

36. Können die im Testamente festgesetzten Erbportionen durch Kodizill geändert werden?

III. Civilsenat. Urth. v. 12. Mai 1893 i. S. R. u. G. (Kl.) w.  
R. u. G. (Bekl.) Rep. III. 319/92.

- I. Landgericht Altona.
- II. Oberlandesgericht Kiel.

Die R.'schen Eheleute haben in ihrem 1874 errichteten korrespondierenden Testamente nach dem Tode des Verlebenden ihre ehelichen Nachkommen zu Erben des ganzen Nachlasses mit Teilung nach gesetzlicher Vorschrift berufen und in § 4 verordnet: „Etwasige Beilagen, welche wir beide oder einer von uns dieser Akte noch hinzufügen möchten, sollen ebenso rechtsgültig sein, als wenn ihr Inhalt wörtlich darin aufgenommen wäre.“ Der Ehemann hat die Ehefrau überlebt, deren Erbschaft angetreten und am 24. November 1891 vor Notar und zwei Zeugen eine sich als Testamentsbeilage bezeichnende Akte errichtet, in welcher er unter Bezugnahme auf § 4 des Testaments von den aus der Ehe hervorgegangenen sieben Kindern die fünf Beklagten zu Erben, die beiden Kläger aber nur auf den ihnen von seinem und der Mutter Nachlasse zukommenden Pflichtteil zu Erben einsetzt, einige legatarische Bestimmungen trifft, die dem Inhalte dieses Testaments entgegenstehenden Verfügungen des Testaments von 1874 aufhebt und endlich bestimmt, daß diese Akte, wenn sie als Testament nicht bestehen sollte, als Kodizill oder sonst aufrechtzuhalten sei. Die Kläger haben die Verurteilung der Beklagten zu der Anerkennung beantragt, daß die Kläger an dem Nachlasse ihrer Eltern zu gleichen Teilen mit ihnen partizipieren. Das Landgericht hat nach dem Klageantrage erkannt. Auf die Berufung der Beklagten ist die Klage abgewiesen worden. Das Reichsgericht hat auf die Revision der Kläger das Berufungsurteil aufgehoben und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

„Nach der für die Revisionsinstanz maßgebenden Feststellung des Berufungsgerichtes ist in § 4 des Testaments von 1874 dem überlebenden Ehegatten die Befugnis gewährt worden, die gemeinsam getroffene Disposition soweit zu modifizieren, als durch letztwillige Anordnungen, welche zu ihrer Gültigkeit nur kodizillare Form im Gegensaße zur Testamentsform erfordern, erreichbar ist. Konnte hiernach der überlebende Ehegatte nur kodizillare Verfügungen treffen, so ist der Ausgang des Rechtsstreites von der Beantwortung der in den Quellen nicht berührten Rechtsfrage abhängig, ob die im Testamente festgestellten Erbportionen der eingesetzten Erben durch Kodizill geändert werden können. Das Berufungsgericht bejaht diese Frage; es nimmt an, daß der überlebende Ehegatte in der Lage gewesen ist, die

eingesetzten Erben zum Teile zu Gunsten der anderen Erben mit Vermächtnissen zu belasten oder auch direkt die Erbquoten, nach denen die Erben am Gesamtnachlasse partizipierten, abweichend vom Testamente zu bestimmen; für das eine wie das andere sollte die Kodizillarform genügen. Für die zu entscheidende Frage ist es nun zunächst unerheblich, daß der überlebende Ehegatte im Kodizille auf indirektem Wege, also durch Anordnung von Singular- oder Universalfideikommissen unter Verbot des Abzuges der Quart, die von ihm beabsichtigte Beschränkung der Kläger auf den Pflichtteil erreichen konnte; denn diesen Weg hat er nicht gewählt, vielmehr direkt die Beschränkung der Kläger auf den Pflichtteil angeordnet, und nach § 2 Inst. de codicillis 2, 25 ist nicht zu bezweifeln, daß die Möglichkeit, die vermögensrechtlichen Wirkungen einer an sich nur im Testamente zulässigen Verfügung im Kodizille per fideicommissum herbeizuführen, das dem Kodizille grundsätzlich verschlossene Gebiet nicht erweitert. Die angezogene Stelle verschließt aber dem Kodizille *datio* wie *ademptio hereditatis*, *ne confundatur jus testamentorum et codicillorum*; demnach kann nach Entscheidung der Quellen im Kodizille kein Substitut ernannt und einer Erbeinsetzung keine Bedingung hinzugefügt werden; ebensowenig kann das Kodizill einem Erben, welcher im Testamente auf mehrere Erbteile berufen worden ist, einen der Erbteile nehmen. Von diesen Grundsätzen aus muß aber auch eine Änderung der testamentarischen Erbportion durch Kodizill für unzulässig erachtet werden. Ist es unzulässig, eine unbedingte Erbeinsetzung im Kodizille unter eine Bedingung zu stellen, weil hierin im Sinne des Gesetzes eine *ademptio* enthalten ist, und kann nicht bezweifelt werden, daß die unbedingte Erbeinsetzung im Kodizille auch nicht für einen Teil der dem Erben zugewiesenen Erbportion unter eine Bedingung gestellt werden darf, so erscheint es umsoweniger zulässig, dem eingesetzten Erben im Kodizille unbedingt einen Teil seiner Erbportion zu entziehen. Die Minderung der Erbportion eines Erben ist aber gleichzeitig notwendig auch *datio hereditatis* für die übrigen Erben; diese erhalten aus der Beschränkung eines Erben auf eine geringere Erbquote und somit unmittelbar aus der Verfügung des Kodizillanten in einer weiteren Quote zu ihrer Erbportion einen Zuwachs, welcher sich rechtlich als *datio hereditatis* darstellt. Dem Kodizillanten ist aber nach römischem Rechte jede Bestimmung über die direkte Erbfolge verwehrt, und ein

entgegenstehendes gemeines Gewohnheitsrecht hat sich nicht gebildet. Ist nun dem überlebenden Ehegatten nach der Feststellung des Berufungsgerichtes nur die Kodizillarbefugnis gewährt worden, so ist die zur Frage stehende, direkt in die Erbfolge eingreifende Verfügung ungültig." . . .