

Hamburger Rechtsstudien

Heft 75

**Vorweggenommene Erbfolge
in historischer Sicht**

Von

Prof. Dr. Dirk Olzen



Duncker & Humblot · Berlin

DIRK OLZEN

Vorweggenommene Erbfolge in historischer Sicht

Hamburger Rechtsstudien

herausgegeben von Mitgliedern des

Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg

Heft 75

Vorweggenommene Erbfolge in historischer Sicht

Von

Prof. Dr. Dirk Olzen



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Olzen, Dirk:

Vorweggenommene Erbfolge in historischer Sicht / von Dirk

Olzen. — Berlin : Duncker u. Humblot, 1988

(Hamburger Rechtsstudien ; H. 75)

ISBN 3-428-06507-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-06507-7

Gliederung

Einleitung	7
I. Die Vorläufer der vorweggenommenen Erbfolge im römischen Recht	9
1. Die fiducia cum amico	9
a) Die familiae emptio	10
b) Die fiducia post mortem	12
2. Die donatio mortis causa	15
a) Die donatio mortis causa im römischen Recht	15
aa) Die Rechtsnatur der donatio mortis causa	15
bb) Das Ausführungsgeschäft	21
b) Die donatio mortis causa im Recht des Mittelalters	29
aa) Die donatio mortis causa bei Glossatoren und Kommentatoren des römischen Rechts	29
bb) Die donatio mortis causa in der ars notaria	37
cc) Die donatio mortis causa im canonischen Recht des Mittelalters ...	43
II. Die Vergabungen von Todes wegen in germanischer und fränkischer Zeit	49
1. Das thinx (gairethinx) des langobardischen Rechtes	51
2. Die Vergabung von Todes wegen im Recht des späten Mittelalters	56
a) Die Regelung des Sachsenspiegels	56
b) Das Magdeburger Schöffengericht	57
III. Die historische Entwicklung der vorweggenommenen Erbfolge nach der Rezeption des römischen Rechtes bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts	63
1. Die Entwicklung der donatio mortis causa im Usus modernus pandectarum	63
a) Das Schrifttum des 17. Jahrhunderts	63
b) Die gemeinrechtliche Literatur bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts unter Einschluß der holländischen und französischen eleganten Jurisprudenz	69
2. Die donatio mortis causa in der Naturrechtslehre	72
3. Die Entwicklung der Vergabung von Todes wegen zur Gutsabtretung im Schrifttum des 17. und 18. Jahrhunderts	77
4. Die Partikulargesetze des 15. bis 17. Jahrhunderts	78
5. Die Naturrechtskodifikationen	82

a) Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756	82
b) Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794	85
c) Die donatio mortis causa und verwandte Rechtsgeschäfte im französischen Recht bis zum Code Civil	90
aa) Démission de biens und partage d'ascendants	91
bb) Die donatio mortis causa im französischen Recht	92
d) Das österreichische ABGB von 1811	95
IV. Donatio mortis causa und Gutsabtretung in Schrifttum und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	98
1. Die donatio mortis causa in der gemeinrechtlichen Literatur des 19. Jahrhun- derts	98
2. Die donatio mortis causa in den Partikulargesetzen und Entwürfen des 19. Jahrhunderts	101
a) Der hessische Entwurf von 1853	102
b) Der bayerische Entwurf von 1861	104
c) Das sächsische Gesetzbuch von 1865	105
d) Der Entwurf Mommsens aus dem Jahre 1876	109
3. Die rechtliche Behandlung der Gutsabtretung in der Literatur des 19. Jahrhun- derts	111
a) Formen der Gutsabtretung	111
b) Die Rechtsnatur des Gutsübergabevertrags	112
c) Die Rechtsfolgen der Gutsabtretung	116
aa) Die Rechtsstellung der Gläubiger nach der Gutsabtretung	117
bb) Gutsabtretung und Pflichtteilsberechtigte	119
V. Schlußbetrachtung	121
Literaturverzeichnis	123

Einleitung

Der Wunsch, die eigenen Vermögensangelegenheiten bereits vor dem Tode selbst zu regeln, statt sie den Erben zu überlassen, ist nicht selten. Dafür gibt es eine Vielzahl von Ursachen, von denen nur einige hier kurz angedeutet werden können: Neben steuerrechtlichen Aspekten und dem Versuch, die Härte des Pflichtteilsrechtes zu mildern oder gar zu umgehen, tritt die Absicht, die Zersplitterung wirtschaftlicher Einheiten, sei es Grundbesitz oder Unternehmen oder anderer wertvoller Gegenstände, zu verhindern.

Dieser Gesichtspunkt bestimmte noch im 19. Jahrhundert in erster Linie den agrarischen Bereich und fand vielfältigen Niederschlag im Anerben- und Höferecht. Die heutige Entwicklung, die sich aufgrund der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen immer stärker vom Agrarstaat fortbewegt hat, wurde von den Verfassern des BGB in dieser Form nicht vorausgesehen.

Ferner ist eine deutlich gesteigerte Lebenserwartung zu nennen, verbunden mit einer insgesamt zufriedenstellenden Alterssicherung. Beide Umstände führen dazu, daß der Wunsch nach einem arbeitsfreien Lebensabend verstärkt und auch finanzierbar geworden ist. Umgekehrt führt die hohe Lebenserwartung aber auch dazu, daß die nachfolgende Generation ihr Erbe regelmäßig nicht mehr in einem Alter antreten kann, in dem sie es selbst zum Start in das Leben besonders benötigen würde. Mancher zieht hieraus die Konsequenz, den Erbfall mit oder ohne Einschränkungen bereits zu seinen Lebzeiten eintreten zu lassen, regelmäßig allerdings nicht, ohne sein Alter hinreichend zu sichern.

Der Hintergrund der vorweggenommenen Erbfolge ist damit außerhalb des Höferechtes neu. Hieraus könnte man schließen, daß die Untersuchung historischer Vorläufer wenig Gewinn verspreche. Zutreffend ist diese Annahme aber nur insoweit, als es keine unmittelbaren Modelle für die heutigen Formen lebzeitiger Vererbung in der Rechtsgeschichte gibt. Andererseits ist ein Phänomen durch die Jahrhunderte immer wieder zu beobachten: Die Intention, den Nachlaß bereits zu Lebzeiten definitiv zu ordnen, bestand zu allen Zeiten ebenso wie der Wunsch, die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen des Handelns möglichst erst nach dem Versterben des Übertragenden im vollen Umfange eintreten zu lassen. Dieser Zwiespalt ist ursächlich für eine Fülle von Rechtsgeschäften, die auf der Grenze zwischen lebzeitigen und letztwilligen liegen. Wie man sie qualifiziert, hängt damit zusammen, welcher Grad an Durchführung jeweils verlangt wird, um ein Rechtsgeschäft als lebzeitiges oder letztwilliges aufzufassen. Das (vorläufige) Ende der Entwicklung ist der heutige § 2301 BGB. Seine schwierige Fassung sowie die mangelnde Abstimmung mit § 331 BGB haben die Diskussion bis in die jüngste Gegenwart nicht verstummen lassen.

Zwar könnte man annehmen, es handele sich lediglich um ein formales Ordnungsproblem, das über die Begriffsbildung hinaus bedeutungslos sei. Der Schluß wäre aber nicht nur wegen der unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen lebzeitiger und letztwilliger Rechtsgeschäfte unzutreffend. Vielmehr sind auch die Nachlaßbeteiligten, d. h. die Gläubiger des Erblassers und die Pflichtteilsberechtigten, von der Abgrenzung wesentlich betroffen. Denn sie können grundsätzlich nur auf das zurückgreifen, was im Zeitpunkt des Erbfalles zum Nachlaß gehört.

Alle diese Fragen haben seit langem Beachtung gefunden. Deshalb ist es nicht zuletzt für das heutige Verständnis von Interesse, welcher Geschäftsformen sich frühere Rechtssysteme bedient haben und wie die Grenzziehung bei ihnen verlief. Exemplarisch dafür ist die *donatio mortis causa* des Römischen Rechtes, im Zusammenhang dazu steht die *fiducia*; aus dem deutschen Rechtskreis ist die Vergabung von Todes wegen zu nennen. Die Behandlung beider Rechtsinstitute wird zeigen, daß die Abgrenzung lebzeitiger und letztwilliger Rechtsgeschäfte zu den schwierigsten Problemen zivilrechtlicher Dogmatik gehört hat.

I. Die Vorläufer der vorweggenommenen Erbfolge im römischen Recht

Vorweggenommene Erbfolgen im heutigen Sinne haben für das römische Recht offenbar keine besondere Bedeutung gehabt; die gesamte Altenteilsproblematik war unbekannt¹. Die rechtlichen Möglichkeiten, jemandem zu Lebzeiten oder von Todes wegen einen Vorteil zuzuwenden, beschränkten sich auf das Testament sowie die Schenkung unter Lebenden bzw. von Todes wegen². — Nicht selten wurde in die Abwicklung dieser Rechtsgeschäfte ein Dritter, regelmäßig ein Treuhänder, einbezogen. Aus der Verbindung von Schenkung einerseits und Dreipersonen-Verhältnis andererseits folgt, daß *donatio mortis causa* und die im folgenden zu besprechende *fiducia cum amico* enge Berührung miteinander hatten.

1. Die *fiducia cum amico*³

Über den Entstehungszeitpunkt der *fiducia cum amico* herrscht keine Klarheit. Teilweise wird angenommen, dieses Rechtsinstitut sei bereits vor der Zwölftafelgesetzgebung verwendet worden; nach anderer Auffassung ist die *fiducia* frühestens mit dem neueren prätorischen Recht entstanden⁴. Alle Formen der *fiducia* sind durch das in den Vertragspartner gesetzte Vertrauen gekennzeichnet, wie sich aus dem Wort herleiten läßt⁵.

Die Treuhandschaft des römischen Privatrechts trat zunächst in einer Fülle verschiedener Erscheinungsformen auf; beispielhaft seien hier *fiducia cum amico*, *fiducia cum creditore*, *coemptio fiduciaria*, *emancipatio fiduciaria*, *fiducia testamentaria* erwähnt. Die *fiducia cum amico* und die *fiducia cum creditore*⁶ sind dabei als die wichtigsten Fälle zu bezeichnen⁷. Bezüglich der

¹ Scheuermann, Vermögensübergaben S. 14.

² Scheuermann, Vermögensübergaben S. 15.

³ Quellenmaterial bei Oertmann, Die *fiducia*, S. 50-51; vgl. etwa Gai Inst II 59, 60, 102; III 201; IV, 33, 62; Paul. Sent. II 13; von den nichtjuristischen Autoren Cicero, De off. III 15 § 61; 16 § 62; 17 § 70.

⁴ vgl. zu den einzelnen Auffassungen die ausführliche Darstellung bei Karlowa, Römische Rechtsgeschichte S. 560 ff.; Oertmann, Die *fiducia* S. 52 ff.

⁵ Fischbach, Treuhänder S. 4 f.

⁶ Kaser, Römisches Privatrecht 1. Bd., S. 460 Anm. 1 vermutet, daß für dieses Rechtsinstitut im justinianischen Recht *pignus* oder *hypotheca* eingesetzt wurde.

⁷ Coing, Die Treuhand S. 11 f erwähnt nur diese beiden Fälle; vgl. ferner hierzu im einzelnen Oertmann, Die *fiducia* S. 118-161; Schöny, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 35 S. 291;