

61. Muß, um gegenüber einer letztwilligen Verfügung des überlebenden Ehegatten den Anspruch auf den Wert des Schicht- und Pflichtteils nach § 10 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw., vom 16. April 1860 geltend machen zu können, das Kind, wenn es Erbe geworden ist, die Erbschaft ausschlagen?

Preussisches Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Nees, Essen und Duisburg, vom 16. April 1860 (G. S. 165) in der Fassung des Art. 48 §§ 3 bis 8 des Preuß. N. G. z. B. G. B. § 10. G. G. z. B. G. B. Art. 213. B. G. B. § 2306.

IV. Zivilsenat. Urf. v. 1. Februar 1940 i. S. S. (Rl.) w. S. u. a. (Wefl.). IV 112/39.

I. Landgericht Essen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Kläger und die ursprünglich zehn Beklagten sind die Kinder der verstorbenen Eheleute Tiefbauunternehmer Franz und Sophie S. Diese haben im Jahre 1875 die Ehe geschlossen und ihren ersten ehe-

lichen Wohnsitz in Essen genommen, so daß sich ihre güterrechtlichen Verhältnisse nach dem Gesetz über die westfälische Gütergemeinschaft vom 16. April 1860 bestimmen. Der Ehemann H. ist im Jahre 1919 gestorben. Seine Frau setzte mit ihren elf Kindern, den Parteien dieses Rechtsstreits, die Gütergemeinschaft fort. Im September 1937 ist auch die Ehefrau H. gestorben. Sie hat ein Testament hinterlassen, in dem sie über die Erbeinsetzung selbst nichts bestimmt hat. Erben sind daher ihre elf Kinder zu gleichen Teilen geworden. Sämtliche Kinder haben die Erbschaft nach ihren Eltern angenommen. Der Nachlaß, der im wesentlichen aus Grundstücken besteht, ist noch ungeteilt. Das Testament der Witwe H. enthält jedoch verschiedene Anordnungen, durch die teils die gesamten, teils einzelne Erben in der freien Verfügung über ihre Anteile beschränkt und beschwert werden. Im einzelnen ist insbesondere folgendes angeordnet: „Hierdurch bestimme ich, Erbesuntertätigebene, daß von meinen Grundstücken, meinen Häusern, sowie von meiner Ringofenziegelei nichts verkauft noch verchenkt werden kann, ohne daß sieben von meinen Kindern damit einverstanden sind.“ Das Testament enthält weiter Anordnungen über auszugleichende Vorempfänge einzelner Miterben, Bestimmungen über die Nachlassschulden, über die Verwaltung der Ringofenziegelei, über die Fortführung des Haushalts, die Einräumung eines unentgeltlichen Wohnrechts für einen der Miterben sowie die Aussetzung einiger Vermächtnisse. Am Schluß heißt es dann: „Zur Ausführung dieses meines letzten Willens bestimme ich meine Tochter, Friedchen H., jetzige Frau Medizinalrat Dr. G. Ihre Brüder wollen ihr dabei behilflich sein.“

Der Kläger ist der Ansicht, durch dieses Testament seiner Mutter, und zwar insbesondere durch die angeordnete Testamentsvollstreckung und die Bindung der Veräußerung von Grundstücken an die Zustimmung von 7 der 11 Miterben, sei er in seiner Stellung als Miterbe unzulässig beschränkt und beschwert und in seinem Schicks- und Pflichtteilsrecht verletzt. Er berechnet unter Zugrundelegung einer Nachlassmasse von 220 000 RM. den ihm zustehenden Schicks- teil auf mindestens 10 000 RM. und den Pflichtteil auf mindestens 5 000 RM. Mit der Klage hat er einen Teilbetrag seiner Forderungen geltend gemacht und zunächst beantragt, die sämtlichen Beklagten als Erben der Eheleute Franz und Sophie H. zur Zahlung von 10 000 RM. nebst Zinsen an ihn, ferner die Beklagte

zu 4 als Testamentvollstreckerin zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die ihrer Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände zu verurteilen. Hilfsweise, nämlich für den Fall, daß das Gericht die seinen Schicht- und Pflichtteil beeinträchtigenden Testamentanordnungen für unwirksam erachten sollte, hat der Kläger beantragt, die Beklagten — die Beklagte zu 4 auch als Testamentvollstreckerin — zu verurteilen, die Zwangsversteigerung der Grundstücke zwecks Teilung und Auseinandersetzung unter den Miterben zu dulden.

Die Beklagten zu 9 und 10 haben den ersten Klageantrag anerkannt und sind demgemäß durch Anerkenntnisurteil verurteilt worden. Die übrigen Beklagten haben um Klageabweisung gebeten.

Das Landgericht hat den vom Kläger geltend gemachten Pflicht- und Schichtteilsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Beklagten haben Berufung eingelegt und ihren Antrag auf Klageabweisung aufrechterhalten. Der Kläger hat im Wege der Anschlußberufung seinen Klageantrag erweitert und nunmehr beantragt, die Beklagten unter Vorbehalt der Beschränkung auf die Erbenhaftung als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 12200 RM. nebst Zinsen als Schichtteil und 6100 RM. nebst Zinsen als Pflichtteil zu zahlen, die Beklagte zu 4 in ihrer Eigenschaft als Testamentvollstreckerin zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die ihrer Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände wegen der genannten Beträge zu verurteilen. Er hat auch seinen Hilfsantrag aufrechterhalten. Das Berufungsgericht hat der Berufung stattgegeben und die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers blieb erfolglos.

Gründe:

Das Berufungsgericht hat zunächst geprüft, ob das Testament der Witwe H. im vollen Umfange wirksam sei, und diese Frage in Übereinstimmung mit dem Landgericht bejaht. Die Verfügung der Witwe H. beziehe sich nicht nur auf die ihr gehörende Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens, sondern erfasse das ganze Gesamtgut, also auch die mit dem Tode des Ehemanns bereits den Kindern zu Eigentum angefallene andere Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens. Gegen eine derartige letztwillige Verfügung des Über-

lebenden sei im Hinblick auf § 10 Abs. 4 des Gesetzes über die westfälische Gütergemeinschaft vom 16. April 1860 weder grundsätzlich noch nach den einzelnen von der Erblasserin getroffenen Bestimmungen etwas einzuwenden. An der Rechtsprechung des früheren 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm sei festzuhalten, wonach der überlebende Ehegatte auf Grund des § 10 Abs. 4 für die Nachfolge der unabgesonderten Kinder in das gesamte gütergemeinschaftliche Vermögen alle Anordnungen treffen könne, die überhaupt in einer letztwilligen Verfügung getroffen werden könnten. Unentschieden könne bleiben, ob der Kläger durch das Testament der Mutter in seinem Schicht- und Pflichtteilsrechte verletzt sei, da die Wirksamkeit der testamentarischen Bestimmung dadurch auf keinen Fall berührt werde. Aus der Wirksamkeit des Testaments ergebe sich ohne weiteres, daß jedenfalls der Hilfsantrag des Klägers unbegründet sei. Das gleiche gelte aber auch von dem Hauptantrage.

Für den Pflichtteilsanspruch sei entscheidend, daß der durch eine Teilungsanordnung beschwerte Erbe — und das sei hier der Kläger — gemäß § 2306 BGB. den Pflichtteil nur verlangen könne, falls er zuvor die Erbschaft ausschlage. Da die Witwe S. nach 1900 gestorben sei, gälten hier für den Pflichtteil gemäß Art. 213 EG. z. BGB. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Zu dem Ergebnis, daß der Kläger die Erbschaft habe ausschlagen müssen, gelange man aber auch, wenn man den Begriff des Pflichtteils nicht dem Bürgerlichen Gesetzbuch entnehme, sondern lediglich nach dem Gesetz von 1860 bestimme. Dieses Gesetz übernehme den Begriff des Pflichtteils aus dem Allgemeinen Landrecht. Die Anwendbarkeit der cautela Socini — des auch der Bestimmung des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB. zugrunde liegenden Gedankens — im Gebiete des Allgemeinen Landrechts, das sie nicht ausdrücklich erwähne, sei in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt. Der Ansicht des Landgerichts, die cautela Socini sei mit dem Gesetz von 1860 unvereinbar, sei nicht zuzustimmen. Der Kläger habe die Erbschaft nach seiner Mutter nicht ausgeschlagen, sondern unstreitig angenommen. Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht abgegebene Erklärung, er wolle für den Fall, daß ihm das Gericht den Schicht- und Pflichtteilsanspruch zuerkenne, auf seine Rechtsstellung als Miterbe „verzichten“, genüge — insbesondere beim Widerspruch der Beklagten — nicht, ihn als aus der Erbengemeinschaft aus-

geschieden zu betrachten. Mithin könne er keinen Pflichtteilsanspruch geltend machen. Soweit der Kläger seine Ansprüche etwa auf § 2305 BGB. stütze, scheitere das ohne weiteres daran, daß dessen Voraussetzungen nicht vorlägen.

Für den Schichtteilsanspruch komme man zu demselben Ergebnis. Schichtteilsrecht sei das jedem Abkömmling für den Fall der Schichtung gewährte Recht auf Zuwendung des Wertes seines bisherigen Anteilsrechts an der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Schon aus dieser Begriffsbestimmung ergebe sich die Verwandtschaft des Schicht- und des Pflichtteilsrechts. Eine Verletzung des Pflichtteilsrechts treffe auch das Schichtteilsrecht, da Schichtteils- und Pflichtteilsansprüche berart eng miteinander verbunden seien, daß sie nur einheitlich gewährt oder beide zusammen verletzt werden könnten. Deshalb stehe ein Anspruch auf den Wert des Schichtteils in Geld dem Berechtigten auch dann zu, wenn ihm, wie hier dem Kläger, zwar der volle Schichtteil zugewendet, aber durch Beschränkungen und Erzhwerungen der im § 2306 BGB. bezeichneten Art belastet sei. Für eine so weitgehende Gleichstellung des Pflichtteils- und Schichtteilsrechtes spreche auch die Tatsache, daß beide Rechte in § 10 Abs. 4 des Gesetzes von 1860 für den Fall einer „*testamentarischen Disposition*“ als offenbar vollkommen gleichartig nebeneinander gestellt seien. Beim Schichtteilsrecht gelte ebenfalls der für das Pflichtteilsrecht in § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausgesprochene Grundsatz der *cautela Socini*, so daß auch hier der Berechtigte nur entweder anteilsberechtigter oder abfindungsberechtigter sein könne. Dieser Grundsatz müsse als allgemeiner Rechtsgedanke, wie er schon in der Entscheidung des Reichsgerichts RGZ. Bd. 36 S. 252ffg. für das Allgemeine Landrecht entwickelt worden sei, zur Anwendung kommen. Dem sei auch die Rechtsprechung des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm gefolgt, und ebenso behandle das ältere Schrifttum zum Gesetz von 1860 das Pflicht- und Schichtteilsrecht insoweit völlig gleich. Infolgedessen müsse auch der Schichtteilsanspruch des Klägers daran scheitern, daß er die Erbschaft nicht ausgeschlagen habe.

Die Revision ist nicht begründet.

Zunächst ist dem Berufungsrichter in seiner offenbar auch von der Revision geteilten Ansicht beizutreten, daß das Testament der Mutter der Parteien im vollen Umfange gültig ist. Die Mutter der Parteien als überlebender Ehegatte hat, wie im Berufungsurteil

dargelegt ist, in das den Kindern nach § 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 zustehende Recht eingegriffen; doch stellt sich, wie der erkennende Senat bereits früher im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Oberlandesgerichts in Hamm entschieden hat (vgl. R. G. B. Bd. 158 S. 65 flg. [S. 76/77]), die Vorschrift des § 10 Abs. 4 nicht als ein gesetzliches Verbot dar, sondern lediglich als die Zubilligung eines durch abweichende letztwillige Verfügungen nicht zu beseitigenden Anspruchs auf den Wert des Schicht- und Pflichtteils. Daraus folgt ohne weiteres, daß einerseits der von der Unwirksamkeit der Testamentsbestimmungen ausgehende Hilfsantrag des Klägers unbegründet ist, wie andererseits, daß der Kläger, wenn er die seinem Erbteil durch die letztwillige Verfügung der Mutter auferlegten Beschränkungen nicht dulden wollte, gemäß § 10 Abs. 4 den Anspruch auf den Wert des Schicht- und Pflichtteils geltend machen konnte. Daran änderte sich, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, dadurch nichts, daß die Beschränkungen auch sämtliche übrigen Kinder trafen. Entscheidend ist hier allein, ob der Kläger, um den genannten Anspruch geltend machen zu können, die Erbschaft hätte ausschlagen müssen. Dazu sei vorweg bemerkt, daß er das Ausschlagungsrecht nach dem Tode seiner Mutter nicht nur für seinen Anteil an der dieser beim Tode des Mannes zugefallenen Nachlasshälfte, sondern auch für seinen Anteil an der anderen Nachlasshälfte hatte. Diese Hälfte war allerdings nach § 7 des Gesetzes vom 16. April 1860 als Nachlaß des erstverstorbenen Ehemannes schon bei dessen Tod auf die Kinder und damit auch auf den Kläger vererbt worden. Doch ist dieses Erbrecht der Kinder im wesentlichen eine Form, da nach § 10 der überlebende Ehegatte, der mit den Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzt, nicht nur den Nießbrauch und die Verwaltung am gesamten gemeinschaftlichen Vermögen hat, sondern darüber auch gemäß § 10 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 und gemäß § 10 Abs. 4 in weitestem Umfang unter Lebenden und von Todes wegen verfügen kann. Erst mit dem Tode des Überlebenden klären sich also die Erbverhältnisse der Kinder am Gesamtnachlasse. Dem entspricht es — und das ist auch allgemein anerkannt (vgl. Böttich Die westfälische Gütergemeinschaft, Nachtrag [Ergänzungen zu § 23] Nr. 3; Welker-Schulz Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen § 200 Abs. 2 S. 394) —, daß nach dem Tode des längstlebenden Ehegatten die Kinder berechtigt sind, die Erbschaft auch des vorher-

storbenen Elternteils und daher den ganzen Nachlaß innerhalb der gesetzlichen Frist auszuschlagen.

Entgegen der Ansicht der Revision muß dem Berufungsgericht aber auch darin beigetreten werden, daß der Kläger, um den Anspruch auf den Wert des Schicht- und Pflichtteils geltend machen zu können, die Erbschaft hätte ausschlagen müssen. Daß die Ausschlagung Voraussetzung für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ist, ergibt sich, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, ohne weiteres aus § 2306 BGB., da gemäß Art. 213 GG. z. BGB. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Pflichtteil anzuwenden sind. Der vom Landgericht geäußerten Ansicht, daß sich die Bestimmung des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB. mit dem Gesetz von 1860 nicht vereinbaren lasse, ist das Berufungsgericht mit zutreffenden Gründen entgegengetreten. Voraussetzung für den Pflichtteilsanspruch war deshalb, daß der Kläger die Erbschaft ausschlug. Da er das nicht getan, vielmehr die Erbschaft angenommen hat, steht dem Kläger kein Pflichtteilsanspruch zu. Dem Berufungsgericht kann aber auch darin nicht entgegengetreten werden, daß die Ausschlagung ebenso zur Entstehung des Anspruchs auf den Wert des Schichtteils erforderlich gewesen sei. Die Revision macht dagegen vor allem geltend, der Schichtteilsanspruch sei kein Erbanspruch, der begrifflich erst durch den Tod des Erblassers entstehe, sondern er bestehe schon während der ganzen fortgesetzten Gütergemeinschaft zu Recht als Folge der rechtlichen Beteiligung des Ablömmelings an der Gütergemeinschaft als solcher. Das ist zwar insofern richtig, als dem Kinde schon ein Recht am Gesamtgute zusteht, ändert aber nichts an der Tatsache, daß das Erbverhältnis der Kinder sich endgültig erst beim Tode des überlebenden Ehegatten regelt. Das ist hier mit der Folge geschehen, daß der Kläger beim Tode der Mutter zu einem Drittel Erbe des Gesamtnachlasses geworden ist.

Mit Recht wendet das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die vom Reichsgericht in seiner Entscheidung RGZ. Bd. 36 S. 252ffg. für das Allgemeine Landrecht entwickelten Grundsätze den Rechtsatz an, daß auch hier der Berechtigte entweder nur anteilsberechtigter (also am Nachlaß beteiligt) oder nur abfindungsberechtigter, d. h. nur forderungsberechtigter, sein könne. Mangels einer Ausschlagung ist der Kläger mit dem Tode der Mutter endgültig Erbe — und zwar, wie oben erörtert, Miterbe am Gesamtnachlaß — geworden und kann

dann also auch wegen der Nachlasshälfte des vorverstorbenen Ehegatten nicht gleichzeitig noch forderungsberechtigt sein. Schon aus diesem Grunde war auch der Anspruch auf den Wert des Schichtteils von der Ausschlagung der Erbschaft abhängig. Es ist zu berücksichtigen, daß nach der Bestimmung des § 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 im Falle einer letztwilligen Verfügung das Recht des Kindes auf den Wert des Schichtteils und des Pflichtteils ersichtlich eine Einheit bildet, so daß von vornherein eine Regelung, die dem Kinde den einen Anspruch zuerkennt und den anderen versagt, als ausgeschlossen erscheint. Die Revision möchte daraus folgern, daß, da nach ihrer Ansicht für den Anspruch auf den Wert des Schichtteils eine Ausschlagung nicht erforderlich sei, dann auch keine Ausschlagung für die Erlangung des Pflichtteilsanspruchs gefordert werden könne. Das ist schon deshalb nicht haltbar, weil beim Pflichtteil die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB. eingreift. Für den Anspruch auf den Wert des Schichtteils besteht fraglos keine ausdrückliche Bestimmung. Nach den vom Berufungsgericht entwickelten allgemeinen Grundsätzen und mit Rücksicht auf die nach § 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 geltende Gleichstellung der beiden Ansprüche muß aber auch bei dem Anspruch auf den Wert des Schichtteils angenommen werden, daß Voraussetzung für ihn die Ausschlagung der Erbschaft ist. Mit Unrecht meint die Revision, den Schichtteil auszuschlagen, sei gar nicht möglich. Es handelt sich nicht um eine Ausschlagung des Schichtteils, sondern um die der Erbschaft. Erst durch ihre Ausschlagung entsteht der Pflichtteilsanspruch, von dem der Schichtteilsanspruch nicht zu trennen ist.