

39. Ist die Kodizillarklausel dem im Testamente übergangenen Noterben gegenüber auch dann wirksam, wenn derselbe erst nach Errichtung des Testaments geboren (postumus) ist?

III. Civilsenat. Ur. v. 13. März 1896 i. S. Martha K. (Bekl.) w. Stadt B. (Kl.) Rep. III. 381/95.

I. Landgericht Utona.

II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Rentier Louis K. in U. hatte in seinem im Jahre 1876 unter Beifügung der Kodizillarklausel errichteten Testamente u. a. seine geschiedene (erste) Ehefrau sowie seine Mutter als Erben eingesetzt und beiden für die Zeit nach ihrem Ableben die Stadt B. substituiert. Im Jahre 1880 wurde ihm eine außereheliche Tochter, Martha K., geboren und von ihm, nachdem er deren Mutter geheiratet hatte, als durch nachfolgende Ehe legitimiert anerkannt. Im Jahre 1893 verstarb er, ohne weitere eheliche Kinder oder letztwillige Verfügungen zu hinterlassen. Seine geschiedene Ehefrau und seine Mutter waren bereits vor ihm verstorben. Sein Nachlaß wurde daher seiner genannten Tochter, als seiner alleinigen gesetzlichen Erbin, ausgehändigt. Die Stadt B. aber machte geltend, daß das Testament von 1876 insolge

der Kobizillarklausel auch der darin nicht erwähnten Tochter und Noterbin des Verstorbenen gegenüber wirksam sei, derselben nach gesetzlicher Vorschrift nur der Pflichtteil ( $\frac{1}{3}$ ) und die Trebellianische Quart, zusammen also  $\frac{7}{12}$  des Nachlasses, zukomme, während sie die Erbteile der Ehefrau und Mutter, an deren Stelle die Stadt B. getreten sei, als Universalvermächtnis zu restituieren habe. Auf diese Restitution erhob die Stadt Klage gegen Martha K. Die in erster und zweiter Instanz ausgesprochene Beurteilung der letzteren wurde auch in der Revisionsinstanz aufrecht erhalten.

Aus den Gründen:

„Die Beklagte wendet sich, während sie im übrigen die Auslegung des Testaments durch die Vorinstanzen unangefochten läßt, lediglich gegen die Annahme des Berufungsrichters, daß die in diesem Testamente enthaltene Erbeinsetzung der ersten Ehefrau und der Mutter des Erblassers sowie die daran geknüpfte Substitution der Klägerin durch die Kobizillarklausel auch der im Testamente nicht erwähnten und erst nach dessen Errichtung geborenen Noterbin, der Beklagten, gegenüber als Universalvermächtnis aufrecht zu erhalten sei. Dieser Annahme war auch in jetziger Instanz beizutreten.

In Bezug auf die Frage, ob überhaupt die Kobizillarklausel dem übergangenen Noterben gegenüber wirke, hat sich der jetzt erkennende Senat bereits mehrfach,

vgl. Entsch. des R.G.S' in Civild. Bd. 11 S. 230 ff., in Übereinstimmung mit der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Ansicht,

vgl. die a. a. O. gegebenen Citate, dahin ausgesprochen, daß nach Nov. 115 die Übergehung eines Noterben die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat, daß aber kraft der ihm beigefügten Kobizillarklausel die nach Vorschrift der Novelle nichtige Erbeinsetzung als ein dem Intestaterben auferlegtes Universalvermächtnis aufrechtzuerhalten ist.

Geht man hiervon aus, dann liegt kein ausreichender Grund vor, zu Gunsten eines nach der Testamenterrichtung geborenen oder dem Testator bekannt gewordenen Noterben eine Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatz zu machen. Allerdings ist gerade diese Frage in älterer wie in neuerer Zeit in Rechtslehre und Rechtsprechung

streitig gewesen<sup>1</sup> und für die Ansicht, daß jedenfalls zu Gunsten nachträglich geborener oder bekannt gewordener Noterben eine Ausnahme zu machen sei, namentlich geltend gemacht worden, es könne nicht angenommen werden, daß der Erblasser auch solche Noterben mit in den Bereich seiner Erwägung habe ziehen und ihnen durch die Kobizillarklausel etwas von ihrem Rechte habe nehmen wollen.

Vgl. Francke, Das Recht der Noterben S. 419.

Allein diese Auffassung findet in den bei dieser Frage maßgebenden Quellen des römischen Rechtes keinen Anhalt. Für das Gegenteil spricht zunächst schon die l. 24 § 11 Dig. de fideic. libert. 40, 5, wonach in dem Falle, wenn ein Testament durch agnatio postumae rumpiert ist, doch die Vermächtnisse bestehen bleiben sollen, welche der Testator (durch die Kobizillarklausel) auch seinen gesetzlichen Erben aufgelegt hat („neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit“). Entscheidend ist aber die bereits vom Landgerichte angeführte l. 3 pr. § 1 Dig. de jur. cod. 29, 7. Danach sollen die mit der allgemeinen Formel: „quisquis mihi heres erit, ejus fidei committo“ errichteten Intestatkobizille auch von einem nachgeborenen Noterben geleistet werden, weil angenommen werden müsse, daß auch dieser von dem Erblasser als ein mit in Betracht kommender Erbe ins Auge gefaßt worden sei. (Sed et si post codicillos factos natus quis esset proximus agnatus vel suus heres, fideicommissum praestari debet;

<sup>1</sup> Für die Wirksamkeit der Kobizillarklausel gegenüber dem übergangenen postumas: Donellus, Comm. ad Auth. Ex causa u. Non. licet Cod. de lib. praeterit.; Faber, de error. pragm. Dec. 20 err. 7; Fein in Glüd's Pandekten-Komm. Bb. 45 S. 355; Degener in der Zeitschr. für Civilrecht u. -Proz. Bb. 18 S. 410; Brinz, Pand. 2. Aufl. Bb. 3 S. 115 Anm. 15. — Dagegen: Bartolus, ad leg. 1 Dig. de jur. cod. Nr. 16 ad Auth. ex caus. Cod. de lib. praet.; Gail, obs. lib. II obs. 114 §§ 8. 59 a; Strjfl, Us. Mod. lib. XXIX tit. 7 §§ 12—14; Hellsfeld, opusc. jur. priv. Nr. XVIII § 26 i. f.; Francke, Das Recht der Noterben S. 418; Thibaut, Syst. des Pandekten. § 955 Note m; Windscheid, Pand. Bb. 3 § 631 Note 11. Ferner noch: Wangerow, Pand. 7. Aufl. § 527 Anm. 2, 1b a. G.; Rosshirt, Vermächtn. Bb. 1 S. 50. 56. 58; Mayer, Die Lehre von den Legaten u. Fideikommissen § 26; — die letztgenannten drei jedoch mit Beschränkung der Unwirksamkeit auf den Fall, daß der Erblasser nachweisbar aus irrigen Gründen die spätere Erscheinung eines postumas nicht für möglich hielt und bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes anders verfügt haben würde, ein Fall, der oben nicht vorlag und nicht entschieden worden ist. D. E.

intellegitur enim is quoque heres scriptus et ideo non perinde habendus est, ac si rupisset codicillos.)

Vgl. auch l. 9 Dig. de leg. III.

Was hier von einem reinen Intestatkodizille bestimmt ist, muß, wie Fein in Glück's Kommentar Bd. 45 S. 358 flg. mit Recht bemerkt, folgerichtig auch von einem Testamente gelten, welches kraft der Kodizillarklausel als Kodizill ins Leben tritt. Denn wenn der Erblasser die Kodizillarklausel hinzufügt, so heißt dies in Bezug auf Vermächtnisse nichts weiter, als: „wer später irgend mein Erbe wird, soll diese Fideikommiße prästieren“; er verfügt eben für alle möglichen Fälle. Ob er hierbei speziell an die Möglichkeit des Auftretens eines ihm zur Zeit noch unbekanntem Noterben gedacht hat, ist gerade so gleichgültig, wie es in den oben angeführten Digesten-Stellen (von Ulpian und Julian) stillschweigend für gleichgültig erklärt worden ist. Gerade diesen Stellen gegenüber, welche ganz ähnliche Fälle behandeln, läßt sich auch der von den Vertretern der gegenteiligen Ansicht gemachte Einwand: es würde gegen des Erblassers Willen sein, auch im Falle des Auftretens eines später geborenen oder bekannt gewordenen Noterben die Kodizillarklausel als beigefügt anzusehen und auf Grund derselben das Testament als Kodizill bestehen zu lassen,

vgl. Franke, a. a. D. S. 420,  
nicht aufrecht erhalten.

Nach den vorerwähnten römisch-rechtlichen Vorschriften muß also im vorliegenden Falle die Erbeseinsetzung der ersten Ehefrau und der Mutter des Erblassers sowie die nach deren Ableben in Betracht kommende Substitution der Klägerin auf Grund der mehrerwähnten Klausel, auf welche sich die Klägerin von Anfang an berufen hat, als Universalvermächtnis in Kraft bleiben; es bedarf daher keines Eingehens auf die weitere Erwägung der Vorinstanz, daß auch nach den Umständen des vorliegenden Falles eine gleiche Absicht des Testators anzunehmen sei, indem er das Testament vom Jahre 1876 auch nach der späteren Geburt und Legitimation seiner Tochter, der Beklagten, unverändert habe fortbestehen lassen.

Vgl. Franke, a. a. D. S. 421; Fein, a. a. D. S. 362.“ . . .