

62. 1. Tritt bei dem Fideikommiß des Überrestes der Wert veräußerter Nachlasssachen, soweit solcher beim Eintritt des Substitutionsfalles in dem Vermögen des Fiduziars noch vorhanden, dergestalt an die Stelle der Sachen, daß er dem Restitutionsanspruche des Fideikommissars unterliegt?

2. Ist die letztwillige Verfügung des Fiduziars über ein Stück des beschwerten Nachlasses zu Gunsten eines Dritten dem Fideikommissar gegenüber auch dann ungültig, wenn sich der Fiduziar durch Vertrag zu derselben verpflichtet hatte?

N.O.N. I. 12. §. 468.

I. Hilfssenat. Urt. v. 4. April 1882 i. S. F. D. (Bekl.) w. F. G.
u. dessen Kinder (Kl.). Rep. IVa. 41/82.

- I. Landgericht Schweidnitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Fabrikant H. setzte in einem mit seiner Ehefrau errichteten wechselseitigen Testamente diese zu seiner Erbin ein und substituierte ihr auf dasjenige, was bei ihrem Tode von seinem Nachlasse noch vorhanden sein werde, seine Pflegetochter Auguste H. Letztere verheiratete sich nach dem Tode des Erblassers mit dem Kläger F. G., und dieser erhielt bald nach der Verheirathung von der Witwe des Erblassers, welche die Erbschaft ihres Mannes angetreten hatte, 5 000 Thlr. Nach dem hiernächst erfolgten Tode der fideikommissarischen Erbin entstand zwischen ihrem Witwer (dem Kläger G.) und der Witwe H. Streit über den Rechtsgrund der Hingabe der 5 000 Thlr., welcher durch Vergleich vom Jahre 1867 dahin geschlichtet wurde, daß davon 3 000 Thlr. als Mitgift der Auguste H., 2 000 Thlr. aber als ein ihrem Ehemanne — dem Kläger — gegebenes, erst nach dem Tode der Witwe H. rückzahlbares Darlehn angesehen werden sollten. Alsdann verstarb — am 29. Oktober 1876 — die Witwe H. mit Hinterlassung eines am 26. Februar 1874 errichteten Testaments, in welchem sie den Beklagten D. zum Erben ihres Nachlasses, soweit solcher nicht von ihrem Ehemanne herrühre, einsetzte und die vorerwähnte Darlehnsforderung der Ehefrau des Beklagten und deren drei Schwestern mit der Bestimmung vermachte, daß der Beklagte zur Einziehung der Forderung und deren Verteilung an die Vermächtnisnehmerinnen ermächtigt sein solle. Infolge der Aufforderung des Beklagten zahlte Kläger die geschuldeten 2 000 Thlr. nebst den Zinsen seit dem Todestage der Witwe H. an jenen, angeblich in der irrthümlichen Meinung, daß die fragliche Forderung zum Nachlasse der Witwe H. gehöre. In dem gegenwärtigen Prozesse beanspruchen Kläger und dessen durch ihn vertretene Kinder, als Erben der Fideikommissarin Auguste H., von dem Beklagten, als Erben der Witwe H., die Restitution der gezahlten Summe mit der Behauptung, daß die Forderung von 2 000 Thlr. zu dem mit der Substitution beschwerten Nachlasse des Fabrikanten H. gehört habe, weil dieselbe durch Geld erworben sei, welches die Witwe H. aus dem Verkaufe eines zum Nachlasse ihres Ehemannes gehörigen Grundstückes

gelöst habe. Der Beklagte bestritt dies und wendete eventuell ein, daß sich die Witwe H. durch einen mit ihm im Jahre 1869 geschlossenen und seinerseits bis zum Tode derselben erfüllten Verpflegungsvertrag verpflichtet habe, die mehrgedachte Forderung ihm, bezw. — nach einem späteren Abkommen — seiner Ehefrau und seinen Schwägerinnen lektwillig zuzuwenden. — Der erste Richter legte dem klagenden Vater einen Eid über die vorstehend erwähnte, zur Begründung der Klage aufgestellte Behauptung und für den Fall der Ableistung desselben dem Beklagten einen Eid über den Abschluß und die seinerseitige Erfüllung des eingewendeten Abkommens auf und wies für den Fall der Ausschwörung des letzteren die Klage ab. Die Kläger appellierten, weil nicht für den Fall der Ableistung des ersten Eides der Beklagte ohne weiteres verurteilt sei, und dieser Beschwerde gemäß erkannte auch der Appellationsrichter, indem er den Einwand des Beklagten für rechtlich unbegründet erachtete. Auf die vom Beklagten eingelegte Revision ist das zweite Urteil bestätigt aus folgenden

Gründen:

„Die von dem Beklagten eingelegte Revision ist zwar dem Gegenstande nach zulässig, aber nicht begründet.

Was zunächst die rechtliche Qualifizierung der vorliegenden Klage anlangt, so ist solche zweifellos nicht die *condictio indebiti*, welche nur dem klagenden Vater für seine Person zugestanden haben würde, sondern, wie aus dem Sachvortrage der Kläger und dem von ihnen gestellten Antrage klar hervorgeht, die persönliche Klage auf Restitution des Fideikommisses, zu welcher sie, als Erben der Substitutin, gegen den Beklagten, als Erben der erstberufenen Erbin des Fabrikanten H., unbedenklich berechtigt sind (A.L.R. I. 12. §. 467; Striethorst, Archiv Bd. 65 S. 41 flg.; Göppert, Lehre vom Miteigentume S. 123; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 3 §. 159). Die Frage, ob sich das Recht des Substituten in diesem persönlichen Anspruche erschöpft, kann hier auf sich beruhen, da es sich um einen Geldanspruch handelt, welcher seiner Natur nach in der Regel nur ein persönlicher sein kann.

Hieraus ergibt sich zugleich die vom Beklagten in zweiter Instanz bemängelte Passivlegitimation. Denn derselbe wird nicht als Besitzer eines zum Fideikommiß gehörigen Vermögensstückes, sondern als Rechtsnachfolger des Fiduziars auf Herausgabe dessen in Anspruch genommen, was er nach eingetretenem Substitutionsfalle dem Fideikommiße durch

eine eigene — nach der Behauptung der Kläger unberechtigte — Verfügung entzogen hat. Dieses Anspruches kann er sich nicht durch den Nachweis erwehren, daß er das erhobene Geld in Gemäßheit der Vorschrift des Testamentes der Fideuziarerin an die dazu berechtigten Legatäre ausgezahlt habe. Denn diese Verwendung berührt sein Rechtsverhältnis zu den Klägern an sich nicht, da er nicht behauptet hat, bei der Einziehung des fraglichen Aktivums namens der Legatäre und nicht in eigenem Namen gehandelt zu haben; und ebensomenig ergibt sich daraus die Unmöglichkeit der von ihm geforderten Leistung.

In dieser Sach- und Rechtslage ist auch dadurch nichts geändert, daß der klagende Vater selbst der Zahlende gewesen ist und durch diese Zahlung dazu mitgewirkt hat, daß die angeblich zur fideikommissarischen Erbschaft gehörige Forderung derselben entzogen ist. Daß er hierdurch den Rechten seiner Kinder, in deren Vertretung er bei der Zahlung seiner persönlichen Schuld nicht gehandelt hat, nichts hat vergeben können, ist einem Zweifel nicht unterworfen. Aber auch seine eigenen Anrechte an der fraglichen Forderung (bezw. deren Erlöse) hat er dadurch nicht eingebüßt, zumal er unverkennbar in der irrthümlichen Meinung gehandelt hat, daß dies Aktivum zum Nachlasse der Witwe H. gehöre und deshalb der Verfügung des Beklagten anheimgefallen sei. Und dieser Irrtum würde die Annahme eines Verzichtes oder einer beabsichtigten Rechtsübertragung selbst dann ausschließen, wenn den formellen Erfordernissen dieser Rechtsakte genügt wäre. Die Sache liegt also zwischen den Parteien rechtlich nicht anders, als wenn der Beklagte eine zum Nachlasse des Fabrikanten H. gehörige Forderung von einem dritten Schuldner eingezogen hätte. Nur insofern könnte ein Unterschied obwalten, als Kläger in letzterem Falle vielleicht noch einen Anspruch gegen den zahlenden Dritten haben würden, von welchem vorliegend, wenigstens auf Seiten des Erstklägers, nicht die Rede sein kann.

Für die Klagebegründung ist hiernach entscheidend, ob die fragliche Darlehnsforderung zur Zeit des Todes der Witwe H. noch zu der mit der Beschränkung der fideikommissarischen Substitution belasteten Erbschaft ihres Mannes gehörte. Lediglich hierauf und nicht auf ein Anrecht der fideikommissarischen Erbin an dem eigenen Nachlasse der Witwe H. ist die Klage gestützt, und es muß daher unerörtert bleiben, ob ein solches Anrecht, wie es der Appellationsrichter ohne entsprechende Parteibehauptung unterstellt, wirklich besteht. . . . Es ist aber mit den

Vorderrichtern die Zugehörigkeit der Forderung zu dem Nachlasse des Fabrikanten F. unter Voraussetzung der Richtigkeit des klägerischen Vorbringens zu bejahen. Die Meinung derjenigen Schriftsteller, welche leugnen, daß bei dem Fideikommiß des Überrestes die Surrogate veräußerter Nachlasssachen an deren Stelle zu treten vermögen, gründet sich allein darauf, daß die Regel: *pretium succedit in locum rei etc.* im preuß. Rechte nicht anerkannt sei (vgl. Gruchot, *Erbrecht* Bd. 2 S. 107; Förster, *Theorie* 2c Bd. 4 §. 275 Note 36). Allein dieser Grund ist nicht durchschlagend. Denn eine allgemeine Regel des angegebenen Inhaltes war, was jetzt wohl kaum bestritten wird, auch dem römischen Rechte fremd (vgl. Wangerow, *Pandekten*, 7. Aufl. Bd. 1 S. 107 flg.; Göppert, *Zur Lehre vom Miteigentume* S. 110 flg.), und gleichwohl hat sie dort nicht nur bei der Feststellung des Gegenstandes der Erbschaftsklage (vgl. Windscheid, *Pandekten* Bd. 3 S. 258), sondern auch in besonderer Beziehung auf den Fall des Fideikommißes des Überrestes unzweifelhafte Anwendung gefunden (vgl. l. 70 §. 3; l. 71; l. 72 *Dig. de legatis* II).

In der That entspricht dieselbe sowohl dem Begriffe der Erbschaft als eines Vermögensbegriffes (*U. R. M.* I. 2. §§. 33 flg. und I. 9. §§. 350. 351), innerhalb dessen, zumal in einem längeren Zeitraume, naturgemäß ein Wechsel der einzelnen, darin enthaltenen Gegenstände eintritt, als auch, worauf Dernburg (*Preuß. Privatrecht* Bd. 3 S. 441) mit Grund hinweist, der vermutlichen Absicht des Testators, welche bei Anordnung einer derartigen Substitution nicht füglich eine andere sein kann, als dem Substituten in dem bestimmten Falle diejenigen erbchaftlichen, d. h. aus der Erbschaft herrührenden, Vorteile zuzuwenden, in deren Besitz sich zu jenem Zeitpunkte der Haupterbe noch befunden hat. In der Beschränkung der Substitution auf den Überrest liegt keineswegs ein Ausdruck des Willens, daß es auf die Identität der Nachlasssachen mehr ankommen solle, als bei der gewöhnlichen fideikommissarischen Substitution. Wenn also bei der letzteren, wie nicht bezweifelt wird, vgl. Gruchot, a. a. O. Bd. 2 S. 91 flg.; Dernburg, a. a. O. Bd. 3 S. 437 Note 6,

der Substitut an Stelle veräußerter Nachlassgegenstände deren Erlöse von dem Fiduziar beanspruchen kann, so ist kein Grund ersichtlich, warum nicht dem auf den Überrest Substituierten der nämliche Anspruch unter der Voraussetzung zustehen sollte, daß sich der Erlös bei Eintritt des

Substitutionsfalles noch im Vermögen des Fiduziars vorfindet. Aus der im letzteren Falle dem Fiduziar eingeräumten ausgedehnten Verfügungsmacht folgt nur, daß der Substitut keine weitergehenden Ansprüche (also namentlich keinen dinglichen Anspruch gegen den dritten Besitzer der veräußerten Sache und keinen Entschädigungsanspruch gegen den Fiduziar) hat, nicht aber, daß ihm auch jener auf das Vorhandene beschränkte Anspruch nicht zustehe. Es ist eben bei jeder einzelnen Verfügung, welche der Fiduziar über erbchaftliche Gegenstände getroffen hat, zu prüfen, ob und inwiefern solche zu einer effektiven Verminderung der Erbschaft (vgl. I. 70 §. 3 Dig. de leg. II) geführt oder nur einen Austausch von Vermögensobjekten zur Folge gehabt hat. In der veränderten Anlegung des ererbten Vermögens für sich ist aber eine Verminderung desselben nicht zu finden.

Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 65 S. 43 flg.

Und ein Fall dieser Art liegt hier vor, wenn durch Ableistung des dem klagenden Vater auferlegten Eides festgestellt wird, daß die Fiduziarerbin den Preis des verkauften Nachlaßgrundstückes in Höhe der streitigen 6000 *M* nicht verzehrt, sondern bis zu ihrem Tode verzinslich angelegt und intakt hinterlassen hat. Übrigens hat schon der Appellationsrichter mit Recht darauf hingewiesen, daß die Regel: „pretium succedit in locum rei“ in einigen Fällen der Erbschaftsklage, bezw. vindikation auch im allgemeinen Landrechte ausdrückliche Anerkennung gefunden hat (A.L.R. I. 9. §. 498, II. 18. §. 847), und es liegt kein Grund vor, namentlich in der erstgedachten Vorschrift eine Singularität zu erblicken, welche nicht auf andere Fälle des Anspruches auf Herausgabe eines Nachlasses anwendbar wäre. Was das Beweisergebnis anlangt, so ist dasselbe vom ersten Richter zutreffend gewürdigt und in Bezug hierauf in den folgenden Instanzen erhebliches nicht vorgebracht.

Demnach kommt es nur noch auf den Einwand des Beklagten an, daß die Witwe *H.* bereits in gültiger Weise über die fragliche Darlehnsforderung verfügt habe. Auch dieser muß indes mit dem Appellationsrichter verworfen werden. So viel ist außer Zweifel, daß die letztwillige Verfügung der Witwe *H.* zu Gunsten der Ehefrau des Beklagten und deren Schwestern für sich den Klägern nicht entgegen gesetzt werden kann (A.L.R. I. 12. §. 468). Der Beklagte glaubt aber die Gültigkeit dieser Verfügung auch gegenüber den Klägern daraus herleiten zu können — und der erste Richter ist ihm hierin beigetreten —

daß die Witwe H. zu derselben durch den mit ihm abgeschlossenen Verpflegungsvertrag verpflichtet gewesen sei, mithin nicht eine reine Disposition von Todes wegen, sondern die Erfüllung eines Vertrages unter Lebenden vorliege. Allein auch diese Argumentation ist hinfällig. Denn eine vertragliche Aussetzung eines Vermächtnisses läßt sich nur in der Gestalt eines Erbvertrages denken, welcher, als letztwillige Verfügung, gleichfalls zu den nach §. 468 a. a. D. dem Fiduziar untersagten Geschäften gehört und dessen Form hier nicht beobachtet ist; jedes andere, auf letztwillige Zuwendung gerichtete Abkommen erzeugt, weil gegen den Grundsatz der Testierfreiheit verstößend, keine rechtliche Gebundenheit unter Lebenden und das in Gemäßheit desselben ausgeetzte Vermächtnis bleibt dessenungeachtet Vergabung von Todes wegen (A.L.R. I. 12. §. 10; Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 334 flg.; Dernburg, a. a. D. Bd. 3 S. 476 Note 6; Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 31 S. 402). Das vom ersten Richter konstruierte Mittel Ding zwischen Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen hat keine juristische Existenz und enthält einen inneren Widerspruch, weil die — abgesehen von dem Erbvertrage — absolut freie letztwillige Anordnung ihrem Begriffe nach nicht Teil eines onerosen Geschäftes unter Lebenden sein kann, zu welchem sie in einem ausschließenden Gegensatze steht. Es könnte daher nur noch in Frage kommen, ob etwa das Vorbringen des Beklagten dahin zu deuten sei, daß er schon bei Lebzeiten der Witwe H. ein erzwingbares Recht auf Übereignung der in Rede stehenden Forderung an sich oder an die von ihm als Empfänger bezeichneten Legatäre erlangt habe, dergestalt, daß nur die Realisierung dieses Rechtes bis zum Tode der Witwe H. hinausgeschoben wäre.

Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 16 S. 234.

Denn wäre dies der Fall, so würde daraus, trotz der nicht erfolgten formellen Abtretung jener Forderung, ein Einwand gegen die Klage wohl hergenommen werden können nach der Rechtsregel, daß derjenige nicht mit Erfolg fordern darf, welcher das Geforderte demnächst an den Gegner zurückgeben müßte. Indes auch von diesem Gesichtspunkte aus ist der Einwand des Beklagten nicht zu begründen. Zuwörderst nämlich lassen die eigenen Ausführungen des Beklagten eine dahin gehende Auffassung nicht zu.“...