



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Rechtszuweisung und Rechtsschutz
bei der erbrechtlichen Auflage“**

Dissertation vorgelegt von Niklas Schmelzeisen

Erstgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft

I. Übersicht

Die erbrechtliche Auflage (§§ 1940, 2192 ff. BGB) stellt einen Fremdkörper im deutschen Zivilrechtssystem dar. Mit ihr kann der Erblasser einen Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (§ 1940 BGB). Demnach korrespondiert mit der Leistungspflicht des Beschwerten kein subjektives Recht eines Lebenden. Die Erfüllung können nach § 2194 S. 1 BGB der Erbe, der Miterbe oder derjenige, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, als so genannte Vollziehungsbefugte verlangen. Diese Konstellation stellt die Rechtsprechung und Literatur vor mannigfaltige Probleme bei der Anwendung dieses Rechtsinstituts.

Die Dissertation bestimmt die dogmatische Struktur der erbrechtlichen Auflage und führt darauf aufbauend die ungeklärten Anwendungsfragen dieses Rechtsinstituts kohärenten Lösungen zu.

Dafür werden in einem ersten Schritt die rechtshistorischen Grundlagen der erbrechtlichen Auflage untersucht. Anschließend werden die dogmatischen Strukturen des Privatrechtssystems nach dem herkömmlichen Verständnis dargestellt. Dabei wird auch auf abweichende Privatrechtskonzepte eingegangen. Ein besonderes Augenmerk wird in diesem Rahmen auf das Verhältnis von Recht und Pflicht und von Anspruch zu Forderung gelegt. Darauf aufbauend werden die bislang vertretenen Erklärungsansätze zur Struktur der erbrechtlichen Auflage vorgestellt und auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Privatrechtssystems hin geprüft. Schließlich wird die eigene Konzeption der erbrechtlichen Auflage als Substanzrecht des Erblassers begründet. Abschließend werden die Rechtsfolgen eines solchen Verständnisses untersucht und in diesem Rahmen insbesondere die ungeklärten Anwendungsfragen dieses Rechtsinstituts behandelt.

II. Rechtshistorische Grundlagen der Auflage

Als historisches Vorbild der erbrechtlichen Auflage gilt der *modus* des Römischen Rechts. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfigur, die sich unabhängig von ihrer terminologischen Bezeichnung in den Quellen des *Corpus iuris civilis* findet und die dem Empfänger einer Schenkung oder einer testamentarischen Zuwendung ein bestimmtes Verhalten vorschreibt. Sehr verbreitet waren modale Klauseln mit dem Inhalt einer Pflicht zur Errichtung eines Denkmals („*monumentum facere*“). Das mit der modalen Klausel dem Legatar nach Erhalt des Legats auferlegte Verhalten konnte ab einem bestimmten Zeitpunkt erzwungen werden, wobei das Verfahren im Laufe der Zeit Änderungen erfuhr. Auf *Trebatius* wird die Behandlung der modalen Klausel als Bedingung zur Leistung einer *cautio* zurückgeführt. Auch die *multa* und die *exceptio doli* kommen als Erfüllungsinstrumente in Betracht. Den römisch-rechtlichen Quellen lässt sich jedoch keine abschließend herausgearbeitete und klar strukturierte Rechtsfigur entnehmen.

In der Pandektenwissenschaft wird der *modus* unter Berufung auf die römisch-rechtlichen Quellen unterschiedlich rezipiert. So wird er etwa als Zweckbestimmung oder Nebengeschäft verstanden. Andere sprechen dem *modus* die Eigenschaft als genuin eigenes Rechtsinstitut dagegen ab. Die herrschende Auffassung versteht den *modus* indes als Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts, jedoch mit im Einzelnen unterschiedlichen Begründungsansätzen. Danach unterfällt der *modus* derselben Kategorie wie die Bedingung und die Befristung. *Windscheid* versteht den *modus* als einen Anwendungsfall seiner Lehre von der Voraussetzung.

Bei der Kodifizierung der Auflage im Rahmen des Erlasses des BGB konnte der historische Gesetzgeber somit nicht nur auf die einschlägigen Regelungen in den Partikularrechtsordnungen, sondern auch auf eine Vielzahl an Quellen und Begründungsansätzen in der Wissenschaft zurückgreifen. Es bestand dagegen kein gefestigter Meinungsstand hinsichtlich der Struktur und der Wirkweise des *modus* bzw. der Auflage.

Friedrich Mommsen sah in seinem Vorentwurf eine Regelung vor, nach der die drittbegünstigende Auflage als Vermächtnis betrachtet wird und den für Vermächtnisse geltenden Vorgaben unterfällt. In den übrigen Fällen räumte er dem Testamentsvollstrecker, sowie jedem Dritten, dem an der Erfüllung der Auflage gelegen ist, einen Vollziehungsanspruch ein. Ausreichend sollte bereits ein Interesse aus Pietätsgründen sein.

Der Vorentwurf *Gottfried von Schmitts* baute grundsätzlich auf *Mommsens* Vorentwurf auf. Auch *von Schmitt* sah zunächst einen Vollziehungsanspruch eines jeden, dem an der Erfüllung gelegen ist, vor (§ 147 Abs. 1 ErbR-E-1879). Er unterschied ferner zwischen einer gemeinen Auflage und einer Vermächtnisaufgabe, die den Vorteil eines Dritten bezweckt bzw. eine selbstständige Zuwendung an einen Dritten enthält. In seinen Änderungsvorschlägen aus dem Jahr 1886 beschränkte er dagegen den Kreis der Vollziehungsbefugten. Vorgesehen war nur noch eine Vollziehungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, des Miterben und desjenigen, der durch die mit der Auflage verbundene Zuwendung beschränkt ist.

Die Erste Kommission folgte dieser Konzeption im Wesentlichen und führte aus, bei der Vollziehungsbefugnis handele es sich um eine „mehr formale“ Befugnis. Dem Auflagenbegünstigten stehe kein „Gläubigerrecht“ zu.

Der BGB-Gesetzgeber schuf auf diese Weise mit der erbrechtlichen Auflage ein Rechtsinstitut, dessen Struktur sich nicht unter Rekurs auf historische Vorbilder schlüssig erklären lässt.

III. Struktur des Privatrechts

Für die Bestimmung der Struktur der erbrechtlichen Auflage ist ihre Einbettung in das Privatrechtssystem herauszuarbeiten. Das Privatrechtssystem wird herkömmlich als System der Zuweisung subjektiver Rechte verstanden. Mittels der Zuweisung subjektiver Rechte reguliert das Privatrecht die Rechtsverhältnisse der Privatrechtssubjekte untereinander. Mit der Zuweisung eines subjektiven Rechts geht der Ausschluss anderer Privatrechtssubjekte einher.

Die Zuweisungsentscheidung wird *de facto* verwirklicht, indem das Privatrechtssystem den jeweiligen Rechtsinhaber mit Schutzrechten, die der Verwirklichung und dem Schutz der zugewiesenen Rechtsposition dienen, ausstattet. Insoweit kann zwischen Substanzrechten und Schutzrechten unterschieden werden. Diese Differenzierung ist nicht ausschließlich bei absoluten Rechten vorzunehmen. Vielmehr ist auch bei relativen Rechten analytisch zwischen der Zuweisung einer Rechtsposition und der Verleihung von dieser Zuweisung absichernden Schutzrechten zu trennen.

Die Schutzrechte können unterteilt werden in rechtsverwirklichende und rechtsfortsetzende Schutzrechte. Da der unkonsentiierte Zugriff auf eine fremde Rechtssphäre stets rechtfertigungsbedürftig ist und Schutzrechte den Zweck haben, eine (drohende) Rechtsverletzung zu sanktionieren, kann aus der Existenz eines Schutzrechts das Bestehen eines diesem Schutzrecht zugrunde liegenden Substanzrechts abgeleitet werden. Ebenso korrespondiert mit einer privatrechtlichen Pflicht in aller Regel ein entsprechendes Recht.

Entgegen der herrschenden Auffassung ist mit einer sich im Vordringen befindlichen Ansicht zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch und einer diesem Anspruch zugrundeliegenden Rechtsposition, der Forderung, zu differenzieren. Ein schuldrechtlicher Anspruch dient der Verwirklichung einer von diesem analytisch zu trennenden Forderung. Der historische BGB-Gesetzgeber ging zwar abweichend hiervon unter Zugrundelegung des Anspruchsbegriffs *Windscheids* davon aus, dass sich eine schuldrechtliche Rechtsposition vollständig im Innehaben des schuldrechtlichen Anspruchs erschöpft. Aus der Systematik des BGB und insbesondere den Regelungen zur Verjährung lässt sich indes schließen, dass wie auch bei dinglichen Rechten analytisch zu unterscheiden ist zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch und der schuldrechtlichen Rechtsposition.

Die Forderung verleiht Einzelbefugnisse, die sich in Wertpositionen und Rechtsbehelfe untergliedern lassen. Kernelement ist die Einforderungsbefugnis, die Berechtigung des Gläubigers, von dem Schuldner die Erbringung der geschuldeten Leistung zu verlangen.

IV. Struktur der Auflage im Privatrechtssystem nach herkömmlichem Verständnis

Die erbrechtliche Auflage begründet eine reguläre Leistungspflicht des mit ihr Beschwerten. Ob an dieser Verpflichtung eine korrespondierende Berechtigung besteht und falls ja, wem diese zuzuweisen ist, ist umstritten und bislang nicht abschließend geklärt.

Teilweise wird angenommen, die Auflage begründe ein subjektloses Recht, also ein Recht, das keinem Rechtssubjekt zugewiesen ist. Diese Rechtsfigur ist bereits dem Grunde nach umstritten. Sie dient in der Regel der Überbrückung kurzer Zeiträume der Subjektlosigkeit oder Herrenlosigkeit eines Rechts. Gegen eine solche Einstufung der erbrechtlichen Auflage spricht bereits, dass kein späterer Rechtserwerb eines Dritten in Betracht kommt. Vielmehr käme es zu einer dauerhaften Subjektlosigkeit.

Verbreitet ist die Annahme, dem Vollziehungsbefugten sei eine Berechtigung an der Auflagenleistung, die mit der entsprechenden Pflicht des Beschwerten korrespondiert, einzuräumen. Dies lässt sich mit der Legaldefinition der erbrechtlichen Auflage, die die Zuwendung eines Rechts auf die Leistung an einen anderen und damit auch an den Vollziehungsbefugten ausschließt, nur dann vereinbaren, wenn die Vollziehungsbefugnis eine atypische Beschaffenheit aufweist, die es rechtfertigt, sie als Berechtigung an der Auflagenleistung, nicht aber als Recht auf die Leistung einzustufen. Im Schrifttum wird eine solche Atypizität teilweise unter Berufung auf eine Fremdnützigkeit oder den fehlenden Vermögenswert der Vollziehungsbefugnis angenommen. Teilweise wird auch eine Parallele zu dem unechten Vertrag zugunsten Dritter gezogen und auf diese Weise eine Berechtigung des Vollziehungsbefugten an der Auflagenpflicht impliziert. Die angeführten Besonderheiten der Vollziehungsbefugnis lassen diese jedoch nicht zu einem atypischen Recht werden, das nicht als Recht auf die Leistung qualifiziert werden könnte. Auch die vermeintliche Vergleichbarkeit mit dem unechten Vertrag zugunsten Dritter besteht bei genauerer Betrachtung nicht, denn weder setzt die Auflage die Existenz eines Begünstigten voraus, noch besteht bei einer drittbegünstigenden Auflage eine dem Valutaverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten beim unechten Vertrag zugunsten Dritter vergleichbare Rechtsbeziehung zwischen dem Vollziehungsbefugten und dem Begünstigten bei der erbrechtlichen Auflage. Gegen eine Zuweisung der Berechtigung an den Vollziehungsbefugten spricht zudem, dass diesem die sonstigen Schutzrechte, die einem Substanzrechtsinhaber regelmäßig zustehen, nicht zugewiesen sind. Insbesondere steht dem Vollziehungsbefugten nicht ohne Weiteres auch ein bereicherungsrechtlicher Schutz zu. Diesen weist die Vorschrift des § 2196 BGB einem inhaltlich abweichenden Personenkreis zu.

Teilweise wird vertreten, dem Begünstigten stehe die Berechtigung an der Auflagenpflicht zu. Dagegen spricht bereits, dass die erbrechtliche Auflage die Existenz eines Begünstigten nicht voraussetzt. Dieser Begründungsansatz ist somit schon aus diesem Grund nicht geeignet, die Struktur der erbrechtlichen Auflage umfassend zu erklären.

Auch als privatrechtliches Amt lässt sich die Rolle des Vollziehungsbefugten entgegen einer entsprechenden Ansicht im Schrifttum nicht adäquat erfassen. Das Gesetz verpflichtet den Vollziehungsbefugten nicht zu einem Tätigwerden und macht ihm keinerlei Vorgaben zu einer ordnungsgemäßen Amtsführung.

Die Rechtsfigur der Auflage lässt sich dagegen in das Privatrechtssystem einfügen, wenn die Auflage eine Berechtigung des Erblassers an der Auflagenpflicht begründet und dem Vollziehungsbefugten sowie dem Inhaber des bereicherungsrechtlichen Anspruchs aus § 2196 BGB die Schutzrechte für dieses Substanzrecht zugewiesen werden. Für ein solches Verständnis spricht auch die Auslegung der Legaldefinition der erbrechtlichen Auflage in § 1940 BGB. Der Wortlaut der Vorschrift schließt nicht lediglich das Zusammenfallen einer Begünstigung mit einem Vollziehungsanspruch aus, sondern die Zuwendung eines Substanzrechts. Denn auch ein fremdnütziges Recht oder ein Recht ohne Vermögenswert kann als Recht auf die Leistung verstanden werden. Die Vorschrift dient der Abgrenzung der Auflage vom Vermächtnis. Diese Funktion wies ihr auch der historische Gesetzgeber zu. Anders als mit einem Vermächtnis wendet der Erblasser mit der Auflage keinem anderen ein Forderungsrecht zu. Das maßgebliche Unterscheidungskriterium zwischen Vermächtnis und Auflage ist die Zuwendung eines Forderungsrechts. Zudem schließt die Existenz des § 2196 BGB es aus, den Begriff „Recht auf die Leistung“ in der Legaldefinition der Auflage so zu verstehen, dass er lediglich das Zusammenfallen einer Begünstigung mit einem Anspruch, einen Anspruch des „wirtschaftlich Selbstinteressierten“, ausschließt. Denn der Inhaber des Anspruchs nach § 2196 BGB kann von dem Beschwerten Leistung an sich selbst verlangen.

Die Legaldefinition der Auflage schließt es aus, dass der Erblasser mit ihr einem anderen ein Substanzrecht zuwendet. Zugleich ist nach den Grundsätzen des Privatrechtssystems nach seinem herkömmlichen Verständnis die Existenz eines Substanzrechts erforderlich, um das Bestehen der Schutzrechte des Vollziehungsanspruchs nach § 2194 BGB und des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 2196 BGB zu rechtfertigen. Auch die Rechtspflicht-Korrespondenz setzt die Existenz eines Substanzrechts voraus.

Die Pflicht des Beschwerten zur Erfüllung der Auflage ist zwar keine Gegenleistung für die erhaltene Zuwendung. Sie nimmt indes die Funktion einer solchen Gegenleistung ein. Wie der Schenkungsempfänger bei der schenkungsrechtlichen Auflage erhält der Beschwerte eine Zuwendung verbunden mit einer Leistungspflicht. Aus diesem engen Zusammenhang zwischen Auflagenpflicht und Zuwendung lässt sich schließen, dass das Substanzrecht an der Auflage dem Erblasser zuzuweisen ist.

Die Zuweisung eines Substanzrechts an einen Verstorbenen ist der deutschen Rechtsordnung nicht grundsätzlich fremd. So verbleiben nach der vorzugswürdigen Ansicht die nichtvermögensrechtlichen Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach dem Versterben einer Person bei dem Verstorbenen. Die nahen Angehörigen nehmen den Schutz dieses höchstpersönlichen und unübertragbaren Rechts als Wahrnehmungsbefugte für den Verstorbenen wahr.

V. Rechtsfolgen des Verständnisses der Auflage als Substanzrecht des Erblassers

Aus dem Verständnis der Auflage als Substanzrecht des Erblassers, das durch das rechtsverwirklichende Schutzrecht der Vollziehungsbefugnis und das bereicherungsrechtliche Schutzrecht des Anspruchs aus § 2196 BGB verwirklicht bzw. geschützt wird, lassen sich Folgerungen für die Anwendung des Rechtsinstituts der erbrechtlichen Auflage und die Stellung der Beteiligten ziehen.

Dem Vollziehungsbefugten weist das Gesetz die rechtsverwirklichenden Befugnisse zu. Er kann damit sämtliche außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsbehelfe geltend machen, die der Verwirklichung der Auflage und damit des Forderungsrechts des Erblassers dienen. So kann er von dem Beschwerten die Erfüllung der Auflage kommunikativ einfordern, ihn entsprechend mahnen und zur Leistungserbringung auffordern. Er kann die Selbsthilferechte einschließlich eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber einem beschwerten Vermächtnisnehmer geltend machen und die Aufrechnung mit Nachlassverbindlichkeiten erklären. Zudem kann er den Beschwerten auf Vollziehung der Auflage verklagen und die erforderlichen Vollstreckungsmaßnahmen ergreifen. Ihm steht die Geltendmachung des allgemeinen negatorischen Schutzes mit den entsprechenden Rechtsbehelfen sowie der allgemeine Auskunftsanspruch zu. Diese Befugnisse sind dem Vollziehungsbefugten zur fremdnützigen Wahrnehmung im Interesse des Erblassers verliehen. Aus diesem Umstand folgt, dass ihm solche Rechte nicht zustehen, die nicht der Verwirklichung des dem Erblasser zugewiesenen Substanzrechts dienen. Dementsprechend kann der Vollziehungsbefugte zwar grundsätzlich auf die Vollziehungsbefugnis verzichten, ein entgeltlich erfolgender Verzicht stellt sich jedoch in der Regel als sittenwidrig dar. Der Vollziehungsbefugte kann die Vollziehungsbefugnis nicht verpfänden oder unter Lebenden oder letztwillig übertragen.

Die Rechtsstellung des Begünstigten ist dagegen die eines rechtlichen *nullum*. Ihm steht keine eigene Rechtsposition zu. Bei der Begünstigung handelt es sich um einen reinen Rechtsreflex.

Äußerst umstritten und von erheblicher Bedeutung für die Praxistauglichkeit des Rechtsinstituts der erbrechtlichen Auflage ist die Frage, ob der Vollziehungsbefugte zugleich Begünstigter sein kann und in einer solchen Konstellation somit Leistung an sich selbst verlangen kann. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1952 eine solche Personenidentität unter Verweis auf das „Wesen der Auflage“ für unzulässig erachtet. Dem ist in jüngerer Zeit das OLG Karlsruhe im Jahr 2004 geurteilt, eine derartige Personenidentität sei zulässig, und dies in erster Linie mit dem Interesse des Erblassers an der Erfüllung seiner letztwilligen Anordnung begründet. Im Schrifttum ist die Frage weiterhin umstritten. Versteht man die Auflage als Substanzrecht des Erblassers, stehen der Zulässigkeit einer Personenidentität keine zwingenden Gründe entgegen. Die Legaldefinition schließt ein Zusammenfallen von Begünstigung und Vollziehungsanspruch nicht aus. Der Vollziehungsanspruch wird, wenn sein Inhaber zugleich Begünstigter der Auflage ist, nicht zu einem Substanzrecht, dessen Zuwendung an einen anderen § 1940 BGB verbietet. Auch die Fremdnützigkeit der Vollziehungsbefugnis spricht nicht gegen eine Personenidentität. Die Vollziehungsbefugnis ist fremdnütziger Natur, denn sie dient dem Interesse des Erblassers. Das Erblasserinteresse läuft in dieser Konstellation mit dem Interesse des begünstigten Vollziehungsbefugten gleich. Die Vollziehungsbefugnis verliert demnach nicht ihren fremdnützigen Charakter, wenn ihr Inhaber auch Begünstigter der Auflage ist. Der erbrechtliche Typenzwang steht einer Personenidentität ebenfalls nicht entgegen. Denn die vermächtnisspezifischen Vorgaben werden nicht umgangen, wenn der Vollziehungsbefugte Leistung an sich selbst verlangen kann. Ihm steht anders als einem Vermächtnisnehmer auch bei einer eigenen Begünstigung kein Substanzrecht zu. Dementsprechend schließt das Wesen

der Auflage eine Personenidentität nicht aus. Der Vollziehungsbefugte kann zugleich Begünstigter der Auflage sein und durch Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs die Erfüllung der Auflage und damit Leistung an sich selbst verlangen.