

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 590

Rechtszuweisung und Rechtsschutz bei der erbrechtlichen Auflage

Von

Niklas Schmelzeisen



Duncker & Humblot · Berlin

NIKLAS SCHMELZEISEN

Rechtszuweisung und Rechtsschutz
bei der erbrechtlichen Auflage

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 590

Rechtszuweisung und Rechtsschutz bei der erbrechtlichen Auflage

Von

Niklas Schmelzeisen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59429-0> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Niklas Schmelzeisen
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-19429-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59429-0 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59429-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von November 2024.

Mein Dank gilt allen voran meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Christian Baldus für das mir entgegengebrachte Vertrauen sowie die hervorragende Betreuung und Förderung dieser Arbeit. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bin ich Herrn Professor Dr. Andreas Piekenbrock zu Dank verpflichtet. Herrn Professor Dr. Thomas Lobinger danke ich für eine interessante und anregende Diskussion im Rahmen der Disputation.

Die Arbeit ist während meiner anwaltlichen Tätigkeit entstanden. In diesem Zusammenhang danke ich Herrn Rechtsanwalt Christian Gehling, Herrn Rechtsanwalt Dr. Christoph Nolden und Frau Rechtsanwältin Dr. Cäcilie Lüneborg für die fachliche Förderung und die gewährten Freiräume.

Meiner Familie, insbesondere meinen Eltern und meiner Schwester, danke ich herzlich für die anhaltende und unverbrüchliche Unterstützung bei meiner Ausbildung und der Anfertigung dieser Arbeit. Elena Schmelzeisen danke ich zudem für ihr sorgfältiges Korrekturlesen des Manuskripts. Ihnen ist diese Arbeit in Dankbarkeit und Verbundenheit gewidmet.

Mainz, im Dezember 2024

Niklas Schmelzeisen

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Problemaufriss	17
II. Zielsetzung und Gang der Untersuchung	18
B. Rechtshistorische Grundlagen der Auflage	20
I. Rechtsgeschichtliche Methode	20
II. Römisches Recht	21
1. Überblick	21
2. Terminologische Grundlagen	22
3. Modale Klausel	25
a) Anwendungsbereich und Inhalt der modalen Klausel	25
b) Instrumente zur Durchsetzung des erblasserischen Willens	27
aa) Überblick	27
bb) Behandlung als Bedingung zur Leistung einer <i>cautio</i> zur Erfüllung nach Trebatius	27
(1) Systematik des Rechtsschutzes nach Trebatius	27
(2) Ursprung des Rechtsschutzsystems	30
(3) Alternative Instrumente	32
cc) Ausbildung einer <i>exceptio doli</i> nach Julian	32
dd) Rückforderung des Erlangen	35
ee) Vollziehung durch Einschreiten der Obrigkeit	36
c) Entwicklungen in der Nachklassik	36
4. Ausgestaltung des <i>modus</i> unter Justinian	37
5. Der <i>modus</i> zugunsten Dritter	39
III. Rezeption des <i>modus</i> in der Pandektenwissenschaft	42
1. Zweckbestimmung	42
2. Nebenbestimmung	45
a) Überblick	45
b) Selbstbeschränkung des Willens	46
c) Verknüpfung zwischen Nebenbestimmung und Hauptgeschäft	47
d) Wirkung des <i>modus</i>	48
e) Rechtliche Struktur des <i>modus</i> als Nebenbestimmung	48
f) Kritik an der Lehre von der Nebenbestimmung	49
3. Nebengeschäft	50

4. Mittel der Beschränkung einer Zuwendung auf das gesetzlich zulässige Maß	51
5. Obligatorisches Element des Realkontrakts	53
6. Voraussetzung	54
7. Ablehnung eines genuinen Rechtsinstituts	59
IV. Der <i>modus</i> in den Partikularrechtsordnungen	60
1. Allgemeines Preußisches Landrecht	60
2. Bayerische und hessische Entwürfe	61
3. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch	62
V. Die Auflage in der Entstehungsgeschichte des BGB	63
1. Vorentwürfe	63
a) Verfahren	63
b) Vorentwurf Mommsens	65
aa) Hintergrund	65
bb) Die Auflage im Vorentwurf Mommsens	66
c) Vorentwurf von Schmitts	69
aa) Vorentwurf von 1879	69
bb) Änderungsvorschläge zum Vorentwurf von 1886	70
2. Entwurf der Ersten Kommission	72
3. von Gierkes Reaktion auf den Entwurf der Ersten Kommission	74
4. Bährs Gegenentwurf	75
5. Entwurf der Zweiten Kommission	77
a) Hintergrund	77
b) Änderung der Legaldefinition der Auflage	78
c) Einfügung des heutigen § 2196 BGB	78
d) Weitere bedeutende Änderungen	80
6. Die Konstruktion der Auflage des BGB	81
VI. Fazit	82
C. Struktur des Privatrechts	83
I. Privatrecht als System der Zuweisung	83
1. Herkömmliches Verständnis des Privatrechtssystems	83
a) Funktion des Privatrechts	83
b) Kategorisierung der Rechtspositionen nach dem herkömmlichen Privatrechtsverständnis	85
2. Abweichende Konzepte	85
a) Imperativentheorie	86
b) Normsetzungstheorie	88
c) Lehre vom Institutionenschutz	90
d) Private Enforcement	92
e) Kooperationsmodelle: Das Rechtsverhältnis als rechtliche Grundkategorie	93

3. Stellungnahme	94
II. Verhältnis zwischen Substanzrecht und Schutzrecht	97
1. Substanzrechte und Schutzrechte	97
a) Unterscheidung zwischen Substanz- und Schutzrechten	97
b) Arten von Schutzrechten	99
c) Dependenz von Substanz- und Schutzrecht	100
aa) Schluss von der Existenz eines Schutzrechts auf ein Substanzrecht und umgekehrt	100
bb) Schluss von dem Schutzrecht auf den Inhalt eines Substanzrechts	101
cc) Verbindung zwischen Schutzrecht und Substanzrecht	102
2. Verhältnis zwischen Anspruch und Forderung	103
a) Das Anspruchsverständnis nach der herrschenden Meinung	103
aa) Windscheids Anspruchs begriff	104
bb) Der Anspruchs begriff des BGB-Gesetzgebers	104
cc) Der Anspruchs begriff der heute herrschenden Meinung	105
b) Kritik am Anspruchsverständnis der herrschenden Meinung	106
aa) Gespaltenes Anspruchsverständnis und Verstoß gegen das Prinzip der Parsimonie	106
bb) Fehlende Trennung zwischen Rechtszuweisung und Rechtsschutz	107
cc) Unvereinbarkeit mit dem Gesetz	108
c) Der schuldrechtliche Anspruch als Sanktion der Verletzung einer For- derung	110
aa) Der schuldrechtliche Anspruch als Schutzrecht der Forderung	110
bb) Die Rechtsverletzung als notwendiges Strukturelement	111
III. Die Forderung als Herrschaftsrecht über die Leistungshandlung des Schuld- ners	112
IV. Verhältnis zwischen Pflicht und Recht	113
V. Rechtliche Struktur der Forderung	119
VI. Fazit und Ausblick	122
 D. Struktur der Auflage nach abweichenden Privatrechtskonzeptionen	123
I. Imperativentheorie	123
II. Normsetzungstheorie	123
III. Lehre vom Institutionenschutz	125
IV. Fazit	126
 E. Struktur der Auflage im Privatrechtssystem nach herkömmlichem Verständnis	127
I. Überblick	127
II. Verpflichtung des Beschwerten	128

III.	Berechtigung	128
1.	Subjektloses Recht	129
a)	Überblick	129
b)	Stellungnahme	130
2.	Pflicht ohne Recht	132
a)	Der Vollziehungsanspruch als erbrechtlicher Anspruch	132
b)	Stellungnahme	133
3.	Recht des Vollziehungsbefugten	133
a)	Überblick	133
aa)	Die Vollziehungsbefugnis als atypisches Forderungsrecht/forderungsähnliches Recht	135
(1)	Fehlender Vermögenswert des Vollziehungsanspruchs	135
(2)	Personenrechtliche Natur des Vollziehungsanspruchs	136
(3)	Höchstpersönlichkeit der Vollziehungsbefugnis	136
(4)	Fremdnützigekeit der Vollziehungsbefugnis	136
(5)	Treuhandfunktion des Vollziehungsanspruchs	138
bb)	Parallele zum unechten Vertrag zugunsten Dritter	139
b)	Stellungnahme	140
aa)	Unbeachtlichkeit des Vermögenswerts der Auflage	140
bb)	Kein personenrechtlicher Anspruch	140
cc)	Keine Höchstpersönlichkeit des Vollziehungsanspruchs	141
dd)	Keine Vergleichbarkeit mit dem unechten Vertrag zugunsten Dritter	141
ee)	Keine treuhänderische Funktion der Vollziehungsbefugnis gegenüber dem Begünstigten	143
ff)	Keine Fremdnützigekeit der Vollziehungsbefugnis gegenüber dem Begünstigten	144
gg)	Bedenken gegen die Zuweisung eines Substanzrechts an den Vollziehungsbefugten	144
4.	Recht des Begünstigten	146
a)	Substanzrecht unter Ausschluss der Klagbarkeit	146
b)	Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter nach Rimmelspachers Verständnis	147
c)	„Anrecht“	148
d)	Anwendbarkeit des § 330 S. 2 Alt. 1 BGB	149
e)	Stellungnahme	150
5.	Amtstheorie	151
a)	Überblick	151
b)	Stellungnahme	152
6.	Fazit	153

IV. Die Auflage als Substanzrecht des Erblassers	154
1. Ausschluss des Rechts eines anderen auf die Leistung nach § 1940 BGB	154
a) Überblick	154
b) Recht auf die Leistung	157
aa) Wortlaut	157
bb) Gesetzesmaterialien	158
cc) Gesetzesystematik	160
dd) Telos	162
ee) Existenz des § 2196 BGB	163
c) Fazit	164
2. Erfordernis eines Substanzrechts	165
a) Privatrechtliche Recht-Pflicht-Korrespondenz	165
b) Schluss vom Schutzrecht auf das Substanzrecht	165
aa) §§ 2194, 2196 BGB als Schutzrechte	165
(1) Der Vollziehungsanspruch als rechtsverwirklichendes Schutzrecht	165
(2) Der Bereicherungsanspruch als rechtsfortsetzendes Schutzrecht	166
bb) Erfordernis der Rechtsverletzung	168
cc) Schluss von den Schutzrechten auf die Existenz des Substanzrechts eines Dritten	169
3. Zusammenhang zwischen Auflage und Zuwendung	171
4. Zwischenergebnis	172
5. Widerlegung des Einwands der Untrennbarkeit des rechtsverwirklichenden Schutzrechts von dem Substanzrecht	173
6. Widerlegung des Einwands der vermeintlich fehlenden Rechtsfähigkeit des Erblassers	174
a) Keine Rechtsfähigkeit des Erblassers nach herrschender Meinung	174
b) Ausnahme nach herrschender Meinung: Postmortales Persönlichkeitsrecht	175
aa) Erweiterung des Persönlichkeitsrechts der Angehörigen („Mittelbares Schutzkonzept“)	176
bb) Zuweisung der Rechtsinhaberschaft an dem postmortalen Persönlichkeitsrecht („Unmittelbares Schutzkonzept“)	178
(1) Allgemeine Rechtssubjektivität als Minus zur Rechtsfähigkeit	178
(2) Subjektloses Recht	179
(3) Allgemeine Rechtspflicht	180
(4) Treuhänderische Zuweisung an Angehörige	181
(5) Nachwirken des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	182
(6) Unvereinbarkeit des postmortalen Persönlichkeitsschutzes mit geltendem Recht	182
(7) Postmortale (Teil-)Rechtsfähigkeit	183

c) Weitere Rechtspositionen	186
d) Fazit	188
7. Substanzrecht des Erblassers	189
8. Kein Übergang auf die Erben	190
F. Rechtsfolgen des Verständnisses der Auflage als Substanzrecht des Erblassers	192
I. Rechtsstellung des Vollziehungsbefugten	192
1. Rechtsverwirklichende Schutzrechte	193
a) Einforderungsbefugnis und Verlangenkönnen	193
b) Klage- und Vollstreckungsrecht	194
c) Einreden/Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB	194
d) Selbsthilferecht	196
e) Aufrechnung	198
f) Allgemeiner Auskunftsanspruch	199
g) Allgemeiner negatorischer Schutz des Substanzrechts	200
2. Verfügungsbeifugnis	202
a) Keine Verfügungsbefugnis über das Substanzrecht	202
b) Abtretbarkeit der Vollziehungsbeifugnis	203
aa) Meinungsstand	203
bb) Stellungnahme	204
(1) Kein Ausschluss der Übertragbarkeit nach § 400 BGB	204
(2) Kein Ausschluss der Übertragbarkeit wegen fehlenden Vermögenswerts	205
(3) Kein Ausschluss der Übertragbarkeit aufgrund der Fremdnützigkeit	205
(4) Kein Ausschluss der Übertragbarkeit aufgrund des Erblasserinteresses	206
(5) Ausschluss der Übertragbarkeit aufgrund der Rechtsnatur der Vollziehungsbeifugnis	206
c) Exkurs: Ermächtigung und Bevollmächtigung zur Geltendmachung der Vollziehungsbeifugnis	208
aa) Überblick	208
bb) Stellungnahme	209
(1) Einziehungsermächtigung	209
(2) Ausübungsermächtigung	209
(3) Gewillkürte Prozessstandschaft	210
(4) Bevollmächtigung	211
d) Verzicht auf die Vollziehungsbeifugnis	212
aa) Meinungsstand	212
(1) Unzulässigkeit des Verzichts	212
(2) Maßgeblichkeit des Erblasserwillens	213

(3) Zulässigkeit des Verzichts	214
(4) Sittenwidrigkeit des Verzichts gegen Entgelt	214
bb) Stellungnahme	215
(1) Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft	215
(2) Zulässigkeit des Verzichts	216
(a) Anwendbarkeit des § 397 BGB (Erlass)	216
(b) Möglichkeit des Verzichts auf die Vollziehungsbefugnis ..	217
(c) Kein Verzichtsverbot	219
(aa) Überblick	219
(bb) Verzichtsverbot wegen Amtsstellung	219
(cc) Verzichtsverbot wegen Fremdnützigkeit	220
(dd) Verzichtsverbot wegen Erblasserinteresses	221
(ee) Sonstige Gründe für ein Verzichtsverbot	223
(3) Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft	223
(4) Sittenwidrigkeit des entgeltlichen Verzichts	225
cc) Fazit	227
e) Pfändbarkeit der Vollziehungsbefugnis	227
3. Vererblichkeit	229
a) Meinungsstand	229
aa) Bejahung der Vererblichkeit	229
bb) Differenzierende Ansichten	229
cc) Ablehnung der Vererblichkeit	231
b) Stellungnahme	232
4. Schutz vor Vereitelung	235
a) Sittenwidrigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ..	235
b) Stellungnahme	237
5. Zusammenfassung	238
II. Rechtsstellung des Begünstigten	239
1. Rechtliches <i>nullum</i>	239
2. Bereicherungsrechtliche Leistungsbeziehungen	241
III. Rechtsstellung des Inhabers des Anspruchs aus § 2196 BGB	243
1. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 2196 BGB	243
2. Keine Beschwerung des Konditionsgläubigers	245
IV. Rechtsstellung des Erblassers	246
V. Ausschluss des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung	246
VI. Personenidentität von Vollziehungsbefugtem und Begünstigtem	248
1. Überblick über mögliche Konstellationen	249
a) Gesetzliche Personenidentität	249

b) Gewillkürte Personenidentität durch Entscheidung des Erblassers oder Abtreitung	249
c) Gewillkürte Personenidentität nach § 2193 BGB	250
2. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des KG	250
3. Entscheidung des OLG Karlsruhe	252
4. Positionen der Literatur	253
a) Zulässigkeit der Personenidentität	253
b) Maßgeblichkeit des (mutmaßlichen) Erblasserwillens	254
c) Unzulässigkeit der Personenidentität	255
5. Stellungnahme	257
a) Kein Ausschluss der Personenidentität nach § 1940 BGB	257
b) Kein Ausschluss der Personenidentität wegen Fremdnützigkeit der Voll- ziehungsbefugnis	258
c) Kein Ausschluss der Personenidentität wegen erbrechtlichen Typen- zwangs	259
d) Kein Ausschluss der Personenidentität aufgrund des „Wesens der Auf- lage“	262
e) Fazit	263
VII. Personenidentität von Bereicherungsgläubiger und Begünstigtem	263
VIII. Gestaltungsfreiheit des Erblassers	264
IX. Auflage ohne Vollziehungsbefugnis	266
G. Fazit	268
Literaturverzeichnis	269
Stichwortverzeichnis	295

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Die erbrechtliche Auflage gem. §§ 1940, 2192 ff. BGB fristet in der aktuellen juristischen Forschung ein Schattendasein.¹ Dies mag auch an der überschaubaren Zahl an höchstgerichtlichen Entscheidungen, die sich inhaltlich mit diesem Rechtsinstitut auseinandersetzen, liegen. Die spärliche gerichtliche und wissenschaftliche Befassung mit der Auflage kann entweder durch eine hohe Funktionalität des Rechtsinstituts und seine dogmatische Durchdringung bedingt sein. Die Auflage wäre in diesem Falle als außerordentlich konfliktfreies Rechtsinstitut einzustufen. Die verhältnismäßig geringe Anzahl gerichtlicher Entscheidungen könnte jedoch auch auf eine beschränkte Verbreitung dieses Rechtsinstituts schließen lassen.² In diesem Falle würde die Rechts- und Beratungspraxis die Verwendung der Auflage aufgrund ihrer strukturellen Defizite oder zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit nach Möglichkeit vermeiden.

Wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird, lässt die gesetzliche Ausgestaltung der erbrechtlichen Auflage sie in mehrfacher Hinsicht als einen Fremdkörper im deutschen Privatrechtssystem erscheinen. Dieser Umstand spricht eher für die letztgenannte Variante. Das Spezifikum der erbrechtlichen Auflage besteht nach ihrer Legaldefinition in § 1940 BGB darin, dass sie eine Pflicht des mit ihr Beschwerteten schafft, ohne dass der Erblasser zugleich einem anderen ein Recht auf die Leistung zuwendet. Die Erfüllung der Auflage kann dabei gem. § 2194 BGB von einem Vollziehungsbefugten verlangt und erzwungen werden. Dabei ist nicht nur ungeklärt, wie diese Vollziehungsbefugnis rechtlich zu qualifizieren ist, sondern auch, ob die Auflage lediglich eine isolierte Leistungspflicht des mit ihr Beschwerteten begründet oder ob eine Berechtigung an dieser Leistungspflicht besteht und bejahendenfalls, wem diese zugewiesen ist.

Anfang des 20. Jahrhunderts herrschte über die rechtliche Natur des mit Erlass des BGB frisch geschaffenen Rechtsinstituts in der juristischen Literatur noch „lebhafter Streit“³. Ein Konsens konnte indes auch im Laufe der Zeit nicht gefunden werden. Die Rechtsprechung, der einzelne Streitfragen zur Entscheidung vorlagen, trug durch eine in zentralen Fragen der rechtlichen Behandlung der Auflage uneinheitliche

¹ S. mit entsprechendem Befund zur erbrechtlichen Gestaltungspraxis Mayer, ZEV 2004, 333.

² So Mayer, ZEV 2004, 333.

³ Holthofer, Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 40 zur Vollziehungsbefugnis.

Entscheidungspraxis ebenfalls nur beschränkt zum Verständnis bei. Es hat den Anschein, dass die gegenwärtige juristische Literatur für die weiterhin offenen Fragen zur Anwendung dieses Rechtsinstituts in erster Linie interessenorientierte Lösungen vorschlägt. Wessen Position bei Interessenkonflikten unter den Beteiligten dabei der Vorrang einzuräumen ist, wird dabei sowohl dem Grunde nach als auch abhängig von der jeweils betroffenen Einzelkonstellation unterschiedlich beurteilt. In Ermangelung einer dogmatischen Durchdringung dieses zugegebenermaßen komplexen und schwer erfassbaren Rechtsinstituts wirken diese Lösungsversuche jedoch wenig vorhersehbar und nicht selten inkonsistent. Der Rechtssicherheit ist dieser Umstand naturgemäß abträglich.

Die einen Dritten begünstigende Auflage stellt sich in entscheidender Hinsicht, der rechtlichen Durchsetzbarkeit, als dem Vermächtnis strukturell unterlegenes Rechtsinstitut dar. Denn sie verschafft dem Begünstigten kein Forderungsrecht. Es bestehen jedoch genuine Anwendungsfelder für die Auflage und auch entsprechende Bedürfnisse der Praxis, die mit keinen anderen erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten befriedigt werden können. So lässt sich allein mit der Auflage eine eigenständige und erzwingbare Pflicht des Erben oder Vermächtnisnehmers begründen, die nicht in der Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen Dritten besteht. Zwar kann der Erblasser auch durch Anordnung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung einen Verhaltensanreiz für den Erben oder Vermächtnisnehmer schaffen, jedoch betrifft eine solche Gestaltung unmittelbar den Erwerb bzw. Verlust der Zuwendung und schafft vor allem auch keine erzwingbare Pflicht des Betroffenen. Vor diesem Hintergrund sind die Unklarheiten über die Rechtsnatur der Auflage und die daraus resultierenden offenen Fragen zu ihrer Behandlung besonders misslich.

II. Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Mit dieser Arbeit soll der Versuch unternommen werden, die strukturellen Grundlagen der Auflage herauszuarbeiten, um in einem zweiten Schritt die in der Praxis und im Schrifttum diskutierten Einzelprobleme einer stringenten Lösung zuführen zu können. Dadurch soll auch ein Beitrag zur Praxistauglichkeit der Auflage geschaffen werden, die momentan unter der Unvorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen über Einzelprobleme leidet.

Der historische BGB-Gesetzgeber konnte bei der Kodifikation der Auflage auf ein bereits existierendes Rechtsinstitut und insbesondere auch auf umfangreiche Vorarbeiten der Rechtsglehrten des 19. Jahrhunderts zurückgreifen. Nach einer kurzen Einführung in den methodischen Wert der historischen Auslegung sollen daher zunächst die römisch-rechtlichen Grundlagen des sogenannten *modus* kurz dargestellt werden. Anschließend werden die Rezeption des *modus* in der Pandektenlehre und die verschiedenartigen Theorien zu seiner Rechtsnatur beleuchtet. Dies dient dem Ziel, untersuchen zu können, inwieweit der historische Gesetzgeber sich bei

Schaffung der heutigen §§ 1940, 2192 ff. BGB der historischen Vorbilder bedient hat oder ob er mit der erbrechtlichen Auflage des BGB ein gänzlich neues Rechtsinstitut gestaltet hat.

Um ein Verständnis der systemfremd anmutenden Struktur der Auflage gem. § 1940 BGB zu ermöglichen, wird im Anschluss zunächst das herkömmliche Verständnis der Grundlagen des geltenden Privatrechtssystems kurz dargestellt und untersucht, ob diese tradierte Konzeption in Anbetracht der gegen sie vorgebrachten Einwände weiterhin zu überzeugen vermag. Dabei wird auch ein Augenmerk auf das für ein Strukturverständnis der Auflage elementare Verhältnis von Rechtsposition zu Rechtsschutz, von Pflicht zu Recht, von Anspruch zu Forderung gelegt werden. Vor diesem Hintergrund werden die verschiedenen Theorien, die zu der Rechtsnatur der Auflage nach geltendem Recht vertreten werden, dargestellt und kritisch untersucht. Anschließend wird ein eigenes Konzept entwickelt. Dieses wird darauffolgend zur Lösung der unterschiedlichen Problemkonstellationen angewandt.