassers, in der zweiten Klasse lediglich dessen Eltern, in der dritten Klasse die vollbürtigen Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge, in der vierten Klasse die weiteren Aszendenten, halbbürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge und in der fünften Klasse die übrigen Verwandten nach Gradesnähe berufen wurden.⁵⁷⁶ Mithin schlossen Vater und Mutter die Geschwister ganz aus und zwar auch dann, wenn nur noch ein Elternteil lebte.⁵⁷⁷ Andererseits werden die Großeltern und weitere Aszendenten wiederum von den vollbürtigen Geschwistern ausgeschlossen.⁵⁷⁸ Begründet wurde die Privilegierung der Eltern gegenüber den vollbürtigen Geschwistern mit der stärkeren natürlichen Verbindung der Kinder zu ihren Eltern als zu ihren Geschwistern.⁵⁷⁹ Zudem entspreche die Abweichung deutschrechtlichen Traditionen und in vielen Provinzen geltenden gemeinen sächsischen Recht.⁵⁸⁰

Die Abweichung vom römischen Recht bewirkte eine Stärkung der Rechtsposition des überlebenden Ehegatten. Dem überlebenden Ehegatten räumte das römische Recht ein beschränktes Intestaterbrecht ein, da er in der Regel nur zur Erbfolge gelangte, wenn keine Blutsverwandten des verstorbenen Erblassers vorhanden waren, oder diese die Erbschaft nicht antreten wollten.⁵⁸¹ Allerdings hatte auch Justinian

⁵⁷⁴ Harke, Römisches Recht, 2008, S.302, Rn.7.

⁵⁷⁵ Hagemann, Artikel „Erbrecht“, 1990, HGR, Bd.I, Sp.1380, (1384).

⁵⁷⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.241.

⁵⁷⁷ § 491, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁷⁸ § 492, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁷⁹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.246.

⁵⁸⁰ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.244,246.

⁵⁸¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.248.

der bedürftigen undotierten Witwe ein Viertel des Erbes ihres Mannes zugesprochen.⁵⁸²

Das Landrecht gewährte dem überlebenden Ehegatten neben Verwandten in absteigender Linie ebenfalls ein Viertel des Nachlasses.⁵⁸³ Hinterließ der Verstorbene nur Verwandte in aufsteigender Linie, Geschwister oder Geschwisterkinder, so erhielt der überlebende Ehegatte ein Drittel.⁵⁸⁴ Waren nur Verwandte in entfernteren Graden vorhanden, so erbte der überlebende Ehegatte die Hälfte.⁵⁸⁵ Die Abweichung vom römischen Recht ist Ausdruck der naturrechtlichen Prägung des Landrechts und entsprach der gängigen Rechtspraxis in Preußen.⁵⁸⁶

Hinsichtlich anderer Grundprinzipien der Intestaterbfolge korrespondierte das Landrecht mit dem römischen Recht. So liegt auch dem Intestaterbrecht des ALR das Prinzip Blutsverwandtschaft zugrunde.⁵⁸⁷ Mithin gelangen, nach Aussonderung der nicht zum Nachlass gehörenden Stücke,⁵⁸⁸ die sämtlichen aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kinder zur Erbfolge.⁵⁸⁹ Die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand betreffend, bestimmte das Landrecht, dass diese, wenn sie noch nicht erzogen waren, Verpflegung und Ausstattung erhielten, ihnen im Übrigen aber kein Erbteil gebührte, wenn der Vater nichts Entsprechendes verfügt hatte und Kinder aus einer Ehe zur rechten Hand hinterließ.⁵⁹⁰

Uneheliche Kinder traten weder in die Familie des Vaters noch der Mutter ein und hatten dementsprechend kein gesetzliches Erbrecht, wenn der Vater Abkömmlinge aus einer Ehe zur rechten oder zur linken Hand hinterließ.⁵⁹¹

⁵⁸² Hagemann, Artikel „Erbrecht“, 1990, HGR, Bd.I, Sp.1381, (1384).

⁵⁸³ § 623, 1.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁸⁴ § 625, 1.Titel, 2 Theil ALR.

⁵⁸⁵ § 626, 1.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁸⁶ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.124; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.249.

⁵⁸⁷ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.249; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 2001, S.336

⁵⁸⁸ Hierunter fällt das Vermögen der Kinder, das vom Vater verwaltet wurde, § 275f. 2.Titel, 2.Theil ALR und derjenige Teil des Vermögens, der den in der Ehe gezeugten Kinder gewidmet ist, sog. Erbschatz, §§ 276, 277 und §§ 294 f. 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁸⁹ § 300, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁹⁰ Ehen zur linken Hand unterscheiden sich von anderen Ehen darin, dass die Frau durch selbige nicht alle Standes- und Familienrechte erlangt, wie im Falle einer vollgültigen Ehe, § 835, 1.Titel, 2.Theil ALR von 1794. §§ 570 ff, 579, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁵⁹¹ §§ 639, 651, 2.Titel, 2.Theil ALR.

3.3.1 Intestaterbfolge aufgrund von Blutsverwandtschaft

Die Kinder und weiteren Abkömmlinge stellten die erste Klasse in der Intestaterbfolgeordnung des Erblassers.⁵⁹² Hinterließ der Erblasser mehrere Kinder und Abkömmlinge, gelangten sie zur Erbfolge nach Linien, in denen sie von dem Erblasser abstammten.⁵⁹³ Bemerkenswert ist, dass in Fällen, in denen ein Deszendent nicht Erbe sein konnte oder wollte, sein Erbrecht auf die von ihm abstammenden weiteren Deszendenten fiel.⁵⁹⁴ Enkel kamen daher selbst dann zur Erbfolge, wenn ihre Eltern von den Großeltern enterbt worden waren.⁵⁹⁵ Dagegen wurde eingewendet, dass dies nicht dem Prinzip der Linealerbfolge entsprach, wonach ein entfernterer Abkömmling nur dann zur Erbschaft gelangen kann, wenn zwischen ihm und dem Erblasser kein näherer Abkömmling steht; ferner ließe sich nicht mit Sicherheit annehmen, dass der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, dass der entferntere Abkömmling in das Erbrecht des näheren Abkömmlings, der von ihm enterbt worden ist oder der auf die Erbschaft verzichtet hat, eintreten solle.⁵⁹⁶ Der Grund, warum Enkel und weitere Abkömmlinge in den großväterlichen Nachlass berufen wurden, lag darin, dass man das Repräsentationsprinzip aufheben wollte und dieser Aufhebung eine sehr weite Wirkung beilegte.⁵⁹⁷

3.3.2 Intestaterbfolge aus anderen Gründen

Neben der Einkindschaft⁵⁹⁸ führte vor allem eine Adoption zur Anwendung der gesetzlichen Erbfolge. Insoweit sah das Landrecht vor, dass adoptierte Kinder dieselben Rechte in Bezug auf das elterliche Vermögen erlangen, wie Kinder aus einer Ehe zur rechten Hand.⁵⁹⁹ Diese Gleichstellung galt auch für die Erbfolge und setzte sich fort, wenn der Annehmende nach der Adoption weitere leibliche Kinder gezeugt hatte.⁶⁰⁰

Darüber hinaus enthielt das Landrecht Bestimmungen über das wechselseitige Erbrecht von Personen, die durch uneheliche Zeugung miteinander verbunden

⁵⁹² §§ 300, 348, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁵⁹³ §§ 300, 302, 348, 349, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁵⁹⁴ § 352, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁵⁹⁵ § 354, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁵⁹⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.265.

⁵⁹⁷ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.262.

⁵⁹⁸ §§ 717-752, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁵⁹⁹ § 691, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁰⁰ §§ 692, 693, 2. Titel, 2. Teil ALR.

waren. Uneheliche Kinder hatten auf den Nachlass der Mutter dasselbe gesetzliche Erbrecht, wie ehelich gezeugte Kinder.⁶⁰¹ Ebenso beerbte die Mutter das uneheliche Kind, als wäre es ehelich gezeugt worden.⁶⁰² Dagegen bestand zwischen unehelichen Kindern und den Verwandten beider Eltern keine gesetzliche Erbfolge.⁶⁰³

Die (Erb-)Rechte unehelicher Kinder auf den Nachlass ihres Vaters waren beschränkt. Eine Gleichstellung von unehelichen Kindern und ehelichen wie bei Beerbung der Mutter, fand nicht statt. Sie konnten, wenn der Vater vor ihrer vollendeten Erziehung verstorben war, nicht zugleich die gesetzlichen oder versprochenen Alimente fordern; ihnen stand lediglich frei, entweder die Fortzahlung der Alimente und deren Sicherstellung, oder aber den sechsten Teil des Nachlasses, zu wählen.⁶⁰⁴ Wenn zusätzlich eheliche Kinder vorhanden waren, war diese Alimentationsverbindlichkeit auf Nutzungen des Nachlasses beschränkt und durfte diese nicht übersteigen.⁶⁰⁵ Die Modifikation zu Gunsten der ehelichen Kinder hatte ihren Grund darin, dass die Pflicht des Vaters, seine ehelichen Kinder zu erziehen als überwiegend angesehen wurde.⁶⁰⁶ Soweit einem unehelichen Kind der sechste Teil des Nachlasses gebührte, wurde dieser zusätzlich dadurch verringert, dass zunächst die Erbportion der Ehefrau vom Nachlass abgezogen wurde.⁶⁰⁷ Um den Anspruch auf ihren Teil des Nachlasses geltend zu machen, mussten uneheliche Kinder entweder ein freiwilliges Anerkenntnis des vermeintlichen Vaters nachweisen oder ein rechtskräftiges Urteil beibringen, nach dem ihnen noch bei Lebzeit des Vaters ein entsprechendes Erbrecht vorbehalten worden war.⁶⁰⁸

Zum Verhältnis unehelicher Kindern untereinander bestimmt das Landrecht, dass diese, wenn sie von derselben Mutter abstammen, als Halbgeschwister anzusehen seien und sich dementsprechend beerben.⁶⁰⁹ Hingegen bestand zwischen unehelichen Kindern, die derselbe Vater mit verschiedenen Müttern gezeugt hat, kein bürgerliches Familienverhältnis.⁶¹⁰ Schließlich traten uneheliche Kinder in keine Fa-

⁶⁰¹ § 656, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁰² § 657, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁰³ § 660, 2. Titel, 2. Teil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.415.

⁶⁰⁴ § 647, 2. Titel, 2. Teil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.416.

⁶⁰⁵ § 648, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁰⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.417.

⁶⁰⁷ § 652 i.V.m. § 582, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁰⁸ § 654, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁰⁹ § 6, 3. Titel, 2. Teil ALR.

⁶¹⁰ § 7, 3. Titel, 2. Teil ALR.

milienverbindung mit Kindern, welche die Mutter (oder auch ihr Vater) in einer geschlossenen Ehe gezeugt hatte.⁶¹¹

3.4 Das Pflichtteilsrecht

Dem Pflichtteilsrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass die grundsätzlich unbeschränkte Verfügungsbefugnis des Erblassers zu Gunsten bestimmter Personen und in bestimmter Höhe einzuschränken sei. Die Rechtfertigung dieser Beschränkung, die Definierung des Kreises der pflichtteilsberechtigten Personen⁶¹² sowie die Normierung der Gründe, die eine vollständige Enterbung rechtfertigten, gehörten zu den Problemfeldern mit denen sich der Gesetzgeber auseinandersetzen hatte.⁶¹³ Dabei waren die Gründe, die zur Kodifizierung eines Pflichtteilsrechts veranlassten ebenso unterschiedlich wie die Regelungsdichte der Vorschriften über den Pflichtteil. Wegen seines Ursprungs im Rechtsempfinden unterlag das Pflichtteilsrecht wie kaum ein anderes Teilrechtsgebiet des Erbrechts daher einem steten Wandel. Problematisch war zudem die Beantwortung der Frage, ob eine letztwillige Verfügung, die gegen das jeweils geltende Pflichtteilsrecht verstieß, vollständig oder nur im Umfang des jeweiligen Gesetzesverstoßes unwirksam sein sollte. Ferner warf die erbrechtliche Einordnung unbewusst übergangener Pflichtteilsberechtigter, namentlich dem Erblasser unbekannte Kinder, Fragen auf. Die mit dem Pflichtteilsrecht verbundenen Herausforderungen blieben auch den Redaktoren des Landrechts nicht erspart. Im Rahmen der Kodifizierung wurden bekannte Lehren hinterfragt und verworfen und neue Rechtsinstitute geschaffen.⁶¹⁴ Die Vorhaben der Rechtsvereinheitlichung und – vereinfachung waren teilweise von Erfolg gekrönt, teilweise verfehlten sie ihr Ziel.

3.4.1 Historische Ursprünge

Das Pflichtteils- bzw. Notherbenrecht des römischen Rechts ist auf den Dualismus bzw. dem Widerstreit zwischen der auf der Willkür des Individuums beruhenden testamentarischen Erbfolge und dem von sittlich-moralischen Erwägungen geprägten

⁶¹¹ § 8, 3. Titel, 2. Teil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 427.

⁶¹² Diese wurden als *heredes necessarii*, Pflichtteilserven, Pflichtteilsberechtigte, notwendige Erben, Notherben oder Nachlassnöthiger bezeichnet, vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866 S. 448.

⁶¹³ Hierzu vgl. Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S. 392 f..

⁶¹⁴ Das Pflichtteilsrecht von Kindern aus geschiedenen Ehen und der Erbschatz.

Familienrecht auf der anderen Seite, zurückzuführen.⁶¹⁵ Das Notherbenrecht wurde in diesem Zusammenhang als die schmale und morsche Brücke, welche die zwei gegenüberstehenden Seiten verbinden sollte, beschrieben.⁶¹⁶ Die Anerkennung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Testator und seinen engsten Familienmitgliedern, die letztlich zu deren Partizipation am Nachlass führte, war im Wesentlichen formeller Natur.⁶¹⁷ Dies wird besonders daran deutlich, dass nach römischem Recht die engsten Familienmitglieder⁶¹⁸ im Testament entweder ausdrücklich als Erben benannt oder ausdrücklich enterbt werden mussten.⁶¹⁹ Ohne eine solche Erklärung war das Testament nichtig.⁶²⁰ Eine formunwirksame Erbeinsetzung bzw. Enterbung zog mit hin weitreichende Rechtsfolgen nach sich, indem die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung kam.

Die Höhe des Pflichtteils betrug nach römischem Recht ein Viertel der gesetzlichen Erbquote des Pflichtteilsberechtigten.⁶²¹ Wurde im Testament der Pflichtteil nicht vollumfänglich hinterlassen, war dieser – seit *Justinian* – bis zur gesetzlichen Höhe zu ergänzen, ohne dass die Wirksamkeit des Testaments in Frage gestellt wurde.⁶²² Waren vier oder weniger Berechtigte vorhanden, betrug der Pflichtteil ein Drittel; waren hingegen mehr als vier Berechtigte vorhanden, betrug der Pflichtteil die Hälfte der Intestaterbportion.⁶²³

Im älteren deutschen Recht war ein solches Pflichtteilsrecht unbekannt.⁶²⁴ Die Gewährung des Pflichtteils beruhte auf einem der natürlichen Ordnung der Familie entspringenden und vom Willen des Erblassers unabhängigen Erbrecht der nächsten Angehörigen.⁶²⁵ Da es weder Testamente noch Erbverträge gab, war es nicht erlaubt, zu Lasten der in den Nachlass eintretenden nächsten Blutsverwandten einsei-

⁶¹⁵ Vgl. Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.395; Gans, S.33.

⁶¹⁶ So Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.2, S.34,94.

⁶¹⁷ Vgl. Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.395; Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.2, S.97,101.

⁶¹⁸ Hierzu gehörten zuvörderst die Kinder – *sui heredes* – wobei zwischen dem *filiius*, der die höchste Spitze der Kinder bildete und den übrigen Kindern – *inter ceteros* – weiter unterschieden wurde; erfasst wurden zudem die noch nicht geborenen Kinder – *postumi* – und zwar ungeachtet davon, ob deren Existenz dem Erblasser bekannt war oder nicht, vgl. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Bd.2, S.96 f..

⁶¹⁹ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.395.

⁶²⁰ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.395; Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.2, S.102.

⁶²¹ Vgl. Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.397; Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.2, S.130.

⁶²² Vgl. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.2, S.132.

⁶²³ Vgl. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 1825, Bd.2, S.132.

⁶²⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.105.

⁶²⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.105.

tig zu verfügen und ihnen den Nachlass zu entziehen.⁶²⁶ Alle Erbfolge war Familienerbfolge.⁶²⁷

Der in der deutschrechtlichen Tradition vorherrschende Gedanke, nach dem die Gewährung des Pflichtteils ihre Rechtfertigung in der natürlichen Beziehung zwischen dem Erblasser und seinen nächsten Angehörigen fand, wurde auch von der preußischen Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts aufgenommen und vertieft. Beispielsweise wurden die im *Corpus Juris Fridericianum* enthaltenen Regelungen aus dem Naturrecht abgeleitet. Den Bestimmungen lag die Auffassung zugrunde, dass die Familie ein Corpus sei, den die Natur selbst geformt hat, weshalb auch die Kinder ein natürliches Recht auf die Erbschaft hätten.⁶²⁸

3.4.2 Das Pflichtteilsrecht im Allgemeinen Landrecht

Die Regelungen des Pflichtteilsrechts basierten im Kern auf vier Grundsätzen. Zunächst war davon auszugehen, dass Eltern ihren Kindern und Kinder, die ohne Abkömmlinge verstarben, ihren Eltern grundsätzlich einen bestimmten Anteil an der Erbschaft hinterlassen mussten. Eine Einschränkung erfuhr dieser Grundsatz dadurch, dass der Pflichtteil den Berechtigten aus den gesetzlich festgelegten Gründen ganz oder teilweise entzogen werden konnte. Zudem konnte der Pflichtteilsberechtigte, wenn die gesetzlichen Ursachen, die den Entzug des Pflichtteils an sich gerechtfertigt hätten, nicht vorlagen, den ganzen Pflichtteil aus dem Nachlass verlangen. Schließlich blieb in diesem Fall das Testament im Übrigen gültig.⁶²⁹

Damit distanzierten sich die Redaktoren des Landrechts sowohl vom römischen Recht als auch von der das *Corpus Juris Fridericianum* beherrschenden naturrechtlichen Doktrin. Gleichwohl seien Grundansichten des römischen Rechts übernommen.⁶³⁰ Nach anderer Ansicht hätten die Redaktoren des Landrechts das römische Pflichtteilsrecht verlassen und hätten ein eigenes System geschaffen.⁶³¹

⁶²⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.105.

⁶²⁷ Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854 S.365; Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1858, S.603; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.105.

⁶²⁸ Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, 1883, S.27.

⁶²⁹ Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, 1883, S.32.

⁶³⁰ So Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.107.

⁶³¹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.449.

Suarez fasste die Motive wie folgt zusammen:

„Die Lehre des Römischen Rechts von der Legitima und von Exhaeredation ist durch die unendliche Menge von Distinctionen zwischen den Fällen, zu einer der complicirtesten im ganzen Römischen Rechtssystem geworden. Gleichwohl gründen sich alle diese Distinctionen, und die davon abhängenden zum Theil sehr wichtigen praktischen Folgen entweder auf Überbleibsel der alten Iurisprudentiae formulariae, oder auf Hypothesen der Stoischen Philosophie, oder gar auf bloße Fiktionen, wie z.B. bei der Querela inofficiosi, welche ganz auf der Voraussetzung beruhet, dass ein Vater, welcher seinem Kinde den ihm gebührenden Pflichtteil ohne rechtmäßigen Grund entzieht, in diesem Augenblicke von Sinnen gewesen sei. Eben so wenig können bestimmte Grundsätze des Römischen Rechts nach den Regeln eines vernunftmäßigen Raisonnements verteidigt werden. (...) Es war also notwendig, diese verwickelte Theorie, die schon zu so vielen weitläufigen und verderblichen Prozessen Anlass gegeben hat, zu simplificiren, und auf einfache, dem gesunden Menschenverstande einleuchtende Grundsätze zurück zu bringen.“⁶³²

Andererseits belegen zahlreiche Gemeinsamkeiten im Landrecht und römisches Recht, dass die Redaktoren des Landrechts den Boden der römisch-rechtlichen Theorie bei Abfassung des Pflichtteilsrechts nicht gänzlich verlassen haben. Beispielsweise stimmte das Landrecht mit dem römischen Recht darin überein, dass der Pflichtteil nicht mit einer Bedingung oder Abgabe belastet werden konnte.⁶³³ Zudem ließen sich die Verfasser von Standesdenken leiten. Suarez äußerte sich in diesem Zusammenhang wie folgt:

„Die Absicht, warum die Gesetze den Kindern die Legitimam conserviert wissen wollen, ist doch unstreitig die: damit Kinder die nach der Natur und der darauf gegründeten Intestaterbfolge den ganzen Nachlass ihrer Eltern zu erwarten haben, dieser Hoffnung nicht ohne erheblichen Grund, aus bloßer Willkür oder Eigensinn verlustig gehen, wenigstens soviel davon erhalten möchten, als nötig ist, um in dem Stande, zu welchem sie geboren, in der Lebensart, dem Beruf,

⁶³² Vgl. Suarez in: Kamptz'sche Jahrb. Bd.41, S.163 f..

⁶³³ § 398, 2.Titel, 2.Theil ALR; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.100.

*oder Gewerbe, in welche sie durch Erziehung und väterliche Bestimmung gesetzt worden, einige Unterstützung ihres Fortkommens zu finden.*⁶³⁴

3.4.3 Kreis der Pflichtteilsberechtigten

Das Landrecht kannte drei Arten pflichtteilsberechtigter Personen: Deszendenten, Aszendenten und Ehegatten.⁶³⁵ Geschwister waren – im Unterschied zum römischen Recht – nicht berechtigt, voneinander den Pflichtteil zu fordern.⁶³⁶ Dies bewirkte eine Reduzierung der Pflichtteilsberechtigten und verlieh dem Anliegen Ausdruck, eine Rechtsvereinfachung herbeizuführen. Grund für die Reduzierung sei gewesen, dass das Repräsentationsprinzip bei Geschwistern und Geschwisterkindern eine bloße Fiktion sei. Es erzeuge eine Menge verwickelter Rechtsfragen, die, sollte das Repräsentationsrecht beibehalten werden, viele gesetzliche Bestimmungen nötig machen würden. Vornehmlich aber entstünden die größten Unbilligkeiten und Ungleichheiten.⁶³⁷ Darüber hinaus wurde die Abweichung damit gerechtfertigt, dass die Pflichtteilsberechtigung zwischen Geschwistern weder in der Natur der Sache liege, noch mit einer Analogie oder mit bloßer Billigkeit zu begründen sei.⁶³⁸ Diese Begründung überrascht, weil Ursprung des Pflichtteilsrechts nach deutschrechtlicher Auffassung und –tradition im familiären Band zwischen dem Erblasser und seinen nächsten Angehörigen gesehen wurde und gerade zwischen Geschwistern ein enges Verwandtschaftsverhältnis besteht.

Zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Deszendenten des Vaters gehörten die in einer rechtmäßigen Ehe gezeugten Abkömmlinge; Kinder aus einer Ehe zur linken Hand oder uneheliche gezeugte Kindern gehörten dagegen grundsätzlich nicht zu den Pflichtteilsberechtigten,⁶³⁹ mit Ausnahme derjenigen Kinder, die der Vater legitimiert hatte.⁶⁴⁰ Abkömmlinge der Mutter waren hingegen unabhängig davon, ob sie in einer Ehe zur linken oder zur rechten Hand gezeugt waren, bezüglich des mütterli-

⁶³⁴ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.165.

⁶³⁵ Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.97; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.295; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.481.

⁶³⁶ § 33, 3.Titel, 2.Theil ALR; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.98; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.481.

⁶³⁷ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.146 f., Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.337; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.481.

⁶³⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.481.

⁶³⁹ §§ 585,592, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁶⁴⁰ §§ 597,598, 601, 2.Titel, 2.Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.482.

chen Nachlasses pflichtteilsberechtig. ⁶⁴¹ Adoptierte standen den leiblichen Abkömmlingen gleich, so lange das Adoptionsverhältnis nicht aufgehoben wurde. ⁶⁴² Zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Aszendenten gehörten zunächst die leiblichen Eltern des Erblassers. ⁶⁴³ Dagegen wurde den Adoptiveltern nach preußischem Recht kein Pflichtteil am Nachlass des Adoptivkindes gewährt. ⁶⁴⁴

Im Vergleich zum ursprünglichen Entwurf wurde im Landrecht der Kreis der Pflichtteilsberechtigten erweitert, indem dem überlebenden Ehegatten eine Erbportion als Pflichtteil in Höhe der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils zugestanden wurde. ⁶⁴⁵ Diese Erbportion konnte der Erblasser dem überlebenden Ehegatten nur aus den Gründen entziehen, die ihn zur Scheidung der Ehe berechtigt hätten. ⁶⁴⁶

Die Pflichtteilsberechtigung entstand ipso jure. ⁶⁴⁷ Eine bemerkenswerte Ausnahme von der Grundregel, wonach der Pflichtteil nicht zu Lebzeiten des Erblassers gefordert werden konnte, machte das Landrecht für Kinder aus geschiedenen Ehen. ⁶⁴⁸ Diese konnten, wenn bei der Scheidung ein Elternteil für schuldig erklärt worden war, von diesem die Aussetzung ihres Pflichtteils als wäre die Ehe durch Tod getrennt worden, beantragen. ⁶⁴⁹ Allerdings hatte dieses Recht auf Grund zahlreicher Einschränkungen nur wenig praktische Bedeutung. ⁶⁵⁰ Zwar wurden die Kinder Eigentümer des ausgesetzten Pflichtteils, ⁶⁵¹ gleichwohl waren sie in ihrer Verfügungsbefugnis erheblich eingeschränkt. Der zur Aussetzung des Pflichtteils verpflichtete Ehegatte hatte den lebenslangen Besitz sowie die Verwaltung und war zum Nießbrauch berechtigt. ⁶⁵² Zudem ging das Eigentum an dem ausgesetzten Pflichtteil im Fall des Todes des Kindes auf dessen Abkömmlinge und wenn Abkömmlinge nicht vorhanden waren auf seine vollbürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge über, ohne

⁶⁴¹ §§ 586, 656, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁴² § 681, 2. Titel, 2. Teil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 482.

⁶⁴³ § 501 f., 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁴⁴ § 694, 2. Titel, 2. Teil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 489.

⁶⁴⁵ § 631, 2. Titel, 2. Teil ALR; Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht, 1883, S. 30.

⁶⁴⁶ § 632, 2. Titel, 2. Teil ALR; Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht, 1883, S. 30.

⁶⁴⁷ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 458, 462.

⁶⁴⁸ §§ 457-480, 2. Titel, 2. Teil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 320; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 487.

⁶⁴⁹ § 458, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁵⁰ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 322; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 488.

⁶⁵¹ § 461, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁵² § 462, 2. Titel, 2. Teil ALR.

dass der Pflichtteilsberechtigte daran etwas ändern konnte.⁶⁵³ Erst, wenn das Kind volljährig geworden und nicht hinreichend ausgestattet war, konnte es den ausgesetzten Pflichtteil fordern.⁶⁵⁴ Allerdings wurden die Kinder, denen ein Pflichtteil ausgesetzt war, nicht von der Erbfolge ihrer geschiedenen Eltern ausgeschlossen.⁶⁵⁵ Als Grund für die als abnormal⁶⁵⁶ bzw. nicht lebensfähig⁶⁵⁷ charakterisierte Ausnahme zu Gunsten von Kindern geschiedener Eltern wurde angegeben:

*„Gegen Kinder, deren Eltern von einander geschieden worden, entstehe in den Gemüthern eines der Eltern, und gemeiniglich beider, Kaltsinn und Abneigung. Dies könne die Eltern, besonders im Falle einer anderweitigen Verheiratung und Erzeugung von Kindern in zweiter Ehe, nur allzu sehr disponieren, den Kindern aus der getrennten Ehe ihr Vermögen zu entfremden, und solches dem zweiten Ehegatten, oder den mit selbigem erzeugten Kindern, oder gar einem Fremden zuzuwenden. Wenn nun auch diese Besorgnis an sich vielleicht noch nicht dringend genug sei, von der Regel: quod viventis nulla sit hereditas eine Ausnahme zu machen, so werde solche doch gegen den schuldigen Theil dadurch gerechtfertigt, dass sie die von selbigen gegebene Ursache zur Scheidung allemal einen gewissen Grad des Verderbnisses im moralischen Charakter voraussetze. Hier müsse also der Staat für die Abwendung des den Kindern aus der Schuld der Eltern drohenden Nachtheils sorgen.“*⁶⁵⁸

3.4.4 Höhe des Pflichtteils

Der Pflichtteil umfasste einen bestimmten Teil der Erbquote, die der Berechtigte erhalten würde, wenn die gesetzliche Erbfolge stattfände.⁶⁵⁹ Nach dem Landrecht betrug der Pflichtteil, wenn nur ein oder zwei Kinder vorhanden waren, ein Drittel; wenn drei oder vier Kinder vorhanden waren, die Hälfte, und wenn mehr als vier Kinder vorhanden waren, zwei Drittel desjenigen Erbtheils, den jedes Kind erhalten hätte,

⁶⁵³ § 465-467, 2. Titel, 2. Theil ALR.

⁶⁵⁴ §§ 469, 470, 2. Titel, 2. Theil ALR.

⁶⁵⁵ § 471, 2. Titel, 2. Theil ALR; Crelinger, System des preußischen Erbrechts, 1834, S.100; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.322.

⁶⁵⁶ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.320.

⁶⁵⁷ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.489.

⁶⁵⁸ Bei Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.320 und Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.487.

⁶⁵⁹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.294

wenn die gesetzliche Erbfolge stattgefunden hätte.⁶⁶⁰ Damit unterschied sich das Landrecht vom römischen Recht, nach dem der Pflichtteil ohne Rücksicht auf die Anzahl der Kinder ein Viertel betrug.⁶⁶¹ Im Vergleich zum Entwurf wurde der Pflichtteil der Deszendenten dagegen von der Hälfte auf ein Drittel reduziert, wenn nur ein oder zwei Kinder vorhanden waren.⁶⁶²

Suarez begründete die Abweichung vom römischen Recht hinsichtlich der Höhe des Pflichtteils unter anderem mit dem Anliegen der Rechtsvereinheitlichung. Wiewohl die Redaktoren den Grundsatz, wonach der Pflichtteil die Anzahl der Kinder berücksichtigen müsse, da sich die Erbportion, nach der sich die Höhe des Pflichtteils bestimmt, immer mehr verkleinert, je mehr Kinder berechtigt sind, habe man zugleich die Absicht gehabt, durch die Abweichung vom römischen Recht einen Mittelsatz zu etablieren, in welchem vielleicht diejenigen Provinzen, in deren besonderen Gesetzen der Pflichtteil anders bestimmt sei, wie z.B. in Preußen, wo er gar $\frac{3}{4}$ ausmache, sich vereinigen würden.⁶⁶³

3.4.5 Entzug des Pflichtteils

In materiell-rechtlicher Hinsicht konnte der Pflichtteilsberechtigte entweder ganz und in einem Fall bis zur Hälfte von seinem Pflichtteil ausgeschlossen werden. Die Befugnis hierzu stand allein dem Erblasser zu.⁶⁶⁴ Im Unterschied zum römischen Recht verlangte das Landrecht nicht, dass die Entsagungsgründe ausdrücklich im Testament genannt werden.⁶⁶⁵

Hinsichtlich der Lehre von den Entsagungsgründen ist das Landrecht fast durchgängig den Bestimmungen des römischen Rechts gefolgt.⁶⁶⁶ Insgesamt sind neun Gründe kodifiziert, die dem Erblasser die Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten gestatten.⁶⁶⁷ Die Gründe waren abschließend geregelt; eine analoge Gesetzesanwendung untersagt. Insoweit bestimmt das Landrecht ausdrücklich, *„nur aus diesen aufgeführten Gründen, nicht aber aus anderen, wenn auch demselben gleich*

⁶⁶⁰ § 392, 2.Titel, 2.Theil ALR .

⁶⁶¹ Justinian setzte die Quoten später auf 1/3 oder die Hälfte, je nachdem wie viele Kinder vorhanden waren, Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.111.

⁶⁶² Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.296; Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, 1883, S.30.

⁶⁶³ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.107.

⁶⁶⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, 1866, S.498.

⁶⁶⁵ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.418; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.470.

⁶⁶⁶ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.412; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.499.

⁶⁶⁷ §§ 399 bis 409, 2.Titel, 2.Theil ALR.

*oder ähnlich scheinenden Ursachen, kann die gänzliche Enterbung des Kindes statt finden.*⁶⁶⁸

Als ersten Enterbungsgrund nennt das Landrecht die Verurteilung des Kindes wegen Hochverrats oder Majestätsbeleidigung.⁶⁶⁹ Dieser Enterbungsgrund war dem römischen Recht und dem gemeinen Recht fremd.⁶⁷⁰ Die vollständige Entziehung des Pflichtteils war ferner gestattet, wenn das Kind den leiblichen Eltern oder den Stiefeltern nach dem Leben getrachtet hatte.⁶⁷¹ Diese Enterbungsursache war bereits unter *Justinian* im römischen Recht vorgesehen, allerdings beschränkt auf die leiblichen Eltern, da die Stiefeltern nicht die Eltern im Rechtssinne waren.⁶⁷² Unter „trachten“ war der Versuch zu verstehen, der durch äußere Handlungen zur Tat geworden sein musste.⁶⁷³

Als weitere Enterbungsursache, die in einem strafwürdigen Verhalten des Kindes gegenüber den Eltern selbst bestand, sah das Landrecht vor: die Beschuldigung der Eltern, wider besseren Wissens, ein Verbrechen begangen zu haben.⁶⁷⁴ Schließlich rechtfertigte eine Tätlichkeit des Kindes gegenüber den Eltern, außer im Falle der Notwehr den vollständigen Entzug des Pflichtteils.⁶⁷⁵ Bei diesem auch im römischen Recht bekannten Enterbungsgrund war es unerheblich, wie leicht oder schwer die körperliche Misshandlung war, solange der Angriff in feindseliger Absicht geführt wurde.⁶⁷⁶

In diesen drei Fällen waren beide Elternteile und nicht nur der konkret Betroffene, zur Enterbung berechtigt.⁶⁷⁷ Zudem war es unerheblich, ob die zur Enterbung berechtigende Handlung den Eltern vom Kind unmittelbar selbst oder durch Andere zugefügt wurde.⁶⁷⁸

Darüber hinaus war der Erblasser zum vollständigen Entzug des Pflichtteils berechtigt wenn das Kind dessen Ehre mittels grober Schmähungen angetastet hat-

⁶⁶⁸ § 410, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁶⁹ § 399, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁷⁰ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.412; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.156; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.500.

⁶⁷¹ § 400, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁷² Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.500.

⁶⁷³ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.500.

⁶⁷⁴ § 401, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁷⁵ § 402, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁷⁶ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.501.

⁶⁷⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.158; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.502.

⁶⁷⁸ § 404, 2. Titel, 2. Teil ALR.

te.⁶⁷⁹ Dabei wurden unter dem Ausdruck Schmähung schwere Injurien,⁶⁸⁰ insbesondere die Verleumdung, subsumiert.⁶⁸¹ Hatte ein Kind mit einem Eltern- oder Stiefelternteil blutschänderischen oder ehebrecherischen Umgang gepflogen, war der andere Elternteil berechtigt, das Kind vollständig zu enterben.⁶⁸² Dieser Enterbungsgrund war auch im römischen Recht und den meisten älteren Partikularrechten enthalten.⁶⁸³ Im Unterschied zum Landrecht wurde er aber nur auf den fleischlichen Umgang des Sohns bzw. des Enkels angewandt, und es wurde zudem der blutschänderische oder ehebrecherische Umgang mit der Konkubine des Vaters erfasst.⁶⁸⁴ Da jedoch das Landrecht das Konkubinat des römischen Rechts nicht anerkannte, kam die Enterbung aufgrund Unzucht in diesem Sinne nicht zur Anwendung wenn der Sohn mit der Beischläferin des Vaters Umgang hatte.⁶⁸⁵

Ein weiterer Grund der zur Enterbung berechnete, war gegeben wenn das Kind durch grobe Verbrechen dem Erblasser einen beträchtlichen Teil seines Vermögens entzogen hatte.⁶⁸⁶ Ein Schaden wurde als beträchtlich angesehen, wenn dieser wenigstens die Höhe des Pflichtteils, den das Kind erhalten hätte, betrug.⁶⁸⁷ Als Beispiele für ein solches Verhalten des Kindes wurden genannt, dass z.B. der Sohn dem Vater die Kasse stahl und ihm um sein Amt bringt, ferner z.B. Brandstiftung oder Durchstechen der Deiche bei Hochwasser.⁶⁸⁸ Ein vergleichbarer Enterbungsgrund fand sich auch im römischen Recht, das die Enterbung gestattete wenn mittels Denunziation dem Erblasser ein erheblicher Vermögensschaden entstanden war.⁶⁸⁹

Schließlich war die Enterbung gestattet, wenn das Kind den Erblasser, als er notleidend war, nicht unterstützen wollte⁶⁹⁰ oder wenn das Kind trotz ehrbarer Erziehung durch grobe Laster, schändliche Aufführung oder durch eine niederträchtige Lebensart, sich bei seinen Standesgenossen öffentlich entehrt hatte.⁶⁹¹ Die Vernach-

⁶⁷⁹ § 403, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁸⁰ §§ 576, 579, 20. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁸¹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 502.

⁶⁸² § 405, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁸³ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 3, S. 159; Koch, Das Preußische Erbrecht, S. 502.

⁶⁸⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 502.

⁶⁸⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 3, S. 160; Koch, Das Preußische Erbrecht, S. 502.

⁶⁸⁶ § 406, 2. Titel, 2. Teil.

⁶⁸⁷ § 407, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁸⁸ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 3, S. 160; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 503.

⁶⁸⁹ Vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, S. 503.

⁶⁹⁰ § 408, 2. Titel, 2. Teil ALR.

⁶⁹¹ § 409, 2. Titel, 2. Teil ALR.

lässigkeit des Erblassers war im römischen Recht enger gefasst. Die Anwendung dieses Enterbungsgrunds war nur gegeben, wenn die Kinder den wahnsinnigen Erblasser die erforderliche Hilfe und Pflege versagt hatten oder wenn die über achtzehn jährigen Deszendenten den in Gefangenschaft geratenen Erblasser nicht halfen.⁶⁹² Auch die Enterbung aufgrund einer niederträchtigen Lebensweise des Kindes war im römischen Recht auf konkrete Fälle begrenzt.⁶⁹³ Die Regelung der Enterbungsursachen, die in der Vernachlässigung des Erblassers oder in einer niederträchtigen Lebensweise bestanden, wurde als zu weitgehend und der richterliche Beurteilungsspielraum als zu weit, kritisiert.⁶⁹⁴ Hinsichtlich des Enterbungsgrunds der niederträchtigen Lebensweise, räumte *Suarez* ein, dass es nicht möglich sei, alle Fälle aufzuführen, die gesetzliche Regelung aber hinreichend andeute, wann eine Enterbung zulässig sei.⁶⁹⁵ Übrigens sei auch nicht jedes grobe Verbrechen eine gerechte Enterbungsursache, indem z.B. die Tötung eines Gegners im Duell ein grobes Verbrechen, aber keine Ursache zur Enterbung sei.⁶⁹⁶

Die Reduzierung des Pflichtteils bis auf die Hälfte war möglich, wenn ein Kind ohne die Einwilligung der Eltern oder eines Richters heiratete⁶⁹⁷ oder wenn es versuchte durch unehelichen Beischlaf die Einwilligung der Eltern zu erzwingen.⁶⁹⁸ Die Ausschließung bis auf die Hälfte des Pflichtteils wurde als neues Recht beschrieben.⁶⁹⁹ Andere meinten, dass es sich nicht um neues Recht handle.⁷⁰⁰

3.5 Erbschafts Kauf

Die Besonderheit des Erbschaftskaufs liegt darin, dass zwei Regelungsbereiche des Zivilrechts aufeinandertreffen. Beim Erbschafts Kauf sind schuldrechtliche namentlich dem Kaufrecht zugeordnete und erbrechtliche Elemente verbunden. Durch das Aufeinandertreffen dieser Regelungsmaterien wurde seit jeher das Interesse der Rechtswissenschaft geweckt, der Gesetzgeber vor legislatorische Herausforderun-

⁶⁹² Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.503.

⁶⁹³ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.505.

⁶⁹⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.162.

⁶⁹⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.162; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.505.

⁶⁹⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.162; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.505.

⁶⁹⁷ § 412, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁶⁹⁸ § 413, 2.Titel, 2.Theil ALR.

⁶⁹⁹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.505.

⁷⁰⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.162, Bd.3, S.164.

gen gestellt und die Rechtsprechung in unterschiedlichen Konstellationen beschäftigt.

3.5.1 Rechtshistorische Einordnung des Erbschaftskaufes

Der Erbschaftskauf ist ein bereits im römischen Recht bekanntes Rechtsinstitut.⁷⁰¹ Seit der Rezeption wurde die eine oder andere Seite des Erbschaftskaufs Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen.⁷⁰² Der Grund für dieses Interesse ist die „Janusköpfigkeit“ des Erbschaftskaufs, die einerseits im Vertragstyp, einem Kaufvertrag und andererseits im Vertragsgegenstand, dem Erbrecht, verankert ist.⁷⁰³ Der Erbschaftskauf ist die klassische Erscheinungsform des Übergangs einer Vermögenseinheit unter Lebenden.⁷⁰⁴ Geschäfte dieses Inhalts waren im römischen Recht selten, finden sich aber auch im deutschen Recht.⁷⁰⁵ Gleichwohl war der Erbschaftskauf in Rom der weitaus bedeutendste Repräsentant dieser Klasse von Rechtsgeschäften und ist es auch im gemeinen Recht und in der neueren Gesetzgebung geblieben.⁷⁰⁶

In dogmatischer Hinsicht klärungsbedürftig waren insbesondere der Vertragsgegenstand und die Rechtsstellung des Erbschaftskäufers im Verhältnis zu Miterben und weiteren Nachlassgläubigern. Hieran schließt sich die Frage nach der Haftung des Käufers für Nachlassschulden. Darüber hinaus war der Übergang von Forderungen und Verbindlichkeiten im Rahmen eines Erbschaftskaufs zu klären. Das führte dazu,

⁷⁰¹ Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1854, Bd.2, S.407.

⁷⁰² Avenarius, Der Erbschaftskauf im römischen Recht, 1877, S.1.

⁷⁰³ Beispielhaft in neuerer Zeit für die Schwierigkeiten, die aus dem Aufeinandertreffen von Schuld- und Erbrecht entstehen, war der seit der Schuldrechtsmodernisierung entstandene Streit darüber, ob wegen der erbrechtlichen Natur des Erbschaftskaufs die daraus resultierenden Ansprüche der langen 30-jährigen Verjährung erbrechtlicher Ansprüche nach § 197 Abs.1 Nr.2 aF BGB oder wegen des kaufrechtlichen Elements und einer Beschränkung der langen erbrechtlichen Verjährung auf „genuin erbrechtliche Ansprüche“ der kurzen Regelverjährung nach §§ 195,199 BGB unterlagen, vgl. Mayer in: Bamberger/Roth, § 2371, Rn.3, m.w.Nachw.. Durch die Aufhebung des § 197 Abs.1 Nr.2 aF BGB durch das ErbVerjRÄG für die seit dem 01.01.2010 eingetretenen Erbfälle hat sich diese Streitfrage nunmehr erledigt, Mayer in: Bamberger/Roth, § 2371, Rn.3.

⁷⁰⁴ Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.5. Der Übergang einer Vermögenseinheit unter Lebenden lang bspw. auch vor, bei Schenkung des ganzen Vermögens oder Schenkung der Erbschaft, m.w.Bsp. Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte, 1853, S.37,38.

⁷⁰⁵ Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.5.

⁷⁰⁶ Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.5.

dass der Erbschafts Kauf in der gemeinrechtlichen Praxis immer wieder eine Durchbruchstelle für neue Gedanken bildete.⁷⁰⁷

Das Landrecht unterscheidet sich nicht nur hinsichtlich des Vertragsgegenstandes, sondern auch im Hinblick auf die rechtlichen Wirkungen des Erbschaftskaufes vom römischen Recht und anderen zeitgenössischen Gesetzbüchern. Im Unterschied zum Landrecht gab es im römischen Recht kein Inventarrecht, so dass jede Erbenstellung ein Haftungsrisiko in sich barg, das durch einen Erbschafts Kauf auf den Käufer „abgewälzt“ werden konnte.⁷⁰⁸ Im Geltungsbereich des Landrechts spielte der Erbschafts Kauf dagegen nur noch eine bescheidene Rolle.

3.5.2 Gesetzssystematische Einordnung des Erbschafts Kauf

Die Qualifizierung des Erbschaftskaufes als schuldrechtliches oder erbrechtliches Rechtsinstitut durch den jeweiligen Gesetzgeber wird an dessen Verortung im Gesetz erkennbar. Erbrecht und Obligationenrecht treffen beim Erbschafts Kauf derart zusammen, dass lange strittig war, ob er ins Obligationen- oder Erbrecht zu stellen sei.⁷⁰⁹ Der Erbschafts Kauf ist ein Kauf eines Vermögensinbegriffs in Gestalt der Erbschaft.⁷¹⁰ Der Gesetzgeber muss sich somit entscheiden, ob er den Vertragstypus (Kauf) oder den Vertragsgegenstand (Erbschaft) für entscheidend hält.⁷¹¹ Im ersten Fall wird es den Erbschafts Kauf im Schuldrecht, im zweiten Fall im Erbrecht verorten.⁷¹²

Für eine Normierung des Erbschaftskaufes innerhalb des Erbrechts spricht, dass die wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit dem Kaufgegenstand die Kenntnis der erbrechtlichen Verhältnisse verlangt. Zudem handelt es sich bei einem Erbschafts Kauf um die Veräußerung der Erbschaft überhaupt, sodass für die rechtliche

⁷⁰⁷ Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.5. Beispielsweise wurden dem Erbschaftskäufer alle weiteren erbrechtlichen Klagen und die Erteilungsklage gewährt, vgl. Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 1877, S.868.

⁷⁰⁸ So Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.4. Erst unter *Justinian* wurde das Inventarrecht eingeführt wurde und dem Erben damit die Möglichkeit eröffnet, seine Haftung gegenüber Dritten durch Erstellung eines Erbschaftsinventars zu begrenzen, vgl. Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.4.

⁷⁰⁹ Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.5.

⁷¹⁰ Muscheler, RNotZ 2009, Der Erbschafts Kauf, S.65, (79).

⁷¹¹ Muscheler, RNotZ 2009, Der Erbschafts Kauf, S.65, (79).

⁷¹² Muscheler, RNotZ 2009, Der Erbschafts Kauf, S.65, (79).

Beurteilung in den Hintergrund tritt, ob der Veräußerungsakt entgeltlich oder unentgeltlich geschieht.⁷¹³

Das allgemeine Landrecht regelt den Erbschafts Kauf in den §§ 445 bis 510 im vierten Abschnitts des elften Titels und verortet ihn somit im besonderen Schuldrechts. Den Regelungen waren diejenigen über Kauf- und Tauschverträge sowie über die Abtretung von Rechten vorangestellt;⁷¹⁴ ihnen folgen die Normierung des Trödelvertrages, des Darlehns- und schließlich des Schenkungsvertrages.⁷¹⁵

Die Regelung des Erbschaftskaufes innerhalb des besonderen Schuldrechts indiziert, dass die Verfasser des Landrechts dem schuldrechtlichen Element des Erbschaftskaufs höheres Gewicht beimaßen.

Die Regelung im Obligationenrecht erscheint zudem mit Blick auf den Kaufgegenstand des Rechtsgeschäfts sowie dessen Rechtswirkungen plausibel. Gemäß § 447, 11. Titel, 1.Theil ALR war ein wirklicher Erbschafts Kauf nur vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Teil desselben verkauft wird. Gegenstand des Erbschaftskaufs war somit das Erbrecht selbst. Der Erbschafts Kauf hatte demnach den Zweck und die Wirkung, den Käufer in alle Rechte und Pflichten eintreten zu lassen, als wäre die Erbschaft sogleich dem Käufer und nicht dem Verkäufer angefallen.⁷¹⁶ Diese Wirkung war nur obligatorischer Natur, da sie grundsätzlich nur das Rechtsverhältnis unter den Vertragsparteien bestimmte.⁷¹⁷ Der Verkäufer veräußerte sein Erbrecht und übertrug dasselbe auf den Käufer.⁷¹⁸

Das ist mit Blick auf den Vertragsgegenstand nicht unproblematisch. Während Schuldverhältnisse grundsätzlich nur *inter partes* wirken, wirkt die durch Kauf erworbene Rechtsstellung als Erbe gegenüber jedermann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die schuldrechtliche Bindungswirkung letztlich aufgrund einer Willenserklärung eintritt, wohingegen der Erbe seine Rechtsstellung unabhängig von seinem eigenen Willen, nämlich durch den Erbfall, erlangt. Im Unterschied zu anderen Schuldverhältnissen wird durch den Erbschafts Kauf die Rechtsstellung Dritter, namentlich von Erbschaftsgläubigern, Miterben/Pflichtteilsberechtigten sowie des Erblassers berührt.⁷¹⁹

⁷¹³ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.241.

⁷¹⁴ §§ 1 bis 362, §§ 363 bis 375, §§ 376 bis 444, 11.Titel, 1.Theil ALR.

⁷¹⁵ §§ 511 bis 526, §§ 653 bis 868, §§ 1037 bis 1177, 11.Titel, 1.Theil ALR.

⁷¹⁶ §§ 454, 456, 11.Titel, 1.Theil ALR; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.526; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.248; Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.5.

⁷¹⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.248; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.889.

⁷¹⁸ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.248.

⁷¹⁹ Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.11.

Hinsichtlich der Erbschaftsgläubiger und Legatäre bestimmte das Landrecht, dass sich diese zwecks Befriedigung ihrer Forderungen neben dem Erben auch an den Käufer halten können.⁷²⁰ Für die Miterben oder Pflichtteilsberechtigten bedeutete ein Erbschafts Kauf, dass ein weiterer Erbe hinzukam wodurch die Erbauseinandersetzung erschwert sein konnte. Und schließlich wird auch dem Wille des Erblassers die rechtsgestaltende Kraft genommen.

Für die Einordnung des Erbschaftskaufs im Vertragsrecht spricht allerdings ein weiterer Gesichtspunkt. Dem Erbschafts Kauf wohnt ein spekulativer Charakter inne. Namentlich die im sechsten Abschnitt enthaltenen Regelungen zu gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen gehören hierher.⁷²¹ Mit diesen gewagten Verträgen ist der Erbschafts Kauf vergleichbar. Der Erbe verkauft die Erbschaft, die er häufig im Einzelnen nicht genau kennen und die zum Teil aus gebrauchtem, in seinem Wert nur schwer schätzbaren Mobiliar bestehen wird, für einen mehr oder weniger treffend geschätzten Gesamtpreis; er zieht die schnelle und leichte Abwicklung einer sorgfältigen aber umständlichen Einzelverwertung vor.⁷²²

3.5.3 Kaufgegenstand und Rechtswirkungen des Erbschaftskaufs

Ein wesentlicher Gesichtspunkt im Zusammenhang mit dem Zustandekommen eines Erbschaftskaufs ist dessen Gegenstand. Darüber hinaus waren die Rechtsfolgen, insbesondere die Rechtsstellung des Erbschaftskäufers zu regeln.

Die Vorschriften des Landrechts bestimmen einleitend, dass nur eine wirklich angefallene, freie Erbschaft verkauft und an einen Anderen abgetreten werden konnte.⁷²³ Der Verkauf einer Erbschaft, die dem Verkäufer erst noch anfallen sollte, war mangels Existenz des Kaufgegenstandes nichtig.⁷²⁴ Ein Erbschafts Kauf war demnach nur vorhanden, wenn das Erbrecht selbst, oder ein Teil desselben verkauft worden war.⁷²⁵ Das Landrecht bestimmte mithin ausdrücklich, dass das Erbrecht

⁷²⁰ § 463, 11. Titel, 1. Theil ALR.

⁷²¹ §§ 527 bis 652, 11. Titel, 1. Theil ALR.

⁷²² Muscheler, RNotZ 2009, Der Erbschafts Kauf, S.65,(79). Bereits im römischen Recht war bis zur Einführung des Inventarrechts unter *Justinian* der Spekulations Kauf das Hauptanwendungsgebiet des Erbschaftskaufs, Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.4.

⁷²³ Vgl. § 445, 11. Titel, 1. Theil ALR. Das Wort „freie“ - die Formulierung wurde von *Kircheisen* im Rahmen der Redaktion des Landrechts eingefügt - ist nichtssagend, vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.246; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.1, S.852.

⁷²⁴ § 446, 11. Titel, 1. Theil ALR; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.1, S.852; *ders.*, Recht der Forderungen, 1859, Bd.3, S.805.

⁷²⁵ § 447, 11. Titel, 1. Theil ALR.

bzw. ein aliquoter Teil Vertragsgegenstand eines Erbschaftskaufs sei. Hierdurch wurde die Frage aufgeworfen, ob der Käufer nach dem Erwerb der Erbschaft als Erbe zu qualifizieren war und wie sich die Übertragung des Erbrechts vollzog.

Insoweit stehen sich Universalsukzession und Von-selbst-erwerb, und Singularsukzession gegenüber. Streitig war ob das Landrecht dem Erbschaftskäufer eine Universalsukzession eröffnete.⁷²⁶ Teilweise wurde unter Verweis auf den Wortlaut von § 474, 11.Titel, 1.Teil ALR, wonach Eigentum und Gefahr der Erbschaft auf den Käufer übergehen, sobald der Kaufvertrag geschlossen ist, angenommen, dass der Erbschaftskäufer Universalsukzessor wird.⁷²⁷ Hiergegen wurde eingewendet, dass weder in § 474, 11.Titel, 1.Teil ALR, noch anders wo im Gesetz ausdrücklich die Universalsukzession angeordnet werde.⁷²⁸ § 474, 11.Titel, 1.Teil selbst sei nicht zu entnehmen, dass der Erbschaftskauf eine Universalsukzession begründe; vielmehr seien praktische Überlegungen bestimmend gewesen. Wo in Rom Einzeltraditionen und Zessionen notwendig waren, ging das Landrecht von einem Einzelakt aus: dem Abschluss des Kaufes selbst.⁷²⁹

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Begriff der Universalsukzession auch dort nicht verwendet wird, wo das Landrecht sie materiell-rechtlich statuiert, nämlich in § 367, 9.Titel, 1.Teil. Mithin war eine Universalsukzession des Erbschaftskäufers allein mangels ausdrücklicher Anordnung in § 474, 11.Titel, 1.Teil nicht zwingend ausgeschlossen. Für eine Universalsukzession des Erbschaftskäufers spricht, dass die §§ 474 f., 11.Titel, 1.Teil ausdrücklich mit *Wirkungen des Erbschaftskaufs* überschrieben waren und gemäß § 447, 11.Titel, 1.Teil ALR das *Erbrecht* selbst Kaufgegenstand war.

Andererseits entstand nach den Vorschriften des Landrechts durch das Erbrecht keine persönliche Rechtseigenschaft, sondern es wurde ein dingliches „Recht an der Erbschaft“ begründet.⁷³⁰ Die Auffassung, dass der Erbschaftskäufer lediglich Singularsukzessor wurde, überzeugt aus einem weiteren Grund. Würde die Erbenqualität übertragen, so müsste der Veräußerer von den Erbschaftsschulden frei wer-

⁷²⁶ Mot. II, § 448, S.353; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.248; Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.6; Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.189; Muscheler, RNotZ 2009, Der Erbschaftskauf, S.65, (79).

⁷²⁷ Zörn, Handbuch des preussischen Erbrechts, 1892, S.189.

⁷²⁸ Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.9.

⁷²⁹ Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.8.

⁷³⁰ Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts, 1892, S.10.

den.⁷³¹ Das ist nach der Konzeption des Landrechts nicht der Fall. Dieses bestimmt, dass das Recht der Erbschaftsgläubiger und Legatarien durch den Verkauf der Erbschaft nicht verändert wird und es denselben frei steht, sich zwecks ihrer Befriedigung an den Käufer der Erbschaft oder an den Erben selbst zu halten.⁷³² Schließlich ist die der Erbenstellung innewohnende normative Seite zu unterstreichen. Das Erbrecht bzw. die Erbenqualität könnte durch einen Erbschafts Kauf auch deswegen nicht übertragen werden, weil die Erbenqualität wie jede persönliche Eigenschaft von der jeweiligen Person untrennbar ist.⁷³³

4. Entscheidungen des Obertribunals auf dem Gebiet des Erbrechts

4.1 Die Erbschaft

4.1.1 Entscheidung vom 13. August 1836 – Erbe ohne Vorbehalt – Beneficial-Erbe – Inventarium⁷³⁴

Diese frühe Entscheidung markierte den Auftakt eines mehrjährigen Entwicklungsprozesses in der Rechtsprechung des Obertribunals, in dessen Verlauf das Gericht seine Auslegungsmaximen wiederholt neu akzentuierte.

In materiell-rechtlicher Hinsicht befasst sich das Obertribunal in der Entscheidung vom 13. August 1836 mit der Notwendigkeit, ein Inventar über die Aktiva und Passiva einer Erbschaft zu errichten. Dabei gelangt der Senat zur Erkenntnis, dass es zwingend erforderlich sei, dass der Erbe ein Inventar über den Inhalt der Erbschaft erstellt, und zwar auch dann, wenn im Nachlass nichts vorhanden ist, um den mit der Inventarerstellung verbundenen Vorteil der Haftungsbegrenzung auf die Höhe des Nachlasses, zu erhalten.

Aus prozessrechtlicher Sicht bemerkenswert ist, dass das Verfahren im Wege des Mandatsprozesses geführt wurde. Der dem Urkundenprozess der heutigen ZPO⁷³⁵ ähnelnde Mandatsprozess kam bereits im gemeinen deutschen Recht vor.⁷³⁶

⁷³¹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.48.

⁷³² §§ 462, 463, 11. Titel, 1. Teil ALR.

⁷³³ So auch: Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.3, S.810, 811; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.248; Blume, Der Erbschafts Kauf des preußischen Landrechts, 1892, S.10

⁷³⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.304-315.

⁷³⁵ §§ 592 bis 605a ZPO.

Danach wurde, wenn die Verbindlichkeit, die den Gegenstand der Klage ausmachte, schon durch das Gesetz selbst oder durch Gewohnheitsrecht geboten und die zur Begründung der Klage gehörenden Tatumstände vollständig bewiesen waren, auf die Klage sogleich der Befehl an den Beklagten erlassen, den Kläger klaglos zu stellen.⁷³⁷ Einwendungen des Beklagten wurden nur insoweit berücksichtigt, als sie sofort liquid gemacht werden konnten.⁷³⁸ Zulässig waren nur Einwendungen, die sofort durch Urkunden, Eideszuschiebung oder Zeugen, deren unverzüglicher Anhörung kein Hindernis entgegenstand liquid (klar und gewiss) gemacht werden konnten.⁷³⁹ Durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Mandatsprozesses in der Verordnung vom 1. Juni 1833 auf Forderungen, die aus zweiseitigen Geschäften herrühren und aus dem Hypothekenbuch hervorgehen, erfuhr das Mandatsverfahren eine größere Ausdehnung.⁷⁴⁰ Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Mandatsprozesses und dessen prozessuale Ausgestaltung werden Gemeinsamkeiten mit dem Urkundenprozess deutlich. Zu Sinn und Zweck des Mandatsprozesses nach Preußischem Recht äußerte sich der Justizminister *Mühler* in seinen Instruktionen für die Gerichte vom 24. Juli 1833 wie folgt:

„Die Verordnung vom 1. Juni diesen Jahres, über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellprozess, hat zum Zweck, bei der Verfolgung von Rechtsansprüchen, welche auf Urkunden beruhen, und deshalb die Vermutung ihrer Richtigkeit für sich haben, und von solchen Ansprüchen, welche ihrer Beschaffenheit oder ihrer Geringfügigkeit wegen als Gegenstände des gewöhnlichen Verkehrs eine besondere Beschleunigung verdienen, ein Verfahren vorzuschreiben, wodurch der förmliche Prozess, wo es möglich ist, vermieden, und wenn dieser Fall nicht eintreten kann, doch auf seine wesentlichen Grundlagen zurückgeführt werden soll.“⁷⁴¹

⁷³⁶ Schering, Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß, 1843, S.30; Hinz, Artikel „Mandatsprozess“, HRG, III.Bd. (1984), Sp.232-240. insbesondere zum Mandatsprozess nach der Reichskammergerichtsordnung.

⁷³⁷ Schering, Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß, 1843, S.30; A.G.O., Theil I, Tit.28, § 15.

⁷³⁸ § 3 Satz 1 der Verordnung über den Mandats, den summarischen und den Bagatellprozess vom 1. Juni 1833, A.G.O., IV.Theil, S.267. Schering, Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß, 1843, S.30.

⁷³⁹ Cäsar, Der Preußische-Zivilprozess, 1845, S.267.

⁷⁴⁰ Verordnung über den Mandats, den summarischen und den Bagatellprozess vom 1. Juni 1833, A.G.O., IV.Theil, S.266-280, §§ 1 bis 77. Eine weitere Präzisierung hinsichtlich der erfassten Forderungen, namentlich derjenigen der Gerichte für Gebühren und Auslagen sowie zur Legitimationspflicht des auftretenden (Partei-)Vertreters, erfuhr der Mandatsprozess durch die Allerhöchste Kabinettsorder vom 17. Oktober 1833, A.G.O., IV.Theil, S.298-299. Schering, Der Mandats-summarische und Bagatell-Prozeß, 1843, S.31.

⁷⁴¹ Instruktionen für die Gerichte vom 24. Juli 1833, A.G.O., IV.Theil, S.280-299.

Eine weitere Gemeinsamkeit zwischen Mandatsprozess und Urkundenprozess betrifft in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Zulässigkeit der Beweismittel.

Im preußischen Mandatsprozess waren nur solche Einwendungen zulässig, die sofort durch Urkunden, Eideszuschreibung, oder solche Zeugen, deren unverzüglicher Anhörung kein Hindernis entgegenstand, liquid gemacht werden konnten.⁷⁴²

I. Sachverhalt

Die verwitwete *J.* ließ 1806 sechs Geschwistern, unter ihnen Frau *Friederike Amalie T.*, später verheiratete *X.*, 20.000 Thaler zu einem Zinssatz in Höhe von 5 Prozent. Die Forderung war hypothekarisch gesichert. Nachdem Frau *Friederike Amalie T.* am 29. Juni 1821 verstarb, erstattete ihr hinterbliebener Ehemann, nachdem er zuvor vom Oberlandesgericht Breslau aufgefordert worden war, unter dem 24. Juli 1821 die Anzeige:

„dass seine verstorbene Gattin nicht das mindeste Vermögen besessen und hinterlassen habe, und dass selbst die vorhandenen Mobilien ihm gehörten, er auch die Richtigkeit dieser Angabe an Eidesstatt versichere, und unter diesen Umständen glaube, dass in dieser Angelegenheit keine weitere Veranlassung nötig sein werde.“

Als die Forderung nebst Zinsen ausfiel, beantragten die Erben der *J.* 1834 gegen den überlebenden Ehemann der *Friederike Amalie T.* und deren Schwester den Erlass eines Zahlungsbefehls über 20.000 Thaler nebst Zinsrückständen im Wege des Mandatsprozesses. Zur Begründung ihres Anspruchs behaupteten die Kläger, der Ehemann und die Schwester seien gesetzliche und unbeschränkt haftende (Mit-)Erben der Verstorbenen geworden. Da die Erblasserin solidarisch für die gesamte Forderung hafte, seien auch deren Erben in gleicher Weise haftbar, zumal aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Insolvenz der übrigen Geschwister.

Der beklagte Witwer und beklagte Schwester räumten ein, dass ihre Ehefrau respektive Schwester ohne weitere Abkömmlinge und Testament verstorben sei und sie die Hypothek mitausgestellt habe. Hinsichtlich des Zahlungsbefehls wendeten sie

⁷⁴² § 3 Satz 1 der Verordnung über den Mandats, den summarischen und den Bagatellprozess. Vom 1. Juni 1833. Abgedruckt in Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten und in: A.G.O., IV. Theil, Seite 267.

jedoch ein, dass sie aufgrund der Wertlosigkeit des Nachlasses nicht Erben, allenfalls Beneficialerben geworden seien, mit der Folge, dass sie nur bis zu Höhe des (entwerteten) Nachlasses haften würden. Insoweit waren die Beklagten der Auffassung, dass die Vermögenslosigkeit des Nachlasses vom hinterbliebenen Ehemann fristgerecht 25 Tage nach dem Erbfall, beim Oberlandesgericht Breslau, angezeigt worden und daraufhin keine Veranlassung zu einem weiteren Tätigwerden gegeben gewesen sei. Ferner war es nach Ansicht der Beklagten wegen der Nichtexistenz eines Nachlasses nicht möglich, ein Inventarium überhaupt anzufertigen; das sei von der Nachlassbehörde seinerzeit auch nicht gefordert worden. Ergänzend trug die Schwester vor, sie selbst sei an der Kapitalaufnahme nicht beteiligt gewesen.⁷⁴³

Die Kläger entgegneten, dass die Anzeige der Vermögenslosigkeit des Nachlasses beim Oberlandesgericht nicht die Erklärung enthalten habe, dass Witwer und Schwester nicht Erben der Schuldnerin sein wollten und daher die bloße Anzeige ein Inventar nicht ersetzen könne. Ohne Inventar seien die Beklagten als Erben ohne Vorbehalt zu erachten. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Schwester an der Kreditaufnahme nicht beteiligt gewesen sei.⁷⁴⁴

Die Civil-Deputation des Ober-Landesgerichts zu Breslau erkannte am 9. Mai 1834 in erster Instanz, dass der Zahlungsbefehl nur in Höhe des Nachlasses der *Friederike Amalie T.* vollstreckbar sei. Die Beklagten seien nur Beneficialerben geworden, so dass der Zahlungsbefehl nicht in seinem ganzen Umfang gegen sie vollstreckbar sei. Auf die Appellation der Kläger änderte der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Breslau am 9. Mai 1835 das erste Urteil dahin ab, dass der Zahlungsbefehl in voller Höhe auch in das eigene Vermögen des hinterbliebenen Ehemanns sowie der Schwester der Friederike Amalie T. zu vollstrecken sei. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos. Das Obertribunal bestätigte am 13. August 1836 die Erkenntnis der zweiten Instanz.

II. Entscheidungsgründe

Ihren Ausgangspunkt nehmen die Entscheidungsgründe des Obertribunals im Wortlaut der landrechtlichen Vorschriften über die Antretung einer Erbschaft.⁷⁴⁵ Danach

⁷⁴³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.306.

⁷⁴⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.307.

⁷⁴⁵ §§ 420 bis 442, 9.Titel, 1 Theil ALR.

durfte derjenige, der eine Erbschaft unter der sog. Rechtswohltat des Inventars angetreten hatte, alle an der Erbschaft geltend gemachten Forderungen, nur so weit, als das Vermögen des Nachlasses hinreicht, vertreten.⁷⁴⁶ Ein solcher Beneficialerbe musste aber ein vollständiges Inventarium über den Nachlass aufnehmen und gerichtlich (allenfalls versiegelt) niederlegen.⁷⁴⁷

Hinsichtlich der Anzeige des Witwers über die Vermögenslosigkeit des Nachlasses räumte das Obertribunal zwar ein, dass die Anzeige und ein Inventarium beim ersten Anblick gleichbedeutend zu sein scheinen; gleichwohl stehe die unterlassene Einreichung eines Inventars den gesetzlichen Vorschriften entgegen. Zur Begründung führte das Obertribunal § 434, 9. Titel, 1. Theil ALR ins Feld. Nach dieser Vorschrift musste jedes Inventar ein möglichst genaues Verzeichnis aller zum Nachlass gehörenden Vermögensstücke, und aller am Nachlass geltend gemachten Ansprüche, soweit diese zur Zeit der Inventur bekannt sind, enthalten.⁷⁴⁸ Danach hätten, wenn der Nachlass der *Friederike Amalie T.* kein Vermögen enthielt, zumindest die gegen sie geltend gemachten Ansprüche angezeigt werden müssen. Da dies nicht erfolgt bzw. von den Beklagten nicht bewiesen sei, verneinte der Senat die Übereinstimmung der Anzeige des Witwers mit den Vorschriften des Landrechts.⁷⁴⁹

Gegen die Gleichstellung der gerichtlichen Anzeige der Vermögenslosigkeit mit der Erstellung eines Inventars im Sinne des ALR spräche nach Ansicht des Tribunals zudem, dass eine Haftungsbegrenzung auf den Inhalt des Inventars auch dann nicht statffinde, wenn dieses errichtet worden sei, aber nicht der vorgeschriebenen Form entspreche. Daraus ergebe sich, dass das Landrecht die Aufnahme des Inventars nicht als bloße Formalität qualifiziere, sondern mit diesem ein wesentliches Präjudiz verbinde⁷⁵⁰: Wenn schon ein unvollständiges Inventar zum Verlust der Haftungsbegrenzung führte, musste dies erst recht für die bloße Anzeige der Vermögenslosigkeit des Nachlass gelten.

Weiterhin stützte sich das Obertribunal auf einen normativen Gesichtspunkt, indem es auf den Schutz des Rechtsverkehrs abstellte. Der Beneficialerbe, der seine Haftung auf den Inhalt des Inventars beschränken wolle, müsse bei dessen Erstellung weit sorgfältiger und gewissenhafter verfahren als derjenige, der bloß anzeigt, dass der Verstorbene nichts hinterlassen habe; so sei die Einreichung des Inventars

⁷⁴⁶ § 422, 9. Titel, 1. Theil ALR.

⁷⁴⁷ § 423, 9. Titel, 1. Theil ALR.

⁷⁴⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.310.

⁷⁴⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.314.

⁷⁵⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.311.

beim Nachlassgericht auch deshalb erheblich, weil anderenfalls die Erbschaftsgläubiger den Zustand des Nachlasses nicht übersehen und letztlich nicht beurteilen können, ob die Inventarisierung vollständig und ordnungsgemäß erfolgt ist.⁷⁵¹

In systematischer Hinsicht rekurrierte das Obertribunal auf die in der Allgemeinen Gerichtsordnung enthaltenen Formvorschriften über die Erstellung eines (Nachlass-) Inventars⁷⁵². Diesen lasse sich zwar entnehmen, dass bei geringen Nachlass in dem aufzunehmenden Inventar diejenigen Titel ganz ausgelassen werden können, von denen nichts vorhanden ist, gleichwohl ist insbesondere hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens, ausstehenden Forderungen und barem Geld zwingend notwendig anzugeben, ob etwas vorhanden oder ob nichts davon vorhanden sei.⁷⁵³ In jedem Fall sei jedoch Voraussetzung, dass überhaupt ein Inventar aufgenommen worden sei.⁷⁵⁴

Hinsichtlich der Anzeige des Ehemanns war das Obertribunal der Auffassung, dass diese auch in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend gewesen sein dürfte, da sich nicht annehmen lasse, dass die verstorbene Ehefrau nicht einmal Kleidungsstücke und Wäsche hinterlassen habe.⁷⁵⁵

Die weiteren Einwände des Ehemanns und der Schwester, wonach der Mann von der Nachlassbehörde nicht zur Inventarerrichtung aufgefordert worden sei, die Schwester an der Begründung der Forderung nicht beteiligt gewesen sei, qualifizierte das Gericht als in tatsächlicher bzw. rechtlicher Hinsicht unerheblich.

III. Rechtliche Analyse

Soweit das Obertribunal die fehlende Vergleichbarkeit der gerichtlichen Anzeige von der Vermögenslosigkeit mit einem Inventar im Sinne des Landrechts stützt, leuchtet dies ein. Der Witwer wäre zumindest gehalten gewesen, dem Nachlassgericht neben der Vermögenslosigkeit des Nachlasses auch die gegen den Nachlass gerichteten

⁷⁵¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.312.

⁷⁵² A.G.O., Theil II, Tit.5, Anmerkungen zum Formblatt über die Erstellung eines Inventar.

⁷⁵³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.312. Darüber hinaus waren noch zwingende Angaben zum Vorhandensein von Dokumenten und Brieftaschen sowie zu Passiva und Schulden zu machen, vgl. A.G.O., Theil II, Tit.5, Anmerkungen zum Formblatt über die Erstellung eines Inventars. Dagegen waren Angaben zum Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von beispielsweise Juwelen und Kleinodien, Porzellan, Gläsern, Gemälden, Büchern nicht zwingend notwendig und konnten somit entfallen, wenn besagte Gegenstände nicht vorhanden waren.

⁷⁵⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.312.

⁷⁵⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.313. Kreisrichter M. aus K., Über das beneficium inventarii, S.418; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.157.

Ansprüche anzuzeigen. Schon aus diesem Grund konnte die bloße Anzeige der Vermögenslosigkeit einem Nachlassinventar nicht gleichgestellt werden.

Dagegen kann das Abstellen des Obertribunals auf den Schutz der Erbschaftsgläubiger und deren Interesse daran, den Nachlass vollständig zu überblicken, nicht überzeugen. Dem Interesse der Erbschaftsgläubiger konnte auch mit der schlichten Anzeige der Vermögenslosigkeit entsprochen werden. War der Nachlass vermögenslos, gab es mangels Masse nichts zu überblicken. Mithin wurde mit der bloßen Anzeige der Vermögenslosigkeit des Nachlasses den Gläubigerinteressen ebenso Rechnung getragen, wie mit einem Inventar, in dem sich keine Angaben befinden. Dem Senat ist aber darin zu folgen, dass wegen der strengen Formvorschriften die Integrität des Inventars im Hinblick auf Richtig- und Vollständigkeit im Vergleich zu einer schlichten Anzeige gesteigert ist. Darüber hinaus zeigen die Formvorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung, wonach zumindest bei Immobilien, Aktiva und barem Geld die Nichtexistenz zwingend im Inventar anzugeben war, dass eine pauschale Anzeige der Vermögenslosigkeit des Nachlasses zu undifferenziert und damit unzureichend ist. Zudem ist nach dem Landrecht der Rechtsbegriff der Erbschaft vom Vorhandensein eines Vermögensgegenstands unabhängig,⁷⁵⁶ sodass vom Fehlen eines Vermögensgegenstandes nicht auf das Fehlen der Erbschaft geschlossen werden konnte. Diese Erwägung hätte eine Zurückweisung der Revision getragen und zeigt, dass sich das Obertribunal bei der Entscheidungsfindung nicht allein vom Wortlaut des ALR leiten ließ. Vielmehr versuchte der Senat das anhand der Wortlautauslegung ermittelte Ergebnis durch gesetzessystematische Gesichtspunkte und Wertungen zu untermauern bzw. zu bestätigen.

Seine Auffassung, nach der die Rechtsfolgen einer unterlassenen Inventarerichtung nicht durch die nachträgliche Behauptung des Erben ausgeschlossen werden könne, dass der Erblasser nichts hinterlassen habe, bestätigte das Obertribunal wenige Monate später im Beschluss vom 7. März 1837 und im Urteil vom 8. August 1842.⁷⁵⁷ Danach musste der Erbe, wenn er seine Haftung auf die Höhe des Nachlasses begrenzen wollte, auch wenn der Nachlass vermögenslos war, im Rahmen einer Inventarerstellung zumindest entsprechende Angaben hinsichtlich des (Nicht-

⁷⁵⁶ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.157; Kreisrichter M. aus K., Über das beneficium inventarii, 1861, S.418.

⁷⁵⁷ Präjudizienammlung, S.33; Hiersemenzel, Ergänzungen und Erläuterungen zum allgemeinen Landrecht, 1854, S.317; Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, 273,-282, (274); Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.1159.

)Vorhandenseins von Immobilien, Aktiva, Bargeld, persönlicher Dokumente des Erblassers sowie Passiva machen. Diesbezüglich war die Rechtsprechung einheitlich und avancierte in den folgenden Jahren zur herrschenden Auffassung.⁷⁵⁸

Allerdings revidierte das Obertribunal knapp zehn Jahre nach der ersten Entscheidung im Plenarbeschluss vom 28. Februar 1845 seine Ansicht und beschloss, dass die Nichteinhaltung der für Nachlassinventare vorgeschriebenen Form, insbesondere fehlende oder mangelhafte Angaben über Immobilien, Aktiva und Forderungen, Bargeld, persönlicher Dokumente des Erblassers sowie Passiva nicht den Verlust der Rechtswohltat des Inventars zur Folge haben.⁷⁵⁹

Zur Begründung führte das Obertribunal im Wesentlichen aus, dass der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des Landrechts einen Verlust der Rechtswohltat des Inventars bei mangelnder Formularmäßigkeit desselben nicht ausdrücklich anordnet.⁷⁶⁰ Dies sei aber bei einer so weitreichenden Rechtsfolge – der Erbe haftete ohne die Rechtswohltat des Inventars vollumfänglich und persönlich für Nachlassschulden – und aufgrund des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, nach dem eine Vorschrift, die an die versäumte Form einer Handlung den Verlust von Rechten knüpft, nicht ausdehnend interpretiert werden darf,⁷⁶¹ erforderlich.⁷⁶² Überdies stünde auch bei Einhaltung der Vorschriften über die Form des Inventars, namentlich, wenn unter allen Rubriken entsprechende Angaben gemacht worden sind, noch nicht fest, ob diese auch in materieller Hinsicht zutreffend, insbesondere vollständig seien.⁷⁶³ Entscheidend dafür, ob die mit der Inventarerstellung verbundene Haftungsbegrenzung zu Gunsten des Erbes eintritt oder nicht, sei nicht die Beachtung einer bestimmten Form, sondern vielmehr, ob anhand der Angaben in einem Inventar der wahre Wert des Nachlasses ermittelt werden könne.⁷⁶⁴

Die revidierte Ansicht des Obertribunals vermag nicht zu überzeugen. Das Argument, die Vorschriften des Landrechts würden den Verlust der Rechtswohltat des Inventars bei mangelnder Formularmäßigkeit nicht ausdrücklich anordnen, verfängt nicht. § 427, 9. Titel, 1. Teil ALR bestimmt ausdrücklich, dass, wer die vom Gesetz oder von dem Richter bestimmte Frist, ohne das Inventarium gehörig einzubrin-

⁷⁵⁸ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.471; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.157; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1160; Kreisrichter M. aus K., Über das beneficium inventarii, 1861, S.419.

⁷⁵⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.273-282.

⁷⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.273-282, (276).

⁷⁶¹ §§ 40, 41, 3. Titel, 1. Teil ALR von 1794.

⁷⁶² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.273-282, (276).

⁷⁶³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.273-282, (278).

⁷⁶⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.273-282, (281).

gen verstreichen lässt, der Rechtswohltat verlustig wird. Mithin setzte die Rechtswohltat des Inventars neben dessen fristgerechter Abgabe als zweites Tatbestandsmerkmal voraus, dass das Inventar gehörig eingebracht wurde. Der Begriff gehörig wird insbesondere durch die §§ 434 und 435, nach denen ein Inventar ein möglichst vollständiges Verzeichnis aller zum Nachlass gehörenden Vermögensstücke einschließlich der Angabe des Wertes derselben enthalten muss, präzisiert. Soweit der Senat ausführt, dass für den Eintritt der Haftungsbegrenzung entscheidend sei, ob anhand der Angaben im Inventar der wahre Wert des Nachlasses ermittelt werden könne, bedeutet dies eine Relativierung der Formvorschriften, die mit deren Sinn und Zweck schwerlich zu vereinbaren ist. Ohne bestimmte Angaben, die durch die Formvorschriften der A.G.O konkretisiert wurden, kann der wahre Wert des Nachlasses nicht – zumindest nicht zuverlässig – ermittelt werden. Es läge zudem in der Hand des Erben, indem er bestimmte Angaben unterlässt, den Wert des Nachlasses und damit seine Haftung zu Lasten der Erbschaftsgläubiger zu reduzieren.

Ausschlaggebend dafür, dass das Obertribunal seine Rechtsprechung revidierte, dürfte indes gewesen sein, dass die Rechtsfolge der unbeschränkten Haftung im Fall der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form für die Inventarerrichtung in der Tat sehr weitreichend war und insbesondere dort, wo der Nachlass selbst nur von geringem Wert, zugleich aber mit erheblichen Forderungen belastet war, zu unbilligen Ergebnissen führen konnte. Insofern wurde die Rechtsprechung des Obertribunals maßgeblich von wertenden Gesichtspunkten getragen. Überzeugen kann dies nicht vor dem Hintergrund, dass kein Erbe gezwungen war, das Inventar selbst zu erstellen und sich der Gefahr auszusetzen, die Form nicht einzuhalten, sondern auch die Möglichkeit bestand, die gerichtliche Inventarisierung des Nachlasses zu beantragen.⁷⁶⁵

Das Obertribunal bestätigte seine Ansicht im Beschluss vom 02. Mai 1861, indem es ausführt, dass insbesondere unterlassene Angaben über Immobilien, Aktiva und Forderungen, Bargeld, persönliche Dokumente des Erblassers sowie Passiva, allein den Verlust der Rechtswohltat des Inventars nicht zur Folge haben, dass aber ein Nachlassinventar, wenn ihm die Wirkungen eines solchen beigelegt werden sollen, von einer derartigen Beschaffenheit sein muss, dass sich aus ihm die Be-

⁷⁶⁵ § 436, 9. Titel, 1. Teil ALR.

schaffenheit des Nachlasses übersehen lässt und dadurch die Ausermittlung des Nachlasses möglich gemacht wird.⁷⁶⁶

Dass im vorliegenden Sachverhalt der Vortrag des Ehemanns, wonach ihn das Nachlassgericht nicht zur Inventaraufnahme aufgefordert oder auf die mit einer unterbleibenen Inventarerrichtung verbundenen Rechtsfolgen hingewiesen habe, vom Obertribunal als faktisch bzw. rechtlich unerheblich qualifiziert wurde, verwundert mit Blick auf die Vorgaben der Allgemeinen Gerichtsordnung zunächst. Denn gemäß § 2 der A.G.O., Theil II, müssen die Gerichte, damit niemand aus Unwissenheit der Gesetze sich selbst in Schaden oder Nachteil setzt, oder zu Verdunkelung und Verwirrungen in Erbschaftsangelegenheiten Anlass gegeben werden möge, denselben die Vorschriften, besonders die rechtlichen Folgen der mit oder ohne Vorbehalt geschehenen Antretung der Erbschaft, die im letzteren Falle notwendige, baldige Anfertigung und Niederlegung des Inventars und die Nachteile, die aus dessen Unterlassung für sie entstehen könnten, bekannt machen und deutlich erklären, wie die Inventarerstellung zu geschehen hat und die Belehrung protokollieren.

Diese Aufklärungs- und Hinweispflicht des Nachlassgerichts hinsichtlich der Rechtsfolgen der vorbehaltlosen oder aufgrund einer Inventarerrichtung beschränkten Erbschaftsantretung kommt einer – nach heutiger Terminologie – Rechtsbehelfsbelehrung nahe.

Allerdings galt diese gerichtliche Aufklärungs- und Hinweispflicht nur, wenn der Erbe zur Klasse der gemeinen, in Geschäften unerfahrenen Leute gehörte. Da der beklagte Witwer Oberst und somit Militärperson war, gehörte er nicht zur Klasse der gemeinen Leute, für die die gerichtliche Hinweispflicht im Zusammenhang mit der Inventarerrichtung galt.⁷⁶⁷

4.1.2 Entscheidung vom 23. November 1846 – Bewahrung der Beneficialerben-Qualität⁷⁶⁸

In der Entscheidung vom 23. November 1846 konkretisierte das Obertribunal seine Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen, die der Erbe im Zusammenhang

⁷⁶⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.41, S.237, (239).

⁷⁶⁷ §§ 1 f., 40, 10.Titel, 2.Theil ALR.

⁷⁶⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.108-113.

mit der Inventarerstellung zu erfüllen hatte, um den Vorteil einer Haftungsbegrenzung auf die Höhe des Nachlasses zu erlangen.

Im Gegensatz zur vorstehenden Entscheidung hatte hier der auf unbedingte Haftung verklagte Erbe nicht bloß die Vermögenslosigkeit des Nachlasses beim Nachlassgericht angezeigt und um weitere Veranlassung angefragt - die Erben hatten das Gericht selbst um Inventarerstellung ersucht und diese beantragt. Allerdings wurde dieser Antrag nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Frist bearbeitet. Die Erbschaftsgläubiger waren deswegen der Ansicht, dass den Erben die Rechtswohltat des Inventars nicht zugutekomme und diese mithin über das Nachlassvermögen hinaus persönlich für die Erbschaftsschulden einzustehen hätten.

I. Sachverhalt

Zahlreiche Miterben, darunter zehn Minderjährige, wurden wegen einer gegen den Erblasser gerichteten, zuvor gerichtlich festgestellten Forderung in Anspruch genommen. Die beklagten Erben wollten für diese Forderung jedoch nicht mit ihrem eigenen Vermögen, sondern nur nach den Kräften der Erbschaft haften.

In tatsächlicher Hinsicht war zum einen das Bestehen der gegen die Erbschaft gerichteten Forderung und zum anderen, dass ein Nachlassinventar nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Frist beim Nachlassgericht niedergelegt wurde, unstrittig. Letzterem ging zunächst der Tod des Erblassers 17 Jahre zuvor, am 13. Dezember 1829 voraus.

Knapp 4 Monate nach dem Erbfall beantragten am 9. März 1830 zwei volljährige Erben beim Nachlassgericht unter Vorlage des Totenscheins des Erblassers und der Taufscheine von dessen Kindern, die Aufnahme des Inventars.

Weitere drei Monate später, am 21. Juni 1830, erkundigten sich die Erben beim Nachlassgericht nach dem Sachstand der Bearbeitung, bemängelten, dass sie bislang keine Benachrichtigung erhalten hätten und baten um Beschleunigung der Sache. Zugleich legten sie dar, dass sie im Namen aller Erben, insbesondere auch der minderjährigen, handelten. Gleichwohl wurde das Nachlassgericht nicht tätig. Erst am 22. Dezember 1831 – mithin über zwei Jahre nach dem Todestag – erging eine Verfügung des Nachlassgerichts, mit der den Erben mitgeteilt wurde, dass die Inventarerstellung nicht erfolgt sei.

Aus rechtlicher Sicht entscheidungserheblich war daher die Beantwortung der Frage, ob den Erben, die aufgrund der Versäumung des Nachlassgerichts unterbliebene, fristgerechte Niederlegung des Inventars zur Last und damit die unbegrenzte Haftung für die Nachlassschulden auferlegt werden konnte.

Das Oberlandesgericht Posen erkannte erstinstanzlich am 17. November 1841 auf die unbeschränkte Haftung der Erben. Dagegen erklärte das Oberappellationsgericht zu Posen die Erben mit Urteil vom 10. April 1845 nur auf die Höhe des Nachlasses haftbar. Dem schloss sich das Obertribunal an.

II. Entscheidungsgründe

Der Senat folgte der Auffassung der Oberappellationsgerichts und entschied, dass die Erben durch ihre Anträge beim Nachlassgericht auf Inventarerstellung und die abgegebenen Erklärungen die rechtliche Qualität eines Beneficialerben gewahrt hätten. Hierbei stützte sich das Gericht nicht nur auf den Wortlaut des Landrechts, sondern berücksichtigte auch gesetzssystematischen und Praktikabilitätserwägungen.

Der Wortlaut des Landrechts verlangte, dass der Beneficialerbe ein vollständiges Inventarium über den Nachlass aufnehmen und gerichtlich, allenfalls versiegelt, niederlegen musste.⁷⁶⁹ Die gerichtliche Niederlegung hatte innerhalb von sechs Monaten nach dem Ablauf der sechswöchigen Überlegungsfrist, ob die Erbschaft überhaupt angetreten werden sollte, zu erfolgen.⁷⁷⁰

Demgegenüber eröffnete § 436, 9. Titel, 1. Teil ALR dem Erben das Wahlrecht, ob er das Inventarium gerichtlich aufnehmen lassen oder selbst anfertigen will. Zur Frage ob das vom Nachlassgericht aufgenommene Inventar gerichtlich niederzulegen ist und in welcher Frist dies gegebenenfalls zu erfolgen hatte, schwieg das Landrecht. Das Obertribunal war der Auffassung, dass ein gerichtliches Niederlegen des Inventars beim Nachlassgericht gemäß § 423, 9. Titel, 1. Teil ALR nicht notwendig sei, wenn das Inventar zuvor auf Antrag des Erben vom Nachlassgericht selbst erstellt worden war. Nach Auffassung des Obertribunals sei der Wortlaut von § 423, 9. Titel, 1. Teil ALR mit Blick auf die Absicht des Gesetzgebers einschränkend auszulegen und die Vorschrift im Falle der gerichtlichen Inventarerstellung daher nicht an-

⁷⁶⁹ § 423, 9. Titel, 1. Teil ALR.

⁷⁷⁰ § 424, 9. Titel, 1. Teil ALR.

wendbar.⁷⁷¹ Der Gesetzgeber habe nicht beabsichtigt, dass der das Inventar aufnehmende Richter dieses dem Erben zurückgibt, damit dieser es innerhalb einer Frist bei demselben Richter erneut einreicht.⁷⁷² Es erscheine, so das Obertribunal, im Falle der gerichtlichen Inventarerstellung „ganz untunlich“ dem Erben eine weitere als die sechswöchige Frist, innerhalb derer der Antrag auf gerichtliche Inventarerstellung zu stellen sei, vorzuschreiben.⁷⁷³ Ein Zwang des Erben gegen das Nachlassgericht liege nicht in seiner Macht, sodass ihm im Fall der Säumnis des Nachlassgerichts nur die Möglichkeit bliebe selbst ein Privatinventar zu erstellen. Das sei aber in Fällen, in denen das Nachlassgericht bereits mit der Inventarisierung begonnen hat, nicht möglich.⁷⁷⁴ Die Möglichkeit ein Privatinventar zu erstellen war dem Erben im Übrigen auch dann genommen, wenn Erbschaftsgläubiger die gerichtliche Aufnahme eines Inventars beantragt hatten.⁷⁷⁵ Dass in dieser Konstellation eine etwaige Säumnis des Gerichts den Erben um die Rechtswohltat des Inventars bringen könnte, sei nach Auffassung des Obertribunals eine vom Gesetzgeber nicht gewollte, unbillige Härte.⁷⁷⁶

Im vorliegenden Fall war den volljährigen und verklagten Erben die Möglichkeit zur Erstellung eines Privatinventars deswegen entzogen, weil zehn weitere Miterben noch minderjährig waren und das Nachlassgericht aufgrund gesetzlicher Vormundschaft ohnehin zur Erstellung eines Nachlassinventars verpflichtet gewesen war. Die Beklagten hatte somit keine andere Möglichkeit zur Inventarisierung als unter der Mitwirkung des Gerichts. Aus diesem Grund könne die Säumnis des Nachlassgerichts den Erben nicht zum Nachteil gereichen, so das Obertribunal.⁷⁷⁷

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung zeigt, dass das Obertribunal bei der Urteilsfindung neben dem Wortlaut auch Wertungsgesichtspunkte ins Blickfeld nahm.

Im Unterschied zu den Fällen der unvollständigen Inventarerstellung, bei denen im Interesse des Rechtsverkehrs eine Haftungsbegrenzung des Erben nicht berechtigt erschien, konnte diese dem Erben in den Fällen, in denen er die Inventarer-

⁷⁷¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.111.

⁷⁷² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.111.

⁷⁷³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.112.

⁷⁷⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.112.

⁷⁷⁵ § 437, 9.Titel, 1.Theil ALR.

⁷⁷⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.112.

⁷⁷⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.112.

stellung fristgerecht in „hoheitliche Hände“ gelegt hat oder legen musste nicht versagt werden. Hierfür streitet nicht nur die vom Obertribunal maßgeblich in Bezug genommene Intention des Gesetzgebers, sondern auch das Institut der gerichtlichen Inventarerstellung. Die gerichtliche Inventarerstellung wäre der Gefahr ausgesetzt gewesen, obsolet zu werden, weil kaum noch ein Erbe die gerichtliche Aufnahme eines Nachlassinventars beantragt hätte, wenn er sich damit zugleich der Gefahr ausgesetzt hätte, sich gegebenenfalls die Fehler des Nachlassgerichts, insbesondere das Verstreichenlassen von Fristen, zurechnen lassen zu müssen.

Ein weiterer, die Entscheidung des Obertribunals tragender Wertungsgesichtspunkt war, dass auch die klagenden Erbschaftsgläubiger die Möglichkeit hatten, die Errichtung eines Nachlassinventars beim Nachlassgericht zu beantragen.⁷⁷⁸ Insofern trugen sie an der nicht fristgerechten Erstellung einen ähnlich gewichtigen Anteil, wie die von ihnen verklagten Erben. Im Unterschied zu den Fällen, in denen ein (Privat-) Inventar gar nicht oder nur unvollständig errichtet wurde, waren die Erbschaftsgläubiger in der vorliegenden Konstellation weniger schutzwürdig. Die Form- und Fristvorschriften des Landrechts über die Erstellung eines Nachlassinventars dienten aber gerade dem Schutz der Erbschaftsgläubiger. Diese hatten vorliegend über 11 Jahre verstreichen lassen, ohne die Inventarisierung beim Nachlassgericht zu beantragen, bevor sie die Erben verklagten.

4.1.3 Entscheidung vom 1. November 1842 – Erbschaftsentsagung unter einer Bedingung⁷⁷⁹

I. Sachverhalt

Die im Jahr 1833 verstorbene *Gräfin v. G.* hinterließ ihren Ehemann und ihren minderjährigen Sohn als Erben. Der Ehemann entsagte mittels gerichtlicher Erklärung der Erbschaft zu Gunsten seines Sohnes. Die Erbschaftsentsagung knüpfte der Ehemann bzw. Vater jedoch an mehrere Bedingungen, namentlich:

dass vom Mobiliar nichts verkauft werden, und ihm die Benutzung desselben überlassen bleiben soll;

⁷⁷⁸ § 437, 9. Titel, 1. Teil ALR.

⁷⁷⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 8, S. 244-250.

dass die Teilung des Nachlasses seiner Schwiegermutter baldigst beantragt werden solle und der Verkauf der dazu gehörigen Grundstücke möglichst aus freier Hand erfolge.

Im darauffolgenden Jahr verstarb der Ehemann. Über seinen Nachlass wurde der erbschaftliche Liquidationsprozess eröffnet. Der zur Liquidation bestellte Kurator wollte die Wirksamkeit der Erbschaftsentsagung des Ehemanns aufgrund der beigefügten Bedingungen nicht anerkennen und klagte daher gegen den Vormund des minderjährigen Sohnes mit dem Ziel, die Erbschaftsentsagung zu Gunsten des Sohnes für unwirksam zu erklären und diesen zu verpflichten, den mütterlichen Nachlass unter gemeinschaftliche Verwaltung zu stellen, die Teilung des mütterlichen Nachlasses vor der Liquidationsbehörde anzustrengen und über die bisherige Verwaltung Rechnung zu legen.

Beide Senate des Oberlandesgerichts zu Ratibor wiesen die Klage zurück. Der Appellationssenat vertrat die Auffassung, dass nach den Vorschriften des Landrechts nicht die Erbschaftsentsagung als solche, sondern nur die beigefügten Bedingungen, als unwirksam zu qualifizieren seien. Die Erbschaftsentsagung des Vaters zu Gunsten des Sohnes sei daher dem Grunde nach wirksam.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen wurden vom Obertribunal nicht bestätigt. Das Obertribunal erklärte die Entscheidung des Appellationssenats für unwirksam und verwies den Rechtsstreit im Übrigen zwecks weiterer Tatsachenfeststellung zur Entscheidung über den Antrag auf Teilung und gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses und wegen der Rechnungslegung für die Vergangenheit, an die erste Instanz zurück.

II. Entscheidungsgründe

Entscheidungserheblich war für den vorliegenden Rechtsstreit die Auslegung der Vorschriften des Landrechts über die Antretung und Entsagung einer Erbschaft. Gemäß § 394, 9. Titel, 1. Teil des Landrechts, konnten außer dem in § 420 sqq. bestimmten Vorbehalt, der Erklärung über die Antretung oder Entsagung der Erbschaft keine Bedingungen mit rechtlicher Wirkung beigefügt werden. Daher wurden gemäß § 396, 9. Titel, 1. Teil des Landrechts Erklärungen, bei denen gegen § 394 verstoßen

wurde, für nicht geschehen erachtet und der Erklärende als vorbehaltloser Erbe angesehen, wie sich aus der Bezugnahme auf § 427, 9. Titel, 1. Theil ALR ergibt.

Das Obertribunal stützte seine Auffassung, wonach gemäß § 396 nicht nur die Bedingung selbst, sondern die gesamte Erbschaftsentsagung für nicht geschehen zu erachten sei, auf den in der Vorschrift enthaltenen Verweis auf § 427. Aus dem Verweis folge, dass der Erbschaftsantritt unter der (ausnahmsweise zulässigen) Bedingung ein Inventar zu errichten und damit die Erbenhaftung auf die Höhe des Nachlasses zu begrenzen als unwirksam zu erachten sei, wenn der Erbe das Inventar nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen oder der vom Nachlassrichter verfügten Frist erstellt hat. Diese Rechtsfolge würde nicht eintreten, wenn bloß die Bedingung wegfiel, die Entsagung selbst aber wirksam bliebe, so das Obertribunal.⁷⁸⁰ Unter Anwendung dieses Grundsatzes waren im vorliegenden Fall nicht nur die Bedingungen, unter der der Vater die Erbschaftsentsagung erklärte hatte, sondern die Erbschaftsentsagung insgesamt für nicht erfolgt und somit rechtlich unwirksam zu erachten.⁷⁸¹ Der Vater war somit in rechtlicher Hinsicht als vorbehaltloser, unbedingt haftender Erbe seiner verstorbenen Ehefrau zu qualifizieren.

Hieran änderte auch der Umstand nichts, dass die Erbschaftsentsagung zu Gunsten eines Miterben erfolgt war. Die Wirkung einer Erbschaftsentsagung müsse wegen der mit der Erbschaft verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten, insbesondere auch wegen des Interesses der Erbschaftsgläubiger vornehmlich in Beziehung auf die Erbmasse betrachtet, werden.⁷⁸² In Bezug auf die Erbmasse gestalte sich das Verhältnis des Erben ganz anders, je nachdem ob seine Entsagung gültig oder ungültig ist.⁷⁸³ Im ersten Fall ging die Erbschaft nicht auf ihn über und er konkurrierte gegebenenfalls – soweit er Forderungen gegen den Erblasser hatte – mit den übrigen Erbschaftsgläubigern, im zweiten Fall dagegen ging die Erbschaft auf ihn über, und er wurde unter Umständen persönlich haftender Schuldner der Erbschaftsgläubiger.

Zudem sei der aufgrund der Entsagung begünstigte Miterbe nicht zur Annahme der Erbschaft verpflichtet, sondern er könnte diese auch aus anderen Gründen ausschlagen, sodass weder der Umfang der Erbmasse, noch die Anzahl der Erbschaftsschuldner feststünden. Da der Miterbe an die Entsagung zu seinen Gunsten

⁷⁸⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.247.

⁷⁸¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.248.

⁷⁸² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.248.

⁷⁸³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.248.

nicht gebunden werde, entstünde durch sie auch kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Entsagenden.⁷⁸⁴

III. Rechtliche Analyse

Die Gesamtnunwirksamkeit einer bedingt erklärten Entsagung wurde anhand von gesetzessystematischen Gesichtspunkten gerechtfertigt. Gewichtiger als der Verweis in § 396 auf § 427, erscheint aber der Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes, insbesondere der Schutz der Erbschaftsgläubiger sowie das Verhindern einer sittenwidrigen Haftungsverkürzung des Entsagenden zu Lasten seiner persönlichen Gläubiger.

Die Auslegung von § 396 anhand des Verweises auf § 427 stützt die Annahme, dass nicht nur die Bedingung, sondern auch die Erbschaftsentsagung insgesamt unwirksam sei, nur bedingt. § 427 regelte nicht die Erbschaftsentsagung, sondern die Antretung und sanktionierte die nicht fristgerechte Erstellung des Nachlassinventars durch Verlust der Haftungsbegrenzung. Dagegen war der Erbe, wenn er der Erbschaft entsagt hat, und zwar ungeachtet davon ob die Entsagung bedingt war, rechtlich nicht verpflichtet, ein Inventar zu erstellen. Die Rechtsfolge der unbeschränkten persönlichen Haftung schien auf den entsagenden Erben nicht zupassen und nicht zugeschnitten zu sein. Grundsätzlich haftete der Erbe, wenn er die Erbschaft vorbehaltlos annahm, auch vollumfänglich für die Nachlassschulden. Diese Haftung konnte er begrenzen, wenn er ein Inventar erstellt und dieses fristgerecht beim Nachlassgericht niederlegt hatte. Erfüllte er diese, insbesondere dem Interesse der Erbschaftsgläubiger Rechnung tragende Pflicht nicht, wurde er der Rechtswohltat des Inventars verlustig und haftete – entsprechend dem Grundsatz – vollumfänglich.

Dagegen hat derjenige, der einer Erbschaft entsagt hatte, grundsätzlich zum Ausdruck gebracht vom Nachlass Abstand nehmen zu wollen, wenn auch nur unter einer Bedingung. Warum er dennoch als Erbe, der die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, behandelt werden soll, erschließt sich nicht. Insbesondere, weil der bedingt entsagende Erbe keine Frist zur Erstellung eines Inventars hat verstreichen lassen und somit auch keine gesetzliche Pflicht verletzt hat. Der bedingt entsagende Erbe war nicht gehalten überhaupt ein Inventar zu erstellen. Dies wäre nur erforderlich gewesen, wenn er seine Haftung auf die im Inventar konkret bezifferte Nach-

⁷⁸⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.248.

lassmasse hätte begrenzen wollen. Das setzte die Bereitschaft voraus, dass er die Erbschaft antreten will und dies auch erklärt hat.

Andererseits sprachen erbrechtsrechtliche Aspekte und der Schutz der Erbschaftsgläubiger – auf beides rekurriert das Obertribunal nur am Rande⁷⁸⁵ – dafür, eine Erbschaftsentsagung unter einer Bedingung insgesamt für rechtsunwirksam zu erachten.⁷⁸⁶ Aus erbrechtlicher Sicht widersprach eine Entsagung unter einer Bedingung dem grundsätzlichen Anliegen des Landrechts, einen Schwebezustand hinsichtlich der Erbschaftsmasse und der Anzahl der Erben zu vermeiden.⁷⁸⁷ Es läge in der Hand des Erben, die Anzahl der Erben und den Umfang des Nachlasses maßgeblich zu beeinflussen, je nachdem, ob die Bedingung für die Entsagung eintritt oder nicht. Zudem würde die Teilung des Nachlasses sowohl in rechtlicher, als auch tatsächlicher Hinsicht erschwert und verzögert, weil vorher das Eintreten bzw. Ausbleiben der Bedingung abzuwarten oder herbeizuführen ist. Zudem bestünde auf Seiten der Erbschaftsgläubiger eine Ungewissheit hinsichtlich der Person(en), die als Schuldner etwaiger Nachlassverbindlichkeiten in Betracht kamen.

Neben dem Schutz der Erbschaftsgläubiger sprach der Schutz des Rechtsverkehrs für ein Bedingungsverbot hinsichtlich der Entsagungserklärung. Mit Hilfe einer bedingten Entsagung hätte der Erbe eine Haftungsverkürzung zum Nachteil seiner persönlichen Gläubiger herbeiführen und gleichzeitig in den Genuss der Vorteile der Erbschaft gelangen können. Vorliegend hatte der Ehemann der Erbschaft zu Gunsten seines Sohnes unter der Bedingung entsagt, dass vom vorhandenen Mobiliar nichts verkauft werden darf und ihm die Benutzung gestattet wird. Die Verfügungsgewalt über das Mobiliar und die Nutzungsmöglichkeit hätte der Ehemann auch erlangt, wenn er neben seinem minderjährigen Sohn die Erbschaft angetreten hätte. In diesem Fall wäre auch die Hälfte des Nachlassvermögens dem Ehemann zugeflossen und damit dem Zugriff seiner Gläubiger preisgegeben. Damit dies nicht eintritt und die Hälfte des Nachlassvermögens zur Haftung für Verbindlichkeiten des (mutmaßlich) überschuldeten Ehemanns herangezogen wird, entsagte dieser der

⁷⁸⁵ Das Obertribunal thematisiert den Schutz der Erbschaftsgläubiger im Zusammenhang mit der Frage, ob der Umstand, dass die Entsagung zu Gunsten eines Miterben, in Person des gemeinsamen Sohns erfolgt ist, an der Gesamtunwirksamkeit etwas ändern kann, vgl. Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.244-250, (248).

⁷⁸⁶ Zur Abgrenzung rechtsgeschäftlicher Bedingungen und sog. Rechtsbedingungen Leipold in: Münchner Komm., Bd.V, 2010, § 1947, Rn.3. Letztere sind nach heutigem Recht unschädlich, da durch sie kein Schwebezustand durch den Erklärenden geschaffen wird, Leipold, a.a.O.

⁷⁸⁷ Dieser Normzweck liegt auch § 1947 BGB, wonach die Annahme und die Ausschlagung der Erbschaft nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen können, zugrunde, vgl. Leipold in: Münchner Komm., Bd.V, 2010, § 1947, Rn.1.

Erbschaft und versuchte andererseits sich deren Vorteile, beispielsweise die Mobilien-arnutzung zu erhalten. Die Vermutung, dass der Ehemann überschuldet gewesen war, findet eine Stütze in dem Umstand, dass nach dem Tod des Ehemann der erbschaftliche Liquidationsprozess über seinen Nachlass eröffnet wurde, was nicht erforderlich gewesen wäre, wenn nicht eine Mehrzahl von Schuldnern vorhanden gewesen wäre. Der im gemeinen Recht unbekannt erbschaftliche Liquidationsprozess war eine spezielle Schöpfung des preußischen Prozessrechts und dem Umstand geschuldet, dass der Beneficialerbe verpflichtet war, die Erbschaftsgläubiger entsprechend der Prioritätsordnung zu befriedigen; um dies zu gewährleisten, wurde dem Erben das Liquidationsverfahren an die Hand gegeben, um die Nachlassschulden zu ermitteln und die Prioritäten feststellen zu lassen.⁷⁸⁸

4.1.4 Entscheidung vom 23. Januar 1854 – Form der Erbschaftsentsagung⁷⁸⁹

Während die vorstehende Entscheidung die Wirksamkeit einer bedingt erklärten Erbschaftsentsagung betrifft, wird im folgenden Urteil die Form der Erbschaftsentsagung ins Blickfeld gerückt. Da auf die Erbschaftsentsagung die für Willenserklärungen im Allgemeinen geltenden Regelungen Anwendung fanden,⁷⁹⁰ eröffneten Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer Erbschaftsentsagung dem Obertribunal zugleich die Möglichkeit, zur Auslegung dieser allgemeinen Vorschriften Stellung zu nehmen und eine Abgrenzung der Erbschaftsentsagung zu anderen schuldrechtlichen Erklärungen, namentlich der Entsagung einer Forderung, vorzunehmen.⁷⁹¹

I. Sachverhalt

Der Vikar *von K.* war am 18. Januar 1828 ohne Testament verstorben. Der Vormund der damals noch minderjährigen Geschwister *von H.*, Kinder einer Schwester des Vikars, überreichte dem Oberlandesgericht eine obervormundschaftliche Autorisation zur ausdrücklichen Entsagung der Erbschaft durch Schreiben vom 8. Juni 1832 mit folgendem Inhalt:

⁷⁸⁸ Goldammer, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung, 1855, S.33.

⁷⁸⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.263-267.

⁷⁹⁰ § 392, 9.Titel, 1.Theil, ALR.

⁷⁹¹ Vgl. hierzu auch die Entscheidung des I. Senats des Obertribunals v. 31.01.1853 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.8, S.274, (278), wonach eine Erbschaftsentsagung kein Vertrag ist und auch wesentlich verschieden von der Entsagung auf eine Forderung und Verzichtleistung gem. § 134, 5.Titel, 1.Theil, ALR.

„Von dem königlichen hochlöblichen Pupillen-Kollegium von Sachsen zu Naumburg bin ich als Vormund der drei noch minderjährigen Kinder des verstorbenen königlichen Hauptmanns Karl Friedrich Franz von H. beauftragt, der den erwähnten Kindern von dem Vikar Felix von K. zugefallenen Erbschaft ausdrücklich zu entsagen, und habe daher die Ehre, dem königlichen hochlöblichen Oberlandes-Gerichte diese hierneben liegende Autorisation gehorsamst zu präsentieren.

Erfurt, den 8. Juni 1832.

Gez. v. K als Vormund der v. H'schen Kinder.“

Diese Erklärung des Vormunds sah der königliche Fiskus als gültige Erbschaftsentsagung an und nahm, da auch die übrigen am Todestag des Erblassers vorhandenen Verwandten der Erbschaft entsagt hatten, den nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger übriggebliebenen Bestand des Nachlasses in Anspruch. Hiergegen wehrten sich die Geschwister *von H.* mit der Behauptung, dass sie ihr Erbrecht nicht aufgrund der Erklärung des Vormunds verloren hätten und klagten mit dem Antrag, den Fiskus mit seinen Ansprüchen gegen den Nachlass abzuweisen.⁷⁹²

Das Gericht erster Instanz sah in der streitgegenständlichen Erklärung des Vormunds nur eine stillschweigende Willenserklärung, die für eine gültige Erbschaftsentsagung nach den Vorschriften des Landrechts nicht ausreiche und entschied entsprechend dem Klageantrag.⁷⁹³

Dagegen wies das Gericht zweiter Instanz die Kläger ab, da es in der Erklärung des Vormunds eine ausdrückliche Erbschaftsentsagung sah. Im Gegensatz zu einer stillschweigenden Willenserklärung,⁷⁹⁴ bei der aus den Handlungen mit Sicherheit auf die Absicht des Handelnden geschlossen werden könne, sei eine ausdrückliche Willenserklärung eine solche,⁷⁹⁵ welche durch Worte oder andere deutliche Zeichen geschehe. Da in der in Rede stehenden Erklärung Worte enthalten seien und

⁷⁹² Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 264.

⁷⁹³ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 264.

⁷⁹⁴ § 58, 4. Titel, 1. Teil, ALR.

⁷⁹⁵ § 57, 4. Titel, 1. Teil, ALR.

sie die Absicht des Erklärenden erkennen ließe, der Erbschaft zu entsagen, liege eine ausdrückliche Erbschaftsentsagung vor.⁷⁹⁶

Gegen diese zweitinstanzliche Entscheidung legten die Kläger Revision ein, mit der Begründung, das Landrecht verlange, dass die Entsagung der Erbschaft ausdrücklich erklärt werden müsse.⁷⁹⁷ Die Erklärung des Vormunds sei unzutreffend als eine ausdrückliche Willenserklärung qualifiziert worden. Die Appellationsinstanz habe verkannt, dass ausdrückliche Willenserklärungen nicht im Landrecht definiert seien und nicht jede wörtliche Erklärung auch eine ausdrückliche Willenserklärung sei. Von einer ausdrücklichen Willenserklärung könne nur dann die Rede sein, wenn die gebrauchten Worte nach ihrer gewöhnlichen Bedeutung das ausdrücken, was der Erklärende habe aussprechen wollen. Hieran gemessen, könne die Erklärung des Vormunds nicht als ausdrückliche Erbschaftsentsagung angesehen werden, da er mit keinem Wort erkläre, dass er der Erbschaft entsage.⁷⁹⁸

Dem folgte das Obertribunal und hat unter Abänderung des Appellationsurteils die Entscheidung der ersten Instanz wiederhergestellt.⁷⁹⁹

II. Entscheidungsgründe

Den Ausgangspunkt der Entscheidungsgründe markieren die erbrechtlichen Vorschriften des Landrechts über die Entsagung einer Erbschaft. Von diesen ausgehend, legt das Obertribunal dar, dass die Erklärung des Entsagenden bei Gerichten, entweder in Person oder durch eine von ihm eigenhändig unterschriebene Vorstellung, erklärt werden müsse.⁸⁰⁰ Im zweiten Fall müsse die Unterschrift gerichtlich oder durch einen Justizkommissarius beglaubigt sein.⁸⁰¹

Allein die fehlende Beglaubigung stünde vorliegend der Wirksamkeit der Erklärung des Vormunds nicht entgegen, da das Landrecht eine Heilung dieses Formmangels für den Fall vorsah, dass nachgewiesen werden kann, dass die Entsagung dem tatsächlichen Willen des Entsagenden entsprach.⁸⁰²

Allerdings sei nach Ansicht des Obertribunals für eine wirksame Erbschaftsentsagung eine schriftliche, ausdrückliche Erklärung dahingehend, dass der Erb-

⁷⁹⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 264.

⁷⁹⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 265.

⁷⁹⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 265.

⁷⁹⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 11, S. 266.

⁸⁰⁰ § 398, 9. Titel, 1. Teil, ALR.

⁸⁰¹ § 399, 9. Titel, 1. Teil, ALR.

⁸⁰² § 400, 9. Titel, 1. Teil, ALR.

schaft entsagt werde, erforderlich.⁸⁰³ Dieses Erfordernis ergebe sich daraus, dass hinsichtlich der Annahme und Entsagung einer Erbschaft auf die für Willenserklärungen geltenden allgemeinen Bestimmungen verwiesen werde.⁸⁰⁴ Nach diesen müssten auch einseitige Willenserklärungen bei Gegenständen über fünfzig Thaler, sobald sich ihre Folgen auf die Zukunft hinaus erstrecken sollen, schriftlich abgefasst werden.⁸⁰⁵ Zudem seien für Entsagungen und Verzichtleistungen schriftliche Urkunden erforderlich.⁸⁰⁶ Schließlich bestimmte das Landrecht im Abschnitt über „*die Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten*“ aufhören, dass Erlass und Verzichtleistungen eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern.⁸⁰⁷

Hieran gemessen, könne die Erklärung des Vormunds mangels Ausdrücklichkeit nicht als wirksame Entsagung von der Erbschaft im Sinne des Landrechts aufgefasst werden. In ihr fehle eine eigene ausdrückliche Erklärung des Vormunds, dass er namens seiner Pflegebefohlenen der Erbschaft entsage. Es könne zwar sein und man kann es sogar für sehr wahrscheinlich halten, dass es die Absicht des Vormunds gewesen sei, der Erbschaft zu entsagen; der Vormund könne aber auch von der, wenn auch irrigen Ansicht, ausgegangen sein, dass neben der eingereichten Autorisation auch noch eine eigene ausdrückliche Erklärung namens seiner Pflegebefohlenen erforderlich sei, so der Senat.⁸⁰⁸ Der Mangel der vormundschaftlichen Erklärung betreffe daher nicht nur die fehlende Beglaubigung derselben, sondern einen wesentlichen Teil der Erbschaftsentsagung, die deswegen nicht wirksam sei, so das Obertribunal.⁸⁰⁹

III. Rechtliche Analyse

Das Obertribunal stellt maßgeblich auf die Form der Erbschaftsentsagung ab, wenn es betont, diese müsse ausdrücklich erfolgen und könne nicht aus dem Inhalt der Erklärung gefolgert werden. Daran, dass der Vormund der Erbschaft entsagen wollte, kann kaum ein Zweifel bestehen. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Erklärung, wonach der Unterzeichner beauftragt worden sei, der den Kindern zugefallenen Erbschaft ausdrücklich zu entsagen. Dass nicht auszuschließen war, dass der Vormund

⁸⁰³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S. 266.

⁸⁰⁴ § 392, 9.Titel, 1.Theil, ALR; Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.267.

⁸⁰⁵ § 133, 5.Titel, 1.Theil, ALR; Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.268.

⁸⁰⁶ § 134, 5.Titel, 1.Theil, ALR; Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.267.

⁸⁰⁷ § 381, 16.Titel, 1.Theil, ALR.

⁸⁰⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.263, (267).

⁸⁰⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.11, S.263, (267).

möglicherweise der irrigen Ansicht gewesen sein könnte, dass neben der Autorisation noch eine ausdrückliche Erklärung namens seiner Pflegebefohlenen erforderlich sei, wie das Obertribunal erwogen hat, erscheint hingegen fernliegend. Dann wäre anzunehmen, dass eine entsprechende Erklärung namens seiner Pflegebefohlenen gemeinsam mit der Vertretungsanzeige bei Gericht erfolgt wäre. Schließlich spricht auch der Umstand, dass bereits zuvor alle übrigen Erben der Erbschaft entsagt hatten, dafür, dass auch der Vormund eine entsprechende Absicht mit seinem beim Oberlandesgericht eingereichten Schreiben verfolgte.

Auf den Wortlaut des Landrechts lässt sich die Ansicht des Obertribunals nicht stützen. Es wurde nicht verlangt, dass für eine Erbschaftsentsagung eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist.⁸¹⁰ Allerdings sprachen gesetzessystematische Gesichtspunkte für die Annahme, dass die Entsagung der Erbschaft ausdrücklich erfolgen musste. In den Regelungen über die Verzichtserklärung wurde wörtlich bestimmt, dass diese ausdrücklich zu erfolgen hat.⁸¹¹ Da Erbschaftsentsagung und Verzichtserklärung hinsichtlich ihrer Rechtsfolge vergleichbar waren, da in beiden Fällen der Erklärende auf zukünftige Ansprüche verzichtete, spricht dies dafür, auch im Fall der Erbschaftsentsagung Ausdrücklichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzungen zu verlangen. Die vom Obertribunal nicht in Bezug genommenen Regelungen über die Vormundschaft scheinen für die Entscheidung der Frage, ob die Erbschaftsentsagung ausdrücklich zu erfolgen hat, wenig ergiebig und blieben daher zurecht unerwähnt. Insoweit bestimmte das Landrecht, dass, wenn eine Erbschaft ausdrücklich ohne Vorbehalt angetreten, oder ausdrücklich abgelehnt werden soll, dazu die Approbation des vormundschaftlichen Gerichts notwendig ist.⁸¹² Eine rechtswirksame Entsagung wurde hier bereits vorausgesetzt.

4.1.5 Entscheidung vom 9. Juni 1856 – Verhinderung des Widerrufs eines Testaments durch Betrug⁸¹³

In der Entscheidung vom 9. Juni 1856 befasst sich das Obertribunal mit dem Widerruf letztwilliger Verfügungen und der Sanktionsvorschriften für denjenigen, der jemanden an der Übergabe oder dem Widerruf seines Testaments widerrechtlich ge-

⁸¹⁰ § 398, 9. Titel, 1. Teil, ALR.

⁸¹¹ § 381, 16. Titel, 1. Teil, ALR.

⁸¹² § 644, 18. Titel, 2. Teil, ALR.

⁸¹³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 33, S. 57-69.

hindert hat.⁸¹⁴ Im Zentrum stand dabei die Regelung des Landrechts die bestimmte, dass derjenige, der den Testator am Widerruf seines Testaments gehindert hatte, alle ihm darin verschmachten Vorteile verlor und außerdem demjenigen, zu dessen Vorteil der Widerruf erfolgt wäre, zum Schadensersatz verpflichtet war.⁸¹⁵ Entscheidungserheblich war die Auslegung des Tatbestandmerkmals „hindern“ und unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen dies anzunehmen war. Problematisch war insbesondere, ob die Verhinderung des Widerrufs eines Testaments physischen Zwang voraussetzte, oder ob hierzu auch psychischer Zwang in Form des Betruges oder der Täuschung des Testators ausreichte.

I. Sachverhalt

Der an Pocken schwer erkrankte *Joseph D.* hatte am 22. August 1853 vor einer gerichtlichen Deputation, die ihn zum Zwecke der Testamentsaufnahme an seinem Wohnort besuchte, seine Hauswirtschafterin, die Witwe *P.* zu seiner Universalerbin eingesetzt und seinen Eltern, die ohne vorhandenes Testament seine gesetzlichen Erben sein würden, lediglich den Pflichtteil vermacht. Kurz nachdem die Gerichtsdeputation abgereist war, hat *Joseph D.* - wie vom Tatsachengericht festgestellt - heftigste Reue empfunden und fortwährend gejammert und ausgerufen:

„ O, Jesus! Was habe ich getan, meine Verwandten werden mich wegen des Unrechts, das ich ihnen zugefügt, nicht im Grabe ruhe lassen; ich will mein Testament zurück haben!“

Dabei hat er Anstalten gemacht, sich zu erheben und anzuordnen, dass die Gerichtsdeputation zurückgerufen wird.⁸¹⁶ Die als Erbin im Testament eingesetzte Witwe *P.* versuchte ihn mit dem Versprechen zu beschwichtigen, dass Alles nach seinem Wunsch geschehen würde. Dessen ungeachtet, sprang *Joseph D.* aus seinem Bett, rannte auf den Hof und rief seinem Knecht *Johann U.* zu:

„ Johann! Reit so bald als möglich nach der Stadt, damit das Gericht zurückkommt, und mir mein Testament zurückgibt!“

⁸¹⁴ Vgl. §§ 605-610, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

⁸¹⁵ § 607, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

⁸¹⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 33, S. 58.

Der Knecht war jedoch zu diesem Zeitpunkt auf dem Feld und konnte den Zuruf nicht hören. Dagegen hörte die Witwe *P.* die Anweisung und beruhigte *Joseph D.* indem sie ihm vorspiegelte, der Knecht habe den Ruf gehört und werde sofort in die Stadt reiten und bei Gericht die Rückgabe des Testaments beantragen.

Stattdessen hat die Witwe *P.* den Knecht anschließend tatsächlich in eine andere Stadt und zwar zum Arzt geschickt und so *Joseph D.*, der vier Tage nach den Ereignissen starb, am Widerruf seines Testaments gehindert. Die Eltern von *Joseph D.* verklagten daraufhin die Witwe *P.* und verlangten, das Testament von *Joseph D.* für unwirksam zu erklären und die Herausgabe des Nachlasses.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage mit der Begründung ab, dass *Joseph D.* bis zu seinem Tod nicht allein, sondern von anderen Personen umgeben war, deren er sich zur Realisierung seiner Absicht hätte bedienen können, so dass im Verhalten der Witwe *P.* kein „hindern“ am Widerruf eines Testaments im Sinne des Landrechts vorläge. Die Appellationsinstanz war anderer Ansicht. Diese legte den Eltern die Ablegung des Erfüllungseides hinsichtlich der Ereignisse im Anschluss an die Testamentserrichtung auf und machte hiervon die Verurteilung der Beklagten bzw. die Abweisung der Klage abhängig.⁸¹⁷ Gegen diese Entscheidung des Appellationsgerichts richtete sich die Revision der Beklagten Witwe *P.*. Die Revision wurde vom ersten Senat des Obertribunals in der Sitzung vom 9. Juni 1856 zurückgewiesen.

II. Entscheidungsgründe

Einführend referiert der Senat die maßgebliche Vorschrift des Landrecht, den § 607, 12. Titel, 1. Theil ALR. Dieser bestimmte:

Wer jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments hindert, verliert alle ihm verschafften Vorteile und muss noch außerdem denjenigen, zu dessen Besten der Widerruf gereicht haben würde, vollständig entschädigen.

Entscheidungserheblich war nach Auffassung des Obertribunals die Auslegung des Begriffs „hindern“ und insbesondere, ob ein solches zwingend physischen Zwang voraussetzte, oder ob hierfür auch psychischer Zwang ausreichen konnte. Soweit

⁸¹⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.59.

von Letzterem auszugehen war, musste in tatsächlicher Hinsicht geklärt werden, ob das Verhalten der Witwe *P.* ein „hindern“ eines Testamentswiderrufs darstellte.⁸¹⁸

In rechtlicher Hinsicht stellte sich das Obertribunal auf den Standpunkt, dass der Tatbestand des „Verhindern eines Testamentswiderrufs“ im Sinne des Landrechts, grundsätzlich auch durch bloß psychologischen Zwang verwirklicht werden kann. Zur Begründung stützte sich das Obertribunal auf den natürlichen Wortsinn, den historischen Ursprung der Vorschrift sowie gesetzssystematische und normative Gesichtspunkte.

„Verhindern“ oder „hindern“ bedeute nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, Jemanden wider dessen Willen von einer beabsichtigten Handlung durch positive Tätigkeit zurückzuhalten. Welche Mittel der Hindernde zu diesem Zweck anwendet, sei für den Begriff selbst ohne Einfluss, so dass neben physischen Zwang auch ein psychologischer Zwang in Betracht komme, so das Obertribunal.⁸¹⁹ Vor diesem Hintergrund bestehe daher keine Veranlassung zwischen den Folgen eines Betruges und denjenigen wirklichen Zwangs zu unterscheiden.

Mit Blick auf den historischen Ursprung der Vorschriften, sei - so der Senat - unverkennbar, dass diese ihre Entstehung der Indigitätslehre⁸²⁰ des römischen Rechts verdanken, so dass es zulässig erscheine, bei der Bestimmung des wahren Sinns des § 607, a.a.O., und des darin gebrauchten Ausdrucks „hindert“, auf dieses zurückzugehen. Nach römischem Recht stünden physischer Zwang und unerlaubter Zwang auf einer Stufe. Wurde der Erblasser in betrügerischer Weise von der Veränderung eines letzten Willens abgehalten, so traten danach dieselben Grundsätze ein, die auch im Fall des Zwingens des Erblassers eintraten.⁸²¹

Zudem ergebe sich unter gesetzssystematischen Gesichtspunkten, dass die Hinderung des Widerrufs eines Testaments ebenso zu beurteilen ist, wie wenn Jemand wirklich durch psychischen Zwang an dem Widerruf seines Testaments gehindert worden wäre.⁸²² Wird ein Testament wegen verübten Zwangs oder betrügerischer Verleitung für ungültig erklärt, verliert derjenige, der sich einer solchen unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat gem. § 609, 12. Titel, 1. Theil ALR sein gesetzliches Erbrecht. Es handle sich bei dieser Vorschrift, ebenso wie bei § 607, 12.

⁸¹⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.60.

⁸¹⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, 61.

⁸²⁰ Die Lehre von der Erbnunwürdigkeit: Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd.43, S.491 f..

⁸²¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.62, mit Verweis auf Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd.43, S.491 und Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, 1836, Bd.II, S.30.

⁸²² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.63.

Titel, 1. Theil ALR, um eine Strafbestimmung, da zivilrechtliche Nachteile gegen diejenigen, welche in unerlaubter Weise auf die Willensfreiheit des Testators eingewirkt hat folgen, so das Obertribunal. Darüber hinaus statuierte das Landrecht den Grundsatz, dass aus unerlaubten Handlungen dem Handelnden zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte überkämmen,⁸²³ so dass auch unter diesem Aspekt die rechtsfolgende Gleichbehandlung der betrügerischen Verhinderung eines Testamentswiderrufs und derjenigen durch physischen Zwang, gerechtfertigt sei.⁸²⁴

Abschließend führt das Obertribunal aus, dass aus moralischer Sicht derjenige, der jemanden durch Betrug, d. h. durch wissentliche oder vorsätzliche Erregung eines Irrtums, an dem Widerruf seines Testaments hindert, gewiss nicht minder unerlaubt handelt, als derjenige, welcher zu diesem Zweck physischen Zwang anwendet.⁸²⁵ Daher fände § 607, 12. Titel, 1. Theil ALR auch dann Anwendung, wenn Jemand nicht durch physischen Zwang, sondern durch betrügerische Verleitung am Widerruf seines Testaments gehindert worden ist.⁸²⁶

In tatsächlicher Hinsicht, bejahte das Obertribunal die Frage, ob vorliegend eine Verhinderung des Widerrufs des Testaments stattgefunden hat. Dem Argument des erstinstanzlichen Gerichts, das diese Frage mit der Begründung verneint hatte, dass noch andere Personen den Erblasser bis zum seinem Tode umsorgt hätten und dessen Willen hätten realisieren können, tritt das Obertribunal mit Verweis auf den Wortlaut und den Anwendungsbereich der Vorschrift entgegen. Der Begriff „hindern“ in § 607, 12. Titel, 1. Theil ALR setze nicht voraus, dass der Widerruf des Testaments absolut unmöglich sein muss. Diese Auslegung sei zu eng, denn anderenfalls seien kaum Fälle, außer dem sehr seltenen der wirklichen Einsperrung des Testators, denkbar, das und wie Jemand einen Anderen auf längere Zeit am Widerruf seines errichteten Testaments hindern könnte.⁸²⁷ Im vorliegenden Fall, habe die Beklagte alles getan, was in ihren Kräften stand, um den Erblasser an dem von ihm beabsichtigten Widerruf seines Testaments zu hindern und dieser ist in der Folge auch verstorben, ohne seine Absicht ausführen zu können.⁸²⁸

⁸²³ § 35, 3. Titel, 1. Theil ALR.

⁸²⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.64.

⁸²⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.65.

⁸²⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.68.

⁸²⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.69.

⁸²⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.69.

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals stieß im Schrifttum auf Zustimmung.⁸²⁹ Zugleich bestätigte das Obertribunal seine frühere Auslegung des § 605, 12. Titel, 1. Teil ALR.⁸³⁰ Die Entscheidungsgründe verdeutlichen, dass das Obertribunal die Vorschriften des Landrechts nicht nur anhand des Wortlauts auslegte, sondern zusätzlich den historischen Ursprung und gesetzssystematische Gesichtspunkte im Rahmen der Auslegung berücksichtigte. Darüber hinaus wurde auf den Sinn und Zweck sowie normative Erwägungen abgestellt, um den Befund zu bestätigen.

Zunächst verwundert allerdings, warum der Senat der Frage der Testierfähigkeit des schwererkrankten Testators nicht thematisierte. Wäre das Testament bereits aufgrund krankheitsbedingter Testierunfähigkeit von *Joseph D.* für unwirksam erklärt worden, hätte die Frage, ob das Verhalten der Witwe *P.* ein unerlaubtes, zu ihrer Erbenwürdigkeit führendes Verhindern eines Testamentswiderrufs konstituiert, dahinstehen können. Dass das Obertribunal dieser Frage nicht weiter nachging hat seinen Grund zum einen darin, dass diesbezüglich von den Vorinstanzen keine tatsächlichen Feststellungen getroffen wurden und zum anderen, dass in rechtlicher Hinsicht der Einwand mangelnder Testierfähigkeit unzulässig gewesen wäre. Insoweit bestimmte das Landrecht nämlich, dass der Einwand, dass jemand zur Errichtung seines Testaments durch Gewalt und Drohung gezwungen, oder durch Irrtum, Betrug, in Trunkenheit, oder in heftigen Leidenschaften verleitet worden war, bei gerichtlich aufgenommenen Verordnungen nicht zulässig war.⁸³¹ Da vorliegend eine gerichtliche Deputation das Testament des *Joseph D.* an dessen Wohnort aufgenommen hatte,⁸³² wäre der Einwand mangelnder Testierfähigkeit aufgrund Irrtums somit nicht zulässig gewesen, da sich die das Testament aufnehmenden Gerichtspersonen vor dessen Protokollierung von der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit des Testators zu überzeugen hatten.⁸³³

Dass das Obertribunal im Rahmen der Auslegung des § 607, 12. Titel, 1. Theils ALR anhand seiner Entstehungsgeschichte die Indigitätsfälle des römischen

⁸²⁹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.1184; Bielitz, Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten, 1828, Band III, S.229; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S. 303; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.149.

⁸³⁰ Entscheidung vom 4. April 1833, abgedruckt in: Simon, Rechtsprüche, 1834/1836, Bd. IV, S.81-88.

⁸³¹ § 23, 12.Titel, 1.Theil ALR.

⁸³² Vgl. § 86, 12. Titel, 1. Theil ALR.

⁸³³ Vgl. § 104, 12. titel, 1. Theil ALR.

Rechts berücksichtigte, erscheint vor dem Hintergrund, dass dieselben fast wörtlich im Landrecht kodifiziert⁸³⁴ und bereits zuvor größtenteils in älteren deutschen Partikularrechten rezipiert worden waren,⁸³⁵ gerechtfertigt. Insbesondere aus den Materialien ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Redaktoren des Landrechts von den Grundsätzen der Indigitätslehre des römischen Rechts hätten abweichen wollen.⁸³⁶ Soweit das römische Recht hinsichtlich der Erbnunwürdigkeit vom Landrecht abweichende Regelungen enthielt, betraf dies lediglich das Eintrittsrecht des Fiskus an die Stelle des Erbnunwürdigen⁸³⁷ und somit die Rechtsfolge und nicht den Tatbestand.

Die Gleichstellung von physischem und psychischem Zwang, soweit dieser das Verhindern des Widerrufs eines Testaments betraf, erscheint aber vor allem mit Blick auf den Anwendungsbereich der Vorschrift gerechtfertigt. Denn in der Tat erscheint es praktisch kaum vorstellbar, dass ein Testator über einen längeren Zeitraum physisch darin gehindert wird ein von ihm errichtetes Testament zu widerrufen. In Betracht kommen insoweit - neben dem vom Obertribunal angesprochenen Fall des Wegsperrrens des Testators - vor allem Fälle in denen der Widerruf eine verkörperte Willenserklärung darstellte, namentlich ein Schriftstück und dieses vom (widerrechtlichen) Erben zerstört oder dessen Zugang bei Gericht unterbunden wurde. Sofern der Erbe jedoch subtiler vorging und dem Erblasser vorspiegelte, dass sein Testament widerrufen worden sei und auf diese Weise in dessen Willensfreiheit eingriff, hätte sich ohne die vom Obertribunal angenommene Gleichstellung von physischem und psychischem Zwang eine Regelungslücke aufgetan.

Soweit das Obertribunal die Gleichbehandlung desjenigen der den Testator physisch am Widerruf seines Testaments hinderte und demjenigen, der hierzu psychischen Zwang einsetzte, auf moralische Erwägungen stützte, ist auch dies nachvollziehbar. In beiden Fällen wird zu Lasten Dritter, namentlich derjenigen die vom Widerruf des Testaments profitiert hätten, in die Testierfreiheit des Erblassers und zwar aus eigennützigen, von der Rechtsordnung insoweit als verwerflich und nicht schützenswert angesehenen Motiven, eingegriffen.

⁸³⁴ Vgl. Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.148.

⁸³⁵ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 2, S. 301.

⁸³⁶ Vgl. Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.204.

⁸³⁷ Ein solches Eintrittsrecht war nach preußischem Recht nicht anerkannt, vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.2, S.301; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.183.

4.1.6 Entscheidung vom 13. Januar 1865 – Vererblichkeit der Injurienklage⁸³⁸

Die vom Obertribunal im folgenden Urteil zu entscheidende Frage betraf die Vererblichkeit einer *Injurienklage*⁸³⁹. Dabei veranschaulicht der zugrundeliegende Sachverhalt die Überschneidung und das Zusammenwirken von zivilrechtlichen und strafrechtlichen Grundsätzen.

Aus rechtshistorischer Sicht behandelt sie mit der *Litis contestatic* eine Prozessrechtsfigur, die wie keine andere mit ungewöhnlich langer Beständigkeit die Gestalt des europäischen Verfahrens vom frühen Mittelalter bis tief in das 19. Jhrd. hinein bestimmt und geprägt hat.⁸⁴⁰

- a) Das Landrecht regelte im zehnten Abschnitt des zwanzigsten Titels, in diesem waren Verbrechen und ihre Strafen normiert, Beleidigungen der Ehre. Nach der Legaldefinition in § 538, 20. Titel, 2.Theil ALR begeht, wer durch geringschätziges Geberden, Worte oder Handlungen, jemanden zu kränken, oder ihn widerrechtlich zu beschimpfen sucht, eine Injurie.⁸⁴¹ Die Injurie konnte auf zivilrechtlichem Weg mit der sog. *Injurienklage* und zwar mit dem Ziel, den Beklagten die gesetzliche Strafe aufzuerlegen und, sofern Schäden hinreichend substantiiert dargelegt wurden, ihn zum Ersatz selbiger zu verpflichten, geltend gemacht werden.⁸⁴² Kläger waren zuvörderst der unmittelbar Beleidigte, sowie der Ehemann der beleidigten Ehefrau und der Vater der unter seiner Gewalt stehenden Kinder, nicht jedoch der Erbe.⁸⁴³ Darüber hinaus konnten Beleidigungen, wel-

⁸³⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.79-85.

⁸³⁹ Vgl. zum Begriff der zivilrechtlichen Injurienklage: Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd.1, S.1081 f..

⁸⁴⁰ Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.14,(20). Ferner zum Übergang von Klagen auf die Erben nach Eintritt der Litis contestatic, Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S.63; Keller, Über die Litis contestation und Urtheil, Zürich 1827.

⁸⁴¹ Hinsichtlich der Art und Weise der Beleidigung differenziert das Landrecht in den §§ 569 bis 571, 20. Titel, 2.Theil zwischen symbolischen Verbal- und Realinjurien und hinsichtlich der Schwere der Beleidigung zwischen schweren und geringen Injurien, §§ 576 bis 583, 20.Titel, 2.Theil, ALR von 1794. So wurden Realinjurien – hierunter verstand das Landrecht Beschimpfungen die in Tätlichkeiten bestehen, wodurch dem Anderen an seinem Körper Gewalt oder Verletzungen zugefügt wurden, vgl. § 570 – als grobe, symbolische und Verbalinjurien hingegen in der Regel als leichte Injurien angesehen, §§ 576, 577, 20.Titel, 2.Theil ALR.

⁸⁴² §§ 564 bis 567, 20.Titel, 2.Theil ALR; Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd.1, S.1082.

⁸⁴³ Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd.1, S.1081.

che einer ganzen Gemeinde, Corporationen, oder Familie zugefügt wurden, von deren einzelnen Mitgliedern, soweit auch sie die Injurie traf, gerügt werden.⁸⁴⁴

Ein mittelbar Beleidigter konnte auch dann auf Genugtuung und Strafe klagen, wenn derjenige, welcher unmittelbar beschimpft worden war, die Injurie nicht rügen konnte oder wollte.⁸⁴⁵ Dass allerdings der Erbe, auch wenn er weder unmittelbar- noch mittelbar beleidigt worden ist, eine vom Erblasser bereits anhängig gemachte *Injurienklage* fortsetzen konnte, war nach gemeinem Recht nicht zweifelhaft.⁸⁴⁶ Das preußische Recht enthielt keine ausdrückliche Regelung,⁸⁴⁷ sodass das Obertribunal hierüber anhand des folgenden Sachverhalts zu befinden hatte.

- b) Die *Litis contestatio* war im Kern ein Institut des Zivilprozesses das seinen Ursprung im römischen Recht hatte und im Mittelalter rezipiert wurde. Die Besonderheit der *Litis contestatio* bestand in ihrem Sinn und Zweck sowie ihren materiell-rechtlichen Wirkungen. Ein Großteil dieser materiell-rechtlichen Wirkungen ist mit denen vergleichbar die sich nach heutigem Zivilprozessrecht an die Zustellung der Klage anschließen, beispielsweise eine Unterbrechung der Verjährung, Eintritt der Rechtshängigkeit und eine Perpetuierung der Klage, sodass der Gegner bösgläubig wird.⁸⁴⁸

Das Wort *Litis* bedeutet allgemein Streit, besonders Rechtsstreit und *contestari* die Anrufung von Zeugen.⁸⁴⁹ Der Begriff *Litis contestatio* gehörte bereits der antiken römischen Rechtssprache an und kehrte mit der Wiederentdeckung des Corpus iuris civilis und mit seiner glossatorisch-kommentatorischen Bearbeitung im 12. und 13. Jhrd. zurück und wurde spätestens seit dem 15. Jhrd. von der weltlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere aber dem Reichkam-

⁸⁴⁴ § 564, 20. Titel, 2. Theil ALR.

⁸⁴⁵ § 568, 20. Titel, 2. Theil ALR.

⁸⁴⁶ Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd. 1, S.1082.

⁸⁴⁷ Zwar bestimmte § 605, 20. Titel, 2. Theil ALR von 1794, dass die Erben des Beleidigten, wenn dieser vor erhaltener Genugtuung, jedoch nach Insinuation der Klage gestorben ist, verlangen konnten, dass die Genugtuung dem Andenken des Erblassers geleistet werde. Die Vorschrift wurde aber durch die Cabinetts-Ordre vom 1. Februar 1811 ausdrücklich aufgehoben, vgl. Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd. 1, S.1082.

⁸⁴⁸ Vgl. etwa § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m § 262 ZPO, §§ 261, 263, 265 ZPO.

⁸⁴⁹ Sellert, Aktikel „Litis contestatio“, HRG Bd.III, 1990, Sp.14, (20); Keller, Über die Litis contestation, S. 2, S.66-68.

mergericht übernommen.⁸⁵⁰ In mittelalterlichen und neuzeitlichen deutschen Rechtsquellen wird *Litis contestatic* als Kriegsbefestigung oder als Streitbefestigung wiedergegeben.⁸⁵¹ Die rezipierte *Litis contestatic* ist jedoch weder mit der klassischen noch mit derjenigen des nachklassischen römischen Verfahrens identisch, sondern sie wird als realer Bestandteil, d.h. als sinnlich Wahrnehmbarer Vorgang des Prozesses verstanden.⁸⁵² Äußerlich wird die *Litis contestatic* als der Zeitpunkt markiert, in dem die Parteien Klage und Antwort dem Richter zu Gehör gebracht haben.⁸⁵³ Ihr Zweck bestand in der Kundgabe der Streitabsicht.⁸⁵⁴

Im Naturrecht wird die *Litis contestatic* ebenfalls für unverzichtbar gehalten und findet sich dementsprechend in allen durch das Naturrecht angeregten neuzeitlichen Prozessordnungen wieder.⁸⁵⁵ Im preußischen Codici Fridericiani Marchici heißt es insoweit:

*„Durch die Litis-Contestation verstehen wir, dass der Verklagte klar und deutlich auf die Hauptsache antworten müsse, dergestalt, dass man daraus vernehmen könne, ob er der Klage geständig sei, oder nicht.“*⁸⁵⁶

Da die *Litis contestatic* die Einlassung zur Hauptsache darstellte waren an sie seit jeher wichtige prozessuale und materielle Wirkungen geknüpft.⁸⁵⁷ Beispielsweise durften nach dem Zustandekommen der *Litis contestatic* keine Prozesseinreden mehr erhoben werden, eine Klageänderung war nur vor ihrem Eintritt möglich, der Prozess wurde rechtshängig, der Gegner bösgläubig und der Gegner konnte ohne *Litis contestatic* nicht in Abwesenheit verurteilt werden.⁸⁵⁸

⁸⁵⁰ Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp. 14,15, (20); Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S.39, 43.

⁸⁵¹ Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.14, (20).

⁸⁵² Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.15, (20); Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S.237.

⁸⁵³ Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.15,(20).

⁸⁵⁴ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S. 9; Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.16, (20).

⁸⁵⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S.45; Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.17, (20).

⁸⁵⁶ Cod.Fri.Mar., 3.Theil, 11. Titel, § 2.

⁸⁵⁷ Keller, Über die Litis contestation, 1827, S.76; Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.18, (20).

⁸⁵⁸ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S.55; Sellert, Aktikel „Litis contestatic“, HRG Bd.III, 1990, Sp.18, (20).

Aus Sicht des Erbrechts bestand die Rechtswirkung der *Litis contestatic* in einer Transmission der Klage. Nach erfolgter *Litis contestatic* hatte der Tod einer Partei nicht die Wirkung, dass der Prozess beendet wurde, sondern der Erbe trat an die Stelle des Erblassers und führte die Sache da fort, wo dieser sie verlassen hatte.⁸⁵⁹

I. Sachverhalt

In zwei Zivilprozessen klagten zwei unterschiedliche Kläger gegen denselben Beklagten wegen schriftlicher Beleidigung und Verleumdung. Der Beklagte wurde in beiden Prozessen erstinstanzlich verurteilt. Gegen beide Entscheidungen appellierte der Verurteilte. Im Laufe des zweitinstanzlichen Verfahrens verstarben beide Kläger. Statt ihrer legitimierten sich die Erben und wollten die Prozesse fortführen. Diesem Klägerwechsel widersprach der Beklagte.

Die Appellationsinstanz war der Ansicht, dass beide Prozesse durch den Tod des Klägers erledigt seien. Der Appellationsrichter stützte sich dabei maßgeblich auf die Vorschriften des Landrechts über den Umfang und den Begriff der Erbschaft, sowie auf den Unterschied der *Litiscontestatio* nach römischen und preußischen Recht.⁸⁶⁰ Der Begriff der Erbschaft umfasse nach preußischem Recht nur Vermögensrechte, zu denen die Injurienklage nicht gehöre. Diese sei – im Unterschied zum römischen Recht – kein Privatdelikt mehr, sodass nach den Grundsätzen der *Litiscontestatio* keine Vererbung habe stattfinden können. Das Motiv für die Vererblichkeit von Pönalklagen nach römischem Recht aufgrund *Litiscontestatio* lag darin, dass diese eine Obligation und damit ein die Vererblichkeit solcher Klagen absorbierendes Vermögensrecht in Gestalt, der dem Verletzten zufallenden Strafe schuf, aus dem die passive Vererblichkeit der Pönalklagen selbst folgen musste.⁸⁶¹

Dieser Ansicht der Vorinstanz folgte das Obertribunal nicht und hob beide Entscheidungen auf und verwies die Sache an die zweite Instanz zwecks Klärung der Schuldfrage zurück.⁸⁶²

⁸⁵⁹ Keller, Über die *Litis contestatio*, 1827, S.167; Savigny, Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 6, 1847, S.45, S.63.

⁸⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.83.

⁸⁶¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.81,83.

⁸⁶² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.85.

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal stellt am Beginn seiner Ausführungen die Klageabweisungsgründe der zweiten Instanz dar. Anschließend wird auf die rechtliche Problematik des Falls eingegangen. Insoweit führt der Senat aus, dass die Zweifel, die in der Sache lägen, auf der eigentümlichen Vermischung des Zivil- und Strafrechts bei der Verfolgung von Beleidigungsdelikten durch die preußische Gesetzgebung beruhten.⁸⁶³ Die Beleidigung sei ein mit öffentlicher Strafe bedrohtes Delikt, welches aber nur auf den Antrag des Verletzten hin strafbar sei. Bei qualifizierten Beleidigungen dürfe der Staatsanwalt Klage erheben. Geschehe dies nicht, so fände diesbezüglich, so wie auch bei allen einfachen Beleidigungen, nur der gewöhnliche Zivilprozess mit all seinen Regeln – mit Ausnahme des Eides als Beweismittel – statt. Der erkennende Richter entscheide, wie der Strafrichter, nach seiner freien Überzeugung, also mit Entbindung von den Beweisregeln des Zivilrechts. Das im Zivilprozess verfolgte Objekt bzw. der Streitgegenstand sei – so das Obertribunal – der Anspruch auf Verhängung einer öffentlichen Strafe.⁸⁶⁴

Indem das Obertribunal den mit der *Injurienklage* im Wege des Zivilprozesses zu verfolgenden Anspruch als öffentliche Strafe qualifizierte, der aufgrund dieses Charakters an und für sich unbedenklich kein vererbliches Recht darstelle, folgte es zunächst den Ausführungen des Appellationsrichters.⁸⁶⁵ Weiterhin sei anerkannt, dass dem Erben grundsätzlich kein selbständiges Recht zur Verfolgung einer dem Erblasser zugefügten Beleidigung zustehe, ungeachtet davon, ob diese nach dem Tod des Erblassers seinem Andenken, oder diesem bereits zu Lebzeiten zugefügt worden sei, sodass es auch deswegen vermeintlich an einem Anknüpfungspunkt für die Vererblichkeit der Injurienklage fehle. Dennoch erkannte der Senat abweichend von der Vorinstanz in der Natur der öffentlichen Strafbarkeit der Beleidigung eine Rechtfertigung für die Vererblichkeit der Injurienklage.⁸⁶⁶ Aus dem öffentlichen Charakter des mit der Injurienklage zu verfolgenden Strafanspruchs folgte nach Ansicht des Obertribunals aus erbrechtlicher Sicht, dass obwohl dieser in den Formen des Zivilprozesses verhandelt und entschieden werde, weder die zivilrechtlichen Vorschriften des Landrechts über die Erbschaft, noch die zivilprozessualen Vorschriften

⁸⁶³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.81.

⁸⁶⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.81.

⁸⁶⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.82.

⁸⁶⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.83.

über die Wirkungen der *Litiscontestatio* entscheidend seien.⁸⁶⁷ Vielmehr sei, sobald der Verletzte den Strafantrag rechtzeitig erhoben habe und infolgedessen der Prozess eingeleitet worden sei, zugleich auch das öffentliche Interesse durch Verfolgung des Vergehens mitbeteiligt, soweit dasselbe nicht durch Handlungen des Verletzten selbst, z.B. durch die Zurücknahme des Strafantrags, untergeordnet sei.⁸⁶⁸ Solange der Strafantrag – auch vom Beklagten bzw. Beleidiger – aufrechterhalten werde, müsse diesem durch Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld Folge geleistet werden.⁸⁶⁹ Der während des Prozesses eingetretene Tod der Kläger bzw. Beleidigten lasse weder den Strafantrag, noch das öffentliche Interesse an der Verfolgung des Vergehens, entfallen.⁸⁷⁰

Besonders anschaulich, so der Senat, werde dies am vorliegenden Rechtsstreit. Das öffentliche Vergehen des Beklagten sei durch die erstinstanzliche Verurteilung zur Strafe bereits festgestellt.⁸⁷¹ Es würde daher der Natur einer solchen Verurteilung widersprechen, wenn sie durch den Tod des Verletzten vor der Rechtskraft ipso jure als erloschen angesehen würde, zumal auch der Beklagte unter Umständen fordern könne, dass über seine Schuld definitiv entschieden wird, so das Obertribunal.⁸⁷²

III. Rechtliche Analyse

Das Urteil zeigt, dass der Senat im Rahmen der Entscheidungsfindung bereit war, materiell-rechtlichen und rechtshistorischen Gesichtspunkten abzurücken. Im Unterschied zur Appellationsinstanz rekurrierte das Obertribunal weder auf die materiell-rechtlichen Vorschriften des Landrechts zum Begriff der Erbschaft, noch auf die Prozessrechtsfigur der *Litiscontestatio*.

Dabei lassen sich mit Blick auf die erbrechtlichen Vorschriften des Landrechts durchaus Argumente für die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Injurienklage kein zur Erbschaft gehörendes Vermögensrecht ist, gewinnen.

Gemäß dem Wortlaut von § 350, 9.Titel, 1.Theil ALR, bestand die Erbschaft eines Verstorbenen aus dem Inbegriff aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte

⁸⁶⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.84.

⁸⁶⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.84.

⁸⁶⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.84.

⁸⁷⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.85.

⁸⁷¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.85.

⁸⁷² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.55, S.85.

und Pflichten. Nach Ansicht der Vorinstanz und des Obertribunals ist der mit der Injurienklage vom Beleidigten zu verfolgende Anspruch aber auf Verhängung einer öffentlichen Strafe gerichtet.⁸⁷³ Anspruchsinhalt war demnach kein vermögenswertes Recht. Dies spricht dagegen, die Injurienklage als Recht des Erblassers und damit als Bestandteil der Erbschaft in Sinne von § 350, 9. Titel, 1. Teil ALR zu qualifizieren. Hinzukommt, dass dieses Recht auf Bestrafung durch den Staatsanwalt geltend gemacht wurde und somit originär der öffentlichen Gewalt zugewiesen war. Schließlich war auch das Bestehen des Rechts auf Strafanspruch – anders als im vorliegenden Fall, indem dieses aufgrund erstinstanzlicher Verurteilung feststand – ohne gerichtliche Verurteilung ungewiss. Mithin ist die Zugehörigkeit des Strafanspruchs zur Erbmasse unbestimmt und auch aus diesem Grund die Aktivlegitimation der Erben nicht ohne Zweifel. Zudem sprach aus gesetzessystematischer Sicht der Umstand, dass die Injurienklage nicht abgetreten werden konnte,⁸⁷⁴ gegen deren Qualifikation als vermögenswertes und somit zur Erbschaft gehörendes Recht.

Gleichwohl erscheint der Ansatz des Obertribunals plausibel, wonach sowohl das Interesse des Beleidigten, als auch das Interesse des Verurteilten an einer definitiven Klärung der Schuldfrage, es gebieten, den Prozess trotz des zwischenzeitlich eingetretenen Todes des Beleidigten fortzuführen.

In prozessualer Hinsicht führte das Obertribunal aus, dass die Injurienklage, auch wenn sie bei geringen Beleidigungen im Wege des Zivilprozesses vom unmittelbar oder mittelbar Beleidigten selbst geltend gemacht werden musste, grundsätzlich eine öffentliche, von Amts wegen zu verfolgende Angelegenheit war, sodass der Tod des Beleidigten das einmal in Gang gesetzte Verfahren nicht zu beenden vermochte.⁸⁷⁵ Unterstellt, dass es sich vorliegend um eine schwere Beleidigung gehandelt hätte, wäre hierüber ein Strafverfahren geführt worden und der zwischenzeitlich eingetretene Tod des Beleidigten hätte nicht zu dessen Beendigung geführt. Insoweit war auch im gemeinen und römischen Recht anerkannt, dass die Strafgewalt nur solange gebunden war, wie sich der Beleidigte nicht für beleidigt hielt, d.h. die Injurie

⁸⁷³ Das Landrechts sah für leichte Verbalinjuriën mehrtägige Strafarbeit, Gefängnis- oder Geldstrafen vor, §§ 607-611, 20. Titel, 2. Teil ALR bis hin zu mehrjährigen Gefängnisstrafen für schwere Realinjuriën §§ 628-624, 20. Titel, 2. Teil ALR.

⁸⁷⁴ § 388, 11. Titel, 1. Teil ALR bestimmt: Injurienklagen können niemals Anderen abgetreten werden.

⁸⁷⁵ §§ 649-656, 20. Titel, 2. Teil ALR. Danach war der Richter grundsätzlich nur gehalten, schwere Verbalinjuriën und symbolische Injuriën, wenn sie an einem öffentlichen Ort oder bei einer feierlichen Gelegenheit vorgefallen sind, von Amts wegen zu verfolgen § 650 sowie Realinjuriën, wenn sie nicht unter Leuten vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande, zwischen Eheleuten, Eltern und Kindern, Lehrern und Schülern, Dienstherrschaften und Gesinde, verübt worden sind, §§ 651, 652, 653, 20. Titel, 2. Teil ALR.

nicht rügte; hatte er aber die Strafgerechtigkeit einmal angerufen, so konnte der Verlauf des Verfahrens durch den Tod des Verletzten nicht beendet werden.⁸⁷⁶

In materiell-rechtlicher Hinsicht ermöglichte die Rechtsprechung des Obertribunals zur der Vererblichkeit der Injurienklage die abschließende Klärung der Schuldfrage. Wenn Tod des mutmaßlich Beleidigten während des Verfahrens vor der zweiten Instanz zur Erledigung des Prozesses, mithin zur Strafflosigkeit des mutmaßlichen Beleidigers führen würde, wie die zweite Instanz entschieden hatte, hätte dies eine empfindliche Störung des Rechtsempfindens nach sich ziehen können, insbesondere dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, bereits in der ersten Instanz eine Verurteilung erfolgt war. Ferner stünde zu befürchten, folgte man der Ansicht der Vorinstanz, dass allein aus prozesstaktischen Erwägungen heraus, namentlich weil auf den Tod des Beleidigten spekuliert wird, vom verurteilten Beleidiger Rechtsmittel eingelegt werden, um im Todesfall eine Erledigung des Verfahrens zu erwirken.

4.2 Erbfolge

In den folgenden Entscheidungen hatte sich das Obertribunal mit dem Wesen der Erbeinsetzung, einer bedingten Erbeinsetzung und dem Anwachsungsrecht des Testamentserben zu befassen. Dabei hatte das Gericht Gelegenheit, zu der im zeitgenössischen Schrifttum umstrittenen Frage, ob der aus dem römischen Recht stammende Grundsatz *nemo pro parte testatus pro parte intestatus* auch unter der Herrschaft des Landrechts weiterhin Geltung beanspruchen kann oder obsolet geworden ist, Stellung zu nehmen.

4.2.1 Entscheidung vom 17. Oktober 1842 – Erbeinsetzung in Codicillen⁸⁷⁷

Die Änderung oder Ergänzung eines formwirksam, durch den Erblasser errichteten Testaments, mittels eines von ihm im Testament vorbehaltenen, außergerichtlichen Aufsatzes bzw. Nachzettels, beschäftigte die preußische Jurisprudenz in nicht unerheblichem Maße. Im Mittelpunkt der Diskussion stand dabei die Frage, ob derartige außergerichtliche Verfügungen aus erbrechtlicher Sicht überhaupt Wirksamkeit erlangen konnten. Sofern dies positiv beantwortet wurde, stellte sich die Frage nach

⁸⁷⁶ Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, 1860, Bd.1, S.1082.

⁸⁷⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.272-279.

etwaigen Formerfordernissen für derartige Verfügungen, nach dem Gegenstand einer solchen Verfügung und, ob diese ein wirksames Testament voraussetzen.

Den normativen Ausgangspunkt der Diskussion bildete das Spannungsverhältnis zwischen den Formvorschriften, welche das Landrecht einerseits für Testamente und Codicille vorsah⁸⁷⁸ und denjenigen die für außergerichtliche Verfügungen galten.⁸⁷⁹ Das Landrecht stellte hinsichtlich der Form letztwilliger Verfügungen den Grundsatz auf, dass jedes Testament oder Codicill in der Regel vom Testator selbst den Gerichten übergeben, oder zum gerichtlichen Protokoll erklärt werden musste.⁸⁸⁰ Als Ausnahme hiervon wurde gestattet, dass Legate, die den zwanzigsten Teil des Nachlasses wahrscheinlich, oder nach der Versicherung des Erblassers, nicht überstiegen, durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Codicille ohne gerichtliche Übergabe verordnet werden konnten.⁸⁸¹

Das Obertribunal hatte in seinem Urteil vom 6. Dezember 1799 entschieden, dass eine außergerichtliche Verordnung nicht gültig ist, die der Erblasser nach Errichtung eines rechtsbeständigen Testaments, in welchem er sich die Befugnis zur Errichtung eines solchen Codicills vorbehalten hat, gemacht hat.⁸⁸²

Demgegenüber kam ein Gutachten der Gesetzeskommission vom 23. Oktober 1800 und das Rescript des Justizministeriums vom 3. November 1800 zu dem Ergebnis, dass Codicille, die nicht gerichtlich hinterlegt wurden und den zwanzigsten Teil des Nachlasses überstiegen, als gültig zu erachten seien, wenn sich der Testator deren Errichtung in einem formwirksamen Testament vorbehalten hatte.⁸⁸³

Schließlich wurde im Wege einer Gesetzesänderung § 35 als Anhang zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR eingeführt. Die Vorschrift bestimmte, dass, wenn sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugnis vorbehielt, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern und sich dergleichen im Nachlass vorfinden, diese die gleiche Kraft wie das Testament haben sollten. Hinsichtlich der Form sah Satz 2 vor, dass die Frage, ob dergleichen Codicille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit anderen Erfordernissen versehen

⁸⁷⁸ §§ 66 f., 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁸⁷⁹ §§ 161 f., 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁸⁸⁰ § 66, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁸⁸¹ § 161, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁸⁸² Hymmen, 4. Sammlung, S.52-53; Stengel's Beiträge, Bd.12, S.225; Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher, 1858, S.447.

⁸⁸³ Rescript des Justizministeriums vom 3.11.1800, abgedruckt in: Amelangs, Neues Archiv, Bd.1, S.402; Gutachten abgedruckt bei Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher, 1858, S.447.

sein müssen, von den Bestimmungen abhängt, welche das Testament des Erblassers diesbezüglich enthält.

Anhand des folgenden Sachverhalts hatte das Obertribunal nun erneut Gelegenheit, sich zu Wirksamkeit außergerichtlicher Codicille und deren möglichem Inhalt zu äußern.

I. Sachverhalt

Die Erblasserin hatte in ihrem gerichtlich übergebenen Testament vom 21. Januar 1837 ihre zwei Enkel und ihre fünf Neffen als ihre Erben eingesetzt und zugleich verfügt, dass ihre Enkel bestimmte Gelder und Vermögen aus dem Nachlass nicht erhalten sollten. Zusätzlich hatte sich die Erblasserin vorbehalten, ihr Testament durch außergerichtliche, eigenhändig von ihr unterschriebene Aufsätze abzuändern und zu ergänzen und dass diesen Aufsätzen die gleiche Kraft zukommen soll, wie ihrem Testament selbst.

Von diesem Vorbehalt hat die Erblasserin Gebrauch gemacht und kurz vor ihrem Tod in einer, in ihrem Nachlass vorgefundenen außergerichtlichen Verordnung vom 6. März 1840, ihre Enkel zu Universalern eingesetzt und alle in ihrem Testament zu Gunsten ihrer Neffen getroffenen Bestimmung aufgehoben.

Die drei volljährigen Neffen der Erblasserin haben das Codicill anerkannt und auf ihre Rechte aus dem Testament zu Gunsten der zwei Enkel verzichtet. Der Vormund der zwei verbleibenden, noch minderjährigen Neffen, wollte das Codicille ebenfalls anerkennen. Dies wurde allerdings von der vormundschaftlichen Behörde, dem Land- und Stadtgericht zu Eisleben, nicht genehmigt.

Stattdessen wurde von einem besonders bestellten Kurator, nachdem einer der beiden Enkel verstorben war, gegen den Vormund des Überlebenden Klage erhoben und beantragt, die außergerichtliche Verfügung vom 6. März 1840 als nichtig aufzuheben und den Verklagten zu verurteilen, den gesamten Nachlass an die beiden Kläger herauszugeben. Die Kläger waren der Auffassung, dass sie im ursprünglichen Testament als Erben eingesetzt worden seien, weil den Enkeln in diesem, obwohl sie als Erben bezeichnet werden, nur bestimmte Sachen zugewiesen würden. Zudem hätte die in dem gerichtlich übergebenen Testament erfolgte Erbeinsetzung nach Auffassung der Kläger nicht durch ein nur außergerichtliches, wenngleich auch

in dem Testament vorbehaltenes Codicill, abgeändert werden dürfen. Schließlich seien aufgrund der Verzichtleistung der drei volljährigen Neffen die beiden verbleibenden minderjährigen Kläger als die einzigen Berechtigten in den Nachlass anzusehen.

Demgegenüber vertrat der Beklagte die Ansicht, dass die außergerichtliche Verfügung der Erblasserin wirksam und die einzige Quelle ihrer Entscheidung sei. Die Verzichtleistung der drei volljährigen Neffen komme nicht den Klägern, sondern den Enkeln der Erblasserin, mithin ihm als Überlebenden, zugute. Schließlich sei der Anspruch der Kläger auf die vakant gewordene Erbportion des verstorbenen Enkels unbegründet.

Das Land- und Stadtgericht zu Querfurt entschied am 20. April 1841, dass das Codicill, soweit dadurch die testamentarische Erbeinsetzung der Kläger abgeändert worden sei, ungültig und der Beklagte daher zur Herausgabe des gesamten Nachlasses verpflichtet sei.⁸⁸⁴ Das Oberlandesgericht zu Naumburg änderte die Entscheidung durch Urteil vom 4. Dezember 1841 dahingehend ab, dass der verklagte Enkel nicht zur Herausgabe des Nachlasses verpflichtet sei.⁸⁸⁵ Im Übrigen war das Appellationsgericht der Ansicht, dass das Testament eine Erbeinsetzung der klagenden Neffen enthalte, dass diese Erbeinsetzung in einem außergerichtlichen Codicille nicht habe abgeändert werden können und die Verzichtleistung der volljährigen Neffen zu Gunsten der zwei Enkel geschehen sei und deshalb der Antrag auf Herausgabe des gesamten Nachlasses nicht gerechtfertigt sei.⁸⁸⁶

Die gegen die Entscheidung des Appellationsgerichts eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Obertribunal am 17. Oktober 1842 zurückgewiesen.

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal setzt sich zunächst ausführlich mit der Begründung des Appellationsgerichts auseinander. Insbesondere den vom Appellationsgericht formulierten Grundsatz, wonach in einem Codicill weder eine Erbeinsetzung verfügt noch aufgehoben werden könne, bestätigte das Gericht. Dagegen wurden die Einwände, die der Vormund des beklagten Enkels gegen die Appellationsentscheidung geltend ge-

⁸⁸⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.274.

⁸⁸⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.275.

⁸⁸⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.275.

macht hatte, durch den Senat vergleichsweise cursorisch gewürdigt und im Ergebnis als unbegründet zurückgewiesen.

Der Haupteinwand des Beklagten betraf die Auslegung des § 35 des Anhangs zum ALR durch das Appellationsgericht. Dieses war Auffassung, die Vorschrift sei dahin auszulegen, dass eine Erbeinsetzung in einem Codicill weder erfolgen, noch aufgehoben werden kann.⁸⁸⁷ Zur Begründung stützte sich das Appellationsgericht auf die Entstehungsgeschichte des § 35 und dessen gesetzliche Verortung. Ursprung der Vorschrift sei die Entscheidung der Gesetzes-Kommission vom 23. Oktober 1800 hinsichtlich der Gültigkeit außergerichtlicher Verfügungen, die den zwanzigsten Teil des Nachlasses überstiegen. Lediglich diese Frage sei entschieden worden und keineswegs habe man sich mit der Theorie der Erbeinsetzung in Widerspruch setzen wollen.⁸⁸⁸ Dies ergebe sich zudem aus der Stellung des § 35 als Anhang zu § 163, 12. Titel, 1. Theil unter der Überschrift „außergerichtliche Verordnungen“.⁸⁸⁹

Dieser Argumentation stimmte das Obertribunal vollumfänglich zu. Ganz mit Recht sei der Appellationsrichter auf die Quelle des § 35 zurückgegangen. Diese diene der Erforschung des eigentlichen Sinns der neuen Regelung, der nicht darin liege Erbeinsetzungen in außergerichtlichen Verordnungen zu gestatten.⁸⁹⁰ Dies ergebe sich nach Ansicht des Senats aus neben den vom Appellationsgericht genannten Gründen daraus, dass in § 35 des Anhangs zu § 163 ausschließlich von Codicillen die Rede sei. Codicille unterscheiden sich jedoch von Testamenten dadurch, dass in ihnen keine Erbeinsetzung enthalten seien dürfe.⁸⁹¹ Zudem sei in dem streitgegenständlichen Codicill auch kein Widerruf der zuvor in dem Testament erfolgten Erbeinsetzung zusehen, da ein solcher nur in einem neuen Testament oder in der für ein Testament erforderlichen Form hätte erfolgen können.⁸⁹² Die in dem außergerichtlichen Codicill erfolgte Erbeinsetzung der beiden Enkel sei daher unwirksam.⁸⁹³

⁸⁸⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.275.

⁸⁸⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.276.

⁸⁸⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.277.

⁸⁹⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.279.

⁸⁹¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.279.

⁸⁹² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.279.

⁸⁹³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.279.

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals, wonach die in einem Testament verfügte Erbeinsetzung durch ein vorbehaltenes Codicille nicht geändert werden kann, stieß im zeitgenössischen Schrifttum auf Zustimmung.⁸⁹⁴

Bemerkenswert ist mit Blick auf die Auslegungspraxis des Obertribunals, dass hinsichtlich des § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR nahe zu ausschließlich auf Entstehungsgeschichte und die der Vorschrift zugrundeliegende gesetzgeberische Intention abgestellt wird. Die Auslegung der Norm anhand ihres Wortlauts sowie mit Blick auf gesetzssystematische Gesichtspunkte trat demgegenüber zurück. Hintergrund dieser Gewichtsverlagerung innerhalb der Auslegungsparadigmen im Rahmen dieser Entscheidung, dürfte die bisherige Rechtsprechung des Obertribunals zur Wirksamkeit außergerichtlicher Verfügungen gewesen sein. Das Obertribunal hatte außergerichtliche Codicille zunächst als unwirksam qualifiziert.⁸⁹⁵ Demgegenüber ging die Gesetzeskommission von einer (eingeschränkten) Wirksamkeit außergerichtlicher letztwilliger Verfügungen aus, so dass schließlich § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR kodifiziert wurde. Der Senat hatte bei seiner Entscheidungsfindung somit die legislatorischen Erwägungen, die der Kodifizierung des § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR vorausgegangen waren, vor Augen und berücksichtigte diese schwerpunktmäßig im Rahmen der Auslegung. Insofern erscheint die von der Entstehungsgeschichte und der gesetzgeberischen Intention ausgehende Auslegung des § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR durch das Obertribunal durchaus konsequent und offenbart eine gewisse „Flexibilität“ des Gerichtshofes im Rahmen der Rechtsanwendung. Gleichwohl offenbart das primäre - um nicht zuzugestehen „stoische“ - Abstellen des Obertribunals auf die Entstehungsgeschichte und die gesetzgeberische Intention im Rahmen der Auslegung des § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR, dass das Gericht nicht gänzlich losgelöst von der legislativen Gewalt agierte und bei der Entscheidungsfindung den preußischen Gesetzgeber und dessen „Wille“ nicht aus den Augen verlor.

Von einer „Untertanenmentalität“ des Obertribunals kann dennoch nicht gesprochen werden. Die Entscheidung des Senats, dass die in einem Testament verfügte Erbeinsetzung durch ein vorbehaltenes Codicille nicht geändert werden kann,

⁸⁹⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.502; Koch, Das Preussische Erbrecht, 1866, S.637; ders in: Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.52.

⁸⁹⁵ Hymmen, 4. Sammlung, S.52-53; Stengel's Beiträge, Bd.12, S.225; Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der Preussischen Rechtsbücher, 1858, S.447.

fand im Wortlaut des § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR und unter gesetzssystematischen Gesichtspunkten eine zusätzliche Stütze.

§ 35 bestimmte, dass ein Testator der sich in einem Testament die Errichtung eines außergerichtlichen Codicills vorbehalten hatte, berechtigt sein soll, sein Testament durch einen außergerichtlichen Aufsatz abzuändern und zu ergänzen und, dass dergleichen Nachträgen mit dem Testament die gleiche Kraft beizulegen sei. Die Vorschrift knüpfte somit die erbrechtliche Terminologie des Landrechts an. Der Inhalt der Vorschrift steht im Zusammenhang mit allen übrigen Begriffen des Erbrechts, so dass die Worte des § 35 nicht aus ihrer Verbindung mit dem Ganzen herausgerissen und nach dem gemeinen Sprachgebrauch verstanden werden dürfen.⁸⁹⁶ Dies streitet dafür, § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR nicht losgelöst und isoliert von den übrigen Vorschriften des preußischen Erbrechts auszulegen und jeder, in einem vorbehaltenen Codicill enthaltenen Verfügung, insbesondere in Gestalt einer Erbeinsetzung, dieselbe Kraft wie einer testamentarischen Verfügung beizumessen.

Nach den Grundsätzen des Landrechts konnte eine Erbeinsetzung nur in einem Testament erfolgen.⁸⁹⁷ Mithin war § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR eingeschränkt auszulegen, wenn in einem testamentarisch vorbehaltenen, außergerichtlich verfassten Aufsatz eine Erbeinsetzung enthalten war. In diesem Fall fand die Regelung keine Anwendung.

Darüber hinaus enthielt § 35 Formvorgaben und statuierte testamentarisch vorbehaltene Codicille als Institut im preußischen Recht.⁸⁹⁸ Materiell-rechtliche Vorgaben zur Art und Weise der Erbeinsetzung enthielt die Regelung nicht. Auch aus diesem Grund war sie nicht anwendbar, wenn in außergerichtlichen testamentarisch vorbehaltenen Codicillen eine Erbeinsetzung enthalten war.

Zudem setzte § 35 ein wirksames Testament und somit eine Erbeinsetzung voraus. Die Regelung war mithin akzessorisch, was ebenfalls für ihren, die materiellen Vorschriften des Landrechts lediglich ergänzenden Charakter spricht.

Die eingeschränkte Anwendbarkeit die § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1. Teil ALR in der Auslegung des Obertribunals erfahren hat, scheint darüber hinaus den Motiven der Redaktoren des Landrechts entsprochen zu haben, ohne dass das Obertribunal auf diese explizit Bezug nimmt. *Suarez* führte im Rahmen der Revision des Entwurfs das Landrechts ausdrücklich aus, dass im Landrecht alle letztwilli-

⁸⁹⁶ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.639.

⁸⁹⁷ Vgl. § 3, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁸⁹⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.637.

gen Dispositionen, sie mögen Erbeinsetzungen selbst, oder Verfügungen über einzelne Stücke, Teile oder Summen des Nachlasses betreffen, den gleichen Formerfordernissen unterworfen werden.⁸⁹⁹ Das zugrundeliegende Anliegen war, dass ein förmlich errichtetes Testament aus Beweisgründen nicht durch einen außergerichtlichen Aufsatz des Erblassers in Frage gestellt werden sollte. Mit dieser gesetzgeberischen Intention wäre es nicht zu vereinbaren gewesen, wenn das Obertribunal eine Erbeinsetzung in einem außergerichtlichen Codicille zugelassen hätte.

4.2.2 Entscheidung vom 04. Dezember 1844 – Erbeinsetzung von Notherben⁹⁰⁰

Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt offenbart mit Blick auf das anzuwendende Recht, dass auch mehr als 50 Jahre nach der Einführung des Landrechts, bei der Richterschaft bisweilen Unklarheit darüber bestand, welche Vorschriften und Grundsätze sie ihrer Entscheidung zu Grunde legen sollten. Das Obertribunal hatte daher im Rahmen des Rechtsstreits Gelegenheit das Verhältnis des Allgemeinen Landrechts zu den in den preußischen Provinzen, namentlich der Mark Brandenburg, fortgeltenden Partikularrechten näher zu bestimmen. In materiell-rechtlicher Hinsicht treffen die Vorschriften des Landrechts über die Form der Erbeinsetzung und die über das Recht der Notherben bzw. des Pflichtteilsrechts aufeinander.

I. Sachverhalt

Der Tuchmachermeister *B.* hatte gemeinsam mit seiner Ehefrau unter dem 15. Oktober 1842 in Zielenzig vor dem dortigen Land- und Stadtgericht ein wechselseitiges Testament gerichtlich zu Protokoll gegeben. In diesem setzten sich die beiden Eheleute, in Ermangelung von Kindern, gegenseitig zu Alleinerben ein. Die Ehefrau hatte allerdings am Schluss ergänzend hinzugefügt, dass ihre Mutter noch am Leben sei und dass sie diese, wenn sie Einwendungen gegen das wechselseitige Testament geltend mache, „auf das Pflichtteil einsetze“.⁹⁰¹

Die Ehefrau verstarb kurz darauf am 12. Dezember 1842. Ihr Ehemann trat daraufhin die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament an, erklärte sich zudem

⁸⁹⁹ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.76.

⁹⁰⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.419-226.

⁹⁰¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.420.

bereit, der Mutter seiner Ehefrau den Pflichtteil zu gewähren und erstellte ein Nachlassinventar.

Die Mutter der Erblasserin hielt das Testament gemessen am insoweit in der Mark Brandenburg zu Anwendungen gelangenden gemeinen Recht für ungültig.⁹⁰² Sie war der Ansicht, sie sei nicht ausdrücklich als Erbin eingesetzt und somit übergegangen worden. Daher sei die Intestaterbfolge eröffnet. Nach dieser stünde ihr - falls der überlebende Ehemann sein Vermögen nicht miteinbringen wolle - der gesamte Nachlass allein zu, so die Auffassung der Klägerin. Sie trat deshalb vor dem Land- und Stadtgericht in Zielenzig gegenüber dem Ehemann der Erblasserin klagend auf und beantragte, dass Testament ihrer Tochter für ungültig zu erklären und den Ehemann der Erblasserin zu verurteilen, den gesamten Nachlass ihrer Tochter nach der gesetzlichen Erbfolge zu verteilen.

Das Gericht erster Instanz gab der Klage am 30. Dezember 1843 statt. Der zweite Senat des Oberlandesgerichts Frankfurt an der Oder änderte am 14. Februar 1844 diese Entscheidung und wies die Klage ab. Die von den Erben der inzwischen verstorbenen Klägerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Obertribunal am 4. Dezember 1844 verworfen.

II. Entscheidungsgründe

Am Beginn der Entscheidungsgründe rekurriert der erste Senat des Obertribunals zunächst auf die Urteilbegründung der Appellationsinstanz, um sich anschließend mit den hiergegen ins Feld geführten Einwänden der Kläger auseinanderzusetzen.

Der Appellationsrichter war der Ansicht, dass die Vorschriften des Landrechts über die Rechte des Notherben, dem Pflichtteil und der Enterbung in der Mark Brandenburg im entscheidungserheblichen Zeitraum noch suspendiert seien und insoweit die Vorschriften des römischen Rechts zur Anwendung kämen.⁹⁰³ Dagegen seien die Vorschriften des Landrechts über die Form der Erbeinsetzung nach Auffassung der Appellationsinstanz nicht suspendiert. Gemäß der insoweit maßgeblichen Vorschrift des Landrechts, war jede Erklärung des Testators aus der sich ergibt, dass er nach seinem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden will, als eine Erbeinsetzung anzusehen.⁹⁰⁴ Zudem könne nach § 45, 12. Ti-

⁹⁰² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.419.

⁹⁰³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.421.

⁹⁰⁴ § 4, 12.Titel, 1.Theil ALR.

tel, 1. Theil ALR ein Teil des Nachlasses Gegenstand einer Erbeinsetzung sein, so das Appellationsgericht. Gemessen an diesen Vorschriften enthalte der Schluss des wechselseitigen Testaments - da es auf die beigefügte Potestativbedingung nicht ankäme - eine Erbeinsetzung der Mutter der Erblasserin auf den Pflichtteil. Im Ergebnis gelangte das Appellationsgericht dazu, dass von einer unzulässigen Enterbung der Klägerin ebenso wenig die Rede sein könne, wie von einer Übergehung derselben, weshalb ihre Klage mit dem Ziel das wechselseitige Testament für unwirksam zu erklären und stattdessen die gesetzliche Erbfolge zu eröffnen, als unbegründet abzuweisen war.⁹⁰⁵

Dem traten die Kläger mit dem Argument entgegen, die Anwendung der Vorschriften des Landrechts über die Erbeinsetzung auf den vorliegenden Fall sei unzutreffend, da der Appellationsrichter selbst anerkenne, dass in der Mark die Lehre vom Notherbenrecht nach römischem Recht zu beurteilen sei und nach diesem müssten Notherben ausdrücklich als Erben in einem Testament eingesetzt werden, anderenfalls sei das Testament nichtig.⁹⁰⁶ Zudem sei die Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften des 12. Titels des Landrechts fehlerhaft weil diese, obgleich sie nicht suspendiert seien, nur subsidiär zu den Provizialgesetzen gelten würden.⁹⁰⁷

Dieser Argumentation vermochte das Obertribunal nicht folgen. Zutreffend sei zwar, dass nach römischem, wie nach gemeinem Recht ein Notherbe entweder zum wirklichen Erben ernannt oder förmlich enterbt werden müsse und dass bei Nichtbeachtung dieser Vorgabe die Erbeinsetzung ungültig sei und dass diese Grundsätze vorliegend zur Anwendung kämen, weil die abweichenden Bestimmungen des Landrechts insoweit suspendiert seien.⁹⁰⁸ Allerdings habe der Appellationsrichter angenommen, dass vorliegend diesen Vorgaben des gemeinen Rechts entsprochen worden sei, denn er habe die Erklärung am Schluss des Testaments als eine wirkliche Erbeinsetzung der Mutter der Erblasserin auf den Pflichtteil qualifiziert. Diese Auslegung des streitgegenständlichen Testaments und der darin enthaltenen Ergänzung der Erblasserin sei nicht zu beanstanden und eine Entscheidung wider den Grundsätzen des in der Mark insoweit vom Landrecht abweichend geltenden gemeinen Recht, sei nach Ansicht des Obertribunals nicht zu erkennen.⁹⁰⁹

⁹⁰⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.422.

⁹⁰⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.423.

⁹⁰⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.423.

⁹⁰⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.424.

⁹⁰⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.424.

Soweit die Kläger dem Appellationsgericht vorwarfen, die Erbeinsetzung der Klägerin unrichtigerweise anhand der Vorschriften des Landrechts und nicht an denen des römischen Rechts beurteilt zu haben, wies der Senat die Kritik ebenfalls zurück. Die Form der Erbeinsetzung musste nach Auffassung des Obertribunals schon deswegen auf Grundlage der Bestimmungen des Landrechts beurteilt werden, weil das römische Recht eine spezielle Form der Erbeinsetzung nicht vorschrieb, sondern vielmehr Einigkeit darüber bestünde, dass der Gebrauch des Wortes „Erbe“ hierfür nicht erforderlich sei.⁹¹⁰ Die Frage, ob eine wirklich erfolgte Erbeinsetzung nach Inhalt des Testaments anzunehmen sei, könne unter Zugrundelegung der Vorschriften des Landrechts erfolgen, so das Obertribunal.⁹¹¹ Dies umso mehr, als dass gemäß des Publikations-Patents vom 5. Februar 1794 hinsichtlich der Formvoraussetzungen einer Erbeinsetzung angeordnet sei, dass entweder die Vorschriften der früheren Gesetze oder auch die Regelungen des Landrechts zu beachten seien.⁹¹²

III. Rechtliche Analyse

Das Obertribunal befasst sich zunächst mit der Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Klägerin. Die Wirksamkeit der damit verbundenen Bedingung thematisiert der Senat nicht.

Sowohl das Appellationsgericht, als auch das Obertribunal nahmen übereinstimmend an, dass in der Mark Brandenburg die Vorschriften des Landrechts über das Notherbenrecht, den Pflichtteil und die Enterbung suspendiert seien und stattdessen insoweit die Grundsätze des römischen Rechts zu Anwendung gelangen würden. Nach diesen musste der Testator den bzw. die Pflichtteilsberechtigten entweder ausdrücklich auf ihren Pflichtteil einsetzen oder sie ausdrücklich unter Angabe eines Grundes ausschließen. Anderenfalls war das Testament aus formellen Gründen unwirksam.⁹¹³ Hiervon ging auch das Obertribunal aus.⁹¹⁴

Die streitgegenständliche Erklärung am Ende des Erbvertrages, nach welcher die Erblasserin ihre Mutter auf den Pflichtteil unter der Bedingung eingesetzt hat, dass diese keine Einwendungen gegen den Erbvertrag erheben würde, stellt keinen

⁹¹⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.425.

⁹¹¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.425.

⁹¹² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.425.

⁹¹³ Francke, Das Recht der Notherben und Pflichtteilsberechtigten, 1831, S.383; Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.395.

⁹¹⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.423.

Entzug des Pflichtteils aufgrund eines bestimmten Grundes dar. Mithin wäre die erbvertragliche Erbeinsetzung der Klägerin/Mutter, gemessen an den Grundsätzen des römischen Rechts über den Pflichtteil insgesamt unwirksam, wenn die Erklärung nicht dahingehend ausgelegt werden konnte, dass die Erblasserin ihre Mutter auf den Pflichtteil eingesetzt hat. Eben dies hat das Obertribunal in Übereinstimmung mit der Vorinstanz angenommen und insoweit nur beiläufig und unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Appellationsgericht dargelegt, dass es auf die beigefügte Potestativbedingung nicht ankäme.

Die Auslegung der erbvertraglichen Erklärung der Erblasserin dahingehend, dass sie ihre Mutter auf den Pflichtteil und somit zu ihrer (aliquoten) Erben einsetzen will, erscheint gemessen an den Vorschriften des Landrechts nicht zwingend, weshalb insoweit eine ausführlichere Begründung seitens des Obertribunals wünschenswert gewesen wäre.

Nach den Vorgaben des Landrechts konnte eine letztwillige Verfügung mit einer Bedingung verknüpft werden.⁹¹⁵ In diesen Fällen gelangten die allgemeinen Vorschriften über Bedingungen, die einer Willenserklärung zulässigerweise beigefügt werden konnten, zur Anwendung.⁹¹⁶ Nach den allgemeinen Vorschriften entfaltete eine aufschiebende Bedingung, die so beschaffen war, dass sie von einer ganz unbestimmten Willkür des Erklärenden oder dessen, welcher durch die Erklärung verpflichtet werden soll, abhängt, keine rechtliche Wirkung.⁹¹⁷ Gemeint sind damit Potestativbedingungen.⁹¹⁸ Hinsichtlich der streitgegenständlichen Erklärung der Erblasserin, nahm das Obertribunal eine solche Potestativbedingung an, da die Geltendmachung von Einwänden gegen den Erbvertrag allein vom Willen der Mutter der Erblasserin abhing. Daher wurde der entsprechende Zusatz im Erbvertrag vom Obertribunal als rechtlich unerheblich qualifiziert und nur die Einsetzung der Klägerin auf den Pflichtteil als rechtsbeständig erachtet.

Diese - gewissermaßen geltungserhaltende - Auslegung der erbvertraglichen Schlusserklärung findet zwar eine Stütze in den maßgeblichen Vorschriften des Landrechts, über die Auslegung letztwilliger Verfügungen. Gleichwohl erscheint auch das gegenteilige Ergebnis, das heißt eine Auslegung der erbvertraglichen Erklärung der Tochter dahingehend, dass sie ihre Mutter gänzlich enterben und nicht bloß auf den Pflichtteil einsetzen wollte denkbar.

⁹¹⁵ §§ 61, 478 ff., 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁹¹⁶ § 62, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁹¹⁷ § 108, 4. Titel, 1. Teil ALR.

⁹¹⁸ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886 Bd. 1, S. 93.

Das Landrecht bestimmte hinsichtlich der Auslegung letztwilliger Verfügungen, dass diese im Zweifel so auszulegen sind, dass sie nach den Vorschriften des Gesetzes am besten bestehen konnten und dem eingesetzten Erben zum Vorteil gereichen.⁹¹⁹ Der ersten Regel entsprach die Auslegung des Obertribunals und der Vorinstanz, da der Erbvertrag und die Einsetzung der Klägerin auf den Pflichtteil wirksam blieben, soweit lediglich die Unwirksamkeit der beigefügten Bedingung angenommen wurde. Der zweiten Auslegungsregel wurde mit Blick darauf, dass die Erklärung im Übrigen und somit der für den Ehemann als Erben vorteilhafte Erbvertrag als wirksam erachtet wurden ebenfalls entsprochen. Wäre der Erbvertrag in Gänze für unwirksam erklärt worden, wie von der Klägerin beantragt, wäre die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung gelangt in deren Folge der Ehemann den Nachlass mit der Mutter der Erblasserin, unter Einbringung seines Vermögens, hätte teilen müssen. Dies blieb ihm erspart, wenn man eine Erbeinsetzung der Mutter lediglich auf den Pflichtteil annahm. Insoweit führt das Obertribunal aus, dass die Frage, ob ein eine wirkliche Erbeinsetzung nach dem Inhalt des Testaments anzunehmen sei, unter Zugrundelegung der Vorschriften des Landrechts zu beantworten sei.⁹²⁰ Nach den Vorschriften des Landrechts war jede Erklärung des Testators aus der sich ergab, dass er den Inbegriff seines Nachlasses oder einen Teil desselben, einer oder mehrere Personen hinterlassen will, als Erbeinsetzung anzusehen.⁹²¹ Ob sich vorliegend aus der Erklärung der Erblasserin, wonach ihre Mutter den Pflichtteil erhalten solle, wenn diese Einwände gegen den Erbvertrag geltend macht, tatsächlich ergibt, dass sie ihre Mutter als (aliquote) Erbin auf den Pflichtteil einsetzen wollte, darf indes bezweifelt werden. Vielmehr spricht die beigefügte Bedingung für das Gegenteil. Nur für den Fall, dass die Mutter Einwände gegen den Erbvertrag geltend machen würde, sollte sie den Pflichtteil erhalten. Für den Fall, dass keine Einwände erhoben wurden, sollte die Mutter nach dem - vermeintlichen - Willen der Erblasserin hingegen nichts erhalten. Bei dieser Auslegung der streitgegenständlichen Erklärung wäre von einer grundlosen Enterbung bzw. einer unzulässigen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten auszugehen, mit der Folge, dass der Erbvertrag nach den insoweit unstrittig zur Anwendung gelangenden Grundsätzen des römischen Rechts über das Notherbenrecht insgesamt als unwirksam zu qualifizieren wäre, mithin die gesetzliche Erbfolge Platz gegriffen hätte und die Nichtigkeitsbeschwerde begründet gewesen wäre.

⁹¹⁹ §§ 519, 520, 12. Titel, 1. Teil ALR.

⁹²⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 12, S. 425.

⁹²¹ §§ 4, 45, 12. Titel, 1. Teil ALR.

4.2.3 Entscheidung vom 24. November 1851 – Zum Wesen der Erbeinsetzung⁹²²

In der Entscheidung vom 24. November 1851 nimmt das Obertribunal zum Wesen der Erbeinsetzung Stellung und erkennt, dass hierfür grundsätzlich jede letztwillige Verordnung genügt, aus der sich die Absicht des Erblassers ergibt, über den Inbegriff seines Nachlasses verfügen zu wollen. Die Frage, wann von einer Erbeinsetzung auszugehen war und insbesondere die Auslegung der Erklärung des Erblassers beschäftigte die preußische Rechtsprechung in nicht unerheblichem Maße.

Die Entscheidung vom 24.11.1851 knüpft insoweit an die vorstehenden Entscheidungen des Obertribunals über die Form der Erbeinsetzung⁹²³ an und ergänzt und konkretisiert die Rechtsprechung des Senats zur Auslegung letztwilliger Verfügungen.⁹²⁴

Aus erbrechtlicher Sicht wird erneut die Abgrenzung einer Erbeinsetzung zu einem Codicill angesprochen. Hinsichtlich ersterer bestimmte das Landrecht, dass jede Erklärung eines Testators, die ergibt, dass er nach seinem Tod den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, als eine Erbeinsetzung anzusehen ist.⁹²⁵ Dagegen werden einseitige Willenserklärungen, durch welche jemand nur über einzelne und bestimmte Stücke, Summen, Rechte oder Pflichten auf den Todesfall verordnet, als Codicille bezeichnet.⁹²⁶ Die Abgrenzung dahingehend, ob eine letztwillige Verfügung eine Erbeinsetzung oder ein Codicill darstellte, war insbesondere für die gesetzlichen Erben und deren Partizipation am Nachlass von erheblicher Bedeutung. Hatte jemand einer oder mehreren Personen seinen Nachlass dergestalt beschieden, dass die Absicht erkennbar wurde, ihnen den ganzen Inbegriff desselben allein zuwenden zu wollen, waren die gesetzlichen Erben gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen.⁹²⁷ Hatte der Erblasser aber nicht über das Erbrecht selbst, sondern ausdrücklich nur über gewisse Stücke, Summen, oder Anteile seines Nachlasses verfügt, stand das Erbrecht den gesetzlichen Erben zu und diesen fiel alles zum Nachlass Gehörende, so weit nicht anderweitig verfügt

⁹²² Archiv für Rechtsfälle, Bd.4, S.110-115.

⁹²³ Besprochen unter Ziff. 4.2.1, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.272-279.

⁹²⁴ Vgl. Entscheidung vom 04.Dezember 1844, besprochen unter Ziff.4.2.2; Entscheidungen des Obertribunals, Bd.12, S.419-226.

⁹²⁵ § 4, 12.Titel, 1.Theil ALR.

⁹²⁶ § 5, 12.Titel, 1.Theil ALR.

⁹²⁷ § 254, 12.Titel, 1.Theil ALR von 1794.

wurde, anheim.⁹²⁸ Zudem hatte das Obertribunal bereits in der Entscheidung vom 17.10.1842 entschieden, dass eine Erbeinsetzung in einem testamentarisch vorbehaltenen Codicille unwirksam ist.⁹²⁹ Dies dürfte auch für eine in einem Codicille enthaltene Erbeinsetzung anzunehmen sei.

Problematisch war die Abgrenzung einer Erbeinsetzung zum Codicill in den Fällen, in denen mittels letztwilliger Verfügung über einzelne Stücke des Nachlasses disponiert wurde und hierdurch zugleich nahezu der gesamte Nachlass aufgezehrt wurde.

I. Sachverhalt

Der im Jahre 1850 in Magdeburg verstorbene Erblasser hatte in seinem Testament mehreren Personen bestimmte Teile seines Nachlasses zugewiesen. Zu den Begünstigten gehörten unter Anderen die Armen in Magdeburg, denen der Erblasser 4000 Reichstaler in Wechselln, zur Errichtung einer Stiftung hinterließ. Der Magistrat, als Vertreter der städtischen Armenverwaltung, verlangte nun vom Curator des Nachlasses die Anerkennung der städtischen Armutsverwaltung als Testamentserbin und klagte hierauf.⁹³⁰

Die Richter erster und zweiter Instanz verurteilten den Beklagten antragsgemäß. Sie stützten sich hierbei im Wesentlichen darauf, dass nach dem ALR – in Übereinstimmung mit dem Gemeinen Recht – eine Erbeinsetzung hinsichtlich einzelner Sachen möglich sei und es im Übrigen nur darauf ankomme, dass der Testator die Absicht gehabt habe, über den ganzen Inbegriff des Nachlasses zu verfügen.⁹³¹ Dem folgte das Obertribunal und wies die gegen das Urteil des Zivilsenats des Königlichen Appellationsgerichts zu Magdeburg eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. Februar 1851 zurück.⁹³²

⁹²⁸ § 256, 12. Titel, 1. Theil ALR von 1794.

⁹²⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 8, S. 272-279.

⁹³⁰ Die Passivlegitimation des Curators ergibt sich aus §§ 471, 473, 9. Titel, 1. Theil, ALR. Danach konnte ein Richter, wenn nicht bekannt ist, wer Erbe ist, nach Ablauf von drei Monaten vom Todestage des Erblassers an, oder auch noch früher, wenn es die Umstände des Nachlasses erforderten, demselben einen Curator bestellen; der Curator hatte dann wegen der Verwaltung des Nachlasses die Rechte und Pflichten eines Vormunds. Archiv für Rechtsfälle, Bd. 4, S. 110.

⁹³¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 4, S. 111.

⁹³² Archiv für Rechtsfälle, Bd. 4, S. 115.

II. Entscheidungsgründe

Hinsichtlich der Auslegung einer letztwilligen Verfügung stellt das Obertribunal zunächst fest, dass es für die Erkennbarkeit der Absicht des Erblassers, über den gesamten Nachlass verfügen zu wollen, nicht erforderlich sei, dass dieser ausdrücklich die Worte "den Inbegriff des Nachlasses" gebraucht.⁹³³ Die Absicht des Erblassers, über den Inbegriff des Nachlasses verfügen und somit aus rechtlicher Sicht eine Erbeinsetzung vornehmen zu wollen, lasse sich möglicherweise auch dann annehmen, wenn sie nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt worden sei.⁹³⁴

Vorliegend war der Umstand, dass der Erblasser ausdrücklich über seinen gesamten Nachlass und nicht nur bezüglich einzelner Teile desselben zugunsten der von ihm benannten Personen, hierzu gehörte auch die Städtische Armenverwaltung, verfügt hatte, ausschlaggebend dafür, dass das Obertribunal die Absicht des Erblassers annahm, über den Inbegriff seines (gesamten) Nachlasses verfügen und damit eine Erbeinsetzung der Begünstigten habe anordnen wollen.⁹³⁵ Hinzu kam, dass der Erblasser erklärt hatte, aufgrund des Mangels von Verwandten seinen Nachlass nur befreundeten Personen, aber auch der Armenverwaltung, zuwenden zu wollen.⁹³⁶

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung knüpft an die bisherige Rechtsprechung des Obertribunals für die Annahme einer Erbeinsetzung an.

Aus rechtlicher Sicht findet sie im Wortlaut der maßgeblichen Regelung des Landrechts, wonach jede Erklärung des Testators, die erkennen lässt, dass er nach seinem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, als Erbeinsetzung anzusehen ist, eine entscheidende Stütze. In diesem Zusammenhang betont das Obertribunal, dass nach der in Rede stehenden Vorschrift des ALR für eine Erbeinsetzung keine entsprechende, ausdrückliche Bezeichnung in dem jeweils auszulegenden Testament enthalten sein müsse. Vielmehr ist, wie die Formulierung „*jede Erklärung eines Testators, woraus erhellet*“ nahelegt, allein die (erkennbare) Absicht des Erblassers, über den Inbegriff des Nachlasses verfügen zu wollen, maßgeblich dafür, ob eine Erbeinsetzung oder ein Codicill vor-

⁹³³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.4, S.114.

⁹³⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.4, S.114.

⁹³⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.4, S.114.

⁹³⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.4, S.115.

liegt. Überdies spricht der Begriff *erhellet* und die Bezugnahme auf die Erklärung des Testators dafür, dass nach der Konzeption des Landrechts eine letztwillige Verfügung grundsätzlich der Auslegung und zwar nicht nur anhand ihres Wortlauts, sondern zusätzlich auch mit Blick auf die dahinterstehende Absicht des Erblassers sowie die Gesamtumstände, zugänglich war. Insoweit ist dem Obertribunal zuzustimmen, wenn der Senat im Rahmen der testamentarischen Auslegung ergänzend darauf abstellt, dass der Erblasser keine weiteren Verwandten hatte, die als seine Erben in Betracht kamen und, dass er in der streitgegenständlichen Verfügung über seinen gesamten Nachlass verfügt hatte.

Vor dem Hintergrund der für Testamente und Erbeinsetzungen geltenden Formvorschriften, sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung, ist die Entscheidung des Obertribunals ebenfalls bemerkenswert.⁹³⁷ Nach den Vorschriften des Landrechts war für eine Erbeinsetzung in einem Testament nicht erforderlich, dass der Erblasser seine Verfügung von Todes wegen ausdrücklich als solche bezeichnete. Ausreichend war vielmehr jede Erklärung des Testators, aus der sich ergab, dass er nach seinem Tod den Inbegriff des Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden will - wie das Obertribunal ausdrücklich feststellt.⁹³⁸ Soweit der Senat ausführt, für eine wirksame Erbeinsetzung nach dem Landrecht sei nicht erforderlich, dass der Testator die Person des Erben ausdrücklich also solchen bezeichnet oder dass er ausdrücklich erklärt, über seinen gesamten Nachlass verfügen zu wollen, bestätigt das Gericht seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung letztwilliger Verfügungen und deren Qualifizierung als Erbeinsetzung.⁹³⁹

Schließlich stritt in tatsächlicher Hinsicht der Umstand, dass der Erblasser keine weiteren Verwandten hatte die als seine Erben in Betracht gekommen wären und, dass er in der streitgegenständlichen Verfügung ausdrücklich erklärt hat über seinen gesamten Nachlass verfügen und diesen mehreren, befreundeten Personen zuwenden zu wollen, für das vom Obertribunal gefundene Ergebnis, nach welchem neben anderen Personen auch die städtische Armenverwaltung als Erbin eingesetzt anzusehen war.

⁹³⁷ §§ 66 f., 12. Titel, 1. Teil, ALR von 1794.

⁹³⁸ § 5, 12. Titel, 1. Teil, ALR von 1794; Archiv für Rechtsfälle, Bd. 4, S. 114.

⁹³⁹ Vgl. Entscheidung vom 04.12.1844, besprochen unter Ziff. 4.2.2, Entscheidung des Obertribunals, Bd. 12, S. 425.

4.2.4 Entscheidung vom 14. Juni 1852 – Zur Juristische Persönlichkeit einer wohltätigen Stiftung⁹⁴⁰

Das Urteil vom 14. Juni 1852 markiert den Auftakt einer Vielzahl von Entscheidungen, in denen sich das Obertribunal mit der Erbeinsetzung von Stiftungen und Religionsgemeinschaften zu befassen hatte.⁹⁴¹

Der Rechtsprechung des Obertribunals zur Erbfähigkeit wohltätiger Stiftungen vorausgegangen war der sog. *Städelsche Erbfall*, der in den Zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts eine Gutachtenschlacht, an der allein neun deutsche Rechtsfakultäten beteiligt waren, ausgelöst hatte.⁹⁴² Gegenstand des Städleschen Erbfalls war das Testament eines Frankfurter Bürgers, nach welchem sein sehr bedeutendes Vermögen der Gründung eines Kunstinstituts gewidmet werden sollte.⁹⁴³ Die rechtliche Auseinandersetzung konzentrierte sich dabei auf die Wirksamkeit des sog. „Städelschen Testaments“. Die Wirksamkeit hing davon ab, ob die geplante Stiftung von den Begünstigungen und Formerleichterungen profitieren konnte, die das römische Recht für gemeinnützige Stiftungen vorsah, da anderenfalls die Erbeinsetzung der Stiftung mangels Einhaltung der Formvorschriften unwirksam gewesen wäre.⁹⁴⁴

Vor diesem Hintergrund hatte sich das Obertribunal vor allem mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Stiftungen und Religionsgemeinschaften überhaupt erbfähig sein konnten, inwieweit die Erbfähigkeit durch den eigentlichen Stiftungszweck bedingt wurde und ob die Erbfähigkeit eine vorherige staatliche Genehmigung voraussetzte. Ferner waren die Vertretung der Stiftung und deren Entstehungszeitpunkt klärungsbedürftig.

In der folgenden Entscheidung hatte das Obertribunal Gelegenheit, sich zunächst zur juristischen Persönlichkeit einer wohltätigen Stiftung nach preußischem Recht und der Aktivlegitimation zu äußern. Entscheidungserheblich war die Frage, ob eine zu Lebzeiten des Stifters errichtete und wohltätigen Zwecken dienende Stiftung

⁹⁴⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.347-357.

⁹⁴¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.30, S.50-69; Bd.40, S.78-109; Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.327-334; Entscheidung des Oberlandegerichts Jena in: Schüler, Gründung einer milden Stiftung durch Testament, 1847, S.421 f..

⁹⁴² So Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls, 1828, S.1; Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls, 1828, S.2; Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1999, S.76.

⁹⁴³ Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls, 1828, S.1.

⁹⁴⁴ Roth, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen, 1857, S.190. Die Frage der Wirksamkeit des Städelschen Testaments wurde letztlich nicht gerichtlich geklärt, da die Streitsache durch einen Vergleich unbekanntem Inhalts erledigt wurde, vgl. Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1999, S.77, 78.

Begünstigte einer, über den Tod des Stifters hinausgehenden kaufvertraglichen Abrede sein konnte.

I. Sachverhalt

Im Jahr 1825 errichtete *Graf Chr. G. von H.* vor dem örtlichen Partimonialgericht eine Stiftung, deren Zweck zum einen darin bestand, dem Andenken an seinen verstorbenen Sohn zu dienen und zum anderen, Fleiß und Sittlichkeit der Jugend in den Gerichtsbezirken zu H. zu fördern. Als Stiftungskapital wurden 5000 Thaler hinterlegt und mittels einer Hypothek abgesichert. Zur Beförderung von Fleiß und Sittlichkeit waren ab 1826 zwei Töchter von Gerichtsuntertanen mit Zinsen in Höhe von 4 % des Stiftungskapitals, mithin 200 Thaler jährlich, ausgestattet worden.

Im Jahr 1832 veräußerte *Graf Chr. G. von H.* seinen Grundbesitz an seine Neffen - unter diesen *Graf K. Fr. A.* - behielt sich dabei aber die die Stiftungszahlungen sichernde Hypothek gegenüber den Käufern vor. Seine Neffen verpflichteten sich zudem, die Zinsen aus dem Stiftungskapital weiter zu zahlen.

Nachdem *Graf Chr. G. von H.* im Jahr 1839 verstorben ist, wurde das gesamte Grundeigentum von dessen Intestaterben, unter Bewilligung und Eintragung der die Zinszahlungen sichernden Hypothek, an den *Grafen K. Fr. A.* veräußert.

Im Jahr 1846 erfolgte auf Antrag der Königlichen Regierung zu M. zu Gunsten Stiftung der Eintrag eines Vorbehalts wegen jährlicher vier Prozent Zinsen aus dem Stiftungskapital in das Hypothekenbuch von H..

Nachdem seit dem Jahr 1848 keine Zinszahlungen aus dem Stiftungskapital mehr erfolgten, erhob die Königliche Regierung Klage gegen den *Grafen K. Fr. A.* und beantragte, diesen zur Zahlung der ausstehenden Zinsbeträge zu verurteilen. Dagegen wendete sich der beklagte Graf im Wege der Widerklage und beantragte seinerseits die Königliche Regierung zu verurteilen, die Löschung der Hypothek zu bewilligen.

Hinsichtlich der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Stiftung bestanden bei den Vorinstanzen keine rechtlichen Bedenken. Sowohl das Kreisgericht Eilenburg als auch das Appellationsgericht Naumburg gingen davon aus, dass die Stiftung bereits zu Lebzeiten des Stifters zustande gekommen war und dass die Königliche Regierung zu deren Vertretung berechtigt sei.

Unterschiedliche Ansichten vertraten die Vorinstanzen jedoch bezüglich der Verpflichtung des *Grafen K. Fr. A.*, weiterhin die Zinsbeträge an die Stiftungsbegünstigten zu zahlen. Während das Kreisgericht Eilenburg der Ansicht war, dass der *Graf K. Fr. A.* zur (Weiter-) Zahlung der Zinsbeträge verpflichtet sei, vertrat der Appellationsrichter die Auffassung, dass sich der *Graf K. Fr. A.* im Kaufvertrag mit seinem Onkel aus dem Jahr 1839 nur diesem und dessen Erben gegenüber, nicht jedoch der Stiftung als einer dritten Person oder den durch sie begünstigten Individuen verpflichtet habe.⁹⁴⁵

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal stellte unter Abweisung der Widerklage die Entscheidung der ersten Instanz wieder her und verurteilte den *Grafen K. Fr. A.* zur Zahlung der ausstehenden und zukünftig fällig werdenden Zinsbeträge.

Hinsichtlich der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Errichtung der gemeinnützigen Stiftung bestätigte das Obertribunal die Auffassung der Vorinstanzen und bejahte deren Rechtsgültigkeit.⁹⁴⁶ Hierbei ging das Obertribunal davon aus, dass es sich bei der Errichtung der Stiftung vor dem örtlichen Partimonialgericht zunächst um eine Schenkung, deren Formvorschriften vorliegend erfüllt seien, gehandelt habe.⁹⁴⁷ Ferner sei eine ausdrückliche Genehmigung der Königlichen Regierung für die Gültigkeit der Stiftung nicht erforderlich gewesen. In der Antragsstellung auf Eintragung der Vorbehalts im Hypothekenbuch zu Gunsten der Stiftung und in der Klageerhebung, könne jedenfalls eine stillschweigende Genehmigung der Stiftung durch die Königliche Regierung gesehen werden.⁹⁴⁸

Anschließend nahm das Obertribunal zur zentralen Frage des Falles, ob die streitgegenständliche Stiftung als Begünstigte, der im Kaufvertrag zwischen dem *Grafen Chr. G. von H.* und dem *Graf K. Fr. A.*, vereinbarten und hypothekarisch gesicherten Zinszahlungen qualifiziert werden konnte. Sofern dies bejaht wurde, schloss sich die Frage an, ob die Stiftung hieraus eigene Rechte gegenüber dem *Graf K. Fr. A.* herleiten konnte.

Hinsichtlich der vertraglich begründeten Zahlverpflichtung des beklagten *Grafen K. Fr. A.* zu Gunsten der Stiftung, rekurriert das Obertribunal zunächst, unter Verweis

⁹⁴⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.350.

⁹⁴⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.351.

⁹⁴⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.352.

⁹⁴⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.352.

auf *Savigny* und *Puchta*, auf die Grundsätze des gemeinen Rechts. Danach fand eine Stiftung, wenn sie als juristische Person galt, im Gegensatz zu einer Corporation, ihr sichtbares Substrat nicht in einer Anzahl einzelner Personen, deren Kollektiv-Einheit als Subjekt des Stiftungsvermögens betrachtet wurde, sondern das gestiftete Vermögen trug das Subjekt in sich.⁹⁴⁹ Der milde Zweck selbst, die *pia causa*, bildete die vom Güter-Komplex getragene, juristische Person.⁹⁵⁰

Dieser, durch die Natur der Sache begründete Satz, habe durch das Allgemeine Landrecht keine Änderung erfahren, schließt das Obertribunal an. Vielmehr hätten die Verfügung des Justizministers vom 9. September 1844⁹⁵¹ und der Bericht des Königlichen Staatsministers vom 12. Mai 1845⁹⁵² bestätigt, dass der wesentliche Unterschied zwischen Corporationen und anderen juristischen Personen darin bestünde, dass nur die Ersteren aus bestimmten Personen gebildet würden; während die bloß ideale Existenz der Letzteren durch den allgemeinen Zweck, der durch sie erreicht werden soll, bedingt sei.⁹⁵³ Mithin bildete nach Ansicht des Obertribunals auch nach preußischem Recht der (gemeinnützige) Stiftungszweck, getragen vom dafür zur Verfügung gestellten Vermögenswert, die juristische Person.

Der Umstand, dass keine ausdrückliche Genehmigung des Staates erfolgt war, stand nach Auffassung des Obertribunals der Existenz der Stiftung als juristische Person nicht entgegen.⁹⁵⁴ Zwar sei nach gemeinem Recht streitig, ob eine Genehmigung seitens des Staates für das Entstehen einer Stiftung als juristische Person erforderlich sei, allerdings erachteten auch diejenigen Vertreter, die eine Genehmigung fordern, eine stillschweigende Billigung des Staates durch wissentliche Duldung oder tatsächliche Anerkennung für hinreichend, fasste das Obertribunal zusammen.⁹⁵⁵ Dementsprechend verordne auch das Landrecht, dass die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungs-Anstalten die Rechte moralischer Personen hätten.⁹⁵⁶ Damit stand zunächst fest, dass die streitgegenständliche Stiftung als juristische Person existent geworden war. Hinsichtlich des konkreten Entstehungszeitpunktes, vermied das Obertribunal eine präzise Festlegung. Insoweit führte das Gericht aus, dass es keinen Bedenken unter-

⁹⁴⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.353.

⁹⁵⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.353.

⁹⁵¹ Justiz-Ministerial-Blatt, 6. Jahrgang, S.206 f.

⁹⁵² Justiz-Ministerial-Blatt, 7. Jahrgang, S.179 f.

⁹⁵³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.353.

⁹⁵⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.353.

⁹⁵⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 23, S. 353.

⁹⁵⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.354; § 42, 19.Titel, 2.Theil ALR.

liege, die Genehmigung auf den Zeitpunkt, indem die Stiftung gegründet wurde, zurückzubeziehen.⁹⁵⁷ Hierfür spräche nicht zuletzt die Erwägung, dass sich diese Duldung häufig nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt fixieren lasse, wenn die Genehmigung der Stiftung in ihrer Duldung durch den Staat gesehen werde.⁹⁵⁸ Da die Stiftung bereits im Errichtungszeitpunkt rechtlich existent geworden sei, seien aber auch frühere Handlungen, die sich auf den Stiftungszweck beziehen, bei nachträglich erfolgter Genehmigung als rechtsbeständig zu betrachten.⁹⁵⁹

Vorliegend wurde die Stiftung im Jahr 1825 errichtet und leistete seit 1826 entsprechend ihrem Stiftungszweck Zahlungen an zwei im Gerichtsbezirk von H. lebende Bürger. Mithin konnte die streitgegenständliche Stiftung nach Ansicht des Obertribunals auch prinzipiell Begünstigte der Zahlungsverpflichtung im Kaufvertrag zwischen dem *Grafen Chr. G. von H.* und dem *Graf K. Fr. A.* aus dem Jahr 1832 sein.⁹⁶⁰ Weiterhin war in diesem Zusammenhang zu klären, ob die Stiftung lediglich in Gestalt einer dritten Person durch den Kaufvertrag begünstigt, oder selbst als Vertragspartei in diesen miteinbezogen worden war. Insoweit vertrat das Obertribunal die Ansicht, dass die Stiftung dem Vertrag nicht lediglich als dritte Partei gegenüberstand, sondern mit in diesen einbezogen wurde.⁹⁶¹ Damit wurde die streitgegenständliche Stiftung nicht nur als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existierend sondern auch als Vertragspartei qualifiziert. Zur Begründung stützte sich das Obertribunal auf die im Kaufvertrag enthaltene und hypothekarisch abgesicherte Zahlungsverpflichtung des *Grafen K. Fr. A.* zu Gunsten der Stiftung. Da der Stifter die Existenz der Stiftung dadurch sichern wollte, dass zukünftige Grundstückskäufer die Zahlungen übernehmen und er sich zu diesem Zweck eine Hypothek bezüglich der Zahlungen vorbehalten hatte, sei nach Ansicht des Obertribunals davon auszugehen, dass der Stifter im Zeitpunkt des Zustandekommens des Kaufvertrags die Stiftung als Organ vertreten habe und somit nicht nur er selbst, sondern zugleich auch die Stiftung Begünstigte der in Rede stehenden Abrede sei.⁹⁶²

Abschließend war die Frage der Aktivlegitimation der Stiftung zu klären. Diese beantwortet das Obertribunal anhand einer auf die Systematik des Landrechts gestützten Auslegung der einschlägigen Vorschriften. Insoweit bestimmte das ALR, dass,

⁹⁵⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.354.

⁹⁵⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.354.

⁹⁵⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.354.

⁹⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.354.

⁹⁶¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.355.

⁹⁶² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.355.

soweit der Stifter nichts anderes verordnet hat, alle Befugnisse dem Staate gebühren.⁹⁶³ Vorangestellt war die Vorschrift, wonach Armenhäuser, Hospitäler, Waisen- und Findel-, Werk- und Arbeitshäuser unter dem besonderen Schutz des Staates stehen.⁹⁶⁴ Die zuletzt genannte Regelung bemühte der Beklagte und vertrat auf diese gestützt die Ansicht, dass der Staat ausschließlich zur Vertretung der dort genannten Anstalten befugt sei.⁹⁶⁵ Da wohltätige Stiftungen nicht genannt würden, fehle es der Königlichen Regierung an der erforderlichen Vertretungsbefugnis.

Diese Auslegung lehnte das Obertribunal als zu restriktiv ab. Zwar seien ausdrücklich nur Armenhäuser, Hospitäler, Waisen- und Findel-, Werk- und Arbeitshäuser als unter dem besonderen Schutze des Staates stehend genannt; allerdings sei der gesamte 19. Titel mit der Überschrift „*Von Armenanstalten, und anderen milden Stiftungen*“ versehen und aus der einschlägigen Vorschrift des Landrechts über die „äußeren Rechte solcher Anstalten“, wonach die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungsanstalten die Rechte moralischer Personen haben, ergebe sich, dass auch andere als die ausdrücklich genannten Versorgungs- und milden Anstalten, insbesondere auch die hier in Rede stehende Stiftung, von der staatlichen Vertretungsbefugnis erfasst würden.⁹⁶⁶ Mithin war nach Ansicht des Obertribunals die königliche Regierung zur Vertretung der Stiftung berechtigt.

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals zur beschränkten Rechtsfähigkeit und die Anerkennung der Erbfähigkeit milder Stiftungen erfuhr Zustimmung im zeitgenössischen Schrifttum. Die Auffassung des Obertribunals, dass nach preußischem Recht der gemeinnützige Zweck einer Stiftung ihr wesensbildender Bestandteil sei und sie deshalb als juristische Person mit beschränkter Rechtsfähigkeit zu qualifizieren sei, entsprach der herrschenden Auffassung⁹⁶⁷ und insbesondere den von der Kirche gelös-

⁹⁶³ § 42, 19. Titel, 2. Teil ALR.

⁹⁶⁴ § 32, 19. Titel, 2. Teil ALR.

⁹⁶⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 23, S. 356.

⁹⁶⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 23, S. 356.

⁹⁶⁷ Die als *piae causae* errichteten Stiftungen hatten im römischen Recht eine von der Kirche abgeleitete Persönlichkeit, da sie nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, vgl. Roth, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen, 1857, S. 200. Seit dem sechszehnten Jahrhundert wurde die Armenpflege in verschiedenen Ländern von der Kirche getrennt, so dass Wohltätigkeitsanstalten zwar durch spezielle Festsetzung noch als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, aber nicht mehr als solche angesehen wurden, vgl. Roth, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen, 1857,

ten, gleichwohl wohltätigen Stiftungen wurde beschränkte Rechtsfähigkeit zugestanden.⁹⁶⁸ Zudem erweiterte sich das Begriffsverständnis. Die neuzeitliche Terminologie verstand unter dem Institut der Stiftung, dass durch eine von Staatswegen genehmigte Disposition zu einem festgesetzten Zweck begründet wird, wobei der Zweck nur noch ein erlaubter und kein kirchlicher mehr zu sein brauchte.⁹⁶⁹ Das Obertribunal konkretisierte mit seiner Entscheidung die beschränkte Rechtsfähigkeit gemeinnütziger Stiftungen um das Element der Erbfähigkeit.

Anders verhielt es sich mit der Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit und der mit der Genehmigung verbundenen rechtlichen Wirkungen. Die Genehmigungspflicht betreffend provozierte die Auffassung des Obertribunals Kritik. Und auch die Ansicht des Obertribunals, dass der – stillschweigenden – Genehmigung rückwirkende Kraft zukomme, wodurch Rechtsakte zugunsten der Stiftung legalisiert wurden, wurde nicht widerspruchslos hingenommen.

Die vom Obertribunal im Zusammenhang mit der Genehmigungsbedürftigkeit milder Stiftungen herangezogene Regelung, nach der die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungsanstalten die Rechte moralischer Personen haben,⁹⁷⁰ spricht ihrem Wortlaut nach eher für eine Genehmigungspflicht, da von genehmigten Anstalten die Rede ist. Die Vorschrift scheint begrifflich die Genehmigung der in Bezug genommen Anstalten als notwendige Bedingung vorauszusetzen, bevor ihnen die Rechte moralischer Personen dem Grunde nach zugestanden werden. Die vorherige Genehmigung durch den Staat wurde daher von Vielen als notwendig für die Entstehung der juristischen Persönlichkeit einer Stiftung erachtet.⁹⁷¹

Für die Auffassung des Obertribunals und dafür, dass die Entstehung der Stiftung nicht von einer staatlichen Genehmigung abhängig war, sprach zunächst aus rechtshistorischer Perspektive, dass auch nach römischem Recht die rechtliche Existenz eine Stiftung und die Rechtsgültigkeit von Dispositionen zu ihren Gunsten nicht

S.201; Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls*, 1828, S.175; Elvers, *Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit*, 1827, S.170.

⁹⁶⁸ Vgl. Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls*, 1828, S.78.

⁹⁶⁹ Roth, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen*, 1857, S.203.

⁹⁷⁰ § 42, 19.Titel, 2.Theil ALR.

⁹⁷¹ Roth, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen*, 1857, S.206; Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Band 2, S.277; Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls*, 1828, S.176.

von der Genehmigung des Staates abhängig gemacht wurden.⁹⁷² Allerdings bezogen sich die Vorschriften des römischen Rechts über die Genehmigungsfreiheit - worauf *Savigny* hinweist - nur auf Stiftungen für die Kirche und die Armen und setzte die Aufsicht und Genehmigung durch die Kirche voraus.⁹⁷³

Gleichwohl lässt sich für die vom Obertribunal vertretene Auffassung ins Feld führen, dass das Landrecht eine ausdrückliche Genehmigungspflicht mit konstitutiver Wirkung für Stiftungen nicht vorschreibt. Das Landrecht schweigt hinsichtlich der formellen Voraussetzungen, die für die Gründung einer milden Stiftung notwendig bzw. einzuhalten waren. Es scheint vielmehr, als würden diese implizit vorausgesetzt. So wird grundsätzlich bestimmt, dass es zuvörderst dem Staat obliegt, für die Ernährung und Verpflegung derjenigen Bürger zu sorgen, die sich ihren Unterhalt nicht selbst verschaffen können und zu diesem Zweck Anstalten zu treffen.⁹⁷⁴ Dagegen sollten Veranlassungen, wodurch ein schädlicher Müßiggang besonders unter den niederen Volksgruppen genährt, und der Trieb zur Arbeitsamkeit geschwächt wird, im Staate nicht geduldet werden.⁹⁷⁵ In diesem Zusammenhang tauchte der Begriff der Stiftung im Landrecht auf. Dieses bestimmte, dass der Staat berechtigt ist, Stiftungen, welche auf die Beförderungen und Begünstigung solcher schädlichen Neigungen abzielen, aufzuheben und die Einkünfte derselben zum Besten der Armen zu verwenden.⁹⁷⁶ Die Stiftung als solche wird somit nicht nur als bestehend voraus-, sondern zugleich auch als inganggesetzt, antizipiert. Eine vorherige Genehmigungspflicht wird nicht angesprochen.

Weiterhin sprachen die im Abschnitt über das „*Verhältnis des Staates zu öffentlichen Armenanstalten*“ enthaltenen Regelungen für die vom Obertribunal angenommene Genehmigungsfreiheit milder Stiftungen. Insoweit bestimmte das Landrecht, dass Armenhäuser, Hospitäler, Waisen- und Findel, Werk- und Arbeitshäuser unter dem besonderen Schutze des Staates stehen⁹⁷⁷ und dass, wenn dergleichen Anstalten von neuem errichtet werden, das Vorhaben dem Staat zur Prüfung der Grundsätze ihrer Verfassung angezeigt werden mussten.⁹⁷⁸ Mithin bestand für neu zu errichtende Stiftungen lediglich eine Anzeige-, aber keine Genehmigungspflicht.

⁹⁷² Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, 1827, S.171; Roth, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen, 1857, S.206.

⁹⁷³ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Band 2, S.277.

⁹⁷⁴ §§ 1,6, 19.Titel, 2.Theil ALR.

⁹⁷⁵ § 7, 19.Titel, 2.Theil ALR.

⁹⁷⁶ § 8, 19.Titel, 2.Theil ALR.

⁹⁷⁷ § 32, 19.Titel, 2.Theil ALR.

⁹⁷⁸ § 33, 19.Titel, 2.Theil ALR.

Dafür spricht auch, dass den Behörden nur ein sehr begrenzter Ermessensspielraum im Rahmen der Prüfung der angezeigten Stiftung eingeräumt wurde. So waren die zuständigen Behörden nur in Fällen, in denen die Ausführung der Verordnungen des Stifters unmöglich oder gar schädlich seinen würden berechtigt, diese zu verwerfen.⁹⁷⁹ Für die Errichtung einer Stiftung war somit lediglich die Stiftungsurkunde erforderlich, in der der milde Zweck benannt wurde, ein Stiftungsvermögen, das zur Erreichung dieses Zwecks diene, sowie eine behördliche Anzeige der Stiftung.

Dass das Obertribunal der Genehmigung rückwirkende Kraft beimaß und dadurch Rechtsakte zu Gunsten der Stiftung, vorliegend in Gestalt einer kaufvertraglichen und hypothekarisch gesicherten Abrede, nach der der Erwerber die Zinszahlungen zur Erreichung des Stiftungszwecks übernahm, wirksam wurden, ergab sich aus der nur deklaratorischen Kraft der Genehmigung. Da die Stiftung bereits im Zeitpunkt ihrer Errichtung als beschränkt rechtsfähig und insbesondere erbfähig qualifiziert wurde, musste auch ab diesem Zeitpunkt zu Gunsten der Stiftung verfügt werden können. Demgegenüber lehnten die Vertreter einer konstitutiven Wirkung der Genehmigung, deren rückwirkende Kraft mit Verweis darauf ab, dass es an einem entsprechenden Rechtssatz fehle.⁹⁸⁰

Im Rahmen der Beurteilung der Vertretungsbefugnis der Königlichen Regierung ging das Obertribunal über den Wortlaut des Landrechts hinaus und bemühte gesetzssystematische Gesichtspunkte. Für die Vertretungsbefugnis der Königlichen Regierung sprachen der dem Preußischen Staat für Armenanstalten und milde Stiftungen obliegende Schutzauftrag und der Umstand, dass Stiftungen der Oberaufsicht des Staates unterstanden.⁹⁸¹

4.2.5 Entscheidung vom 29. November 1858 – Erbeinsetzung einer milden Stiftung⁹⁸²

Wenige Jahre nach der Entscheidung vom 14. Juni 1852 hatte sich das Obertribunal erneut mit einem in der preußischen Rechtswissenschaft für Aufsehen sorgenden und kontrovers diskutierten Sachverhalt zu befassen.⁹⁸³ Vor allem die Wirksamkeit

⁹⁷⁹ § 34, 19. Titel, 2. Theil ALR.

⁹⁸⁰ Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls*, 1828, S. 266; Roth, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen*, 1857, S. 211.

⁹⁸¹ §§ 37, 38, 19. Titel, 2. Theil ALR.

⁹⁸² Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 40, S. 78-109; *Archiv für Rechtsfälle*, Bd. 31, S. 204-279.

⁹⁸³ Vgl. *Rechtliche Beurtheilung des Commerzienrath J. Fränckelschen Testaments*, Kalisch, Berlin 1857; *Die Erbeinsetzung der Fraenckelschen Stiftungen*, Volkmar, Berlin, 1857; *Rechtliche Beleuch-*

der Erbeinsetzung einer letztwillig, testamentarisch verordneten Stiftung war problematisch. Im Unterschied zum vorstehend dargestellten Urteil, war vorliegend die als Erbin eingesetzte, wohltätige Stiftung zu Lebzeiten des Erblassers noch nicht einganggesetzt worden, sondern diese wurde erst im Testament selbst errichtet. Der Sachverhalt betraf die bereits im gemeinen Recht umstrittene Frage, ob die Erbeinsetzung einer erst durch letztwillige Anordnung des Erblassers zu errichtenden Stiftung zulässig war.⁹⁸⁴ In diesem Zusammenhang hatte das Obertribunal zudem Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Bedeutung der staatlichen Genehmigung für die rechtliche Existenz einer Stiftung sowie für deren Erbfähigkeit zu präzisieren. Darüberhinaus enthielt der Sachverhalt der Ergänzung eines Testaments mittels sog. Codicilliarklausel und einen Kläger, der seine Sachlegitimation aus einem Erbschafts Kauf herleitete.

I. Sachverhalt⁹⁸⁵

Der am 27. Januar 1846 verstorbene Commerzienrath *J. F.* aus Breslau hatte am 25. Oktober 1844 ein gerichtliches Testament errichtet, das zusammen mit einem im Nachlass vorgefundenen außergerichtlichen Codicille, am 28. Januar 1846 publiziert wurde.

Im Testament bemerkte der Testator zunächst, dass er keine zum Pflichtteil berechtigten Notherben, sondern nur Seitenverwandte hinterlasse. Daran anschließend wurde verfügt:

„Ich bestimme mein gesamtes Vermögen, soweit ich darüber nicht durch gegenwärtiges Testament, oder durch die etwa noch später zu errichtenden Nachzettel anderweitige Bestimmungen getroffen habe, zu milden Zwecken, theils für meine Verwandte, theils zu öffentlichen Anstalten.“

Sodann wurden die Kuratoren der zu errichtenden Stiftungen benannt und diese ermächtigt, den Nachlass sofort nach dem Tode des Erblassers an sich zunehmen und uneingeschränkt zu verwalten.

tung der Kommerzienrath Fränckelschen Testamentssache, namentlich in Bezug auf die Gültigkeit der Erbeinsetzung posthumer Stiftungen nach preußischem Recht, unter vergleichender Berücksichtigung des gemeinen Rechts, *Windmüller*, Berlin 1859.

⁹⁸⁴ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. I, S.361; Archiv für Rechtsfälle, Bd.31, S.209.

⁹⁸⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.79-84.

Nachdem der Erblasser Legate und Stiftungen für Verwandte angeordnet hatte, fuhr er im streitgegenständlichen Testament wie folgt fort:

„Alles, was nach Berichtigung der zu den obigen Stiftungen und Legaten erforderlichen Summen von meinem Vermögen übrig bleibt, soll lediglich zu milden Zwecken verwendet werden, und zwar mit sieben Achtel zu Stiftungen für die hiesige jüdische Gemeinde, und mit einem Achtel zu Stiftungen für christliche Glaubensgenossen.

*Von den sieben Achtel, welche für die hiesigen jüdischen Glaubens-Genossen bestimmt sind, sollen nachstehende Institute errichtet werden: a. ein Zufluchts-
haus, b. ein Institut zur Vorbeugung der Armuth, c. ein Seminar zur Heranbil-
dung von Rabbinern, d. ein Institut zur Beförderung der Künste und Handwerke
unter den hiesigen Juden.*

*Ich behalte mir vor, dass, wenn ich in einem erst später von mir zu errichtenden
Codicille andere Institute, als die hier genannten, für meine Stiftungen bestim-
me, hiernach verfahren werden soll.*

*Sämtliche Stiftungen werden den Namen: „F...sche Stiftung“ mit der Bezeich-
nung ihrer besonderen Bestimmung führen und sollen alle, ohne irgendeine
Einschränkung oder Einmischung einer Behörde, ganz allein von meinen Her-
ren Kuratoren verwaltet werden.“*

In einem auf den 21. Januar 1846 – sechs Tage vor dem Tod des Testators – datier-
ten Nachzettel wurde die Stiftung für christliche Glaubensgenossen zugunsten der
Gründung einer Stiftung, bei der das Glaubensbekenntnis keine Beschränkung oder
Ausschluss bilden durfte, aufgehoben und hierfür ein Betrag von 25.000 Thaler ge-
stiftet. Sowohl das Testament, als auch das Codicille wurden durch allerhöchste Ca-
binetts-Ordre vom 31. August 1847, unter gleichzeitiger Verleihung von Corporations-
rechten, genehmigt

Die Wirksamkeit des Testaments und des Codicills wurde im Jahr 1858 vor dem Obertribunal angegriffen. Der Kläger leitete seine Aktivlegitimation dabei aus einem mit der Tochter einer vermeintlichen Intestaterbin des Erblassers geschlossenen Erbschafts Kaufvertrag her. Die gegen die Stiftungskuratoren und gegen den Königlichen Fiskus als Oberaufsichtsbehörde über diese Stiftungen gerichteten Klage wurde im Kern auf die Ungültigkeit des F.'schen Testaments gestützt. Mangels physischer sowie rechtlicher Persönlichkeit habe den Stiftungen die Erbfähigkeit gefehlt, weshalb ihre Erbeinsetzung und damit das F.'sche Testament ungültig seien. Das Codicille sei nach Ansicht des Klägers als Bestandteil des Testaments und darüber hinaus aus formellen Gründen ebenfalls ungültig. Dementsprechend beantragte der Kläger die Eröffnung der Intestaterbfolge.

Das Stadtgericht Breslau wies die Klage am 14. Februar 1857 ab. Auf die vom Kläger gegen diese Entscheidung eingelegte Appellation hin hat das Appellationsgericht zu Breslau am 23. Januar 1858 das Erkenntnis erster Instanz bestätigt. Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat der erste Senat des Obertribunals am 29. November 1858 zurückgewiesen.

II. Entscheidungsgründe

Die Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde stütze das Obertribunal im Wesentlichen darauf, dass nach seiner Auffassung die streitgegenständlichen Stiftungen durch letztwillige testamentarische Verfügung als juristische Personen geschaffen werden und damit auch als Erben eingesetzt werden konnten. Ferner sei die landesherrliche Genehmigung keine notwendige Bedingung für die Existenz einer milden Stiftung. Dieser komme lediglich eine verwaltungs- bzw. aufsichtsrechtliche Funktion zu, mit rückwirkender Rechtskraft.

Den Ausgangspunkt der Entscheidung bildet § 43, 12. Titel, 1. Theil ALR. Die Vorschrift bestimmte, dass bei Beurteilung der Erbfähigkeit entscheidend auf die Zeit des Erbfalls abzustellen sei. Der Kläger war der Auffassung, dass die Norm lediglich auf physische und nicht – wie in den Vorinstanzen geschehen – auf juristische Personen, namentlich Stiftungen, anwendbar sei.⁹⁸⁶ Dem folgte das Obertribunal nicht. Bereits der Wortlaut der Vorschrift lasse die vom Kläger behauptete Beschränkung

⁹⁸⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.88.

auf physische Personen nicht erkennen.⁹⁸⁷ Zudem ergebe sich nach Ansicht des Obertribunals aus dem Regelungszusammenhang, dass die Norm ein allgemeines Prinzip hinsichtlich der Beurteilung der Erbfähigkeit statuiere, da die vorstehenden Normen einen bestimmten Fall der Erbfähigkeit und dessen mögliche Heilung behandelten.⁹⁸⁸

Anschließend setzte sich das Gericht mit der Frage auseinander, ob die streitgegenständlichen Stiftungen durch Erbeinsetzung geschaffen wurden und geschaffen werden konnten, und ob diese dann bereits geschaffenen Stiftungen zur Zeit des Erbfalls erbfähig waren. Hierbei stellte das Obertribunal zunächst fest, dass der Begriff der milden Stiftung im Landrecht nicht legal definiert sei und daher auf die Definition in der Entscheidung vom 14. Juni 1852 zurückzugehen sei.⁹⁸⁹ In dieser Entscheidung sei der Begriff allgemein aus der Natur der Sache entwickelt worden und daher trotz unterschiedlicher, tatsächlicher Grundlage anwendbar.⁹⁹⁰ Danach bilde der fromme Zweck der Stiftung auf Basis des zu diesem Zweck vorhandenen Vermögens, durch die „Fiktion des Rechts“ die künstliche Persönlichkeit einer Stiftung.⁹⁹¹

Hiervon zu trennen sei die Frage, ob die nach preußischem Recht erforderliche landesherrliche Genehmigung der die Stiftung schaffende Akt, oder lediglich eine bloße Bestätigung, eine nur die Verwaltungs- und Fortexistenzfrage berührende Handlung, darstelle.⁹⁹² Das Obertribunal beantwortet diese Frage durch Auslegung der landrechtlichen Vorschriften über die Errichtung milder Stiftungen im Sinne der zweiten Alternative. Der Annahme, dass den streitgegenständlichen Stiftungen am Todestag eine juristische Persönlichkeit zukam, stünde nicht entgegen, dass ihnen zu diesem Zeitpunkt (noch) der innere Ausbau und die Struktur gefehlt habe, da in diesen Fällen dem Staat die Verwaltung obliege, so das Obertribunal.⁹⁹³ Dies zeige zugleich, dass die Errichtung der Stiftung vorausgesetzt werde und der Staat sich die Verwaltungsbefugnis nur subsidiär vorbehalte.⁹⁹⁴ Zudem unterliege die Genehmigungserteilung – entgegen dem Einwand des Klägers – nicht der Willkür des Staa-

⁹⁸⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.89.

⁹⁸⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.88. § 41, 12.Titel, 1.Theil ALR bestimmte, dass auch denjenigen, die aufgrund ihres Standes zum Besitz bestimmter Sachen oder Güter an sich nicht fähig sind, diese dennoch in einem Testament oder Codicille zugewendet werden können. § 42, 12. Titel, 1.Theil ALR bestimmte, dass ein Erbe im Sinne des § 41 sich binnen Jahresfrist, nach dem Tode des Erblassers, sich entweder die Fähigkeit zum Besitz verschaffen, oder sein aus der letztwilligen Verordnung erlangtes Recht einem anderen Fähigen abtreten muss.

⁹⁸⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.92.

⁹⁹⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.92.

⁹⁹¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.93, Bd.23, S.353.

⁹⁹² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.93.

⁹⁹³ § 36, 12. Titel, 1.Theil ALR. Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.94.

⁹⁹⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.94.

tes, sondern die Behörden seien nur in den Fällen, in denen die Prüfung der Verfassung der Stiftung ergebe, dass deren Ausführung unmöglich oder gar schädlich seien, berechtigt, die Genehmigung zu verwerfen.⁹⁹⁵ Daher ergebe sich bereits aus dem Landrecht, dass die staatliche Genehmigung kein notwendiger Bestandteil für die Existenz einer milden Stiftung sei, stellt das Obertribunal fest.⁹⁹⁶

Neben den Vorschriften des ALR über die Errichtung milder Stiftungen diene dem Obertribunal zudem das Gesetz vom 13. Mai 1833 als Stütze für seine Ansicht, wonach der landesherrlichen Genehmigung nur eine bestätigende bzw. aufsichtsrechtliche und keine konstitutive Funktion zukam. Das Gesetz vom 13. Mai 1833 betraf Schenkungen sowie letztwillige Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften und statuierte für Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an inländische öffentliche Anstalten und Corporationen in Höhe von mehr als 1000 Thaler eine staatliche Genehmigungspflicht.⁹⁹⁷ Zudem wurde bestimmt, dass unabhängig von der Höhe des zugewendeten Betrages eine Genehmigung erforderlich war, wenn durch die Zuwendung eine neue Anstalt geschaffen oder diese einer vorhandenen Anstalt, allerdings zu einem anderen, als den bereits genehmigten Zweck, zukommen soll. Durch diese Regelungen sollte nach Auffassung des Obertribunals allerdings kein neues Erfordernis für die Entstehung der Persönlichkeit von Stiftungen geschaffen werden.⁹⁹⁸ Die Regelung, nach der die Genehmigungspflicht von der Höhe des zugewendeten Betrages abhing, setze Stiftungen bereits als bestehend voraus.⁹⁹⁹ Die zweitgenannte Norm behandelt in ihrer zweiten Alternative Zuwendungen an eine bereits genehmigte Anstalt. Dadurch werde deutlich, dass die landesherrliche Genehmigung kein notwendiger Bestandteil des Entstehens der juristischen Persönlichkeit einer Stiftung sei, schlussfolgerte das Obertribunal.¹⁰⁰⁰ Der Staat behalte sich in der Person des Landesherrn lediglich vor, die durch Privatwillkür entstandenen Rechtssubjekte auf ihren Zweck hin zu überprüfen und, sofern der Zweck ein gemeinschädlicher sei, sie wieder zu vernichten.¹⁰⁰¹ Aus der Natur des „nur“ bestäti-

⁹⁹⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.94.

⁹⁹⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.94.

⁹⁹⁷ Gesetzessammlung, S.50, Nr.1428; § 2 des Gesetzes über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften vom 13. Mai 1833.

⁹⁹⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.97.

⁹⁹⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.97.

¹⁰⁰⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.97; § 5 des Gesetzes über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften vom 13. Mai 1833 lautete: Unsere landesherrliche Genehmigung ist ohne Unterschied des Betrages der Zuwendung erforderlich, wenn dadurch eine neue öffentliche Anstalt gestiftet, oder einer vorhandenen Anstalt etwas zu einem anderen, als dem bereits genehmigten Zwecke gewidmet werden soll.

¹⁰⁰¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.100.

genden Charakters der landesherrlichen Genehmigung ergäbe sich, dass die Genehmigung rückwirkende Kraft haben müsse, da sie sich auf die Entstehung des genehmigten Instituts zurückbeziehe, so das Obertribunal.¹⁰⁰²

Schließlich hatte sich das Obertribunal mit der Wirksamkeit des Codicills zu befassen, in welchem der Testator die Stiftung für christliche Glaubensgenossen zu Gunsten einer Stiftung, bei der das Glaubensbekenntnis keine Rolle spielen sollte, zurücknahm. Diesbezüglich war der Kläger der Ansicht, dass das Codicille unwirksam sei und der gestiftete Betrag – 25.000 Thaler – daher den Intestaterben zufalle.¹⁰⁰³ Als Rechtsgrund für seine Ansicht führte der Kläger aus, dass nach preußischem Recht – im Gegensatz zum römischen Recht – die Regel, wonach der testamentarische Erbe alle übrigen Erben ausschloss, nicht mehr gelte und daher der Erbteil des unwirksam eingesetzten Testamentserben den Intestaterben zufallen müsse.¹⁰⁰⁴ Auch dieser Argumentation vermochte das Obertribunal nicht zu folgen. Die landrechtlichen Bestimmungen über die Konkurrenz zwischen der testamentarischen und der Intestaterbfolge würden allesamt den präsumtiven Willen des Erblassers berücksichtigen.¹⁰⁰⁵ Danach sei für die Interpretation letztwilliger Verfügungen die Absicht des Erblassers entscheidend.¹⁰⁰⁶ Vorliegend zeige der Umstand, dass der Erblasser den Inbegriff seines Nachlasses ausschließlich den eingesetzten Stiftungen zuwenden wollte, dass selbst bei unterstellter Unwirksamkeit des Codicills diesen, und nicht den Intestaterben des Erblassers, die gestiftete Summe in Höhe von 25.000 Thalern zukommen sollte.¹⁰⁰⁷

III. Rechtliche Analyse

Der Entscheidung des Obertribunals knüpft an die vorangegangene Rechtsprechung zur Entstehung und zur Erbfähigkeit milder Stiftungen an.¹⁰⁰⁸ Bemerkenswert ist zunächst, dass das Obertribunal hinsichtlich der Frage nach der Erbfähigkeit, der Definition einer milder Stiftung und des Anwendungsbereichs der landrechtlichen Vorschriften über milde Stiftungen auf vorangegangene Entscheidungen rekurriert und

¹⁰⁰² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.40, S.106.

¹⁰⁰³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.31, S. 278.

¹⁰⁰⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.31, S.277.

¹⁰⁰⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.31, S.277; mit Verweis auf Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.79.

¹⁰⁰⁶ §§ 518, 519, 12.Titel, 1.Theil ALR; Archiv für Rechtsfälle, Bd.31, S.277.

¹⁰⁰⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd.31, S.278.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141.

sich so eine, die Erbfähigkeit milder Stiftungen betreffende, „ständige Rechtsprechung“ zu etablieren schien.¹⁰⁰⁹

In der Sache bekräftigte das Obertribunal seine Auffassung, wonach sich die juristische Persönlichkeit einer Stiftung aus deren frommen Zweck, auf Basis des dazu zur Verfügung gestellten Vermögens ergibt, und eben aufgrund dieses wohltätigen Zwecks eine ausdrückliche staatliche Genehmigung zur Verleihung der Persönlichkeit nicht notwendig sei, sondern sich die Anerkennung aus einem allgemeinen Rechtssatz ergebe.¹⁰¹⁰ Damit folgte das Obertribunal der unter anderem von *Savigny* und *Puchta* für das römische bzw. gemeine Recht vertretenen Lehre, nach der milde und fromme Stiftungen auch ohne besondere Genehmigung aufgrund ihrer Wohltätigkeit juristische Personen und damit erbfähig waren.¹⁰¹¹ Die Übertragung dieser römisch-rechtlichen Grundsätze auf das preußische Recht erfuhr vor dem Hintergrund der landrechtlichen Vorschriften Zustimmung in der preußischen Rechtswissenschaft.¹⁰¹² Mit Blick auf Corporationen¹⁰¹³ und Kirchengemeinden, deren Ent- und Bestehen maßgeblich von den einzelnen Mitgliedern abhing erschien es unausweichlich, den von einem ideellen Zweck getragenen Stiftungen juristische Persönlichkeit grundsätzlich zuzusprechen. Als Rechtsträger fungiert bei milden Stiftungen das zu frommen Zwecken bereitgestellte Vermögen. Die den Corporationen und Kirchengemeinschaften eine juristische Persönlichkeit verleihende staatliche Genehmigung war aufgrund des Merkmals der Wohltätigkeit nicht erforderlich oder wurde antizipiert. Bestehende Stiftungen konnten daher gar nicht anders gedacht werden als eine juristische Person.¹⁰¹⁴ War somit im Zeitpunkt des Erbfalls ein Vermögensträger zu milden oder wohltätigen Zwecken bestimmt worden, kam diesem auch eine juristische Persönlichkeit zu. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Differenzierung des Obertribunals zwischen der Rechtsfähigkeit einer Stiftung und der daraus erst folgenden Erbfähigkeit.

¹⁰⁰⁹ So wird bezüglich der Erbfähigkeit auf die Entscheidungen vom 14. Juni 1852, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.347 f. und vom 14. November 1854, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.30, S.50, Bezug genommen. Hinsichtlich der Definition einer milden Stiftung nach preußischem Recht, sowie den sie betreffenden Anwendungsbereich der landrechtlichen Vorschriften entnimmt das Obertribunal ebenfalls der Entscheidung vom 14. Juni 1852, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.347 f.

¹⁰¹⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.347; Bd.40, S.79.

¹⁰¹¹ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Band 2, S.308/309; Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1863, S.647.

¹⁰¹² Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.141.

¹⁰¹³ § 82, 6.Titel, 2.Theil ALR bestimmte, dass (genehmigte) Corporationen in den Geschäften des bürgerlichen Lebens eine moralische Person darstellen, mithin beschränkte Rechtsfähigkeit besitzen. Für Kirchengemeinden folgt dies aus § 17, 11.Titel, 2.Theil ALR.

¹⁰¹⁴ So auch Schüler, Gründung einer milden Stiftung durch Testament, 1847, S.432, (436).

Die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der landesherrlichen Genehmigung für das Entstehen einer milden Stiftung wurde durch die Revision der Vorschriften des Landrechts über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften zu Beginn der 1830er Jahre neu aufgeworfen. Das Obertribunal argumentierte insoweit, dass es nicht in der Intention des Gesetzgebers gelegen habe, mit der Ausdehnung der Genehmigungsbedürftigkeit zugleich auch die Genehmigung als solche zu einer notwendigen Bedingung für die beschränkte Rechtsfähigkeit von Stiftungen zu machen. In der Präambel des Gesetzes wurde dessen Anwendungsbereich dahingehend beschrieben, dass die gesetzlichen Bestimmungen über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Kirchen und geistliche Gesellschaften auf sämtliche vom Staate genehmigte Anstalten und solche Gesellschaften ausgedehnt werde, die Korporationsrechte haben. Das Gesetz befasste sich somit lediglich mit Zuwendungen an juristische Personen, verhielt sich aber nicht zu deren Entstehungsvoraussetzungen.

Die Wirksamkeit der Codicilliarklausel, mit der die Erbeinsetzung der Stiftung für christliche Glaubensgenossen zu Gunsten einer Stiftung, bei der das Glaubensbekenntnis keine Rolle spielen sollte, zurückgenommen und zu diesem Zweck 25.000 Thaler bereitgestellt wurden, wurde vom Obertribunal als unwirksam qualifiziert. Die in Rede stehende Codicilliarklausel wurde nicht gerichtlich erklärt bzw. übergeben und war deswegen formnichtig.¹⁰¹⁵ Gleichwohl fiel der in der Codicilliarklausel verfügte Anteil den übrigen Testaments- und nicht den Intestaterben bzw. dem Kläger zu, wie das Obertribunal entschied. Hierfür sprachen neben der tatsächlichen Absicht des Erblassers auch die Vorschriften des Landrechts, wenngleich diese vom Obertribunal nicht ausdrücklich in Bezug genommen werden. So gestattete das Landrecht einem Testator, nur über einen Teil des Nachlasses durch Testament zu verfügen und es in Ansehung des restlichen Nachlasses bei der gesetzlichen Erbfolge zu belassen.¹⁰¹⁶ Die erledigte Erbportion fiel den Intestaterben aber nur zu, wenn der Testator den Zuwachs (zu Gunsten der Testamentserben) ausdrücklich verboten hatte.¹⁰¹⁷ Vorliegend hatte der Testator den Zuwachs jedoch nicht nur nicht verboten, sondern den wesentlichen Bestandteil seines Vermögens zu milden Zwecken gestiftet, sodass das Obertribunal folglich davon ausging, dass auch das in der

¹⁰¹⁵ §§ 587 f., 12. Titel, 1. Teil ALR; Windmüller, *Rechtliche Beleuchtung der Kommerzienrath Fränkelschen Testamentssache*, 1859, S. 20.

¹⁰¹⁶ § 45, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹⁰¹⁷ § 285, 12. Titel, 1. Teil ALR.

Codicilliarklausel genannte Vermögen den testamentarisch bedachten Stiftungen zufallen sollte.

4.2.6 Entscheidung vom 13. Juli 1864 – Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Besitztittels eines Erbschaftsbesitzers¹⁰¹⁸

Die Wirksamkeit der testamentarischen Erbeinsetzung einer freien religiösen Gemeinde ist Gegenstand des folgenden, in Gestalt einer Vindikationsklage verhandelten Sachverhalts. Hierbei zeigt sich die unterschiedliche materiell-rechtliche Bedeutung der staatlichen Genehmigung für die Erbfähigkeit einer Stiftung einerseits und für die Erbfähigkeit einer erlaubten Religionsgemeinschaft andererseits. Zudem gelangen die Vorschriften des Landrechts über Gesellschaften, insbesondere Corporationen¹⁰¹⁹ sowie diejenigen über die Rechte und Pflichten der Kirchengemeinden¹⁰²⁰ zur Anwendung.

I. Sachverhalt¹⁰²¹

Die Anfang des Jahres 1862 in Frankfurt a. O. verstorbene Erblasserin verfügte in ihrem Testament:

„Zu Erben in meinen dereinstigen Nachlass ernenne ich die hiesige deutsch-katholische, jetzt freie religiöse Gemeinde, und will, dass dieselbe meinen Nachlass mit Ausnahme der weiter unten von mir zu erwähnenden Legate zu freiem und uneingeschränktem Eigenthum überkomme; insbesondere bestimme ich, dass mein Nachlass in den Besitz des Schuhmachermeisters Demuth, des Eigenthümers Zaepfe und des Schuhmachers Klinger hier names der gedachten Gemeinde überkomme, und dass durch diese drei Personen Dasjenige, was nach Berichtigung der Legate, Kosten u.s.w. übrigbleibt, nach ihrem gemeinschaftlichen Beschluss und frei von jeder gerichtlichen Kontrolle und Oberaufsicht zu Zwecken der Gemeinde verwendet wird, jedoch mit der Maaßgabe, dass diese Verwendung sich nur auf die Zinsen, nicht aber das Kapital bezieht.

¹⁰¹⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.327-334.

¹⁰¹⁹ §§ 1-202, insbesondere die §§ 11 bis 21, 6.Titel, 2.Theil ALR.

¹⁰²⁰ §§ 1-1232, insbesondere die §§ 10, 20-26, 11.Titel, 2.Theil ALR.

¹⁰²¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.328-330.

Diese uneingeschränkte Disposition und Verwaltung meines Nachlasses verbleibt den gedachten drei Männern jedoch nur so lange, bis die deutsch-katholische oder freie religiöse Gemeinde Kooperationsrechte vom Staate erhalten hat; von diesem Zeitpunkte an übernimmt der Vorstand der Gemeinde den Besitz und die Verwendung meines Nachlasses.“

Die drei genannten Personen handelten entsprechend der letztwilligen Verfügung und nahmen den gesamten Nachlass in Besitz, verkauften den Mobiliar-Nachlass, ließen den jeweils Honorierten die erwähnten Legate zukommen und behielten den Auktionserlös für sich.¹⁰²²

Zwischenzeitlich, im Dezember des Jahres 1862, hatte das Kreisgericht als Nachlassbehörde, mangels einer Erbeinsetzung die Sicherstellung und Inventarisierung des Nachlasses angeordnet, für den noch unbekanntem Erben einen Kurator bestellt und diesen mit der Klage gegen die drei im Testament benannten Personen beauftragt.¹⁰²³ Dem folgend erhob der bestellte Kurator Klage auf Herausgabe des Nachlasses bzw. des Auktionserlöses gegen die drei testamentarisch beauftragten Personen mit der Begründung, diese hätten mangels wirksamer Erbeinsetzung der freien religiösen Gemeinde kein Recht zum Besitz.¹⁰²⁴

Das Gericht erster Instanz gab der Klage des Kurators statt. In zweiter Instanz wurden die zwischenzeitlich in den Rechtsstreit als Intervenierten eingetretenen Intestaterben abgewiesen. Das Obertribunal stellte das Urteil der ersten Instanz wieder her und verurteilte die Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des Nachlasskapitals.

II. Entscheidungsgründe

Zunächst stellte das Obertribunal fest, dass die Intestaterben als Intervenienten das Appellationsverfahren in dem Stadium und insbesondere mit der ursprünglich geltend gemachten Anspruchsgrundlage, einem Vindikationsanspruch gegen die Erbschaftsbesitzer, übernehmen mussten.¹⁰²⁵

Anschließend führte das Gericht aus, dass die Intestaterben im Revisionsverfahren unstreitig aktivlegitimiert waren, da insbesondere die verklagten Erbschafts-

¹⁰²² Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.329.

¹⁰²³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.329.

¹⁰²⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.330.

¹⁰²⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.331.

besitzer der Prozessübernahme nicht widersprochen hätten.¹⁰²⁶ Es könne deshalb dahingestellt bleiben, so das Obertribunal, ob die Auffassung des Appellationsrichters zutrifft, wonach es dem Kurator mangels Eigentümerstellung an der Aktivlegitimation zur Erhebung der Herausgabeklage gefehlt habe.¹⁰²⁷

Sodann wendete sich das Obertribunal der Begründetheit der gegen die Erbschaftsbesitzer gerichteten Herausgabeklage zu. Entscheidungserheblich war nach Ansicht des Obertribunals, ob die testamentarische Erbeinsetzung der deutsch-katholischen, nunmehr freien religiösen Gemeinde zu Frankfurt, wirksam war.¹⁰²⁸ Diese Frage sei zu verneinen, so das Gericht. Das Obertribunal stützte dieses Erkenntnis zum einen darauf, dass die freie religiöse Gemeinde als erlaubte Privatgesellschaft zu qualifizieren sei, weshalb diese nur beschränkt Vermögen erwerben könne und zum anderen, dass die in Rede stehende Gemeinde mangels juristischer Persönlichkeit nicht als testamentarische Erbin hätte eingesetzt werden können.¹⁰²⁹

Der freien religiösen Gemeinde fehlten unbestritten die Kooperationsrechte, sodass sie als ein auf die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichteter Verein und somit als erlaubte Privatgesellschaft im Sinne des Landrechts zu beurteilen sei.¹⁰³⁰ Als solche stelle die Gemeinde keine moralische oder juristische Person dar und sei daher auch nicht berechtigt, auf ihren Namen Vermögen, insbesondere Kapital von Dritten, zu erwerben.¹⁰³¹ Zwar gestatte das Landrecht grundsätzlich, dass jedem, der im Staate Vermögen erwerben könne, auch Erbschaften hinterlassen werden könnten, räumte das Obertribunal ein.¹⁰³² Es könne aber dahingestellt bleiben, ob erlaubte Privatgesellschaften auch Sonstiges, d.h. nicht aus Grundstücken oder Kapital bestehendes Vermögen erwerben können, da der Nachlass vorliegend ausschließlich aus Kapital bestehe, welches Privatgesellschaften *expressis verbis* nicht – auch nicht durch Erbschaft – im eigenen Namen erwerben können, so das Obertribunal.¹⁰³³

Ungeachtet dessen hätte die freie religiöse Gemeinde mangels juristischer Persönlichkeit nicht als testamentarische Erbin eingesetzt werden können, sondern

¹⁰²⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.331.

¹⁰²⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.331.

¹⁰²⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.333.

¹⁰²⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.333.

¹⁰³⁰ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.333; §§ 11 f., 6.Titel, 2.Theil ALR.

¹⁰³¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.333; § 13, 6.Titel, 2.Theil ALR.

¹⁰³² § 32, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹⁰³³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.333.

allenfalls die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Mitglieder.¹⁰³⁴ Gegen eine Erbeinsetzung der Gemeindemitglieder spräche aber der Wortlaut des Testaments, so das Obertribunal.¹⁰³⁵ Mangels wirksamer Erbeinsetzung fehle es an einem Testamentserben, sodass der Nachlass an die Intestaterben falle. Mithin, so das Obertribunal, hätten die verklagten Erbschaftsbesitzer kein aus dem streitgegenständlichen Testament abgeleitetes Recht zum Besitz des Nachlasses gegenüber den Intestaterben und seien daher zu dessen Herausgabe verpflichtet.¹⁰³⁶

III. Rechtliche Analyse

Das Urteil wirft vor dem Hintergrund der beiden vorangegangenen Entscheidungen,¹⁰³⁷ in denen die Erbfähigkeit einer wohlthätigen Stiftung bejaht wurde, die Frage auf, warum diese der freien religiösen Gemeinde vorliegend versagt blieb.

Nach der vom Obertribunal entwickelten Definition bildete der milde Zweck, der von einem Güterkomplex getragen wurde, die juristische Persönlichkeit von wohlthätigen Stiftungen,¹⁰³⁸ weshalb diesen die Erbfähigkeit zugestanden wurde. Dies zugrunde gelegt, erscheint es zunächst nicht fernliegend, die juristische Persönlichkeit der deutsch-katholischen Gemeinde – zumindest soweit diese für deren Erbfähigkeit erforderlich ist – anzuerkennen. Die Erblasserin hatte die deutsch-katholische Gemeinde als Erbin bestimmt und verfügt, dass das nach Begleichung der Erbschaftsschulden verbleibende (Nachlass-)Vermögen zu Zwecken der bedachten Gemeinde verwendet werden soll. Mithin hatte die Erblasserin ein konkretes, bezifferbares Vermögen, das zur Erreichung von Gemeindezwecken verwendet werden sollte, bereitgestellt. Dass die Erblasserin im Testament nicht ausdrücklich davon gesprochen hat, dass sie das verbleibende Nachlassvermögen für Zwecke der deutsch-katholischen Gemeinde stiftet, stand einer Anerkennung der juristischen Persönlichkeit vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Obertribunals nicht entgegen.

Anders verhält es sich, wenn der Zweck, dem das Vermögen gewidmet wurde, ins Blickfeld rückt. Bei der in Rede stehenden deutsch-katholischen Gemeinde handelte es sich in der Terminologie des Landrechts um eine geduldete Religionsge-

¹⁰³⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.334.

¹⁰³⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.334.

¹⁰³⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.53, S.334.

¹⁰³⁷ Entscheidungen vom 14. Juni 1852 und vom 29. November 1858.

¹⁰³⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.23, S.353.

meinschaft.¹⁰³⁹ Als solche hatte sie, im Unterschied zu staatlich aufgenommenen Kirchengemeinden, denen die Rechte privilegierter Corporationen zustanden,¹⁰⁴⁰ nur die Rechte geduldeter Gesellschaften.¹⁰⁴¹ Geduldete Privatgesellschaften stellten aber im Rechtsverkehr keine juristische Person dar¹⁰⁴² und waren insofern auch nicht erbfähig. Dagegen besaßen Corporationen und Gemeinden im Außenverhältnis Rechtsfähigkeit.¹⁰⁴³ Entscheidend für die Rechts- und damit auch die Erbfähigkeit einer konfessionellen Gemeinde war demnach, ob diese als Religionsgemeinschaft geduldet wurde, oder ob sie als Kirchengesellschaft öffentlich aufgenommen bzw. anerkannt worden war.¹⁰⁴⁴

Hierin zeigt sich die unterschiedliche Bedeutung die die staatliche Genehmigung für die Rechtsfähigkeit von Stiftungen einerseits und Religionsgemeinschaften andererseits hatte. Im Fall von Stiftungen kam der staatlichen Genehmigung nur eine untergeordnete, bestätigende Funktion zu, die lediglich aufsichtsrechtliche Bedeutung und Rückwirkung auf den Entstehungszeitpunkt der Stiftung hatte.¹⁰⁴⁵ Zudem konnte die staatliche Genehmigung einer Stiftung konkludent erfolgen.¹⁰⁴⁶ Dagegen war die staatliche Aufnahme einer Kirchengesellschaft zwingende Voraussetzung, damit diese die Rechte privilegierter Corporationen und damit Rechts- und Erbfähigkeit, erhielten.¹⁰⁴⁷

Dies wirft die Frage nach der rechtlichen Behandlung der von der Erblasserin verfügten testamentarischen Bedingung auf, nach der die Verwaltung des Nachlassvermögens nur bis zu dem Zeitpunkt, indem der deutsch-katholischen Gemeinde die Corporationsrechte verliehen würden, erfolgen sollte. Die aufschiebende Bedingung legt nahe, dass der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bewusst gewesen sein könnte, dass die deutsch-katholische Gemeinde ohne staatliche Aufnahme als Kirchengemeinschaft keine Rechts- und Erbfähigkeit besaß. Gleichwohl hatte die Erblasserin die öffentliche Aufnahme bzw. Anerkennung der bedachten Gemeinde antizipiert.

¹⁰³⁹ § 10, 11. Titel, 2. Teil ALR.

¹⁰⁴⁰ §§ 11, 17, 11. Titel, 2. Teil ALR.

¹⁰⁴¹ § 20, 11. Titel, 2. Teil ALR.

¹⁰⁴² § 13, 6. Titel, 2. Teil ALR.

¹⁰⁴³ § 81, 6. Titel, 2. Teil ALR.

¹⁰⁴⁴ Neben der vorliegend in Rede stehenden deutsch-katholischen Gemeinde, wurden vor allem die Judengemeinden in Preußen aus rechtlicher Sicht lediglich als erlaubte Gesellschaften zur Erlangung eines anderen gemeinschaftlichen Zwecks als der Erwerbung von Eigentum qualifiziert, so dass auch diese keine juristische Persönlichkeit hatten, vgl. Entscheidung des Obertribunals vom 14. Juli 1851, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 2, S. 252-262.

¹⁰⁴⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 23, S. 354; Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 40, S. 94.

¹⁰⁴⁶ § 42, 19. Titel, 2. Teil ALR.

¹⁰⁴⁷ § 20, 11. Titel, 2. Teil ALR.

Das Obertribunal äußerte sich mangels Entscheidungserheblichkeit zur Wirksamkeit besagter Bedingung nicht. Grundsätzlich ließ das Landrecht eine bedingte Erbeinsetzung – und zwar auch bei juristischen Personen – in Übereinstimmung mit dem römischen Recht zu.¹⁰⁴⁸ Die Erbeinsetzung der deutsch-katholischen Gemeinde unter der Bedingung, dass diese in Zukunft aufgrund staatlicher Anerkennung Erbfähigkeit erlangt, wäre daher aus erbrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Der Grund dafür, dass sich das Obertribunal und auch die Vorinstanzen zur Bedeutung der testamentarischen Bedingung für die Erbeinsetzung der deutsch-katholischen Gemeinde nicht geäußert haben, dürfte darin gelegen haben, dass der Erbe den Nachlass *ipso jure* erwarb. Im Fall der bedingten Erbeinsetzung blieb die Erbenstellung nach dem Landrecht, im Unterschied zum römischen Recht, nicht in der Schwebe, sondern der Intestaterbe wurde unmittelbar Erbe und der eingesetzte Testamentserbe trat zu diesem in das Verhältnis eines Fideikommissarben.¹⁰⁴⁹ Wird die Bedingung nicht erfüllt, so behielt der Intestaterbe die Erbschaft für immer.¹⁰⁵⁰ Vorliegend war die staatliche Anerkennung der deutsch-katholischen Gemeinde nicht erfolgt. Mithin fiel den Intestaterben der Nachlass *ipso jure* zu, weshalb sie dessen Herausgabe im Wege der Vindikationsklage durchsetzen konnten.

4.3 Die Testamentarische Erbfolge

Die folgenden Entscheidungen sollen einen Überblick über die Rechtsprechung des Obertribunals zur testamentarischen Erbfolge vermitteln. Im Mittelpunkt stehen hierbei die Wirksamkeit von Testamenten und die gewillkürte Erbeinsetzung. Problematisch und die preußische Rechtsprechung in einer Vielzahl von Sachverhaltskonstellationen beschäftigend, war vor allem die Beachtung der im Landrecht für die Testamenterrichtung statuierten Formvorschriften.

¹⁰⁴⁸ § 61, 12. Titel, 1. Teil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 144; Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1838, Bd. 40, S. 76.

¹⁰⁴⁹ § 369, 9. Titel, 1. Teil und § 478, 12. Titel, 1. Teil ALR, Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 144.

¹⁰⁵⁰ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 144.

4.3.1 Entscheidung vom 16. Mai 1836 – Holographisches Testament¹⁰⁵¹

In dieser frühen Entscheidung hatte das Obertribunal Gelegenheit sich zu den Formerfordernissen die das Landrecht für schriftlich verfasste und anschließend bei einem Gericht hinterlegte Testamente vorsah zu äußern. Die in diesem Zusammenhang vermehrt auftretende Frage, ob die eigenhändige Unterschrift des Erblassers für die Wirksamkeit des Testaments zwingend erforderlich war und in welcher Form diese zu leisten war, beschäftigt die Rechtsprechung bis zum heutigen Tag.¹⁰⁵² Dabei besteht die Tendenz der Rechtsprechung unverändert fort, bei Vorliegen von testamentarischen Formmängeln, von der Unwirksamkeit des Testaments auszugehen und nur im Einzelfall unter besonderer Würdigung der Gesamtumstände, die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung zu bejahen.

I. Sachverhalt

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte im Jahr 1833 ein Pfarrer einen versiegelten Aufsatz zusammen mit der Erklärung, dass dieser sein eigenhändig geschriebenes und unterzeichnetes Testament enthielt, bei Gericht hinterlegt. Zudem enthielt der Umschlag den Vermerk, dass sich darin das Testament des Pfarrers befände, sowie der Name des Pfarrers. Im Rahmen der Testamentseröffnung stellte sich jedoch heraus, dass das Testament zwar vom Pfarrer selbst geschrieben, aber nicht unterschrieben war.

Aufgrund dieses Mangels erhob der Vormund zweier Kinder des Pfarrers, welche zu den nächsten Intestaterben gehörten, Klage gegen die übrigen Testamentserben, mit dem Antrag, das in Rede stehende Testament für nichtig zu erklären und die Intestaterbfolge zu eröffnen. Die Kläger bestritten unter anderem, dass das streitgegenständliche Testament überhaupt vom Erblasser stamme, da dieser ausdrücklich erklärt habe, in dem Umschlag befände sich ein von ihm eigenhändig unterzeichnetes Testament.

Die beklagten Testamentserben waren demgegenüber der Ansicht, dass dem Testament nicht die erforderliche Unterschrift fehle, da diese auf dem Briefumschlag, der einen integrierenden Teil des gesamten Testaments darstelle, enthalten sei. Fer-

¹⁰⁵¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.81-89.

¹⁰⁵² Vgl. OLG Rostock, Beschl.v. 25.09.2013, 3 W 30/13; OLG Braunschweig, Beschl.v. 08.02.2011, 7 W 82/10; OLG Hamm, Beschl.v. 14.03.1986, 15 W 423/85; Bay. OLG, Beschl.v. 10.09.1985, BReg 1 Z 49/85.

ner ergebe sich aus den Gesamtumständen, sowie aus der Tatsache, dass der streitgegenständliche Aufsatz vom Erblasser selbst geschrieben wurde, dass es sich tatsächlich um den letzten Willen des Pfarrers gehandelt habe.

Der erste Senat des Oberlandesgerichts Paderborn folgte der Argumentation der Beklagten und wies die Klage am 23. Oktober 1834 mit der Begründung ab, dass die auf dem Testamentsumschlag befindliche Namensunterschrift des Testators den Formmangel des Testaments geheilt habe. Dem folgte der zweite Senat des Oberlandesgerichts Paderborn und bestätigte das erstinstanzliche Urteil am 14. Januar 1836. Das Obertribunal hob die Entscheidung des Appellationsgerichts auf und änderte das erstinstanzliche Urteil dahingehend ab, dass das streitgegenständliche Testament aufgehoben und die Intestaterbfolge eröffnet wurde.

II. Entscheidungsgründe

Seine Entscheidung stützte das Obertribunal im Kern auf eine am Wortlaut und dem Sinn und Zweck der maßgeblichen Formvorschrift des Landrechts orientierten Auslegung. Insoweit bestimmte das Landrecht, dass es jedem Testator frei steht, sein Testament oder Codicille versiegelt bei Gericht zu übergeben.¹⁰⁵³ Ein solcher Aufsatz musste aber vom Testator selbst eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sein.¹⁰⁵⁴

Problematisch war, ob die Vorschrift zwei verschiedene Testamentsformen – ein eigenhändig geschriebenes Testament und ein unterschriebenes Testament – bezeichnete oder ob es sich bei der Unterschrift um ein Mindestfordernis handelte, dass jedes gerichtlich übergebene Testament aufweisen musste.

Die Vorinstanzen waren der Auffassung, dass die Vorschrift eine zweifache Form für schriftliche Testamente zulasse.¹⁰⁵⁵ Der Vorschrift sei nicht zu entnehmen, dass ein eigenhändig geschriebenes Testament zusätzlich auch unterschrieben sein müsse. Der Ausdruck „wenigstens“ deute nur an, dass eine bloße Unterschrift immer weniger Mühe bedeute, als die Abfassung eines ganzen Testaments.¹⁰⁵⁶ Zudem er-

¹⁰⁵³ § 100, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹⁰⁵⁴ § 101, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹⁰⁵⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 85.

¹⁰⁵⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 85.

gebe sich aus dem römischen Recht, dass die Unterschrift eines holographischen Testaments entbehrlich sei.¹⁰⁵⁷

Dieser Auslegung folgte das Obertribunal nicht. Das Wort „wenigstens“ sei in seiner ganz eigenen Bedeutung dahingehend zu verstehen, dass die Unterschrift des Testators unter seinen letzten Willen jedenfalls erforderlich sei¹⁰⁵⁸ und dass die Unterschrift das Wenigste sei, was er bei der Testamentserrichtung zu tun habe. Zwar hätte das Landrecht darauf verzichten können, dem Testator die eigenhändige Abfassung seines Testaments zu ermöglichen, wenn nur die Unterschrift als notwendig erachtet werde. Der Grund dafür, dass die eigenhändige Abfassung ausdrücklich erwähnt wurde, lag nach Ansicht des Obertribunals am Gesetzeszweck. Das Gesetz wolle augenscheinlich die eigenhändige Abfassung befördern, um Streitigkeiten um die Echtheit eines Testaments vorzubeugen, die umso häufiger entstünden, wenn ein Testament lediglich unterschrieben sei.¹⁰⁵⁹ Zudem sprachen nach Ansicht des Obertribunals gesetzssystematische Gesichtspunkte dafür, dass ein schriftliches Testament wenigstens zu unterschreiben sei. Eine schriftliche Willenserklärung sei, solange sie nicht vom Erklärenden unterschrieben sei, unvollständig.¹⁰⁶⁰ Es handle sich bei der Unterschrift um ein Erfordernis einer gültigen, rechtsverbindlichen Willenserklärung. Solange die Erklärung nicht unterschrieben sei, fehle es an der Gewissheit darüber, ob der Erklärende diese ernstlich gemeint habe.¹⁰⁶¹ Da die Gewissheit des Willens eine wesentliche Bedingung der Rechtsgültigkeit aller und jeder Willenserklärung sei, gelten diese Grundsätze auch für Testamente.¹⁰⁶² Der Verweis auf entgegenstehende Grundsätze des römischen Rechts sei nach Auffassung des Obertribunals unzulässig, da der Gesetzgeber hinsichtlich der hier in Rede stehenden Materie ausdrücklich von diesen habe abweichen wollen.¹⁰⁶³ Aus diesen Gründen sei das streitgegenständliche Testament zu annullieren und die Intestaterbfolge zu eröffnen.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁵⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.86.

¹⁰⁵⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.86.

¹⁰⁵⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.87.

¹⁰⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.87.

¹⁰⁶¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.88.

¹⁰⁶² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.88.

¹⁰⁶³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.89.

¹⁰⁶⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.89.

III. Rechtliche Analyse

Das Obertribunal legt zunächst dar, dass sowohl der Wortlaut, der Sinn und Zweck der entscheidungserheblichen Formvorschrift und die Systematik des Landrechtsverlangten, dass bei einem bei Gericht eingereichten schriftlichen Testament die Unterschrift des Testators zwingend erforderlich war, damit dieses Rechtsgültigkeit beanspruchen konnte. Insbesondere die Auslegung, wonach der Begriff „wenigstens“ eine Minimalanforderung beschreibe und nicht dahingehend zu verstehen sei, dass dem Testator eine Wahlmöglichkeit darüber eröffnet werde, ob er sein Testament eigenhändig verfasst oder dieses lediglich unterschreibt, belegt die Sprachsensibilität die das Obertribunal im Umgang mit dem Landrecht pflegte. Der Umstand, dass im Rahmen der Entscheidungsfindung neben dem Wortlaut auch der Sinn und Zweck der Formvorschriften, sowie deren Entstehungsgeschichte herangezogen wurden verdeutlicht, dass das Obertribunal bereits in einer frühen Phase seiner Rechtsprechung durchaus in der Lage und auch Willens war, sich vom sog. „Wortlautabsolutismus“ zu emanzipieren.

Die Ansicht des Obertribunals, dass dem römischen Recht, das auf das Unterschriftserfordernis verzichtete, nicht zu folgen sei, da der preußische Gesetzgeber bewusst von diesem habe abweichen wollen, indem strengere Formanforderungen für schriftliche Testamente statuiert worden seien, findet in der Entstehungsgeschichte der Formvorschriften eine Stütze. Die Dogmatik der landrechtlichen Formvorschriften über die Testamentserrichtung, allen voran die grundsätzlich einzuhaltende gerichtliche Form der Testamentserrichtung, sowie die diesbezüglichen Ausführungen von *Suarez*¹⁰⁶⁵ belegen, dass aus Gründen der Rechts-, namentlich der Beweissicherheit, von den römisch-rechtlichen Formvorschriften abgewichen werden sollte.

Dennoch erscheint das Urteil mit Blick auf die tatsächlichen Umstände in seinen Auswirkungen – die Annullierung des streitgegenständlichen Testaments hatte die Eröffnung der Intestaterbfolge zur Folge – unter Wertungsgesichtspunkten als sehr hart. Immerhin hatte der Erblasser das Testament eigenhändig geschrieben, was zwischen den Parteien auch unstrittig war. Zudem befand sich das Testament in einem Umschlag, der den eigenhändig geschriebenen Namen des Testators trug, sodass auch die Auffassung, dass es sich bei dem Schriftsatz tatsächlich um eine rechtsverbindliche Willenserklärung in Gestalt eines Testaments handelt, vertretbar

¹⁰⁶⁵ Suarez in: Kamptz'sche Jahrb., Bd.41, S.77.

erscheint. Dementsprechend hatten auch die beiden Vorinstanzen entschieden und die Gültigkeit des Testaments bejaht.

Daran, dass das Obertribunal von den Vorinstanzen abwich und auf Annullierung des Testaments erkannte, wird seine Stellung als Revisionsinstanz deutlich. Unter erbrechtlichen Gesichtspunkten ist die Entscheidung – wie eingangs erwähnt – nachvollziehbar. Insofern entsprach die Ansicht des Obertribunals auch der im rechtswissenschaftlichen Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung,¹⁰⁶⁶ wenngleich der Wortlaut der landrechtlichen Vorschrift als unklar bemängelt wurde.¹⁰⁶⁷

Großzügiger als in Bezug auf die Notwendigkeit einer eigenhändigen Unterschrift des Testators war die Rechtsprechung des Obertribunals im Hinblick auf die Protokollierung der gerichtlichen Testamentsübergabe. Insoweit verlangte das Landrecht, dass der ein Testament annehmende Richter den Testator darüber zu befragen hatte, ob dieser das Testament unterschrieben hat und, dass die Übergabe zu protokollieren sei.¹⁰⁶⁸ Allerdings zog die mangelnde oder fehlerhafte Protokollierung der Testamentsannahme nach der Rechtsprechung des Obertribunals nicht zugleich auch die Ungültigkeit des angenommenen Testaments selbst nach sich.¹⁰⁶⁹ Hintergrund dieser Judikatur war zum einen, dass das Obertribunal das Gerichtsprotokoll nicht als wirklichen Bestandteil des Testaments qualifizierte, sodass dessen Fehlerhaftigkeit die Wirksamkeit des Testaments nicht tangierte¹⁰⁷⁰ und zum anderen, dass gemäß des Reskripts des Justizministeriums vom 26. Februar 1798, über solche Mängel, die „niemals zu Zweifeln über die Gewissheit des Willens auch nur scheinbar Anlass geben können,“ keine Nichtigkeit herzuleiten sei.¹⁰⁷¹ Zu formellen Mängeln in diesem Sinne gehörten Fehler bei der gerichtlichen Protokollierung und die Versiegelung des Testaments.

Bemerkenswert ist schließlich, dass sich das Obertribunal zur Funktion der Unterschrift als ein die Testamentsurkunde abschließendes Element nicht äußert. Hierzu hätte aber mit Blick auf den Beklagtenvortrag, wonach der Umschlag und die darauf befindliche Unterschrift ein integrierender Bestandteil des (Gesamt-

¹⁰⁶⁶ So beispielsweise Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839 S.45; Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, 1865 S.40; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.466; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886 Bd.2, S. 34.

¹⁰⁶⁷ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.466.

¹⁰⁶⁸ §§ 102, 103, 12.Titel, 1. ALR.

¹⁰⁶⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.224-230; Archiv für Rechtsfälle, Bd.13,S.83-86.

¹⁰⁷⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.227.

¹⁰⁷¹ Stengel's Beiträge, 1801, Bd.7, S.253 (254).

)Testaments seien, durchaus Anlass bestanden. Die Ursache dafür, dass sich das Obertribunal gleichwohl nicht dazu geäußert hat, ob der Umschlag und die darauf befindliche Unterschrift zugleich Bestandteile des Testaments selbst darstellen, dürfte darin zu sehen sein, dass bereits die beiden Vorinstanzen in ihrer Funktion als Tatsachengerichte den Einwand der Beklagten, wonach die auf dem Umschlag befindliche Unterschrift den Unterschriftmangel des Testaments heile, verworfen hatten. Mithin bestand unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten kein Grund bzw. keine Möglichkeit, diese Tatsachenfeststellung zu hinterfragen.

4.3.2 Entscheidung vom 5. April 1836 – Form der Testamente.¹⁰⁷²

In der Entscheidung vom 5. April 1836 äußert sich das Obertribunal zu den im Landrecht statuierten formalen Voraussetzungen, insbesondere zur Besetzung des Gerichts, das mit einer Testamentsaufnahme befasst war sowie zu den Rechtsfolgen im Falle der Nichtbeachtung dieser Formvorschriften. Rechtsstreitigkeiten in denen die Wirksamkeit eines Testaments aus formalen Gründen, vor allem mit dem Einwand der fehlerhaften Besetzung des Gerichts welches das Testament aufgenommen hat, angegriffen wurde, beschäftigten wiederholt die preußische Justiz.¹⁰⁷³

I. Sachverhalt

Der vom Obertribunal zu entscheidende Sachverhalt war hinsichtlich der entscheidungserheblichen Umstände welche die Aufnahme des streitgegenständlichen Testaments betrafen unstrittig. Danach hatte der im Jahr 1832 verstorbene Erblasser in seinem, einer Deputation des Landgerichts Posen im August 1820 übergebenen Testament, seine Ehefrau sowie seine Neffen und Nichten als Erben eingesetzt und dabei die übrigen, nach der gesetzlichen Erbfolge Berufenen, ausgeschlossen. Der eigenhändigen Testamentsübergabe durch den Erblasser war eine Verfügung des Präsidenten des Landgerichts vorausgegangen, die wie folgt lautete:

¹⁰⁷² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.1, S.75-81.

¹⁰⁷³ Entscheidung des Obertribunals abgedruckt im Central-Blatt für Preußische Juristen, Jahrg. 1843, S. 215 bis 219 und S. 229 bis 233. Entscheidung des Kammergerichts vom 8. Mai 1817 abgedruckt in Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Bd.14, S.267 bis 271; Systematisches Repetitorium, S.52.

„es wird der Landgerichtsrath v. O. zur Abnahme des v. Jonemannschen Testaments substituiert.“

In der Testamentsannahmeverhandlung hatte der förmlich berufene Landgerichtsrat v. O. einen Referendar als Protokollführer hinzugezogen.

Die Testamentsaufnahme wurde von den übergangenen gesetzlichen Erben mit der Begründung angegriffen, dass die Verfügung des Landgerichtspräsidenten nicht den Formvorschriften des Landrechts entsprochen habe, da letztere für die Testamentsaufnahme die Ernennung von zwei Gerichtspersonen verlangten.¹⁰⁷⁴ Daher - so die Kläger - sei die Gerichtsdeputation, welche das streitgegenständliche Testament aufgenommen hat, fehlerhaft bzw. unvollständig besetzt gewesen und dieses daher nichtig.

Die beklagten Erben waren demgegenüber der Auffassung, dass das in Rede stehende Testament wirksam sei, da der Gesetzeszweck, den Willen des Erblassers sicherzustellen, durch die Hinzuziehung des Referendars erreicht worden sei und die Vorschriften des Landrechts im Übrigen nur bestimmten, dass Mitglieder eines Gerichts nicht eigenmächtig und ohne Auftrag Testamente auf- und abnehmen sollen.

Das Landgericht Fraustadt folgte der Argumentation der Testamentserben und wies die (Nichtigkeits-)Klage im November 1833 ab. Das Ober-Appellationsgericht zu Posen war hingegen der Auffassung, dass das Testament von 1820 nichtig sei und änderte dementsprechend in seiner Entscheidung vom 11. Mai 1835 das erstinstanzliche Urteil.

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal bestätigte die Entscheidung des Appellationsgerichts und erklärte das streitgegenständliche Testament für nichtig. Nach den Vorschriften des Landrechts sei die Nichtigkeit des streitgegenständlichen Testaments unzweifelhaft, so das Obertribunal.¹⁰⁷⁵

Dabei beginnt der Senat mit der Feststellung, dass die Bestellung nur einer Gerichtsperson, nämlich des Landgerichtsrats v. O., zur Testamentsaufnahme durch

¹⁰⁷⁴ §§ 82,88, 12.Titel, 1. Theil, ALR.

¹⁰⁷⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 78.

den Präsidenten des Landgerichts Posen nicht den Vorgaben des Landrechts genüge.¹⁰⁷⁶ Nach diesen musste das ein Testament aufnehmende Gericht mit einer Gerichtsperson und einem vereideter Protokollführer – mithin zwei Personen – besetzt sein.¹⁰⁷⁷

Der Auffassung der beklagten Testamentserben, wonach die ursprünglich fehlerhafte Besetzung des Gerichts durch die Hinzuziehung des Referendars als Protokollführer nachträglich geheilt worden sein, folgte das Obertribunal nicht. Eine solche Heilung scheitere nach Ansicht des Gerichts an der fehlenden rechtlichen Legitimation des Landgerichtsrats v. O. zur Benennung einer weiteren Gerichtsperson.¹⁰⁷⁸ Insoweit bestimmte das Landrecht, dass die Mitglieder einer ein Testament aufnehmenden Gerichtsdeputation vom Vorgesetzten des Gerichts oder durch denjenigen, der diesen vertritt, benannt werden müssen.¹⁰⁷⁹ Vorliegend war der Landgerichtsrat v. O. mangels entsprechender amtlicher Stellung nicht zur Ergänzung der unvollständig besetzten Gerichtsdeputation berechtigt gewesen und eine Heilung der fehlerhaften Besetzung daher ausgeschlossen.

Da nach den Vorschriften des Landrechts einzelne Mitglieder des Gerichts ohne ausdrücklichen Auftrag des Gerichtsvorgesetzten zur Auf- oder Abnahme eines Testaments nicht berechtigt waren,¹⁰⁸⁰ war auch der zur Testamentsverhandlung hinzugezogene Referendar zur Protokollierung nicht vorschriftsmäßig qualifiziert.¹⁰⁸¹

Die fehlerhafte Besetzung des Gerichts habe aufgrund der Strenge der Testamentsformen nach Ansicht des Obertribunals die Nichtigkeit des aufgenommenen Testaments zur Folge.¹⁰⁸² Dass ein letzter Wille, der unter Verabsäumung der gesetzlichen Formvorschriften zustandegekommen ist keinen Bestand haben kann, sei ausdrücklich im Landrecht verordnet.¹⁰⁸³

Das von den Testamentserben gegen die Nichtigkeit des Testaments vorgebrachte Argument, wonach der Gesetzeszweck den Willen des Erblassers zweifelsfrei festzustellen, vorliegend durch die Hinzuziehung des Referendars gleichwohl erreicht worden sei, verwirft das Obertribunal aus zwei Gründen. Zum einen dienten die Formvorschriften des Landrechts gerade dazu, den letzten Willen (möglichst) zwei-

¹⁰⁷⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 78.

¹⁰⁷⁷ §§ 82,88, 12.Titel, 1. Theil, ALR.

¹⁰⁷⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 78.

¹⁰⁷⁹ § 88, 12.Titel, 1. Theil, ALR.

¹⁰⁸⁰ § 89, 12.Titel, 1. Theil, ALR.

¹⁰⁸¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 79.

¹⁰⁸² Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 79.

¹⁰⁸³ § 139, 12.Titel, 1. Theil, ALR. Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S. 79.

felsfrei festzustellen, sodass aus ihrer Nichteinhaltung gerade nicht auf die Erreichung besagten Zwecks geschlossen werden könne.¹⁰⁸⁴ Zum anderen sei es grundsätzlich unzulässig, positive Formvorschriften zu umgehen oder zu vereiteln und sich dabei auf die Absicht des Gesetzes zu stützen.¹⁰⁸⁵

Abschließend weist das Obertribunal daraufhin, dass der Landgerichtsrat v. O. den Präsidenten des Landgerichts Posen auf seine mangelhafte Verfügung aufmerksam und die nachträgliche Ernennung eines Protokollführers hätte veranlassen müssen, um das Verfahren auf die richtige Bahn zu leiten.¹⁰⁸⁶

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals erscheint vor dem Hintergrund, dass zwischen Testamentserrichtung und dem Erbfall ein Zeitraum von über zwölf Jahren gelegen hat, in dem der Erblasser offensichtlich von der Wirksamkeit seines Testaments ausging, sodass an dessen inhaltlicher Willensgemäßheit dem Grunde nach keine durchgreifenden Zweifel bestanden haben dürften, recht formalistisch. Auch die Erwägung, dass der Erblasser entsprechend den Vorschriften des Landrechts handelte, als er das Landgericht Posen um die Aufnahme seines Testaments ersuchte – was hätte er sonst tun sollen? – und dieses tatsächlich mit zwei Personen, an deren Unbefangenheit kein Anlass zu Zweifeln bestand, besetzt war, lässt die vom Obertribunal gefolgerte Nichtigkeit des besagten Testaments als rigoros und tendenziell unbillig erscheinen.

Andererseits folgt das Obertribunal den insoweit ausdrücklichen Vorschriften des Landrechts. Dass das Gericht die Erwägung der beklagten Testamentserben, wonach die Willensgemäßheit des Testaments dadurch sichergestellt sei, dass zwei Gerichtspersonen an dessen Aufnahme mitwirkten, als unzulässigen Zirkelschluss verwirft, erstaunt mit Blick auf das Landrecht. Der Sinn und Zweck und die Systematik der Vorschriften über die Besetzung eines ein Testament aufnehmenden Gerichts¹⁰⁸⁷ zeigen, dass dem mit der Testamentsaufnahme befassten Richter und insbesondere dessen Unbefangenheit maßgebliche Bedeutung beigemessen wurde. Beim vereideten Protokollführer spielte die Unbefangenheit hingegen eine untergeordnete Rolle. Der Protokollführer konnte durch zwei vereidete Schöppen vertreten

¹⁰⁸⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S.80.

¹⁰⁸⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S.80.

¹⁰⁸⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 1, S.80.

¹⁰⁸⁷ §§ 82 bis 92, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

werden und war somit ersetzbar.¹⁰⁸⁸ Dagegen konnte sich der ein Testament auf- oder abnehmender Richter nicht vertreten lassen.¹⁰⁸⁹ Dass vorliegend der Richter, der das streitgegenständliche Testament aufgenommen hatte, hierzu dem Grunde nach bestellt und unbefangen war, war unstreitig. Umso mehr erscheint die an die fehlerhafte Besetzung des Protokollführers gekoppelte Rechtsfolge der Nichtigkeit des Testaments als zu weitgehend. Zudem darf bezweifelt werden, dass dem Erblasserwillen durch die Nichtigkeitserklärung seines Testaments mit der Folge, dass die zuvor übergangenen gesetzlichen Erben in den Nachlass berufen wurden, in tatsächlicher Hinsicht zutreffend Rechnung getragen wurde.

m Übrigen sollte sich die Rechtslage drei Jahre nach der Entscheidung ändern. Mittels Deklaration vom 24. März 1839 erklärte Friedrich Wilhelm, dass die Hinzuziehung eines vereideten Protokollführers durch das richterliche Mitglied der Deputation ohne vorherige Ernennung durch den Gerichtspräsidenten nicht zur Nichtigkeit des Testaments führt.¹⁰⁹⁰

4.3.3 Entscheidung vom 21. Dezember 1848 – Testamentsformen¹⁰⁹¹

In der Entscheidung vom 21.12.1848 befasst sich das Obertribunal mit den formellen Erfordernissen für eine wirksame Testamentserrichtung. Im Zentrum stand hierbei die Frage, auf Grund welcher Umstände bestimmte Personen nicht als Zeugen bei einer Testamentserrichtung fungieren konnten. Zudem war zu klären, ob es nach den Vorschriften des Landrechts zulässig war, dass vor dem das Testament aufnehmenden Gericht zugleich Geschäfte unter Lebenden verhandelt werden.

I. Sachverhalt

Im Jahr 1799 heiratete der spätere Erblasser *E.* die Witwe und Besitzerin eines Bauernhofs *G.* Nach der ursprünglichen Erbregelung der Eheleute *G.* sollte der Hof nach 18 Jahren, mithin im Jahr 1817, an eines der damals noch minderjährigen Kinder der Eheleute *G.* übergeben werden.

¹⁰⁸⁸ § 83, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

¹⁰⁸⁹ §§ 83, 85, 12. Titel, 1. Teil, ALR.

¹⁰⁹⁰ Deklaration vom 24. März 1839 abgedruckt in: Systematisches Repetitorium, S.52.

¹⁰⁹¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.192-201.

In einer, von nur einer Gerichtsperson aufgenommenen, gerichtlichen Verhandlung am 16. Oktober 1799 zwischen der Witwe *G.* und ihrem Bräutigam *E.*, sowie den Vormündern der Kinder der Eheleute *G.*, wurden verschiedene Vereinbarungen über das Altenteil, dass im Falle der künftigen Hofübergabe den bisherigen Betreibern zu gewähren war und die von dem Hofübernehmer an seine Geschwister zu zahlende Abfindung, getroffen.

Darüber hinaus erklärte *E.*,

„... dass wenn er ohne Kinder mit seiner zukünftigen Ehefrau, der Witwe G. zu erzeugen, vor derselben versterben sollte, seine Ehefrau und deren Kinder ihn allein beerben, und seinen Seitenverwandten nicht das Geringste herausgeben sollten.“

Noch vor Ablauf der 18 Bewirtschaftungsjahre übergaben die Eheleute den Hof, mit Zustimmung der übrigen Interessenten, an einen der Söhne und bezogen selbst das Altenteil. In der gerichtlichen Verhandlung vom 21. April 1815 erklärte *E.* vor einem Richter und unter Hinzuziehung eines vereideten Protokollführers, dass nach seinem Tod seine Verwandten, unter welchen sich keine Pflichtteilsberechtigten befänden, auf seinen Nachlass keinen Anspruch hätten, dieser vielmehr ganz seiner Ehefrau, und wenn diese vor ihm versterbe, seinen Stiefkindern, den Geschwistern *G.*, zufallen solle. Da *E.* schreibunfähig war wurden bei der Unterzeichnung der gerichtlichen Erklärung zwei Zeugen, darunter einer der Vormünder der Geschwister *G.*, herbeigezogen.

Nachdem seine Frau verstorben war, verstarb auch *E.* im Jahr 1845 ohne eine weitere letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Aufgrund der gerichtlichen Erklärung aus dem Jahr 1815 nahmen die Geschwister *G.* daraufhin den Nachlass in Besitz.

Dagegen traten die nächsten gesetzlichen Erben des *E.* klagend auf. Sie waren der Ansicht, dass die Erklärungen des *E.* aus dem Jahr 1799 und 1815 ungültig seien. Hinsichtlich der Erklärung aus dem Jahr 1799 sei dies unproblematisch der Fall, da das die Erklärung aufnehmende Gericht nur mit einer Person, mithin unvollständig besetzt gewesen sei. Die Erklärung aus dem Jahr 1815 könne nach Ansicht der Kläger weder als Erbvertrag, noch als Testament Bestand haben. Die Erklärung stelle mangels entsprechender Annahme der Geschwister *G.* keinen Erbvertrag dar.

Zudem seien die für Testamente geltenden Formvorschriften nicht hinreichend beachtet worden, da das gerichtliche Protokoll nicht vorschriftsmäßig versiegelt und unterschrieben worden sei. Ferner seien durch die Hinzuziehung eines Vormundes der Miterbin die Vorschriften über die Hinzuziehung von Unterschriftszeugen verletzt worden. Schließlich enthalte die Erklärung des *E.* keine Erbeinsetzung. Die gesetzlichen Erben des *E.* beantragten daher die beiden Erklärungen für nichtig zu erklären und die Intestaterbfolge zu eröffnen.

Das Stadtgericht zu Perleberg gab der Klage im Jahr 1847 statt, da das gerichtliche Protokoll fehlerhaft und damit die Erklärung des *E.* aus dem Jahr 1815 unwirksam sei. Der Ober-Appellationssenat des Kammergerichts bestätigte im Jahr 1848 die erstinstanzliche Entscheidung. Nach Auffassung des Kammergerichts enthielt die Erklärung aus dem Jahr 1815 zwar eine Erbeinsetzung der Beklagten und auch Mängel im gerichtlichen Protokoll führten nicht zu deren Unwirksamkeit. Gleichwohl sei die Erklärung deswegen nichtig, weil ein Vormund eines Miterben nicht als Testamentszeuge auftreten könne, da diesem die erforderliche Glaubwürdigkeit fehle.

Das Obertribunal hob die Appellationsentscheidung auf und wies die Klage ab.

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal setzt sich zunächst mit der Entscheidung des Kammergerichts, welches die erstinstanzliche Entscheidung bestätigte und die Klage für begründet erachtete, auseinander.

Nach Auffassung des Kammergerichts war die Erbeinsetzung der Stiefkinder in der gerichtlichen Verhandlung im Jahr 1815 deswegen unwirksam, weil einer der Vormünder der seinerzeit noch minderjährigen Erben bei der Testamentsunterzeichnung als Unterschriftszeuge fungierte.

Das Obertribunal erkannte darin eine unzutreffende Anwendung der Vorschriften des Landrechts.¹⁰⁹² Diese bestimmten hinsichtlich der Testamentsaufnahme von des Schreibens unerfahrenen Personen, dass grundsätzlich die hinzuzuziehenden Testamentszeugen überhaupt die Eigenschaften gültiger Instruments-Zeugen besitzen müssten und dass ihnen insbesondere keine derjenigen Mängel entgegenstehen dürften, wegen welcher jemand zur Ablegung eines Zeugnisses überhaupt, nach

¹⁰⁹² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.198.

Vorschrift der Prozessordnung, unfähig ist.¹⁰⁹³ Die entsprechende Vorschrift der Allgemeinen Prozessordnung bestimmte hinsichtlich des Beweises durch Zeugen, dass Rasende, Wahn- und Blödsinnige zur Ablegung eines Zeugnisses unfähig waren, dass Blinde, Taube und Taub-Stumme nur insofern zur Ablegung eines Zeugnisses fähig waren, als dass ihnen ihre Behinderung nicht entgegenstand, und dass diejenigen, die erweislich Geld oder andere Vorteile einer Partei angenommen haben, zur Ablegung eines Zeugnisses unfähig sind.¹⁰⁹⁴ Das Kammergericht erweiterte diesen Kreis um diejenigen Personen, von denen man nicht glauben könne, dass sie das bei der Aufnahme des Testaments Vorgefallene richtig bezeugen werden. Hierzu zählten nach Ansicht des Kammergerichts auch die gesetzlichen Vertreter der im Testament eingesetzten Erben.¹⁰⁹⁵

Das Obertribunal war hingegen der Ansicht, dass diese Auslegung des Kammergerichts dem Sinn und Zweck der Vorschriften des Landrechts über zulässige Testamentszeugen widersprach. Das Landrecht verlange keineswegs, dass ein Testamentszeuge ein nach den Vorschriften der Prozessordnung glaubwürdiger Zeuge sei.¹⁰⁹⁶ Das Verhältnis des Testamentszeugen zum Erblasser werde vom Gesetz gar nicht in Betracht gezogen und dasjenige zum Erben oder Dritten werde nur insoweit behandelt, als dass derjenige, der in einem Testament oder Codicille zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht worden ist, nicht als Unterschriftenzeuge auftreten könne.¹⁰⁹⁷ Grundsätzlich bestimme das Landrecht, dass diejenigen Erfordernisse, welche nach den Gesetzen bei einem zulässigen oder gültigen Beweiszeugen notwendig sind, bei einem bloßen Testamentszeugen nicht vorliegen müssen.¹⁰⁹⁸ Die gesetzlichen Erfordernisse für Testamentszeugen verlangten nach Ansicht des Obertribunals lediglich, dass der Testamentszeuge nicht nach den Vorschriften der Prozessordnung gänzlich unfähig ist, ein Zeugnis abzulegen, dass er nicht selbst in dem Testament bedacht ist, und dass er mit dem das Testament auf- oder annehmenden Richter nicht in einem solchen Verhältnis steht, dass er für diesen kein Zeugnis ablegen könne.¹⁰⁹⁹

Weiterhin bemühte das Obertribunal einen Analogieschluss, um seine Auffassung, nach der das rechtliche Verhältnis zwischen Erblasser und Testamentszeugen

¹⁰⁹³ §§ 117, 118, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹⁰⁹⁴ A.G.O., 1. Teil, 10. Tit., § 227.

¹⁰⁹⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 17, S. 198.

¹⁰⁹⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 17, S. 198.

¹⁰⁹⁷ §§ 119, 120, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹⁰⁹⁸ § 121, 12. Titel, 1. Teil ALR, Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 17, S. 198.

¹⁰⁹⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 17, S. 199.

grundsätzlich unerheblich ist, zu untermauern. Wenn aufgrund eines verwandtschaftlichen Verhältnisses zum Erblasser der Testamentszeuge ungeeignet wäre, Zeugnis für die Richtigkeit des Testaments abzulegen, wären beispielsweise auch der Vater oder der Bruder eines Erblassers als Testamentszeugen ungeeignet, so das Obertribunal. Dies sei jedoch ausdrücklich nicht gewollt.¹¹⁰⁰ Das Gesetz habe das Verhältnis zwischen Erblasser und Testamentszeugen nicht berücksichtigt, sodass vorliegend auch aus diesem Grund der Vormund eines der Miterben zulässigweise als Unterschriftenzeuge auftreten durfte.¹¹⁰¹

Dem weiteren, gegen die Zeugeneigenschaft des Vormunds von den Klägern ins Feld geführten Einwand, wonach der Vormund mit seinem Mündel aus rechtlicher Sicht eine Einheit darstelle, weshalb er selbst als im Testament Bedachter anzusehen sei und folglich nicht zugleich als dessen Zeuge auftreten könne, hält das Obertribunal das Landrecht entgegen. Dieses bestimme, dass Vormünder nur die Stelle des Vaters treten und als Bevollmächtigte des Staates in Beziehung auf die Sorge für die Person und das Vermögen des Kuranden anzusehen seien.¹¹⁰² Mithin könne nach Auffassung des Gerichts von einer rechtlichen Einheit zwischen Vormund und Mündel aus Sicht des Landrechts keine Rede sein. Die unzutreffende Auslegung der Vorschriften über die Zulässigkeit von Unterschriftenzeugen durch das Appellationsgericht, habe die Nichtigkeit seines Urteils zur Folge, so das Obertribunal.¹¹⁰³

Anschließend widmet sich das Obertribunal in wenigen Sätzen der Begründetheit der ursprünglichen Klage und gelangt zu der Erkenntnis, dass diese unbegründet war. In der gerichtlichen Verhandlung im Jahr 1815 sei eine wirksame testamentarische Verfügung des *E.* zugunsten seiner Stiefkinder erfolgt.¹¹⁰⁴ Die Tatsache, dass das streitbefangene Testament nicht versiegelt worden sei, bewirke – wie bereits entschieden – nicht dessen Unwirksamkeit.¹¹⁰⁵ Auch der Umstand, dass in der gerichtlichen Verhandlung im Jahr 1815 im Wesentlichen die Übergabe des Hofes und die Regelung des Altenteils thematisiert worden seien, stehe der Wirksamkeit der testamentarischen Verfügung nicht entgegen. Entscheidend für diese sei lediglich, dass das ein Testament auf- oder annehmende Gericht entsprechend den ge-

¹¹⁰⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.199.

¹¹⁰¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.200.

¹¹⁰² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.200; § 240 und § 235, 18.Titel, 2.Theil ALR.

¹¹⁰³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.200.

¹¹⁰⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.201.

¹¹⁰⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.201; unter Verweis auf die Entscheidung vom 13.Juni 1845, abgedruckt in Entscheidungen des Obertribunals, Bd.11, S.263-276.

setzlichen Vorschriften besetzt sei; hingegen sei unerheblich, zu welchem (Haupt-)Zweck das Gericht zusammengekommen ist.¹¹⁰⁶

III. Rechtliche Analyse

Das Obertribunal legt die der Vorschriften über Testamentszeugen restriktiv und am Sinn und Zweck orientiert aus. Allerdings wurde das Urteil im Schrifttum kritisiert.¹¹⁰⁷

Die Kritik an der Entscheidung, den Vormund eines in einem Testament eingesetzten Mündels als Unterschriftszeuge zuzulassen, wurde im Wesentlichen mit einem Verweis auf die Notariatsordnung vom 11. Juli 1845 begründet. Das Landrecht selbst bestimmte ganz allgemein, dass ein Testamentszeuge die Eigenschaften eines gültigen Instrumentszeugen besitzen musste, allerdings ohne den Begriff des Instrumentszeugen zu definieren.¹¹⁰⁸ Auch die Prozessordnung enthielt keine konkreten Vorgaben über die Zulässigkeit von Instruments- bzw. Testamentszeugen. Abhilfe schaffte insofern erst die von den Kritikern der Entscheidung in Bezug genommene Notariatsordnung, die umfassende Vorschriften über die notwendigen Eigenschaften von Instrumentszeugen enthielt.¹¹⁰⁹ Gemäß § 8 der Notariatsordnung waren die Verwandten eines bei der Verhandlung Beteiligten unfähig, in dieser als Instrumentszeugen aufzutreten. Da aber gemäß dem Landrecht dem Vormund die Stellung des Vaters des Mündels zukam,¹¹¹⁰ sei er aufgrund des gesetzlich fingierten Verwandtschaftsverhältnisses zu diesem unfähig, in einer gerichtlichen Verhandlung, an der auch sein Mündel beteiligt ist, als Zeuge zu dessen Gunsten aufzutreten.¹¹¹¹

Dem wurde entgegengehalten, dass das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel nicht mit einem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis vergleichbar sei.¹¹¹² Das Verhältnis von Vormund und Mündel sei keine dauernde, alle Beziehungen zueinander durchdringende persönliche Verbindung, sondern diese komme lediglich in Situationen zum Vorschein, in denen der Vormund aufgrund der ihm ob-

¹¹⁰⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.201.

¹¹⁰⁷ Vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S. 593; *ders.*, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.40, Anm. 17; kritisch, soweit das Obertribunal meint, dass auch der Vater oder der Bruder des Erben als Testamentszeugen auftreten können, Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.196 bis 216.

¹¹⁰⁸ § 117, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁰⁹ Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.206, (212).

¹¹¹⁰ §§ 240, 235, 18.Titel, 2.Theil ALR.

¹¹¹¹ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd. 2, S.40, Anm. 17; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.212.

¹¹¹² Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.213.

liegenden Vertretung seines Pflegebefohlenen als solcher auftritt.¹¹¹³ In allen anderen Beziehungen komme die Eigenschaft des Vormunds als solcher nicht in Betracht, sondern dieser stünde seinem Pflegebefohlenen als *persona externa* gegenüber, sodass dem Hinzuziehen eines Vormunds als Testamentszeuge bei der Aufnahme eines zu Gunsten seines Pflegebefohlenen getroffenen letzten Willens nichts entgegenstände.¹¹¹⁴

Zudem schien aus rechtshistorischer Sicht die Zulässigkeit eines Vormunds als Testaments- bzw. Unterschriftenzeuge anerkannt gewesen zu sein. Bereits vor Einführung des Landrechts hatte die Gesetzeskommission am 25. November 1783 auf eine Anfrage hin entschieden, dass der Vormund eines instituierten Erben als gültiger Testamentszeuge zu erachten sei.¹¹¹⁵

Darüber hinaus sprach der Sinn und Zweck der Vorschriften über Testamentszeugen nicht gegen die Zulässigkeit eines Vormunds als Unterschriftenzeuge. Der Zweck der Vorschriften über Testamentszeugen bestand neben Beweissicherungszwecken darin, Personen, bei denen aufgrund eines materiellen Eigeninteresses die Gefahr bestand, dass diese ein unzutreffendes Zeugnis vom Vorgang der Testamenterrichtung ablegen, auszuschließen. Eine solche Gefahr der Befangenheit war insbesondere bei Personen zu befürchten, die in einem Testament, dessen Authentizität in Frage stand, selbst als Erben eingesetzt wurden. Eine derartige Personenidentität von Testamentszeugen und eingesetzten Erben lag im Verhältnis von Vormund und Mündel nicht vor. Vormund und Mündel waren personenverschieden und der Vormund trat nur in den ausdrücklich gesetzlich angeordneten Fällen und auch nur als Vertreter des Mündels auf.

Schließlich sprachen auch die ohnehin strengen Formvorschriften des Landrechts für deren restriktive Auslegung. Vor dem Hintergrund, dass das Landrecht dem Erblasser bereits nicht unerhebliche Formalitäten bei der Testamenterrichtung auferlegte, stellte die Zulässigkeit eines Vormunds als Unterschriftenzeugen eine Erleichterung dar .

Soweit das Obertribunal im zweiten Leitsatz feststellt, dass das Gericht zur Aufnahme des streitgegenständlichen Testaments befugt war, obgleich der Haupt-

¹¹¹³ Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.213.

¹¹¹⁴ Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis, 1857, Jg.1, S.213.

¹¹¹⁵ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.593; ders., Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.40, Anm.17.

zweck der gerichtlichen Verhandlung im Jahr 1815 ein anderer, namentlich die Auseinandersetzung des Hofes und die Abfindungen der übrigen Geschwister gewesen war, steht dies im Einklang mit den Vorschriften des Landrechts. Das Landrecht verbot nicht, dass die gerichtliche Testamentserrichtung mit einem weiteren Geschäft unter Lebenden, das ebenfalls der gerichtlichen Form bedarf, verbunden wird.¹¹¹⁶ Entscheidend für die formelle Wirksamkeit eines gerichtlich errichteten Testaments war die Beachtung der Formvorschriften, insbesondere derjenigen über die Besetzung des Gerichts, sowie in materieller Hinsicht, dass das Testament eine Erbeinsetzung enthielt. Da das Gericht vorliegend ordnungsgemäß besetzt war und der Erblasser ausdrücklich erklärte, dass seine Stiefkinder nach dem Vorversterben seiner Frau seinen gesamten Nachlass erhalten sollten, nahm das Obertribunal daher eine wirksame testamentarische Verfügung an.

4.3.4 Entscheidung vom 5. März 1851 – Verwandtschaftsverhältnis des Richters mit dem Testator¹¹¹⁷

Im folgenden Urteil äußert sich das Obertribunal zu der Frage, ob ein Testament deswegen unwirksam ist, weil zwischen dem das Testament auf- oder annehmenden Richter und dem Testator ein Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis bestand. Entscheidungserheblich hierfür waren neben der Auslegung der Vorschriften des Landrechts, deren Abgrenzung zu den Vorschriften der Allgemeinen Prozessordnung über den Ausschluss eines Richters vom Verfahren sowie die Unterscheidung zwischen streitigen Angelegenheiten und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

I. Sachverhalt

Der Testator *T.* hatte im Januar 1849 vor dem zuständigen Land- und Stadtgericht sein Testament, in welchem er seine drei Söhne zu seinen Erben einsetzte, zu Protokoll erklärt. Das das streitgegenständliche Testament aufnehmende Gericht war dabei mit dem Gerichts-Assessor *G.* und einem vereideten Protokollführer besetzt. Die Gültigkeit des im November 1849 eröffneten Testaments wurde sodann von ei-

¹¹¹⁶ Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens, 1896, S.316.

¹¹¹⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.132-143.

nem der drei eingesetzten Brüder, der mit einzelnen Bestimmungen des Testaments nicht zufrieden war, angefochten.

Der mit der Aufnahme des Testaments befasste Gerichts-Assessor G. war nämlich mit der, im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bereits verstorbenen Mutter des Testators im fünften Grad verwandt und mit dem Testator selbst insofern im vierten Grad verschwägert, als dessen verstorbene Ehefrau die Schwester der Großmutter des Klägers und seiner beiden Brüder gewesen war.

Der Kläger war deshalb der Meinung, dass der Obergerichts-Assessor G. aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses mit dem Testator sich nicht mit der Testamentsaufnahme hätte befassen dürfen.¹¹¹⁸ Das Testament sei wegen ungehöriger Besetzung des Gerichts unwirksam und demzufolge die Intestaterbfolge zu eröffnen.¹¹¹⁹

Die Beklagten waren hingegen der Ansicht, dass die vom Kläger in Bezug genommenen Vorschriften, nach denen ein Richter aufgrund eines Verwandtschaftsverhältnisses zu den Beteiligten vom Verfahren ausgeschlossen wurde, nur auf prozessuale Angelegenheiten Anwendung fänden und, dass das insoweit einschlägige Landrecht kein vergleichbares Erfordernis enthält.¹¹²⁰ Zudem sei in tatsächlicher Hinsicht das Schwägerschaftsverhältnis zwischen dem Gerichts-Assessor G. und dem Testator im Zeitpunkt der Testamentsaufnahme aufgrund des Todes der Ehefrau des Testators bereits erloschen gewesen.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Calbe a.S. und des Appellationsgerichts zu Magdeburg vom 21. Mai und 5. Oktober 1850 wurde die Klage abgewiesen.¹¹²¹ Die dagegen vom Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom ersten Senat des Obertribunals durch Urteil vom 5. März 1851 verworfen.

II. Entscheidungsgründe

Zu Beginn seiner Entscheidungsgründung rekapituliert das Obertribunal die Urteilsbegründung des Appellationsgerichts. Dieses hatte die Frage, ob die Vorschriften der Prozessordnung, nach denen ein Richter in streitigen Angelegenheiten aufgrund eines bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses zu einem der Beteiligten vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurde, vorliegend anwendbar sind, nicht entschieden

¹¹¹⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.133.

¹¹¹⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.133.

¹¹²⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.133.

¹¹²¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.133.

und stattdessen auf ein etwaiges persönliches Interesse des Richters bei der Testamentsaufnahme abgestellt. Nur, wenn der ein Testament aufnehmende Richter ein persönliches Interesse an dessen Inhalt habe, würde das Gesetz die richterliche Handlung verbieten.¹¹²² Da dies jedoch vorliegend nicht der Fall sei, da der Gerichts-Assessor G. nichts vom Inhalt des Testaments habe, stehe seiner Mitwirkung an dessen Protokollierung und mithin der Wirksamkeit des Testaments nichts entgegen.¹¹²³ Diesbezüglich führt das Obertribunal aus, dass, obwohl Bedenken gegen die Ausführungen des Appellationsgerichts bestehen, die Klage auch bei einer unterstellten Anwendbarkeit der prozessualen Befangenheitsvorschriften unbegründet wäre.¹¹²⁴ Zum einen enthielten die vom Kläger als verletzt gerügten prozessualen Vorschriften, namentlich solche der Allgemeinen Gerichtsordnung, keine Grundsätze des materiellen Rechts und zum anderen beziehen sich die in Rede stehenden Prozessvorschriften auf eine richterliche Entscheidung, wovon hier – im Falle einer Testamentsaufnahme – keine Rede sein könne.¹¹²⁵ Testamente unterschieden sich von anderen Amtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dadurch, dass sie einseitige, den Testator nicht verpflichtende, vielmehr stets widerrufliche Willenserklärungen enthielten, aus welchen auch Rechte für die Begünstigten erst nach dem Tode des Erklärenden entstünden, so das Obertribunal.¹¹²⁶

Sodann setzt sich das Gericht mit dem vom Kläger aufgestellten und aus den Vorschriften des Landrechts hergeleiteten Grundsatz auseinander, wonach ein Testament, welches von einem mit dem Testator im vierten Grade verschwägerten Richter aufgenommen wurde, wegen mangelnder Besetzung des Gerichts nichtig sei. Insofern hält das Obertribunal zunächst fest, dass sich der vom Kläger behauptete Grundsatz aus den einschlägigen Vorschriften des Landrechts nicht entnehmen lasse.¹¹²⁷ Zudem seien die Erfordernisse für die Gültigkeit eines Testaments speziell und umfangreich im Landrecht geregelt und eine extensive Auslegung daher nicht geboten.¹¹²⁸ Ferner sei nach dem Landrecht ein Testament auch dann gültig, wenn in diesem ein Richter zum Erben ernannt wird und dieses dem Gericht schriftlich und versiegelt übergeben wird.¹¹²⁹ Wenn jedoch selbst in Fällen, in denen ein erkennba-

¹¹²² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.134.

¹¹²³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.134.

¹¹²⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.135.

¹¹²⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.136.

¹¹²⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.137.

¹¹²⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.137.

¹¹²⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.138.

¹¹²⁹ § 133, 12.Titel, 1.Theil ALR.

res Eigeninteresse des Richters besteht, dieser von der Amtshandlung nicht ausgeschlossen ist, sei dies um so weniger anzunehmen, wenn der Richter überhaupt nicht begünstigt sei, so das Obertribunal.¹¹³⁰ Allein aus dem bloßen Verwandtschaftsverhältnis des Richters mit dem Testator ergebe sich daher kein gesetzlicher Grund für die Ungültigkeit des Testaments.¹¹³¹

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals erfuhr im zeitgenössischen Schrifttum überwiegend Zustimmung.¹¹³² Bemerkenswert am Präjudiz 2276 ist, dass das Obertribunal abweichend von diesbezüglichen Rescripten des Justizministerium entscheidet und sich insoweit emanzipiert. Zudem trägt das Urteil dem Anliegen der Beständigkeit und Berechenbarkeit der Rechtsprechung Rechnung. Der Senat knüpft an seine früheren Entscheidungen zur Befähigung eines Richters bzw. zu dessen Mitwirkung bei der Testamentsaufnahme an.

Die Ausführungen des Obertribunals zum fehlenden materiell-rechtlichen Inhalt der Vorschriften der Prozessordnung und deren Nichtanwendbarkeit in Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit - wie im Falle der Testamentsaufnahme - sind mit Blick auf die Rescripte vom 8. Mai 1815¹¹³³ und dem 23. Dezember 1823¹¹³⁴ des Justizministers *Kirchseisen* nicht zwingend. Dem Rescript vom 8. Mai 1815 ging eine Anfrage des Königlichen Oberlandesgerichts von Westpreußen zu Marienwerder voraus. Das Kollegium fragte an: *„Ob es auf die Gültigkeit eines schriftlich und versiegelt übergebenen Testaments Einfluss habe, wenn der Richter, dem solches übergeben worden, mit dem Testator dergestalt verwandt oder verschwägert ist, dass er sich wegen dieses Verhältnisses nach der Allg. Ger. Ordn. Th. I, Tit. 2, § 143 und Th. III, Tit. 3 § 13 aller Einmischungen in die Rechtssache enthalten soll?“*¹¹³⁵ Justizminister *Kirchseisen* beantwortete die Anfrage dahingehend, dass *„(...) es für rathsam zu erachten ist, den Testator, wenn er noch lebt, von einem anderen gehörig besetzten Gerichte nochmals persönlich über die beabsichtigte Testamentifaction vernehmen zu lassen, und dadurch allen ferneren Einwendungen gegen die Gültigkeit des in*

¹¹³⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.138.

¹¹³¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.141.

¹¹³² Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.456; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.26.

¹¹³³ Abgedruckt in Kamptz'sche Jahrb., Bd.5, S.3.

¹¹³⁴ Abgedruckt in Kamptz'sche Jahrb., Bd.22, S.190.

¹¹³⁵ Abgedruckt in Kamptz'sche Jahrb., Bd.5, S.3.

Frage stehenden Testaments vorzubeugen.“ Justizminister Kircheisens Antwort offenbart Unsicherheit hinsichtlich der Beantwortung der an ihn gestellten Rechts- bzw. Auslegungsfrage und ist zudem nur eingeschränkt auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar, nämlich nur dann, wenn - wie der Minister einräumt - der Testator noch am Leben ist. Nur in diesem Fall, konnte die von Kircheisen verfügte erneute Vernehmung des Testators bzw. die erneute Testamentsaufnahme erfolgen.

Allerdings zeigt die Anordnung einer erneuten Vernehmung des Testators, dass Justizminister Kircheisen davon ausging, dass ein mit dem Testator verwandter oder verschwägerter Richter nicht zur Aufnahme bzw. Annahme von dessen Testament berechtigt ist im Sinne des Landrechts. Anderenfalls hätte es der vom Minister angeordneten erneuten Testamentsaufnahme nicht bedurft. Vorliegend konnte das Rescript des Ministers Kircheisen allerdings aufgrund einer anders gelagerten Sachverhaltskonstellation keine unmittelbare Bindungswirkung erzeugen, so dass sich das Obertribunal über dieses hinwegsetzen konnte. Anders als in der von Kircheisen beantworteten Anfrage, stand vorliegend nicht die Gültigkeit eines schriftlich und versiegelten Testaments in Frage, sondern der Testator hatte im Beisein seiner drei Söhne, eines vereidigten Protokollführers und dem mit ihm im vierten Grade verwandten Gerichts-Assessor G. sein Testament errichtet. Die Übergabe eines schriftlich verfassten und versiegelten Testaments ist mit der mündlich, vor einem Gericht zu Protokoll gegeben Testamentsaufnahme nur bedingt vergleichbar. Insbesondere weil im Fall der Übergabe eines schriftlich verfassten Testaments nur der aufgrund seines Verhältnisses zum Testator - möglicherweise - befangene Richter und keine weiteren Personen, wie etwa ein Protokollführer oder zwei Schöffen mitwirkten und deswegen die Gefahr der unrechtmäßigen Einflussnahme größer war, als bei der mündlichen Testamentserrichtung.

Hinsichtlich des zweiten Rescripts vom 23. Dezember 1823 verhielt es sich ähnlich. Ebenso wie die Anordnung aus dem Jahr 1815, kann das Rescript aus dem Jahr 1823 nur eingeschränkt auf den vom Obertribunal zu entscheidenden Fall übertragen werden. Da die Aussagekraft eingeschränkt war, konnte sich das Obertribunal auch über das zweite Rescript hinweg setzen, ohne das Justizministerium offen zu übergehen.

Dem Rescript vom 23. Dezember 1823 ging die Anfrage des Königlichen Oberlandesgerichts zu Stettin, *„ob bei nahen Verwandtschaftsverhältnissen zu den*

contrahierenden Teilen der Richter rechtsgültige Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vornehmen kann,“ voraus. Justizminister Kirchheim stellte auf den Zweck der Befangenheitsvorschrift(en) der Prozessordnung ab und beantwortete die Anfrage dahingehend, dass die in Rede stehende Vorschrift *„ihrem Zwecke gemäß, auf alle Gegenstände der gerichtlichen Verwaltung zu Anwendung gebracht werden muss, und es zu bedenklich sein würde, von der allgemeinen Regel hierunter abzuweichen.“* Justizminister Kirchheim hatte mithin den Zweck der Befangenheitsvorschriften, der insbesondere im Schutz der Integrität der Rechtspflege zu sehen war, im Blick und wollte diese auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit angewendet sehen.

Insoweit kann das Argument des Obertribunals, wonach sich die allegierten Vorschriften der Prozessordnung über die Befangenheit eines Richters bzw. eines Mitwirkungsverbots nur auf richterliche Entscheidungen beziehen würden, von denen die Testamentsaufnahme zu unterscheiden sei, nicht verfangen. Justizminister Kirchheim hat diesbezüglich einschränkungslos angeordnet, dass die Vorschriften der Prozessordnung über ein Mitwirkungsverbot eines Richters auf alle Gegenstände der gerichtlichen Verwaltung und zu solchen zählt auch die vorliegend in Rede stehende Testamentserrichtung zur Anwendung zu bringen seien.¹¹³⁶

Aber auch die Ausführungen des Obertribunals erscheinen plausibel, wenn es ausführt, dass sich die Testamentsaufnahme aufgrund der Einseitigkeit und der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit von anderen Amtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterscheidet. Dieser Unterscheid und der Umstand, dass sich die Anfrage des Königlichen Oberlandesgerichts zu Stettin auf die Mitwirkung eines Richters beim Zustandekommen eines Kaufvertrags, mithin eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, bezog, rechtfertigte es nach Ansicht des Obertribunals das Rescript aus dem Jahr 1823 unberücksichtigt zulassen. Die Mitwirkung eines Richters beim Zustandekommen eines Kaufvertrages und bei der Aufnahme eines Testaments ist zwar gleichsam als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu qualifizieren. Allerdings handelte es sich in qualitativer Hinsicht um unterschiedliche Tätigkeiten des Richters. Insbesondere bei der Mitwirkung im Rahmen eines Vertragsschlusses hat der Richter die Interessen beider Vertragsparteien zu berücksichtigen und entsprechend zu gewichten. Insoweit übernahm der mitwirkende Richter eine rechtsgestaltende Tätigkeit.

¹¹³⁶ Vgl. Kamptz'sche Jahrb., Bd.22, S.190.

Im Rahmen einer Testamentsaufnahme bzw. -errichtung hingegen beschränkte sich die Tätigkeit darauf, die Einhaltung der hierfür erforderlichen gesetzlichen Vorschriften sicherzustellen. Der mitwirkende Richter übernahm eher eine notarielle Funktion. Im Fall einer gestaltenden Tätigkeit waren die Einflussmöglichkeiten eines Richters ungleich höher, als wenn dieser lediglich notarielle bzw. beurkundende Tätigkeiten übernahm. Daher war in Fällen, in denen ein mitwirkender Richter weitreichende Einflussmöglichkeiten hatte, das Bedürfnis sicherzustellen, dass dieser unbefangen und nicht geleitet von persönlichen Interessen agierte höher, als wenn der Richter Tätigkeiten ausübte, bei denen er keinerlei gestalterischen oder inhaltlichen Einfluss nehmen konnte. Insoweit führte das Obertribunal aus, dass ein gerichtlich aufgenommenes Testament jederzeit einseitig widerrufen werden kann. Im Rahmen der Testamentserrichtung waren die Möglichkeiten des mitwirkenden Richters auf den Inhalt desselben Einfluss zunehmen, daher nahezu ausgeschlossen.

Deswegen war ein entferntes Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem das Testament aufnehmenden Richter und dem Testator für die Wirksamkeit des aufgenommenen Testaments unerheblich.¹¹³⁷ Zu berücksichtigen ist zudem die vom Obertribunal ausgesprochene Einschränkung, wonach der Umstand, dass der ein Testament aufnehmende Richter in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis mit dem Testator steht „für sich allein“ keine Unwirksamkeit des Testaments nach sich ziehen sollte. Mit anderen Worten, treten neben dem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis zwischen dem das Testament aufnehmenden Richter und dem Testator weitere Umstände zu Tage, insbesondere ein persönliches Eigeninteresse des Richters, könnte dies durchaus zur Unwirksamkeit des Testaments aufgrund einer fehlerhaften Besetzung des aufnehmenden Gerichts führen.

Insgesamt ist eine „liberale“ Haltung des Obertribunals zur Mitwirkung von mit dem Testator verwandten oder verschwägerten Richtern bei der Testamentsaufnahme zu konstatieren, die auch in dieser Entscheidung erkennbar wird. Das Obertribunal hatte bereits entschieden, dass ein Richter nicht dadurch, dass er dem Testator in Beziehung auf die Testamentserrichtung Rat gegeben hat, oder dass ihm mit seinem Wissen ein Legat vermacht worden ist, oder er Schuldner des eingesetzten Erben ist, oder dass er in dem Testament Unrichtigkeiten gemacht hat, unfähig wird,

¹¹³⁷ Gemäß § 622, 1. Titel, 2. Teil ALR werden als nahe Verwandte des Erblassers diejenigen Personen angesehen, welche nicht weiter als im sechsten Grade, voller oder halber Geburt, entfernt sind.

bei der Testamentsaufnahme das Amt des Richters auszuüben.¹¹³⁸ Die Entscheidung steht damit auch für Berechenbarkeit, Beständigkeit und Kontinuität der Rechtsprechung.

4.3.5 Entscheidung vom 24. Januar 1849 – Legat einer fremden Sache¹¹³⁹

In der folgenden Entscheidung wird in prozessualer Hinsicht das Verhältnis zwischen Erbe und Legatar thematisiert. In materiell-rechtlicher Hinsicht steht die Frage im Raum inwieweit der Erbe durch ein Legat, das sich auf eine fremde Sache bezog, verpflichtet wurde, und ob er gegebenenfalls die Erfüllung eines solchen Legats verweigern konnte.

I. Sachverhalt

Der im Jahr 1835 verstorbene Bauer *A.F.* hatte in seinem 1826 errichteten Testament die vier Geschwister *B.* als seine Universalerben eingesetzt und diese zugleich verpflichtet, das Eigentum an seinem 3 ½ Morgen umfassenden Grundstück an die *M.* abzutreten. *M.* verlangte von den Testamentserben daher die Herausgabe des vermachten Grundstücks, nebst den seit dem Erbschaftsantritt gezogenen Nutzungen.

Als Besitzer des in Anspruch genommenen Grundstücks waren indessen schon im Jahr 1837 die sechs Geschwister *B.*, einschließlich der vier Verklagten, in ihrer Eigenschaft als Intestaterben ihres Vaters *G.F.* eingetragen worden, der das Grundstück ursprünglich 1819 in einer öffentlichen Auktion erstanden hatte. Die vier Beklagten bestritten daher zum einen ihre Passivlegitimation. Sie hätten nicht ohne ihre beiden anderen Geschwister verklagt werden dürfen. Zum anderen sei nach Ansicht der Beklagten das Legat wirkungslos, da das vermachte Grundstück nicht Eigentum des Testators *A.F.*, sondern ihres Vaters *G.F.*, von dem sie dasselbe ererbt hätten, gewesen sei.

Die Klägerin behauptete hingegen, dass der Testator das streitgegenständliche Grundstück durch Tausch mit dem Vater der Beklagten gegen ein anderes Grundstück erworben habe. Darüber hinaus bezogen sich die Kläger zum Beweis der

¹¹³⁸ Entscheidung vom 24. August 1841, abgedruckt in: Schlesisches Archiv, Bd.5, S.219; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.27.

¹¹³⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.202-208.

Eigentümerstellung des Testators, auf einen zwischen diesem und *G.F.* im Jahr 1829 geschlossenen Vertrag, in dem der Testator dem Vater der Verklagten, *G.F.*, sein ganzes Kolonat übertragen, sich zugleich aber die Leibpacht an dem ihm verbleibenden, streitgegenständlichen Grundstück vorbehalten hatte.

Das Stadt- und Landgericht zu Soest erkannte am 13. Februar 1847 auf vollständige Abweisung der Klage, da der Testator mangels wirksamen Kaufvertrages mit dem Vater der Beklagten nicht wirklicher Eigentümer des Grundstücks geworden sei und daher eine wirklich fremde Sache als seine eigene vermacht habe.

Auf die Appellation der Klägerin hin änderte das Oberlandesgericht zu Hamm im Jahr 1848 das erstinstanzliche Urteil dahingehend ab, dass es die Herausgabepflicht der Beklagten von der Ableistung eines Eides der Klägerin, darüber, dass das fragliche Grundstück dem Testator in Folge des Tauschvertrages mit dem Vater der Beklagten übergeben worden sei, abhängig machte.

Diese Entscheidung wurde vom Obertribunal am 24. Januar 1849 bestätigt.

II. Entscheidungsgründe

Im ersten Teil der Urteilsbegründung nimmt das Obertribunal zur Passivlegitimation der vier verklagten Geschwister Stellung und bejaht diese im Ergebnis. Hierbei stellt das Gericht entscheidend darauf ab, dass die Geschwister das streitgegenständliche Grundstück im Zeitpunkt des Prozesses besaßen und die Klägerin keine andere, rechtlich zulässige Möglichkeit hatte, außer auf Abtretung desselben zu klagen.

In tatsächlicher Hinsicht stellt das Obertribunal fest, dass die vier Geschwister unstreitig Testamentserben des Bauern *A.F.* geworden und deswegen grundsätzlich verpflichtet seien, das im Testament verfügte Legat, nämlich die Herausgabe des in Rede stehenden Grundstücks an die *M.*, zu erfüllen. Vorausgesetzt allerdings, dass das Legat selbst rechtlich wirksam ist.¹¹⁴⁰ Bis zur Übergabe des Grundstücks seien die Beklagten zudem verpflichtet gewesen, dieses im Interesse der Legatarin zu verwalten, da sich diese ihrerseits den Besitz an den vermachten Sachen nicht eigenmächtig anmaßen durfte.¹¹⁴¹

Der Passivlegitimation der Beklagten stünde auch nicht entgegen, dass diese im Jahr 1837 nach dem Tod des Testators in ihrer Eigenschaft als Intestaterben ihres Vaters, als Besitzer des Grundstücks eingetragen wurden. Denn im Zeitpunkt der

¹¹⁴⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.204.

¹¹⁴¹ §§ 305-311, 12. Titel, 1. Teil ALR; Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.204.

Eintragung der Beklagten war das Grundstück bereits mit dem Besitzrecht des Testators behaftet, das dieser aufgrund des Tauschvertrags mit dem Vater der Beklagten, *G.F.*, erlangt hatte. Da der Testator *A.F.* bereits zwei Jahre vor Eintragung der Geschwister als Besitzer des Grundstücks verstarb, ging dessen Besitz unverändert auf die Testamentserben und hiesigen Beklagten über, insbesondere mit der Verpflichtung das streitgegenständliche Grundstück an die Klägerin abzutreten.¹¹⁴²

Im zweiten Abschnitt der Entscheidungsgründe befasst sich das Obertribunal mit den Bestimmungen des Landrechts über Vermächtnisse von fremden Sachen und insbesondere mit der Frage, ob der Testamentserbe die Herausgabe einer fremden, im Nachlass befindlichen Sache an einen Legatar verweigern konnte.¹¹⁴³ Das Landrecht bestimmte insoweit, dass wenn der Testator Jemandem eine fremde Sache ausdrücklich vermacht hat, der Erbe dieselbe dem Legatar verschaffen musste und im Zweifel nicht vermutet werden könne, dass der Testator eine fremde Sache habe vermachen wollen.¹¹⁴⁴ Wurde allerdings eine wirkliche fremde Sache als eigene vermacht, war das Vermächtnis unwirksam.¹¹⁴⁵

Das Obertribunal legte diese Vorschriften dahingehend aus, dass eine fremde Sache eine solche sei, die sich im Besitz eines Dritten befindet und die, um das Legat zu erfüllen, erst vom Erben erworben oder herbeigeschafft werden musste.¹¹⁴⁶ Ein solches Legat, und dass der Testator dem Erben eine solche Pflicht habe auferlegen wollen, solle nicht vermutet werden; es solle das Legat ohne Wirkung sein, wenn der Testator eine Sache, die wirklich eine fremde war, die also, um sie dem Legatar zu verschaffen, erst erworben werden müsse, als seine eigene, nicht erst anzuschaffende, vermacht hat.¹¹⁴⁷ Nach Ansicht des Obertribunals seien diese Vorschriften auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da sich die vermeintlich fremde Sache, das streitgegenständliche Grundstück, bereits im Besitz der Testamentserben befände.¹¹⁴⁸ Eine solche Sache könne nicht als fremde im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden. Der Testamentserbe sei daher nicht berechtigt, die im Nachlass befindliche Sache dem Legatar vorzuenthalten und das Legat selbst als wirkungslos anzufechten, weil seiner Ansicht nach der Erwerbstitel des Testators in Beziehung auf die vermachte, im Nachlass befindliche Sache rechtlichen Bedenken unterliegt

¹¹⁴² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.205.

¹¹⁴³ §§ 377-385, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁴⁴ §§ 377, 383, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁴⁵ §§ 384, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁴⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.207.

¹¹⁴⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.207.

¹¹⁴⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.208.

und einem Dritten Ansprüche darauf zustehen.¹¹⁴⁹ Eine Sache, die der Erbe nicht erst anzuschaffen braucht, muss er aus dem Nachlass dem Legatar übergeben und es diesem überlassen, die Ansprüche Dritter zu erwarten und zu bekämpfen.¹¹⁵⁰

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals wurde im rechtswissenschaftlichen Schrifttum unterschiedlich bewertet. Teilweise erfuhr sie Zustimmung,¹¹⁵¹ andererseits stieß sie auch auf massive Ablehnung.¹¹⁵² Die Angriffspunkte lauteten: Die Auslegung des Landrechts durch das Obertribunal sei willkürlich, sie widerspreche dem Wortlaut und dem rechtsgeschichtlichen Zusammenhang mit früheren Rechten.¹¹⁵³

Die Kritik zielte zum einen darauf ab, dass das Obertribunal dem Erben einerseits die Befugnis absprach, das Legat aus dem Grund anzufechten, dass die Sache einem Dritten zustehe und dem Erben damit die Passivlegitimation in Bezug auf die Sache absprach, ihn andererseits aber als richtigen Prozessgegner anerkannte.¹¹⁵⁴ Diese Auslegung sei widersprüchlich und fände im Gesetz keine Stütze.¹¹⁵⁵

Verfehlt sei auch die Ansicht des Obertribunals, wonach der Erbe die im Nachlass befindliche, vermeintlich fremde Sache dem Legatar herausgeben müsse und es diesem überlassen bleibe, die Ansprüche Dritter zu erwarten und zu bekämpfen.¹¹⁵⁶ Das Landrecht ordne in der vom Obertribunal herangezogenen Vorschrift lediglich an, dass, wenn zum Vermächtnis ausgesetzte Sachen oder Rechte von einem Erbschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden, der Erbe den Legatar hierüber in Kenntnis setzen soll und dieser sodann schuldig sei, die Führung des Prozesses auf seine eigene Kosten zu übernehmen.¹¹⁵⁷ Es sei nicht die Rede davon, dass der Erbe nicht passivlegitimiert sei, vielmehr sei das Gegenteil der Fall, da der Erbe befugt sei, dem Legatar die Prozessführung zu überlassen.¹¹⁵⁸

Für die Passivlegitimation des Testamentserben streitet, dass zwischen ihm und dem Legatar durch das Vermächtnis ein obligatorisches Schuldverhältnis be-

¹¹⁴⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.208.

¹¹⁵⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.17, S.208.

¹¹⁵¹ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 2, S.12.

¹¹⁵² Vgl. Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S. 141; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.205.

¹¹⁵³ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.205.

¹¹⁵⁴ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.205.

¹¹⁵⁵ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.205.

¹¹⁵⁶ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.205.

¹¹⁵⁷ §§ 301, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁵⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.205.

gründet wurde. Aufgrund dessen war der Erbe gehalten, den im Nachlass befindlichen Gegenstand an den Legatar herauszugeben. Mithin wurde durch ein Legat ein Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und dem Legatar begründet, weswegen der Legatar berechtigt war, den Erben in Anspruch zu nehmen. Dass der Erbe die Erfüllung des Legats nicht mit der Begründung, die Sache sei eine fremde und gehöre einem Dritten, verweigern konnte, ergibt sich aus der Erwägung, dass der Erbe andernfalls mit dieser Begründung jedwede Verbindlichkeit gegenüber dem Vermächtnisnehmer ablehnen konnte und das Legat damit seiner eigentlichen Funktion beraubt würde.

Zudem sprachen der Wortlaut sowie der Regelungszusammenhang der einschlägigen Vorschriften dafür, dass das Landrecht unter einer fremden Sache eine solche verstand, die im Zeitpunkt des Erbfalls nicht Bestandteil des Nachlasses war und daher erst vom Erben herbei- bzw. angeschafft werden musste.¹¹⁵⁹ Im vorliegenden Fall war das streitgegenständliche Grundstück aber bereits Bestandteil des Nachlasses des im Jahr 1835 verstorbenen Erblassers geworden. Es musste von den beklagten Geschwistern nicht erst angeschafft werden. Vielmehr haben diese, indem sie sich 1837 als Besitzer des Grundstücks eintragen ließen, dieses dem Nachlass widerrechtlich, nämlich ohne die Legatarin zuvor in Kenntnis zu setzen, entzogen.¹¹⁶⁰ Dass das Obertribunal den Einwand der Erben, wonach das Grundstück eine fremde, nicht zum Nachlass gehörende Sache sei, als nicht durchgreifend erachtete, erscheint daher auch unter Wertungsgesichtspunkten nachvollziehbar.

4.3.6 Entscheidung vom 27. März 1857 – Vorbehalt der Abänderung des Testaments durch Codicill. Erbeinsetzung. Quotenlegat.¹¹⁶¹

In der Entscheidung vom 27. März 1857 äußert sich das Obertribunal dazu, inwieweit ein Testament durch einen außergerichtlichen Aufsatz ergänzt oder abgeändert werden konnte und welche Bedeutung den Beweggründen des Erblassers insoweit zukam. Zudem wurde die Rechtsprechung zum Inhalt derartiger außergerichtlicher Verfügungen präzisiert.

¹¹⁵⁹ Das Landrecht regelt im vorstehenden Abschnitt Vermächtnisse über künftige Sachen, §§ 373-376, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹¹⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 17, S. 206.

¹¹⁶¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 25, S. 16-22.

I. Sachverhalt

Die verstorbene Majorin *von D.* hatte in ihrem Testament ihre Tochter, die später verehelichte Baronin *von R.*, zur alleinigen Erbin eingesetzt, zugleich ihrer Wirtschaftlerin *K.* ein Legat beschieden und sodann bestimmt, dass sie, da sie in Betreff ihrer anderen Leute hier in ihrem Testament Nichts verfügen wolle, sich ein Codicill vorbehalte, welches für ebenso gültig anerkannt werden sollte.

In einem im Nachlass vorgefundenen Nachzettel hatte die Majorin *von D.* verfügt, dass das Kind ihrer Tochter, namens *Marco von R.* gemeinsam mit ihrer Tochter, das bare Vermögen zu gleichen Teilen erben solle. Das bare Vermögen sollte erst nach Verkauf der zum Nachlass gehörigen Güter berechnet und bis dahin die jährlichen Einkünfte zwischen Tochter und Enkel geteilt werden.

Diese Zusatzbestimmungen des Codicills wurden seitens der Erbin nicht anerkannt, woraufhin der Vormund des minderjährigen *Marco von R.* Klage gegen dessen Mutter auf Anerkennung des Codicills und Herausgabe bzw. Sicherstellung der Hälfte des Nachlasses, erhob.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab. Es nahm an, dass das Codicill nur zu Gunsten des Dienstpersonals der Erblasserin vorbehalten worden sei und deshalb auf den Sohn der Erbin keine Anwendung fände, und dass die Verfügung zu Gunsten des Enkels eine gesetzlich unzulässige Änderung der Erbeinsetzung darstelle.

Das Appellationsgericht erkannte stattdessen entsprechend dem Klageantrag. Auf die Revision der Verklagten hin, hat das Obertribunal das Urteil des Appellationsgerichts, bestätigt.

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal setzt sich zu Beginn seines Urteils mit der Frage auseinander, inwieweit die Beweggründe, die einen Erblasser seinerzeit dazu veranlasst haben, sich die Ergänzung oder Änderung seines Testaments mittels außergerichtlichen Codicills vorzubehalten, im Rahmen von dessen Auslegung zu berücksichtigen sind. Vorliegend konnte die Codicilliarklausel im Testament der verstorbenen Majorin *von D.* vor dem Hintergrund, dass diese auf „ihre anderen Leute“ Bezug nahm, dahingehend auszulegen sein, dass lediglich ihr Dienstpersonal als Begünstigte eines späteren

Codicilles in Betracht kommen. Insoweit wäre der Kreis möglicher zukünftiger Begünstigter eingeschränkt und die Testierfähigkeit der verstorbenen Majorin *von D.* wäre durch die Codicilliarklausel limitiert. Anders als das Gericht der ersten Instanz ist das Obertribunal nicht der Ansicht, dass das außergerichtliche Codicill der Majorin *von D.*, nur auf deren Dienstboten und nicht auch auf ihren Enkel anwendbar sei.

In tatsächlicher Hinsicht sei der Wortlaut der testamentarischen Codicilliarklausel, wonach sich die Erblasserin ein Codicill vorbehalte, allgemein gehalten und auch das Motiv, wonach dies in Betreff ihrer anderen Leute geschehen solle, stelle nur einen von mehreren Beweggründen dar, so die Auslegung des Obertribunals.¹¹⁶² Es könne daher nicht angenommen werden, dass sich die Erblasserin bezüglich der Errichtung eines Codicills betreffend ihren Enkel habe beschränken wollen.

In rechtlicher Hinsicht erkennt das Obertribunal, dass, wenn der Testator sich die Errichtung eines außergerichtlichen Codicills vorbehalten und davon Gebrauch gemacht hat, die Wirkung eines solchen Codicills immer dieselbe bleibt, mag der angegebene Beweggrund des Vorbehalts sein, welcher er wolle.¹¹⁶³ Ebenso wenig, wie der Mangel eines Motivs dem Vorbehalt zur Errichtung eines Nachzettels diesem seine gesetzliche Kraft nehmen könne, ebenso wenig beschränke die Angabe eines Motivs den Vorbehalt wider den an sich klaren und bestimmten Wortlaut.¹¹⁶⁴ Mithin qualifizierte das Obertribunal streitgegenständliche außergerichtliche Codicill sowie die darin enthaltenen Verfügungen als grundsätzlich rechtswirksam.

Die sich anschließende Frage bestand darin, ob die außergerichtliche Verfügung der Majorin *von D.* eine Erbeinsetzung ihres Enkels enthielt. Eine solche Erbeinsetzung des Enkels wäre, gemessen an der Rechtsprechung des Obertribunals, nach der eine Änderung der testamentarischen Erbfolge mittels eines außergerichtlichen Codicills nicht zulässig war, unwirksam.¹¹⁶⁵ Das Obertribunal vertrat insofern, gestützt auf den Wortlaut des Codicills, die Auffassung, dass lediglich die verklagte Tochter Alleinerbin der Majorin *von D.* sei und dass die Verfügung, wonach ihr Enkel die Hälfte des Nachlassvermögens erhalten solle, lediglich als Vermächtnis zu qualifizieren sei.¹¹⁶⁶ Der Enkel der Erblasserin, *Marco von R.*, sei nicht in den Inbegriff des Nachlasses berufen, sondern ihm sei lediglich eine bestimmte Summe hinterlassen

¹¹⁶² Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.18.

¹¹⁶³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.19.

¹¹⁶⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.19.

¹¹⁶⁵ Vgl. Urteil vom 17. Oktober 1842 in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.272; Urteil vom 22. Mai 1857 in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.24, S.333-336.

¹¹⁶⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.21.

worden. Das Landrecht bezeichne diese Art von Zuwendung als Vermächtnis, so das Obertribunal.¹¹⁶⁷

Schließlich sei auch der letzte Einwand der Testamentserbin, wonach das Codicill deswegen unwirksam sei, weil es sich bei diesem um ein unzulässiges Quotenlegat handle, nach Ansicht des Obertribunals unbegründet. Zunächst stellte das Obertribunal fest, dass es sich bei der streitgegenständlichen Verfügung nicht um eine Quote des ganzen Nachlasses, sondern nur um die des baren Vermögens handle.¹¹⁶⁸ Darüberhinaus gehe aus dem Landrecht unzweifelhaft hervor, dass in einem Codicill nicht allein über einzelne, bestimmte Stücke, Summen, Rechte, Pflichten, sondern auch über Anteile – Quoten – auf den Todesfall verordnet werden könne.¹¹⁶⁹ Die selbst unter Beachtung der Testamentsform errichtete letztwillige Verfügung, in welcher allein eine Quote des ganzen Nachlasses beschieden, sonst aber über die Erbinsetzung nichts bestimmt ist, sei nur ein Codicill und dieses sei, so das Obertribunal, in Bezug auf die erfolgte Zuwendung einer *pars quota* rechtsgültig, wengleich im Übrigen die Intestaterbfolge eröffnet und die Zuwendung nur als Vermächtnis sowie der Bedachte nur als Legatar zu betrachten seien.¹¹⁷⁰

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals stieß im rechtswissenschaftlichen Schrifttum auf Zustimmung.¹¹⁷¹

Dass die Beweggründe bzw. Motive des Testators dafür, sich die Ergänzung oder Änderung seines Testaments durch die Errichtung außergerichtlicher Nachzettel vorzubehalten, aus rechtlicher Sicht grundsätzlich unerheblich waren - wie vom Obertribunal erkannt - ergab sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Landrecht, aber aus der Natur des Codicills und insbesondere aus seiner Akzessorietät zum Testament. Die Verbindung von Testament und dem dasselbe ergänzenden bzw. ändernden Codicill verdeutlicht der vom Obertribunal in Bezug genommene § 35 des Anhangs zu § 163, 12. Titel, 1.Theil, ALR der wie folgt lautet:

¹¹⁶⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.21, mit Verweis auf §§ 46 und 256, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁶⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.21.

¹¹⁶⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.21, mit Verweis auf §§ 4,46, 256, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁷⁰ Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.22.

¹¹⁷¹ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.639; *ders.*, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.52.

„Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugnis vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testament selbst gleiche kraft. Ob der gleichen Codicille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators nicht mit anderen Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält.“

Ein außergerichtliches Codicill musste, um Rechtswirksamkeit zu erlangen, demnach in einem rechtsgültigen Testament vorbehalten und eigenhändig vom Testator unterschrieben sein. Welche Motivlage des Testators ursächlich für die Aufnahme der Codicilliarklausel war, ist demnach ebenso unerheblich wie die Beweggründe die den Erblasser überhaupt zur Testamentserrichtung veranlasst haben. Hiermit vergleichbar ist das vom Obertribunal genannte Beispiel mit einem fehlenden Motiv für den Vorbehalt. Dadurch wurde ein Codicille auch nicht unwirksam.¹¹⁷²

Soweit das Obertribunal im zweiten Leitsatz erkennt, dass das streitgegenständliche Codicill mangels Berufung des Enkels in den Inbegriff des Nachlasses keine Erbeinsetzung enthalte, knüpft es an seine bisherige Rechtsprechung an. Nach dieser bestand das Wesen einer Erbeinsetzung darin, dass der Erblasser ausdrücklich über seinen gesamten Nachlass und nicht nur bezüglich einzelner Teile desselben zugunsten der von ihm benannten Personen verfügt.¹¹⁷³ Da im streitgegenständlichen Codicill lediglich eine Verfügung über die Hälfte des baren Vermögens zugunsten des Enkels erfolgte und somit nur über einen Teil des Nachlasses disponiert wurde, war die Annahme einer Erbeinsetzung aus rechtlicher Sicht ausgeschlossen. Zudem hatte das Obertribunal bereits in einer Grundsatzentscheidung zur Erbeinsetzung in Codicillen vom 17. Oktober 1842 entschieden, dass die eigentliche, bereits in einem Testament festgelegte Erbfolge in einem außergerichtlichen Codicill nicht verändert werden kann¹¹⁷⁴

Dass das Obertribunal die Verfügung über einen aliquoten Teil des Nachlasses bzw. des baren Vermögens als rechtlich unbedenklich und unzweifelhaft mit den Vorschriften des Landrechts vereinbar qualifizierte, entsprach der auch gängigen

¹¹⁷² Archiv für Rechtsfälle, Bd.25, S.19.

¹¹⁷³ Urteil vom 24. November 1851, Archiv für Rechtsfälle, Bd.4, S.114 und Urteil vom 21. Juni 1844, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.125.

¹¹⁷⁴ Urteil vom 17. Oktober 1842, in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.272; Urteil vom 22. Mai 1857 in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.24, S.333-336.

Auffassung im Schrifttum, wonach sich eine letztwillige Zuwendung sowohl auf Summen, als auch auf Anteile beziehen konnte.¹¹⁷⁵

4.4 Erbfolge auf Grund eines Erbvertrages

In den folgenden Entscheidungen wird die Entstehung des Erbrechts durch Erb-schaftsvertrag thematisiert. Dabei werden zum einen die formellen Wirksamkeitserfordernisse für Erbverträge näher beleuchtet. Zum anderen wird in materiell-rechtlicher Hinsicht die Zulässigkeit von Bedingungen angesprochen.

4.4.1 Entscheidung vom 27. Mai 1847 - Form von Erbverträgen¹¹⁷⁶

In der Entscheidung wird das Zustandekommen von Erbverträgen, die Abgrenzung zu anderen Schuldverhältnissen und der Verzicht auf den Pflichtteil durch die Ehefrau thematisiert. Hierbei tritt anhand der maßgeblichen Regelungen, namentlich von Belehrungsvorschriften zugunsten der Ehefrau, das im damaligen Gemeinwesen vorherrschende Geschlechterbild und die unterschiedliche rechtliche Behandlung der beiden Geschlechter offen zu tage.

I. Sachverhalt¹¹⁷⁷

Die Eheleute *G. zu D.* errichteten am 23. November 1836 vor dem örtlich zuständigen Gericht gemeinschaftlich ihren letzten Willen. Der Mann setzte seine Ehefrau und seine beiden Kinder als seine zukünftigen Erben ein, mit der Maßgabe, dass seiner Ehefrau eine lebenslängliche Leibrente sowie ein Wohnrecht auf seinem Gutshof in *D.* zu gewähren ist.

Die Frau erklärte sich damit einverstanden, und setzte ihrerseits ihren Mann und ihre Geschwister zu ihren Erben ein, wobei sie ihren Geschwistern den gesamten unbeweglichen Nachlass sowie zwei Drittel des beweglichen Nachlasses zuteilte und ihrem Mann ein Nießbrauchsrecht an den beweglichen Nachlassgütern einräumte. Der Mann erklärte seinerseits seine Zufriedenheit und beide Eheleute entsagten

¹¹⁷⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.318; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.394.

¹¹⁷⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.180-188.

¹¹⁷⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.180-183.

ausdrücklich dem Recht, diesen letzten Willen einseitig aufzuheben oder abzuändern.

Allerdings fand sich sieben Jahre später Anlass zu gemeinschaftlichen Abänderung. Der Mann hatte den Gutshof in *D.* zwischenzeitlich verkauft, ohne den Käufer zur Zahlung der Leibrente und zur Einräumung des Wohnungsrechts zu Gunsten seiner zukünftigen Witwe zu verpflichten, sodass diese wegen der ihr dadurch entgangenen Vorteile zu entschädigen war. Dies geschah durch einen von beiden Eheleuten am 20. April 1843 vereinbarten und gerichtlich niedergelegten Ergänzungsvertrag. In diesem Ergänzungsvertrag gewährte der Mann, für den Fall seines früher erfolgten Todes, der Ehefrau eine lebenslängliche, vierteljährlich vor auszubezahlende Rente und räumte ihr anstelle des Wohnrechts, ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht an einer Wiese ein. Die Frau erklärte sich im Beisein eines rechtskundigen Anwalts damit zufrieden, entsagte ausdrücklich der ihr früher eingeräumten Rechte, nahm die gedachte Geldrente und den eingeräumten Nießbrauch als Entgelt dafür an, und erklärte sich dadurch wegen ihres Erbrechts am Nachlass ihres Ehemannes für gänzlich abgefunden. Abschließend erklärte die Ehefrau, dass ihr bekannt sei, dass sie die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils an dem Nachlass ihres Mannes als Pflichtteil fordern könne. Sie entsage jedoch diesem Recht, und räume ihrem Mann das Recht ein, im Übrigen nach Belieben über seinen Nachlass zu verfügen.

Knapp ein Jahr später, Anfang April 1844, verstarb der Mann und hinterließ ein am 28. Oktober 1843 errichtetes Testament. In diesem Testament setzte er seinen Sohn aus erster Ehe sowie seine Enkelin als seine Universalerben ein und schloss seine Ehefrau bis auf die im Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 eingeräumten Rechte von der Erbschaft aus.

Am 14. Oktober 1844 erhob die Frau Klage und beantragte zum einen, den Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 und das Testament ihres Mannes vom 23.10.1843 in Bezug auf das ihr zustehende Recht am Nachlass für nichtig zu erklären und zum anderen, die testamentarischen Erben ihres Mannes zu verurteilen, ihr ein Achtel des gesamten Nachlasses als Pflichtteil nebst Zinsen herauszugeben.

Die Ehefrau war der Ansicht, der Erbvertrag sei wegen Versäumung wesentlicher Formvorschriften unwirksam. Die von ihr als einer schreibunkundigen Person

als Unterschrift unter den Erbvertrag gesetzten Handzeichen seien nicht wie gesetzlich vorgeschrieben von zwei, sondern nur von einem Zeugen beglaubigt worden. Zudem sei die richterliche Belehrung über die Rechtsfolgen der vertraglichen Entsagung unterblieben, obgleich ihr als Frauenperson im Fall einer Entsagung selbige hätte zu Teil werden müssen. Schließe stehe ihr - die Wirksamkeit des in Rede stehenden Ergänzungsvertrages unterstellt - stets das Recht zu, auf die ihr vertraglich gewährte Abfindung zu verzichten und stattdessen den Pflichtteil in Anspruch zu nehmen, so die Auffassung der Klägerin.

Die Beklagten erachteten diese Einwendungen der Klägerin für unbegründet und hielten ihr zudem entgegen, dass sie nach dem Tod des Erblassers die ihr hinterlassene Wiese verpachtet und sich dadurch mit dem ihr im Erbvertrag Zugewandten zufriedengestellt erklärt habe.

Das Land- und Stadtgericht zu Wittenberg folgte der Auffassung der Klägerin hinsichtlich der Formunwirksamkeit der Ergänzungsvertrages aufgrund einer fehlenden ordnungsgemäßen Beglaubigung und gab der Klage am 16. September 1845 statt. Auf die Appellation der verurteilten Erben hin, hob das Oberlandesgericht Naumburg am 11. August 1846 die erstinstanzliche Entscheidung auf und wies die Klage vollumfänglich ab. Die Revision der Ehefrau blieb erfolglos. Das Obertribunal bestätigte am 27.05.1847 das Urteil des Oberlandesgerichts.

II. Entscheidungsgründe

Zunächst greift das Obertribunal den gegen die Appellationsentscheidung vorgebrachten Einwand der Klägerin auf, wonach ihre Entsagung im Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 mangels ordnungsgemäßer richterlicher Belehrung unwirksam sei. Entgegen der Auffassung der Klägerin war das Obertribunal jedoch der Ansicht, dass eine richterliche Belehrung der Klägerin über die Folgen ihrer vertraglich erklärten Entsagung weder aus rechtlicher Sicht, nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, noch in tatsächlicher Hinsicht, notwendig gewesen sei. Die von der Klägerin für die Erforderlichkeit einer richterlichen Belehrung ins Feld geführten Vorschriften des Landrechts¹¹⁷⁸ seien bereits ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar, so

¹¹⁷⁸ Die Klägerin stütze sich auf vor allem auf § 229, 14. Titel, 1. Teil und die §§ 343, 344 1. Titel, 2. Teil ALR. § 229, 14. Titel, 1. Teil ALR - die Regelung befindet sich im Abschnitt „Von Bürgschaften der Weiber“ - lautet: „Überhaupt muss diese Vorwarnung bey allen Geschäften erfolgen, wo die Frau-

das Obertribunal, da diese nur dann eine zwingende Belehrung von Witwen und Frauenpersonen vorschreiben würden, wenn selbige Bürgschaften für einen Anderen bzw. ihren Ehemann übernähmen, wovon vorliegend keine Rede sein könne.¹¹⁷⁹

Soweit die Klägerin argumentierte, die in Rede stehenden Belehrungsvorschriften seien mit Blick auf ihren Sinn und Zweck auf alle Verträge zwischen Eheleuten und nicht lediglich auf Bürgschaften anzuwenden, vermochte das Obertribunal dieser extensiven Auslegung nicht zu folgen. Zum einen sei nach den Vorschriften des Landrechts bei gerichtlichen Verhandlungen zwischen der Ehefrau und dem Ehemann nur erforderlich, dass für erste ein entweder selbstgewählter oder von dem Richter ernannter Beistand hinzugezogen werde¹¹⁸⁰ - was vorliegend geschehen sei, da die Klägerin zur Verhandlung am 20. April 1843 im Beistand eines rechtskundigen Anwalts erschien.¹¹⁸¹ Zum anderen habe sie - die Klägerin - in besagter Verhandlung ausdrücklich erklärt, dass ihr wohlbekannt sei, die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils an dem Nachlass ihres Mannes als Pflichtteil zu fordern, sie diesem Recht jedoch entsage und ihrem Mann das Recht einräume, im Übrigen nach Belieben über seinen Nachlass zu verfügen. Damit habe die Klägerin nach Ansicht des Obertribunals vollkommen deutlich an den Tag gelegt, dass sie von den Folgen ihrer Erklärung genügend unterrichtet gewesen sei.¹¹⁸² Gleichgültig sei nach Ansicht des Gerichts hingegen, ob die Klägerin diese Kenntnis aus eigener Wissenschaft, oder aus vorangegangener Belehrung ihres Beistands oder des Richters geschöpft habe.¹¹⁸³

Anschließend setzt sich das Obertribunal mit der Rüge der Klägerin auseinander, nach der ihre unter den Ergänzungsvertrag als Unterschrift gesetzten Handzeichen nicht ordnungsgemäß, nämlich von zwei Zeugen, beglaubigt worden seien, was dessen Nichtigkeit nach sich ziehe.¹¹⁸⁴

enperson auf den Fall, wenn ein Anderer seine Verbindlichkeit nicht erfüllte, zu Gunsten des Berechtigten, gewisse Nachteile übernimmt, oder gewissen Vorteilen entsagt.“

Die Vorschrift in § 343, 1. Titel, 2. Theil ALR besagt: „In allen Fällen, wo die Frau, während der Ehe, Bürgschaft für den Mann leisten, seine Schulden übernehmen, oder zum Besten seiner Gläubiger sich ihrer Vorrechte begeben will, muss die Handlung nicht nur gerichtlich, sondern auch mit Zuziehung eines ihr bestellten rechtskundigen Beystandes erfolgen.“ Hinsichtlich der richterlichen Belehrung schreibt § 344, 1. Titel, 2. Theil ALR ergänzend vor: „Auch muss ihr in allen dergleichen Fällen die vorgeschriebene Verwarnung geschehen, wenn sie gleich bey einer unverheirateten Frauenperson nicht erforderlich wäre.“

¹¹⁷⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 15, S. 184, 185.

¹¹⁸⁰ Vgl. § 200, 1. Titel, 2. Theil ALR.

¹¹⁸¹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 15, S. 185.

¹¹⁸² Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 15, S. 185.

¹¹⁸³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 15, S. 185.

¹¹⁸⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 15, S. 186.

Hierzu stellte das Gericht auf die einschlägigen erbrechtlichen Vorschriften des Landrechts ab. Nach diesen musste in allen Fällen, in denen der Testator das Protokoll über die Erklärung seines letzten Willens oder dessen Übergabe, ungeachtet der Ursache hierfür, nicht unterschreiben konnte, das Handzeichen desselben durch zwei hinzugezogene glaubwürdige Männer bezeugt werden.¹¹⁸⁵ Für Erbverträge bestimmte das Landrecht, dass für deren Zustandekommen sowohl die persönlichen Eigenschaften für die Errichtung eines Testaments, als auch diejenigen zum Abschluss von Verträgen im Allgemeinen erforderlich sind¹¹⁸⁶ und, dass soweit dem Versprechenden die zum kontrahieren erforderlichen Eigenschaften fehlen, der Erbvertrag nicht als einseitige letztwillige Verordnung gilt.¹¹⁸⁷ Das Obertribunal verneinte im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit dieser strengen Formvorschriften mit dem Argument, dass die Ehefrau durch die Annahme des im Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 vereinbarten Entgeltes und den erklärten Verzicht auf ihr Erbrecht keinem Anderen Rechte auf ihren künftigen Nachlass eingeräumt habe. Nach Auffassung des Obertribunals war vorliegend somit kein Fall gegeben, in dem das Landrecht eine strengere als die gewöhnliche Form für die Beglaubigung der Handzeichen eines Schreibunkundigen vorsah. Die Nichteinhaltung der strengen Beglaubigungsvorschriften konnte somit auch nicht die Ungültigkeit der Beglaubigung der Handzeichen der Klägerin zur Folge haben.¹¹⁸⁸

Den dritten Einwand der Klägerin verwarf das Obertribunal mit Verweis auf den als rechtswirksam qualifizierten Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843. Die Klägerin hielt sich auch bei unterstellter Wirksamkeit des Ergänzungsvertrags für berechtigt, statt der ihr darin vermachten Vorteile, den gesetzlichen Pflichtteil zu wählen. Gerade diesem Recht habe die Klägerin jedoch in der Verhandlung am 20. April 1843 ausdrücklich und in rechtsverbindlicher Form entsagt, sodass ihr jene gesetzlichen Bestimmungen¹¹⁸⁹ nun nicht mehr zur Seite stehen könnten, so das Obertribunal.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁵ Vgl. § 115, 12. Titel, 1. Theil ALR.

¹¹⁸⁶ Vgl. § 618, 12. Titel, 1. Theil ALR.

¹¹⁸⁷ Vgl. § 619, 12. Titel, 1. Theil ALR.

¹¹⁸⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.187.

¹¹⁸⁹ In Bezug genommen sind die §§ 400, 401, 9.Titel, 1.Theil und §§ 641, 642, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁹⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.188.

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals ist nachvollziehbar. Soweit das Gericht der von der Klägerin favorisierten extensiven Auslegung der landrechtlichen Vorschriften über Bürgschaften von Frauen eine Absage erteilt und die Anwendung der für den Abschluss von Bürgschaftsverträgen geltenden Belehrungsvorgaben (auch) auf Erbverträge verneint, findet dieser Befund im Wortlaut der einschlägigen Regelungen und der Systematik des Landrechts zwei tragende Stützen. Allerdings erscheint vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention sowie mit Blick auf den mit der Normierung der in Rede stehenden Belehrungsvorschriften verfolgten Zweck, gleichwohl vertretbar, die Wirksamkeit des streitgegenständlichen Ergänzungsvertrags mangels ordnungsgemäßer richterlicher Belehrung der Ehefrau in Frage zu stellen.

Am Beginn der Entscheidungsgründe führt das Obertribunal aus, dass der Wortlaut der im Bürgschaftsrecht enthaltenen Vorschriften über die Belehrung von Witwen und ledigen Frauenpersonen¹¹⁹¹ bzw. Ehefrauen¹¹⁹² deren Anwendung auf den streitgegenständlichen Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 nicht rechtfertigt. Vielmehr sei das Gegenteil anzunehmen. Nach den Bestimmungen des Landrechts war die Belehrung von Witwen und Frauenpersonen in den Fällen vorgeschrieben, in denen eine Frauenperson die Verbindlichkeit eines Anderen für den Fall übernahm, dass dieser die Verbindlichkeit nicht selbst erfüllen konnte.¹¹⁹³ Die Bestimmung betraf somit alle Fälle in denen eine Frauenperson in eine fremde Schuldverbindlichkeit (subsidiär) eintrat.¹¹⁹⁴ Das war vorliegend nicht der Fall. Im Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 wurde der Klägerin eine Unterhaltsrente sowie ein Nießbrauchsrecht gewährt und diese erklärte im Gegenzug den Verzicht auf ihren Pflichtteil. Ein Schuldbeitritt der Ehefrau durch den Ergänzungsvertrag ist nicht erkennbar. Stattdessen stellte sich dieser - da beiderseitig Pflichten begründet und übernommen wurden - als synallagmatisches Schuldverhältnis dar.

Darüber hinaus bestimmte das Landrecht ausdrücklich, dass wenn eine Frau auf ein ihr zustehendes Recht gänzlich Verzicht leistet, ein solches Geschäft nicht an den für Bürgschaften geltenden Regeln zu beurteilen ist.¹¹⁹⁵ Mithin galten für derarti-

¹¹⁹¹ §§ 221- 244, 14. Titel, 1. Teil ALR.

¹¹⁹² § 220, 14. Titel, 1. Teil i.V.m. §§ 343, 344, 1. Titel, 2. Teil ALR.

¹¹⁹³ § 229, 14. Titel, 1. Teil ALR von 1794.

¹¹⁹⁴ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.281.

¹¹⁹⁵ § 231, 14. Titel, 1. Teil ALR.

ge Rechtsgeschäfte die in Rede stehenden Belehrungsvorschriften nicht. Die Vorschrift umfasste alle Fälle, in denen ohne den Zweck der Sicherstellung einer Schuld aus irgend einem anderen Grund ein Vermögensrecht aufgegeben oder veräußert wird.¹¹⁹⁶ So verhielt es sich mit dem in Rede stehenden Ergänzungsvertrag. In diesem verzichtete die Klägerin auf die spätere Geltendmachung ihres Pflichtteils. Im Gegenzug wurde ihr eine Unterhaltsrente gewährt und ein Nießbrauchsrecht eingeräumt. Mithin enthielt der Ergänzungsvertrag vom 20. April 1843 den Verzicht auf ein Vermögensrecht aus einem anderen Grund und nicht zum Zweck der Sicherstellung einer fremden Schuld, sodass die Anwendung der bürgschaftsrechtlichen Belehrungsvorschriften auf den Ergänzungsvertrag - gemessen am Wortlaut des Landrechts - ausdrücklich nicht erfolgen sollte.

Unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten stritten die für Erbverträge geltenden Formvorschriften ebenfalls dafür, die Wirksamkeit des streitgegenständlichen Ergänzungsvertrages nicht davon abhängig zu machen, ob zuvor eine richterliche Belehrung der Klägerin respektive der Ehefrau stattgefunden hat oder nicht. Zwar fanden die im Landrecht enthaltenen Formvorschriften für Erbverträge auf den streitgegenständlichen Ergänzungsvertrag keine direkte Anwendung, da sich die Vertragsparteien in diesem nicht wechselseitig Rechte auf ihren künftigen Nachlass einräumten,¹¹⁹⁷ sondern der Ehefrau wurde eine Unterhaltsrente und ein Nießbrauchsrecht für den im Gegenzug unwiderruflich erklärten Verzicht auf ihren Pflichtteil gewährt.

Dennoch offenbarte die Verzichtserklärung der Ehefrau - die einer letztwilligen Verfügung ähnelt - eine inhaltliche Nähe des Ergänzungsvertrages zum materiellen Erbrecht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es gerechtfertigt, die Erforderlichkeit einer richterlichen Belehrung der Ehefrau vor Abschluss des Ergänzungsvertrags hilfsweise anhand der für Erbverträge geltenden Formvorschriften zu beurteilen. Nach diesen mussten Erbverträge, wie Testamente, gerichtlich abgeschlossen oder von beiden Teilen persönlich den Gerichten übergeben werden.¹¹⁹⁸ Eine richterliche Belehrung der Ehefrau war somit für den Abschluss eines formwirksamen Erbvertrags nicht erforderlich. Lediglich wenn Erbverträge unter Eheleuten durch gegenseitige Bewilligung wieder aufgehoben werden sollten und die Ehefrau durch ihre Einwilligung im Verhältnis zu der ihr im Vertrag zugesicherten Rechte schlechter gestellt

¹¹⁹⁶ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1880, Bd.2, S.283.

¹¹⁹⁷ Dies wäre aber erforderlich, vgl. § 617, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹¹⁹⁸ §§ 612, 648, 12.Titel, 1.Theil i.V.m. § 440, 1.Titel, 2.Theil ALR.

wurde, musste diese gerichtlich und unter Zuziehung eines rechtskundigen Beistandes erklärt werden.¹¹⁹⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint es vorliegend ebenfalls gerechtfertigt, die Wirksamkeit des streitgegenständlichen Ergänzungsvertrages vom 20. April 1843 nicht wegen der zuvor unterblieben richterlichen Belehrung der Ehefrau als formunwirksam zu qualifizieren. Dies um so weniger, weil die Ehefrau ihre Zustimmung zum Ergänzungsvertrag und dem darin enthaltenen Verzicht auf ihren Pflichtteil im Beisein ihres Rechtsanwaltes erklärte und zudem durch den Ergänzungsvertrag nicht schlechter gestellt wurde als im ursprünglichen Erbvertrag.

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Belehrungsvorschriften und vor dem Hintergrund des zeitgenössischen Frauenbildes, könnte erwogen werden, die Wirksamkeit des Ergänzungsvertrages auf Grund der unterblieben richterlichen Belehrung der Ehefrau in Frage zu stellen. Die Einführung der in Rede stehenden Belehrungsvorschriften zu Gunsten des weiblichen Geschlechts im Zusammenhang mit dem Abschluss von Bürgschaftsverträgen begründeten die Redaktoren des Landrechts wie folgt:

„Die Lehre des Römischen Rechts von den Bürgschaften der Frauenpersonen, nach welcher dieselben nicht nur ungültig, sondern sogar für unerlaubt erklärt worden, ist bekanntermaßen in neueren Zeiten sehr angefochten worden. Es steht auch nicht zu leugnen, dass diese Vorschriften so, wie sie besonders nach den Erklärungen einiger angesehener Ausleger und einem hergebrachten Gerichtsgebrauche gemeiniglich angewendet und behandelt worden, größtenteils in leere Formalitäten ausarten, unter deren Schutze viele Betrügereien vorkommen: so wie man auf der anderen Seite sinnreich gewesen ist, Schlupfwinkel zu erfinden, durch welche der ganze Zweck des Gesetzes vereitelt wird.

In der Sache selbst wird doch schwerlich geleugnet werden können, dass bei dem anderen Geschlechte, im Ganzen genommen, ein höheres Uebergewicht von Sinnlichkeit obwalte, vermöge dessen gegenwärtige Eindrücke auf solches mit einer hohen Lebhaftigkeit wirken, daß die Idee entfernter und bloß möglicher Folgen dadurch mehr ins Dunkle gestellt wird, als nach den Regeln der Ueberlegung geschehen sollte. Es liegt also gewiss nicht Unbilliges darin, wenn das Gesetz dem schwächeren Geschlechte soweit zu Hülfe kommt, daß dem-

¹¹⁹⁹ § 440, 1. Titel, 2. Theil ALR von 1794; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.146.

*selben, wenn es sich in Bürgschaftsverträge einlassen will, die Art der dadurch übernommenen Verpflichtungen und die nachteiligen Folgen, welche daraus entstehen können, bekannt und erinnerlich gemacht werden sollen.*¹²⁰⁰

Die Fähigkeit des weiblichen Geschlechts, den Eintritt bestimmter in der Zukunft liegender Ereignisse zu antizipieren und insbesondere die damit einhergehenden Rechtsfolgen zu überblicken und angemessen zu würdigen, wurde von den Redaktoren des Landrechts offensichtlich als im Vergleich zum männlichen Geschlecht weniger ausgeprägt erachtet. Hieraus resultierte in den Augen der Redaktoren des Landrechts eine gesteigerte Schutzbedürftigkeit des weiblichen Geschlechts, wenn es darum ging, das Zustandekommen von Schuldverhältnissen zu kodifizieren, mittels derer weitreichende, in der Zukunft liegende Verpflichtungen begründet werden. Soweit also maßgeblich auf den Fürsorge- und Schutzzweck der richterlichen Belehrungspflicht abgestellt wird, wäre diese auch für den in Rede stehenden Ergänzungsvertrag zu fordern. Denn in selbigen erklärt die Ehefrau ihren Verzicht - möglicherweise unter dem gegenwärtigen Eindruck des ihr zugleich gewährten Unterhalts - auf die Geltendmachung des Pflichtteils. Selbigen könnte sie jedoch erst nach Eintritt eines in der Zukunft liegenden Ereignisses, namentlich dem Erbfall, beanspruchen, sodass auch in dieser Sachverhaltskonstellation die Annahme der Redaktoren des Landrechts hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit nicht gänzlich fernliegend erscheint. Dennoch konnten solche Zweckmäßigkeitserwägungen nicht dazu führen, dass der Ergänzungsvertrag und die darin enthaltene Verzichtserklärung der Klägerin aufgrund unterbliebener vorheriger richterlicher Belehrung der Klägerin - entgegen den Wortlaut und der Systematik der einschlägigen Vorschriften des Landrechts - als (form-)unwirksam qualifiziert wurde. Der Auslegung des Landrechts anhand des Wortlauts und der Systematik ist in diesem Fall der Vorrang vor einer von zweckmäßigkeits- und insbesondere von einer durch ein bestimmtes Geschlechterbild geprägten Auslegung, eingeräumt worden. Schließlich sprach die rechtsgrundsätzliche Erwägung, dass der Auslegung anhand des Wortlauts bei Formvorschriften im Vergleich zu anderen Auslegungsvarianten mit abweichendem Ergebnis, gesteigerte Bedeutung beizumessen war, dafür, auch vorliegend der Wortlautauslegung Vorrang einzuräumen.

¹²⁰⁰ Abgedruckt bei: Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.278.

Die Begründung mit der das Obertribunal den zweiten Einwand der Revidentin gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Naumburg verwarf, stütze sich nicht auf den Wortlaut des Landrechts. Die Klägerin griff die Wirksamkeit des Ergänzungsvertrags vom 20. April 1843 mit dem Einwand an, ihre als Unterschrift verwendeten Handzeichen seien nicht ordnungsgemäß - nämlich nur von einem und nicht von zwei Zeugen - beglaubigt worden. Die insoweit einschlägigen erbvertraglichen und testamentarischen Regelungen des Landrechts, nach denen bei Schreibunkundigen die Beglaubigung des Handzeichens durch zwei Zeugen zu erfolgen hatte,¹²⁰¹ wurden vom Obertribunal jedoch nicht angewendet. Das Gericht vermochte in dem Ergänzungsvertrag und dem darin erklärten Verzicht auf den Pflichtteil keine letztwillige Verfügung über den Nachlass erkennen, sodass nach seiner Ansicht die für Testamente und Erbverträge geltenden Beglaubigungsvorschriften im Rahmen der Urteilsfindung unberücksichtigt bleiben mussten.

4.4.2 Entscheidung vom 2. Juni 1856 – Unerlaubte Bedingung - Ehelosigkeit¹²⁰²

In der folgenden Entscheidung befasste sich das Obertribunal mit der Wirksamkeit einer Bedingung, die einem Erbvertrag beigefügt war. Hierbei hatte das Gericht die rechtliche Relevanz einer besonderen, nämlich einer unerlaubten Bedingung sowie deren Auswirkung auf den streitgegenständlichen Erbvertrag vor dem Hintergrund widerstreitender schuld- und erbrechtlicher Prinzipien, zu bestimmen. Die Folge war eine intensiv geführte Kontroverse zwischen dem Obertribunal und dem zeitgenössischem Schrifttum. Belegt wird dies durch den Umstand, dass das Obertribunal durch den zugrundeliegenden Sachverhalt und die durch ihn aufgeworfenen erbrechtlichen Streitfragen zu insgesamt drei Entscheidungen veranlasst wurde.¹²⁰³

¹²⁰¹ §§ 115, 621, 648, 12. Titel, 1. Teil i.V.m. § 440, 1. Titel, 2. Teil ALR.

¹²⁰² Archiv für Rechtsfälle, Bd. 26, S. 13-23.

¹²⁰³ Vgl. neben der hiesigen Entscheidung vom 02. Juni 1856, abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 26, S. 13-23, die Entscheidung vom 20. Juni 1856 abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 21, S. 288-296, Entscheidung vom 19. Februar 1858 abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd. 27, S. 287-295.

I. Sachverhalt

Die unverehelichte *Albertine S.* und die unverehelichte *Louise P.* vereinbarten am 18. Dezember 1846 einen Erbvertrag in welchem sie sich gegenseitig zu Universalerben einsetzen und weiterhin folgende Regelungen trafen:

- „§ 3. Hiernächst bestimmen wir für den Fall, dass die Ueberlebende von uns stirbt, vertragsmäßig fernerweit, dass der gesammte dereinstige Nachlass der Zuletztversterbenden in zwei gleiche Theile getheilt werden, und die eine Hälfte davon die alsdann am Leben befindlichen nächsten Intestat- oder Testamentserben der Zuerstverstorbenen, und die andere Hälfte die nächsten Intestat- oder Testamentserben der zuletzt Versterbenden erhalten sollen, wobei dieser freisteht, zu bestimmen, wer von unseren Erben unser Wohnhaus für den, in der letzten von uns beiden vollzogenen Bilanz angesetzten Preis, und die Waarenlager unserer Handlung für die, in der letzten von der Ueberlebenden vollzogenen Bilanz angesetzten Preise anzunehmen berechtigt sein soll.“
- „§ 4. Sollte die Ueberlebende von uns sich verheirathen, so ist sie verpflichtet, den alsdann am Leben befindlichen nächsten Intestat- oder Testamentserben der Zuerstverstorbenen die Hälfte unseres gemeinschaftlichen Vermögens, wie solches beim Tode der Zuerstverstorbenen nach der letzten von uns beiden vollzogenen Bilanz gewesen ist, herauszugeben, wobei jedoch der Ueberlebenden freisteht, unser Haus und die Waarenlager unserer Handlung für die in dieser Bilanz angesetzten Preise auf die ihr verbleibende Hälfte unseres gemeinschaftlichen Vermögens anzunehmen.“
- „§ 5. Nach den in den vorstehenden §§ 3. und 4. getroffenen Bestimmungen verbleibt einer jeden von uns das Recht, über die Hälfte unseres gemeinschaftlichen Vermögens für den Fall

des Ablebens oder der Verheirathung der Ueberlebenden abgesondert für sich letztwillig zu disponieren.“

„§ 6. *Der gegenwärtige Erbvertrag ist aufgehoben, sobald Eine von uns sich beim Leben der anderen verheirathen sollte.*

Die unverehelichte *Albertine S.* verstarb am 6. April 1853 ohne anderweitig letztwillig verfügt zu haben. Daraufhin nahm die ebenfalls unverehelichte *Louise P.* den Besitz und das gesamte Vermögen der *Albertine S.* an sich. Der Bruder von *Albertine S.* trat nun gegenüber *Louise P.* klagend auf und machte geltend, der Erbvertrag sei ungültig, weil in diesem die *Louise P.* unter der Bedingung zur Erbin eingesetzt worden sei, dass sie nicht heirate. Der Erbvertrag sei deswegen ihm gegenüber unwirksam und die Intestaterbfolge eröffnet. Die Verklagte sei demnach verpflichtet, an ihn, als den nächsten gesetzlichen Miterben, den ihm gebührenden Anteil am Nachlass mit Früchten und Nutzungen herauszugeben.

Der Richter erster Instanz wies die Klage mit der Begründung ab, dass selbst wenn zugunsten des Klägers unterstellt würde, dass seine Auffassung zuträfe, wonach die in dem Erbvertrag enthaltene Bedingung der Nichtverheiratung gemäß den Bestimmungen des Landrechts eine unerlaubte sei und das (auch) Erbverträge diesbezüglich den für Verträge geltenden Vorschriften unterlägen, der Erbvertrag gleichwohl als wirksam zu qualifizieren sei, weil sich die streitgegenständliche Bedingung nur auf den Umfang des Erbrechts der Beklagten beziehe und somit als eine Nebenbestimmung anzusehen sei, deren partielle Unwirksamkeit nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Erbvertrages führe.¹²⁰⁴

Der Richter zweiter Instanz bestätigte diese Entscheidung und führte ergänzend aus, dass der Erbvertrag dem Kläger gegenüber nicht als Vertrag, sondern nur als eine einseitige letztwillige Verfügung zu qualifizieren sei und daher die in Rede stehende unerlaubte Bedingung gemessen an den für letztwillige Verfügungen geltenden Vorschriften des Landrechts als nicht vorhanden anzusehen sei.¹²⁰⁵

Das Obertribunal hat die vom Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

¹²⁰⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.16 unter Bezug auf § 228, 5.Titel, 1.Theil ALR.

¹²⁰⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.16 unter Bezug auf § 63, 12.Titel, 1.Theil ALR.

II. Entscheidungsgründe¹²⁰⁶

Zunächst wirft das Obertribunal die Frage auf, ob sich die Beschwerde des Klägers nicht bereits deswegen erledigt haben könnte, weil die streitgegenständliche Bedingung nicht als eine unerlaubte Bedingung im Sinne des Landrechts anzusehen und der Erbvertrag demnach insgesamt als wirksam zu qualifizieren wäre.¹²⁰⁷ Der Senat lässt die Beantwortung dieser Frage mit Verweis auf die Bindungswirkung der von der Beklagten nicht angegriffenen Ausführungen des Appellationsrichters, welcher die in Rede stehende Bedingung zur Nichtverheiratung als eine unerlaubte im Sinne des Landrechts qualifiziert hatte, jedoch offen und legt seiner Entscheidung stattdessen die vom Appellationsgericht angenommenen Voraussetzungen zugrunde.¹²⁰⁸

Sodann rekurriert das Obertribunal zunächst auf die Ausführungen des Appellationsgerichts. Dieses hatte angenommen, dass es sich bei der Bedingung über die Nichtverheiratung der Erblasserinnen nach den Vorschriften des Landrechts zwar um eine unerlaubte Bedingung handeln würde, selbige aber nur eine Nebenbestimmung des Erbvertrages darstellen würde.¹²⁰⁹ Gemessen an den schuld- und insbesondere vertragsrechtlichen Vorschriften des Landrechts sei nur die Bedingung bezüglich der Nichtverheiratung der Kontrahentinnen unwirksam, nicht aber der gesamte Vertrag, so die Auffassung des Appellationsgerichts.¹²¹⁰

Dem ist der Kläger mit dem Einwand entgegengetreten, dass Appellationsgericht habe den Charakter des vorliegenden Erbvertrages verkannt. Der Erbvertrag sei nach Ansicht des Klägers dahingehend auszulegen, dass dieser eine prinzipale Erbeinsetzung der Klägerin enthalte, die jedoch durch deren Nichtverheiratung auflösend bedingt sei. Der Hauptvertrag - die gegenseitige Erbeinsetzung - war nach Auffassung des Klägers an die Nebenbestimmung, nicht zu heiraten, geknüpft worden, sodass die Unwirksamkeit der Nebenbestimmung die Unwirksamkeit des gesamten Erbvertrags zur Folge habe.

Diesen Ausführungen vermochte das Obertribunal nicht folgen. Insoweit führt das Gericht aus, der Appellationsrichter habe zutreffend dargelegt, dass Verträge anhand der tatsächlichen Umstände auszulegen seien. Vorliegend hätte sich aus diesen, nach Würdigung durch das Appellationsgericht ergeben, dass die wesentli-

¹²⁰⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.17-23.

¹²⁰⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.19.

¹²⁰⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.20.

¹²⁰⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.20.

¹²¹⁰ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.20

che Absicht der Vertragsparteien zum Abschluss des Erbvertrages darin lag, sich gegenseitig unbedingte Erben einzusetzen. Die streitgegenständliche Bedingung, nach der Erbschaft sofort an die Erben der Erstverstorbenen nach ihrer Beschaffenheit im Todeszeitpunkt derselben herausgegeben werden soll, wenn sich die überlebende Kontrahentin verheiratet habe, sei vom Appellationsgericht dagegen nur als Nebenbestimmung des Erbvertrags qualifiziert worden. Hierbei handle es sich nicht um eine reversible Rechtsfrage, sondern um eine Würdigung des Erbvertrags und der Bedingung in tatsächlicher Hinsicht durch das Appellationsgericht, so das Obertribunal. Dass das Appellationsgericht die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Bedingung anschließend an den für Nebenbestimmungen zu Verträgen geltenden Vorschriften des Landrechts gemessen hat,¹²¹¹ sei aufgrund der zuvor getroffenen tatsächlichen Feststellungen, nach Ansicht des Obertribunals, folgerichtig und konstituiere daher keinen Rechtsverstoß.¹²¹² Mithin sei die Entscheidung des Appellationsgerichts aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, so das Obertribunal.¹²¹³

Ergänzend führt das Obertribunal aus, dass sich die Wirksamkeit des Erbvertrags insgesamt sowie die Unwirksamkeit der Bedingung über die Nichtverheiratung nicht nur aus den vom Appellationsgericht bemühten schuldrechtlichen Vorschriften des Landrechts, sondern zusätzlich auch aus dessen erbrechtlichen Bestimmungen ergebe. Insoweit nimmt das Obertribunal - ebenso das Appellationsgericht - an, dass der vorherrschende Charakter eines Erbvertrags der einer letztwilligen Verordnung ist und deswegen Erbverträge zu den letztwilligen Verordnungen gerechnet werden müssten.¹²¹⁴ Diesbezüglich regle das Landrecht ausdrücklich, „*Was nach den Gesetzen einer Willenserklärung als gültige Bedingung nicht beigefügt werden darf, das wird, wenn es einer letztwilligen Verordnung einem Erben oder einem Legatar gleichwohl auferlegt worden, für nicht beigefügt angesehen.*“¹²¹⁵ Hieraus schließt das Obertribunal in der Subsumtion, dass nach erbrechtlichen Grundsätzen, lediglich die Bedingung über die Nichtverheiratung dem streitgegenständlichen Erbvertrag als

¹²¹¹ Insbesondere § 228, 5. Titel, 1. Teil ALR. Die Vorschrift ordnet die Teilunwirksamkeit von Nebenbestimmungen und die Wirksamkeit von Verträgen im Übrigen an und lautet: *Ist nicht der Hauptvertrag selbst, sondern nur eine gewisse Nebenbestimmung oder Abrede an eine solche unerlaubte Bedingung gebunden, so wird auch nur diese dadurch entkräftet.*

¹²¹² Archiv für Rechtsfälle, Bd. 26, S. 21.

¹²¹³ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 26, S. 23.

¹²¹⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 26, S. 23.

¹²¹⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 26, S. 23; vgl. § 63, 12. Titel, 1. Teil ALR.

nicht beigefügt zu qualifizieren sei. Der Erbvertrag im Übrigen und insbesondere die darin verfügte Erbeinsetzung der Klägerin jedoch wirksam sei.¹²¹⁶

III. Rechtliche Analyse

Diese und die weiteren Entscheidungen¹²¹⁷ des Obertribunals zur Wirksamkeit von Bedingungen über die Nichtverheiratung in Erbverträgen stießen im zeitgenössischen Schrifttum auf erhebliche Ablehnung.¹²¹⁸ Im Zentrum der Kritik stand zum einen die Qualifizierung der Regelung in § 4 des Erbvertrags über die Nichtverheiratung als eine erlaubte Bedingung im Sinne des Landrechts und zum anderen, die Bestimmung der Wirksamkeit des Erbvertrags anhand erbrechtlicher, statt vertragsrechtlicher Vorschriften.

Die vom Obertribunal am Beginn der Entscheidungsgründe aufgeworfene Frage, ob die dem streitgegenständlichen Erbvertrag beigefügte Bedingung über die Nichtverheiratung überhaupt als eine unerlaubte zu qualifizieren sei, hatte das Gericht in der Entscheidung vom 20. Juni 1853 negativ beantwortet. Das Obertribunal war insoweit der Auffassung, dass die Bestimmung im Erbvertrag, nach der die Beklagte, falls sie sich wieder verheiratet das Vermögen der Erblasserin den dann vorhandenen gesetzlichen Erben herausgeben soll, nicht durch die Vorschriften des Landrechts verboten sei.¹²¹⁹ Nach dem Landrecht¹²²⁰ seien lediglich Zusagen, durch welche sich Jemand zu Ehelosigkeit verpflichtet, sowohl als Vertragsbestimmung, als auch als auferlegte Bedingung, ungültig und unverbindlich.¹²²¹

Nach der Bestimmung im streitgegenständlichen Erbvertrag sei es jedoch jeder der beiden Kontrahentinnen freigestellt, sich zu verheiraten, und nur für den Fall das dies wirklich geschehe, seien gewisse Folgen, namentlich die Herausgabe des

¹²¹⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.23.

¹²¹⁷ Neben der hiesigen Entscheidung vom 02. Juni 1856, Archiv für Rechtsfälle, Bd.26, S.13-23, die den gleichen Sachverhalt betreffenden Entscheidungen vom 20. Juni 1856 abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.21, S.288-294 und die Entscheidung vom 19. Februar 1858 abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.27, S.287-295.

¹²¹⁸ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.1., S.159, Fn.17; *ders.*, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.269 f.; Kurlbaum, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts, 1861, Bd.3, S.215 f.; Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.14; *teilweise zustimmend* Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.427.

¹²¹⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd. 21, S.291.

¹²²⁰ In Bezug genommen sind: § 10, 4. Titel, 1. Teil ALR: „Zusagen, wodurch eine Mannesperson bis über das 30. und eine Frauenperson über das 25. Jahr hinaus zum ehelosen Stande verpflichtet werden soll, sind ungültig.“, § 136, 4.Titel, 1. Teil ALR: „Was selbst nicht Gegenstand einer Willenserklärung sein kann (§§ 7-14), das kann auch Niemanden als eine Bedingung auferlegt werden.“.

¹²²¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.21, S.291.

Vermögens der Erstverstorbenen an deren Intestat- oder Testamentserben, geknüpft.¹²²² Eine Verabredung oder letztwillige Bestimmung, wonach Jemand für den Fall, dass er heiratet, einen ihm eingeräumten Vorteil wieder aufgeben soll, hätten die Gesetze jedoch nirgends für unerlaubt erklärt, und es wäre auch nicht abzusehen, weshalb dies hätte geschehen sollen, da es zu einer solchen Festsetzung - mag derselben ein Vertrag oder eine letztwillige Disposition zu Grunde liegen - sehr genügende Motive geben könne, so das Obertribunal.¹²²³

Verboten sei demgegenüber lediglich die Übernahme oder das Auflegen der Verpflichtung, sich gar nicht zu verheiraten. Diese Verpflichtung solle niemals erzwungen werden können, weshalb sie nach den Vorschriften des Landrechts als ungültig bzw. dem Vertrag als nicht hinzugefügt betrachtet würde. Mit den in Rede stehenden Vorschriften des Landrecht vereinbar sei hingegen, dass für den Fall einer einzugehenden Heirat der Heiratende gewisse Verpflichtungen gegenüber Dritten übernimmt, oder ihm bewilligte Vorteile wieder aufgibt, und wengleich darin ein indirekter Zwang, sich nicht zu verheiraten, gesehen werden könnte, so ist dieser nach Ansicht des Obertribunals gleichwohl nicht unzulässig, da der grundsätzliche Entschluss zur Heirat nicht berührt werde.¹²²⁴

Der vom Obertribunal vorgenommenen Differenzierung zwischen einer direkten Zusage oder Bedingung der Ehelosigkeit und einem bloß indirekt wirkenden Zwang, den Stand der Ehelosigkeit zu erhalten, weil damit materielle Vorteile verbunden waren und der nach Ansicht des Obertribunals zulässig sein sollte, wurde mit Verweis auf den Wortlaut des Landrechts, den Sinn und Zweck der einschlägigen Regelungen sowie den Charakter einer rechtlichen Bedingung entgegengetreten.

Gemäß dem Wortlaut des Landrechts seien Zusagen wodurch sich jemand zum ehelosen Stand verpflichtet ungültig - ob es hierbei um eine direkte bzw. ausdrückliche Zusage handelt oder nicht sei unerheblich.¹²²⁵ Zudem trage eine Zusage ein subjektives Element in sich, wohingegen der Begriff Bedingung allein auf objektiven Umständen, nämlich dem Eintreten oder Nichteintreten eines bestimmten Ereignisses, beruhe.¹²²⁶ Demnach sei eine unerlaubte Bedingung im Sinne des Landrechts dann anzunehmen, wenn eine Willenserklärung bzw. Zusage eine unerlaubte Bedingung enthält, nämlich das Eintreten oder Nichteintreten eines Ereignisses,

¹²²² Archiv für Rechtsfälle, Bd.21, S.291.

¹²²³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.21, S.291.

¹²²⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.21, S.291.

¹²²⁵ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.21.

¹²²⁶ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.22.

durch das Jemand über ein gewisses Lebensalter hinaus zum ehelosen Stand verpflichtet wird.¹²²⁷ Dies sei im vorliegenden Erbvertrag der Fall. In § 6 des Erbvertrags werde dessen Existenz und das in ihm eingeräumte, wechselseitige Erbrecht der Kontrahentinnen vom Nichteintreten des Ereignisses der Heirat abhängig gemacht, da der Vertrag selbst für aufgehoben erklärt werde, sobald eine der Kontrahentinnen beim Leben der anderen heiratet.¹²²⁸ Ebenso verhalte es sich mit § 4 des Erbvertrages. Durch die Bestimmung in § 4 werde die überlebende Kontrahentin als Vertragserbin für verpflichtet erklärt, den ihr zugesicherten Nachlass der Erstversterbenden an deren Intestat- oder Testamentserben herauszugeben, sobald sie heiratet. Das Bestehen des ihr zugesicherten Erbrechts sei somit ebenfalls davon abhängig, dass sie nicht heiratet, ihr Erbrecht sei somit von dem Nichteintreten des Ereignisses ihrer Heirat abhängig gemacht, das heißt es sei an die Bedingung der Ehelosigkeit geknüpft.¹²²⁹ Die freie Willensbestimmung zum Heiraten, werde durch die objektive Bedingung in den §§ 4 und 6 der Erbvertrags beschränkt und eben diese objektive Beschränkung habe der Gesetzgeber für unerlaubt erklärt, wenn es insoweit im Landrecht heißt: *„Was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann (§ 7-14), das kann auch Niemanden als Bedingung auferlegt werden.“*¹²³⁰ Soweit das Obertribunal auf den lediglich indirekt wirkenden Zwang, sich nicht zu verheiraten abstellt und ausführt, dass dieser nach den Bestimmungen des Landrechts nicht verboten sei, könne auch dies nicht überzeugen. Eine Ehe nicht einzugehen stelle ein Unterlassen dar, das nur mit Hilfe der Anwendung von Zwangsmitteln, z.B. durch Androhung von Strafbefehlen, Cautionsbestellung und sonstigen Sicherungsmitteln,¹²³¹ durchgesetzt werden könne. In diesem indirekten Zwang habe schon das römische Recht das Unsittliche, das Verwerfliche der Bedingung der Ehelosigkeit gefunden, um wie viel mehr müsse dies hier der Fall sein, gemäß preußischem Recht und vom christlich-moralischen Standpunkt aus.¹²³²

Die Kritik an der Einordnung der Bedingung der Ehelosigkeit in den §§ 4 und 6 des Erbvertrages als eine erlaubte Bedingung im Sinne des Landrechts durch das Obertribunal erscheint berechtigt. Allerdings dürfte der Ausgangspunkt des Obertribunals, zu unterscheiden, ob einer Person die Ehelosigkeit als Bedingung einer ihr

¹²²⁷ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.22.

¹²²⁸ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.22.

¹²²⁹ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.23.

¹²³⁰ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.23.

¹²³¹ Vgl. § 5,4 24. Titel Prozessordnung, § 10 der Exekutionsordnung v. 4. März 1834.

¹²³² Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.27.

gemachten letztwilligen Zuwendung gestellt wird, oder ob die Ehelosigkeit nur die tatsächliche Voraussetzung der Zuwendung bildet, zutreffend sei.¹²³³ Im ersten Fall ist eine Beschränkung der Willensfreiheit des Bedachten, im zweiten nur eine Beschränkung der Disposition selbst beabsichtigt.¹²³⁴ Maßgeblich dafür, ob eine Bedingung über die Ehelosigkeit als erlaubt bzw. unerlaubt zu qualifizieren war, war mithin die ihr zu Grunde liegende Absicht desjenigen, der die Bedingung stellt. Ist die Ehelosigkeit nach der Absicht des die Bedingung Stellenden notwendig, um einen vermögenswerten Vorteil überhaupt zu erlangen, wird hierdurch zugleich die Willensfreiheit desjenigen der sich der Bedingung unterwirft, hinsichtlich der eigenen Verheiratung, beschränkt. Die Bedingung ist somit unerlaubt. Wird hingegen ein vermögenswerter Vorteil gewährt und erst im Fall der Verheiratung entzogen, ist die Absicht des die Bedingung stellenden nicht auf eine Beschränkung der Willensfreiheit zur Verheiratung gerichtet, sondern auf Unterstützung. Wer einer Frauenperson bis zu ihrer Verheiratung gewisse Einkünfte letztwillig aussetzt, hat offenbar nicht die Absicht gehabt, sie für den Fall ihrer Heirat mit einem Vermögensverlust zu bedrohen, sondern von vornherein seine Zuwendung auf die Dauer der Unterstützungsbedürftigkeit der Bedachten beschränkt.¹²³⁵

Vorliegend war die Existenz des aus dem streitgegenständlichen Erbvertrag hervorgehenden Erbrechts durch die Ehelosigkeit der Kontrahentinnen während ihres Lebens und durch die Ehelosigkeit der überlebenden Kontrahentin nach dem Tod der Erstversterbenden bedingt. Dadurch wurde insbesondere die Willensfreiheit der überlebenden Vertragspartei sich zu verheiraten unzulässig beschränkt, da mit einer Eheschließung der Verlust des vertraglich eingeräumten Erbrechts verbunden war. Die Ehelosigkeit beider Vertragsparteien war nicht nur eine tatsächliche Voraussetzung für die im Erbvertrag enthaltenen letztwilligen Verfügungen, sondern eine notwendige Bedingung für die gegenseitigen Zuwendungen. Die Vertragsparteien beabsichtigten nicht, die jeweils überlebende Kontrahentin für die Zeit ihrer Ehelosigkeit zu unterstützen, sondern der Erbvertrag sollte im Falle der Verheiratung der überlebenden Vertragspartei unwirksam werden. Die der Bedingung über die Ehelosigkeit zugrunde liegende Absicht, war hinsichtlich der überlebenden Vertragspartei darauf gerichtet, ihre Willensfreiheit, sich nach dem Tod der anderen Vertragspartei zu ver-

¹²³³ Ebenso Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.427.

¹²³⁴ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.427.

¹²³⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.427.

heiraten, zu beschränken, indem ein entsprechender Entschluss mit dem Verlust des Erbrechts sanktioniert wurde.

Die Anwendung erbrechtlicher statt vertragsrechtlicher Vorschriften auf den Erbvertrag und insbesondere auf die Bedingung der Ehelosigkeit durch das Obertribunal, wirft Fragen auf. Das Gericht begründete die Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften auf die Bedingung zur Ehelosigkeit primär mit dem Wortlaut des Landrechts. Dieses bestimmte in § 63, 12. Titel, 1. Theil, dass dasjenige, was nach den Gesetzen einer Willenserklärung als gültige Bedingung nicht beigefügt werden darf, für nicht beigefügt angesehen wird, wenn es einer letztwilligen Verordnung einem Erben oder Legatar gleichwohl auferlegt wird. Das Obertribunal qualifizierte den Erbvertrag als letztwillige Verordnung im Sinne der Vorschrift, erachtete die Bedingung über die Ehelosigkeit dementsprechend als nicht beigefügt und den Vertrag als im Übrigen wirksam.¹²³⁶ Die rechtliche Einordnung von Erbverträgen als letztwillige Verordnung ergab sich nach Ansicht des Obertribunals aus den erbrechtlichen Grundsätzen des Landrechts. Dieses stelle nämlich in Abweichung von den Grundsätzen des ursprünglich „deutschen Rechts“ den Grundsatz an die Spitze, dass über Alles, was der freien Veräußerung eines Menschen unterworfen ist, dieser auch auf den Todesfall verfügen kann und, dass dergleichen Verfügungen sowohl durch einseitige Willenserklärung als auch durch Verträge geschehen könne.¹²³⁷ Mithin handele es sich bei Erbverträgen - ebenso wie bei Testamenten - um letztwillige Verordnungen im Sinne von § 63, 12. Titel, 1. Theil ALR.¹²³⁸

Dem wurde entgegengehalten, dass der Wortlaut und die Systematik der erbrechtlichen Vorschriften des Landrechts der Anwendung auf unerlaubte Bedingungen bei Erbverträgen entgegenstünden. Das Landrecht habe die Frage, ob unerlaubte Bedingungen bei Erbverträgen nach den allgemeinen, für Verträge geltenden Bestimmungen oder den erbrechtlichen Vorschriften, zu beurteilen sind, nicht entschieden, sodass es bei der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen bleiben müsse.¹²³⁹ Die vom Obertribunal angewendeten §§ 1 und 2, 12. Titel, 1. Theil des Landrechts und die dort normierten Grundsätze enthielten keine Aussage für die hier streitige Rechtsfrage, ob Erbverträge den Grundsätzen über Verträge oder den Grundsätzen einseitiger Willensäußerung zu unterwerfen sind. *Koch* meinte: „das Obertribu-

¹²³⁶ Entscheidung vom 19. Februar 1858, abgedruckt in Archiv für Rechtsfälle, Bd.27, S. 294.

¹²³⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd.27, S. 293; § 2, 12. Titel, 1. Theil ALR.

¹²³⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.27, S. 294.

¹²³⁹ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.273.

nal hätte mit gleichem Erfolg für seine Beweisführung irgend ein Paar der zehn Gebote aufschreiben können.“¹²⁴⁰ Aus dem Wortlaut von § 63, 12. Titel, 1. Theil ALR folge ebenfalls nicht, dass diese Vorschrift auf alle Arten letztwilliger Verordnungen, einschließlich der Erbverträge, Anwendung findet.¹²⁴¹ Ein Vertrag sei überhaupt keine Verordnung; Verordnung bedeute eine einseitige Handlung, wodurch ein Herr oder Vorgesetzter, oder Eigentümer für einen Anderen, der ihm zu folgen hat, etwas anordne oder befehle.¹²⁴² Dieser grammatische Unterschied sei es, welcher verbiete, den § 63, 12. Titel, 1. Theil ALR auch auf Erbverträge zu beziehen.¹²⁴³ Darüber hinaus wurden gesetzessystematische Gesichtspunkte gegen die Anwendung von § 63, 12. Titel, 1. Theil ALR auf Erbverträge ins Feld geführt. Der Gesetzgeber habe keineswegs beabsichtigt § 63, 12. Titel, 1. Theil ALR auf alle Arten letztwilliger Verordnungen, mithin auch Erbverträge zu beziehen. Dies werde daran erkennbar, dass § 63, 12. Titel, 1. Theil ALR im ersten Abschnitt des 12. Titels enthalten sei, mit der Überschrift „von Testamenten und Codicillen“.¹²⁴⁴ Erbverträge seien hingegen im zweiten Abschnitt des 12. Titels ALR unter der entsprechenden Überschrift geregelt. Die dortige Vorschrift über die Aufhebung von Erbverträgen sei vorliegend nicht einschlägig.¹²⁴⁵ Aus dem Schweigen des ALR folge, dass die allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Bedingungen bei Verträgen auch bei Erbverträgen Anwendung finden müssten.¹²⁴⁶

Für die zuletzt genannte Auffassung sprach die Natur des Erbvertrags als zweiseitiges und - wie vorliegend - regelmäßig unwiderrufliches Rechtsgeschäft. Unwiderrufliche Erbverträge hatten die Natur von Verträgen, sodass die in denselben vorkommenden unerlaubten Bedingungen nach den für Verträge geltenden Vorschriften zu beurteilen gewesen wären.¹²⁴⁷ Der Grund dafür war weniger die aus

¹²⁴⁰ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.271.

¹²⁴¹ Kurlbaum, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts, 1861, Bd.3, S.216 f..

¹²⁴² Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.272; Kurlbaum, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts, 1861, Bd.3, S.216; Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.75.

¹²⁴³ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.272.

¹²⁴⁴ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.272; Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.65.

¹²⁴⁵ In Bezug genommen ist § 647, 12. Titel, 1. Theil ALR der bestimmt: „So weit ein Testament wegen nicht eintreffender Bedingungen, wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers, oder wegen Dazwischenkunft unehelicher Kinder, so wie überhaupt durch Zufall entkräftet, oder vereitelt werden, so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig.“; Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.273.

¹²⁴⁶ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.273.

¹²⁴⁷ Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1837, Bd.1, S.27; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.150; Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S. 72; Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.273; Kurlbaum, Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts, 1861, Bd.3, S.216; Savigny, Bd.8, S.492.

Gründen des Rechts oder der Sittlichkeit entspringende Unmöglichkeit der Erfüllung der Bedingung. Entscheidend war vielmehr, dass beide Teile die Erfüllung der Bedingung wollen und indirekt das zu erreichen versuchen, was direkt nicht zu erreichen ist, nämlich einen Vertrag über einen der Verpflichtung entzogenen Gegenstand.¹²⁴⁸ Damit wurde der Gesichtspunkt der Strafe in Blickfeld gerückt, der es rechtfertigte, Erbverträge und Testamente hinsichtlich der ihnen beigefügten unerlaubten Bedingungen rechtlich unterschiedlich zu behandeln, sodass auf erstere die allgemeinen, für Verträge geltenden Bestimmungen hätten Anwendung finden müssen. Zur Zeit der Redaktion des Landrechts wurde die Wirkung einer unerlaubten Bedingung vornehmlich unter dem Aspekt der Strafe beurteilt, welche bei Verträgen beide Parteien trifft und bei letztwilligen Verordnungen nur den Testator.¹²⁴⁹ Suarez führte im Rahmen der Revision des Landrechts insoweit aus: *„Beim Pacto verdient der, welcher eine unerlaubte Bedingung macht, und der sich solche gefallen lässt, gleiche Mißbilligung. Deswegen wird durch dergleichen Bedingung das pactum vitiiert (entkräftet; Anm. d. Verf.). Dagegen trifft im Testament die Mißbilligung nur den Testator; und der Erbe oder Legatar kann nichts dafür, deswegen wird sie auch in ultimis voluntatibus pro non adjecta gedacht.“*¹²⁵⁰ Daraus hätte für den vorliegenden Erbvertrag folgen können, dass dieser als ungültig zu qualifizieren ist, weil eben beide Kontrahentinnen wissentlich an der Formulierung und Aufnahme der unerlaubten Bedingungen über die Ehelosigkeit mitgewirkt haben.¹²⁵¹

4.5 Entscheidungen zum Pflichtteilsrecht

4.5.1 Entscheidung vom 03. Januar 1852¹²⁵²

In der vorliegenden Entscheidung hatte sich das Obertribunal mit der Frage zu befassen, wie der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten zu ermitteln ist, insbesondere ob sich der Pflichtteil auf eine bestimmte Erbquote bezog oder auch konkrete Nachlassgegenstände umfasste. Dabei kam der Bestimmung der Rechtsposition des testamentarisch auf den Pflichtteil eingesetzten Ehegatten, im Verhältnis zu den übrigen

¹²⁴⁸ Kurlbaum, Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts, 1861, Bd.3, S.217.

¹²⁴⁹ Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.66.

¹²⁵⁰ Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 1839, S.150, Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.67

¹²⁵¹ So im Ergebnis auch Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861, S.68.

¹²⁵² Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.243-250.

Testamentserben maßgebliche Bedeutung zu. Hinsichtlich der anwendbaren Gesetze ist aus rechtshistorischer Sicht bemerkenswert, dass neben den Vorschriften des Landrechts auch die Joachimische Constitution von 1527 sowie die Provinzialgesetze der Mark Brandenburg zur Anwendung gelangten.

I. Sachverhalt¹²⁵³

Der verstorbene Lehnsschulze S. hatte in seinem Testament neben seiner Ehefrau auch seinen Enkel *F.W.S.* als Erben eingesetzt. Seinem Enkel hinterließ der Erblasser zwei ihm gehörende Grundstücke zum alleinigen und uneingeschränkten Eigentum. Zu Gunsten seiner Ehefrau verfügte S., dass diese die Summe von 600 Thalern erhalten soll.

Die überlebende Ehegattin war nun der Auffassung, dass sie durch diese testamentarische Bestimmung ihres Ehemannes in ihrer gesetzlichen - als Pflichtteil zu betrachtenden - Erbportion verletzt sei und wurde in einem Vorprozess rechtskräftig für befugt erachtet, die volle Hälfte des Nachlasses ihres Ehemannes als gesetzliche Erbportion zu verlangen. Im Rahmen der sich anschließenden Erbaueinandersetzung verlangte die Witwe, dass die im Testament dem *F.W.S.* vermachten Grundstücke teilungshalber zwangsversteigert werden. Diesem Verlangen widersprach der Vormund des *F.W.S.*. Daraufhin verklagte die überlebende Ehegattin des Erblassers den *F.W.S.* und beantragte selbigen zu verurteilen, die Zwangsversteigerung der Grundstücke zwecks Erbaueinandersetzung zu dulden. Hierbei stützte sich die überlebende Ehegattin neben der Joachimischen Constitution von 1527 auch auf die rechtskräftige Entscheidung aus dem Vorprozess in der ihr, unter Einbringung ihres eigenen Vermögens, die Hälfte des Nachlasses ihres Ehemannes als gesetzliche Erbportion zugesprochen worden war. Diese Erbportion habe die rechtliche Natur eines Pflichtteils und könne daher nicht beschränkt werden, weshalb ihr – der Witwe – die testamentarische Verfügung nicht entgegengehalten werden könne. Vielmehr sei sie als Miteigentümerin des gesamten Nachlasses zu qualifizieren und deswegen auch berechtigt, den öffentlichen Verkauf der Grundstücke zu verlangen.

Das Kreisgericht zu Crossen folgte der Argumentation der Klägerin und entschied am 08. November 1850 ihrem Klageantrag entsprechend. Auf die dagegen erhobene Appellation des Vormundes änderte das Appellationsgericht Frankfurt an

¹²⁵³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.244-245

der Oder am 19. Mai 1851 die erstinstanzliche Entscheidung und wies die Klägerin mit ihrer Klage ab. Der erste Senat des Obertribunals bestätigte in der Sitzung vom 03. Januar 1852 die Entscheidung der Appellationsinstanz.

II. Entscheidungsgründe

Am Beginn seiner Entscheidungsgründe skizziert das Obertribunal anhand der allgemeinen Vorschriften des Landrechts die für die Teilung des Nachlasses maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen, um anschließend das Rechtsverhältnis zwischen Testamentserben einerseits und Notherben bzw. Pflichtteilsberechtigten andererseits aus erbrechtlicher Sicht näher zu bestimmen. Hierbei stellte der Senat neben der Wortlautauslegung der entscheidungserheblichen Vorschriften des Landrechts auch auf rechtshistorische Gesichtspunkte ab.

Das Landrecht gestatte einem Testator, der neben seinen gesetzlichen Erben auch sogenannte Notherben hinterließ, grundsätzlich von den landrechtlichen Vorschriften über die Teilung des Nachlasses abzuweichen.¹²⁵⁴ Diese Befugnis galt jedoch nur vorbehaltlich des dem Notherben gebührenden Pflichtteils.¹²⁵⁵ Insoweit ordnete das Landrecht eine relative Unwirksamkeit einer testamentarischen Verfügung über die Teilung des Nachlasses im Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten an. Eine testamentarische Verfügung über die Teilung des Nachlasses blieb zwar wirksam, soweit sie sich auf Nachlassgegenstände bezog die nicht Gegenstand der eigentlichen Enterbung waren, auch wenn hierdurch das Pflichtteilsrecht verletzt wurde.¹²⁵⁶ Gleichwohl war eine derartige testamentarische Verfügung für den Notherben nach den Vorschriften des Landrechts nicht bindend.¹²⁵⁷

Aus diesem Regelungsmechanismus leitete das Obertribunal anschließend die Rechte des Notherben in Bezug auf seinen Pflichtteil und die ihm gebührende Erbquote ab. Das Obertribunal schlussfolgerte aus der gesetzlichen Anordnung, dass eine testamentarische Verfügung die eine Beschränkung des Pflichtteils enthielt, für den Pflichtteilsberechtigten selbst nicht bindend, im Übrigen aber wirksam bleiben soll, dass dem Pflichtteilsberechtigten im Allgemeinen nur das Recht zuste-

¹²⁵⁴ §§ 378, 500, 2.Titel, 2.Theil ALR.

¹²⁵⁵ § 391, 2.Titel, 2.Theil ALR.

¹²⁵⁶ §§ 432, 436, 2.Titel, 2.Theil ALR.

¹²⁵⁷ §§ 121, 122, 17.Titel, 1.Theil ALR. Nach diesen Vorschriften konnte der Erblasser die Teilung des Nachlasses, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aussetzen. Dies war dann für den Pflichtteilsberechtigten nicht bindend, so dass er ungeachtet der letztwilligen Verfügung berechtigt war die ihm zustehende Erbquote sofort von den Erben zu fordern.

he, seinen Pflichtteil in Gänze oder die Ergänzung desselben zu verlangen.¹²⁵⁸ Keineswegs aber sei der Pflichtteilsberechtigte befugt, wenn z.B. der Erblasser einem Erben oder Legatar eine bestimmte Sache als Erbteil oder Legat zugewiesen hat, eine solche testamentarische Bestimmung dadurch zu entkräften, dass er den Verkauf der Sache unter dem Vorwand verlangt, den ihm gebührenden Pflichtteil feststellen zu lassen.¹²⁵⁹ Vielmehr sei der unrechtmäßig Enterbte oder in seinem Pflichtteil Beschränkte nur berechtigt, dass der Wert einer solchen Sache gerichtlich festgestellt und im Rahmen der Berechnung des Pflichtteils zugrunde gelegt wird.¹²⁶⁰ Dies folge nach Ansicht des Obertribunals aus dem Wortlaut der Bestimmungen des Landrechts, nach welchen die Erben und Legatarien im Verhältnis ihrer Erbportionen zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichtteils betragen und den Pflichtteilsberechtigten abzufinden hätten.¹²⁶¹

Dem Befund, wonach eine testamentarische Verfügung die den Pflichtteilsberechtigten in seiner Erbquote unrechtmäßig beschränkt, diesem gegenüber zwar nicht bindend war, im Übrigen gleichwohl rechtswirksam blieb, standen nach Auffassung des Obertribunals die von der Klägerin hiergegen ins Feld geführten Vorschriften über die Nachlassteilung nicht entgegen. Nach diesen wurde verordnet:

„Ob ein im Pflichtteil eingesetzter Erbe im Fall der Teilung auf Zwangsversteigerung des Grundstücks anzutragen befugt sei, oder ob er zufrieden sein müsse, dass der Pflichtteil nach der Taxe ausgemittelt werde muss danach beurteilt werden, ob der Pflichtteil auf eine gewisse Summe festgesetzt oder derselbe ohne Bestimmung einer gewissen Summe vorgeschrieben worden ist. Im ersten Fall darf es nur der Taxe, im letzteren hingegen der Eintragung des Miteigentums im Hypothekenbuch und im Fall der Teilung der Zwangsversteigerung nach den näheren Vorschriften des Allgemeinen Landrechts.“¹²⁶²

Nach Ansicht des Obertribunals war die Vorschrift auf den streitgegenständlichen Fall nicht anwendbar, weil der Testator einem seiner Erben zwei zum Nachlass gehörende Grundstücke vermacht hatte. Die vorstehend zitierte Regelung bezog sich in-

¹²⁵⁸ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.246.

¹²⁵⁹ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.246.

¹²⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.246.

¹²⁶¹ Vgl. §§ 432, 436, 2.Titel, 2.Theil ALR; Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.246.

¹²⁶² § 164 des Anhangs zu § 574, 18.Titel, 1.Theil ALR.

des auf den Fall, in dem der Testator mehrere Erben zu bestimmten Quoten und einen auf den Pflichtteil eingesetzt hatte, so der Senat.¹²⁶³

War die Einsetzung auf den Pflichtteil im Allgemeinen geschehen, so wurde der Pflichtteilsberechtigte als Miterbe auch Miteigentümer des gesamten Nachlasses und konnte als solcher auch die Zwangsversteigerung des gemeinschaftlichen Grundstücks zwecks Teilung des Nachlasses verlangen. Wurde dem Pflichtteilsberechtigten hingegen eine bestimmte Summe zugewiesen, so wurde er im Verhältnis zu den übrigen Erben als Legatar betrachtet und erlangte somit bloß das Eigentum an einer bestimmten Summe mit dem Vorbehalt einer Erhöhung derselben, wenn der testamentarisch festgesetzte Betrag die Höhe des gesetzlichen Pflichtteils nicht erreichte. Darüber hinaus könne der testamentarisch eingesetzte Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich des übrigen Nachlasses, die Rechte eines Miteigentümers nicht für sich in Anspruch nehmen und daher auch nicht die Zwangsversteigerung des Grundstücks verlangen.¹²⁶⁴

Auf ihre Stellung als Miterbin, die im Vorprozess unstreitig festgestellt worden sei konnte die Klägerin ihr Verlangen nach Versteigerung der Grundstücke nach Ansicht des Obertribunals ebenfalls nicht stützen.¹²⁶⁵ Dies ergab sich nach Auffassung des Senats zum einen daraus, dass selbst wenn man die vorstehend genannte Vorschrift über die Nachlassteilung für anwendbar halten würde, die Klägerin nach dieser lediglich die ihr als Pflichtteil vermachte Summe von 600 Thaler und nicht die Versteigerung der Grundstücke verlangen könnte.¹²⁶⁶ Zum anderen spräche der Umstand, dass der Erblasser seinem Enkel ausdrücklich zwei bestimmte Grundstücke vermachte habe dagegen, die Klägerin aufgrund ihrer Eigenschaft als Miterbin zugleich auch als Miteigentümerin der in Rede stehenden Grundstücke zu qualifizieren, die berechtigt wäre die Versteigerung der Grundstücke zwecks Befriedigung des ihr gebührenden Pflichtteils zu verlangen.¹²⁶⁷ Insoweit rekurriert das Obertribunal auf die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze des Landrechts. Nach diesen wurde derjenige, dem aufgrund testamentarischer Verfügung eine bestimmte Summe oder Sache zugewiesen wurde, im Verhältnis zu den übrigen Erben, als bloßer Legatarius be-

¹²⁶³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.247.

¹²⁶⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.247.

¹²⁶⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.248.

¹²⁶⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.248.

¹²⁶⁷ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.248.

trachtet¹²⁶⁸ und das Eigentum der in einem Testament jemanden zum Legat ausgesetzten Sachen und Rechte, ging in der Regel mit dem Todestag des Erblassers auf den Legatarius über.¹²⁶⁹ Vorliegend seien die beiden Grundstücke demnach als Legat zu qualifizieren und das Eigentum an diesen ging mit dem Todeszeitpunkt auf den Legatar, namentlich den Enkel des Erblassers, *F.W.S.*, über. Auch deswegen habe die Klägerin kein Miteigentum an den streitgegenständlichen Grundstücken erlangt, so das Obertribunal.¹²⁷⁰

Schließlich hatte sich das Obertribunal mit dem auf die Vorschriften der Joachimische Constitution von 1527 sowie der Provinzialgesetzgebung in der Mark Brandenburg gestützten Einwand der Klägerin, nach welchem das Testament insgesamt unwirksam sei, auseinanderzusetzen. Nach der Auffassung des Obertribunals konnte die Klägerin jedoch auch unter diesem Gesichtspunkt nichts Vorteilhaftes für sich herleiten. Sowohl nach der Joachimischen Constitution von 1527, als auch nach der insoweit inhaltgleichen und vorliegend zur Anwendung gelangenden Crossener Willkür von 1469,¹²⁷¹ war der überlebende Ehegatte berechtigt, vom Nachlass des Erstverstorbenen, unter Einwerfung seines eigenen Vermögens, die Hälfte des gemeinschaftlichen Ganzen zu fordern und wurde insoweit als Erbe angesehen.¹²⁷² Diese, dem überlebenden Ehegatten nach den Vorschriften des Neumärkischen Erbrechts zugewiesene Erbportion, qualifizierte das Obertribunal als eine Forderung an den Nachlass und nicht als originäres Erbrecht.¹²⁷³ Zudem unterstrich das Gericht, dass dem überlebenden Ehegatten die Erbportion nur unter der Bedingung gewährt wurde, dass dieser sein eigenes Vermögen in die Teilung mit einbringt.¹²⁷⁴ Daraus ergab sich nach Auffassung des Obertribunals, dass das Recht des Ehegatten über sein Vermögen zu verfügen, nach den Vorschriften des Neumärkischen Erbrechts, noch weniger beschränkt sei, als nach den Bestimmungen des Landrechts und der überlebende Ehegatte nur insoweit berechtigt sei, die Dispositionen des Erblassers über sein Vermögen anzufechten, wie durch diese seine statuarische Erbportion geschmälert wird.¹²⁷⁵ Erhält der überlebende Ehegatte die ihm gesetzlich zustehende

¹²⁶⁸ § 263, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹²⁶⁹ § 288, 12. Titel, 1. Teil ALR.

¹²⁷⁰ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 22, S. 248.

¹²⁷¹ Mylius, C.C.M., Const. Th. VI, Nr. VII, Sp. 7-10.

¹²⁷² § 3 Joachimische Constitution, Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 22, S. 249.

¹²⁷³ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 22, S. 249.

¹²⁷⁴ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 22, S. 249.

¹²⁷⁵ Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 22, S. 249.

Erbportion, sollen die testamentarischen Verfügungen des Erblassers nach den Vorschriften des Neumärkischen Erbrechts und der Joachimischen Constitution befolgt werden, meinte das Obertribunal.¹²⁷⁶

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals zur Ermittlung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten stieß im zeitgenössischen Schrifttum teilweise auf Kritik.¹²⁷⁷ Dass der in seinem Pflichtteil unrechtmäßig beschränkte Ehegatte nicht als Miteigentümer der Erbschaft qualifiziert werden konnte und somit auch nicht berechtigt war, die Zwangsversteigerung des Nachlasses zwecks Befriedung zu verlangen, wie vom Obertribunal angenommen, ergab sich aus der Systematik des Landrechts, der Rechtsnatur des Pflichtteils und der Entstehungsgeschichte der angewendeten Vorschriften.

Soweit das Obertribunal seine Auffassung, wonach der Pflichtteilsberechtigte lediglich befugt sei, eine dem Pflichtteil entsprechende Erbquote zu verlangen, auf den Wortlaut der §§ 432, 433, 2. Titel, II. Theil ALR stützte, ist anzumerken, dass sich diese Vorschriften nur auf das in seinem Pflichtteilsrecht beschränkte Kind des Erblassers bezogen. Vorliegend war jedoch die Ehefrau des Erblassers der Ansicht, sie sei unrechtmäßig in ihrem Pflichtteil beschränkt, so dass die §§ 432 und 433, 2. Titel, II. Theil ALR nicht unmittelbar galten. Lediglich die vom Obertribunal in Bezug genommene Rechtsfolge, nach welcher der Pflichtteilsberechtigte auf eine bestimmte Erbquote beschränkt und nicht befugt war, konkrete Nachlassgegenstände zu verlangen, war den in Rede stehenden Vorschriften zu entnehmen. Insoweit ist die im zeitgenössischen Schrifttum geäußerte Kritik nachvollziehbar.¹²⁷⁸ Zugleich zeigt die Anwendung §§ 432 bis 436, 2. Titel, II. Theil ALR über den Wortlaut hinaus, dass das Obertribunal durchaus gewillt war, sich vom Wortlaut des Landrechts zu lösen und weitere Auslegungsmethoden im Rahmen seiner Entscheidungsfindung zu bemühen.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 432 bis 436, 2. Titel, II. Theil ALR auf die Ehefrau und sonstige Pflichtteilsberechtigte erscheint auch unter gesetzes-systematischen Gesichtspunkten sowie mit Blick auf den Sinn und Zweck der

¹²⁷⁶ Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.250.

¹²⁷⁷ Vgl. Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.364. Zustimmung: Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.204,210; Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1831, Bd.38, S.53.

¹²⁷⁸ Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.365.

Vorschriften angemessen. Das Landrecht differenzierte innerhalb der Gruppe der Pflichtteilsberechtigten nicht,¹²⁷⁹ so dass es insoweit keinen Unterschied machen dürfte, ob der Pflichtteilsberechtigte ein Kind des Erblassers oder dessen Ehefrau war. Zudem gebietet der Sinn und Zweck der Vorschriften, nämlich dem Pflichtteilsberechtigten lediglich eine bestimmte Erbquote zu zuweisen, die Kinder des Erblassers und dessen Ehefrau diesbezüglich gleich zu behandeln. Anderenfalls wäre die Ehefrau des Erblassers im Vergleich zu dessen Kindern ohne ersichtlichen Grund schlechter gestellt.

Dass das Obertribunal den in seinem Pflichtteil beschränkten Ehegatten lediglich für berechtigt erachtete, eine seinem Pflichtteil entsprechende Erbquote zu verlangen, nicht jedoch bestimmte Gegenstände aus dem Nachlass, dürfte zudem der Rechtsnatur, die das Landrecht dem Pflichtteil beigemessen hat, entsprochen haben. Der Pflichtteil im Sinne des Landrechts stellte eine gesetzliche Schuld dar aufgrund derer der in seinem Pflichtteil Beschränkte berechtigt war, im Wege der Pflichtteilsklage, von den einsetzten Erben die ihm gebührende Quote aus dem Nachlass zu fordern.¹²⁸⁰

Die Auslegung des Obertribunals, wonach der auf eine bestimmte Summe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte nicht (Mit-)Eigentümer des Nachlasses bzw. der Nachlassgegenstände wurde, entsprach auch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Bereits im Jahr 1794, dem Jahr der Publikation des Landrechts, wurde König Friedrich Wilhelm mit derselben Frage, wie das Obertribunal in der hiesigen Entscheidung, nämlich *„ob ein im Pflichtteil eingesetzter Erbe, im Fall der Theilung, auf Subhastation des Grundstücks anzutragen befugt sei, oder ob er zufrieden sein müsse, dass der Pflichtteil nach der taxe ausermittelt werde.“* konfrontiert.¹²⁸¹ Als Antwort des Königs wird im Rescript vom 13. Oktober 1794 ausgeführt, dass das Eigentum am gesamten Nachlass und somit auch an den dazugehörenden Grundstücken auf den testamentarisch eingesetzten Universalerben übergeht und dieser bloß schuldig war, dem Kind dem ihm vermachten Pflichtteil der Höhe nach herauszugeben.¹²⁸² Dieses Votum entsprach der Entscheidung des Obertribunals. Ferner wurde im Rescript vom 26. März 1798 ausdrücklich ausgeführt, dass zur Beurteilung der Frage, ob ein tes-

¹²⁷⁹ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.202.

¹²⁸⁰ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.205, 210; Mühlenbruch in Glück's Kommentar, 1831, Bd.38, S.328.

¹²⁸¹ Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze, 1816/1817, Bd.2, S.706.

¹²⁸² Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze, 1816/1817, Bd.2, S.706.

tamentarisch auf eine bestimmte Geldsumme eingesetzter Pflichtteilsberechtigter hierdurch in seinem Pflichtteilsrecht verletzt ist, nicht erforderlich sei, die dem Miterben vermachten Grundstücke öffentlich zu versteigern, da deren Wert durch Sachverständige ermittelt werden könne.¹²⁸³ Die Entscheidung des Obertribunals entsprach somit der bereits vor dem In-Kraft-Treten des Landrechts geltenden Rechtslage. Dass das Obertribunal an selbige anknüpft und diese fortführt trug zudem dem Anliegen der Etablierung einer gefestigten Rechtsprechung Rechnung.

Das Obertribunal hielt auch in der Folgezeit an seiner Auffassung fest, wonach dem Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich nur die Befugnis zustand, vom Testamentserben seinen Pflichtteil als Geldschuld, deren Höhe anhand des abstrakt zu ermittelnden Nachlasswertes zu bestimmen war, zu verlangen. Die Zwangsversteigerung von zum Nachlass gehörenden Grundstücken zum Zwecke der Wertermittlung des Nachlasses kam hingegen regelmäßig nicht in Betracht.¹²⁸⁴

4.5.2 Entscheidung vom 01. Oktober 1852¹²⁸⁵

Im Zentrum der folgenden Entscheidung stand nicht die Frage wie der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten konkret zu ermitteln war, sondern ob dem diesem neben dem Pflichtteil weitere Vorteile, wie z.B. ein lebenslanges Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass oder die Auskehr des sog. Voraus zustanden.¹²⁸⁶ Bestimmte wirtschaftliche Vorteile wurden dem überlebenden Ehegatten nicht aufgrund erbrechtlicher, sondern aufgrund familienrechtlicher Regelungen im Landrecht gewährt, insbesondere wenn - was regelmäßig der Fall gewesen ist - zwischen den Eheleuten eine Gütergemeinschaft bestanden hatte. Das Obertribunal hatte die insoweit kollidierenden Prinzipien des Familienrechts und des Erbrechts voneinander abzugrenzen und zu harmonisieren. Hierbei stellte sich regelmäßig die Frage, ob dem überlebenden Ehegatten neben dem Pflichtteil weitere Ansprüche am Nachlass zustanden bzw. ob dem überlebenden Ehegatten, wenn er Erbe geworden war, Ansprüche gegen den Pflichtteilsberechtigten zustanden.¹²⁸⁷

¹²⁸³ Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze, 1816/1817, Bd.5, S.102.

¹²⁸⁴ Vgl. Entscheidung vom 09. Oktober 1854 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.15, S.82-90; Entscheidung vom 21. Mai 1858 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.30, S.43-45.

¹²⁸⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.357-363.

¹²⁸⁶ Vgl. §§ 628 ff. und 634 ff. 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹²⁸⁷ Vgl. neben dem vorliegenden, Urt. v. 17.11.1852: *zum Voraus* in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.8, S.44-49; Urt. v. 30.06.1842: *wenn der Ehegatte zugleich Testamentserbe war* in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.313-320.

I. Sachverhalt¹²⁸⁸

Der am 15. November 1849 in Posen verstorbene Erblasser hatte seiner Ehegattin, mit welcher Gütergemeinschaft im Sinne des Landrechts bestand, in seinem Testament lediglich den Pflichtteil vermacht und hinsichtlich seines verbleibenden Nachlasses seine Schwester und seinen Neffen zu ungleichen Anteilen als Erben eingesetzt.

Im Rahmen der Nachlassregulierung beanspruchte die Witte neben dem Pflichtteil – dieser betrug ein Sechstel der Hälfte des gemeinschaftlichen Nachlassvermögens – zusätzlich diejenigen Vorteile, die das Landrecht dem überlebenden Ehegatten zusprach, wenn er bei bestandener Gütergemeinschaft den Nachlass des Erstverstorbenen mit anderen Erben zu teilen hatte. Die Witwe des Erblassers machte insbesondere ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass geltend.

Dieser Forderung widersprachen die Schwester und der Neffe des Erblassers. Sie waren der Auffassung, dass das geltend gemachte Nießbrauchsrecht nicht mit der testamentarischen Erbfolge, die sie – die Witwe – im Übrigen angetreten habe vereinbar sei. Die Schwester und der Neffe verklagten die Witwe des Erblassers mit dem Ziel, festzustellen, dass der Witwe des Erblassers das von ihr geltend gemachte Nießbrauchsrecht nicht zustand.

Nach dem die Schwester und der Neffe des Erblassers erstinstanzlich unterlegen waren, entschied die zweite Instanz zu ihren Gunsten und verurteilte die Witwe des Erblassers zur Herausgabe des Nachlasses soweit dieser den ihr vermachten Pflichtteil überstieg. Auf die Revision der Witwe, bestätigte das Obertribunal die Entscheidung des Appellationsgerichts.

II. Entscheidungsgründe

Das Obertribunal reflektiert zunächst die Ausführungen der ersten und zweiten Instanz. Das Gericht der ersten Instanz war der Auffassung, dass der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten am Nachlass des zuerst Verstorbenen ein gesetzlicher Vor-

¹²⁸⁸ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.357-358.

teil sei, der dem überlebenden Ehegatten gebühre und diesem – aus rechtlicher Sicht – auch nicht durch eine testamentarische Verfügung entzogen werden könne. Dies sei zudem – was zwischen den Parteien unstreitig war – auch in tatsächlicher Hinsicht in dem streitgegenständlichen Testament nicht geschehen. Seine Ansicht, wonach das gesetzliche Nießbrauchsrecht des überlebenden Ehegatten der Verfügungsgewalt des zuerst Verstorbenen entzogen sei, begründete der Richter erster Instanz damit, dass das gesetzlich angeordnete Nießbrauchsrecht des überlebenden Ehegatten zu dessen privatem Eigentum gehöre, über das der andere Ehegatte nicht einseitig, namentlich mittels testamentarischer Verfügung, disponieren könne.¹²⁸⁹ Selbst wenn der Überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Testament antrete, so beziehe sich dieser Antritt nur auf das Vermögen, welches zum Nachlass des Testators gehöre. Das Nießbrauchsrecht gehöre als gesetzlich angeordneter Vorteil nicht zum Nachlassvermögen, so dass der überlebende Ehegatte dieses auch nicht durch Erbschaftsantritt verlieren könne.¹²⁹⁰

Diesen Erwägungen war das Appellationsgericht entgegengetreten. Es nahm an, dass die Witwe testamentarische Erbin ihres vorverstorbenen Ehemannes geworden sei und dessen Testament die alleinige Grundlage der Erbfolge darstelle. Da die testamentarische Erbfolge der gesetzlichen vorgehe, sei die Witwe nicht berechtigt, die Vorteile in Gestalt des geltend gemachten Nießbrauchsrechts, die dem überlebenden Ehegatten nur im Fall der gesetzlichen Erbfolge zugestanden wurden, in Anspruch zu nehmen.¹²⁹¹ Diese Begründung entsprach der Rechtsprechung des Obertribunals, wonach der überlebende Ehegatte nicht berechtigt sei, das gesetzliche Nießbrauchsrecht am ganzen Nachlass geltend zumachen, wenn er Testamentserbe geworden ist. In diesem Fall sei der überlebende Ehegatte verpflichtet, den Pflichtteil an die anderen Erben auszukehren.¹²⁹²

Das Obertribunal bestätige in diesem Zusammenhang zunächst seine im damaligen Rechtstreit vertrete Ansicht. Sodann stellte das Gericht jedoch fest, dass diese im vorliegende Falle zu kurz greife, da - im Unterschied zum früheren Rechtstreit - im hier zu entscheidenden Fall, nicht angenommen werden könne, dass die Witwe das Testament ihres verstorbenen Gatten angetreten habe und daher auch nicht dessen Testamentserbin geworden sei.¹²⁹³ In diesem Zusammenhang stellte

¹²⁸⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.358.

¹²⁹⁰ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.358.

¹²⁹¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.359.

¹²⁹² Urt. v. 30.06.1842 in: Entscheidungen des Obertribunals Bd.8, S.313-320.

¹²⁹³ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.359.

das Obertribunal den Rechtssatz auf, dass der Pflichtteilsberechtigte, auch wenn ihm im Testament der Pflichtteil zugewiesen werde, - zumindest – im Verhältnis zu den übrigen testamentarisch eingesetzten Erben nicht als Testamentserbe qualifiziert werden könne, da die ihm gebührenden Rechte gegen die Nachlassgläubiger auf anderen gesetzlichen Erwägungen beruhen würden.¹²⁹⁴ Welche gesetzlichen Erwägungen das waren, ließ das Obertribunal mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Insoweit genügte die Feststellung, dass vorliegend nicht der testamentarisch eingesetzte, überlebende Ehegatte, Ansprüche gegen den Pflichtteilsberechtigten, sondern umgekehrt der (lediglich) pflichtteilsberechtigte Ehegatte gegenüber den übrigen Testamentserben Ansprüche geltend machte. Die klagende Witwe könne als lediglich Pflichtteilsberechtigte den übrigen Testamentserben gegenüber nicht als diesen - aus erbrechtlicher Sicht - „ebenbürtig“, angesehen werden.¹²⁹⁵

Für die Bestätigung der Appellationsentscheidung maßgeblich war, dass nach Ansicht des Obertribunals, das streitgegenständliche Nießbrauchsrecht kein absolutes Recht des überlebenden Ehegatten war, das ihm unter allem Umständen zustand, sondern dieses gehöre lediglich zu den rechtlichen Vorteilen die in Folge der gesetzlichen Erbfolge eintreten würden.¹²⁹⁶ Seine Auffassung stützte das Obertribunal, wie schön in früheren Entscheidungen,¹²⁹⁷ auf die im Landrecht angeordnete Erbfolge des überlebenden Ehegatten. Danach waren dessen Rechte am Vermögen des Verstorbenen zuvörderst nach den geschlossenen (Erb-)Verträgen; in deren Ermangelung, nach den gültig errichteten letztwilligen Verfügungen; wenn aber beide nicht vorhanden waren, endlich nach der gesetzlichen Erbfolge, zu bestimmen.¹²⁹⁸ Da vorliegend ein rechtswirksames Testament vorhanden sei, diene dieses als Richtschnur.¹²⁹⁹

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Rechte des überlebenden Ehegatten am Nachlassvermögen des verstorbenen Ehegatten vorrangig anhand von dessen letztwilliger Verfügung zu bestimmen waren, statuierte das Landrecht lediglich insoweit, als dass die Hälfte der durch Gesetz dem überlebenden Ehegatten zugewiesenen Erbportion als Pflichtteil anzusehen war.¹³⁰⁰ Aus dieser Ausnahme schluss-

¹²⁹⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.360.

¹²⁹⁵ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.360.

¹²⁹⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.360.

¹²⁹⁷ Urt. v. 05.01.1843 in: Entscheidungen des Obertribunals Bd.8, S.313, (316).

¹²⁹⁸ Vgl. § 438, 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹²⁹⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.361; § 481, 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁰⁰ Vgl. § 631, 1.Titel, 2.Theil ALR.

folgerte das Obertribunal, dass sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ausschließlich in dem der freien Verfügung des verstorbenen Ehegatten entzogenen Anteils an seinem Nachlass erschöpft und demzufolge der überlebende Ehegatte – wie im übrigen auch jeder sonstige Notherbe – nicht berechtigt sei, mehr als diesen Pflichtteil zu verlangen.¹³⁰¹

Diesem Befund stand nach Ansicht des Obertribunals auch das vorliegend zu Anwendung gelangende Recht über die eheliche Gütergemeinschaft nicht entgegen.¹³⁰² Das Landrecht bestimme, so das Gericht, dass sich die Erbfolge bezüglich desjenigen Teils des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens, welcher nach Abzug des Vermögensanteils des überlebenden Ehegatten, als Nachlass des Verstorbenen anzusehen sei, nach gemeinem Recht bestimmt¹³⁰³ und dieser verbleibende Vermögensanteil der freien Verfügungsgewalt des verstorbenen Ehegatten unterliege.¹³⁰⁴ Der zuerst versterbende Ehegatte sei somit auch bei vorhandener Gütergemeinschaft berechtigt, den gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten, der ein Drittel an der verbliebenen Hälfte des Nachlasses betrug, wenn der überlebende Ehegatte - wie vorliegend - mit Seitenverwandten konkurrierte,¹³⁰⁵ auf den Pflichtteil, mithin ein Sechstel des Ganzen, herabzusetzen.¹³⁰⁶ Das Erbrecht der Klägerin am Nachlassvermögen ihres Ehegatten erschöpfte sich daher in dem ihr vermachten Pflichtteil und sie habe keinen weitergehenden Anspruch, so das Obertribunal.¹³⁰⁷

Soweit das Landrecht bestimmte, dass in allen Fällen, in denen der überlebende Ehegatte mit anderen Verwandten, am Nachlass des Verstorbenen teilnimmt, er den Nießbrauch am gesamten, gemeinschaftlich gewesenen Vermögens behält,¹³⁰⁸ verneinte das Obertribunal aufgrund gesetzessystematischer Erwägungen die Anwendung der Vorschrift. Diese befände sich im Abschnitt jenes Titels, welcher von der Erbfolge handelt, die nach gemeinem Recht eintreten soll, sobald kein Testament, kein Provinzial-Statut oder Statut, dieselbe regelt.¹³⁰⁹

Abschließende stellt das Obertribunal der seiner Ansicht nach von der ersten Instanz vorgenommenen unzulässigen Vermischung von Grundsätzen der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge eine normative Erwägung entgegen. Es könne

¹³⁰¹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.361.

¹³⁰² Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.361.

¹³⁰³ Vgl. § 636, 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁰⁴ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.361.

¹³⁰⁵ Vgl. § 636 i.V.m. § 625 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁰⁶ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.362.

¹³⁰⁷ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.362.

¹³⁰⁸ Vgl. § 645 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁰⁹ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.362; § 500 1.Titel, 2.Theil ALR.

dem Testamentserben nicht zugemutet werden, dem nur zum Pflichtteil Berechtigten über diesen hinaus noch Vorteile aus dem Nachlass zu gewähren.¹³¹⁰ Wenn die von der ersten Instanz vorgenommene Vermischung von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge zulässig wäre, so wäre kein Rechtsgrund ersichtlich, dem überlebenden Ehegatten lediglich den lebenslangen Nießbrauch zu gewähren. Vielmehr könnten mit gleich viel oder gleich wenig Recht – so das Obertribunal – auch noch weiter gehende Vorschriften des Landrechts über die Gütergemeinschaft zu Anwendung gelangen. Beispielsweise diejenige, wonach dem überlebenden Ehegatten, wenn keine nahen Verwandten des Verstorbenen vorhanden waren, das gesamte Eigentum am gemeinschaftlichen Vermögen zustand.¹³¹¹ In diesem Fall wäre der in Gütergemeinschaft lebende Ehegatte gänzlich daran gehindert über seinen Nachlass, zu Gunsten anderer Personen, als nahen Verwandten, zu verfügen. Dies sei, so das Obertribunal, freilich nicht beabsichtigt.¹³¹²

III. Rechtliche Analyse

Der Entscheidung des Obertribunals erfuhr weitgehend Zustimmung¹³¹³ und trug dem Aspekt der Kontinuität der Rechtsprechung Rechnung.

Die vom Obertribunal vorgenommene Differenzierung hinsichtlich des Ursprungs der Rechte des überlebenden Ehegatten am Nachlass dahingehend, dass sich diese primär aus den vorhandenen Eheverträgen, sekundär aus vorhandenen letztwilligen Verfügungen und erst subsidiär aus den gesetzlichen Vorschriften ergeben, fand im Wortlaut des Landrechts eine Stütze. Dieses ordnete besagte Reihenfolge im Abschnitt *Von der Trennung der Ehe durch den Tod* ausdrücklich an.¹³¹⁴

Die Entscheidung des Obertribunals, wonach Erbverträge und letztwillige Verfügungen als originäre Rechtsquelle des Erbrechts des überlebenden Ehegatten anzusehen waren, bedeutete zugleich eine Stärkung der Privatautonomie und zwar nicht nur auf dem Gebiet des Erbrechts, sondern auch des Familienrechts. Denn die Vorschriften über die eheliche Gütergemeinschaft wurden, soweit diese dem überlebenden Ehegatten zusätzliche Rechte am Nachlass einräumten durch letztwillige Verfügungen verdrängt. Die Eheleute hatten mithin die Möglichkeit durch individuelle Ver-

¹³¹⁰ Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.362.

¹³¹¹ Vgl. § 647 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹³¹² Archiv für Rechtsfälle, Bd.6, S.363.

¹³¹³ Vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.491.

¹³¹⁴ Vgl. § 438 1.Titel, 2.Theil ALR.

einbarungen, entweder in Gestalt eines Erbvertrages oder einer letztwilligen Verfügung ihre Nachlassangelegenheiten weitgehend selbst zu regeln und die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Landrechts weitgehend auszuschließen.

Dass der auf den Pflichtteil beschränkte, überlebende Ehegatten im Fall der gewillkürten Erbfolge keine weiteren über den eigentlichen Pflichtteil hinausgehende Rechte am Nachlass geltend machen konnte, entsprach ferner dem speziellen Rechtsverständnis, mit dem die Redaktoren das familienrechtlichen Institut der Gütergemeinschaft im Landrecht kodifizierten. Nach herrschender Auffassung kannte das Landrecht das im „deutschen“ Eherecht verwurzelte Institut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht.¹³¹⁵ Dies wird unter anderem daran deutlich, dass der Nießbrauch des Mannes an dem von der Frau mit in die Ehe eingebrachten Gegenständen grundsätzlich mit dem Tod des einen oder des anderen Ehegatten endete.¹³¹⁶ Mithin entsprach die Entscheidung, dem überlebenden Ehegatten keine weiteren Vorteile neben dem Pflichtteil zu gewähren dem landrechtlichen Verständnis vom Institut der Gütergemeinschaft. Diese endete grundsätzlich mit dem Tod von einem der Eheleute und konnte damit keine rechtliche Grundlage für weitere Rechte des überlebenden Ehegatten darstellen.

Darüber hinaus sprachen gesetzessystematische Gesichtspunkte für den vom Obertribunal aufgestellten Grundsatz, wonach dem auf den Pflichtteil eingesetzten Ehegatte außer diesem keine weiteren Rechte am Nachlass zu standen. Dieselbe Rechtsfolge ordnete das Landrecht auch im Fall der widerrechtlichen Enterbung oder Übergehung gesetzlicher Erben an. Auch in diesen Fällen konnten die gesetzlichen Erben, wenn ihnen im Testament nicht gedacht worden ist lediglich den Pflichtteil und diesen auch nur insofern fordern, als im Zeitpunkt des Erbfalls keine vollgebürtigen Geschwister, noch deren Kindern, vorhanden waren.¹³¹⁷ Koch meint in diesem Zusammenhang, es sei schlicht übersehen worden, diese Begrenzung auf den Pflichtteil auch in Bezug auf den Ehegatten, ausdrücklich zu treffen.¹³¹⁸

Die Entscheidung steht zudem für eine Kontinuität in der Rechtsprechung. weil Das Obertribunal hatte bereits knapp zehn Jahre zuvor in seinem Urteil vom 05. Januar 1843 ebenfalls entschieden, dass dem überlebenden Ehegatten bei bestandener Gütergemeinschaft kein Anspruch auf den lebenslänglichen Nießbrauch am Nachlass gegen den testamentarisch eingesetzten Pflichtteilserben zusteht, wenn er

¹³¹⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865 Bd.2, S.533.

¹³¹⁶ § 614 1.Titel, 2.Theil ALR.

¹³¹⁷ Vgl. § 518 2.Titel, 2.Theil ALR .

¹³¹⁸ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.491.

selbst die Erbschaft aus dem Testament angetreten hat.¹³¹⁹ Bereits in dieser Entscheidung unterstrich das Obertribunal, dass erbrechtliche Grundsätze, insbesondere über die gewillkürte Erbfolge einerseits und familienrechtliche Prinzipien andererseits, streng von einander zu unterscheiden und hinsichtlich der jeweiligen Rechtsfolgen von einander getrennt werden müssten.¹³²⁰ Die Pflichtteilsberechtigung war Folge der gewillkürten Erbfolge, wenn der Erblasser den Berechtigten auf den Pflichtteil beschränkte oder ihn gänzlich überging. Dagegen war das lebenslange Nießbrauchsrecht Ausdruck des im Recht der ehelichen Gütergemeinschaft verwurzelten Versorgungsgedankens bezüglich des überlebenden Ehegatten. Die kumulative Anwendung der Vorschriften über den Pflichtteil und derjenigen über die eheliche Gütergemeinschaft, hätte im Ergebnis zu einer gesetzlich nicht beabsichtigten Übervorteilung des überlebenden Ehegatten im Vergleich zu den „sonstigen Pflichtteilsberechtigten“ geführt und hätte darüber hinaus dem erklärten Willen des Erblassers, der – wie im vorliegenden Fall – die Erbportion des überlebenden Ehegatten auf den Pflichtteil beschränkt wissen wollte, widersprochen.

4.5.3 Entscheidung vom 22.05.1854 - Zur Beitragspflicht der Legatare zum Pflichtteil der Notherben¹³²¹

In der Entscheidung vom 22. Mai 1854 hatte sich das Obertribunal mit der Frage auseinanderzusetzen, ob neben dem Testamentserben auch die in einem Testament begünstigten Legatare verpflichtet sind, zur Abfindung des Pflichtteilsberechtigten beizutragen und zwar unabhängig davon, ob das Nachlassvermögen zur Abfindung des Pflichtteilsberechtigten ausreicht oder nicht.

Im Focus der Entscheidung stand ein dreipoliges Rechtsverhältnis bestehend aus Erben, Legataren und Pflichtteilsberechtigten und die hierdurch hervorgerufene Problematik, in welcher Reihenfolge diese berechtigt waren, am Nachlass zu partizipieren. Hierbei kam es besonders auf das Innenverhältnis zwischen Erben und Legataren und der ihnen jeweils obliegenden Beitragspflicht zur Befriedung der auf dem Nachlass lastenden Verpflichtungen an. Das Obertribunal sah zunächst allein die Erben und erst subsidiär, nämlich nur für den Fall, dass das Nachlassvermögen insuffizient war, die Legatare zur Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten in der

¹³¹⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.8, S.313 (316).

¹³²⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.8, S.315.

¹³²¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.86-96.

Pflicht. Das vorliegende Präjudiz zur beschränkten Beitragspflicht der Legatäre wurde vom Obertribunal knapp zwei Jahre später bestätigt.¹³²²

I. Sachverhalt¹³²³

Die Witwe *von. S.* hatte in ihrem Testament vom 23. November 1847 ihren Enkel zu ihrem Erben eingesetzt und zugleich verschiedene Legate angeordnet. Diese Legate wurden in der Folgezeit - allerdings nur teilweise - vom Erben an die Legatarien ausgereicht.

Zwischenzeitlich wurde das Testament von den Pflichtteilsberechtigten, namentlich den Geschwistern des Erben, wegen Entzugs desselben angefochten. Der Erbe wurde daraufhin zur Auskehr des seinen Geschwistern zustehenden Pflichtteils verurteilt.

Anschließend klagte eine der noch nicht vollständig abgefundenen Legatarin gegen den Erben auf Auszahlung des ihr noch zustehenden, restlichen Legats. Daraufhin erhob der Erbe gegenüber der klagenden Legatarin den Einwand, dass sie zur Abfindung der Pflichtteilsberechtigten beitragen müsse und zwar in demjenigen Verhältnis, wie der Nachlass durch den Pflichtteil verringert worden sei. Da sie bereits einen Teilbetrag erhalten habe, sei sie vollständig befriedigt und die Klage daher abzuweisen, so die Argumentation des Erben. Zudem erhob der Erbe Widerklage und beantragte, die Legatarin dahingehend zu verurteilen, dass diese einen Beitrag zu allen Pflichtteilen, nach dem Verhältnis des ihr vermachten Legats zum Nachlassvermögen zu leisten hat.

Der Erbe obsiegte in der ersten Instanz. Das Kreisgericht Naugard wies die Klage der Legatarin auf Zahlung des Legats am 03. Juni 1853 ab und verurteilte sie, zur Abfindung der Pflichtteilsberechtigten im Verhältnis des ihr vermachten Legats zum Nachlassvermögen beizutragen.¹³²⁴ Auf die Appellation der Legatarin hin, hob das Appellationsgericht zu Stettin am 08. Dezember 1853 die erstinstanzliche Entscheidung auf und verurteilte den Erben zur Auszahlung des restlichen Legats und wies seine Widerklage hinsichtlich der unbedingten Beitragspflicht der Legatarin ab.

¹³²² Entscheidung vom 15. Februar 1856 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.19, S.355-364.

¹³²³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.86-88.

¹³²⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.88.

Die gegen die Entscheidung des Appellationsgerichts gerichtete Revision des Erben, mit welcher dieser die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils anstrebte, wies das Obertribunal am 22. Mai 1854 zurück.

II. Entscheidungsgründe

Den Ausgangspunkt der Entscheidungsgründe bilden zum einen die allgemeinen für Testamente und Codicille geltenden Vorschriften des 12. Titels, des ersten Teil des Landrechts und zum anderen, die im 2. Titel des zweiten Teils enthaltenen Regelungen „*von der Erbfolge in absteigender Linie*“. Die Entscheidung beruhe insbesondere auf der Auslegung der §§ 333 und 334, 12. Titel, 1. Theil ALR sowie § 434, 2. Titel, 2. Teil ALR, so das Obertribunal.¹³²⁵ Das Gericht zitiert zunächst die maßgeblichen Regelungen, um anschließend der Auslegung des Gerichts erster Instanz entgegenzutreten.

Die maßgeblichen für Testamente und Codicille, geltenden Vorschriften bestimmten:

„Der Erbe kann also bloß aus dem Grunde, dass nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbteil übrig bleibe, den Legataren keine Abzüge machen.“ (§ 333, 12. Titel, 1. Theil ALR)

„Reicht aber der Nachlass zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung der Pflichtteile oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu, so müssen die Legatarii nach Verhältnis der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu beitragen, oder Abzug erleiden.“ (§334, 12. Titel, 2. Theil ALR)

Nach diesen Vorschriften war Voraussetzung für die Beitragspflicht der Legatare die Unzulänglichkeit bzw. die Insuffizienz des Nachlassvermögens.

Demgegenüber bestimmte die den Pflichtteil für enterbte Abkömmlinge betreffende Vorschrift:

¹³²⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.89.

„Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kinde zukommenden Pflichtteils, müssen die übrigen Erben und Legatarien nach Verhältnis ihrer Portionen beitragen.“ (§ 434, 2. Titel, 2. Theil ALR)

Nach dieser Vorschrift waren die Legatäre somit unbedingt neben dem Erben beitragspflichtig.

Das Gericht erster Instanz hatte hierin keinen Widerspruch gesehen, sondern differenzierte hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vorschriften und zwar dahingehend, dass die in den allgemeinen Vorschriften über Testamente und Codicille enthaltenen Regelungen den Pflichtteil betreffen, der dem Erben durch Testament auferlegt worden und damit Teil der gesamten Erbschaft sei; wohingegen die Vorschrift über die Erbfolge in absteigender Linie den Pflichtteil betreffe, den der Berechtigte erhält, weil er im Testament gänzlich übergegangen wurde.¹³²⁶ Im ersten Fall, wo der Pflichtteil durch Testament angeordnet worden sei, hätten die Legatarii demzufolge nur bei insuffizienter Masse, im zweiten Fall, wo der Pflichtteilsberechtigte schlicht übergegangen worden sei, dagegen, unbedingt einen Beitrag zum Pflichtteil zu leisten.¹³²⁷

Dieser Unterscheidung vermochten weder das Appellationsgericht, noch das Obertribunal folgen. Der vermeintliche Widerspruch im Landrecht darüber, unter welchen Voraussetzungen die Beitragspflicht der Legatäre entstand, sei nicht durch eine Unterscheidung zwischen einem testamentarisch angeordnetem Pflichtteil und demjenigen, der einem gänzlich übergangenen Abkömmling gewährt wird, zu lösen, sondern dadurch, dass die in den allgemeinen Bestimmungen enthaltene Voraussetzung, nach der das Nachlassvermögen insuffizient sein muss, bevor die Beitragspflicht der Legatäre zum tragen kommt, in die besondere Bestimmung über den Pflichtteil der dem übergangenen Kind zusteht, hineingelesen wird.¹³²⁸

Zur Begründung führte das Obertribunal aus, dass - im Unterschied zum römischen Recht - die testamentarische und die gesetzliche Erbfolge nebeneinander eintreten könnten und auch die sog. *falcidische Quart*¹³²⁹ im Landrecht abgeschafft wor-

¹³²⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.89.

¹³²⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.90.

¹³²⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.90.

¹³²⁹ Nach den Regelungen des Römischen Rechts über die *falcidische Quart*, wurden zunächst die Schulden, sonstige Lasten, wie z.B. Begräbniskosten, und der Pflichtteil vom Nachlass abgezogen.

den sei. Der Erbe sei gem. § 333, 12. Titel, 2. Theil ALR nicht mehr berechtigt, ein Legat deswegen zu verweigern, weil ansonsten für ihn selbst kein Erbteil übrig bleibt, so das Obertribunal.¹³³⁰ Er habe nach den Vorgaben des Landrechts lediglich die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, oder ein Inventar zu errichten und so seine Haftung für Nachlassverbindlichkeiten auf den im Inventar angegebenen Wert zu begrenzen. Zudem habe der Testamentserbe die Möglichkeit die prioritätische Ordnung der Erbinteressenten und Nachlassgläubiger gerichtlich festlegen zu lassen und sich den Anspruch auf das nach allseitiger Befriedigung übrig Bleibende vorzubehalten.¹³³¹ Ferner könne der Testamentserbe auch die Verwaltung des Nachlasses dem Gericht übertragen oder selbst übernehmen und die Erstattung des Aufwandes sowie eine billige Vergütung verlangen. Auf den eigentlichen Erbteil habe der Testamentserbe jedoch keinen Anspruch, bevor nicht alle Schulden, Pflichtteile und Legate zur Befriedigung gelangt seien, so das Obertribunal.¹³³²

Daraus ergebe sich nach Auffassung des Gerichts die gesetzliche Reihenfolge, nach der aus dem Nachlass zu erst die Gläubiger, sodann die Pflichtteilsberechtigten und anschließend die Legatarien, zu befriedigen seien.¹³³³ Was Rechtens sei, wenn zur Befriedigung der Legatarien keine ausreichende Masse verbleibt, folge aus dem Wortlaut der allgemeinen Bestimmung in § 334, 12. Titel, 1. Theil ALR. Nach dieser seien die Legatäre verpflichtet, zur Bezahlung der Schulden, der Ergänzung des Pflichtteils oder der Berichtigung der übrigen Legate mitbeizutragen. Müssten die Legatarien schon früher, bevor die Nachlassmasse erschöpft ist, beitragen, so läge darin nach Auffassung des Obertribunals eine künstliche Vergrößerung der Erbschaft.¹³³⁴ Müssten die Legatäre auch dann, wenn das Nachlassvermögen zur Abfindung der Pflichtteilsberechtigten ausreicht, hierzu unbedingt beitragen, würde der Erbe teilweise wieder zur falcidischen Quart gelangen, obwohl diese durch das Landrecht abgeschafft worden sei.¹³³⁵ Daher müsse nach Ansicht des Obertribunals die in § 334, 12. Titel, 1. Theil ALR enthaltene Bedingung, nach der die Beitragspflicht der Legatäre unter der Prämisse der Insuffizienz des Nachlassvermögen stand, auch in §

Das verbleibende (netto) Vermögen bildete die eigentliche Nachlassmasse. Von dieser stand dem Testamensterben $\frac{1}{4}$ als falcidische Quart zu und die Legatäre erhielten von der übrigen Nachlassmasse die ihnen gemachten Zuwendungen, vgl. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 1837, 3. Theil, § 750, S.414.

¹³³⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.91.

¹³³¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.92.

¹³³² Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.92.

¹³³³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.92.

¹³³⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.92.

¹³³⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.93.

434, 2. Titel, 2. Theil ALR hineingelesen werden, um die Vorschriften insoweit miteinander in Einklang zu bringen.¹³³⁶

Aus dem Umstand, dass die Beitragspflicht der Legatäre in § 434, 2. Titel, 2. Theil ALR nicht ausdrücklich durch die Insuffizienz des Nachlassvermögens bedingt sei, könne nicht geschlossen werden, dass dies auch tatsächlich gelten soll. Denn es sei nach Ansicht des Obertribunals nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine in den allgemeinen Bestimmungen - vorliegend dem § 334, 12. Titel, 1. Theil ALR - ausdrücklich festgelegte Bedingung wieder habe aufgeben wollen.¹³³⁷ Vielmehr sei Anlass dafür geboten, die speziellere Vorschrift des § 434, 2. Titel, 2. Theil ALR durch Ergänzung mit der allgemeineren, dem § 334, 12. Titel, 1. Theil ALR, zu modifizieren.¹³³⁸ Mit anderen Worten, § 434, 2. Titel, 2. Theil ALR war nach Ansicht des Obertribunals keine von der allgemeinen Regelung des § 334, 12. Titel, 1. Theil ALR abweichende Spezialvorschrift, sondern die Vorschriften seien in Verbindung miteinander auszulegen und anzuwenden. Den Grund für die Normierung des § 434, 2. Titel, 2. Theil ALR im Rahmen der Regelung der Erbfolge in absteigender Linie und die hieraus resultierenden Auslegungsschwierigkeiten, sah das Obertribunal in der vielfach kritisieren - und eingangs angesprochenen - Aufspaltung des Erbrechts innerhalb des Landrechts.¹³³⁹

Darüber hinaus führte das Obertribunal zur Begründung seiner Auffassung die Vorschriften des Landrechts über die Erbfolge und den Pflichtteil in aufsteigender Linie ins Feld. In § 503, 2. Titel, 2. Theil ALR werde ausdrücklich regelt, dass die Kinder den ihren Verwandten in aufsteigender Linie zustehenden Pflichtteil nicht schmälern, noch durch Bedingungen einschränken oder mit Lasten beschweren könnten. Dies beinhalte nach Ansicht des Obertribunals zugleich, dass die Legatari- en - entsprechend der allgemeinen Bestimmung in § 334, 12. Titel, 2. Theil ALR - nur dann zur Abfindung der Pflichtteilsberechtigten in aufsteigender Linie beizutragen hätten, wenn das Nachlassvermögen hierzu nicht ausreiche.¹³⁴⁰

Abschließend rekurrierte das Obertribunal auf den rechtlichen Charakter des Pflichtteils und bemüht zugleich normative Gesichtspunkte, um die nur ausnahmsweise eingreifende Beitragspflicht der Legatäre zu rechtfertigen. Das Recht der Not- herben und die Dispositionsbefugnis des Testators seien miteinander in Ausgleich zu

¹³³⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.93.

¹³³⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.93.

¹³³⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.93.

¹³³⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.94.

¹³⁴⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.95.

bringen. Der Notherbe erhalte von Gesetzeswegen ein wahres Forderungsrecht an den Nachlass, ein qualifiziertes Erbrecht, welches ihm durch den Testator und damit auch durch die Testamentserben nicht genommen werden könne.¹³⁴¹ Folglich habe sich der Legatar nur dem Abzug des Pflichtteils vom Nachlass zu unterwerfen, nicht aber einen Abzug zu Gunsten des Erben zu erleiden, in dem er unabhängig davon, ob das Nachlassvermögen zur Abfindung der Pflichtteilsberechtigten ausreicht, zu dieser beizutragen hat.¹³⁴² Daher sei es auch - anders als das Gericht erster Instanz angenommen hatte - unerheblich, ob der Pflichtteilsberechtigte im Testament erwähnt werde oder gänzlich übergangen wurde, denn der Pflichtteil werde dem Berechtigten durch Gesetz gewährt.¹³⁴³

III. Rechtliche Analyse

Die Auslegung des Landrechts durch das Obertribunal in dieser Entscheidung zeigt, dass das Gericht neben der Wortlautauslegung, weitere Auslegungsmethoden, wie beispielsweise die Auslegung vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Vorschriften bemühte. Die Kritiken im zeitgenössischen Schrifttum waren geteilt.¹³⁴⁴

Vorliegend war problematisch, dass die Auslegung des Landrechts anhand seines Wortlauts und seiner Systematik zu keinem eindeutigen Ergebnis führte. Einerseits wurde der Grundsatz aufgestellt, dass Legatäre nur im Falle der Insuffizienz des Nachlassvermögens entsprechend der ihnen gemachten Zuwendungen zur Regulierung der Nachlassschulden oder zur Ergänzung des Pflichtteils beizutragen hatten.¹³⁴⁵ Andererseits wurde angeordnet, dass Legatäre gemeinsam mit den übrigen Erben zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichtteils eines enterbten oder übergangenen Kindes beitragen mussten.¹³⁴⁶ Insoweit standen sich zwei an sich widersprechende Regelungen gegenüber.

Die Auslegung vor dem Hintergrund der Systematik des Landrechts war ebenfalls wenig ergiebig. Die Vorschrift, in der die Beitragspflicht der Legatäre durch die

¹³⁴¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.95.

¹³⁴² Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.95.

¹³⁴³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.96.

¹³⁴⁴ Vgl. Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.441; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.606; Koch, Das Preußische Erbrecht, S.430; *ders.*, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.365. Zustimmend dagegen Bielitz, Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten, 1828, Bd.5, S.530.

¹³⁴⁵ § 334, 12.Titel, 1.Theil ALR.

¹³⁴⁶ § 434, 2.Titel, 2.Theil ALR.

Insuffizienz des Nachlassvermögens bedingt wurde, befand sich im Abschnitt über *„Testamente und Codicille“* des 1. Theils des Landrechts. Die Regelung über die unbeschränkte Beitragspflicht der Legatare zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichtteils befand sich hingegen im 2. Theil des Landrechts im Abschnitt über *„die Erbfolge der Kinder und anderer Verwandter in absteigender Linie“*. Die in Rede stehenden Vorschriften unterfielen mithin gänzlich unterschiedlichen Regelungsmaterien,¹³⁴⁷ sodass deren Auslegung unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten zur Auflösung des vermeintlichen Widerspruchs wenig beitragen konnte. In diesem Zusammenhang überrascht die Auslegung des Obertribunals. Dieses hatte angenommen, dass die Vorschrift, wonach die Beitragspflicht der Legatare erst im Fall der Insuffizienz des Nachlassvermögens zum tragen kam, den Grundsatz statuieren, mit der Folge, dass die Insuffizienz des Nachlassvermögens auch im Fall der Ergänzung des Pflichtteils eines übergangenen Kindes Voraussetzung für die Entstehung der Beitragspflicht der Legatare sei.¹³⁴⁸ Ebenso hätte angenommen werden können, dass die Insuffizienz des Nachlasses grundsätzlich Voraussetzung für das Entstehen der Beitragspflicht der Legatare ist und ausnahmsweise auf dieses Erfordernis verzichtet wird, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein enterbtes oder übergangenes Kind ist. In diesem Fall hätten die Legatare unbedingt zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichtteils beitragen müssen.

Da die Auslegung des Landrechts anhand des Wortlauts und anhand der Systematik keine eindeutige Antwort auf die Frage nach der Beitragspflicht der Legatare lieferte, war maßgeblich auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften abzustellen. Im Rahmen des Entwurfs und der Redaktion des Landrechts führte *Suarez* als Anmerkung im Zusammenhang mit der Beitragspflicht der Legatare aus:

„Nur so viel kann das Gesetz mit Grunde vermuthen, dass der Erblasser, wenn er sich den Fall einer Schwächung der Masse durch den, von dem enterbten Kinde hinweg zu nehmenden Pflichtteil gedacht hätte, den Testamentserben mit Legaten und anderen Abgaben weniger belastet haben würde, woraus folgt, dass die Abfindung des Kindes mit seinem Pflichtteil nicht den Erben allein,

¹³⁴⁷ In diesem Sinne auch Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.429.

¹³⁴⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.28, S.93.

*sondern auch die Legatarien nach Verhältnis ihrer Theilnehmung an der Masse, treffen müssen.*¹³⁴⁹

Die überwiegende Ansicht in zeitgenössischen Schrifttum hat die Anmerkung von *Suarez* dahingehend verstanden, dass es sehr wohl dem Willen des preußischen Gesetzgebers entsprach, dass die Legatäre in jedem Fall und nicht nur, wenn der Nachlass insuffizient war, neben den Erben, zur Abfindung der Pflichtteilsberechtigten beizutragen haben.¹³⁵⁰ Das Obertribunal räumte zwar ein, dass die Anmerkung von *Suarez* den Schluss zulasse, dass die Redaktoren der Meinung gewesen seien, dass zur Entrichtung oder Ergänzung des einem enterbten oder übergangenen Kindes entzogenen Pflichtteils alle übrigen Teilnehmer, also sowohl Erben als auch Legatarien nach dem Verhältnis ihrer Portionen beizutragen hätten.¹³⁵¹ Allerdings, so vermutet das Obertribunal, hätten die Redaktoren des Landrechts ihre Auffassung aufgegeben, wonach Legatäre unbeschränkt zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichtteils beizutragen haben, da die grundsätzliche Regelung, durch welche die Beitragspflicht der Legatäre durch die Insuffizienz des Nachlasses bedingt wurde unverändert geblieben sei. Diese Aussage des Gerichts erscheint als Zirkelschluss. Denn ebenso gut ließe sich ins Feld führen, dass die Redaktoren auch die Regelung über die unbedingte Beitragspflicht der Legatäre im Falle eines enterbten oder übergangenen Kindes unverändert ließen und es mithin der Absicht der Redaktoren des Landrechts entsprach, im Fall eines enterbten oder übergangenen Kindes, die Legatäre neben dem Erben zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichtteil heranzuziehen.

4.5.4 Entscheidung vom 27. Juni 1856 - Enterbung aus guter Absicht¹³⁵²

In der folgenden Entscheidung befasste sich das Obertribunal mit den Voraussetzungen unter denen eine Enterbung aus guter Absicht erfolgen konnte und der Beweislastverteilung hinsichtlich der hierfür erforderlichen Enterbungsursache.

Die Enterbung aus guter Absicht - sog. *exhereditatio bona mente* - war bereits im römischen Recht bekannt¹³⁵³ und wurde auch im Allgemeinen Landrecht kodifi-

¹³⁴⁹ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.441; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.606, Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.429.

¹³⁵⁰ Gärtner, Das Notherben-Recht, 1834, S.441; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.606, Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.429.

¹³⁵¹ Entscheidung vom 15. Februar 1856 in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.19, S.355 (362).

¹³⁵² Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.95-107.

ziert.¹³⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des Obertribunals setzte die Enterbung aus guter Absicht voraus, dass der Pflichtteil dem Berechtigten aus Gründen, die sein eigenes Wohl bezweckten, oder die es doch bedenklich machten ihm die freie Verwaltung zu überlassen ganz oder teilweise entzogen werden konnte oder zumindest belastet und beschränkt hinterlassen werden durfte.¹³⁵⁵ Als Gründe, die eine Enterbung aus guter Absicht rechtfertigten, sah das Landrecht vor: erstens die Überschuldung des pflichtteilsberechtigten Kindes,¹³⁵⁶ zweitens, dass sich das Kind einer unordentlichen und verschwenderischen Wirtschaft schuldig gemacht hatte¹³⁵⁷ und drittens, wenn das Kind wegen „Wahn- oder Blödsinns“ unfähig war, seine Angelegenheiten selbst zu regeln.¹³⁵⁸

Die prozessuale Frage, welcher Partei bei der Enterbung aus guter Absicht die Beweislast hinsichtlich der in einem Testament aufgeführten Enterbungsgründe oblag, war weder im römischen Recht noch im Allgemeinen Landrecht ausdrücklich geregelt.¹³⁵⁹

I. Sachverhalt¹³⁶⁰

Die verwitwete Buchhalterin *R. zu B.* hatte in ihrem gerichtlichen Testament drei ihrer Söhne zu ihren Erben eingesetzt. Ihrem vierten Sohn hatte sie dagegen nur ein Nießbrauchsrecht an einem Kapital in Höhe von 4.000 Thalern zu einer Verzinsung von 4 Prozent vermacht und angeordnet, dass die diese Summe nach dem Tod ihres vierten Sohnes seinen etwaigen Kindern, und in deren Ermangelung seinen Geschwistern, beziehungsweise deren Kindern, zufallen sollte.

Als Grund für diese Anordnung hatte die Erblasserin angegeben, dass es ihr vierter Sohn seit mehr als zehn Jahren nicht vermocht habe, sich einen bestimmten Lebensberuf zu widmen, dass er ein untätiges Leben geführt, und dass er sein väterliches und sonstiges Vermögen zu seiner Lebensbehaglichkeit unwirtschaftlich und verschwenderisch bis fast auf ein Viertel aufgezehrt habe. Aufgrund dessen fühlte

¹³⁵³ Sog. *exhereditatio bona mente*, Vgl. Francke, S. 423; Mühlenbruch in: Glück's Kommentar, 1831, Bd.37, S. 393; Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.3, S.179.

¹³⁵⁴ §§ 419 - 430, 2.Titel, 2.Theil ALR; Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.514.

¹³⁵⁵ So bereits Entscheidung vom 22.02.1847, Entscheidungen des Obertribunals Bd.15, S.304-317.

¹³⁵⁶ § 419, 2.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁵⁷ § 420, 2.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁵⁸ § 421, 2.Titel, 2.Theil ALR.

¹³⁵⁹ Glück in: Glück's Kommentar, 1831, Bd.7, S.264; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.361.

¹³⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.96-98.

sich die Erblasserin veranlasst dafür zu sorgen, dass ihr Sohn mit dem ihm zufallenden Erbteil nicht ebenso umgeht und schlussendlich der Familie und „der Welt“ zur Last fällt. Abschließend hatte die Erblasserin verfügt, dass für den Fall, dass es ihrem Sohn gelänge, ihr Testament erfolgreich anzufechten, dieser nur den Pflichtteil abzüglich dessen, was er an Zuwendungen und Darlehen von der Erblasserin erhalten hat, bekommen soll.

Der zwischenzeitlich nach Amerika verzogene Sohn hat diese testamentarische Anordnung seiner Mutter mit dem Ziel angegriffen, selbige für ungültig zu erachten und ihn für berechtigt zu erklären, seinen freien unbeschränkten Pflichtteil aus der Nachlassmasse zu beanspruchen. Die seinen Lebenswandel sowie seine Vermögensverwaltung betreffenden Behauptungen hatte der enterbte Sohn bestritten. Zum Beweis des Gegenteils, legte der Sohn eine in Philadelphia im Mai 1854 notariell beglaubigte Urkunde vor, nach welcher fünf amerikanische Bürger beschworen haben, dass sie ihn als einen rechtlichen, umsichtigen, keineswegs aber verschwenderischen Menschen kennengelernt hätten.

Dem sind die verklagten Erben entgegengetreten. Nach ihrer Auffassung enthalte die streitgegenständliche Anordnung der Erblasserin eine Enterbung aus guter Absicht, welche aufgrund der im Testament genannten Gründe gerechtfertigt sei. Die vom Kläger vorgelegte notariell beglaubigte Urkunde sei nicht geeignet die im Testament genannten Enterbungsgründe zu widerlegen.

Das Stadtgericht zu Breslau entschied am 29. Juni 1855 zu Gunsten des Klägers. Auf die Beschwerde der Erben hin, änderte das Appellationsgericht zu Breslau am 06. Dezember 1855 das erstinstanzliche Urteil und wies die Klage ab. Die Entscheidung des Appellationsgerichts wurde am 27. Juni 1856 vom ersten Senat des Obertribunals bestätigt.¹³⁶¹

II. Entscheidungsgründe

Am Beginn der Entscheidungsgründe rekapituliert der Senat zunächst die streitgegenständliche testamentarische Verfügung, um sich anschließend mit deren erbrechtlicher Einordnung durch die Vorinstanzen auseinanderzusetzen. Im Rahmen der sich anschließenden Auslegung des Testaments nimmt das Obertribunal besonders

¹³⁶¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.97.

die Beweggründe, welche die Erblasserin zur Enterbung ihres vierten Sohnes veranlasst haben ins Blickfeld.

Das Gericht erster Instanz hatte die auf Auszahlung des Pflichtteils gerichtete Klage des vierten Sohnes der Erblasserin für begründet erachtet, weil die testamentarische Bestimmung keine Enterbung aus guter Absicht enthalte.¹³⁶² Eine Enterbung aus guter Absicht setzte nach Auffassung des Gerichts erster Instanz voraus, dass Eltern den Pflichtteil des Kindes beschränken oder belasten. Im vorliegenden Fall sei dem Kläger jedoch mehr als der Pflichtteil zugewendet worden und zudem habe die Erblasserin verfügt, dass ihrem vierten Sohn, im Fall der erfolgreichen Testamentsanfechtung, lediglich der Pflichtteil zu gewähren sei.¹³⁶³ Die Vorschriften des Landrechts über die Enterbung aus guter Absicht seien mithin nicht anwendbar und dem Kläger daher der ihm gesetzlich zustehende Pflichtteil zu gewähren.

Demgegenüber qualifizierte das Appellationsgericht die testamentarische Verfügung als eine Enterbung aus guter Absicht und wies den vierten Sohn der Erblasserin mit seiner Klage ab, weil ihm der Gegenbeweis hinsichtlich der Enterbungsursache, dass er einen unordentlichen und verschwenderischen Lebensstil geführt habe, nicht gelungen sei.¹³⁶⁴ Die von vom Kläger zum Zwecke des Gegenbeweises vorgelegte notarielle Urkunde sei hierfür nicht geeignet, weil diese keine Tatsachenbehauptungen, sondern Werturteile enthalte und es überdies nicht auf das jetzige Verhalten des Sohnes, sondern auf das im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ankäme.¹³⁶⁵

Der Argumentation des Appellationsgerichts folgte das Obertribunal in Gänze.

Das Landrecht kenne die Enterbung aus guter Absicht, wie sich aus den Vorschriften der §§ 419 ff. 2. Titel, 2. Theil ALR ergebe, so das Gericht¹³⁶⁶ Ihr Zweck bestehe darin, dem aus guter Absicht enterbten Kinde die erbschaftlichen Vorteile soweit wie möglich zu erhalten und zu verhindern, dass ihm solche nicht auf irgend eine Art, insbesondere durch seine Gläubiger oder seinen Lebenswandel, entrissen werden.¹³⁶⁷ Gesetzliche Voraussetzung dieser Art der Enterbung sei, so das Obertribunal, dass dem Kinde mindestens der Pflichtteil zugewendet werden müsse, und

¹³⁶² Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.98.

¹³⁶³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.98.

¹³⁶⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.99.

¹³⁶⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.99.

¹³⁶⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.99.

¹³⁶⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.99.

dass die Verfügung in einem förmlichen Testament erfolge, in welchem die gesetzliche Ursache der Beschränkung des Pflichtteilsrechts ausdrücklich aufgeführt werden müsse.¹³⁶⁸ Werden diese Voraussetzungen erfüllt, könne dem Kind zwar der Nießbrauch des Pflichtteils nicht entzogen werden, gleichwohl könne ihm aber die Verfügungsgewalt unter Lebendigen gänzlich untersagt und die Verfügungsbefugnis von Todeswegen insoweit eingeschränkt werden, dass der Enterbte nur zum Besten seiner Kinder oder - soweit vorhanden - seiner Geschwister und deren Abkömmlinge, Bestimmungen treffen darf.¹³⁶⁹ Daher stünde nach Auffassung des Obertribunals der Umstand, dass dem Kläger mehr als der Pflichtteil zugewendet worden sei, der Annahme einer Enterbung aus guter Absicht nicht entgegen.¹³⁷⁰

Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Erblasserin die Vorschriften des Landrechts vorgelegen hätten, da ihre testamentarische Verfügung vollständig mit diesen übereinstimme. Nach diesen sei eine Enterbung aus guter Absicht keineswegs deswegen ausgeschlossen, weil dem Kind mehr als der ihm ohnehin zustehende Pflichtteil hinterlassen, dieses gleichwohl in seiner Verfügungsbefugnis über seinen Erbteil beschränkt werde. Zudem bestünde der Zweck einer Enterbung aus guter Absicht gerade darin, Vorsorge für das enterbte bzw. in seinem Pflichtteilsrecht eingeschränkte Kind zu treffen.¹³⁷¹ Dieser Gesetzeszweck werde auch immer dann erreicht, wenn dem Kind die Dispositionsbefugnis über die gesamte, seinen Pflichtteil mitumfassende Zuwendung unter Lebendigen ganz und hinsichtlich der von Todeswegen insofern entzogen wird, als das Kind nur zum Besten seiner Kinder bzw. seiner Geschwister und deren Abkömmlingen, zu verfügen befugt ist.¹³⁷²

Der Auffassung des Klägers und des erstinstanzlichen Gerichts, wonach dem Kläger aufgrund der abschließenden Bestimmung in dem streitgegenständlichen Testament, nach welcher dem Kläger im Fall der erfolgreichen Testamentsanfechtung nur dessen Pflichtteil zu gewähren sei, ein Wahlrecht eingeräumt werde, vermochte das Obertribunal ebenfalls nicht folgen. Insoweit ergab sich nach Ansicht des Senats bereits aus der von der Erblasserin verwendeten Formulierung, nach der ihrem Sohn jedenfalls nur der Pflichtteil unter Anrechnung der ihm zu Lebzeiten gemachten Zuwendungen und Darlehen zu gewähren sei, dass dies nur unter der Prä-

¹³⁶⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.100.

¹³⁶⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.100.

¹³⁷⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.100.

¹³⁷¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.101.

¹³⁷² Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.101.

misse gelten sollte, dass die in Rede stehende Enterbung aus guter Absicht unwirksam ist.¹³⁷³

Hinsichtlich der Beweislastverteilung für das Vorliegen der im Testament angegebenen Enterbungsursache - vorliegend derjenigen eines unordentlichen Lebenswandels und der verschwenderischen Wirtschaft - positionierte sich das Obertribunal ebenfalls zu Lasten des Klägers und legte diesem selbige auf. Ausschlaggebend hierfür waren im Wesentlichen gesetzessystematische und normative Erwägungen.

Zunächst richtete das Obertribunal den Blick auf die Beweislastverteilung im Fall der gänzlichen Enterbung und stellte fest, dass bei der vollständigen Enterbung nach den Grundsätzen des römischen Rechts der Erbe die Wahrheit der im Testament angeführten Enterbungsursachen beweisen musste, wenn diese vom Enterbten bestritten wurde.¹³⁷⁴ Dies müsse auch für das preußische Recht gelten, denn der Pflichtteil könne dem Notherben nur aus bestimmten, im Landrecht ausdrücklich festgelegten Gründen, insbesondere wegen grober Verfehlungen, zur Bestrafung des Pflichtteilsberechtigten, entzogen werden, so das Obertribunal.¹³⁷⁵ Bestreitet der Pflichtteilsberechtigte das Vorliegen der im Testament angegebenen Enterbungsgründe, müssten - da der bloßen Angabe dieser Gründe im Testament keine Beweiskraft zu käme - die Testamentserben, weil diese an die Stelle des Testators getreten seien, die Richtigkeit der im Testament angeführten Enterbungsgründe darlegen und beweisen, so das Gericht.¹³⁷⁶ Im Übrigen könne eine Strafe - in diesem Fall die Enterbung aufgrund schwerer Verfehlungen des Pflichtteilsberechtigten - nur dann vollstreckt werden, wenn das Vergehen bewiesen worden sei.¹³⁷⁷

Im Anwendungsbereich der Enterbung aus guter Absicht sei die Sache jedoch anders zu beurteilen, meint das Obertribunal.¹³⁷⁸ Entscheidend hierfür sei nach Auffassung des Obertribunals der in den eigentlichen Enterbungsursachen liegende Unterschied. Im Fall der gänzlichen Enterbung erfolge diese als Strafe für sehr grobe moralische oder bürgerliche Verbrechen. Die Enterbung aus guter Absicht fände hingegen statt, um für den Enterbten einen wahren Vorteil zu begründen.¹³⁷⁹ Die Enterbung geschehe nicht zur Bestrafung, sondern zum eignen Besten des Enterbten und

¹³⁷³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.103.

¹³⁷⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.103.

¹³⁷⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.104.

¹³⁷⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.104.

¹³⁷⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.104.

¹³⁷⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.104.

¹³⁷⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.104.

lediglich in der Absicht, ihm sein Vermögen, seinen Unterhalt und seinen Wohlstand zu erhalten.¹³⁸⁰ Zwar sei die Frage, wer bei der Enterbung aus guter Absicht die Wahrheit der aufgeführten Ursache im Falle des Bestreitens zu beweisen habe, weder im römischen Recht noch im gemeinen Recht entschieden. Sie müsse aber, nach Auffassung des Obertribunals - vorbehaltlich der Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls - zu Lasten des Enterbten entschieden werden. Dies folge nicht nur daraus, dass die Enterbung aus guter Absicht auf anderen Beweggründen beruhe, als die vollständige Enterbung, sondern auch daraus, dass die Ursachen, die eine Enterbung aus guter Absicht rechtfertigen, mehr negativer Natur seien.¹³⁸¹ Letztere betreffen vorzugsweise eine persönliche Unfähigkeit des Enterbten, so dass schon aus diesem Grunde der deswegen Enterbte den Beweis seiner Fähigkeit zu beweisen habe.¹³⁸² Ferner ließe sich aufgrund der besonderen Kenntnisse der Eltern von den persönlichen Fähigkeiten, Verhältnissen und Umständen ihrer Kinder und der Tatsache, dass die Enterbung aus guter Absicht aus Vorsorgegründen erfolge vermuten, dass die hierfür erforderlichen Gründe auch tatsächlich vorlägen, weshalb dem Enterbten die Beweislast für das Gegenteil, namentlich das Nichtvorliegen der Enterbungsursachen, obliege, so das Obertribunal.¹³⁸³

In der Subsumtion hat das Obertribunal den klagenden Sohn in Übereinstimmung mit dem Appellationsgericht als beweisfällig geblieben qualifiziert.¹³⁸⁴ Die von ihm vorgelegte notarielle Urkunde enthalte lediglich unmotiviert Werturteile. Zudem komme es nicht auf den jetzigen Lebenswandel des Klägers an, sondern auf denjenigen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.¹³⁸⁵ Insofern sei es dem Kläger, selbst wenn man von der ihm obliegenden Beweislast absehen wolle, nicht gelungen, in Abrede zustellen, dass er seit mehr als zehn Jahren keinen Beruf ergriffen habe, so dass nach Ansicht des Senats auch aus diesem Grund die von seiner Mutter im streitgegenständlichen Testament für die Enterbung aufgeführten Ursachen als wahr anzusehen seien.¹³⁸⁶

¹³⁸⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.105.

¹³⁸¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.105.

¹³⁸² Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.105.

¹³⁸³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.106.

¹³⁸⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.106.

¹³⁸⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.106.

¹³⁸⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.33, S.106.

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals zeigt, dass neben der Wortlautauslegung auch die Auslegung des Landrechts anhand seiner Systematik zur Anwendung gelangte.

Soweit das Obertribunal - anders als das Gericht erster Instanz - die Auffassung vertrat, dass die landrechtlichen Vorschriften über die Enterbung aus guter Absicht vorliegend anwendbar seien, obgleich dem Kläger mehr als der ihm ohnehin zustehende Pflichtteil hinterlassen worden sei, steht dies streng genommen nicht im Einklang mit dem Wortlaut des Landrechts und auch gesetzessystematische Gesichtspunkte können gegen diese Ansicht ins Feld geführt werden. Der Senat verwies aber zur Begründung auf den Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Enterbung aus guter Absicht sowie auf die herrschende Auffassung im zeitgenössischen Schrifttum.

Der Wortlaut der Vorschrift die den Anwendungsbereich für eine Enterbung aus guter Absicht eröffnet, § 419, 2. Titel, 2. Theil ALR lautete:

„Außerdem können Aeltern die Kinder in der Verfügung über den Pflichtteil alsdann einschränken, wenn das Kind dergestalt in Schulden versunken ist, daß durch selbige sein Pflichtteil ganz, oder doch so weit, daß ihm davon der nöthige Unterhalt übrig bliebe, verzehrt werden würde.“

Die Vorschrift sprach somit ausdrücklich nur von einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis über den Pflichtteil. Wurde die Verfügungsbefugnis des Kindes über den Nachlass über den Pflichtteil hinaus in einem Testament eingeschränkt, hätte demnach keine Enterbung aus guter Absicht vorgelegen. Stattdessen hätte sich die Frage gestellt, welche Bedingungen und Beschränkungen zu Lasten der Erben in einer testamentarischen Verfügung grundsätzlich zulässig sind und welche Reichweite bzw. Umfang derartige Belastungen haben dürfen.

Unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten kann der Auffassung des Obertribunals zudem entgegengehalten werden, dass die Vorschriften über die Enterbung aus guter Absicht unmittelbar nach denjenigen über die Enterbung als solche und über den Pflichtteil geregelt sind, so dass sich die Enterbung aus guter Absicht ebenso nur auf Beschränkungen der Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Pflichtteils bezieht. Wird dem Kind dagegen mehr als nur der Pflichtteil hinterlassen und zu-

gleich seine Verfügungsbefugnis über die Erbschaft insgesamt oder einen den Pflichtteil übersteigenden Anteil eingeschränkt, wären die Vorschriften über eine Enterbung aus guter Absicht daher nicht anwendbar.

Andererseits erscheint die maßgeblich auf den Sinn und Zweck des Instituts der Enterbung aus guter Absicht abstellende Auslegung des Obertribunals, wonach der Anwendungsbereich auch dann eröffnet sein soll, wenn dem Enterbten Kind mehr als der Pflichtteil hinterlassen wurde, nachvollziehbar. Im Unterschied zur vollständigen Enterbung, erfolgte die Enterbung aus guter Absicht nicht, um den Pflichtteilsberechtigten für vorangegangene Empfehlungen zu bestrafen, sondern um Vorsorge für ihn bzw. seine Abkömmlinge und Geschwister, zu treffen. Aufgrund dieser unterschiedlichen Motivlage erschien es gerechtfertigt, eine testamentarische Verfügung auch dann an den für eine Enterbung aus guter Absicht geltenden Vorschriften zu messen, wenn sich die Beschränkung der Verfügungsgewalt auf einen über den eigentlichen Pflichtteil hinausgehenden Anteil am Nachlass bezog. Denn wäre dem aus guter Absicht enterbten Kind in dem Fall, dass ihm - wie vorliegend - mehr als der ihm zustehende Pflichtteil vermacht wurde, der Anwendungsbereich der Enterbung aus guter Absicht verneint und dem Kind stattdessen der Pflichtteil gewährt, wäre das Rechtsinstitut weitgehend ins Leere gelaufen und wäre seinem Sinn und Zweck beraubt worden. Dieser bestand gerade darin, dass die Verfügungsgewalt des Enterbten über den ihm zustehenden Pflichtteil - oder einen darüber hinaus gehenden Anteil am Nachlass - aus Vorsorgegründen und zu Gunsten des Pflichtteilsberechtigten beschränkt wird. Eine Verengung des Anwendungsbereichs auf solche testamentarischen Verfügungen die ausschließlich den Pflichtteil betreffen hätte diesem gesetzlichen Vorsorgegedanken widersprochen. Dem trug das Obertribunal dadurch Rechnung, dass es die Grundsätze über die Enterbung aus guter Absicht für anwendbar erachtete, obgleich nicht die Verfügungsgewalt des Sohns nicht nur hinsichtlich des ihm zustehenden Pflichtteils, sondern auch hinsichtlich des ihm darüber hinaus Vermachten beschränkt wurde.

Ungeachtet der vorstehend angesprochenen, auf dem Wortlaut und der Systematik des Landrechts fußen Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit des Instituts der Enterbung aus guter Absicht, entsprach die Auffassung des Senats seiner frühe-

ren Rechtsprechung¹³⁸⁷ und erfuhr auch im zeitgenössischen Schrifttum Zustimmung.¹³⁸⁸

Widerspruch erfuhr dagegen die Ansicht des Senats zur Beweislastverteilung bezüglich der im Testament angeführten Enterbungsursache.¹³⁸⁹ Nach römischem Recht musste die Ursache der Enterbung im Testament ausdrücklich angeführt werden, weil dadurch das Urteil über die Rechtsgültigkeit der Verfügung eine bestimmte Grundlage und Richtung erhielt und somit vom eingesetzten Erben bewiesen werden musste.¹³⁹⁰ Da aber hinsichtlich der Ursache nicht unterschieden wurde, ob die Enterbung zur Bestrafung oder aus guter Absicht erfolgt ist, solange die gesetzmäßige Ursache nur im Testament ausdrücklich angegeben wurde, musste auch hinsichtlich der Beweislastverteilung das Gleiche gelten, so dass auch im Fall einer Enterbung aus guter Absicht dem Erben die Beweislast für das Vorliegen der Tatsachen die eine Enterbung rechtfertigten, oblag.¹³⁹¹ Soweit das Obertribunal ausführte, dass bei der Enterbung aus guter Absicht die Ursachen der Enterbung mehr negativer Natur seien, wendete *Korsch* ein, dass von der negativen Natur einer Behauptung die Verteilung der Beweislast nicht abhängen könne.¹³⁹² Soweit das Obertribunal die Beweislastverteilung zu Lasten des Klägers damit begründete, dass die Enterbung aus guter Absicht zum Wohle des Enterbten erfolge und deswegen eine Vermutung für das tatsächliche Vorliegen der Enterbungsursache streite, wurde eingewendet, dass eine solche Vermutung im Gesetz nicht ausdrücklich anerkannt werde und somit eine bloße faktische Präsumtion sei, die auf die Beweislast keinen Einfluss haben könne.¹³⁹³ Auch die Überschuldung oder Verschwendungssucht könne, solange sie nicht gerichtlich festgestellt oder erklärt wurde, im Zweifel aufgrund der Angabe im Testament, ebenso wenig vermutet werden, wie die Undankbarkeit des zu Strafe Enterbten.¹³⁹⁴

¹³⁸⁷ Entscheidung v. 22.02.1847, Entscheidungen des Obertribunals Bd.15, S.304-317.

¹³⁸⁸ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd. 3, S.183; Koch, Kommentar zum ALR, 1870/1886, Bd.2, S.360.

¹³⁸⁹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865; Bd.3, S.184; *Korsch*, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im preußischen Civil-Prozesse, 1862, S.230.

¹³⁹⁰ Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.517.

¹³⁹¹ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865; Bd.3, S.184; Glück in: Glück's Kommentar, 1831, Bd.7, S.264, 266; *einschränkend* Koch, Das Preußische Erbrecht, 1866, S.517, der meint, dass es eines solchen Beweises regelmäßig nicht bedürfe, weil in vielen Fällen die Tatsachen für die Enterbungsursache offenkundig sein dürften.

¹³⁹² *Korsch*, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im preußischen Civil-Prozesse, 1862, S.230.

¹³⁹³ *Korsch*, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im preußischen Civil-Prozesse, 1862, S.230.

¹³⁹⁴ Glück in: Glück's Kommentar, 1831, Bd.7, S.266.

Trotz dieser kritischen Stimmen, ist dem Obertribunal auch hinsichtlich seiner Entscheidung zur Beweislastverteilung beizupflichten. Soweit das Obertribunal darauf abstellt, dass die Ursachen bei der Enterbung aus guter Absicht mehr negativer Natur seien, ist zusätzlich zu berücksichtigen, da diese in der Sphäre des Enterbten und nicht des Erben liegen. Für den wegen Überschuldung, Verschwendungssucht oder Geschäftsunfähigkeit Enterbten war der Gegenbeweis einfacher, als dem Erben der Beweis dieser Tatsachen. Zudem war die Unwahrheit der im Testament angegebenen Enterbungsursache Voraussetzung für die Klagebegründung, so dass auch aus diesem Grund, dem aus guter Absicht Enterbten die Beweislast für die Unrichtigkeit aufzuerlegen war.

4.6 Der Erbschafts Kauf

Zum Erbschafts Kauf sind nur wenige Urteile des Obertribunals dokumentiert.¹³⁹⁵ Soweit sich das Obertribunals mit dem Rechtsinstitut des Erbschafts Kaufs zu befassen hatte, ging es im Wesentlichen darum, durch Auslegung der streitgegenständlichen Rechtsgeschäfte zu ermitteln, ob überhaupt ein Erbschafts Kauf im Sinne des Landrechts vorlag und ob das zu betrachtende Rechtsgeschäft möglicherweise aufgrund der landrechtlichen Verbotsvorschriften über den Erbschafts Kauf nichtig war.

4.6.1 Entscheidung vom 15. April 1858 – Der Begriff eines Erbschafts Kaufs¹³⁹⁶

In der folgenden Entscheidung hatte sich das Obertribunal näher mit dem „Wesen des Erbschafts Kaufes“ zu befassen und diesen von anderen Rechtsgeschäften abzugrenzen. Besondere Bedeutung erlangte hierbei das dem Erbschafts Kauf vermeintlich zugrundeliegende unsittliche bzw. unmoralische Motiv der Spekulation.

¹³⁹⁵ Vgl. neben den im Folgenden besprochenen Urteilen, die Entscheidung v. 19. Dezember 1864 zur Berechnung des Erbschaftsstempels, abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.55, S.342-350 und Entscheidung v.13. September 1867 zum Erbschafts Kauf und zum Vorbehalt einzelner Sachen Seitens des Erbschaftskäufers, abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.68, S.136-141.

¹³⁹⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.38. S.89-97.

I. Sachverhalt¹³⁹⁷

Der Verklagte, *R.*, war der Sohn aus erster Ehe des ihn verklagenden *K.*. *R.* hatte aus dem künftigen Nachlass seines Großvaters ein bedeutendes Vermögen zu erwarten. Im Frühjahr des Jahres 1855 erklärte *R.* gegenüber seinem Vater *K.*, als Vertreter seiner zwei minderjährigen Kinder aus zweiter Ehe, in einer gerichtlichen Urkunde, dass er den beiden Kindern seines Vaters aus zweiter Ehe freiwillig und ungezwungen „im Hinblick“ auf die zu erwartende Erbschaft die Summe von 6.000 Thalern schenke und sich verpflichte, diese 6.000 Thaler sogleich bei Gericht zu hinterlegen, wenn ihm diese aus dem künftigen Nachlass seines Großvaters zufallen. Ferner verpflichtete sich *R.*, die Einziehung der Summe aus dem künftigen Nachlass seines Großvaters durch die Schenknehmer oder derer Vertretern hinzunehmen. Der Großvater des Verklagten verstarb im Herbst 1855 und wurde von *R.* beerbt.

Der Vater des *R.* verlangte nun in seiner Eigenschaft als Vertreter seiner zwei minderjährigen Kinder von *R.* die Einzahlung bzw. die Hinterlegung der 6.000 Thaler bei Gericht. Der verklagte *R.* widerrief die Schenkung und machte als Einwendung gegen den Vertrag aus dem Frühjahr 1855 geltend, dass dieser über einen Teil der Verlassenschaft eines zur Zeit desselben noch lebenden Menschen abgeschlossen und deswegen, gemessen an den Vorschriften des Landrecht über den Erbschafts-kauf unverbindlich sei.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab.¹³⁹⁸ Das Appellationsgericht wies die Klage ebenfalls ab. Als Begründung wurde ausgeführt, dass die Schenkung in dem streitgegenständlichen Vertrag eine Disposition über einen Teil einer erst zu gegenwärtigen Erbschaft darstelle. Nach den Vorschriften des Landrechts könne aber nur eine wirklich angefallene, freie Erbschaft verkauft oder abgetreten werden. Der Verkauf oder die Abtretung einer noch nicht angefallenen Erbschaft werde hingegen als unsittlich erachtet, so dass Verträge mit diesem Gegenstand nichtig seien. Zwar stehe vorliegend nicht ein Verkauf oder eine Abtretung einer zukünftigen Erbschaft in Rede, sondern eine Schenkung. Der Sinn und Zweck des Verbots über den Verkauf oder die Abtretung einer künftigen Erbschaft rechtfertige jedoch, dieses auch auf Schenkungen anzuwenden.¹³⁹⁹

¹³⁹⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.38, S.89,90.

¹³⁹⁸ Allerdings nicht, weil eine unzulässige Abtretung einer Erbschaft vorliege, sondern weil dem Beklagten nach Abschluss des Vertrags ein eheliches Kind geboren wurde, Entscheidungen des Obertribunals Bd.38, S.91.

¹³⁹⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.38, S.92.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers hin wurde die zweitinstanzliche Entscheidung am 15. April 1858 vom 4. Senat des Obertribunal am aufgehoben und die Sache an die zweite Instanz zurückverwiesen.

II. Entscheidungsgründe

Entscheidungserheblich war die Frage, ob der Schenkungsvertrag aus dem Frühjahr 1855 als ein Rechtsgeschäft über eine künftige, erst in Zukunft anfallende Erbschaft zu qualifizieren war. In diesem Fall wären die landrechtlichen Vorschriften über den Erbschafts Kauf zur Anwendung gelangt.¹⁴⁰⁰ Gemessen an diesen wäre der Schenkungsvertrag - wie von den Vorinstanzen angenommen - nichtig.¹⁴⁰¹

Das Obertribunal näherte sich der Beantwortung dieser Frage, indem es zunächst den Vertragscharakter und den Vertragsgegenstand näher bestimmte. Insoweit stellte das Gericht fest, dass die Zuwendung nicht aus dem eigenen Vermögen des Beklagten erfolgen sollte, sondern aus der Erbschaft des Großvaters und auch erst dann, wenn diese dem Beklagten tatsächlich zugefallen wäre. Mithin handelte es sich bei dem in Rede stehenden Vertrag nach Auffassung des Senats um eine Schenkung seitens des Beklagten an seine zwei Brüder, wobei allerdings nur ein Bestandteil einer künftigen Erbschaft geschenkt worden sei.¹⁴⁰²

Sodann warf das Obertribunal die Frage auf, ob auf den streitgegenständlichen Schenkungsvertrag die Vorschriften des Landrechts über Erbverträge Anwendung finden. Dies verneinte der Senat anhand einer vom Wortlaut der einschlägigen Vorschriften ausgehenden Auslegung. Zudem bemühte das Gericht gesetzessystematische Gesichtspunkte sowie den Sinn und Zweck des einschlägigen Verbotsgesetzes, um den Befund der Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über den Erbschafts Kauf auf den in Rede stehenden Schenkungsvertrag zu untermauern.

Der im Landrecht verwendete Begriff des Erbschaftskaufes, sei auf den Verkauf des Erbrechts oder eines Teils desselben beschränkt, so die Auslegung des Obertribunals und letzteres könne nach der Natur der Sache auch immer nur ein aliquoter Teil sein.¹⁴⁰³ Vorliegend sei jedoch über eine bestimmte Summe und nicht über ein Erbrecht oder den Teil eines solchen disponiert worden. Unter gesetzessystemati-

¹⁴⁰⁰ §§ 445 - 510, 11. Titel, 1. Teil ALR.

¹⁴⁰¹ §§ 445, 446, 11. Titel, 1. Teil ALR, demnach gilt: „Der Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, die dem Verkäufer noch erst anfallen soll, ist nichtig.“

¹⁴⁰² Entscheidungen des Obertribunals Bd.38, S.92.

¹⁴⁰³ § 447, 11. Titel, 1. Teil ALR; Entscheidungen des Obertribunals Bd.38, S.93.

schen Gesichtspunkten spräche gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbschafts Kauf, dass nach diesen ein solcher sogar ausdrücklich ausgeschlossen werde, wenn ein bestimmter Inbegriff von Erbschaftssachen verkauft worden sei.¹⁴⁰⁴ Zudem ergäbe sich aus den Bestimmungen über den Inhalt des Erbschaftskaufs¹⁴⁰⁵ und denjenigen, über das Verhältnis zu den Legatarien, Gläubigern und Schuldnern¹⁴⁰⁶ sowie den über die Gewährleistung,¹⁴⁰⁷ dass Vertragsgegenstand nur das Erbschaftsrecht selbst sein könne und die Anwendbarkeit der in Rede stehenden Vorschriften ausgeschlossen ist, wenn eine bestimmte Summe bzw. Sache aus der Erbschaft abgetreten werde, schlussfolgte das Obertribunal.¹⁴⁰⁸

Die Ausdehnung des im Landrecht enthaltenen Verbots über den Verkauf einer erst noch anfallenden Erbschaft über den Wortlaut der Vorschrift hinaus und die Anwendung auf den streitgegenständlichen Schenkungsvertrag, seien nach Auffassung des Obertribunals, auch mit Blick auf den Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nicht gerechtfertigt.¹⁴⁰⁹ Hintergrund des Verbots über den Verkauf künftiger Erbschaften oder Erbschaftssachen sei gewesen, dass derartige Rechtsgeschäfte als unsittlich erachtet wurden, so das Obertribunal unter Bezugnahme auf entsprechende Ausführungen von *Suarez* im Rahmen der Gesetzesrevision.¹⁴¹⁰ Wenn aber in der Zuwendung kein unsittliches Moment liege - was gewiss nicht angenommen werden könne, wenn sie wie im vorliegenden Fall, in der Liebe eines Bruders, dem ein großer Reichtum bevorsteht, ihre Quelle habe - sei kein Grund ersichtlich so das Obertribunal, warum der Erwerb einer zukünftigen Sache unsittlicher sein soll, wenn diese in einer Erbschaft besteht, als bei einem Kauf oder einer Schenkung.¹⁴¹¹ Nach Auffassung des Obertribunals konnte mithin auch das dem in Rede stehenden Verbotsgesetz zugrundeliegende legislatorische Anliegen, nämlich als sittenwidrig bzw. unsitt-

¹⁴⁰⁴ § 448, 11. Titel, 1. Teil ALR; Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38, S. 93.

¹⁴⁰⁵ §§ 454 - 461, 11. Titel, 1. Teil ALR; § 454 lautet: „*Bey einem wirklichen Erbschaftskaufe tritt der Käufer in alle Rechte und Pflichten des Erben ein.*“.

¹⁴⁰⁶ §§ 462 - 472, 11. Titel, 1. Teil ALR; die §§ 462, 463 lauten: „*Das Recht der Erbschaftsgläubiger und der Legatarien wird durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert.*“ und „*Es steht denselben frey, sich ihrer Befriedung halber an den Käufer der Erbschaft, oder an den Erben selbst zu halten.*“.

¹⁴⁰⁷ §§ 484 - 486, 11. Titel, 1. Teil ALR; § 484 bestimmt: „*Der Verkäufer darf dem Käufer nur das Erbrecht selbst, nicht aber die einzelnen in dem Nachlasse befindlichen Sachen oder Gerechtsame ver-treten.*“.

¹⁴⁰⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38, S. 93.

¹⁴⁰⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38, S. 94.

¹⁴¹⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38, S. 94; *Suarez* führte zum Motiv des Verbots des Verkaufs künftiger Erbschaften aus: „*dass bei einem Geschäfte, wo der Gegenstand so sehr ungewiss sei, gewöhnlich auf der einen oder anderen Seite eine Betrügerei vorkalle, die schwer genug zu entdecken sein möge, und dass auch eine solche Art des Erwerbs für die bürgerliche Gesellschaft keinen Nutzen habe, da sie höchsten auf leere Spekulation hinausläuft und von nützlicher Tätigkeit ablenkt.*“., Bornemann, Bd. 6, S. 527.

¹⁴¹¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38, S. 94.

lich empfundene Rechtsgeschäfte für nichtig zu erklären, dessen Anwendung auf den Schenkungsvertrag nicht rechtfertigen.

Im Ergebnis erachtete das Obertribunal die Nichtigkeitsbeschwerde des klagenden Vater als erheblich, weil die Vorschriften des Landrechts verletzt worden seien, in dem dessen Bestimmungen über den Erbschafts Kauf auf den verfahrensgegenständlichen Schenkungsvertrag angewendet worden seien. Die Sache selbst verwies das Obertribunal zur erneuten Entscheidung an das Appellationsgericht zurück.¹⁴¹²

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals, die Verbotsvorschriften des Landrechts¹⁴¹³ über den Erbschafts Kauf restriktiv auszulegen und dementsprechend nicht auf den streitgegenständlichen Schenkungsvertrag anzuwenden, stieß im zeitgenössischen Schrifttum auf Kritik.¹⁴¹⁴ Entgegen der Auffassung des Obertribunals, rechtfertige der Wortlaut des Verbotsgesetzes über den Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft dessen einschränkende Auslegung sowie Anwendung nicht.¹⁴¹⁵ Nach gemeinem Recht werde die Erbschaft eines noch Lebenden mit der Erbschaft eines nicht Vorhandenen gleichgestellt und Rechtsgeschäfte über nicht vorhandene Sachen seien nichtig.¹⁴¹⁶ Aufgrund dieses Rechtsgrundsatzes, könne das im Landrecht enthaltene Verbotsgesetz durchaus auf den in Rede stehenden Schenkungsvertrag ausgedehnt werden, da in diesem die Zahlung von 6.000 Thalern nur für den Fall zugesichert wurde, dass die Erbschaft auch tatsächlich und in dieser Höhe anfällt und somit ein Vertrag über eine nicht existente Sache vereinbart worden war.¹⁴¹⁷ Zudem seien die Ausführungen des Obertribunals hinsichtlich der sittlichen Motive, welcher der Kodifikation des Verbotsgesetzes zugrunde gelegen hätten und welche vorliegend dessen Anwendung auf den Schenkungsvertrag ebenfalls nicht rechtfertigen würden unzutreffend.¹⁴¹⁸ Hintergrund der Kodifikation des Verbots, bestimmte Sachen aus einer zukünftigen Erbschaft bereits zu Lebzeiten des Erblassers zu verkau-

¹⁴¹² Entscheidungen des Obertribunals Bd.38, S.96.

¹⁴¹³ §§ 445, 446, 11. Titel, 1. Theil ALR von 1794.

¹⁴¹⁴ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.806; *zustimmend hingegen* Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.244.

¹⁴¹⁵ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.807.

¹⁴¹⁶ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.807.

¹⁴¹⁷ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.807.

¹⁴¹⁸ Koch, Recht der Forderungen, 1859, Bd.2, S.808.

fen, sei nicht gewesen, dass derartige Rechtsgeschäfte als unsittlich empfunden wurden oder um Betrügereien auszuschließen.¹⁴¹⁹ Insoweit habe das Obertribunal den Kontext der *Suarez*'schen Ausführungen im Rahmen der Gesetzesrevision verkannt. Den Redaktoren des Landrechts sei es vielmehr darum gegangen, den Erbschafts Kauf in Anlehnung an das römische Recht grundsätzlich zu zulassen und zugleich der in der deutschen Rechtstradition vertretenen Ansicht, nach der dem künftigen Erben (sogar) gestattet sein sollte, bereits zu Lebzeiten des Erblassers, ohne dessen Wissen, die erhoffte Erbschaft zu veräußern, eine Absage zu erteilen.¹⁴²⁰ Die deutschen Rechtsansichten seien als zu weitgehend empfunden und dementsprechend dem römischen Recht der Vorzug bei der Kodifikation gegeben worden. Lediglich, um diese Bevorzugung zu rechtfertigen, habe *Suarez* im Rahmen der Gesetzesrevision ausgeführt, dass aufgrund der Ungewissheit über den Vertragsgegenstand bei einem Erbschafts Kauf gewöhnlich Betrügereien vorfielen. Keinesfalls habe *Suarez* den Erbschafts Kauf als grundsätzlich unsittlich qualifizieren wollen. Die Schlussfolgerung des Obertribunals, dass die Vorschriften über den Erbschafts Kauf auf den Schenkungsvertrag auch deswegen nicht anwendbar seien, weil sich dieser nicht als unsittliche darstelle, sei demnach unzutreffend. Auf die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts käme es für die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbschafts Kauf nicht an.¹⁴²¹

Dieser Auffassung wurde mit dem Argument entgegnet, dass nur weil die Schenkung unter der Bedingung des zukünftigen Erbschaftsanfalls erfolgt sei, der Vertragsgegenstand nicht ungewiss sei.¹⁴²² Vielmehr läge eine Schenkung einer generell bestimmten Sache, einer Quantität, vor, geknüpft an die Bedingung, dass dem Schenker die großväterliche Erbschaft anheim fallen werde.¹⁴²³ Es sei nichts aus einer zukünftigen Erbschaft verschenkt, sondern nur ein Summenversprechen abgegeben worden, allerdings unter der ausdrücklichen Voraussetzung, dass ein erwarteter Erbschaftsanfall den Versprechenden die nötigen Zahlungsmittel ermöglicht.¹⁴²⁴ Der Fall unterliege daher keiner anderen rechtlichen Beurteilung, als wenn Jemand einem Anderen 1.000 Thaler unter der Bedingung zu schenken verspricht, dass er einen, diese Summe erreichenden Lotteriegewinn machen sollte. Das Obertribunal

¹⁴¹⁹ Koch, *Recht der Forderungen*, 1859, Bd.2, S.808.

¹⁴²⁰ Mühlbruch in: *Glück's Kommentar*, 1838, Bd.16, S.314; Koch, *Recht der Forderungen*, 1859 Bd.2, S.809.

¹⁴²¹ Koch, *Recht der Forderungen*, 1859, Bd.2, S.808,810.

¹⁴²² Gruchot, *Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht*, 1865, Bd.1, S.243.

¹⁴²³ Gruchot, *Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht*, 1865, Bd.1, S.245.

¹⁴²⁴ Gruchot, *Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht*, 1865, Bd.1, S.245.

habe den vorliegenden Schenkungsvertrag somit richtigerweise nicht den landrechtlichen Vorschriften über den Erbschafts Kauf unterworfen.¹⁴²⁵

Die Auffassung, wonach der in Rede stehende Schenkungsvertrag nicht nach den Vorschriften über den Erbschafts Kaufs und dem darin enthaltenen Verbotsgesetz zu beurteilen und in der Folge als nichtig zu qualifizieren war, überzeugt. Die einschränkende Auslegung des landrechtlichen Verbotsgesetzes über den Verkauf und die Abtretung einer erst künftig anfallenden Erbschaft durch das Obertribunal erscheint ebenfalls plausibel. Der Wortlaut § 446, 11. Titel 1. Theil ALR verbot ausdrücklich (nur) den Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, die dem Verkäufer erst noch anfallen sollte. Der Anwendungsbereich der Vorschrift war eindeutig beschrieben. Eine Ausdehnung des Verbots auf andere, insbesondere unentgeltliche Verpflichtungsgeschäfte über eine erst künftig anfallende Erbschaft, erschiene daher nur aufgrund gewichtiger normativer Erwägungen gerechtfertigt. Dass derartige gewichtige Wertungsgesichtspunkte, aufgrund derer eine Nichtigkeit des Schenkungsvertrags hätte gleichwohl angenommen werden können, vorliegend vom Senat nicht erkannt wurden, weil die Schenkung unentgeltlich erfolgte und vom Motiv der Bruderliebe getragen wurden, unterliegt keinen Zweifeln. Dies wäre gegebenenfalls anders zu beurteilen gewesen, wenn der Bruder als Gegenleistung für die Hingabe von 6.000 Thalern von seinen Erbschaftslasten gegenüber seinen (Stief-)Brüdern befreit worden wäre. In diesem Fall wäre die Hingabe durch den Bruder nicht unentgeltlich erfolgt und der Schenkungsvertrag wäre als nichtig zu qualifizieren.¹⁴²⁶

4.6.2 Entscheidung vom 07. Mai 1838 – Erbschafts Kauf. Erbtheil. Kauf. Cession.¹⁴²⁷

Die folgende Entscheidung hat einen „Wettlauf“ zweier Gläubiger um die Befriedigung ihrer jeweiligen Forderung zum Gegenstand. Ähnlich wie im vorstehend besprochenen Urteil, war auch im hiesigen Rechtsstreit die rechtliche Einordnung des streitgegenständlichen Rechtsgeschäfts erheblich.

¹⁴²⁵ Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.245.

¹⁴²⁶ Vgl. Gruchot, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht, 1865, Bd.1, S.242.

¹⁴²⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.303-310.

I. Sachverhalt¹⁴²⁸

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. A. war Miterbe an einer ungeteilten, in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Hinterlassenschaft. Er schuldete R. 1066 Thaler, 20 Groschen und dem K. 2115 Thaler, 1 Ggr. und 3 Pfennige mit Zinsen. Am 28. August 1836 leistete A. an R. gerichtlich eine Cession welche lautete:

„Meine Erb-Quote ist mir bis jetzt ihrer Höhe nach unbekannt. R. hat 1066 Thlr., 20 Ggr. mit 5 Prozent Zinsen für zwei Jahre acht Monate von mir zu fordern. Zur Tilgung dieser Forderung will ich ihm bis zur Höhe derselben mein Erbrecht hierdurch abtreten, und ihm von meiner dereinstigen Erb-Quote so viel, als zu seiner Befriedung erforderlich, cedieren. Valuta habe ich in obiger Höhe empfangen.“

Diese Urkunde reichte R. zu den Nachlassakten ein. Zwischenzeitlich hatte der zweite Gläubiger des A., K., seine Forderung in Höhe von 2115 Thlrn., 1 Ggr. und 3 Pfennigen mit Zinsen eingeklagt und nahm, als die Cessions-Urkunde bereits zu den Nachlassakten gelangt war, den Erbteil des A. im Wege der Execution in Beschlag. Im Rahmen der Erbregulierung wurde der Erbteil des A. auf ungefähr 1250 Thlrn. geschätzt. R. hielt sich auf Grund der Cession für den Eigentümer des Erbteils des A. in Höhe von 1066 Thlrn. und 20 Ggr. mit 5 Prozent Zinsen für zwei Jahre und acht Monate. Dementsprechend verlangte R., dass K. insoweit von der Beschlagnahme Abstand nimmt. K. widersprach der Forderung, woraufhin R. Klage gegen K. auf Anerkennung seines Eigentums am Erbteil des A. in Höhe von 1066 Thlrn. und 20 Ggr. nebst Zinsen und Aufhebung der Beschlagnahme in Höhe dieses Betrages erhob.

Der Beklagte bestritt den Anspruch des R. Er wandte ein, die streitgegenständliche Cession sei nicht rechtsgültig; A. habe sein Erbrecht abgetreten; dies hätte rechtsbeständig jedoch nur durch einen Erbschafts Kauf geschehen können. Ein derartiger Erbschafts Kaufvertrag liege allerdings nicht vor.

Die Civil-Deputation des Ober-Landesgerichts zu Breslau erkannte am 19. Mai 1837 auf Abweisung des Klägers. Der Einwand des Beklagten, wonach es an einem wirklichen Erbschafts Kauf fehle, sei gerechtfertigt. Demgegenüber änderte die Deputati-

¹⁴²⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.303-304.

on des zweitens Senats des Ober-Landesgerichts am 16. September 1837 das erstinstanzliche Urteil ab und erkannte, dass der Beklagte den Kläger als den Eigentümer des Erbteils des A. in Höhe von 1066 Thlrn., 20 Ggr. nebst 5 Prozent Zinsen für zwei Jahre acht Monate anzuerkennen und insoweit, in die Aufhebung der Beschlagnahme einzuwilligen hat.

Auf die Revision des Beklagten hin, stellte das Obertribunal am 7. Mai 1838 das Urteil erster Instanz wieder her.

II. Entscheidungsgründe¹⁴²⁹

Zu Beginn seiner Entscheidungsgründe arbeitete das Obertribunal zunächst den Streitgegenstand des Verfahrens heraus, um anschließend die Auffassungen der Vorinstanzen, denen der Senat nicht zu folgen vermochte, kritisch zu würdigen.

Nach Auffassung des Obertribunals betraf der Streitgegenstand im Grunde das „Wesen“ des zwischen dem Kläger und dem A. geschlossenen Rechtsgeschäfts.¹⁴³⁰ Anhand der nebulös anmutenden Formulierung nach dem „Wesen“ des streitgegenständlichen Rechtsgeschäfts versuchte der Senat die Problematik des Falls zu verdeutlichen. Diese lag in der Doppeldeutigkeit des Rechtsgeschäfts zwischen dem Kläger und dem A. Der Senat vermeidet insoweit von einer Abtretung des Erbteils durch A. oder einem Verkauf seines Erbteils an den Kläger zu sprechen.

Zur Klärung der Frage nach dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts zwischen dem Kläger und A. stellte das Obertribunal auf die Abtretungsurkunde vom 28. August 1836 zunächst ab. Dieselbe enthalte den Worten nach eine Cession.¹⁴³¹ Dagegen erscheine das übertragene Recht, als weniger genau bezeichnet.¹⁴³² A. habe sein Erbteil abgetreten, die Abtretung jedoch auf eine bestimmte Summe beschränkt, so der Senat. In Betracht kam daher einerseits eine Cession des A. zu Gunsten des Klägers oder andererseits der Verkauf eines Teils seines Erbteils.

Vor diesem Hintergrund setzte sich das Obertribunal mit den widerstreitenden Ansichten der Vorinstanzen hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des streitgegenständlichen Rechtsgeschäfts auseinander.

¹⁴²⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.305-310.

¹⁴³⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.305.

¹⁴³¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.305.

¹⁴³² Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.305.

Der erste Richter hatte die Erklärung des A. vom 28. August 1836 als Übertragung des Erbrechts qualifiziert. Diese Übertragung sei jedoch aufgrund des Fehlens eines hierzu zwingend erforderlichen Erbschafts Kaufvertrages rechtsungültig. Der zweite Richter nahm hingegen an, dass nicht das Erbrecht, sondern der Erbteil und zwar in bestimmter Höhe, abgetreten wurde. Er qualifizierte den Erbteil des A. als eine Forderung desselben an die Hinterlassenschaft, die im Wege einer gewöhnlichen Cession, welche hier rechtsgültig vorliege, übertragen werden könne.¹⁴³³

Das Obertribunal vermochte hinsichtlich der rechtlichen Einordnung der Abtretungserklärung weder dem ersten, noch dem zweiten Richter folgen.¹⁴³⁴

Entgegen der Ansicht des ersten Richters, sei vorliegend nicht das Erbrecht des A. übertragen worden, weshalb die Vorschriften des Landrechts über den Erbschafts Kauf nicht einschlägig seien, so das Obertribunal. Das Erbrecht im Sinne des Landrechts bestehe im Inbegriff der Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers und es stehe nach Ansicht des Obertribunals entweder einer Person oder mehreren gemeinschaftlich zu.¹⁴³⁵ Der Inbegriff als Ganzes betrachtet, bilde ein für sich bestehendes Recht.¹⁴³⁶ Sowohl der Inbegriff, das Erbrecht, als auch die Gegenstände dieses Rechts, unterlägen der Veräußerung, so das Obertribunal. Allerdings - betont das Gericht - unterschieden sich die Arten der Übertragung.

Das Erbschaftsrecht werde rechtsgültig durch einen Erbschafts Kauf veräußert.¹⁴³⁷ Ein Erbschafts Kauf sei nach den Vorschriften des Landrechts anzunehmen, wenn das Erbschaftsrecht ganz oder teilweise, gegen einen bestimmten Kaufpreis, übertragen werde, so das Obertribunal.¹⁴³⁸ Zudem umfasse das veräußerte Recht nicht bloß die Befugnisse, sondern auch die Pflichten des Erben, als Stellvertreter des Erblassers.¹⁴³⁹ Dies zugrunde gelegt, habe nach Auffassung des Senats vorliegend keine Übertragung des Erbschaftsrechts stattgefunden.¹⁴⁴⁰ Der in der Abtretungsurkunde enthaltene Wortlaut der Erklärung des A. sei ungenau. Dieser habe von seinem Erbteil dem Kläger nur einen bestimmten Kapitalbetrag und Zinsen abgetreten. Die von R. - dem Kläger - an A. ausgekehrte Valuta sei kein Kaufpreis für den Inbegriff, für das Erbrecht, gewesen, sondern der Wert für einen, auf Geld bestimm-

¹⁴³³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.305.

¹⁴³⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.306.

¹⁴³⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.306.

¹⁴³⁶ §§ 32-34, 2. Titel und §§ 350, 351, 9. Titel, 1. Theil ALR.

¹⁴³⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.306.

¹⁴³⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.306.

¹⁴³⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.306.

¹⁴⁴⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.306.

ten, mit Schulden und Verbindlichkeiten nicht belasteten Teil des reinen Erbvermögens, so die Auslegung der Abtretungserklärung durch das Obertribunal. Im Ergebnis wurde nach Ansicht des Obertribunals eine Summe cediert, da das in Rede stehende Rechtsgeschäft zwischen *R.* und *A.* als Mittel zur Tilgung einer dem *A.* obliegenden Geldschuld dienen sollte.¹⁴⁴¹ Von einem Erbschafts Kauf könne daher nicht ausgegangen werden und die einschlägigen Vorschriften des Landrechts seien somit - entgegen der Ansicht des ersten Richters - nicht anwendbar.

Allerdings könne, anders als vom zweiten Richter angenommen, auch nicht von einer rechtsbeständigen Übereignung des Erbteils ausgegangen werden. Insoweit stellt das Obertribunal heraus, dass Gegenstand des Erbschaftsrechts Sachen und Rechte sind.¹⁴⁴² Diese würden mittels der zur Übertragung von Eigentum an Sachen und Rechten geeigneten Rechtsgeschäfte veräußert.¹⁴⁴³ Werde die Überlassung gegen Entgelt bewirkt, so stelle sich das Geschäft entweder als Kauf, dieser erstrecke sich auf Sachen im engeren Sinn, oder als Cession, diese erstrecke sich auf Rechte, dar.¹⁴⁴⁴

Anschließend prüfte der Senat ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft zwischen dem Kläger und dem *A.* als Kaufvertrag oder als Cession im Sinne des Landrechts zu qualifizieren ist. Beides verneinte das Obertribunal im Ergebnis.

Von einem Kaufvertrag könne vorliegend nicht ausgegangen werden.¹⁴⁴⁵ Der Kauf sei nach den Vorschriften des Landrechts ein lästiger, zweiseitiger Vertrag.¹⁴⁴⁶ Zur Gültigkeit eines Kaufvertrags bedürfe es der genauen Bestimmung des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises, so das Obertribunal unter Bezugnahme auf das Landrecht.¹⁴⁴⁷ Die Urkunde vom 28. August 1836 enthalte jedoch keinen zweiseitigen Vertrag, sondern nur eine einseitige Erklärung des *A.*¹⁴⁴⁸ Zudem mangle es dem in Rede stehenden Rechtsgeschäft nach Auffassung des Obertribunals an einer hinreichend genauen Bestimmung des Kaufgegenstandes.¹⁴⁴⁹ Es sei weder ein bestimmter Inbegriff von Erbschaftssachen, noch eine bestimmte Sache übertragen worden, sodass das Rechtsgeschäft zwischen dem Kläger und dem *A.* weder als Kauf eines

¹⁴⁴¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.307.

¹⁴⁴² Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.307.

¹⁴⁴³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.307.

¹⁴⁴⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.307.

¹⁴⁴⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

¹⁴⁴⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308, §§ 1 bis 375, 1.Theil, 11.Titel ALR.

¹⁴⁴⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308, § 12, 1.Theil, 11.Titel ALR.

¹⁴⁴⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

¹⁴⁴⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

bestimmten Inbegriffs von Sachen, noch als Kauf einer einzelnen Sache qualifiziert werden könne, so das Obertribunal.¹⁴⁵⁰

Auch eine rechtsgültige Cession vermochte das Obertribunal in der Abtretungserklärung vom 28. August 1836 nicht zuerkennen.¹⁴⁵¹ Zur Rechtsverbindlichkeit derselben gehöre nach den Vorgaben des Landrechts ein bestimmtes Recht, dessen Eigentum übergehen soll, sowie eine Vergütung.¹⁴⁵² Vorliegend sei zwar eine Valuta festgesetzt worden; hingegen fehle es der Bestimmung des abgetretenen Rechts.¹⁴⁵³ A. habe nämlich lediglich eine Summe, einen Geldbetrag mit Zinsen, cediert. Ein Erbteil bilde aber kein für sich bestehendes Recht, keine der Abtretung unterliegende Forderung des Erben gegenüber der Hinterlassenschaft, so der Senat.¹⁴⁵⁴ Vielmehr bezeichne der Erbteil - als Rechtsbegriff, bzw. als Benennung - nur das dem Erben, vermöge seines ausschließlichen oder seines Miterbenrechts, zustehende alleinige oder Miteigentum an den einzelnen Sachen und Rechten der Verlassenschaft, als den Bestandteilen der Erbschaft.¹⁴⁵⁵

Die Abtretung des Erbteils als solchen, ganz allgemein und ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes, sei daher unwirksam.¹⁴⁵⁶ Insoweit stellt das Obertribunal heraus, dass das Recht des Erben weder vor, noch nach der Erbteilung eine Forderung, ein Geldanspruch an die Verlassenschaft sei, sondern immer nur ein Eigentum an den zur Erbschaft gehörenden Gegenständen.¹⁴⁵⁷ Die Übertragung des Erbteils müsse daher, wenn sie gültig erfolgen solle, auf die Gegenstände des zu übertragenden Erbteils gerichtet sein. Werde hingegen der Erbteil ohne nähere Bestimmung der zu überlassenden einzelnen Rechte ganz oder teilweise oder gar, wie vorliegend geschehen, nur auf Höhe einer Geldsumme abgetreten, so erlange der Cessionar kein Eigentum an einem bestimmten, in der Erbschaft begriffenen Rechte, sondern erwerbe lediglich einen persönlichen Anspruch gegenüber dem Erben, so das Obertribunal.¹⁴⁵⁸ So liege der Fall auch hier. Der Kläger könne nur verlangen, dass A. ihm aus seinem Erbteil, aus den Gegenständen der Erbschaft, einen Betrag in Höhe von 1066 Thlrn., 20 Ggr. nebst Zinsen überweise. Der Erbteil des A. sei nach Auffassung des Obertribunals in Beziehung zum Kläger als die Vermögensmasse anzusehen,

¹⁴⁵⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

¹⁴⁵¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308, §§ 376 bis 444 1.Theil, 11.Titel ALR.

¹⁴⁵² Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308, §§ 376, 377 1.Theil, 11.Titel ALR.

¹⁴⁵³ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

¹⁴⁵⁴ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

¹⁴⁵⁵ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.308.

¹⁴⁵⁶ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.309.

¹⁴⁵⁷ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.309.

¹⁴⁵⁸ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.309.

aus welcher er die Zahlung erhalten soll. Eigentümer dieser Masse, der den Erbteil bildenden Gegenstände und Rechte, sei, ungeachtet der Abtretungserklärung in der Urkunde vom 28. August 1836 der Erbe A. geblieben.¹⁴⁵⁹ Daher sei der Eigentumsanspruch des Klägers gegenüber dem Beklagten unbegründet.¹⁴⁶⁰ Der Kläger könne vom Beklagten nicht verlangen, die Beschlagnahme des Erbteils des A. in Höhe von 1066 Thlrn., 20 Ggr. zurückzunehmen, weshalb die vom Richter erster Instanz ausgesprochene Klageabweisung gerechtfertigt sei, so im Ergebnis das Obertribunal.¹⁴⁶¹

III. Rechtliche Analyse

Die Entscheidung des Obertribunals fußte vor allem auf dem Wortlaut des Landrechts. Soweit das Obertribunal davon ausging, dass eine Übertragung des dem A. gebührenden Erbschaftsrechts auf den Kläger mangels des hierzu erforderlichen Erbschaftskaufs nicht stattgefunden habe, ist dies plausibel. Die Urkunde vom 28. August 1836 konnte nicht als Erbschafts Kauf im Sinne des Landrechts qualifiziert werden. Dies ergab sich neben der vom Obertribunal angestellten Betrachtung des Inhalts und des Zwecks Abtretungserklärung auch aus dem Wortlaut des Landrechts und der Subsumtion besagter Erklärung. Insoweit überrascht die Entscheidung des Gerichts. Der Senat fokussierte sich vornehmlich auf den Inhalt der Erklärung des A. und deren Zweck, statt zunächst den Wortlaut des Landrechts und den Kläger ins Blickfeld zu rücken. Ausweislich des Wortlauts des Landrechts, trat bei einem wirklichen Erbschafts Kauf der Käufer in alle Rechten und Pflichten des Erben ein.¹⁴⁶² Eine derartige Pflichtenübernahme durch den Erbschaftskäufer - vorliegend dem Kläger - fehlte in der Urkunde vom 28. August 1836 gänzlich. Der Kläger trat nicht in die Rechte und Pflichten des A. ein. Bereits aus diesem Grund wäre die Abtretungserklärung vom 28. August 1836 nicht als wirklicher Erbschafts Kauf im Sinne des Landrechts zu qualifizieren.

Dass daneben auch die an A. ausgekehrte Valuta nicht als Kaufpreis für sein Erbrecht bzw. für einen Teil davon angesehen werden kann und der Zweck der Abtretung nicht im Erwerb des Erbrechts des A. durch den Kläger, sondern in der Tilgung der Schuld des A. lag - wie der Senat zutreffend ausführt - wäre hingegen nur weitere Indizien, die gegen die Annahme eines Erbschaftskaufs sprachen.

¹⁴⁵⁹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.309.

¹⁴⁶⁰ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.309.

¹⁴⁶¹ Entscheidungen des Obertribunals Bd.3, S.310.

¹⁴⁶² Vgl. § 454, 1.Theil, 11.Titel, ALR.

Im Übrigen dürfte - sofern unterstellt wird, dass die Erklärung vom 28. August 1836 als Erbschafts Kauf zu qualifizieren wäre - das landrechtliche Verbot über den Verkauf zukünftiger Erbschaften nicht einschlägig sein. Gemäß dem Landrecht war der Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, die dem Verkäufer erst noch anheim fallen soll,¹⁴⁶³ nichtig. Vorliegend war die Erbschaft dem A. tatsächlich bereits anheim gefallen und befand sich in gerichtlicher Verwahrung. Zudem war das landrechtliche Verkaufsverbot eine zukünftig anfallende Erbschaft betreffend, restriktiv dahingehend auszulegen, dass der Verkauf oder die Abtretung einer bestimmten, aus einer künftigen Erbschaft zu erwartenden Sache, nicht hierunter fiel.¹⁴⁶⁴

5. Zusammenfassung

Aus rechtspolitischer Sicht stellt sich die Installation des Obertribunals und seine Etablierung und als höchster preußischer Gerichtshof als Fortschritt für die preußische Rechtspflege dar. Hinsichtlich der Auslegungspraxis der erbrechtlichen Bestimmungen des Landrechts in der Rechtsprechung des Obertribunals ist zu konstatieren, dass diese weniger positivistisch geprägt war, als dies - insbesondere mit Blick auf das im Landrecht statuierte Auslegungsverbot - zu vermuten war. Das Obertribunal war durchaus bereit, sich auf dem Gebiet des Erbrechts in Auslegungsfragen vom Wortlaut des Landrechts und dem „Willen des Gesetzgebers“ zu emanzipieren.

5.1 Das Wirken des Obertribunals aus rechtspolitischer Sicht

Die Reformbestrebungen *Friedrichs II.* auf dem Gebiet der Rechtspflege waren vor allem von den Anliegen getragen, die Verfahrensdauer zu verkürzen sowie die Rechtsprechung zu vereinheitlichen und berechenbarer bzw. zuverlässiger zu gestalten.

Dem Reformziel, die Prozessdauer zu verkürzen, kam die preußischen Rechtspflege - wenngleich nicht in dem von *Friedrich II.* angestrebten Umfang - näher. Die Vorgabe *Friedrichs II.*, nach der die Prozesse in einem Jahr durch drei In-

¹⁴⁶³ Vgl. § 446, 1. Teil, 11. Titel, ALR.

¹⁴⁶⁴ Entscheidungen des Obertribunals vom 15. April 1858, Bd. 38. S. 89-97, vgl. Ziff. 4.6.1.

stanzen zu Ende gebracht werden sollen,¹⁴⁶⁵ konnte nicht vollumfänglich umgesetzt werden.¹⁴⁶⁶ Im Bereich des Erbrechts betrug die Verfahrensdauer in den hier untersuchten Fällen von einer erstinstanzlichen Entscheidung bis zu einem Urteil bzw. Beschluss des Obertribunals regelmäßig etwa 20 Monate¹⁴⁶⁷ und lag damit etwa 8 Monate über dem vom König vorgegebenen Zeitrahmen. Allerdings ist ab der Mitte der 40er Jahre des 19. Jahrhunderts eine Verkürzung der Verfahrensdauer feststellbar, die unter anderem auf die personelle Aufstockung des Obertribunals und die Reformation des Zivilverfahrens durch das Prozessgesetz vom 21. Juli 1846 zurückzuführen sein dürfte.¹⁴⁶⁸ Zudem stellt sich der von *Friedrich II.* angestrebte Zeitrahmen für einen Prozess durch drei Instanzen als sehr ambitioniert dar. Die Verfahrensgestaltung lag zwar maßgeblich in der Hand des erkennenden Gerichts. Gleichwohl sind dessen konkrete Einflussmöglichkeiten zur Verkürzung der Verfahrensdauer begrenzt - zumindest im Zivilprozess. Die Dauer der Verfahrens wird maßgeblich auch durch die Mitwirkung der jeweiligen Prozessbeteiligten und insbesondere von deren Tatsachenvortrag, Beweisanträgen und einer gegebenenfalls erforderlichen Beweisaufnahme beeinflusst. Insofern sind zeitliche Verzögerungen vermehrt während des Berufungsverfahrens und weniger während der vor dem Obertribunal anhängigen Revisionsverfahren festzustellen.¹⁴⁶⁹ Die „schlichte“ Rechtsfindung durch das Obertribunal erfolgte somit in der Mehrzahl der untersuchten Entscheidungen in einem - gemessen an der von *Friedrich II.* angestrebten Zeitspanne - vertretbaren zeitlichen Rahmen.

Das rechtspolitische Ziel, eine Vereinheitlichung sowie eine gewisse Beständigkeit und Berechenbarkeit in der Rechtsprechung herzustellen wurde teilweise erreicht. Das Obertribunal hat in der überwiegenden Anzahl der hier untersuchten Urteile die Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt. In 19 von den insgesamt 26 un-

¹⁴⁶⁵ Vgl. Abschnitt 2.3, S.28. Überschrift zu Projekt des Codicis Fridericiani Marchici von 1748; Simon, Nachrichten, die Justizverfassung in den Preußischen Staaten betreffend, 1811, S.266, (288); Koch, Der preußische Civil-Prozess, 1855, S.79.

¹⁴⁶⁶ Vgl. die Entscheidungen Ziff. 4.1.5: ca. 8 Monate; Entscheidung Ziff.4.2.2: ca. 12 Monate; Entscheidung Ziff. 4.3.4: ca. 10 Monate.

¹⁴⁶⁷ Vgl. die Entscheidungen Ziff. 4.2.1, 4.2.5, 4.2.6, 4.3.1; Entscheidung 4.2.4: ca. 14 Monate; Entscheidung 4.2.3: ca. 15 Monate; Entscheidung 4.3.3: etwa 17 Monate; Entscheidung 4.3.5: ca. 23 Monate; Entscheidung 4.1.1: ca. 27 Monate; Entscheidung 4.3.2: 29 Monate; Entscheidung 4.1.2: ca. 60 Monate.

¹⁴⁶⁸ Unter anderem wurde ein zusätzlicher Präsident und weitere Gerichtsräte bestellt, so dass sich das Kollegium nunmehr auf vier Senate verteilte, vgl. S.41.

¹⁴⁶⁹ Beispielsweise liegen im Revisionsverfahren vom 23. November 1846 zwischen der erstinstanzlichen und der zweitinstanzlichen Entscheidung mehr als 41 Monate, vgl. Entscheidung unter Ziffer 4.1.2.. In Entscheidung vom 5. April 1836 liegen etwa 18 Monate zwischen dem Urteil in erster und in zweiter Instanz.

tersuchten Urteilen wurde die Entscheidung der Appellationsinstanz bestätigt und in 7 aufgehoben, wovon wiederum 3 Verfahren zwecks weiterer Tatsachenfeststellungen an die Vorinstanz zurückverwiesen wurden. In lediglich 3 Entscheidungen wurde das Urteil der Appellationsinstanz aufgehoben und das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Der Umstand, dass in etwa 73 Prozent der Verfahren die Entscheidung der Vorinstanz bestätigt wurde, zeigt, dass eine gewisse Einheitlichkeit und Kontinuität bei der Auslegung der erbrechtlichen Vorschriften des Landrechts vorherrschte. Der in der Allerhöchsten Kabinettsorder vom 1. August 1836 geäußerten Forderung, einen Wechsel in den Rechtsansichten zu vermeiden, um einer daraus resultierende Rechtsungewissheit entgegenzuwirken wurde somit Rechnung getragen.¹⁴⁷⁰ Dies wird auch mit Blick auf die „innere Konsistenz“ der Rechtsprechung des Obertribunals deutlich. Soweit ersichtlich, wich das Obertribunal in nur einer Entscheidung von seiner früheren Rechtsprechung ab und revidierte diese.¹⁴⁷¹ Demgegenüber bestätigte das Gericht seine Rechtsprechung in einer Vielzahl von Verfahren und übertrug bestimmte Rechtsgrundsätze auf vergleichbare Sachverhalte und etablierte insoweit eine ständige Rechtsprechung.¹⁴⁷²

5.2 Zur Auslegungspraxis des Obertribunals

Hinsichtlich der in der Rechtsprechung des Obertribunals auf dem Gebiet des Erbrechts zur Anwendung gelangenden Auslegungsmethoden ist die Auslegung des Gesetzes anhand seines Wortlauts vorherrschend. Ungeachtet dessen finden ebenso gesetzssystematische, entstehungsgeschichtliche und normative Gesichtspunkte Berücksichtigung im Rahmen der Auslegung des Obertribunals.

Insoweit kann die von *Schmüser* beobachtete Tendenz, wonach die Senate des Obertribunals beginnend ab etwa 1837 nicht mehr strikt dem Wortlaut des Land-

¹⁴⁷⁰ Vgl. S.15.

¹⁴⁷¹ Entscheidung vom 13. August 1836 zum Erfordernis ein Nachlassinventar zu erstellen, besprochen unter Ziff. 4.1.1, S.122. Die Entscheidung wird zehn Jahre später im Plenarbeschluss vom 28. Februar 1845 revidiert, vgl. Entscheidungen des Obertribunals, Bd.10, S.273-282.

¹⁴⁷² Beispielsweis wird der Grundsatz, dass die in einem Testament festgelegte Erbeinsetzung nicht durch ein testamentarisch vorbehaltenes Codicille abgeändert werden kann vgl. insoweit die Entscheidung vom 17.10.1842, (bespr. unter Ziffer 4.2.1, S.161, bestätigt durch die Entscheidung vom 22.05.1857, abgedruckt in: Archiv für Rechtsfälle, Bd.24, S.333-339 und auf wechselseitige Testamente ausgedehnt, Entscheidung vom 14.02.1859 (abgedruckt in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.41, S.201-211; Entscheidung v. 04.04.1833 zur Auslegung von § 605, 12.Titel, 1.Theil ALR, abgedruckt in: Simon, Rechtsprüche, Bd. IV, S.81-88, bestätigt in der Entscheidung v. 09.06.1856 abgedruckt in: Entscheidungen des Obertribunals, Bd.33, S.57- 69.

rechts folgten, sondern begannen, sich in ihren Entscheidungen mit den in der Rechtswissenschaft aufgestellten Auffassungen auseinanderzusetzen und im Rahmen der Auslegung auch die Materialien und Monita zum Entwurf des Landrechts heranzuziehen,¹⁴⁷³ bestätigt werden. Beispielhaft zu nennen sind die Entscheidungen des Obertribunals zur Erbeinsetzung in Codicillen,¹⁴⁷⁴ zum Verwandtschaftsverhältnis zwischen einem Testator und dem das Testament aufnehmenden Richter,¹⁴⁷⁵ zur Form von Erbverträgen und der Belehrungsbedürftigkeit der Ehefrau¹⁴⁷⁶ sowie zur Beitragspflicht der Legatarien,¹⁴⁷⁷ in denen sich das Obertribunal dezidiert mit den Ausführungen von *Suarez* sowie weiterer Materialien zum Landrecht auseinandersetzt.

Hinsichtlich der Bereitschaft des Obertribunals als gehorsame Behörde der Regierung zu fungieren und jeden ihrer Wünsche zu befolgen,¹⁴⁷⁸ ist festzustellen, dass dies nicht unumwunden galt. Das Obertribunal war durchaus bereit, sich in seiner Rechtsprechung über entgegengesetzte Voten der Gesetzeskommission oder anderslautende Ausführungen im Rahmen des Entwurfs des Landrechts, beispielsweise von *Suarez*, hinwegzusetzen.¹⁴⁷⁹ Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, wonach die Rechtsprechung des Obertribunals durch den jeweiligen Gesetzgeber beeinflusst wurde zu relativieren.¹⁴⁸⁰ Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang, dass das Obertribunal in Verfahren in denen der Preußische Staat als Partei beteiligt war, durchaus zu dessen Ungunsten entschied.¹⁴⁸¹ Hierdurch wird das Mantra von der Abhängigkeit des Gerichtshofs vom Preußischen Staat bzw. dem jeweiligen Souverän abermals erschüttert.

Auf dem Gebiet des Erbrechts ist ebenfalls zu beobachten, dass das Obertribunal Regelungslücken im Landrecht durch Bildung von Analogien geschlossen und somit das Gesetz aus sich heraus weiterentwickelt hat. Der Annahme *Hilgenstocks*,

¹⁴⁷³ Vgl. Schmüser, Die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten über die eheliche Gütergemeinschaft, 2006, S.235.

¹⁴⁷⁴ Vgl. Ziff.4.2.1, Entscheidung v. 17.10.1842, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.8, S.272-279.

¹⁴⁷⁵ Vgl. Ziff.4.3.3, Entscheidung v. 05.03.1851, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.20, S.132-143.

¹⁴⁷⁶ Vgl. Ziff.4.4.1, Entscheidung v. 27.05.1847, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.15, S.180-188.

¹⁴⁷⁷ Vgl. Ziff.4.6.3, Entscheidung v. 22.05.1854, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.28, S.86-96.

¹⁴⁷⁸ So die Vermutung von Holtze, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, 1904, 4.Theil, S.273, Vgl. S.7.

¹⁴⁷⁹ Vgl. Entscheidung vom 05.03.1851 unter Ziff.4.3.3 und Entscheidung vom 22.05.1854 unter Ziff.4.5.3.

¹⁴⁸⁰ So Mund, Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879, 2008, S.175.

¹⁴⁸¹ Vgl. Entscheidung vom 23.01.1854 unter Ziff.4.1.4; zu Gunsten des Fiskus, vgl. Entscheidung vom 29.11.1858 unter Ziff.4.2.5.

wonach durchaus eine schöpferische Tätigkeit der preußischen Richterschaft vorhanden gewesen sei, kann daher beigeprüft werden.¹⁴⁸²

Zutreffend ist ferner, dass das Obertribunal die im jeweiligen Fall maßgeblichen Vorschriften des Landrechts zunächst anhand ihres Wortlauts unter Zugrundelegung des natürlichen Sprachgebrauchs ausgelegt hat. Zahlreiche Entscheidungen in denen die Auslegung der erbrechtlichen Bestimmungen des Landrechts erheblich war belegen dies. Diese Vorgehensweise ist jedoch sowenig überraschend, wie beanstandenswert, sondern sie liegt vielmehr in der Natur der Sache begründet. Die auf dem geschriebenen Recht basierende Rechtsfindung beginnt regelmäßig mit der Auslegung der maßgeblichen Norm anhand ihres Wortlauts. Dies galt für die Rechtsprechung auf Grundlage des Landrechts, ebenso wie für die heutige Rechtsordnung. Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen kann immer nur der Gesetzestext sein. Dieser erweist sich als maßgebendes Kriterium, wobei der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze, zulässiger richterlicher Interpretation markiert.

Bemerkenswert im Zusammenhang mit der Auslegung des Wortlaut der landrechtlichen Vorschriften durch das Obertribunals ist schließlich, dass zusätzlich die lateinischen Rechtsbegriffe des römischen Rechts Berücksichtigung fanden und die Wortlautauslegung insoweit eine Ergänzung erfuhr. Maßgeblich war insoweit nicht nur der deutsche Sprachgebrauch, sondern auch der des römischen Rechts.¹⁴⁸³

¹⁴⁸² Vgl. bspw. Ziff.4.6.1, Entscheidung v.03.01.1852 zum Pflichtteil des Ehegatten, Entscheidungen des Obertribunals, Bd.22, S.243-250.

¹⁴⁸³ Vgl. Ziff.4.1.5, Entscheidung vom 09.06.1856 zur Verhinderung des Widerrufs eines Testaments durch Betrug.

6. Entscheidungsregister

Ziff.	Datum Seite	Verlauf ¹⁴⁸⁴	Verfahrensdauer ¹⁴⁸⁵	Fundstelle
Nr. 1	Urt.v. 13.08.1836 107	(-)/ (+)/ (+)	27 Monate	Ent.,Bd.1, S.304-315
Nr. 2	Urt.v. 23.11.1846 116	(+)/ (-)/ (-)	60 Monate	Ent.,Bd.15, S.108-113
Nr. 3	Urt.v. 01.11.1842 120	(-)/ (-)/ (+)	k.A.	Ent., Bd.8, S.244-250
Nr. 4	Urt.v. 23.01.1845 124	(+)/ (-)/ (+)	k.A.	Arch,Bd.11,S.263-267
Nr. 5	Urt.v. 09.06.1856 128	(-)/ (+)/ (+)	18 Monate	Ent., Bd.33, S.57-69
Nr. 6	Urt.v. 13.01.1865 134	(+)/ (-)/ (-)	k.A.	Ent., Bd.55, S.79-85
Nr. 7	Urt.v. 17.10.1842 141	(+)/ (-)/ (-)	20 Monate	Ent., Bd.8, S.272-279
Nr. 8	Urt.v. 04.12.1844 147	(+)/ (-)/ (-)	12 Monate	Ent., Bd.12,S.419-226
Nr. 9	Urt.v. 24.11.1851 152	(+)/ (+)/ (+)	15 Monate	Arch.,Bd.4, S.110-115
Nr.10	Urt.v. 14.06.1852 157	(+)/ (-)/ (+)	14 Monate	Ent.,Bd.23,S.347-357
Nr.11	Urt.v. 29.11.1858 165	(-)/ (-)/ (-)	21 Monate	Ent., Bd.40, S.78-109 Arch.,Bd.31,S.204279
Nr.12	Urt.v.13.07.1864 173	(+)/ (-)/ (+)	20 Monate	Arch,Bd.53,S.327-334
Nr.13	Urt.v.16.05.1836	(-)/ (-)/ (-)	20 Monate	Ent.,Bd.1, S.81-89 178
Nr.14	Urt.v. 05.04.1836	(-)/ (+)/ (+)	29 Monate	Ent.,Bd.1, S.75-81 183

¹⁴⁸⁴ Aus Sicht des Klägers.

¹⁴⁸⁵ Von einer erstinstanzlichen Entscheidung bis zur Revision.

Nr.15	Urt.v. 21.12.1848	(+)/ (+)/ (-)	17 Monate	Ent.,Bd.17,S.192-201
	187			
Nr.16	Urt.v. 05.03.1851	(-)/ (-)/ (-)	10 Monate	Ent.,Bd.20,S.132-143
	193			
Nr.17	Urt.v. 24.01.1849	(-)/ (+)/ (+)	23 Monate	Ent.,Bd.17,S.202-208
	199			
Nr.18	Urt.v. 27.03.1857	(-)/ (+)/ (+)	k.A.	Arch.,Bd.25,S.16-22
	203			
Nr.19	Urt.v. 27.05.1847	(+)/ (-)/ (-)	17 Monate	Ent.,Bd.15,S.180-188
	207			
Nr.20	Urt.v. 02.06.1856	(-)/ (-)/ (-)	k.A.	Arch.,Bd.26,S.13-23
	215			
Nr.21	Urt.v. 03.01.1852	(+)/ (-)/ (-)	13 Monate	Ent.,Bd.22,S.243-250
	225			
Nr.22	Urt.v. 01.10.1852	(-)/ (+)/ (+)	k.A.	Arch.,Bd.6,S.357-363
	233			
Nr.23	Urt.v. 22.05.1854	(-)/ (+)/ (+)	12 Monate	Ent.,Bd.28,S.86-96 239
Nr.24	Urt.v. 27.06.1856	(+)/ (-)/ (-)	13 Monate	Ent., Bd.33, S.95-107
	246			
Nr.25	Urt.v. 15. April 1858	(-)/ (-)/ (+)	18 Monate	Ent.,Bd.38,S.89-97 255
	260			Arch,Bd.28,S.250-258
Nr.26	Urt.v. 07. Mai 1838	(-)/ (+)/ (-)	12 Monate	Ent.,Bd.3,S.303- 310