

**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](mailto: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

<b>A. Einleitung</b> .....	17
I. Problemaufriss .....	17
II. Zielsetzung und Gang der Untersuchung .....	18
<b>B. Rechtshistorische Grundlagen der Auflage</b> .....	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
<b>IV. Der <i>modus</i> in den Partikularrechtsordnungen .....</b>	<b>60</b>
1. Allgemeines Preußisches Landrecht .....	60
2. Bayerische und hessische Entwürfe .....	61
3. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch .....	62
<b>V. Die Auflage in der Entstehungsgeschichte des BGB .....</b>	<b>63</b>
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
<b>VI. Fazit .....</b>	<b>82</b>
<b>C. Struktur des Privatrechts .....</b>	<b>83</b>
<b>I. Privatrecht als System der Zuweisung .....</b>	<b>83</b>
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
 <b>D. Struktur der Auflage nach abweichenden Privatrechtskonzeptionen</b> .....	123
I. Imperativentheorie .....	123
II. Normsetzungstheorie .....	123
III. Lehre vom Institutionenschutz .....	125
IV. Fazit .....	126
 <b>E. Struktur der Auflage im Privatrechtssystem nach herkömmlichem Verständnis</b> .....	127
I. Überblick .....	127
II. Verpflichtung des Beschwertern .....	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)	Gesetzessystematik . . . . .	160
dd)	Telos . . . . .	162
ee)	Existenz des § 2196 BGB . . . . .	163
c)	Fazit . . . . .	164
2.	Erfordernis eines Substanzrechts . . . . .	165
a)	Privatechtliche 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 rechtsverwirklichen 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 Rechtpflicht . . . . .	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
<b>F. Rechtsfolgen des Verständnisses der Auflage als Substanzrecht des Erblassers</b>	<b>192</b>
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 Verfügungsbeifugnis 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 Kondiktionsgläubigers .....	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 Vollziehungsbefugnis .....	258
c) Kein Ausschluss der Personenidentität wegen erbrechtlichen Typenzwangs .....	259
d) Kein Ausschluss der Personenidentität aufgrund des „Wesens der Auflage“ .....	262
e) Fazit .....	263
VII. Personenidentität von Bereicherungsgläubiger und Begünstigtem .....	263
VIII. Gestaltungsfreiheit des Erblassers .....	264
IX. Auflage ohne Vollziehungsbefugnis .....	266
<b>G. Fazit .....</b>	<b>268</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>269</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>295</b>

## A. Einleitung

### I. Problemaufriss

Die erbrechtliche Auflage gem. §§ 1940, 2192 ff. BGB fristet in der aktuellen juristischen Forschung ein Schattendasein.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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 Beschwerten 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 Beschwerten begründet oder ob eine Berechtigung an dieser Leistungspflicht besteht und bejahtenfalls, 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“<sup>3</sup>. 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

<sup>1</sup> S. mit entsprechendem Befund zur erbrechtlichen Gestaltungspraxis Mayer, ZEV 2004, 333.

<sup>2</sup> So Mayer, ZEV 2004, 333.

<sup>3</sup> 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.

## B. Rechtshistorische Grundlagen der Auflage

### I. Rechtsgeschichtliche Methode

Bei der Untersuchung der Anwendungsgeschichte des geltenden Rechts und der Befassung mit Rechtsquellen, die außer Kraft sind, können unterschiedliche Erkenntnisziele verfolgt werden. Zu unterscheiden ist zwischen sog. applikativen, auf das geltende Recht ziellenden und kontemplativen, auf die Vergangenheit als solche ausgerichteten Erkenntniszielen.<sup>1</sup> Zugespitzt formuliert dient ein applikativer Ansatz dem Ziel, aus der Vergangenheit Rückschlüsse für die Auslegung und Anwendung geltenden Rechts ziehen zu können; ein kontemplativer Ansatz verfolgt den Zweck, Erkenntnisse über einen in der Vergangenheit liegenden, abgeschlossenen Zeitraum zu erlangen. Hinsichtlich des geltenden Rechts beschränkt sich das Erkenntnisziel eines kontemplativen Ansatzes auf die Aufklärung der Herkunft geltender Regelungen und deren Entwicklungsgeschichte. Die gewonnenen Erkenntnisse beschränken sich dabei auf den zeitlichen Kontext, in dem die historische Quelle steht. Applikativ verstandene Rechtsgeschichte soll darüber hinaus auch einen Beitrag zur Auslegung, Anwendung und Fortbildung des geltenden Rechts leisten.

Das gegenwärtige Recht lässt sich nicht vollständig aus der Vergangenheit erschließen. Umgekehrt kann es aber ohne jede Berücksichtigung seiner historischen Grundlagen auch nicht begriffen werden.<sup>2</sup> Gegen einen streng applikativen Ansatz spricht der maßgebliche Einfluss des kulturellen und wirtschaftlichen Kontextes der Entstehung einer Norm.<sup>3</sup> Um aus einer außer Kraft getretenen Rechtsquelle Erkenntnisse für die Gegenwart ableiten zu können, muss diese daher zunächst de-

---

<sup>1</sup> *Luig*, ZEuP 5 (1997), 405, 406 ff.; *Luig*, ZEuP 7 (1999), 521, 522 ff.; ausführlich dazu und mit Nachweisen über die Vertreter der beiden Ansätze *Andrés Santos*, in: *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, 2006, S. 93, 97 ff.; s. auch *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 3. Aufl. 2016, S. 14 ff.; *Wieacker*, *Gnomon* 11 (1935), 211; *Kunz*, *Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung*, 2015, S. 56; *Wesel*, *KJ* 7 (1974), 337, 342 ff.; *Baldus/Wacke*, *ZNR* 17 (1995), 283, 286 ff.; *Wolff*, *FS Fritz von Hippel* (1967), S. 687, 689 ff.; ausführlich zu den idiografisch-kontemplativen und den nomothetisch-applikativen Ansätzen in der Rechtsgeschichte und ihrem Verhältnis zur Rechtsdogmatik *Picker*, *AcP* 201 (2001), 763, 767 ff. m. w. N.; allgemein zur historischen Auslegung etwa *T. Honsell*, *Historische Argumente im Zivilrecht*, 1982; *Baldus*, in: *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, 2006, S. 1, 4 ff.

<sup>2</sup> *Picker*, *ZFA* 2007, 129, 183.

<sup>3</sup> S. überblicksartig zu den vorgebrachten Argumenten etwa *Andrés Santos*, in: *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, 2006, S. 93, 98 ff.; vgl. auch *Dilcher*, *AcP* 184 (1984), 247, 267 f.

kontextualisiert und in einem zweiten Schritt resubstantialisiert werden.<sup>4</sup> Sie muss also aus den kulturellen, politischen und ökonomischen Entstehungsbedingungen und ihrem normativen Bezugssystem extrahiert und in den gegenwärtigen Kontext eingepasst werden. Mit einem derart gemäßigt applikativen Vorgehen kann der Erkenntniskern einer historischen Rechtsquelle bestimmt werden und auf Rückschlüsse für den heutigen Kontext untersucht werden. Dafür bietet es sich an, solche Quellen auszuwählen, die in einem funktional-genetischen Zusammenhang mit dem geltenden Recht stehen.<sup>5</sup>

## II. Römisches Recht

### 1. Überblick

Als historisches Vorbild der erbrechtlichen Auflage des BGB wird verbreitet der *modus* des römischen Rechts genannt.<sup>6</sup> Auch im Gesetzgebungsverfahren spielte der römisch-rechtliche *modus* eine Rolle.<sup>7</sup> Gemeint ist damit ein Rechtsinstitut, das sich unabhängig von seiner terminologischen Bezeichnung in den Quellen des *Corpus iuris civilis* nachweisen lässt und das bei einer Schenkung oder testamentarischen Zuwendung ein bestimmtes Verhalten des Zuwendungsempfängers vorschreibt.<sup>8</sup>

Alfred Pernice analysierte im dritten Band seiner Darstellung des römischen Privatrechts im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit die einschlägigen Quellen eingehend.<sup>9</sup> Des Weiteren befasste sich Settimio Di Salvo umfassend mit dem „modalen Legat“ des römischen Rechts.<sup>10</sup> Diese beiden Werke sind bis heute die tiefgreifendsten Untersuchungen der historischen römisch-rechtlichen Grundlage der

<sup>4</sup> Nörr, ZEuP 2 (1994), 67, 75 f.; Baldus, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft, Bd. 1, 1998, S. 44 f.; Kunz, Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung, 2015, S. 57; s. zum Einfluss allgemeiner Rechtssätze und Gedanken früheren Rechts auf Kodifikationen Coing, RabelsZ 32 (1968), 1, 18 ff.; Zimmermann, ACP 202 (2002), 243, 249 ff.

<sup>5</sup> Kunz, Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung, 2015, S. 58.

<sup>6</sup> Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900, § 109, S. 439; Muscheler, Erbrecht, Bd. 2, 2010, § 39 I 1 Rn. 2658, S. 1323; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 2, S. 653; Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 I 1, S. 259; Dernburg/Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 86 II, S. 245; Flad, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, Vor § 2192 Anm. 1; vgl. auch Miteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 194.

<sup>7</sup> S. näher dazu unten S. 63 ff.

<sup>8</sup> Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 61 III, S. 259; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 20 Rn. 19, S. 127; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001, S. 204.

<sup>9</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892.

<sup>10</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973.

Auflage und maßgebend für das Verständnis des römisch-rechtlichen *modus*. Die vorliegende Untersuchung fasst den bisherigen Wissensstand zusammen.

## 2. Terminologische Grundlagen

Nach bislang allgemeiner Ansicht stammt der Begriff des *modus* in seiner technischen Bedeutung aus der Kompilation des später so genannten *Corpus iuris civilis* unter Justinian. Pernice kam in seiner umfassenden Untersuchung zu dem Schluss, dass dem Begriff des *modus* in der klassischen Epoche dagegen keine technische Bedeutung zukommt.<sup>11</sup> Er werde erstmals in einem solchen Sinne in den von den Kompilatoren herrührenden Rubriken des Digestentitels D.35.1 sowie der Codex-Titel C.6.45 und C.8.54 verwendet.<sup>12</sup> C.6.45 (*De his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur*) hat das Legat *sub modo* und das Fideikommiss *sub modo* zum Gegenstand. In C.8.54 (*De donationibus quae sub modo vel conditione, vel certo tempore conficiuntur*) wird unter anderem die Schenkung *sub modo* behandelt. D.35.1 (*De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur*) fasst Quellen zu Bedingungen, Bezeichnungen, Ursachen und *modi*, die dem Inhalt eines Testaments beigefügt werden, zusammen. Auf diese Stellen beschränke sich aber zugleich auch die mit Sicherheit nachweisbare Verwendung des Begriffs *modus* als juristischer Fachterminus.<sup>13</sup> Die genannten Codex-Rubriken fänden sich nicht in den Quellen selbst,<sup>14</sup> woraus zu schließen sei,

<sup>11</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12; so auch Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 61 III, S. 259; Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 194; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 166 Rn. 1, S. 603; Dorweiler, Vermögensvorteil und Geldwert beim Vermächtnis, 2005, S. 100 (Fn. 454); Feigel, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 1; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 12; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 5 f.; Rüffner, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 53 Rn. 20 Fn. 44; Kohlhaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1986, S. 159 Fn. 110; anders aber Legier, RHDFE 38 (1960), 353, 374 f., s. dazu unten S. 24 mit Fn. 31.

<sup>12</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 1, 12; Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 194; Siber, Römisches Recht in Grundzügen, Bd. 2, 1928, S. 419, 428; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 166 Rn. 1, S. 603; Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 246 f.; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1975, § 203 IV, S. 98; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 20 Rn. 19, S. 127; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 2, S. 653; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, 22; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 12 f.; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 5 f.

<sup>13</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 5 f.

<sup>14</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12 bzw. S. 17 weist darauf hin, dass in C.8.54 der Begriff des *modus* außer in der Rubrik überhaupt nicht und in D.35.1 nur an einer – mutmaßlich interpolierten – Stelle (*Gaius* D.35.1.17) verwendet wird.

dass sie nicht von einem klassischen Schriftsteller herührten.<sup>15</sup> Auch die Überschrift von D.35.1 spiegelt sich in keinem klassischen Juristenwerk wider.<sup>16</sup>

Den Quellen lassen sich aber in großer Zahl Hinweise darauf entnehmen, dass den Juristen des klassischen Zeitalters eine dem heutigen Rechtsinstitut der Auflage in gewisser Hinsicht vergleichbare Klausel bekannt gewesen ist, deren Wirkung später von den Kompilatoren Justinians unter dem Begriff des *modus* erfasst worden sei.<sup>17</sup> Dieses im Folgenden als „modale Klausel“ bezeichnete<sup>18</sup> Rechtsinstitut wird in den Quellen der Klassik bisweilen mit dem Begriff *condicio* umschrieben.<sup>19</sup> Teilweise wird es auch durch die Wendung *datum ut* oder *ita ut* in Abgrenzung zum konditionellen *datum si* ausgedrückt.<sup>20</sup> Auch die Begriffe *lex* und *iubere* finden Verwendung.<sup>21</sup>

Kennzeichnend für die modale Klausel ist, dass mit ihr einem Legatar ein bestimmtes Verhalten nach dem Erhalt des Legats aufgegeben wird und ihre Erfüllung durch ein bestimmtes Verfahren, das im Laufe der Zeit gewisse Änderungen erfährt, sichergestellt wird.<sup>22</sup>

Dem erst unter Justinian mit technischer Bedeutung ausgestatteten Begriff *modus* komme dagegen mindestens bis ins dritte Jahrhundert n.Chr. noch nicht die Be-

<sup>15</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12.

<sup>16</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12.

<sup>17</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 3; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 12; Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 194.

<sup>18</sup> Vgl. so auch Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 18 („clausola modale“). Pernice verwendet dagegen verbreitet den Begriff der Auflage und bisweilen missverständlich den Begriff des *modus*. Um den Unterschied zur Auflage im Sinne des § 1940 BGB zu betonen, wird diese Terminologie hier nicht übernommen.

<sup>19</sup> Schweppe, Das Römische Privatrecht in seiner Anwendung auf Deutsche Gerichte, als Leitfaden zu den Vorlesungen über die Pandecten, 1822, § 121, S. 92; Levy, ACIR 2 (1934), 27, 31; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 103, 232; Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, Bd. 2, 1928, S. 428; Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 621; Biondi, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl. 1955, S. 566; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 3 f.

<sup>20</sup> Scaevela D.35.1.80 („[...] nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat“). Scaevela verwendet in dieser Stelle, die den Unterschied zwischen der Bedingung und der Auflage darstellen soll, den Begriff *modus* überhaupt nicht, vgl. Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 13; vgl. auch differenzierend Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 104 ff. m. w. N., der darauf hinweist, dass auch die Formulierung „ut [...]“ nicht zwingend eine modale Auflage kennzeichnet.

<sup>21</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 19 ff.; Feigel, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 1; Biondi, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl. 1955, S. 566; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 3 f.

<sup>22</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 3; s. auch Talamanca, in: Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana, 1985, S. 165 Fn. 352.

deutung von Auflage zu.<sup>23</sup> Er umschreibe in der Regel entsprechend alltäglichem Sprachgebrauch das Maß oder die Art und Weise und damit jede nähere Bestimmtheit einer Willenserklärung.<sup>24</sup> Nach Pernice finden sich in den Pandekten lediglich zwei Stellen, in denen dem Begriff des *modus* die Bedeutung der modalen Klausel zukommt, denen eine Vielzahl von Quellen, in denen der Begriff in einem anderen oder einem untechnischen Sinne gebraucht wird, gegenübersteht.<sup>25</sup> Zudem sei zu vermuten, dass diese beiden Stellen – es handelt sich um Gaius D.35.1.17.4 und Ulpian D.37.5.3.6 – diesbezüglich interpoliert seien.<sup>26</sup> Jedenfalls könne auf den klassischen Sprachgebrauch kaum eine Gleichsetzung von *modus* mit der modalen Klausel gestützt werden.<sup>27</sup>

Eine dieser beiden Quellen, D.35.1.17.4, enthält die berühmte, in dem insoweit entscheidenden Teil jedoch dem Interpolationsverdacht unterliegende Definition des *modus*:

Gaius D.35.1.17.4 (Gaius libro secundo de legatis ad edictum praetoris)

Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.

Wenn jemandem etwas zu dem Zweck vermachts worden ist, um etwas daraus zu errichten, z. B. ein Denkmal für den Testator oder einen Bau oder ein Gastmahl für die Municipalstädter zu geben oder die Hälfte davon einem anderen herauszugeben, so wird das Vermächtnis als unter einem modus ausgesetzt betrachtet.<sup>28</sup>

Der letzte Teil der Quelle („sub modo legatum videtur“) wird verbreitet für interpoliert erachtet.<sup>29</sup> Soweit ersichtlich, wurde dieser Befund – auch vor dem Hintergrund einer inzwischen eher zurückhaltend ausgeübten Textkritik<sup>30</sup> – bislang nur vereinzelt in Frage gestellt. Legier sieht den Gebrauch des Begriffs *modus* als ter-

<sup>23</sup> Ausführlich dazu Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 12 ff.; s. auch Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 4, S. 56 ff.; Hartmann, Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht, 1872, S. 44; zweifelnd Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 620 Fn. 2, der vorbringt, dass in offensichtlich interpolierten Texten auch der Begriff der *condicio* im Sinne von *modus* verwendet wird.

<sup>24</sup> S. ausführlich Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 13 ff.; s. auch Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, 1837, § 83, S. 278.

<sup>25</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 17.

<sup>26</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 17 f.; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 103.

<sup>27</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 18; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 97, 102 f.

<sup>28</sup> Übersetzung auf Grundlage von Sintenis, in: Otto/Schilling, Bd. III, 1831, D.35.1.17.4.

<sup>29</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 17 f.; Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 621 Fn. 2 a.E.; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 45 Fn. 82, S. 97 Fn. 17.

<sup>30</sup> S. dazu etwa Liebs, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 7 Rn. 9.

*minus technicus* in klassischer Zeit durch Cicero bestätigt.<sup>31</sup> Die allgemeine Ansicht geht dagegen weiterhin davon aus, dass der Begriff *modus* erst unter Justinian technische Bedeutung erlangt hat.<sup>32</sup> Da sich der von Pernice begründete Interpolationsverdacht maßgeblich auf die Eigenschaft des Wortes *modus* als untechnischer Begriff stützt, dürfte insoweit jedoch grundsätzlich Vorsicht geboten sein.<sup>33</sup> Eine endgültige Klärung der Frage, ob tatsächlich eine Interpolation anzunehmen ist, bleibt weiteren Untersuchungen vorbehalten.

### 3. Modale Klausel

#### a) Anwendungsbereich und Inhalt der modalen Klausel

In den Quellen wird die modale Klausel regelmäßig mit Legaten verbunden. Ob sie daneben auch zur Beschwerung des Erben verwendet wird, halten einige Autoren für unklar, aber nicht für ausgeschlossen.<sup>34</sup> Nach Di Salvo kann der Alleinerbe erst unter Justinian mit dem *modus* beschwert werden, da das zuvor angewendete System zur Durchsetzung der modalen Klausel<sup>35</sup> keine Möglichkeit geboten habe, den Alleinerben zur Erfüllung zu zwingen, und der Erblasser daher auf andere Instrumente habe zurückgreifen müssen, um den Erben zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten.<sup>36</sup> Teilweise wird für diesen Fall auch ein Einschreiten der Obrigkeit durch außerordentliche Zwangsmittel für möglich gehalten.<sup>37</sup> Unter Miterben wird dagegen zumindest mittels der *actio familiae erciscundae* oder auch der *actio praescriptis verbis* eine Erzwingung der modalen Klausel verbreitet für möglich erachtet.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Legier, RHDFE 38 (1960), 353, 374 Fn. 137. Legier führt die Stellen De finibus I, 3 und De inventione I, 43 an. In diesen Quellen wird der Begriff jedoch nicht im Sinne von Auflage, sondern in einem untechnischen Sinne verwendet.

<sup>32</sup> S. oben die Nachweise in Fn. 11.

<sup>33</sup> Vgl. auch Liebs, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 7 Rn. 9.

<sup>34</sup> So Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 32; Feigel, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 1; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 7; s. auch Legier, RHDFE 38 (1960), 353, 371. Nach Pernice a.a.O. hat lediglich D.28.7.8.7 die Beschwerung eines Erben zum Gegenstand, jedoch unterliege diese Stelle diesbezüglich einem Interpolationsverdacht.

<sup>35</sup> S. dazu unten S. 27 ff.

<sup>36</sup> So auch Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 166.

<sup>37</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 129, S. 233.

<sup>38</sup> S. Pomponius D.33.1.17 und Ulpian D.10.2.18.2. Dazu Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 215 Fn. 401; Rüfner, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 53 Rn. 20; Stolfi, Studi sui „libri ad edictum“ di Pomponio, Bd. II, 2001, S. 222 ff.; s. im Übrigen Babusiaux, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, 2023, § 90 Rn. 30, 66; Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 620; Biondi, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl. 1955, S. 569; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach

Die den römisch-rechtlichen Quellen zu entnehmenden modalen Klauseln sind unterschiedlichen Inhalts. Ursprünglich wird die modale Klausel vor allem für karitative oder sakrale Zwecke genutzt.<sup>39</sup> Sehr verbreitet ist die Verpflichtung zur Errichtung eines Grabmals oder eines Denkmals (*monumentum facere*<sup>40</sup>). Auch die Pflicht, die Vormundschaft oder die Erziehung eines Kindes zu übernehmen, findet sich vielfach.<sup>41</sup>

Die modale Klausel hat zudem verbreitet auch die Freilassung eines Sklaven zum Gegenstand. Es lassen sich Quellen über die Freilassung eines dem Legatar bereits gehörenden Sklaven, eines dem Legatar zuvor vermachten Sklaven oder eines einem Dritten gehörenden Sklaven finden. Auffallend ist insoweit, dass sich die modale Klausel zur Freilassung nicht mit der fideikommissarischen Freilassung vermischt, sondern die Rechtsinstitute klar voneinander abgegrenzt bleiben.<sup>42</sup> Verbreitet ist ab einem bestimmten Zeitpunkt<sup>43</sup> auch die Einsetzung der *civitates* (*municipia* und *coloniae*) als Legatare verbunden mit einer modalen Klausel.<sup>44</sup> Diese verpflichtet zur Abhaltung von Spielen oder Gastmahlen, der Verfolgung karitativer Zwecke oder ähnlicher Aktivitäten, die die Erinnerung an den Verstorbenen aufrechterhalten sollen, oder der Errichtung bestimmter Bauwerke wie öffentlicher Straßen, Denkmäler oder Theater.<sup>45</sup>

Zur Begünstigung von Privatpersonen wird die modale Klausel dagegen vermehrt erst zu einer späteren Zeit verwendet.<sup>46</sup> Zwar wird in Gaius' Definition des modalen

dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 8 f.; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 129, S. 233; *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 10, S. 169; *Baron*, Pandekten, 9. Aufl. 1896, § 60 I, S. 116.

<sup>39</sup> *Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 61 III, S. 259; *Feigel*, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 1; *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 33; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 6; *Legier*, RHDFE 38 (1960), 353, 370 f.; s. grundsätzlich zu die Grabstätte, das Begräbnis und den Totenkult betreffenden Anordnungen *Avenarius*, Ordo testamenti, 2024, S. 305 ff.

<sup>40</sup> S. ausführlich zur Bedeutung des Begriffs *monumentum* *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 33 ff.

<sup>41</sup> So *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 3; *Patrone*, Il modus nel quadro di vincoli testamentari, 2015, S. 13; vgl. auch *Grosso*, I legati nel diritto romano, 2. Aufl. 1962, S. 469; s. zu weiteren Anwendungsfeldern *Legier*, RHDFE 38 (1960), 353, 370 f.

<sup>42</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 150 f.

<sup>43</sup> Die ersten sicheren Quellen, die eine Stellung der *civitas* als Legatar bezeugen, stammen aus der Zeit von *Nerva* und *Hadrian*, vgl. dazu *Voci*, Diritto Ereditario Romano, Bd. I, 1960, 421 ff.; *Patrone*, Il modus nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 17.

<sup>44</sup> *Zahn*, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 32 Rn. 24.

<sup>45</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 154 ff.; *Alonso/Babusiaux*, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 8 Rn. 223; s. auch *Taubenschlag*, The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, 2. Aufl., 1955, S. 64.

<sup>46</sup> *Feigel*, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 2; *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 33 mit dem Beispiel D.2.15.8.5; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem

Legats in D.35.1.17.4 neben einem karitativen oder sakralen Zwecken dienenden *modus* (z. B. des Inhalts, dem Testator ein Denkmal zu errichten oder ein Gastmahl für die Bewohner einer Gemeinde zu veranstalten) ein drittbegünstigender *modus* (z. B. die Hälfte des Vermächtnisses einem anderen zu geben) gleichberechtigt aufgeführt, jedoch unterliegt diese Stelle, wie bereits erwähnt, nach bisher allgemeiner Ansicht dringendem Interpolationsverdacht.<sup>47</sup>

*b) Instrumente zur Durchsetzung des erblasserischen Willens*

aa) Überblick

Die Art und Weise, auf die das klassische römische Recht die Erfüllung der modalen Klausel sicherzustellen versucht, unterscheidet sich nach dem Inhalt der modalen Klausel.<sup>48</sup> Solche modalen Klauseln, die zu einer teilweisen oder vollständigen Weitergabe des Erlangten an einen bestimmten Dritten verpflichten, werden ab einem bestimmten Zeitpunkt als Fideikommiss behandelt und damit erzwingbar.<sup>49</sup> Für die modalen Klauseln sonstigen Inhalts etablieren sich in verschiedenen Epochen unterschiedliche Behandlungsweisen.

bb) Behandlung als Bedingung zur Leistung einer cautio  
zur Erfüllung nach Trebatius

(1) *Systematik des Rechtsschutzes nach Trebatius*

Ursprünglich hat wohl keine Klagemöglichkeit auf Erfüllung der modalen Klausel bestanden. Die Erfüllung einer solchen Anordnung des Erblassers hat entscheidend von seiner Autorität und dem korrespondierenden Pflichtgefühl des Empfängers der Anordnung abgehängt, sofern der Erblasser sie nicht durch die Verwendung anderer Instrumente sichergestellt hat.<sup>50</sup>

---

Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 7.

<sup>47</sup> *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 17f., 33; *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 101 f.

<sup>48</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 3; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 20 Rn. 20, S. 127.

<sup>49</sup> S. dazu unten S. 39 ff.

<sup>50</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Pomponius* D.33.1.7 („In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt“); *Patrone*, Il *modus* nel quadro di vincoli testamentari, 2015, S. 14; *Biondi*, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl. 1955, S. 568; *Johnston*, The Roman Law of Trusts, 1988, S. 243; *Kohlhaas*, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1986, S. 159.

Gaius Trebatius Testa<sup>51</sup> (ca. 84 v. Chr.–ca. 4 n. Chr.) wird aufgrund eines Kommentars Javolens zu den *posteriores Labeos* verbreitet für den Urheber eines Mechanismus zur Sicherstellung der Erfüllung<sup>52</sup> der modalen Klausel gehalten:<sup>53</sup>

#### D.35.1.40.5 (Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis)

Thermus minor quorum arbitratu monumentum sibi fieri vellet testamento scripserat, deinde ita legaverat: „Luciis Publili<sup>54</sup> Cornelii ad monumentum meum aedificandum mille heres meus dato“. Trebatius respondit pro eo habendum ac si ita legitum esset, si satisdissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur: idem et ego et Proculus probamus.

Thermus Minor hatte in seinem Testament jemanden benannt, nach dessen Bestimmung ihm nach seinem Willen ein Denkmal errichtet werden sollte, und darauf folgendes Vermächtnis ausgesetzt: „Dem Lucius und dem Publius Cornelius soll mein Erbe zur Errichtung meines Denkmals tausend geben.“ Trebatius hat entschieden, das Vermächtnis müsse so behandelt werden, als wäre es unter der Bedingung ausgesetzt, dass sie Sicherheit dafür geleistet hätten, das Denkmal mit diesem Geld zu errichten. Labeo hält die Auffassung des Trebatius für richtig, weil der Erblasser beabsichtigte, dass das Geld für das Denkmal verbraucht würde. Dasselbe halte auch ich mit Proculus für richtig.<sup>55</sup>

Nach Trebatius, dem in dieser Hinsicht ausweislich der Quelle Labeo, Proculus und Javolen folgen, ist ein Legat, das der Erblasser dem Legatar zu dem Zweck

<sup>51</sup> Zu *Trebatius* s. *Biavaschi*, Caesari familiarissimus, 2011, S. 71 ff.; *Kunkel*, Die Römischen Juristen, 1967, S. 28; *Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 47, 57 ff.; *Sonnet*, Gaius Trebatius Testa, 1932; *Sonnet*, in: Paulys Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Bd. 6 A, 1937, S. 2251 ff. m. w. N.; s. auch *Stein*, Der römische Ritterstand, 1927, S. 371; *Puchta/Rudorff*, Cursus der Institutionen, Bd. I, 4. Aufl. 1853, S. 440 f.

<sup>52</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 29: „*utetela del modus*“; *Mitteis*, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 197: „*Indirekter Zwang*“; *Voci*, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 621.

<sup>53</sup> *Mitteis*, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 197; *Patrone*, Il *modus* nel quadro di vincoli testamentari, 2015, S. 16; *Voci*, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 620 f.; *Biondi*, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl. 1955, S. 569; *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 28 ff., 43, 51; *Johnston*, The Roman Law of Trusts, 1988, S. 28; s. auch *Santa Cruz*, ZSS-RA 75 (1985), 91, 109 f., der die Quelle als Beispiel einer Auslegung des Erblasserwillens *secundum voluntatem* anstatt einer solchen *secundum verba* heranzieht, ähnlich *Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, S. 55, 93; insoweit kritisch *Horak*, Rationes decidendi, Bd. I, 1969, S. 217 f.

<sup>54</sup> *Luig*, in: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. VI, 2024, D.35.1.40.5 und *Chorus/Pool*, in: Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, Bd. V, 2000, D.35.1.40.5 lesen „Lucio Publio“.

<sup>55</sup> Übersetzung nach *Luig*, in: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. VI, 2024, D.35.1.40.5; Interpolationsvorbehalte gegenüber dem Abschnitt „*quia haec mens testantis fuisset*“ äußern *Horak*, Rationes decidendi, Bd. I, 1969, S. 217; von *Beseler*, in: Studi in onore di Salvatore Riccobono, Bd. I, 1936, S. 314; dagegen *Kohlhaas*, Die Überlieferung der libri *posteriores* des Antistius Labeo, 1986, S. 160; keine Beanstandung des Textes findet sich bei *Le Bras*, in: Studi in onore di Salvatore Riccobono, Bd. III, 1936, S. 46.

überlässt, dass dieser ihm mit dem zugewendeten Geld ein Denkmal errichtet (*monumentum facere*), so zu behandeln, als stünde es unter der Bedingung, dass der Legatar (dem Erben) Sicherheit (*cautio*) dafür leistet, dass er das Geld in dem vom Erblasser vorgesehenen Sinne verwenden wird. Die modale Klausel wird mithin als Suspensivbedingung der Sicherheitsleistung verstanden.<sup>56</sup> Auf diese Weise erhöht Trebatius die Effektivität der modalen Klausel.

Bei der *cautio* handelt es sich um ein Sicherungsmittel, das die Erfüllung der Pflicht garantieren soll.<sup>57</sup> Sie kann die Form einer *stipulatio* annehmen, sodass mit der *actio ex stipulatu* auf Erfüllung geklagt werden kann.<sup>58</sup>

Weigert sich der Legatar, die *cautio* zu erbringen, verweigert der Magistrat die Erteilung einer Formel wegen Prozessunwürdigkeit aufgrund der Geltendmachung eines Rechts vor Eintritt der Bedingung (*ante condicionem existentem*).<sup>59</sup>

Christoph Paulus hingegen bezweifelt, dass die Quelle als erster Beleg für eine (indirekte) Erzwingbarkeit der modalen Klausel gelten kann. Die Pflicht zur Monumenterrichtung werde von den Legataren dem Grunde nach nicht in Frage gestellt. Es sei dagegen anzunehmen, dass zwischen den Legataren und dem Erben Streit über die Frage der Vorleistung entstanden sei, weil Uneinigkeit über die für die Monumenterrichtung aufzuwendende Summe geherrscht habe: Christoph Paulus vermutet, dass die Legatare nicht die vollständige Summe für die Errichtung des Monuments nutzen, sondern eine weniger aufwendige Bauleistung erbringen wollten, um den auf diese Weise eingesparten Betrag für sich behalten zu können. Da nach dem Erblasserwillen aber die komplette Summe zur Monumenterrichtung aufzuwenden gewesen sei („consumeretur“),<sup>60</sup> habe Trebatius die Klausel wie eine

---

<sup>56</sup> Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 61 III, S. 259; Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 188; Watson, The Law of Succession in the Later Roman Republic, 1971, S. 115 f.; Gandolfi, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, 1966, S. 149; Ankum, TR 87 (2019), 351, 354.

<sup>57</sup> S. zur Etymologie und zu den historischen Wurzeln der *cautio Negro*, La cauzione per le spese, 1954, S. 1 ff.; s. auch Johnston, The Roman Law of Trusts, 1988, S. 240; Finkenauer, in: Handbuch für Römisches Privatrecht, Bd. I, 2023, § 21 Rn. 23 ff.

<sup>58</sup> Vgl. Pezzana, in: Novissimo Digesto Italiano Bd. 3, 3. Aufl. 1957, S. 53 f. („Cautio“); Grossi, I legati nel diritto romano, 2. Aufl. 1962, S. 407 f.; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 94; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 17 Rn. 22, S. 101 f.; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001, S. 209; Zahn, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 32 Rn. 24; Lohsse, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, 2023, § 97 Rn. 48 (*actio ex testamento*); Ankum, TR 87 (2019), 351, 354.

<sup>59</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 72; Gandolfi, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, 1966, S. 149; entgegen einer verbreiteten Ansicht geht Di Salvo im Übrigen davon aus, dass das *actionem denegare* nicht dem prätorischen Recht (*ius honorarium*) entspringt, s. ausführlich dazu Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 55 ff.

<sup>60</sup> So auch Kohlhaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1986, S. 160 f. Kohlhaas geht davon aus, dass die Kautionspflicht nur dann bestehen soll, wenn für die Legatare kein eigener Vorteil mehr verbleiben soll.

Bedingung behandelt.<sup>61</sup> Nach Christoph Paulus stellt die modale Klausel im römischen Recht einen weitgehend „rechtsfreien Raum“<sup>62</sup> dar, ihre Erfüllung sei lediglich der *auctoritas testatoris* überantwortet gewesen.<sup>63</sup>

## (2) Ursprung des Rechtsschutzsystems

Nach Di Salvo ist der in D.35.1.40.5 behandelte Gegenstand der modalen Klausel, die Pflicht zum *monumentum facere*, nicht nur lediglich veranschaulichendes Beispiel für die Darstellung der Behandlung der modalen Klausel als Bedingung zur Sicherheitsleistung, sondern spielt in der Entwicklung des Rechtsschutzsystems eine entscheidende Rolle.<sup>64</sup>

Die Verwendung der *cautio* ergebe gerade in der speziellen, von Trebatius zu beurteilenden Fallkonstellation Sinn, in der der Legatar verpflichtet werden soll, mit den ihm durch das Legat zugewendeten Mitteln ein Denkmal zu errichten: Dem Legatar sind die finanziellen Mittel zur Erfüllung seiner Pflicht bereitzustellen, sodass ihm eine Erfüllungspflicht nicht bereits vor Erlangen des Legats auferlegt werden kann. Zudem handele es sich bei der Pflicht, ein Denkmal zu errichten, um eine der *stipulatio* zugängliche Pflicht.

Der Begriff des *monumentum* sei dabei als durchaus prunkvolles Denkmal zu verstehen, das sowohl für die Aufbewahrung der sterblichen Überreste des Erblassers als auch zur postmortalen Erinnerung an diesen geeignet war.<sup>65</sup> Im Brauch, derartige *monumenta* zu errichten, spiegele sich ein neues Selbstverständnis der gehobenen Klassen im Zeitalter der Spätrepublik wider, die durch den ökonomischen Aufschwung zu einem beträchtlichen Vermögen gekommen seien.<sup>66</sup> Er beruhe auf einer

<sup>61</sup> Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 188 f.

<sup>62</sup> Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 166.

<sup>63</sup> Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 190.

<sup>64</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 29 f. m.N. zur Gegenansicht; zustimmend Patrone, Il modus nel quadro di vincoli testamentari, 2015, S. 15; wohl auch Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 3, S. 654; vgl. auch schon Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 249; tendenziell auch Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 64 I 1, S. 362, nach denen jedoch „niemand aus solchen Bestimmungen Rechte ableiten [konnte]; aber Kaiser und Priesterschaft erzwangen ihre Durchführung von den Erben“; die prozessuale Bedeutung der Errichtung des *monumentum* als Beweis der Testamentserfüllung betonen Alonso/Babuiaux, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 8 Rn. 207; s. auch Saller/Shaw, JRS 74 (1984), 124; zurückhaltender Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 189.

<sup>65</sup> S. dazu auch Avenarius, Ordo testamenti, 2024, S. 308 ff.

<sup>66</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 39 ff.; s. auch Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 166; Ankum, TR 87 (2019), 351, 354 Fn. 17; s. zum Vordringen des Individualismus Avenarius, Ordo testamenti, 2024, S. 343 ff.

Abkehr von den traditionellen Bräuchen der *nobilitas*.<sup>67</sup> Dem Bedürfnis, derartige *monumenta* zu errichten, habe das Verständnis der Grabstätte als *domus aeterna*, verbunden mit dem plebeisch geprägten Glauben an das Leben im Jenseits, entsprochen. Dass nicht allein die Erben, sondern in erster Linie die Legatare und damit verbreitet auch familienfremde Personen mit der Pflicht zur Errichtung eines *monumentum* belastet werden, sei auf die zu dieser Epoche vorangeschrittene Lockerrung der Familienbande und das verstärkte Individualitätsstreben bzgl. des dies- wie des jenseitigen Lebens zurückzuführen.<sup>68</sup> Im Rahmen dieser gesellschaftlichen Entwicklungen sei in der Spätrepublik ein zunehmendes Bedürfnis entstanden, solche Anordnungen rechtlich durchsetzbar gestalten zu können. Die in der Spätrepublik immer populärer werdenden Anordnungen zum *monumentum facere* haben danach eine entscheidende Rolle bei der Entwicklung eines Durchsetzungsinstruments der modalen Klausel gespielt.

Dafür, dass die Entwicklung des Schutzes der modalen Klausel auf die Anordnung des *monumentum facere* zurückgeht, spreche die schiere Menge an Digestenstellen, die eine derartige Anordnung betreffen, zumal es für die justinianischen Kompilatoren insoweit zu einem Zeitpunkt, in dem das christliche Friedhofssystem etabliert gewesen sei, keinen besonderen Anlass zur Interpolation gegeben haben dürfte.<sup>69</sup> Die Originalität des Gedankens Trebatius' zeige sich darin, dass eine Durchsetzung der Anordnung des *monumentum facere* von sakralen Instanzen nicht denkbar gewesen sei, da das Pontifikalrecht eine ablehnende, wenn nicht gar feindliche Haltung gegenüber dem Bedürfnis, in Abkehr von den Traditionen der *nobilitas* prunkvolle Grabstätten und Denkmäler zu errichten, eingenommen habe.<sup>70</sup>

Im klassischen Zeitalter werden modale Klauseln mit der Verpflichtung des *monumentum facere* in der juristischen Praxis weniger wohlwollend behandelt als noch zu Zeiten der Spätrepublik. Dies zeigt sich an der Beurteilung der Abzugsfähigkeit der Kosten des *monumentum facere* in Hinblick auf die *lex Falcidia*.<sup>71</sup> Während Sabinus solche Kosten noch für berücksichtigungsfähig erachtet, wenn sie in Anbetracht der sozialen Stellung des Erblassers notwendig erscheinen, schließen Marcellus und ihm wohl folgend Paulus<sup>72</sup> sowie auch Scaevola<sup>73</sup> den Abzug solcher

<sup>67</sup> S. Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 39 ff. mit der anschaulichen Gegenüberstellung von Cicero, De Officiis I, 17, 55 („Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, eisdem uti sacris, sepulchra habere communia.“) als Ausdruck der Tradition der alteingesessenen *nobilitas* einerseits und dem von Petronius, Cena Trimalchionis, IV, 71, 7, Trimalchio in den Mund gelegten Worten („Valde enim falsum est vivo quidem domos cultas esse, non curari eas, ubi diutius nobis habitandum est.“) andererseits.

<sup>68</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 40.

<sup>69</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 43 mit dem Beispiel D.35.2.1.19.

<sup>70</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 41.

<sup>71</sup> S. dazu ausführlich Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 125 ff.

<sup>72</sup> D.35.2.1.19 (Paulus libro singulare ad legem Falcidiā), vgl. dazu Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 125 ff.; Nicosia, IURA VIII (1957), 87 ff.

Kosten bei der Wertberechnung der Zuwendung mit der Begründung, das *monumentum facere* sei im Gegensatz zum Begräbnis niemals notwendig, generell aus. Papinian lehnt zudem die Möglichkeit der Empfänger eines Fideikommisses ab, von dem Erben eine Erstattung der Kosten für das *monumentum facere* zu verlangen, die das vom Erblasser vorgesehene Maß übersteigen.<sup>74</sup>

### (3) Alternative Instrumente

Eine Schwäche der Behandlung der modalen Klausel als Bedingung zur Leistung einer *cautio* ist, wie bereits erwähnt, darin begründet, dass sie nicht in der Lage ist, die Beschwerung eines Alleinerben zu ermöglichen,<sup>75</sup> sofern kein hoheitliches Einschreiten die Erfüllung erzwingt. Insoweit muss der Erblasser auf andere juristische Instrumente wie die *multa* (Geldbuße)<sup>76</sup> oder unjuristische<sup>77</sup> Instrumente zurückgreifen, um für die Erfüllung seiner Anordnung zu sorgen. Andernfalls hängt diese allein von der *auctoritas scribentis* ab.<sup>78</sup>

#### cc) Ausbildung einer *exceptio doli* nach Julian

Auf Julian geht eine inhaltliche Änderung der Behandlung der modalen Klausel zurück.

---

<sup>73</sup> D.35.1.80. *Scaevara* illustriert im Rahmen der Behandlung unter der lex Falcidia den Unterschied zwischen einer Bedingung und einer modalen Klausel gerade anhand des Beispiels des *monumentum facere*. Wäre die lex Falcidia auf die modale Klausel mit dem Inhalt des *monumentum facere* nicht anwendbar, stellte sich die Frage der Wertberechnung in diesem Zusammenhang nicht, vgl. *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 135.

<sup>74</sup> D.35.30(31).4, vgl. dazu *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 135 ff.

<sup>75</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 214 f.; *Patrone*, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 18; weitergehend *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 9.

<sup>76</sup> Vgl. D.35.1.6pr.; D.35.1.27; *Signorini*, Index 41 (2013), 343, 346; s. auch *Huschke*, Die *Multa* und das *Sacramentum* in ihren verschiedenen Anwendungen, 1874, S. 303 ff.; *Rüfner*, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 53 Rn. 20 Fn. 45.

<sup>77</sup> D.5.3.50.1 (*pontificalis auctoritas*); D.34.2.38.2; vgl. auch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 2, S. 653.

<sup>78</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 214 f.; *Patrone*, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 18; *Biondi*, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl. 1955, S. 568 f.; *Paulus*, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, 1992, S. 162 ff.; s. auch *Legier*, RHDFE 38 (1960), 353, 371 f.

## D.40.5.48

Iulianus libro 62 digestorum

Cum in testamento scriptum est: „Stichum Titio lego“ vel „heres meus dato ita, ut eum Titius manumittat“, dixi petenti legatario Stichum exceptionem doli mali obstaruram, nisi caverit se libertatem secundum voluntatem defuncti praestaturum.

Als in einem Testament geschrieben worden ist: „den Stichus vermache ich dem Titius“ oder „mein Erbe gebe ihn so, dass ihn Titius freilasse“, so habe ich gesagt, dass dem Vermächtnisnehmer, wenn er den Stichus fordere, die Einrede der Arglist entgegenstehen werde, wenn er nicht Sicherheit bestellt habe, die Freiheit dem Willen des Verstorbenen gemäß leisten zu wollen.<sup>79</sup>

Danach steht dem Erben die Arglisteinrede (*exceptio doli*) zu, einen vermachten Sklaven zurückzuhalten, bis Sicherheit dafür geleistet ist, dass der Vermächtnisnehmer die Auflage erfüllen wird, den Sklaven freizulassen.<sup>80</sup> Es ist nach Di Salvo davon auszugehen, dass Julian mit der *exceptio doli* einen neuen Schutzmechanismus für die modale Klausel beim Legat einführt.<sup>81</sup> Noch sein Lehrer Javolen ist der von Trebatius entwickelten Lösung nach *ius civile* gefolgt.<sup>82</sup> Die modale Klausel wird nun nicht mehr als Bedingung der Leistung einer *cautio* verstanden. Stattdessen begründet das Unterlassen der Leistung einer *cautio* eine *exceptio doli* des Erben, wenn der Legatar das Legat einklagt. Eine solche Entwicklung ist für das römische Recht eher untypisch, das in der Regel umgekehrt aus einer bewährten *exceptio doli* Effekte nach dem *ius civile* ausarbeitete.<sup>83</sup>

Der Hintergrund dieser Anpassung ist bislang nicht abschließend geklärt.<sup>84</sup> Folgen dieser Entwicklung und der Aufgabe des Verständnisses der modalen Klausel als Bedingung sind unter anderem Änderungen bzgl. des Zeitpunkts des *dies cedens*, der Bewertung des Legats in Hinblick auf die *lex Falcidia* und bzgl. der Behandlung einer nichtigen modalen Klausel. Bei einem Versterben des Legatars vor Erbringung der *cautio* und damit nach traditionellem Verständnis der modalen Klausel vor Ver-

<sup>79</sup> Übersetzung auf Grundlage von Schneider, in: Otto/Schilling, Bd. IV, 1832, D. 40.5.48.

<sup>80</sup> Lohsse, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, 2023, § 97 Rn. 48; Forgó-Feldner, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, 2023, § 112 Rn. 29; Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualverträgen des klassischen römischen Rechts, 1965, S. 41 Fn. 8; Johnston, The Roman Law of Trusts, 1988, S. 241; Kohlhaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1986, S. 161.

<sup>81</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 79; s. auch Ankum, TR 87 (2019), 351, 354.

<sup>82</sup> S. oben S. 27f. zu D.35.1.40.5.

<sup>83</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 79; vgl. dazu Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 53 ff.; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 2 Rn. 16, S. 25, § 4 Rn. 13, S. 52; Kaser, ZSS-RA, 101 (1984), 1, 83 ff.; s. zur Arglisteinrede als prätorisches Rechtsmittel auch dalla Massara, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, 2023, § 108 Rn. 16 ff.; s. auch Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. II, 1873, S. 1 ff.

<sup>84</sup> Offengelassen z.B. von Kohlhaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1986, S. 161.

wirklichkeit der Bedingung kommt es nicht mehr zu einer (sachlich unberechtigten) Bereicherung des Erben, der zudem nicht zur Erfüllung der modalen Klausel verpflichtet ist, sondern es bleibt dem Erben des Legatars die Möglichkeit, das Legat zu erlangen.<sup>85</sup> Nach Di Salvo handelt es sich dabei jedoch lediglich um Nebeneffekte und nicht um die Beweggründe der Reform Julians.<sup>86</sup>

Di Salvo hat die Theorie aufgestellt, hinter der Einführung der *exceptio doli* durch Julian habe der Gedanke gestanden, dass ein beschwerter Legatar in Ermangelung einer rechtskräftigen Entscheidung anderenfalls beliebig oft versuchen konnte, das Legat ohne Leistung einer *cautio* zu erlangen. Weder in *iure* die Verweigerung der Klageformel (*denegatio actionis*) noch *apud iudicem* die Entscheidung durch *sententia iudicis*, die der Legatar jederzeit allein durch die Behauptung, bereits eine *cautio* geleistet zu haben, erzwingen kann, habe ihn von einer wiederholten Klageerhebung ausgeschlossen. Dieses Problem sei dadurch verstärkt worden, dass der Richter nicht zur Behandlung der modalen Klausel als Bedingung nach dem Vorbild Trebatius' gezwungen werden konnte. Die Unkenntnis eines Richters von dem Verständnis der modalen Klausel als Bedingung zur Leistung der *cautio* (deren Annahme nicht abwegig sein dürfte, da diese Bedingung wie dargestellt nicht mit „si“ gekennzeichnet ist) habe somit einer Verwirklichung des Erblasserwillens im Wege stehen können. Dies gelte insbesondere für modale Klauseln, die einen anderen Inhalt als das verbreitete *monumentum facere* gehabt haben.<sup>87</sup> Im Rahmen der *exceptio doli* könne der Richter dagegen ausdrücklich einen *dolus praesens* des Klägers bei Nichtleistung der *cautio* feststellen, während der Kläger bei einer Niederlage im Rechtsstreit von einer wiederholten Klageerhebung ausgeschlossen sei.

Mit der Aufnahme der *exceptio doli* in die Klageformel habe damit eine Präklusionswirkung entstehen können.<sup>88</sup> Die Neuerung Julians habe somit die dem von Trebatius entwickelten System innenwohnenden weitgehenden Freiheiten von Richter und Magistrat beendet sowie die Möglichkeit des Klägers zum *iterum agere* abgeschafft,<sup>89</sup> die einer effektiven Verwirklichung des Erblasserwillens im Wege stehen konnte, wenn verschiedene Magistrate unterschiedlich über die Behandlung der modalen Klausel als Bedingung entschieden haben oder die diesbezügliche Ansicht des Richters von der des Magistrats oder der eines anderen Richters abweicht. Nunmehr verbleibt lediglich dem Magistrat bei der Entscheidung, die *exceptio doli* in die Klageformel aufzunehmen, ein gewisser Handlungsspielraum.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 81.

<sup>86</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 81 f. (s. auch Fn. 245).

<sup>87</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 84.

<sup>88</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 83.

<sup>89</sup> S. dazu etwa Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, 1996, S. 301 ff.; Drosdowski, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, 1998, S. 170 ff.

<sup>90</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 89.

Nach dem System Trebatius' ist die modale Klausel als Suspensivbedingung behandelt worden, wobei die Besonderheit darin besteht, dass ihr Inhalt nicht wie bei einer üblichen Bedingung auf die Erfüllung der aufgelegten Last, sondern auf die Erbringung einer Sicherheitsleistung bzgl. dieser Last gerichtet gewesen ist. Unter Julian erlangt die modale Klausel dagegen eine dogmatische Selbstständigkeit, indem nicht mehr ihre Rechtsnatur als besondere Form einer Bedingung fingiert wird, sondern sie als solche originär besondere Rechtsfolgen zeitigt.<sup>91</sup> Distinktionsmerkmal der modalen Klausel ist dabei, dass der Belastete eine *cautio* bzgl. Erfüllung der ihm vom Erblasser auferlegten Handlungspflicht leisten muss, um das Legat zu erlangen.<sup>92</sup>

#### dd) Rückforderung des Erlangten

Bei Nichterfüllung der in der modalen Klausel vorgesehenen Handlungspflicht kann der Erbe grundsätzlich nicht den Legatsgegenstand zurückverlangen.<sup>93</sup> Eine Ausnahme wird lediglich für den Fall angenommen, dass die modale Klausel eine Leistung vorsieht, die einer *cautio* nicht zugänglich ist, wie etwa die Pflicht, eine bestimmte Person zu heiraten.<sup>94</sup> Zudem ist ein Verwaltungsverfahren gegen Gemeinden vorgesehen, die ein Legat nicht entsprechend den Vorgaben einer modalen Klausel verwenden und dadurch zur Herausgabe des aufzuwendenden Betrags verpflichtet werden können.<sup>95</sup>

Unabhängig von dieser offiziellen juristischen Behandlung der modalen Klausel entnimmt Di Salvo epigraphischen Quellen Hinweise darauf, dass in der Praxis mitunter durchaus eine Rückgabe des Zugewendeten oder dessen Weitergabe an einen Dritten bei Nichterfüllung der modalen Klausel stattgefunden habe.<sup>96</sup> Dabei

<sup>91</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 114.

<sup>92</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 93.

<sup>93</sup> *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 34f.; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 12; a.A.: wohl *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 5 d), S. 663 Fn. 87; *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001, S. 205: Stets eine Rückforderung mittels der *condictio causa data causa non secuta*. *Hausmaninger/Selb* unterscheiden insoweit jedoch nicht hinreichend zwischen der *donatio sub modo* und dem *legatum sub modo*. S. auch *Puchta/Schirmer*, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 63, S. 98f.; zur Rückforderung und anschließendem Verlangen der Kautionsleistung, wenn der Legatar bereits im Besitz des Legats ist, s. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 129, S. 234; in diesem Fall besteht auch nach *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 10, S. 168 (s. auch § 6, S. 79 zur Erbeinsetzung) und *Baron*, Pandekten, 9. Aufl. 1896, § 60 I, S. 116 ein Rückforderungsrecht des Erben.

<sup>94</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 176.

<sup>95</sup> Vgl. *Scaevola* D.33.2.17; *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 34f.; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 12; *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 188.

<sup>96</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 177 f.

habe es sich in der Regel um Fälle gehandelt, in denen der Erbe oder ein Dritter ein originär eigenes Interesse an der Erfüllung der modalen Klausel gehabt habe, das über das rein moralische Interesse an der Realisierung des Erblasserwillens hinausgeht.<sup>97</sup>

#### ee) Vollziehung durch Einschreiten der Obrigkeit

Neben dieses Regime tritt die Erzwingung der modalen Klausel durch die Verwaltung.<sup>98</sup> Dabei wird das Pontifikalkollegium bei Begräbnisvorgaben tätig und die Verwaltungsbehörden schreiten bei *modi* zugunsten der *civitas* ein.<sup>99</sup>

Insbesondere bei einer Belastung des Alleinerben ist, wie bereits erwähnt, das Einschreiten der Obrigkeit die einzige Möglichkeit, die Anordnung zu erzwingen, wenn diese nicht mit anderen Schutzinstrumenten verbunden ist.<sup>100</sup>

#### c) Entwicklungen in der Nachklassik

Tiefgreifende Veränderungen erfährt die Behandlung der modalen Klausel im Zeitalter der Nachklassik. Wie insbesondere Levys Untersuchungen gezeigt haben,<sup>101</sup> nimmt in der Nachklassik das Verständnis der Figur der *condicio* ab. Die *condicio* wird im Rahmen von Erbschaften, Vermächtnissen und Schenkungen als jede Form der Belastung nach dem Erhalt des Zugewendeten verstanden.<sup>102</sup> Die nachklassischen Juristen widmen sich insbesondere solchen Anordnungen an den Legatar, die die Weitergabe des Zugewendeten an einen Dritten anordnen. Dies wird im spätklassischen Zeitalter nicht durch die modale Klausel erreicht, sondern durch die Anordnung eines Fideikommisses.<sup>103</sup> Die Grenzen zwischen *modus*, *condicio* und Fideikommiss verschwimmen immer mehr und die Rechtsinstitute gehen in einer wenig konturierten Rechtsfigur auf.<sup>104</sup> Dieser Prozess erfolgt vor dem Hintergrund

---

<sup>97</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 179 ff.

<sup>98</sup> Pomponius D.33.1.7; Papinian D.5.3.50; Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 37 f.; Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 621; Puchta/Schirmer, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 63, S. 98; Bruck, Über Römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte, 1954, S. 89 Fn. 19; Legier, RHDFE 38 (1960), 353, 373; unentschlossen Johnston, The Roman Law of Trusts, 1988, S. 243 ff., der D.33.1.7 für interpoliert erachtet, aber D.5.3.50 für authentisch erachtet.

<sup>99</sup> Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 622.

<sup>100</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 10, S. 169; Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 129, S. 233 f.

<sup>101</sup> Levy, ACIR 2 (1934), 27, 31 ff.; Levy, Weströmisches Vulgarrecht, Bd. II, 1956, S. 88 ff.

<sup>102</sup> Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 20; Voci, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 627.

<sup>103</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 199.

<sup>104</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 200; Levy, Weströmisches Vulgarrecht, Bd. II, 1956, S. 89; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 20.

einer durch einen Übergang zu einer statischen Wirtschaft gekennzeichneten ökonomischen Entwicklung.<sup>105</sup> Der Grundbesitz konzentriert sich zunehmend in den Händen weniger Familien, sodass das Bedürfnis entsteht, diesen Grundbesitz innerhalb der jeweiligen familiären Einheit zu behalten und weitere Übertragungen nach dem erbrechtlichen Übergang zu verhindern.<sup>106</sup> Die in älteren Epochen üblichen Gegenstände der modalen Klausel, die wie das *monumentum facere* eine Verteilung des Nachlassvermögens bewirken, treten nach deren Verschmelzung mit der *condicio* dagegen in den Hintergrund.<sup>107</sup>

#### 4. Ausgestaltung des *modus* unter Justinian

Unter Justinian wird nicht nur der *modus* nach bislang allgemeiner Ansicht zum terminologischen Begriff, es kommt auch zu weiteren inhaltlichen Änderungen des Rechtsinstituts. Die justinianischen Kompilatoren verbinden dabei Einflüsse der klassischen, der nachklassischen und der byzantinischen Juristen.<sup>108</sup>

Sie überwinden das Verständnis der Nachklassik von der *condicio*.<sup>109</sup> Die Wiederentdeckung von Quellen wie D.35.1.40.5 und D.35.1.80 sowie D.40.5.84 und D.40.5.7 dürfte dabei einen entscheidenden Einfluss auf das zurückgewonnene Verständnis einer Unterscheidung zwischen Bedingung und modaler Klausel, zwischen *condicio* und der von den Kompilatoren schließlich als *modus* bezeichneten Rechtsfigur gehabt haben.<sup>110</sup> Wie bereits dargestellt, stattet nach bisher allgemeinem Verständnis die Kompilatoren erstmals den Begriff *modus* mit terminologischer Bedeutung aus, indem sie ihn in den Rubriken von D.35, C.6.45 und C.8.54 einführen. Justinian ordnet im Jahre 535 in der Novelle 1.1.1 den Verlust der Zuwendung an, wenn der mit dem *modus* beschwerte Zuwendungsempfänger der Anordnung binnen Jahresfrist nicht nachkommt.<sup>111</sup>

<sup>105</sup> S. dazu etwa *Wieacker*, Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reichs, 1963, S. 9 ff.

<sup>106</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 198.

<sup>107</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 198; *Patrone*, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 18 f.

<sup>108</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 205 f.; *Patrone*, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 20.

<sup>109</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 210, 217 f.

<sup>110</sup> *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 212.

<sup>111</sup> *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 35; *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 219 ff.; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 12; *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 85 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 20 Rn. 20, S. 127; s. auch *Löhr*, AcP 5 (1822), 385, 391; *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 1852, § 540, S. 163; *Zimmern*, Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts, 1823, S. 66 f.

Jedoch übernehmen die Kompilatoren nicht ohne Weiteres die klassische Ausgestaltung der modalen Klausel. Zum einen ist in der Systematisierung zu erkennen, dass sie mit dem *modus* eine auf alle erbrechtlichen Anordnungen sowie die Schenkung anwendbare Rechtsfigur gestalten wollen.<sup>112</sup> Zum anderen machen die prozessrechtlichen Entwicklungen Anpassungen der modalen Klausel erforderlich. So finden sich im maßgeblichen Titel D.35.1 keine Spuren der Behandlung des *modus* nach dem von Julian entwickelten Verfahren mittels der Anwendung der *exceptio doli*.<sup>113</sup> Dieses prozessuale Mittel ist nach Di Salvo für den *modus* obsolet geworden, da die Pflicht des Legatars, die Erfüllung des *modus* zu versprechen, durch *officium iudicis* feststellbar ist.<sup>114</sup> Die *cautio* bleibt dagegen weiterhin in Gebrauch. Wird sie nicht geleistet, führt dies zu einer Klageabweisung.<sup>115</sup>

Der Alleinerbe konnte im klassischen Zeitalter lediglich durch die Anordnung einer *multa* indirekt dazu angehalten werden, eine bestimmte Handlung nach Empfang des Nachlasses zu erfüllen.<sup>116</sup> Abgesehen davon blieb den Juristen der Klassik nur die Möglichkeit, die moralische Verpflichtung gegenüber dem Erblasser zu betonen.<sup>117</sup> Diese Lücke wird von den justinianischen Kompilatoren nach Di Salvo durch die Einführung des *interventum iudicis* geschlossen.<sup>118</sup> Wie dieses Einschreiten des Richters konkret ausgestaltet ist, bleibt unklar.<sup>119</sup> Die *cautio* wird nunmehr neben der Verpflichtung zur Rückgabe des Zugewendeten zu einer der Wirkweisen, auf die sich das *officium iudicis* realisiert.<sup>120</sup> Der *modus* wird auf diese Weise allgemein erzwingbar.<sup>121</sup>

---

<sup>112</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 213.

<sup>113</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 213; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 21.

<sup>114</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 213; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 21; s. allgemein zum *officium iudicis* etwa Puliatti, ACIR 2 (2000), S. 43 ff. und Burdese, *Exceptio doli* (diritto romano), in Novissimo Digesto Italiano, Bd. 6, 3. Aufl. 1960, 1072, 1074.

<sup>115</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 214; nach Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1975, § 203 IV, S. 98 Fn. 28 wird die *cautio* dagegen entbehrlich.

<sup>116</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 214.

<sup>117</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 215.

<sup>118</sup> D.33.1.7; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 216; vgl. auch Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 22.

<sup>119</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 216 f. mit Fn. 406.

<sup>120</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 216 f.; Patrone, Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 21 f.

<sup>121</sup> Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 2, S. 653; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1975, § 203 IV, S. 98; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 20 Rn. 20, S. 127; Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, Bd. 2, 1928, S. 429.

## 5. Der *modus zugunsten Dritter*

Eine gewisse Sonderstellung nimmt im römischen Recht die modale Klausel bzw. der *modus* ein, der eine Handlung zugunsten eines bestimmten Dritten wie die teilweise oder vollständige Weitergabe des Zugewendeten an diesen zum Gegenstand hat. Verpflichtet die modale Klausel, das Zugewendete komplett oder teilweise einem Dritten zuzuwenden, ähnelt sie in ihren Wirkungen dem Fideikommiss.<sup>122</sup> Ab einem bestimmten Zeitpunkt werden solche modalen Klauseln auch wie Fideikommissen behandelt, sodass sie von dem Begünstigten eingeklagt werden können.

Verbreitet ist die Ansicht, dass die modale Klausel zugunsten Dritter lange Zeit unentbehrlich gewesen sei, um einen Legatar zur (teilweisen) Weitergabe der Zuwendung an einen Dritten zu verpflichten, da mit einem Legat nur die testamentarischen Erben belastet werden konnten, ein Unterlegat somit nicht zulässig war.<sup>123</sup> Dieser Zweck sei jedoch mit der Einführung der Klagbarkeit des Fideikommissem weitgehend weggefallen. Auch das Fideikommiss ist ursprünglich genutzt worden, um einen Legatar zur (teilweisen) Weitergabe des legatarisch Zugewendeten zu verpflichten. Die Anerkennung der Klagbarkeit eines Fideikommissem erfolgt unter Augustus.<sup>124</sup>

Die Romanistik legt teilweise stillschweigend zugrunde, dass sich eine derartige drittbegünstigende modale Klausel im klassischen Zeitalter ohne Weiteres in das Schema dieser Rechtsfigur einfügt und die für diese Rechtsfigur üblichen, oben dargestellten Rechtsfolgen zeitigt. Danach habe der Legatar dem Erben die Erfüllung durch Leistung einer *cautio* nach den oben dargestellten Grundsätzen versprechen müssen.<sup>125</sup> Di Salvo hält eine solche *cautio* zugunsten einer Leistung an einen bestimmten Dritten dagegen in Hinblick auf die Aversion des römischen Rechts gegenüber Verträgen zugunsten Dritter<sup>126</sup> für schwer vorstellbar.<sup>127</sup> Denkbar sei zwar

<sup>122</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 33.

<sup>123</sup> Vgl. Gaius 2, 271 („a legatario legari non potest“); Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 185 II, S. 746 u. § 189 II 2, S. 758 f.; Hörtner, Die Bedeutung und Entwicklung des Instituts der Fideikommisse im römischen Erbrecht, 2011, S. 19.

<sup>124</sup> Iustiniani Institutiones 2.23.1.; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 189, S. 757 f.; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 88 Rn. 2, S. 490; Hörtner, Die Bedeutung und Entwicklung des Instituts der Fideikommisse im römischen Erbrecht, 2011, S. 38 ff., 110; s. zur Bedeutung des sittlichen oder moralischen Pflichtgefühls vor der Anerkennung der Klagbarkeit des Fideikommissem Avenarius, Ordo testamenti, 2024, S. 294 ff.

<sup>125</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Bd. 2, § 129, S. 236; Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 10 n. 106, S. 173; vgl. Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 235 m. w. N.; a. a. wohl Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001, S. 205, nach denen im klassischen Kaiserrecht dem begünstigten Dritten eine *actio utilis* auf Erfüllung der Auflage zugestanden habe. Hausmaninger/Selb unterscheiden jedoch nicht zwischen der *donatio sub modo* und dem *legatum sub modo*, vgl. oben Fn. 75.

<sup>126</sup> S. Gaius 2.95: „per extraneam personam nobis adquiri non posse“; Gaius 3.103: „si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus“; Quintus Mucius D.50.17.73.4: „nec paciscendo

grundätzlich eine *cautio*, in der der Legatar nicht die Weitergabe an den begünstigten Dritten verspricht, sondern die Rückgabe des Legats an den Erben, wenn er die Weitergabe an den Dritten unterlässt. Jedoch ließen sich den Quellen keine Anhaltspunkte für eine derartige *cautio* entnehmen und zudem sei das Versprechen der vollständigen Rückgabe des Legats an den Erben, wenn der Legatar nur zur Weitergabe von Teilen des Legats verpflichtet ist, unverhältnismäßig.<sup>128</sup> Schließlich erscheine eine derartige Konstruktion zum Schutze des Erblasserwillens übermäßig kompliziert, wenn dieser auch einfacher durch die Anordnung eines Fideikommisses erreicht werden könne.<sup>129</sup> Auch die untechnischen Quellen enthielten keine Hinweise auf Zuwendungen an Dritte, die mittels eines *modus* angeordnet werden.<sup>130</sup>

Nach Di Salvo unterscheidet sich die Behandlung der modalen Klausel zugunsten Dritter dagegen von der regulären modalen Klausel. So konnte Di Salvo in einer eingehenden Untersuchung nachweisen, dass die im Schrifttum insoweit vorgebrachten Quellen<sup>131</sup> schon keine Zuwendungen an Dritte in diesem Sinne zum Gegenstand haben und ihnen damit keine Pflicht zur Leistung einer *cautio* bei der modalen Klausel zugunsten Dritter entnommen werden kann.<sup>132</sup>

Stattdessen sei es bereits unter Scaevola zu einer gewissen Annäherung der Rechtsfiguren der modalen Klausel zugunsten Dritter und dem Fideikommiss ge-

nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest“; s. dazu ausführlich m. w. N. sowie allgemein zur Nichtigkeit der Verträge zugunsten Dritter Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter, 1957, S. 8 ff.; Finkenauer, in: Handbuch für Römisches Privatrecht, Bd. I, 2023, § 21 Rn. 58 f. und Rn. 77 ff. zu signifikanten Ausnahmen dieser Regel; vgl. auch Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 115 II 5, S. 491; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001, S. 310 f.

<sup>127</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 236; nach Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 II, S. 728 soll die Auflage im römischen Recht als Ersatz für das dort nicht ausgebildete Schuldversprechen zugunsten eines Dritten gedient haben.

<sup>128</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 238.

<sup>129</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 238.

<sup>130</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 239; Pernice, Labeo Bd. 3, S. 33.

<sup>131</sup> Es handelt sich um D.40.5.48, D.4.4.16.2, D.35.1.71.1 und D.35.1.17.4.

<sup>132</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 227 ff.: D.40.5.48 hat die Freilassung eines Sklaven zum Gegenstand, der in Ermangelung eigener Rechtspersönlichkeit nicht als „Dritter“ angesehen werden können. Bei der in D.4.4.16.2 erwähnten *cautio* müsse es sich nicht um eine solche der modalen Klausel gehandelt haben, möglicherweise sei auch von der *cautio fideicommissi servandi causa* die Rede. Sie betrifft die Pflicht, per Fideikommiss zugewendete Sachen dem Erben zurückzugeben, wenn die Fideikommissarin kinderlos verstirbt. Auch in dieser Konstellation existiere kein begünstigter Dritter, der vom Erben und dem Fideikommissar personenverschieden ist. In D.35.1.71.1 geht es um eine modale Klausel, die die Pflicht, eine bestimmte Witwe zu heiraten, zum Gegenstand hat. Auch dies stelle keine Begünstigung eines Dritten dar. Diese spezifische Situation könne jedenfalls nicht den justinianischen Kompilatoren bei der Einfügung des „partem alii restituere“ vorgeschwobt haben. D.35.1.17.4 schließlich sei, wie bereits dargestellt, interpoliert.

kommen.<sup>133</sup> Jedoch werde die modale Klausel zugunsten Dritter nicht schon allgemein als Fideikommis behandelt, die Gleichbehandlung beschränke sich vielmehr auf bestimmte Fälle und diene vor allem der Sicherstellung des familieninternen Übergangs des Grundbesitzes. Erst später werde diese spezielle Behandlung zum allgemeinen Prinzip erhoben. Auf diesem Wege werde damit die Erfüllung der modalen Klausel, die die komplette oder teilweise Übertragung der Zuwendung an einen Dritten vorsieht, sichergestellt.<sup>134</sup>

Diese Gleichstellung erfolgt schließlich durch die Kaiserkonstitution Gordians C.6.45.2.

Ex his verbis: „Titio decem milia vel insulam relinquo, ita ut quinque milia ex his vel eandem insulam Mevio restituat“, licet antea neque legati neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a divo Severo hoc admissum est.

1. Sed in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad condicionem sive ad modum respiciunt, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in condicionibus post exitum earum.
2. Sin vero legato aut fideicommisso relicto testator legatarium seu fideicommissarium prohibuerit heredem suum vel alium quendam debitum exigere, habet debitor adversus legatarium seu fideicommissarium agentem usque ad quantitatem relicti fideicommissi sive legati exceptionem.

Obgleich aus den Worten: Dem Titius hinterlasse ich zehntausend [Sestertien] oder das Gehöft, jedoch in der Art, dass er davon dem Maevius fünftausend oder das Gehöft überlassen soll, früher weder eine Vermächtnis- noch eine Fideikommissklage erwuchs, so war eine solche Anordnung von dem Kaiser Severus doch für den Fall einer Freilassung zugelassen worden.

1. Zu Gunsten letztwilliger Anordnungen soll jedoch auch dann, wenn eine solche Anordnung das Vermögen betrifft, mögen diese Worte nun auf eine Bedingung oder einen Zweck, auf ein Geben oder Leisten sich beziehen, jedenfalls daraus die fideikommissarische Klage erzeugt werden; bei Bedingungen jedoch natürlich erst nach ihrem Eintritt.
2. Verbietet aber bei einem hinterlassenen Vermächtnis oder Fideikommiss der Testator dem Vermächtnisberechtigten oder Fideikommissar oder seinem Erben oder sonst irgendjemand, eine Schuld einzufordern, so steht dem Schuldner gegen den klagenden

<sup>133</sup> D.31.88.12; vgl. auch *Schirmer*, AcP 81 (1893), 128, 141f.; *Mitteis*, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908, § 12 Fn. 5, S. 196; *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 251 ff.; *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 81 Fn. 1; *Grosso*, I legati nel diritto romano, 2. Aufl. 1962, S. 466 f.; *Voci*, Diritto Ereditario Romano Bd. 2, 2. Aufl. 1963, § 75, S. 626 f.; vgl. auch *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 10 n. 106, S. 171 f.

<sup>134</sup> Vgl. ähnlich *Patrone*, Il modus nel quadro dei vincoli testamentari, 2015, S. 17.

Vermächtnisberechtigten oder Fideikommissar eine Einrede bis auf den Betrag des hinterlassenen Fideikommisses oder Vermächtnisses zu.<sup>135</sup>

Die Quelle beschreibt, dass zuvor ein durch eine modale Klausel begünstigter Dritter die vorgesehene Zuwendung weder durch eine Legats- noch eine Fideikommissklage hat erlangen können. Soweit Gegenstand der modalen Klausel die Freilassung eines Sklaven ist, hat jedoch Septimius Severus eine solche Klage gewährt. Dies wird durch Gordian auf jede das Vermögen betreffende Anordnung, unabhängig davon, ob die verwendeten Worte auf die Anordnung einer Bedingung oder einer modalen Klausel gerichtet sind, und unabhängig davon, ob Inhalt der Anordnung ein Geben oder eine Leistung ist, ausgedehnt.<sup>136</sup> Sieht die modale Klausel vor, dass der Legatar oder Fideikommissar eine Forderung gegen einen Dritten nicht erhebt, so steht dem Dritten eine *exceptio* zu. Inwieweit aus C.6.45.2 geschlossen werden kann, dass die Gleichbehandlung der modalen Klausel zugunsten Dritter mit dem Fideikommiss tatsächlich auf Septimius Severus und Gordian zurückgeht oder ob sie insoweit Gegenstand justinianischer Interpolation gewesen ist, ist in der Romanistik umstritten.<sup>137</sup> Die Einzelheiten können für die Zwecke dieser Arbeit dahinstehen.

### III. Rezeption des *modus* in der Pandektenwissenschaft

In der Pandektenwissenschaft wird der *modus* des römischen Rechts auf unterschiedliche Arten rezipiert.<sup>138</sup>

#### 1. Zweckbestimmung

Vor allem die frühe Pandektenlehre rezipiert den römisch-rechtlichen *modus* in einem extensiven Verständnis. Er wird etwa als *Zweckbestimmung*, *Endzweck*<sup>139</sup> oder *finis*<sup>140</sup> verstanden und könne bei jedem Rechtsgeschäft Anwendung finden.<sup>141</sup>

---

<sup>135</sup> Übersetzung auf der Grundlage von *Jungmeister*, in: Otto/Schilling, Bd. V, 1832, C.6.45.2.

<sup>136</sup> Vgl. *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 10 n. 106, S. 172.

<sup>137</sup> Dazu ausführlich m.N. *Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 300 ff.; s. auch *Impalomeni*, Le manomissioni mortis causa, 1963, S. 184.

<sup>138</sup> In der Begründung des Vorentwurfs listet von Schmitt abschließend die neben dem gemeinen Recht ausgewerteten Partikularrechte und die verwendeten Quellen auf. Den Ausführungen von Schmitt lässt sich nicht entnehmen, dass germanisches oder mittelalterliches Recht einen maßgeblichen Einfluss ausgeübt hätte. von Schmitt legte bei der Entwicklung des Vorentwurfs vielmehr römisches und gemeinses Recht zugrunde, vgl. *Schubert/Schmitt*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 185 f., 442 ff.

<sup>139</sup> S. gegen eine Bezeichnung des Rechtsinstituts der Auflage als „Zweckbestimmung“ oder „Zwecksatzung“ *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen

So führt Glück aus, der *modus* sei der „Endzweck“ oder „Zweck“, den eine Vertragspartei mit dem Vertrag verfolge. Ein zu einem solchen bestimmten Zweck abgeschlossener Vertrag sei ein „*pactum sub modo*“.<sup>142</sup> Als Beispiele fügt er nicht nur unentgeltliche Rechtsgeschäfte wie die Schenkung, sondern auch den Grundstückskaufvertrag an, dem vom Verkäufer der Zweck beigelegt wird, dass der Verkäufer den Kaufpreis innerhalb eines bestimmten Zeitraums zur Tilgung der auf dem Grundstück lastenden Hypothek verwende.<sup>143</sup> Auch nach Thibaut kann der *modus* bei gegenseitigen Verträgen Anwendung finden, indem dem „Empfänger einer Sache in Beziehung auf die Anwendung des Empfangenen affirmativ oder negativ Pflichten aufgelegt sind“<sup>144</sup>. Dieses Verständnis entspricht auch der rechtlichen Regelung des Zwecks im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR).<sup>145</sup>

Glück weitet darüber hinaus auch die Pflicht zur Kautionsleistung auf solche gegenseitige „Modalverträge“ aus. Zwar sei die Leistung einer Kautio bei gegenseitigen Verträgen nicht verbreitet, aber zulässig und auch sinnvoll.<sup>146</sup> Die Kautionsleistung schützt bei dem Modalvermächtnis den Erben davor, dass der Beschwerde das Vermächtnis verschwendet und es auch an weiterem Vermögen zur Erfüllung des *modus* fehlt. Diese Funktion könnte eine Kautio auch bei einem *Modalvertrag* erfüllen.<sup>147</sup> Danach wird die den *modus* verwendende Vertragspartei bessergestellt als bei einem regulären gegenseitigen Vertrag, der nicht *sub modo* abgeschlossen worden ist.

Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 17 m. w.N. Nach *Berthold* ist eine auf den Zweck abstellende Terminologie verfehlt, da die Bedeutung der Auferlegung einer Pflicht im Vergleich zu der Zuwendung, mit der sie verbunden wird, von untergeordneter Bedeutung sein könne und damit nicht als Zweck der Zuwendung bezeichnet werden könne. Zudem habe die eigentliche Zweckbestimmung ein deutlich weiteres Anwendungsfeld und zeitige andere Wirkungen als die Auflage.

<sup>140</sup> *Hofacker*, Principia Iuris Civilis Romano-Germanici, 1788, § 197, S. 155.

<sup>141</sup> *Hofacker*, Principia Iuris Civilis Romano-Germanici, 1788, § 197, S. 155; *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 461; *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1846, § 100, S. 86; vgl. dazu *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 3.

<sup>142</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 461.

<sup>143</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 462; *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 1835, § 111, S. 211; ähnlich *Schilling*, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, 1837, § 83, S. 278, der den *modus* aber bereits dem Begriff der „Nebenbestimmung“ (s. dazu unten S. 45 ff.) unterstellt.

<sup>144</sup> *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1846, § 100, S. 86.

<sup>145</sup> *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 1896, § 38, S. 187; s. näher zum ALR unten S. 60 f.

<sup>146</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 467 f.

<sup>147</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 468.

Die rechtliche Wirksamkeit des *modus* hänge dabei davon ab, in wessen Interesse er liegt. Bezecket der *modus* ausschließlich den Vorteil des mit ihm Beschweren, handele es sich um einen *modus simplex*. Soll er dagegen auch dem Promittenten oder einem Dritten nützen, liege ein *modus qualificatus* vor.<sup>148</sup> Eine rechtliche Verbindlichkeit komme lediglich einem solchen *modus qualificatus* zu.<sup>149</sup> Der *modus simplex* stelle dagegen nur einen unverbindlichen Rat des Verwenders dar, dessen Erfüllung der freien Willkür des Beschweren überlassen sei und dessen Nichterfüllung keine Rückforderung der Zuwendung ermögliche.<sup>150</sup> Der *modus qualificatus* dagegen begründe eine einklagbare Verpflichtung, bei Erfüllungsverweigerung könne auch auf Aufhebung des gesamten Vertrags geklagt werden.<sup>151</sup> Des Weiteren wird in Teilen der Pandektenwissenschaft danach differenziert, ob der *modus* als *modus mixtus* mit einer Bedingung verbunden ist oder als *modus purus* von einer Bedingung unabhängig ist.<sup>152</sup>

Erfüllt der Beschwerre den *modus* nicht, könne der Promittent auf Erfüllung des *modus* sowie ggf. auf das Interesse oder auf Rückabwicklung des Vertrags und Rückgabe der Zuwendung klagen.<sup>153</sup> Zur Erzwingung der Erfüllung des *modus* und zur Klage auf das Interesse sei die aus dem Hauptgeschäft entspringende Klage

<sup>148</sup> Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 465; Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1846, § 100, S. 86 f.; vgl. dazu auch Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 IV c), S. 733; die Bezeichnungen *modus simplex* und *modus qualificatus* gehen zurück auf Cordes, De modo, conventionibus adiecto, eiusque effectu juridico, 1782, S. 18 f.; ablehnend: Böcking, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. 1862, § 42, S. 48.

<sup>149</sup> Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 465; s. auch Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 19 f.

<sup>150</sup> So auch Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 1852, § 450, S. 162; Zimmern, Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts, 1823, S. 65 (*nudum praeceptum testatoris*); im Übrigen auch noch Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 5.

<sup>151</sup> Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 465 f.; die Einstufung eines *modus simplex* als unverbindlich folgt dem Vorbild *Africanus'*, von dem diesbezüglich Papinian abwich (D.35.1.71pr).

<sup>152</sup> Die Kategorien wurden in der Pandektenwissenschaft entwickelt, vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 462 f.; Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privat-Rechts, 1837, § 83, S. 278; Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 1846, § 100, S. 86; s. auch Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 19 f.; ablehnend: Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, 4. Aufl. 1854, § 63, S. 143; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 5. Aufl. 1892, § 84, S. 103 Fn. 16; Böcking, Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts, 1853, § 115, S. 404 Fn. 17.

<sup>153</sup> Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 469: *condictio causa data causa non secuta*, da die Zuwendung beim Modalvertrag stets *ob causam futuram* erbracht werde.

statthaft.<sup>154</sup> Ein Dritter, in dessen Interesse der *modus* angeordnet ist, könne mittels der *actio utilis* dessen Erfüllung erzwingen.<sup>155</sup>

Die Funktion der dem Hauptgeschäft entspringenden Klage als Durchsetzungsinstrument auch des *modus* nähert diesen einer vertraglich vereinbarten Leistung an. Später setzt sich in der Pandektenwissenschaft auf dieser Grundlage die Erkenntnis durch, dass ein *modus* lediglich bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften in Betracht kommen könne.<sup>156</sup> Bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen werde die bezweckte Verpflichtung Bestandteil des Hauptgeschäfts und könne mit den für dessen Durchsetzung bereitstehenden Mitteln erzwungen werden.<sup>157</sup> Der *modus* könne demnach nur bei Schenkungen und Vermächtnissen, ggf. auch bei Erbeinsetzungen<sup>158</sup> Anwendung finden.<sup>159</sup>

## 2. Nebenbestimmung

### a) Überblick

Aus der Erkenntnis, dass der *modus* nur bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften Anwendung finden kann, entwickelt sich das in der Pandektenwissenschaft schließlich vorherrschende Verständnis des *modus* als Nebenbestimmung eines unentgeltlichen Rechtsgeschäfts. Er sei danach derselben Kategorie zuzuordnen wie die Bedingung und die Befristung.<sup>160</sup> Der Terminus der „Nebenbestimmung“ eines

<sup>154</sup> Bei unbenannten Verträgen sei die *actio praescriptis verbi* statthaft, *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 469 f.: Die *actio utilis* stehe dem begünstigten Dritten jedoch nur, wenn dies nicht dem Willen des den *modus* verwendenden Vertragspartner widerspreche, oder nach dessen Tode zu, da dieser anderenfalls die Rückabwicklung des Vertrags verlangen könne. S. zur *actio utilis* im antiken Recht oben Fn. 125.

<sup>155</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4,2, 1797, § 336, S. 471. Eine Spezifizierung findet sich bei *Glück* insoweit nicht.

<sup>156</sup> *Wächter*, Pandekten, Bd. 1, 1880, § 80, S. 401 f.; *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1852, § 81, S. 109; *Pernice*, Labeo Bd. 3, 1892, S. 3.

<sup>157</sup> *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1852, § 81, S. 109; s. dazu auch *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 19.

<sup>158</sup> So *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 1852, § 450, S. 162.

<sup>159</sup> *Wächter*, Pandekten, Bd. 1, 1880, § 80, S. 401 f.

<sup>160</sup> *Scheurl*, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 1 f.; *Arndts*, Pandekten, 11. Aufl. 1883, § 74, S. 112, § 495, S. 893; *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, 4. Aufl. 1854, § 63, S. 143; *Puchta/Schirmer*, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 63, S. 97, § 533, S. 760 f.; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 128, S. 227, 230; *Seuffert*, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1852, § 81, S. 109; *Gruchot*, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, Bd. 2, 1866, S. 151; *Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bd. 1, 4. Aufl. 1831, § 90, S. 219 f., nach dem der *modus* aber nicht nur bei unentgeltlichen, sondern bei allen Arten von Rechtsgeschäften Anwendung finde;

Rechtsgeschäfts geht wohl auf Heise zurück.<sup>161</sup> Der Begriff wird später kritisiert, da er nicht klar konturiert sei.<sup>162</sup> Viele Autoren setzen ihn ohne weitere Ausführungen als bekannt voraus, während sich die Definitionen inhaltlich unterscheiden.<sup>163</sup> Die dogmatische Zusammenfassung von Bedingung, Befristung und *modus* unter dem Oberbegriff der Nebenbestimmung wird je nach verwendeter Definition des Begriffs unterschiedlich begründet. Bisweilen werden jedoch auch nur die Bedingung und die Befristung, nicht aber der *modus* zu den Nebenbestimmungen gezählt und dieser als sogenanntes Nebengeschäft eingestuft.<sup>164</sup>

### *b) Selbstbeschränkung des Willens*

Nach Savigny ist eine Nebenbestimmung eine „Selbstbeschränkung des Willens“.<sup>165</sup> Sie könnte auch die „Selbstaufhebung“ des Willens zur Folge haben.<sup>166</sup> Der *modus* stelle eine solche Selbstbeschränkung des Willens dar, auch wenn er auf den ersten Blick durch die Verpflichtung des Empfängers der Zuwendung zu einer Handlung eher eine Erweiterung des Willens zu sein scheine. Bei einer quantitativen Betrachtung sowohl der Zuwendung durch das Erbe oder das Legat als auch der durch den *modus* begründeten Pflicht werde allerdings deutlich, dass der *modus* den Wert der Gabe vermindere und so den auf das Geben gerichteten Willen selbst beschränke.<sup>167</sup>

---

Pfeiffer, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1825, S. 26; Baron, Pandekten, 9. Aufl. 1896, § 60 I, S. 115; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 5. Aufl. 1892, § 84, S. 100; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 6, 4. Aufl. 1894, § 18, S. 83 f.; § 58, S. 263 f.; auch Schweppe, Das Römische Privatrecht in seiner Anwendung auf Deutsche Gerichte, als Leitfaden zu den Vorlesungen über die Pandecten, 1822, § 121, S. 92 behandelt den *modus* im Abschnitt zu den Nebenbestimmungen; s. auch Pugliatti, Scritti giuridici, Bd. 3 (1947–1957), 2011, S. 243 („[...] io accomuno il modus alla condizione, sotto la generica etichetta di determinazioni accessorie di volontà [...]“).

<sup>161</sup> So Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 7, s. Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl. 1819, S. 30.

<sup>162</sup> Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 26; so auch der historische BGB-Gesetzgeber, vgl. Mugdan, Bd. I, S. 490.

<sup>163</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, Beil. I § 113, S. 290; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 26.

<sup>164</sup> S. dazu unten S. 50.

<sup>165</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 128, S. 230; Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 3; Puchta/Schirmer, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 63, S. 98; ablehnend hinsichtlich einer „Selbstbeschränkung des Willens“ Voigt, Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen, 1862, S. 519, der *condicio, dies* und *modus* dem Inhalt des Rechtsgeschäfts zuordnet.

<sup>166</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 3.

<sup>167</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 128, S. 227, 230; so auch Pfeiffer, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1825,

Wie auch Savigny sah Scheurl die Selbstbeschränkung des Willens beim *modus* darin, dass der Wille nicht auf eine reine, unverkümmerte rechtliche Machterweiterung des anderen ziele, sondern willkürlich mit einer maßgebenden Bestimmung über die Verwendung des Zugewandten oder über einen „sonstigen Gebrauch seiner rechtlichen Freiheit“ beschränkt werde.<sup>168</sup> Die Zuwendung erfolge, *damit* der andere eine bestimmte Handlung vornehme. Ohne diese Verpflichtung entspreche die Beheimerung nicht dem Willen des Erklärenden.<sup>169</sup>

### c) Verknüpfung zwischen Nebenbestimmung und Hauptgeschäft

Scheurl ergänzt Savignys Erklärungsansatz und stellt zudem auf die Wirkung des *modus* und seine Verknüpfung mit dem Hauptgeschäft ab. Die Nebenbestimmung stehe mit der Hauptbestimmung, der Willenserklärung, in einem untrennbaren Zusammenhang. Gemeinsam seien sie zwei Glieder des „Gesammtwillens“<sup>170</sup> und würden in aller Regel auch gemeinsam geäußert.<sup>171</sup> Im Gegensatz zu einem Nebenvertrag bilde sie mit dem Hauptinhalt des Rechtsgeschäfts ein organisches Ganzes und könne von diesem ohne Änderung des Wesens des Rechtsgeschäfts nicht getrennt werden. Bei einem *modus* sei die Wirksamkeit der mit ihm verbundenen Willenserklärung Verpflichtungsgrund zur Herbeiführung einer bestimmten Tatsache.<sup>172</sup> Diese dem Willen des Erklärenden entspringende Verknüpfung zwischen Wirksamkeit der Willenserklärung und einer künftigen Tatsache, im Falle des *modus* einer künftig durch eine Handlung zu bewirkenden Tatsache, vereine die Bedingung und die Befristung mit dem *modus* unter dem genus der Nebenbestimmung:<sup>173</sup> Bei Verwendung einer Bedingung, einer Befristung oder eines *modus* werde jeweils erklärt, „etwas nur in Verbindung mit einer künftigen Thatsache zu wollen“.<sup>174</sup> Bei dem *modus* sei die künftige Tatsache anders als bei der Befristung keine notwendige, unausbleibliche, sondern stets eine Handlung, die auf einem freien Entschluss beruht und deren Eintritt daher nicht notwendiger Natur ist.<sup>175</sup> Auch bei der Potestativbedingung beziehe sich der Wille auf die Wirksamkeit der Hauptbestimmung verbunden mit einer gewissen Handlung; gemeinsam seien der Potestativbedingung und dem *modus*, dass in beiden Fällen das Hauptgeschäft nur in Verbindung mit dieser

S. 26: Beschränkung der Liberalität des Testators durch Forderung einer Gegenleistung für das empfangene Legat.

<sup>168</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 245.

<sup>169</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 246.

<sup>170</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 2.

<sup>171</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 2.

<sup>172</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 19.

<sup>173</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 19 f.

<sup>174</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 20.

<sup>175</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 20;

Höpfler, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe, 8. Aufl. 1818, § 741, S. 583.

Handlung gewollt sei. Sie unterschieden sich jedoch hinsichtlich des Mittels, mit dem dieser Gesamtzweck verfolgt wird. Bei der Potestativbedingung sei die Wirksamkeit der Hauptbestimmung Folge der zugleich gewollten Handlung, bei dem *modus* sei die Wirksamkeit der Hauptbestimmung Grund der Verpflichtung zu der zugleich gewollten Handlung.<sup>176</sup> Die Potestativbedingung setze die Handlung als reine Möglichkeit voraus, sodass auch die daran gebundene Wirksamkeit der Hauptbestimmung bloß eine Möglichkeit darstelle. Bei dem *modus* sei der Wille dagegen auf eine rechtliche Notwendigkeit gerichtet, sodass auch die Wirksamkeit der Hauptbestimmung keine bloße Möglichkeit darstelle und der bei der Potestativbedingung entstehende Schwebezustand nicht eintreten könne.<sup>177</sup>

#### *d) Wirkung des modus*

Auch die Wirkung des *modus* rechtfertige seine Einstufung als Nebenbestimmung. Wie die Befristung und die Bedingung komme ihm eine gewisse aufschiebende Wirkung zu. Könne bei der (aufschiebend wirkenden) Befristung vor Ablauf der Frist und bei der Bedingung vor ihrem Eintritt nicht erfolgreich geklagt werden, könne auch vor der Erfüllung des *modus* nur gegen Kautionsanerbietung geklagt werden. Befristung, Bedingung und dem letztwilligen<sup>178</sup> *modus* käme daher gleichermaßen eine aufschiebende Wirkung zu.<sup>179</sup>

#### *e) Rechtliche Struktur des modus als Nebenbestimmung*

Die rechtliche Struktur des *modus* erklärt Savigny wie folgt. Sei ein Alleinerbe mit ihm belastet, entstehe keine Obligation, da es an einem Gläubiger fehle. Betreffe der *modus* einen Legatar oder Fideikommissar, entstehe eine Obligation zwischen diesem und dem Erben. Nach Savigny „vertritt“ der Erbe den Erblasser und hat daher die Ausführung seines Willens zu besorgen.<sup>180</sup> Dabei sei ein eigenes Interesse des Erben an der Erfüllung des *modus* nicht erforderlich, vielmehr sei der Wille des Erblassers als „sein [Anm.: des Erben] wohlbegündetes Interesse zu betrachten“.<sup>181</sup>

Scheurl löst dagegen bereits in einem gewissen Maße den auf Verpflichtung des Zuwendungsempfängers gerichteten Willen von dem Zuwendungswillen. So sei der sich in Form des *modus* artikulierende Wille stets ausschließlich auf die Verpflichtung des Empfängers gerichtet. Daraus könne geschlossen werden, dass das

---

<sup>176</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 20.

<sup>177</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 21.

<sup>178</sup> S. zu Scheurls Einschätzung des *modus* bei der Schenkung sogleich.

<sup>179</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 253 f.; s. aber Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 128, S. 231; Puchta/Schirmer, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 63, S. 98: Der *modus* suspendiere oder resolviere weder Recht noch Klage, sondern begründe ein Gegenrecht.

<sup>180</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 129, S. 233.

<sup>181</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 129, S. 234.

zufällige Unmöglichwerden der Erfüllung des *modus* ohne Folgen auf den Bestand der Zuwendung bleibe. Mit der Unmöglichkeit der Erfüllung des *modus* falle die Wirksamkeit des darauf gerichteten Willens weg und somit auch jeder Einfluss, den er auf den Bestand des Hauptgeschäfts habe.<sup>182</sup> Für die *donatio sub modo* zieht Scheurl die Konsequenz, dass der *modus* aus diesem Grund seinen „reinen Charakter einer eigentlichen Nebenbestimmung“ verliere.<sup>183</sup> Mit Annahme des *sub modo* erfolgten Antrags auf Abschluss eines Schenkungsvertrags verpflichtete der Schenkungsempfänger sich vertragsweise zur Erfüllung des *modus*, sodass der eigentlich einseitig verpflichtende Schenkungsvertrag zu einem gegenseitig verpflichtenden Vertrag (*mixtum negotium*) werde. Der *modus* habe bei einer Schenkung daher lediglich das Entstehen von Forderungsrechten auf Erfüllung oder wegen Nichterfüllung zur Folge, dies rechtfertige nicht die Einstufung als Nebenbestimmung.<sup>184</sup>

#### *f) Kritik an der Lehre von der Nebenbestimmung*

Gegen die Lehre der Pandektenwissenschaft vom *modus* als Nebenbestimmung wird schon grundsätzlich vorgebracht, dass sie auf einer Überbewertung des Willens<sup>185</sup> und auf dem römischen Recht nicht zu entnehmenden Grundlagen<sup>186</sup> beruhe.<sup>187</sup>

Aber auch inhaltlich wird sie kritisiert. Das Verständnis des *modus* als Selbstbeschränkung des Willens sei eine „Versetzung des Willens mit dem Gewollten.“<sup>188</sup> Das Gewollte – die Wirkung des Rechtsgeschäfts – habe keine eigenständige Bedeutung, sondern beschränke sich auf den erkennbar gewordenen Willen. Danach müsse schon der Wille selbst beschränkt sein, wenn das Gewollte beschränkt ist.<sup>189</sup> Mit anderen Worten sei die Aufspaltung des „Gesammtwillens“, der letztlich die Wirkung des Rechtsgeschäfts vermittele, in eine Hauptbestimmung und eine diese beschränkende Nebenbestimmung eine unzulässige Fiktion,<sup>190</sup> da der Wille von Anfang an bereits beschränkt sei und nicht erst durch das Hinzutreten einer Ne-

<sup>182</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 255.

<sup>183</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 255 f.

<sup>184</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 254 ff.

<sup>185</sup> Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 16.

<sup>186</sup> Diesen Befund teilt Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 18 allgemein zur Rezeption des *modus* in der Pandektenwissenschaft.

<sup>187</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 9 f.; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano, 1973, S. 16.

<sup>188</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 115, S. 325; a. A.: Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 27.

<sup>189</sup> Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 9.

<sup>190</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 115, S. 325 wirft Savigny in dieser Hinsicht „Mysticismus“ oder eine „grobe [...] Verwechslung“ vor.

benbestimmung beschränkt werde. Die Beschränkung erfolge durch das wollende Subjekt, der Wille (das Gewollte) könne sich nicht selbst beschränken.<sup>191</sup>

Zudem bestünden zwischen *modus*, *dies* und *condicio* allenfalls äußerliche Ähnlichkeiten, die es jedoch nicht rechtfertigten, die verschiedenen Rechtsinstitute unter einer gemeinsamen Kategorie zusammenzufassen.<sup>192</sup>

### 3. Nebengeschäft

Bekker lehnt eine Einstufung der Auflage als Nebenbestimmung ab. Er unterscheidet zwischen Nebenerklärungen, Nebenbestimmungen und Nebengeschäften. Nach Bekker ist die Nebenerklärung eine Willenserklärung, die einem an sich ausreichenden Tatbestand eines Rechtsgeschäfts (der Hauptbestimmung) beigefügt wird, und fungiert als Oberbegriff für die Nebenbestimmung und das Nebengeschäft. Eine Nebenbestimmung ändere die typischen Rechtsfolgen des (Haupt-)Rechtsgeschäfts (bezeichnet als *naturalia negotii*)<sup>193</sup>, mit dem sie verbunden wird, ab und ersetze sie durch „Accidentalien“.<sup>194</sup> Ein Nebengeschäft knüpfe an das Hauptgeschäft dagegen Rechtsfolgen, die sonst nicht eintreten würden, ändere dabei aber nicht die „Naturalia“ des Rechtsgeschäfts.<sup>195</sup> Während die Nebenbestimmung also die innerhalb des typischen Rahmens eines Rechtsgeschäfts liegenden Rechtsfolgen beeinflusse, lasse das Nebengeschäft den Inhalt des Rahmens unverändert und zeitige Rechtsfolgen lediglich außerhalb dieses Rahmens.<sup>196</sup>

Bedingung und Befristung seien danach als Nebenbestimmungen einzustufen, wenn sie einem Rechtsgeschäft beigefügt werden, das typischerweise unbetragte bzw. unbedingte Rechtsfolgen begründet.<sup>197</sup> Die Auflage dagegen sei nie eine Nebenbestimmung, da sie die typischen Rechtsfolgen eines Hauptgeschäfts nicht beeinflusse. Stattdessen knüpfe sie sonstige Rechtsfolgen an das Hauptgeschäft, die ohne sie nicht eintreten würden, sodass sie stets als Nebengeschäft einzustufen sei.<sup>198</sup>

---

<sup>191</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 115, S. 325; vgl. auch Gradenwitz, Ueber den Begriff der Voraussetzung, 1880, S. 2f.

<sup>192</sup> Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 24ff.; Gradenwitz, Ueber den Begriff der Voraussetzung, 1880, S. 45.

<sup>193</sup> S. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 97, S. 120 und § 113, S. 286.

<sup>194</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 113, S. 286; so auch schon Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, § 548, S. 188.

<sup>195</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 113, S. 286.

<sup>196</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, Beil. I § 113, S. 290.

<sup>197</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, Beil. I § 113, S. 290.

<sup>198</sup> Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 118, S. 358.

Auch Böcking und Brinz stufen den *modus* nicht als Nebenbestimmung, sondern als Nebengeschäft ein, jedoch mit jeweils abweichenden Begründungen.<sup>199</sup>

Bekker räumt allerdings ein, dass nach seiner Kategorisierung eine Abgrenzung von einem mit einem Hauptgeschäft verbundenen Nebengeschäft zu zwei gleichberechtigten geschäftlichen Erklärungen, die gemeinsam ein Hauptgeschäft bilden, unscharf bleibt.<sup>200</sup> Auch die Anforderungen an die Verbindung zwischen zwei Geschäften, die ein Geschäft zum Nebengeschäft des Hauptgeschäfts macht, vermag er nicht zu bestimmen.<sup>201</sup>

#### 4. Mittel der Beschränkung einer Zuwendung auf das gesetzlich zulässige Maß

Eine besondere Rezeption und vor allem Herleitung des *modus* bieten Hugo und ihm folgend Böcking. Nach Böcking sind allein die Befristung und die Bedingung Nebenbestimmungen. Er legt dabei grundsätzlich dasselbe Verständnis des Begriffs der Nebenbestimmung wie Bekker zugrunde, sodass der *modus* in aller Regel keine Nebenbestimmung darstelle, sondern einen „Nebenvertrag“.

Ursprünglich habe der *modus* jedoch der Wahrung eines gesetzlich vorgesehenen Maßes durch Begrenzung der Höhe einer Zuwendung gedient.<sup>202</sup> Als solcher *modus* in „engster und technischer Bedeutung“<sup>203</sup>, in seiner eigentlichen Funktion, sei er dagegen als Nebenbestimmung einzustufen. Er stelle insoweit eine eigentümliche Art der Nebenbestimmung, die ausschließlich bei der Schenkung und dem Vermächtnis Anwendung finden könne, dar. Denn bei diesen Rechtsgeschäften sei gesetzlich ein Maß festgelegt, das die Parteien bzw. der Erblasser nicht überschreiten dürften. Abgestellt wird auf die Beschränkungen der *leges Furia testamentaria*<sup>204</sup>, *Cincia*<sup>205</sup> und *Voconia*<sup>206</sup>, die jeweils bestimmte Vorgaben für freigebige Zuwen-

<sup>199</sup> S. dazu sogleich.

<sup>200</sup> *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, Beil. I § 113, S. 291.

<sup>201</sup> *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, Beil. I § 113, S. 291; im Übrigen prophezeite *Bekker* der Rechtsfigur der Auflage, dass sie „ihre bisherige Bedeutung kaum noch lange behaupten“ werden könne, *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, Beil. I § 113, S. 288.

<sup>202</sup> So auch schon *Hugo*, Civilistischer Cursus, Bd. 3, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian, 11. Aufl. 1832, S. 539. Diese Theorie wurde in der Pandektenwissenschaft entwickelt. Darüber hinaus wird sie für das antike Recht, soweit ersichtlich, nicht vertreten.

<sup>203</sup> *Böcking*, Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts, 1853, § 115, S. 403.

<sup>204</sup> Die *lex Furia testamentaria*, wohl zwischen 204 und 169 v.Chr., verbat es, Legate von mehr als 1.000 As anzunehmen, vgl. dazu nur *Grosso*, I legati nel diritto romano, 2. Aufl. 1962, S. 338; *Hausmanger/Selb*, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2001, S. 362; *Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 188 I 2, S. 756; *Avenarius*, Ordo testamenti, 2024, S. 278 ff.

<sup>205</sup> Bei der *lex Cincia de donis et muniberibus* handelt es sich um ein Plebiszit aus dem Jahre 204 v.Chr., das es verbat, Schenkungen, die einen bestimmten Wert überschreiten, anzuneh-

dungen vorsahen. Will der Erblasser bzw. der Schenker das danach jeweils zulässige Maß überschreiten, könne er durch die Nebenbestimmung des *modus* dem Empfänger eine Last auferlegen, sodass die betragsmäßige Überschreitung des gesetzlich vorgesehenen Maßes verhindert werde.<sup>207</sup> Wem also beispielsweise über 1.000 As als Legat hinterlassen sind, der könne sich bei Vorliegen eines entsprechenden *modus* darauf berufen, er sei auch zu einer die Gabe mindernden Handlung wie der Errichtung eines Monuments verpflichtet. Der *modus* sei demnach ein Instrument zur Beschränkung einer eigentlich das gesetzliche Maß überschreitenden letztwilligen Zuwendung. Er wandele ein „an sich rein liberales Geschäft in ein zugleich oneroses“<sup>208</sup> um und verändere so die typische Rechtsfolge des Geschäfts. Danach sei der *modus* in dieser seiner ursprünglichen Funktion eine Nebenbestimmung.

Diesem Verständnis des *modus* wird entgegengehalten, dass es auf einer unzulässigen Vermischung der Begriffe des *modus legatorum* bzw. des *modus donationum* mit dem der *sub modo* erfolgten Zuwendung darstelle. Diese fuße auf der rein äußerlichen Ähnlichkeit der Institute, die in der Einschränkung einer Bereicherung bestehe, während die inneren Beweggründe und Motive der gesetzlichen Beschränkung einer Zuwendung von der einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Beschränkung grundverschieden seien.<sup>209</sup> Diene die gesetzliche Beschränkung dem Ziel, den Entzug von Vermögenswerten zulasten der Familie oder des Testamentserben durch die Freigebigkeit des Erblassers mengenmäßig zu begrenzen, werde dagegen mit dem rechtsgeschäftlichen *modus* der Zweck verfolgt, dem Zuwendungsempfänger neben der Bereicherung eine Verpflichtung aufzuerlegen. Im ersten Falle sei die Einschränkung der Zuwendung durch den gesetzlichen *modus* Zweck, im letzteren Falle dagegen lediglich Mittel.<sup>210</sup>

---

men, s. dazu Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 140 I 3a, S. 602 ff. m. w. N.

<sup>206</sup> Nach der *lex Voconia* aus dem Jahre 169 v.Chr. war es u.a. verboten, aus einem Legat mehr anzunehmen als der Alleinerbe bzw. die Miterben gemeinsam erhalten, wenn der Erblasser der ersten Zensuskategorie gehörte, s. dazu grundsätzlich Weishaupt, Die *lex Voconia*, 1999; Grossi, I legati nel diritto romano, 2. Aufl. 1962, S. 338 f.; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 188 I 2, S. 756; Avenarius, Ordo testamenti, 2024, S. 281 f.

<sup>207</sup> Böcking, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. 1862, § 42, S. 48; Böcking, Institutionen, Bd. 1, 1843, § 110, S. 456 u. § 115, S. 470 f.; Hugo, Civilistischer Cursus, Bd. 3, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian, 11. Aufl. 1832, S. 539; s. auch Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, § 118, S. 358 Anm. b, S. 364, der in dieser Funktion die „mutmasslich erste Bedeutung“ des *modus* erblickt. Näher zu Bekkers Rezeption oben S. 50.

<sup>208</sup> Böcking, Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts, 1853, § 115, S. 404.

<sup>209</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 248.

<sup>210</sup> Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 248; Pernice bringt zudem vor, dass dieser Ansatz die Anwendbarkeit des *modus* auf die Erbseinsetzung ausschließe, die aber zumindest denkbar gewesen sei (vgl. dazu oben S. 25), Pernice, Labeo Bd. 3, 1892, S. 19 Fn. 1.

## 5. Obligatorisches Element des Realkontrakts

Bedeutung erlangt der *modus* nach Ansicht mancher Pandektisten auch auf einem gänzlich anderen Gebiet und zwar dem des Realkontrakts. Bei dem Realkontrakt handelt es sich um eine Kontraktsobligation, die durch eine *res* begründet wird, wie etwa nach Gaius das Darlehen (*mutuum*), bei dem durch die Hingabe der Geldzahlung der Empfänger zur Rückzahlung verpflichtet wird.<sup>211</sup> Erst die Sachübergabe begründet beim Realkontrakt das Rechtsverhältnis, diese wirkt mithin nicht *solvendi causa*, sondern *contrahendi causa*.<sup>212</sup>

Nach Brinz vereinigen sich in den Realkontrakten eine *datio*, *traditio* oder Leistung mit einer Auflage (*lex* oder *modus*) des Gebers an den Empfänger, die Sache zurückzugeben oder eine Gegenleistung zu erbringen.<sup>213</sup> Der Empfänger nehme die Sache mit dem stillschweigenden oder ausdrücklichen Versprechen, die Auflage zu erfüllen, an. Die Auflage und ihre Annahme seien ein Übereinkommen und damit ein obligatorischer Vertrag, der verbunden mit dem dinglichen Geschäft den Realkontrakt bilde. Brinz versteht den *modus* somit als unentbehrlichen Bestandteil eines Realkontrakts. Er klassifiziert den *modus* als einschränkendes Nebengeschäft.<sup>214</sup> Der *modus* schränke das Hauptgeschäft, das in einer *datio*, *traditio* oder *heredis institutio* bestehe und „an sich nicht obligatorisch, sondern bloß gebend, zuwendend, liberarend, bereichernd ist“, ein, indem er diesem eine Obligation anfügt.<sup>215</sup> In der obligierenden Wirkung des *modus* liege seine beschränkende Wirkung.

Auch Windscheid führt über den Realkontrakt in diesem Sinne aus: „Der Begriff des Realvertrages ist näher so zu denken: der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist und damit die Auflage der Verpflichtung an.“<sup>216</sup>

Nach Brinz hat sich der *modus* in dieser seiner ursprünglichen Bedeutung vielfach mit dem Hauptgeschäft zu einem benannten Vertragstypus entwickelt und ist auf diese Weise in einem essenziellen Teil der Geschäftsart aufgegangen.<sup>217</sup> Dies gelte

<sup>211</sup> Gaius, Institutiones, Commentarius tertius, 89–91; eingehend Wegmann Stockebrand, Obligatio re contracta, 2017, S. 177 ff., nach dem das *mutuum* der einzige Realvertrag des klassischen römischen Rechts gewesen ist; s. im Übrigen zum Realkontrakt etwa Gröschler, in: Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I, 2023, § 22; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, §§ 122, 123, S. 525, 530 ff.; zu den Nachwirkungen der Realkontrakttheorie auf dem Gebiet des Darlehens s. etwa Mülbert, AcP 192 (1992), 447.

<sup>212</sup> Wegmann Stockebrand, Obligatio re contracta, 2017, S. 2.

<sup>213</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, 1, 2. Aufl. 1879, § 248, S. 134.

<sup>214</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, § 557, S. 230.

<sup>215</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, § 557, S. 230.

<sup>216</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1887, § 312 Fn. 4, S. 206, der aber in der folgenden Fn. 5 auf S. 207 im Zusammenhang mit dem Realkontrakt von der „Auflage einer Verpflichtung [...] (im weiteren Sinn)“ spricht. S. näher zu Windscheids Verständnis des *modus* sogleich.

<sup>217</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, § 557, S. 232.

etwa auch auf dem Gebiet des Erbrechts, so seien Vermächtnisse „häufig nichts anderes als obligatorische Auflagen, mit denen die Zuwendung des ganzen Vermögens durch Erbeinsetzung oder Belassung der Intestaterfolge, oder die Zuwendung von Vermächtnissen oder anderen letztwilligen Gaben selbst wieder verknüpft ist“.<sup>218</sup> Lediglich bei der Schenkung, der Erbeinsetzung und der Vermächtniszugewandlung trete der *modus* noch neben das jeweilige Hauptgeschäft, ohne mit diesem in einem gemeinsamen Begriff aufzugehen.<sup>219</sup>

Mit dem überkommenen Verständnis des *modus*-Begriffs ist diese Auffassung nach Eisele nicht zu vereinbaren.<sup>220</sup> Danach könnten Vermögenszuwendungen, die kausal bereits bestimmt sind, mit einem *modus* belegt werden, wobei der *modus* aber nichts an der juristischen Bewertung der Kausalabrede ändere. Die Charakterisierung eines Rechtsgeschäfts als Schenkung oder als Vermächtnis sei unabhängig davon, ob es *sub modo* oder uneingeschränkt abgeschlossen wird.<sup>221</sup> Nach Brinz verleiht der *modus* der an sich indifferenten *datio* oder *traditio* dagegen erst einen juristischen Charakter.<sup>222</sup> Zudem entspreche der Zweck eines *modus* nach herkömmlichem Verständnis nicht dem ihm im Rahmen eines Realkontrakts beigelegten Zweck. Üblicherweise trete der *modus* an eine als endgültig geplante Vermögensverschiebung und könne nur im Falle seiner Nichterfüllung ggf. Grundlage einer Rückabwicklung der Vermögensbewegung darstellen.<sup>223</sup> Beim Realkontrakt sei er nach Brinz dagegen gerade auf die Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung gerichtet, ein dem *modus* entsprechendes Verhalten führe dazu, dass der Empfänger das Erhaltene wieder herausgabe.<sup>224</sup>

## 6. Voraussetzung

Der *modus* spielt des Weiteren bei Windscheids Lehre von der Voraussetzung eine zentrale Rolle. Danach stellt der *modus* keine eigenständige Geschäftsform dar, sondern geht stattdessen im Rechtsinstitut der Voraussetzung auf.<sup>225</sup> Um Windscheids Verständnis des *modus* nachvollziehen zu können, ist ein kurzer Überblick über seine Lehre der Voraussetzung erforderlich.

Der *modus* wurde in der Pandektenwissenschaft, wie dargestellt, verbreitet neben der Bedingung und der Befristung als Nebenbestimmung verstanden. Windscheid

---

<sup>218</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, § 557, S. 233.

<sup>219</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, § 557, S. 233 ff.

<sup>220</sup> So auch Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 18.

<sup>221</sup> Eisele, ZSR N.F. Bd. 3, 1884, 1, 10f.

<sup>222</sup> Eisele, ZSR N.F. Bd. 3, 1884, 1, 11.

<sup>223</sup> S. aber zum Rückforderungsrecht oben S. 35.

<sup>224</sup> Eisele, ZSR N.F. Bd. 3, 1884, 1, 11.

<sup>225</sup> Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 28.

vertritt ein extensives Verständnis des Begriffs der Nebenbestimmung, nach dem diese solche Aspekte zum Inhalt habe, die „das Rechtsgeschäft, wenn auch verträchtig, doch nicht fordert“<sup>226</sup>. Darunter könnte grundsätzlich auch der *modus* subsumiert werden. Windscheid ersetzt in dieser Kategorisierung jedoch den *modus* durch die Voraussetzung.<sup>227</sup> Die Voraussetzung sei dabei eine „unentwickelte Bedingung“, mithin „eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist“<sup>228</sup>. Wie bei einer Bedingung erkläre derjenige, der unter einer Voraussetzung wolle, dass das Rechtsverhältnis nur bei Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Umstands bestehen solle. Anders als die Bedingung mache die Voraussetzung den Willen und damit die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses aber nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen des Umstands abhängig, sondern begründe das Rechtsverhältnis schlechthin. Dahinter steht die Erwägung, dass derjenige, der eine Bedingung erkläre, von der Ungewissheit des betroffenen Umstands ausgehe, während derjenige, der eine Voraussetzung erkläre, deren Wirklichkeit zugrunde lege.<sup>230</sup> Sei die Voraussetzung nicht erfüllt, bestehe das Rechtsverhältnis zwar nicht ohne den Willen des Erklärenden, aber gegen dessen Willen. Aufgrund der „Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten“ entspreche die Rechtsfolge zwar dem wirklichen Willen und sei daher „formell gerechtfertigt“, widerspreche aber dem „wahren, dem eigentlichen Willen“ und sei daher „materiell ohne rechtfertigenden Grund“.<sup>231</sup> Terminologisch umschreibt Windscheid die Wirkung einer nicht erfüllten Voraussetzung also damit, dass das Rechtsverhältnis zwar dem *wirklichen*, nicht aber dem *eigentlichen* Willen entspreche.<sup>232</sup> Rechtsfolge der unerfüllten Voraussetzung solle sein, dass der Erklärende an seinen wirklichen Willen nicht gebunden sei, ihn zurücknehmen könne. Zur Verwirklichung der Rücknahme des Willens sei ihm die *exceptio doli* zu gewähren bzw. die Bereicherungsklage zur Rückerstattung einzuräumen.<sup>233</sup>

Die Voraussetzung könne sowohl stillschweigend als auch ausdrücklich geäußert werden.<sup>234</sup> Sie muss nach Windscheid lediglich erkennbar sein, als solche jedoch

<sup>226</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 85, S. 263.

<sup>227</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 1; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 97 Fn. 1, S. 311 f.; zustimmend Puchta/Schirmer, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 63, S. 98.

<sup>228</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 1; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 97, S. 311; so auch Baron, Pandekten, 9. Aufl. 1896, § 60 II, S. 117.

<sup>229</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 97, S. 311.

<sup>230</sup> Windscheid, Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161, 163.

<sup>231</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 97, S. 313 f.; Windscheid, Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161, 167.

<sup>232</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 2; Windscheid, Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161, 167.

<sup>233</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 2 f.; Windscheid, Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161, 166 f.

<sup>234</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 8; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 98, S. 315.

nicht vereinbart und damit bei Verträgen auch nicht Vertragsinhalt sein.<sup>235</sup> Von ihrer Erfüllung<sup>236</sup> müsste der Erklärende nicht sicher ausgehen, sie könne auch zweifelbehaftet sein.<sup>237</sup>

Der Beweggrund unterscheide sich nach Windscheid von der Voraussetzung dadurch, dass er als das Motiv, das „den ersten Anstoß zu einer Willenserklärung“ gegeben hat, verstanden wird.<sup>238</sup> Während die Bedingung „mehr“ als die Voraussetzung sei, sei der Beweggrund „weniger“ als sie.<sup>239</sup>

Der *modus* stelle einen Anwendungsfall einer solchen Voraussetzung dar.<sup>240</sup> Die Bereicherung des Empfängers einer *sub modo* getätigten Zuwendung erfolge mithin unter der Voraussetzung der Erfüllung dieser Auflage.<sup>241</sup> Ein Erblasser, der eine letztwillige Verfügung trifft, verfolge damit neben der allgemeinen Absicht, das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode zu bestimmen, notwendigerweise eine weitere, spezielle Absicht. Diese bestehe in der Regel darin, dem Bedachten eine Liberalität zu erweisen, was keine Voraussetzung darstelle. Die spezielle Absicht des Erblassers könne aber auch auf etwas anderes gerichtet sein, „welches möglicherweise nicht eintreten kann“<sup>242</sup>. Der Eintritt dieses Umstands stelle dann die Voraussetzung der letztwilligen Zuwendung dar. So sei beispielsweise ein Vermächtnis, das der Erblasser dem Bedachten mit dem Ziel zuwendet, dass dieser das Vermachte an einen anderen weitergibt oder für einen bestimmten Zweck verwendet, unwirksam, wenn diese Vorgabe nicht erfüllt wird.<sup>243</sup>

Die Nichterfüllung der Voraussetzung bezeichnet Windscheid als „Ermangelung“ der Auflage. Auf die Frage, wer die Ermangelung der Voraussetzung bei einer letztwilligen Verfügung geltend machen kann, hält Windscheid drei Lösungen für denkbar. Naheliegend sei es, dass der Erbe zur Geltendmachung der Ermangelung der Auflage befugt sei, da er an die Stelle des Erblassers, der unter der Voraussetzung zuwende, trete.<sup>244</sup> Dem stehe aber entgegen, dass der Erblasser, der eine Zuwendung

<sup>235</sup> Simshäuser, AcP 172 (1972), 19, 29.

<sup>236</sup> Terminologisch nutzt *Windscheid* die Begriffe der Nichtbewährung (bei Täuschung des Erklärenden), des Wegfalls (bei Entfallen des Vorausgesetzten ohne Täuschung des Erklärenden) oder der Ermangelung der Voraussetzung (als Oberbegriff für beide Fälle), *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 9.

<sup>237</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 8.

<sup>238</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 7: *Windscheid* bemüht diesbezüglich das Beispiel eines Legats über eine fremde Sache. Das irrtümlich angenommene Sacheigentum sei zwar Voraussetzung, nicht aber Beweggrund des Erblassers. Voraussetzung sei „eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde“.

<sup>239</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 11.

<sup>240</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 3.

<sup>241</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 1, S. 3.

<sup>242</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850, § 8, S. 126.

<sup>243</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 8, S. 126.

<sup>244</sup> *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 6, S. 69.

tätige, nicht nur dem Zuwendungsempfänger etwas zuwende, sondern zugleich auch einen anderen von der Zuwendung ausschließe. Habe er die Zuwendung nur unter Geltung der Voraussetzung tätigen wollen, könnte es seinem Willen entsprechen, dass bei Ermangelung der Voraussetzung die Zuwendung an den fallen solle, der von ihr zunächst ausgeschlossen worden sei.<sup>245</sup> Schließlich könne man sich auch auf den Standpunkt zurückziehen, der Erblässer habe für den Fall der Ermangelung der Voraussetzung keine Bestimmung getroffen. Sicher sei nur, dass die Zuwendung bei Ermangelung der Voraussetzung nicht seinem eigentlichen Willen entspreche. Es habe daher der Fiskus einzutreten.<sup>246</sup> Aus den römisch-rechtlichen Quellen leitet Windscheid ab, dass der zweite Lösungsweg vorzugswürdig sei und die Ermangelung der Voraussetzung bei letztwilligen Verfügungen von dem durch die Verfügung Beschränkten geltend gemacht werden könne.<sup>247</sup>

Als Mittel der Geltendmachung der Ermangelung der Voraussetzung komme in erster Linie die Versagung des Anspruchs auf die Zuwendung in Betracht. Denn bis zur Geltendmachung des Rechts auf die Zuwendung durch den (beschwerteten) Zuwendungsempfänger stünde in der Regel fest, ob eine Ermangelung der Voraussetzung eingetreten sei. Stelle die Voraussetzung, wie dies nach Windscheid bei einer letztwilligen Verfügung der Fall sei, auf eine Handlung des Bedachten ab, sei es billig, von diesem bei der Geltendmachung seiner Zuwendung eine Kautions zu verlangen. Die Verweigerung einer solchen stehe der Weigerung, die Auflage als Voraussetzung der Zuwendung zu erfüllen, gleich und ein Anspruch auf die Zuwendung sei zurückzuweisen.<sup>248</sup> Bei Leistung der Kautions könne die Voraussetzung nicht mehr ermangeln, da der Bedachte aus der Kautions zur Erfüllung der Auflage gezwungen werden könne.<sup>249</sup>

Gradenwitz positionierte sich bereits 1880 in seiner Dissertation gegen Windscheids Lehre von der Voraussetzung.<sup>250</sup> Auch von den Autoren, die Windscheids Lehre der Voraussetzung grundsätzlich folgen, widersprechen einige seiner Einstufung des *modus* als Voraussetzung in einem solchen Sinne. So wirft etwa Wächter Windscheid vor, einen zu weiten Begriff der Voraussetzung zu verwenden. Der *modus* stelle keine Voraussetzung dar, da er anders als die Voraussetzung eine

---

<sup>245</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 6, S. 69.

<sup>246</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 6, S. 69.

<sup>247</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 6, S. 69.

<sup>248</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 6, S. 70.

<sup>249</sup> Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, § 6, S. 70; Windscheid konzidiert insoweit, dass eine Kautionsleistung sich in den Quellen nur bezüglich eines Vermächtnisnehmers, nicht aber eines Erben finden lässt.

<sup>250</sup> Gradenwitz, Ueber den Begriff der Voraussetzung, 1880; s. dazu Baldus, in: Sulla presupposizione, 2024, S. 9 ff.; zur Rezeption Gradenwitz' Dissertation in Italien s. Pezzato Heck, in: Sulla presupposizione, 2024, S. 141 ff.

Verpflichtung zur Erfüllung schaffe.<sup>251</sup> Auch Baron wendet sich dagegen, den *modus* als einen Unterfall der Voraussetzung zu verstehen. Es bestehe zwischen den beiden Rechtsinstituten zwar eine gewisse Verwandtschaft, jedoch unterschieden sie sich in der Hinsicht, dass der *modus* lediglich einen Nebenzweck darstelle, sodass auch eine zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung des *modus* anders als bei der Voraussetzung nicht die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben könne.<sup>252</sup> Ähnlich äußert sich auch Unger.<sup>253</sup>

Windscheids Lehre von der Voraussetzung konnte sich nicht durchsetzen.<sup>254</sup> Wurde sie im Ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches unter anderem bei der Regelung der *condictio causa data causa non secuta* (§ 742 BGB-E1) zunächst teilweise<sup>255</sup> berücksichtigt, verwarf – nach eingehender Kritik u.a. Lenels<sup>256</sup> an der Lehre der Voraussetzung – die Zweite Kommission ihre Kodifizierung dagegen ausdrücklich.<sup>257</sup>

Auch das Reichsgericht lehnte sie in einer Entscheidung aus dem Jahre 1889 ab, da es eine Begründung der Lehre in den Quellen nicht finden konnte.<sup>258</sup> In einer späteren Entscheidung führte das Reichsgericht gegen Windscheids Lehre von der Voraussetzung zudem aus, dass sie „die Sicherheit des Verkehrs gefährden und den Unterschied zwischen Voraussetzung und Motiv verwischen“ würde.<sup>259</sup>

<sup>251</sup> Wächter, Pandekten, Bd. 1, 1880, § 80, S. 403; vgl. auch ähnlich Gradenwitz, Ueber den Begriff der Voraussetzung, 1880, S. 24: Hauptwirkung des *modus* sei die Verpflichtung auf Erfüllung der Auflage und nicht die Begründung einer Rückforderungsmöglichkeit.

<sup>252</sup> Baron, Pandekten, 9. Aufl. 1896, § 60 II, S. 117.

<sup>253</sup> Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 5. Aufl. 1892, § 84, S. 100 f. mit Fn. 6.

<sup>254</sup> S. ausführlich zur Rezeptionsgeschichte der Voraussetzungslehre etwa Falk, Ein Lehrter wie Windscheid, 1989, S. 193 ff.; s. auch Kegel, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, 1953, S. 135, 143 ff.

<sup>255</sup> Die Regelung des § 742 BGB-E1 beschränkte sich zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten auf vorausgesetzte Umstände, die in der Zukunft liegen, vgl. dazu RG, Urt. v. 09.01.1906 – II 226/05, RGZ 62, 267, 268; Simshäuser, AcP 172 (1972), 19, 32 f.; ablehnend und mit weiteren Beispielen für die Aufnahme der Voraussetzungslehre in den Entwurf Lenel, AcP 74 (1889), 213, 215 ff.

<sup>256</sup> Lenel, AcP 74 (1889), 213, 220 ff.; Lenel, AcP 79 (1892), 49; dagegen, aber mit weiteren Einwänden gegen die Voraussetzungslehre Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971, S. 5 f.; ablehnend beispielsweise auch schon Voigt, Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen, 1862, S. 515 ff.; Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, 1878, § 2, S. 19 ff.; Grundsatzkritik bei Gradenwitz, Ueber den Begriff der Voraussetzung, 1880, S. 6 ff.

<sup>257</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, Bd. 2, 1898, S. 690.

<sup>258</sup> RG, Urt. v. 13.05.1889 – VI 60/89, RGZ 24, 169, 170 ff.; anschließend bestätigt in RG, Urt. v. 09.01.1906 – II 226/05, RGZ 62, 267; RG, Urt. v. 05.04.1907 – VII 313/06, RGZ 66, 132 f.

<sup>259</sup> RG, Urt. v. 09.01.1906 – II 226/05, RGZ 62, 268.

Einen bedeutenden Einfluss übte die Rechtsfigur der Voraussetzung auf die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung von 2002 in § 313 BGB kodifizierte Lehre von der Geschäftsgrundlage aus.<sup>260</sup> Diese geht im Wesentlichen auf Oertmann<sup>261</sup> zurück.<sup>262</sup> Oertmann lehnte indes Windscheids Kategorisierung des *modus* als Anwendungsfall der Voraussetzung ausdrücklich ab. Im Gegensatz zur Geschäftsgrundlage sei der *modus* bzw. die Auflage „wahrhafter Geschäftsbestandteil“ mit verpflichtender Wirkung, der ein Klagerrecht auf Erfüllung erzeuge. Zudem berühre die Auflage in aller Regel nicht die Grundlage des Geschäfts, sondern beziehe sich nach dem Parteiwillen lediglich auf einen nebensächlichen Umstand, sodass auch die Unmöglichkeit oder das Unmöglichwerden der Erfüllung der Auflage die Wirksamkeit des Geschäfts grundsätzlich nicht berühre.<sup>263</sup>

## 7. Ablehnung eines genuinen Rechtsinstituts

Hartmann lehnt einen eigenständigen Rechtsbegriff des *modus* mit der Begründung, die römisch-rechtlichen Quellen gäben eine solche Begriffsbildung nicht her, ab.<sup>264</sup>

Zudem komme dem Begriff des *modus* kein eigenständiger Aussagegehalt zu. Anders als bei einer Nebenbestimmung oder einem Nebengeschäft stehe und falle das Hauptgeschäft mit dem *modus* nicht, auch sei dem Begriff darüber hinaus kein allgemeingültiger Rechtssatz zu entnehmen.<sup>265</sup>

Werde eine Schenkung oder ein Vermächtnis mit der Auflage einer Zweck- oder Verwendungsbestimmung oder einer andersartigen Belastung verbunden, sei für jedes dieser beiden Rechtsinstitute die Frage der Durchsetzung dieses Willens eigenständig und ohne den Rückgriff auf den „künstlichen Gesamtbegriff[...] des *modus*“ zu beantworten.<sup>266</sup> Aus der unterschiedlichen Natur von Schenkung und Vermächtnis ergäben sich auch unterschiedliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes, die einer einheitlichen Begriffsbildung entgegenstünden.

<sup>260</sup> S. nur *Zhu*, Geschäftsgrundlage und Risikoverteilung, 2021, S. 47 ff.; *Böttcher*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 313 Rn. 3.

<sup>261</sup> *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1921.

<sup>262</sup> Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14. Mai 2001, BT-Drs. 14/6040, S. 174; *Kegel* bezeichnet *Oertmanns* Lehre von der Geschäftsgrundlage als eine „verjüngte Lehre von der Voraussetzung“, *Kegel*, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, 1953, S. 135, 155.

<sup>263</sup> *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1921, S. 42.

<sup>264</sup> *Hartmann*, Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht, 1872, S. 43 ff.

<sup>265</sup> *Hartmann*, Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht, 1872, S. 44.

<sup>266</sup> *Hartmann*, Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht, 1872, S. 44.

Die Durchsetzung eines über die reine Zuwendung des Vermächtnisgegenstands hinausgehenden, einem Vermächtnis beigefügten Zwecks erfolge über die *exceptio doli*. Materiell liege dem der Rechtsgedanke zugrunde, dass Quelle des Vermächtnisrechts der autonome Wille des Erblassers sei und sich die Erfüllung des Vermächtnisrechts nicht mit diesem Willen in Widerspruch setzen dürfe.

Hartmann lehnt damit eine eigenständige Bedeutung des Begriffs des *modus* und die Existenz eines entsprechenden Rechtsinstituts ab. Verbindet der Erblasser das Vermächtnis mit einer Belastung, erfolge deren Durchsetzung innerhalb und mit den Mitteln des Vermächtnisrechts.

## **IV. Der *modus* in den Partikularrechtsordnungen**

### **1. Allgemeines Preußisches Landrecht**

Im ALR existiert ein der erbrechtlichen Auflage des BGB vergleichbares Rechtsinstitut unter den Begriffen „Zweck“ und „Endzweck“.

§§ 152–162 des Vierten Titels des ALR „Von Willenserklärungen“ behandeln zwischen den Vorgaben zu Bedingungen und Befristungen den Zweck in allgemeiner Hinsicht. Der Zweck kann jeder Art von Willenserklärung beigelegt werden und ist nicht auf unentgeltliche Rechtsgeschäfte oder auf Schenkungen und letztwillige Zuwendungen begrenzt.<sup>267</sup> In seiner Wirkung gleicht der Zweck der auflösenden Bedingung, § 155 des Vierten Titels des ALR.

§§ 508–513 des Zwölften Titels des ALR „Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehn“ haben den Zweck in einer letztwilligen Anordnung („letztwilligen Verordnung“) zum Gegenstand. Er kann mit einer Zuwendung an den Erben und den Legatar verbunden werden. Auch wenn der Zweck dem Vorteil des Beschwerten dient, begründet er „in der Regel“ eine wirksame Verpflichtung, § 509 des Zwölften Titels des ALR. Wird durch das Verschulden des Beschwerten die Erfüllung des Zwecks unmöglich, verliert dieser die Zuwendung (den „Vortheil“), § 510 des Zwölften Titels des ALR. Wird sie ohne sein Verschulden unmöglich, behält der Erbe bzw. Legatar die Zuwendung, sofern kein entgegenstehender Erblasserwille festzustellen ist.

Der Staat ist berechtigt, die Erfüllung eines Zwecks, der unmittelbar dem Allgemeinwohl dient (der „Beförderung des gemeinen Beste[n]“), zu verlangen, § 514 des Zwölften Titels des ALR.

Ausdrücklich sieht das ALR zwar die Erzwingbarkeit nur eines solchen Zwecks vor, der unmittelbar dem Allgemeinwohl dient. Aus der Vorschrift des § 509 des

---

<sup>267</sup> Die Zweckbestimmung werde vom ALR danach als eine beschränkende Nebenbestimmung behandelt, *Gruchot*, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, Band 2, 1866, S. 151.

Zwölften Titels des ALR („Auch der Endzweck, zu welchem jemanden ein Vortheil zugedacht worden, muß in der Regel von demselben erfüllt werden.“) wird jedoch teilweise abgeleitet, dass eine Klage auf Erfüllung des Zwecks statthaft sei. Die Klageberechtigung sei dabei demjenigen, der ein Interesse an der Erfüllung hat, zuzugestehen. Dies könnte zum einen der durch den Zweck unmittelbar Begünstigte oder derjenige, dem die Erfüllung eine Minderung der ihm selbst auferlegten Verpflichtung bewirkt, also der ebenfalls verpflichtete Miterbe oder der Wegfallbegünstigte, sein.<sup>268</sup> Hat dagegen niemand ein rechtliches Interesse an der Erfüllung der Auflage, könne ihre Erfüllung auch nicht rechtlich erzwungen werden. Nach dem Verständnis des ALR ermangele es einer solchen nicht erwingbaren Auflage insgesamt am verpflichtenden Charakter.<sup>269</sup> Dagegen wurde teilweise eine unmittelbare rechtliche Erzwingbarkeit des Zwecks nach preußischem Recht abgelehnt.<sup>270</sup> Allerdings sei ein zugunsten Dritter auferlegter Zweck regelmäßig ein selbstständiges Vermächtnis und als solches einklagbar.<sup>271</sup>

## 2. Bayerische und hessische Entwürfe

Der hessische Entwurf zum Schuldrecht aus dem Jahre 1853<sup>272</sup> (Art. 111–113) und der bayerische Entwurf zum Schuldrecht aus dem Jahre 1861<sup>273</sup> (Art. 63–68) verstehen die Zweckbestimmung (Auflage) ausweislich ihrer Motive<sup>274</sup> als Nebenbestimmung. Während der hessische Entwurf zum Schuldrecht die Zweckbestimmung auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften vorsieht, beschränkt der bayerische Entwurf zum Schuldrecht die Anwendbarkeit der Zweckbestimmung auf Schenkungen und letztwillige Verfügungen, mit denen jemandem ein Vorteil zugewendet wird (Art. 63 BayE-1861).

Der bayerische Schuldrechtsentwurf und der hessische Erbrechtsentwurf aus dem Jahre 1845 sehen jeweils eine Klagemöglichkeit desjenigen vor, zu dessen Vorteil die

<sup>268</sup> *Gruchot*, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, Band 2, 1866, S. 156.

<sup>269</sup> *Gruchot*, Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, Band 2, 1866, S. 156.

<sup>270</sup> *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 1896, § 38, S. 187f.; wohl auch *Dernburg*, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. 1, 1871, S. 170f.

<sup>271</sup> *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 1896, § 38, S. 187; *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 4, 7. Aufl. 1897, § 250 III, S. 400; *Feigel*, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 46.

<sup>272</sup> S. dazu *Dölemeyer*, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III, Teilb. 2, 1982, S. 1518.

<sup>273</sup> S. dazu *Dölemeyer*, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III, Teilb. 2, 1982, S. 1472 ff.

<sup>274</sup> Vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen nebst Motiven, Bd. 4.1.2, 1853, S. 65 und Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, 1861, S. 30.

Zweckbestimmung angeordnet worden ist, Art. 67 Abs. 1 BayE-1861<sup>275</sup> und Art. 69 HessE-1845.

### 3. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch

Ein Vorentwurf des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches (Sächsisches BGB) aus dem Jahre 1852 unterscheidet noch zwischen einem letztwilligen „Auftrag“ und einer „Zweckbestimmung“ bzw. einem „Endzweck“. Der Auftrag, den der Erblasser einem Erben oder Vermächtnisnehmer soll erteilen können, hat die Wirkung einer auflösenden Bedingung, bei Nichterfüllung des Auftrags soll das Nachgelassene verwirkt werden.<sup>276</sup> Im Unterschied zu einer Bedingung begründet der Auftrag eine Handlungspflicht.<sup>277</sup>

Die Zweckbestimmung soll dagegen ausdrücken, „wozu [der Erblasser] das Hinterlassene bestimmt“. <sup>278</sup> Ihre Erfüllung dürfte als grundsätzlich nicht klageweise durchsetzbar konzipiert worden sein.<sup>279</sup> Ordnet der Erblasser jedoch ausdrücklich an, dass die Erfüllung des Endzwecks eine Pflicht sein soll, so sollen der Erbe und der Testamentsvollstrecker auf Erfüllung klagen können. Einem Dritten, zu dessen Vorteil der Endzweck angeordnet ist, soll hingegen kein Klagerecht zustehen.<sup>280</sup>

Das Sächsische BGB von 1865 sieht hingegen vor, dass ein unter einer Zweckbestimmung oder Auflage zugunsten eines Dritten Bedachter das ihm Zugewandte

<sup>275</sup> Augeschlossen ist nach Art. 67 Abs. 2 BayE-1861 eine Klage auf Erfüllung, wenn die Auflage allein dem Vorteil des Beschwerden dient, bei Widerruf der Zuwendung oder wenn die Erfüllung ohne Verschulden des Beschwerden unmöglich geworden ist.

<sup>276</sup> § 1931 Sächsisches BGB E-1852.

<sup>277</sup> Vgl. auch *Hattenhauer/Schäfer*, Sächsisches BGB, §§ 2151–2154 A. Rn. 5 (Specielle Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Zu §§ 1931 bis 1934).

<sup>278</sup> § 1933 Sächsisches BGB E-1852.

<sup>279</sup> Der Entwurf verweist in dem den letztwilligen Endzweck behandelnden § 1933 Sächsisches BGB E-1852 auf die Vorschrift des § 726 Sächsisches BGB E-1852, der in einem „allgemeinen Teil“ zum Vertragsrecht für den Endzweck festlegt, dass auf Erfüllung eines bestimmten Endzweckes nicht geklagt werden kann, es sei denn, dass dieser ausdrücklich zur Pflicht erhoben worden ist.

<sup>280</sup> Vgl. *Hattenhauer/Schäfer*, Sächsisches BGB, §§ 2151–2154 A. Rn. 5 (Specielle Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Zu §§ 1931 bis 1934). Denn dies widerspreche der Wertung des § 701 Sächsisches BGB E-1852, wonach niemand für einen anderen ein Versprechen machen oder annehmen können soll, solange dies nicht gesetzlich vorgesehen ist. Das darin festgelegte Verbot des Vertrags zugunsten Dritter wurde mit der Überlegung begründet, dass ein Klagerecht eines Dritten stets auf unsicheren Füßen stehe, da die Vertragsparteien den Vertrag jederzeit widerrufen könnten und so auch den Wegfall des Klagerechts des Dritten herbeiführen könnten. Aufgrund der Möglichkeiten des Vertragsbeitritts und der Abtreitung bestehe auch kein praktisches Bedürfnis nach einem Vertrag zugunsten Dritter, vgl. *Hattenhauer/Schäfer*, Sächsisches BGB, §§ 798, 799, A. Rn. 6 (Specielle Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Zu §§ 701 und 702).

sofort zu fordern berechtigt ist, aber ebenso verpflichtet ist, „den Zweck oder die Auflage zu erfüllen und deshalb den Personen, zu deren Gunsten die Verfügung gereicht oder welchen an der Erfüllung gelegen ist, Sicherheit zu leisten“<sup>281</sup>. Der Dritte, zu dessen Gunsten der Zweck oder die Auflage gereicht, sowie jeder, dem an der Erfüllung gelegen ist, ist berechtigt, von dem Beschwertern die Erfüllung zu verlangen und dem Beschwertern eine richterliche Frist zur Erfüllung setzen zu lassen.<sup>282</sup> Die Erfüllung kann somit nicht nur der Begünstigte einer Auflage, sondern auch jeder, dem an der „Erfüllung [...] gelegen ist“, verlangen. Das Gesetz gab in diesem Punkt die bisherige Rechtslage in Sachsen wieder.<sup>283</sup>

## V. Die Auflage in der Entstehungsgeschichte des BGB

### 1. Vorentwürfe

#### a) Verfahren

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts bestand eine Vielzahl an partikulären Erbrechtsordnungen, dementsprechend zersplittet waren auch die erbrechtlichen Regelungen.<sup>284</sup> Nach Gründung des Deutschen Reichs übertrug der Reichstag auf Initiative der Nationalliberalen Partei dem Reich die Gesetzgebungskompetenz für das gesamte bürgerliche Recht zum Zwecke einer Rechtsvereinheitlichung.<sup>285</sup>

Vor diesem Hintergrund beauftragte der Bundesrat am 4. Dezember 1873 den Justizausschuss, über eine Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Vorschläge zu unterbreiten.<sup>286</sup> Am 8. Februar 1874 fiel die Entscheidung zur Einsetzung einer Vorkommission.<sup>287</sup> Der Bundesrat beauftragte in der Folge fünf Juristen mit der Aufgabe, Vorschläge über den Plan und

<sup>281</sup> § 2151 SächsBGB 1865.

<sup>282</sup> § 2152 S. 1 SächsBGB 1865.

<sup>283</sup> *Hattenhauer/Schäfer*, Sächsisches BGB, §§ 2151–2154, J Rn. 5: Specielle Motive zum SächsBGB-E 1860, §§ 2185–2188.

<sup>284</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 3.

<sup>285</sup> S. ausführlich dazu *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 27 ff.; *Laufs*, JuS 1973, 740 ff.; *Getz*, Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem, 1966, 157 ff.

<sup>286</sup> *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 13; *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 33; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 5.

<sup>287</sup> *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 33.

die Methode zur Erarbeitung des Gesetzeswerks zu entwickeln.<sup>288</sup> Diese Vorkommission schlug unter Entscheidung für eine kollegiale anstelle einer bürokratischen Entwurfsentwicklung am 15. April 1874 vor, dass der Bundesrat eine Kommission einsetze, die sich mit der Ausarbeitung eines Entwurfs befasse.<sup>289</sup> Aufgabe der Kommission solle sein, unter Berücksichtigung der geltenden Gesetzbücher und der im Auftrag der Einzelstaaten und des Deutschen Bundes ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe das den Gesamtzuständen des Deutschen Reichs entsprechende bürgerliche Recht in einer Form, die den Anforderungen des Stands der Wissenschaft genügt, kodifizierend zusammenzufassen.<sup>290</sup> Aus der Kommission sollten insgesamt fünf Redaktoren jeweils einen Teilentwurf entwickeln. Ein Teilentwurf war für das eheliche Güterrecht und Erbrecht vorgesehen. Der Bundesrat nahm die Vorschläge der Vorkommission mit Beschluss vom 22. Juni 1874 im Wesentlichen an und wählte am 2. Juli 1874 elf Redaktoren aus.<sup>291</sup> Die Kommission konstituierte sich am 17. September 1874.<sup>292</sup> Sie entschied in ihren ersten Sitzungen, die von der Vorkommission vorgeschlagene Verbindung von ehelichem Güterrecht und Erbrecht aufzulösen. Der Vorsitzende Heinrich Eduard Pape schlug vor, dem Königlich Bayerischen Ministerialrat Gottfried von Schmitt<sup>293</sup> die Bearbeitung des Teilentwurfs zum Erbrecht zuzuweisen, die Kommission schloss sich dieser Empfehlung einstimmig an.<sup>294</sup> Ihm wurde der Königlich Preußische Kreisgerichtsrat Wilhelm Neubauer als Hilfsarbeiter namentlich zur Sammlung des Materials zur Seite gestellt.<sup>295</sup> Die Redaktoren stimmten ihre Arbeiten in zunächst wöchentlichen Treffen,

---

<sup>288</sup> *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 13; *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 33 ff.; *Vierhaus*, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 46; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 5.

<sup>289</sup> *Vierhaus*, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 47; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 5.

<sup>290</sup> *Vierhaus*, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 47.

<sup>291</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 6.

<sup>292</sup> *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 40.

<sup>293</sup> Zur Biographie *Gottfried von Schmitt*, s. *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 7 ff.; *Schubert/Schmitt*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, Einl. S. XV ff.; *Schulz*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht – Die Gretchenfrage des modernen Erbrechts?, 2015, S. 53 f.; *Schröder*, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, 1981, S. 7 ff.

<sup>294</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 6 f.

<sup>295</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 10.

später in geringerer Frequenz untereinander ab und beschlossen in jährlichen Konferenzen der Gesamtkommission die leitenden Prinzipien und Grundsätze ihrer Arbeit.<sup>296</sup>

Der Teilentwurf zum Erbrecht war 1879 fertiggestellt.<sup>297</sup> Am 1. Oktober 1881 nahm die Erste Kommission die Hauptberatungen auf.<sup>298</sup> Im Mai 1886 konnte die Erste Kommission mit den Beratungen des Erbrechts beginnen.<sup>299</sup> Die in der Zwischenzeit gefassten Beschlüsse der Kommission berücksichtigte von Schmitt in einem abgeänderten Entwurf, den er vor den Beratungen des Erbrechts vorlegte.<sup>300</sup>

### *b) Vorentwurf Mommsens*

#### aa) Hintergrund

Die Juristische Gesellschaft zu Berlin<sup>301</sup> betrieb mit Bekanntmachung vom 1. März 1874 ein Preisausschreiben mit der Aufgabe, einen „Entwurf eines Gesetzes über das deutsche Erbrecht nebst Motiven und einer vergleichbaren Darstellung der erbrechtlichen Bestimmungen aus den wesentlichsten der in Deutschland gegenwärtig geltenden Rechtsbücher“ zu erstellen.<sup>302</sup>

Dies gab Friedrich Mommsen<sup>303</sup>, Jurist und Konsistorialpräsident der schleswig-holsteinischen Landeskirche und überzeugt von der Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des damaligen Zustands des Erbrechts in seiner Heimat Schleswig-Holstein, den Anstoß, einen Erbrechtsentwurf zu entwickeln.<sup>304</sup>

<sup>296</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 10; *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 42.

<sup>297</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 11.

<sup>298</sup> *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 45.

<sup>299</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 14.

<sup>300</sup> *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 14.

<sup>301</sup> Vgl. zur Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin *Fijal*, Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin in den Jahren 1859 bis 1933, 1991.

<sup>302</sup> *Andres*, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 26.

<sup>303</sup> Zur Biographie *Mommsens* s. *Andres*, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 20 ff.; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 13 (Fn. 62).

<sup>304</sup> *Mommsen*, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876, S. 1 (Vorwort).

Sein Entwurf, fertiggestellt im Dezember 1874, gewann das Preisausschreiben und beeinflusste in der Folge auch die Entstehung des Erbrechtsentwurfs von Schmitts.<sup>305</sup> von Schmitt zeigte sich von dem Entwurf Mommsens beeindruckt und erwog zwischenzeitlich sogar, anstelle der Neuanfertigung eines Entwurfs diesen Entwurf der Kommissionsarbeit zugrunde zu legen.<sup>306</sup> Da sich der Entwurf Mommsens jedoch in vielen Aspekten stark an dem fünften Teil des Sächsischen BGB orientierte und die Vorkommission beschlossen hatte, davon abzusehen, ein geltendes Gesetzeswerk oder einen der bestehenden Entwürfe zur Grundlage zu nehmen, entwickelte von Schmitt einen unabhängigen Entwurf.<sup>307</sup> Der Einfluss Mommsens Entwurfs auf den Vorentwurf von Schmitts und damit die Gesetzesentstehung ist dennoch als äußerst bedeutend einzuschätzen.<sup>308</sup> Die Vorkommission überließ es der Kommission, über die Fruchtbarmachung bereits vorliegender Gesetzgebungsarbeiten für einzelne Teile des Entwurfs zu entscheiden.<sup>309</sup> Der Vorsitzende Pape teilte am 4. Oktober 1875 die Verwendung Mommsens Entwurfs mit, sodass davon auszugehen ist, dass von Schmitt noch vor seiner Drucklegung 1876 Kenntnis des Entwurfs erlangt hatte und seine Berücksichtigung beantragt haben dürfte.<sup>310</sup> von Schmitt orientierte seinen Entwurf durchaus an dem Werk Mommsens, wich er von ihm ab, begründete er dies häufig, stimmte er mit ihm überein, zog er die Argumente Mommsens verbreitet zumindest unterstützend heran.<sup>311</sup> Daher soll die Konzeption der Auflage in Mommsens Entwurf im Folgenden dargestellt und untersucht werden.

### bb) Die Auflage im Vorentwurf Mommsens

Mommsen widmete der letztwilligen Auflage in seinem Entwurf in der ursprünglichen Form unter dem Kapitel „Nebenbestimmungen eines Testaments“ fünf Paragraphen. In diesen konzipierte er die Auflage wie folgt:

Die „Auflage (Zweckbestimmung)“ kann einer Zuwendung beigefügt werden. Ihre Wirkung besteht für den Zuwendungsempfänger darin, dass er zwar berechtigt

<sup>305</sup> S. dazu unten S. 69 ff.

<sup>306</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 151.

<sup>307</sup> Vgl. Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 151; Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 96; ähnlich Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 13.

<sup>308</sup> Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 511 ff. (S. 512: „eine [...] der wichtigsten Arbeitsgrundlagen Schmitts“); Olzen, Vorweggenommene Erbfolge, 1988, S. 109 („den Partikularentwürfen durchaus vergleichbarer Einfluß“); vgl. auch Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, 1968, S. 94.

<sup>309</sup> S. dazu Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 96.

<sup>310</sup> Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 96.

<sup>311</sup> Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 512.

ist, das Zugewendete sofort zu verlangen, aber zugleich zur Erfüllung der Auflage verpflichtet ist.<sup>312</sup>

Gewährt die Auflage Dritten vermögensrechtliche Vorteile oder ist sie als Zuwendung an eine Behörde, eine Anstalt oder einen Verein anzusehen, wird die Auflage als Vermächtnis behandelt und unterliegt in ihren Wirkungen den für das Vermächtnis geltenden Bestimmungen.<sup>313</sup>

#### § 121 Entwurf-Mommsen

Die einer Zuwendung beigelegte Auflage, welche zu Gunsten Dritter in der Weise gereicht, dass sie den Dritten vermögensrechtliche Vortheile gewährt, oder die als Zuwendung an eine Behörde, eine Anstalt oder einen Verein anzusehen ist (§ 132), wird als Vermächtnis betrachtet und ist in ihren Wirkungen nach den für Vermächtnisse geltenden Bestimmungen zu beurtheilen.

Ist die Auflage nicht als Vermächtnis zu behandeln, steht sowohl dem Testamentsvollzieher als auch jedem Dritten, der an der Vollziehung interessiert ist, sei es nur aus Gründen der Pietät gegenüber dem Erblasser, das Recht zu, Erfüllung von dem Beschweren zu verlangen und durch das Erbschaftsgericht eine Frist zur Erfüllung setzen zu lassen.<sup>314</sup>

#### § 122 Abs. 1 Entwurf-Mommsen

In den Fällen, in welchen die Auflage nicht als Vermächtnis zu betrachten ist, steht dem Testamentsvollzieher sowie jedem Dritten, dem an der Erfüllung gelegen ist, sei es auch nur aus Rücksichten der Pietät, das Recht zu, gegen den Bedachten auf Erfüllung zu dringen, auch demselben durch das Erbschaftsgericht eine Pflicht für die Erfüllung setzen zu lassen.

Ohne Rechtswirkung ist eine Auflage, die allein zugunsten des Beschweren angeordnet ist oder deren Erfüllung unmöglich ist oder den guten Sitten widerstreitet.<sup>315</sup>

Mommsens Entwurf behandelt eine Auflage, die einen Dritten begünstigt oder zu einer Zuwendung an eine Behörde, eine Anstalt oder einen Verein verpflichtet, als Vermächtnis zugunsten des Begünstigten. Mommsen begründet dies mit dem typisierten Erblasserwillen. Der Erblasser, der eine entsprechende Auflage anordnet, wähle die Form der Auflage in der Regel nur zufällig, tatsächlich gehe der Wille des Erblassers auf die Anordnung eines Vermächtnisses.<sup>316</sup> Aus diesem Grund scheidet er Auflagen, die einen Dritten begünstigen, von der Anwendung der sonstigen der

<sup>312</sup> Vgl. § 122 Entwurf-Mommsen.

<sup>313</sup> Vgl. § 121 Entwurf-Mommsen.

<sup>314</sup> Vgl. § 122 Abs. 1 Entwurf-Mommsen.

<sup>315</sup> Vgl. §§ 123, 124 Entwurf-Mommsen.

<sup>316</sup> Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876, S. 224 f.

Auflage gewidmeten Vorschriften aus. Die Regelungen über das Vermächtnis seien für diesen Fall ausreichend.<sup>317</sup>

Der Wortlaut der Vorschrift legt nahe, dass Mommsen sie als zwingendes Recht angelegt hat. Versteht man die Vorschrift als zwingend, führt diese Konzeption zu einer klaren Abgrenzung zwischen Auflage und Vermächtnis. Das Institut der Auflage erlangt nur dann eigenständige Bedeutung, wenn der Erblasser den Beschwertern zu einer Handlung verpflichtet, die niemanden unmittelbar begünstigt. Begünstigt die Auflage den Beschwertern, ist sie unwirksam, begünstigt sie einen Dritten, wird sie als Vermächtnis behandelt.

In Hinblick auf die Erläuterungen Mommsens liegt es hingegen näher, dass er die Regelung nur als Auslegungsvorschrift verstand. Eine drittbegünstigende Auflage wäre dann nur in dem Fall als Vermächtnis zu behandeln, wenn kein anderer Erblasserwille festzustellen ist. Dies impliziert grundsätzlich die Möglichkeit einer drittbegünstigenden Auflage, die nicht als Vermächtnis gilt.

Ob es sich bei der Vorschrift um eine Auslegungsregel oder zwingendes Recht handeln sollte, ist jedoch nach dem Entwurf letztlich unerheblich. Sollte die Regelung als reine Auslegungsnorm gedacht sein, stünde dem Begünstigten dennoch das Recht zu, vom Beschwertern die Erfüllung zu verlangen. Denn ein solches billigt der Entwurf jedem zu, der ein Interesse an der Erfüllung hat, wobei schon Pietätsgründe ausreichen. Die Begünstigung begründet darüber hinaus ein konkretes Vermögensinteresse, das nach Mommsens Entwurf erst recht Grundlage eines Erfüllungsanspruchs sein kann.

Nach Mommsens Entwurf kann der Begünstigte einer Auflage damit stets auch deren Erfüllung verlangen, da er als Vermächtnisnehmer zu behandeln ist. Zudem wird durch eine sehr großzügige Gewährung des Erfüllungsanspruchs an jeden, der ein auch nur aus Pietätsgründen bestehendes Interesse an der Erfüllung hat, eine hohe Erfüllungswahrscheinlichkeit der Auflage sichergestellt. Erfüllt eine Auflage das kennzeichnende Merkmal des Vermächtnisses, nämlich die Gewährung eines vermögensrechtlichen Vorteils, ist sie auch als Vermächtnis zu behandeln. Sollte nach Mommsens Entwurf die Möglichkeit bestehen, eine Auflage im engeren Sinne anzutreten, die kein Vermächtnis ist, dennoch aber zu einer vermögenswerten Leistung an einen Dritten verpflichtet, führt dies nicht dazu, dass es zu einer Konstellation kommt, in der der begünstigte Dritte die Leistung nicht verlangen könnte. Zumindest als interessierter Dritter kann er die Erfüllung der Auflage verlangen. Ein Erfüllungsanspruch des Begünstigten ist im Rahmen der Auflage nach Mommsen somit nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr zwingend vorgesehen. Dem Begünstigten steht entweder als Vermächtnisnehmer der Vermächtnisananspruch oder zumindest als Interessierter der Erfüllungsanspruch zu.

---

<sup>317</sup> Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876, S. 225.

c) *Vorentwurf von Schmitts*

aa) Vorentwurf von 1879

Der Vorentwurf (ErbrE-1879) von Gottfried von Schmitt baut grundsätzlich auf dem Vorentwurf Mommsens auf. Er behandelt die „gemeine Auflage“ im Anschluss an das Vermächtnis. Gemeine Auflagen werden in § 146 Abs. 1 ErbrE-1879 definiert als „Auflagen, welche nicht den Vortheil eines Dritten bezwecken (gemeine Auflagen)“. Nach dem Entwurf schafft das Vermächtnis die Forderung auf Erfüllung,<sup>318</sup> während die Auflage, die nicht zum Vorteil eines Dritten gereicht, kein Vermächtnis, sondern eine gemeine Auflage darstellt.<sup>319</sup>

Daraus ergibt sich die Konzeption der Auflage als Oberbegriff des Vermächtnisses und der Auflage im engeren Sinne bzw. der „gemeinen Auflage“. Die Gemeinsamkeit zwischen Vermächtnis und gemeiner Auflage bestehe darin, dass beide Arten der Auflage eine Beschwerung enthalten. Der Begriff der Auflage umschreibt damit die Beschränkung einer Zuwendung.<sup>320</sup> Besteht die Belastung in der Pflicht zu einer vermögenswerten Leistung an einen Dritten, handelt es sich um ein Vermächtnis. Bezweckt die Auflage nicht den Vorteil eines Dritten, handelt es sich um eine gemeine Auflage, also eine Auflage, die nicht Vermächtnis ist. Mit anderen Worten ist eine gemeine Auflage (von Schmitt verwendet hierfür auch die Begriffe „modus“ und „Zweckbestimmung“) eine Auflage, die ihren Zweck in sich trägt, während es sich bei einer Auflage, die den Vorteil eines Dritten bezweckt, um eine Vermächtnisaufgabe handelt.<sup>321</sup>

Die Aktivberechtigung hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs regelt § 147 Abs. 1 ErbrE-1879 wie folgt:

§ 147 Abs. 1 ErbrE-1879

Auf Erfüllung der Auflage zu klagen, ist bei Ermangelung oder Wegfall des Testamentsvollstreckers Jeder berechtigt, welchem an der Erfüllung gelegen ist.

von Schmitt greift bei der Verleihung des Klagerechts an jeden, „welchem an der Erfüllung gelegen ist“, die Formulierung des Entwurfs Mommsens auf, nach dem „jedem Dritten, dem an der Erfüllung gelegen ist, sei es auch nur aus Rücksichten der Pietät“ das Recht, die Erfüllung zu verlangen, zustehen soll.

---

<sup>318</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 185.

<sup>319</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 185.

<sup>320</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 181.

<sup>321</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. I, 1984, S. 185.

### bb) Änderungsvorschläge zum Vorentwurf von 1886

Die 1886 vorgelegten Änderungsvorschläge (ErbrE-1886) von Schmitts zum Vorentwurf aus dem Jahre 1879 betreffen hinsichtlich der letztwilligen Auflage (§§ 146–149 ErbrE-1879) nach seiner Aussage neben Fassungsänderungen, die lediglich sprachlichen Zwecken dienten, allein die Vorschrift des § 147 Abs. 1 ErbrE-1879, die den Vollziehungsanspruch regelt.<sup>322</sup>

Einer beachtlichen Fassungsänderung wurde indes die Definition der gemeinen Auflage in § 146 Abs. 1 ErbrE-1879 unterzogen. Zum einen streicht von Schmitt in dem Änderungsvorschlag den ursprünglich in Klammern angeführten Begriff der „gemeinen Auflage“. Die Vorschrift, die in dem ursprünglichen Entwurf die Legaldefinition der Auflage enthielt, dient der Abgrenzung der „gemeinen Auflage“ vom Vermächtnis.<sup>323</sup> Zum anderen erfährt die Bestimmung der vormals als „gemeine Auflage“ bezeichneten Auflage, also der Auflage, die nicht Vermächtnis ist, auch in der Sache eine Änderung. Sie wird nicht mehr als Auflage, die nicht den Vorteil eines Dritten bezweckt, umschrieben, sondern als „Auflage [...], welche keine selbständige Zuwendung an einen Dritten [enthält]“, § 146 Abs. 1 ErbrE-1886.

Dies begründet von Schmitt damit, dass eine Auflage, die kein Vermächtnis ist, also einem Dritten keine selbständige Zuwendung verleiht, dennoch den Vorteil eines Dritten zur Folge haben könnte, der Erblasser diesen sogar mitbezuwecken könnte, ohne zu beabsichtigen, dem Dritten ein „selbstständiges Forderungsrecht“ einzuräumen.<sup>324</sup>

Zum Unterscheidungsmerkmal zwischen der Auflage im engeren Sinn und dem Vermächtnis wird somit die Zuwendung eines selbständigen Forderungsrechts an einen Dritten durch das Vermächtnis. Damit schafft von Schmitt Raum für Auflagen, die einen Dritten dergestalt begünstigen, dass ihre Erfüllung ihm einen Vorteil verschafft, ohne dass dem Dritten ein selbstständiges Forderungsrecht eingeräumt wird.

Die andere bedeutende Änderung betrifft den Vollziehungsanspruch nach § 147 Abs. 1 ErbrE-1879. Die Vorschrift soll nach dem Änderungsvorschlag wie folgt gefasst werden:

#### § 147 Abs. 1 ErbrE-1886

Die Vollziehung der Auflage kann gegen den mit derselben Beschwerten außer dem Testamentsvollstrecker ein Jeder, welcher durch die mit der Auflage verbundene Zuwendung beschränkt ist, sowie jeder Miterbe gegen den anderen fordern.

---

<sup>322</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 741.

<sup>323</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

<sup>324</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

Die überarbeitete Fassung beinhaltet zwei bedeutende Änderungen: Zum einen steht der Anspruch auf Erfüllung der Auflage nicht mehr vorrangig dem Testamentsvollstrecker zu. Nach dem Entwurf in seiner ursprünglichen Fassung konnten Dritte lediglich dann die Erfüllung der Auflage verlangen, wenn ein Testamentsvollzieher nicht berufen war oder weggefallen ist („bei Ermangelung oder Wegfall“).

Zum anderen erfährt der Kreis der vollziehungsbefugten Dritten, die nunmehr nicht nur nachrangig, sondern gleichberechtigt mit dem Testamentsvollstrecker Vollziehung verlangen können, eine wesentliche Beschränkung. Anspruchsinhaber ist nicht mehr jeder, „welchem an der Erfüllung gelegen ist“, sondern nur noch derjenige, „welcher durch die mit der Auflage verbundene Zuwendung beschränkt ist“ sowie gegenüber einem beschwerten Miterben jeder Miterbe. Dahinter steht der Gedanke, dass im Ermangelung des verstorbenen Erblassers die Vollziehung der Auflage von demjenigen verlangt werden können müsse, der die mit der Auflage verbundene Zuwendung zu entrichten hat.<sup>325</sup> Treffe die Auflage einen Erben, sei davon auszugehen, dass der Erblasser die übrigen Miterben mit dem Recht ausstatten wollte, Vollziehung verlangen zu können.<sup>326</sup>

Dies bedeutet eine erhebliche Einschränkung gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Regelung. Die konkrete Ursache für diesen Sinneswandel von Schmitts lässt sich im Einzelnen nicht mehr nachvollziehen. Auf einer Diskussion in der Pandektenwissenschaft beruht er nicht. Seinen Ausführungen lassen sich jedoch die der Änderung zugrundeliegenden Erwägungen entnehmen. Die Gewährung eines Klagerechts an jeden, „welchem an der Erfüllung gelegen ist“, sollte in der ersten Fassung des Vorentwurfs die „schwere Lücke“<sup>327</sup> hinsichtlich der Vollziehbarkeit schließen, die insbesondere dann entstehe, wenn kein Testamentsvollstrecker ernannt worden sei und ein Alleinerbe beschwert sei oder zwischen gemeinsam beschwerten Miterben oder dem Erben und dem beschwerten Legatar Einverständnis bestehe, die Auflage nicht zu erfüllen. Von Schmitt stellte indes fest, dass der Kommissionsentwurf keine vergleichbare Regelung enthalte,<sup>328</sup> sodass ihm der § 147 Abs. 1 ErbrE-1879 systemwidrig anmutete. Zudem erfordere ein Klagerecht nach dem Zivilprozessrecht einen Anspruch bzw. im Rahmen einer Feststellungsklage zumindest ein individuelles rechtliches Interesse. Vor diesem Hintergrund könne die ursprüngliche Regelung nicht aufrechterhalten werden und sei der Vollziehungsanspruch bestimmten Personen einzuräumen.<sup>329</sup> Die drohende Lücke in den ge-

---

<sup>325</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

<sup>326</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

<sup>327</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

<sup>328</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

<sup>329</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

nannten Konstellationen sei hinzunehmen, da es auch denkbar sei, dass ein Erblasser Auflagen anordnet, deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann, sondern dem Gewissen des Beschweren obliegt.

Die Anpassung des Vollziehungsanspruchs ist auch im Zusammenhang mit der Funktion der Legaldefinition der Auflage als Abgrenzung zum Vermächtnis zu betrachten. von Schmitt nennt als Grund für die Anpassung des Vollziehungsanspruchs systematische und prozessrechtliche Erwägungen, die es ausschlössen, dass jedem Interessierten ein Vollziehungsanspruch zustehen könnte. Den Vollziehungsanspruch legt er in die Hände des (Mit-)Erben. Die dadurch entstehende Lücke wird bewusst in Kauf genommen. Möglich wäre es aber gewesen, zumindest auch dem Begünstigten einen Vollziehungsanspruch zu verleihen. Davon sieht von Schmitt aber ab, da so die Abgrenzung der Auflage wieder aufgeweicht werden würde: „Da ein dritter Forderungsberechtigter nicht vorhanden und der Erblasser tot ist, kann erfüllungsberechtigt außer dem Testamentsvollstrecker nur derjenige sein, welcher die mit der Auflage beschwerte Zuwendung zu prästiren hat; selbst wo die Auflage einem Miterben gemacht ist, darf angenommen werden, daß der Erblasser die übrigen Miterben mit dem Recht ausstatten wollte, Vollziehung zu verlangen.“<sup>330</sup>

Die Konzeption der Auflage als eine letztwillige Anordnung, die eine Verpflichtung des Beschweren begründet, ohne dabei dem Begünstigten zwingend einen Anspruch auf die geschuldete Leistung einzuräumen, geht damit zurück auf die Änderungsvorschläge von Schmitts aus dem Jahre 1886 zu seinem Erbrechtsentwurf von 1879.

## 2. Entwurf der Ersten Kommission

Die Erste Kommission beriet ab Mai 1886 auf der Grundlage des geänderten Vorentwurfs von Schmitts das Erbrecht. Die sachliche Beratung dauerte bis Juni 1887 an.<sup>331</sup> Nach weiteren redaktionellen Überarbeitungen überreichte Pape am 27. Dezember 1887 den Ersten Entwurf an den Reichskanzler, der ihn am 5. Januar 1888 an den Bundesrat weiterleitete. Dieser veröffentlichte den Entwurf anschließend.<sup>332</sup>

Dieser Kommissionsentwurf enthält neben den auf §§ 146–149 des geänderten Entwurfs von Schmitts aus 1886 beruhenden Vorschriften der §§ 1886–1888 BGB-E1 zur Auflage in § 1757 BGB-E1 eine Legaldefinition der Auflage:

<sup>330</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

<sup>331</sup> Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 15.

<sup>332</sup> Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 49; Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 15 f.

### § 1757 BGB-E1

Ein Erbe sowie ein Vermächtnisnehmer kann durch letztwillige Verfügung ohne Zuwendung an einen Anderen mit der Verpflichtung zu einer Leistung beschwert werden (Auflage).

In den von Neubauer unter Aufsicht und Mitwirkung von Schmitts<sup>333</sup> angefertigten Motiven wird darauf hingewiesen, dass es nicht Aufgabe und Ziel des Gesetzes sei, die Unterschiede zwischen Vermächtnis und Auflage genauer darzulegen.<sup>334</sup> Dementsprechend sei die Definition der Auflage wie auch die des Vermächtnisses eher negativ gefasst und beschränke sich darauf, hervorzuheben, dass die Auflage in einer Verpflichtung zu einer Leistung ohne Zuwendung an einen anderen bestehe.

Der Unterschied zwischen Vermächtnis und Auflage liege darin, dass das Vermächtnis „ein das Vermögen des Bedachten vermehrendes Forderungsrecht“ erzeuge und der Erblasser die Vermächtnisanordnung nur getroffen habe, „um demjenigen, zu dessen Vorteil die Anordnung gereicht, eine Zuwendung zu machen“. <sup>335</sup> Die Auflage hingegen begründe lediglich eine Leistungsverpflichtung des Beschwertern, ohne dem Begünstigten ein „Gläubigerrecht“ zu gewährleisten.<sup>336</sup> Die rechtliche Erzwingbarkeit der Verpflichtung sei nicht ausgeschlossen, sondern werde durch § 1888 BGB-E1 geregelt:

### § 1888 BGB-E1

Die Vollziehung einer Auflage zu fordern, ist berechtigt der Testamentsvollstrecker, der Erbe oder Miterbe sowie derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwertern zu Statten kommen würde. Ist die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann sie auch von der zuständigen Behörde verlangt werden; die Zuständigkeit bestimmt sich in Ermangelung einer reichsgesetzlichen Vorschrift nach den Landesgesetzen.

Die Motive führen insoweit aus, dass die Vollziehungsbefugnis „mehr eine formale“ Befugnis sei, die ihren Inhabern kein „Forderungsrecht von materiellem Vermögenswerthe“ zuwende, da die „Leistung aus der Auflage für sie ohne unmittelbares vermögensrechtliches Interesse“ sei.<sup>337</sup> Auf die Vollziehungsbefugnis fänden die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts Anwendung, soweit sich nicht „aus dem Mangel eines vermögensrechtlichen Interesses des Berechtigten“ etwas anderes ergibt.<sup>338</sup>

Anders als bei der Schenkungsaufgabe (§ 448 BGB-E1) sei es aufgrund der Bedeutung der letztwilligen Auflage geraten, diese näher darzustellen und die Hauptunterschiede zum Vermächtnis herauszuarbeiten. Der Begriff sei nicht in gleicher Weise wie bei der Schenkung als bekannt vorauszusetzen. Dennoch versteht

<sup>333</sup> Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 16.

<sup>334</sup> Mugdan, Bd. V, S. 5.

<sup>335</sup> Mugdan, Bd. V, S. 5.

<sup>336</sup> Mugdan, Bd. V, S. 5.

<sup>337</sup> Mugdan, Bd. V, S. 113.

<sup>338</sup> Mugdan, Bd. V, S. 113.

der Entwurf die Legaldefinition des § 1757 BGB-E1 nicht als umfassende und abschließende Begriffsbestimmung, ihre Funktion liege in erster Linie darin, eine Abgrenzung zum Vermächtnis zu ermöglichen. Dies ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass der Entwurf nach der Ablehnung des Vindikationslegats<sup>339</sup> das Vermächtnis nur mit obligatorischer Wirkung ausstattet. Das Vermächtnis könnte somit unter den Begriff der Auflage fallen, wenn diese als obligatorische Beschwerung des Erben oder eines Vermächtnisnehmers zu einer Leistung verstanden wird.<sup>340</sup> Die Verschaffung eines „das Vermögen des Bedachten vermehrende[n] Forderungsrecht[s]“<sup>341</sup> soll nach dem Erbrechtsentwurf das Distinktionsmerkmal des Vermächtnisses gegenüber sonstigen Auflagen darstellen. Der Entwurf verzichtet indes darauf, den Begriff der Auflage im weiteren Sinne zu verwenden und gemeinsame Vorschriften für das Vermächtnis und die Auflage vorzusehen. Er verwendet den Begriff der Auflage lediglich zur Umschreibung der Auflage im engeren Sinne und definiert daher die Auflage in erster Linie zum Zwecke der Abgrenzung von dem Vermächtnis.

Die Motive heben des Weiteren hervor, dass die Auflage keine Nebenbestimmung wie die Bedingung oder die Zeitbestimmung darstelle, sondern eine eigenständige Bedeutung habe. Dies ergebe sich aus § 1887 BGB-E1, der regelt, dass die Unwirksamkeit der Auflage die Wirksamkeit der Zuwendung nicht beeinträchtigt, wenn kein anderer Erblasserwille erkennbar ist (vgl. heute § 2195 BGB).<sup>342</sup>

Die Erste Kommission hat somit die Konzeption des geänderten § 147 Abs. 1 des Vorentwurfs von Schmitts weitgehend übernommen.

### **3. von Gierkes Reaktion auf den Entwurf der Ersten Kommission**

Otto von Gierke kritisierte in seiner Abhandlung über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches bzgl. der Konzeption der Auflage der Ersten Kommission insbesondere die Ausführungen der Motive. Soweit diese das Vollziehungsrecht nach § 1888 BGB-E1 „für ein ‚mehr formales‘ (?)“, gleichwohl aber für ein ‚Forderungsrecht‘, das den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts insoweit unterworfen sei, als nicht aus dem Mangel eines Vermögensinteresses des Berechtigten sich das Gegenteil ergebe“ erkläre, sei einzuwenden, dass von einem „Forderungsrecht‘ im technischen Sinne“ nicht die Rede sein könne, da es insoweit an einem

<sup>339</sup> Vgl. zu den Gründen Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Berlin/Leipzig 1888, S. 134 f.

<sup>340</sup> Mugdan, Bd. V, S. 5.

<sup>341</sup> Mugdan, Bd. V, S. 5.

<sup>342</sup> Mugdan, Bd. V, S. 6, im Rahmen der Begründung zu einer Streichung einer Klarstellung, die noch in von Schmitts Entwurf von 1879 und den Änderungsvorschlägen von 1886 enthalten war, dass die Erfüllung der Auflage keine Bedingung darstelle, sofern kein anderweitiger Erblasserwille zu erkennen ist, vgl. § 5 Abs. 2 ErbR-E 1879.

materiellen Schuldverhältnis fehle.<sup>343</sup> Diese Kritik beruht auf von Gierkes Verständnis des Schuldverhältnisses. Unter einem Schuldverhältnis versteht von Gierke ein „Rechtsverhältnis zwischen Personen, das sich auf eine wirtschaftlich wertvolle Leistung richtet, die von der einen empfangen und von der anderen bewirkt werden soll“.<sup>344</sup> Das Schuldverhältnis habe die Forderung des Gläubigers und die Schuld des Schuldners zum Inhalt. Der geschuldeten Leistung müsse ein objektiver Geldwert zukommen.<sup>345</sup> Der Vollziehungsbefugte dagegen sei „Vollstrecker des erblasserischen Willens“ und damit von dem Gesetz „zu einer eigenartigen erbrechtlichen Stellung berufen, nicht aber in eine Obligation hineingesetzt“<sup>346</sup>. Als „Wächter der Pietät und Sitte“ komme ihm eine soziale Funktion zu.<sup>347</sup>

#### 4. Bährs Gegenentwurf

Otto Bähr<sup>348</sup>, der zu diesem Zeitpunkt sein Amt als Richter am Reichsgericht in Leipzig infolge eines Nervenleidens und anhaltender Kränklichkeit niedergelegt hatte und sich in Kassel wissenschaftlichen Arbeiten widmete,<sup>349</sup> entwickelte 1892 einen Gegenentwurf für das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB-E-Bähr), der auch ein Buch zum Erbrecht enthielt.<sup>350</sup> Bähr lehnte den Kommissionsentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, der überwiegend als grundsätzlich brauchbar, im Einzelnen jedoch verbesserungswürdig rezipiert wurde, grundlegend ab, wie er auch der Notwendigkeit einer umfassenden Kodifikation des Zivilrechts überhaupt, insbesondere durch eine Kommission, kritisch gegenüberstand.<sup>351</sup>

Eine Legaldefinition der Auflage enthält der Entwurf Bährs nicht. Er konzipierte die Auflage wie folgt: Eine Vollziehungsbefugnis soll dem Testamentsvollstrecker, dem Erben, dem Miterben und dem Begünstigten zustehen, § 1684 Abs. 1 BGB-E-Bähr. Der Wegfallbegünstigte, also der, der vom Wegfall des ursprünglich Belasteten profitiert, soll, wenn der Erblasser angeordnet hat, dass der Beschwerde im Falle der

<sup>343</sup> von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 519.

<sup>344</sup> von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917, § 175, S. 52.

<sup>345</sup> von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917, § 175, S. 53.

<sup>346</sup> von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 519.

<sup>347</sup> von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 519.

<sup>348</sup> Zur Biographie Bährs s. nur Binder, Otto Bähr (1817 – 1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 13 ff. m. w. N.

<sup>349</sup> Binder, Otto Bähr (1817 – 1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 64.

<sup>350</sup> Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1892.

<sup>351</sup> Binder, Otto Bähr (1817 – 1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 143 ff.

Nichtbefolgung der Auflage die Zuwendung verlieren soll, bei Gericht beantragen können, dass dem Beschwerter eine Frist zur Erfüllung gesetzt werde, nach deren Ablauf er die Zuwendung an den Wegfallbegünstigten herauszugeben habe, § 1685 BGB-E-Bähr.

#### § 1684 Abs. 1 BGB-E-Bähr

Die Vollziehung einer Auflage zu fordern ist berechtigt der Testamentsvollstrecker, der Erbe oder Miterbe, sowie derjenige, in dessen Interesse die Auflage gemacht ist.

#### § 1685 BGB-E-Bähr

Ist von dem Erblasser angeordnet worden, daß der mit einer Auflage Belastete, wenn er deren Verfolgung unterlasse, das ihm Zugewendete verlieren solle, so kann der, welchem in diesem Falle das Zugewendete zufällt, bei Gericht beantragen, daß dem Belasteten für die Befolgung der Auflage eine Frist gesetzt werde, nach deren fruchtlosen Ablauf er das ihm Zugewendete dem Antragsteller herauszugeben habe.

Nach § 1684 Abs. 1 BGB-E-Bähr soll mithin demjenigen, in dessen Interesse die Auflage angeordnet worden ist, eine Vollziehungsbefugnis zustehen. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund beachtlich, dass der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches der Zweiten Kommission, der dem Gegenentwurf Bährs zugrunde lag, infolge der Änderungsvorschläge von Schmitts aus dem Jahre 1886 einen solchen Anspruch des Begünstigten anders als noch der Vorentwurf aus dem Jahre 1879 bei der Veröffentlichung Bährs Entwurfs schon nicht mehr vorsah. Bähr begründet oder erläutert diese Abweichung vom Kommissionsentwurf allerdings nicht näher. Die Abschnitte des Kommissionsentwurfs, hinsichtlich derer er sich kein sicheres Urteil zutraut, übernahm Bähr unverändert.<sup>352</sup> Die Auflage indes konzipiert er abweichend vom amtlichen Entwurf und übernimmt dabei auch nicht die Regelungen des Vorentwurfs von Schmitts. Nach diesem soll der Erfüllungsanspruch jedem, „welchem an der Erfüllung gelegen ist“, zustehen und damit einem weiter gefassten Personenkreis als nach dem Entwurf Bährs. Andererseits sollte der Anspruch diesen Personen nur in Ermangelung oder bei Wegfall des Testamentsvollstreckers zustehen. Nach Bähr steht der Anspruch des Testamentsvollstreckers hingegen gleichberechtigt neben dem des Erben, des Miterben und dem, in dessen Interesse die Auflage angeordnet worden ist.

Bemerkenswert ist, dass die Regelung das Klagerecht großzügiger als der Kommissionsentwurf auch demjenigen erteilt, in dessen Interesse die Auflage gemacht wurde, und so das Entstehen von Prozessen gegenüber der Regelung des Kommissionsentwurfs geradezu begünstigt. Denn ein wesentlicher Kritikpunkt Bährs an dem Kommissionsentwurf zielte darauf ab, dass dieser eine Vielzahl an Bestimmungen enthalte, die der Vermehrung von Prozessen dienten, anstatt diese

---

<sup>352</sup> Binder, Otto Bähr (1817–1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 150.

nach Möglichkeit zu verhindern.<sup>353</sup> Verleiht Bährs Gegenentwurf den zur Klage berechtigenden Anspruch einem weiter gefassten Personenkreis, ist dies nur dadurch zu erklären, dass aus seiner Sicht die Vorteile eines derartigen Anspruchs in den Händen des an der Erfüllung Interessierten den Nachteil einer zu erwartenden Mehrung von Prozessen überwiegen.

Der Einfluss des Entwurfs von Bähr auf die Kommissionsarbeit und die Gesetzgebung zum Bürgerlichen Gesetzbuch war indes gering. Dies lag im Wesentlichen daran, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung im Jahre 1892 die Arbeiten in der Zweiten Kommission bereits weit fortgeschritten waren und Bährs Entwurf somit schlüssig zu spät erschien, um noch einen bedeutenden Einfluss ausüben zu können.<sup>354</sup> Die Zweite Kommission beschäftigte sich daher nicht mehr detailliert mit dem Entwurf Bährs. Dennoch ist Bährs Entwurf als Kodifikation des gemeinen Rechts der damaligen Zeit grundsätzlich von wissenschaftlichem Wert.<sup>355</sup> Er unterstreicht zudem, dass das Verständnis der Auflage auch zum Zeitpunkt der Kodifikationsarbeiten zum BGB in der juristischen Wissenschaft hinsichtlich des Vollziehungszwangs nicht gefestigt war und abweichende Konzepte vorgeschlagen wurden.

## 5. Entwurf der Zweiten Kommission

### a) Hintergrund

Im Herbst 1890 wurde klar, dass die Regierungen der Bundesstaaten den Entwurf der Ersten Kommission grundsätzlich als geeignet erachteten, Grundlage eines Gesetzeswerkes zu sein.<sup>356</sup> Der Bundesrat beschloss am 4. Dezember 1890 die Durchführung einer zweiten Beratung des Entwurfs. Hierzu setzte er die Zweite Kommission ein, der zunächst 22 Mitglieder angehörten und die später auf 24 Mitglieder erweitert wurde.<sup>357</sup> In ihrer vorbereitenden Sitzung am 15. Dezember 1890 wurde das Erbrecht Wilhelm Rüger zugeteilt. Die Zweite Kommission beriet

<sup>353</sup> Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1892, S. VI f.; Binder, Otto Bähr (1817–1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 148.

<sup>354</sup> Binder, Otto Bähr (1817–1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 155–157; Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 512.

<sup>355</sup> Binder, Otto Bähr (1817–1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983, S. 157; Andres, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen, 1996, S. 512.

<sup>356</sup> Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 50.

<sup>357</sup> Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 18; ausführlich zur Einsetzung der zweiten Kommission Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 50 ff.

das Erbrecht vom 30. Mai 1894 bis zum 5. März 1895.<sup>358</sup> Rüger schied am 31. März 1895 aus der Zweiten Kommission aus, da er zum Generalstaatsanwalt ernannt wurde.<sup>359</sup> Sein Nachfolger Heinrich Börner übte keinen entscheidenden Einfluss mehr auf die Konzeption des Erbrechts aus, da die Beratungen des Entwurfs zu diesem Zeitpunkt bereits weitgehend abgeschlossen waren.<sup>360</sup>

### *b) Änderung der Legaldefinition der Auflage*

Die Zweite Kommission änderte die Legaldefinition der Auflage geringfügig ab und brachte sie in die heute gültige Form.

§ 1817 BGB-E2 = § 1940 BGB

Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage).

Eine sachliche Abweichung vom Entwurf der Ersten Kommission war damit nicht beabsichtigt, vielmehr billigte die Zweite Kommission inhaltlich den § 1757 BGB-E1.<sup>361</sup> Die Zweite Kommission war sich darüber einig, dass die Auflage dadurch zu qualifizieren sei, dass sie den Beschwertern zu einer Leistung verpflichte, aber „dem etwaigen Begünstigten kein selbständiges, insbes. kein klagbares Recht“ einräume.<sup>362</sup>

### *c) Einfügung des heutigen § 2196 BGB*

Die Vorschrift des heutigen § 2196 BGB geht auf einen Beschluss der Zweiten Kommission (§ 2066 BGB-E2) zurück. Bereits der Vorentwurf Mommsens<sup>363</sup> sowie eine Reihe der Partikularrechtsordnungen<sup>364</sup> sahen vergleichbare Regelungen vor. Der Kodifizierung eines Kondiktionsrechts des Wegfallbegünstigten bei von dem Beschwertern verschuldeter Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage hielt die Erste Kommission jedoch noch entgegen, dass der Entwurf für die Schenkungs-

<sup>358</sup> Vgl. Schulz, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht – Die Gretchenfrage des modernen Erbrechts?, 2015, S. 77.

<sup>359</sup> Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 19.

<sup>360</sup> Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 19.

<sup>361</sup> Mugdan, Bd. V, S. 403.

<sup>362</sup> Mugdan, Bd. V, S. 403.

<sup>363</sup> Vgl. § 122 Abs. 2 Entwurf-Mommsen: „Wird die Erfüllung der Auflage durch ein Verschulden des Bedachten unmöglich oder lässt er die ihm gesetzte Frist verstreichen, ohne zu erfüllen, so ist er zur Zurückgabe des Erhaltenen mit den Nutzungen verpflichtet, wie wenn eine Zuwendung an ihn gar nicht stattgefunden hätte.“

<sup>364</sup> Vgl. etwa § 2152, S. 2 SächsBGB 1865; §§ 510–513 Erster Teil, Zwölfter Titel ALR.

auflage eine solche ebenfalls nicht vorsehe.<sup>365</sup> Zudem könne ein entsprechender Wille des Erblassers nicht generalisierend bestimmt werden.<sup>366</sup> Dem folgte die Zweite Kommission nicht. Dem angenommenen Antrag auf Aufnahme des heutigen § 2196 BGB lag die Erwägung zugrunde, dass nach dem Willen des Erblassers der Beschwerde die Zuwendung nur verbunden mit der Beschwerung der Auflage erlangen solle, sodass sich der Wert der Zuwendung entsprechend vermindere. Bei einer Vereitelung der Auflage sei der Beschwerde daher ungerechtfertigt bereichert um den Anteil der Zuwendung, der den Kosten der Vollziehung entspreche.<sup>367</sup> Eine Kondiktion der gesamten Zuwendung, die im Übrigen auch ein Alternativantrag befürwortete, der vorsah, entsprechend der Vorgabe des ALR<sup>368</sup> bei vorsätzlicher Vereitelung der Auflage Erbunwürdigkeit eintreten zu lassen, begründe dagegen ein dem Gesetz grundsätzlich fremdes Strafmoment.<sup>369</sup>

Gegen die Vorschrift wurde eine Reihe von Bedenken vorgetragen. Bei der Schenkungsaufgabe habe die Kondiktionsmöglichkeit die Funktion, dem Schenker die Möglichkeit einzuräumen, mit den zurückgerlangten Mitteln selbst das mit der Auflage bezweckte Ziel zu verfolgen. Dies sei bei der erbrechtlichen Auflage infolge des Todes des Erblassers ausgeschlossen. Außerdem komme der Vorschrift systemwidrig ein pönaler Charakter zu, wobei sie aber nicht geeignet sei, Vereitelungen umfassend zu sanktionieren. Denn sie versage, wenn dem Beschwerden keine Kosten zur Erfüllung der Auflage entstehen. Zudem sei es inkonsequent, dem Berechtigten daneben nicht auch einen Anspruch auf Schadensersatz zuzugestehen. Schließlich sei es nicht sachgerecht, die Vollziehung der Auflage durch einen materiellen Anreiz für den Berechtigten zu fördern, auch wenn sie nicht aufgrund von Böswilligkeit des Beschwerden, sondern infolge einer Veränderung der Umstände unterbleibt.<sup>370</sup>

Die Zweite Kommission erachtete diese Einwände nicht für überzeugend. Hinsichtlich dieser Einschätzung ist ihr zuzustimmen. Eine bereicherungsrechtliche Haftung dient ausschließlich der Abschöpfung eines ungerechtfertigten Vermögensvorteils. Ob der Zuwendende noch in der Lage ist, den mit der Zuwendung verfolgten Zweck selbst zu erfüllen, ist daher ebenso unbedeutlich wie der Umstand, dass die Vorschrift solche Fälle nicht erfasst, in denen die Erfüllung der Auflage nicht mit Kosten für den Beschwerden verbunden ist. Kommt der Beschwerde nicht in den Genuss einer Bereicherung, kann eine solche auch nicht abgeschöpft werden. Die Verwirklichung der Auflage herbeizuführen, ist nicht Aufgabe der heutigen Vorschrift des § 2196 BGB. Aus diesem Grund lässt sich auch eine pönale Funktion des

<sup>365</sup> Dies wurde ebenfalls geändert, s. § 527 Abs. 1 BGB.

<sup>366</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 114.

<sup>367</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 642.

<sup>368</sup> S. oben S. 61 f.

<sup>369</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 642; s. zu den Bestrebungen des BGB-Gesetzgebers, ein von pönen Elementen freies Privatrecht zu schaffen, *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 248 ff.; vgl. auch *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352.

<sup>370</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 642 f.

bereicherungsrechtlichen Anspruchs nicht feststellen. Ob dem Berechtigten daneben auch ein schadensersatzrechtlicher Anspruch zusteht, ist für die Zuweisung einer bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlage zunächst unerheblich.<sup>371</sup> Auch die Bedenken der Ersten Kommission, eine bereicherungsrechtliche Haftung des Beschwerten könne dem Erblasserwillen zuwiderlaufen, ist nicht stichhaltig. Ist ein entsprechender Erblasserwille festzustellen, kann diesem der Vorrang eingeräumt werden; eine Zweifelsregelung für den Fall der Ermangelung eines solchen kann dennoch zweckmäßig sein.<sup>372</sup>

#### *d) Weitere bedeutende Änderungen*

Die Zweite Kommission fügte außerdem erstmals das Drittbestimmungsrecht, die heutige Vorschrift des § 2193 BGB (§ 2063 des Entwurfs der Zweiten Kommission), ein. Der Entwurf der Ersten Kommission stellte nach Ansicht der Zweiten Kommission die Bestimmung des Begünstigten vollständig in das Belieben des Beschwerten oder eines Dritten, da die Vorschrift des heutigen § 2192 BGB (§ 1886 des Entwurfs der Ersten Kommission) lediglich auf die Vorgaben des Vermächtnisrechts zur Drittbestimmung hinsichtlich des Gegenstands, nicht aber hinsichtlich der Person des Vermächtnisses verwies. Die Zweite Kommission hielt dagegen eine gewisse Beschränkung für geboten. Von Anforderungen an die Bestimmtheit des Willens vollständig abzusehen, widerspräche dem Prinzip der Unzulässigkeit einer Vertretung im letzten Willen.<sup>373</sup> Die entsprechenden Vorgaben des Vermächtnisses schlicht auf die Auflage zu übertragen,<sup>374</sup> erschien der Zweiten Kommission jedoch auch nicht sachgerecht, da „die Bedürfnisse des praktischen Lebens“ es erforderten, dem Erblasser einen größeren Spielraum einzuräumen.<sup>375</sup> Insbesondere sollte dem Erblasser ermöglicht werden, einen größeren Kreis von Personen zu begünstigen, ohne jedem der Begünstigten ein Klagerecht einzuräumen. Die Regelung, nach der eine Drittbestimmung der Person des Begünstigten dann zulässig ist, wenn der Erblasser den Zweck festgelegt hat, erschien der Zweiten Kommission als „richtige Mitte“.<sup>376</sup>

Zudem strich die Zweite Kommission in der Vorschrift des heutigen § 2194 BGB die Vollziehungsbefugnis des Testamentsvollstreckers wie den Verweis auf die

<sup>371</sup> Zu den Gründen des fehlenden Schadensersatzes nach hiesiger Konzeption der Auflage s. unten S. 246 ff.

<sup>372</sup> So auch *Mugdan*, Bd. V, S. 642; *Feigel*, Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, S. 56 f.

<sup>373</sup> Dieses war im Entwurf der Ersten Kommission in § 1770, S. 1 kodifiziert.

<sup>374</sup> Dies sah ein Unterantrag vor, der abgelehnt wurde.

<sup>375</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 640.

<sup>376</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 640.

Landesgesetze. Die Vollziehungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ergibt sich bereits aus der Vorgabe des heutigen § 2203 BGB.<sup>377</sup>

## 6. Die Konstruktion der Auflage des BGB

Die Auflage des BGB weicht damit in ihrer Struktur von der Rezeption der modalen Klausel bzw. des *modus* des römischen Rechts in der Pandektenwissenschaft ab.

Die Auflage wurde in der Pandektenwissenschaft überwiegend als Nebenbestimmung, teilweise auch als Nebengeschäft eines Rechtsgeschäfts verstanden. Eine Konzeption in diesem Sinne hat der historische Gesetzgeber des BGB jedoch ausdrücklich abgelehnt und dies auch im Gesetzesstext zum Ausdruck gebracht. Der Erblasser kann sich nach § 1940 BGB darauf beschränken, den (gesetzlichen) Erben mit einer Auflage zu beschweren. Die Auflage kann somit isoliert angeordnet werden und muss nicht wie eine Nebenbestimmung oder ein Nebengeschäft mit einem (anderen) Rechtsgeschäft verbunden werden. Zudem wurde die Auflage nicht bei den Rechtsinstituten der Bedingung und der Befristung, die in der Pandektenwissenschaft ebenfalls als Nebenbestimmungen klassifiziert wurden, im vierten Titel des dritten Abschnitts des Allgemeinen Teils aufgenommen. Stattdessen sehen das Schenkungsrecht (§ 525 BGB) und das Erbrecht jeweils eigene Regelungen für die Auflage vor. Die Motive führen ausdrücklich aus, dass die letztwillige Auflage „eine selbständige Bedeutung und nicht, wie die Bedingung, den Karakter einer Nebenbestimmung“ habe.<sup>378</sup> In den Motiven zum Allgemeinen Teil findet sich weitergehend eine generelle Ablehnung des Begriffs der Nebenbestimmung. So bestehe für eine Zusammenfassung von Befristung und Bedingung unter einer einheitlichen Bezeichnung kein zwingendes Bedürfnis und die Verwendung des Begriffs der Nebenbestimmung sei zu vermeiden, da diese Ausdrucksweise „keineswegs einwandsfrei“ sei.<sup>379</sup>

Auch Windscheids Lehre von der Voraussetzung hat der Gesetzgeber ausdrücklich verworfen.<sup>380</sup> Im BGB ist die Auflage als eigenständige letztwillige Verfügung ausgestaltet. Eine Behandlung der drittbegünstigenden Auflage als Vermächtnis, wie sie auch im Vorentwurf Mommsens vorgesehen war und ihr historisches Vorbild letztlich in der Gleichbehandlung der drittbegünstigenden modalen Klausel mit dem Fideikommiss im Römischen Recht nach Septimius Severus und Gordian gefunden hätte, hat der BGB-Gesetzgeber dagegen verworfen.

---

<sup>377</sup> Vgl. insoweit Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, 2002, S. 1375.

<sup>378</sup> Mugdan, Bd. V, S. 6.

<sup>379</sup> Mugdan, Bd. I, S. 490; s. dazu auch Finkenauer, in: HKK-BGB, Bd. I, 2003, §§ 158–163 Rn. 12.

<sup>380</sup> S. oben S. 58 f.

## VI. Fazit

Der Gesetzgeber des BGB konnte im Rahmen der Kodifizierung der Auflage in §§ 1940, 2192 ff. BGB auf umfangreiche Quellen insbesondere aus dem römischen Recht zu der modalen Klausel und dem *modus* sowie deren Rezeption durch die Pandektenwissenschaft zurückgreifen. Die Pandektenwissenschaft hatte unterschiedliche Konzeptionen der Auflage entwickelt. Der historische Gesetzgeber des BGB bediente sich zwar hinsichtlich einzelner Aspekte an den Quellen, die er vorfand. Er schuf mit der Auflage des geltenden Rechts jedoch ein eigenständiges Rechtsinstitut, das sich erkennbar von seinen historischen Vorbildern abhebt.<sup>381</sup> Ansätze der Pandektenwissenschaft lehnte er teilweise ausdrücklich, teilweise stillschweigend ab.

Um die gesetzliche Struktur der Auflage genauer bestimmen zu können, ist im Folgenden zu untersuchen, wie sich die Auflage in die Privatrechtsordnung einfügt.

---

<sup>381</sup> Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 32 f.

## C. Struktur des Privatrechts

Bei der Bestimmung ihrer rechtlichen Struktur kann die erbrechtliche Auflage nicht nur isoliert betrachtet werden, es ist auch ihre Einbettung in das privatrechtliche System zu berücksichtigen. Wie bereits einleitend kurz dargestellt, ist kennzeichnendes Merkmal der Auflage gem. § 1940 BGB, dass der Erblasser mit ihr eine Leistungspflicht des Beschwerten begründet, jedoch keinem anderen ein Recht auf die Leistung zuwendet. Zugleich wird bestimmten Personen gem. § 2194 BGB eine Befugnis zur Vollziehung der Auflage eingeräumt. Diese Konstruktion lässt das Rechtsinstitut auf den ersten Blick untypisch für das geltende Privatrecht erscheinen. Auf diesen Umstand lassen sich auch die im Schrifttum verbreitet festzustellenden Unsicherheiten<sup>1</sup> bezüglich der Rechtsnatur der Auflage und der Vollziehungsbeauftragte zurückführen. Für das Verständnis von Aufbau und Wirkungsweise der Auflage ist es daher unerlässlich, einen Blick auf die der Privatrechtsordnung zugrundeliegenden Strukturen zu werfen. Diese müssen das Fundament für die Bestimmung der Rechtsnatur der Auflage bilden.

### I. Privatrecht als System der Zuweisung

#### 1. Herkömmliches Verständnis des Privatrechtssystems

##### a) Funktion des Privatrechts

Das bürgerliche Recht hat die Rechtsverhältnisse zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten zum Gegenstand. Nach herkömmlichem Verständnis besteht die Funktion des Privatrechts darin, Rechtssubjekten Rechtspositionen zuzuweisen.<sup>2</sup> Die

---

<sup>1</sup> S. eingehend unten S. 127 ff.

<sup>2</sup> *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, 1965, S. 40 ff.; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 1986, S. 525 f.; *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 155; *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 32 ff.; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 89; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 55; *Hüftle*, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 68; *Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 1, S. 232; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 181; *Katzenstein*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 142; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 35 ff.; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 19 ff.; *Picker*, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1017; *Picker*, FS Schilken (2015), S. 85, 92; *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 1 I, S. 54 f.; *Biedenkopf*, FS Böhm (1965), S. 113, 115; *Tomas-Keck*, Hinterbliebenengeld, 2022, S. 19.

Zuweisung von Rechtspositionen bewirkt wiederum die Zuordnung von Gütern<sup>3</sup> und Leistungshandlungen.<sup>4</sup> Die Zuweisung der Rechtsposition des Eigentums an ein Rechtssubjekt beispielsweise ordnet diesem die Sache, an dem das Eigentumsrecht besteht, zu. Die Rechtsordnung weist Rechtspositionen nicht nur von sich aus zu, sondern überlässt den Privatrechtssubjekten die Freiheit, durch privatautonome Willensbetätigung untereinander Rechtspositionen zu begründen und zu übertragen.<sup>5</sup>

Dieses System fußt auf der Erkenntnis, dass der Mensch nicht isoliert in der äußeren Welt steht, sondern zwangsläufig mit anderen Rechtssubjekten in Interaktion tritt. Ein solches Nebeneinander der Rechtssubjekte ist mit Savignys Worten nur möglich durch „Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne“<sup>6</sup>.

Zurück geht dieses Verständnis von der zentralen Bedeutung subjektiver Rechte nach allgemeiner Ansicht im Wesentlichen auf die Rechtsphilosophie Kants,<sup>7</sup> der aufbauend auf einer Konzeption des Privatrechts als Recht „des äußeren Mein und Dein“ das persönliche Recht als „Besitz der Willkür eines Anderen“<sup>8</sup> verstand.<sup>9</sup>

Kehrseite der Zuweisung einer Rechtsposition an ein Rechtssubjekt ist der Ausschluss anderer Rechtssubjekte von dieser Rechtsposition.<sup>10</sup> Ohne den Ausschluss anderer Rechtssubjekte wäre die Zuweisung einer Rechtsposition an ein bestimmtes Rechtssubjekt ohne Bedeutung. Zur Verwirklichung und Absicherung

<sup>3</sup> Ähnlich *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 32, der unter einem Gut jedoch jede Position versteht, die dem Rechtsträger im weitesten Sinne rechtlich günstig sein kann und damit einer Zuweisung zugänglich ist. Dies wird hier mit „Rechtsposition“ umschrieben. Ein Gut ist hingegen enger als „wahrnehmbare körperliche oder immaterielle Erscheinung der empirisch fassbaren Welt, dessen Genuss angestrebt wird und geeignet ist, menschlichen Interessen zu dienen und Nutzen zu stiften“ zu verstehen, vgl. *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 38 m. w. N.

<sup>4</sup> *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, 1965, S. 40 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 35 f.; zur Natur der Forderung als Herrschaftsrecht über die Leistungshandlung s. unten S. 112 f.

<sup>5</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 37.

<sup>6</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 331 f.

<sup>7</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 36; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 21; *Ikadatsu*, Der Paradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen, 2002, S. 76 ff.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 32 ff.; *Schur*, Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, 1993, S. 86 f.; *Hattenhauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 2000, S. 290 ff.; *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, S. 12 f.; *Hruschka*, JZ 2004, 1085, 1088 f.; *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 618 ff.

<sup>8</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA Bd. VI, S. 271.

<sup>9</sup> Ausführlich dazu s. etwa *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 1984, S. 172 ff.

<sup>10</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 18; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 92 f.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 36; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 20.

der Zuweisung und des Ausschlusses stattet die Rechtsordnung den Rechtsinhaber mit Schutzinstrumenten aus. Die die Zuweisung flankierende Verleihung solcher Schutzrechte ist ein elementarer Bestandteil zur Funktionserfüllung einer so verstandenen Privatrechtsordnung, da anderenfalls die zugewiesene Rechtsposition faktisch dem Zugriff der Allgemeinheit preisgegeben wäre und die Zuweisung leerliefe.<sup>11</sup> Erst der Ausschluss anderer Rechtssubjekte und die grundsätzliche Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzbarkeit der Rechtsposition verschaffen dieser eine rechtliche Qualität und verwirklichen auch *de facto* die Zuweisungsentscheidung der Rechtsordnung. Das Privatrecht ermöglicht und koordiniert auf diese Weise die individuellen Freiheitssphären der Rechtssubjekte.

*b) Kategorisierung der Rechtspositionen  
nach dem herkömmlichen Privatrechtsverständnis*

Eine wesentliche Kategorisierung der Rechtspositionen findet durch die Einteilung in absolute Rechte mit Ausschlussfunktion gegenüber jedermann und lediglich *inter partes* wirkende relative Rechte statt.<sup>12</sup> Die Zuordnungswirkung kann weiter hinsichtlich einer Objekt- und einer Subjektseite bestimmt werden. Die Zuordnung erfolgt einerseits in Hinblick auf den zugeordneten Rechtsgegenstand (Objektseite) und andererseits in Hinblick auf das Rechtssubjekt, dem der Rechtsgegenstand zugeordnet wird (Subjektseite).<sup>13</sup>

## 2. Abweichende Konzepte

Das herkömmliche Privatrechtsverständnis, wie es oben grob skizziert wurde, sah sich im Laufe der Zeit von verschiedenen Seiten Angriffen ausgesetzt. Auch diese sind kurz darzustellen, zum einen, um das tradierte Verständnis des Privatrechtsystems auf seine Überzeugungskraft prüfen zu können, zum anderen, um untersuchen zu können, ob diese Alternativmodelle plausible Erklärungen für die Rechtsnatur der Auflage bieten können.

---

<sup>11</sup> Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 57; Picker, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1032; Picker, FS Schilken (2015), S. 85, 92; Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 92 f.; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 36; Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 20; Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 23; Kahl, Jb.J.ZivRWiss. 1994, 205, 213; Tomas-Keck, Hinterbliebenengeld, 2022, S. 20; Koziol, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 10, 18 ff.

<sup>12</sup> Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 3.

<sup>13</sup> Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 2 und 64.

### a) Imperativentheorie

Einen im Verhältnis zu dem herkömmlichen Privatrechtsverständnis umgekehrten Ansatz verfolgt die Imperativentheorie. Im Zentrum der Privatrechtsordnung stehen ihr zufolge anstelle subjektiver Rechte Imperative, also Pflichten der objektiven Rechtsordnung. Das Privatrecht diene nicht der Zuweisung von Rechten, sondern dem Ausschluss bestimmter Privatrechtssubjekte.<sup>14</sup> Als Rechtsnormen kämen ausschließlich Ge- oder Verbote in Betracht, sodass Rechtssätze stets Sollenssätze seien.<sup>15</sup> Auf den Punkt gebracht: „Alles Recht besteht in Imperativen.“<sup>16</sup>

Diese Imperative der Rechtsordnung seien rein gesetzlicher Natur. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht habe anhand der Rechtsfolgen, die die Übertretung einer Norm nach sich zieht, zu erfolgen.<sup>17</sup> Dem Willen eines Rechtssubjekts komme nur dann Bedeutung zu, wenn ein anderes Rechtssubjekt einem Imperativ zuwidergehandelt hat.<sup>18</sup> Die Berechtigung eines Rechtssubjekts sei ohne eine Verpflichtung eines anderen, dieses Recht zu achten, bedeutungslos.<sup>19</sup>

Das Privatrecht bestehe dabei „aus der Summe derjenigen von der Rechtsordnung dem Einzelnen auferlegten Verpflichtungen [...], deren Erzwingung herbeizuführen, falls sie nicht freiwillig erfüllt werden, dem einzelnen Interessenten überlassen wird“<sup>20</sup>. Die Erfüllung der zivilrechtlichen Pflichten sei ein kategorisches Gebot.<sup>21</sup>

Dabei leugnet die Imperativentheorie nicht, dass die Rechtsordnung der Sache nach Privatrechtssubjekten berechtigende Positionen einräumt. Technisch geschehe dies jedoch nur „durch sinnreichen Einsatz von Imperativen“<sup>22</sup>. Daran änderten auch positiv formulierte Rechtsnormen, die eine Erlaubnis oder ein Dürfen zum Gegenstand haben, nichts. Denn der Gesetzgeber achte nicht in erster Linie auf eine rechtstheoretisch einwandfreie Formulierung, sondern ziele auf die erschöpfende

<sup>14</sup> Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975, S. 53 f.

<sup>15</sup> Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975, S. 17 ff.; Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 230 ff.; Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 69; von Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 1884, S. 330; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, S. 30 ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 45 ff.; Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts, 1887, S. 16 f.; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, 1903, S. 94, 98 ff.; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 25 ff.; einen Überblick bietet etwa Tammelo, ARSP 49 (1963), 255; vgl. auch Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 46, 54, 187 (zu Buchers Normsetzungstheorie sogleich).

<sup>16</sup> Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 69.

<sup>17</sup> Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 120 f.

<sup>18</sup> Vgl. Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 23.

<sup>19</sup> Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 26.

<sup>20</sup> Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 138.

<sup>21</sup> Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 58.

<sup>22</sup> Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 51.

Beschreibung eines bestimmten Sozialsachverhalts.<sup>23</sup> Auch bei solchen Normen, die ihrer äußeren Form nach eine Berechtigung zu verleihen scheinen, handele es sich in der Sache jedoch um Imperative. Die Position des Eigentümers sei beispielsweise allein dadurch gekennzeichnet, dass das Eigentum es anderen verbiete, den Eigentümer in seinem Sachgenuss zu beeinträchtigen und den Staat dazu anhalte, diese Ge- und Verbote auf Verlangen des Eigentümers mit Zwangsmitteln durchzusetzen. Ein subjektives Recht ist nach der Imperativentheorie nur die Umschreibung einer besonders gearteten Konstellation von Imperativen, die eine bestimmte Machtposition erzeugen.<sup>24</sup> Dieser Freiheitsbereich eines Rechtssubjekts, in dem ein bestimmtes Verhalten erlaubt ist, stellt sich nach der Imperativentheorie mit Bindings Worten als das „Loch im Zentrum eines Normenkreises“ dar.<sup>25</sup>

Gegen die Imperativentheorie werden traditionell im Wesentlichen zwei Hauptargumente vorgebracht. Zunächst könne eine Pflicht logisch nicht ohne Berechtigung gedacht werden. Die Imperativentheorie leide an einem verengten Blick auf solche Normen, die in erster Linie ein bestimmtes dem Allgemeinwohl zuträgliches Verhalten fördern oder ein diesem zuwiderlaufendes Verhalten untersagen und entnehme der Struktur dieser Normen unzulässigerweise die allgemeingültige Funktionsweise von Normen, ohne die ebenso existierenden Fälle, die vorrangig der Verleihung einer Berechtigung dienten und lediglich zweitrangig auch Pflichten begründeten, zu beachten.<sup>26</sup> Zum anderen vernachlässige sie aufgrund ihrer Fokussierung auf seine reine Schutzfunktion die dem Recht daneben ebenfalls innenwohnende Ordnungsfunktion.<sup>27</sup> So könne sie kaum solche Normen erklären, die die Voraussetzungen eines Rechtsübergangs regeln, wie beispielsweise die Begründung von Vertretungsmacht. Zwar verstünde die Imperativentheorie solche Vorschriften als unvollständige Rechtssätze, die allein noch keine Rechtsfolge zeitigten und lediglich Vorbedingungen regelten, die bei Hinzutreten weiterer Voraussetzungen einen Imperativ wirkten. Dies kompliziere jedoch unnötigerweise das Verständnis der Konstruktionsweise von Gesetzen und erschwere ihre Anwendung.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> So Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975, S. 53 f. mit dem Beispiel des § 354 ABGB, dessen Regelungsgehalt mit dem des § 903 BGB vergleichbar ist, ähnlich auch Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 47 f.

<sup>24</sup> Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 51.

<sup>25</sup> Binding, Krit. Vierteljahrsschrift 21 (1879), 542, 563; Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 539; vgl. auch Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 47 Fn. 15: Der Begriff „erlaubt“ wird als äquivalent zu „nicht verboten“ und kontradiktiorisch zu „verboten“ verstanden.

<sup>26</sup> Nagler, FS Binding, Bd. 2 (1911), S. 273, 311 ff.; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 254; J. Schmidt, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 25 f.; kritisch auch Buchheim, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017, S. 77 ff.

<sup>27</sup> Nagler, FS Binding, Bd. 2 (1911), S. 273, 313 ff.; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 255; Geiger-Wieske, Dinglichkeit und Pflicht, 2024, S. 107; ablehnend Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 25 ff.

<sup>28</sup> Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 256 f. So könnten beispielsweise Regelungen, die das Entstehen der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit zum Inhalt haben, besser als vollstän-

### *b) Normsetzungstheorie*

Auf dem gedanklichen Fundament der Imperativentheorie baut Buchers Theorie der Normsetzungsbefugnis auf.<sup>29</sup> Diese Lehre fußt nicht im positiven Recht, sondern zielt auf ein mögliches, von der tradierten Konzeption abweichendes Privatrechtsverständnis ab.<sup>30</sup> Auch dem Grundverständnis Buchers nach bedingt jede Norm eine Pflicht.<sup>31</sup> Neu gegenüber der Imperativentheorie ist dagegen die Integration des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis in die objektive Rechtsordnung. Die Rechtsordnung wird verstanden als die Gesamtheit aller Verhaltensnormen.<sup>32</sup> Als Norm gilt jeder Sollensatz, der sich auf menschliches Verhalten bezieht.<sup>33</sup> Kann eine Norm einer Normordnung zugeordnet werden, erlangt sie Geltung.<sup>34</sup> Die Rechtsordnung könne dabei auch den menschlichen Willen zum Rechtsinhalt machen, indem sie ihn mit Normwirkung ausstattet.<sup>35</sup> So könnten nicht nur generell-abstrakte Gesetze Normen sein, sondern auch individuell-konkrete Rechtssätze.<sup>36</sup>

Das objektive Recht statte Privatrechtssubjekte in bestimmten Fällen mit der Befugnis aus, selbst Normen zu setzen. Diese Normsetzungsbefugnis bilde die unterste Stufe in der Delegationshierarchie der Rechtserzeugung.<sup>37</sup> Wesensmäßig bestehe allerdings kein Unterschied zwischen unmittelbar aus dem objektiven Recht ableitbaren Normen und durch die Ausübung der Normsetzungsbefugnis entstandenen Rechtssätzen. Die Normsetzungsbefugnis stelle das subjektive Recht dar.<sup>38</sup>

Allein die Berechtigung zur Normsetzung begründe jedoch noch keine konkreten rechtlichen Verhaltenspflichten. Mit dem subjektiven Recht – verstanden als Normsetzungsbefugnis – korrespondiere daher auch keine Pflicht, sondern lediglich ein Bereich potentieller Pflichten.<sup>39</sup> Erst mit der Betätigung des Willens durch

---

dige Rechtssätze erfasst werden, deren Rechtsfolge der Erwerb eines bestimmten rechtlichen Status ist. Würden solche Regelungen als unvollständige Rechtssätze verstanden, die lediglich eine von mehreren Tatbestandvoraussetzungen eines eine Pflicht begründenden Rechtssatzes darstellten, erfasse dies die rechtliche Natur solcher Regelungen dagegen nur unvollständig und kompliziere die Rechtsanwendung.

<sup>29</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965; vgl. auch *Aliprandis*, RTh 2 (1971), 129; *Rother*, NJW 1965, 2393, 2394.

<sup>30</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 14; *Wieser*, JR 1967, 321 f.

<sup>31</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 46.

<sup>32</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 53.

<sup>33</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 42.

<sup>34</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 47.

<sup>35</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 42.

<sup>36</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 49.

<sup>37</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 56, 59 f., 66.

<sup>38</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 55: „Das Recht im subjektiven Sinne ist eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene Normsetzungsbefugnis“.

<sup>39</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 62, 107.

Ausübung der Normsetzungsbefugnis durch den hierzu Befugten entstehe die konkrete Verhaltensnorm, die „aktuelle Pflicht“, für den Schuldner.<sup>40</sup> Die Willensäußerung<sup>41</sup> sei die „Anspruchserhebung“, der Willensinhalt der „Anspruch“.<sup>42</sup> Bewegt sich der Anspruch innerhalb der Normsetzungsbefugnis, werde er zur Rechtsnorm.

So könne beispielsweise im Falle einer fälligen Geldforderung der Normsetzungsbefugte auch nur einen Teilbetrag oder eine spätere Zahlung verlangen. Damit entstehe für den Schuldner eine Verhaltensnorm lediglich hinsichtlich einer teilweisen bzw. späteren Leistung.<sup>43</sup> Dementsprechend werde aus einem zunächst rein potentiellen Rechtsverhältnis erst durch die Ausübung des subjektiven Rechts, durch die Anspruchserhebung, ein aktuelles Rechtsverhältnis. Zuvor bestehe zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten lediglich eine „potentielle normative Beziehung“.<sup>44</sup> Unterlässt der Berechtigte die Anspruchserhebung, werde das rein potentielle Rechtsverhältnis nicht aktualisiert, es finde keine entsprechende „Umwandlung“ statt.<sup>45</sup>

Zwingende Voraussetzung eines subjektiven Rechts, der Befugnis zur Normsetzung, sei damit die Möglichkeit der Anspruchserhebung. Ohne diese könne ein Privatrechtssubjekt keine wirksame Rechtsnorm setzen.<sup>46</sup> Ein subjektives Recht ohne diese Möglichkeit kann danach nicht existieren. Dagegen stelle die Möglichkeit eines Privatrechtssubjekts, einen Anspruch in diesem Sinne zu erheben, stets ein subjektives Recht dar.

Weiter sei zu unterscheiden zwischen primären und sekundären Normen. Während erstere entsprechend der Sollensordnung ein Verhaltensgebot aufstellten, regelten letztere als Ausdruck der für die Rechtsordnung zwingend erforderlichen Zwangsordnung die Rechtsfolgen, falls die freiwillige Befolgung eines Rechtssatzes

<sup>40</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 57, 62.

<sup>41</sup> Bucher unterscheidet des Weiteren zwischen der Willensäußerung zur Rechtsausübung und der rechtsbetätigenden Willenserklärung. Die Ausübung subjektiver Rechte stelle keine Willenserklärung dar, sondern sei eine Zustandsbezogene Willensäußerung. Die Willenserklärung sei dagegen ein einmaliger Akt. Hierunter fielen die Verfügungen über ein Recht. Vgl. dazu Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 72 ff., 87 ff. und S. 77: „Rechtsgeschäftliche Verfügungen über ein Recht verändern den Bestand der Normsetzungsbefugnis des Rechtsträgers, rechtsausübende Willensäußerungen verändern den Bestand der den Verpflichteten bindenden Normen.“ [Hervorhebungen im Original].

<sup>42</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 66 f.: „Ansprüche im hier definierten Sinn sind Rechtsnormen, Anspruchserhebung ist Normsetzung“ und S. 77: „Das subjektive Recht ist die Möglichkeit der Normsetzung, der Anspruch demgegenüber das Resultat der Ausübung der Normsetzungsbefugnis, d. h. die in Ausübung des Rechts erlassene Norm“ [Hervorhebungen im Original]. Bucher weist im Übrigen zurecht darauf hin, dass dieser Anspruchsbegriff keinen Bezug zum Anspruchsbegriff des BGB und der ZPO hat.

<sup>43</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 58.

<sup>44</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 62.

<sup>45</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 62 f.

<sup>46</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 67.

ausbleibt.<sup>47</sup> Die primären Normen bestimmten den die Rechtsfolge nach den sekundären Normen auslösenden Tatbestand, sodass die Existenz einer sekundären Norm zwingend die einer primären Norm voraussetze.<sup>48</sup> Außerhalb der Imperative der Rechtsordnung bestehe eine Freiheitsvermutung: Rechtspflichten bestünden nur, soweit sie durch eine entsprechende Rechtsnorm vorgeschrieben sind. Ist ein Verhalten nicht Gegenstand einer Rechtsnorm, sei es zulässig.<sup>49</sup> Erlaubende Normen können nach diesem Verständnis nicht existieren, die Erlaubnis ist konstruktiv lediglich die Abwesenheit eines entsprechenden Verbots.<sup>50</sup>

### *c) Lehre vom Institutionenschutz*

Die Lehre vom Institutionenschutz geht im Wesentlichen auf Raiser zurück.<sup>51</sup> Raiser unterscheidet zunächst zwischen primären und sekundären Rechten, die beide dem Begriff des subjektiven Rechts unterfielen.<sup>52</sup> Primäre Rechte seien selbstständige (absolute) oder unselbstständige (relative) Rechte wie das Eigentum, Forderungen und Mitgliedschaftsrechte. Bei den sekundären Rechten handele es sich um bloß instrumentale Rechte wie Ansprüche und Gestaltungsrechte, die als Instrumente der Rechtstechnik dem Schutz und der Verwirklichung der Rechtsstellungen und Rechtsverhältnisse dienten.<sup>53</sup>

Der Lehre vom Institutionenschutz nach verfolgt das Privatrecht zweierlei Zwecke. Zunächst teile es Privatrechtssubjekten Rechtsgüter zu, gewährleiste deren Genuss und ermögliche die Verfügung über diese Rechtsgüter. Dadurch erkenne es die Rechtsgenossen als Individuen, als rechts- und handlungsfähige Personen und als „Zentren eigenverantwortlicher, freier Aktivität“ an.<sup>54</sup> Insoweit deckt sich dies mit dem herkömmlichen Privatrechtsverständnis.

Darüber hinaus komme dem Privatrecht aber eine weitere Funktion zu. Eine Beschränkung auf die Freiheitsgewährung für Individuen bilde das Privatrecht zu einseitig ab und könne die „Wirklichkeit menschlichen Daseins in der Gesellschaft“ nicht vollständig erfassen. Erst in der menschlichen Gemeinschaft könne sich das Individuum vollständig entfalten. Im menschlichen Miteinander entstünden Handlungsschemata und dauerhafte Beziehungsformen, die die Soziologie als „Institu-

<sup>47</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 51 f.

<sup>48</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 52.

<sup>49</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 53.

<sup>50</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 54; so auch *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 292 f.

<sup>51</sup> *Raiser*, JZ 1961, 465; *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 145; *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971; zustimmend z. B. *Löwisch*, Der Deliktschutz relativer Rechte, 1970, S. 121 ff.; *E. Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, 1973, S. 28 ff.

<sup>52</sup> *Raiser*, JZ 1961, 465, 466.

<sup>53</sup> *Raiser*, JZ 1961, 465, 466.

<sup>54</sup> *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 146.

tionen“<sup>55</sup> umschreibe.<sup>56</sup> Die Rechtsordnung habe nicht nur an den Menschen als Individuum, sondern auch an diese Institutionen anzuknüpfen und sie durch Normen zu regulieren. Dementsprechend diene das Privatrecht nicht nur der Zuweisung individueller Handlungsräume durch die Verleihung subjektiver Rechte, sondern auch der Ausgestaltung von Beziehungsformen.<sup>57</sup> Dem Privatrecht lägen damit zwei Gestaltungsprinzipien oder Systemgedanken gleichermaßen zugrunde: Der Ausbau und Schutz des Wirkungsbereichs der Einzelpersonen durch Zuweisung subjektiver Rechte einerseits und die Entfaltung und Sicherung der das gesellschaftliche Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts andererseits.<sup>58</sup>

Anders als eine auf die Abgrenzung von Machtssphären durch Zuweisung subjektiver Rechte begrenzte Rechtsordnung komme dem Institutionenschutz die Funktion zu, den „rechten Gebrauch der Macht zu organisieren, um aus dem bloßen Nebeneinander der Individuen ein fruchtbare Miteinander von Rechtsgenossen zu machen“<sup>59</sup>.

Diese beiden Systemgedanken stellten Aspekte einer einheitlichen Ordnung dar und überschnitten und durchdrängten sich gegenseitig bei der Regelung eines Lebenssachverhalts.<sup>60</sup> Dass sich die objektive Rechtsordnung der Verleihung subjektiver Rechte bedient, stünde einer solchen Doppelfunktion nicht entgegen, da diese nicht ausschließlich der Verwirklichung individueller Freiheitsräume, sondern zugleich auch der Aktivierung des Individualinteresse übersteigender Institute dienten. Während ein primäres Recht ohne sekundären Schutz nicht denkbar sei,<sup>61</sup> folge aus der Doppelfunktion, dass sekundäre Rechte auch unabhängig von einem primären Recht existieren könnten. Ein solches isoliertes sekundäres Recht diene in diesem Fall nicht dem Schutz und der Verwirklichung eines primären Rechts, sondern dem Schutz sonstiger Positionen.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 148 verwendet den Begriff des Rechtsinstituts als ein vom objektiven Recht geordnetes typisches Lebensverhältnis.

<sup>56</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 147.

<sup>57</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 147; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 36 f.

<sup>58</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 148; Löwisch, Der Deliktsschutz relater Rechte, 1970, S. 126; Grosch, Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen, 2002, S. 52 f.

<sup>59</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 161 f.

<sup>60</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 149; Raiser, JZ 1961, 465, 472; Löwisch, Der Deliktsschutz relater Rechte, 1970, S. 131; Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 124 ff.; Ost, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts (1965), S. 52; vgl. auch Mestmäcker, JZ 1964, 441 ff.; Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235, 238.

<sup>61</sup> So auch schon Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 120 ff.

<sup>62</sup> Raiser, JZ 1961, 465, 467.

Durch die Berücksichtigung des Gedankens des Institutionenschutzes könnten die übermäßige Inanspruchnahme der §§ 138, 226, 242 BGB bei der Bestimmung der Grenzen eines subjektiven Rechts durch eine ausufernde Auslegung der Begriffe der Sittenwidrigkeit, der Schikane, des Rechtsmissbrauchs und der öffentlichen Ordnung in der Gerichtspraxis vermieden werden und entsprechende Tendenzen strukturiert und kanalisiert werden.<sup>63</sup> So sei für die Grenzen eines subjektiven Rechts maßgeblich, ob die Ausübung des Rechts dem Zweck des Rechtsinstituts entspricht, während jegliches rechtliches Handeln unwirksam sei, das den Zweck des Instituts verfehlt, innerhalb dessen oder zu dessen Verwirklichung es stattfindet.<sup>64</sup> Neben die Figur des Rechtsmissbrauchs trete daher die des „Institutmissbrauch[s]“.<sup>65</sup>

Insoweit ließen sich zwei Arten von Instituten unterscheiden. Zum einen seien von der Rechtsordnung zu organisatorischen Einrichtungen ausgeformte, jedoch nicht zur zwingenden Nutzung angeordnete Institute, deren Verwendung den Privatrechtssubjekten freigestellt ist, zu identifizieren.<sup>66</sup> Hierunter fielen z. B. die Vertragstypen des BGB. Zum anderen bestünden solche Ordnungsgefüge, die einen zwingenden Rahmen für das wirtschaftliche oder gesellschaftliche Leben darstellten, wie die marktwirtschaftliche Verfassung.<sup>67</sup>

Anders als von der Imperativentheorie vertreten, verleiht die Rechtsordnung nach der Lehre vom Institutionenschutz Schutzrechte, die den Ausschluss Dritter bewirken, nicht zweckfrei, sondern zumindest zur Durchsetzung und zum Schutz privatrechtlicher Institutionen.<sup>68</sup>

#### *d) Private Enforcement*

In diesem Zusammenhang sind auch die – insbesondere europarechtlichen – Tendenzen zum sogenannten *private enforcement* zu nennen. Die Verleihung subjektiver Rechte dient bei dieser Regelungstechnik der Durchsetzung von Verhaltensanforderungen. Anders als beim *public enforcement* werden nicht Behörden die Befugnisse zur Kontrolle und zwangswise Durchsetzung der Verhaltensvorgaben verliehen, sondern Privatrechtssubjekte zu dieser Aufgabe herangezogen und in Dienst gestellt.

---

<sup>63</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 149 ff., 162 f.

<sup>64</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 163 f.

<sup>65</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 164.

<sup>66</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 164; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, 1970, S. 125.

<sup>67</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 164; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, 1970, S. 125.

<sup>68</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 45; Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 28.

*e) Kooperationsmodelle:  
Das Rechtsverhältnis als rechtliche Grundkategorie*

Dem herkömmlichen Verständnis des Privatrechts wurde zudem vorgeworfen, dem bürgerlich-liberalen Denken des 19. Jahrhunderts verhaftet zu sein.<sup>69</sup> Der Inhalt und das tradierte Verständnis des BGB seien das Ergebnis erfolgreicher Lobbybemühungen der in dieser Epoche vorherrschenden Gesellschaftsschicht. Das herkömmliche Privatrechtsverständnis betone zu sehr die Freiheit des Einzelnen und vernachlässige damit das einer Privatrechtsordnung immanente Bedürfnis nach Interessenausgleich und Kooperation zwischen den einzelnen Rechtssubjekten. Es sei Ausdruck einer der ethischen und politischen Grundüberzeugung der Ende des 19. Jahrhunderts vorherrschenden bürgerlichen Gesellschaftsschicht und entspreche deren „liberalen Freiheits- und unternehmerischen Selbständigkeitss- und Expansionsbedürfnis, ihrem Besitzindividualismus und ihren Vorstellungen von ehemännlicher und väterlicher Autorität über die Familie in dem engen, aber rechtsstaatlich gesicherten Rahmen eines konstitutionell verfaßten Beamten- und Militärstaats“.<sup>70</sup> Ihr liege die Philosophie des deutschen Idealismus verbunden mit dem wirtschaftlichen Liberalismus englischer Prägung zugrunde.<sup>71</sup> Dies entspreche nicht mehr dem Ethos und Selbstverständnis der heutigen Gesellschaft, deren zentrale Anliegen die Verantwortung, die soziale Gerechtigkeit und die innere Ordnung Europas seien.<sup>72</sup> Bedroht würden diese Werte unter anderem durch Tendenzen zum Totalitarismus und die Gefahr der Rückkehr einer verantwortungslosen Erwerbsgesellschaft – Entwicklungen, denen Vorschub geleistet werde durch die Entpersönlichung zwischenmenschlicher Beziehungen, unter anderem aufgrund ungehemmten wirtschaftlichen Egoismus.<sup>73</sup> Die Gesellschaft sei nicht als Summe der ihr angehörenden Subjekte, die sich erst durch den Eingang individualrechtlicher Vereinbarungen Selbstbeschränkungen auferlegen, zu verstehen, sondern vielmehr als Genossenschaft, in der die Subjekte durch ihnen bereits vorgegebene gemeinsame Aufgaben verbunden seien.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1976, S. 192 ff., der zudem Savignys Auffassung des Begriffs des subjektiven Rechts als Willensmacht ein doppeltes Missverständnis der Lehren Kants und Hegels vorwirft. Er vernachlässige den Kants Machtbegriff zugrundeliegenden Bezug zur Pflicht und die Hegels Willensbegriff zugrundeliegende Geschichtsphilosophie. Übrig bleibe damit ein jeder Sittlichkeit entblößter, formalisierter Rechtsbegriff.

<sup>70</sup> So Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 17.

<sup>71</sup> Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 17.

<sup>72</sup> Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 25; Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 22 ff.; Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, 1978, S. 51 ff.; vgl. auch Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 3. Aufl. 2016, S. 621 ff.

<sup>73</sup> Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 25 f.

<sup>74</sup> Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 25.

Insbesondere das Vertragsrecht zeige, dass ein isoliertes Abstellen auf die sich widerstreitenden Interessen der Parteien den Kern des Privatrechts nicht zu erfassen vermöge.<sup>75</sup> Vielmehr sei es auch Aufgabe des Privatrechts, die dauerhafte oder auch nur vorübergehende Kooperation der Rechtsgenossen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke zu organisieren und sicherzustellen. So wurde vorgeschlagen, das Rechtsverhältnis<sup>76</sup> anstelle des subjektiven Rechts als entscheidendes Wesensmerkmal des Privatrechts anzuerkennen.<sup>77</sup>

Vor dem Hintergrund der vielfältigen Herausforderungen, die insbesondere der Klimawandel sowie das Bemühen um eine Wahrung der Menschenrechte in global vernetzten Lieferketten der Weltgemeinschaft als Kollektiv stellen, sind auch in jüngerer Zeit entsprechende Tendenzen – wenn auch bisher nicht unmittelbar als Kritik an den Grundpfeilern des Privatrechts formuliert – festzustellen.<sup>78</sup>

### 3. Stellungnahme

Das zentrale Argument, das gegen das tradierte Privatrechtsverständnis vorgebracht wird, ist – wie aufgezeigt – die Behauptung, dieses könne als Produkt des bürgerlichen Liberalismus heutige Lebenswirklichkeiten und das Gesellschaftsethos nicht mehr abbilden.<sup>79</sup>

Auch wenn man die Richtigkeit dieser These, dass das tradierte Privatrechtsverständnis gedanklich im bürgerlichen Liberalismus begründet ist,<sup>80</sup> unterstellt, ist daraus allerdings noch nicht abzuleiten, warum es nicht dazu in der Lage sein sollte,

<sup>75</sup> Coing, FS Dölle, Bd. 1 (1963), S. 25, 39; Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, S. 53 ff., der allerdings auch auf die Unentbehrlichkeit des Begriffs des subjektiven Rechts für Aufbau und Erfassung des modernen Privatrechts hinweist. Der Begriff habe daher insbesondere bei der Übertragung von Rechtspositionen und dem Rechtsschutz seine Berechtigung, er dürfe aber nicht zur alleinigen Grundlage des Privatrechts gemacht werden.

<sup>76</sup> S. zur Geschichte des Begriffs „Rechtsverhältnis“ sowie zu der Frage, ob ein Rechtsverhältnis einen interpersonalen Bezug voraussetzt, Kim, Das dingliche Schuldverhältnis, 2022, S. 21 ff. Vertreter der hier dargestellten Kooperationsmodelle verwenden den Begriff in einem interpersonalen Sinn; s. eingehend zum Rechtsverhältnis auch Geiger-Wieske, Dinglichkeit und Pflicht, 2024, S. 128 ff.

<sup>77</sup> Coing, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, S. 7, 22.

<sup>78</sup> S. z.B. den Vorschlag einer neuen „Gesellschaft für Verantwortungseigentum“, die in vielerlei Hinsicht der Rechtsform einer Stiftung ähnelt.

<sup>79</sup> Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, 1970, S. 122 f.; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 28.

<sup>80</sup> S. dagegen Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 103; Schapp, Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung, 1977, S. 131 f.; Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 32, die darauf hinweisen, dass der Epoche des 19. Jahrhunderts lediglich die begriffliche Erfassung und Systematisierung des schon in den vorherigen Zeitaltern existierenden privatrechtlichen Grundmusters der Zuweisung von Freiheitssphären zu verdanken sei; vgl. auch Hüftle, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 75; Dulckiet, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 42 Fn. 47.

zeitlos und unabhängig von einem sich wandelnden Gesellschaftsethos als Grundlage für sachgerechte Lösungen für das Zusammenleben der Privatrechtssubjekte zu dienen. Die Überwindung eines bewährten juristischen Systems allein aufgrund gewandelter äußerer Umstände wie einem Gesellschaftsethos, einem neuen Menschenbild oder Sozialmodell oder veränderter sozialer Verhältnisse reduziert nicht nur die Legitimation und die Bedeutung des Rechts auf diese Umstände, sondern spricht dem Recht darüber hinaus auch jede Autonomie und jegliche innere, eigenständige Berechtigung ab.<sup>81</sup> Verschiebungen gesellschaftlicher Prioritäten oder gar ein Wandel der Gesellschaftsordnung haben in der Regel keinen Einfluss auf die Struktur des Privatrechtssystems, sondern ändern allenfalls den Umfang der vom Privatrecht erfassten Materie, seine Objekte und die geregelten sozialen Sachverhalte.<sup>82</sup>

Eine Privatrechtsordnung, die ihren Subjekten dem Grunde nach Freiheitsräume einräumt, baut funktional zwingend auf der Verleihung subjektiver Rechte auf.<sup>83</sup> Nur auf diese Weise lässt sich dem Eigenwert der Privatrechtssubjekte Rechnung tragen.<sup>84</sup> Weist die Rechtsordnung ihren Rechtssubjekten einen solchen Freiheitsbereich zu, geht damit zwingend der Ausschluss anderer Rechtssubjekte aus diesem Bereich einher. In der Sache erkennen dies auch die abweichenden Privatrechtskonzepte an. Die Imperativentheorie beruht zwar auf einer begrifflichen Eliminierung des subjektiven Rechts. Da sich die Imperative jedoch nicht an alle Rechtssubjekte wenden, sondern stets mindestens ein Rechtssubjekt von dem Imperativ ausgenommen wird, schafft sie *de facto* ebenso eine Freiheitssphäre für dieses Rechtssubjekt. Dass dieses nicht wie nach tradiertem Verständnis ein subjektives Recht, sondern die objektive Rechtsordnung durchsetzen soll, ist dabei lediglich eine begriffliche Unterscheidung. Funktional weist auch die Imperativentheorie dem von den Imperativen ausgenommenen Subjekt eine Freiheitssphäre zu.<sup>85</sup>

Diese Einwände lassen sich auch auf die Normsetzungstheorie Buchers übertragen. Diese betrifft, wie bereits erwähnt, nicht die positive, sondern nur eine mögliche Rechtsordnung. Im geltenden Privatrechtssystem finden sich keine Strukturen, die eine Einordnung als Normsetzungsbefugnis in diesem Sinne rechtfertigen.<sup>86</sup> Zudem kann der Normsetzungstheorie entgegengehalten werden, dass es

<sup>81</sup> *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 104 ff.; *Tomas-Keck*, Hinterbliebenengeld, 2022, S. 24 ff.

<sup>82</sup> *J. Schmidt*, RTh 6 (1975), 33, 55 ff., 63.

<sup>83</sup> *Picker*, FS Gernhuber (1993), S. 315, 340; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 103; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 32.

<sup>84</sup> *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 103 f.

<sup>85</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 26 ff.; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 33 f.; *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 28; ablehnend gegenüber der Imperativentheorie auch etwa schon *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 222 f.; *Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 1897, S. 43 ff.

<sup>86</sup> Vgl. dazu *Wieser*, JR 1967, 321 f.; *Koziol*, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 21 f.

nicht ersichtlich ist, aus welchem Grund eine Rechtsordnung nicht von sich aus privatrechtliche Pflichten sollte statuieren können, ohne dass es dafür einer (zusätzlichen) Willensbetätigung des Berechtigten bedürfte. So muss es dem Willen der Vertragsparteien überlassen bleiben, eine Pflicht zu vereinbaren, deren Entstehen nicht einer weiteren „Aktualisierung“ durch den Berechtigten zum Fälligkeitszeitpunkt bedarf.<sup>87</sup>

Die Instrumentalisierung des Privatrechts zu Gemeinwohlbelangen oder zum Schutz einer objektiven Ordnung durch Erhaltung von Institutionen ist dem deutschen Rechtssystem dem Grunde nach fremd.<sup>88</sup> Sie widerspricht der zentralen Stellung der Individualrechte in einer Zuweisungsordnung. Im Zuge der europaweiten Rechtsangleichung zur Verwirklichung einer marktwirtschaftlich orientierten Europäischen Union mag es vereinzelt zur bereichsspezifischen Übernahme solchen Gedankenguts gekommen sein. Dies vermag jedoch nicht die Einwände gegen eine Heranziehung des Institutionenschutzes oder des *private enforcement* als Strukturprinzipien des deutschen Privatrechts zu entkräften. Bereits das Bestehen der angeblichen Vorteile der Indienstnahme von Privatrechtssubjekten zur Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen, der effektivere Schutz und Kosteneinsparungen, ist zweifelhaft.<sup>89</sup> Die Einrichtung und Ausstattung der Exekutive dürfte eher geeignet sein, die notwendige Expertise und effiziente Strukturen zur Durchsetzung der Gemeinwohlbelange aufzubauen, als die Verleihung von Schutzrechten an und damit die Überbürdung des Prozess- und Insolvenzrisikos auf Privatrechtssubjekte.<sup>90</sup> Hinzu kommt das damit einhergehende Missbrauchspotential.<sup>91</sup>

Auch von Vertretern der Auffassung, die das Rechtsverhältnis als zentrales Strukturmerkmal des Privatrechts versteht, wird nicht verkannt, dass jedes Rechtsverhältnis auch ein subjektives Recht enthält und es sich bei diesem um einen unentbehrlichen Systembegriff handelt.<sup>92</sup> Denn er drückt die Zuweisung einer Rechtsposition an einen Rechtsträger und den damit einhergehenden Ausschluss anderer von dieser Rechtsposition aus und bestimmt etwa, wem bei einer Verletzung der Rechtsposition Rechtsschutz zusteht und wer die Rechtsposition übertragen kann.<sup>93</sup> Ein Abstellen auf das Rechtsverhältnis ist daher nicht geeignet, das subjektive

<sup>87</sup> Wieser, JR 1967, 321, 322.

<sup>88</sup> Picker, FS Schilken (2015), S. 85, 90 f.; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 48; vgl. auch Höffle, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 75; gegen die Lehre vom Institutionenschutz etwa Biedenkopf, FS Böhm (1965), S. 113, 115.

<sup>89</sup> S. eingehend dazu Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 49 f.

<sup>90</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 49.

<sup>91</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 49.

<sup>92</sup> Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975, S. 23 Fn. 27; Coing, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, S. 7, 22.

<sup>93</sup> Coing, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, S. 7, 22 f.

Recht aus dem Privatrechtssystem zu eliminieren. Es führt allenfalls zu einer Verschiebung des Schwerpunkts der Betrachtung.

Die gegen das herkömmliche Verständnis der Privatrechtsordnung als System der Zuweisung von Rechtspositionen im Laufe der Zeit vorgebrachten Einwände vermögen damit nicht zu überzeugen.

## **II. Verhältnis zwischen Substanzrecht und Schutzrecht**

Allein aus dem Verständnis des Privatrechtssystems als Zuweisungsordnung erhellt noch nicht, wie die Zuweisung von Rechtspositionen innerhalb dieser Ordnung rechtstechnisch vollzogen und abgesichert wird. Es ist daher ein kurzer Überblick über die entsprechenden Mechanismen des geltenden Privatrechts zu geben. Dies ist insbesondere auch zum Verständnis der Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB erforderlich.

### **1. Substanzrechte und Schutzrechte**

#### *a) Unterscheidung zwischen Substanz- und Schutzrechten*

Innerhalb des herkömmlichen Verständnisses der Privatrechtsordnung als System der Zuweisung subjektiver Rechtspositionen ist zu differenzieren zwischen der Zuweisung einer Rechtsposition und der Verleihung dieser Zuweisung unterstützender Schutzrechte.<sup>94</sup> Die Schutzrechte können in einem zweiten Schritt dabei auch selbst als eigenständige Rechtspositionen eingestuft werden.

Die zugewiesene Rechtsposition, die den Schutzrechten zugrunde liegt, lässt sich mit Bruns und Picker als „Substanzrecht“ bezeichnen.<sup>95</sup> Hinsichtlich absoluter

<sup>94</sup> Picker, FS Lange (1992), S. 625, 680 ff.; Meesmann, Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf, 1969, S. 115; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 64 ff.; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 36 ff.; Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 189 f.; Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 20 f.; teilweise auch Raiser, JZ 1961, 465, 466, demzufolge die Privatrechtsordnung darüber hinaus auch dem Institutionenschutz diene, sodass zwar Rechtspositionen nicht ohne entsprechende Schutzrechte, aber umgekehrt Schutzrechte ohne Rechtsposition allein zum Schutz der Rechtsinstitute existierten (Raiser verwendet insoweit die Terminologie „primäre Rechte“ und „sekundäre Rechte“, s. dazu S. 90 ff.); Thomale, AcP 212 (2012), 920, 928 f.; Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 45.

<sup>95</sup> Bruns, FS Nipperdey (1965), S. 3, 5 (s. dort in Fn. 14 zum terminologisch abweichenden Gebrauch bei Kohler); Picker, FS Lange (1992), S. 625, 680 ff.; Meesmann, Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf, 1969, S. 115; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 66 schlägt ergänzend den Begriff „Zuordnungsposition“ vor; Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 164 unterscheidet zwischen „Stammrechten“ und „Rechtsfolgerechten“ (synonym für Anspruch); Thomale, AcP 212 (2012), 920, 928 zwischen „Rechtsposition“ und „Verfolgungsbefugnis“; Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1914, S. 28 ff.: „Anrecht“ und „Deckung“; ähnlich Wieser, JR 1967, 321, 322

Rechte erschließt sich diese Trennung ohne Weiteres mit Blick auf das Eigentum.<sup>96</sup> Nach § 903 BGB ist dem Eigentümer eine Sache dergestalt zugeordnet, dass er mit ihr nach Belieben verfahren und andere von der Einwirkung ausschließen kann. Die Ansprüche aus §§ 894, 985, 1004 BGB stellen das Substanzrecht Eigentum verwirklichende Schutzrechte dar. Daneben erfährt das Eigentumsrecht auch delikts- und bereicherungsrechtlichen Schutz. Die Gesamtheit negatorischen, deliktsrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Schutzes kann als „Trias der Schutzrechtsysteme“ bezeichnet werden.<sup>97</sup>

In terminologischer Hinsicht ist zu beachten, dass der häufig verwendete Begriff des subjektiven Rechts inhaltlich nicht einheitlich konturiert ist.<sup>98</sup> Üblicherweise werden mit ihm alle Rechtspositionen, also sowohl Substanz- als auch Schutzrechte umschrieben.<sup>99</sup>

Diese Systematik der Unterscheidung zwischen Substanz- und Schutzrechten, zwischen Rechtszuweisung und Rechtsschutz lässt sich indes nicht nur bei absoluten, sondern auch bei relativen Rechten feststellen.<sup>100</sup> Im Bereich der Obligationen wird

---

(„Anrecht auf den Pflichtvorteil“); *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 107 f. et passim zwischen „Rechtsposition“ und „Rechtsbehelf“ (so im Anschluss an *Rimmelspacher* auch *Roth*, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 45 f. und *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 463) bzw. „Schutzmittel“; auch *Siber*, Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, 1903, S. 78 bezeichnet Schutzrechte auch als „Schutzmittel“.

<sup>96</sup> S. schon *Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 52, S. 214.

<sup>97</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 547; *Picker*, FS Schilken (2015), S. 85, 93; s. auch *Tomas-Keck*, Hinterbliebenengeld, 2022, S. 20.

<sup>98</sup> *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 175; *Kasper*, Das subjektive Recht, 1967, S. 7 ff.; vgl. auch *Falk*, RJ 9 (1990), 221, 235: „Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des BGB verwenden hier [Anm.: gemeint ist die Definition des subjektiven Rechts] in der Sache gern eine unverbindlich-praktische Lösung dieser Art: Das subjektive Recht ist ein Schlüsselbegriff des Privatrechts. Wie es genau zu definieren ist, wissen wir nicht. Aber wir sind uns einig, daß wir es brauchen. Wozu, wissen wir nicht genau.“; *Wieser*, JR 1967, 321, 325; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 39 f. u. Fn. 27 verzichtet daher weitgehend auf diesen Begriff und verwendet stattdessen den Begriff der Rechtsposition; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 21 scheidet die Schutzrechte aus dem Begriff des subjektiven Rechts aus.

<sup>99</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 412; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 20; kritisch auch *Raiser*, JZ 1961, 465, 466.

<sup>100</sup> *Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 52, S. 215; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 512 f.; *Picker*, JZ 1987, 1041, 1044; *Katzenstein*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 143 f.; *Greiner*, Die Haftung auf Verwendungsersatz, 2000, S. 63 f.; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 228; *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 125; *Hartmann*, ZfA 2008, 383, 393 f.; *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 66 ff.; *Kahl*, Jb.J.ZivRWiss. 1994, 205, 215; *Köndgen*, RabelsZ 56 (1992), 696, 741; *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, S. 60; *Gebauer*, Jura 1998, 128, 132 Fn. 49; *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum*, 2007, S. 23 f.; *Katzenstein*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 144 f.; *Lobinger*, JuS 1993, 453, 456 f.; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 90; *Ebert*, ZIP 2002, 2296, 2302.

dies allerdings häufig verkannt. So wird der Begriff der Forderung (als Kennzeichnung eines Substanzrechts) von der überwiegenden Ansicht mit dem des schuldrechtlichen Anspruchs gleichgesetzt.<sup>101</sup>

### *b) Arten von Schutzrechten*

Ein Recht, das seinem Inhaber den unkonsentierten Zugriff auf einen fremden Rechtskreis erlaubt, stellt das Schutzrecht eines Substanzrechts dar.<sup>102</sup> Denn ein solcher Zugriff ist in einer Rechtsordnung, die auf der Einräumung von Freiheitssphären zugunsten seiner Rechtssubjekte beruht, stets legitimationsbedürftig. Gestattet die Rechtsordnung einem Privatrechtssubjekt den Zugriff auf eine solche fremde Freiheitssphäre nach seinem Belieben, kann die Rechtfertigung nur in der vollzogenen, andauernden oder drohenden Verletzung eines diesem Subjekt zugewiesenen Substanzrechts gesehen werden.<sup>103</sup>

Inhaltlich können Schutzrechte danach unterteilt werden, ob sie der Rechtsverwirklichung dienen oder eine über die Verwirklichung des Substanzrechts hinausgehende Vermögensverschiebung bewirken.<sup>104</sup> Schutzrechte, die der Verwirklichung eines Substanzrechts dienen, begründen selbst keine eigenständige Rechtsposition. Schutzrechte, deren Erfüllung eine über die Verwirklichung eines Substanzrechts hinausgehende Vermögensverschiebung bewirken,<sup>105</sup> drücken dagegen eine eigenständige Zuweisungsentscheidung aus und haben damit als Nebenprodukt ihrer Schutzwirkung bezüglich des zugewiesenen Substanzrechts die Entstehung und Zuweisung eigenständiger Substanzrechte zur Folge.<sup>106</sup>

So begründet beispielsweise ein deliktsrechtliches Schutzrecht bei einer Verletzung eines Substanzrechts eine neue Forderung des Rechtsinhabers und damit ein eigenständiges Substanzrecht, das seinerseits als solches dem Schutz der Rechtsordnung unterstellt ist und eigenständig verkehrsfähig, beispielsweise übertragbar, ist: Die nach § 823 Abs. 1 BGB infolge der vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung eines absoluten Rechts entstehende Forderung begründet ihrerseits eine Vermögensverschiebung, ist verkehrsfähig und untersteht dem Schutz der Rechts-

<sup>101</sup> S. dazu sogleich unten S. 103 ff.

<sup>102</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 38.

<sup>103</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 38; Costede, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 72 f.

<sup>104</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 62 ff.; Costede, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 56 ff.; vgl. auch von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 15 III, S. 245 f.; Koziol, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 34 f.

<sup>105</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 64 bezeichnet diese in Abgrenzung zu der Rechtsverwirklichung dienenden Rechte als der Rechtsfortsetzung oder Rechtsfortwirkung dienende Rechte.

<sup>106</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 64; Ost, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, 1965, 39, 46 f.

ordnung. Die Rechtsverwirklichung steht dabei grundsätzlich in einem Vorrang-verhältnis zur Rechtsfortsetzung.<sup>107</sup>

### *c) Dependenz von Substanz- und Schutzrecht*

#### aa) Schluss von der Existenz eines Schutzrechts auf ein Substanzrecht und umgekehrt

Von der Existenz eines Schutzrechts ist nach dem herkömmlichen Verständnis des Privatrechtssystems als Zuweisungsordnung denklogisch auf das Bestehen eines zu schützenden Substanzrechts zu schließen.<sup>108</sup> So wie die Zuweisung einer Rechtsposition grundsätzlich nicht ohne den Ausschluss anderer Rechtssubjekte von dieser Rechtsposition denkbar ist, ist umgekehrt ein Ausschluss von Rechtssubjekten von einer Rechtsposition nicht ohne deren Zuweisung an ein bestimmtes Rechtssubjekt möglich.<sup>109</sup> Die Rechtsordnung verleiht negatorische, deliktsrechtliche und bereicherungsrechtliche Schutzrechte sowie Erfüllungsansprüche<sup>110</sup> nicht um ihrer selbst

---

<sup>107</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 68 ff.

<sup>108</sup> Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 52, S. 215 („kein Anspruch ohne Recht“); Katzenstein, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 142 ff.; Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 22; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 37 ff. m. w. N. und S. 128 speziell für den Anspruch („jeder Anspruch [ist] ein Schutz- und Durchsetzungsrecht [...], das einer Rechtsposition dient.“); Hüfle, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 37, 76; Picker, FS Lange (1992), S. 625, 680 ff., 688; Picker, JZ 2010, 541, 547 f. („Alle Schutzrechte werden [...] durch das Substanzrecht präjudiziert“ [Hervorhebung im Original]); Picker, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1032; Picker, FS Schilken (2015), S. 85, 93 f. („Das Substanzrecht ist präjudiziell für das Schutzrecht“); Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, 2009, S. 207, 248 ff.; Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 150; Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 22, 104, 114 f.; Thomale, Leistung als Freiheit, 2012, S. 332 f.; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 108, der jedoch offensichtlich eine Ausnahme in der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB erblickt, da sie ein Schutzrecht ohne Substanzrecht (in seiner Terminologie einen „Rechtsbehelf“ ohne „Rechtsposition“) darstelle, wenn die Auflage niemanden begünstigt, vgl. S. 143 f.; auch nach Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 66a Fn. 176 ist die Feststellung eines Substanzrechts mit Blick auf die Schutzrechte zu treffen; vgl. auch Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 463 f., der die Einforderungsbefugnis als elementaren Bestandteil der Forderung versteht, dessen Fehlen notwendigerweise auch das Fehlen aller sonstigen Rechtsbehelfe bedeute. Das Einforderungsbefugnis („Verlangenkönnen“) der Leistung ist damit notwendige Voraussetzung für die Existenz u. a. von Klage- und Vollstreckungsrechten; Elzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906, S. 111 ff. für die Anordnung ausgleichender Rechtsfolgen durch das Privatrecht, die „an ein Unrecht [...] anknüpft“; vgl. auch Dreier, Kompensation und Prävention, 2002, S. 14, 415 (Fn. 5); vgl. auch Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975, S. 21; ablehnend: Koziol, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 23 f.

<sup>109</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 37; a. A.: Raiser, JZ 1961, 465, 467.

<sup>110</sup> S. zur Diskussion, ob der Erfüllungsanspruch ein negatorischer Anspruch ist, Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 131 (Fn. 345) m. w. N.; dafür etwa Hartmann, ZFA 2008, 383, 394; vgl. auch Kramme, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 241 Rn. 21.

willen, sondern zur Durchsetzung und zum Schutz der Zuweisung von Rechtspositionen. Der Schutzanordnung geht daher zwingend eine Zuweisungsentscheidung der Rechtsordnung voraus. Wird danach ein Rechtssubjekt mit bestimmten Schutzrechten ausgestattet, ist dies Ausdruck einer vorgelagerten Zuweisungsentscheidung bzgl. eines Substanzrechts. Das dargestellte Verständnis des Verhältnisses von Schutzrechten zu Substanzrechten schließt die Existenz privater Klagerechte ohne zugrundeliegendes „Anspruchsfundament“ in Form eines Substanzrechts aus.<sup>111</sup>

Umgekehrt ist jedoch zu beachten, dass nach dem herkömmlichen Privatrechtssystem seine rechtliche Erzwingbarkeit nicht notwendige Voraussetzung eines Rechts ist.<sup>112</sup> Die Zuweisung einer Rechtsposition und ihr Schutz durch die Verleihung entsprechender Schutzrechte geht nicht notwendigerweise mit der rechtlichen Erzwingbarkeit der Durchsetzung dieses Substanzrechts einher.

#### bb) Schluss von dem Schutzrecht auf den Inhalt eines Substanzrechts

Von der Existenz eines Schutzrechts kann dabei nicht nur auf die reine Existenz eines zu schützenden Substanzrechts geschlossen werden,<sup>113</sup> aus dem Inhalt eines rechtsverwirklichenden Schutzrechts lassen sich zudem Rückschlüsse auf den Inhalt des betroffenen Substanzrechts ziehen.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Picker, FS Lange (1992), S. 625, 688; Heimann, Die Problematik der dogmatischen Qualifizierung der Interventionsfiguren Hauptintervention, Forderungsprätendentenstreit und Urheberbenennung, 1996, S. 26 f.; zustimmend zumindest für die notwendige Existenz eines subjektiven Schutzrechts im Rahmen der Leistungsklage Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 190, kritisch jedoch in Hinblick auf Elemente der objektiven Rechtskontrolle als Ausnahmehrscheinung im System des Rechtsschutzes (Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 194 f. führt insoweit marken-, patent- oder wettbewerbsrechtliche Popularklagen und abstrakte Norminterpretationsregelungen wie § 9 TVG an. Wie auch von Jacobs selbst erkannt, handelt es sich insoweit jedoch um besondere Ausnahmehrscheinungen, die grundsätzlich Fremdkörper im privatrechtlichen System darstellen und keine Rückschlüsse auf die Funktion des Privatrechts als Zuweisungsordnung zulassen; vgl. dazu auch Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 168, 200 ff., 206 ff.).

<sup>112</sup> Vgl. auch Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 167, der schon die Existenz von Normen wie Art. 19 Abs. 4 GG und § 42 Abs. 2 VwGO, die überflüssig wären, wenn die Klagebefugnis bereits notwendiger Bestandteil des subjektiven Rechts wäre, als Indiz gegen ein solches Verständnis anführt; s. auch Geiger-Wieske, Dinglichkeit und Pflicht, 2024, S. 179 ff., 205.

<sup>113</sup> Einschränkend hinsichtlich der umgekehrten Konstellation, des Schlusses vom Substanzrecht auf ein entsprechendes Schutzrecht Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 181: Aus der Anerkennung eines Stammrechts folge noch keine Aussage über ein bestimmtes Rechtsfolgenrecht.

<sup>114</sup> Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 104; Picker, FS Bydlinski (2002), S. 269, 292 („Übereinstimmung von Rechtszuweisung und Zuweisungsschutz“); vgl. auch Picker, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1032 f.; ähnlich Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S. 39, nach dem aus den positiv-rechtlich normierten Rechtsschutzzansprüchen auf konkrete Vorgaben

### cc) Verbindung zwischen Schutzrecht und Substanzrecht

Es wird teilweise vertreten, dass Schutzrechte nicht von ihrem zugehörigen Substanzrecht getrennt werden könnten, da sie über die Zweckbindung mit diesem eng verbunden seien.<sup>115</sup> Der Zweck des Schutzmechanismus sei gerade die Verwirklichung der Zuweisung des Substanzrechts an seinen Inhaber. Trennte man den Schutzmechanismus von dem zu schützenden Substanzrecht und stünde dieser einem Rechtssubjekt zu, das nicht zugleich auch Inhaber des Substanzrechts ist, könnte diese Zwecksetzung nicht mehr erfüllt werden. Zudem widerspreche eine solche Trennung bei dinglichen Rechten dem sachenrechtlichen *numerus clausus* und triebe darüber hinaus die Zuweisungsentscheidung der Rechtsordnung *ad absurdum*, da die Ausschlusswirkung des zugeordneten Substanzrechts nicht mehr von seinem Inhaber mit dem Schutzmechanismus geltend gemacht werden könne.<sup>116</sup> Aus Sicht des Rechtsinhabers geriete das Substanzrecht daher zum Allgemeingut, spaltete man den Schutzmechanismus von ihm ab. Gleichermaßen gelte für Schutzrechte, denen eine rein dienende Funktion zukommt.<sup>117</sup>

Ein Gleichlauf der Inhaberschaft des Substanzrechts und des rechtsverwirklichen Schutzrechts entspricht der Regel. Von vornherein ausgeschlossen ist eine Trennung dieser beiden Rechtspositionen jedoch nicht schon schlechthin.<sup>118</sup> Es ist insoweit zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten zu unterscheiden.

---

eines bestimmten Störungsverbots geschlossen werden kann; *Neumann*, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, 1989, S. 41.

<sup>115</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 58 ff., 64, 68; *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 414; *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 15 IX, S. 267.

<sup>116</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 59; vgl. auch *Kim*, Das dingliche Schuldverhältnis, 2022, S. 49 f.; nach *Kirchgeßner*, Abwehr und Ausgleich von Eigentumsstörungen unter Nachbarn, 2018, S. 538 bedingt der Umstand, dass ein dinglicher Anspruch unmittelbar aus dem ihm zugrundeliegenden Recht fließt, seine zwingende Verknüpfung mit der Rechtsinhaberschaft; s. zur Bedeutung der Typizität als Strukturprinzip übertragbarer Güter unter Berücksichtigung rechtshistorischer und rechtsvergleichender Grundlagen *Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, 2013. Der BGB-Gesetzgeber ging noch von der Abtretbarkeit des Vindikationsanspruchs aus, *Mugdan*, Bd. II, S. 2; *Mugdan*, Bd. III, S. 222; s. dazu *Michaels*, in: HKK-BGB, Bd. II/1, 2007, Vor § 241 Rn. 20, 61.

<sup>117</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 61 m. w. N.

<sup>118</sup> *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 167; *Thomale*, AcP 212 (2012), 920, 929; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 332 f.; *Thomale*, JuS 2010, 857, 859 Fn. 11; *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 108; vgl. auch *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 153 ff., 156, 160 ff. zur Stellung des Betriebsrats als Medium des Individualschutzes hinsichtlich Mitwirkungsrechten des Betriebsrat, die nicht der Verwirklichung von Rechten der Belegschaft oder ihrer Vertretung dienen, sondern Instrument des Individualschutzes sind („Hier ist der Betriebsrat lediglich Medium zur Verwirklichung des in Frage stehenden, auch für ihn fremden Individualrechts.“).

Bei dinglichen Rechten verstößt die Trennung von Schutz- und Substanzrecht gegen den sachenrechtlichen *numerus clausus* und ist daher ausgeschlossen.<sup>119</sup> Bei obligatorischen Rechten hat der Verwirklichungsanspruch üblicherweise gegenüber dem Substanzrecht der Forderung keinen eigenständigen Wert, sodass die Trennung dieser Rechte in aller Regel keinen Sinn ergibt und auch den Parteiinteressen nicht entspricht. Sie ist allerdings nicht schon dem Grundsatz nach ausgeschlossen. Der Möglichkeit einer Trennung stehen keine zwingenden Gründe entgegen. Insbesondere wird das Recht nicht durch die Trennung des Schutzmechanismus vom Substanzrecht zum Allgemeingut, das seiner Zuweisungsfunktion nicht mehr gerecht werde. Die Zuweisungsentscheidung ist von ihrer rechtlichen Erzwingbarkeit unabhängig. Auch ein nicht klagbares Recht kann Ausdruck einer Zuweisungsentscheidung sein. Dementsprechend wird die Rechtsinhaberschaft an dem Substanzrecht nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Rechtsinhaber des Substanzrechts an der Verwirklichung seines Substanzrechts, beispielsweise durch eine Verjährung des Schutzrechts des Anspruchs, gehindert ist. Wenn mithin schon der Verlust des Schutzmechanismus etwa durch Eintritt der Verjährung oder Abschluss eines Stillhalteabkommens ein Substanzrecht nicht zum Allgemeingut werden lässt, kann dies erst recht nicht für eine Abtrennung der Inhaberschaft des Schutzmechanismus von der des Substanzrechts gelten. Der Schutzmechanismus kann auch dann noch, wenn er einer anderen Person als dem Inhaber des Substanzrechts zusteht, der Verwirklichung des Substanzrechts dienen. Denn die Verwirklichung der Zuweisung kann auch durch eine andere Person als den Rechtsinhaber erzwungen werden. Der Schutzmechanismus kann somit seinen Zweck auch noch erfüllen, wenn er nicht dem Inhaber des Substanzrechts selbst zusteht. Er bleibt dabei auf Verwirklichung des Substanzrechts gerichtet. Bei einer Trennung von dem Substanzrecht kann der Inhaber des Schutzrechts mithin nur Leistung an den Substanzrechtsinhaber verlangen.<sup>120</sup> Eine Trennung des rechtsverwirklichen Schutzrechts von dem obligatorischen Substanzrecht ist daher zwar ungewöhnlich, aber nicht schon strukturell schlechthin ausgeschlossen.

## 2. Verhältnis zwischen Anspruch und Forderung

### a) Das Anspruchsverständnis nach der herrschenden Meinung

Seiner Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB zufolge ist der Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Keine Aussage trifft das

<sup>119</sup> BGH, Urt. v. 07.07.1995 – V ZR 46/94 (juris Rn. 45), DtZ 1995, 360, 365; BGH, Beschl. v. 14.05.2013 – VIII ZR 268/12 (juris Rn. 7), NZM 2013, 647; OLG Köln, Urt. v. 19.04.1996 – 25 U 13/95 (juris Rn. 15), VersR 1997, 467; OLG München, Urt. v. 23.09.1994 – 21 U 2235/94, NJW-RR 1996, 907; vgl. auch BGH, Urt. v. 23.02.1973 – V ZR 109/71 (juris Rn. 18), BGHZ 60, 235 zu dinglichen Rechten mit der Begründung, dass der dingliche Anspruch der Verwirklichung des diesem Recht entsprechenden Zustands ermöglicht; so auch *Baldus*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 985 Rn. 76.

<sup>120</sup> Prozessual handelt es sich um einen Fall der verdrängenden Prozessstandschaft.

Gesetz über das Verhältnis des Anspruchs zum subjektiven Recht, zur Forderung oder darüber, wo er im Gefüge zwischen Schutz- und Substanzrechten einzuordnen ist.<sup>121</sup>

#### aa) Windscheids Anspruchsbegriff

Die Herausarbeitung des materiellrechtlichen Anspruchs wie auch der privat-rechtlichen Strukturelemente geht auf Windscheid zurück.<sup>122</sup> Ausgehend von der Überlegung, der Richter solle streng an das Recht gebunden sein,<sup>123</sup> stellte Windscheid dem seinerzeit herrschenden Verständnis der *actio*, des Klagerechts, als „durch die Verletzung eines Rechts erzeugt[en] Recht[s] auf gerichtlichen Schutz“<sup>124</sup>, die Thesen entgegen, dass Klagen stets ein materiellrechtliches Substrat zugrunde liege und es sich dabei nicht um eine Rechtsverletzung, sondern den Anspruch handele.<sup>125</sup> Dies hat zur Folge, dass das Klagerecht nach Windscheid unmittelbar aus dem Anspruch folgt und ein (verletztes) Recht keine Voraussetzung einer Klage ist (Anspruch – Klagerecht).

Auf dem Gebiet des Schuldrechts wird so eine Identität zwischen Forderung und schuldrechtlichem Anspruch hergestellt. Allein der schuldrechtliche Anspruch bildet die materiellrechtliche Grundlage der Klage. Hinsichtlich der dinglichen Ansprüche ist Windscheid aufgrund seines Verzichts auf das Erfordernis einer Rechtsverletzung hingegen gezwungen, diese als Ansprüche gegenüber sämtlichen Nichtberechtigten zu konstruieren. Das Eigentum vermittele danach einen Anspruch auf Nichtstörung gegenüber Jedermann. Windscheid versteht damit schon die ausschließende Dimension eines subjektiven Rechts als Anspruch.<sup>126</sup>

#### bb) Der Anspruchsbegriff des BGB-Gesetzgebers

Der historische BGB-Gesetzgeber legte bei der Kodifizierung Windscheids Anspruchsverständnis zugrunde und verstand insoweit in Übereinstimmung mit Windscheid unter dem Begriff des Anspruchs Folgendes:

<sup>121</sup> *Wendelstein, Pflicht und Anspruch*, 2021, S. 69.

<sup>122</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 403 ff.; s. für eine ausführliche Darstellung der Entwicklung des Anspruchsbegriffs *Wendelstein, Pflicht und Anspruch*, 2021, S. 38 ff. und *Janich, Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwärtigkeit*, 2023, S. 16 ff.; zum Klagerechtsstreit zwischen *Windscheid* und *Muther s. Beneduzi*, *Actio und Klagerecht* bei Theodor Muther, 2016, S. 28 ff., jeweils m. w. N.

<sup>123</sup> *Windscheid*, Die *Actio* des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856, S. 4.

<sup>124</sup> *Windscheid*, Die *Actio* des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856, S. 1.

<sup>125</sup> Vgl. dazu etwa *Wagner, Prozeßverträge*, 1998, S. 401 ff.; *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 404; *Buchheim, Actio, Anspruch, subjektives Recht*, 2017, S. 43 ff.

<sup>126</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 406.

„Unter Anspruch wird das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person verstanden, vermöge dessen von ihr eine gewisse Leistung – die zur Verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung – verlangt werden kann. Das obligatorische Recht erschöpft sich in dieser persönlichen Richtung, es geht auf in dem Anspruche oder in den Ansprüchen, welche es erzeugt. Das dingliche Recht erstreckt sich über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch hinaus, das Erlöschen des letzteren lässt das Recht selbst unberührt.“<sup>127</sup>

Dem Gesetzgeber zufolge unterscheiden sich obligatorische und dingliche Rechte nicht nur hinsichtlich ihres Bezugspunktes, sondern sind grundsätzlich wesensverschieden.<sup>128</sup> Während der dingliche Anspruch von dem Begriff des dinglichen Rechts zu unterscheiden sei, gehe das obligatorische Recht vollständig in dem obligatorischen Anspruch auf. Der obligatorische Anspruch und das obligatorische Recht werden damit zu weitgehend synonymen Begriffen.

### cc) Der Anspruchs begriff der heute herrschenden Meinung

Auch die überwiegende Ansicht in der Literatur setzt den Begriff der Forderung mit dem des Anspruchs in dem Sinne gleich, dass der Anspruch den Oberbegriff zum Begriff der Forderung darstellen soll. Die Forderung sei nichts anderes als der schuldrechtliche Anspruch.<sup>129</sup> Das obligatorische Recht gehe damit vollständig in

<sup>127</sup> Mugdan, Bd. I, S. 512.

<sup>128</sup> S. aber auch Thomale, AcP 212 (2012), 920, 932 dazu, dass bereits der historische Gesetzgeber der Sache nach den Unterschied zwischen Substanz- und Schutzrecht auch im Schuldrecht anerkannt habe, wie sich an den Verjährungsregeln feststellen lasse, s. dazu so-gleich unten S. 108 f. Die Gleichsetzung von Anspruch und Forderung ist nach Thomale daher eher formalen Gesichtspunkten geschuldet.

<sup>129</sup> Oermann, AcP 113 (1915), 51, 63 Fn. 38; Wendt, AcP 100 (1906), 1, 388 ff., 394; Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975, S. 63; Olzen, in: Staudinger, BGB, 2024, § 241 Rn. 113; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 29, S. 238; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 290, S. 125; Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1967, S. 133 f.; Fikentscher, Schuldrecht, 1976, § 5 II 6 a), S. 21 und § 5 II 9, S. 22; Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 231 f.; Bachmann, Die elektive Konkurrenz, 2010, S. 82 f.; Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 3; Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 50; Okuda, AcP 164 (1964), 536, 541 ff.; Bachmann, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 6; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1924, S. 5, 42; Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, 1903, S. 92; Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/2, 15. Aufl. 1960, § 222 II 2, S. 1365 („Die Begriffe Anspruch und Forderung sind mithin identisch“); Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. I/1, 8. Aufl. 1995, § 5 I 2, S. 85; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 75, S. 41; Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, § 25 I 3, Rn. 420, S. 214; Germhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 I 5, S. 34 f.; Bruns, FS Nipperdey (1965), S. 3, 11 ff.; Kirchgeßner, Abwehr und Ausgleich von Eigentumsstörungen unter Nachbarn, 2018, S. 539; Geiger-Wieske, Dinglichkeit und Pflicht, 2024, S. 150 f.; vgl. auch Rieble, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 68; tendenziell auch Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903, S. 24 f. („Beim persönlichen Rechte deckt sich regelmäßig [...] das Recht mit dem darin enthaltenen An-

dem obligatorischen Anspruch auf und stelle einen Unterfall des allgemeinen Anspruchs dar. Das Recht der Forderungen sei lediglich ein spezielles Anspruchsrecht und diesem demnach vorrangig.<sup>130</sup> Ein allgemeines Anspruchsrecht sei im BGB mit Ausnahme der §§ 194 ff. BGB jedoch nicht entwickelt worden. Daher seien die gesetzlichen Regelungen der Forderung analog auf den Anspruch anzuwenden.<sup>131</sup>

Dieses Verständnis kann sich insoweit auf die Gesetzesbegründung berufen, nach der sich das obligatorische Recht in der Anspruchserfüllung erschöpft. Eine Trennung zwischen zugewiesenem Substanzrecht und dieses verwirklichendem Schutzrecht findet in dieser Konzeption im Rahmen obligatorischer Rechte nicht statt. Die mit der Forderung zugewiesene schuldrechtliche Rechtsposition beschränkt sich danach auf den Anspruch.

#### *b) Kritik am Anspruchsverständnis der herrschenden Meinung*

Die Gleichsetzung von Anspruch und Forderung durch die herrschende Meinung ist zunehmender Kritik ausgesetzt.

##### *aa) Gespaltenes Anspruchsverständnis und Verstoß gegen das Prinzip der Parsimonie*

Ein erster begrifflicher Einwand liegt auf der Hand. Das herrschende Anspruchsverständnis führt zu unterschiedlichen Anspruchsbegriffen innerhalb des BGB.<sup>132</sup> Ein dinglicher Anspruch unterscheidet sich von einem obligatorischen Anspruch danach nicht nur seinem Inhalt nach, sondern auch hinsichtlich seiner Funktion und Struktur. Dingliche Ansprüche setzen eine Rechtsverletzung voraus, während obligatorische Ansprüche unabhängig von einer Verletzung der Forderung bestünden.<sup>133</sup> Im Bereich der Forderungen fielen danach Rechtszuweisung und Rechtsverwirklichung in dem Begriff des Anspruchs zusammen, dingliche An-

---

sprüche, weil dann das Recht sich in seiner Richtung nach außen erschöpft.“); wohl auch *Anders*, Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, 2001, S. 149 Fn. 17; auch die Rechtsprechung verwendet die Begriffe synonym, s. BGH, Urt. v. 14. 12. 1983 – VIII ZR 352/82, BGHZ 89, 189; BGH, Urt. v. 19. 05. 2006 – V ZR 40/05, NJW 2006, 2773; BGH, Urt. v. 04. 10. 2001 – IX ZR 207/00, ZIP 2001, 2055 f.; für eine Darstellung der Anspruchsbegriffe der oben bei S. 85 ff. dargestellten abweichenden Privatrechtskonzeptionen s. *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 71 ff.

<sup>130</sup> *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 I 5, S. 35.

<sup>131</sup> *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 I 5, S. 35; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 28, S. 238; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 75, S. 41.

<sup>132</sup> *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 79; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 52 ff.; kritisch diesbezüglich auch *Zimmermann*, Der gesetzliche Rückforderungsanspruch, 2021, S. 108 ff.

<sup>133</sup> *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 79.

sprüche dienten hingegen der Verwirklichung bereits getroffener Zuweisungsentscheidungen.<sup>134</sup> Eine derartige zwischen relationalen und dinglichen Ansprüchen unterscheidende Begriffsbildung gibt § 194 Abs. 1 BGB nicht her.<sup>135</sup>

Der Begriff des Anspruchs wird bei einer Gleichsetzung mit der Forderung im Bereich der obligatorischen Ansprüche zudem überflüssig.<sup>136</sup>

#### bb) Fehlende Trennung zwischen Rechtszuweisung und Rechtsschutz

Analytisch ist zwischen der Zuweisung einer Rechtsposition und dem Schutz einer Rechtsposition zu unterscheiden. Die Gleichsetzung von Forderung und Anspruch verkennt dies und bezeichnet zwei grundverschiedene Funktionen mit demselben Begriff.<sup>137</sup>

Das Substanzrecht ordnet einem Rechtssubjekt einen Herrschaftsbereich zu, in dem es über das zugewiesene Gut regelmäßig nach eigenem Gutdünken verfügen kann. Instrumente des Rechtsschutzes sanktionieren Verletzungen des Substanzrechts und dienen damit der Verwirklichung und dem Schutz des Substanzrechts. Ihr Gegenstand ist nicht die Zuweisung selbst, sondern das Verhalten anderer Rechtssubjekte, die den zugewiesenen Herrschaftsbereich verletzen. Dem Rechtsschutz geht denklogisch eine Zuweisungsentscheidung voraus. Diese Struktur gilt sowohl für absolute als auch für relative Rechte. Ein Zusammenfallen von Rechtszuweisung und Rechtsschutz in einem Begriff für relative Rechte ist damit zumindest als unsauber zu kritisieren.<sup>138</sup>

Begrifflichen Differenzierungen innerhalb des Anspruchsbegriffs wie zwischen selbstständigen und unselbstständigen<sup>139</sup> oder primären und sekundären Ansprü-

<sup>134</sup> Vgl. *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 141 f.; *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 24 ff.; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 54; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 120; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 79; so aber *Kim*, Das dingliche Schuldverhältnis, 2022, S. 49 f.

<sup>135</sup> *Neumann*, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, 1989, S. 42.

<sup>136</sup> *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 81; diese Konsequenz zieht auch *Okuda*, AcP 164 (1964), 536, 541 f. („wenn man von dem Moment der Fälligkeit absieht“).

<sup>137</sup> *Meesmann*, Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf, 1969, S. 115, 117 f.; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 81; *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 162; vgl. auch *Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1979, S. 44; *Hüftele*, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 76; *Picker*, FS Flume, Bd. I (1978), S. 649, 672; *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017, S. 45 Fn. 87.

<sup>138</sup> *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 80.

<sup>139</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 25 ff., S. 238.

chen<sup>140</sup> liegt zwar ggf. ein entsprechendes Problem bewusstsein zugrunde, auch sie leisten jedoch keine saubere Abgrenzung zwischen Substanz- und Schutzrechten.<sup>141</sup>

### cc) Unvereinbarkeit mit dem Gesetz

Das entscheidende Argument gegen die angenommene Identität von Forderung und Anspruch ist darin zu sehen, dass die Regelungen für Forderungen auf Ansprüche und die Regelungen für Ansprüche auf Forderungen nicht passen.

So erscheint es zunächst verwunderlich, dass das BGB im Allgemeinen Teil hinsichtlich des Anspruchs lediglich die Verjährung regelt. Erklärt man die Regeln für die vermeintlich inhaltlich übereinstimmende Forderung für auf den Anspruch entsprechend anwendbar, ist es im gesetzesystematischer Hinsicht wenig überzeugend, dass die allgemeinen Regeln nicht bei dem Oberbegriff des Anspruchs, sondern bei dem Unterfall des schuldrechtlichen Anspruchs, der Forderung, verortet sind.<sup>142</sup> Hinzu kommt, dass sich die Regelungen des schuldrechtlichen Anspruchs nicht ohne Weiteres auf familienrechtliche, erbrechtliche oder dingliche Ansprüche übertragen lassen.<sup>143</sup>

Besonders offensichtlich werden die Friktionen im Verjährungsrecht. Nach § 194 Abs. 1 BGB unterliegt ein Anspruch der Verjährung. Wäre die Forderung lediglich die Bezeichnung für den schuldrechtlichen Anspruch, könnte auch sie verjähren. Leistet der Schuldner auf eine Forderung, obwohl der Erfüllungsanspruch des Gläubigers bereits verjährt ist, erfolgt diese Leistung jedoch nicht ohne Rechtsgrund und unterliegt daher auch nicht der Kondiktion.<sup>144</sup> Vielmehr erfolgt sie im Einklang mit der auch nach Eintritt der Verjährung weiter wirksamen Zuweisung der schuldrechtlichen Rechtsposition an den Gläubiger und bewirkt daher die Erfüllung und damit den Untergang der Forderung nach §§ 362 ff. BGB. Wäre eine Verjährung der Forderung eingetreten, wäre auch eine Befriedigung aus für diese bestellten Sicherheiten nicht zulässig und eine Aufrechnung mit der verjährten Forderung oder eine Geltendmachung der Forderung im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts nicht möglich. Dies widerspricht jedoch der gesetzlichen Regelung der §§ 215 f. BGB.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1967, S. 134 f.; *Langheineken*, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903, S. 26 ff.; *Raiser*, JZ 1961, 465, 466.

<sup>141</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 406 f.; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 81.

<sup>142</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 402; vgl. auch *Kim*, Das dingliche Schuldverhältnis, 2022, S. 47.

<sup>143</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 403 mit den Beispielen der Erfüllung nach § 362 BGB, der Abtretung nach § 398 BGB und der Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB. Diese Institute finden auf familienrechtliche und dingliche Ansprüche keine Anwendung.

<sup>144</sup> §§ 214 Abs. 2 S. 1, 813 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>145</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 123; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 85.

Schon an dem Beispiel der Verjährung zeigt sich daher, dass sich die Forderung gerade nicht in dem obligatorischen Anspruch erschöpft.<sup>146</sup>

Hieraus ergibt sich, dass das von dem BGB-Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien<sup>147</sup> ausgedrückte abweichende Verständnis des Anspruchs begriffs nicht maßgeblich ist. Der „Wille des Gesetzgebers“ in Form der Äußerungen der an dem Gesetzgebungsverfahren Beteiligten<sup>148</sup> ist nur insoweit relevant, wie er sich in der erlassenen Norm hinreichend verständlich niedergeschlagen hat.<sup>149</sup> Die Gesetzesmaterialien sind demnach heranzuziehen, wenn sie Ausführungen beinhalten, die Rückschlüsse für das Verständnis von Wortbedeutung, Systemzusammenhang und das objektive Regelungsziel einer Norm ermöglichen.<sup>150</sup> Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geäußerte subjektive Meinungen Beteiligter sind dagegen nicht schon ohne Weiteres für den Normanwender bindend.

<sup>146</sup> *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 160; *Rehfeldt/Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. Aufl. 1991, S. 103; *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 48 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 123 f.; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 184; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 84 ff.; s. auch *Roth*, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 46; *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 415 f.; vgl. auch zum dinglichen Anspruch *Kirchgeßner*, Abwehr und Ausgleich von Eigentumsstörungen unter Nachbarn, 2018, S. 539, die aber gleichwohl tendenziell an der Identitätshypothese hinsichtlich des obligatorischen Anspruchs und der Forderung festhält, zweifelnd aber auf S. 540.

<sup>147</sup> S. zum Begriff der „Gesetzesmaterialien“ *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 51 ff.; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 25 ff.

<sup>148</sup> Zu den Voraussetzungen einer Zurechnung von Äußerungen in den Gesetzesmaterialien an den „Gesetzgeber“ s. *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 202 ff.; von *Landenberg-Roberg/Sehl*, RW 6 (2015), 135, 140 ff., 161 ff.; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957, 964 f.

<sup>149</sup> S. zur Ermittlung und Bedeutung des „Willens des Gesetzgebers“ eingehend und m.w.N. zu den vertretenen objektiven und subjektiven Theorien etwa *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 2013, S. 369 ff.; *Fleischer*, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, 1, 5 ff.; *Gropp*, Die Rechtsfortbildung contra Legem, 1974, S. 73 ff.; *Lorz*, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 87, 91 ff.; s. auch *Baldus*, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 6, 19 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 173 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 149 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, S. 172 f.; s. aus historischer Perspektive *Thiessen*, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, 45, 52 ff.

<sup>150</sup> *Baldus*, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 6, 26; *Baldus*, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 75, 77; *Schneider*, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 111, 119 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 2013, S. 380 ff.; *Gropp*, Die Rechtsfortbildung contra Legem, 1974, S. 78; vgl. auch *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 169 ff., 213.

*c) Der schuldrechtliche Anspruch als Sanktion der Verletzung einer Forderung*

Den dargestellten Bedenken lässt sich durch das Verständnis des Anspruchs als Schutzrecht eines ihm zugrundeliegenden Substanzrechts begegnen.<sup>151</sup> Eine solche Konzeption hat zudem den Vorteil, dass sie sich in das Privatrechtssystem der Rechtszuweisung zwanglos einfügt. In terminologischer Hinsicht bietet es sich an, die Rechtsposition der Obligation mit dem Begriff der Forderung zu beschreiben.<sup>152</sup> Der obligatorische Anspruch schützt danach eine von ihm zu unterscheidende Forderung.<sup>153</sup>

aa) Der schuldrechtliche Anspruch als Schutzrecht der Forderung

Die Forderung stellt – insoweit wie ein absolutes Recht – die Zuweisung einer Rechtsposition an ein Rechtssubjekt dar. Das relative Recht unterscheidet sich vom

<sup>151</sup> So auch *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1906, § 57, S. 177 f.; *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 15 II, S. 242 („Der Anspruch ist der Kern der Forderung, [...] aber nicht der ganze Inhalt der Forderung“); *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 412 ff.; *Funcke*, Die sogenannte actio quasinegatoria, 2010, S. 136; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 184; *Thomale*, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), 920, 928 f.; *Thomale*, JuS 2010, 857, 859 Fn. 11; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 92 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 128 ff.; *Hoffmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 122 („Unter einem Anspruch wird hier das *Recht* verstanden, ein dem Anspruch vorausliegendes *Stammrecht* auf eine bestimmte Art und Weise zu verwirklichen.“ [Hervorhebung im Original]); *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 162; ebenso mit umgekehrter Terminologie *Welker*, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung? Kritisches zu § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, 1974, S. 43; tendenziell wohl auch *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, S. 60; vgl. auch *Kramme*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 241 Rn. 22; ablehnend *Geiger-Wieske*, Dinglichkeit und Pflicht, 2024, S. 152 f.

<sup>152</sup> *Kohler*, ArchBürgR 21, 259, 268; *Neumann*, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, 1989, S. 41 f.; *Rehfeldt/Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. Aufl. 1991, S. 102 f.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 129; *Thomale*, AcP 212 (2012), 920, 930; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 184; s. auch *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 40; vgl. zur Terminologie auch *J. Schmidt*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1983, Vor §§ 241 ff. Rn. 79, der insoweit den Begriff des „Schuldverhältnisses“ vorzieht, da der Begriff der „Forderung“ nach einem verbreiteten Sprachgebrauch die Stellung des Gläubigers in dem Rechtsverhältnis benenne; vgl. insoweit nur *Enneccerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Abt. 2, 18.–22. Aufl. 1923, § 225, S. 2; *Arndts*, Pandekten, 11. Aufl. 1883, § 201, S. 363.

<sup>153</sup> Für eine begriffliche Trennung von Forderung und Anspruch auch *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 40; *Meesmann*, Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf, 1969, S. 118; *Rehfeldt/Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. Aufl. 1991, S. 102; *Hoffmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 156 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 128 ff.; zwischen obligatorischem Recht und Anspruch unterscheidet *Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 52, S. 215.

absoluten Recht nicht hinsichtlich seines Wirkungsinhalts, sondern lediglich in Bezug auf seinen Wirkungskreis.<sup>154</sup> Die Zuweisung ist nicht von jedermann, sondern nur von dem obligatorisch dazu Verpflichteten zu beachten.

Die Forderung ist als Substanzrecht Ausdruck der Zuordnungsentscheidung und fungiert als Bezugsobjekt der Erfüllung nach §§ 362 ff. BGB und Rechtsgrund im Sinne der §§ 812 ff. BGB.<sup>155</sup> Sie kann als Herrschaftsrecht über die Leistungs-handlung des Schuldners umschrieben werden.<sup>156</sup>

### bb) Die Rechtsverletzung als notwendiges Strukturelement

Der obligatorische Anspruch stellt als Schutzrecht der Forderung eine Sanktion für eine eingetretene oder drohende Rechtsverletzung im konkreten Fall dar.<sup>157</sup> Die Rechtsverletzung ist in dem Abweichen von dem geschuldeten Pflichtenprogramm zu sehen.<sup>158</sup> Sie bezieht sich damit auf die „Einforderungsbefugnis“, die die Forderung ihrem Inhaber neben weiteren Einzelbefugnissen<sup>159</sup> vermittelt.<sup>160</sup>

Danach ist der schuldrechtliche Erfüllungsanspruch ebenso wie beispielsweise ein dinglicher<sup>161</sup> Herausgabeanspruch oder ein Unterlassungsanspruch die materiellrechtliche Sanktion einer (drohenden) Rechtsverletzung<sup>162</sup> und bildet die Grundlage für eine Klage (Subjektives Recht – Rechtsverletzung – Anspruch – Klage).

---

<sup>154</sup> *Hüftle*, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 71.

<sup>155</sup> *Thomale*, AcP 212 (2012), 920, 928 f.

<sup>156</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 96 ff., 104; s. dazu näher unten S. 112 f.

<sup>157</sup> *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 162; *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, 1965, 130 f., 153 f.; *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 1896, § 47, S. 224; *Braun*, AcP 205 (2005), 127, 137 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 128 f.; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 92 ff.; *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 62 ff.; *Huber*, JZ 1974, 433, 440 re. Sp.; *Huber*, FS Caemmerer (1978), S. 837, 846 f.; *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 329 ff.; *Korth*, Minderung beim Kauf, 2010, S. 53 f. Fn. 197; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 228; *Meesmann*, Regelungsvorbehalt und Rechtsbeihilfe, 1969, S. 119; *Neuner*, AcP 133 (1931), 277, 291 Fn. 51; *Picker*, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1030 Fn. 79; *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 446, 483; *Schwerdtner*, Verzug im Sachenrecht, S. 82; *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 67 ff., S. 63 ff.; *Thomale*, Jus 2010, 857, 859 Fn. 11; *Janich*, Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwärtigkeit, 2023, S. 82; a.A.: *Regelsberger*, Pandekten Bd. 1, 1893, § 52, S. 216 f.

<sup>158</sup> *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, 1965, S. 130 f.; *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 414 f.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 129.

<sup>159</sup> S. näher dazu unten S. 119 ff.

<sup>160</sup> *J. Schmidt*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1983, Vor §§ 241 ff. Rn. 87; *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 415.

<sup>161</sup> Vgl. dazu etwa *Busche*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 413 Rn. 7.

<sup>162</sup> *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 415; a.A.: *Regelsberger*, Pandekten Bd. 1, 1893, § 52, S. 217.

### **III. Die Forderung als Herrschaftsrecht über die Leistungshandlung des Schuldners**

Zuordnungsobjekt der Forderung ist nach nicht unumstrittener, aber überzeugender Ansicht die Leistungshandlung des Schuldners.<sup>163</sup> Der Schuldner gewährt dem Gläubiger einen Teil seiner allgemeinen Freiheit, indem er sich zu der Erbringung der Leistung verpflichtet.

Diesem Verständnis wird entgegengehalten, es widerspreche der „Idee der unaufliebaren Rechtspersönlichkeit eines jeden Menschen“.<sup>164</sup> Die rechtliche Erzwingbarkeit einer Schuld sei lediglich Ausdruck der Herrschaft des Rechts im objektiven Sinne über den Schuldner, nicht aber Ausfluss der entsprechenden Berechtigung des Gläubigers.<sup>165</sup> Larenz erachtet die Forderung nicht als Herrschaftsrecht, sondern als „eine zur Disposition des Gläubigers gestellte rechtliche Sollensanforderung an den Schuldner, die sich auf eine dem Gläubiger zu erbringende Leistung richtet, [...] das Recht des Gläubigers darauf, die Leistung von dem Schuldner zu bekommen und sie, wenn er sie erhalten hat [...] auch zu behalten“.<sup>166</sup> Die Annahme eines Herrschaftsrecht über die Person des Schuldners widerstreite dagegen den Prinzipien der Freiheit und Gleichberechtigung, die das Fundament des Schuldrechts darstellten.<sup>167</sup> Auch als Herrschaftsrecht über die Leistungshandlung des Schuldners könne die Forderung nicht verstanden werden, da die Leistungs-

---

<sup>163</sup> Vgl. in diesem Sinne schon die Pandekistik: *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2.1, 2. Aufl. 1879, § 208, S. 4 ff.; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, § 53, S. 339; *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1851, § 2, S. 4 ff.; *Arndts*, Pandekten, 11. Aufl. 1883, § 202, S. 364; *Baron*, Pandekten, 9. Aufl. 1896, § 208 I, S. 362 („das Object [...] der Obligation ist eine Person [...] die Obligation ist eine Beschränkung der Freiheit (Haftung) des Schuldners, da dieser vor Entstehung der Obligation sich vollständig frei bewegen konnte, nach Entstehung der Obligation aber zu einer Leistung oder Unterlassung gebunden (obligatus) ist: er hafft auf Erfüllung der Obligation.“); *Puchta/Schirmer*, Pandekten, 12. Aufl. 1877, § 219, S. 334; s. aus jüngerer Zeit etwa *Oermann*, AcP 123 (1925), 129, 146 ff.; von *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 6 II, S. 140; *Brecher*, FS Schmidt-Rimpler (1957), S. 181, 221 f.; *Dulckiet*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 60; *Enneccerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Abt. 2, 18.–22. Aufl. 1923, § 225 II 3, S. 5; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 98 ff.; *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 24 ff.; Herrschaftsrecht über den schuldnerischen Willen; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 169, 183.

<sup>164</sup> *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 I 4, S. 33; ablehnend auch *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 2 II, S. 15 ff.; *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, S. 11 ff.; *Raiser*, JZ 1961, 465, 470; *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, 1965, S. 115 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 29, S. 239; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 51; anders auch *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 100 f.

<sup>165</sup> *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 I 4, S. 33.

<sup>166</sup> *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 2 II, S. 18.

<sup>167</sup> *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 2 II, S. 16. Zu dieser Erkenntnis gelangte *Larenz* freilich erst nach 1945.

handlung eine „unmittelbare Äußerung der Persönlichkeit“ des Schuldners sei und nicht von dieser getrennt oder „verdinglicht“ werden könne.<sup>168</sup>

Die Kritik entzündet sich vor allem an dem Gedanken einer Subordination des Schuldners bzw. einer Herrschaft des Gläubigers über den Schuldner. Allein auf diese Weise lässt sich aber die Natur des Forderungsrechts erfassen. Dieses ist natural zu erfüllen und seine Erfüllung entsprechend erzwingbar. Ein Abstellen auf eine rein rechtliche Leistungspflicht stufte das Forderungsrecht zu einer reinen Vermögenshaftung herab.<sup>169</sup> Die Forderung bewirkt jedoch eine Begrenzung der Freiheit des Schuldners und zugleich eine Mehrung der Freiheit des Gläubigers. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es sich lediglich um eine Herrschaft des objektiven Rechts gegenüber dem Schuldner handele. Denn die Gewährung von Rechtsschutz durch das objektive Recht erfolgt nicht zum Selbstzweck, sondern – entsprechend der Funktion der Privatrechtsordnung als System der Rechtszuweisung – zur Absicherung und Durchsetzung der Zuweisungsentscheidung und damit ausschließlich im Interesse des Gläubigers.<sup>170</sup> Zudem bleibt es der freien Entscheidung des Gläubigers überlassen, ob er den Rechtsschutz geltend macht und zwangswise sein Recht unter Anrufung der zuständigen staatlichen Organe durchsetzt.<sup>171</sup>

## IV. Verhältnis zwischen Pflicht und Recht

Eine Betrachtung verdient vor dem Hintergrund des § 1940 BGB auch das Verhältnis zwischen Pflicht und Recht im Privatrecht. Üblicherweise werden diese Begriffe als „Korrespondenzbegriffe“<sup>172</sup> und damit als zwei Seiten derselben Medaille verstanden.<sup>173</sup> Welcher Perspektive dabei der Vorrang einzuräumen ist, wird unterschiedlich bewertet. Nach einer Ansicht bildet die Pflicht die Grundlage der Rechtsordnung,<sup>174</sup> die nunmehr wohl herrschende Gegenansicht legt den Fokus auf das Recht und damit die Gläubigerperspektive.<sup>175</sup>

---

<sup>168</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 2 II, S. 16.

<sup>169</sup> Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 26 Fn. 18; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 98. Die Nichterfüllung der Pflicht aus einem Schuldverhältnis hat nicht ausschließlich eine Schadensersatzpflicht des Schuldners zur Folge, vielmehr sieht das deutsche Recht im Grundsatz die Naturalerfüllung und die Realkondemnation vor. Dieser Struktur stehen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht entgegen, s. dazu etwa Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 429 ff.; Weller, Persönliche Leistungen, 2012, S. 216 ff.

<sup>170</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 98 f.

<sup>171</sup> Vgl. Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 99.

<sup>172</sup> Vgl. den Titel des Aufsatzes von Bruns, FS Nipperdey (1965), S. 3.

<sup>173</sup> S. zur Korrespondenztheorie Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 223 ff. m. w. N.

<sup>174</sup> Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 234; Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, S. 24; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, 1903, S. 73 ff., 94.

Nahezu allgemein anerkannt ist, dass jedem privatrechtlichen Recht eine Pflicht entspricht.<sup>176</sup> Der umgekehrte Satz, dass jeder privatrechtlichen Pflicht ein Recht korrespondiert,<sup>177</sup> wird hingegen nicht einmütig geteilt.<sup>178</sup>

Verbreitet werden als vermeintlicher Beweis des Gegenteils Pflichten des öffentlichen Rechts herangezogen.<sup>179</sup> Dem öffentlichen Recht liegen jedoch andere Prinzipien zugrunde als dem Privatrecht. Aus Pflichten gegenüber dem Staate, der

<sup>175</sup> *Medicus*, AcP 174 (1974), 313, 322; *Braun*, AcP 205 (2005), 127, 132 f.; *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 586; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 365; s. auch *Schapp*, JuS 1992, 537, 539; *Kim*, Das dingliche Schuldverhältnis, 2022, S. 36.

<sup>176</sup> *Brunn*, FS Nipperdey (1965), S. 3; *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 156; *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 359 m. w.N.; *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 4 I, S. 93; *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 1896, § 18, S. 85 („Eine rechtliche Befugniß kann nicht gedacht werden, ohne eine ihr entsprechende Verpflichtung“); *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 598; *Adomeit*, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, 1969, S. 28; a. A. (einschränkend): *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 371 f.: „[kein] Anspruch ohne Pflicht“ [Hervorhebung nicht im Original]; *Schreiber*, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1914, S. 22 f.; eine Ausnahme bilden Gestaltungsrechte, vgl. *Aliprandis*, RTh 2 (1971), 129, 131, der den Begriff der „Unterwerfung“ als Korrelat zum Recht vorschlägt, *Aliprandis*, RTh 2 (1971), 129, 134; vgl. auch *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 85 ff.

<sup>177</sup> So *Eltzbacher*, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. 1, 1903, S. 50 ff.; *Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 108 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 35 ff., 147 („Jeder privatnützigen Pflicht entspricht in einer Rechtszuweisungsordnung ein Substanzrecht.“); *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969, S. 47 f.; *Hüftle*, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 71, 76; *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 255; *Merkel*, GrünhutsZ 6 (1879), 367, 371 f., 387; *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 359; *Wallaschek*, Studien zur Rechtsphilosophie, 1889, S. 94; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1887, § 287 Fn. 6, S. 122; *Hartmann*, Die Obligation, 1875, S. 161 zur Obligation („Dem Soll des Schuldners entspricht als begrifflich nothwendiges Gegenstück eine stärkere oder schwächere rechtliche Macht des Gläubigers, welche in ihrer Richtung auf den gegebenen Zweck das Forderungsrecht ausmacht.“).

<sup>178</sup> Dagegen *Braun*, AcP 205 (2005), 127, 133; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 367 ff.; *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 598; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8 mit dem Beispiel der Auflage als Rechtspflicht, der kein subjektives Recht gegenübersteht; *Ost*, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts (1965), S. 54 Fn. 30; *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 4 I 2, S. 96 (keine „begriffliche Unmöglichkeit einer Verpflichtung ohne gegenüberstehendes Recht dessen, an den die Erfüllung zu erfolgen hat“); *Neumann*, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, 1989, S. 136.

<sup>179</sup> So *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1, 15. Aufl. 1959, § 74 II, S. 444 hinsichtlich Pflichten des Staates, denen kein Berechtigter gegenübersteht wie die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Instandhaltung der öffentlichen Straßen und Wege sowie dem Schutz des Staatsgebiets; *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 598 hinsichtlich des Fehlens eines allgemeinen Normbefolgsanspruchs des Bürgers gegen den Staat und Pflichten des Staates, denen kein klagbares subjektives öffentliches Recht gegenübersteht; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 368 f.: Straßenverkehrspflichten und Lauterkeitsrecht neben anderen Beispielen.

die Allgemeinheit abbildet, lassen sich daher kaum Rückschlüsse über die Struktur privatrechtlicher Pflichten ableiten.<sup>180</sup> Dies gilt sowohl für Pflichten des Staates, denen keine Berechtigung einzelner Bürger entspricht, als auch für öffentlich-rechtliche Pflichten des Bürgers, z.B. Straßenverkehrspflichten.<sup>181</sup> Öffentlich-rechtliche Pflichten dienen, soweit sie keinen Individualbezug aufweisen, dem Interesse der Allgemeinheit, ihnen kann daher keine korrespondierende Rechtsposition zugeordnet werden. Privatrechtliche Pflichten stehen dagegen stets in Bezug zu einem anderen Privatrechtssubjekt. Sie modifizieren oder statuieren eine diesem Privatrechtssubjekt zugewiesene Rechtsposition. Konstruiert die Rechtsordnung eine solche Rechtsposition nicht mittels ihrer konkreten Umschreibung, sondern durch Festlegung entsprechender Pflichten, kann dies Ausdruck des Bedürfnisses sprachlicher Einfachheit oder anschaulicher Darstellung sein.<sup>182</sup> Ob diese Rechtsposition zwangsläufig durchsetzbar ist, ist für das grundsätzliche Bestehen der Recht-Pflicht-Korrespondenz ohne Bedeutung.

Die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift begründet nicht ohne Weiteres einen privatrechtlichen Anspruch. Eine öffentlich-rechtliche Vorschrift kann allerdings eine subjektive Rechtsposition verleihen, wenn ihr ein individual-schützender Charakter zukommt. Ein solches Schutzgesetz weist einem Privatrechtssubjekt eine Rechtsposition zu bzw. modifiziert eine solche.<sup>183</sup> Hinter einem entsprechenden Anspruch steht daher nicht die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Vorschrift, sondern der Eingriff in die durch diese Vorschrift geschaffene oder modifizierte privatrechtliche Rechtsposition.

Nach Vertretern der die Existenz einer Recht-Pflicht-Korrespondenz bezweifelnden Ansicht lassen sich aber auch im Privatrecht Beispiele einer Pflicht ohne korrespondierendes Recht finden. So wird verbreitet auf den unechten Vertrag zugunsten Dritter abgestellt. Hier entspreche der Pflicht zur Leistung nicht zwingend ein Recht auf die Leistung des Leistungsempfängers.<sup>184</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass beim unechten Vertrag zugunsten Dritter zwar dem Zuwendungsempfänger tatsächlich kein Recht auf die Leistung zusteht, mit der Leistungspflicht jedoch ein entsprechendes Recht des Versprechensempfängers korrespondiert.<sup>185</sup> Es besteht lediglich eine Diskrepanz zwischen der Empfangsberechtigung an der Zu-

---

<sup>180</sup> *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969, S. 53.

<sup>181</sup> Pflichten im Straßenverkehr führen beispielsweise *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 17 Rn. 44 („Pflichten, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienen“) und *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 369 an.

<sup>182</sup> *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 191 f.

<sup>183</sup> *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 195; vgl. auch *Picker*, FS Schilken (2015), S. 85, 94 ff.

<sup>184</sup> *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 4 I 2, S. 96 Fn. 12; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 369.

<sup>185</sup> So auch *Hüfle*, Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft, 2008, S. 71 Fn. 84.

wendung und der Inhaberschaft des Rechts. Diese Rechtsfigur schließt eine Recht-Pflicht-Korrespondenz somit nicht aus.

Schwerer wiegt auf den ersten Blick dagegen der Einwand, zivilrechtliche Verkehrspflichten seien der Beleg für Pflichten, denen keine Rechte gegenüberstehen.<sup>186</sup> Allerdings bestehen auch Verkehrs- und Sorgfaltspflichten nicht isoliert um ihrer selbst willen, sondern dienen dem Schutz der Rechte und Rechtsgüter anderer Rechtssubjekte. Zu diesen sind sie stets in Bezug zu setzen. Wendelstein hat jüngst den Nachweis erbracht, dass zivilrechtlichen Verkehrspflichten die Funktion zu kommt, situativ-handlungsspezifisch oder gefährdungsspezifisch den Inhalt und Umfang eines subjektiven Rechts zu bestimmen.<sup>187</sup> Verkehrspflichten modifizieren damit Inhalt und Umfang eines subjektiven Rechts oder statuieren eigenständig ein subjektives Recht.

Danach setzen auch Verkehrspflichten die konkrete Gefährdung einer Rechtsposition voraus.<sup>188</sup> Auch der historische Gesetzgeber war dieser Auffassung. So führt er zur Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen das Folgende aus:

„Die Rechtskreise seien aber auch noch in der Weise von einander abgegrenzt, daß das Gesetz dem Einen im Interesse eines Anderen gewisse Pflichten auferlege, ihm ein bestimmtes Verhalten gebiete oder verbiete. Dabei könnten jedoch nur solche Gebote und Verbote in Betracht kommen, welche darauf abzielen, die Interessen des Einen vor der Beeinträchtigung durch den Anderen zu bewahren, nicht dagegen die im Interesse der Gesamtheit auferlegten gesetzlichen Pflichten, welche, weil sie den Interessen Aller förderlich seien, auch jedem irgendwie Beihilfen zu Gute kämen.“<sup>189</sup>

Hieraus lässt sich zum einen schließen, dass durch die Statuierung von Pflichten „Rechtskreise“ der Privatrechtssubjekte inhaltlich modifiziert werden können. Zum anderen ist dieser Äußerung die Unbeachtlichkeit öffentlich-rechtlicher Normen, die ausschließlich dem Interesse der Allgemeinheit dienen, für die Recht-Pflicht-Korrespondenz im Privatrecht zu entnehmen.

Eine Reihe weiterer Rechtsfiguren, die als Beleg gegen eine Recht-Pflicht-Korrespondenz dienen sollen, da sie Pflichten ohne entsprechende Rechte begründeten, führt etwa Hofmann an.<sup>190</sup> Die Naturalobligation begründe Leistungspflichten, auf deren Erfüllung kein durchsetzbarer Anspruch bestehe.<sup>191</sup> Richtigerweise entspricht der Leistungspflicht des Schuldners einer Naturalobligation das Recht eines anderen auf die Leistung, das lediglich nicht zwangsweise durchsetzbar ist.<sup>192</sup>

<sup>186</sup> Münzberg, JZ 1967, 689, 692; Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 368 f.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 78a, S. 43.

<sup>187</sup> Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 198 ff.

<sup>188</sup> Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 228 ff. und 246 ff.

<sup>189</sup> Mugdan, Bd. II, S. 1073.

<sup>190</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 367 ff.

<sup>191</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 367 ff.

<sup>192</sup> S. ausführlich Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 405 ff. et passim.

Darüber hinaus führt Hofmann „sonstige vertragliche Verhaltenspflichten“ an, gemeint sind damit vertragliche Nebenleistungspflichten und vertragliche Schutzpflichten hinsichtlich des Integritätsinteresses der anderen Vertragspartei.<sup>193</sup> Dass solche vertraglichen Nebenpflichten nicht klagbar sind, wird sich nicht allgemein sagen lassen, wie auch Hofmann selbst an anderer Stelle einräumt.<sup>194</sup> Dem Grundsatz nach ist eher davon auszugehen, dass auch Nebenpflichten einklagbar sind.<sup>195</sup> Die Frage nach der Einklagbarkeit ist jedoch nicht entscheidend, da sie nicht zwingender Bestandteil eines Rechts ist. Soweit die Einklagbarkeit anerkannt ist, ist das Bestehen eines Rechts nicht zu erkennen. Sollte die Klagbarkeit aus bestimmten Gründen ausgeschlossen sein, kann dagegen spätestens aus der Schadensersatzpflicht, die aus der Verletzung der Nebenpflicht resultiert, die Existenz eines subjektiven Rechts, dessen Verletzung der Schadensersatzpflicht zugrunde liegt, geschlossen werden.

Aus der notwendigen Differenzierung zwischen Anspruch und Forderung ergibt sich auch, warum § 275 Abs. 1 BGB nicht als Argument gegen die Recht-Pflicht-Korrespondenz fruchtbar gemacht werden kann.<sup>196</sup> Folgt man der Ansicht, dass § 275 Abs. 1 BGB bei Unmöglichkeit der Leistung lediglich den *Leistungsanspruch* ausschließe, aber nicht den Untergang der Forderung als schuldrechtliches Substanzrecht bewirke,<sup>197</sup> lässt sich das Weiterbestehen eines Pflichtenprogramms (vgl. § 275 Abs. 4 BGB), mit dem ein Recht korrespondiert, trotz Untergang des Erfüllungsanspruchs zwanglos erklären. Verbreitet wird jedoch zumindest implizit davon ausgegangen, dass § 275 Abs. 1 BGB entgegen seinem Wortlaut die Rechtsposition ihrem Bestande nach aufhebe und die Forderung (das Substanzrecht) mithin untergehe.<sup>198</sup> Vom Standpunkt der herrschenden Meinung, die den obligatorischen Anspruch mit der Forderung gleichsetzt, erscheint dieser Schluss auch zwingend. Dieses Verständnis ist der Diskussion um die Pflichtverletzung im Sinne des § 283 BGB zu entnehmen. Da § 275 Abs. 1 BGB die Leistungspflicht aufhebe, könne die Nichtleistung keine Pflichtverletzung mehr darstellen. Auch wenn man mit dieser verbreiteten Ansicht davon ausgeht, dass § 275 Abs. 1 BGB die Aufhebung der Leistungspflicht und den Wegfall der Forderung bewirkt, bedeutet dies nicht, dass hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs eine Pflicht ohne Recht begründet wäre. Dann stellt die Nichterbringung der geschuldeten Leistung infolge eines Leistungshindernisses die Pflichtverletzung dar.

<sup>193</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 367; ebenso von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 4 III, S. 98.

<sup>194</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 277.

<sup>195</sup> Martens, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 241 Rn. 21; s. auch Kramme, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 241 Rn. 24 zu Schutzpflichten; differenzierend und mit weiteren Nachweisen Olzen, in: Staudinger, BGB, 2024, § 241 Rn. 554 ff. und Geiger-Wieske, Dinglichkeit und Pflicht, 2024, S. 205.

<sup>196</sup> So aber Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 367.

<sup>197</sup> So Huber, AcP 210 (2010), 319, 334; Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 81; Lorenz, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 283 Rn. 2.

<sup>198</sup> Vgl. dazu Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 134 Fn. 367.

Auch das Verlöbnis begründe eine Pflicht zur Eingehung der Ehe, ohne dass dem ein durchsetzbarer Anspruch gegenüberstehe.<sup>199</sup> Wie bereits erläutert, sagt der Umstand, ob einer Pflicht ein durchsetzbarer Anspruch entspricht, nichts über das Bestehen einer Recht-Pflicht-Korrespondenz aus. Das Bestehen eines durchsetzbaren Anspruchs ist nach hier vertretener Auffassung nicht Voraussetzung eines Rechts.

An dieser Stelle können nicht alle zivilrechtlichen Rechtsinstitute untersucht werden, denen möglicherweise keine Recht-Pflicht-Korrespondenz zugrunde liegt. Der Darstellung der ausgewählten, scheinbar gegen die Recht-Pflicht-Korrespondenz sprechenden Rechtsinstitute, die regelmäßig angeführt werden, lässt sich jedoch entnehmen, dass die Verneinung einer privatrechtlichen Recht-Pflicht-Korrespondenz häufig auf der verfehlten Gleichsetzung von Anspruch und Forderung beruht. Setzt man den Erfüllungsanspruch mit dem hinter ihm stehenden Substanzrecht gleich, ist es nur konsequent, aus der unbestrittenen Existenz von Pflichten, die rechtlich nicht erzwungen werden können, zu schließen, dass die privatrechtliche Pflicht nicht zwingend mit einem Recht korrespondiert. Versteht man das Forderungsrecht jedoch richtigerweise als ein von einem Klagerrecht unabhängiges Substanzrecht, lässt sich aus dem Fehlen eines rechtsverwirklichenden Schutzrechts in Form eines Erfüllungsanspruchs kein entsprechender Rückschluss ziehen.<sup>200</sup>

Letztlich ist die Recht-Pflicht-Korrespondenz lediglich Ausdruck der dargestellten Grundlagen des Privatrechtssystems. Die Konstruktion der Privatrechtsordnung als Zuweisungssystem begründet die Notwendigkeit einer Recht-Pflicht-Korrespondenz. Die Pflicht eines Rechtssubjekts ohne eine Zuweisung eines dieser Pflicht korrespondierenden Rechts an ein anderes Privatrechtssubjekt wäre mit der Funktion der Privatrechtsordnung als Zuweisungssystem nicht in Einklang zu bringen. Die Beschränkung des Rechtskreises eines Subjekts durch Auferlegung einer privatrechtlichen Pflicht ist in einem Zuweisungssystem nur gerechtfertigt, wenn mit dieser Beschränkung die Zuweisung eines Rechts und damit die Erweiterung des Rechtskreises eines anderen einhergeht. Pflichten, die ohne jeglichen Individualbezug ausschließlich der Allgemeinheit dienen, sind dem öffentlichen

<sup>199</sup> So die traditionelle Auffassung, s. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 8 III 1 Rn. 21, S. 61; *Siede*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, Vor § 1297 Rn. 3; *Budzikiewicz*, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 1297 Rn. 1; *Kroll-Ludwigs*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, Vor § 1297 Rn. 15; s. auch *Roth*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1297 Rn. 17; ablehnend in Hinblick auf die negative Eheschließungsfreiheit aber eine sich im Vordringen befindliche Ansicht, vgl. etwa *Hahn*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1297 Rn. 6; *Voppel*, in: Staudinger, BGB, 2023, Vor § 1297 Rn. 52 f., 66.

<sup>200</sup> Vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 167 f. und Fn. 33; *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, S. 236 („Unrichtig ist nur, [...] etwa aus der möglichen Tatsache, daß das Landesrecht den subjektiven Rechten keinen oder nur einen unzulänglichen Schutz zuteil werden läßt, auf die Nichtexistenz dieser Rechte überhaupt schließen zu wollen“).

Recht zuzuordnen und können nicht zum Verständnis der privatrechtlichen Pflichtenstruktur herangezogen werden.

## V. Rechtliche Struktur der Forderung

Das subjektive Recht, nach der hier genutzten Terminologie das Substanzrecht, der Forderung wird zurückgehend auf von Tuhr üblicherweise als ein Komplex von Einzelbefugnissen verstanden.<sup>201</sup> Uneinheitlich wird indes bewertet, ob sich das Substanzrecht in der Summe seiner Einzelbefugnisse erschöpft<sup>202</sup> oder ob ihm eine selbstständige Existenz und Bedeutung, die über die Summe dieser Einzelbefugnisse hinausgeht, zukommt.<sup>203</sup> Mit anderen Worten: Es stellt sich die Frage, ob der Begriff des Substanzrechts nominalbegrifflich oder realbegrifflich zu verstehen ist.

Dessen ungeachtet sind die Einzelbefugnisse, die Ausfluss einer Forderung sind, zu bestimmen. Üblicherweise werden diese untergliedert in Rechtspositionen oder Wertpositionen, die das *Gebühren* ausdrücken, und Rechtsbehelfe, die dem Aspekt des *Durchsetzens* zuzuordnen sind.<sup>204</sup> Da der Begriff der Rechtsposition vieldeutig ist, soll hier der Begriff der Wertposition genutzt werden.

Die Wertpositionen einer Forderung bestehen danach im Behaltensrecht an der empfangenen Leistung,<sup>205</sup> dem Verfügungsrecht über die Forderung (Erlass, Ver-

<sup>201</sup> von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 6 II, S. 140 ff.; J. Schmidt, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 263; J. Schmidt, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, Vor §§ 241 ff. Rn. 83 ff.; anders Wieser, JR 1967, 321, 324, nach dem die Forderung allein aus „Anrecht“ und „Zuständigkeit“ besteht, s. dazu näher unten S. 148 f.

<sup>202</sup> So das Verständnis J. Schmidts des subjektiven Rechts als „Bündel“ von Einzelbefugnissen, s. J. Schmidt, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 270 ff.; kritisch Olzen, in: Staudinger, BGB, 2024, § 241 Rn. 114.

<sup>203</sup> Vgl. schon Windscheid, Pandekten, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 167 Fn. 2: „In früheren Ausgaben ist gesagt worden, das Eigenthum sei nicht die Summe der an einer Sache denkbaren Befugnisse, sondern ihre Einheit, d.h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein habe (§ 1 Note 1, § 42 Note 2, § 57 Note 2, § 137 Note 4), so sei auch das Eigenthum ein anderes Recht als diese Befugnisse. Dieß ist ganz richtig; nur ist dabei vor dem Mißverständniß zu warnen, als seien die Eigenthumsbefugnisse das Prius und das Eigenthum das Posterius. Man darf bei der Bestimmung des Begriffs des Eigenthums von den einzelnen in ihm enthaltenen Befugnissen auch nicht ausgehen. Das Eigenthum entsteht nicht durch die Zusammenfassung einer Mehrheit von Befugnissen zu einer Einheit, sondern es sind umgekehrt die einzelnen Eigenthumsverhältnisse nur kraft des Eigenthums da.“; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 14, S. 76 f.

<sup>204</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 107; Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 45 f.; Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 463.

<sup>205</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 56 f.; Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 46; J. Schmidt, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, Vor §§ 241 ff. Rn. 93 ff.; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 103; Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 399; Anders, Die Pflicht-

pfändbarkeit, Abtretung),<sup>206</sup> und der Nutzbarkeit der Forderung als Grundlage zur Verwertung von Sicherheiten (Pfändung).<sup>207</sup> Hinzu tritt die Einforderungsbefugnis.<sup>208</sup> Es handelt sich dabei um Befugnisse, die allein dem Substanzrecht zuzuordnen sind, nicht dagegen dem Anspruch.<sup>209</sup>

Die Rechtsbehelfe lassen sich wiederum in außergerichtliche und gerichtliche unterteilen.<sup>210</sup> Ein außergerichtlicher Rechtsbehelf ist das Verlangenkönnen der Leistung durch kommunikatives Auffordern, Behaupten und Erinnern. Diese Befugnis des Verlangenkönnens wird teilweise auch als Dimension der Einforderungsbefugnis verstanden.<sup>211</sup> Ebenso gehören die Selbsthilferechte (Selbsthilfe, Mahnung und Aufrechnung) zu den außergerichtlichen Rechtsbehelfen.<sup>212</sup> Gerichtliche Rechtsbehelfe sind das Klagerecht und das Vollstreckungsrecht.<sup>213</sup> Auch die Erhebung einer Einrede dient der verteidigungsweisen Durchsetzung der Rechtsposition.<sup>214</sup>

---

verletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, 2001, S. 149 Fn. 17; insoweit ablehnend Wieser, JR 1967, 321, 322, nach dem sich aus dem Erlöschen der Forderung infolge der Erfüllung gem. § 362 BGB ergibt, dass das Behaltensrecht nicht Bestandteil der Forderung sein kann und neben ihr steht.

<sup>206</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 58 ff.; J. Schmidt, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, Vor §§ 241 ff. Rn. 100; Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 46; Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 399; Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 463; Hoffmann spricht insoweit präziser von der Fungibilität eines Substanzrechts, da die Verfügungsbefugnis über eine Rechtsposition nicht die Rechtsposition selbst, sondern die Rechtsordnung verleihe, Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 104; weitergehend schon Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 335 ff. (die Befugnis, über ein Recht zu verfügen, sei nicht Inhalt dieses Rechts) und Wieser, JR 1967, 321, 324, der die Verfügungsbefugnis nicht als Bestandteil, sondern als „Zubehör“ der Forderung versteht.

<sup>207</sup> Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 399; Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464.

<sup>208</sup> Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 398; Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464; s. näher zur Einforderungsbefugnis sogleich.

<sup>209</sup> Neumann, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, 1989, S. 41; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 102.

<sup>210</sup> Gegen eine solche Unterscheidung Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464 Fn. 159, da sie für vollstreckbare Urkunden unpassend sei und sich eine Unterscheidung bei einem Verständnis als materiellrechtliche Befugnisse erübrigte.

<sup>211</sup> Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 463 f.; s. näher dazu sogleich.

<sup>212</sup> Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 398 f.

<sup>213</sup> Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 399; vgl. auch Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464.

<sup>214</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 115; Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, 1988, S. 46; dagegen wird die Fähigkeit, als Grundlage von Einreden zu gelten, auch verbreitet als Wertposition verstanden, s. Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 398 f.; Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 19 Rn. 19, S. 226; ablehnend Wieser, JR 1967, 321, 324. Zwar drückt sich insbesondere im Zurückbehaltungsrecht die Zuweisungsfunktion der Forderung an ihren Inhaber aus, aus dem Erfordernis der Fälligkeit des Gegenanspruchs ergibt sich jedoch, dass es sich bei § 273 BGB um

Nach den sogenannten Zwangstheorien muss dagegen eine Herrschaftsbefugnis des Gläubigers zwingend mit rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten verknüpft sein.<sup>215</sup> Eine Herrschaft über eine Leistungshandlung des Schuldners sei ohne entsprechende Sanktionsbefugnisse ausgeschlossen.<sup>216</sup> Dies verkennt jedoch die Rolle der Befugnis zur kommunikativen Einwirkung des Gläubigers auf den Schuldner. Für den Schuldner stellt sich schon die Nichtbefolgung eines solchen Befehls als rechtferdigungsbedürftig dar. Kann er keine rechtlich anerkennenswerten Rechtfertigungsgründe vorbringen, steht er der berechtigten Verhaltensaufforderung des Gläubigers wehrlos gegenüber. Diese Einwirkungsbefugnis stellt eine Herrschaftsmacht dar, auch wenn sie nicht von Zwangsmitteln oder Sanktionsbefugnissen begleitet ist.<sup>217</sup>

Das Kernelement der Forderung ist die bereits erwähnte Einforderungsbefugnis.<sup>218</sup> Unter der Einforderungsbefugnis ist die subjektive Berechtigung zu verstehen, die Erbringung der geschuldeten Leistung von dem Schuldner zu fordern.<sup>219</sup> Sie wird auch als Forderungsberechtigung, Einziehungsbefugnis und Verlangenkönnen umschrieben.<sup>220</sup> Der Einforderungsbefugnis wird in dieser Kategorisierung die Funktion als Bindeglied zwischen Wertpositionen und Rechtsbehelfen zugeschrieben.<sup>221</sup> Danach drückt sie einerseits aus, dass die Leistung dem Forderungsinhaber gebührt. Sie verkörpere insoweit die aus dem Leistungsbefehl resultierende Berechtigung und damit die Herrschaftsstellung des Gläubigers über den Schuldner.<sup>222</sup> Zum anderen verleihe sie die Befugnis, die Leistung durch kommunikatives Einwirken auf den Schuldner einzufordern, das Bestehen des Rechts zu behaupten und den Schuldner an seine Pflicht zu erinnern, mithin das *Verlangenkönnen* der Leistung.

Analytisch ist zwischen diesen beiden der Einforderungsbefugnis zugeschriebenen Dimensionen jedoch zu unterscheiden. Die Befugnis, die Leistung von dem Schuldner durch kommunikatives Einwirken verlangen zu können, ist Ausfluss der

---

einen rechtsverwirklichenden Schutzmechanismus handelt, s. dazu *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 144; vgl. auch *Forster*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2014, § 273 Rn. 3: „mittelbares Zwangsmittel“ zur Durchsetzung der Gegenforderung.

<sup>215</sup> S. ausführlich dazu und m. N. *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 406 ff.

<sup>216</sup> Vgl. etwa *Koller*, in: Joerden/Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, ARSP Beiheft Nr. 93, 2004, S. 93, 94 ff.

<sup>217</sup> *Weinberger*, FS Opalek (1993), S. 435, 444 ff.; *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 26; *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 367 f.

<sup>218</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 399; *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 463 f.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 103; vgl. auch *J. Schmidt*, FS Jahr (1993), S. 401, 415; *J. Schmidt*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1983, Vor §§ 241 ff. Rn. 87: „Einziehungsbefugnis“; *Anders*, Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, 2001, S. 149 Fn. 17.

<sup>219</sup> *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 462.

<sup>220</sup> *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 462.

<sup>221</sup> *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, S. 463 f.

<sup>222</sup> *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 398; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 103.

Einforderungsbefugnis und deren erste aktive Realisationsform. Sie ist jedoch nicht denkbar ohne eine ihr zugrunde liegende materielle Zuweisung der Leistungs-handlung an ihren Inhaber.

Auf dieser letztgenannten Dimension der Einforderungsbefugnis, dem Verlangenkönnen, beruhen sämtliche weiteren Rechtsbehelfe der Forderung. Ohne Einforderungsbefugnis können die Rechtsbehelfe nicht existieren, umgekehrt kann aber eine Einforderungsbefugnis ohne weitere Rechtsbehelfe bestehen.<sup>223</sup> Das *Verlangenkönnen* ist damit auch zwingende Voraussetzung einer jeden Forderung. Denn eine Forderung, verstanden als rechtlicher Leistungsbefehl, kann nur angenommen werden, wenn sie zumindest über diese aktive Realisationsform verfügt.<sup>224</sup> Fehlt es an dieser Dimension der Einforderungsbefugnis, ist also niemand befugt, die Leistungserbringung kommunikativ zu verlangen, ermangelt es an jedem Leistungsbefehl. In Betracht kommt in diesem Fall lediglich das Bestehen eines reinen Erwerbsgrunds, der nicht in einem Leistungsbefehl wurzelt.<sup>225</sup> Die Einforderungsbefugnis ist danach als zentrale Wertposition und das *Verlangenkönnen* als der Oberbegriff der Rechtsbehelfe zu verstehen.<sup>226</sup>

## VI. Fazit und Ausblick

Die Privatrechtsordnung ist nach ihrem tradierten Verständnis, dem auch hier gefolgt wird, ein System der Zuweisung von Rechtspositionen. Die Verwirklichung und den Schutz eines Substanzrechts vermittelt die Privatrechtsordnung, indem sie dem Rechtsinhaber flankierend Schutzinstrumente verleiht. Es ist dementsprechend zwischen der Forderung als Substanzrecht und dem schuldrechtlichen Anspruch als Schutzrecht zu unterscheiden. Die Forderung weist dem Gläubiger das Herrschaftsrecht über die Leistungshandlung des Schuldners zu. Als obligatorisches Recht weist die Forderung dabei dieselben Strukturmerkmale wie ein absolutes Recht auf. Das Entstehen eines schuldrechtlichen Anspruchs setzt danach die Verletzung einer Forderung voraus.

Die Ausgestaltung des Privatrechtssystems und seine Wirkweise sind für das Verständnis der Struktur der Auflage von entscheidender Bedeutung. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie sich die Auflage nach §§ 1940, 2192 ff. BGB in die Privatrechtsordnung einfügt. Dabei sollen zunächst der Vollständigkeit halber die abweichenden Konzeptionen der Privatrechtsordnung zugrunde gelegt werden. Anschließend wird das tradierte Privatrechtsverständnis der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt werden. Aufbauend auf die dargestellten Grundsätze soll eine Einordnung der Auflage nach geltendem Recht in das Privatrechtsgefüge versucht werden.

---

<sup>223</sup> Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 463 f.

<sup>224</sup> Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464.

<sup>225</sup> Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 464 Fn. 158.

<sup>226</sup> Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 463.

## **D. Struktur der Auflage nach abweichenden Privatrechtskonzeptionen**

### **I. Imperativentheorie**

Bei Zugrundelegung der Imperativentheorie scheint auf den ersten Blick eine zwanglose Erfassung der Struktur der Auflage möglich. Da sich die Rechtsordnung nach diesem Konzept ausschließlich aus Imperativen zusammensetzt, stellt sich die Frage nach einer möglichen Berechtigung an der Auflagenleistung nicht. Der Auflagenbeschwerde unterliegt dem Imperativ, die vom Erblasser mit der Auflage angeordnete Leistung zu erbringen. Diesen Imperativ kann der Vollziehungsbefugte mittels des Anspruchs nach § 2194 BGB und mit Unterstützung der staatlichen Gewalt durchsetzen.

Die Rechtsfigur der Auflage stellt nach der Imperativentheorie keine Sonderform dar und lässt sich aufgrund der Fokussierung auf Imperative bzw. Pflichten zunächst recht unkompliziert in das System einfügen. Unklar bleibt jedoch die Bedeutung des § 1940 BGB. Besteht die Rechtsordnung ohnehin nur aus Imperativen oder Pflichten, erschließt sich nicht, warum die Legaldefinition der Auflage als ihr Spezifikum den Umstand festlegt, dass der Erblasser mit ihr keinem anderen ein Recht auf die Leistung zuwendet. Erhebt man die Imperative bzw. Pflichten zum Zentralbegriff der Privatrechtsordnung, wendet der Erblasser auch durch die Anordnung eines Vermächtnisses dem Vermächtnisnehmer kein Recht auf die Leistung zu, sondern schafft lediglich eine Leistungspflicht des Beschwerten. Eine Abgrenzung der Auflage vom Vermächtnis ist bei Zugrundelegung der Imperativentheorie nicht möglich.

### **II. Normsetzungstheorie**

Bucher führt nicht ausdrücklich aus, wie sich die Rechtsfigur der Auflage in sein Verständnis der Rechtsordnung einfügen lässt. Es findet sich lediglich der Hinweis, dass die Möglichkeit, durch Testamentserrichtung den Übergang von Rechten auf den Erben oder den Vermächtnisnehmer zu bewirken, wohl nicht als (unselbstständiges) Gestaltungsrecht einzustufen sei, da nicht die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern erst der Tod des Erblassers den Rechtsübergang bewirke.<sup>1</sup>

Auch nach der Normsetzungstheorie müssen subjektive Rechte, verstanden als Normsetzungsbefugnis, einer Person, also einem zur Rechtssetzung befugten

---

<sup>1</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 94 Fn. 20.

Rechtsträger, zugeordnet sein.<sup>2</sup> Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein, die Normsetzungsbefugnis dem Erblasser zuzuschreiben. Das objektive Recht bemächtigt den Erblasser zur Anordnung einer Auflage. Durch die Anordnung und Formulierung der Auflage statuiert er gem. § 1940 BGB eine Vorgabe an den Beschwertern, wie dieser sich zu verhalten hat. Die Verhaltenspflicht des Beschwertern hängt damit (zumindest auch) von seinem Willen ab.

Bei näherer Betrachtung muss aus der Perspektive der Normsetzungstheorie jedoch eine solche Normsetzungsbefugnis des Erblassers ausscheiden. Da die Auflage erst mit seinem Versterben wirksam wird, steht ihm zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit zu, ihre Erfüllung konkret zu *wollen* und verlangen zu können und damit eine *Norm* im Sinne der Normsetzungstheorie zu setzen. Im Einklang mit dieser Einschätzung steht die Bewertung Buchers, die Möglichkeit der Testamentserrichtung stelle kein Gestaltungsrecht dar.<sup>3</sup> Wenn selbst die Willenserklärung, die (wenn auch nur vermittelt über das Versterben des Erklärenden) zumindest hinsichtlich der Erbeinsetzung einen unmittelbaren Rechtsübergang zur Folge hat, keine Normsetzung des Erblassers begründet, wird dies erst recht zu gelten haben für eine Willenserklärung, die keinen unmittelbaren Rechtsübergang bewirkt.

Vielmehr stattet die Rechtsordnung den Vollziehbefugten mit der Möglichkeit aus, die in ihren Grenzen inhaltlich vom Erblasser determinierte Anordnung an den Beschwertern zu einem rechtsverbindlichen Befehl erstarken zu lassen. Will der Vollziehbefugte die Erfüllung der Auflage nicht, entsteht auch keine rechtliche Verhaltensnorm für den Beschwertern.<sup>4</sup> Die Möglichkeit, einen Anspruch geltend zu machen, stellt nach der Normsetzungstheorie stets ein subjektives Recht dar.<sup>5</sup>

Die Rechtsordnung verleiht damit dem Erblasser zwar die Möglichkeit, eine Auflage anzurufen; die Befugnis, eine entsprechende Norm zu setzen, steht jedoch allein dem Vollziehbefugten zu.

Die Vorschrift des § 2196 Abs. 2 BGB dürfte aus Sicht der Normsetzungstheorie als Verleihung eines sekundären (subjektiven) Rechts<sup>6</sup> verstanden werden. Denn sie knüpft an die Verletzung eines primären subjektiven Rechts, der Normsetzungsbefugnis des § 2194 BGB, an. Kommt der Auflagenbeschwerter ihm vom Vollziehbefugten durch die Erhebung des Vollziehungsanspruchs gesetzten Norm mit dem Inhalt der Auflagenpflicht nicht nach, sanktioniert ihn diese Vorschrift,

<sup>2</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 102 ff.

<sup>3</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 94 Fn. 20.

<sup>4</sup> Vgl. *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 57 f.: Der bloße Bestand eines subjektiven Rechts begründe noch keine rechtliche Verhaltensnorm.

<sup>5</sup> *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 67.

<sup>6</sup> S. zu dieser Terminologie *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 110 f. § 2196 Abs. 1 BGB dürfte in der Klassifikation Buchers als vikariierendes sekundäres Recht zu qualifizieren sein, da es das primäre Recht infolge der Rechtsverletzung ersetzt und nicht kumulativ neben diesem steht.

indem sie den Wegfallbegünstigten mit der Befugnis ausstattet, durch entsprechende Anspruchserhebung eine Norm zur Herausgabe der Zuwendung zu setzen.

Ein auf Basis der Normsetzungstheorie so verstandenes Erklärungsmodell lässt jedoch ebenfalls die Frage offen, wie das vermeintliche subjektive Recht, verstanden als Normsetzungsbefugnis, des Vollziehungsbefugten mit der Legaldefinition des § 1940 BGB in Einklang gebracht werden kann. Auch wenn man der Prämisse folgt, subjektive Rechte seien nichts anderes als die Befugnis eines Privaten, durch Anspruchserhebung eine verbindliche Norm zu setzen, zu deren Befolgung der Schuldner aufgrund des objektiven Rechts verpflichtet ist, müsste § 1940 BGB eine solche Normsetzungsbefugnis gerade ausschließen.

Hinzu kommt, dass nach der Normsetzungstheorie die Rechtsnatur des § 2196 Abs. 1 BGB nicht als die Verleihung eines sekundären Rechts erklärt werden kann, ohne ihren Anwendungsbereich erheblich zu verkürzen. Denn ein sekundäres Recht setzt die Verletzung eines primären subjektiven Rechts voraus. Nach § 2196 Abs. 1 BGB wird jedoch auch schon ein Verstoß gegen eine rein potentielle Pflicht sanktioniert. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen sind nach dem Wortlaut der Vorschrift auch erfüllt, wenn der Auflagenbeschwerde die Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage herbeiführt, bevor der Vollziehungsbefugte den Anspruch auf Vollziehung geltend gemacht hat und somit eine aktualisierte Pflicht des Beschwerden noch nicht bestanden hat. Um § 2196 Abs. 1 BGB als sekundäre Pflicht einstufen zu können, muss sein Anwendungsbereich auf den Fall beschränkt werden, dass der Auflagenbeschwerde *nach* Ausübung des Vollziehungsanspruchs die Unmöglichkeit der Vollziehung herbeiführt. Bei Zugrundelegung der Normsetzungstheorie sanktioniert § 2196 Abs. 1 BGB damit entweder ein Verhalten, das erlaubt ist, oder aber es entsteht eine bedeutende Schutzlücke.

### III. Lehre vom Institutionenschutz

Wendet der Erblasser nach § 1940 BGB mit der Auflage keinem anderen ein subjektives Recht zu, ließe sich die Struktur der Auflage nach der Lehre vom Institutionenschutz durch den zweiten der Privatrechtsordnung zugeschriebenen Systemgedanken erklären. Die Auflage wäre als von der objektiven Rechtsordnung den Rechtssubjekten zur freiwilligen Nutzung bereitgestelltes Rechtsinstitut einzustufen, das den beteiligten Rechtsgenossen jedoch kein eigenständiges Recht verliehe.

Dementsprechend dienten auch die Vollziehungsbefugnis des § 1940 BGB und der Bereicherungsanspruch des § 2196 BGB als „sekundäre Rechte“ nicht der Durchsetzung eines subjektiven Rechts, sondern der Gewährleistung des *Instituts der Auflage*. Der Vollziehungsbefugte und der Anspruchsinhaber des § 2196 BGB würden als „Funktionäre der Gesamtrechtsordnung“ tätig.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Vgl. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 159; zustimmend Löwisch, Der Deliktschutz relativer Rechte, 1970, S. 126.

Dennoch stellt sich auch bei Zugrundelegung eines solchen Erklärungsansatzes die Auflage nach der Lehre des Institutionenschutzes als Sonder- oder Ausnahmefall dar. Anders als bei den sonstigen zur Veranschaulichung der Existenz von Rechtsinstituten im Sinne der Lehre angeführten Fällen (Besitzschutz<sup>8</sup>, vorbeugende Unterlassungsklage) stünde der Institutionsschutz bei der Auflage nicht nur im Vordergrund, die Funktion der §§ 2194, 2196 BGB erschöpfte sich vielmehr vollmächtig im Institutionenschutz. Die Auflage wäre, im Gegensatz beispielsweise zum Vermächtnis, ein Rechtsinstitut, das sich als vollkommen losgelöst von der Zuweisung subjektiver Rechte darstellte.

#### IV. Fazit

Die aufgeführten vom traditionellen Verständnis abweichenden Konzeptionen des Privatrechtssystems sind, wie dargestellt, abzulehnen. Sie sind zudem nicht geeignet, die Struktur der erbrechtlichen Auflage widerspruchsfrei zu erfassen.

---

<sup>8</sup> Zu konzedieren ist insoweit allerdings, dass *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, S. 154f. auch den Besitz nicht als subjektives Recht, sondern als Ausdruck einer Gesellschaftsordnung versteht. Anders z.B. *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 173.

## E. Struktur der Auflage im Privatrechtssystem nach herkömmlichem Verständnis

### I. Überblick

Der Vorschrift des § 1940 BGB lässt sich, wie bereits dargestellt,<sup>1</sup> zunächst entnehmen, dass die Auflage als eigenständige letztwillige Verfügung konzipiert ist<sup>2</sup> und nicht lediglich eine die Zuwendung beschränkende Nebenbestimmung oder ein Nebengeschäft zu einer letztwilligen Verfügung ist.<sup>3</sup> Der Erblasser kann in seinem Testament den gesetzlichen Erben mit einer Auflage belasten. Sie muss daher nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Zuwendung verbunden sein und kann somit auch nicht als Nebenbestimmung oder Nebengeschäft eines Rechtsgeschäfts verstanden werden.<sup>4</sup> Sie ist mithin gerade keine *Selbstbeschränkung des Willens*. Dies entspricht auch der in den Materialien ausdrücklich geäußerten Ansicht des Gesetzgebers.<sup>5</sup>

Allein die negative Feststellung, dass die Auflage keine Nebenbestimmung und kein Nebengeschäft darstellt, beantwortet selbstverständlich noch nicht die Frage nach ihrer Rechtsnatur. Unbestritten ist, dass die Auflage eine Pflicht des mit ihr Beschwerten begründet.<sup>6</sup> Ungeklärt ist dagegen, wem gegenüber diese Pflicht besteht. Auf der Grundlage des Privatrechtssystems nach herkömmlichem Verständnis stellt sich im Rahmen der Bestimmung der normativen Struktur der Auflage die

---

<sup>1</sup> S. oben S. 81 f.

<sup>2</sup> *Meischeider*, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900, § 109, S. 438 f.; *Lieder*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1940 Rn. 1; *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 I 2, S. 259; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 33; dem Grunde nach auch *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 1, S. 501 Fn. 2.

<sup>3</sup> *Voigt*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1910, S. 23, 28; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 33.

<sup>4</sup> A. A.: *Dernburg/Engelmann*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III, S. 251, der jedoch konzidiert, dass die Auflage auch „eine in sich abgeschlossene letztwillige Verfügung sein kann“, jedoch in der Regel einer letztwilligen Zuwendung als Nebenbestimmung „zugefügt“ werde. Das BGB unterscheidet indes nicht zwischen einer isoliert angeordneten Auflage und einer mit einer Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung verbundenen Auflage. Um eine gespaltene Rechtsnatur der Auflage zu vermeiden, ist sie damit einheitlich als letztwillige Verfügung zu verstehen, auch in den Fällen, in denen sie einem Intestaterben oder einem Vermächtnisnehmer auferlegt wird.

<sup>5</sup> S. oben S. 81 f.

<sup>6</sup> S. dazu sogleich.

Frage nach dem Adressaten der Zuweisung. Zwar kann ein Vollziehungsbefugter gem. § 2194 BGB die Erfüllung der Auflage verlangen, jedoch ist auch die Rechtsnatur dieses Anspruchs umstritten, da § 1940 BGB es ausschließt, dass der Erblasser mit der Auflage jemandem ein „Recht auf die Leistung“ zuwendet.<sup>7</sup> Die Begründung einer Verhaltenspflicht einerseits und der Ausschluss der Zuwendung eines Rechts auf die Leistung andererseits lassen die Auflage auf den ersten Blick als einen Fremdkörper in einem Zivilrechtssystem, das auf der Zuweisung von Rechten beruht, erscheinen.

## **II. Verpflichtung des Beschwerten**

Einigkeit besteht allgemein darüber, dass die Auflage dem mit ihr Beschwerten eine reguläre obligatorische Leistungspflicht auferlegt.<sup>8</sup> Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut der Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB sowie aus den Vorschriften der § 1967 Abs. 2 BGB, § 1973 Abs. 1 S. 2 BGB, § 1974 Abs. 2 BGB, § 1980 Abs. 1 S. 2 BGB, § 1991 Abs. 4 BGB, § 2217 Abs. 2 BGB und § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO.<sup>9</sup> Diese Verbindlichkeit des Beschwerten ist vom Vollziehungsbefugten nach § 2194 BGB mit Rechtszwang durchsetzbar.

## **III. Berechtigung**

Die gesetzliche Regelung lässt indes offen, wem der Beschwerde zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist. Einer zivilrechtlichen Rechtspflicht steht üblicherweise die Rechtsposition einer anderen Person auf die Leistung gegenüber.<sup>10</sup>

Nach dem hier vertretenen Verständnis des Privatrechtssystems als System der Zuweisung von Rechtspositionen, die durch Schutzrechte durchgesetzt werden, setzt zudem jeder Anspruch die Rechtsverletzung eines Substanzrechts voraus.<sup>11</sup> Die Existenz der Vollziehungsbeauftragten nach § 2194 BGB und des Bereicherungsanspruchs nach § 2196 BGB wirft daher die Frage auf, welches Substanzrecht diese

<sup>7</sup> S. zum Verhältnis der beiden Vorschriften ausführlich unten S. 157 ff.

<sup>8</sup> Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 I b) 1, S. 727; Otte, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1940 Rn. 3; Lieder, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1940 Rn. 1; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 II 2, S. 655; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 64 I 5, S. 361; Dietz, Erbrecht, 1949, § 32 I 4, S. 246; Schmoeckel, Erbrecht, 6. Aufl. 2021, § 22 Rn. 43, S. 158; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 43.

<sup>9</sup> Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 I b) 1, S. 727.

<sup>10</sup> S. dazu oben S. 113 ff.; s. zur Theorie des subjektlosen Rechts sogleich unten S. 129 ff.

<sup>11</sup> S. dazu oben S. 111 f.

Anspruchsgrundlagen zu verwirklichen bzw. zu schützen bezoeken und welchem Rechtsträger dieses Substanzrecht zugewiesen ist. § 1940 BGB scheint indes eine solche Rechtsinhaberschaft gerade auszuschließen.

## 1. Subjektloses Recht

### a) Überblick

Ist bei Berücksichtigung der Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB auf den ersten Blick keine Person zu identifizieren, der der Beschwerde die Vollziehung der Auflagenpflicht schuldet, ist an die Rechtsfigur des subjektlosen Rechts zu denken. Dabei handelt es sich um die umstrittene Rechtsfigur eines subjektiven Rechts, das keinem Rechtssubjekt zugewiesen ist.<sup>12</sup>

Die Möglichkeit eines subjektlosen Rechts wurde in der Pandektenwissenschaft im Rahmen der dogmatischen Einordnung der *hereditas iacens*<sup>13</sup> diskutiert<sup>14</sup> und auch in jüngerer Zeit in verschiedensten Konstellationen als Lösungsvorschlag vorgebracht.<sup>15</sup> Zu nennen ist etwa die Kaduzierung von Gesellschaftsanteilen.<sup>16</sup> Das Problem eines vermeintlich „herrenlosen“ subjektiven Rechts stellt sich heute beispielsweise auch noch bei der Blankozession, wenn der Zedent den Forderungserwerber nicht bestimmt, beim Wegfall aller Mitglieder eines rechtsfähigen Vereins, bzgl. Rechten aus Inhaber- und Orderpapieren bei Erlöschen des Rechts am Papier sowie für Rechte an einem dereliquierten Grundstück.<sup>17</sup> Die Theorie der subjekt-

---

<sup>12</sup> Hohner, Subjektlose Rechte, 1969, S. 12.

<sup>13</sup> Da im gemeinen Recht (vgl. D.38.9.1pr) das Vermögen des Erblassers nicht unmittelbar mit dem Todesfall auf den Erben überging, sondern grundsätzlich erst mit Antritt der Erbschaft durch den Erben, stellte sich das Problem, wie der Zustand des Vermögens für den Zeitraum zwischen Todesfall und Erbschaftsantritt zu konstruieren war.

<sup>14</sup> S. nur Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 49, S. 132 ff.; Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856, S. 233 ff.

<sup>15</sup> S. zur historischen Diskussion über subjektlose Rechte Falk, RJ 9 (1990), 221 ff.; zu subjektlosen Rechten im Verhältnis Bürger – Staat auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts z. B. Fischer-Lescano, KJ 2017, 476.

<sup>16</sup> Bei nicht rechtzeitiger Einzahlung der Stammeinlage kann die GmbH nach § 21 GmbHG den Gesellschafter mit dem Anteil, auf den die Zahlung aussteht, von der Gesellschaft ausschließen. Wird der säumige Gesellschafter nach § 21 Abs. 2 GmbHG seines Geschäftsanteils zugunsten der Gesellschaft für verlustig erklärt, verliert er zwar seine Gesellschafterstellung, der Anteil geht aber nicht unter. Es stellt sich die Frage, wem bis zur Verwertung nach §§ 22, 23 GmbHG der Anteil zusteht. Vertreten werden eine (ggf. treuhänderische) Berechtigung der Gesellschaft und eine „Herrenlosigkeit“ des Anteils als subjektloses Recht. Die heute herrschende Ansicht lehnt insoweit ein tragerloses Recht ab. Vgl. näher etwa Leuschner, in: Häbersack/Casper/Löbbecke, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2019, § 21 Rn. 64 ff. m. N.

<sup>17</sup> Vgl. Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, § 8 III, Rn. 125, S. 78; Wolf/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 189; Falk, RJ 9 (1990), 221, 225 Fn. 20; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 13, S. 235.

losen Rechte wird nach teilweise vertretener Ansicht auch zur dogmatischen Einordnung des postmortalen Persönlichkeitsrechts herangezogen.<sup>18</sup> Bedeutung hat sie auch erlangt als Erklärungsansatz für die Rechtsstellung des *nasciturus*.<sup>19</sup>

Abzugrenzen ist die Rechtsfigur des subjektlosen Rechts von der subjektlosen Pflicht. Unter einer subjektlosen Pflicht wird eine Pflicht verstanden, die keinem Subjekt auferlegt ist.<sup>20</sup> Die Auflagenpflicht ist hingegen einem Subjekt, und zwar dem Beschwerten, zugeordnet; es ist lediglich fraglich, ob diese Pflicht gegenüber einer anderen Person besteht und falls ja, gegenüber welcher Person. Daher könnte es sich bei der Auflage um eine Rechtspflicht, die einem Subjekt auferlegt ist, aber keinem anderen Subjekt geschuldet wird, mithin um ein subjektloses Recht, handeln.

Es wird im Schrifttum teilweise vertreten, dass die Auflage ein subjektloses Recht begründet.<sup>21</sup> Die Auflage soll danach ein Recht darstellen, das keinem Rechtssubjekt zugewiesen ist.

### b) Stellungnahme

Zunächst ist fraglich, ob die Rechtsfigur des subjektlosen Rechts überhaupt Anerkennung verdient.<sup>22</sup> Dies war schon im Rahmen der Diskussion um die *hereditas*

<sup>18</sup> Hohner, Subjektlose Rechte, 1969, S. 144 f.; vgl. auch Neuner, JuS 2019, 1, 6.

<sup>19</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 52, S. 141; Matthiäß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes, 7. Aufl. 1914, I § 17 II 4, S. 31; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl. 1899, § 23 III 2, S. 97 f.; vgl. dazu Schwarz, ArchBürgR 32 (1908), 12, 40 ff.; Roller, Die Rechtsfähigkeit des *Nasciturus*, 2013, S. 205 f. m. w. N.; Neuer, Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt, 1961, S. 27; Wolff/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 186 ff.

<sup>20</sup> Vgl. in diesem Sinne z. B. Hohner, Subjektlose Rechte, 1969, S. 50 f.; Somló, Juristische Grundlehre, 2. Aufl. 1927, S. 524; nach Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 49, S. 138 ist für diese Konstellation entsprechend der des subjektlosen Rechts zu entscheiden.

<sup>21</sup> Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, 1903, S. 6 (Fn. 4); Bender, VersR 2001, 815; wohl auch Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 88: „gläubigerlose Verbindlichkeit des Beschwerten“; unentschieden Hohner, Subjektlose Rechte, 1969, S. 49: „[D]ie Konstruktion über ein subjektloses Recht [erscheint] zumindest auf den ersten Blick einfacher und ‚eleganter‘“, könne aber durch die Betrachtung der Rechtspositionen in dem zwischen dem Vollziehungsbefugten und dem Begünstigten aufgespaltenen Verhältnis „mehr wie eine Einheit“ vermieden werden.

<sup>22</sup> Dagegen spricht, dass einem subjektlosen Recht das für subjektive Rechte konstitutive Willenselement fehlt, Schack, JZ 2019, 864, 870; Schweers, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, S. 183 hält die Konstruktion des ideellen postmortalen Persönlichkeitsrechts als ein subjektloses Recht für eine Umgehung, die in Wahrheit die Begründung einer Rechtssubjektivität des Verstorbenen darstelle; ablehnend auch Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 12, S. 235 („als Dauerzustand [...] dem BGB prinzipiell fremd [...] allerdings in einigen Fällen zumindest als Übergangszustand nicht zu vermeiden.“); Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 15 II 1 e, S. 255; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des

*iacens* umstritten.<sup>23</sup> Auch für ihre potentiellen Anwendungsfelder im geltenden Recht besteht keine Einigkeit, dass diese Kategorie als solche existiert. Dies gilt insbesondere auch für das Verständnis des postmortalen Persönlichkeitsrechts als subjektloses Recht.

Ob die Rechtsfigur des subjektlosen Rechts als solche grundsätzlich Anerkennung verdient, kann hier jedoch offenbleiben, wenn sie zur Begründung der Auflagenpflicht ohnehin nicht geeignet ist. Der Zweck der Anerkennung eines subjektlosen Rechts liegt darin, einem späteren Rechtsträger den Erwerb des anderenfalls untergehenden Rechts zu ermöglichen. Die Rechtsfigur des subjektlosen Rechts ist mithin ein Mittel, vorübergehende Phasen der Subjektlosigkeit zu überbrücken, und perspektivisch darauf ausgerichtet, das Recht mit einem Subjekt zu vereinen.<sup>24</sup>

Davon unterscheidet sich die Rechtslage bei der Auflage fundamental. Versteht man die Pflicht des Beschwerens als subjektlos, so wäre sie strukturell dauerhaft und nicht nur vorübergehend subjektlos. Insbesondere führt die Erfüllung der Auflagenpflicht nicht dazu, dass das Recht einem Inhaber (dem Begünstigten) zufällt, sondern bewirkt lediglich das Erlöschen des Rechts. Die Auflage wäre damit nicht lediglich übergangsweise ein subjektloses Recht, die Subjektlosigkeit stellte vielmehr einen Dauerzustand dar. Mit der Funktion der Rechtsfigur des subjektlosen Rechts als Überbrückungskonstruktion für einen vorübergehenden Zeitraum der Herrenlosigkeit ist dies nicht vereinbar.<sup>25</sup>

---

Bürgerlichen Rechts Bd. I/1, 15. Aufl. 1959, § 75 III 2, Fn. 10, S. 447 („der Ausdruck ‚subjektloses Recht‘ leidet an einem inneren Widerspruch, weil im Begriffe des ‚Rechts‘ der ‚Berechtigte‘ stets mitgedacht wird“); *Stumpf*, Die Verletzungsfähigkeit des nasciturus, 1966, S. 27; *Neuer*, Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt, 1961, S. 27; *Roller*, Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus, 2013, S. 206; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 17 Rn. 5.

<sup>23</sup> S. den Überblick bei *Windscheid*, Pandekten, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 49 Anm. 3, S. 133.

<sup>24</sup> Vgl. *Müller*, Postmortaler Rechtsschutz, 1996, S. 233; *Heldrich*, FS Lange (1970), S. 163, 169; *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 62; *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 108 („transitorischer Zustand“ als Voraussetzung des subjektlosen Rechts, *Schwerdtner* lehnt im Übrigen a. O. von seinem Standpunkt konsequenterweise das postmortale Persönlichkeitsrecht überhaupt ab, da dieses dem Verstorbenen zugeordnet sein müsse, der jedoch nicht mehr rechtsfähig sei.); von *Jhering*, JhRb 10 (1871), 387, 390 f.; *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969, S. 40 und 77 ff.: Dem möglichen konstruktiven Einwand gegen die Annahme eines subjektlosen Rechts, dass das Element der Macht als Bestandteil des herkömmlichen Begriffs des subjektiven Rechts ein Recht ohne Machtunterworfenheit ausschließe, sei mit der Überlegung zu begegnen, dass lediglich ein gedachtes Rechtsmachtverhältnis erforderlich sei, das durch das vorübergehende Fehlen eines Berechtigten nicht beseitigt sein müsse, wenn nur ein solcher später wieder vorhanden sein wird. Die Annahme dauernd subjektloser Rechte stünde jedoch mit der machtbezogenen Konzeption des subjektiven Rechts in unauflöslichem Widerspruch; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 12 f., S. 235; *Buschmann*, NJW 1970, 2081, 2087.

<sup>25</sup> S. auch gegen die Qualifikation des postmortalen Persönlichkeitsrechts als subjektloses Recht vor allem wegen der dauerhaften Abkopplung des subjektiven Rechts von dem Strukturelement der Macht *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlich-

Zudem spricht die Funktion des Privatrechts nach dem herkömmlichen Verständnis – wie dargestellt – gegen die Annahme eines subjektlosen Rechts. Der Vollziehungsbefugte kann in die Freiheitssphäre des Beschwerter eingreifen, ohne dessen Rechte zu verletzen, da § 2194 BGB ihm diesen Zugriff gestattet. Diese Beschränkung der Freiheitssphäre, die sich für den Beschwerter als Ausschluss eines Teils seiner Freiheit darstellt, ist nicht ohne die Zuweisung einer Rechtsposition an ein anderes Subjekt denkbar. Eine dauerhafte Lösung des Ausschlusses von einer korrespondierenden Zuweisung widerspricht der Funktion des Privatrechtssystems nach herkömmlicher Auffassung.

## 2. Pflicht ohne Recht

### a) Der Vollziehungsanspruch als erbrechtlicher Anspruch

Teilweise wird vertreten, die erbrechtliche Auflage begründe eine isolierte Leistungspflicht, der keine vollwertige Berechtigung – auch keine subjektlose Berechtigung – gegenüberstehe. Der Vollziehungsanspruch wird dabei als dezidiert erbrechtlicher Anspruch verstanden, der lediglich den allgemeinen Regelungen des Anspruchs nach § 194 BGB unterliege, nicht aber den schuldrechtlichen Vorgaben.<sup>26</sup> Ein Schuldverhältnis erforderne neben der verpflichtenden Seite, die die Auflage für den Beschwerter begründe, auch eine berechtigende Seite, die bei der Auflage dagegen fehle.<sup>27</sup> § 1940 BGB schließe es aus, dass jemandem ein „Recht auf die Leistung“ und damit eine Berechtigung an der Verpflichtung des Beschwerter zusteht.<sup>28</sup> Die Berechtigung wird damit nicht lediglich als subjektlos, also „herrenlos“, dargestellt, sondern als nichtexistent. Die Auflage schaffe eine „der Natur der obligatorischen Verhältnisse widersprechende[...] absolute[...] Verpflichtung[...] ohne Schuldverhältnis“.<sup>29</sup>

---

keitsrechte, 2009, S. 73 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 11 Rn. 28, S. 128; a. A.: *Bender*, VersR 2001, 815.

<sup>26</sup> *Burkhardt*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 22; *Sturm*, Der Vollziehungsberichtete der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 126.

<sup>27</sup> *Burkhardt*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 21; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 43; *Sturm*, Der Vollziehungsberichtete der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 126.

<sup>28</sup> *Burkhardt*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 21; insoweit ähnlich auch *Dernburg/Engelmann*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 86 I, S. 245; vgl. auch *Flad*, in: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1: „Durch die Auflage wird ihrer Natur nach für niemand ein materielles Forderungsrecht begründet“.

<sup>29</sup> *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 43 f.

### *b) Stellungnahme*

Es ist sicherlich zutreffend, den Vollziehungsanspruch als erbrechtlichen Anspruch<sup>30</sup> zu klassifizieren, wenn damit gemeint ist, dass er auf einem Erbfall beruht (vgl. § 199 Abs. 3a BGB), genauer: dass ein Erbfall eine der Anspruchsvoraussetzungen ist.<sup>31</sup> Jedoch ist mit dieser Erkenntnis nicht viel gewonnen. Die der Privatrechtsordnung nach hier vertretenem Verständnis zugrunde liegende Struktur Recht – Rechtsverletzung – Anspruch – Klagerecht<sup>32</sup> gilt in sämtlichen Rechtsgebieten des Zivilrechts. Auch der erbrechtliche Anspruch ist die Sanktionierung einer Rechtsverletzung. Zwischen dem betroffenen Recht und dem Schutzinstrument des Anspruchs ist zu differenzieren. Allein der Rekurs auf die erbrechtliche Natur des Vollziehungsanspruchs sagt demnach nichts über die Natur des zugrundeliegenden Rechts und die Struktur des Rechtsinstituts der Auflage aus. Auch der Vermächtnisanspruch nach § 2174 BGB oder der Anspruch auf den Dreißigsten nach § 1969 BGB sind erbrechtliche Ansprüche, mithin Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen,<sup>33</sup> sanktionieren aber zugleich die Verletzung eines Forderungsrechts des jeweiligen Rechtsinhabers.<sup>34</sup>

Ob § 1940 BGB die Existenz eines Rechts auf die Leistung, verstanden als Substanzrecht, schlechthin ausschließt, mit der Folge, dass die Auflage ein mit den Grundsätzen des geltenden Privatrechtssystem unvereinbares und damit schlechthin systemwidriges Rechtsinstitut darstellt, indem es einerseits eine „absolute Verpflichtung“ schafft, der keine Berechtigung gegenübersteht, und andererseits einen Anspruch begründet, dem kein entsprechendes (verletztes) Substanzrecht zugrunde liegt, wird noch zu untersuchen sein. Festzuhalten ist, dass mit der Qualifikation des Vollziehungsanspruchs als erbrechtlicher Anspruch jedenfalls keine Erkenntnis über die Struktur der Auflage gewonnen ist.

## **3. Recht des Vollziehungsbefugten**

### *a) Überblick*

Erfüllt der Beschwerde die ihm mit der Auflage auferlegte Verhaltenspflicht nicht oder nicht rechtzeitig, hat der Vollziehungsbeauftragte gem. § 2194 S. 1 BGB einen

<sup>30</sup> Eingehend zur Auslegung des Begriffs „erbrechtlicher Anspruch“ *Roland*, Die Verjährung im Erbrecht, 2008, S. 5 ff. m. w. N.; s. auch *Baldus*, in: Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform, 2009, S. 5, 24 ff.

<sup>31</sup> *Roland*, Die Verjährung im Erbrecht, 2008, S. 146.

<sup>32</sup> S. oben S. 111 f.

<sup>33</sup> S. nur *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 199 Rn. 101.

<sup>34</sup> Vgl. *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2174 Rn. 1 und *Kunz*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 1969 Rn. 1; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 1 I 2, S. 2.

regulären Anspruch im Sinne der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB auf Vollziehung der Auflage.<sup>35</sup>

Wie bereits dargestellt, differenziert die herrschende Meinung nicht zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch und der Forderung. Dementsprechend wird auch der Vollziehungsanspruch nach § 2194 BGB verbreitet als Forderungsrecht verstanden. Die Struktur der Auflage könnte danach als Forderung des Vollziehungsbefugten, die der Verpflichtung des Beschwerten korrespondiert, beschrieben werden. Dem steht jedoch zumindest auf den ersten Blick die Vorschrift des § 1940 BGB entgegen. Diese schließt es auch aus, dass dem Vollziehungsbefugten mit der Auflage ein Recht auf die Leistung zugewendet wird. So macht sich, wohl aufgrund dieser Bestimmung des § 1940 BGB, bei einigen Autoren, die die Kehrseite der Verpflichtung des Beschwerten im Anspruch des Vollziehungsbefugten sehen, offensichtlich ein gewisses Störgefühl bemerkbar. Sie konzedieren dementsprechend Besonderheiten der Vollziehungsbefugnis gegenüber einem regulären Forderungsrecht, die in verschiedener Hinsicht, z.B. bei der Frage der Übertragbarkeit, eine Sonderbehandlung der Vollziehungsbefugnis gegenüber regulären Forderungen erforderlich machen. Dabei lassen sich im Wesentlichen die nachfolgend dargestellten unterschiedlichen Strömungen ausmachen, wobei sich die Begründungsansätze vielfach überschneiden und eine klare Abgrenzung nicht zu ziehen ist.<sup>36</sup>

Verbreitet ist im Schrifttum auch der Hinweis auf eine vermeintliche Parallelität zwischen der Struktur der Auflage und der des unechten Vertrags zugunsten Dritter. Auch insoweit wird überwiegend ein Forderungsrecht des Vollziehungsbefugten insinuiert. Gemeinsam ist den im Folgenden darzustellenden Ansätzen, dass sie zumindest implizit die Vollziehungsbefugnis als der Pflicht des Beschwerten korrespondierende Rechtsposition verstehen. Dabei suchen sie unterschiedliche Begründungen dafür, dass die Vollziehungsbefugnis dennoch kein Recht auf die Leistung im Sinne des § 1940 BGB darstellt.

Nach diesem Verständnis schließt die Atypizität der Vollziehungsbefugnis es aus, sie als reguläres Forderungsrecht und damit als Recht auf die Leistung einzustufen. Somit bestehe auch kein Widerspruch zwischen § 1940 BGB und § 2194 BGB. Während die Verpflichtungsseite, die Position des Beschwerten, als reguläre obligatorische Verbindlichkeit ausgestaltet sei, sei die Berechtigungsseite atypisch ausgestaltet. An der Korrespondenz zwischen der Verpflichtung des Beschwerten und der Berechtigung des Vollziehungsbefugten – und hierbei handelt es sich um den für das Strukturverständnis dieser Ansichten entscheidenden Punkt – änderten die Besonderheiten der Vollziehungsbefugnis, die es ausschlössen, diese als „Recht auf

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 24.02.1993 – IV ZR 239/91 Rn. 29, MittRhNotK 1993, 229; Kroiß, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 12; Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 9; Kunz, Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung, 2015, S. 84.

<sup>36</sup> So auch schon Dernburg/Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III Fn. 9, S. 250.

die Leistung“ im Sinne des § 1940 BGB zu klassifizieren, jedoch nichts. Dem Vollziehungsbefugten wird damit mit dem Vollziehungsanspruch ein atypisches Forderungsrecht zugesprochen, er sei als der Berechtigte an der Auflagenverpflichtung zu verstehen.

Lediglich von terminologischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob die Vollziehungsbefugnis insoweit als atypisches Forderungsrecht oderforderungsähnliches Recht, auf das die Regelungen für Forderungen mit gewissen Modifikationen im Einzelnen entsprechend anzuwenden seien, verstanden wird. Maßgeblich ist dafür, ob der Begriff des Forderungsrechts so weit gefasst wird, dass die Vollziehungsbefugnis ihm unterfällt, oder ob er derart begrenzt wird, dass dies nicht der Fall ist.<sup>37</sup> Für die Erfassung der Struktur der Auflage ist dieser Umstand hingegen grundsätzlich unbeachtlich.

#### aa) Die Vollziehungsbefugnis als atypisches Forderungsrecht/forderungsähnliches Recht

Verbreitet wird die Vollziehungsbefugnis als ein atypisches Forderungsrecht oderforderungsähnliches Recht verstanden. Welcher Umstand die Atypizität bzw. die Abweichung vom regulären Forderungsrecht begründet, wird unterschiedlich beurteilt.

##### *(1) Fehlender Vermögenswert des Vollziehungsanspruchs*

Eine verbreitete Ansicht sieht das besondere Merkmal der Vollziehungsbefugnis, dass diese von einer regulären Forderung unterscheidet, darin, dass sie keinen Vermögenswert für ihren Inhaber begründe.

Eine Unterströmung dieser Theorie ist nur vor dem Hintergrund der inzwischen überholten Auffassung, Gegenstand eines Schuldverhältnisses könne nur eine Leistung mit Vermögenswert sein, nachzuvollziehen.<sup>38</sup> Dementsprechend verstand Hellwig das Vollziehungsrecht als „Klagerecht, dem ein privatrechtlicher Anspruch nicht zugrunde liegt, eben deshalb nicht, weil das vermögensrechtliche Interesse dem Berechtigten fehlt“.<sup>39</sup> Die Besonderheit der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB gegenüber einer regulären privatrechtlichen Obligation besteht danach darin, dass sie gerade keine Leistung mit Vermögenswert zum Gegenstand habe.

---

<sup>37</sup> Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 3. Aufl. 1903, § 6 Fn. 8, S. 38 („Wortstreit“); zustimmend Holthoefer, Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 44; Flad, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1; Voigt, Die erbrechtliche Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1910, S. 53 f.; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 64.

<sup>38</sup> S. insoweit für einen Überblick über die vertretenen Ansätze und die Entwicklung der Diskussion Olzen, in: Staudinger, BGB, 2024, § 241 Rn. 14 ff. m. w. N.

<sup>39</sup> Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S. 59.

Auch wenn ein Vermögenswert nach der gesetzlichen Konzeption und nach inzwischen allgemeiner Meinung keine Voraussetzung einer schuldrechtlichen Obligation ist, wird ihr fehlender Vermögenswert weiterhin verbreitet für das Charakteristikum der Vollziehungsbefugnis gehalten.<sup>40</sup> So wird unter Berufung auf das Fehlen eines vermögensrechtlichen Interesses etwa häufig die Pfändbarkeit der Vollziehungsbefugnis abgelehnt.<sup>41</sup>

#### *(2) Personenrechtliche Natur des Vollziehungsanspruchs*

Cosack versteht die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB nicht als vermögensrechtlichen, sondern als personenrechtlichen Anspruch.<sup>42</sup> Gemeint ist damit wohl, dass sich der Anspruch nicht auf eine vermögensrechtliche Forderung, sondern eine Person bezieht.<sup>43</sup> Soweit ersichtlich, ist dieser Einschätzung Cosacks in der Literatur weitere Gefolgschaft verwehrt geblieben.<sup>44</sup>

#### *(3) Höchstpersönlichkeit der Vollziehungsbefugnis*

Teilweise wird die Vollziehungsbefugnis als höchstpersönliches Recht ihres Inhabers verstanden.<sup>45</sup>

#### *(4) Fremdnützigkeit der Vollziehungsbefugnis*

Ein anderer Begründungsansatz für die Atypizität der Vollziehungsbefugnis stellt auf ihre fremdnützige Natur ab. Die Erfüllung der Auflage verschaffe lediglich dem Begünstigten einen Vorteil, sodass allein er ein Interesse an ihr habe.<sup>46</sup> Das fehlende eigene Interesse des Vollziehungsbefugten an der Erfüllung der Auflage mache sein

<sup>40</sup> So z. B. *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1.

<sup>41</sup> S. die Nachweise unten S. 227.

<sup>42</sup> *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl. 1904, § 407 I, S. 852.

<sup>43</sup> An anderer Stelle unterscheidet *Cosack* für absolute Rechte u. a. zwischen Rechten, die sich auf Personen beziehen (wie die väterliche Gewalt) und Rechten, die sich auf Sachen beziehen, für relative Rechte jedoch nur zwischen Forderungsrechten und den Rechten zwischen einer Gesellschaft oder einer Körperschaft und ihren Mitgliedern, vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 4. Aufl. 1903, § 15 I 3, S. 54.

<sup>44</sup> Ablehnend *Holthofer*, Das Klagerrecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 44; *Dernburg/Engelmann*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III, S. 250; *Kaiser*, Die erbrechtliche Auflage unter Berücksichtigung ihrer Aufwertung, 1928, S. 40.

<sup>45</sup> *Kohler*, ArchBürgR 21 (1902), 259, 261 f.

<sup>46</sup> *Holthofer*, Das Klagerrecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 46.

Recht zu einem „Forderungsrecht verstümmelten Inhalts“<sup>47</sup> oder einer Forderung „von abnormer Beschaffenheit“<sup>48</sup>.

Dem liegt das Verständnis zugrunde, dass Gläubiger einer Forderung der sei, dem die Befugnis zusteht, die Leistung zu verlangen und ggf. auch zu erzwingen.<sup>49</sup> Danach kommt der Vollziehungsbefugte grundsätzlich als Inhaber einer Forderung in Betracht. Dem Vollziehungsbefugten fehle es indes an einem eigenen Interesse an der Vollziehung der Auflage.<sup>50</sup> Nach der inzwischen herrschenden Kombinationstheorie besteht das Wesen subjektiver Rechte in einer Verbindung zwischen Willensmacht und Interesse.<sup>51</sup> Da der Vollziehungsbefugte kein eigenes Interesse an der Vollziehung habe, sei daher der Vollziehungsbefugnis die Forderungsqualität abzusprechen. Aber auch von Tuhr, der das eigene Interesse nicht zu den Strukturmerkmalen des subjektiven Rechts zählt und allein die Einräumung rechtlicher Herrschaft für ausreichend erachtet,<sup>52</sup> versteht die Vollziehungsbefugnis aufgrund des fehlenden eigenen Interesses ihres Inhabers an der Erfüllung zum mindesten als atypisches Forderungsrecht.<sup>53</sup>

Überwiegend wird angenommen, der Vollziehungsbefugte sei im Interesse des Begünstigten mit seiner Rechtsposition ausgestattet.<sup>54</sup> Teilweise wird die Fremdnützlichkeit der Vollziehungsbefugnis aber auch in Bezug zu dem Erblasser gesetzt. Dem Vollziehungsbefugten stehe die Vollziehungsbefugnis nicht im eigenen Interesse oder im Interesse des Begünstigten, sondern „im Interesse der Durchführung des

<sup>47</sup> Holthofer, Das Klagerrecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 46; tendenziell auch Levy, Die gemeinnützige Auflage, 1910, S. 50, der die Vollziehungsbefugnis grundsätzlich für eine „formale Befugnis“ hält, aufgrund der Aussicht auf die Kondiktion nach § 2196 BGB aber auch eine materielle Befugnis des Wegfallbegünstigten erwägt.

<sup>48</sup> von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 6 II, S. 143 Fn. 41; s. auch § 1 III, S. 60 Fn. 17: „interesselose[s] Recht[...]“; vgl. auch Schmöckel, Erbrecht, 6. Aufl. 2021, § 22 Rn. 43, S. 158: „fiduziarisches Klagerrecht“; die Fremdnützlichkeit des Vollziehungsanspruchs betonen auch Olzen/Looschelders, Erbrecht, 7. Aufl. 2023, Rn. 380, S. 113; Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, § 40 IV 1 Rn. 935, S. 292; § 40 IV 2 Rn. 939, S. 292.

<sup>49</sup> von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 6 II, S. 143.

<sup>50</sup> von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 1 III, S. 60 Fn. 17.

<sup>51</sup> Grundlegend Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 14, S. 76 („Recht ist die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses.“); Bernatzik, Über den Begriff der juristischen Person, 1890, S. 68 ff.; Schulev-Steindl, Subjektive Rechte, 2008, S. 9 f.; Wagner, AcP 193 (1993), 319, 339.

<sup>52</sup> von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 1 III, S. 59; § 4 I 2, S. 94.

<sup>53</sup> von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 1 III, S. 60 Fn. 17, § 4 I 2, S. 94.

<sup>54</sup> S. etwa Holthofer, Das Klagerrecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 46; Levy, Die gemeinnützige Auflage, 1910, S. 50.

auf Vollziehung der Auflage gerichteten Willens des Erblassers<sup>55</sup> zu.<sup>56</sup> In dieser Hinsicht sei die Vollziehungsbefugnis funktional mit der Testamentsvollstreckung zu vergleichen.

#### (5) Treuhandfunktion des Vollziehungsanspruchs

Schultze ersetzt das fehlende Interesse, die Fremdnützlichkeit, der Vollziehungsbefugnis mit der Treuhandfunktion, die dieser zukomme. Die Auflage sei eine gesetzlich normierte Treuhandkonstruktion, die durch ein Auseinanderfallen der Person des wirtschaftlich Interessierten und der Person des Forderungsinhabers gekennzeichnet sei. Die treuhänderische obligatorische Berechtigung des Vollziehungsbefugten einer Auflage bestehe in seinem vollwertigen Forderungsrecht.<sup>57</sup> Die Negation eines Rechts auf die Leistung durch § 1940 BGB erschöpfe sich darin, dass die Auflage eine Verpflichtung ohne „Berechtigung eines wirtschaftlich Selbstinteressierten“, nicht aber ohne Berechtigung eines anderen überhaupt erzeuge.<sup>58</sup> Dem Vollziehungsbefugten stehe ein obligatorisches Forderungsrecht, eine vollwertige Berechtigung zu. Das Fehlen eines Rechts auf die Leistung umschreibe demnach lediglich den Umstand, dass der Forderungsinhaber kein wirtschaftliches Interesse an der Leistung habe.

Die Auflage stelle damit das gesetzliche Äquivalent zu der vertraglich durch einen Vertrag zugunsten Dritter zu begründenden Konstellation dar.<sup>59</sup> Der Versprechensempfänger im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter habe wie auch der Vollziehungsbefugte ein „Recht, die Leistung zu fordern“, das von einem „Recht auf die Leistung“ zu unterscheiden sei.<sup>60</sup> Beim Vertrag zugunsten Dritter könne dem Dritten das Recht auf die Leistung zustehen (vgl. § 335 BGB), bei der Auflage sei dies hingegen wegen § 1940 BGB ausgeschlossen. Dem Vollziehungsbefugten stehe als Treuhänder des Begünstigten ein inhaltlich dem Treuhandzweck angepasstes Forderungsrecht zu, das dieselben Rechte beinhalte, die auch dem Vermächtnisnehmer

---

<sup>55</sup> *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1, der aber auch annimmt, durch die Auflage werde „ihrer Natur nach für niemand ein materielles Forderungsrecht begründet“.

<sup>56</sup> Ähnlich *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 166; nach *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 64 f. ist der Vollziehungsbefugte im Interesse sowohl des Begünstigten als auch des Erblassers tätig.

<sup>57</sup> *Schultze*, JhJrB 43 (1901), 1, 91 ff.; vgl. auch *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 IV 2, S. 264 („eine Art Treuhänder“) und *Dernburg/Engelmann*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 86 I, S. 245 („Treuhänder“), der jedoch eine Amtstätigkeit des Vollziehungsbefugten in Form einer „Testamentsvollstreckung beschränkten Inhalts“ annimmt (s. dazu näher unten S. 151 ff.).

<sup>58</sup> *Schultze*, JhJrB 43 (1901), 1, 91.

<sup>59</sup> *Schultze*, JhJrB 43 (1901), 1, 91 ff.

<sup>60</sup> *Schultze*, JhJrB 43 (1901), 1, 91.

gegenüber dem vermachtnisbeschwerten Erben oder Vermächtnisnehmer zustehen.<sup>61</sup> Die Auflage sei somit eine Sonderform des Vermächtnisses, bei der die Position des Vermächtnisnehmers in einen Begünstigten und einen Forderungsinhaber aufgespalten sei. Der Vollziehungsbefugte habe die wirtschaftlich dem Begünstigten dienende Forderung in treuhänderischer Funktion inne.

Auch das OLG Schleswig hat den behördlichen Vollziehungsanspruch nach § 2194 S. 2 BGB als Zuweisung einer treuhänderischen Position charakterisiert. Das Gesetz übertrage der zuständigen Behörde „gleichsam treuhänderisch für den Begünstigten, der keinen eigenen Vollziehungsanspruch hat, die Sorge für die Umsetzung der Auflage zu seinen Gunsten“.<sup>62</sup>

#### bb) Parallele zum unechten Vertrag zugunsten Dritter

Die vermeintliche Parallelität der Auflage zum unechten Vertrag zugunsten Dritter wird auch von anderen Autoren hervorgehoben.<sup>63</sup> Diese implizieren damit überwiegend<sup>64</sup> ebenfalls ein Substanzrecht des Vollziehungsbefugten. Ihrem Verständnis nach entspricht die Position des Auflagenbegünstigten der des begünstigten Dritten und die Position des Vollziehungsbefugten der des Versprechensempfängers beim unechten Vertrag zugunsten Dritter. Wie dem Versprechensempfänger beim unechten Vertrag zugunsten Dritter<sup>65</sup> wird so dem Vollziehungsbefugten die Inha-

<sup>61</sup> *Schultze*, JhJrB 43 (1901), 1, 93: „Der zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigte ist Treuhänder. Sein Forderungsrecht, seine Gläubigerschaft ist inhaltlich dem Treuhandzweck angepasst. Es liegen darin die Rechte, die ein Vermächtnisnehmer gegenüber dem mit dem Vermächtniß beschwerten Erben (§§ 1967 ff.) oder Vermächtnisnehmer (§§ 2186 ff.) hat.“

<sup>62</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 08.09.2017 – 3 U 16/17, ErbR 2020, 347, 349; s. kritisch gegenüber dieser „metaphorisch ventilierten Treuhandkonstruktion“ *Baldus*, ErbR 2020, 298, 300.

<sup>63</sup> *Lange*, Lehrbuch des Erbrechts, 1. Aufl. 1962, § 28 I, S. 280 und § 28 III 2, S. 285, inzwischen aufgegeben bei *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 4, S. 661: „Im Gegensatz zum Vertrag zugunsten Dritter liegt hier keine Gläubigerstellung mit richtungsgeänderter Leistungspflicht vor, sondern es besteht von vornherein nur ein Anspruch auf Leistung an den Begünstigten“; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, § 40 IV 1 Rn. 935, S. 292; *Röthel*, Erbrecht, 18. Aufl. 2020, § 37 Rn. 8, S. 437; *K. W. Lange*, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 25, S. 274; *Schäckel*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 6 mit ausdrücklichem Verweis auf § 335 BGB; vgl. auch *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969, S. 49; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 328 Rn. 9 hält Auflagen zugunsten Dritter per se für einen Hauptanwendungsfall des unechten Vertrags zugunsten Dritter; insoweit eine Ausnahme bildet *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 143 f., s. dazu sogleich unten S. 147 f.

<sup>64</sup> Zur abweichenden Schlussfolgerung *Rimmelspachers* s. unten S. 147 f.; zum Konzept *Wiesers* s. unten S. 148 f.

<sup>65</sup> Vgl. zum eigenen Forderungsrecht des Versprechensempfängers im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter BGH, Urt. v. 27.02.1961 – II ZR 60/59 Rn. 12, MDR 1961, 481, 482; BGH, Urt. v. 15.01.1974 – X ZR 36/71, NJW 1974, 502; a. A.: *Hadding*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2010, § 335 Rn. 11 m. w. N. (Befugnis des Versprechensempfängers, die Forderung

berschaft des Substanzrechts zugesprochen, dem dieser durch Geltendmachung des (fremdnützigen) Anspruchs auf Vollziehung zur Durchsetzung verhelfen könne.

### *b) Stellungnahme*

#### aa) Unbeachtlichkeit des Vermögenswerts der Auflage

Der Ansatz Hellwigs kann als überholt gelten. Nach inzwischen allgemeiner Ansicht muss entsprechend den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers<sup>66</sup> eine schuldrechtliche Leistung keinen Vermögenswert haben.<sup>67</sup>

Damit kann auch eine besondere Stellung des Vollziehungsbefugten nach § 2194 BGB nicht mit dem fehlenden Vermögenswert der Leistung erklärt werden. Insbesondere lassen sich aus dem fehlenden Vermögenswert der Auflagenleistung für den Vollziehungsbefugten keine Rückschlüsse auf eine von einem regulären Forderungsrecht abweichende Behandlung der Vollziehungsbefugnis ziehen.

#### bb) Kein personenrechtlicher Anspruch

Der Vollziehungsanspruch stellt entgegen Cosack keinen personenrechtlichen Anspruch dar. Er wurzelt nicht in einer familienrechtlichen Beziehung<sup>68</sup> zwischen dem Vollziehungsbefugten und dem Beschwerten. Auch sein Inhalt bezieht sich nicht

des Dritten als fremdes Recht im eigenen Namen auf Leistung an den Rechtsinhaber [den Dritten] geltend zu machen). Die Frage nach der Forderungsinhaberschaft beim Vertrag zugunsten Dritter kann hier dahinstehen. *Hadding* lehnt eine Forderungsinhaberschaft des Versprechensempfängers ab, da sie zu einer Forderungsmehrheit außerhalb der §§ 420, 428, 432 BGB führen würde, s. dazu *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 481 ff. Eine solche Gefahr besteht bei der Auflage nicht, da dem Begünstigten gem. § 1940 BGB keine Forderung zusteht. Lehnt man mit *Hadding* eine Forderungsinhaberschaft des Versprechensempfängers beim Vertrag zugunsten Dritter ab, kann die vermeintliche Parallelität der Auflage und des Vertrags zugunsten Dritter auch nicht als Argument für eine Forderungsinhaberschaft des Vollziehungsbefugten herangezogen werden. Einer Übertragbarkeit dieser „Ermächtigungstheorie“, die lediglich eine gesetzliche Einziehungsermächtigung hinsichtlich der Forderung des Dritten und keine eigene Forderung des Versprechensempfängers annimmt, auf das Recht der Auflage steht schon konstruktiv entgegen, dass es an einer Forderung des Dritten (des Begünstigten) fehlt, zu deren Einziehung der Vollziehungsbefugte ermächtigt sein könnte.

<sup>66</sup> *Mugdan*, Bd. II, S. 3, 251.

<sup>67</sup> S. nur *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2024, § 1 Rn. 17; *Ennecerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Abt. 2, 18.–22. Aufl. 1923, § 225 II 2, S. 4 f.; vgl. auch schon *Siber*, Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, 1903, S. 94; s. dazu auch *Dorweiler*, Vermögensvorteil und Geldwert beim Vermächtnis, 2005, S. 6 ff. sowie generell zur Bedeutung des Merkmals „Vermögensvorteil“ beim Vermächtnis nach § 1939 BGB.

<sup>68</sup> Vgl. dazu *Ennecerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Abt. 2, 18.–22. Aufl. 1923, § 225 I 3, S. 3 f.

auf die Person des Beschwerten, sondern auf dessen Pflicht zur Erbringung der Auflagenleistung.

#### cc) Keine Höchstpersönlichkeit des Vollziehungsanspruchs

Auch die Kategorisierung der Vollziehungsbefugnis als höchstpersönliches Recht vermag nicht zu überzeugen.<sup>69</sup> Höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die derart eng mit der Person ihres Inhabers verbunden sind, dass eine Übertragung auf eine andere Person ausscheidet.<sup>70</sup> Dabei kann sich die Höchstpersönlichkeit einer Forderung aus einer persönlichen Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner ergeben.<sup>71</sup> Dies kann der Fall sein, wenn die Rechtsausübung erhebliche Folgen für die persönliche Beziehung zwischen den Beteiligten hat, sodass die Entscheidung über die Rechtsausübung dem Berechtigten selbst überlassen sein soll.<sup>72</sup> Beispiele für solche höchstpersönliche Rechte sind etwa § 1300 BGB a. F. (Kranzgeld) und § 530 BGB (Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks).<sup>73</sup>

Eine strukturell besonders enge Beziehung zwischen dem Vollziehungsbefugten und dem Beschwerten besteht nicht. Insbesondere die Vollziehungsbefugnis aufgrund der Wegfallbegünstigung ist durch eine gewisse Zufälligkeit bzgl. der Person ihres Inhabers gekennzeichnet. Sie kann zudem nach verbreiteter Ansicht auch nach dem Erbfall noch Änderungen unterworfen sein, wenn ein Wegfallbegünstigter selbst wegfällt und eine andere Person in seine Stellung einrückt.<sup>74</sup> Nach alldem kann keine besonders enge Verbindung des Anspruchs zu der Person seines Inhabers angenommen werden.

Das Vermächtnis begründet kein höchstpersönliches Recht des Vermächtnisnehmers. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtsfigur der Auflage sich von dem Vermächtnis durch eine Höchstpersönlichkeit der Vollziehungsbefugnis unterscheiden sollte.

#### dd) Keine Vergleichbarkeit mit dem unechten Vertrag zugunsten Dritter

Bei genauerer Betrachtung ist auch die verbreitet postulierte Vergleichbarkeit der Auflage mit dem unechten Vertrag zugunsten Dritter nicht gegeben. Diese scheidet schon aus dem Grund aus, dass die Auflage die Existenz eines Begünstigten nicht

<sup>69</sup> Ablehnend auch *Holthofer*, Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 46.

<sup>70</sup> S. etwa *Flockenhaus*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 851 Rn. 4.

<sup>71</sup> *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 990.

<sup>72</sup> *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 990; vgl. auch *Dietzel*, Untergang statt Fortbestand, 1991, S. 57 ff.

<sup>73</sup> *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 990; *Hähnchen*, in: *Erman*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 530 Rn. 12.

<sup>74</sup> Zur Vererblichkeit der Vollziehungsbefugnis siehe näher unten S. 229 ff.

voraussetzt. Begünstigt die Auflage keine Person konkret, besteht schon kein Dreipersonenverhältnis. Ein Rekurs auf die Rechtsfigur des unechten Vertrags zugunsten Dritter ist daher nicht geeignet, die Struktur der Auflage zu erklären.

Aber auch die drittbegünstigende Auflage ist nicht mit dem unechten Vertrag zugunsten Dritter vergleichbar. Zwischen dem Vollziehungsbefugten und dem Begünstigten besteht kein Rechtsverhältnis, es fehlt also an einer dem Valutaverhältnis beim unechten Vertrag zugunsten Dritter vergleichbaren Rechtsbeziehung.<sup>75</sup> Demnach ist auch das Verhältnis zwischen Beschwertem und Vollziehungsbefugtem bei der Auflage nicht wie das Verhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger beim unechten Vertrag zugunsten Dritter<sup>76</sup> als Schuldverhältnis mit richtungsgeänderter Leistungspflicht zu verstehen.<sup>77</sup> Dient beim unechten Vertrag zugunsten Dritter die Empfangszuständigkeit des Dritten und die Ermächtigung bzw. Verpflichtung des Versprechenden zur Leistung an den Dritten üblicherweise der Abkürzung der Lieferverhältnisse, fehlt es bei der Auflage an einer solchen in einer Beziehung zwischen Vollziehungsbefugtem und Begünstigtem wurzelnden Rechtfertigung.<sup>78</sup> Mit der Geltendmachung der Vollziehungsbefugnis verfolgt der Vollziehungsbefugte, sofern er nicht selbst zugleich auch der Begünstigte der Auflage ist,<sup>79</sup> ausschließlich fremdnützige Interessen und bezweckt nicht etwa wie beim unechten Vertrag zugunsten Dritter die Erfüllung einer eigenen vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem begünstigten Dritten. Das Valutaverhältnis dient beim unechten Vertrag zugunsten Dritter zudem als Rechtfertigung für die Güterbewegung.<sup>80</sup> Die in Erfüllung der Auflage erbrachte Leistung ist dagegen nicht aufgrund der Beziehung zwischen dem Begünstigten und dem Vollziehungsbefugten ge-rechtfertigt.<sup>81</sup>

Hinzu kommt, dass beim unechten Vertrag zugunsten Dritter der Dritte von dem Versprechensempfänger gem. § 362 Abs. 2 BGB zur Entgegennahme der Zuwendung ermächtigt ist.<sup>82</sup> Die Ermächtigung kann widerruflich oder unwiderruflich ausgestaltet sein.<sup>83</sup> Grundsätzlich entspringt sie aber einem Willensentschluss des Versprechensempfängers. Bei der drittbegünstigenden Auflage hingegen stellt sich die Position des Begünstigten als rechtliches *nullum* dar<sup>84</sup> und folgt die Verpflichtung

<sup>75</sup> Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 20 II 1, S. 477 f.

<sup>76</sup> Vgl. *Raab*, Austauschverträge mit Drittbe teiligung, 1999, S. 28.

<sup>77</sup> *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 126; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 4, S. 661.

<sup>78</sup> S. zum Dreiecksverhältnis beim unechten Vertrag zugunsten Dritter etwa *Raab*, Austauschverträge mit Drittbe teiligung, 1999, S. 27 ff.

<sup>79</sup> S. näher dazu unten S. 248 ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Raab*, Austauschverträge mit Drittbe teiligung, 1999, S. 32.

<sup>81</sup> Zu den bereicherungsrechtlichen Leistungsbeziehungen s. näher unten S. 241 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *Raab*, Austauschverträge mit Drittbe teiligung, 1999, S. 30, 171 f.

<sup>83</sup> *Kern*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 362 Rn. 63.

<sup>84</sup> Zur Position des Begünstigten s. näher unten S. 239 f.

des Beschwertern zur Zuwendungserbringung an den Dritten der erbrechtlichen Anordnung, ohne dass der Vollziehungsbefugte hierauf einen Einfluss hätte.

Schon die unterschiedliche Interessenlage steht damit der Vergleichbarkeit des unechten Vertrags zugunsten Dritter mit der drittbegünstigenden Auflage entgegen.<sup>85</sup>

Ob die von Schultze vertretene Differenzierung zwischen dem „Recht auf die Leistung“ und dem „Recht, die Leistung zu fordern“ zutreffend ist, wird noch zu untersuchen sein.<sup>86</sup> Festzuhalten ist jedenfalls, dass die vermeintliche Parallelität der Auflage zum unechten Vertrag zugunsten Dritter nicht besteht und sie daher auch nicht geeignet ist, als der Auflage vergleichbare Struktur zu dienen und eine Klassifizierung der Vollziehungsbefugnis als Forderung mit richtungsgeänderter Leistungspflicht zu rechtfertigen.

#### ee) Keine treuhänderische Funktion der Vollziehungsbefugnis gegenüber dem Begünstigten

Die Vollziehungsbefugnis hat aus demselben Grund, aus dem die Struktur der Auflage nicht der des unechten Vertrags zugunsten Dritter vergleichbar ist, auch keine treuhänderische Funktion gegenüber dem Begünstigten.<sup>87</sup> Ist die Existenz eines Begünstigten keine Voraussetzung der Auflage, kann sie auch nicht prägendes Merkmal der Vollziehungsbefugnis sein.

Das Gesetz unterscheidet hinsichtlich der Vollziehungsbefugnis nicht, ob die Auflage eine Drittbegünstigung vorsieht oder nicht. Es erscheint daher wenig überzeugend, die Funktion der Vollziehungsbefugnis anhand der Erfüllung dieses Merkmals unterschiedlich festzulegen. Hinzu kommt, dass es sich bei der Position des Begünstigten lediglich um einen Rechtsreflex, um ein rechtliches *nullum* handelt. Verschafft die Auflage damit dem Begünstigten keine Rechtsposition, kann auch nicht davon die Rede sein, die Vollziehungsbefugnis diene treuhänderisch seinem Interesse. Auch die Unterscheidung zwischen einer drittbegünstigenden und einer nicht drittbegünstigenden Auflage vermag demnach die Vollziehungsbefugnis bei

---

<sup>85</sup> So auch *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 125; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 4, S. 661.

<sup>86</sup> S. dazu unten S. 154 ff.

<sup>87</sup> Ablehnend auch *Burchardi*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 22, allerdings mit der zweifelhaften Begründung, der Vollziehungsbefugte habe aufgrund seiner erbrechtlichen Stellung und der Aussicht auf den Kondiktionsanspruch nach § 2196 BGB ein eigenes Interesse an der Vollziehung der Auflage, das eine Treuhand ausschließe, da diese stets die Inhaberschaft eigener Rechte in ausschließlich fremden Interesse voraussetze. Zum einen steht der Kondiktionsanspruch nach § 2196 BGB nicht allen Vollziehungsbefugten, sondern lediglich dem Wegfallbegünstigten zu. Zum anderen kann aus der Inhaberschaft des Kondiktionsanspruchs kein eigenes Interesse an der Vollziehung der Auflage gefolgert werden. Wird die Auflage vom Beschwertern vollzogen, kommt der Wegfallbegünstigte gerade nicht in den Genuss, eine ungerechtfertigte Bereicherung nach § 2196 BGB abzuschöpfen.

einer drittbegünstigenden Auflage nicht als treuhänderisch gegenüber dem Begünstigten einzustufen.

ff) Keine Fremdnützlichkeit der Vollziehungsbefugnis  
gegenüber dem Begünstigten

Auch der die Fremdnützlichkeit der Vollziehungsbefugnis betonende Ansatz vermag nicht zu überzeugen. In der Sache wird bei diesem Begründungsmuster ebenfalls auf den fehlenden Vermögenswert der Auflagenleistung für den Vollziehungsbefugten abgestellt. Die Fremdnützlichkeit der Vollziehungsbefugnis wird darin gesehen, dass der Vollziehungsbefugte kein eigenes materielles Interesse an der Erfüllung der Auflage habe.<sup>88</sup> Die Auflage begünstige entweder keine Person oder eine andere Person als den Vollziehungsbefugten. Damit liegt dieser Ansicht ebenfalls das Verständnis zugrunde, die Auflage habe für den Vollziehungsbefugten keinen Vermögenswert und dieser Umstand schließe es aus, dass die Auflage dem Vollziehungsbefugten oder einem anderen ein Recht auf die Leistung verschafft. Letztlich wirkt in dieser Ansicht die überwundene Auffassung des Vermögensfordernisses der Obligation lediglich in anderem Gewand – dem Begriff der Fremdnützlichkeit – fort.

Dass die Vollziehungsbefugnis stets fremdnütziger Art in diesem Sinne ist, kann nicht ohne Weiteres postuliert werden. Werden die Fremdnützlichkeit und das fehlende eigene vermögensrechtliche Interesse an der Erfüllung der Auflage damit begründet, dass Begünstigter der Auflage entweder ein von dem Vollziehungsbefugten zu unterscheidender Dritter ist oder ein solcher überhaupt nicht existiert, wird gerade das vorausgesetzt, was bewiesen werden soll. Verneint man die Zulässigkeit einer Personenidentität von Vollziehungsbefugtem und Begünstigtem unter Verweis auf die vermeintliche Fremdnützlichkeit der Vollziehungsbefugnis,<sup>89</sup> stellt die Argumentation einen Zirkelschluss dar.

gg) Bedenken gegen die Zuweisung eines Substanzrechts  
an den Vollziehungsbefugten

Demnach vermag keiner der verschiedenen Begründungsansätze zur Einstufung der Vollziehungsbefugnis als vermeintlich atypisches Forderungsrecht zu überzeugen. Ob der Vollziehungsbefugnis ein Vermögenswert zukommt, ist für ihre Einstufung als Forderungsrecht unbedeutlich. Die Vollziehungsbefugnis ist kein personenrechtlicher, kein höchstpersönlicher und kein dem Begünstigten gegenüber fremdnütziger Anspruch. Sie hat auch keine treuhänderische Funktion gegenüber dem Begünstigten und ist strukturell nicht dem unechten Vertrag zugunsten Dritter

<sup>88</sup> So ausdrücklich *Holthofer*, Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 46.

<sup>89</sup> S. zu den entsprechenden Ansichten unten S. 250 f., 255 ff.

vergleichbar. Mit diesen vermeintlichen Eigenschaften der Vollziehungsbefugnis lässt sich die Struktur der Auflage mithin nicht erklären.

Durchgreifende Bedenken begegnen der von den dargestellten Ansätzen implizierten Konzeption einer Zuweisung des Substanzrechts an den Vollziehungsbezugten auch hinsichtlich der dargestellten Struktur des Privatrechts. Wie oben dargelegt, ist ein Anspruch als Schutzrecht nicht mit einem Substanzrecht wie der Forderung gleichzusetzen. Ein Anspruch wie auch der Vollziehungsanspruch aus § 2194 BGB hat die Funktion, die Verwirklichung eines Substanzrechts durchzusetzen. Allein die Inhaberschaft eines solchen Schutzrechts geht damit noch nicht per se mit der Inhaberschaft des geschützten Substanzrechts einher.<sup>90</sup> Differenziert man zwischen Schutz- und Substanzrecht, wird deutlich, dass nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, dem Vollziehungsbezugten sei eine Rechtsposition in Form eines Substanzrechts zugewiesen. In dem Verständnis des Vollziehungsbezugten als an der Auflagenpflicht Berechtigten setzt sich vielmehr die verbreitete, aber verfehlte Gleichsetzung des schuldrechtlichen Anspruchs mit der Forderung und die fehlende Differenzierung zwischen Substanz- und Schutzrecht bei obligatorischen Rechten fort.

Zudem fällt auf, dass der Vollziehungsbezugte nicht mit den Schutzinstrumenten ausgestattet ist, die dem Inhaber eines Substanzrechts grundsätzlich gewährt werden. Dem Inhaber der Vollziehungsbezugnis stehen nicht ohne Weiteres auch bereicherungsrechtliche oder schadensersatzrechtliche Schutzinstrumente zu. Das Gesetz sieht unterschiedliche Regelungen für die Inhaberschaft des Kondiktionsanspruchs nach § 2196 BGB und die Inhaberschaft der Vollziehungsbezugnis vor. Der Kondiktionsanspruch steht lediglich dem Wegfallbegünstigten, nicht dagegen den anderen Vollziehungsbezugten, dem Erben und dem Miterben, schon in dieser Funktion zu, sondern nur, wenn diese zugleich auch Wegfallbegünstigte sind. Ein spezieller schadensersatzrechtlicher Schutzanspruch ist gesetzlich nicht vorgesehen und deliktsrechtlicher Schutz wird dem Vollziehungsbezugten auch einhellig verwehrt.<sup>91</sup>

Schließlich spricht auch der Wortlaut des § 1940 BGB gegen eine entsprechende Berechtigung des Vollziehungsbezugten. Die Vorschrift schließt nicht nur die Zuwendung eines Rechts auf die Leistung an den Begünstigten, sondern auch an den Vollziehungsbezugten aus. Wie ausgeführt, behelfen sich Vertreter der dargestellten Ansicht insoweit mit der Überlegung, die Vollziehungsbezugnis stelle kein Recht auf die Leistung im Sinne des § 1940 BGB dar, da sie ein atypisches (Forderungs-)Recht sei. Worin diese Atypizität besteht, wird dabei zwar unterschiedlich bewertet. Jedenfalls sei dem Vollziehungsbezugten aber die der Leistungspflicht des Be schwerten korrespondierende Berechtigung zugewiesen. Paradigmatisch ist etwa die

<sup>90</sup> So auch *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 I b) 2, S. 727; zur abweichenden Auffassung, die eine Untrennbarkeit des rechtsverwirklichen Schutzmechanismus von der Inhaberschaft des Substanzrechts annimmt, s. unten S. 173 f.

<sup>91</sup> S. dazu die Nachweise unten S. 246.

Einschätzung, der Begriff des Rechts auf die Leistung in § 1940 BGB sei lediglich als Ausschluss der Berechtigung eines „wirtschaftlich Selbstinteressierten“ auszulegen.<sup>92</sup> Ob eine solche Auslegung des § 1940 BGB zutreffend ist, wird noch zu untersuchen sein.<sup>93</sup> Festzuhalten bleibt aber, dass aus der Inhaberschaft der Vollziehungsbefugnis nicht die Inhaberschaft eines Substanzrechts geschlossen werden kann und die Rechtsstellungen der Beteiligten gegen ein solches Substanzrecht des Vollziehungsbefugten sprechen.<sup>94</sup>

#### 4. Recht des Begünstigten

Die Auflage wird teilweise als Substanzrecht des Begünstigten verstanden. Die jeweiligen Begründungsansätze weichen dabei voneinander ab.

##### a) Substanzrecht unter Ausschluss der Klagbarkeit

Teilweise wird vertreten, das durch die Auflage begründete Recht gehöre zum Vermögen des Begünstigten, die Auflagenleistung sei mithin diesem geschuldet.<sup>95</sup> Konstruktiv bestehe zwischen dem Begünstigten und dem Beschwertern ein Rechtsverhältnis, bei dem § 1940 BGB lediglich die *Klagbarkeit* ausschließe. Dem grundsätzlich berechtigten Begünstigten fehle somit allein der klagbare Anspruch. Dagegen sei die „berechtigende Seite“<sup>96</sup> des durch die Auflage begründeten Rechtsverhältnisses gegeben, sodass dem durch die Auflage unmittelbar Begünstigten auch ein Recht zusteünde.

Die Auflage verschaffe dem Begünstigten einen Rechtsgrund, sodass der Empfang der Auflagenleistung kondiktionsfest sei.<sup>97</sup> Dies wird vereinzelt als „schuld-

<sup>92</sup> S. oben S. 138 f.

<sup>93</sup> S. dazu unten S. 154 ff.

<sup>94</sup> Ablehnend auch *Crome*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, 1897, § 75, S. 533; *Kohler*, ArchBürgR 21 (1902), 259, 261; *Strohal*, Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1896, S. 7; *Sturm*, Der Vollziehungsberichtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 126; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI, S. 741.

<sup>95</sup> *Stammler*, FS Gießen (1907), S. 3, 34 f.; wohl auch *Riedel*, Abtretung und Verpfändung, 1982, S. 503 f. und Fn. 104, der die Auflage wohl als Naturalobligation zugunsten des Begünstigten versteht, da er einen erfüllbaren, abtretbaren und pfändbaren (aber wohl nicht zwangswise durchsetzbaren) Anspruch des Begünstigten annimmt; in diese Tendenz auch *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 144 („Wenn aber aufgrund der Auflage ein Dritter als Begünstigter eine Leistung erhalten soll, so sind die in § 2194 BGB zugeteilten Sicherungsmittel Rechtsbehelfe zum Schutz dieser Position des Dritten“), ausführlich zu *Rimmelspachers* Ansicht sogleich unten S. 147 f.

<sup>96</sup> *Stammler*, FS Gießen (1907), S. 3, 35.

<sup>97</sup> *Weidlich*, in: *Grüneberg*, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2192 Rn. 1; *Schewe*, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 233; darauf, dass die an den Begünstigten

rechtliche Anwartschaft“,<sup>98</sup> teilweise jedenfalls als Rechtsposition des Begünstigten verstanden.<sup>99</sup> Dem Begünstigten wird nach diesem Verständnis eine Rechtsposition eingeräumt, die nicht durch Rechtsbehelfe geschützt wird. Er wird danach zum Inhaber einer anspruchsentkleideten Forderung, seine Position ist mit der des Inhabers einer Naturalobligation vergleichbar. Anders als bei einer Naturalobligation sind die Klagbarkeit und die Vollstreckbarkeit der Rechtsposition des Begünstigten jedoch nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern einem anderen Rechtssubjekt, dem Vollziehungsbefugten, übertragen. Lässt man eine Personenidentität der Inhaberschaft von Vollziehungsbefugnis und Begünstigung zu,<sup>100</sup> vereinigen sich in der Position des begünstigten Vollziehungsbefugten nach dieser Ansicht alle ein Substanzrecht kennzeichnenden Positionen und Befugnisse.<sup>101</sup>

#### *b) Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter nach Rimmelspachers Verständnis*

Auch Rimmelspacher hält wie teilweise Vertreter der Ansicht, dem Vollziehungsbefugten stehe das Substanzrecht auf Erbringung der Auflage zu,<sup>102</sup> die Rechtsverhältnisse des Vertrags zugunsten Dritter und der letztwilligen Auflage für vergleichbar. Aufgrund eines abweichenden Strukturverständnisses vom Vertrag zugunsten Dritter zieht er jedoch, inhaltlich insoweit konsequent, die Schlussfolgerung, die Auflage begründe ein Substanzrecht des Begünstigten.

Der Vertrag zugunsten Dritter,<sup>103</sup> gleich ob es sich um einen echten oder unechten handelt, begründe ein Substanzrecht (in Rimmelspachers Terminologie eine

erbrachte Leistung nicht ohne Rechtsgrund erfolgt, weisen im Übrigen auch *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2192 Rn. 10; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2192 Rn. 11; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbstverwerb, 2002, S. 152; *Linnartz*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 2192 Rn. 13 hin. S. zu den bereicherungsrechtlichen Rechtsbeziehungen unten S. 241 ff.

<sup>98</sup> *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 2, S. 659; dagegen *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2192 Rn. 10 Fn. 20; *Müller-Christmann*, in: Beck-OK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2192 Rn. 11; *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2192 Rn. 12; s. näher zur Position des Begünstigten unten S. 239 f.

<sup>99</sup> *Schewe*, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 233; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2192 Rn. 10.

<sup>100</sup> S. dazu unten S. 248 ff.

<sup>101</sup> Bei Zugrundelegung eines nominalbegrifflichen Verständnisses des subjektiven Rechts (s. dazu oben S. 119) müsste ein solches dann angenommen werden. Der Ausschluss eines Rechts auf die Leistung nach § 1940 BGB müsste daher bei einem solchen Verständnis einer Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem entgegenstehen und ein Zusammenfallen von Begünstigung und Vollziehungsbefugnis untersagen, um nicht jeglicher Bedeutung beraubt zu sein.

<sup>102</sup> S. oben S. 139 f.

<sup>103</sup> Unter den auch die Schenkung unter Auflage nach § 525 BGB falle, wenn sie einen Dritten begünstigt, vgl. *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 142.

„Rechtsposition“) des Dritten.<sup>104</sup> Dem Versprechensempfänger stehe lediglich ein Schutzrecht zugunsten des Dritten zu.<sup>105</sup>

Analog dazu verleihe die Auflage, wenn sie jemanden begünstigt, dem Begünstigten ein Substanzrecht und dem Vollziehungsbefugten ein entsprechendes Schutzrecht. Begünstigt die Auflage niemanden, diene die Vollziehungsbefugnis dagegen nicht der Durchsetzung eines Substanzrechts.<sup>106</sup>

Es bleibt offen, ob Rimmelspacher die Vollziehungsbefugnis in diesem Fall dennoch als Schutzrecht qualifizieren will. Rimmelspacher widerspräche dann seiner andernorts geäußerten Einschätzung, dass Schutzrechte der Sicherung und Durchsetzung von Substanzrechten dienten.<sup>107</sup> Auch in Ermangelung eines Schutzobjekts wird daher davon wohl kaum auszugehen sein. Damit bleibt die Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis jedoch ungeklärt. Zudem führt dies zu einem gespaltenen Verständnis der Vollziehungsbefugnis, deren Rechtsnatur davon abhänge, ob die Auflage einen Dritten begünstigt. Auch Rimmelspachers Konzeption des unechten Vertrags zugunsten Dritter, derzufolge dem Dritten ein Substanzrecht und dem Versprechensempfänger ein Schutzrecht zusteht, entspricht nicht dem Verständnis der herrschenden Meinung. Danach besteht ein eigenes Forderungsrecht des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten, während der Dritte selbst grundsätzlich kein Forderungsrecht innehaltet.<sup>108</sup>

### c) „Anrecht“

Wieser zufolge schafft die Auflage zwar kein Forderungsrecht des Begünstigten, diesem stehe aber ein entsprechendes „Anrecht“ zu. Wieser unterscheidet bei der Bestimmung der Forderungsstruktur grundsätzlich zwischen einem „Anrecht“ auf einen „Pflichtvorteil“ und der „Zuständigkeit“, den Pflichtvorteil zu verlangen.<sup>109</sup> Das Anrecht sei das Recht „auf den Vorteil, den der Verpflichtete nach dem Willen der Rechtsordnung durch die Erfüllung seiner Pflicht einem anderen verschaffen soll“<sup>110</sup> und damit das „Spiegelbild der relativen Pflicht“<sup>111</sup>. Hierzu zu trennen sei die Zuständigkeit, mithin die Befugnis, den Pflichtvorteil zu verlangen und damit auf

---

<sup>104</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 120 ff.

<sup>105</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 122 f.

<sup>106</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 143 f.

<sup>107</sup> Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 108.

<sup>108</sup> Klumpp, in: Staudinger, BGB, 2020, § 328 Rn. 3; Westermann, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 328 Rn. 2.

<sup>109</sup> Wieser, JR 1967, 321, 322 ff.

<sup>110</sup> Wieser, JR 1967, 321, 322.

<sup>111</sup> Wieser, JR 1967, 321, 324.

Kosten des Schuldners „für sich haben zu wollen“.<sup>112</sup> Sie sei nicht mit der Inhaberschaft des Rechts gleichzustellen, sondern stelle selbst eine eigenständige Rechtsstellung dar. Das Anrecht habe nicht die Befugnis zum Gegenstand, ein bestimmtes Verhalten von dem Schuldner zu verlangen, sondern beziehe sich allein auf den Vorteil, der seinem Inhaber durch das Verhalten des Schuldners nach dem Willen der Rechtsordnung zustehen soll.<sup>113</sup> Die Zuständigkeit dagegen besage, dass „ihr Inhaber berechtigt ist, etwas zu fordern, genauer: daß es ihm von Rechts wegen zukommt, etwas haben zu wollen“. Auch der Bezugspunkt dieser Zuständigkeit sei nicht ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, sondern der Pflichtvorteil.<sup>114</sup> Fehlt eines dieser beiden Elemente, liege keine Forderung vor.<sup>115</sup> Weder das Anrecht noch die Zuständigkeit allein stellen eine Forderung dar.

Bei der erbrechtlichen Auflage stehe dem Begünstigten ein reines Anrecht und dem Vollziehungsbefugten die Zuständigkeit zu.<sup>116</sup> Demnach habe weder der Begünstigte noch der Vollziehungsbefugte eine Forderung inne.<sup>117</sup> Die Rechtsstellung des Begünstigten entspreche der des Dritten beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, der den Versprechenden zur Leistung an den Dritten verpflichtet.<sup>118</sup> Es ist zwar fraglich, ob die Rechtsposition des Begünstigten nach Wiesers Konzeption damit noch als Substanzrecht bezeichnet werden kann. Jedenfalls geht Wieser aber davon aus, dass das „Anrecht“ des Begünstigten der Pflicht des Beschwertern entspreche und diese spiegle.<sup>119</sup> Auch wenn damit dem Begünstigten keine Forderung zustehe, wird ihm mit dem „Anrecht“ die materielle Berechtigung an der Verpflichtung des Beschwertern zugesprochen.

#### *d) Anwendbarkeit des § 330 S. 2 Alt. 1 BGB*

Teilweise wird zudem vertreten, die Auslegungsregel des § 330 S. 2 Alt. 1 BGB finde auch unmittelbar Anwendung auf unentgeltliche letztwillige Zuwendungen.<sup>120</sup>

---

<sup>112</sup> Wieser, JR 1967, 321, 322.

<sup>113</sup> Wieser, JR 1967, 321, 325.

<sup>114</sup> Wieser, JR 1967, 321, 325.

<sup>115</sup> Wieser, JR 1967, 321, 324.

<sup>116</sup> Wieser, JR 1967, 321, 324.

<sup>117</sup> Wieser, JR 1967, 321, 324.

<sup>118</sup> Wieser, JR 1967, 321, 324.

<sup>119</sup> Den Begriff „Recht auf die Leistung“ in §§ 335, 1940 BGB versteht Wieser als Bezeichnung des Anrechts, Wieser, JR 1967, 321, 325. Diese Auslegung des § 1940 BGB steht jedoch im Gegensatz zu Wiesers ausdrücklich geäußerten Einschätzung, der Auflagenbegünstigte habe ein solches Anrecht inne. Wäre der Begriff tatsächlich auf diese Art auszulegen, schlösse er ein Anrecht des Begünstigten gerade aus. Übrig bliebe dann nach der Forderungskonzeption Wiesers allein die „Zuständigkeit“ des Vollziehungsbefugten.

<sup>120</sup> Klumpp, in: Staudinger, BGB, 2020, § 330 Rn. 6; Gottwald, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 330 Rn. 6; Hadding, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2010, § 330 Rn. 22; Hammes, WM 1987, 1249, 1250; a.A.: Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 146; Bayer, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 330 Rn. 4.

Nach dieser Vorschrift ist im Zweifel anzunehmen, dass bei einer unentgeltlichen Zuwendung, bei der dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt worden ist, der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Dann stünde im Zweifel dem Begünstigten gegen den mit der Auflage Beschwerten ein eigenes Recht auf die Leistung zu. Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf ein Urteil des OLG Frankfurt am Main aus dem Jahre 1986.<sup>121</sup> Das Gericht hatte in dieser Entscheidung über eine unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden auf den Todesfall zu entscheiden. Der Erblasser schenkte der Beklagten auf seinen Todesfall ein Sparguthaben u. a. unter der (schenkungsrechtlichen) Auflage, der Klägerin ein Drittel des Guthabens zu übereignen. Das OLG Frankfurt am Main hat die Zweifelsregelung des § 330 S. 2 BGB nicht ausdrücklich angewandt, sondern bejahte ohne weitere Begründung ein Forderungsrecht des begünstigten Dritten. Im Ergebnis stimmt die Entscheidung aber inhaltlich mit der Vermutung des § 330 S. 2 BGB überein.<sup>122</sup>

#### *e) Stellungnahme*

Die Annahme, dem Begünstigten einer Auflage stünde ein Substanzrecht zu, vermag die Struktur der Auflage nicht zu erklären, da diese schon nicht die Existenz eines Begünstigten voraussetzt und auch in Fällen, in denen die Leistung nicht an eine bestimmte Person erbracht zu werden hat, sondern beispielsweise der Öffentlichkeit, dem Andenken an den Erblasser oder dem Beschwerten selbst dient, eine wirksame Verpflichtung begründet.<sup>123</sup> Fehlt es an einem begünstigten Leistungs-empfänger, kann ein solcher auch nicht das berechtigte Rechtssubjekt sein. Ein Erklärungsansatz, der den Begünstigten einer Auflage als Inhaber der mit der Pflicht des Beschwerten korrespondierenden Rechtsposition versteht, ist daher von vornherein allenfalls in der Lage, die Rechtsfigur der Auflage nur in einem beschränkten Anwendungsbereich zu erfassen. Kann ein Konzept eine Rechtsfigur jedoch nicht umfänglich erklären, ist es für ihr Verständnis untauglich.

Zudem widerspricht eine Berechtigung des Begünstigten dem Wortlaut des § 1940 BGB. Ausgeschlossen werden nicht lediglich die Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit oder die „Vollziehbarkeit“ in der Person des Begünstigten, sondern die

---

<sup>121</sup> OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 25.06.1986 – 21 U 239/84, WM 1987, 1248.

<sup>122</sup> Mäsch, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.07.2024, § 330 Rn. 11.2; Hammen, WM 1987, 1249, 1251.

<sup>123</sup> So auch Hohner, Subjektlose Rechte, 1969, S. 49; Stammler, FS Gießen (1907), S. 45 erkennt in solchen Fällen eine Parallele zu „den juristischen Personen, besonders den Stiftungen“. Der Auflagenverpflichtung wird man jedoch keine Stellung als eigenständiges Rechtssubjekt, das durch den Vollziehungsbefugten als sein Organ handelt, einräumen können. Hier zeigt sich vielmehr die Schwäche der Konstruktion *Stammlers*, die zu einer unterschiedlichen Qualifikation der Rechtsfigur der Auflage führt, je nachdem, ob diese ein Rechtssubjekt begünstigt oder nicht. Eine solche Differenzierung ist in der Legaldefinition der Auflage nicht angelegt. *Stammlers* Verständnis der Auflage ist nicht in der Lage, einen einheitlichen und kohärenten Begriff zu bilden.

Zuwendung eines Rechts auf die Leistung. Auch nach der Ausführung des Gesetzgebers soll eine Auflage kein Forderungsrecht des Begünstigten begründen und sich gerade in diesem Umstand von dem Vermächtnis unterscheiden.<sup>124</sup>

Auch die Anwendung des § 330 S. 2 Alt. 1 BGB überzeugt nicht. Das dargestellte Urteil des OLG Frankfurt am Main stützt eine Anwendung des § 330 S. 2 Alt. 1 BGB auf eine den Erben oder Vermächtnisnehmer beschwerende letztwillige Auflage gerade nicht. Das Gericht hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Vertrag zwischen dem Erblasser als Versprechensempfänger und der Bank als Versprechendem als Vertrag zugunsten Dritter den Regeln des Schuldrechts, nicht des Erbrechts unterstellt. Auch wenn im Valutaverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Begünstigten eine unentgeltliche Zuwendung wie eine Schenkung vorliegt, lehnt die höchstrichterliche Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts als auch des Bundesgerichtshofs eine Anwendung der erbrechtlichen Formvorgaben nach § 2301 Abs. 1 BGB ab.<sup>125</sup> Das OLG Frankfurt am Main traf daher keine Aussage über die Anwendbarkeit der in § 330 S. 2 Alt. 1 BGB ausgedrückten Vermutungsregel auf letztwillige Zuwendungen.<sup>126</sup>

## 5. Amtstheorie

### a) Überblick

Vereinzelt wird vertreten, der Vollziehbefugte übe ein privates Amt aus, vergleichbar dem des Testamentsvollstreckers (sogenannte Amtstheorie).<sup>127</sup> Dafür spreche, dass der Vollziehbefugte als Inhaber eines fremdnützigen Anspruchs auch eine fremdnützige Funktion ausübe. Er könne die Vollziehung der Auflage verlangen und handele dabei in fremdem Interesse, nämlich zur Erfüllung der An-

<sup>124</sup> S. oben S. 72 ff.; zur Auslegung des § 1940 BGB näher unten S. 154 ff.

<sup>125</sup> RG, Urt. v. 08.02.1923 – IV 86/22, RGZ 106, 1 ff.; RG, Urt. v. 25.03.1930 – VII 440/29, RGZ 128, 187 ff.; BGH, Urt. v. 26.11.1975 – IV ZR 138/74, BGHZ 66, 8 ff.; BGH, Urt. v. 14.07.1976 – IV ZR 123/75, WM 1976, 1130 ff.; BGH, Urt. v. 19.10.1983 – IVa ZR 71/82, NJW 1984, 480.

<sup>126</sup> So auch *Mäsch*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.07.2024, § 330 Rn. 11.2; *Bayer*, in: *Erman*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 330 Rn. 4; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 146.

<sup>127</sup> von *Lübtow*, Erbrecht, Bd. 1, 1971, S. 394; vgl. auch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 4, S. 661 Fn. 73 (Die Rechtsstellung des Vollziehbefugten ähnele einer „Partei kraft Amtes“); *Dernburg/Engelmann*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III Fn. 10, S. 250 („eine Art Amt“); *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 6, S. 506 Fn. 40; in diese Richtung auch *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 169 („Alle die im § 2194 BGB Genannten sind nicht Gläubiger, sondern vom Gesetz berufene Vollstreckender des letzten Willens“); *Voigt*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1910, S. 54; *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 123.

ordnung des Erblassers. Wie der Testamentsvollstrecker<sup>128</sup> könne auch der Vollziehungsbeauftragte im eigenen Namen und kraft eigenen Anspruchs unabhängig vom Willen der Erben handeln.<sup>129</sup> Bisweilen wird die Vollziehungsbeauftragung ausdrücklich als „gesetzlich zugeteiltes Recht der Testamentsvollstreckung beschränkten Inhalts“ verstanden.<sup>130</sup>

Auch bei Hellwig klingt diese Amtstheorie in Grundzügen an. Bezugnehmend auf die Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren, bei der Vollziehungsbeauftragung handele es sich um eine mehr formale Befugnis, die dem Berechtigten kein Forderungsrecht von materiellem Vermögenswert zuwende,<sup>131</sup> versteht Hellwig den Vollziehungsbeauftragten nach § 2194 BGB „lediglich [als] Vollstrecker des letzten Willens“.<sup>132</sup>

Welche Folgerungen nach der Amtstheorie für die Struktur der Auflage zu ziehen sind, bleibt unklar. Teilweise – wenn die Stellung des Vollziehungsbeauftragten als Treuhänder hervorgehoben wird – nähert sie sich dem die Fremdnützigkeit der Vollziehungsbeauftragung betonenden Ansatz an, teilweise – wenn die Vollziehungsbeauftragung als inhaltlich beschränkte Testamentsvollstreckung verstanden wird – scheint ein Anspruch ohne zugrunde liegendes Recht angenommen zu werden.

### *b) Stellungnahme*

Als privates Amt wird ein konkreter Aufgaben- und Pflichtenkreis (als Inbegriff von Wahrnehmungszuständigkeiten) in einer Handlungsorganisation, der institutionell bestimmt und von einem Menschen fremdnützig ausgeübt wird, verstanden.<sup>133</sup>

Die Rechtsstellung des Inhabers eines privaten Amtes ist dadurch gekennzeichnet, dass neben die Amtsmacht, also die Befugnis, für das Amt und damit für das Organisationssubjekt zu handeln, weitere Rechte und Pflichten treten. Dieses sogenannte Amtswalterrechtsverhältnis bildet den Regelungsrahmen für die Ausübung der dem Amtswalter verliehenen Kompetenz.<sup>134</sup>

---

<sup>128</sup> Vgl. zur Amtstheorie beim Testamentsvollstrecker und den abweichenden (und überholten) Konzepten zur rechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers etwa Becker, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, Vor § 2197 Rn. 1 ff.

<sup>129</sup> Vgl. zu den Merkmalen der Amtsstellung des Testamentsvollstreckers nur RG, Urt. v. 22.01.1904 – VII 456/03, RGZ 56, 327, 330; RG, Urt. v. 15.02.1911 – V 110/10, RGZ 75, 299, 302.

<sup>130</sup> So Dernburg/Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III, S. 250.

<sup>131</sup> Vgl. oben S. 73.

<sup>132</sup> Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S. 59; s. näher zu Hellwigs Verständnis der Auflage oben S. 135.

<sup>133</sup> So die Definition bei Jacoby, Das private Amt, 2007, S. 162, 595; s. zum privaten Amt auch Belling, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 141 ff. m. w.N.; Kötgen, FS Smend (1962), S. 119, 146 hält die Vorstellung eines Privatamts für einen „Widerspruch in sich selbst“.

<sup>134</sup> Jacoby, Das private Amt, 2007, S. 478.

Der Vollziehungsbefugte ist im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker nicht zu einem Tätigwerden verpflichtet.<sup>135</sup> Es bleibt seiner freien Entscheidung überlassen, ob er den Vollziehungsanspruch geltend macht oder dies unterlässt. Das Gesetz enthält keine Vorgaben, an denen er seine Amtsführung (die lediglich in der Entscheidung über die Geltendmachung der Vollziehungsbefugnis bestünde) auszurichten hätte. Damit fehlt es schon an einem Maßstab, an dem sich eine ordnungsgemäße Amtsführung zu orientieren hätte. Den Vollziehungsbefugten treffen keine Pflichten neben dem Recht, die Vollziehungsbefugnis auszuüben. Allein die Verleihung einer solchen Befugnis, auch wenn es sich um eine fremdnützige handelt, ist vor diesem Hintergrund nicht geeignet, ein privatrechtliches Amt zu begründen. Es fehlt an einem Amtswalterrechtsverhältnis, das die schuldrechtliche Verbindung zwischen dem Amtswalter und dem Organisationsträger bildet. Die Annahme eines Amtes, das für den Amtsinhaber mit keinerlei Verpflichtungen einhergeht und sich im Innehaben einer Befugnis erschöpft, erscheint konstruiert und wenig überzeugend. Der Vollziehungsbefugte ist kein Amtsträger und auch kein Treuhänder.<sup>136</sup> Ihm ist lediglich die Inhaberschaft eines Anspruchs gegen den Auflagenbeschwerter zu geordnet.

Darüber hinaus bietet auch die Amtstheorie keine Erklärung der Systematik der Auflage. Der Amtswalter übt seine Befugnis für ein fremdes Zuordnungssubjekt aus.<sup>137</sup> Wem gegenüber die Verpflichtung des Beschwerter besteht und wessen Recht der Vollziehungsbefugte ausübt, bleibt auch bei Annahme einer Amtsstellung des Vollziehungsbefugten unklar.

## 6. Fazit

Es konnte bisher kein schlüssiges Konzept entwickelt werden, das die Einbettung der erbrechtlichen Auflage in das Privatrechtssystem nach seinem herkömmlichen Verständnis erklären kann. Die erbrechtliche Auflage wird daher als Fremdkörper im Zivilrecht wahrgenommen, dessen grundlegende Strukturen mit ihrer gesetzlichen Ausgestaltung unvereinbar scheinen. Dies unterstreichen die unbefriedigenden Erklärungsansätze der Auflage als dauerhaft subjektloses Recht oder die gegen die Legaldefinition verstörende Auslegung der Auflage als Recht des Begünstigten oder des Vollziehungsbefugten. Auch die Amtstheorie bietet keinen überzeugenden Lösungsansatz. Eine inhaltliche Auseinandersetzung findet zwischen den Vertretern der einzelnen Ansichten kaum statt. Das fehlende Verständnis der rechtlichen Struktur und Systematik der Auflage bedingt eine Reihe von Unklarheiten bei der Anwendung

<sup>135</sup> Dies konzedieren auch *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 168 und *Voigt*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1910, S. 54.

<sup>136</sup> So auch *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI, S. 741.

<sup>137</sup> *Schmitt*, Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder, 2017, S. 375; *Jacoby*, Das private Amt, 2007, S. 34.

der gesetzlichen Regelungen. Um die Praxistauglichkeit der Auflage gewährleisten zu können, ist die dogmatische Durchdringung ihrer Rechtsnatur erforderlich.<sup>138</sup>

## **IV. Die Auflage als Substanzrecht des Erblassers**

Da keiner der bisher diskutierten Ansätze geeignet ist, eine mit dem geltenden Privatrechtssystem vereinbare, zufriedenstellende Erklärung der Struktur der Auflage zu leisten, ist eine eigene Konzeption zu entwickeln. Die Auflage soll danach als Substanzrecht des Erblassers verstanden werden, das durch die Schutzrechte der Vollziehungsbefugnis und der bereicherungsrechtlichen Ansprüche aus § 2196 BGB verwirklicht bzw. abgesichert wird.

Im Nachfolgenden ist dieser Erklärungsansatz näher darzustellen und zu begründen. Dafür wird zunächst (unter 1.) dargestellt, dass die Legaldefinition der Auflage die Zuwendung eines Substanzrechts an einen anderen ausschließt. Anschließend wird (unter 2.) dargelegt, dass dennoch ein Substanzrecht an der Auflage bestehen muss. Daraufhin wird (unter 3.) der Zusammenhang zwischen der letztwilligen Zuwendung und der mit ihr verbundenen Auflage ausgeführt, woraus deutlich werden soll, dass das Substanzrecht an der Auflage dem Erblasser zugesiesen ist. Schließlich wird (unter 5. und 6.) auf zwei naheliegende Einwände gegen eine solche Konzeption eingegangen.

### **1. Ausschluss des Rechts eines anderen auf die Leistung nach § 1940 BGB**

#### *a) Überblick*

Ausgangspunkt einer Untersuchung über die Struktur der Auflage muss ihre Legaldefinition in § 1940 BGB sein. Kennzeichnendes Merkmal der Struktur der Auflage ist nach dieser Vorschrift, dass der Erblasser mit ihr zwar eine Verpflichtung des Beschwertern schafft, aber *keinem anderen ein Recht auf die Leistung* zuwendet.

Von entscheidender Bedeutung ist damit die Auslegung des Begriffs „Recht auf die Leistung“. Dabei ist insbesondere das Zusammenspiel von § 1940 BGB einerseits und §§ 2194, 2196 BGB andererseits zu beachten. § 1940 BGB schließt offensichtlich nicht jeden Anspruch auf Erfüllung der Auflage aus. Es ist nicht anzunehmen, dass die Vorschriften der §§ 2194, 2196 BGB in einem offenen Wider-

---

<sup>138</sup> Vgl. ähnlich in anderem Zusammenhang auch die Ausführungen bei Picker, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1033: Systemgerechte Entscheidungen über das Bestehen und den Inhalt von Ansprüchen seien nur möglich, „wenn über die betroffene Rechtsposition, ihren Inhalt und damit über ihre Durchsetzbarkeit entschieden ist, wenn also einmal mehr vor dem Schutzrecht das Substanzrecht geklärt ist“.

spruch zu der Legaldefinition stehen.<sup>139</sup> Der Begriff „Recht auf die Leistung“ kann mithin nicht einen Anspruch auf Vollziehung der Leistung oder auf Abschöpfung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Beschwertern bezeichnen, da die §§ 2194, 2196 BGB solche Ansprüche gerade vorsehen. Er muss vielmehr so ausgelegt werden, dass er die Vollziehungsbefugnis und den Anspruch nach § 2196 BGB nicht erfasst.

Dieser Umstand wird auch von den dargestellten Auffassungen, die die Vollziehungsbefugnis als der Verpflichtung des Beschwertern korrespondierende Rechtsposition verstehen, erkannt. Sie begegnen der Problematik, indem sie die Vollziehungsbefugnis als atypisches Forderungsrecht einstufen. Worin diese Atypizität liegt, wird dabei unterschiedlich bewertet. Überwiegend wird auf eine Fremdnützlichkeit oder eine treuhänderische Natur der Vollziehungsbefugnis abgestellt. Dass diese Ansätze abzulehnen sind, wurde bereits ausgeführt. Ihnen liegt jedoch eine Auslegungsvariante des § 1940 BGB zugrunde, deren Plausibilität nun zu untersuchen ist. Ihre Natur als atypisches Forderungsrecht schließe es aus, dass die Vollziehungsbefugnis ein Recht auf die Leistung im Sinne des § 1940 BGB darstellt. Nur so könnten die Aussagen von § 1940 BGB einerseits und § 2194 BGB andererseits harmonisiert werden. Die Vollziehungsbefugnis sei kein reguläres Forderungsrecht und damit auch kein „Recht auf die Leistung“, sodass sie nicht unter den Ausschluss des § 1940 BGB falle. Anders gewendet lassen sich die dargestellten Ansätze nur dann in Einklang mit der Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB bringen, wenn ein fremdnütziges bzw. ein treuhänderisches Recht kein „Recht auf die Leistung“ im Sinne der Vorschrift darstellt.<sup>140</sup>

Hinter der Einstufung des Vollziehungsanspruchs als fremdnütziges oder treuhänderisches Recht steht in beiden Fällen die Überlegung, dass der Anspruchsinhaber kein eigenes vermögensrechtliches Interesse an der Leistung habe. Mit § 1940 BGB lässt sich diese Auslegung dann vereinbaren, wenn die Vorschrift – wie ins-

<sup>139</sup> Deeg, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 157; so implizit aber Schäckel, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 6: „§ 2194 gewährt dem Vollziehungsberechtigten ein eigenes Recht auf Leistung an den durch die Auflage Begünstigten (vgl. § 335)“ und ausdrücklich von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 4 I 2, S. 94, der die Definition des § 1940 BGB angesichts des § 2194 BGB für „unpräzis“ hält.

<sup>140</sup> Teilweise wird die Atypizität der Vollziehungsbefugnis auch in ihrer vermeintlichen Höchstpersönlichkeit gesehen (s. oben S. 136). Ein höchstpersönliches Recht kann jedoch ein Recht auf die Leistung darstellen. Die Höchstpersönlichkeit knüpft ausschließlich an die Person des Rechtsinhabers an und zeitigt Folgen für die Übertragbarkeit des Rechts. Der Inhaber eines höchstpersönlichen Rechts kann regelmäßig die Erbringung der Leistung verlangen und ist in aller Regel auch Leistungs- und Zuwendungsempfänger. Allein mit dem Abstellen auf eine vermeintliche Höchstpersönlichkeit der Vollziehungsbefugnis können § 1940 BGB und § 2194 BGB nicht in Einklang gebracht werden. Die Ansicht, die die Besonderheit der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB darin sieht, dass sie ein höchstpersönliches Recht begründe, lässt sich somit auch nicht mit § 1940 BGB vereinbaren. Allein eine vermeintliche Höchstpersönlichkeit ist nicht in der Lage, zu erklären, dass § 2194 BGB kein Recht auf die Leistung darstellt.

besondere von Schultze und Deeg auch ausdrücklich so vertreten<sup>141</sup> – eine „Berechtigung des wirtschaftlich Selbstinteressierten“ ausschließt. Ein Recht, dessen Inhaber kein vermögensrechtliches Interesse an der Leistung hat, wäre danach kein Recht auf die Leistung im Sinne des § 1940 BGB. Die Position des Zuwendungsempfängers wird damit zum maßgeblichen Kriterium des Begriffs „Recht auf die Leistung“. Ist der Rechtsinhaber auch Zuwendungsempfänger, handelt es sich um ein „Recht auf die Leistung“, ist die Person des Zuwendungsempfängers von der des Rechtsinhabers verschieden oder fehlt es schlechthin an einem Zuwendungsempfänger, hat der Rechtsinhaber kein „Recht auf die Leistung“ inne. Ein Recht in Form eines Substanzrechts, das jedoch nicht vermögensrechtlichen Inhalts ist, könnte der Erblasser mit der Auflage dem Vollziehbefugten dagegen durchaus zuwenden. Es wäre dann begrifflich zu unterscheiden zwischen einem „Recht“ als Oberbegriff für jegliche Art des Forderungsrechts und einem „Recht auf die Leistung“ als Unterbegriff für ein Recht, das auf die unmittelbare Begünstigung seines Inhabers gerichtet ist. Die Vollziehbefugnis nach § 2194 BGB stellte zwar ein Recht, nicht aber ein Recht auf die Leistung dar.<sup>142</sup> Eine solche Auslegung befürworten, ausdrücklich oder implizit, die Autoren, die vertreten, die Auflage begründe ein Recht des Vollziehbefugten.

Schlösse § 1940 BGB lediglich die Begünstigung des wirtschaftlich Selbstinteressierten aus, stellte sich die Struktur der Auflage wie folgt dar. Dem Vollziehbefugten stünden grundsätzlich alle Befugnisse zu, die eine Forderung verleiht, mit Ausnahme der Empfangsbefugnis und des Behaltensrechts. Denn er dürfte die Leistung bzw. die Zuwendung nicht selbst erlangen und behalten. Die Einforderungsbefugnis als Wertposition und das *Verlangenkönnen* stünden ihm dagegen zu. Zwar wäre die Leistungshandlung zwingend auf die Begünstigung eines anderen gerichtet. Das Herrschaftsrecht über diese Leistungshandlung wäre dem Vollziehbefugten jedoch zugewiesen. Er könnte somit die drittbegünstigende Leistungshandlung, die in der Erbringung einer Zuwendung an einen Dritten besteht, verlangen und einfordern, sie wäre ihm zugewiesen. Der Begünstigte wäre lediglich empfangsbefugt<sup>143</sup> und dürfte die Leistung behalten. Weitere Rechtspositionen stünden ihm nicht zu. Der Begriff „Recht auf die Leistung“ in § 1940 BGB bezeichnete dann das Zusammenfallen von Empfangsbefugnis mit den sonstigen Rechtspositionen, die eine Forderung verleiht. Weil weder der Begünstigte noch der Vollziehbefugte sowohl Inhaber der Empfangsbefugnis als auch Inhaber der sonstigen Befugnisse wären, wäre die Vorgabe des § 1940 BGB auf diese Weise mit der Existenz des § 2194 BGB zu vereinbaren.

---

<sup>141</sup> S. oben S. 138 f.

<sup>142</sup> Im Übrigen auch kein „Recht auf Leistung an den Begünstigten“ (vgl. § 335 BGB und sogleich), da die Auflage die Existenz eines Begünstigten nicht voraussetzt.

<sup>143</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen der Empfangsbefugnis oder Empfangszuständigkeit, die lediglich die Befugnis ausdrückt, die Zuwendung zu empfangen, und der Einforderungsbefugnis als Wertposition an der Leistung etwa *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 57.

Diese Auslegung des Begriffs des „Recht auf die Leistung“ in § 1940 BGB als „Berechtigung eines wirtschaftlich Selbstinteressierten“ ist bei Zugrundelegung der Gleichsetzung des obligatorischen Anspruchs mit der Forderung durch die herrschende Meinung geradezu zwingend, um einen offenen Widerspruch zwischen der Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB und der Verleihung der Vollziehbefugnis nach § 2194 BGB zu vermeiden. Dem Vollziehbefugten steht ein Anspruch auf Erbringung der Auflagenleistung gegen den Beschwerter zu, wenn dieser seine Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt. Auch wenn dieser Anspruch fremdnützig ist, stellt er nach dem herrschenden Anspruchsverständnis damit ein Recht dar. Schließt § 1940 BGB die Zuwendung eines Rechts auf die Leistung aus, kann dies hinsichtlich des Vollziehbefugten nur dessen Begünstigung betreffen. Nach diesem Verständnis erschöpft sich der Aussagegehalt des Ausschlusses der Zuwendung eines Rechts auf die Leistung nach § 1940 BGB in dem Verbot einer Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehbefugtem.

Die Alternative zu dieser Auslegungsweise ist es, den Begriff „Recht auf die Leistung“ so zu verstehen, dass er ein Substanzrecht bezeichnet. Die Legaldefinition der Auflage schlösse damit aus, dass der Erblasser mit ihrer Anordnung einem anderen ein Substanzrecht zuwendet. Die Vollziehbefugnis und der Anspruch aus § 2196 BGB wären dann nicht Ausdruck eines dem jeweiligen Anspruchsinhaber zugewiesenen Substanzrechts. Weder dem Vollziehbefugten noch dem Begünstigten noch dem Inhaber des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 2196 BGB stünde eine Wertposition an der Auflagenforderung zu. Sie wären lediglich Inhaber von Rechtsbehelfen. Nur diese zwei Auslegungsmöglichkeiten kommen in Betracht, wenn die Existenz von §§ 2194, 2196 BGB mit der Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB vereinbar sein soll: Der Begriff „Recht auf die Leistung“ kann entweder das Zusammenfallen von einem Substanzrecht und einer Begünstigung oder das Substanzrecht selbst bezeichnen.

### *b) Recht auf die Leistung*

#### aa) Wortlaut

Für einen Ausschluss der Zuwendung schon eines jeden Substanzrechts spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift. Ein Recht auf die Leistung hat nach dem natürlichen Wortverständnis derjenige, der die Erbringung der Leistung verlangen kann. Eine eigene Begünstigung ist dafür nicht erforderlich. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Empfänger einer Leistung und dem Empfänger einer in Erbringung der Leistung erfolgenden Zuwendung. Die Person des Leistungsempfängers kann dabei identisch mit, aber auch verschieden von der Person des Zuwendungsempfängers sein. § 1940 BGB spricht nicht von einem Recht auf Empfang der Zuwendung, sondern einem Recht auf die Leistung. Der Wortlaut der Vorschrift deutet damit darauf hin, dass die Leistungsrichtung und damit die Person des Zuwendungsempfängers unbedeutlich sind und stattdessen die Zuwendung jeder Berech-

*tigung an der Leistung* ausgeschlossen sein soll. Es liegt daher nahe, dass § 1940 BGB nicht nur eine Empfangsberechtigung des Forderungsinhabers ausschließen soll, sondern generell die Zuwendung einer jeden Wertposition.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in § 2193 BGB der Begünstigte der Auflage als die Person bezeichnet wird, „an welche die Leistung erfolgen soll“. Zumindest im Rahmen von § 2193 BGB hat der Gesetzgeber den Begriff der Leistung damit im Sinne von Begünstigung verwendet.

#### bb) Gesetzesmaterialien

Dafür, dass der Begriff „Recht auf die Leistung“ ein Zusammenfallen von Substanzrecht und Begünstigung, also die Befugnis, die Erbringung einer Zuwendung an sich selbst zu fordern, meint, könnten auf den ersten Blick Teile der Gesetzesbegründung sprechen. Danach soll die Vollziehbefugnis „mehr eine formale“ Befugnis darstellen und ihrem Inhaber kein „Forderungsrecht von materiellem Vermögenswerthe“ zustehen, da dieser kein „unmittelbares vermögensrechtliches Interesse“ an der Leistung aus der Auflage habe. Zudem sollen die Regelungen des Schuldrechts Anwendung finden, soweit sich „aus dem Mangel eines vermögensrechtlichen Interesses des Berechtigten“ nichts anderes ergibt.<sup>144</sup> Aus diesen Äußerungen, in denen der historische Gesetzgeber den nichtvermögensrechtlichen Charakter der Vollziehbefugnis hervorhebt, könnte geschlossen werden, dass der Vollziehbefugte zwar durchaus Inhaber eines Forderungsrechts sei, dieses Forderungsrecht jedoch nicht auf die Erbringung einer Zuwendung an seinen Inhaber gerichtet ist.

Allerdings wird, wie bereits dargestellt, in den Gesetzesmaterialien in Adaption des Anspruchsverständnisses Windscheids nicht zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch und der Forderung differenziert, vielmehr erschöpft sich nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers das obligatorische Recht vollständig im Anspruch.<sup>145</sup> Dass dieses Verständnis unzutreffend ist und auch nicht dem geltenden Recht entspricht, wurde bereits dargestellt.<sup>146</sup> Dennoch ist es für das Verständnis der Gesetzesmaterialien zu berücksichtigen. Demnach können die Ausführungen des Gesetzgebers insbesondere über den formalen Charakter der Vollziehbefugnis und das fehlende vermögensrechtliche Interesse des Vollziehbefugten nicht dahingehend gedeutet werden, dass der Gesetzgeber dem Vollziehbefugten einen Anspruch und eine von diesem Anspruch zu trennende Forderung, die lediglich über keinen „materielle[n] Vermögenswerthe“ verfüge, zuweisen wollte. Unterscheiden die Gesetzesmaterialien nicht zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch und der Forderung, können ihnen auch keine Aussagen über die Existenz und die Struktur eines Forderungsrechts entnommen werden.

---

<sup>144</sup> S. dazu oben S. 73.

<sup>145</sup> S. dazu oben S. 104 f.

<sup>146</sup> S. dazu oben S. 106 ff.

Im Gegenteil können die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien betreffend die Rechtsnatur des (schuldrechtlichen) Anspruchs so gedeutet werden, dass der Begriff des „Recht[s] auf die Leistung“ in § 1940 BGB gerade nicht allein die Begünstigung des Forderungsinhabers ausschließen soll. Wie schon dargestellt,<sup>147</sup> soll nach den Gesetzesmaterialien „[u]nter Anspruch [...] das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person verstanden [werden], vermöge dessen von ihr eine gewisse Leistung – die zur Verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung – verlangt werden kann“<sup>148</sup>. Der Anspruchsinhaber hat danach das Recht inne, von dem Schuldner die Leistung verlangen zu können. Dabei ist der Umstand, wen die zur Verwirklichung des Rechts erforderliche Handlung oder Unterlassung begünstigt, mithin die Person des Zuwendungsempfängers, kein Merkmal des Anspruchsbegriffs. Die Gesetzesmaterialien führen die eigene Begünstigung des Anspruchsinhabers bei der Darstellung des Anspruchs nicht aus und auch die Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter, bei dem der Versprechensempfänger Anspruchsinhaber sein kann, ohne zugleich als Zuwendungsempfänger begünstigt zu sein, unterstreicht dies. Unter Leistung wird vielmehr lediglich die zur Verwirklichung des Rechts erforderliche Handlung oder Unterlassung verstanden, ohne dass es auf die Leistungsrichtung, den Empfang einer Zuwendung ankommt. Maßgeblich ist allein die Berechtigung, die Erbringung des geschuldeten Verhaltens verlangen zu können. Mit anderen Worten ist nach der Konzeption der Gesetzesmaterialien der Anspruch damit das Recht auf die Leistung. Schließt nun die Legaldefinition der Auflage ein Recht auf die Leistung aus, während das Gesetz in § 2194 BGB zugleich einen Anspruch auf Vollziehung, also auf Erbringung des geschuldeten Verhaltens, begründet, muss der Begriff „Recht auf die Leistung“ insoweit eine andere Bedeutung haben und kann nicht mit dem Anspruch gleichgesetzt werden. An § 1940 BGB zeigt sich vielmehr wiederum, dass das auf Windscheid zurückgehende Verständnis des Gesetzgebers von der Natur des schuldrechtlichen Anspruchs unzutreffend ist und auch im Gesetz selbst nicht durchgehalten wird. Die Forderung erschöpft sich gerade nicht in dem obligatorischen Anspruch, der Anspruch ist von ihr zu trennen und stellt lediglich ein Schutzinstrument, das ihrer Verwirklichung dient, dar.

Aber auch schon die Ausführungen des Gesetzgebers, die Vollziehbefugnis sei „mehr eine formale“ Befugnis und kein „Forderungsrecht von materiellem Vermögenswerthe“, deuten eher darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 1940 BGB nicht nur die Empfangsbefugnis des Vollziehbefugten ausschließen wollte. Wäre der Vollziehbefugte Inhaber einer Wertposition und stünde ihm grundsätzlich die Berechtigung an der Leistungshandlung des Beschwerteten zu, könnte seine Stellung nicht als rein formale Befugnis ohne materiellen Vermögenswert bezeichnet werden. Allein der Ausschluss der Empfangsberechtigung, mithin die Abänderung der Leistungsrichtung, stuft ein Forderungsrecht nicht

<sup>147</sup> S. oben S. 104 f.

<sup>148</sup> Mugdan, Bd. I, S. 512.

in diesem Sinne herab. Die materielle Berechtigung an der Leistungshandlung bleibt auch dann bestehen, wenn anstelle des Forderungsinhabers ein Dritter Zuwendungsempfänger ist. Auch ohne Empfangsberechtigung kann der Forderungsinhaber noch ein „Gläubigerrecht“ an der auf Zuwendung an einen Dritten gerichteten Leistungspflicht des Schuldners haben, das dem Vollziehbefugten nach den Ausführungen des Gesetzgebers gerade nicht zustehen soll.

Der Wortlaut des § 1940 BGB geht, wie dargestellt,<sup>149</sup> auf den Entwurf der Zweiten Kommission zurück. Darin baute die Legaldefinition der Auflage auf der Vorschrift des § 1757 des Entwurfs der Ersten Kommission auf und beabsichtigte ausdrücklich keine inhaltliche Änderung. Diese Vorschrift bestimmte, dass die Auflage keine „Zuwendung an einen Anderen“ schaffe. Sie beruhte ihrerseits auf den Änderungsvorschlägen von Schmitts aus dem Jahre 1886 zu seinem Vorentwurf aus dem Jahre 1879. Der Vorentwurf von 1879 definierte die „gemeine Auflage“ noch als Auflage, „welche nicht den Vortheil eines Dritten bezweck[t]“ und grenzte sie damit von dem Vermächtnis ab, das eine Forderung auf Erfüllung verschaffte. Im Änderungsvorschlag von 1886 wurde die vormals „gemeine Auflage“ schließlich als Auflage, „welche keine selbständige Zuwendung an einen Dritten [enthält]“ bezeichnet. Mit dieser Präzisierung sollte ausweislich der Erläuterungen von Schmitts der Umstand berücksichtigt werden, dass der Erblasser mit einer Auflage zwar den Vorteil eines Dritten bewirken kann und diesen ggf. auch mitbezwecken kann, ohne dem Dritten aber auch ein selbstständiges Forderungsrecht einräumen zu wollen.<sup>150</sup> Die Anpassung sollte eine klare Abgrenzung der Auflage vom Vermächtnis ermöglichen. Differenzierungsmerkmal zwischen der Auflage und dem Vermächtnis ist danach nicht die Schaffung eines vermögensrechtlichen Vorteils, sondern die Zuwendung eines Forderungsrechts. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahren wurde dieses Verständnis der Abgrenzung zwischen den beiden Rechtsinstituten nicht mehr aufgegeben. In Verbindung mit der Funktion der Legaldefinition der Auflage, eine Abgrenzung zum Vermächtnis zu schaffen, spricht dies dafür, den Begriff „Recht auf die Leistung“ in § 1940 BGB als Bezeichnung des Forderungsrechts zu verstehen und dem Bestehen eines Vermögensvorteils bei der Auslegung der Norm keine Bedeutung beizumessen.

### cc) Gesetzesystematik

Die Gesetzesystematik scheint vordergründig dafür zu sprechen, dass der Begriff „Recht auf die Leistung“ die Begünstigung eines Rechtsinhabers bezeichnet. Das BGB verwendet diesen Begriff abgesehen von der Vorschrift des § 1940 BGB nur bei den Regelungen zum Vertrag zugunsten Dritter in § 331 Abs. 1 BGB und § 335 BGB. So unterscheidet § 335 BGB beim Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem „Recht

<sup>149</sup> S. oben S. 78.

<sup>150</sup> Schubert/Schmitt, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Bd. II, 1984, S. 742.

auf die Leistung“, das dem Dritten, der Empfänger der Zuwendung ist, zusteht, und der Befugnis des Versprechensempfängers, „Leistung an den Dritten [...] zu fordern“. Nach § 331 Abs. 1 BGB erwirbt der begünstigte Dritte das „Recht auf die Leistung“ im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers, wenn die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll. In diesen beiden einzigen weiteren Stellen im BGB, in denen der Begriff Verwendung findet, bezeichnet ein „Recht auf die Leistung“ jeweils die Befugnis des Rechtsinhabers, die Erbringung einer Zuwendung an sich selbst verlangen zu können.

Zwar bezieht sich der Begriff in diesen Vorschriften damit stets auf das Recht des begünstigten Dritten auf die Leistung. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Begünstigung des Forderungsinhabers auch ein Wesensmerkmal des Begriffs „Recht auf die Leistung“ in diesen Vorschriften ist.

Aus dem Sachzusammenhang ergibt sich, dass der Begriff dort zur Umschreibung eines Substanzrechts in Form einer Forderung verwendet wird. Erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung nach § 331 Abs. 1 BGB im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers, wenn die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, schließt dies zumindest nicht aus, dass vor dem Tode des Versprechensempfängers diesem das Recht auf die Leistung zusteht, auch wenn das Gesetz den Begriff insoweit nicht verwendet. Der Versprechensempfänger hat vor seinem Tode ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten nach seinem Tode inne, über das er zu Lebzeiten regulär verfügen kann.<sup>151</sup> Nach § 335 BGB kann der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten im Zweifel auch dann fordern, wenn dem Dritten das Recht auf die Leistung zusteht. Diese Formulierung schließt es ebenfalls nicht aus, dass auch die Befugnis des Versprechensempfängers, Leistung an den Dritten zu fordern, ein Recht auf die Leistung darstellt. Auch den Gesetzesmaterialien liegt bezüglich des Vertrags zugunsten Dritter wohl ein solches Verständnis des Begriffs „Recht auf die Leistung“ zugrunde.<sup>152</sup> Zusammenfassend lässt sich festhalten: In den §§ 331 Abs. 1, 335 BGB bezeichnet der Begriff „Recht auf die Leistung“ jeweils ein Substanzrecht, dem auch die Begünstigung des Rechtsinhabers entspricht. Aus der Formulierung der Vorschriften ist jedoch nicht der Schluss abzuleiten, dass das Zusammenfallen der Inhaberschaft des Substanzrechts und der Begünstigung ein Merkmal dieses Begriffs ist. Der Begriff kann auch hinsichtlich seiner Verwendung in diesen Vorschriften so verstanden werden, dass er lediglich ein Substanzrecht meint.

<sup>151</sup> BGH, Urt. v. 01.07.1981 – IVa ZR 201/80, BGHZ 81, 95, 97, NJW 1981, 2245; Bay-ObLG, Beschl. v. 11.07.2002 – 3Z BR 111/02, NJW-RR 2003, 4, 5; *Mäsch*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.07.2024, § 331 Rn. 10; *Janoschek*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 331 Rn. 3; *Klumpp*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 331 Rn. 11.

<sup>152</sup> Vgl. *Mugdan*, Bd. II, S. 147: „Daß durch den Vertrag für den Empfänger des Versprechens ein wirksames Forderungsrecht auf die Leistung an den Dritten begründet werden kann, wird heutzutage nicht bezweifelt“ [Hervorhebung nicht im Original]. Danach ist auch das Recht des Versprechensempfängers ein (Forderungs-)Recht auf die Leistung (an den Dritten).

### dd) Telos

Maßgebliche Bedeutung kommt bei der Auslegung einer Vorschrift ihrem Sinn und Zweck zu. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Begriff des Rechts auf die Leistung der Abgrenzung der Auflage vom Vermächtnis dient.<sup>153</sup> So soll § 1940 BGB in erster Linie das Verhältnis zwischen den Rechtsfiguren der Auflage und des Vermächtnisses bestimmen. Wie bereits dargestellt, wurde im Gesetzgebungsverfahren erkannt, dass nach der Entscheidung gegen das Vindikationslegat ein Vermächtnis, das nur obligatorische und keine dinglichen Wirkungen zeitigt, einem weiten Begriff der Auflage unterfallen könnte. Der Gesetzgeber wollte jedoch für die „anderen Auflagen, die keine Vermächtnisse sind“, besondere Vorschriften vorsehen und auf diese Weise die Rechtsinstitute der Auflage und des Vermächtnisses unter Verzicht auf einen gemeinsamen Oberbegriff voneinander trennen. Der Definition der Auflage kommt in diesem Kontext die Funktion zu, den Unterschied der Auflage zu dem Vermächtnis auszudrücken.

Auch in der Gesetzesystematik hat dieser Normzweck Ausdruck gefunden. So folgt die Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB unmittelbar der des Vermächtnisses in § 1939 BGB. Diese Anordnung hebt die Unterschiede zwischen diesen beiden Arten der letztwilligen Verfügung und damit die Abgrenzungsfunktion der Vorschriften hervor.

Nach der Gesetzesbegründung, die diesbezüglich inhaltlich mit dem abgeänderten Vorentwurf von Schmitts übereinstimmt, unterscheiden sich Auflage und Vermächtnis darin, dass das Vermächtnis im Gegensatz zur Auflage „ein das Vermögen des Bedachten vermehrendes Forderungsrecht“ schaffe,<sup>154</sup> die Auflage dagegen „nur eine Verpflichtung des Beschwertern zu einer Leistung zur Folge“ habe, ohne dass dem dadurch Begünstigten ein „Gläubigerrecht“ gewährt werde.<sup>155</sup> Die Vollziehbefugnis regele die „rechte Erzwingbarkeit der aus der Auflage sich ergebenden Verpflichtung des Beschwertern“.<sup>156</sup> Differenzierungsmerkmal zwischen Vermächtnis und Auflage ist danach, wie dargestellt, die Begründung eines Forderungsrechts. Ein solches wendet das Vermächtnis dem Bedachten zu, während die Auflage nur eine Verpflichtung des Beschwertern schafft, ohne ein Forderungsrecht des Begünstigten oder des Vollziehbefugten zu begründen.<sup>157</sup> Dementsprechend dürfte auch der Begriff Recht auf die Leistung in § 1940 BGB als Substanzrecht verstanden werden.

<sup>153</sup> Vgl. *Mugdan*, Bd. V, S. 5, s. dazu oben S. 72.

<sup>154</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 5.

<sup>155</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 5.

<sup>156</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 5 f.

<sup>157</sup> So auch *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, Vor § 2192 Anm. 1; ähnlich *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 I 2, S. 259 f.

Schlösse § 1940 BGB lediglich die Begünstigung des Forderungsinhabers aus, wäre eine wirksame Abgrenzung zwischen dem Vermächtnis und der Auflage dagegen nicht möglich. Das Kriterium des „wirtschaftlichen Selbstinteresses“ ist für eine klare Grenzziehung zu unkonturiert. Allein das Abstellen auf die Person des Zuwendungsempfängers stellt kein wirksames Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Rechtsinstituten dar. Dies zeigt schon das Beispiel des Befreiungsvermächtnisses. Dieses verpflichtet den mit ihm Beschwerten dazu, den Vermächtnisnehmer von einer Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten zu befreien.<sup>158</sup> Zwar gelangt der Vermächtnisnehmer in den Genuss einer Begünstigung durch die Forderung auf Befreiung von einer eigenen Verbindlichkeit, sodass insoweit eine Abgrenzung zu der Auflage unproblematisch ist. Er ist jedoch nicht der unmittelbare Empfänger der Zuwendung, die der Dritte erhält. Die Frage nach der Begünstigung des Forderungsinhabers kann somit nicht unter Rekurs auf die Person des unmittelbaren Empfängers der Zuwendung gelöst werden.

Dementsprechend sind Konstellationen denkbar, in denen ein Vollziehungsbefugter durchaus ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Vollziehung der Auflage haben kann, ohne unmittelbar selbst begünstigt zu sein. Zu denken ist etwa an die Begünstigung eines Schuldners des Vollziehungsbefugten. Die Vollziehung der Auflage mehrt in diesem Falle unmittelbar das Vermögen des Schuldners und damit mittelbar auch die Haftungsmasse und die Realisierbarkeit der Forderung des Vollziehungsbefugten gegen seinen Schuldner. Der Vollziehungsbefugte ist in diesem Fall nicht unmittelbarer Empfänger einer Leistung und kommt auch nicht in den Genuss der Befreiung von einer Verbindlichkeit. Dennoch scheint es nicht ausgeschlossen zu sein, dem Vollziehungsbefugten in diesem Fall ein „wirtschaftliches Selbstinteresse“ an der Erfüllung der Auflage zu attestieren. Es bleibt unklar, wo die Grenze zu ziehen ist, ab der von einem solchen „wirtschaftlichen Selbstinteresse“ des Begünstigten zu sprechen ist, wenn auf den unmittelbaren Empfang der Zuwendung nicht abgestellt werden kann.

Daraus wird aber auch deutlich, dass die Definition der Auflage in § 1940 BGB ihre ihr im Gesetzgebungsverfahren beigemessene Funktion, die Auflage vom Vermächtnis abzugrenzen, nicht erfüllt, wenn sie lediglich eine Begünstigung des „wirtschaftlich Selbstinteressierten“ ausschließt. Bei einer solchen Auslegung entstünde stattdessen die Gefahr einer wesentlichen Überschneidung zwischen den beiden Rechtsinstituten.

#### ee) Existenz des § 2196 BGB

Maßgeblich gegen eine Auslegung des Begriffs „Recht auf die Leistung“ als Berechtigung des „wirtschaftlich Selbstinteressierten“ spricht auch die Existenz des § 2196 BGB. Danach steht dem Wegfallbegünstigten in bestimmten Fällen ein Anspruch auf Abschöpfung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Beschwerten

---

<sup>158</sup> *Reymann*, in: *jurisPK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 2173 Rn. 21.

zu. Der Anspruchsinhaber kann damit von dem Beschweren die Erbringung einer Leistung und Zuwendung an sich selbst verlangen. Der Berechtigte des Bereicherungsanspruchs ist somit als Anspruchsinhaber „wirtschaftlich Selbstinteressierter“.

Zwar kann der Inhaber des Anspruchs aus § 2196 BGB nur die Abschöpfung eines Vermögensvorteils und nicht die Erbringung der Auflagenpflicht, zu der der Erblasser den Beschweren verpflichtet hat und die in den Fällen des § 2196 BGB unmöglich oder unvollstreckbar ist, verlangen. Jedoch vollzieht der Anspruch aus § 2196 BGB als bereicherungsrechtlicher Anspruch lediglich eine bereits anderweitig getroffene Güterzuweisungsentscheidung nach.<sup>159</sup> Beschränkt sich die Aussage des § 1940 BGB darauf, dass ein Forderungsinhaber nicht auch „wirtschaftlich Selbstinteressierter“ sein darf, lässt sich nicht erklären, warum das Gesetz dem Wegfallbegünstigten, der nach § 2194 S. 1 Var. 3 BGB auch vollziehungsbefugt ist, eine Berechtigung an der Abschöpfung des ungerechtfertigten Vermögensvorteils des Beschweren gewährt. Die Vorschrift des § 2196 BGB diente dann dem Zweck, eine dem Wegfallbegünstigten gegenüber ungerechtfertigt erfolgte Bereicherung des Beschweren abzuschöpfen. Es stellte einen Widerspruch dar, hätte der Wegfallbegünstigte zwar als Vollziehungsbefugter kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erfüllung der Auflage, könnte aber im Falle der vorwerfbaren Nichterfüllung eine ungerechtfertigte Bereicherung abschöpfen. Der Inhaber des Anspruchs aus § 2196 BGB hat ein wirtschaftliches Eigeninteresse. Dieses ist mit der Legaldefinition der Auflage, versteht man den Begriff des Rechts auf die Leistung als die Berechtigung des wirtschaftlich Selbstinteressierten, nicht vereinbar. Die Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB ist daher mit der Existenz der Anspruchsgrundlagen in § 2196 BGB nicht in Einklang zu bringen, wenn der Begriff „Recht auf die Leistung“ als Berechtigung des „wirtschaftlich Selbstinteressierten“ ausgelegt wird und § 1940 BGB lediglich eine Begünstigung des Berechtigten ausschließen soll.

### c) Fazit

Der Begriff „Recht auf die Leistung“ in § 1940 BGB kann nicht als „Berechtigung des wirtschaftlich Selbstinteressierten“ ausgelegt werden. Stattdessen bezeichnet er ein Substanzrecht.<sup>160</sup> Demnach wendet der Erblasser mit der Anordnung einer Auflage keinem anderen Rechtssubjekt ein Substanzrecht, genauer eine Forderung, zu, die mit der Leistungspflicht des Beschweren korrespondiert. Auch der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB und dem bereicherungsrechtlichen Anspruch nach § 2196 BGB liegt damit kein Substanzrecht des jeweiligen Anspruchsinhabers zugrunde. Diese Ansprüche können daher auch nicht die Verletzung eines dem jeweiligen Anspruchsinhaber selbst zugewiesenen Substanzrechts sanktionieren.

---

<sup>159</sup> S. zur Funktion des Bereicherungsrechts als Reaktionsrecht unten S. 168.

<sup>160</sup> So wohl auch *Burkhardt*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 21.

## 2. Erfordernis eines Substanzrechts

Auch wenn die Auslegung des § 1940 BGB ergeben hat, dass der Erblasser mit der Anordnung einer Auflage keinem anderen ein Substanzrecht zuwendet, klärt dies nicht die Frage nach der Berechtigung an der Verpflichtung des Beschwerten. Im Folgenden wird dargestellt, warum auch dem Rechtsinstitut der Auflage ein Substanzrecht zugrunde liegen muss.

### *a) Privatrechtliche Recht-Pflicht-Korrespondenz*

Bereits nach dem Privatrecht innwohnenden Recht-Pflicht-Korrespondenz<sup>161</sup> ist es erforderlich, dass mit der zweifellos bestehenden Verpflichtung des Auflagenbeschwerten das Recht eines anderen korrespondiert. Nach dem Wortlaut der Legaldefinition wie auch nach der Gesetzesbegründung ist es indes ausgeschlossen, dass der Erblasser insbesondere dem Begünstigten und dem Vollziehbefugten eine Berechtigung zuwendet.

### *b) Schluss vom Schutzrecht auf das Substanzrecht*

#### *aa) §§ 2194, 2196 BGB als Schutzrechte*

##### *(1) Der Vollziehungsanspruch als rechtsverwirklichendes Schutzrecht*

Der Vollziehungsanspruch nach § 2194 BGB stellt als rechtsverwirklichender Anspruch ein Schutzrecht dar.<sup>162</sup> Die Geltendmachung und Durchsetzung des Vollziehungsanspruchs sind Zugriffe auf einen fremden Freiheits- und Herrschaftsbereich. Diese von der Rechtsordnung verliehene Befugnis zur Überschreitung der Grenze zur Freiheitssphäre des Beschwerten ist inhaltlich nur zu rechtfertigen durch eine hinter dem Zugriffsrecht stehende Rechtsposition, deren Schutz dadurch gewährleistet werden soll. Aus der Zuweisung der Vollziehbefugnis an den Vollziehbefugten lässt sich nicht zwingend ableiten, dass dieser auch Inhaber des Rechts ist, dessen Verwirklichung die Vollziehbefugnis dient.<sup>163</sup> Eine eigene Rechtsposition steht weder dem Vollziehbefugten noch einem Begünstigten gem. der Vorschrift des § 1940 BGB zu.

Zweck der Vollziehbefugnis ist es, die Durchsetzung der letztwilligen Verfügung des Erblassers zu ermöglichen. Zwar kann die Verwirklichung der Auflage auch im Interesse eines Begünstigten liegen. Die Existenz eines Begünstigten ist jedoch schon nicht vorausgesetzt. Mit der Vollziehbefugnis kann die dem Beschwerten auferlegte Verhaltenspflicht verlangt und erzwungen werden und damit

---

<sup>161</sup> S. oben S. 113 ff.

<sup>162</sup> So im Grundsatz auch *Thomale*, AcP 212 (2012), 920, 928 („Verfolgungsbefugnis ohne Rechtsposition“).

<sup>163</sup> Vgl. so auch mit entsprechender Argumentation zum postmortalen Persönlichkeitsrecht *Schwarz*, ArchBürgR 32 (1908), 12, 45, näher dazu unten S. 174 ff.

die erblasserische Anordnung der Auflage verwirklicht werden. Der Vollziehbefugnis kommt damit eine rechtsverwirklichende Funktion zu.

### *(2) Der Bereicherungsanspruch als rechtsfortsetzendes Schutzrecht*

Nach § 2196 Abs. 1 BGB kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschweren unmittelbar zustatten kommen würde, die Herausgabe der mit der Auflage verbundenen Zuwendung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, wenn diese infolge eines von dem Beschweren zu vertretenden Umstands unmöglich wird. Gleiches gilt gem. § 2196 Abs. 2 BGB bei einer Auflage, die nicht durch einen Dritten vollzogen werden kann, wenn der Beschwerde zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt worden ist und die zulässigen Zwangsmittel erfolglos gegen ihn angewendet worden sind. Beide Ansprüche setzen damit zunächst voraus, dass entsprechend der Vermutungsregel des § 2195 BGB die unter der Auflage gemachte Zuwendung unabhängig von der Wirksamkeit der Auflage Bestand hat.<sup>164</sup> Diese Anspruchsgrundlagen berechtigen den jeweiligen Anspruchsinhaber zum Zugriff auf einen fremden Rechtskreis und zur Abschöpfung von Vermögenswerten, die bereits dem Beschweren zugewiesen sind. Sie stellen somit wie auch die Vollziehbefugnis Schutzrechte dar.

Der Vorschrift des § 2196 BGB liegt die Überlegung zugrunde, dass der Beschwerde nach dem Willen des Erblassers die Zuwendung nur mit der Beschwerung durch die Auflage erlangen soll. Die Auflage mindere somit wirtschaftlich den Wert der Zuwendung. Vereitelt der Beschwerde die Erfüllung der Auflagenpflicht und erspart sich dadurch die erforderlichen Kosten, sei seine Bereicherung insoweit ungerechtfertigt.<sup>165</sup> Die Ansprüche des § 2196 BGB sind damit bereicherungsrechtliche Schutzrechte.

Die Zuwendung erlangt der Beschwerde entweder als Erbe unmittelbar oder als Vermächtnis zumindest mittelbar von dem Erblasser, in beiden Fällen stammt die Bereicherung ursprünglich aus dessen Vermögen und erfolgt aufgrund seiner Anordnung. Sie stellt sich in den Fällen des § 2196 BGB als ungerechtfertigt heraus, weil der Beschwerde der ihm vom Erblasser auferlegten Pflicht in vorwerfbarer Weise nicht nachgekommen ist. Dagegen lässt sich das Verdict einer ungerechtfertigten Bereicherung weder mit der Rechtsstellung des Begünstigten noch der Rechtsstellung des Inhabers eines Anspruchs aus § 2196 BGB, also des Wegfallbegünstigten, begründen.

Der Bereicherungsanspruch dient nicht unmittelbar dem Interesse eines von der Auflage Begünstigten. Dessen Interesse ist allenfalls mittelbar berücksichtigt, indem die potentielle bereicherungsrechtliche Herausgabepflicht einen indirekten Druck

<sup>164</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2196 Rn. 1; *Nobis*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 2196 Rn. 1.

<sup>165</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 642.

zur Vollziehung der Auflage aufbaut. Die Erfüllung der Tatbestandsvarianten des § 2196 BGB begründet allerdings keine Bereicherung des Beschwertern auf Kosten des Begünstigten. Dieser verliert in diesen Fällen zwar die ihm aus der Auflage erwachsende Begünstigung. Bei dieser handelt es sich jedoch nach § 1940 BGB um kein Recht des Begünstigten, sondern um einen reinen Rechtsreflex. Konsequenterweise räumt das Gesetz dem Begünstigten vor diesem Hintergrund auch nicht die Berechtigung ein, eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beschwertern abzuschöpfen.

Aber auch dem anspruchsberechtigten Wegfallbegünstigten gegenüber stellt sich die Bereicherung des Beschwertern nicht als ungerechtfertigt dar. Das Unterlassen der ordnungsgemäßen Vollziehung der Auflage verletzt diesen nicht in einem eigenen Recht. Zwar kann die Vermutung begründet sein, dass der Erblasser bei Kenntnis der zukünftigen schuldenhaften Nichteinhaltung der Auflagenpflicht durch den Beschwertern in den Fällen des § 2196 BGB die Zuwendung nicht zugunsten des Beschwertern, sondern zugunsten des Wegfallbegünstigten getätigt hätte. Jedoch stellt eine derartige rein potenzielle Aussicht auf eine letztwillige Zuwendung ohne eine wirksame letztwillige Verfügung keine Rechtsposition dar. Entsprechend wird auch schon zu Lebzeiten des Erblassers grundsätzlich kein Recht auf den zukünftigen Erhalt einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses anerkannt. Da der Erblasser denjenigen, welchem der Wegfall des zunächst Beschwertern unmittelbar zustatten kommen würde, diesbezüglich gerade nicht erbrechtlich bedacht hat, ist ihm insoweit auch keine Rechtsposition zugewiesen. Dem Anspruchsinhaber aus § 2196 BGB steht zwar nach § 2194 S. 1 Var. 3 BGB auch die Vollziehungsbefugnis zu. Allerdings ist ihm auch diese nur fremdnützig zur Erfüllung des Erblasserwillens eingeräumt und nicht Ausdruck eines eigenen Substanzrechts. Fehlt es an einem solchen, ist auch der Bereicherungsanspruch fremdnütziger Natur.

Da der Erblasser mit der Auflage niemandem ein Recht auf die Leistung zwendet, besteht die Pflicht des Beschwertern gegenüber dem Erblasser. Die Zuwendung des Erblassers ist danach ungerechtfertigt, wenn der Beschwerter dieser Pflicht nicht nachkommt und dennoch im Genuss der Zuwendung bleibt. Dem Anspruchsinhaber des § 2196 BGB ist mit dem Bereicherungsanspruch damit im Interesse des Erblassers das Instrument verliehen, eine Bereicherung des Beschwertern, die sich zwar nicht aus der Sicht des Anspruchsinhabers selbst, aber aus der Perspektive des Erblassers als ungerechtfertigt darstellt, abzuschöpfen.

Damit handelt es sich der Sache nach bei § 2196 BGB – insoweit vergleichbar zu § 2194 BGB – um einen fremdnützigen Anspruch. Da dessen Ausübung – insoweit abweichend von § 2194 BGB, wenn keine Personenidentität zwischen Begünstigtem und Vollziehungsbeauftragtem besteht – mit einem Vermögensvorteil für den Anspruchsinhaber einhergeht, tritt der fremdnützige Charakter des Anspruchs nicht mit derselben Deutlichkeit hervor. Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass er die Sanktion einer infolge der vorwerfbaren Nichteinhaltung der Auflagenpflicht aus Sicht des Erblassers ungerechtfertigte Bereicherung darstellt und damit als ein

Fortwirkungsanspruch des dem Erblasser zuzusprechenden Substanzrechts ausschließlich dessen Interesse dient. § 2196 BGB ist zudem nach allgemeiner Ansicht nachgiebiges Recht. Der Erblasser kann einen entsprechenden Anspruch auch ausschließen.<sup>166</sup> Dieser Umstand macht deutlich, dass die bereicherungsrechtlichen Ansprüche von § 2196 Abs. 1 u. 2 BGB allein dem Schutz des Erblassers dienen und eine ihm gegenüber ungerechtfertigt erfolgte Bereicherung sanktionieren. Die Vorschrift hat die Funktion, das Substanzrecht des Erblassers in bereicherungsrechtlicher Hinsicht zu schützen. Dessen Vermögen ist jedoch mit seinem Tode auf den Erben übergegangen und er ist auch *de facto* nicht mehr in der Lage, Verletzungen seines Substanzrechts zu sanktionieren. Die Vorschrift des § 2196 BGB stellt sicher, dass eine Abschöpfung eines ungerechtfertigten Vermögensvorteils des Beschwerteten dennoch möglich ist.

Dabei ist einem möglichen Missverständnis vorzubeugen. Ist der bereicherungsrechtliche Anspruch aus § 2196 BGB erst entstanden, ist seinem Inhaber auch ein entsprechendes Forderungsrecht zugewiesen. Über dieses kann er selbstständig verfügen, es insbesondere auch abtreten.<sup>167</sup> Das Entstehen eines derartigen Forderungsrechts darf jedoch nicht über die Rechtsnatur des § 2196 BGB als rechtsfortwirkendes Schutzrecht hinwegtäuschen. Wie jeder bereicherungsrechtliche (und im Übrigen auch deliktsrechtliche) Anspruch dient dieser Anspruch auf primärer Ebene dem Schutz eines Substanzrechts und schafft erst auf der sekundären Ebene ein eigenes, von diesem zu unterscheidendes Substanzrecht. Das Bereicherungsrecht trifft als Reaktionsrecht selbst keine Zuweisungsentscheidungen und schafft keine Behaltensgründe.<sup>168</sup> Maßgeblich ist, ob eine Zuordnung nach dem Recht der Güterbewegung gerechtfertigt ist. Dass die Bereicherung des Beschwerteten in den Fällen des § 2196 BGB ungerechtfertigt ist, kann sich dementsprechend nur aus einer Verletzung eines Substanzrechts an der Auflage ergeben. Den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen nach § 2196 BGB liegt die Wertung zugrunde, dass die Zuwendung nicht dem Beschwerteten zusteht, wenn dieser der mit der Zuwendung verbundenen Auflagenpflicht selbstverschuldet nicht nachkommt (Abs. 2) oder nachkommen kann (Abs. 1).

#### bb) Erfordernis der Rechtsverletzung

Die Verleihung von Schutzrechten durch die Rechtsordnung in Form eines rechtsverwirklichenden Vollziehungsanspruchs und eines rechtsfortsetzenden Be-

<sup>166</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2196 Rn. 8.

<sup>167</sup> *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VIII, S. 746.

<sup>168</sup> *Schwab*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 428; *Schulze*, Naturalobligation, 2008, S. 450; *Schulze*, GPR 2008, 128, 129 Fn. 10; s. auch *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertiger Bereicherung, 1973, S. 173 f.; *Welker*, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung? Kritisches zu § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, 1974, S. 32 ff., 43.

reicherungsanspruchs macht denknotwendig die vorangehende Zuweisung eines Schutzobjekts erforderlich.<sup>169</sup> Die Funktion eines privatrechtlichen Anspruchs liegt darin, bei einer Verletzung eines Substanzrechts dessen Schutz zu bewirken. Rüstet die Rechtsordnung ein Rechtssubjekt mit einem Anspruch aus, lässt sich daher daraus schließen, dass ein Substanzrecht existieren muss, dessen Schutz der Anspruch bezweckt.<sup>170</sup>

Dies schließt es aus, die Vollziehungsbefugnis als isolierte Verfolgungsbefugnis zu verstehen, die nicht der Durchsetzung eines Substanzrechts dient. Entsprechendes gilt für die Ansprüche aus § 2196 BGB. Schutzobjekt sind in dem geltenden Privatrechtssystem nach herkömmlichem Verständnis Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt zugewiesen sind.

Dies wird auch von den Vertretern der dargestellten Meinungen zur Kehrseite der Verpflichtung des Auflagenbeschwerter überwiegend nicht gelehnt. Die Zuweisung dieses Substanzrechts, dessen Schutz der Vollziehungsanspruch aus § 2194 BGB dienen soll, *contra legem* an den Begünstigten oder den Vollziehungsbefugten dient letztlich der Vermeidung der Annahme einer privatrechtlichen Pflicht, der kein Recht entspricht. Eine mittels privatrechtlichen Anspruchs durchsetzbare Pflicht ohne korrespondierendes Recht bedeutete wiederum die Existenz eines Schutzrechts ohne zugehöriges Substanzrecht. Dass sich eine solche Situation nicht mit dem bestehenden Privatrechtssystem vereinbaren lässt, erkennen auch die aufgeführten Literaturstimmen. Sie ziehen daraus jedoch eine Folgerung, die mit dem Gesetz nicht im Einklang steht. Denn § 1940 BGB schließt es aus, dass der Begünstigte oder die Anspruchsinhaber des Vollziehungs- und des Bereicherungsanspruchs Adressaten einer solchen Zuordnungsentscheidung sind. Eine Zuweisung des Rechts an den Erblasser schließt der Wortlaut des § 1940 BGB indessen nicht aus. Er erfasst lediglich die Zuweisung eines Rechts auf die Leistung an einen anderen.

#### cc) Schluss von den Schutzrechten auf die Existenz des Substanzrechts eines Dritten

Sowohl die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB als auch der Bereicherungsanspruch nach § 2196 BGB stellen Schutzrechte dar. Sie beziehen sich auf dasselbe Schutzobjekt. Die Vollziehungsbefugnis dient der Verwirklichung der Auflage, der Bereicherungsanspruch bezweckt den bereicherungsrechtlichen Schutz der Auflage durch Abschöpfung einer in Folge der Nichterfüllung der Auflagenpflicht ungerechtfertigten Bereicherung des Beschwerter. Dass dem jeweiligen

---

<sup>169</sup> Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum*, 2007, S. 22; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 68; Wendelstein, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 92 ff., 148, 194 f.

<sup>170</sup> S. oben S. 100 f.

Anspruchsinhaber kein eigenständiges Substanzrecht zusteht,<sup>171</sup> ergibt sich, wie bereits dargelegt, aus § 1940 BGB.

Der Personenkreis der Inhaber der Vollziehungsbefugnis ist mit dem Personenkreis der Inhaber des Bereicherungsanspruchs nicht deckungsgleich. Die Vollziehung können nach § 2194 BGB der Erbe, der Miterbe und der Wegfallbegünstigte verlangen, während der Bereicherungsanspruch nach § 2196 BGB lediglich dem Wegfallbegünstigten zusteht. Zwar können im Einzelfall auch der Erbe und der Miterbe wegfallbegünstigt sein und somit als Inhaber des Bereicherungsanspruchs in Betracht kommen. Dies ist jedoch nicht zwangsläufig der Fall.<sup>172</sup> Hinzu kommt, dass der Erblasser nach herrschender Ansicht einzelnen Personen die Vollziehungsbefugnis entziehen oder verleihen kann und auch die Inhaberschaft der bereicherungsrechtlichen Ansprüche abweichend von den Vorgaben des § 2196 BGB festlegen kann.<sup>173</sup> Obwohl die beiden Ansprüche damit dem Schutz desselben Substanzrechts dienen, sind sie nicht denselben Personen zugewiesen.<sup>174</sup>

Aus der Diskrepanz hinsichtlich der jeweiligen Anspruchsberechtigung wird deutlich, dass das Substanzrecht, dessen Schutz die beiden Ansprüche dienen, nicht dem jeweiligen Anspruchsinhaber zugewiesen sein kann. Denn dem jeweiligen Anspruchsinhaber steht kein vollständiger Schutz zu, ihm sind lediglich einzelne Aspekte des Schutzprogramms übertragen. Diente die Vollziehungsbefugnis der Verwirklichung eines Substanzrechts des Vollziehungsbefugten, müsste diesem auch ein entsprechender Bereicherungsanspruch zustehen. Dies gilt umgekehrt ebenso für den Inhaber des Bereicherungsanspruchs. Zwar ist der Wegfallbegünstigte nach der gesetzlichen Konzeption sowohl vollziehungsbefugt als auch Inhaber des Anspruchs aus § 2196 BGB. Jedoch ist ihm die Vollziehungsbefugnis nicht zur ausschließlichen Wahrnehmung zugewiesen. Vielmehr können auch der Erbe und der Miterbe diese Befugnis geltend machen. Ihm steht somit in seiner Funktion als Wegfallbegünstigter nicht die alleinige Entscheidungshoheit über die Wahrnehmung der Vollziehungsbefugnis zu. Der Erbe und der Miterbe können auch ohne Zustimmung des Wegfallbegünstigten die Vollziehung der Auflage verlangen. Die Vollziehungsbefugnis und der Bereicherungsanspruch wurzeln damit in einem Substanzrecht, das weder dem Inhaber der Vollziehungsbefugnis noch dem Inhaber des Bereicherungsanspruchs zusteht.

Der Umstand, dass die Personenkreise der Inhaber des Vollziehungsanspruchs und der Inhaber des Bereicherungsanspruchs nicht deckungsgleich sind, während sie

<sup>171</sup> Das Substanzrecht des Inhabers des Anspruchs nach § 2196 BGB entsteht erst mit Entstehung dieses Anspruchs.

<sup>172</sup> Zu denken ist etwa an die folgende Konstellation: Der Erblasser hat ein Vermächtnis und ein Ersatzvermächtnis angeordnet und den Vermächtnisnehmer mit einer Auflage belastet. In diesem Fall ist allein der Ersatzvermächtnisnehmer wegfallbegünstigt, da er bei Wegfall des Vermächtnisnehmers in dessen Position nachrückt.

<sup>173</sup> S. dazu im Einzelnen unten S. 264 f.

<sup>174</sup> Vgl. Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2196 Rn. 3.

der Verwirklichung bzw. dem Schutz desselben Substanzrechts dienen, lässt darauf schließen, dass ein Dritter Inhaber des Substanzrechts sein muss.

### 3. Zusammenhang zwischen Auflage und Zuwendung

Die zivilrechtliche Auflage stellt eine mit einer unentgeltlichen Zuwendung verbundene Beschwerung des Zuwendungsempfängers mit einer Leistungspflicht dar. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Auflage dabei auf die Schenkung, die Erbschaft und das Vermächtnis beschränkt, andere unentgeltliche Rechtsgeschäfte wie die Auslobung sehen sie dagegen nicht vor. Ihr Inhalt wird durch den Zuwendenden bestimmt. Es besteht dabei ein enger Zusammenhang zwischen der unentgeltlichen Zuwendung und der Auflage. Die unentgeltliche Zuwendung ist Voraussetzung der Anwendbarkeit der Auflage.

Die erbrechtliche Auflage und die Zuwendung stehen zwar in keinem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis, da die Zuwendung im Zweifel auch bei der Unwirksamkeit der Auflage wirksam bleibt, § 2195 BGB.<sup>175</sup> Gleichwohl muss die Auflage nach § 1940 BGB mit einer Erbschaft oder einem Vermächtnis verbunden sein. Nach diesen gesetzlichen Regelungen stellt sich der Zusammenhang zwischen der Zuwendung und der Auflage als einseitig zwingend dar: Die erbrechtliche Auflage kann nicht ohne eine unentgeltliche Zuwendung erfolgen, die Zuwendung ist jedoch grundsätzlich von der Wirksamkeit der Auflage unabhängig.

Auch wenn danach kein reguläres Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Auflage und der Zuwendung besteht, nimmt die dem Beschweren mit der Auflage auferlegte Leistungspflicht *de facto* die Funktion einer Gegenleistung für die Zuwendung ein.<sup>176</sup> Der Beschwerer erhält zwar die Zuwendung, muss zugleich aber auch der in der Auflage festgelegten Pflicht nachkommen. Unterlässt er dies, kann die Vollziehung erzwungen werden oder ggf. die (teilweise) Herausgabe der Zuwendung verlangt werden. Dies unterstreicht auch die Existenz des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 2196 BGB. Die Bereicherung des Beschweren stellt sich bei vorwerfbarer Nichterfüllung als ungerechtfertigt dar. Die Vorschrift schafft auf diese Weise eine enge Verbindung zwischen der Zuwendung und der Auflagenpflicht. Ihrem Erlass lag, wie bereits dargelegt, die Überlegung zugrunde, dass „nach dem Willen des Erblassers der mit der Auflage Beschwerer die Zuwendung nur mit der Beschwerung erhalten solle“.<sup>177</sup> Auch die in einer Entscheidung des OLG Karlsruhe zurecht angenommene Konnexität zwischen dem Vollzie-

<sup>175</sup> Vgl. auch *Hedemann*, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1949, § 11 IV, S. 62.

<sup>176</sup> Vgl. auch *Pfeiffer*, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1825, S. 28 („Gegenleistung für die erhaltne Liberalität“); nach *Hedemann*, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1949, § 11 IV, S. 62 ist die Auflage durch „das Gegenüberstehen, richtiger vielleicht das Nebeneinander zweier Leistungen“ gekennzeichnet, was sie dem gegenseitigen Vertrag annäherte.

<sup>177</sup> *Mugdan*, Bd. V, S. 642.

hungsanspruch und dem Vermächtniserfüllungsanspruch des beschwerten Vermächtnisnehmers ist Ausdruck dieser engen Beziehung zwischen letztwilliger Zuwendung und Beschwerung mit der Auflagenpflicht.<sup>178</sup>

Mit dem Vermächtnis wendet der Erblasser dem Vermächtnisnehmer einen Vermögensvorteil zu. Das Vermächtnis stellt damit eine letztwillige Zuwendung des Erblassers an den Vermächtnisnehmer dar. Die Auflage dagegen begründet kein Recht eines anderen auf die Leistung und ist damit auch keine letztwillige Zuwendung. Sie setzt die Existenz eines Begünstigten nicht voraus, ihre Funktion erschöpft sich in der Schaffung einer Verpflichtung des Beschwerten. Stattdessen steht sie selbst in unmittelbarer Verbindung mit der gewillkürten oder gesetzlichen Zuwendung, die der Beschwerde durch den Erbfall erlangt.

Vergleichbar zur Rechtslage bei der Schenkungsaufgabe nach § 525 Abs. 1 BGB besteht damit ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Zuwendung und der Auflagenpflicht.<sup>179</sup> Die Zuwendung erhält der Beschwerde von dem Erblasser, es ist daher folgerichtig, ihm die durch die Auflage begründete Gegenposition einzuräumen.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Auflage begründet eine reguläre Verpflichtung des mit ihr Beschwerten. Die Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB schließt es aus, dass der Erblasser mit ihr einem anderen ein Substanzrecht zuwendet. Die Privatrechtssystematik nach dem vorzugswürdigen herkömmlichen Verständnis erfordert, dass einer privatrechtlichen Pflicht die Berechtigung eines anderen in Form eines Substanzrechts korrespondiert und dass ein Schutzrecht auf einem Substanzrecht basiert. Das Gesetz sieht mit §§ 2194, 2196 BGB Schutzrechte vor, die der Verwirklichung und dem Schutz der Auflage dienen, denen aber kein eigenes Substanzrecht des jeweiligen Anspruchs-inhabers zugrunde liegt. Die Schutzrechte sind demnach jeweils fremdnütziger Natur. Die Auflage ist eine Anordnung des Erblassers und steht in einem engen Verhältnis zu der Zuwendung, mit der sie verbunden ist. Es liegt daher nahe, dass das Substanzrecht an der Auflage dem Erblasser zugewiesen ist.

---

<sup>178</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.04.2017 – 9 W 4/17, FamRZ 2017, 1975, 1977: „Der notwendige Zusammenhang ergibt sich aus der Verknüpfung zwischen den im Testament angeordneten Vermächtnissen mit der Auflage [...]. Der innere Zusammenhang war vom Erblasser gewollt und im Testament angeordnet.“ S. dazu näher unten S. 194 ff.

<sup>179</sup> Das Substanzrecht an der schenkungsrechtlichen Auflage ist dem Schenker zugewiesen. Er kann nach § 525 Abs. 1 BGB die Vollziehung der Auflage verlangen. Das Pendant des Schenkers ist bei der erbrechtlichen Auflage der Erblasser. Dieser Vergleich zwischen der Rechtslage bei der schenkungsrechtlichen und der erbrechtlichen Auflage spricht ebenfalls dafür, dem Erblasser das Substanzrecht an der erbrechtlichen Auflage zuzuweisen.

## 5. Widerlegung des Einwands der Untrennbarkeit des rechtsverwirklichenden Schutzrechts von dem Substanzrecht

Der Vollziehungsanspruch entsteht, wenn der Beschwerde seiner ihm durch die Auflage angeordneten Verhaltenspflicht nicht oder nicht fristgemäß nachkommt und damit nach der hier vertretenen Ansicht eine dem Erblasser gegenüber bestehende Pflicht verletzt. Mit der Geltendmachung der Vollziehungsbefugnis verwirklicht der Vollziehungsbefugte damit das Recht des Erblassers auf Erfüllung der Auflagenpflicht.

Diese Konzeption steht in Widerspruch zu der Auffassung, dass sich der Schutzmechanismus sowie die dienenden, rechtsverwirklichenden Schutzrechte nicht vom Substanzrecht abtrennen ließen, da diese insoweit zweckgebunden seien, als sie der Verwirklichung der Zuweisung des Substanzrechts zu seinem Inhaber dienten.<sup>180</sup>

Dem Gesetzgeber muss jedoch die Möglichkeit bleiben, in Fällen, in denen der Inhaber des Substanzrechts aus praktischen Gründen an der Ausübung und dem Schutz seiner Rechtsposition gehindert ist, anderen Privatrechtssubjekten den Schutzmechanismus zu verleihen. Der Erblasser kann nach seinem Tode die ihm zustehende Rechtsposition nicht mehr selbst geltend machen. Ein Übergang des Substanzrechts findet nach der Konzeption der Auflage nicht statt. Die Abspaltung des Schutzmechanismus von dem Substanzrecht ist daher im Fall der Auflage gerade zwingend erforderlich, um die Zuweisungsentscheidung zu verwirklichen und das Substanzrecht nicht zu einem Allgemeingut werden zu lassen.

Dass es sich bei der zur Ausübung eines Rechts Berechtigten und dem Inhaber des Rechts um unterschiedliche Personen handeln kann, ist allgemein anerkannt und entspricht dem geltenden Recht, wie u. a. den Rechtsfiguren der Ermächtigung und der Stellvertretung zu entnehmen ist.<sup>181</sup> So kann der Eigentümer einer Sache einen Stellvertreter dazu ermächtigen, seinen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB geltend zu machen. Auch wenn die isolierte Abtretbarkeit des Vindikationsanspruchs inzwischen nach der weit überwiegenden Ansicht abgelehnt wird,<sup>182</sup> scheint es vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen zu sein, dass die Inhaberschaft eines Schutzrechts von der Inhaberschaft eines Substanzrechts rechtstechnisch getrennt werden kann, wenn für eine solche Trennung ein praktisches Bedürfnis besteht und sie nicht gegen den sachenrechtlichen Typenzwang verstößt. Eine derartige Tren-

<sup>180</sup> S. oben S. 102 f.; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, S. 58 ff., 177 f.; J. Schmidt, FS Jahr (1993), S. 401, 416: „Der Anspruch steht grundsätzlich dem Rechtsinhaber zu“; von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 15 IX, S. 267 („[...] muß man meines Erachtens annehmen, daß der dingliche Anspruch, so wenig wie der obligatorische, vom erzeugenden Rechte durch Abtretung getrennt werden kann, sondern stets mit diesem Recht vereinigt bleibt“); Dulkeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 52.

<sup>181</sup> Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 102 f.

<sup>182</sup> S. die Nachweise bei Thole, in: Staudinger, BGB, 2023, § 985 Rn. 4.

nung zwischen rechtsverwirklichendem Schutzmechanismus und Substanzrecht liegt auch der verbreiteten Konzeption der Wahrnehmungsberechtigung der nahen Angehörigen bzgl. der nichtvermögensrechtlichen Rechtspositionen des postmortalen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugrunde.<sup>183</sup>

## **6. Widerlegung des Einwands der vermeintlich fehlenden Rechtsfähigkeit des Erblassers**

Das Verständnis der Auflage als Substanzrecht des Erblassers sieht sich einem weiteren, naheliegenden Einwand ausgesetzt, der auf die nach herrschender Ansicht fehlende Rechtsfähigkeit eines Verstorbenen abzielt.

### *a) Keine Rechtsfähigkeit des Erblassers nach herrschender Meinung*

Eine natürliche Person verliert nach herrschender Meinung mit dem Tode ihre Rechtsfähigkeit. Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.<sup>184</sup>

Das Gesetz regelt in § 1 BGB zwar nur den Beginn der Rechtsfähigkeit und nicht deren Ende. Dies ist dadurch zu erklären, dass der historische Gesetzgeber das Ende der Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person mit deren Tod als Selbstverständlichkeit erachtete.<sup>185</sup> In dem Ersten Entwurf war eine Regelung zum Verlust der Rechtsfähigkeit mit dem Tode noch ausdrücklich vorgesehen.<sup>186</sup> Verbreitet wird auch aus dem

<sup>183</sup> S. dazu näher sogleich S. 178 ff.

<sup>184</sup> So die herrschende Meinung, s. *Behme*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 1 Rn. 2; *Poseck*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1 Rn. 10; *Fritzsche*, in: Staudinger, BGB, 2024, Vor § 1 Rn. 1; *Martinek/Heine*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 7; *Saenger*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1 Rn. 4; *Fahse*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1 Rn. 12; *Wolf/Naujoks*, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 237 ff.; zu teilweise vertretenen weiteren Definition der Rechtsfähigkeit als juristisches Verhaltensvermögen s. nur *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 7 m. w. N.

<sup>185</sup> *Mugdan*, Bd. I, S. 571, 949; vgl. dazu auch *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 21; *Gregoriza*, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2003, S. 61; *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 61 f.; *Fromlowitz*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 153; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, S. 56; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 11 Rn. 8 Fn. 22, S. 122; *Nikoletopoulos*, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 58 f.; *Hoch*, Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1975, S. 71 f.

<sup>186</sup> Vgl. *Mugdan*, Bd. I, S. LII; der § 3 des Entwurfs lautete wie folgt: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tode“. Der letzte Halbsatz wurde erst im Rahmen der Bundesratsvorlage, dem sogenannten Dritten Entwurf, gestrichen, vgl. *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 62 (Fn. 146).

Grundsatz der Universalsukzession nach § 1922 Abs. 1 BGB abgeleitet, dass der Tod das Ende der Rechtsfähigkeit eines Menschen markiere.<sup>187</sup>

Der Erblasser ist damit nach herrschender Meinung nicht rechtsfähig, sodass ihm die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, nicht zukommt. Dies schließt auf den ersten Blick die Zuweisung einer Rechtsposition durch die Auflage an den Erblasser aus.

Teilweise wird die Rechtsfähigkeit dagegen nicht als notwendige Voraussetzung für die Fähigkeit, Träger von Rechtspositionen zu sein, verstanden.<sup>188</sup> Der Gesetzgeber könnte nach dieser Ansicht dem Verstorbenen die durch die Auflage begründete Rechtsposition zuweisen. Ein solches Verständnis höhlt jedoch den Begriff der Rechtsfähigkeit aus und verstößt letztlich gegen das Nichtwiderspruchsaxiom der Logik. Versteht man den Begriff der Rechtsfähigkeit mit der allgemeinen Meinung als die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist eine Person, die Träger eines Rechts ist, auch als rechtsfähig zu bezeichnen.

Aus § 1922 BGB und dem Grundsatz der Universalsukzession lässt sich indes nicht ableiten, dass die Zuweisung des durch die erbrechtliche Auflage begründeten Substanzrechts an den Erblasser unzulässig ist. Denn auf den Erben gehen lediglich die Rechte und Pflichten über, die im Zeitpunkt des Erbfalls bestehen. Die durch die Auflage begründete Rechtsposition entsteht dagegen erst mit dem Erbfall selbst.

Zu klären bleibt damit, ob einem Verstorbenen in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung tatsächlich keine (auch keine beschränkte) Rechtsfähigkeit zukommen kann. Ist dies der Fall, scheidet auch die Zuweisung eines durch die Auflage begründeten Substanzrechts an den Erblasser aus.

### *b) Ausnahme nach herrschender Meinung: Postmortales Persönlichkeitsrecht*

Auch wenn dem Verstorbenen nach herrschender Meinung keine Rechtsfähigkeit mehr zukommt, ist die Zuweisung einzelner Rechtspositionen an einen Verstorbenen der geltenden Rechtsordnung nicht unbekannt. Sie wird zumindest für einige Fälle in der Literatur diskutiert. Auch manchen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs kann die Tendenz zu einer solchen Annahme entnommen werden.

Das prominenteste Beispiel stellen die ideellen Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abzulei-

---

<sup>187</sup> Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 10; Lehmann, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 62; Fahse, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1 Rn. 12; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 1051, S. 453, die aber ein Fortdauern des postmortalen Persönlichkeitsrechts konzedieren; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 2016, Rn. 160, S. 69; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 11 Rn. 8, S. 122; vgl. auch Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, § 9 II, Rn. 127, S. 80.

<sup>188</sup> S. Behme, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 1 Rn. 5.2.

tende Allgemeine Persönlichkeitsrecht erlischt nicht mit dem Tode eines Menschen. Es behält, modifiziert zum postmortalen Persönlichkeitsrecht und gestützt allein auf Art. 1 Abs. 1 GG,<sup>189</sup> weiterhin Wirkung.<sup>190</sup> Während seine vermögensrechtlichen Bestandteile im Rahmen der Universalsukzession auf den Erben übergehen, wird der Schutz seiner ideellen Bestandteile durch die nahen Angehörigen ausgeübt. In der Sache nahezu allgemein anerkannt, ist die rechtliche Konstruktion des postmortalen Persönlichkeitsrechts weiterhin ungeklärt. Die Rechtsnatur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als insoweit grundsätzlich höchstpersönliches und unübertragbares Recht stellt die juristische Dogmatik dabei vor Schwierigkeiten. Diesbezüglich werden die im Folgenden dargestellten Ansätze vertreten.

#### aa) Erweiterung des Persönlichkeitsrechts der Angehörigen („Mittelbares Schutzkonzept“)

Das postmortale Persönlichkeitsrecht wurde teilweise als Erweiterung des Persönlichkeitsrechts der Angehörigen des Verstorbenen verstanden.<sup>191</sup> Auf diese Weise konnte die Anerkennung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes mit dem Verständnis des Untergangs der Rechtsfähigkeit im Todeszeitpunkt vereinbart werden. Der Schutz des Verstorbenen entfaltet sich danach nur mittelbar. Eine solche Konstruktion würde auch eine Geldentschädigung bei Verletzung des ideellen Be-

<sup>189</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 („Mephisto“), BVerfGE 30, 173, 194; BVerfG, Beschl. v. 05.04.2001 – 1 BvR 932/94, NJW 2001, 2957, 2958 f.; BVerfG, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 BvR 1168/04 („Blauer Engel/Marlene Dietrich“), NJW 2006, 3409; BGH, Urt. v. 08.06.1989 – I ZR 135/87 („Emil Nolde“), BGHZ 107, 384, 391; BGH, Beschl. v. 29.10.2014 – XII ZB 20/14, NJW 2014, 3786, 3788; BGH, Urt. v. 17.05.1984 – I ZR 73/82 („Frischzellenkosmetik“), GRUR 1984, 907, 908; OLG München, Urt. v. 28.07.1989 – 21 U 2754/88 („Zwangsdemokrat I“), NJW-RR 1990, 1435; OLG München, Urt. v. 14.12.1990 – 21 U 4846/90 („Zwangsdemokrat II“), NJW 1992, 1323, 1324; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 15.10.2009 – 16 U 39/09, ZUM 2009, 952, 954; *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 823 Rn. 89; *Schack*, JZ 2019, 864, 867; a.A.: *Hager*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 823 Rn. C 34.

<sup>190</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.01.1994 – 2 BvR 1912/93, NJW 1994, 783, 784; BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 („Mephisto“), BVerfGE 30, 173, 194; BGH, Urt. v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 („Cosima Wagner“), BGHZ 15, 249; BGH, Urt. v. 20.03.1968 – I ZR 44/66 („Mephisto“), BGHZ 50, 133, 139; BGH, Urt. v. 08.06.1989 – I ZR 135/87 („Emil Nolde“), BGHZ 107, 384, 385; a.A.: *Fahse*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1 Rn. 15; *Westermann*, FamRZ 1969, 561, 566.

<sup>191</sup> *Westermann*, FamRZ 1969, 561, 566; *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 120 ff.; *Hoch*, Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1975, S. 176 ff.; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, S. 69 ff., 113; *May*, NJW 1958, 2101, 2103; *Knellwolf*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 98 ff. et passim; *Nikoleopoulos*, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 101 ff.; *Stein*, FamRZ 1986, 7, 8 ff.; vgl. auch *Klippel*, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, 1985, S. 554.

standteils des Persönlichkeitsrechts ermöglichen, da der Verletzte als lebende Person noch Genugtuung erfahren kann.<sup>192</sup>

Dennoch gilt diese Ansicht inzwischen als überholt. Es bestehen schon grundsätzliche Bedenken, die postmortale Verletzung des Persönlichkeitsrechts als Eingriff in das Recht der Angehörigen auf Totengedenken zu verstehen.<sup>193</sup> Es fehlt auch eine überzeugende Begründung, auf welche Weise sich eine derartige „Anwachsung“ der Persönlichkeitsrechte der Angehörigen konstruktiv vollzieht, sodass der scheinbare Vorteil dieser Auffassung gegenüber den unmittelbaren Schutzkonzepten<sup>194</sup>, eine dogmatisch befriedigende Konzeption zu bieten, sich bei näherer Betrachtung als inexistent herausstellt.<sup>195</sup> Ursprung der „Anwachsung“ des Persönlichkeitsrechts der Angehörigen ist letztlich das unübertragbare und unvererbliche Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen, sodass auch diese Ansicht sich mit dem Problem der Unübertragbarkeit des höchstpersönlichen Persönlichkeitsrechts konfrontiert sieht.<sup>196</sup>

Auch praktisch vermag eine solche Konstruktion keinen ausreichenden Schutz zu gewährleisten, sodass der verfassungsrechtliche Auftrag aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, die individuelle Würde des Verstorbenen zu schützen, durch ein lediglich mittelbares Schutzkonzept nicht erfüllt wird.<sup>197</sup> Hinterlässt der Verstorbene keine Angehörigen, sondern bestimmt, dass eine Stiftung seine Rechte wahrnehmen soll, wäre ein postmortaler Persönlichkeitsschutz ausgeschlossen.<sup>198</sup> Genau genommen wäre schon die Bestimmung eines Wahrnehmungsbefugten durch den Verstorbenen unzulässig,

<sup>192</sup> *Gregorita*, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2003, S. 79, zu beachten ist jedoch, dass sich der Verletzer je nach Anzahl der Angehörigen möglicherweise einer Vielzahl an Entschädigungsbegehrungen ausgesetzt sähe, sodass sich seine Leistungspflicht verglichen mit einer Verletzung des Verstorbenen zu dessen Lebzeiten vervielfältigen würde, vgl. *Gregorita*, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2003, S. 80.

<sup>193</sup> *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 823 Rn. C 37; *Klass*, in: *Erman*, BGB, 17. Aufl. 2023, Anh. zu § 12 Rn. 79; *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, 2019, S. 174; *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 63 f.; *Schack*, GRUR 1985, 352, 360; *Leipold*, in: *Münchener Kommentar BGB*, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 172.

<sup>194</sup> S. zu diesen sogleich unten S. 178 ff.

<sup>195</sup> *Gregorita*, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2003, S. 81.

<sup>196</sup> *Jung*, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 202; *Neumann-Duesberg*, JZ 1968, 703, 704.

<sup>197</sup> *Jung*, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 201; *Fromlowitz*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 150 f.; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 299, 302; *Schack*, GRUR 1985, 352, 360; *Bender*, VersR 2001, 815, 819.

<sup>198</sup> *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 823 Rn. C 37; *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, 2019, S. 174; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 299 f.; jeweils m. w. N.; *Schack*, JZ 1987, 776, 777.

da dieser zur Disposition über ihm fremde Rechte nicht befugt ist.<sup>199</sup> Zudem wird vorgebracht, die Persönlichkeit des Verstorbenen erführe bei einem mittelbaren Schutzkonzept keinen Schutz gegen eine Beeinträchtigung, die von einem Angehörigen selbst herrührt.<sup>200</sup> Dieser Einwand vermag zwar in der praktischen Anwendung nicht uneingeschränkt zu überzeugen, da auch die Wahrnehmung eines fremden Rechts durch den Angehörigen von dessen Willen abhängt.<sup>201</sup> Dennoch wird eine erhebliche Schutzlücke offensichtlich, wenn die Interessen des Angehörigen denen des Verstorbenen zuwiderlaufen, beispielsweise weil eine die Ehre des Verstorbenen verletzende Äußerung eines Dritten das Verhalten des Angehörigen in vorteilhafterem Licht erscheinen lässt.<sup>202</sup> In einer solchen Konstellation lässt sich schon eine Verletzung des erweiterten Persönlichkeitsrechts des Angehörigen nicht widerspruchsfrei begründen, während bei einem unmittelbaren Schutzkonzept allenfalls eine Lücke hinsichtlich der Durchsetzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts entstehen kann.

#### bb) Zuweisung der Rechtsinhaberschaft an dem postmortalen Persönlichkeitsrecht („Unmittelbares Schutzkonzept“)

Inzwischen ist daher anerkannt, dass das Persönlichkeitsrecht eines Verstorbenen mit dessen Tod nicht eine entsprechende „Anwachung“ der Persönlichkeitsrechte seiner Angehörigen bewirkt, sondern als eigene, selbstständige Rechtsposition zu verstehen ist. Wie eine solche Rechtsposition im Einzelnen zu konstruieren ist und wem die Rechtsinhaberschaft an ihr zuzuweisen ist, ist jedoch umstritten.

##### *(1) Allgemeine Rechtssubjektivität als Minus zur Rechtsfähigkeit*

Vereinzelt wird die Existenz einer „allgemeinen Rechtssubjektivität“, die über die Rechtsfähigkeit hinausgehe und alle Fälle erfasse, in denen nicht rechtsfähigen Personen Rechte zugewiesen werden, angenommen. Rechtssubjektivität bedeutet

<sup>199</sup> Gregorita, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2003, S. 78; Jung, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 203; dennoch lässt diese Ansicht eine gewisse Bindungswirkung des Willens des Verstorbenen zu, vgl. Knellwolf, ZUM 1997, 783, 788 f.; Hoch, Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1975, S. 247.

<sup>200</sup> Luther, Postmortaler Schutz nichtvermögensrechtlicher Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 63 f.; Fromlowitz, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 151.

<sup>201</sup> Vgl. auch Nikoletopoulos, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 90 f.

<sup>202</sup> Jung, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 202; Ahrens, Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 270 f.; Fromlowitz, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 151; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 5 III 5 a) d), S. 103; Koziol, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 98.

danach, Zuordnungsobjekt mindestens eines Rechtssatzes zu sein.<sup>203</sup> Der Verstorbene sei als Zuweisungsobjekt z. B. des Rechts aus § 22 KUG und des Rechts aus § 83 UrhG a. F. ein solches allgemeines Rechtssubjekt.<sup>204</sup> Demnach sei der Verstorbene zwar nicht mehr rechtsfähig, ihm stehe aber weiterhin eine „darüber hin-ausreichende allgemeine Rechtssubjektivität“ zu.<sup>205</sup>

Die Einführung eines solchen dem Zivilrecht grundsätzlich fremden Begriffs wird jedoch ganz überwiegend zurecht abgelehnt, da sie das Erfordernis einer sachgerechten Begründung nicht erfüllen kann.<sup>206</sup> Wie bereits dargelegt, ist bei einer Definition des Begriffs der Rechtsfähigkeit als die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, diese für ein Rechtssubjekt, das als Zuweisungsobjekt eines Rechts in Betracht kommt, auch zu bejahen.

## (2) *Subjektloses Recht*

Es wurde schon erwähnt,<sup>207</sup> dass das postmortale Persönlichkeitsrecht teilweise als ein subjektloses Recht verstanden wird.<sup>208</sup> Auch bestimmte Äußerungen des Bundesgerichtshofs lassen sich in diese Richtung deuten. In der *Cosima-Wagner*-Entscheidung führte das Gericht aus: „Das Persönlichkeitsrecht wirkt über den Tod des ursprünglichen Rechtsträgers fort. Das wird für das Urheberpersönlichkeitsrecht in Rechtsprechung und Schrifttum einmütig anerkannt. Dies gilt in gleicher Weise auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht; denn die schutzwürdigen Werte der Persönlichkeit überdauern die Rechtsfähigkeit ihres Subjektes, die mit dessen Tode erlischt.“<sup>209</sup>

Unabhängig von der Frage nach der grundsätzlichen Anerkennung der Rechtsfigur des subjektlosen Rechts besteht wie bereits bei der Anwendung dieses Lö-

<sup>203</sup> *Buschmann*, NJW 1970, 2081, 2087 unter Berufung auf *Hans J. Wolff*; so auch *Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, 235.

<sup>204</sup> *Buschmann*, NJW 1970, 2081, 2087 f.

<sup>205</sup> *Buschmann*, NJW 1970, 2081, 2088.

<sup>206</sup> *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 823 Rn. C 38; *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, 2019, S. 175; *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 13 f.; *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 77; *Knellwolf*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 15 f.; *Nikoleopoulos*, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 82 f.

<sup>207</sup> S. oben S. 130.

<sup>208</sup> OLG München, Urt. v. 06.06.1997 – 21 U 3710/96, BB 1997, 1971; tendenziell auch BGH, Urt. v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 („Cosima Wagner“), BGHZ 15, 249, 259 und BGH, Urt. v. 20.03.1968 – I ZR 44/66 („Mephisto“), BGHZ 50, 133, 137; *Schack*, GRUR 1985, 352, 361; *Bender*, VersR 2001, 815, 817; *Fischer*, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, 2004, S. 67; *Höflich*, Die ärztliche Schweigepflicht, 2011, S. 82 f.; *Boenigk*, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 26 f.

<sup>209</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 („Cosima Wagner“), BGHZ 15, 249, 259.

sungsansatzes auf die Auflage<sup>210</sup> das Problem, dass nicht ein vorübergehender Zustand der Subjektlosigkeit eines Rechts zu überwinden ist, sondern eine dauerhafte Subjektlosigkeit eintreten würde.<sup>211</sup> Bei dem postmortalen Persönlichkeitsrecht kommt hinzu, dass die Eigenschaften der Höchstpersönlichkeit und der Unübertragbarkeit dieses Rechts ein Verständnis als subjektloses Recht erschweren.<sup>212</sup>

### (3) Allgemeine Rechtspflicht

In seiner *Mephisto*-Entscheidung führte der Bundesgerichtshof aus, die Rechtsordnung könne „Gebote und Verbote für das Verhalten der Rechtsgenossen zum Schutz verletzungsfähiger Rechtsgüter auch unabhängig vom Vorhandensein eines lebenden Rechtssubjektes vorsehen und namentlich Unterlassungsansprüche der in Rede stehenden Art durch jemanden wahrnehmen lassen, der nicht selbst Subjekt eines entsprechenden Rechtes ist, wenn der ursprüngliche Träger dieses Rechtes durch den Tod die Rechtsfähigkeit verloren hat“<sup>213</sup>. In Anschluss an diese Formulierung wird in der Literatur verbreitet eine allgemeine Rechtspflicht zur Achtung der Persönlichkeit des Verstorbenen ohne korrespondierende Berechtigung eines anderen angenommen.<sup>214</sup>

<sup>210</sup> S. oben S. 130 f.

<sup>211</sup> *Schmitt*, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl. 2015, § 1 Rn. 53; *Westermann*, FamRZ 1969, 561, 565 f.; *Klippe*, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, 1985, S. 551; *Hager*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 823 Rn. C 38; *Jung*, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 198; *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 265 f.; *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 114 ff.; *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögensrechtlicher Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 70; *Müller*, Postmortaler Rechtsschutz, 1996, S. 233 f.; *Heldrich*, FS Lange (1970), S. 163, 168; *Knellwolf*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 14; *Nikoleopoulos*, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 77 ff.; *Fromlowitz*, Das Urheberpersönlichkeitssrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 154 f.; *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 14; auf das dauerhaft fehlende, für subjektive Rechte konstitutive Willenselement stellt *Schack*, JZ 2019, 864, 870 ab; a. A.: *Bender*, VersR 2001, 815, 817, der nicht auf einen späteren Rechtserwerb, sondern auf den späteren Untergang des Rechts mit Zeitablauf als transitorischen Zustand abstellt, dagegen hält *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 15 zurecht vor, dass mit der ergebnisorientierten Eliminierung des Erfordernisses eines künftigen Rechtsträgers auch die Legitimation dieser Rechtsfigur beseitigt wird.

<sup>212</sup> *Jung*, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 197; *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 15; *Knellwolf*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 14; *Fromlowitz*, Das Urheberpersönlichkeitssrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 155; *Nikoleopoulos*, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 76.

<sup>213</sup> BGH, Urt. v. 20.03.1968 – I ZR 44/66 („Mephisto“), BGHZ 50, 133, 137.

<sup>214</sup> *Heldrich*, FS Lange (1970), S. 163, 169; *Jung*, Die Vererblichkeit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 203 ff.; *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 114 f.; *Petersen*, Medienrecht, 5. Aufl. 2010, § 4 Rn. 43; *Petersen*, Jura 2008, 271; *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 271 ff.; wohl auch *Koziol*, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 109 f.

Ungeachtet der grundlegenden Bedenken, die sich aus der Auflösung der in der Struktur der Privatrechtsordnung als Zuweisungssystem begründeten Recht-Pflicht-Korrespondenz ergeben, erweist sich dieser Ansatz für den postmortalen Schutz der Persönlichkeit als untauglich. So müssen von den Angehörigen geltend gemachte Abwehr- und Schutzansprüche auf Rechtsnormen gestützt werden, deren Tatbestand die Verletzung eines subjektiven Rechts oder im Falle des § 823 Abs. 2 BGB doch zumindest eines Gesetzes, das dem Schutz eines anderen dient, voraussetzt. Wird darauf verzichtet, läuft die Konstruktion in der Sache auf die abzulehnende Annahme eines subjektlosen Rechts hinaus.<sup>215</sup>

#### (4) Treuhänderische Zuweisung an Angehörige

Teilweise wird angenommen, dass den Angehörigen oder den vom Erblasser zu Lebzeiten hierzu Berufenen das postmortale Persönlichkeitsrecht treuhänderisch zugewiesen sei.<sup>216</sup> Hierfür spreche eine Analogie zu §§ 22 f. KUG und § 76 S. 4 UrhG, die für die dort genannten Rechte einen entsprechenden Übergang auf die Angehörigen vorsehen. Den Wahrnehmungsberechtigten stünden die ehemaligen Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen als eigene Rechte zu.<sup>217</sup> In seiner *Emil Nolde*-Entscheidung nimmt der Bundesgerichtshof eine Prozessstandschaft der Angehörigen, also die Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen an.<sup>218</sup>

Berücksichtigt man die Rechtslage, die bei der Treuhand besteht, zeigt sich, dass eine solche Konstruktion gleich aus zwei Gründen ausgeschlossen ist. Bei einem

<sup>215</sup> Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 16 f.; ablehnend auch Fischer, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, 2004, S. 64 f.; Fromlowitz, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 154; Boenigk, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 15 f.; Müller, Postmortaler Rechtsschutz, 1996, S. 236 f.; Nikoletopoulos, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 83 ff.

<sup>216</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 11 Rn. 29, S. 127; Hager, in: Staudinger, BGB, 2017, § 823 Rn. C 38 f.; Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, 2019, S. 175; Schack, JZ 1989, 609, 614; Schack, JZ 2019, 864, 870 f.; wohl auch Leipold, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 173, demzufolge es sich um personen- bzw. familienrechtliche Ansprüche der Angehörigen handelt, die in ihren rechtlichen Beziehungen zu dem Verstorbenen wurzeln; unklar Krause, Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts im Internet, 2022, S. 32 f., nach der die Angehörigen das postmortale Persönlichkeitsrecht wahrnehmen, ohne dabei ein eigenes Recht auszuüben, die Rechtsfähigkeit des ursprünglichen Rechtsträgers mit dessen Tod aber auch untergegangen ist, Krause dürfte wohl ein subjektloses Recht annehmen.

<sup>217</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 11 Rn. 29, S. 129, der jedoch zugleich auch allgemeine Rechtspflichten zum Schutz eines Rechtsguts, das keinem Rechtssubjekt zugewiesen sei, annimmt.

<sup>218</sup> BGH, Urt. v. 08.06.1989 – I ZR 135/87 („Emil Nolde“), BGHZ 107, 384, 391: Die Unzulässigkeit der gewillkürten Prozessstandschaft bei höchstpersönlichen Rechten (vgl. dazu m.w.N. BGH, Urt. v. 17.02.1983 – I ZR 194/80 („Geldmafiosi“), NJW 1983, 1559) gelte nicht, „wenn der ursprüngliche Rechtsträger verstorben ist“; so wohl auch OLG München, Urt. v. 26.01.1994 – 21 U 5534/93, NJW-RR 1994, 925.

Treuhandverhältnis kommt es zur Übertragung eines Rechts des Treugebers an den Treuhänder. Während der Treuhänder über das Recht im Außenverhältnis frei verfügen kann, ist er im Innenverhältnis an die Vorgaben des Treugebers gebunden. Zum einen ist eine solche Konstruktion nicht vereinbar mit der postulierten Unübertragbarkeit der ideellen Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Erachtet man diese als untrennbar mit der Person ihres (ursprünglichen) Trägers verbunden, ist eine auch nur treuhänderische Übertragung an die Angehörigen nicht zu begründen.<sup>219</sup> Zum anderen lässt sich die Maßgeblichkeit des Willens des Verstorbenen bei der postmortalen Ausübung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den Treuhänder nicht widerspruchsfrei begründen. Denn ist der Verstorbene nicht rechtsfähig, ist nicht zu erklären, warum die rechtsinnehabenden Angehörigen im Innenverhältnis an dessen Vorgaben gebunden sein sollen. Fällt er als Rechtssubjekt weg, ereilt die rechtliche Bindung das gleiche Schicksal. Die Treuhandkonstruktion führt somit nur scheinbar zu einer Lösung des Problems der fehlenden Rechtsfähigkeit des Verstorbenen. Sie verlagert das Problem von der Ebene der Rechtsinhaberschaft auf die schuldrechtliche Ebene der Bindung im Innenverhältnis.<sup>220</sup>

#### *(5) Nachwirken des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

Teilweise wird vertreten, dass das Persönlichkeitsrecht sanktionsbewehrte Nachwirkungen entfalte.<sup>221</sup> Dabei schütze das Wissen um den postmortalen Persönlichkeitsschutz die Entfaltung der Persönlichkeit zu Lebzeiten.<sup>222</sup>

Dagegen spricht, dass mit dem Tode das Zuordnungssubjekt des Persönlichkeitsrechts entfällt, legt man das Ende der Rechtsfähigkeit eines Menschen mit dessen Tod zugrunde. In der Sache läuft daher die Annahme des Nachwirkens eines Rechts nach dem Tode des Rechtsträgers auf die abzulehnende Anerkennung eines subjektlosen Rechts hinaus.

#### *(6) Unvereinbarkeit des postmortalen Persönlichkeitsschutzes mit geltendem Recht*

Teilweise wird aufgrund der dogmatischen Schwierigkeiten, die die Einordnung des postmortalen Persönlichkeitsrechts in das geltende Zivilrecht bereitet, angenommen, der unmittelbare postmortale Schutz der Persönlichkeitsrechte sei *de lege lata* nicht mit dem Gesetz zu vereinbaren.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> Spickhoff, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 63; Knellwolf, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 19; ablehnend auch Nikoletopoulos, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 69 und 86 ff.

<sup>220</sup> Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 23 m. w. N.

<sup>221</sup> Poseck, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1 Rn. 42.

<sup>222</sup> S. zu diesem Begründungsansatz etwa Boenigk, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 20 ff.

<sup>223</sup> Luther, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 107 ff. et passim, der *de lege ferenda* einen öffentlich-rechtlichen Schutz empfiehlt;

### (7) Postmortale (Teil-)Rechtsfähigkeit

Schließlich wird teilweise eine postmortale (Teil-)Rechtsfähigkeit<sup>224</sup> des Erblassers angenommen.<sup>225</sup> Auch die *Marlene-Dietrich*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann auf diese Weise verstanden werden. Danach sind die ideellen Be-

---

Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 17 u. 42; anders Rixecker, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, Anh. § 12 Rn. 65, der zwar sämtliche Begründungsansätze ablehnt und den Streit mit Verweis auf die Rechtspraxis offenlässt, das postmortale Persönlichkeitsrecht aber dennoch anerkennt.

<sup>224</sup> Zu Zeiten des Zweiten Weltkriegs fand die (Teil-)Rechtsfähigkeit Verstorbener gewohnheitsrechtlich Anerkennung, soweit Personenstandsänderungen wie die Eheschließung und Scheidung mit Verstorbenen möglich waren, vgl. Boehmer, AcP 150 (1949), 235 m. w.N. und Knellwolf, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 16 Fn. 73, die darauf hinweist, dass dies in erster Linie dem Interesse der überlebenden Ehefrau sowie der Legitimierung unehelich gezeugter Kinder diente. Unabhängig von dem verfolgten Gesetzeszweck ist jedoch festzuhalten, dass die Rechtsfähigkeit Verstorbener zu dieser Zeit rechtlich anerkannt war.

<sup>225</sup> Spickhoff, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 64; so auch schon Schmitt, in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Aufl. 2015, § 1 Rn. 55; Gitter, in: Münchener Kommentar BGB, 3. Aufl. 1993, § 1 Rn. 58; auch BGH, Urt. v. 20.03.1968 – I ZR 44/66 („Mephisto“), BGHZ 50, 133, 137 kann mit der Vorstellung einer Teilrechtsfähigkeit gedeutet werden; Schreuer, FS Bergbohm (1919), S. 242, 266; Hirsch, Ehre und Beleidigung, 1967, S. 131 Fn. 19; Zöllner, JuS 1984, 985, 986; Beuthien, Persönlichkeitsgüterschutz vor und nach dem Tode, 2002, S. 83 f.; Thieme, Das deutsche Personenrecht, 2003, S. 96; Müller, Postmortaler Rechtsschutz, 1996, S. 249 ff.; Hillgruber, JZ 1997, 975, 978; Lorenz, JuS 2010, 11; Schwarz, ArchBürgR 32 (1908), 12, 44; wohl auch schon Kohler, Eigenbild im Recht, 1903, S. 26; wohl auch Beater, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. IV zu § 823 Rn. 27; vgl. auch Klippel, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, 1985, S. 551 f.; auch Gregoritza, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener, 2003, S. 81 spricht sich für das unmittelbare Schutzkonzept aus, ohne sich jedoch auf eine genauere dogmatische Einordnung festzulegen; auch Knellwolf, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1991, S. 17, hält die Theorie der postmortalen Teilrechtsfähigkeit für den überzeugendsten Ansatz zur Erklärung postmortaler Persönlichkeitsrechte, zieht im Ergebnis aber einen mittelbaren Schutz über das Andenkensrecht der Angehörigen vor; unklar Pabst, NJW 2002, 999 f., der den Verstorbenen als Grundrechtssubjekt ohne Rechtssubjektivität versteht; ablehnend: von Blume, AcP 112 (1914), 367, 369 f.; Westermann, FamRZ 1969, 561, 563 ff.; Rixecker, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, Anh. § 12 Rn. 65, der eine dogmatische Einordnung rechtspraktisch für „nicht von Interesse“ hält; Leipold, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 172; Ahrens, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 267 ff.; Lehmann, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 61 ff., 79; Nikoletopoulos, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 79 ff.; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des Allgemeine Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 295 ff.; Claus, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, S. 56 f., 69 ff.; Schack, JZ 2019, 864, 870; Boenigk, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 14 f.; Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, 2019, S. 174 f.; Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985, S. 233 f.; Behme, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 1 Rn. 6; Hetterich, Mensch und „Person“, 2016, S. 311; Poseck, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1 Rn. 42; gegen den Begriff der Teilrechtsfähigkeit Lehmann, AcP 207 (2007), 225, 235 ff., der bei der Verleihung eines einzigen Rechts oder einer einzigen Pflicht von einer vollständigen Rechtsfähigkeit ausgeht, sowie Nikoletopoulos, Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, 1984, S. 80.

standteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts „unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden und als höchstpersönliche Rechte unverzichtbar und unveräußerlich, also nicht übertragbar und nicht vererblich“.<sup>226</sup>

Die Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit des Verstorbenen erscheint als die konsequente Lösung der Zuweisungsproblematik. Versteht man die ideellen Be standteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als untrennbar mit der Person verknüpft, ist ein auch nur treuhänderischer Übergang dieser Rechtsposition auf eine andere Person ausgeschlossen. Die nach Art. 1 GG gebotene Anerkennung der postmortalen Schutzwürdigkeit der Persönlichkeit eines Menschen lässt sich daher nur verwirklichen, indem dem Verstorbenen die Fähigkeit zugesprochen wird, Träger dieses Rechts zu sein. Dass der Verstorbene keinen eigenen Willen mehr ausüben kann und kein Interesse mehr hat,<sup>227</sup> steht der Anerkennung einer (Teil-)Rechtsfähigkeit nicht entgegen. Denn dies trifft grundsätzlich auch auf die juristische Person und den *nasciturus* zu, denen eine (Teil-)Rechtsfähigkeit zugelassen wird.<sup>228</sup>

Gegen die Vergleichbarkeit der Situation des Verstorbenen mit der des *nasciturus* wird vorgebracht, dass die pränatale (Teil-)Rechtsfähigkeit des *nasciturus* ihre Berechtigung in der zu erwartenden Erlangung der Rechtsfähigkeit mit der Geburt finde, während es bei dem Verstorbenen um das Ausklingen seiner Persönlichkeit gehe.<sup>229</sup> Außerdem führe die Annahme einer postmortalen (Teil-)Rechtsfähigkeit dazu, dass Verstorbene ewig als rechtsfähig anzuerkennen seien und so einen

<sup>226</sup> BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97 („Marlene Dietrich“), BGHZ 143, 214, 220; zustimmend *Klass*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, Anh. zu § 12 Rn. 76.

<sup>227</sup> *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 78.

<sup>228</sup> Eine (Teil-)Rechtsfähigkeit lehnt ab *Behme*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 1 Rn. 6 (die gesetzlichen Vorschriften, die dem *nasciturus* Rechte zuerkennen, seien „gesetzliche Ausnahmen von dem Grundsatz, dass er (noch) nicht rechtsfähig ist“), s. auch Rn. 19 f.; eine begrenzte Rechtsfähigkeit nehmen an OLG Schleswig, Beschl. v. 15.12.1999 – 13 WF 122/99, NJW 2000, 1271, 1272; *Kannowski*, in: Staudinger, BGB, 2024, § 1 Rn. 15; *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 35 ff.; *Poseck*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1 Rn. 28; *Fahse*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1 Rn. 16; *Fabricius*, FamRZ 1963, 403, 410; *Laufs*, NJW 1965, 1053, 1055 f.; der BGH hat die Frage bisher offengelassen, BGH, Urt. v. 11.01.1972 – VI ZR 46/71, BGHZ 58, 48. Verneint man indes die (Teil-)Rechtsfähigkeit des *nasciturus*, kann die fehlende Rechtsfähigkeit des Verstorbenen vor dem Hintergrund der gesetzlichen Zuweisung von Rechtspositionen an den *nasciturus* von vornherein nicht gegen eine Rechtszuweisung an ihn angeführt werden.

<sup>229</sup> *Fischer*, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, 2004, S. 67; *Jung*, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 198 f.; *Fromlowitz*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2014, S. 153; *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 12; *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 82; *Westermann*, FamRZ 1969, 561, 565 f.; *Heldrich*, FS Lange (1970), S. 163, 168; *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 1973, S. 58; *Schack*, GRUR 1985, 352, 360 f.

postmortalen „Denkmalschutz“ etabliere.<sup>230</sup> Sie stelle eine „Mystifikation des unleugbaren Tatbestandes, daß mit seinem Tode dieser Mensch als selbständiger Bezugspunkt von Rechten und Pflichten wegfällt“, dar.<sup>231</sup> Diene die Rechtsfähigkeit nur noch der Erhaltung der geschaffenen Werke des Verstorbenen und der Verteidigung seines Lebensbildes, sei sie eine „pure Fiktion“.<sup>232</sup> Schließlich widerspreche die Anerkennung einer (Teil-)Rechtsfähigkeit Verstorbener dem Willen des historischen Gesetzgebers, der das Ende der Rechtsfähigkeit mit dem Tode für selbstverständlich erachtete.<sup>233</sup>

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Annahme der (Teil-)Rechtsfähigkeit des *nasciturus* wie auch des Verstorbenen, unabhängig von den unterschiedlichen Situationen, in denen sich die Rechtssubjekte befinden, demselben Zweck dient: der Ermöglichung der Zuweisung von Rechten an einen Rechtsträger. Auch wenn weit überwiegend der Rechtserwerb des *nasciturus* als durch die Geburt aufschiebend bedingt verstanden wird,<sup>234</sup> ist dies nicht unumstritten.<sup>235</sup> Jedenfalls setzt ein bedingter Erwerb von Rechten die Rechtsfähigkeit ebenso voraus wie der Erwerb von unbedingten Rechten.<sup>236</sup> Der aufschiebend bedingte Erwerb bedarf eines gegen-

<sup>230</sup> Fischer, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, 2004, S. 67 Fn. 147; Jung, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 199; ähnlich Fahse, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1 Rn. 15.

<sup>231</sup> Westermann, FamRZ 1969, 561, 563.

<sup>232</sup> Westermann, FamRZ 1969, 561, 563 f.

<sup>233</sup> Jung, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2005, S. 199.

<sup>234</sup> Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1, 15. Aufl. 1959, § 84 I, S. 480; vgl. darüber hinaus die weiteren Nachweise bei Wolf/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 180 ff.; von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, § 22 I, S. 380 („Ein Kind, das nicht lebend zur Welt gekommen ist, hat für das Zivilrecht nicht existiert“); Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 12 f.: das totgeborene Kind sei „zu keiner Zeit selbst rechtsfähig“.

<sup>235</sup> Spickhoff, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 37; grundsätzlich ablehnend gegenüber der Konstruktion der Rechtsfähigkeit des *nasciturus* als bedingte und für seine unbedingte Rechtsfähigkeit Wolf/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 212 ff., 231; gegen jegliche Rechtsfähigkeit des *nasciturus* Stumpf, Die Verletzungsfähigkeit des *nasciturus*, 1966, S. 60. S. ausführlich zu den verschiedenen vertretenen Ansätzen bzgl. der Frage nach der Rechtsfähigkeit des *nasciturus* etwa Roller, Die Rechtsfähigkeit des *nasciturus*, 2013, S. 202 ff.; Stumpf, Die Verletzungsfähigkeit des *nasciturus*, 1966, S. 12 ff. Teilweise wird vertreten, auch bei der pränatalen Teilrechtsfähigkeit sei das Potential, zu einem späteren Zeitpunkt (vollständige) Rechtsfähigkeit zu erlangen, nicht bedingende Voraussetzung für die Zuerkennung der Teilrechtsfähigkeit. So wird bisweilen die Unterhaltsforderung nach § 1963 BGB, die auch im Falle der Totgeburt nicht untergeht, für ein Recht des *nasciturus* gehalten, s. Schwarz, ArchBürgR 32 (1908), 12, 39. Heute wird dagegen nach allgemeiner Ansicht die werdende Mutter als Inhaber der Forderung verstanden, vgl. Mešina, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1963 Rn. 2; Leipold, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1963 Rn. 2; J. Schmidt, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1963 Rn. 2; Hoeren, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 1963 Rn. 2.

<sup>236</sup> Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1, 15. Aufl. 1959, § 84 II 4 Fn. 10, S. 482; Wolf/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des

wärtig rechtsfähigen Erwerbers.<sup>237</sup> Der Einwand, die Anerkennung einer postmortalen (Teil-)Rechtsfähigkeit sei eine „Mystifikation“ oder „pure Fiktion“, verfängt nicht. Entscheidend ist, ob die Rechtsordnung dem Verstorbenen eine Rechtsposition zuweist. Ist dies der Fall, ist der Verstorbene als Träger eines Rechts (teil-)rechtsfähig. Auch ein „Denkmalschutz“ aufgrund ewiger (Teil-)Rechtsfähigkeit ist nicht zu befürchten. Die (Teil-)Rechtsfähigkeit des Verstorbenen ist nur solange von Bedeutung, wie sie Wirkungen zeitigt. Dieser Zeitraum ist begrenzt auf die Dauer, in der die dem Verstorbenen zugewiesenen Rechte von Bestand oder zumindest durchsetzbar sind.<sup>238</sup> Die ideellen Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts bestehen nach der Rechtsprechung nur für einen bestimmten Zeitraum nach dem Tode ihres Rechtsinhabers. Dieser Zeitraum ist einzelfallabhängig zu bestimmen, bei prominenten Personen kann er länger bemessen sein als bei nicht in der Öffentlichkeit stehenden Personen,<sup>239</sup> unbegrenzt ist er indes nicht.

Eine Rechtsordnung kann Entitäten Rechtsfähigkeit verleihen. Ordnet der Gesetzgeber dem Verstorbenen die Inhaberschaft bestimmter Rechte zu, erkennt er damit implizit seine (Teil-)Rechtsfähigkeit an.

### c) Weitere Rechtspositionen

Neben dem postmortalen Persönlichkeitsschutz erkennt auch das geschriebene Recht inzwischen einzelne Rechtspositionen eines Verstorbenen an, die in dem postmortalen Allgemeinen Persönlichkeitsrecht wurzeln.

Zu nennen sind u.a. das Transplantationsrecht, die postmortale ärztliche Schweigepflicht oder die Sektion zu wissenschaftlichen Zwecken. Die Persönlichkeitsrechte eines Verstorbenen erfahren auch strafrechtlichen Schutz. So normiert § 189 StGB den Tatbestand der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener<sup>240</sup> und der im Jahr 2020 neu eingeführte Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst das unbefugte Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme, die eine verstorbene Person in grob anstößiger Weise zur Schau stellt.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG ist die Entnahme von Organen oder Geweben grundsätzlich nur zulässig, wenn der Verstorbene eingewilligt hat. Fehlt es an einer

---

Menschen, 1955, S. 182: Die „Bedingung“ bezieht sich insoweit nicht auf den Bestand des Rechts, sondern auf dessen Erwerb, der Begriff des „bedingten Rechts“ ist in diesem Kontext daher irreführend.

<sup>237</sup> Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1, 15. Aufl. 1959, § 84 II 4 Fn. 10; Wolff/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 183.

<sup>238</sup> OLG München, Urt. v. 26.01.1994 – 21 U 5534/93, NJW-RR 1994, 925.

<sup>239</sup> S. zur Schutzdauer im Einzelnen und m. w. N. etwa Hager, in: Staudinger, BGB, 2017, § 823 Rn. C 46; kritisch ob der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 2011, S. 32.

<sup>240</sup> S. zur Diskussion über das geschützte Rechtsgut nur Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2021, § 189 Rn. 1 ff.

schriftlichen Einwilligung, kann nach § 4 Abs. 1 TPG die Entnahme mit Zustimmung eines nächsten Angehörigen erfolgen, der jedoch einen mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu beachten hat. Über einen Widerspruch des Verstorbenen dürfen sich weder der entnehmende Arzt noch der nächste Angehörige hinwegsetzen. Auch bei der nach Landesrecht geregelten anatomischen Sektion einer Leiche ist die Zustimmung des Verstorbenen maßgeblich.<sup>241</sup>

Die ärztliche Schweigepflicht, die nicht nur vertragsrechtlich zu begründen ist, sondern auch verfassungsrechtliche Grundlagen hat<sup>242</sup> und in den Zeugnisverweigerungsrechten nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO Berücksichtigung findet, bleibt auch nach dem Tode des Patienten bestehen.<sup>243</sup> Das Recht des Patienten, den Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden, geht dabei nicht auf die Erben oder Angehörigen über.<sup>244</sup> Ein Verzicht auf die Schweigepflicht ist lediglich bei einer entsprechenden lebzeitigen Willensäußerung des Verstorbenen, oder wenn dieser seinem mutmaßlichen Willen entspricht, anzunehmen (vgl. auch § 630g Abs. 3 S. 3 BGB).<sup>245</sup> Anders als bei dem postmortalen Schutz der ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts scheidet daher sowohl eine Anwachsung der eigenen Rechte der Angehörigen als auch eine treuhänderische Zuweisung des Rechts an diese schon von vornherein aus. Als nicht überzeugende abweichende dogmatische Lösungsansätze blieben die Annahme einer allgemeinen Rechtspflicht, die von einem Recht entkoppelt ist, sowie das Nachwirken der lebzeitigen Schweigepflicht. Die Trennung von Pflicht und Recht vermag im Zivilrecht indes nicht zu überzeugen und das Nachwirken eines zu Lebzeiten bestehenden Rechts stellt sich in der Sache ebenfalls als Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit des Verstorbenen dar: Mit dessen Tod erlischt nach herrschender Meinung seine Rechtsfähigkeit, sodass er nicht mehr Träger eines Rechts sein kann. Danach müsste auch die lebzeitige Schweigepflicht entfallen. Ein Nachwirken kann nur konstruiert werden, wenn die Rechtsposition nach dem Tode ihres Inhabers noch bestehen bleibt. Der Pflicht des Arztes entspricht damit kein Recht der Erben oder Angehörigen, sondern eine dem Verstorbenen zugewiesene Rechtsposition.

<sup>241</sup> S. z.B. § 13 Nr. 2 SektionsG HA.

<sup>242</sup> S. dazu etwa *Corinth*, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, 2008, S. 8 ff.; *Höflich*, Die ärztliche Schweigepflicht, 2011, S. 15 ff.; *Boenigk*, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 32 ff.; *Kiethn*, JA 1995, 328.

<sup>243</sup> *Schack*, JZ 2019, 864, 867; *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 64; *Höflich*, Die ärztliche Schweigepflicht, 2011, S. 85 ff.; *Boenigk*, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 51 ff.

<sup>244</sup> *Schack*, JZ 2019, 864, 867; *Bartsch*, NJW 2001, 861, 862; *Spickhoff*, NJW 2005, 1982, 1983; *Höflich*, Die ärztliche Schweigepflicht, 2011, S. 84.

<sup>245</sup> OLG München, Beschl. v. 19.09.2011 – 1 W 1320/11, MDR 2011, 1496; *Bartsch*, NJW 2001, 861, 862; *Höflich*, Die ärztliche Schweigepflicht, 2011, S. 94 ff.; *Boenigk*, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, 2004, S. 65 ff.

Schließlich lässt sich generell die Einräumung postmortaler Privatautonomie an den Erblasser und die Beachtlichkeit seiner letztwilligen Anordnungen nach seinem Tode als Ausdruck der Gewährung einer (Teil-)Rechtsfähigkeit verstehen.<sup>246</sup>

#### *d) Fazit*

Das zivilrechtliche Paradigma, die Rechtsfähigkeit eines Menschen und damit seine Eigenschaft als Rechtssubjekt ende mit seinem Tode, kann insbesondere vor dem Hintergrund der Anerkennung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes in seiner Absolutheit nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr zeigt der Schutz der ideellen Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines Verstorbenen, der sich dogmatisch kohärent allein durch die Annahme einer postmortalen (Teil-) Rechtsfähigkeit konstruieren lässt, dass auch ein Verstorbener noch als Träger einzelner Rechte in Betracht kommt.

Dabei handelt es sich bei der Rechtsfähigkeit, der Fähigkeit Träger von Rechten und Pflichten zu sein, um einen normativen Begriff, dessen Reichweite die Rechtsordnung bestimmen kann.<sup>247</sup> Weist die Rechtsordnung durch eine Norm einer Entität Rechte zu, schafft sie damit deren Rechtsfähigkeit.<sup>248</sup> Vor diesem Hintergrund ist der auf einer *petitio principii* beruhende Schluss unzulässig, dass einem Verstorbenen aufgrund fehlender Rechtssubjektivität kein Recht zustehen könne. Vielmehr ist zu fragen, ob nach der Rechtsordnung einem Verstorbenen ein Recht zugewiesen werden kann. Ist dies der Fall, ist ein Verstorbener auch grundsätzlich ein Rechtssubjekt.<sup>249</sup>

Eine vermeintlich fehlende (Teil-)Rechtsfähigkeit kann der Zuweisung des durch die erbrechtliche Auflage begründeten Substanzrechts an den Erblasser damit nicht entgegengehalten werden. Dabei kann für die Zwecke dieser Untersuchung offenbleiben, ob ein Verstorbener durch die Zuweisung einzelner Rechtspositionen als „beschränkt“, „teilweise“ oder vollständig rechtsfähig zu verstehen ist.<sup>250</sup> Entscheidend ist, dass die Zuweisung von Rechtspositionen an einen Verstorbenen nicht

---

<sup>246</sup> Spickhoff, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 58; vgl. auch Kunz, Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung, 2015, S. 405.

<sup>247</sup> So im Grundsatz auch Kannowski, in: Staudinger, BGB, 2024, Vor § 1 Rn. 15; vgl. auch Klingbeil, AcP 217 (2018), 848, 855 f.

<sup>248</sup> Vgl. Neuer, Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt, 1961, S. 27 und entsprechend zur Rechtsfähigkeit des *nasciturus Wolf/Naujoks*, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 203.

<sup>249</sup> Schwarz, ArchBürgR 32 (1908), 12, 44.

<sup>250</sup> Der Begriff der „Teilrechtsfähigkeit“ wird bisweilen abgelehnt, da der Begriff der Rechtsfähigkeit gerade losgelöst von der Fähigkeit zur Trägerschaft bzgl. konkreter Rechte und Pflichten zu verstehen sei. Wer überhaupt Rechte haben kann, sei rechtsfähig, unabhängig vom Wesen dieser Rechte. Danach ist die Rechtsfähigkeit binär zu verstehen, ein Rechtsgebilde entweder rechtsfähig oder nicht, vgl. *Wolf/Naujoks*, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 211; Klingbeil, AcP 217 (2018), 848, 859 f. m. w. N.; Lehmann, AcP 207 (2007), 225, 237; Leipold, FS Canaris, Bd. 2 (2007), S. 221, 225 ff.

aufgrund fehlender Rechtsfähigkeit des Verstorbenen schlechthin ausgeschlossen ist und daher auch mittels der Auflage in Betracht kommt.

## 7. Substanzrecht des Erblassers

Anders als beim Vermächtnis nach § 1939 BGB wendet der Erblasser mit der Auflage keinem anderen ein Forderungsrecht auf die Leistung zu. Die Auflage begründet stattdessen die relativ wirkende Zuweisung einer Rechtsposition an den Erblasser. Zugeordnetes Gut ist die Leistungshandlung, zu der der Beschwerter verpflichtet ist. Dem Erblasser kommt damit ein Herrschaftsrecht über die Leistungshandlung des Beschwertern zu.

Auf die Existenz eines Substanzrechts kann nach dem hier vertretenen Verständnis der Privatrechtsordnung nicht einfach verzichtet werden. Danach ist ein Anspruch die Reaktion auf eine drohende oder erfolgte Verletzung eines Substanzrechts. Ohne die Existenz eines solchen Rechts kann auch keine Rechtsverletzung eintreten. Die Ansprüche aus §§ 2194, 2196 BGB regeln die Folgen des Abweichens des Beschwertern von dem ihm auferlegten Pflichtenprogramm. Ihnen muss daher ein entsprechendes Substanzrecht zugrunde liegen.

Die Sanktionierung von Rechtsverletzungen an der ihm zugewiesenen Rechtsposition kann der Erblasser aus praktischen Gründen nicht selbst durchführen. Die relativ wirkenden Schutzrechte verleiht das Gesetz daher anderen Personen, die geeignet erscheinen, diese Rechte fremdnützlich im Sinne des Erblassers als dem Substanzrechtsinhaber auszuüben. Die Legitimation zur Wahrnehmung der Schutzrechte speist sich aus der dem Erblasser zugewiesenen Rechtsposition. Dies führt trotz der dauerhaften Trennung der Inhaberschaft von Substanzrecht und Schutzmechanismus nicht zu einer Entkernung oder Aushöhlung des Substanzrechts.<sup>251</sup> Die Befugnisse der Inhaber der Schutzrechte beschränken sich jedoch auf die Verwirklichung und Sicherstellung des durch den Erblasser definierten und ausgestalteten Substanzrechts. Auf den Inhalt des Substanzrechts haben die Inhaber der Schutzrechtspositionen keinen Einfluss.

In der Sache kommt diese Einschätzung der Ansicht nahe, die die Vollziehungsbefugnis als fremdnütziges Recht versteht, das dem Vollziehungsbefugten zugunsten des Erblassers zusteht. Diese Auffassung ist jedoch zum einen inkonsistent, da – wie auch die Treuhandschaft die Existenz eines Rechtssubjekts vor-

---

<sup>251</sup> Die Begründung einer solchen substanzlosen Hülle eines Rechts ohne eigene Wahrnehmungsbefugnis wirft Lobinger, ZfA 2004, 101, 152 Vertretern der Ansicht vor, Träger betrieblicher Mitbestimmungsrechte seien die Arbeitnehmer selbst, während die Rechte durch den Betriebsrat wahrgenommen würden. In diesem Fall werde der Wille seines Trägers bei der Wahrnehmung des (Mitbestimmungs-)Rechts nicht mehr relevant. Dagegen ist der Inhalt der durch die erbrechtliche Auflage begründeten Rechtsposition bereits durch den Willen ihres Trägers determiniert und lediglich die Befugnisse zur Verwirklichung und zum Schutz dieses Willens sind anderen Rechtssubjekten übertragen.

aussetzt, das als Treugeber fungiert<sup>252</sup> – auch die Fremdnützigkeit eines Rechts das berücksichtigungsfähige Interesse eines anderen Rechtssubjekts und damit dessen Existenz erfordert. Zum anderen erlaubt sie nicht die Erfassung der rechtlichen Struktur der Auflage und bleibt so ohne Erkenntnisgewinn. Sie beschränkt sich auf die rein deskriptive Beschreibung einer Eigenschaft der Vollziehungsbefugnis, aus der jedoch keine weiteren Schlüsse über ihre Rechtsnatur und ihre praktische Behandlung gezogen werden können. Schließlich impliziert sie, dass der Vollziehungsbefugte entgegen der Vorgabe des § 1940 BGB Inhaber eines Substanzrechts ist.

Die Zuweisung der Rechtsposition an den Erblasser widerspricht nicht dem Verständnis des subjektiven Rechts nach der herrschenden Kombinationstheorie, nach der das subjektive Recht die Rechtsmacht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses darstellt. Zwar kann der Erblasser die ihm zugewiesene Machtposition nicht mehr ausüben. Auf die faktische Möglichkeit der Machtausübung kommt es jedoch nicht an.<sup>253</sup> So sind auch Bewusstlose oder Geschäftsunfähige Inhaber von Rechten. Auch können Verstorbene noch über von der Rechtsordnung anzuerkennende Interessen verfügen. Letztlich bleibt es einer Rechtsordnung überlassen, welche Subjekte sie mit der Fähigkeit, als Träger von Rechten in Betracht zu kommen, ausstattet. Nach deutschem Recht wird der Mensch mit seinem Tode nicht zum rechtlichen *nullum*. Seine letztwilligen Anordnungen sind zu beachten und sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht wirkt postmortal fort. Damit ist auch die Zuweisung der Auflagenforderung an den Erblasser zu vereinbaren.

## 8. Kein Übergang auf die Erben

Weist man dem Erblasser das Forderungsrecht der Auflage zu, stellt sich die Frage, wieso dieses nicht im Rahmen der Universalsukzession auf den Erben übergeht. Dass dies nicht der gesetzlichen Konzeption entspricht, ergibt sich schon aus § 1940 BGB, wonach der Erbe selbst belastet werden kann und es so in diesem Fall zu einer Konfusion in der Person des Erben käme, ginge das Recht auf ihn über.

Ausschlaggebend ist der Zeitpunkt des Entstehens der Auflagenpflicht und des dieser korrespondierenden Rechts des Erblassers: Pflicht und Recht entstehen mit dem Erbfall, bis zur Annahme bzw. dem Verstreichen der Ausschlagsfrist hinsichtlich der Zuwendung, mit der die Auflage verbunden ist, zunächst schwebend, anschließend endgültig.<sup>254</sup> Die Rechte und Pflichten des Erblassers wechseln ihren Rechtsträger dagegen zum Zeitpunkt des Erbfalls. Die Zeitpunkte der Universalsukzession und der Entstehung der Auflagenpflicht sind daher nicht deckungsgleich.

---

<sup>252</sup> Vgl. Neuer, Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt, 1961, S. 26.

<sup>253</sup> Bender, VersR 2001, 815.

<sup>254</sup> Vgl. dazu Otte, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1942 Rn. 10.

Auch der jeweilige Bezugspunkt unterscheidet sich. Das private Erbrecht regelt den Übergang der vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten des Erblassers. Gegenstand der Universalsukzession ist das Vermögen des Erblassers zu seinem Todeszeitpunkt. Sie hat den Zweck, den Nachlass zunächst als Einheit zu erhalten. Zugleich entstehen mit dem Erbfall originäre Rechte und Pflichten der Beteiligten. Es ist gedanklich zu trennen zwischen dem Vermögen, das der Erblasser im Zeitpunkt seines Versterbens hinterlässt und das im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben übergeht, und den mit dem Erbfall entstehenden Rechtspositionen. Eine durch den Erbfall erst entstehende Rechtsposition unterfällt dem Vermögensübergang nicht. Das Gesetz konzipiert die Auflage als Rechtsposition des Erblassers, die von der Universalsukzession ausgenommen ist.

## **F. Rechtsfolgen des Verständnisses der Auflage als Substanzrecht des Erblassers**

Unter Zugrundelegung des Verständnisses der Auflage als dem Erblasser zugewiesener Rechtsposition, die durch das Schutzrecht der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB durchgesetzt wird und durch das Schutzrecht des § 2196 BGB bereicherungsrechtlich abgesichert wird, lassen sich systematisch kohärente Lösungen für eine Vielzahl der diesem Rechtsinstitut anhaftenden Probleme entwickeln.

Das Augenmerk ist hierbei auf die Personen des Vollziehungsbefugten, des Begünstigten und des Beschwerten sowie auf den nach § 2196 BGB Anspruchsberichtigten zu legen.

### **I. Rechtsstellung des Vollziehungsbefugten**

Besonderem Streit ist traditionell die Position des Vollziehungsbefugten ausgesetzt, die für die praktische Funktionsfähigkeit des Rechtsinstituts der Auflage von zentraler Bedeutung ist. Die für das Zivilrecht ungewöhnliche Konstruktion des § 2194 BGB als fremdnütziger Anspruch, der nicht dem Schutz eines eigenen Forderungsrechts des Anspruchsinhabers dient, stellt die Rechtsprechung und Literatur vor dem Hintergrund der bislang ungeklärten Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis bei der Auslegung der §§ 1940, 2192 ff. BGB immer wieder vor mannigfaltige Probleme. Insbesondere die Gleichsetzung von Anspruch und Forderung nach der herrschenden Meinung führt im Bereich der Vollziehungsbefugnis zu einer Vielzahl von Friktionen und Ungereimtheiten. Die fehlende normative Erfassung der Struktur der Auflage verhindert dabei die Entwicklung systemgerechter Lösungen und bedingt eine an den vermeintlichen Interessen der Beteiligten orientierte Entscheidungspraxis. Durch die Unklarheit, wessen Interessen im Einzelfall der Vorrang zu gewähren ist und welche Rechtsfolgen am ehesten dem Interesse eines Beteiligten entsprechen, ist der Ausgang dieser Entscheidungen häufig nur schwer vorhersehbar und erscheint nicht selten willkürlich.

Mit der Zuweisung der Rechtsposition der Auflagenforderung an den Erblasser geht eine Aufspaltung der Inhaberschaft an dem Substanzrecht und den Schutzrechten einher. Legt man diese dogmatische Struktur zugrunde und sieht darin die Besonderheit des § 2194 BGB, lassen sich die in der Rechtspraxis entstandenen Probleme systemgerecht lösen.

## 1. Rechtsverwirklichende Schutzrechte

Die Vorschrift des § 2194 S. 1 BGB weist dem erfassten Personenkreis die „Vollziehungsbefugnis“ an der Auflage zu, während § 1940 BGB die Forderungsinhaberschaft des Vollziehungsbefugten ausschließt. Aus dieser Systematik ergibt sich, dass dem Vollziehungsbefugten zwar keinerlei Wertposition an der Auflagenforderung zusteht, ihm aber dem Grunde nach sämtliche Rechtsbehelfe, gerichtliche wie außergerichtliche, die funktional der Verwirklichung der Auflage dienen, zugewiesen sind. Das Gesetz weist dem Vollziehungsbefugten die Funktion zu, die Verwirklichung der Auflage verlangen und durchsetzen zu können, und stattet ihm mit den hierfür erforderlichen Instrumenten aus. Nur auf diese Weise kann der Gesetzeszweck des § 2194 BGB, die rechtliche Erzwingbarkeit der Auflage sicherzustellen, erfüllt werden.

Gemeinsame Wurzel dieser Rechtsbehelfe ist das dem Vollziehungsbefugten nicht zugewiesene Substanzrecht des Erblassers.

### a) Einforderungsbefugnis und Verlangenkönnen

Die Einforderungsbefugnis ist, wie bereits dargestellt,<sup>1</sup> das Kernelement der Forderung. Ihr werden zwei Funktionen zugeschrieben, zwischen denen analytisch zu trennen ist. Einerseits drückt sie die ordnungsmäßige Zuweisung der Forderung an ihren Inhaber aus und verkörpert damit das auf dem Leistungsbefehl beruhende Herrschaftsrecht des Forderungsinhabers über die Leistungshandlung des Schuldners. Dieser Bestandteil der Einforderungsbefugnis ist als Wertposition dem Inhaber des Substanzrechts, nicht dem des Schutzrechts zugewiesen. Darüber hinaus vermittelt die Einforderungsbefugnis aber auch das *Verlangenkönnen*, also die Befugnis, das Bestehen des Rechts zu behaupten und den Schuldner zur Erbringung der Leistungshandlung kommunikativ anzuhalten. In dieser Dimension fungiert die Einforderungsbefugnis als Oberbegriff der Rechtsbehelfe.

Für die erbrechtliche Auflage folgt daraus nach dem hier vertretenen Ansatz folgendes: Die Einforderungsbefugnis als Wertposition steht dem Substanzrechtsinhaber und damit dem Erblasser zu. Der Vollziehungsbefugte hat gem. § 1940 BGB dagegen kein Recht auf die Leistung und somit auch keine Wertposition an der Leistung. Er kann die Vollziehung mithin nicht zur Verwirklichung einer eigenen, ihm zugewiesenen Wertposition verlangen. Ordnete man dem Vollziehungsbefugten eine solche Wertposition zu, widerspräche dies der Vorgabe des § 1940 BGB, der ein Recht auf die Leistung ausschließt.

In ihrer Dimension als *Verlangenkönnen* ist die Einforderungsbefugnis mit der Vollziehungsbefugnis dagegen dem Vollziehungsbefugten übertragen. § 2194 BGB weist dem Vollziehungsbefugten das Schutzrecht zur Verwirklichung der Auflage, also zur Verwirklichung des dem Erblasser zugewiesenen Herrschaftsrecht über den

---

<sup>1</sup> S. oben S. 121.

Beschweren, zu. Dieses *Verlangenkönnen* dient nicht der Verwirklichung eines ihm selbst zugewiesenen Rechts, sondern ist ihm fremdnützig zur Durchsetzung der Wertposition des Erblassers zugewiesen.

Die der Einforderungsbefugnis zugeschriebene Doppelfunktion ist bei der erbrechtlichen Auflage damit aufgespalten und zwischen dem Erblasser und dem Vollziehungsbefugten aufgeteilt.

Die Zuweisung des rechtsverwirklichenden Schutzrechts betrifft neben dem Recht, den Beschweren auf Erfüllung der Auflagenpflicht zu verklagen, zwingend auch die vorgelagerten Rechtsbehelfe. So kann der Vollziehungsbefugte den Beschweren zunächst auf seine Pflicht ansprechen, sie ihm ins Gedächtnis rufen und ihn kommunikativ zur Erfüllung drängen.<sup>2</sup> Die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB gewährt ihrem Inhaber die Befugnisse zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung der Auflage.<sup>3</sup>

#### *b) Klage- und Vollstreckungsrecht*

Der Vollziehungsbefugte kann Klage auf Vollziehung der Auflagenpflicht gegen den Beschweren erheben. Die Klagbarkeit und die Vollstreckbarkeit dienen der Rechtsverwirklichung der Auflage<sup>4</sup> und sind damit dem Vollziehungsbefugten zugewiesen.

Einschlägige Klageart wird in der Regel die Leistungsklage sein. Aber auch eine Feststellungsklage kann bei Bestehen eines entsprechenden Feststellungsinteresses zulässig sein.<sup>5</sup>

#### *c) Einreden/Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB*

Soweit eine Einrede als passiver Rechtsbehelf, der der verteidigungsweisen Durchsetzung eines subjektiven Rechts dient, einzustufen ist, ist die Befugnis zu ihrer Geltendmachung dem Vollziehungsbefugten zugeordnet. Sie wurzelt zwar im Substanzrecht, stellt aber ein Instrument zur Verwirklichung dieses Substanzrechts dar. Die Mittel zur Verwirklichung und Durchsetzung der Auflagenpflicht sind dem Vollziehungsbefugten zugewiesen. In der Praxis von Relevanz ist insoweit das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB.

---

<sup>2</sup> Vgl. zu diesen Befugnissen auch *Meesmann*, Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf, 1969, S. 118 ff.

<sup>3</sup> *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI b), S. 742.

<sup>4</sup> Vgl. grundsätzlich auch *Hedemann*, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1949, § 6 II, S. 44.

<sup>5</sup> Zur einstweiligen Verfügung s. unten S. 200 ff.

Nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe<sup>6</sup> kann der vollziehungsbefugte Testamentsvollstrecker dem mit einer Auflage beschwerten Vermächtnisnehmer, der seinen Vermächtniserfüllungsanspruch geltend macht,<sup>7</sup> ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB aufgrund des Vollziehungsanspruchs entgegenhalten.<sup>8</sup> Die Verknüpfung der Zuwendung des Vermächtnisses mit der Beschwerung durch die Auflage bedinge die Konnexität zwischen dem Vollziehungsanspruch und dem Vermächtniserfüllungsanspruch, sodass zwischen diesen beiden Ansprüchen ein innerer wirtschaftlicher und sachlicher Zusammenhang bestehe.

Dieser Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Rechtfertigung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB ist dabei jedoch nicht schon in dem Gegenüberstehen von konnexen Ansprüchen zu sehen. Denn allein das Gegenüberstehen von konnexen Ansprüchen kann nicht zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts herangezogen werden. Aus § 215 BGB ergibt sich, dass die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht vom Bestehen eines durchsetzbaren Anspruchs abhängt. Nach dieser Vorschrift schließt die Verjährung eines Anspruchs nicht die Geltendmachung der Einrede aus. Dies lässt darauf schließen, dass Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts nicht der Anspruch selbst, sondern die hinter dem Anspruch stehende Rechtsposition ist.<sup>9</sup> Dafür spricht auch die inhaltliche Begründung des Zurückbehaltungsrechts: Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB ist als Anwendungsfall des Verbots unzulässiger Rechtsausübung Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben gem. § 242 BGB.<sup>10</sup> Dem Schuldner ist nicht zuzumuten, einseitig auf die Gefahr hin zu leisten, seinerseits die ihm gebührende Leistung nicht zu erhalten.<sup>11</sup>

Grundlage des Zurückbehaltungsrechts ist damit die Inhaberschaft an einer Rechtsposition. Die Befugnis, die Forderung als Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts nutzen zu können, ist eine der durch das Substanzerrecht der Forderung verliehenen Einzelbefugnisse. Es handelt sich bei § 273 Abs. 1 BGB um einen rechtsverwirklichenden Schutzmechanismus.<sup>12</sup> Üblicherweise korrespondiert mit

---

<sup>6</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.04.2017 – 9 W 4/17, FamRZ 2017, 1975.

<sup>7</sup> Genau genommen richtete sich das Zurückbehaltungsrecht des Testamentsvollstreckers in dem Beschluss gegen einen Anspruch des beschwerten Vermächtnisnehmers aus einem zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Vermächtnisnehmer geschlossenen Vermächtniserfüllungsvertrag. Dem hielt der Testamentsvollstrecker eine Nachlasserstattungsforderung entgegen, zu deren Begleichung der Vermächtnisnehmer durch die Auflage verpflichtet war. In der Sache richtete sich damit ein Zurückbehaltungsrecht aus einem Vollziehungsanspruch gegen den Vermächtniserfüllungsanspruch des Vermächtnisnehmers.

<sup>8</sup> S. § 2203 BGB.

<sup>9</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 134.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 11.04.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151, 2154; BGH, Urt. v. 26.09.2013 – VII ZR 2/13, BGH, Urt. v. 24.10.1962 – V ZR 1/61, BGHZ 38, 122, 126; Forster, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2014, § 273 Rn. 2; Bittner/Kolbe, in: Staudinger, BGB, 2019, § 273 Rn. 8.

<sup>11</sup> Forster, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2014, § 273 Rn. 2.

<sup>12</sup> S. dazu oben S. 120.

der Inhaberschaft eines Anspruchs auch die Berechtigung an der Leistung. Dies ist bei der Auflage wie gezeigt jedoch nicht der Fall. Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts ist das dem Erblasser zustehende Forderungsrecht. Dem Vollziehbefugten gebührt mangels Rechts auf die Leistung die Leistung des Beschwerten nicht, er ist nicht Inhaber des Substanzrechts. Ihm ist die Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB daher nur dann zuzubilligen, wenn das Gesetz dem Vollziehbefugten mit der Verleihung der Vollziehbefugnis auch die Wahrnehmungsbefugnis für den passiven Rechtsbehelf des Zurückbehaltungsrechts einräumt. Ausdrücklich ordnet dies § 2194 BGB nicht an. Es lässt sich der Vorschrift jedoch der Grundsatz entnehmen, dass der Vollziehbefugte mit den Schutzinstrumenten zur Rechtsverwirklichung der Auflage ausgestattet sein soll. Der Erblasser, dem mit dem Substanzrecht der Forderung auch die Grundlage für die Einrede zugewiesen ist, kann diese nicht wahrnehmen. Wäre der Vollziehbefugte nicht mit der Befugnis zur Einredeerhebung ausgestattet, entstünde diesbezüglich eine Schutzlücke. Macht der Vollziehbefugte das Zurückbehaltungsrecht geltend und bietet die Zuwendung lediglich Zug-um-Zug gegen Vollziehung der mit ihr verbundenen Auflage an, dient dies der Verteidigung des Substanzrechts des Erblassers. Denn auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Beschwerde die Zuwendung des Erblassers nicht erhält, ohne seinerseits der Auflage, zu deren Vollziehung er gegenüber dem Erblasser verpflichtet ist, nachzukommen. Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Wertposition der Auflage, Grundlage einer Einrede zu sein, ist dem Erblasser zugewiesen, die Befugnis, diese Einrede fremdnützig zur Durchsetzung der Auflagenpflicht zu erheben, steht dagegen dem Vollziehbefugten zu.

Die ggf. auch (wie in dem vom OLG Karlsruhe zu entscheidenden Sachverhalt) von dem Testamentsvollstrecker mittels der Vollziehbefugnis geltend zu machende Auflagenforderung und die Vermächtnisforderung des beschwerten Vermächtnisnehmers sind in einem konnexen Verhältnis verbunden. Entspringt die Forderung des Beschwerten gegen den Vollziehbefugten dagegen nicht seiner Stellung als Erbe oder Vermächtnisnehmer, besteht in der Regel dagegen keine Konnexität mit der Auflagenforderung. Ein Zurückbehaltungsrecht des Vollziehbefugten scheidet in diesem Fall aus. So kann beispielsweise der vollziehbefugte Erbe gegen eine Forderung des Beschwerten, die nicht zu den Nachlassverbindlichkeiten zählt, sondern unabhängig von dem Erbfall entstanden ist, aus der Vollziehbefugnis regelmäßig kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

#### *d) Selbsthilferecht*

Dem Vollziehbefugten könnte auch das Recht zur Selbsthilfe nach §§ 229 ff. BGB zustehen. Dieses hat nach dem Wortlaut des § 229 BGB der Inhaber des Anspruchs inne, dessen Verwirklichung der Gefahr unterliegt, vereitelt oder wesentlich

erschwert zu werden.<sup>13</sup> Gerät die Erfüllung der Auflage in Gefahr, droht der Vollziehungsanspruch des Vollziehungsbefugten vereitelt zu werden, sodass dem Vollziehungsbefugten ein entsprechendes Selbsthilferecht zuzubilligen sein könnte.

Jedoch besteht die Selbsthilfe nicht zum Selbstzweck. Der Selbsthilfe kommt im Rechtssystem eine Rolle als „Ergänzung und Fortführung“<sup>14</sup> staatlichen Rechtsschutzes zur Gewährung „lückenloser Effektivität des Rechtsschutzes“ zu.<sup>15</sup> Sie ist – wie auch der schuldrechtliche Erfüllungs- oder Vollziehungsanspruch – auf Verwirklichung der Rechtsposition des Inhabers des Substanzrechts gerichtet.<sup>16</sup>

In Situationen, in denen staatliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, befugt das Recht auf Selbsthilfe seinen Inhaber, Maßnahmen gegen den Untergang des Substanzrechts zu treffen. Zudem bewirkt die zulässig ausgeübte Selbsthilfe, dass die Rechtswidrigkeit des Zugriffs auf eine fremde Rechtsposition entfällt. Eine derartige Beschränkung der Freiheit eines Rechtssubjekts durch das Duldenmüssen des Eingriffs in die eigene Rechtssphäre lässt sich nur aufgrund der Zuweisung einer Rechtsposition, deren Verwirklichung der Eingriff bezweckt, an ein anderes Rechtssubjekt rechtfertigen. Grundlage der Selbsthilfe ist damit das Substanzrecht, dessen Schutz sie dient. Die Befugnis zu ihrer Ausübung muss daher dem Grunde nach auch dem Inhaber des Substanzrechts zugewiesen sein. Dass die Durchsetzbarkeit einer Rechtsposition nach herrschender Meinung Voraussetzung der Zulässigkeit der Selbsthilfe ist und diese daher z. B. bei Naturalobligationen verbreitet für ausgeschlossen erachtet wird,<sup>17</sup> steht dem nicht entgegen.<sup>18</sup> Denn diese kann auch bei einer Anknüpfung an das Substanzrecht als zusätzliche Voraussetzung des speziellen Schutzrechts der Selbsthilfe verstanden werden. Die Selbsthilfe wurzelt mithin als

<sup>13</sup> Vgl. dazu etwa *Repgen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 229 Rn. 15; *Mayer*, in: Soergel, 14. Aufl. 2022, § 229 Rn. 12 f.

<sup>14</sup> *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 18.

<sup>15</sup> *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 18; vgl. auch *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 2017, S. 84; s. zu abweichenden Verständnissen die Nachweise bei *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 251.

<sup>16</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 142; *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 23 (Zielrichtung des privaten, eigennützigen Rechtsschutzes auf „Verwirklichung (materieller) subjektiver Rechte“), S. 29, 67 f.; *Heyer*, ArchBürgR 19 (1901), 38, 57; *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe, 1999, S. 13; *Johannsen*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1982, § 229 Rn. 1 mit Verweis auf ein subjektives Recht i. S. d. § 241 BGB; auch in der Rechtsprechung und der Literatur wird betont, nur der Rechtsinhaber selbst könne zulässigerweise Selbsthilfe ausüben, s. OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.04.2008 – 6 U 20/08, GRUR-RR 2008, 350; *Wagner*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 229 Rn. 3; *Repgen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 229 Rn. 15; anders: *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 56 ff.

<sup>17</sup> *Repgen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 229 Rn. 14; *Wagner*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 229 Rn. 3; die herrschende Meinung knüpft bei betagten, bedingten, klag- und vollstreckungslosen Forderungen an § 916 Abs. 2 ZPO und die Voraussetzungen des Arrests an, s. *Repgen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 229 Rn. 13; *Wagner*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 229 Rn. 3; kritisch *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 69 f.

<sup>18</sup> S. auch *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 2017, S. 88.

Mittel der Rechtsdurchsetzung in dem Recht des Erblassers. Sie stellt ein Schutzinstrument des Substanzrechts dar.

Der Vollziehbefugte ist gerade nicht Inhaber des Substanzrechts der Auflagenforderung. Dennoch sind ihm sämtliche der Auflagenforderung entspringenden Einzelbefugnisse, die der Rechtsverwirklichung dienen, zur fremdnützigen Ausübung übertragen.<sup>19</sup> Auch wenn das Gesetz dem Vollziehbefugten die Befugnisse der §§ 229 ff. BGB nicht ausdrücklich verleiht, stellt sich die Befugnis zur Selbsthilfe als notwendige Begleitung des Vollziehungsanspruchs dar. Dem Vollziehbefugten steht daher auch das Selbsthilferecht aus §§ 229 ff. BGB zur fremdnützigen Wahrnehmung zu.

#### e) Aufrechnung

Die Befugnis zur Aufrechnung kann grundsätzlich ebenfalls als rechtsverwirklichendes Schutzrecht eines Substanzrechts eingeordnet werden. Die Aufrechnung beseitigt die Rechtsverletzung an der Forderung, die in deren Nichterfüllung trotz ihrer Fälligkeit besteht.<sup>20</sup> Die Befugnis zur Aufrechnung ist danach „eine gewisse rechtliche Bedeutung eines bestimmten subjektiven Rechts im Zustand einer spezifischen Rechtsverletzung“.<sup>21</sup>

Mit der Aufrechnung kann der Inhaber einer Forderung (Gegenforderung) diese nach Eintritt ihrer Fälligkeit auf dem Wege der Selbsthilfe befriedigen. Dadurch kommt der Aufrechnung eine Funktion als außergerichtlicher Rechtsbehelf zur Verwirklichung der Forderung zu. Solche Befugnisse stehen hinsichtlich der Auflagenforderung dem Vollziehbefugten dem Grunde nach zu. Mit ihrer *Durchsetzungsfunktion* ist die Bedeutung der Aufrechnung jedoch nur unzureichend beschrieben. Denn sie dient zugleich auch dem Zweck, die Tilgung der Verbindlichkeit des Aufrechnenden zu vereinfachen (*Tilgungsfunktion*).<sup>22</sup>

Voraussetzung einer Aufrechnung ist, dass sich die Gegenforderung und die Hauptforderung gegenüberstehen. Im Verhältnis zwischen dem Vollziehungsbe-

<sup>19</sup> S. oben S. 193 ff.

<sup>20</sup> *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 38.

<sup>21</sup> *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 38: Als einzelne Gestaltungsbefugnis gebe sie weder den Inhalt des Rechts, das sie schützt, erschöpfend wider, noch stelle sie selbst ein eigenständiges subjektives Recht dar, sondern sei lediglich eine Eigenheit des Rechts, das sie schützt; vgl. auch *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 143; *Kramme*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 241 Rn. 21; anders *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 4 I 5, S. 70 („Aufrechnungsbefugnisse und Zurückbehaltungsrechte gehören jedoch nicht zum Inhalt der Forderung. Sie sind lediglichforderungsbezogene weitere Elemente des Schuldverhältnisses, die entstehen, wenn die Forderung in eine Aufrechnungslage eintritt oder wenn sie sich von vornherein oder später in einem die Zurückbehaltung rechtfertigenden Kontaktverhältnis mit einer eigenen Schuld befindet.“).

<sup>22</sup> S. zu diesen beiden Funktionen der Aufrechnung nach der heute herrschenden Kombinationstheorie nur *Bieder/Gursky*, in: Staudinger, BGB, 2022, Vor § 387 Rn. 7 ff. m. N.

fugten und dem Beschwereten stehen sich grundsätzlich keine Forderungen gegenüber.<sup>23</sup> Der Vollziehungsbefugte ist nicht Inhaber einer eigenen Forderung, sondern lediglich befugt, die Verwirklichung einer ihm fremden Rechtsposition zu verlangen. Die Vollziehungsbefugnis selbst ist keine Forderung, sodass die Vollziehungsbefugnis und eine Forderung des Beschwereten gegen den Vollziehungsbefugten keine gegenseitigen Forderungen darstellen können. Der grundsätzliche Ausschluss der Aufrechnung ist auch interessengerecht. Denn könnte der Vollziehungsbefugte mit der Auflagenforderung gegen eine gegen ihn gerichtete Forderung des Beschwereten aufrechnen, realisierte er mit der Aufrechnung eine dem Erblasser zugewiesene und ihm somit fremde Wertposition zur Tilgung einer *eigenen* Verbindlichkeit. Der Vollziehungsbefugte verlebte sich damit die dem Erblasser zustehende Wertposition wirtschaftlich ein. Die Nutzung der Vollziehungsbefugnis zur Aufrechnung gegen eine eigene Verbindlichkeit würde damit die Tilgungsfunktion der Aufrechnung missbrauchen.

Handelt es sich bei der Forderung des Beschwereten jedoch um eine Nachlassverbindlichkeit, ist eine Aufrechnung zulässig. Denn mit der Nachlassverbindlichkeit steht die Auflagenforderung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Dementsprechend hat auch das OLG Karlsruhe bei der Beschwerung eines Vermächtnisnehmers die Aufrechnung zwischen dem vollziehungsbefugten Erben und dem auflagenbeschwereten Vermächtnisnehmer (Vermächtnisforderung) implizit für zulässig erachtet.<sup>24</sup> In dieser Konstellation standen sich die Nachlassverbindlichkeit der Vermächtnisforderung des auflagenbeschwereten Vermächtnisnehmers gegen den Erben einerseits und die Auflagenforderung, deren Vollziehung der Erbe verlangen konnte, gegenüber.

Im Verhältnis zwischen dem Beschwereten und einem Begünstigten scheidet die Aufrechnung (etwa durch den Begünstigten gegen eine Forderung des Beschwereten gegen den Begünstigten) aus. Denn dem Begünstigten steht schon keine Forderung zu.

#### *f) Allgemeiner Auskunftsanspruch*

Der von der Rechtsprechung unter Rückgriff auf § 242 BGB entwickelte allgemeine Auskunftsanspruch setzt grundsätzlich „eine besondere rechtliche Beziehung zwischen dem Auskunftsfordernden und dem Inanspruchgenommenen“ voraus sowie, dass das „Wesen des Rechtsverhältnisses [es] mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seiner Rechte im

---

<sup>23</sup> Im Ergebnis übereinstimmend Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 169; s. grundsätzlich zur Aufrechnung nach dem Erbfall etwa Steiner, ZEV 2016, 24.

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.04.2017 – 9 W 4/17, FamRZ 2017, 1975.

Ungewissen, der Inanspruchgenommene aber in der Lage ist, die verlangte Auskunft unschwer zu erteilen“.<sup>25</sup>

Dieser Anspruch kann dem Vollziehbefugten zustehen, wenn das Verhältnis zwischen ihm und dem Beschwerter als eine solche besondere rechtliche Beziehung qualifiziert werden kann. Grundlage des allgemeinen Auskunftsanspruchs ist die Forderung, d. h. das Substanzrecht.<sup>26</sup> Der Auskunftsanspruch dient dem Zweck, die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs vorzubereiten. Wie auch der Erfüllungsanspruch ist er damit dem rechtsverwirklichenden Schutz eines Substanzrechts zuzurechnen.<sup>27</sup> Als Instrument des rechtsverwirklichenden Schutzes des Substanzrechts der Auflage ist der allgemeine Auskunftsanspruch dem Vollziehbefugten zugewiesen.

#### *g) Allgemeiner negatorischer Schutz des Substanzrechts*

Die praktische Verwirklichung der Auflage kann durch Handlungen oder Unterlassungen des Beschwerter gefährdet werden. Unterlässt z. B. der vom Erblasser zur Übereignung einer bestimmten Sache mittels Auflage verpflichtete Beschwerter die notwendigen Unterhaltungsmaßnahmen für diese Sache und riskiert damit deren Beschädigung, Verschlechterung, Zerstörung oder Untergang, kann ihm die Erfüllung der Auflage unmöglich werden und er infolgedessen von seiner Pflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei werden. Sieht die Auflagenpflicht die Übereignung erst zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt (z. B. dem Zeitpunkt, in dem der Begünstigte ein gewisses Alter oder die Volljährigkeit erreicht) vor, stellt sich die Frage, ob der Vollziehbefugte bereits im Voraus das Unterlassen des potentiell die Vollziehung der Auflage unmöglich machenden Verhaltens verlangen kann oder ob sich der Rechtsschutz auf eine nachträgliche Abschöpfung der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 2196 Abs. 1 BGB beschränkt.

Prozessual steht für eine solche Konstellation des vorbeugenden Rechtsschutzes das Instrument der einstweiligen Verfügung gem. § 935 ZPO bereit. Das Verhältnis zwischen dem vorbeugenden Rechtsschutz nach § 935 ZPO und einem zugrunde liegenden materiellen Unterlassungsanspruch ist umstritten. Verbreitet wird der einstweilige Rechtsschutz als rein prozessuales Instrument verstanden, dem kein materieller Anspruch zugrunde liegt.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 07.05.1980 – VIII ZR 120/79, NJW 1980, 2463 m. w. N.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Beschl. vom 18.07.2003 – IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555 (Pfändung des Hauptanspruchs [der Forderung] betrifft auch die Nebenansprüche und Nebenrechte einschließlich des Anspruchs auf Auskunftserteilung [zu §§ 666, 675 BGB]); Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 140.

<sup>27</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 140; a.A.: Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 323 f., der den Aufklärungsanspruch für ein eigenes Substanzrecht erachtet.

<sup>28</sup> Wach, Der Feststellungsanspruch, 1889, S. 18 f.; Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, S. 13 f.; Minnerop, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, S. 31,

Richtigerweise ist ein prozessualer Schutz ohne materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch abzulehnen.<sup>29</sup> In einem zwischen Prozessrecht und materiellem Recht trennenden Rechtssystem kommt den Instrumenten des Prozessrechts die Funktion zu, materielles Recht zu erkennen und durchzusetzen. Die zu erkennenden und durchzusetzenden Rechtsverhältnisse selbst unterliegen hingegen den Vorgaben des materiellen Rechts.<sup>30</sup> Sähe man, auch nur begrenzt auf den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes, von dem Erfordernis einer materiellrechtlichen Grundlage des Prozessrechts ab, käme dem Gericht insoweit nicht nur die Aufgabe und Befugnis zur Erkenntnis des Rechts, sondern auch zur Gestaltung des Rechts zu.<sup>31</sup>

Allein mit dem Verweis auf die Existenz des § 935 ZPO kann daher kein vorbeugender Rechtsschutz des Vollziehungsbefugten begründet werden. Vielmehr müssen die Befugnis zum negatorischen Schutz der Auflage wie auch ihre Wahrnehmungsbefugnis dem materiellen Recht zu entnehmen sein.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass mit der Zuweisung einer Rechtsposition durch die Rechtsordnung auch deren negatorischer Schutz einhergeht.<sup>32</sup> Allgemein anerkannt ist ein solcher vertraglicher ungeschriebener Unterlassungsanspruch etwa im Kaufrecht. Hier kann der Käufer Unterlassung verlangen, wenn ein Verkäufer durch physische Einwirkung auf die Kaufsache oder durch Verhandlungen mit anderen Kaufinteressenten die Erfüllung des Kaufvertrags zu vereiteln droht.<sup>33</sup> Die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB ist als auf die Verwirklichung der Auflage gerichteter Rechtsbehelf bereits selbst dem negatorischen Schutz der Auflagenforderung zuzuordnen. Es ist davon auszugehen, dass dem Vollziehungsbefugten sämtliche rechtsverwirklichenden Rechtsbehelfe zugewiesen sind, da nur so eine Durchsetzbarkeit der Auflage im Grundsatz gewährleistet ist. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, warum der Vollziehungsbefugte erst bei einer nicht fristgemäßen

---

53 ff.; *Grunsky*, JuS 1976, 277, 282 f.; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rn. 141, S. 102; tendenziell auch *Raiser*, JZ 1961, 465, 466 Fn. 15.

<sup>29</sup> *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 114 f.; *Kahl*, Jb.J.ZivRWiss. 1994, 205, 212 ff.; vgl. auch *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, S. 73; *Picker*, FS Flume, Bd. I (1978), S. 649, 673 ff.

<sup>30</sup> *Picker*, FS Flume, Bd. I (1978), S. 649, 656 ff.; *Picker*, Die Drittwiderrspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1981, S. 347 ff.; *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 114 f.; vgl. auch *Zöllner*, AcP 190 (1990), 476, 491.

<sup>31</sup> *Kahl*, Jb.J.ZivRWiss. 1994, 205, 213; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, 1976, S. 45 ff.; *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 115.

<sup>32</sup> *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 122; *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 57; *Hartmann*, ZfA 2008, 383, 394; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 514; *Picker*, FS Bydlinski (2002), S. 269, 314 ff.; *Kahl*, Jb.J.ZivRWiss. 1994, 205, 215 f.; grundsätzlich auch *Vogg*, Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit, 1991, 68 ff.

<sup>33</sup> *Picker*, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1030 m.w.N.; Entsprechendes gilt in vergleichbaren Konstellationen etwa für das Mietrecht oder das Dienst- und Arbeitsrecht, s. dazu nur *Kahl*, Jb.J.ZivRWiss. 1994, 205, 208 ff.

Erfüllung der Auflage ihre Vollziehung verlangen können sollte, nicht aber bereits im Vorfeld gegen ein Verhalten des Beschweren negatorisch vorgehen können sollte, das die Vollziehbarkeit der Auflage unmöglich machen würde. Dies würde letztlich den Vorrang von primärem rechtsverwirklichendem Schutz vor der Abschöpfung ungerechtfertigter Vermögensvorteile auf sekundärer Ebene konterkarieren. Mit der Verleihung der Vollziehungsbefugnis ermächtigt der Erblasser als Inhaber des Substanzrechts damit den Vollziehungsbeauftragten auch zur Wahrnehmung des allgemeinen negatorischen Schutzes. Zur Sicherung der Effektivität der Vollziehungsbefugnis ist dem Vollziehungsbeauftragten auch die Wahrnehmungsbefugnis des allgemeinen negatorischen Schutzes der Auflagenforderung übertragen. Er kann damit auch schon vor Eintritt der Fälligkeit und Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs von dem Beschweren verlangen, ein Verhalten, das die Erfüllung der Auflagenpflicht beeinträchtigt, zu unterlassen.

## 2. Verfügungsbefugnis

Die Verfügungsbefugnis wird verbreitet zu den Einzelbefugnissen, die eine Forderung verleiht, gezählt. Darunter fallen die Verzichtsmöglichkeit, die Verpfändbarkeit und die Abtretbarkeit.

Zu trennen ist insoweit zwischen der Verfügungsbefugnis des Vollziehungsbeauftragten über das Substanzrecht und über die Vollziehungsbefugnis.

### a) Keine Verfügungsbefugnis über das Substanzrecht

Der Vollziehungsbeauftragte ist nicht Inhaber des Substanzrechts. Ihm fehlt dementsprechend die als Wertposition des Substanzrechts vermittelte Verfügungsbefugnis über das Substanzrecht. Er kann dieses nicht einem Dritten zuwenden und dadurch die Pflichtrichtung des Beschweren ändern.

Darüber hinaus kann der Vollziehungsbeauftragte mit dem Beschweren nicht die Aufhebung der Wertposition des Erblassers wirksam vereinbaren.<sup>34</sup> Es ist umstritten, ob der Vollziehungsbeauftragte auf seine Vollziehungsbefugnis verzichten kann.<sup>35</sup> Bejaht man dies, hat das jedoch grundsätzlich nicht das Entfallen der Pflicht des Beschweren zur Folge.<sup>36</sup> Denn das Substanzrecht des Erblassers bleibt vom Wegfall des Schutzrechts der Vollziehungsbefugnis unberührt. Der Vollziehungsbeauftragte kann allenfalls *seine* Befugnis, die Verwirklichung dieser Pflicht verlangen zu können, beseitigen. Der Vollziehungsbeauftragte kann das Substanzrecht mangels Rechtsinhaberschaft auch nicht verpfänden.

---

<sup>34</sup> S. zur Verfügungsbefugnis als Voraussetzung eines wirksamen Erlassvertrags nur Timme, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 37.

<sup>35</sup> S. dazu sogleich unten S. 212 ff.

<sup>36</sup> Ob dies auch gilt, wenn alle Vollziehungsbeauftragten auf ihre Vollziehungsbefugnis verzichten, wird noch zu untersuchen sein. S. dazu unten S. 266 f.

*b) Abtretbarkeit der Vollziehungsbefugnis*

Das Substanzrecht kann der Vollziehungsbefugte mangels Rechtsinhaberschaft nicht abtreten. Etwas anderes könnte allerdings hinsichtlich der Abtretbarkeit der Vollziehungsbefugnis gelten.

## aa) Meinungsstand

Die Vollziehungsbefugnis wird allgemein für unübertragbar erachtet. Der Bundesgerichtshof begründet dies damit, dass die Vollziehungsbefugnis mangels Vermögenswerts nicht pfändbar sei und daher § 400 BGB ihre Abtretung verbiete.<sup>37</sup> Zu diesem Ergebnis kommt auch das Schrifttum.<sup>38</sup> Teilweise wird in der Literatur die Unabtretbarkeit der Vollziehungsbefugnis abweichend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings allein mit dem fehlenden Vermögenswert für ihren Inhaber<sup>39</sup> oder ihrer Fremdnützigkeit<sup>40</sup> begründet oder ohne weitere Erläuterung postuliert.<sup>41</sup> Nach Sturm widerspricht die Möglichkeit der Abtretung dem maßgeblich zu berücksichtigenden Interesse des Erblassers. Denn es sei zu befürchten, dass der Zessionar sich die Vollziehungsbefugnis in erster Linie mit dem schwierigen Ziel abtreten lasse, den Beschweren unter Druck setzen zu können oder von dem Begünstigten eine Gegenleistung für die Geltendmachung des Anspruchs

---

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – IV ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 11.

<sup>38</sup> *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. 2, 2010, § 39 Rn. 2683, S. 1335; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 11; *Schiemann*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI a), S. 741; *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 IV 2, S. 264; *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, Rn. 508; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 65.

<sup>39</sup> *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 4, S. 661; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 64 III 4, S. 362; *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl. 1904, § 407 IV, S. 853; *von Lübtow*, Erbrecht, Bd. 1, 1971, S. 394; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 11.

<sup>40</sup> *Brox/Walker*, Erbrecht, 30. Aufl. 2024, § 28 Rn. 4a; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2194 Rn. 6; *Röthel*, Erbrecht, 18. Aufl. 2020, § 37 Rn. 9, S. 437; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI a), S. 741.

<sup>41</sup> *K. W. Lange*, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 30, S. 277; *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 9; *Gräßler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 1, 18; *Stürner*, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 1; *Hoeren*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 7; *Schiemann*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1; *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 12 (Unübertragbarkeit als „Ausfluss der [der Vollziehungsbefugnis] zugrunde liegenden Rechtsstellung“).

verlangen zu können.<sup>42</sup> Ein solches Verhalten sei geeignet, das Andenken des Erblassers zu beschädigen. Gegen eine Abtretbarkeit an den Begünstigten spreche, dass der Erblasser eine Auflage in der Regel zu dem Zweck angeordnet habe, dass der Begünstigten die Leistung nicht verlangen könne.<sup>43</sup> Demnach sei die Abtretbarkeit der Vollziehbefugnis im Interesse des Erblassers ausgeschlossen.

#### bb) Stellungnahme

Im Ergebnis ist der Unabtretbarkeit der Vollziehbefugnis zuzustimmen. Die in Rechtsprechung und Literatur bisher vertretenen Begründungsansätze sind jedoch nicht überzeugend.

##### *(1) Kein Ausschluss der Übertragbarkeit nach § 400 BGB*

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 398 ff. BGB auf die Vollziehbefugnis zunächst vorausgesetzt,<sup>44</sup> vermag der Ausschluss der Abtretbarkeit der Vollziehbefugnis nach § 400 BGB nicht zu überzeugen. Zwar können nach dieser Vorschrift Forderungen, soweit sie der Pfändung unterworfen sind, nicht abgetreten werden und unterliegt die Vollziehbefugnis nicht der Pfändung.<sup>45</sup>

Das Telos der Vorschrift gebietet jedoch nicht den Ausschluss der Abtretung. § 400 BGB ist eine Schutzvorschrift zugunsten des Gläubigers und der Allgemeinheit und dient dem Zweck, den Gläubiger vor einem Verlust der finanziellen Grundlagen zur Lebensführung zu bewahren, und soll dadurch mittelbar auch zur Entlastung der Sozialsysteme beitragen.<sup>46</sup> Dementsprechend wenden Rechtsprechung und Literatur die Vorschrift auch insoweit einschränkend an, dass lediglich solche umpfändbaren Forderungen von der Abtretung ausgeschlossen werden, die dem Gläubiger und seiner Familie den notwendigen Lebensunterhalt sichern sollen und zudem im öffentlichen Interesse verhindern, dass der Gläubiger auf Leistungen des Sozialsystems angewiesen sein wird.<sup>47</sup>

Die Vollziehbefugnis nach § 2194 BGB stellt jedoch kein Recht dar, das der Sicherung des Lebensunterhalts des Gläubigers und der Leistungsfähigkeit der

<sup>42</sup> *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 165 ff.

<sup>43</sup> *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 167.

<sup>44</sup> S. dazu näher unten S. 206 f.

<sup>45</sup> S. dazu näher unten S. 227 f.

<sup>46</sup> RG, Urt. v. 16.01.1923 – VII 110/22, RGZ 106, 205, 206; RG, Urt. v. 03.07.1931 – III 363/30, RGZ 133, 249, 256; RG, Urt. v. 25.01.1935 – III 151/34, RGZ 146, 398, 401; BGH, Urt. v. 10.02.1994 – IX ZR 55/93, BGHZ 125, 116, 122, ZIP 1994, 474, 476 f.; Martens, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 400 Rn. 1; Busche, in: Staudinger, BGB, 2022, § 400 Rn. 1.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 10.12.1951 – GSZ 3/51, BGHZ 4, 153, 154 f.; BGH, Urt. v. 10.02.1994 – IX ZR 55/93, BGHZ 125, 116, 122, ZIP 1994, 474, 476 f.

Sozialsysteme dient. Sie hat allein den Zweck, die Vollziehung der Auflage zu fördern, und verfügt über keine gläubigerschützende Dimension. Wie bei sonstigen Forderungen, die keine derartige Zielsetzung haben, aber aus anderen Gründen der Pfändung nicht unterliegen,<sup>48</sup> wäre daher eine teleologische Reduktion des § 400 BGB angebracht.<sup>49</sup>

### (2) *Kein Ausschluss der Übertragbarkeit wegen fehlenden Vermögenswerts*

Der fehlende Vermögenswert des Vollziehungsanspruchs stellt ebenfalls kein valides Argument gegen seine Übertragbarkeit dar. Ein Vermögenswert ist nicht Voraussetzung der Verkehrsfähigkeit eines Gegenstands. So können auch wertlose Sachen übereignet werden und wertlose Forderungen<sup>50</sup> abgetreten werden. Der Versprechensempfänger eines Vertrags zugunsten Dritter kann seine Forderung gegenüber dem Versprechenden abtreten,<sup>51</sup> auch wenn sich die Forderung für ihn als wertlos darstellt, da sie auf Leistung an den Dritten gerichtet ist.

### (3) *Kein Ausschluss der Übertragbarkeit aufgrund der Fremdnützigkeit*

Auch der Umstand, dass die Vollziehungsbefugnis eine fremdnützige Befugnis ist, schließt nicht ohne Weiteres ihre Übertragbarkeit aus. Der Charakter der Fremdnützigkeit ginge auch bei einer Abtretung – zumindest, wenn sie nicht an den Begünstigten erfolgt – nicht verloren. Da keine Pflicht zur Geltendmachung des Anspruchs und erst recht keine entsprechende höchstpersönliche Pflicht des Vollziehungsbefugten besteht und auch eine Amtsstellung des Vollziehungsbefugten nicht anzuerkennen ist, verbietet allein die Fremdnützigkeit der Befugnis nicht ihre Übertragbarkeit. Lässt man mit der herrschenden Meinung einen Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis zu,<sup>52</sup> ist nicht nachzuvollziehen, aus welchem Grunde die Fremdnützigkeit nicht der Aufgabe, aber der Übertragung der Vollziehungsbefugnis entgegenstehen soll.

---

<sup>48</sup> Für Beispiele s. etwa *Lieder*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 400 Rn. 22.

<sup>49</sup> So auch schon *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 146; ähnlich auch *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 163, der aber einen Vermögenswert der Forderung als (ungeschriebene) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 400 BGB sieht.

<sup>50</sup> Z. B. solche auf Übereignung und Besitzverschaffung bzgl. einer wertlosen Sache oder Forderungen, deren Erfüllungsanspruch verjährt ist. Auch Naturalobligationen sind übertragbar, vgl. *Lieder*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 398 Rn. 109; *Rohe*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 398 Rn. 43; *Kieninger*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 398 Rn. 62.

<sup>51</sup> *Klumpp*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 335 Rn. 10 m. w. N.

<sup>52</sup> S. dazu unten S. 212 ff.

*(4) Kein Ausschluss der Übertragbarkeit aufgrund des Erblasserinteresses*

Entgegen Sturm kann auch nicht das Interesse des Erblassers der Übertragbarkeit der Vollziehbefugnis entgegengehalten werden. Soll eine Abtretung der Vollziehbefugnis erfolgen, erhöht dies in der Regel die Wahrscheinlichkeit der Vollziehung, da der Zessionar sich die Vollziehbefugnis üblicherweise übertragen lassen wird, um sie auszuüben und den Vollziehungsanspruch geltend zu machen. Dies konzidiert auch Sturm. Eine Missbrauchsgefahr ist der Abtretung der Vollziehbefugnis dagegen nicht schon immanent, sie besteht gleichermaßen bei dem gesetzlich oder willkürlich durch den Erblasser bestimmten Vollziehbefugten. Sieht sich ein ursprünglich Vollziehbefugter aus von dem Erblasser nicht vorhergesehenen praktischen Gründen wie etwa Krankheit oder Gebrechlichkeit nicht mehr in der Lage, den Anspruch geltend zu machen und ggf. einen Rechtsstreit zu führen oder fürchtet er die Prozesskosten, kann die Abtretung der Vollziehbefugnis im Interesse des Erblassers liegen. Solche Fälle dürften auch praktisch häufiger vorkommen als ein rechtsmissbräuchliches und andenkenschädigendes Verhalten des Zessionars. Zudem ist rechtsmissbräuchlichem Vorgehen des Zessionars auch anders beizukommen. Verlangt der Vollziehbefugte etwa von dem Beschwertern eine Gegenleistung dafür, die Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs zu unterlassen, kann eine solche Vereinbarung im Einzelfall wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein und ggf. eine Nötigung im Sinne des § 240 StGB darstellen. In Extremfällen kann auch die Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs nach § 226 BGB oder § 242 BGB ausgeschlossen sein. Solche unter Umständen auch strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen sollten jedenfalls nicht als naheliegende und zu befürchtende Szenarien zugrunde gelegt werden, um die Abtretbarkeit der Vollziehbefugnis als dem Erblasserinteresse widerlaufend darzustellen.

Sittenwidrig ist allenfalls das auf eine Abtretung folgende Verhalten, nicht die Abtretung selbst. Dabei ist ein solches sittenwidriges Verhalten nicht zwingende oder auch nur typische Folge einer Abtretung, sodass daraus auch kein Bedürfnis abzuleiten ist, schon die Abtretung aus diesem Grunde auszuschließen.

*(5) Ausschluss der Übertragbarkeit aufgrund der Rechtsnatur  
der Vollziehbefugnis*

Im Ausgangspunkt ist bei der Frage, ob die Vollziehbefugnis abtretbar ist, zu klären, ob diese schon dem Grunde nach einer Abtretung überhaupt zugänglich ist oder ob ihre Rechtsnatur einer Übertragung entgegensteht.

Der Abtretung nach § 398 BGB fähig sind lediglich Forderungen. Rechtsverwirklichende Schutzrechte wie der obligatorische Erfüllungsanspruch werden dagegen von §§ 398, 413 BGB nicht erfasst und sind somit nicht abtretbar.<sup>53</sup> Dies ist für

---

<sup>53</sup> Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 162; J. Schmidt, FS Jahr (1993), S. 401, 416; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012,

dingliche Ansprüche wie solchen aus §§ 985, 870 BGB mittlerweile allgemein anerkannt.<sup>54</sup>

Bei der Vollziehungsbefugnis handelt es sich ebenfalls um ein rechtsverwirklichendes Schutzrecht, dem es an eigenständiger Verkehrsfähigkeit fehlt, sodass bereits die Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis ihrer Übertragbarkeit entgegensteht. Bei den dinglichen Ansprüchen wird die Unzulässigkeit der isolierten Abtretbarkeit des rechtsverwirklichenden Anspruchs mit der Untrennbarkeit des Anspruchs von dem Recht begründet. Dieselbe Argumentation wird auch für die Unabtretbarkeit sonstiger rechtsverwirklichender Schutzrechte von ihrem Substanzrecht herangezogen.<sup>55</sup> Auf die Auflage lässt sie sich jedoch auf den ersten Blick nicht übertragen. Denn hier ist die Trennung der Inhaberschaft von Substanzrecht und rechtsverwirklichendem Schutzrecht schon vollzogen, wie sich aus dem Zusammenspiel von §§ 1940, 2194 BGB ergibt. Dennoch ist aus der – gesetzlich angeordneten – Trennung von Substanzrecht und Vollziehungsbefugnis nicht die Verkehrsfähigkeit der Vollziehungsbefugnis abzuleiten. Die Abspaltung des Schutzrechts vom Substanzrecht erfolgt bei der Auflage allein aus der praktischen Erwägung, dass der das Substanzrecht innehabende Erblasser zur Rechtsdurchsetzung nicht in der Lage ist. Das rechtsverwirklichende Schutzrecht der Vollziehungsbefugnis ist daher, um dennoch die Erzwingbarkeit der Auflage zu gewährleisten, dem Vollziehungsbefugten verliehen. Die Bestimmung des vollziehungsbefugten Personenkreises beruht auf der gesetzlichen Festlegung in § 2194 BGB oder einer hiervon abweichenden Entscheidung des Erblassers. Da die Trennung von Substanzrecht und rechtsverwirklichendem Schutzrecht lediglich in dieser praktischen Notwendigkeit begründet ist, kann sie nicht als Verleihung einer (systemwidrigen) Verkehrsfähigkeit an einen Erfüllungsanspruch verstanden werden. Allein die Trennung von Schutzrecht und Substanzrecht begründet nicht die isolierte Verkehrsfähigkeit des Schutzrechts. Wäre die Vollziehungsbefugnis isoliert verkehrsfähig, würde dies der gesetzlichen Zuordnung nach § 2194 BGB oder der willkürlichen Zuordnung des Erblassers zuwiderlaufen.

Auch der Erblasser kann im Übrigen nicht die Übertragbarkeit der Vollziehungsbefugnis anordnen. Der Ausschluss der isolierten Übertragbarkeit ist durch die rechtliche Struktur der Vollziehungsbefugnis bedingt und dient nicht etwa dispositiven, Schuldnerinteressen verpflichteten Vorgaben.<sup>56</sup>

---

S. 178; vgl. auch *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 138 zur Unabtretbarkeit des Schutzanspruchs des Versprechensempfängers beim Vertrag zugunsten Dritter, der aber offenlässt, ob eine „Übertragung“ außerhalb von § 398 BGB (analog) möglich ist.

<sup>54</sup> *Thole*, in: Staudinger, BGB, 2023, § 985 Rn. 4 f.; *Busche*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 413 Rn. 7; *Busche*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 398 Rn. 42.

<sup>55</sup> *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 177.

<sup>56</sup> Vgl. auch *Busche*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 398 Rn. 42.

*c) Exkurs: Ermächtigung und Bevollmächtigung zur Geltendmachung  
der Vollziehungsbefugnis*

aa) Überblick

Umstritten ist, ob der Vollziehungsbefugte einen Dritten zur Geltendmachung der Vollziehungsbefugnis ermächtigen kann. Eine solche Rechtsausübungsermächtigung ist in Anlehnung an § 185 BGB als eigenes Rechtsinstitut inzwischen grundsätzlich allgemein anerkannt.<sup>57</sup> Der Ermächtigte macht ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend und wird nicht etwa selbst zum Gläubiger. Die Ermächtigung verändert nicht den Inhalt der Leistungsverpflichtung des Schuldners.<sup>58</sup> Prozessuales Gegenstück der Ermächtigung ist die gewillkürte Prozessstandschaft.<sup>59</sup>

Verbreitet wird es für zulässig erachtet, dass der Vollziehungsbefugte zumindest den Begünstigten zur Geltendmachung der Vollziehungsbefugnis ermächtigt. Der Ermächtigte könnte dann im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft die Vollziehung verlangen.<sup>60</sup>

Dagegen wird vorgebracht, dass mangels isolierter Übertragbarkeit der Vollziehungsbefugnis auch eine Ermächtigung nicht zulässig sei.<sup>61</sup> Gegen die Zulässigkeit einer Ermächtigung spreche auch, dass das für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche schutzwürdige Eigeninteresse allenfalls bei dem Begünstigten der Auflage anzunehmen sei, ein Auftreten des Begünstigten als Berechtigter jedoch nicht dem Erblasserwillen entspreche.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> S. etwa BGH, Urt. v. 06.06.2019 – IX ZR 272/17, BGHZ 222, 165; *Trautwein*, in: *jurisPK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 185 Rn. 48 ff.; *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 163; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 57 I a, S. 903; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 34 V c, S. 597 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 54 Rn. 29, S. 688; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 2016, Rn. 1732, S. 677; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, 83. Aufl. 2024, § 185 Rn. 13; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 24 I 3, S. 502 ff.: „richterliche Rechtsfortbildung praeter legem“.

<sup>58</sup> *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 24 I 5, S. 504.

<sup>59</sup> *Maijer-Reimer/Finkenauer*, in: *Erman*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 185 Rn. 17; *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 415.

<sup>60</sup> *Rudy*, in: *Münchener Kommentar BGB*, 9. Aufl. 2022, § 2194 BGB Rn. 10; *Hoeren*, in: *HK-BGB*, 12. Aufl. 2024, 2194 Rn. 9; *Linnartz*, in: *jurisPK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 18; *K. W. Lange*, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 31, S. 277; *Graedler*, in: *BeckOGKBGB*, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 22 unter Verweis auf OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011 – 5 U 562/10–85, BeckRS 2014, 6248, in diesem Urteil wurde jedoch nur die (unstreitige) Vollziehungsbefugnis des Testamentsvollstreckers behandelt; tendenziell auch *Kroiß*, in: *NK-BGB*, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 16 Fn. 49, der jedoch eine Bevollmächtigung vorzieht.

<sup>61</sup> *Schäckel*, in: *Deutscher Erbrechtskommentar*, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 11; s. zur Abtretbarkeit als Voraussetzung der Einziehungsermächtigung *Klumpp*, in: *Staudinger*, BGB, 2019, § 185 Rn. 159.

<sup>62</sup> *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 168.

### bb) Stellungnahme

#### (1) Einziehungsermächtigung

Die richterrechtlich entwickelte und inzwischen allgemein anerkannte<sup>63</sup> Einziehungsermächtigung erlaubt es dem Ermächtigten, eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend zu machen und Leistung an sich selbst zu fordern.<sup>64</sup> Es handelt sich bei der Einziehungsermächtigung um ein „abgespaltenes Gläubigerrecht, das dem Ermächtigten die Sachlegitimation verleiht, Leistung an sich selbst zu verlangen“.<sup>65</sup> Eine Einforderungsbefugnis als Wertposition steht dem Vollziehungsbefugten nicht zu. Diese ist jedoch Grundlage der Einziehungsermächtigung. Von der Position des Vollziehungsbefugten kann damit kein derartiges Gläubigerrecht abgespalten werden. Danach ist die Erteilung einer Einziehungsermächtigung durch den Vollziehungsbeauftragten ausgeschlossen.

#### (2) Ausübungsermächtigung

Zulässig könnte jedoch die Erteilung einer Ermächtigung im Sinne einer reinen Ausübungsermächtigung sein. Der Ermächtigte könnte dann nicht wie bei der Einziehungsermächtigung die Erbringung der Leistung an sich selbst fordern, sondern lediglich die Vollziehung der Auflage. Erkennt man diese Möglichkeit für die Vollziehungsbefugnis an, bleibt der Vollziehungsbefugte Inhaber der Vollziehungsbeauftragung und ermächtigt lediglich einen Dritten zur Wahrnehmung der Rechtsausübung.

Es ist umstritten, ob ein unabtretbares Recht, wie es die Vollziehungsbefugnis ist, Gegenstand einer Ermächtigung (und einer gewillkürten Prozessstandschaft) sein kann. Jedenfalls höchstpersönliche Rechte sind ausgenommen, bei Unabtretbarkeit aus einem sonstigen Grund ist nach herrschender Ansicht zu prüfen, ob das Abtretungsverbot seinem Sinn und Zweck nach auch die Befugnis zur Einziehung und

---

<sup>63</sup> S. aber zur Kritik etwa *Bayreuther*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 185 Rn. 34.

<sup>64</sup> RG, Urt. v. 10.03.1941 – V 35/40, RGZ 166, 218, 238; BGH, Beschl. v. 10.12.1951 – GSZ 3/51, NJW 1952, 337, 340; BGH, Urt. v. 11.11.1981 – VII ZR 269/80, NJW 1982, 571; *Trautwein*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 185 Rn. 51; *Regenfus*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 185 Rn. 165.

<sup>65</sup> St. Rspr.: BGH, Urt. v. 06.06.2019 – IX ZR 272/17, BGHZ 222, 165; BGH, Urt. v. 23.03.1999 – VI ZR 101/98, NJW 1999, 2111; BGH, Urt. v. 24.02.1994 – VII ZR 34/93, BGHZ 125, 196; BGH, Urt. v. 15.11.1984 – III ZR 115/83, WM 1985, 613; zustimmend *Trautwein*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 185 Rn. 51; a. A. wohl *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 24 I 5, S. 504, nach dem die Ermächtigung nicht etwa die Einforderungsbefugnis aus dem Forderungsrecht abspalten; vgl. auch *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 417, nach dem für die Zulässigkeit einer Einziehungsermächtigung die betroffene Rechtsposition fungibel sein muss und der Dritte die Rechtsverletzung bei dem Ermächtigten bereinigen können muss („Erfüllbarkeit“).

gerichtlichen Geltendmachung ausschließen soll.<sup>66</sup> Bisweilen wird die Zulässigkeit der Ermächtigung auch damit begründet, dass sie ein Minus zur Abtretung darstelle.<sup>67</sup> Dies impliziert, dass Gegenstand der Ermächtigung ein Substanzrecht sein muss, da auch die Abtretung nur Forderungen erfasst, nicht aber auch den Anspruch als solchen.

Eine Ausübungsermächtigung an der Vollziehungsbefugnis räumt dem Ermächtigten zwar nahezu dieselben Befugnisse ein, die dem Vollziehungsbefugten selbst zustehen. Sie kommt damit einer Abtretung der Vollziehungsbefugnis sehr nahe. Die Unübertragbarkeit der Vollziehungsbefugnis beruht indes allein auf der fehlenden isolierten Verkehrsfähigkeit des Rechtsverwirklichungsmechanismus, ihr stehen keine materiellen Gründe entgegen. Die Ausübungsermächtigung bzgl. der Vollziehungsbefugnis stellt keine Abspaltung oder Übertragung eines Bestandteils des Substanzrechts dar. Der Vollziehungsbefugte ermächtigt lediglich zur Ausübung einer ihm verliehenen Befugnis. Bei dieser handelt es sich, wie dargestellt, um kein höchstpersönliches Recht. Anders als die Abtretung bezieht sich die Ausübungsermächtigung auch nicht notwendigerweise auf ein Substanzrecht. Sie ist im Gegensatz zur Einziehungsermächtigung keine Abspaltung eines Gläubigerrechts, also einer Wertposition.<sup>68</sup> Sie ist lediglich die Zustimmung dazu, dass der Ermächtigte das Recht im eigenen Namen ausübt. Diese Zustimmung berührt mithin ausschließlich die Rechtsstellung des Vollziehungsbefugten selbst, sie ist dagegen kein Zugriff auf eine Wertposition des Erblassers. Die Erteilung einer Ausübungsermächtigung an der Vollziehungsbefugnis ist danach grundsätzlich zulässig.

### (3) Gewillkürte Prozessstandschaft

Eine gewillkürte Prozessstandschaft ist nur zulässig, wenn ein schutzwürdiges Eigeninteresse des Ermächtigten besteht.<sup>69</sup> Ein solches ist gegeben, wenn die angestrebte Entscheidung Einfluss auf die Rechtslage des Ermächtigten hat, wobei grundsätzlich auch ein wirtschaftliches Interesse berücksichtigungsfähig sein kann.<sup>70</sup> Danach könnte ein schutzwürdiges Eigeninteresse zumindest bei dem Auflagenbegünstigten vorliegen, da dieser bei Vollziehung der Auflage die in Erbringung der

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 25.02.1969 – VI ZR 241/67, NJW 1969, 1110, 1111; *Weth*, in: Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 51 Rn. 30; *Bayreuther*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 185 Rn. 36; *Regenfus*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 185 Rn. 166.

<sup>67</sup> So etwa BGH, Beschl. v. 10.12.1951 – GSZ 3/51, NJW 1952, 337, 340.

<sup>68</sup> Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 2016, Rn. 1732, S. 677 f.

<sup>69</sup> St. Rspr.: BGH, Urt. v. 28.11.1962 – V ZR 9/61, NJW 1963, 297, 298; BGH, Urt. v. 27.10.1983 – III ZR 126/82, NJW 1984, 2220, 2221; BGH, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 337/84, NJW 1986, 850; BGH, Urt. v. 11.03.1999 – III ZR 205–97, NJW 1999, 1717; BGH, Urt. v. 05.02.2009 – III ZR 164/08, NJW 2009, 1213, 1215 jeweils m. w. N.; *Bayreuther*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 185 Rn. 36, 41; kritisch *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 418.

<sup>70</sup> S. nur *Lindacher/Hau*, in: Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl. 2020, Vor § 50 Rn. 66.

Auflagenleistung erfolgende Zuwendung erhält. Es ist jedoch fraglich, ob dieses Eigeninteresse als schutzwürdig anzuerkennen ist.<sup>71</sup> Mit der Auflage wendet der Erblasser schließlich keinem anderen ein Recht auf die Leistung und damit auch keine schutzwürdige eigene Rechtsposition zu. Das wirtschaftliche Interesse muss sich jedoch gerade im Hinblick auf das geltend gemachte fremde Recht ergeben, um als schutzwürdig anerkannt zu werden.<sup>72</sup> Gegenstand einer Ermächtigung ist die fremdnützige Vollziehungsbefugnis. Schon der Vollziehungsbeauftragte hat damit kein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Vollziehung der Auflage. An das Eigeninteresse des Ermächtigten können keine höheren Anforderungen gestellt werden als an das des Rechtsinhabers.<sup>73</sup>

Das Erfordernis eines schutzwürdigen Eigeninteresses dient dem Schutz vor missbräuchlichen Gestaltungen oder Umgehungskonstruktionen. Es beruht auf der Annahme, dass der Rechtsinhaber grundsätzlich stets ein schutzwürdiges Eigeninteresse an der gerichtlichen Geltendmachung seines Rechts hat. Ist dagegen bereits das Recht selbst, zu dessen Ausübung der Dritte ermächtigt werden soll, fremdnütziger Natur, droht ein solches rechtsmissbräuchliches Vorgehen nicht schon schlechthin.<sup>74</sup> Solange nicht besondere Umstände ein missbräuchliches Verhalten begründen oder schutzwürdige Interessen des Prozessgegners entgegenstehen<sup>75</sup>, ist eine gewillkürte Prozessstandschaft infolge einer Ausübungsermächtigung an der Vollziehungsbefugnis mithin zulässig.

#### (4) Bevollmächtigung

Als Alternative zur Ermächtigung wird die Bevollmächtigung eines Dritten empfohlen.<sup>76</sup> Eine Bevollmächtigung ist unproblematisch zulässig.

---

<sup>71</sup> Dagegen *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 168.

<sup>72</sup> BGH, Urt. v. 10.06.2016 – V ZR 125/15, NJW 2017, 486; *Lindacher/Hau*, in: Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl. 2020, Vor § 50 Rn. 66.

<sup>73</sup> Vgl. dazu auch *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 418.

<sup>74</sup> S. aber *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024, § 8 Rn. 3.23, die der Geltendmachung einer Verbandsklage nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in Prozessstandschaft durch einen Dritten das Fehlen eines schutzwürdigen Interesses des Dritten entgegenhalten. Diese Wertung dürfte indes auf die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB nicht übertragbar sein, da der Verband mit der Verfolgung seines Verbundszwecks und der kollektiven Wahrnehmung von Mitgliederinteressen ein spezielles eigenes Interesse an der Rechtsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG hat. Ein vergleichbares Eigeninteresse fehlt dem Vollziehungsbefugten; s. dazu auch *Koziol*, Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, 2024, S. 24.

<sup>75</sup> Vgl. *Loyal*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 5. Aufl. 2022, Vor § 50 Rn. 48.

<sup>76</sup> *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, § 40 IV 1b, Rn. 936, S. 292; *Kroiß*, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 16 Fn. 49; *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 168.

*d) Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis*

Ob der Vollziehungsbefugte auf seine Vollziehungsbefugnis verzichten<sup>77</sup> kann, ist in der Literatur umstritten. Die Verzichtsmöglichkeit war bislang, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand einer Entscheidung der Rechtsprechung.

aa) Meinungsstand

(1) *Unzulässigkeit des Verzichts*

Im Schrifttum wird der Verzicht teilweise als generell unzulässig eingestuft.<sup>78</sup> Begründet wird dies damit, dass die Vollziehungsbefugnis dem Vollziehungsbefugten nicht im eigenen Interesse zustehe, sondern es sich um eine fremdnützige Befugnis<sup>79</sup> bzw. eine „persönlich anvertraute Ermächtigung“<sup>80</sup> handele. Teilweise wird auf die dem Vollziehungsbefugten angeblich zustehende „amtliche Befugnis“, die es ihm verbiete, auf die zu ihrer Ausübung erforderliche Befugnis zu verzichten, abgestellt.<sup>81</sup> Bisweilen wird die Verzichtserklärung auch als sittenwidrig eingestuft, da sie allein den Zweck habe, die Verwirklichung einer letztwilligen Verfügung zu hintertreiben, um dem Beschwerter widerrechtlich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Die Terminologie ist uneinheitlich, hier soll der Begriff „Erlass“ dem Rechtsinstitut nach § 397 BGB vorbehalten bleiben und der Begriff „Verzicht“ als Oberbegriff für ein- und mehrseitige Rechtsgeschäfte, die die Aufgabe eines Rechts zum Gegenstand haben, genutzt werden, vgl. Wagner, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 397 Rn. 1 m. w. N.; s. auch Kleinschmidt, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 2.

<sup>78</sup> Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 3 u. 4, S. 661; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI a), S. 741; Holthofer, Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 13; Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 168 f.; von Lübtow, Erbrecht, Bd. 1, 1971, S. 394 m. w. N.; in diese Richtung auch Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 175; Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl. 1904, § 407 III, S. 853.

<sup>79</sup> Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 3, S. 661, der jedoch in § 30 III 4, S. 661 Fn. 73 auch davon ausgeht, dass die Rechtsposition des Vollziehungsbefugten der einer Partei kraft Amtes ähnele (s. oben S. 151 f.).

<sup>80</sup> Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI a), S. 741.

<sup>81</sup> von Lübtow, Erbrecht, Bd. 1, 1971, S. 394; Dernburg/Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III, S. 250; ähnlich Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 168 f.: Die Vollziehungsbefugten seien als „Vollstrecker im fremden Interesse“ nur „zur Vollstreckung, nicht zur Vereitelung oder Abänderung des letzten Willens“ be-mächtigt.

<sup>82</sup> Holthofer, Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 13 Fn. 4; ablehnend Burchardi, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 24 Fn. 17.

## (2) Maßgeblichkeit des Erblasserwillens

Eine andere Ansicht hält den Verzicht dann für zulässig, wenn er dem mutmaßlichen Erblasserwillen entspricht.<sup>83</sup> Vertretern dieser Auffassung stellt sich zudem die Frage, ob dem Vollziehungsbefugten eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Bestimmung des mutmaßlichen Erblasserwillens zuzubilligen ist.<sup>84</sup> Dies dürfte indes nicht der Fall sein. Das Gesetz räumt dem Vollziehungsbefugten eine solche Rolle nicht ein, sodass das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen durch ein Gericht volumnfänglich geprüft werden können müsste.

Dem Interesse des Erblassers entspricht es in aller Regel, dass die von ihm angeordnete Auflage auch erfüllt wird. Ein Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis verringert die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Auflage, sodass er grundsätzlich dem auf Erfüllung der Auflage gerichteten Erblasserwillen widerspricht. Nach dieser Auffassung ist der Verzicht daher vor allem dann zulässig, wenn es nach dem Erbfall zu einer Änderung der Umstände kommt, die der Erblasser nicht bedacht hat und bei deren Kenntnis der Erblasser die Auflage nicht angeordnet hätte.

Praktische Relevanz dürfte eine Verzichtsmöglichkeit in dieser Konstellation allerdings kaum erlangen. Ergeben sich nach dem Erbfall neue Umstände, die zu der Bewertung führen, die Vollziehung der Auflage widerspräche dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, wird man auch mittels ergänzender Auslegung der letztwilligen Verfügung befriedigende Ergebnisse erzielen können. Die Auflage wäre dann ggf. im Wege der ergänzenden Auslegung zu beseitigen. Kommt es zu einem Rechtsstreit über die Vollziehungsbefugnis, kann das Gericht die Frage nach der Wirksamkeit eines Verzichts offenlassen, wenn bereits durch ergänzende Testamentsauslegung eine Vollziehung der Auflage ausgeschlossen ist. Das entscheidende Kriterium ist in beiden Fällen der mutmaßliche Erblasserwille, sodass eine unterschiedliche Bewertung ausgeschlossen ist.<sup>85</sup> Räumt man den Beteiligten keine Einschätzungsprärogative hinsichtlich des mutmaßlichen Erblasserwillens ein, ist eine Verzichtsmöglichkeit neben der Möglichkeit der ergänzenden Auslegung der erbrechtlichen Verfügung überflüssig. Auch hinsichtlich der Beweislast ergeben sich keine Unterschiede: Der Beschwerde muss die Umstände, die die ihm vorteilhafte ergänzende Auslegung stützen, ebenso darlegen und beweisen<sup>86</sup> wie das wirksame

<sup>83</sup> Flad, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Rn. 1; Johannsen, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, § 2194 Rn. 9; Magnus, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 12; Weidlich, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1.

<sup>84</sup> Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 176 geht von einer gerichtlichen Überprüfbarkeit des mutmaßlichen Erblasserwillens aus.

<sup>85</sup> So auch i.E. Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 176 f.

<sup>86</sup> Linnartz, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 2084 Rn. 110.

Zustandekommen des Verzichtsvertrags,<sup>87</sup> für das nach dieser Ansicht der entsprechende mutmaßliche Erblasserwille Voraussetzung ist.

Mithin besteht kein Bedürfnis, die Frage der Verzichtsmöglichkeit an den mutmaßlichen Erblasserwillen zu koppeln.

### (3) Zulässigkeit des Verzichts

Schließlich wird teilweise auch von einer generellen Zulässigkeit des Verzichts ausgegangen.<sup>88</sup>

### (4) Sittenwidrigkeit des Verzichts gegen Entgelt

Darüber hinaus wird überwiegend davon ausgegangen, ein gegen Entgelt erfolgender Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis sei sittenwidrig.<sup>89</sup> Dies wird damit

<sup>87</sup> Vgl. OLG Bamberg, Urt. v. 08.01.2003 – 3 U 248/01, OLGR Bamberg 2003, 81; *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 307.

<sup>88</sup> *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 7; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; *Grädler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 21; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2194 Rn. 6; *Burchardi*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 24; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 6, S. 506; *Berthold*, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 66; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbstwerb, 2002, S. 197; *Schäckel*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 7 mit dem Argument, anderenfalls würde eine faktische Testamentsvollstreckung entstehen, in diese Richtung auch *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 13, der darauf hinweist, dass auch bei Ablehnung der Verzichtsmöglichkeit der Vollziehungsbefugte durch einen erklärten Verzicht seinen Anspruch verwirkt haben könnte oder der Beschwerde der Geltendmachung des Anspruchs § 242 BGB entgegenhalten könnte. Dagegen trägt zurecht *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 173 vor, dass der Beschwerde in seinem Vertrauen auf die Erklärung des Vollziehungsbefugten nicht schutzwürdig sei, da ein Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis die Verpflichtung zur Vollziehung der Auflage nach § 1940 BGB nicht entfallen lasse und der Beschwerde durch § 826 BGB vor einer vorsätzlichen Schädigung durch den Vollziehungsbefugten geschützt sei. Dariüber hinaus erscheint es unvereinbar mit dem Vertragsprinzip des Verzichts, dass trotz Fehlen eines Vertrags über das Rechtsinstitut der Verwirkung und § 242 BGB dem Verzicht zur Wirkung verholfen wird und so entgegen § 397 BGB über § 242 BGB ein dem Schuldrecht eigentlich fremder einseitiger Verzicht etabliert wird; in Hinblick auf § 397 BGB für Zurückhaltung beim Rechtsinstitut der Verwirkung auch *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 20.

<sup>89</sup> *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1; *Burchardi*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 24 Fn. 17; *Haß*, SchlHAnz 1978, 61; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; *Schäckel*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 7; *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 13; *Grädler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 21; *Johannsen*, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, § 2194 Rn. 9; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 12; *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 178 f.; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. 2, 2010, Rn. 2684, S. 1335 (s. aber auch *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbst-

begründet, dass der Vollziehungsbefugte, der sich seine Vollziehungsbefugnis „abkaufen“ lässt, also für seine Zustimmung zum Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis eine Gegenleistung erhält, seine Rechtsposition missbrauche. Die Vollziehungsbefugnis sei ihm von der Rechtsordnung bzw. dem Erblasser eingeräumt worden, damit er die Erfüllung der Auflage verlangen könne und so die Wahrscheinlichkeit der Vollziehung erhöht werde. Seine Rechtsstellung sei ihm dagegen nicht verliehen worden, um sie zu einem persönlichen finanziellen Vorteil zu nutzen. Der Missbrauch einer gesetzlichen Rechtsstellung stehe im Widerspruch zu den grundlegenden Wertungen der Rechtsordnung und verstöße damit gegen die guten Sitten.<sup>90</sup>

### bb) Stellungnahme

#### (1) Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Der Erlass nach § 397 BGB wie auch der Verzicht im Allgemeinen sind als Verfügungen abstrakte Rechtsgeschäfte, die zur Kondiktionsfestigkeit in der Regel<sup>91</sup> einer *causa* bedürfen.<sup>92</sup> Zwischen der Verpflichtung zum Verzicht und dem verfügend wirkenden Verzicht ist grundsätzlich zu trennen.<sup>93</sup> Der Zulässigkeit eines Verzichts könnten ein Verzichtsverbot und die Sittenwidrigkeit des Verzichts nach § 138 BGB entgegenstehen. Ein Verzichtsverbot beträfe sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft. Die Sittenwidrigkeit ist für das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft jeweils getrennt zu untersuchen.

In der Praxis handelt es sich bei dem Rechtsgrund eines Erlasses bzw. Verzichts häufig um eine Schenkung oder einen Vergleich.<sup>94</sup> Die Nichtigkeit des einen Vertrags bewirkt nicht ohne Weiteres auch die Nichtigkeit des anderen Vertrags. Verfügungen

erwerb, S. 197: „Verzicht in jedem Fall [...] uneingeschränkt wirksam“); a. A.: *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 7.

<sup>90</sup> *Sturm*, Der Vollziehungsberichtige der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 178.

<sup>91</sup> Eine Ausnahme wird teilweise pauschal für den einseitigen Verzicht hinsichtlich eines Rechts, das allein in der Macht des Verzichtenden steht, angenommen, s. *Peter*, AcP 200 (2000), 149, 186 (zum schweizerischen Recht), dagegen *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 341. Darüber hinaus wird für den Verzicht auf ein Gestaltungtrecht oder eine Einrede eine *causa* für nicht erforderlich gehalten, da es sich hierbei um keine Zuwendung handele, s. *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 341.

<sup>92</sup> *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 79; *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 353; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 22. Aufl. 2021, § 25 Rn. 6; *Wagner*, in: *Erman*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 397 Rn. 1; *Rüfmann*, in: *jurisPK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 397 Rn. 46; *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 397 Rn. 44.

<sup>93</sup> *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 397 Rn. 44; *Fries/Schulze*, in: *HK-BGB*, 12. Aufl. 2024, § 397 Rn. 4; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 16 I 5a, S. 372 ff.; *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 193 f.

<sup>94</sup> *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 79 ff.; *Wagner*, in: *Erman*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 397 Rn. 3; *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 348 ff.

sind grundsätzlich wertneutral und damit einer sittlichen Bewertung entzogen.<sup>95</sup> Nur in Ausnahmefällen schlägt eine Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsvertrags auf den Verfügungsvertrag dergestalt durch, dass auch die Verfügung nichtig ist. Eine Nichtigkeit auch der Verfügung ist nur dann anzunehmen, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt, wenn also mit dem verfügenden Rechtsvorgang sittenwidrige Zwecke verfolgt werden oder in ihm die Sittenwidrigkeit begründet ist.<sup>96</sup>

### (2) Zulässigkeit des Verzichts

Zu prüfen ist zunächst, ob ein Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis aus § 2194 BGB einen Erlass im Sinne des Zivilrechts darstellt. Dies hätte zur Folge, dass die Regelung des § 397 BGB Anwendung findet. Ist dies zu verneinen, ist zu untersuchen, ob ein allgemeiner Verzicht außerhalb des § 397 BGB in Betracht kommt. Schließlich wird zu begutachten sein, ob sich aus der Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis ein Verzichtsverbot ergibt.

#### (a) Anwendbarkeit des § 397 BGB (Erlass)

Gegenstand des Erlasses nach § 397 BGB ist eine Forderung, d.h. ein Substanzrecht.<sup>97</sup> Rechtsfolge des Erlasses ist daher das Erlöschen der Forderung.<sup>98</sup> Mit

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 07.05.1953 – 3 StR 485/52, NJW 1954, 1292, BGH, Urt. v. 03.10.1989 – XI ZR 154/88, NJW 1990, 384, 385; BGH, Urt. v. 09.05.2014 – V ZR 305/12, NJW 2014, 2790, 2792; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 292; so auch ausdrücklich für den Erlass *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 193.

<sup>96</sup> BGH, Urt. v. 07.05.1953 – 3 StR 485/52, NJW 1954, 1292; BGH, Urt. v. 12.01.1973 – V ZR 98/71, NJW 1973, 613, 615; BGH, Urt. v. 24.05.1985 – V ZR 47/84, NJW 1985, 3006, 3007; BGH, Urt. v. 22.01.1992 – VIII ZR 374/89, NJW-RR 1992, 593, 594; BGH, Urt. v. 09.05.2014 – V ZR 305/12, NJW 2014, 2790, 2792. In der Literatur werden teilweise hiervon abweichende Kriterien angewandt. *Flume* stellt darauf ab, ob die Sittenwidrigkeit im Verhalten gegenüber dem Vertragspartner liegt oder ein Dritt- oder Gemeininteresse verletzt wird, *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 18 8 c, S. 384 ff.; dem folgend *H. Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 55. *Enneccerus/Nipperdey* zufolge kann auch ein untrennbarer Zusammenhang zwischen einer sittenwidrigen Verpflichtung und der Verfügung die Sittenwidrigkeit der Verfügung begründen, *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/2, 15. Aufl. 1960, § 191 II 3, S. 1168. Die Abgrenzungskriterien der Literatur haben sich jedoch als weniger präzise als die Formel der Rechtsprechung herausgestellt, *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 294.

<sup>97</sup> So deutlich *Cremer*, Das Pactum de non petendo, 1959, S. 9, 39; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 129; vgl. auch *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 21; *Fries/Schulze*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 397 Rn. 2; *Rüßmann*, in: *jurisPK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 397 Rn. 6; in der Terminologie abweichend *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 397 Rn. 68 ff., der zwar die Forderung mit dem schuldrechtlichen Anspruch gleichsetzt, aber richtigerweise auch Naturalobligationen (also Forderungen ohne klagbaren Leistungsanspruch) als tauglichen Erlassgegenstand erkennt; vgl. auch *Wagner*, in: *Erman*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 397 Rn. 1 und *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil,

dem Erlöschen der Forderung entfällt auch die Grundlage für den rechtsverwirklichen Erfüllungsanspruch.

Die Vollziehungsbefugnis stellt jedoch keine Forderung dar. § 397 BGB findet daher zumindest keine unmittelbare Anwendung, die Vollziehungsbefugnis kann nicht durch Erlassvertrag nach § 397 BGB zum Erlöschen gebracht werden. Ein Erlass würde die Forderung als solche beseitigen, hinsichtlich der dem Vollziehungsbefugten die Verfügungsbefugnis fehlt, da der Erblasser Rechtsinhaber der Forderung ist und der Vollziehungsbefugte auch über keine entsprechende Ermächtigung verfügt.

### (b) Möglichkeit des Verzichts auf die Vollziehungsbefugnis

In Betracht kommt somit nur ein Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis, sofern diese rechtsverwirklichende Befugnis isoliert einem Verzicht zugänglich ist. Neben dem Erlass für schuldrechtliche Forderungen und den Möglichkeiten, auf dingliche Rechte zu verzichten, ist es anerkannt, dass auch bestimmte sonstige Rechte einem Verzicht zugänglich sind. So kann nach herrschender Meinung auf Gestaltungsrechte oder Einreden verzichtet werden.<sup>99</sup> Auch die Vollmacht<sup>100</sup> und die Ermächtigung können Gegenstand eines Verzichts sein.<sup>101</sup> Anders als der Erlass nach § 397 BGB, der als Verfügung die selbstständige Verkehrsfähigkeit des Verzichtsobjekts voraussetzt,<sup>102</sup> könnte der allgemeine Verzicht auch unübertragbare Befugnisse betreffen.

---

22. Aufl. 2024, § 19 Rn. 7, die auf das Erlassen bzw. Erlöschen der Leistungspflicht des Schuldners abstellen.

<sup>98</sup> *Schreiber*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2010, § 397 Rn. 8; *Fries/Schulze*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 397 Rn. 4; *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 220; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 17 Rn. 1.

<sup>99</sup> RG, Urt. v. 02.01.1912 – II 358/11, RGZ 78, 130, 131; BGH, Urt. v. 07.03.2002 – IX ZR 293/00, NJW 2002, 1788, 1790; *Schreiber*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2010, § 397 Rn. 1; *Wagner*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 397 Rn. 1; *Rüßmann*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 397 Rn. 7; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2024, § 19 Rn. 7; ausführlich *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 159 ff. und 201 ff.; *Schlüter*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 397 Rn. 19; a. A.: *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 76 f., der in dem Verzicht auf das Gestaltungsrecht die Ausübung des mit dem Gestaltungsrecht verbundenen Wahlrechts zwischen verschiedenen Rechtszuständen sieht, s. dagegen *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 159 ff.

<sup>100</sup> *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 93; *Schilken*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 168 Rn. 18; *Schubert*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 168 Rn. 34; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 51 3, S. 846.

<sup>101</sup> *Raape*, AcP 121 (1923), 257, 275 f.; *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Teil 2, 1918, § 85 VII., S. 405 f.; *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 93; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, 2014, § 185 Rn. 24; implizit wohl auch OGH für die Britische Zone, Urt. v. 21.10.1948 – II ZS 5/48, NJW 1949, 141.

<sup>102</sup> *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 70; dagegen setzt *Timme*, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 246 auch für den einseitigen Verzicht die selbstständige Verkehrsfähigkeit des Verzichtsobjekts voraus.

fen.<sup>103</sup> Begründet wird dies mit dem Grundsatz der Privatautonomie, der es gebiete, dass sich niemand gegen seinen Willen ein Recht ohne einseitige Lösungsmöglichkeit aufdrängen lassen müsse.<sup>104</sup> Anders beurteilt die herrschende Ansicht hingegen die Verzichtsmöglichkeit bei schuldrechtlichen Nebenpflichten wie Schutz-, Warn- und Aufklärungspflichten. Da es diesen Nebenpflichten an einer eigenständigen Verkehrsfähigkeit fehle, könnten sie nicht Gegenstand eines Verzichts sein.<sup>105</sup> Der Verzicht als abstrakte Verfügung setze ein selbstständiges Recht voraus.<sup>106</sup>

Bei der Streitfrage nach der Möglichkeit und der Form eines Verzichts auf die Vollmacht wurde von Vertretern der Ansicht, eine einseitige Verzichtsmöglichkeit des Bevollmächtigten sei abzulehnen, darauf abgestellt, dass die Vollmacht allein auf dem Willen des Vollmachtgebers beruhe und demnach auch nur infolge einer Willensbetätigung des Vollmachtgebers beseitigt werden könne. Die Argumentation könnte auf den Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis übertragen werden. Diese beruht ebenfalls auf einer Willensbetätigung des Erblassers, der Anordnung der Auflage, sodass ihre Beseitigung nicht dem Willen des Vollziehungsbefugten überlassen sein könnte. Jedoch ist inzwischen anerkannt, dass auch der Bevollmächtigte seine Rechtsposition zurückweisen und ablegen können muss.<sup>107</sup> Der Ursprung einer Befugnis ist danach für die Verzichtsmöglichkeit ihres Inhabers unbedeutend.

Ob der Vollziehungsbefugte hinsichtlich der Vollziehungsbefugnis verzichtsbe rechtigt ist, könnte jedoch aus einem anderen Grund zweifelhaft sein. Denn ihm steht nicht die Berechtigung an der Forderung, dessen Verwirklichung die Vollziehungsbefugnis dient, zu. In der Regel entspricht die Berechtigung an der Forderung der Berechtigung an den Zwangsmitteln. Bei der Auflage fallen diese Positionen jedoch auseinander: Der Vollziehungsbefugte ist Inhaber des Zwangsmittels, aber nicht Inhaber des Substanzrechts. Es stellt sich daher die Frage, ob in diesem Fall dem Forderungsinhaber oder dem Inhaber des Zwangsmittels die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Verzichts auf das Zwangsmittel zusteht. Grundsätzlich wurzelt der Rechtsbehelf der Zwangsmittel in dem Forderungsrecht und folgt diesem bei einer Übertragung.<sup>108</sup> Besteht jedoch eine Personenverschiedenheit zwischen dem Inhaber des Forderungsrechts und dem Inhaber des Zwangsmittels, ist dem Inhaber des Zwangsmittels (zumindest neben dem Forderungsinhaber<sup>109</sup>) eine eigene Ver-

---

<sup>103</sup> Peter, AcP 200 (2000), 149, 190 (für das schweizerische Recht).

<sup>104</sup> Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 168 Rn. 34; Schilken, in: Staudinger, BGB, 2019, § 168 Rn. 18.

<sup>105</sup> Rieble, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 70; Timme, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 246.

<sup>106</sup> Rieble, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 70; Timme, Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 246.

<sup>107</sup> Vgl. nur Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 51 3, S. 846.

<sup>108</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 178.

<sup>109</sup> Ob auch dem Forderungsinhaber eine eigene Verzichtsmöglichkeit zustehen muss, kann für diese Untersuchung dahinstehen.

zichtsmöglichkeit zuzubilligen. Denn dem Inhaber des Zwangsmittels ist dieses als ein eigenes Recht zugewiesen, dessen Ausübung in seinem freien Belieben steht. Ihm ist daher auch eine eigenständige Verzichtsmöglichkeit einzuräumen. Andernfalls könnte der Rechtsinhaber einem anderen eine für diesen unverzichtbare Befugnis aufdrängen.

Die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Verzichts steht damit dem Inhaber des Zwangsmittels zu.

(c) Kein Verzichtsverbot

(aa) Überblick

Ist die Möglichkeit, auf die Vollziehungsbefugnis aus § 2194 BGB zu verzichten, rechtstechnisch dem Grunde nach anzuerkennen, ist in einem zweiten Schritt nunmehr zu untersuchen, ob ausnahmsweise Gründe für die Annahme eines Verzichtsverbots sprechen, das einen Verzicht doch ausschließt.

Zunächst könnte ein Verzichtsverbot bestehen, das sich sowohl auf das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft beziehen könnte. Verzichtsverbote stellen eine erhebliche Beschränkung der Privatautonomie dar.<sup>110</sup> Die Entscheidungsfreiheit seines Inhabers, das Recht aufzugeben, ist grundsätzlich wesentlicher Bestandteile dieses subjektiven Rechts.<sup>111</sup> Teilweise wird die Befugnis, auf das Recht zu verzichten, als Teilinhalt eines jeden subjektiven Rechts verstanden.<sup>112</sup> Bei einem Verzichtsverbot handelt es sich dementsprechend um eine sehr einschneidende Beschränkung der Stellung des Rechtsinhabers, die rechtfertigungsbedürftig ist, vor allem wenn sie ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung erfolgen soll. Dies gilt nicht nur für das Substanzrecht, sondern auch für den Schutzmechanismus, insbesondere wenn dieser von dem Substanzrecht abgetrennt ist.

Die Rechtsordnung macht nur spärlich von Verzichtsverboten Gebrauch. Bei der Annahme eines ungeschriebenen Verzichtsverbots ist daher Zurückhaltung geboten. Es müssen erhebliche Gründe gegen die Zulässigkeit eines Verzichts sprechen.

(bb) Verzichtsverbot wegen Amtsstellung

Vertreter der Ansicht, der Vollziehungsbefugte habe ein privates Amt inne, sehen in dieser Amtsstellung die Begründung für ein Verzichtsverbot.

Eine Amtsstellung des Vollziehungsbefugten ist abzulehnen.<sup>113</sup> Aber selbst bei Annahme eines Amtes ist nicht ersichtlich, warum der Amtsinhaber einem Verzichtsverbot unterliegen sollte.

---

<sup>110</sup> Rieble, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 223.

<sup>111</sup> Vgl. Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, 1978, S. 19.

<sup>112</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 13 Rn. 25, S. 232.

<sup>113</sup> S. dazu oben S. 152 f.

Dies macht ein Vergleich mit der Stellung des Testamentsvollstreckers deutlich. Der Testamentsvollstrecker ist als Inhaber eines privaten Amts<sup>114</sup> in seiner Verfügungsmacht gem. § 2205 S. 2 Var. 2 BGB grundsätzlich unbeschränkt. Sein rechtliches Können erstreckt sich auch auf Verfügungen, die im Innenverhältnis nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 2216 BGB entsprechen. Überschreitet der Testamentsvollstrecker die Grenzen des rechtlichen Dürfens, macht er sich zwar ggf. schadensersatzpflichtig gem. § 2219 Abs. 1 BGB. Dies berührt die Wirksamkeit pflichtwidriger Verfügungen wie ggf. einem Forderungsverzicht jedoch dem Grunde nach nicht. Ist ein Testamentsvollstrecker zugleich auch Vollziehungsbefugter, könnte er auf Forderungen des Nachlasses verzichten, nicht aber auf die Vollziehungsbefugnis. Dies würde einen erheblichen Wertungswiderspruch darstellen.

Auch hinsichtlich der Ausübung des Amts steht dem Testamentsvollstrecker eine uneingeschränkte Verfügungsmacht zu. So kann er gem. § 2226 S. 1 BGB jederzeit das Amt kündigen. Hat der Erblasser oder ein entsprechend ermächtigter Bestimmungsberechtigter keine Ersatzanordnung getroffen, erlischt damit zugleich auch die Testamentsvollstreckung als solche.<sup>115</sup> Der Testamentsvollstrecker kann damit durch Kündigung nicht nur sein Amt niederlegen, sondern ggf. auch die Testamentsvollstreckung als solche beenden. Versteht man die Stellung des Vollziehungsbefugten als Amt, würde er mit dem Verzicht auf die einzige durch dieses Amt begründete Befugnis, die Vollziehungsbefugnis, zugleich seine Amtsstellung niederlegen. Der Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis entspräche funktional der Kündigung des Amts. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum nicht auch bei einem Verständnis der Vollziehungsbefugnis als Amtsausübung eine Niederlegung des Amts und ein Verzicht auf die damit einhergehenden Befugnisse zulässig sein sollte. Insbesondere könnte ein Testamentsvollstrecker, der in dieser Funktion grundsätzlich auch vollziehungsbeauftragt ist, sich durch Niederlegung seines Testamentsvollstreckeramts der Vollziehungsbefugnis entledigen, während einem sonstigen Vollziehungsbeauftragten diese Möglichkeit nicht offenstünde.

Auch mit der – abzulehnenden – Annahme eines privaten Amts des Vollziehungsbeauftragten lässt sich somit ein Verzichtsverbot nicht begründen.

#### (cc) Verzichtsverbot wegen Fremdnützigkeit

Der andere Begründungsansatz eines Verzichtsverbots beruht auf der Fremdnützigkeit der Vollziehungsbefugnis. Bei der Vollziehungsbefugnis handelt es sich in der Tat um eine ihrem Inhaber nicht im eigenen Interesse, sondern fremdnützig im Interesse des Erblassers zustehende Befugnis.

Fremdnützigen Rechten ist grundsätzlich nicht ohne Weiteres ein Verzichtsverbot immanent. Ein klassisches Beispiel für ein fremdnütziges Recht ist die gesetzlich nicht geregelte fremdnützige Treuhand. Ein Treuhänder übt die Rechtsmacht über

<sup>114</sup> Vgl. dazu Becker, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, Vor § 2197 Rn. 3.

<sup>115</sup> Zimmermann, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2225 Rn. 6.

ein Rechtsobjekt für einen anderen aus. Im Außenverhältnis ist der Treuhänder üblicherweise als der volumnfähige Rechtsinhaber in seinem rechtlichen Können unbeschränkt. Die Rechte und Pflichten des Treuhänders im Verhältnis zu dem Treugeber, also das rechtliche Dürfen, werden dabei üblicherweise in einer schuldrechtlichen Abrede zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber festgelegt. Der Treuhänder übt die ihm übertragenen Rechte fremdnützlich für den Treugeber aus. Kennzeichen der Treuhand ist, dass im Außenverhältnis keine Beschränkungen bestehen. Der Treuhänder ist in seiner Rechtsmacht nicht eingeschränkt und ist lediglich dem Treugeber gegenüber haftbar, wenn er die ihm im Innenverhältnis auferlegten Grenzen überschreitet. Ein Treuhänder kann also grundsätzlich im Außenverhältnis wirksam auf ihm treuhänderisch übertragene Rechte verzichten.

Allein die Fremdnützlichkeit der Vollziehungsbefugnis kann daher kein Verzichtsverbot begründen.<sup>116</sup>

#### (dd) Verzichtsverbot wegen Erblasserinteresses

Sturm gibt zu bedenken, dass aufgrund des fehlenden Vermögenswerts der Vollziehungsbefugnis die Gefahr bestehe, dass der Vollziehungsbefugte hinsichtlich der Prüfung, ob ein Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis dem Erblasserinteresse entspricht, geringere Sorgfalt anwendet.<sup>117</sup> Verzieht er voreilig auf die Vollziehungsbefugnis, könne er dies bei späterer Einsicht nicht mehr rückgängig machen.

Dabei handelt es sich jedoch um ein dem gesetzlichen Konzept der Auflage immanentes Problem. Die Ausübung der Vollziehungsbefugnis ist für den Vollziehungsbefugten mit keinem vermögensrechtlichen Vorteil verbunden.<sup>118</sup> Der Erblasser muss daher bei der Anordnung der Auflage in besonderem Maße auf das Pflichtgefühl des Vollziehungsbefugten gegenüber seiner Anordnung vertrauen. Die Gefahr, dass der Vollziehungsbefugte nach einem voreilig vereinbarten Verzicht zu einer verspäteten Einsicht gelangt, die zudem, um die Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu gewährleisten, zeitlich vor Eintritt der Verjährung erfolgen muss, ist nicht größer als das Risiko, dass der Vollziehungsbefugte grundsätzlich wenig Interesse an der Erfüllung der Auflage zeigt und die Befugnis aus diesem Grunde nicht geltend macht. Ebenso wie er bei einem Verzicht einem Irrtum unterliegen kann, kann er eine Geltendmachung des Anspruchs unterlassen, weil er irrtümlich davon ausgeht, dies entspreche dem Interesse des Erblassers. Für die Annahme, dem Vollziehungsbefugten müsse dauerhaft die Möglichkeit der Geltendmachung der Befugnis verbleiben, finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte. Es ist nicht ersichtlich, warum dem Vollziehungsbefugten eine punktuelle und abschließende Entscheidung über die Geltendmachung der Vollziehungsbefugnis verschlossen sein soll.

<sup>116</sup> So auch *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 6, S. 506 Fn. 45.

<sup>117</sup> *Sturm*, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 171.

<sup>118</sup> Sofern er nicht zugleich Begünstigter der Auflage ist, s. dazu unten S. 248 ff.

Auch die Annahme Sturms, ein dem Vollziehbefugten vom Beschwertern angetragenes Angebot auf Abschluss eines Verzichtsvertrags berge in besonderem Maße die Gefahr einer leichtfertigen und unbedachten Entscheidung des Vollziehbefugten, ist nicht überzeugend. Wird der Vollziehbefugte durch ein solches Angebot zu einer Auseinandersetzung mit seiner ihm vom Erblasser überantworteten Position angeregt und zu einer Entscheidung über sein weiteres Vorgehen angehalten, kann dies der Vollziehungswahrscheinlichkeit sogar zuträglicher sein, als wenn der Vollziehbefugte eine Entscheidung vermeidet und die Frage der Geltendmachung des Anspruchs aufschiebt.

Den rechtlichen Vorgaben entspricht damit auch der Vollziehbefugte, der eine einmalige Entscheidung für oder gegen die Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs trifft. Die Unzulässigkeit des Verzichts auf die Vollziehbefugnis lässt sich allein mit dem Verlust der Entscheidungsmöglichkeit nicht begründen.

Dem Interesse des Erblassers, der die Auflage angeordnet hat, widerspricht ein Verzicht auf die Vollziehbefugnis zwar üblicherweise, da er die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Auflage erheblich verringern kann.<sup>119</sup> Andererseits sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein Verzicht dem (mutmaßlichen) Interesse des Erblassers entsprechen kann. Infolge einer vom Erblasser nicht vorhergesesehenen Änderung der Umstände nach Errichtung der letztwilligen Verfügung oder auch aufgrund dem Erblasser unbekannter Umstände zum Zeitpunkt der Errichtung der Auflage kann die Auflagenverpflichtung dem Erblasserwillen erkennbar widersprechen. Auch wenn in solchen Fällen ebenso durch eine ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung die Wirksamkeit der Auflagenverpflichtung aufgehoben werden kann,<sup>120</sup> besteht ein legitimes Interesse an der Möglichkeit eines Verzichts. Denn während die Auslegung letztlich vollumfänglich gerichtlicher Überprüfung unterliegt, vermag ein Verzicht abschließend für klare Verhältnisse zwischen dem Beschwertern und dem Vollziehbefugten zu sorgen.<sup>121</sup> Der Verzicht auf die Vollziehbefugnis kann damit ein probates Mittel sein, um dem Beschwertern Rechtssicherheit zu verschaffen. Das Interesse des Erblassers steht dem nicht schon grundsätzlich entgegen. Die Auflage ist auch ohne eine Verzichtsmöglichkeit des Vollziehbefugten durch eine Unsicherheit hinsichtlich der Vollziehung gekennzeichnet, da die Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs der freien Entscheidung des Vollziehbefugten obliegt. Will der Erblasser größere Sicherheit hinsichtlich der Erfüllung seiner letztwilligen Anordnungen, muss er auf andere

<sup>119</sup> Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 170.

<sup>120</sup> S. oben S. 213.

<sup>121</sup> Dieses Argument darf nicht mit der Ansicht, der mutmaßliche Wille des Erblassers im Einzelfall sei maßgeblich für die Zulässigkeit eines Verzichts (vgl. dazu oben S. 213 f.), verwechselt werden. Hier geht es lediglich um die Frage, ob eine Verzichtsmöglichkeit grundsätzlich dem Erblasserwillen widerspricht.

erbrechtliche Institute wie das Vermächtnis oder die Testamentsvollstreckung ausweichen.

#### (ee) Sonstige Gründe für ein Verzichtsverbot

Ein Verzichtsverbot wird in der Rechtsordnung üblicherweise damit begründet, dass es aus Gründen des öffentlichen Interesses, zum Schutze Dritter oder – in Fällen, in denen dem Rechtsinhaber nicht zuzutrauen sei, seine Rechte selbst effektiv wahrzunehmen – auch zum Schutze des Gläubigers vor sich selbst zwingend erforderlich sei.

Gründe des öffentlichen Interesses rechtfertigen kein Verzichtsverbot hinsichtlich der Vollziehungsbefugnis. Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, steht auch der zuständigen Behörde eine Vollziehungsbefugnis nach § 2194 S. 2 BGB zu. Die Vollziehungsbefugnis der zuständigen Behörde als Statthalterin des öffentlichen Interesses schließt es aus, aus Interessen der Öffentlichkeit in die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 S. 1 BGB einzugreifen.

Der Vollziehungsbefugte selbst ist dem Beschwertern nicht strukturell unterlegen. Es ist nicht zu befürchten, dass er aus einer Position der Unterlegenheit auf die Ausübung seiner Vollziehungsbefugnis verzichtet. Zwischen dem Vollziehungsbefugten und dem Beschwertern bestehen mit Ausnahme der gemeinsamen Mitgliedschaft in der Erbgemeinschaft im Falle des § 2194 S. 1 Var. 2 BGB vielmehr üblicherweise keine unmittelbaren rechtlichen Verbindungen, allenfalls eine familiäre Verbindung ist denkbar. Bei solchen familiären Bindungen kann im Einzelfall der Vollziehungsbefugte sich in einer Lage der Abhängigkeit vom Beschwertern befinden. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass dies üblicherweise der Fall wäre. Eine strukturelle Unterlegenheit des Vollziehungsbefugten ist daher nicht anzunehmen. Hinzu kommt, dass die Vollziehungsbefugnis für den Gläubiger keinen wirtschaftlichen Wert hat und ihm nur zur fremdnützigen Interessenwahrnehmung zugeteilt ist. Sein Verlust stellt damit keine Vermögensminderung dar. Zum Schutze des Vollziehungsbefugten vor sich selbst ist ein Verzichtsverbot mithin nicht erforderlich.

Allenfalls das Interesse des Begünstigten könnte daher die Annahme eines Verzichtsverbots rechtfertigen. Jedoch dient die Vollziehungsbefugnis nicht dem Interesse des Begünstigten, ein solcher ist schon nicht zwingend vorgesehen. Legt der Erblasser dem Beschwertern lediglich eine Verpflichtung auf, ohne dadurch einen Dritten zu begünstigen, kann ein Verzichtsverbot nicht mit dem Interesse eines Begünstigten begründet werden.

Ein Verzichtsverbot ist daher nicht anzunehmen.

#### (3) *Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft*

Ist ein Verzicht damit grundsätzlich möglich und zulässig, stellt sich die Frage, ob ein solcher einseitig durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Vollziehungsbefugten bewirkt werden kann oder ob ein Vertrag zwischen dem Vollzie-

hungsbefugten und dem Beschweren erforderlich ist. Die Vorschrift des § 397 BGB und das ihr zu entnehmende Vertragserfordernis finden keine unmittelbare Anwendung auf den Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis.<sup>122</sup>

Die schuldrechtliche Vereinbarung eines Verzichts auf die Vollziehungsbefugnis könnte dem Vertragserfordernis aus § 311 BGB unterliegen. Teilweise wird auch § 397 BGB analog auf ein dauerhaftes Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*) angewandt.<sup>123</sup> Hinsichtlich des verfügend wirkenden Verzichts kann sich ein Vertragserfordernis dagegen allein aus einer analogen Anwendung von § 397 BGB ergeben.

Ein verbreitet vorgebrachter materieller Begründungsansatz des Vertragserfordernisses aus § 397 BGB ist der Aufdrängungsschutz.<sup>124</sup> Dem Schuldner dürfe die Möglichkeit zur Erfüllung nicht einseitig genommen werden. Diese Begründung ist jedoch fragwürdig, da ein Recht des Schuldners zur Leistungserbringung in aller Regel nicht besteht.<sup>125</sup> Andernfalls wäre eine Kodifizierung der Abnahmepflicht des Käufers in § 433 Abs. 2 BGB a. E. überflüssig.<sup>126</sup> Außerhalb des Kaufrechts besteht regelmäßig keine Möglichkeit des Schuldners, gegen eine Annahmeverweigerung des Gläubigers vorzugehen. Im Rahmen der Auflage verfängt eine solche Begründung daher erst recht nicht: Auch nach einem Wegfall der Vollziehungsbefugnis bleibt dem Beschweren die Möglichkeit zur Leistungserbringung, da die Forderung des Erblassers von einem Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis unberührt bleibt. Hinzu kommt, dass bei einem Verzicht allein auf das Schutzinstrument des Anspruchs bei Fortbestehen des Forderungsrechts die Erfüllbarkeit der Pflicht gerade nicht entfällt. Der Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis hat lediglich den Verlust der außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsbehelfe des verzichtenden Vollziehungsbefugten zur Folge, die Auflagenpflicht bleibt davon unabhängig bestehen und erfüllbar.<sup>127</sup>

Maßgeblich dürfte sein, in wessen Rechtsmacht sich der Verzichtsgegenstand befindet.<sup>128</sup> Während die Forderung nicht nur den Gläubiger berechtigt, sondern

<sup>122</sup> S. oben S. 216.

<sup>123</sup> So *Timme*, Erlass und Verzicht im Civil- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 30.

<sup>124</sup> *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 4, S. 40; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 2016, Rn. 657, S. 257; *Bork*, Der Vergleich, 1988, S. 70; *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 123; vgl. auch *Schmidt-Kimpler*, AcP 147 (1941), 130, 152; *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 103 f.; von *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917, § 185, S. 313.

<sup>125</sup> So auch *Rieble*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 397 Rn. 3; ausführlich *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 276 ff.

<sup>126</sup> Vgl. *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 303.

<sup>127</sup> Dies gilt ohne Weiteres, wenn neben dem verzichtenden Vollziehungsbefugten weitere Personen vollziehungsbefugt sind. Zur Auflage ohne Vollziehungsbefugnis s. unten S. 266 f.

<sup>128</sup> Für dieses Kriterium bei der Frage, ob die nachträgliche Änderung einer Zivilobligation in eine Naturalobligation durch Verzicht auf die Zwangsmittel eine Einigung voraussetzt oder ob diesbezüglich ein einseitiges Rechtsgeschäft ausreicht, *Schulze*, Die Naturalobligation,

zugleich den Schuldner entsprechend verpflichtet, handelt es sich bei dem schuldrechtlichen Anspruch um ein einseitig der Rechtsmacht des Gläubigers zugewiesenes Werkzeug zur zwangsweisen Durchsetzung der Forderung. Dem Schuldner fehlt es an jeglicher direkten Einflussmöglichkeit auf diesen Anspruch. Der Beschwerde steht somit allein und einseitig in der Rechtsmacht des Vollziehungsbefugten. Dementsprechend ist eine Verzichtsmöglichkeit des Vollziehungsbefugten durch einseitiges Rechtsgeschäft anzuerkennen.

#### (4) Sittenwidrigkeit des entgeltlichen Verzichts

Eine Sonderstellung nimmt der Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis ein, für den der Vollziehungsbefugte von dem Beschweren eine Gegenleistung erhält. Auch wenn ein Verzichtsverbot nicht gegeben ist, kann der Verzichtsvertrag wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig sein.<sup>129</sup> Auch diesbezüglich ist grundsätzlich zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft zu unterscheiden. Der Erlass als Verfügung ist dem Grunde nach sittlich neutral. Stellt sich jedoch das Verpflichtungsgeschäft als sittenwidrig dar, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Sittenwidrigkeit auf die Verfügung durchschlägt.

Enthält die vertragliche Verpflichtung eine Gegenleistung für den Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis, monetarisiert der Vollziehungsbefugte seine ihm vom Gesetz und Erblässer verliehene Rechtsposition. Die Vollziehungsbefugnis ist für ihren Inhaber rein fremdnütziger Natur und grundsätzlich ohne Vermögenswert. Insbesondere die Aussicht des Wegfallbegünstigten auf den Bereicherungsanspruch nach § 2196 BGB stellt keinen Vermögenswert des Vollziehungsbefugten dar. Der mit dem Verzicht auf die Vollziehungsbefugnis einhergehende Verlust dieser Aussicht ist damit auch kein vermögenswerter Nachteil, der durch eine Gegenleistung ausgeglichen werden müsste. Zum einen handelt es sich bei dem Anspruch aus § 2196 BGB um keine sichere Aussicht. Die Entstehung des Anspruchs ist vom Verhalten des Beschweren abhängig. Erst wenn die Vollziehung der Auflage durch einen vom Beschweren zu vertretenden Umstand unmöglich wird oder dieser trotz Verurteilung und Anwendung von Zwangsmitteln die Erfüllung beharrlich verweigert, kann der Anspruch entstehen. Zudem kommt nicht jeder Vollziehungsbefugte auch als Inhaber eines Anspruchs aus § 2196 BGB in Betracht. Der Anspruch aus § 2196 BGB steht demjenigen, welchem der Wegfall des zunächst Beschweren unmittelbar zustatten kommen würde, zu. Diese Person ist zwar auch Inhaber der Vollziehungsbefugnis gem. § 2194 S. 1 Var. 3 BGB. Der vollziehungsbefugte Erbe oder Miterbe, dem der Wegfall eines zunächst Beschweren nicht unmittelbar zustatten kommen würde, hat jedoch keine Aussicht darauf, den Anspruch aus § 2196 BGB zu erlangen.

---

2008, S. 570; im Ergebnis ebenso für eine einseitige Verzichtsmöglichkeit *Burchardi*, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 25.

<sup>129</sup> Vgl. *Schlüter*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 397 BGB Rn. 20.

gen.<sup>130</sup> Schließlich besteht der Normzweck des § 2196 BGB nicht darin, dem Vollziehungsbefugten einen materiellen Vorteil zu verschaffen, sondern bei dem Beschweren die Vorteile eines pflichtwidrigen Verhaltens abzuschöpfen.<sup>131</sup>

Der Vollziehungsbefugte erleidet somit keinen vermögensrechtlichen Verlust, wenn er auf die Vollziehungsbefugnis verzichtet. Lässt er sich seinen – grundsätzlich zulässigen – Verzicht jedoch vergüten, könnte dies die Sittenwidrigkeit des schuldrechtlichen Vertrags begründen.

Maßgeblich für den Inhalt der guten Sitten ist nach der Formel der Rechtsprechung das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“.<sup>132</sup> In diesem Rahmen kommt eine besondere Bedeutung den Wertungen zu, die den Regeln des Gesetzesrechts zugrunde liegen.<sup>133</sup>

Mit der Monetarisierung der Vollziehungsbefugnis durch Vereinbarung einer Gegenleistung für den Verzicht auf diese verleiht sich der Vollziehungsbefugte wirtschaftlich einen Teil der dem Erblasser in Form der Auflagenforderung zustehenden Wertposition ein. Der Beschweren erklärt sich bereit, eine Gegenleistung für den Verzicht zu erbringen, da dadurch die Durchsetzbarkeit der ihn belastenden Leistungspflicht aus der Auflage beseitigt wird. Die Leistungspflicht stellt sich für den Beschweren als wirtschaftliche Belastung dar, von der er sich durch Zahlung einer geringeren Gegenleistung an den Vollziehungsbefugten befreit. Damit kommt es bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einem teilweisen Transfer der dem Erblasser zustehenden Wertposition auf den Vollziehungsbefugten. Dies steht in Widerspruch zu der Funktion der Vollziehungsbefugnis, die Durchsetzung der Auflage und damit des dem Erblasser zustehenden Substanzrechts zu gewährleisten. Die Vollziehungsbefugnis ist ihrem Inhaber zur *fremdnützigen* Interessenwahrnehmung zugewiesen. Verzichtet er für eine Gegenleistung auf diesen Anspruch, nutzt er diese Position *eigenmäßig* aus.<sup>134</sup> Bei dem entgeltlichen Verzicht zweckentfremdet der Vollziehungsbefugte somit die Vollziehungsbefugnis als Druckmittel zum Erwerb eines Vermögenswerts. Die Vorschrift des § 1940 BGB räumt dem Vollziehungs-

<sup>130</sup> Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 182.

<sup>131</sup> Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 179.

<sup>132</sup> Grundlegend RG, Urt. v. 11.04.1901 – VI 443/00, RGZ 48, 114, 124; RG, Urt. v. 15.10.1912 – VII 231/12, RGZ 80, 219, 221, s. auch Fischinger, in: Staudinger, BGB, 2021, § 138 Rn. 57 ff. m. w. N.

<sup>133</sup> Fischinger, in: Staudinger, BGB, 2021, § 138 Rn. 96 ff. m. w. N.

<sup>134</sup> Dadurch unterscheidet sich diese Konstellation im Übrigen auch von der unten auf S. 248 ff. näher dargestellten Interessenlage eines begünstigten Vollziehungsbefugten, der Leistung an sich selbst verlangt. In letzterem Fall mag zwar die Aussicht auf den Leistungsempfang als Begünstigter das eigenmächtige Motiv der Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs sein. Sie dient jedoch zugleich auch bestimmungsgemäß und insoweit fremdnützig der Verwirklichung des Forderungsrechts des Erblassers.

befugten eine derartige Berechtigung nicht ein. Ein solches Verhalten ist daher als sittenwidrig einzustufen.

Ist die mit einer Gegenleistung verbundene Verpflichtung, auf die Vollziehungsbefugnis zu verzichten, sittenwidrig, wird von einem Durchschlagen der Sittenwidrigkeit auf das Verfügungsgeschäft des Verzichts auszugehen sein, sodass sich auch dieser als sittenwidrig darstellt. Denn Bezugspunkt der Sittenwidrigkeit der Verpflichtung ist die Verbindung des verfügenden Verzichts mit einer Gegenleistung. Die Durchführung des verfügenden Rechtsvorgangs dient damit einem sittenwidrigen Zweck, sodass die Sittenwidrigkeit gerade im Vollzug der Leistung begründet ist. Daher ist auch der verfügende Verzicht sittenwidrig und nach § 138 BGB nichtig, wenn er der Erfüllung einer schuldrechtlichen Pflicht dient, die mit einer Gegenleistung verknüpft ist.

### cc) Fazit

Auf das Substanzrecht kann der Vollziehungsbeauftragte nicht verzichten, sodass er die durch die Auflage begründete Leistungspflicht und damit auch ihre Erfüllbarkeit nicht beseitigen kann. Er kann jedoch durch einseitiges Rechtsgeschäft auf seine Vollziehungsbefugnis verzichten. Sittenwidrig ist allerdings der Verzicht, der für eine Gegenleistung erfolgt. In diesem Fall sind sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft nichtig.

Im Übrigen kann auch ein (dauerhaftes) Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*) als schuldrechtliche Verpflichtung zur Nichtgeltendmachung des Anspruchs zulässig sein.<sup>135</sup> Dieses hat nicht das Erlöschen der Vollziehungsbefugnis zur Folge, sondern beseitigt die Durchsetzbarkeit des Anspruchs, indem es dem Anspruchsgegner eine peremptorische Einrede verschafft.

### e) Pfändbarkeit der Vollziehungsbefugnis

Die Vollziehungsbefugnis wird allgemein für unpfändbar erachtet.<sup>136</sup> Begründet wird dies damit, dass die Vollziehungsbefugnis keinen Vermögenswert vermittele oder zumindest nicht in das Vermögen ihres Inhabers falle.

---

<sup>135</sup> So das vorzugswürdige Verständnis der herrschenden Meinung vom *pactum de non petendo*, vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 397 Rn. 4; Rieble, in: Staudinger, BGB, 2022, § 397 Rn. 28; Wagner, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 397 Rn. 2; Rüßmann, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 397 Rn. 53; a.A.: Cremer, Das Pactum de non petendo, 1959, S. 51, der das *pactum de non petendo* als Verfügung über das dem Anspruch innenwohnende Zwangsbefriedigungsrecht versteht.

<sup>136</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – IV ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 11; Flad, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1; Nobis, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 12; Magnus, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 11; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 4, S. 661; Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rn. 508;

Im Ergebnis ist der Unpfändbarkeit der Vollziehbefugnis zuzustimmen. Diese folgt jedoch nicht erst aus der fehlenden Zugehörigkeit zum Vermögen des Vollziehbefugten oder dem fehlenden Vermögenswert der Vollziehbefugnis, sondern ist schon in ihrer Rechtsnatur begründet.

Setzte man mit der herrschenden Lehre den schuldrechtlichen Anspruch mit der Forderung gleich,<sup>137</sup> wäre es nicht ohne Weiteres auszuschließen, dass die Vollziehbefugnis dem Vermögen des Vollziehbefugten zuzuordnen ist. Zumindest in der hinsichtlich ihrer Zulässigkeit äußerst umstrittenen Konstellation der Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehbefugtem<sup>138</sup> müsste von diesem Standpunkt der herrschenden Lehre davon ausgegangen werden, dass die Vollziehbefugnis für ihren Inhaber von Vermögenswert und damit pfändbar ist, da dieser Leistung an sich selbst verlangen kann. Es kann bereits vorweggenommen werden, dass die inzwischen wohl herrschende Ansicht eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehbefugtem für zulässig erachtet. Vor dem Hintergrund der in Rechtsprechung und Lehre weit verbreiteten, jedoch abzulehnenden Gleichsetzung von schuldrechtlichem Anspruch und Forderung verwundert daher die einhellige und pauschale Ablehnung der Pfändbarkeit der Vollziehbefugnis unter Verweis auf einen fehlenden Vermögenswert der Vollziehbefugnis.

Die Begründung für den Ausschluss der Pfändbarkeit ist dagegen schon auf einer vorgelagerten Ebene zu finden. Von maßgeblicher Bedeutung ist nicht erst die – ebenfalls zutreffende – Einschätzung, dass die Vollziehbefugnis auf eine Leistung gerichtet ist, die nicht dem Vermögen des Anspruchsinhabers zugewiesen ist – und zwar auch dann nicht, wenn die Auflage den Beschwertern zu einer Zuwendung an den Vollziehbefugten verpflichtet – und ihm damit keinen eigenen Vermögenswert vermittelt. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass bereits die Rechtsnatur der Vollziehbefugnis eine Pfändung ausschließt. Es handelt sich bei ihr um keine Forderung, sondern um das Schutzrecht einer Forderung, das nicht selbstständig übertragbar ist. Fehlt es an der Verkehrsfähigkeit eines Rechts, kann dieses gem. § 1274 Abs. 2 BGB auch nicht Gegenstand einer Pfändung sein.<sup>139</sup>

---

Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 IV 2, S. 264; Dernburg/Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III, S. 250 f.; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 144; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 65.

<sup>137</sup> S. dazu oben S. 103 ff.

<sup>138</sup> S. dazu ausführlich unten S. 248 ff.

<sup>139</sup> RG, Urt. v. 17.01.1908 – VII 197/07, RGZ 68, 49, 55; J. Schmidt, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1273 Rn. 5; Riedel, Abtretung und Verpfändung, 1982, S. 128.

### 3. Vererblichkeit

Stirbt ein Vollziehungsbefugter vor der Erfüllung der Auflage, stellt sich die Frage, ob die Vollziehungsbefugnis auf den Rechtsnachfolger des Vollziehungsbefugten übergeht, mithin ob die Vollziehungsbefugnis vererblich ist.<sup>140</sup> Dies wird im Schrifttum unterschiedlich bewertet.

#### a) Meinungsstand

##### aa) Bejahung der Vererblichkeit

Teilweise wird ohne nähere Begründung<sup>141</sup> die Vererblichkeit der Vollziehungsbefugnis angenommen. Bisweilen wird die Annahme einer Vererblichkeit der Vollziehungsbefugnis mit dem Gesetzeszweck, die Vollziehung der Auflage zu sichern, begründet.<sup>142</sup>

##### bb) Differenzierende Ansichten

Mehrere Ansichten differenzieren hinsichtlich der Vererblichkeit mit im Einzelnen abweichenden Standpunkten zwischen der Art der Vollziehungsbefugnis.

Verbreitet wird danach differenziert, ob die Vollziehungsbefugnis einem Erben oder Miterben des Erblassers zusteht oder demjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwertern unmittelbar zustattenkommen würde. Beim Tode eines Erben oder Miterben gehe die Vollziehungsbefugnis auf den Erbeserben über, während die Vollziehungsbefugnis des Wegfallbegünstigten nicht vererblich sei.<sup>143</sup> In letzterem

---

<sup>140</sup> Hiervon zu trennen ist die jüngst von dem AG München zu entscheidende Frage, ob die Erfüllungspflicht des Beschwertern vererblich ist, AG München, 27. 10. 2023 – 158 C 16069/22, ErbR 2024, 314. Die Vorgabe der §§ 2192, 2161 BGB regelt nur den Übergang der Auflage, wenn der Beschwerter vor Eintritt des Erbfalls wegfällt, s. auch OLG Jena, Urt. v. 04.04.2001 – 8 U 577/00, OLG-NL 2001, 199, 202. Die Auflagenpflicht geht aber grundsätzlich nach §§ 1922, 1967 BGB auf den Erben des ursprünglich Beschwertern über, Zimmermann, ZEV 2024, 444, 446. Ein erbrechtlicher Übergang der Auflagenpflicht ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn im Einzelfall die Auslegung des Erblasserwillens ergibt, dass die Auflagenpflicht eine höchstpersönliche und unübertragbare Pflicht darstellen soll. Zu dieser Einschätzung kam das AG München hinsichtlich einer Auflage zur Grabpflege, bei der die Erben der ursprünglich Beschwertern in keinem verwandtschaftlichen Verhältnis zur ursprünglichen Erblasserin standen und dieser auch nicht persönlich bekannt waren, zustimmend Daragan, ZEV 2024, 378.

<sup>141</sup> Stürner, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 1; tendenziell wohl auch Kunz, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1922 Rn. 443.

<sup>142</sup> So Schultze, JhJrB 43 (1901), 1, 96 („Treuhandzweck“); Levy, Die gemeinnützige Auflage, 1910, S. 49; Berthold, Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, 1909, S. 65 f. („zumindest jedenfalls“ für die Vollziehungsbefugnis von Erbe und Miterbe).

<sup>143</sup> Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 6; Müller-Christmann, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2194 Rn. 6; Otte, in: Staudinger, BGB, 2019,

Fall sei jedoch zu prüfen, wem nach dem Tode des Wegfallbegünstigten der Wegfall des Beschweren unmittelbar zustattenkommen würde, dies könne im Einzelfall auch der Erbe des Wegfallbegünstigten sein.<sup>144</sup> Diese Unterscheidung wird teilweise damit begründet, dass der Erbeserbe in einer dem Erben vergleichbaren Beziehung zum Erblasser stehe und ein Übergang der Vollziehungsbefugnis dem Gesetzeszweck entspreche, die Erfüllung der Auflage sicherzustellen.<sup>145</sup> Der Erbeserbe trete in die Rechtsstellung, auf der die Vollziehungsbefugnis beruht, ein.<sup>146</sup> Bei Nacherbschaft werde jedoch der Nacherbe und nicht der Erbeserbe Vollziehungsbefugter. Beim Erbschaftskauf finde kein Übergang der Vollziehungsbefugnis statt.<sup>147</sup>

Es findet sich zudem die Differenzierung zwischen gesetzlicher und gewillkürter Vollziehungsbefugnis. Danach sei die gesetzliche Vollziehungsbefugnis vererblich, die gewillkürte hingegen nicht.<sup>148</sup> Es stehe dem Erblasser jedoch frei, für den Wegfall eines gewillkürten Vollziehungsbefugten eine Ersatzperson zu bestimmen.<sup>149</sup>

---

§ 2194 Rn. 7; *Burandt*, in: Burandt/Rojahn, 4. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 5; *Johannsen*, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, § 2194 Rn. 8; *Brox/Walker*, Erbrecht, 30. Aufl. 2024, § 28 Rn. 4a; *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2196 Anm. 1; widersprüchlich *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 64 III 4, S. 363 (*Coing* differenziert ebenfalls anhand der dargestellten Grundsätze, führt aber auch aus, dass die Vollziehungsbefugnis nicht als solche übergehe, sondern einem Erben des Vollziehungsbefugten nur zustehe, „insofern er in die Stellung eintritt, kraft deren“ die Vollziehungsbefugnis dem verstorbenen Vollziehungsbefugten zugestanden hat. Danach wäre der Erbe des aufgrund seiner Stellung als Erbe oder Miterbe Vollziehungsbefugten jedoch nur dann vollziehungsbelebt, wenn er zugleich auch (Nach-)Erbe des Erblassers ist. Eine solche Differenzierung führt *Coing* im Folgenden aber nicht durch, sondern bezeichnet den Erben des vollziehungsbelebten Erben oder Miterben stets ebenfalls als vollziehungsbelebt.); ähnlich *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3 („mit der Rechtsstellung vererblich, auf die er gegründet ist“) und *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 11 („Vererbt wird der Anspruch mit der Rechtsstellung, auf der er beruht.“ [Hervorhebung im Original]); *Linnartz*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 7 (Übergang auf den Erbeserben bei Tod des Erben).

<sup>144</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 7; *Brox/Walker*, Erbrecht, 30. Aufl. 2024, § 28 Rn. 4a; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 64 III 4, S. 363 („im allgemeinen zu bejahen“).

<sup>145</sup> von Lübtow, Erbrecht, Bd. 1, 1971, S. 394.

<sup>146</sup> *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, Rn. 508; *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 144; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI a), S. 741 f. (bei Wegfall des Erstberechtigten Entstehen eines eigenen, selbstständigen Rechts in der Person des Nächstberechtigten möglich).

<sup>147</sup> *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 144 f.

<sup>148</sup> *Schäckel*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 4; gegen die Vererblichkeit der gewillkürten Vollziehungsbefugnis auch *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 7 („selbstverständlich unvererblich“); *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2020, § 2194 Rn. 6.

<sup>149</sup> *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2020, § 2194 Rn. 6; so auch *Schiemann*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1.

### cc) Ablehnung der Vererblichkeit

Schließlich wird die Vererblichkeit der Vollziehungsbefugnis teilweise grundsätzlich abgelehnt.<sup>150</sup> Nach den Vertretern der Amtstheorie<sup>151</sup> fallen mit dem Tode des Vollziehungsbefugten das diesem zugeschriebene Amt und damit auch die Grundlage für die Vollziehungsbefugnis weg.<sup>152</sup>

Ein anderer Begründungsansatz stellt auf die vermeintliche Höchstpersönlichkeit der Vollziehungsbefugnis ab und führt diese als Argument gegen eine Vererblichkeit an.<sup>153</sup>

Teilweise wird die Vererblichkeit auch mit den Argumenten verneint, dass sie im Gesetz nicht erwähnt werde,<sup>154</sup> dass der Vollziehungsbefugnis kein Vermögenswert zukomme<sup>155</sup> oder dass es an einem entsprechenden Bedürfnis fehle, da weitere Vollziehungsbefugte existierten.<sup>156</sup> Außerdem verstöße sie gegen den Grundsatz der Unübertragbarkeit, Unpfändbarkeit und treuhänderischen Funktion der Vollziehungsbefugnis.<sup>157</sup>

Eine Unterscheidung zwischen der Vollziehungsbefugnis des (Mit-)Erben und der Vollziehungsbefugnis desjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerteren unmittelbar zustattenkommen würde, wie sie eine der differenzierenden Ansichten vornehme, wird teilweise für inkonsequent und dogmatisch unsauber gehalten.<sup>158</sup>

<sup>150</sup> Kohler, ArchBürgR 21 (1902), 259, 261 f.; Schiemann, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1; Preuß, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rn. 329.1; Kroiß, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 13; Burchardi, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 23 f.

<sup>151</sup> S. dazu oben S. 151 f.

<sup>152</sup> Dernburg/Engelmann, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III Fn. 10, S. 250; Kohler, ArchBürgR 21 (1902), 259, 261; ähnlich Burchardi, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 24; Schiemann, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1 (allerdings könne dem Erben des Vollziehungsbefugten unmittelbar nach § 2194 S. 1 BGB ein selbstständiger Vollziehungsanspruch zustehen).

<sup>153</sup> Vorwerk, ZEV 1998, 297, 298; ähnlich Burchardi, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, S. 23; gegen die Unvererblichkeit höchstpersönlicher Rechte Levy, Die gemeinnützige Auflage, 1910, S. 48.

<sup>154</sup> Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl. 1904, § 435 IV, S. 854.

<sup>155</sup> Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl. 1904, § 435 IV, S. 854; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VI a), S. 741 f.; Vorwerk, ZEV 1998, 297, 298; Preuß, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rn. 329.1.

<sup>156</sup> Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 6, S. 506 Fn. 39; Burchardi, Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, 1911, § 15, S. 23 f.; Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 18.

<sup>157</sup> Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 18; Vorwerk, ZEV 1998, 297, 298; Kroiß, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 13.

<sup>158</sup> Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 18.

### *b) Stellungnahme*

Der Vollziehungsanspruch ist vererblich, wenn er nach § 1922 BGB der Universalsukzession unterliegen kann. Nach § 1922 BGB ist das „Vermögen“ Gegenstand der Erbschaft. Im Grundsatz sind danach vermögensrechtliche Rechtsverhältnisse vererblich, nicht dem Vermögensbereich zuzuordnende Rechtsverhältnisse dagegen unvererblich.<sup>159</sup> Wie dieser Vermögensbereich zu definieren ist und welche Rechtsverhältnisse darunterfallen, ist im Einzelnen umstritten.<sup>160</sup>

Aus der Unübertragbarkeit unter Lebenden kann dabei nicht zwingend die Unvererblichkeit geschlossen werden, diesem Umstand kommt lediglich eine Indizwirkung zu.<sup>161</sup> Für die Beantwortung der Frage nach seiner Vererblichkeit ist die Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis von zentraler Bedeutung. Wie dargestellt, handelt es sich um eine (fremdnützige) Befugnis, deren Inhaberschaft von der Inhaberschaft des Substanzrechts, dessen Verwirklichung sie dient, abgetrennt ist.

Die Trennung der Inhaberschaft von Schutzrecht und Substanzrecht steht einer Vererblichkeit des Schutzrechts nicht schon von vornherein entgegen. Grundsätzlich gehen mit dem Erbfall die Substanzrechte und nicht lediglich einzelne diesen entstehende Ansprüche auf den Erben über:<sup>162</sup> Der Erbe erwirbt von dem Erblasser das Eigentum und nicht nur einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, die Forderung und nicht nur einen Erfüllungsanspruch. Die Entstehung rechtsverwirklichender Ansprüche setzt nach hier vertretener Auffassung eine Verletzung des Substanzrechts voraus. Ist eine Verletzung bereits vor dem Erbfall erfolgt, geht der bereits entstandene Anspruch gemeinsam mit dem zugehörigen Substanzrecht auf den Erben über. Begründet der entstandene Anspruch, weil er nicht bloß auf Verwirklichung des Substanzrechts gerichtet ist, sondern z. B. als Schadensersatzanspruch Grundlage einer (weiteren) Vermögensverschiebung ist, ein neues und eigenständiges Substanzrecht, geht er gemeinsam mit dem Substanzrecht auf den Erben über. Ist das Substanzrecht aber noch in einem unverletzten Zustand, geht es als solches (z. B. das Eigentum an einer Sache im Besitz des Erblassers) ohne bereits entstandene Schutzrechte auf den Erben über. Dies schließt jedoch zugleich den (isolierten)

<sup>159</sup> S. nur *Leipold*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 19.

<sup>160</sup> Vgl. *Kunz*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 1922 Rn. 64 ff. („elastischer Vermögensbegriff“, Geldwert einer Rechtsposition zumindest als wichtiges Indiz für die Vererblichkeit); ähnlich *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rn. 24; dagegen *Leipold*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 20, der dem Geldwert einer Rechtsstellung eine gewichtigere Bedeutung zuschreibt: Geldwerte Rechte sollen stets dem Vermögen unterfallen, aber auch Rechtspositionen, die zwar keinen Geldwert verfügen, aber typischerweise dem Vermögensbereich zuzuordnen sind wie das Eigentum an einer wertlosen Sache oder die Forderung auf eine Leistung ohne Geldwert, seien vererblich.

<sup>161</sup> *Leipold*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 19; *Preuß*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rn. 165; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rn. 24; *Kunz*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 1922 Rn. 73.

<sup>162</sup> S. dazu eingehend *Kunz*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 1922 Rn. 78 ff. („Übergang des Rechtsverhältnisses oder Rechtsbündels“, verstanden als ein Rechts- und Pflichtenbündel).

Übergang einzelner Ansprüche aus einem Substanzrecht, das von der Universal-sukzession ausgenommen ist, auf den Erben nicht aus.<sup>163</sup>

Auf den ersten Blick drängt sich eine Parallele zum echten Vertrag zugunsten Dritter auf. So gilt der Anspruch des Versprechensempfängers, der diesem nach § 335 BGB im Zweifel zusteht, als vererblich.<sup>164</sup> Dies lässt sich jedoch bei genauerer Betrachtung nicht auf die Vollziehungsbefugnis übertragen: Es handelt sich bei diesem Anspruch, auch wenn er verbreitet als reiner „Hilfsanspruch“<sup>165</sup> oder „Sonderfall eines akzessorischen Rechts“<sup>166</sup> bezeichnet wird, um kein von dem Substanzrecht separiertes Schutzrecht. Denn nach herrschender Meinung besteht zwischen dem berechtigten Dritten und dem Versprechensempfänger eine besondere Form der Forderungsmehrheit, sodass dem Versprechensempfänger ein eigenes Forderungsrecht<sup>167</sup> und nicht nur das Schutzinstrument eines fremden Forderungs-rechts zusteht.

Zur Bestimmung, ob eine Rechtsstellung vererblich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur entsprechend der Vorgabe des § 1922 BGB abgegrenzt zwischen vererblichen rein vermögensrechtlichen, geldwerten Rechtsstellungen einerseits und tendenziell unvererblichen personenbezogenen Rechtsstellungen andererseits. Die Personenbezogenheit einer Rechtsstellung könne sich aus der „Höchstpersönlichkeit“<sup>168</sup> oder einem besonderen „Vertrauensverhältnis“ ergeben. Je enger die Rechtsstellung aufgrund dieser Merkmale mit der Person des Erblassers verbunden ist, umso eher sei ihre Unvererblichkeit anzunehmen.<sup>169</sup>

Bei der Bewertung der Vererblichkeit eines isolierten Schutzrechts ist zu be-rücksichtigen, dass dieses sich nicht als beziehungslos und vollkommen unabhängig von dem Substanzrecht, dem es entspringt, darstellt.<sup>170</sup> Die Vollziehungsbefugnis

---

<sup>163</sup> *Kunz*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1922 Rn. 81.

<sup>164</sup> *Bayer*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 335 Rn. 2; *Klumpp*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 335 Rn. 10; *Schinkels*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 335 Rn. 9.

<sup>165</sup> *Klumpp*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 335 Rn. 14; *Bayer*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 335 Rn. 2; *Mäsch*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.07.2024, § 335 Rn. 5.

<sup>166</sup> *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 303; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 335 Rn. 1.

<sup>167</sup> *Schinkels*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 335 Rn. 5; *Bayer*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 335 Rn. 1; *Klumpp*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 335 Rn. 2; a. A.: *Hadding*, in: *Soergel*, 13. Aufl. 2010, § 335 Rn. 11 (Ermächtigung des Versprechensempfängers, das Recht des Dritten in Prozessstandschaft geltend zu machen) und *Rimmlspacher*, Materiell-rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 122 f. (Schutzanspruch des Versprechensempfängers ohne eigene Rechtsposition).

<sup>168</sup> Nach *Dietzel*, Untergang statt Fortbestand, 1991, S. 9 f. erschöpft sich der Aussagege-halt des Begriffs der Höchstpersönlichkeit in einer erläuternden Umschreibung des Begriffs der „Unvererblichkeit“.

<sup>169</sup> *Kunz*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1922 Rn. 75.

<sup>170</sup> *Kunz*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1922 Rn. 81 („Bei der Frage, ob ein Anspruch oder eine Pflicht vererblich sind, ist deshalb mit einzubeziehen, welcher Matrix der in Rede ste-hende Anspruch (oder die Pflicht) entsprungen ist.“).

entfließt als Schutzrecht der Auflagenforderung originär einer Rechtsposition, die nicht dem Erblasser der Vollziehungsbefugnis (dem ursprünglich Vollziehungsbeauftragten) selbst, sondern dem ursprünglichen Erblasser zugewiesen ist. Das Substanzrecht als vermögensrechtliche Rechtsposition ist daher schon überhaupt nicht unmittelbar mit der Person des Erblassers (des ursprünglich Vollziehungsbeauftragten) verbunden.

Die Vollziehungsbefugnis als solche vermittelt ihrem Inhaber keinen Vermögenswert, selbst wenn sie auf Leistung an ihn selbst gerichtet sein sollte.<sup>171</sup> Sie ist nach der zutreffenden herrschenden Ansicht nicht übertragbar oder pfändbar, da sie keine eigenständige Forderung darstellt. Damit vermittelt sie dem Vollziehungsbeauftragten keinen Geldwert. Dies spricht bereits gegen ihre Vererblichkeit. Die Vollziehungsbefugnis ist, wenngleich sie auch nicht als höchstpersönlich in dem Sinne bezeichnet werden kann, dass sie ihrer Natur nach allein ihrem Inhaber zustehen kann, aufgrund ihrer fehlenden Verkehrsfähigkeit eng an die Person des Vollziehungsbeauftragten gebunden.<sup>172</sup> Ist auch die Qualifizierung der Rechtsstellung des Vollziehungsbeauftragten als privates Amt abzulehnen, ist nicht zu erkennen, dass das Gesetz in den Fällen des § 2194 S. 1 Var. 1 u. 2 BGB – bzw. bei gewillkürter Vollziehungsbefugnis der Erblasser – den Vollziehungsbeauftragten aufgrund seines Verhältnisses zum Erblasser für in besonderem Maße geeignet zur Wahrnehmung des Erblasserinteresses erachtet. § 2194 S. 1 BGB knüpft an eine bestimmte Beziehung zum Erblasser oder zum Nachlass an. Diese fehlt den Erbeserben und Erben des Wegfallbegünstigten.<sup>173</sup> Unter diesem Aspekt kann die Vollziehungsbefugnis als eher personenbezogene denn als vermögensrechtliche Rechtsstellung verstanden werden. Vor diesem Hintergrund verwundert auch die Unterscheidung der differenzierenden Ansicht, die ausgerechnet die Vollziehungsbefugnis des Erben und des Miterben für vererblich erachtet. Die Vollziehungsbefugnis dieser Personen ist noch in einem stärkeren Maße als die des Wegfallbegünstigten personenrechtlich geprägt, was nach allgemeinen Grundsätzen tendenziell eher gegen ihre Vererblichkeit spricht. Letztlich bleibt aber festzuhalten, dass schon die Rechtsnatur der Vollziehungsbefugnis, unabhängig davon, ob sie dem Erben, dem Miterben, dem Wegfallbegünstigten oder einer anderen vom Erblasser ausgewählten Person zusteht, einer Zuordnung zu dem Vermögen ihres Inhabers entgegensteht. Die Differenzierung der wohl herrschenden Meinung kann damit, wie auch die Annahme einer generellen Vererblichkeit der Vollziehungsbefugnis nicht überzeugen.

---

<sup>171</sup> Vgl. dazu unten S. 257 f.

<sup>172</sup> Kohler, ArchBürgR 21 (1902), 259, 261 f. bejaht dagegen die Höchstpersönlichkeit des Vollziehungsanspruchs, da er nicht aus einem Forderungsrecht hervorgehe und nicht dem Vermögen des Anspruchsinhabers zugehöre. Eine Rechtsposition ist danach entweder vermögensrechtlich oder höchstpersönlich (eine solche Synonymität der Begriffe Höchstpersönlichkeit und Unvererblichkeit nimmt auch Dietzel an, s. S. 233 Fn. 168). Nach hier vertretener Ansicht liegt der Vollziehungsbefugnis entgegen Kohler ein Forderungsrecht zugrunde, wie zwingend jedem obligatorischen Schutzanspruch ein Substanzrecht entspricht, das aber nicht dem Inhaber der Vollziehungsbefugnis zusteht.

<sup>173</sup> So auch Preuß, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 1922 Rn. 329.1.

Eine andere Wertung könnte sich allenfalls aus einer besonderen Interessenlage ergeben. So könnte das Erblasserinteresse für eine Vererblichkeit der Vollziehungsbefugnis sprechen, damit die Verwirklichung und rechtliche Durchsetzbarkeit der Auflagenforderung dauerhaft gewährleistet sind. Ein solches typisiertes Interesse des Erblassers an der größtmöglichen Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung seiner Anordnung rechtfertigt jedoch, wie bereits dargestellt, schon *inter vivos* nicht die systemfremde Annahme einer Abtretbarkeit der Vollziehungsbefugnis. Zudem dürfte auch ein entsprechendes praktisches Bedürfnis schon nicht bestehen, da es dem Erblasser freisteht, eine Vielzahl an Vollziehungsbefugten zu bestimmen.<sup>174</sup> Mit dem Wegfall des letzten Vollziehungsbefugten ist die Auflage ungeschützt.

#### 4. Schutz vor Vereitelung

Der Vollziehungsbefugte genießt nach der Rechtsprechung Schutz vor Vereinbarungen, die darauf gerichtet sind, die Vollziehung der Auflage unmöglich zu machen. Solche Abreden verstößen nach allgemeiner Ansicht gegen die guten Sitten und sind daher gem. § 138 BGB nichtig. Diese auch im Schrifttum verbreitete Einschätzung geht auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1993 zurück.

##### a) Sittenwidrigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine Vereinbarung zwischen dem Auflagenbeschwerteten und einem Dritten, deren Zweck darin besteht, den Anspruch auf Vollziehung der Auflage zu vereiteln, gem. § 138 BGB nichtig sein kann.<sup>175</sup>

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die beklagten Erben waren aufgrund einer Auflage dazu verpflichtet, ein Grundstück aus dem Nachlass an eine von einem der Erben zu bestimmende gemeinnützige Organisation zu übertragen. Die Erbengemeinschaft übereignete das Grundstück an eine von diesem Erben selbst gegründete Gesellschaft. Der Grundstückskaufvertrag sah vor, dass der Vertrag wirkungslos werde, sollte sich die Bestimmung der Auflagenbegünstigten vor Gericht als unwirksam erweisen. Nachdem es über die Zulässigkeit der Bestimmung der Gesellschaft als Auflagenbegünstigte zu einem Rechtsstreit mit dem Land gekommen war, vereinbarten die Erben mit der Gesellschaft, dass die Grundstücksübertragung auch dann wirksam bleibe, wenn ein anderer Auflagenbegünstigter bestimmt werde und die Erben zur Übereignung des Grundstücks an diesen verurteilt werden. Der Bundesgerichtshof erkannte, dass diese Abrede allein den Zweck hatte, in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken die Durchsetzung

---

<sup>174</sup> S. dazu unten S. 264 f.

<sup>175</sup> BGH, Urt. v. 24.02.1993 – IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357, NJW 1993, 2168, 2171; zustimmend: Nobis, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 10; Schewe, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 233; Magnus, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2196 Rn. 2; Schäckel, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 7.

des Klageziels und damit den Vollziehungsanspruch von vornherein unmöglich zu machen. Dies verstöße gegen die guten Sitten, sodass die Vereinbarung gem. § 138 BGB nichtig sei.

Der Bundesgerichtshof vergleicht die streitige Vereinbarung mit Abreden, die der Vereitelung einer Vermächtnisforderung dienen, und stellt einen Zusammenhang zur Fallgruppe der Beteiligung Dritter am Vertragsbruch einer Vertragspartei her.<sup>176</sup> Beteiligt sich ein außenstehender Dritter an dem Vertragsbruch einer Vertragspartei, kann dies bei Vorliegen besonderer Umstände, wie z.B. dem Verleiten der Vertragspartei zum Vertragsbruch durch den Dritten, dem Freistellen von Ersatzansprüchen oder anderweitigem planmäßigen Zusammenwirken zwischen dem Dritten und der vertragsbrüchigen Partei, eine sittenwidrige Schädigung des Dritten gegenüber der anderen Vertragspartei darstellen und eine Schadensersatzforderung nach § 826 BGB begründen.<sup>177</sup> Diesen Grundsatz wendet der Bundesgerichtshof auch auf die Vereitelung einer Vermächtnisforderung durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eines Dritten mit dem Vermächtnisbeschwertan an.<sup>178</sup> Die Verletzung einer durch den Erblasser dem Vermächtnisbeschwertan auferlegten einseitigen Leistungspflicht sei nicht anders zu behandeln als die Verletzung einer aus einem schuldrechtlichen Vertrag resultierenden Leistungspflicht.

Die Gleichsetzung der Vereitelung einer Vermächtnisforderung und einer Vertragsforderung überzeugt. In beiden Fällen greift ein Dritter in eine schuldrechtliche Sonderverbindung ein und vereiltet in Zusammenwirken mit einer Partei die Verwirklichung des Forderungsrechts der anderen Partei. Der Bundesgerichtshof erweiterte in seiner oben genannten Entscheidung diese Fallgruppe um die Vereitelung der Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB. Dass diese Befugnis fremdnütziger Natur sei, der Auflagenbegünstigte selbst keinen Anspruch auf die Leistung habe und die Haftung bei schuldhaftem Unmöglichwerden der Auflage sich nicht nach § 280 BGB, sondern nach § 2196 BGB richte, mindere nicht die Anstößigkeit der Verabredung.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> BGH, Urt. v. 01.04.1992 – IV ZR 332/90, NJW 1992, 2152.

<sup>177</sup> BGH, Urt. v. 24.02.1954 – II ZR 3/53, BGHZ 12, 308, 317 f.; RG, Urt. v. 25.11.1911 – VI 66/11, RGZ 78, 14, 17 f.; RG, Urt. v. 30.10.1913 – VII 185/13, RGZ 83, 237, 240; RG, Urt. v. 23.01.1922 – VI 481/21, RGZ 103, 419, 421; BGH, Urt. v. 24.02.1954 – II ZR 3/53, BGHZ 12, 308, 317 f.; BGH, Urt. v. 19.02.1979 – II ZR 186/77, NJW 1979, 1704; *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2021, § 138 Rn. 507; s. dazu auch *Sosnitza*, WRP 2009, 373, 374 ff.

<sup>178</sup> BGH, Urt. v. 01.04.1992 – IV ZR 332/90, NJW 1992, 2152.

<sup>179</sup> Der BGH betont zudem, dass die Vereinbarung nach Entstehen des Rechtsstreits abgeschlossen wurde, also darauf gerichtet war, die Durchsetzung des Klageziels unmöglich zu machen. Dieser Umstand dürfte jedoch für die Bewertung der Sittenwidrigkeit nicht entscheidend sein. Die Vereitelung einer Forderung stellt unter den genannten Umständen einen Verstoß gegen die guten Sitten dar, unabhängig vom Zeitpunkt, zu dem eine entsprechende Abrede getroffen wird.

*b) Stellungnahme*

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist im Ergebnis zuzustimmen. Eine Abrede, deren ausschließliches Ziel die Vereitelung der Vollziehung einer Auflage darstellt, verstößt gegen die guten Sitten.

Zunächst ist festzuhalten, dass die mittelbare Beeinträchtigung der Position des Begünstigten durch die Vereitelung des Vollziehungsanspruchs für das Verdikt der Sittenwidrigkeit einer solchen Abrede unbeachtlich ist. Eine Vereinbarung, die die Vollziehungsbefugnis bereitelt, beseitigt die Vollziehbarkeit der Auflage, sodass sie die Hoffnung des Begünstigten auf den Erhalt der Leistung schmälert. Anders als ein Vermächtnisnehmer hat der Begünstigte jedoch gem. § 1940 BGB kein Recht auf die Leistung. Die Verabredung beeinträchtigt daher keine schuldrechtliche Rechtsposition des Begünstigten. Allein der Verlust einer unsicheren Expektanz ist im Rahmen des § 138 BGB ohne Bedeutung. Die Perspektive des Begünstigten ist also für die Bewertung der Sittenwidrigkeit ohne Bedeutung.

Die Sittenwidrigkeit ergibt sich auch nicht schon aus dem Umstand, dass der Vollziehungsbefugte seinen Anspruch aus § 2194 S. 1 BGB nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann. Der Vollziehungsanspruch ist für den Vollziehungsbefugten ohne jeden wirtschaftlichen oder ideellen Wert, er stellt ein rein fremdnütziges Instrument zur Verwirklichung eines dem Erblasser zugewiesenen Substanzrechts dar. Der Vollziehungsbefugte hat kein schutzwürdiges genuin eigenes Interesse an der Vollziehung der Auflage, die Inhaberschaft des Vollziehungsanspruchs bringt ihm keinen rechtlich beachtenswerten Vorteil.<sup>180</sup> Auch die Perspektive des Vollziehungsbefugten ist daher isoliert betrachtet grundsätzlich nicht zur Begründung der Sittenwidrigkeit geeignet.

Auch in den von der Rechtsprechung anerkannten Konstellationen der Anspruchsvereitelung ist nicht die Vereitelung des Anspruchs selbst, sondern erst die Vereitelung der Möglichkeit der Forderungsverwirklichung der die Sittenwidrigkeit auslösende Umstand. Verleitet ein Dritter den Verkäufer einer Sache zum Vertragsbruch, stellt sich nicht die Vereitelung des Anspruchs auf Übergabe und Übereignung, den der Käufer geltend machen kann, wenn diese trotz Fälligkeit nicht erfolgen, sondern die Vereitelung des Rechts des Käufers auf Besitz und Eigentum an der Sache als Verstoß gegen die guten Sitten dar. Die Sittenwidrigkeit der Vereitelung eines Anspruchs eines Dritten begründet die Rechtsprechung teilweise damit, dass dadurch zum Nachteil eines Dritten gehandelt und dessen Schaden billigend in Kauf genommen werde,<sup>181</sup> teilweise wird auch allein darauf abgestellt, dass ein schuld-

<sup>180</sup> Die faktisch bestehenden Möglichkeiten, von dem Begünstigten eine Gegenleistung für die Geltendmachung des Anspruchs oder von dem Beschweren eine Gegenleistung für die Nichtgeltendmachung des Anspruchs zu verlangen, können außer Betracht bleiben. Ein solches Verhalten steht – ungeachtet etwaiger strafrechtlicher Relevanz und seiner Sittenwidrigkeit (s. oben S. 206) – nicht im Einklang mit der dem Vollziehungsbefugten eingeräumten Rechtsstellung.

<sup>181</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 25.01.1973 – II ZR 139/71, NJW 1973, 465, 466.

rechtliches Recht eines Dritten vereitelt werde.<sup>182</sup> Der Vollziehungsbefugte hat nach § 1940 BGB gerade kein Recht auf die Leistung, das vereitelt werden könnte.

Zur Begründung der Sittenwidrigkeit einer Abrede, die die Vollziehung einer Auflage vereitelt, ist es daher notwendig, auf das Substanzrecht der Auflage abzustellen. Die Inhaberschaft eines solchen schließt § 1940 BGB für den Begünstigten und den Vollziehungsbefugten aus. Eine solche Abrede vereitelt aber das dem Erblasser zugewiesene Recht an der Auflage. Dies macht ihre Sittenwidrigkeit aus. Aus dem Abstellen auf die Perspektive des Erblassers ergibt sich, dass auch die Vereitelung der Vollziehung einer Auflage, die niemanden begünstigt, sittenwidrig ist. Die Perspektive des Begünstigten ist für die Bewertung der Sittenwidrigkeit irrelevant, sodass sein Fehlen diesbezüglich ohne Einfluss bleibt.

## 5. Zusammenfassung

§ 2194 S. 1 BGB hat das Recht, die Vollziehung der Auflage verlangen zu können, zum Gegenstand. Dem Vollziehungsbefugten werden damit mehrere Einzelbefugnisse verliehen. Ihm stehen sämtliche gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsbehelfe, die der Verwirklichung des Forderungsrechts des Erblassers dienen, zu.

Er kann danach (i) die Vollziehung kommunikativ geltend machen und an den Beschwerden herantreten, um die Leistung zu verlangen. Er ist insoweit berechtigt, den Beschwerden an seine Pflicht zu erinnern, ihn zur Leistungserbringung aufzufordern und zu mahnen. Er ist (ii) befugt, die Selbsthilferechte geltend zu machen. Darunter fällt das Recht, einem Anspruch des beschwerten Vermächtnisnehmers auf Erfüllung der Zuwendung des Erblassers die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegen zu halten. Er kann (iii) die Aufrechnung mit Nachlassverbindlichkeiten erklären. Ihm steht (iv) das Recht zu, den Beschwerden auf Vollziehung zu verklagen. Schließlich kann er (v) die erforderlichen Vollstreckungsmaßnahmen einleiten. Begleitend ist ihm (vi) der allgemeine negatorische Schutz des Substanzrechts mit den entsprechenden Rechtsbehelfen zugeordnet und kann er (vii) den allgemeinen Auskunftsanspruch geltend machen, soweit dies zur Verwirklichung der Auflagenforderung erforderlich ist.

Diese Befugnisse sind dem Vollziehungsbefugten zur fremdnützigen Ausübung verliehen. Grundlage der Befugnisse ist die Rechtsposition des Forderungsrechts des Erblassers. Rechte, die nicht der Verwirklichung des Forderungsrechts des Erblassers dienen, stehen dem Vollziehungsbefugten nicht zu. So kann der Vollziehungsbefugte zwar auf die Vollziehungsbefugnis verzichten, er kann sie aber weder verpfänden noch unter Lebenden oder letztwillig übertragen. Eine Aufrechnung gegen ihn gerichtete Forderungen ist ebenfalls nicht möglich.

---

<sup>182</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.05.1990 – IV ZR 55/89.

## II. Rechtsstellung des Begünstigten

### 1. Rechtliches *nullum*

Hinsichtlich der Befugnisse des Begünstigten ergeben sich aus dem hier vertretenen Verständnis der Auflage keine Besonderheiten.

Dem Begünstigten steht keine wie auch immer geartete eigene Rechtsposition zu. Dies ergibt sich aus § 1940 BGB.<sup>183</sup> Insbesondere steht ihm keine Wertposition und auch keine Einforderungsbefugnis zu. Das heißt, er kann den Beschwertern nicht rechtmäßig zur Erbringung der Auflagenleistung an ihn anhalten oder auffordern. Damit entfallen auch alle weiteren gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsbehelfe. Unbestritten steht dem Begünstigten kein Klagerrecht zu.

Der Auflagenbegünstigte erhält mangels eigener Rechtsstellung auch keine letztwillige Zuwendung.<sup>184</sup> Dies hat zur Folge, dass der Auflagenbegünstigte im Gegensatz zu einem Vermächtnisnehmer (§ 2307 BGB) nicht etwa die Auflage ausschlagen müsste, um den Pflichtteil verlangen zu können, sondern ihm der un gekürzte Pflichtteil<sup>185</sup> zusteht,<sup>186</sup> und eine Auflagenunwürdigkeit nicht in Betracht kommt.<sup>187</sup> Zudem wird vertreten, auch der Notar oder der Dolmetscher könnten Auflagenbegünstigte sein, da ihnen kein rechtlicher Vorteil i.S.d. § 7 BeurkG zugewendet wird.<sup>188</sup> Eine Annahme oder Ausschlagung kann der Begünstigte nicht rechtswirksam vornehmen.<sup>189</sup>

<sup>183</sup> So auch *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 2, S. 502; *Johannsen*, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, Vor § 2192 Rn. 1.

<sup>184</sup> *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 195; kritisch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 1, S. 652.

<sup>185</sup> Im Übrigen gilt hinsichtlich der Berechnung der Höhe eines Pflichtteilsanspruchs, dass Auflagen – wie auch Vermächtnisse – im Rahmen des § 2311 Abs. 1 BGB nicht zu berücksichtigen sind, BGH, Urt. v. 26.05.2021 – IV ZR 174/20, NJW 2021, 2115, 2116 f.; BGH, Urt. v. 16.09.1987 – IvaZR 97/86, NJW 1988, 136, 137. Denn für das Pflichtteilsrecht sind nur die Nachlassverbindlichkeiten relevant, die auch den gesetzlichen Erben trafen. Dem Erblasser soll es verwehrt sein, den Pflichtteilsanspruch durch Vermächtnisanordnungen oder Auflagen zu schmälern oder auszuhöhlen.

<sup>186</sup> *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 195; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 1, S. 652 Fn. 1.

<sup>187</sup> *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 195; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 1, S. 652 Fn. 1; *Zimmermann*, ZEV 2024, 444, 446.

<sup>188</sup> So *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 195; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 1, S. 652 Fn. 3. Als rechtlicher Vorteil gilt jede Verbesserung der Rechtsposition durch Einräumung vorher nicht bestehender Rechte oder die Verminderung bestehender Verpflichtungen, BGH, Beschl. v. 10.10.2012 – IV ZB 14/12, ZEV 2012, 657; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.07.2013 – I-7 U 170/12, ZEV 2014, 102, 103. Dem Begünstigten wird mit der Auflage zwar keine Rechtsposition eingeräumt. Der Normzweck, die Unparteilichkeit des Notars sicherzustellen (s. *Litzenburger*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 7 BeurkG Vor Rn. 1), kann jedoch für eine extensive Auslegung des Begriffs sprechen, die auch den Rechtsreflex der Begünstigung erfasst.

Der Begünstigte kann mangels Verfügungsbefugnis dem Beschwerten die Verpflichtung aus der Auflage nicht erlassen oder einen Verzicht mit dem Beschwerten vereinbaren.<sup>190</sup> In der Praxis bleibt dem Begünstigten allerdings die Möglichkeit, die Annahme der Zuwendung zu verweigern und so im Übrigen ggf. die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage nach § 275 Abs. 1 BGB herbeizuführen, wenn ein anderer Destinatär nach der Auslegung der Erblasseranordnung nicht in Betracht kommt.<sup>191</sup> Der Begünstigte kann auf diese Weise mittelbar zwar den Wegfall der Verpflichtung des Beschwerten erreichen. Dies beruht allerdings auf dem Grundsatz, dass sich niemand eine Bereicherung aufdrängen lassen muss, und nicht auf einer ihm durch die Auflage verliehenen Rechtsmacht. Entsprechend kann er die Begünstigung auch nicht abtreten oder verpfänden.<sup>192</sup> Spiegelbildlich treffen den Begünstigten auch keine Mitwirkungspflichten bei der Erfüllung der Auflage durch den Beschwerten.

---

<sup>189</sup> § 2192 BGB verweist nicht auf § 2180 BGB. Dennoch werden teilweise die Annahme und Ausschlagung durch den Begünstigten für zulässig erachtet, s. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 1 c), S. 659 Fn. 1. Verbreitet wird in Hinblick auf § 2271 Abs. 2 S. 1 HS 2 BGB ein Bedürfnis für eine Ausschlagungsmöglichkeit angenommen, um dem überlebenden auflagenbegünstigten Ehegatten eine Lösung von der Bindung zu ermöglichen, da er anderenfalls gegenüber einem Vermächtnisnehmer schlechter gestellt sei, so etwa *Musielak*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2271 Rn. 21; *Braun*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.10.2024, § 2271 Rn. 74; *Litzenburger*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2271 Rn. 40 (Verzicht ausreichend); grundsätzlich auch *Raff*, in: *Staudinger*, BGB, 2022, § 2271 Rn. 75; *Braun/Schuhmann*, in: *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2271 Rn. 46; a.A.: *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 198, der *de lege lata* eine Anwendung des § 2180 BGB ablehnt und auch einen Verzicht für nicht ausreichend erachtet und eine analoge Anwendung des § 333 BGB ablehnt. Richtigerweise dürfte die Auflagebegünstigung jedoch schon nicht als Zuwendung im Sinne der §§ 2270, 2271 BGB verstanden werden, sodass zumindest die Vermutungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB auf den Auflagenbegünstigten nicht einschlägig ist. Ist dennoch eine Wechselbezüglichkeit anzunehmen, kann § 2271 Abs. 2 S. 1 HS 2 BGB analog auf die endgültige Annahmeverweigerung, die nach § 275 BGB die Unmöglichkeit und damit das Erlöschen der Auflagenpflicht zur Folge hat, angewendet werden. Anders dagegen die herrschende Ansicht, s. *Musielak*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2270 Rn. 10; *Stürner*, in: *Jauernig*, BGB, 19. Aufl. 2023, § 2270 Rn. 3.

<sup>190</sup> *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 I 1, S. 652 Fn. 1.

<sup>191</sup> *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 7, S. 508 Fn. 59; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 V d), S. 740; *Flad*, in: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 4. Aufl. 1930, § 2196 Rn. 1.

<sup>192</sup> A.A.: *Riedel*, Abtretung und Verpfändung, 1982, S. 503 f. (mit Fn. 104). Die entsprechenden Ausführungen *Riedels* sind unklar. Er geht zwar einerseits davon aus, dass die Auflage keine Zuwendung darstellt und damit auch kein Bedachter existiert. Andererseits billigt er dem Begünstigten wohl die Rechtsposition des Inhabers einer Naturalobligation zu: Er habe zwar keinen „Rechtsanspruch“ (gemeint ist wohl ein Ausschluss der Klagbarkeit) auf die Leistung, dennoch könne er seinen „Anspruch“ abtreten und verpfänden, da dies für erfüllbare Ansprüche, „auf die aber kein Rechtsanspruch“ bestehé, möglich sei und auch die schwache Position des Begünstigten nicht dagegenspreche. Schließlich führt *Riedel* die angebliche Natur des Vollziehungsanspruchs als Forderungsrecht zur Begründung der Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des „Anspruch[s] des Begünstigten“ an.

Auch hinsichtlich der bereicherungsrechtlichen Leistungsbeziehungen verleiht ihm das Gesetz keine eigenständige Rechtsposition.<sup>193</sup> Steht ihm vor Vollziehung der Auflage kein Recht auf die Leistung zu, so hat er auch nach Vollziehung der Auflagenleistung und Erhalt der Zuwendung in Form des Auflagengegenstandes kein Behaltensrecht. Seine Rechtsposition ist daher in Bezug auf die Auflage als rechtliches *nullum* zu umschreiben. Dementsprechend ist die Stellung als Begünstigter einer Auflage als solche auch nicht vererblich. Allenfalls die Auslegung der Auflage selbst kann ergeben, dass im Falle des Versterbens des Begünstigten dessen Rechtsnachfolger begünstigt sein soll.

## 2. Bereicherungsrechtliche Leistungsbeziehungen

Bisher, wohl auch mangels praktischer Bedeutung, weitgehend ungeklärt sind die bereicherungsrechtlichen Verhältnisse zwischen den Beteiligten. Dies ist in Anbetracht der Ermangelung einer systematischen Erfassung der Auflage nicht verwunderlich, sind die Beziehungen zwischen den an der Auflage Beteiligten für die Bestimmung der bereicherungsrechtlichen Leistungsverhältnisse doch elementar.

Der Bundesgerichtshof wies in einer Entscheidung zu einem Sachverhalt, in dem sich die Bestimmung des Begünstigten nach § 2193 BGB durch den Beschwertern als möglicherweise fehlerhaft herausgestellt hat, darauf hin, dass die in Erfüllung der Auflage erfolgte Übereignung einer Sache u. a. mittels eines Anspruchs aus „§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB“ rückabgewickelt werden könne.<sup>194</sup> Eine nähere Spezifizierung der einschlägigen Kondiktionsart nahm das Gericht dabei nicht vor.

Im Schrifttum findet sich verbreitet der Hinweis, die Auflage verschaffe dem Begünstigten einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Leistung, sodass sich seine Rechtsposition nicht als ein rechtliches *nullum* darstelle.<sup>195</sup> Der Begünstigte einer Auflage erwerbe nicht rechtsgrundlos, sondern mit einer *causa*.<sup>196</sup>

Diese Einschätzung lässt sich nicht mit der Rechtsposition des Begünstigten vor Erfüllung der Auflagenpflicht vereinbaren. Zu diesem Zeitpunkt steht dem Begünstigten gerade kein Recht auf die Leistung zu, die Begünstigung ist ein reiner Rechtsreflex der Pflicht des Beschwertern. Einen Rechtsgrund vermittelt in obligatorischen Leistungsbeziehungen die Forderung.<sup>197</sup> Eine in Erfüllung der Auflagenpflicht an den Begünstigten erfolgte Zuwendung stellt keine Leistung des Be-

<sup>193</sup> S. dazu sogleich.

<sup>194</sup> BGH, Urt. v. 24.02.1993 – IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357.

<sup>195</sup> Schewe, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 233; Muscheler, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 152; Linnartz, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 2192 Rn. 13; Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2192 Rn. 10; Müller-Christmann, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2192 Rn. 11.

<sup>196</sup> S. dazu die Nachweise oben S. 146 f.

<sup>197</sup> Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 139; Schwab, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 429; vgl. auch Kohler, ZfPW 2017, 404, 425.

schwerten an den Begünstigten dar.<sup>198</sup> Der Begünstigte hat kein Recht auf die Leistung, der Beschwerde wendet demnach auch nicht zur Erfüllung eines Rechts des Begünstigten auf die Leistung diesem den Auflagengegenstand zu. Er handelt vielmehr zur Erfüllung seiner gegenüber dem Erblasser bestehenden Pflicht. Eine Leistungsbeziehung besteht damit nur zwischen dem Beschwerden und dem Erblasser als Inhaber der Forderung.

Erbringt der Beschwerde eine Zuwendung an den Begünstigten und ist die Auflage nichtig, stellen sich die bereicherungsrechtlichen Leistungsbeziehungen vergleichbar der Lage bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter dar. Bei diesem weist der Versprechensempfänger den Versprechenden an, eine Zuwendung an den – nicht selbst berechtigten – Dritten als Anweisungsempfänger zu erbringen.<sup>199</sup> Zur Rückabwicklung wird auf die für Anweisungsfälle entwickelten bereicherungsrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen.<sup>200</sup>

Der Beschwerde einer Auflage wird vom Erblasser dazu angewiesen, zur Erfüllung der Forderung des Erblassers gegen den Beschwerden eine Zuwendung an den – nicht selbst berechtigten – Begünstigten zu erbringen. Die Stellung des Beschwerden ist mit der des angewiesenen Versprechenden, die Stellung des Erblassers mit der des anweisenden Versprechensempfängers zu vergleichen. Ist die Auflage nichtig, stellt sich auch die Anweisung des Erblassers als unwirksam dar. Es besteht dann zwischen dem vermeintlich Beschwerden und dem Erblasser keine Leistungsbeziehung. Der bereicherungsrechtlich einzig relevante Umstand ist in diesem Fall die Zuwendung des vermeintlich Beschwerden an den vermeintlich Begünstigten. Der vermeintlich Beschwerde erbringt mit dieser eine Aufwendung zugunsten des vermeintlich Begünstigten, ohne dass diesem ein Recht auf diese Aufwendung zusteünde. Der vermeintlich Beschwerde kann in diesem Fall von dem vermeintlich Begünstigten das infolge der Zuwendung Erlangte mit der Nichtleistungskondiktion in Form der Aufwendungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB herausverlangen.<sup>201</sup> Dem steht die Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion gegenüber der Leistungskondiktion bzw. das Verdikt der Versionsklage<sup>202</sup> nicht entgegen. Der vermeintlich Beschwerde wollte zwar eine Leistung an den Erblasser erbringen, mangels

<sup>198</sup> Anders wohl *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2192 Rn. 11 („Auch wenn der Begünstigte keinen Anspruch hat, ist die vom Beschwerden an ihn erbrachte Leistung nicht ohne Rechtsgrund erfolgt und daher nicht kondizierbar.“ [Hervorhebung nicht im Original]).

<sup>199</sup> *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 330 f.

<sup>200</sup> *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 331; *Lorenz*, in: *Staudinger*, BGB, 2007, § 812 Rn. 38; vgl. auch *Wendehorst*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 812 Rn. 181; *Raab*, Austauschverträge mit Drittbe teiligung, 1999, S. 171.

<sup>201</sup> Vgl. zur Anweisung BGH, Urt. v. 31.05.1994 – VI ZR 12/94, NJW 1994, 2357, 2358; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 309.

<sup>202</sup> S. näher *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 255 ff.

wirksamer Anweisung konnte er eine solche aber nicht bewirken.<sup>203</sup> Der vermeintlich Begünstigte ist aufgrund der Unentgeltlichkeit seines Erwerbs auch nicht schutzwürdig.

Ist die Auflage dagegen wirksam, erbringt der Beschwerde mit seiner Zuwendung an den Begünstigten keine Leistung an diesen, sondern er erfüllt infolge der wirksamen Anweisung des Erblassers die dem Erblasser gegen ihn zugewiesene Forderung. Allein in dem Verhältnis zwischen dem Beschwerden und dem Erblasser besteht damit eine Leistungsbeziehung. Eine Leistungskondiktion des Beschwerden gegen den Begünstigten ist daher ausgeschlossen. Der Nichtleistungskondiktion steht bei einer wirksamen Auflage der Vorrang der Leistungsbeziehung bzw. das Verdikt der Versionsklage entgegen. Da bei einer wirksamen Auflage sowohl ein wirksamer Rechtsgrund als auch eine wirksame Anweisung vorliegen, ist jede Kondiktion der Zuwendung in diesem Fall ausgeschlossen.

Eine wirksame Auflage bildet somit den Rechtsgrund für die Güterverschiebung. Gleichwohl beeinflusst sie die Rechtsposition des Begünstigten lediglich mittelbar, sodass die in der Literatur verbreitete Formulierung, die Auflage begründe für den Begünstigten einen Rechtsgrund zum Behalten der Zuwendung, zumindest unpräzise ist. Da sie zu der Fehlannahme verleitet, die Auflage verschaffe dem Begünstigten entgegen § 1940 BGB eine eigene Rechtsposition, die über die reine Expektanz einer Zuwendung hinausgeht, sollte sie vermieden werden. Will der Beschwerde die Nichtigkeit der Auflage geltend machen und seine an den Begünstigten erbrachte Zuwendung herausverlangen, ist die Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB die einschlägige Anspruchsgeschuldslage.

### **III. Rechtsstellung des Inhabers des Anspruchs aus § 2196 BGB**

#### **1. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 2196 BGB**

Im Schrifttum ist der Anspruch aus § 2196 BGB teilweise für ein Surrogat der Vollziehungsbefugnis gehalten worden, zwischen beiden Ansprüchen bestehe eine „Identität“. Es handele sich bei § 2196 BGB demnach um keinen selbstständigen Anspruch, sondern letztlich ebenso wie bei § 2194 BGB um einen „Anspruch auf zwangsweise Durchsetzung des Vollzugsanspruches durch Abnahme der Bereicherung“.<sup>204</sup> Dies ergebe sich daraus, dass in den Fällen von § 2194 BGB und § 2196 BGB die Parteien dieselben seien und der Gegenstand inhaltlich übereinstimme. Die vom Beschwerden zu vertretende Unmöglichkeit bzw. die fruchtlose Zwangsvoll-

<sup>203</sup> Vgl. zur Anweisung BGH, Urt. v. 31.05.1994 – VI ZR 12/94, NJW 1994, 2357, 2358; Thomale, Leistung als Freiheit, 2012, S. 309.

<sup>204</sup> von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903, S. 676.

streckung schaffe keinen neuen Anspruch, sondern verleihe dem Anspruch lediglich einen anderen Inhalt.<sup>205</sup>

Dem ist schon entgegen zu halten, dass sich sowohl die Parteien als auch der Gegenstand der beiden Ansprüche sehr wohl unterscheiden. Der Kondiktionsanspruch steht nicht allen Vollziehungsbefugten, sondern lediglich dem Wegfallbegünstigten zu.<sup>206</sup> Er ist gerade nicht wie die Vollziehungsbefugnis auf Vollziehung, d.h. Erfüllung der Auflagenpflicht gerichtet, sondern auf Herausgabe einer Bereicherung. Ein funktional negatorischer, auf Rechtsverwirklichung gerichteter Anspruch und ein funktional bereicherungsrechtlicher, auf Rechtsfortsetzung gerichteter Anspruch sind keine identischen Ansprüche.

Wie die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB stellt auch der Bereicherungsanspruch aus § 2196 BGB ein Schutzinstrument der dem Erblasser zugewiesenen Auflagenforderung dar. Hinsichtlich der Zielrichtung und damit auch der Wirkung und der Eigenschaften unterscheiden sich die beiden Ansprüche allerdings grundlegend. Die Vollziehungsbefugnis ist auf Verwirklichung des Substanzrechts gerichtet, der Bereicherungsanspruch dient dem rechtsfortsetzenden Schutz der Auflagenforderung durch Abschöpfung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Vollziehungsbefugnis begründet damit keine über die Verwirklichung des Substanzrechts hinausgehende Vermögensverschiebung. Der Bereicherungsanspruch des § 2196 BGB trifft hingegen als Reaktion auf eine Verletzung des Zuweisungsgehalts des Substanzrechts eine eigenständige Zuweisungsentscheidung.<sup>207</sup> Der sich infolge der von dem Beschweren zu vertretenden Unmöglichkeit der Auflagenvollziehung als ungerechtfertigt erweisende Vermögensvorteil in Form der mit der Auflage verbundenen Zuwendung kann abgeschöpft werden und wird dem Anspruchsinhaber des § 2196 BGB, d.i. dem Wegfallbegünstigten, zugewiesen. Dem Anspruchsinhaber des § 2196 BGB steht damit ein eigenes Substanzrecht zu.<sup>208</sup> Dieses kann übertragen und verpfändet werden.<sup>209</sup> Es ist vererblich.<sup>210</sup>

Der bereicherungsrechtliche Anspruch wurzelt wie die Vollziehungsbefugnis in dem Substanzrecht des Erblassers. Erfüllt der Beschweren in vorwerbarer Weise die mit der Zuwendung verbundene Auflage nicht, stellt sich seine Bereicherung durch die letztwillige Zuwendung als ungerechtfertigt dar, soweit sie zur Vollziehung der

<sup>205</sup> von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903, S. 676.

<sup>206</sup> S. auch Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 182.

<sup>207</sup> Vgl. auch Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VIII, S. 746.

<sup>208</sup> Im Ergebnis auch Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 184.

<sup>209</sup> Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VIII, S. 746.

<sup>210</sup> Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VIII, S. 746.

Auflage hätte verwendet werden müssen. Der Anspruch aus § 2196 BGB dient der Abschöpfung eines Vermögensvorteils, den der Beschwerde nur erlangt hat, um mit ihm die Auflagenpflicht zu erfüllen.<sup>211</sup> Funktional dient der Bereicherungsanspruch damit dem Schutz der Auflagenforderung, indem er eine Reaktion auf eine Verletzung des Rechts des Erblassers auf die Leistung darstellt.

## 2. Keine Beschwerung des Kondiktionsgläubigers

Teilweise wird unter Berufung auf §§ 2192, 2161 BGB vertreten, der Inhaber des Anspruchs aus § 2196 BGB sei seinerseits zur Erfüllung der Auflage verpflichtet, sofern sie nicht ihrem Sinn nach nur durch den ursprünglich Beschweren persönlich habe erfüllt werden sollen oder die Erfüllung objektiv unmöglich ist.<sup>212</sup>

Dagegen wird zurecht vorgebracht, dass nach der Legaldefinition der Auflage allein ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer mit der Auflage beschwert werden kann.<sup>213</sup> Zudem verkennt die Gegenansicht die Funktion des Bereicherungsanspruchs. Dieser dient allein der Abschöpfung und damit dem Schutz der Auflagenforderung. Eine Pflicht seines Inhabers zur Erfüllung der Auflage lässt sich dagegen nicht begründen.

---

<sup>211</sup> S. dazu die entsprechenden Ausführungen in der Gesetzesbegründung, dargestellt oben S. 78 f. Vgl. auch *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2196 Rn. 1; s. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 15.11.2012 – 16 U 39/12, FamRZ 2013, 1165: Danach kann sich der aus § 2196 BGB in Anspruch genommene Beschwerde auf die Verjährung des Vollziehungsanspruchs nach § 2194 BGB berufen, wenn diese eingetreten ist, bevor die Vollziehung der Auflage unmöglich geworden ist.

<sup>212</sup> *Weidlich*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2196 Rn. 2; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 65 III, S. 365; *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2196 Rn. 6; *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913, § 44 IV 3 Fn. 17, S. 265; *Johannsen*, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, § 2196 Rn. 2; von *Liibtow*, Erbrecht Bd. 1, 1971, S. 396; *Strohal*, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 3. Aufl. 1903, § 38 V, S. 265; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, 1912, § 710 I 8, S. 509 Fn. 68; *Dietz*, Erbrecht, 1949, § 32 IV 3, S. 248; unentschieden dagegen *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 I, 8./9. Aufl. 1919, § 97 VIII b), S. 747, der zwar grundsätzlich einen Übergang der Auflagenpflicht ablehnt, es jedoch für eine „berechtigte Annahme“ hält, ein solcher Übergang entspreche in der Regel dem Erblasserwillen.

<sup>213</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2196 Rn. 6; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2196 Rn. 2; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 8; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2196 Rn. 10, der zudem vorbringt, dass anderenfalls „jeglicher Klageanreiz für den Berechtigten verloren“ ginge; ablehnend auch *Holthofer*, Das Klagerrecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen im B.G.B., 1912, S. 60 mit dem Argument, dass § 2196 BGB eine derartige Verpflichtung des Anspruchsinhabers nicht ausdrücklich beinhaltet.

## IV. Rechtsstellung des Erblassers

Dem Erblasser ist das Substanzrecht der Auflage zugewiesen. Freilich kann er dieses infolge seines Versterbens nicht mehr selbst ausüben. Die Zuweisung einer Rechtsposition an den Erblasser ist allerdings nicht nur zur Erklärung der systematischen Konstruktion des Rechtsinstituts der Auflage und deren Einfügung in das privatrechtliche System von Bedeutung. Aus der Erkenntnis der Zuweisung des Substanzrechts an den Erblasser lassen sich Rückschlüsse auf den Umfang der Befugnisse des Vollziehbefugten und des Begünstigten ziehen.

Das Substanzrecht des Erblassers dient als Grundlage der dem Vollziehbefugten zugewiesenen rechtsverwirklichenden Schutzrechte. Zugleich ist es das Pendant der Leistungspflicht des Beschwerden. Mit der Erfüllung der Auflagenpflicht erbringt der Beschwerde eine Leistung an den Erblasser. Das Substanzrecht des Erblassers dient dabei als Rechtsgrund für die in Erfüllung der Auflage erfolgende Vermögensverschiebung.

## V. Ausschluss des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung

Allgemein anerkannt ist, dass der Beschwerde bei Nichterfüllung der Auflage weder dem Begünstigten noch dem Vollziehbefugten auf Schadensersatz haftet.<sup>214</sup>

Der Ausschluss der Haftung gegenüber dem Vollziehbefugten wird üblicherweise damit begründet, dass die Vollziehbefugnis nicht dem Vermögensinteresse des Vollziehbefugten diene<sup>215</sup> oder dieser keinen Anspruch auf Leistung an sich selbst habe<sup>216</sup> und daher der Eintritt eines Schadens des Vollzie-

<sup>214</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 15; *Linnartz*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 12, 16; *Kregel*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1974, § 1940 Rn. 6, § 2196 Rn. 3; *Grädl*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 16; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 10; *Fischinger*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 1940 Rn. 2; *Zimmer*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 1940 Rn. 2; *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, Rn. 510, S. 339; *Qiang*, ZVglRWiss 2017, 485, 517; *Dernburg/Engelmann*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, § 87 III, S. 251; *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 169.

<sup>215</sup> So *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 15; *Kroiß*, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 14, der zudem auf den treuhänderischen Charakter des Vollziehungsanspruchs abstellt.

<sup>216</sup> *Burandt*, in: Burandt/Rojahn, 4. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 7; *Grädl*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 16; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 9; *Hoeren*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 10; wohl auch *Linnartz*, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 12, 16.

hungsbefugten denknotwendig ausgeschlossen sei.<sup>217</sup> Diese Argumentation erscheint zumindest dann widersprüchlich, wenn Vertreter dieser Auffassung zugleich eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbezugtem für zulässig erachten.<sup>218</sup> In dieser Konstellation hat der Betroffene als begünstigter Vollziehungsbezugter zumindest faktisch ein Vermögensinteresse und als vollziehungsbezugter Begünstigter auch einen Anspruch auf Leistung an sich. Es bleibt unklar, ob ein Schadensersatzanspruch auch in diesem Fall ausgeschlossen sein soll.

Der Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs des Begünstigten bei Nichterfüllung der Auflage wird regelmäßig damit begründet, dass dieser keinen Anspruch auf die Leistung habe.<sup>219</sup> Auch diesbezüglich stellt sich die Frage, wie dies mit einer Vollziehungsbezugsnis des Begünstigten zu vereinbaren sein soll, wenn zugleich die Zulässigkeit einer solchen Konstellation angenommen wird. Teilweise wird insoweit auch die Vorschrift des § 2196 BGB herangezogen, die *lex specialis* sei und an die Stelle eines „an sich denkbare[n]“<sup>220</sup> Schadensersatzanspruchs des Begünstigten trete.<sup>221</sup> Aus der Existenz funktional bereicherungsrechtlichen Schutzes kann jedoch nicht der Ausschluss funktional schadensersatzrechtlichen Schutzes gefolgert werden. Vielmehr ist die bereicherungsrechtliche Absicherung einer Rechtsposition ein Indiz dafür, dass diese Rechtsposition zur Gewährung umfassenden Schutzes auch schadensersatzrechtlich geschützt sein muss.<sup>222</sup>

Setzt man mit der herrschenden Meinung den obligatorischen Anspruch mit der Forderung gleich, lässt sich nicht erklären, warum dem Vollziehungsbezugten bei der Nichterfüllung der Auflage kein schadensersatzrechtlicher Schutz zustehen soll. Auch beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, mit dessen Struktur die Auflage

<sup>217</sup> Müller-Christmann, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2194 Rn. 6 („Schaden begrifflich ausgeschlossen“); Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 16; Hoeren, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 10; kritisch Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 5d, S. 663, die die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs wegen positiver Forderungsverletzung ansprechen, aber eine verschärzte Bereicherungshaltung vorziehen.

<sup>218</sup> So Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 9; Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 13; Müller-Christmann, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2194 Rn. 3; Burandt, in: Burandt/Rojahn, 4. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 3; Nobis, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 1; Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 3; Hoeren, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 6.

<sup>219</sup> Nobis, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 3; Kroiß, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 14; Burandt, in: Burandt/Rojahn, 4. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 7; Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 9; Schäckel, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 6.

<sup>220</sup> Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 15.

<sup>221</sup> Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 15; Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 16; tendenziell wohl auch Magnus, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 10, der den Vollziehungsbezugten insoweit auf den Bereicherungsanspruch nach § 2196 BGB verweist.

<sup>222</sup> Picker, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1032, 1034; Katzenstein, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 144.

bisweilen verglichen wird, stehen dem Versprechensempfänger dem Grunde nach Schadensersatzansprüche bei Nichterfüllung zu.<sup>223</sup> Ist er zugleich auch Begünstigter, ist das Vorliegen eines Schadens nicht denklogisch ausgeschlossen, sondern in aller Regel zu befahren.

Zwanglos erklären lässt sich der allgemein anerkannte Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs sowohl des Begünstigten als auch des Vollziehungsbefugten, wenn man die Auflage als Substanzrecht des Erblassers versteht.

Voraussetzung eines jeden Schadensersatzanspruchs ist zunächst die Verletzung eines subjektiven Rechts. Das Forderungsrecht der Auflage ist allein dem Erblasser zugewiesen. Die Schutzinstrumente des Vollziehungsanspruchs und des Bereicherungsanspruchs weist das Gesetz Dritten zu, da der Erblasser praktisch nicht mehr fähig ist, Verletzungen seines Substanzrechts zu sanktionieren. Diese Schutzinstrumente sind damit nicht Ausdruck eines ihrem jeweiligen Inhaber zustehenden eigenen Substanzrechts. Ein Anspruch als solcher kann nicht verletzt werden, sondern nur die hinter ihm stehende Rechtsposition, deren Schutz er dient. Der Anspruch selbst ist dagegen ein reines Schutzinstrument dieser Rechtsposition. Der Vollziehungsbeauftragte und der Inhaber des Anspruchs aus § 2196 BGB können daher keine eigene Rechtsverletzung erleiden. Machen sie ihren Anspruch geltend, geschieht dies fremdnützlich zum Schutze einer fremden, dem Erblasser zugewiesenen Rechtsposition. Auch der Begünstigte hat kein verletzungsfähiges Substanzrecht inne. Mangels Rechts auf die Leistung kann die Nichterfüllung der Auflage kein subjektives Recht des Begünstigten verletzen, sondern lediglich eine reine Expektanz beeinträchtigen.

## **VI. Personenidentität von Vollziehungsbeauftragtem und Begünstigtem**

Von erheblicher Bedeutung für die Beurteilung der praktischen Leistungsfähigkeit des Rechtsinstituts der Auflage ist die umstrittene Frage, ob ein von der Auflage Begünstigter zugleich Inhaber der Vollziehungsbeauftragnis sein kann und damit von dem Beschweren die Erbringung einer Zuwendung an sich selbst verlangen kann.

---

<sup>223</sup> Der Versprechensempfänger kann die Schadensersatzansprüche des Dritten bei einer Verletzung der Leistungs- und Nebenleistungspflichten geltend machen, vgl. BGH, Urt. v. 21.03.2013 – III ZR 260/11, BGHZ 197, 75; Klumpp, in: Staudinger, BGB, 2020, § 335 Rn. 9 m. w. N. Darüber hinaus kann der Versprechensempfänger auch einen eigenen Schaden geltend machen, der z. B. bei einer Nichteistung des Versprechenden aus einer Pflichtverletzung im Valutaverhältnis herführt, vgl. BGH, Urt. v. 10.02.1972 – III ZR 208/70, WM 1972, 486, 488; Klumpp, in: Staudinger, BGB, 2020, § 335 Rn. 17 m. w. N. Zwischen dem Vollziehungsbeauftragten und dem Begünstigten besteht dagegen kein einem Valutaverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter vergleichbares Verhältnis. Dies zeigt wiederum, dass der Vergleich der Auflage mit dem unechten Vertrag zugunsten Dritter verfehlt ist.

Muscheler sieht in dieser Konstellation einen Konflikt zwischen den Vorgaben des § 1940 BGB und des § 2194 S. 1 BGB, der zugunsten einer der beiden Vorschriften aufzulösen sei.<sup>224</sup> Nach § 1940 BGB habe niemand ein Recht auf die Leistung, die dem Beschwerter als Auflagenverpflichtung auferlegt worden ist. Könne der Begünstigte nach § 2194 S. 1 BGB die Vollziehung der Auflage verlangen, erhalte dieser eigentlich fremdnützige Anspruch dadurch, dass er in den Händen des Begünstigten liegt, einen eigennützigen Charakter. Der Begünstigte könne dann mit der Erfüllung der Auflage zugleich auch Leistung an sich verlangen und erlange auf diese Weise entgegen § 1940 BGB ggf. ein Recht auf die Leistung. Wird ihm der Vollziehungsanspruch dagegen nicht zugebilligt, verletze dies den Wortlaut des § 2194 S. 1 BGB.

## 1. Überblick über mögliche Konstellationen

Das Problem eines Zusammentreffens von Vollziehungsbefugnis und Begünstigung bei derselben Person kann sich in verschiedenen Konstellationen ergeben.

### a) Gesetzliche Personenidentität

Die Vollziehungsbefugnis fällt mit der Begünstigung zunächst dann zusammen, wenn der Begünstigte der Auflage zugleich zum in § 2194 S. 1 BGB genannten Personenkreis gehört, also der Erbe oder ein Miterbe ist oder ihm der Wegfall des zunächst Beschwerter unmittelbar zustattenkommen würde.

### b) Gewillkürte Personenidentität durch Entscheidung des Erblassers oder Abtretung

Eine Vollziehungsbefugnis kann bei der Person des Begünstigten nicht nur aufgrund der Vorgaben des § 2194 S. 1 BGB entstehen, sondern auch durch eine gewillkürte Entscheidung des Erblassers.

Nach nahezu einhelliger Ansicht in der Literatur kann der Erblasser grundsätzlich auch Personen, denen keine Vollziehungsbefugnis nach § 2194 S. 1 BGB zusteht, eine solche einräumen.<sup>225</sup> Er kann also den Kreis der Vollziehungsbefugten individuell erweitern. Nicht abschließend geklärt ist, ob der Erblasser auf diese Art auch dem Auflagenbegünstigten einen Vollziehungsanspruch zuteilen kann.

Darüber hinaus könnte eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem dem Grunde nach auch dadurch eintreten, dass ein gesetzlich nach § 2194 S. 1 BGB oder ggf. auch ein vom Erblasser willkürlich ernannter Vollzie-

<sup>224</sup> Muscheler, Erbrecht, Bd. 2, 2010, Rn. 2681 f., S. 1333 ff.

<sup>225</sup> S. dazu im Einzelnen unten S. 264 f.

hungsbefugter seine Vollziehbefugnis an den Begünstigten abtritt. Die Abtretbarkeit der Vollziehbefugnis wird indes zurecht allgemein abgelehnt.

### *c) Gewillkürte Personenidentität nach § 2193 BGB*

Schließlich kann sich eine Personenidentität von Vollziehbefugtem und Begünstigtem in dem Sonderfall des § 2193 BGB ergeben. Nach § 2193 Abs. 1 BGB kann der Erblasser bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen. Der Beschwerter oder der Dritte könnte in diesem Fall den Vollziehbefugten als Begünstigten bestimmen.

Auch nach § 2193 Abs. 2 BGB kann eine solche Konstellation eintreten. Danach kann der Kläger, mithin der Vollziehbefugte, von dem Beschwerten, dem die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, überlassen ist, nach dessen rechtskräftiger Verurteilung zur Vollziehung der Auflage und fruchtlosem Ablauf einer vom Kläger gesetzten angemessenen Frist zur Vollziehung selbst die Bestimmung des Leistungsempfängers vornehmen. Ist die Identität von Vollziehbefugtem und Begünstigtem zulässig, könnte der Vollziehbefugte in dieser Konstellation sich selbst oder einen anderen Vollziehbefugten als Begünstigten bestimmen. Der Vollziehbefugte hätte in dieser Fallgestaltung auch bereits einen Titel gegen den Beschwerten erstritten.

## **2. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des KG**

Der Bundesgerichtshof entschied im Jahre 1952 einen Fall, in dem eine Auflagenbegünstigte den gesetzlichen Vollziehungsanspruch aus § 2194 S. 1 BGB sowohl aus eigenem als auch aus abgetretenem Recht geltend gemacht hat.<sup>226</sup> Der Erblasser setzte seine Kinder als Erben ein und gab ihnen monatliche Zahlungen an die Klägerin sowie an eine Schwester des Erblassers auf. Zudem setzte er eine Vielzahl an Vermächtnissen zugunsten von Verwandten wie seinen Enkeln und Patenkindern aus. Außerdem ordnete er Testamentsvollstreckung an. Die Klägerin, ebenfalls eine Schwester des Erblassers, hielt sich für eine Person, der der Wegfall der mit der Auflage beschwerten Erben unmittelbar zustattenkommen würde, da ihr in diesem Fall der Rang einer gesetzlichen (Mit-)Erbin zuteilwerden würde. Sie machte den ihr vermeintlich zustehenden Vollziehungsanspruch aus § 2194 S. 1 BGB geltend und verlangte Erfüllung der Auflage und somit Leistung der monatlichen Zahlungen an sich.

Der Bundesgerichtshof ließ es offen, ob der Klägerin als Schwester des Erblassers tatsächlich der Wegfall der zunächst mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zu-

---

<sup>226</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht).

stattenkommen würde, da ihr auch in diesem Fall der Anspruch aus § 2194 S. 1 BGB nicht zusteünde.

Denn dem Begünstigten einer Auflage könne aufgrund der Regelung des § 1940 BGB per se kein Anspruch auf die Leistung zustehen. Davon erfasst sah der Bundesgerichtshof auch den Vollziehungsanspruch aus § 2194 S. 1 BGB. Das „Wesen der Auflage“ liege darin, dass sie dem Begünstigten im Gegensatz zum Vermächtnis jeden Anspruch auf die Leistung versage.<sup>227</sup> Es liefe diesem Wesen der Auflage zuwider, billigte man einem Begünstigten, der „zufällig zu den im § 2194 S. 1 BGB aufgeführten Personen gehört“, ein Klagerecht zu.

Zudem erführe ein solches Klagerecht in den Händen des Begünstigten eine Inhaltsänderung. Die „mehr formale, in fremdem Interesse gegebene, auf die Leistung an einen Dritten (nämlich den durch die Auflage Begünstigten) zielsehende Befugnis“ wandele sich zu einem auf Leistung an den Kläger selbst gerichteten, „materiellen Recht“. Dies habe zur Folge, dass über den Umweg des § 2194 BGB aus der Auflage letztlich ein Vermächtnis werde, was dem Erblasserwillen widerspreche.<sup>228</sup> Die Formulierung des Bundesgerichtshofs suggeriert, dass die Vollziehungsbefugnis dem Interesse des Begünstigten, an den der Beschwerde die Zuwendung zu erbringen hat, dient. Bezugspunkt der Fremdnützigkeit der Vollziehungsbefugnis ist nach dem Verständnis des Gerichts damit das Interesse eines Begünstigten und nicht etwa das Erblasserinteresse.

Ausdrücklich offen ließ der Bundesgerichtshof die Frage, ob diese Grundsätze auch dann zu gelten haben, wenn außer dem Begünstigten keine weitere Person als Vollziehungsbefugter in Betracht kommt und eine Versagung des Vollziehungsanspruchs aufgrund des „Wesen[s] der Auflage“ somit zur Folge hätte, dass die Erfüllung der Auflage von niemandem mehr erzwungen werden kann.

Keine Aussage trifft die Entscheidung des Bundesgerichtshofs darüber, ob ein Vollziehungsanspruch des Begünstigten auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser selbst angeordnet hat, dass ihm eine Vollziehungsbefugnis zustehen soll. Der Bundesgerichtshof hatte allein über die Konstellation zu urteilen, dass der Begünstigte „zufällig zu den im § 2194 S. 1 BGB aufgeführten Personen gehört“<sup>229</sup>, es also zu einem Zusammentreffen der gesetzlichen Vollziehungsbegünstigung mit der Begünstigung kommt.

Zur Konstellation der gewillkürten Vollziehungsbefugnis eines Begünstigten äußerte sich im Jahre 2012 das KG. Es führte aus, dass die Auflage „gemäß § 1940 BGB keinen Anspruch des Begünstigten, sondern nur nach Maßgabe von § 2194

<sup>227</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 9. Diese Einschätzung beruht nicht auf einer reichsgerichtlichen Rechtspraxis. Das Reichsgericht konnte in der Entscheidung RG, Urt. v. 26.03.1917 – IV 417/16, RG Warn, 1917 Nr. 148 die Frage, ob ein Vollziehungsbefugter zugleich Begünstigter sein kann, offen lassen.

<sup>228</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 9.

<sup>229</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 9 [Hervorhebung nicht im Original].

BGB einen „Anspruch auf Vollziehung“ begründe, „der dem Begünstigten aber gerade nicht zusteht und nach herrschender Meinung auch nicht eingeräumt werden“ könne.<sup>230</sup>

### 3. Entscheidung des OLG Karlsruhe

Zu einer abweichenden Einschätzung kam das OLG Karlsruhe in einer Entscheidung aus dem Jahre 2004, der ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag.<sup>231</sup> Die vollziehungsbefugte Erbin verlangte die Ablösung einer Grundschuld von einem hierzu durch eine Auflage verpflichteten Vermächtnisnehmer. Die Befreiung von der dinglichen Haftung des sich im Nachlass befindlichen Grundstücks kam, auch wenn sie nicht unmittelbare Empfängerin der Zuwendung war, zu der die Auflage den Beschwertern verpflichtete, wirtschaftlich der Erbin zugute, sodass die Erbin zugleich auch von der Auflage begünstigt war.

Das OLG Karlsruhe nahm in seiner Entscheidung ausdrücklich Bezug auf die in der Literatur an der dargestellten Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1952 vorgebrachte Kritik und schloss sich dieser an: Der Bundesgerichtshof habe dem Fehlen der Anspruchsberechtigung des Begünstigten einen höheren Stellenwert eingeräumt als der Verpflichtung des Beschwertern und so in „begriffsjuristischer“<sup>232</sup> Weise das Unterscheidungsmerkmal zwischen Auflage und Vermächtnis für wichtiger erachtet als die vom Erblasser gewollte Vollziehung der Auflage.<sup>233</sup> Das Fehlen eines Anspruchs des Auflagebegünstigten begründe noch nicht die Annahme, die Ausübung eines dem Vollziehungsbefugten selbst zugutekommenden Vollziehungsrechts stelle eine Umgehung dar.<sup>234</sup> Zudem enthalte das Gesetz keine Einschränkung, dass ein nach § 2194 BGB Vollziehungsbefugter die Vollziehung dann nicht verlangen könnte, wenn der Beschwerter zur Leistung an ihn verpflichtet ist oder ihm die Vollziehung in sonstiger Weise zugutekommt.<sup>235</sup>

Wie zuvor schon der Bundesgerichtshof äußerte sich auch das OLG Karlsruhe mangels Entscheidungsrelevanz nicht zu der der Entscheidung des KG zugrundeliegenden Konstellation, dass die Vollziehungsbefugnis des Begünstigten nicht auf seiner Zugehörigkeit zum in § 2194 S. 1 BGB genannten Personenkreis beruht, sondern auf einer entsprechenden ausdrücklichen Anordnung des Erblassers. Die Konsequenz der Ansicht des OLG Karlsruhe dürfte allerdings sein, dass auch (und erst recht) in diesem Fall eine Vollziehungsbefugnis des Begünstigten zulässig sein

<sup>230</sup> KG, Urt. v. 19.11.2012 – 8 U 144/09, juris Rn. 110; auf die Entscheidung des BGH nimmt das KG dabei nicht ausdrücklich Bezug. Auch zur sogleich dargestellten Entscheidung des OLG Karlsruhe äußert sich das Gericht nicht.

<sup>231</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.05.2004 – 14 U 103/02, FamRZ 2005, 137.

<sup>232</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.05.2004 – 14 U 103/02, FamRZ 2005, 137, 138.

<sup>233</sup> So auch *Otte*, in: *Staudinger, BGB*, 2019, § 2194 Rn. 9.

<sup>234</sup> So auch *Rudy*, in: *Münchener Kommentar BGB*, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 3.

<sup>235</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.05.2004 – 14 U 103/02, FamRZ 2005, 137, 138.

muss. Denn in der gewillkürten und damit ausdrücklichen Verleihung der Vollziehungsbefugnis manifestiert sich der Erblasserwille, dem nach der Argumentation des OLG Karlsruhe der Vorrang vor einer begriffsjuristischen Auslegung einzuräumen ist, in besonders deutlicher Weise.

#### 4. Positionen der Literatur

##### a) Zulässigkeit der Personenidentität

In der jüngeren Literatur wird einem Begünstigten überwiegend die Vollziehungsbefugnis aus § 2194 S. 1 BGB zugestanden, wenn er zu dem dort genannten Personenkreis gehört,<sup>236</sup> bisweilen verbunden mit dem Hinweis, der Erblasser könne einem Begünstigten die gesetzliche Vollziehungsbefugnis durch letztwillige Verfügung entziehen, wenn er eine Vollziehungsbefugnis des Begünstigten verhindern will.<sup>237</sup>

Hält man es für zulässig, dass der Erblasser durch letztwillige Anordnung die Vollziehungsbefugnis abweichend von den Vorgaben des § 2194 S. 1 BGB regelt, stellt sich zudem die Frage, ob auf diese Weise auch einem Auflagenbegünstigten eine Vollziehungsbefugnis zugesprochen werden kann. Hierzu finden sich in der Literatur nur wenige Stellungnahmen. Dies liegt vermutlich daran, dass der Bundesgerichtshof bisher lediglich über die Konstellation zu entscheiden hatte, in der der Begünstigte bereits zum in § 2194 S. 1 BGB genannten Personenkreis gehört. Dennoch kommt der Behandlung auch dieser Fallgestaltung erhebliche Bedeutung für die Einschätzung der Leistungsfähigkeit des Rechtsinstituts der Auflage zu. Denn kann der Erblasser auf diese Weise einem Begünstigten rechtswirksam eine Vollziehungsbefugnis einräumen, verbessert dies die Eignung der Auflage zur letztwilligen Vermögensverteilung erheblich.

In der Literatur finden sich vereinzelt Stimmen, die ein solches Vorgehen ausdrücklich für zulässig erachten.<sup>238</sup> Otte bringt vor, anderenfalls werde dem Fehlen eines Erfüllungsanspruchs nach § 1940 BGB größeres Gewicht beigelegt als dem Erblasserwillen. Zudem erlösche ansonsten gem. §§ 2192, 2069 BGB der Vollzie-

<sup>236</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 9; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 3; *Grädler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 13; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2194 Rn. 2; *Burandt*, in: Burandt/Rojahn, 4. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 2; *Stürner*, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 2; *Hoeren*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 6; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 1; *Horn*, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 58; *Schewe*, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 231; *Daragan*, DStR 1999, 393, 395.

<sup>237</sup> *Nobis*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 1; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 5.

<sup>238</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 9; wohl auch *Stahl/Ejlli*, in: Münchener Anwaltshdb. ErbR, 6. Aufl. 2024, § 14 Rn. 12; ablehnend *Schewe*, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 231.

hungsanspruch, wenn der vom Erblasser bestimmte Vollziehungsbefugte als Abkömmling eines weggefallenen Begünstigten an dessen Stelle tritt. Die bei Begünstigung eines größeren Personenkreises grundsätzlich sinnvolle Anordnung, eine Person aus dem Publikum zum Vollziehungsbefugten zu ernennen und die Vollziehungsbefugnis so auf eine Person zu konzentrieren, sei anderenfalls nicht möglich. Wie auch eine Identität von Erbe und Testamentsvollstrecker zulässig sei, solle daher auch eine Identität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem möglich sein.

#### *b) Maßgeblichkeit des (mutmaßlichen) Erblasserwillens*

Vermittelnde Ansichten halten eine Vollziehungsbefugnis des Begünstigten grundsätzlich für zulässig. Ob dem Begünstigten tatsächlich eine Vollziehungsbefugnis einzuräumen ist, sei jedoch anhand des Einzelfalls zu entscheiden. Maßgeblich sei dabei der Wille des Erblassers, der in Ermangelung anderer Anhaltpunkte durch Vermutungen zu bestimmen sei.

So steht nach Sturm der Vollziehungsbefugnis des Begünstigten nicht schon das Wesen der Auflage entgegen. Denn der Begünstigte, der nach § 2194 S. 1 BGB die Vollziehung einer Auflage verlangt, werde nicht in seiner Rolle als Begünstigter, sondern als Vollziehungsbefugter tätig.<sup>239</sup> § 1940 BGB regele lediglich, dass der Begünstigte in seiner Eigenschaft als Begünstigter nicht die Vollziehung der Auflage verlangen könne, bewirke aber keine Einschränkung des Kreises der Vollziehungsbefugten nach § 2194 S. 1 BGB. Der begünstigte Vollziehungsbefugte verlange die Erfüllung der Auflage nicht, weil er begünstigt sei, sondern weil er vollziehungsbefugt sei. Außerdem seien zufällige Eigeninteressen des Begünstigten unbeachtlich, da die Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs im Interesse des Erblassers liege. Anstelle einer schematischen Lösung des Problems schlägt Sturm eine Entscheidung anhand des Einzelfalls vor. Treffe der Erblasser keine Bestimmung darüber, ob dem Begünstigten eine Vollziehungsbefugnis zustehen soll, sei die letztwillige Verfügung unvollständig und stünde der ergänzenden Auslegung anhand des mutmaßlichen Erblasserwillens offen. Für eine solche ergänzende Auslegung schlägt Sturm wiederum die Anwendung recht schematisch wirkender Grundsätze vor: Stehen neben dem Begünstigten noch andere Vollziehungsbefugte bereit, sei in der Regel anzunehmen, dass der Erblasser die Vollziehungsbefugnis dem Begünstigten entziehen wollte.<sup>240</sup> Ist der Begünstigte hingegen der einzige Vollziehungsbefugte, habe der Erblasser in der Regel ein höheres Interesse an der Durchsetzung.

---

<sup>239</sup> Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 77; tendenziell wohl auch Schewe, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004, S. 231, nach dem auch der begünstigte Vollziehungsbefugte sein Recht nur fremdnützig ausüben dürfe.

<sup>240</sup> Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 84.

barkeit der Auflage als an dem Ausschluss einer Vollziehungsbefugnis des Begünstigten, sodass diesem die Vollziehungsbefugnis grundsätzlich zustehen solle.<sup>241</sup>

Auch Muscheler ist der Ansicht, entscheidendes Merkmal müsse der konkrete Erblasserwille sein. Die Anordnung einer Auflage anstelle eines Vermächtnisses sei ein gewichtiges Indiz dafür, dass es dem Erblasser nur von untergeordneter Bedeutung war, dem Begünstigten einen eigenen Anspruch auf die Leistung einzuräumen. In der Regel sei daher dem in § 1940 BGB ausgedrückten Prinzip, dass der Begünstigte keinen Anspruch auf Vollziehung der Auflage habe, der Vorrang zu gewähren, wenn nicht im Einzelfall diese Vermutung widerlegt wird.<sup>242</sup>

Dieser Ansicht ist grundsätzlich auch Schäckel, der zwischen der gewillkürten und der gesetzlichen Vollziehungsbefugnis differenziert. Im ersten Fall liege in der Regel gar keine Auflage, sondern ein Vermächtnis vor, im letzteren Fall sei regelmäßig anzunehmen, der Erblasser habe durch die Anordnung einer Auflage einen Anspruch des Begünstigten gerade ausschließen wollen. Dies gelte auch im Zweifel in dem Ausnahmefall, in dem außer dem Begünstigten keine weiteren Vollziehungsbefugten existieren. Das Vollzugsdefizit sei hinzunehmen, um die Trennschärfe zwischen Auflage und Vermächtnis zu wahren.<sup>243</sup>

### *c) Unzulässigkeit der Personenidentität*

Die Gegenansicht stimmt inhaltlich mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs überein und hält eine Vollziehungsbefugnis des Begünstigten für unvereinbar mit dem Wesen der Auflage, da dem Begünstigten so entgegen § 1940 BGB ein durchsetzbarer Anspruch verschafft werden würde.<sup>244</sup> Teilweise wird diese Auffassung auch damit begründet, die Vollziehungsbefugnis stehe ihrem Inhaber fremdnütziger im Interesse der Durchsetzung des Erblasserwillens zu.<sup>245</sup> Darauf hinaus wird teilweise auch der erbrechtliche Typenzwang als Argument gegen die

<sup>241</sup> Sturm, Der Vollziehberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 85.

<sup>242</sup> Muscheler, Erbrecht, Bd. 2, 2010, Rn. 2682, S. 1334.

<sup>243</sup> Schäckel, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 3.

<sup>244</sup> Magnus, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 8; K. W. Lange, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 29, S. 277; Meyer-Prötzl, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, W Rn. 74 f.; Schiemann, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1; Johannsen, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, § 2194 Rn. 4; Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rn. 508; wohl auch Weidlich, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 2; Kegel, FS Lange (1976), S. 927, 932; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Berlin 1900, Bd. 3, § 75 Nr. 1, S. 313 („schlechthin ausgeschlossen“); Flad, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1; wohl auch Michalski/J. Schmidt, BGB-Erbrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 941; R. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Hdb Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 9 Rn. 121; wohl auch Schmoeckel, Erbrecht, 6. Aufl. 2021, § 22 Rn. 43, S. 158; Dietz, Erbrecht, 1949, § 32 I 4, S. 246.

<sup>245</sup> Flad, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1.

Zulässigkeit einer Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem bemüht.<sup>246</sup> Dieser Begründungsansatz klingt auch schon in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs an, wenn dieser ausführt, die Auflage verwandele „sich auf dem Weg über § 2194 BGB in ein Vermächtnis [...], was dem Willen des Erblasser widersprechen würde“, räumte man dem Begünstigten eine Vollziehungsbefugnis ein.<sup>247</sup>

Nach Deeg ergibt sich aus dem Grundsatz der Typenklarheit<sup>248</sup> und der sich aus den Vorschriften der §§ 1940, 2194 BGB einerseits und der §§ 1939, 2147 S. 1, 2174 BGB andererseits abzuleitenden begrifflichen Trennung von Auflage und Vermächtnis, dass eine Begünstigung des Vollziehungsbefugten unzulässig ist.<sup>249</sup> Könnte der Vollziehungsbefugte als zugleich Begünstigter Leistung der Auflage an sich selbst verlangen, entspreche dies der Situation, die bestünde, hätte der Erblasser anstelle der Anordnung der Auflage dem begünstigten Vollziehungsbefugten ein Vermächtnis zugewendet. Daraus sei abzuleiten, dass § 1940 BGB ein Zusammenfallen von Begünstigung und Vollziehungsbefugnis ausschließe und der Erblasser entweder eine Auflage oder ein Vermächtnis anordnen könne, nicht aber eine Auflage, die den Vollziehungsbefugten begünstigt.<sup>250</sup> Auch bei anderen Autoren findet sich der Hinweis, dass der Begünstigte einer Auflage im Gegensatz zu dem Vermächtnisempfänger keinen Anspruch auf die Leistung habe.<sup>251</sup> Hinter diesen Ausführungen steht die Überlegung, die Auflage sei – in Abgrenzung zum Vermächtnis – inhaltlich durch die gesetzlichen Vorgaben derart ausgestaltet, dass sie eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem nicht vorsehe und diese mit dem Typus der Auflage unvereinbar sei. Könnten neben dem Begünstigten auch weitere Personen die Vollziehung verlangen, habe die Auflage eine

<sup>246</sup> *Mäsch*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.07.2024, § 330 Rn. 11.2; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 146; vgl. auch *Dietz*, Erbrecht, 1949, § 32 I 4, S. 246, nach dem bei einer Vollziehungsbefugnis des Begünstigten ein Vermächtnis gegeben ist; ähnlich *Harder/Kroppenberg*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 15 II 2 Rn. 504, S. 187; *Frank/Helms*, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 10 III Rn. 14, S. 128 und *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, § 40 I 2 Rn. 932, S. 291.

<sup>247</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 9, s. oben S. 250 f.

<sup>248</sup> Dieser besagt, dass die gesetzlich vorgesehenen Arten letztwilliger Verfügungen Typen bildeten und als solche in der Form verbindlich seien, als dass eine Anordnung, die die gesetzlich vorgesehenen Charakteristika eines solchen Typus erfüllt, eine Verfügung dieses Typus darstelle. Verfehle eine Anordnung dagegen die Charakteristika eines Typus, stelle sie auch keine derartige Verfügung dar, s. *Deeg*, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 59 ff. Letztlich beschreibt *Deeg* damit das Verfahren der Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Rechtsnorm. Nach hier vertretenem Verständnis dieses Begriffs bedingt der erbrechtliche Typenzwang, dass der Erblasser an die gesetzlich vorgesehene inhaltliche Ausgestaltung der vorgegebenen Verfügungsarten gebunden ist, vgl. *Strothmann*, Jura 1982, 349, 350.

<sup>249</sup> *Deeg*, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 156 f.

<sup>250</sup> *Deeg*, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 156 f.

<sup>251</sup> *Dietz*, Erbrecht, 1949, § 32 I 4, S. 246; *Harder/Kroppenberg*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 15 II 2 Rn. 504, S. 187; *Frank/Helms*, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 10 III Rn. 14, S. 128; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, § 40 I 2 Rn. 932, S. 291.

stärkere Wirkung als das Vermächtnis.<sup>252</sup> Zudem könnten die Vorgaben der §§ 2162 f. BGB zur zeitlichen Begrenzung des Wirksamwerdens eines Vermächtnisses, die auf die Auflage keine Anwendung finden,<sup>253</sup> umgangen werden.<sup>254</sup>

Die radikalste Ausprägung dieses Gedankens findet sich auch schon bei Haymann. Die Abgrenzung zwischen Vermächtnis und erbrechtlicher Auflage gebiete es, dass eine Auflage schon überhaupt nicht im Interesse eines Dritten angeordnet werden könne: „Die erbrechtliche Auflage, die den Vorteil eines anderen bezweckt, ist eben nicht mehr Auflage, sondern Vermächtnis.“<sup>255</sup>

Ist man der Ansicht, der erbrechtliche Typenzwang stehe einer Identität von Vollziehungsbefugtem und Begünstigtem entgegen, hat dies nicht nur für die gesetzliche, sondern auch für die gewillkürte Vollziehungsbefugnis zu gelten. Danach wäre es auch dem Erblasser verwehrt, dem Begünstigten durch ausdrückliche Anordnung eine Vollziehungsbefugnis zu verleihen.<sup>256</sup>

## 5. Stellungnahme

### a) Kein Ausschluss der Personenidentität nach § 1940 BGB

Die Legaldefinition der Auflage in § 1940 BGB schließt die Zuwendung eines Forderungsrechts auch an den Vollziehungsbefugten aus. Eine reine Begünstigung des Vollziehungsbefugten schließt § 1940 BGB dagegen nicht aus. Die Position des Begünstigten ist bei der Auflage als rechtliches *nullum* ausgestaltet. Fallen Begünstigung und Vollziehungsbefugnis bei derselben Person zusammen, führt dies nicht dazu, dass dem begünstigten Vollziehungsbefugten entgegen § 1940 BGB ein Recht auf die Leistung, also ein Forderungsrecht, zusteht. Dies gilt auch bei einem nominalbegrifflichen Verständnis des Forderungsrechts. Denn § 2194 BGB weist dem (begünstigten) Vollziehungsbefugten lediglich das rechtsverwirklichende Schutzrecht für ein fremdes Substanzrecht zu. Die Begünstigung ist ein reiner Rechtsreflex der dem Erblasser gegenüber bestehenden Rechtpflicht des Beschwerteten. Weitere Elemente des Substanzrechts und damit eines Forderungsrechts,

<sup>252</sup> Kegel, FS Lange (1976), S. 927, 932.

<sup>253</sup> Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2192 Rn. 20; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 1 b, S. 658; Muscheler, Erbrecht, Bd. 2, 2010, § 39 Rn. 2662 f., S. 1325; Wochner, MittRhNotK 1994, 89, 106; a.A.: Schack, JZ 1989, 609, 612 Fn. 31 (analoge Anwendung des § 2162 BGB auf die Auflage).

<sup>254</sup> Deeg, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 156.

<sup>255</sup> Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, S. 89; vgl. die insoweit einschränkende Formulierung bei Deeg, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 157: „Eine Auflage, welche einen anderen begünstigt, wird, wenn der Erblasser dem Begünstigten die Vollziehungsberechtigung erteilt hat, als Vermächtnis behandelt“.

<sup>256</sup> So Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 3 b Fn. 68; Bayer, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 330 Rn. 4; Deeg, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 156 f.; wohl auch Weidlich, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 2.

dessen Zuweisung § 1940 BGB ausschließt, stehen dem (begünstigten) Vollziehungsbefugten dagegen nicht zu.

Dass der begünstigte Vollziehungsbefugte nicht entgegen § 1940 BGB ein Recht an der Leistung erwirbt, zeigen auch die Vorschrift des § 2196 BGB und der Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs. Wäre der begünstigte Vollziehungsbefugte der Inhaber eines Substanzrechts, müsste ihm grundsätzlich auch bereicherungs- und schadensersatzrechtlicher Schutz zukommen.<sup>257</sup> Der begünstigte Vollziehungsbefugte ist jedoch nicht zwingend auch (alleiniger) Inhaber des Bereicherungsanspruchs nach § 2196 BGB und ein Schadensersatzanspruch steht ihm nicht zu. Auch müsste ihm als Inhaber eines Rechts auf die Leistung, verstanden als Forderungsrecht, grundsätzlich die Verfügungsbefugnis über dieses Recht zukommen. Wie dargestellt, kann er weder das Substanzrecht noch die dieses schützende Vollziehungsbefugnis abtreten oder verpfänden. Daran ändert eine zugleich bestehende Begünstigung, die als reiner Rechtsreflex wirkt, nichts.

Die Vorschrift des § 1940 BGB schließt nach ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte lediglich die Zuwendung eines Forderungsrechts aus. Sie verbietet dagegen nicht – auch nicht als Minus – eine Begünstigung des Vollziehungsbefugten. Das Zusammenfallen von Begünstigung und Vollziehungsbefugnis widerspricht nicht der Legaldefinition der Auflage.

*b) Kein Ausschluss der Personenidentität wegen Fremdnützigkeit der Vollziehungsbefugnis*

Vereinzelt wird die Möglichkeit einer Personenidentität zwischen Vollziehungsbeauftragtem und Begünstigtem mit der Begründung abgelehnt, die Vollziehungsbefugnis sei ein fremdnütziges Recht, das ihrem Inhaber im Interesse der Durchsetzung des Erblasserwillens zustehe.<sup>258</sup>

Nach dem Bundesgerichtshof erführe die Vollziehungsbefugnis eine unzulässige „Inhaltsänderung“ von einem fremdnützigen zu einem eigennützigen Recht, wenn sie sich in den Händen des Begünstigten befindet.<sup>259</sup> Es handele sich bei der Vollziehungsbefugnis um eine „mehr formale, in fremdem Interesse gegebene, auf die Leistung an einen Dritten (nämlich den durch die Auflage Begünstigten) ziellende Befugnis“<sup>260</sup>. Das Gericht versteht dabei jedoch das Interesse des Begünstigten und nicht das Erblasserinteresse als Bezugspunkt der Fremdnützigkeit.

---

<sup>257</sup> Vgl. *Picker*, FS Canaris, Bd. 1 (2007), S. 1001, 1032, 1034; *Katzenstein*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 144.

<sup>258</sup> *Flad*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1930, § 2194 Anm. 1.

<sup>259</sup> S. oben S. 251.

<sup>260</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 9; ähnlich OLG Schleswig, Urt. v. 08.09.2017 – 3 U 16/17, ErbR 2020, 347 (s. oben S. 139), tendenziell auch *Grädler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2194 Rn. 15 m. w. N.

Wäre die Fremdnützigkeit der Vollziehungsbefugnis auf das Interesse des Begünstigten gerichtet, widerspräche eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem in der Tat dieser Eigenschaft der Vollziehungsbefugnis. In einer solche Konstellation stellte sie sich nicht mehr als fremd-, sondern eigennützig dar. Die Vollziehungsbefugnis besteht jedoch nicht im Interesse des durch die Auflage Begünstigten. Dies ergibt sich, wie bereits dargestellt, schon daraus, dass die Auflage keinen Begünstigten voraussetzt und nach § 2194 BGB auch die Vollziehung einer nichtdrittbegünstigenden Auflage verlangt werden kann. In einem solchen Fall ist die Vollziehungsbefugnis ebenfalls keine eigennützige, sondern eine fremdnützige Befugnis. Sie dient daher nicht dem Interesse des Begünstigten, sondern dem Interesse des Erblassers.<sup>261</sup>

Dass die Vollziehungsbefugnis ihrem Inhaber im Interesse des Erblassers zusteht, ist damit zwar zutreffend. Jedoch lässt sich daraus nicht ableiten, der Vollziehungsbefugte könne nicht Leistung an sich selbst verlangen, wenn er zugleich auch der Begünstigte ist. In diesem Fall entspricht die Erbringung der Zuwendung an den begünstigten Vollziehungsbefugten gerade dem Interesse des Erblassers. Das Interesse des Erblassers und das Eigeninteresse des Vollziehungsbefugten laufen in dieser Konstellation gleich. Die Vollziehung der Auflage durch Leistung an den vollziehungsbefugten Begünstigten entspricht weiterhin dem Interesse des Erblassers. Rechtlich bleibt die Vollziehungsbefugnis auch bei einer Begünstigung des Vollziehungsbefugten ein fremdnütziges Recht. Demnach erfährt sie auch keine Inhaltsänderung zu einem eigennützigen Recht. Neben die fremdnützige Dimension der Vollziehungsbefugnis tritt lediglich das eigene Interesse des Vollziehungsbefugten, das für die rechtliche Bewertung der Vollziehungsbefugnis jedoch ohne Bedeutung ist. Es ist nicht ersichtlich, warum aufgrund seines Eigeninteresses an der Erfüllung der Auflage der Vollziehungsbefugte nicht zur Geltendmachung dieser Befugnis berechtigt sein sollte.

### *c) Kein Ausschluss der Personenidentität wegen erbrechtlichen Typenzwang*

Ist damit eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem nicht schon nach der Legaldefinition der Auflage oder aufgrund des fremdnützigen Charakters der Vollziehungsbefugnis ausgeschlossen, stellt sich die Frage, ob ein solcher Ausschluss aus dem erbrechtlichen Typenzwang abzuleiten ist.

---

<sup>261</sup> So auch Mayer, ZEV 2004, 333: „es ist ein ‚fremdnütziger Anspruch‘ [...], der gleichsam altruistisch der Verwirklichung des Erblasserwillens dient“; zustimmend R. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, HdB Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 9 Rn. 119; tendenziell auch Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, 1985, S. 26 ff.

Der im Erbrecht geltende Typenzwang beschränkt die Testierfreiheit des Erblassers, indem er ihm nur die Verwendung bestimmter gesetzlich vorgeformter Typen letztwilliger Verfügungen erlaubt.<sup>262</sup>

Die Annahme der Gleichartigkeit der Rechtspositionen eines begünstigten Vollziehungsbefugten einer Auflage und eines Vermächtnisnehmers als zutreffend unterstellt, könnte in der Tat der Grundsatz des erbrechtlichen Typenzwangs einer entsprechenden Personenidentität entgegenstehen. Denn es käme so zu einer wesentlichen Überschneidung des Anwendungsbereichs von Vermächtnis und Auflage unter Geltung inhaltlich voneinander abweichender Regelungsregime. So könnten neben der dreißigjährigen Frist für aufgeschobene Vermächtnisse nach § 2162 BGB<sup>263</sup> auch über die Anwendung des auflagespezifischen § 2193 BGB die vermächtnisrechtlichen Vorgaben zur Bestimmung des Leistungsempfängers umgangen werden. Dies wäre mit der erbrechtlichen Systematik in der Tat nur schwer vereinbar.

Auch dieser Ansicht, die bei einer Begünstigung des Vollziehungsbefugten einen Verstoß gegen das Gebot des erbrechtlichen Typenzwangs festzustellen meint, liegt jedoch die verfehlte Gleichsetzung des obligatorischen Anspruchs mit dem Substanzrecht, der Forderung, zugrunde.<sup>264</sup> Stellte bereits der obligatorische Anspruch ein Substanzrecht dar und erschöpfte sich daher die Bedeutung des Vermächtnisses im Innehaben eines solchen Anspruchs, bestünde in der Tat ein Gleichlauf zwischen dem Vermächtnis und einer Auflage, die den Vollziehungsbefugten begünstigt.

Unterscheidet man hingegen zwischen dem Substanzrecht der Forderung und dem auf ihre Verwirklichung gerichteten Schutzinstrument des obligatorischen Anspruchs, wird deutlich, dass die vermeintliche inhaltliche Identität der Rechtspositionen des begünstigten Vollziehungsbefugten und des Vermächtnisnehmers in Wirklichkeit nicht besteht und aus diesem Grund der Grundsatz des erbrechtlichen Typenzwangs auch nicht einer Begünstigung des Vollziehungsbefugten entgegensteht.

Zwar können sich auf den ersten Blick gewisse Überschneidungen ergeben. Der begünstigte Vollziehungsbefugte wie auch der Vermächtnisnehmer können die Erbringung einer Zuwendung an sich selbst verlangen, ihnen steht ein entsprechender Anspruch zu. Allerdings ist der Anspruch des begünstigten Vollziehungsbefugten anders als der des Vermächtnisnehmers nicht Ausdruck eines dem Anspruchsinhaber zustehenden eigenen Forderungsrechts. Dem Vermächtnisnehmer stehen daher deutlich umfangreichere Befugnisse zu als dem trotz eigener Begünstigung funktional rein fremdnützig handelnden begünstigten Vollziehungsbefugten. Der Vermächtnisnehmer ist Inhaber der Wertpositionen sowie der außergerichtlichen und

---

<sup>262</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2017, Vor § 1937 Rn. 14; *Meyer-Pritzl*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, W Rn. 45; *Strothmann*, Jura 1982, 349, 351 f., 355 ff.

<sup>263</sup> S. oben S. 256 f.

<sup>264</sup> S. *Deeg*, Testierfreiheit und Typenzwang, 2003, S. 157, nach dem wesentliches Merkmal des Vermächtnisses ist, dass „gerade die *begünstigte Person* vollziehungs-, d. h. forde rungs- und klageberechtigt ist“ [Hervorhebung im Original].

gerichtlichen Rechtsbehelfe, die ihm mit der Vermächtnisforderung verliehen worden sind. Dem begünstigten Vollziehungsbefugten stehen dagegen allein die rechtsverwirklichenden Rechtsbehelfe eines ihm fremden Substanzrechts zu.

Zugleich ist umgekehrt ein Anspruch des Vermächtnisnehmers auf die Leistung nicht zwingende Voraussetzung eines Vermächtnisses. Der Erblasser kann die Klagbarkeit eines Vermächtnisses auch ausschließen und es so in Form einer Naturalobligation ausgestalten.<sup>265</sup> Das Distinktionsmerkmal, das das Vermächtnis von der Auflage unterscheidet, ist demnach nicht das Bestehen eines *Anspruchs* des Inhalts, Zuwendung an sich selbst verlangen zu können, sondern die Zuwendung eines vermögensmehrrenden *Forderungsrechts*.<sup>266</sup> Die Legaldefinition der Auflage schließt die Zuwendung eines Forderungsrechts gerade aus. Die Vollziehungsbe-fugnis stellt selbst kein Forderungsrecht dar, sondern ist auf Verwirklichung des dem Erblasser zugewiesenen Forderungsrechts gerichtet. Sie ist damit lediglich das Schutzinstrument eines ihrem Inhaber fremden Substanzrechts und mehrt daher auch nicht das Vermögen des Vollziehungsbefugten, auch wenn dieser selbst zugleich der Begünstigte der Auflage ist. Weder dieses Substanzrecht noch die Vollziehungsbe-fugnis selbst kann verpfändet oder übertragen werden.<sup>267</sup> Dem Vollziehungsbefugten steht in seiner Rolle als Vollziehungsbefugter kein schadensersatzrechtlicher oder bereicherungsrechtlicher<sup>268</sup> Schutz zu.<sup>269</sup> Ganz anders stellt sich dagegen die Si-tuation des Vermächtnisnehmers dar. Im Rahmen des Vermächtnisses ist eine Haf-tung nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts gem. §§ 280 ff. BGB möglich.<sup>270</sup> Der Vermächtnisnehmer ist durch die bereicherungsrechtliche Vorschrift des § 285 BGB geschützt.<sup>271</sup> Er kann seine Vermächtnisforderung übertragen<sup>272</sup> und belas-ten<sup>273</sup>.

Erst die in Erfüllung der Auflagenpflicht durch Zuwendung an den begünstigten Vollziehungsbefugten erfolgte Vermögensverschiebung bewirkt – reflexhaft – dessen Vermögensmehrung. Vor ihrer Erfüllung ist dem Begünstigten das Zuwei-sungsobjekt – die Leistungshandlung des Beschwertern – nicht zugewiesen. Dem

<sup>265</sup> Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 7 Anm. 8, S. 95; Armbriëster, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 10; Schulze, Die Naturalobligation, 2008, S. 567 f.

<sup>266</sup> Mugdan, Bd. V, S. 5.

<sup>267</sup> S. oben S. 202, 227 f.

<sup>268</sup> Der Wegfallbegünstigte ist zwar sowohl Inhaber des Vollziehungsanspruchs nach § 2194 S. 1 BGB als auch des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 2196 BGB. Allein aus seiner Stellung als Vollziehungsbefugter resultiert aber nicht die Inhaberschaft des berei-cherungsrechtlichen Anspruchs.

<sup>269</sup> S. oben S. 246.

<sup>270</sup> BGH, Urt. v. 29. 02. 1984 – IVa ZR 188/82, NJW 1984, 2570, 2571; Otte, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2174 Rn. 31; Ludyga, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2174 Rn. 11.

<sup>271</sup> Ludyga, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2174 Rn. 11.

<sup>272</sup> Ludyga, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2174 Rn. 12

<sup>273</sup> RG, Urt. v. 17.03.1908 – VII 179/07, RGZ 67, 425, 430; Ludyga, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2174 Rn. 12.

Vollziehungsbefugten als solchem ist es zu keinem Zeitpunkt zugewiesen. Die Vereinigung der Vollziehungsbefugnis und der Begünstigung in einem Rechtssubjekt ändert daran nichts.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass der erbrechtliche Typenzwang bzgl. des Vermächtnisses und der Auflage abgeschwächt ist und dem Erblasser ein weitgehender Gestaltungsspielraum überlassen ist. Anders als beispielsweise bei der Erbeinsetzung haben das Vermächtnis und die Auflage nicht die unmittelbare Zuordnung von Gütern zum Gegenstand, sondern die Aufstellung einer obligatorischen Leistungspflicht.<sup>274</sup> Dementsprechend ist auch eine Vielzahl der gesetzlichen Vorgaben an die inhaltliche Ausgestaltung von Vermächtnis und Auflage nicht zwingender Natur. Eingeschränkt wird die Gestaltungsfreiheit des Erblassers daher insoweit im Wesentlichen durch die Begriffsbestimmungen in den Legaldefinitionen der §§ 1939, 1940 BGB.<sup>275</sup> Widerspricht eine Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem nicht der Vorgabe des § 1940 BGB, verstößt sie damit auch nicht gegen den erbrechtlichen Typenzwang. Wie gezeigt, ist aus dem Verhältnis von Vermächtnis und Auflage nicht die Unzulässigkeit einer Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem bei der Auflage abzuleiten.

*d) Kein Ausschluss der Personenidentität aufgrund des „Wesens der Auflage“*

Der Möglichkeit einer Personenidentität von Vollziehungsbefugtem und Begünstigtem wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und Teilen der Literatur zudem entgegengehalten, sie widerspreche dem „Wesen der Auflage“. Dabei bleibt im Dunkeln, worin dieses Wesen der Auflage bestehen soll. Der Bundesgerichtshof leitet das „Wesen der Auflage“ aus der Vorschrift des § 1940 BGB und damit ihrer Legaldefinition ab. § 1940 BGB versage dem Begünstigten anders als das Vermächtnis einen Anspruch auf die Leistung, dies mache gerade das Wesen der Auflage aus.<sup>276</sup> Wie dargestellt, schließt § 1940 BGB jedoch nur ein *Forderungsrecht* u. a. des Begünstigten aus. Eine Aussage darüber, ob der Begünstigte einen *Anspruch* auf die Leistung haben kann, trifft die Vorschrift dagegen nicht.

Die verfehlte Gleichsetzung des obligatorischen Anspruchs mit der Forderung, wie sie auch von der Rechtsprechung betrieben wird, macht eine solche Differenzierung unmöglich. Auf dieser Grundlage muss § 1940 BGB tatsächlich so verstanden werden, dass ein obligatorischer Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen ist. Diese Ansicht führt allerdings auch zu dem nicht überwindbaren inneren Konflikt im gesetzlichen System der Auflage. Schließt § 1940 BGB nicht die Forderung eines

---

<sup>274</sup> Strothmann, Jura 1982, 349, 356. Allerdings werden auf diese Weise Forderungen unmittelbar zugewiesen.

<sup>275</sup> Strothmann, Jura 1982, 349, 356.

<sup>276</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 9.

anderen, sondern eines mit einer Forderung gleichzusetzenden Anspruchs aus, widerspricht sie der Vorgabe des § 2194 S. 1 BGB, nach der dem Vollziehungsbefugten ein Anspruch gerade zusteht. Die Vorschrift des § 1940 BGB ist, um einen offenen Widerspruch zur Vorgabe des § 2194 S. 1 BGB zu vermeiden, danach so auszulegen, dass sie die Zuwendung eines Anspruchs auf die Leistung an den Anspruchsinhaber selbst ausschließt. Konstruktiv muss dafür der Begriff „Recht auf die Leistung“ als „Anspruch auf Leistung an sich selbst“ verstanden werden.<sup>277</sup> Die Vollziehungsbeauftragte wäre dann kein Recht auf die Leistung, eine gleichzeitige Begünstigung des Vollziehungsbeauftragten wäre aber ausgeschlossen. Es ist anzunehmen, dass der Bundesgerichtshof diese Auslegung seinem Verständnis von der Auflage zugrunde legt und das „Wesen der Auflage“ demnach darin erblickt, dass eine Anspruchsberechtigung des Auflagenbegünstigten, auch betreffend den Vollziehungsanspruch, ausgeschlossen ist. Dies ist jedoch, wie dargestellt, nicht der Aussagegehalt des § 1940 BGB.

#### e) Fazit

Stehen weder die Legaldefinition der Auflage noch der erbrechtliche Typenzwang einer Begünstigung des Vollziehungsbeauftragten entgegen, ist davon auszugehen, dass die Gestaltungsfreiheit des Erblassers eine solche Anordnung zulässt.

## VII. Personenidentität von Bereicherungsgläubiger und Begünstigtem

Eine vergleichbare Frage stellt sich nach der Zulässigkeit einer Personenidentität zwischen dem Inhaber des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 2196 BGB und dem Begünstigten. Diese Konstellation erfährt im erbrechtlichen Schrifttum eine geringere Aufmerksamkeit als die zuvor dargestellte und behandelte Frage nach der Zulässigkeit einer Personenidentität von Vollziehungsbeauftragtem und Begünstigtem. Dies dürfte wohl dem Mangel an einschlägigen Entscheidungen der Rechtsprechung, dem Umstand, dass es sich bei § 2196 BGB um ein Sekundärrecht handelt, das anders als die Vollziehungsbeauftragte keinen Anspruch auf die Leistung selbst verschafft und somit für die Rechtsposition des Begünstigten nur von zweitrangigem Interesse ist, und der generell geringen praktischen Bedeutung der Vorschrift<sup>278</sup> geschuldet sein.

So wie eine Personenidentität zwischen Begünstigtem und Vollziehungsbeauftragtem zustande kommen kann, kann es grundsätzlich auch zu einer Personenidentität zwischen dem Begünstigten und dem Inhaber des Bereicherungsanspruchs aus-

<sup>277</sup> S. dazu oben S. 154 ff.

<sup>278</sup> Grädler, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2196 Rn. 2; Müller-Christmann, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2196 Rn. 1; ähnlich Rudy, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 1.

§ 2196 BGB kommen. Allerdings kommt eine solche nur für den Wegfallbegünstigten in Betracht, da der Anspruch nach § 2196 BGB nicht auch dem Erben oder Miterben zusteht. Die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Personenidentität wird für beide Konstellationen üblicherweise einheitlich beantwortet.<sup>279</sup>

Das rechtsfortsetzende Schutzrecht des § 2196 BGB dient dem bereicherungsrechtlichen Schutz der dem Erblasser zugewiesenen Auflagenforderung. Es ist somit fremdnütziger Natur. Darüber hinaus schafft die Vorschrift des § 2196 BGB auf sekundärer Ebene ein neues Substanzrecht für den Inhaber des Bereicherungsanspruchs, da es auf eine Vermögensverschiebung zugunsten des Anspruchsinhabers gerichtet ist.<sup>280</sup> Dieses Forderungsrecht stellt aber kein Recht auf die Leistung dar. Dies ergibt sich schon daraus, dass anderenfalls bereits die Existenz des § 2196 BGB gegen die Legaldefinition der Auflage verstieße. Das durch § 2196 BGB begründete Forderungsrecht stellt mithin keine Wertposition an der Auflagenforderung dar. Es spricht daher nichts dagegen, dass auch der Begünstigte Inhaber des Anspruchs nach § 2196 BGB sein kann. Kann der Begünstigte über den Anspruch des § 2196 BGB eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beschwertern abschöpfen, verschafft ihm dies daher nicht entgegen § 1940 BGB ein Recht auf die Leistung.

### VIII. Gestaltungsfreiheit des Erblassers

Hinsichtlich des Inhalts der Auflagenpflicht steht dem Erblasser ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Auch an objektiven Kriterien gemessen sinnfreie oder widersinnige Auflagen sind grundsätzlich zulässig. Als sittenwidrig und damit nichtig gilt eine Auflage vor dem Hintergrund der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen. Dies wird etwa dann angenommen, wenn der Erblasser mit der Auflage in den privaten und höchstpersönlichen Bereich der Lebensführung des Beschwertern eingreift.<sup>281</sup>

Nach weit verbreiteter Ansicht kann der Erblasser die Inhaberschaft der Vollziehungsbefugnis abweichend von den Vorgaben des § 2194 S. 1 BGB regeln. Inzwischen nahezu allgemein anerkannt ist, dass er die Vollziehungsbefugnis bestimmten Personen, die zum in § 2194 S. 1 BGB genannten Personenkreis gehören,

<sup>279</sup> *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2196 Rn. 3; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 4; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2196 Rn. 6; *Burandt*, in: Burandt/Rojahn, 4. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 3; *Stürner*, in: Jauernig, 19. Aufl. 2023, § 2196 Rn. 1; *Schäckel*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2196 Rn. 3 bejahen dementsprechend die Zulässigkeit einer Personenidentität; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2196 Rn. 4; *Johannsen*, in: BGB-RGRK, 11. Aufl. 1961, § 2196 Rn. 3 lehnen sie ab.

<sup>280</sup> Vgl. dazu grundsätzlich auch *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 63 f.

<sup>281</sup> LG Bochum, Urt. v. 20.05.2021 – I-8 O 486/20, ZEV 2022, 354, 355.

entziehen kann.<sup>282</sup> Weit überwiegend geht das Schrifttum zudem davon aus, dass er die Vollziehungsbefugnis darüber hinaus auch bestimmten, gesetzlich nicht vollziehungsbefugten Personen verleihen<sup>283</sup> kann.<sup>284</sup> Auch die Regelung des § 2196 BGB wird für dispositiv erachtet.<sup>285</sup>

Vereinzelt wird eine Befugnis des Erblassers, den Kreis der Vollziehungsbefugten zu erweitern, grundsätzlich abgelehnt. Der Wortlaut des § 2194 BGB gebe eine solche nicht her und für eine extensive Auslegung oder eine Analogie bestehe kein Bedürfnis, da der Erblasser die Möglichkeit habe, eine Testamentsvollstreckung, insbesondere eine gem. § 2208 Abs. 2 BGB beaufsichtigende Testamentsvollstreckung anzurufen.<sup>286</sup> Auch die weitreichende Rechtsmacht, die dem Vollziehungsbefugten zustehe, spreche gegen eine solche erweiternde Auslegung des § 2194 BGB bzw. eine entsprechende Analogie.

Teilweise wird eine Anordnung des Erblassers, einer nicht zu dem in § 2194 BGB genannten Personenkreis gehörenden Person die Vollziehungsbefugnis einzuräumen, auch als Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenbereich gem. § 2208 BGB ausgelegt.<sup>287</sup> Dagegen wird zurecht vorgebracht, dass sich die Anordnung einer beschränkten Testamentsvollstreckung von der Verleihung der Vollziehungsbefugnis qualitativ unterscheidet.<sup>288</sup> Der Testaments-

<sup>282</sup> *Weidlich*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 2; *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 6; *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 1; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 7; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, Rn. 939, S. 292; *Röthel*, Erbrecht, 18. Aufl. 2020, § 37 Rn. 10, S. 438; zweifelnd *Lange*, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, § 28 III 3, S. 286.

<sup>283</sup> Zur umstrittenen Frage, ob auch der Begünstigte auf diese Weise vollziehungsbefugt sein kann, s. oben S. 248 ff.

<sup>284</sup> *Weidlich*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 2; *Schäckel*, in: Deutscher Erbrechtskommentar, 2. Aufl. 2010, § 2194 Rn. 3; *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 6; *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 5; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, Rn. 939, S. 292; *Röthel*, Erbrecht, 18. Aufl. 2020, § 37 Rn. 10, S. 438; wohl auch *Schiemann*, in: PWW, BGB, 19. Aufl. 2024, § 2194 Rn. 1; zweifelnd *Lange*, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, § 28 III 3, S. 286.

<sup>285</sup> *Rudy*, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 2; *Burandt*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 2; *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 2196 Rn. 3; *Grädler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2024, § 2196 Rn. 8; *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2196 Rn. 8; *Kroiß*, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2196 Rn. 8; *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2196 Rn. 3.

<sup>286</sup> *Kroiß*, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2194 Rn. 8, der einen Entzug der gesetzlichen Vollziehungsbefugnis durch den Erblasser hingegen mit der allgemeinen Ansicht für zulässig erachtet.

<sup>287</sup> *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 30 III 3b, S. 660; wohl eine entsprechende Auslegungsregel nimmt *Magnus*, in: Soergel, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2194 Rn. 7 an: „Die Einsetzung eines Vollziehungsberechtigten dürfte allerdings als Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenkreis zu deuten sein“; ähnlich *Nobis*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2194 Rn. 1.

<sup>288</sup> Vgl. *Otte*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 2194 Rn. 6; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. 2007, Rn. 939, S. 292.

vollstrecker ist verpflichtet, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, während dem Vollziehungsbefugten lediglich eine entsprechende Befugnis eingeräumt ist. Wenn also die Möglichkeit des Erblassers, einer Person willkürlich die Vollziehungsbefugnis zu verleihen, anerkannt wird, kann eine solche Bestimmung nicht als Anordnung der beschränkten Testamentsvollstreckung ausgelegt werden.

Versteht man die Vollziehungsbefugnis und den Bereicherungsanspruch als Schutzrechte einer dem Erblasser als Substanzrecht zustehenden Forderung, hat dies zur Folge, dass grundsätzlich dem Erblasser die Entscheidung darüber überlassen sein muss, wen er mit den Schutzrechten dieser Forderung ausstattet. Der historische Gesetzgeber hat in den §§ 2194, 2196 BGB den typisierten Erblasserwillen kodifiziert. Weicht der tatsächliche Erblasserwille von diesen Vorgaben ab, kann er an ihre Stelle treten. Es handelt sich bei §§ 2194, 2196 BGB um nachgiebiges Recht. Vergleichbar der Rechtslage bei den ideellen Bestandteilen des postmortalen Persönlichkeitsrechts, obliegt die Festlegung der „Wahrnehmungsberechtigten“ in erster Linie dem Erblasser. Trifft dieser keine ausdrückliche oder konkludente Bestimmung, sind zur Wahrnehmung der ideellen Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts die nahen Angehörigen befugt, für die Auflage trifft das Gesetz in §§ 2194, 2196 BGB entsprechende Vermutungsregeln.

## **IX. Auflage ohne Vollziehungsbefugnis**

Auch bei Anerkennung einer Entscheidungshoheit und Gestaltungsfreiheit des Erblassers hinsichtlich der Verleihung und Aberkennung der Vollziehungsbefugnis stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der Erblasser die Vollziehungsbefugnis nach § 2194 BGB und damit die rechtliche Erzwingbarkeit der Auflage komplett ausschließen kann.

Der Bundesgerichtshof hatte bei seiner Entscheidung betreffend die Unzulässigkeit einer Personenidentität von Begünstigtem und Vollziehungsbefugtem<sup>289</sup> ausdrücklich offengelassen, ob diese auch für den Fall anzunehmen sei, in dem außer dem Begünstigten kein weiterer Vollziehungsbeauftragter existiert.<sup>290</sup> Sieht man in der Vollziehungsbefugnis das mit der Auflagenpflicht des Beschwerten korrespondierende Recht,<sup>291</sup> scheint die Möglichkeit einer Auflage ohne Existenz eines Vollziehungsbeauftragten ausgeschlossen zu sein. Denn die Pflicht des Beschwerten stellt sich dann als isolierte Handlungspflicht dar und wäre ohne korrespondierende Berechtigung mit dem tradierten Verständnis des Privatrechtssystems nicht vereinbar.

Ermangelt es an einer Vollziehungsbefugnis, existiert kein Rechtsbehelf, der die Durchsetzung der Auflage bewirken könnte. Die Auflage ist in diesem Fall nicht nur nicht einklagbar, es ist schon niemand befugt, durch kommunikatives Einwirken auf

---

<sup>289</sup> S. oben S. 250 f.

<sup>290</sup> BGH, Urt. v. 08.05.1952 – II ZR 220/51 (unveröffentlicht), S. 10.

<sup>291</sup> S. dazu oben S. 133 ff.

den Beschwerden die Erfüllung der Auflage zu verlangen. Sieht sich der Beschwerde nicht dem Verlangenkönnen eines anderen ausgesetzt, besteht auch keine rechtliche Verpflichtung.<sup>292</sup>

Der Ausschluss kann sich aber auf die zwangsweise Durchsetzbarkeit der Auflage beschränken. Kann der Erblasser bei der Anordnung eines Vermächtnisses festlegen, dass dem Vermächtnisnehmer kein Anspruch auf die Leistung zustehen soll,<sup>293</sup> und dieses dadurch als Naturalobligation ausgestalten, muss ein Ausschluss des Erfüllungsanspruchs erst recht im Rahmen der Auflage zulässig sein, bei der nach der gesetzlichen Regelung ein Vollziehungsbefugter schon keine Forderung auf die Leistung und damit eine schwächere Rechtsposition innehat als ein Vermächtnisnehmer. Die Befugnis des Vollziehungsbefugten beschränkt sich in diesem Fall auf das kommunikative Einfordern der Auflagenpflicht.

---

<sup>292</sup> Vgl. so auch *Kunz*, Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung, 2015, S. 84, die im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Auflage ausführt: „Wenn es keinen Dritten gibt, der die Verwirklichung einer erblasserischen Anordnung vom Alleinerben erzwingen kann, besteht auch keine rechtliche Verpflichtung.“ Ohne ein Verlangenkönnen kommt allenfalls ein reiner Erwerbsgrund in Betracht.

<sup>293</sup> S. oben S. 261.

## **G. Fazit**

Mit der erbrechtlichen Auflage steht dem Erblasser ein Gestaltungsmittel zur Verfügung, das auf den ersten Blick ein Fremdkörper im Zivilrechtssystem zu sein scheint. Die Untersuchung hat indes gezeigt, dass sich die Auflage bei einer entsprechenden dogmatischen Erfassung durchaus in das Zivilrechtssystem einfügen lässt, auch wenn sie durch die Abspaltung der Inhaberschaft an den Wertpositionen von der Inhaberschaft an den Rechtsbehelfen sowie die Zuweisung des Substanzrechts an den Erblasser zumindest über eine atypische rechtliche Struktur verfügt. Die Kenntnis der rechtlichen Struktur ist Voraussetzung dafür, in der Praxis eine kohärente und systemkonforme Anwendung dieses Rechtsinstituts gewährleisten zu können. Wie dargestellt, lassen sich die in der Rechtsprechung und im Schrifttum diskutierten Zweifelsfragen unter Berufung auf die dem Rechtsinstitut der Auflage zugrundeliegenden Strukturen interessengerechten Lösungen zuführen. Die Auflage hat sich dabei trotz ihrer Schwächen insbesondere gegenüber dem Vermächtnis als durchaus praxistaugliches Rechtsinstitut herausgestellt, das über einen eigenen Anwendungsbereich verfügt und damit spezielle Gestaltungsbedürfnisse befriedigen kann.

## Literaturverzeichnis

- Achilles, Albrecht/Gebhard, Albert/Spahn, Peter (Bearb.): Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, Bd. II, Berlin 1898.*
- Adomeit, Klaus: Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem, Berlin 1969.*
- Ahrens, Claus: Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, Würzburg 2002.*
- Aicher, Josef: Das Eigentum als subjektives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Berlin 1975.*
- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1994.*
- Aliprandis, Nikitas: Subjektives Recht und Unterwerfung, RTh 2 (1971), S. 129.*
- Anders, Holm: Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda. Eine systematische Darstellung, unterstützt durch alternative Vorschläge unter besonderer Berücksichtigung kaufrechtlicher Bestimmungen, Berlin 2001.*
- Andres, Ingrid: Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen. Ein Beitrag zur Entstehung des BGB, Berlin 1996.*
- Andrés Santos, Francisco: Was erwartet sich die Geschichte des Europäischen Privatrechts von der deutschen Rechtswissenschaft?, in: Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive, hrsg. von Christian Baldus/Peter-Christian Müller-Graff, München 2006, S. 93.*
- Ankum, Hans: Das Legatum sub modo im klassischen Römischen Recht, TR 87 (2019), S. 351.*
- Arndts von Arnesberg, Karl Ludwig/Pfaff, Leopold/Hofmann, Franz: Lehrbuch der Pandekten (nach des Verfassers Tode besorgt von L. Pfaff und F. Hofmann), 11. Aufl., Stuttgart 1883.*
- Auer, Marietta: Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant, AcP 208 (2008), S. 584.*
- Avenarius, Martin: Ordo testamenti. Pflichtendenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht, Tübingen 2024.*
- Bachmann, Thomas: Die elektive Konkurrenz. Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Berlin 2010.*
- Bähr, Otto: Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Kassel 1892.*
- Baldus, Christian: Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1998.*
- Baldus, Christian: Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht – Zur Konkretisierung der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“, in: Die Generalklausel im*

- Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanscher Perspektive, hrsg. von Christian Baldus/Peter-Christian Müller-Graff, Kempten 2006, S. 1.
- Baldus*, Christian: Anspruch und Verjährung – Geschichte und System, in: Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform. Würzburger Tagung vom 08. und 09.05.2009, hrsg. von Oliver Remien, Tübingen 2009, S. 5.
- Baldus*, Christian: Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, hrsg. von Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel, Tübingen 2013, S. 6.
- Baldus*, Christian: Verwerfungsargument und Willenstheorie, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, hrsg. von Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel, Tübingen 2013, S. 75.
- Baldus*, Christian: Öffentliches Interesse im Sinne des § 2194 BGB – privatrechtliche Ausfüllung öffentlich-rechtlicher Spielräume, ErbR 2020, S. 298.
- Baldus*, Christian: Einführung, in: Otto Gradenwitz, Sulla presupposizione. Una critica alla teoria di Winscheid, Traduzione e testi di Elena Pezzato Heck, Saggi introduttivi di Christian Baldus e Francesca Lamberti, Pisa 2024.
- Baldus*, Christian/*Wacke*, Andreas: Frankfurt locuta, Europa finita? Zur Reinen Rechtsgeschichtslehre in Band 12, 1993, des Rechtshistorischen Journals (RJ) und zu anderen Zweifeln am Gegenwartswert des Römischen Rechts, ZNR 17 (1995), S. 283.
- Baron*, Julius: Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1896.
- Bartsch*, Herbert: Die postmortale Schweigepflicht des Arztes beim Streit um die Testierfähigkeit des Patienten, NJW 2001, S. 861.
- Baston-Vogt*, Marion: Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997.
- Bayer*, Walter: Der Vertrag zugunsten Dritter. Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – dogmatische Strukturen, Tübingen 1995.
- Beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), hrsg. von Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann, München 2024.
- Beck'scher Online-Kommentar, BGB, hrsg. von Wolfgang Hau/Roman Poseck, 71. Edition, Stand: 01.08.20234, München 2024.
- Bekker*, Ernst Immanuel: Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. II, Berlin 1873.
- Bekker*, Ernst Immanuel: System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, Weimar 1889.
- Belling*, Detlev: Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, Tübingen 1990.
- Bender*, Albrecht: Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht: Dogmatik und Schutzbereich, VersR 2001, S. 815.
- Beneduzi*, Renato: Actio und Klagrecht bei Theodor Muther, Heidelberg 2016.
- Benöhr*, Hans-Peter: Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburg 1965.

- Bernatzik*, Edmund: Über den Begriff der juristischen Person. Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Neudruck der Ausgabe von 1890, Wien/New York 1996.
- Berthold*, Johannes Julius: Die erbrechtliche Auflage nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche mit einem Überblick über die bisherige Rechtsentwicklung, Borna/Leipzig 1909.
- Beseler*, Gerhard von: Einzelne Stellen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 66 (1948), S. 599.
- Beurskens*, Michael: Privatrechtliche Selbsthilfe. Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen, Tübingen 2017.
- Beuthien*, Volker: Persönlichkeitsgüterschutz vor und nach dem Tode, Baden-Baden 2002.
- Biavaschi*, Paola: Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra repubblica e principato, Milano 2011.
- Biedenkopf*, Kurt Hans: Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, hrsg. von Helmut Coing/Heinrich Kronstein/Ernst-Joachim Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 113.
- Binder*, Birgit: Otto Bähr (1817–1895), Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, Frankfurt a. M. 1983.
- Binding*, Karl: Zur Literatur der allgemeinen Rechtslehre, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 21 (1879), S. 542.
- Binding*, Karl: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1: Strafrecht, Neudruck der Ausgabe von 1915, Berlin 2013.
- Biondi*, Biondo: Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl., Milano 1955.
- Blume*, Wilhelm von: Fragen des Totenrechts, AcP 112 (1914), S. 367.
- Böcking*, Eduard: Institutionen. Ein Lehrbuch des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems. Nebst Einleitung in das Studium des römischen Rechts, Bd. 1, Bonn 1843.
- Böcking*, Eduard: Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, Bd. 1: Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts, Bonn 1853.
- Böcking*, Eduard: Römisches Privatrecht. Institutionen des Römischen Civilrechts, 2. Aufl., Bonn 1862.
- Boehmer*, Gustav: Zur nachträglichen (postmortalen) Eheschließung und Ehescheidung, AcP 150 (1949), S. 235.
- Boenigk*, Ricarda Luise: Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, Hamburg 2004.
- Bork*, Reinhard: Der Vergleich, Berlin 1988.
- Bork*, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Brinz*, Alois: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2 Abt. 1, 2. Aufl., Erlangen 1879.
- Brinz*, Alois: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, 2. Aufl., Erlangen/Leipzig, 1892.

- Braun, Johann: Leistung und Sorgfalt. Gedanken anlässlich des gleichnamigen Buches von Wolfgang Schur, AcP 205 (2005), S. 127.
- Brecher, Fritz: Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, hrsg. von der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität, Bonn, Karlsruhe 1957, S. 181.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl., München 2024.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dieter: Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl., München 2024.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dieter: Erbrecht, 30. Aufl., München 2024.
- Bruck, Eberhard F.: Über Römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte, Berlin et al. 1954.
- Bruns, Rudolf: Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Bd. 1, hrsg. von Rolf Dietz/Heinz Hübner, München/Berlin 1965, S. 3.
- Bucher, Eugen: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.
- Buchheim, Johannes: Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine actionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, Tübingen 2017.
- Burandt, Wolfgang/Rajahn, Dieter (Hrsg.): Erbrecht, 4. Aufl., München 2022.
- Burchardi, Karl: Der Vollziehungsanspruch bei letztwilligen Auflagen privater Natur, Düsseldorf 1911.
- Burckhardt, Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, Basel 1927.
- Buschmann, Arno: Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2081.
- Claus, Sabine: Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, Baden-Baden 2004.
- Coing, Helmut: Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in: Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, hrsg. von Helmut Coing/Frederick H. Lawson/Kurt Grönfors, Frankfurt a. M. 1959, S. 7.
- Coing, Helmut: Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt a. M. 1962.
- Coing, Helmut: Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Bd. 1: Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht, Festschrift für Hans Dölle, hrsg. von Ernst von Caemmerer/Arthur Nikisch/Konrad Zweigert, Tübingen 1963, S. 25.
- Coing, Helmut: Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, RabelsZ 32 (1968), S. 1.
- Cordes, Joannes Fridericus: De modo, conventionibus adiecto, eiusque effectu iuridico, Göttingen 1782.
- Corinth, Annette: Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, Göttingen 2008.
- Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, Bd. V: Digesten 35–42, hrsg. von Johannes Emil Spruit, Zutphen 2000.

- Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. VI: Digesten 35–39, hrsg. von Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohsse/Thomas Rüfner, Heidelberg 2024.
- Cosack, Konrad: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 4. Aufl., Jena 1904.
- Costede, Jürgen: Studien zum Gerichtsschutz, Grundlagen des Rechtsschutzes in der Streitigen und Freiwilligen deutschen Zivilgerichtsbarkeit, Bern 1977.
- Cremer, Kurt: Das Pactum de non petendo, Diss. Köln 1959.
- Crome, Carl: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, Freiburg 1897.
- Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, Nachdruck der Ausgabe von 1912, Tübingen 1998.
- Daragan, Hanspeter: Die Auflage als erbschaftsteuerliches Gestaltungsmittel, DStR 1999, S. 393.
- Daragan, Hanspeter: Anm. zu AG München, Urt. v. 27.10.2023 – 158 C 16069/22, ZEV 2024, S. 378.
- Deeg, Peter: Testierfreiheit und Typenzwang, Passau 2003.
- Dernburg, Heinrich: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. 1, Halle 1871.
- Dernburg, Heinrich/Engelmann, Arthur: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, 3. Aufl. 1911.
- Deutscher Erbrechtskommentar, hrsg. von Franz Große-Wilde/Peter Quart, 2. Aufl., Köln 2010.
- Di Salvo, Settimio: Il legato modale in diritto romano: elaborazioni dommatiche e realtà sociali, Napoli 1973.
- Dietz, Rolf: Erbrecht. Ein Grundriss, Bonn 1949.
- Dietzel, Andreas: Untergang statt Fortbestand. Zur Abgrenzung der unvererblichen Rechtsbeziehungen im Schuldrecht, Pfaffenweiler 1991.
- Dilcher, Gerhard: Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft, AcP 184 (1984), S. 247.
- Dorweiler, Magnus: Vermögensvorteil und Geldwert beim Vermächtnis, Frankfurt a. M. et al. 2005.
- Dörner, Heinrich: Dynamische Relativität. Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, München 1985.
- Dreier, Thomas: Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002.
- Drosdowski, Thomas: Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, Berlin 1998.
- Dulckett, Gerhard: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951.
- Ebenroth, Carsten Thomas: Erbrecht, München 1992.

- Ebert*, Bertram: Das Recht auf den Eingriffserwerb, ZIP 2002, S. 2296.
- Ebert*, Ina: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, Tübingen 2004.
- Eisele*, Fridolin: Ueber Realcontracte mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht. Eine kritische Studie, ZSR N.F. Bd. 3, 1884, S. 1.
- Eltzbacher*, Paul: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Bd. 1: Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1903.
- Eltzbacher*, Paul: Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, Berlin 1906.
- Endemann*, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Teil 1, 8./9. Aufl., Berlin 1919.
- Engisch*, Karl: Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018.
- Enneccerus*, Ludwig: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Abt. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 18.–22. Aufl., Marburg 1923.
- Enneccerus*, Ludwig /*Nipperdey*, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, Halbbd. 1: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Enneccerus*, Ludwig /*Nipperdey*, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, Halbbd. 2: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte. Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Aufl., Tübingen 1960.
- Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen nebst Motiven, Bd. 4.1.2, Von den Verbindlichkeiten – Erstes Buch: Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen. Motive, Darmstadt 1853.
- Erman*, BGB Handkommentar, hrsg. von Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer, 17. Aufl., Köln 2023.
- Esser*, Josef: Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Wien 1949.
- Esser*, Josef/*Schmidt*, Eike: Schuldrecht Bd. 1: Allgemeiner Teil, Teilbd. 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Aufl., Heidelberg 1995.
- Fabricius*, Fritz: Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den *Nasciturus*, FamRZ 1963, S. 403.
- Falk*, Ulrich: Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, Frankfurt a. M. 1989.
- Falk*, Ulrich: „Ein Gegensatz prinzipieller Art“. Betrachtungen zur rechtsdogmatischen Diskussion um die Möglichkeit subjektloser subjektiver Rechte, RJ 9, 1990 (Neudruck 1994), S. 221.
- Feigel*, August: Die Auflage nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Nachdruck der Ausgabe von 1898, Norderstedt 2017.
- Fezer*, Karl-Heinz: Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts, München 1986.
- Fijal*, Andreas: Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin in den Jahren 1859 bis 1933, Neudruck der Ausgabe von 1991, Berlin/Boston 2013.

- Fikentscher*, Wolfgang: Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos. Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages, München 1971.
- Fikentscher*, Wolfgang: Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin/Boston 1976.
- Fischer*, Annette: Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes. Von Bismarck bis Marlene Dietrich, Frankfurt a. M. 2004.
- Fischer-Lescano*, Andreas: Subjektlose Rechte, KJ 2017, S. 476.
- Fleischer*, Holger: Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“, Tübingen 2013, S. 1.
- Flume*, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin et al. 1992.
- Förster*, Franz (Verf.)/*Eccius*, Max Ernst (Hrsg.): Preußisches Privatrecht, Bd. 1, Neudruck der 7. Aufl. von 1896, Berlin 2020.
- Förster*, Franz (Verf.)/*Eccius*, Max Ernst (Hrsg.): Preußisches Privatrecht, Bd. 4, Neudruck der 7. Aufl. von 1897, Berlin 2019.
- Fraenkel*, Michael: Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, Berlin 1979.
- Frank*, Rainer/*Helms*, Tobias: Erbrecht. Mit Fällen, Klausuren, Übersichten, 7. Aufl., München 2018.
- Frieling*, Tino: Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers. Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, Tübingen 2017.
- Fromlowitz*, Patrick: Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, des Inhalts, des postmortalen Schutzes und der Übertragbarkeit, Frankfurt a. M. 2014.
- Funcke*, Jan Christoph: Die sogenannte *actio quasinegatoria*. Zur Frage der quasinegatorischen Unterlassungsansprüche, Berlin 2010.
- Fußeder*, Florian: Soziale Netzwerke im Nachlass. Eine Untersuchung zum postmortalen Geheimnisschutz, Baden-Baden 2019.
- Gandolfi*, Giuseppe: Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Milano 1966.
- Gebauer*, Peer: Zur Haftung des Mieters bei unbefugter Untervermietung, Anm. zu BGH, Urt. v. 13. Dezember 1995 – XII ZR 194/94, Jura 1998, S. 128.
- Geiger-Wieske*, Anna Magdalena: Dinglichkeit und Pflicht. Eine Untersuchung am Beispiel der Grunddienstbarkeit, Baden-Baden 2024.
- Georgiades*, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1967.
- Gernhuber*, Joachim: Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittirkungen (Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen Bd. 8), Tübingen 1989.
- Gernhuber*, Joachim: Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Aufl., Tübingen 1994.

- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar:* Familienrecht, 7. Aufl., München 2020.
- Getz, Heinrich:* Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem, Bonn 1966.
- Gierke, Otto von:* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- Gierke, Otto von:* Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.
- Gierke, Otto von:* Deutsches Privatrecht, Bd. 3, München/Leipzig 1917.
- Glück, Christian Friedrich:* Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Kommentar für meine Zuhörer, Bd. 4.2, Erlangen 1797.
- Gradenwitz, Otto:* Ueber den Begriff der Voraussetzung, Berlin 1880.
- Gregorita, Anna:* Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener. Eine Untersuchung der Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof in den Marlene-Dietrich-Urteilen vom 1. Dezember 1999, Berlin 2003.
- Greiner, David:* Die Haftung auf Verwendungsersatz, Berlin 2000.
- Gropp, Michael:* Die Rechtsfortbildung contra Legem. Ein Beitrag zur rechtstheoretischen Erforschung der Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht, Berlin 1974.
- Grosch, Marcus:* Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Zeit und Recht sowie eine Kritik der Dogmatik vom materiellen Unterlassungsanspruch, Heidelberg 2002.
- Grosso, Giuseppe:* I legati nel diritto romano, 2. Aufl., Torino 1962.
- Gruchot, Julius Albert:* Preussisches Erbrecht in Glossen zum allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen, Bd. 2, Berlin 1866.
- Grüneberg, Christian:* Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Aufl., München 2024.
- Grunsky, Wolfgang:* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 1976, S. 277.
- Haas, Volker:* Kausalität und Rechtsverletzung, Berlin 2002.
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbbecke, Marc (Hrsg.):* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2019.
- Hammen, Horst:* Anm. zu OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.06.1986 – 21 U 239/84, WM 1987, S. 1249.
- Hanau, Hans:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungs wegen, Tübingen 2004.
- Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III, Teilb. 2, hrsg. von Helmut Coing, München 1982.
- Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. I–II, hrsg. von Babusiaux, Ulrike/Baldus, Christian/Ernst, Wolfgang/Meissel, Franz-Stefan/Platschek, Johannes/Rüfner, Thomas, Tübingen 2023.

- Handkommentar BGB, hrsg. von Schulze, Reiner, 12. Aufl., Baden-Baden 2024 (zitiert: *Bearbeiter* in: HK-BGB).
- Harder*, Manfred: Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin 1968.
- Harder*, Manfred/*Kroppenberg*, Inge: Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl., Neuwied 2002.
- Hartmann*, Felix: Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum*, Tübingen 2007.
- Hartmann*, Felix: Beschäftigungsanspruch und Zustimmungsersetzung, ZFA 2008, S. 383.
- Hartmann*, Gustav: Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht, Braunschweig 1872.
- Hartmann*, Gustav: Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875.
- Haß*, Gerhard: Zur „schwierigen“ Auflage im Erbrecht, SchlHAnz 1978, S. 61.
- Hattenhauer*, Christian/*Schäfer*, Frank: Materialien zum Sächsischen BGB, Online-Datenbank.
- Hattenhauer*, Hans: Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 2000.
- Hausmaninger*, Herbert/*Selb*, Walter: Römisches Privatrecht, 9. Aufl., Wien 2001.
- Haymann*, Franz: Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1905.
- Hedemann*, Justus Wilhelm: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1949.
- Heimann*, Nicole: Die Problematik der dogmatischen Qualifizierung der Interventionsfiguren Hauptintervention, Forderungsprätendentenstreit und Urheberbenennung, Bonn 1996.
- Heise*, Georg Arnold: Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, 3. Aufl., Heidelberg 1819.
- Heldrich*, Andreas: Der Persönlichkeitsschutz Verstorbener, in: Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 163.
- Hellwig*, Conrad: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Neudruck der Ausgabe von 1899, Aalen 1980.
- Hellwig*, Conrad: Klagrecht und Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Zivilprozessrechts, Neudruck der Ausgabe von 1905, Aalen 1980.
- Hellwig*, Conrad: Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht, Neudruck der Ausgabe von 1924, Aalen 1967.
- Henckel*, Wolfram: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 97.
- Hetterich*, Hellen: Mensch und „Person“ – Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit. Eine rechtshistorisch-kritische Untersuchung zu § 1 BGB, Berlin 2016.
- Heyer*, Friedrich August: Die Selbsthilfe, ArchBürgR 19 (1901), S. 38.
- Hillgruber*, Christian: Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten. Über den Anfang und das Ende der Rechtsfähigkeit im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 975.
- Hirsch*, Hans Joachim: Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschutzes, Karlsruhe 1967.

- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/  
Reinhard Zimmermann: Bd. I, Allgemeiner Teil §§ 1–240, Tübingen 2003; Bd. II/1,  
Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–304, Tübingen 2007.
- Hoch*, Hannsgeorg: Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode (Diss.  
Köln 1975).
- Hofacker*, Karl Christoph: *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, Tübingen 1788.
- Hoffmann*, Jan Felix: Zession und Rechtszuweisung, Tübingen 2012.
- Hoffmann*, Jan Felix: Gewillkürte Prozessstandschaft und materiell-rechtliche Ausübungser-  
mächtigung, ZZP 130 (2017), S. 403.
- Höflich*, Ann-Katrin: Die ärztliche Schweigepflicht. Unter besonderer Beachtung der post-  
mortalen ärztlichen Schweigepflicht, Frankfurt a. M. 2011.
- Hofmann*, Franz: Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen 2017.
- Hohner*, Georg: Subjektlose Rechte. Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession,  
Bielefeld 1969.
- Hold v. Ferneck*, Alexander: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen  
Lehren des Strafrechts, Jena 1903.
- Holthofer*, Ferdinand: Das Klagerrecht aus der Auflage bei letzwilligen Verfügungen im  
B.G.B., Köln 1912.
- Honsell*, Heinrich: Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte. Eine  
rechtgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB, München 1974.
- Honsell*, Thomas: Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung  
im Wandel unseres Jahrhunderts, Ebelsbach 1986.
- Höpfner*, Ludwig Julius Friedrich: Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen  
Institutionen nach deren neuesten Ausgabe, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1818.
- Horak*, Franz: *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen  
Juristen bis Labeo*, Bd. I, Aalen 1969.
- Horn*, Claus-Henrik/*Kroiß*, Ludwig: Testamentsauslegung. Strategien bei unklaren letzwilli-  
gen Verfügungen, 2. Aufl., München 2019.
- Hörtner*, Iris: Die Bedeutung und Entwicklung des Instituts der Fideikomisse im römischen  
Erbrecht, Diss. Graz 2011.
- Hruschka*, Joachim: Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, JZ 2004,  
S. 1085.
- Huber*, Ulrich: Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager  
einheitlichen Kaufrechts, JZ 1974, S. 433.
- Huber*, Ulrich: Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und  
deutschem Schuldrecht, in: *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg.  
von Hans Claudius Ficker/Detlef König/Karl F. Kreuzer/Hans G. Leser/Wolfgang Frhr.  
Marschall von Bieberstein/Peter Schlechtriem, Tübingen 1978, S. 837.
- Huber*, Ulrich: Schadensersatz statt der Leistung, AcP 210 (2010), S. 319.
- Hübner*, Heinz: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin/Boston 1996.

- Hüftle*, Ilka: Schadensersatz wegen entgangener Erbschaft. Zugleich ein Beitrag zum Vorrang der Zuweisung subjektiver Rechte vor der schadensersatzrechtlichen Sanktion, Berlin 2008.
- Hugo*, Gustav: Civilistischer Cursus, Bd. 3, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian, Nachdruck der 11. Aufl., Berlin 1832, Goldbach 1997.
- Huschke*, Philipp Eduard: Die Multa und das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. Zugleich in ihrem grundleglichen Zusammenhange mit dem römischen Criminal- und Civil-Processe dargestellt, Leipzig 1874.
- Ikadatsu*, Yasuhiro: Der Paradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen, Ebelsbach 2002.
- Impallomeni*, Giambattista: Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane, Padova 1963.
- Jacobs*, Matthias: Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens. Rechtsverhältnis und rechtliches Interesse bei Feststellungsstreitigkeiten vor Zivil- und Arbeitsgerichten, Tübingen 2005.
- Jacoby*, Florian: Das private Amt, Tübingen 2007.
- Jakobs*, Horst Heinrich/*Schubert*, Werner: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht, §§ 1922–2385 BGB, 2. Teilband, Berlin/New York 2002.
- Janich*, Stephan: Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwärtigkeit. Eine Untersuchung ausgehend von den Funktionszusammenhängen unserer Rechtsordnung hin zu den Einzelfragen der Beschaffenheit dinglicher Ansprüche, Berlin 2023.
- Jauernig*, Othmar/*Stürner*, Rolf (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Rom-I-, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUnProt und EuErbVO. Kommentar, 19. Aufl., München 2023.
- Jhering*, Rudolf von: Passive Wirkungen der Rechte, JhJrB 10 (1871), S. 387.
- Jhering*, Rudolf von: Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1884.
- Johnston*, David: The Roman Law of Trusts, Oxford 1988.
- Jung*, Alexander: Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Remscheid 2005.
- juris* Praxiskommentar BGB, Bd. 5 – Erbrecht, hrsg. von Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth/Markus Würdinger, 9. Aufl., Saarbrücken 2020.
- Kahl*, Thomas: Regelanwendung und Einzelfallgerechtigkeit bei den sogenannten rein prozessualen Rechtsbehelfen, Jb.J.ZivRWiss. 1994, S. 205.
- Kant*, Immanuel: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft. Die Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe, Bd. VI, Berlin 1969.
- Kaser*, Max, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971.
- Kaser*, Max, Das Römische Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl., München 1975.
- Kaser*, Max, „Ius honorarium“ und „ius civile“, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 101 (1984), S. 1.
- Kaser*, Max/*Hackl*, Karl: Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1996.
- Kaser*, Max/*Knütel*, Rolf/*Lohsse*, Sebastian: Römisches Privatrecht, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021.

- Kasper, Franz: Das subjektive Recht. Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit, Karlsruhe 1967.
- Katzenstein, Matthias: Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Schadenshaftungsrechts, Berlin 2004.
- Kegel, Gerhard: Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. 1 Gutachten, Tübingen 1953, S. 135.
- Kegel, Gerhard: Nemo minus iuris transferre potest, quam ipse habet, oder warum Erbteilungsverbote so kraftlos sind, in: Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 927.
- Kern, Christoph Alexander: Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts. Ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter, Tübingen 2013.
- Kersting, Wolfgang: Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin 1984.
- Kim, Johann H.: Das dingliche Schuldverhältnis. Zum Rechtsverhältnis des Eigentümers zum bösgläubigen Besitzer, Bucheigentümer oder Störer, Tübingen 2022.
- Kipp, Theodor/*Coing*, Helmut: Erbrecht, Ein Lehrbuch, 14. Aufl., Tübingen 1990.
- Kirchgeßner, Saskia: Abwehr und Ausgleich von Eigentumsstörungen unter Nachbarn. Die §§ 1004, 906 Abs. 2 S. 2 BGB und die théorie des troubles anormaux de voisinage im Vergleich, Jena 2018.
- Kleinschmidt, Jens: Der Verzicht im Schuldrecht. Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2004.
- Klingbeil, Stefan: Die Not- und Selbsthilferechte. Eine dogmatische Rekonstruktion, Tübingen 2017.
- Klingbeil, Stefan: Der Begriff der Rechtsperson, AcP 217 (2018), S. 848.
- Klipfel, Diethelm: Der zivilrechtliche Schutz des Namens. Eine historische und dogmatische Untersuchung, Paderborn 1985.
- Knellwolf, Esther: Postmortaler Persönlichkeitsschutz. Andenkenschutz der Hinterbliebenen, Zürich 1991.
- Knellwolf, Esther: Postmortaler Persönlichkeitsschutz – neuere Tendenzen der Rechtsprechung, ZUM 1997, S. 783.
- Köhler, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl., München 2024.
- Köhler, Helmut/*Bornkamm*, Joachim/*Feddersen*, Jörn: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, P2B-VO, VDUG, 42. Aufl., München 2024.
- Kohler, Josef: Ansprüche zugunsten eines Dritten, ArchBürgR 21 (1902), S. 259.
- Kohler, Josef: Das Eigenbild im Recht, Neudruck der Ausgabe von 1903, Berlin/Boston 2019.
- Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1906.

- Kohler*, Jürgen: Rücktritt und Bereicherungsrecht – Studien zur Umkehrung einer herrschenden Meinung, ZfPW 2017, S. 404.
- Kohlhaas*, Christiane: Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, Pfaffenweiler 1986.
- Koller*, Peter: Das Recht im Spannungsfeld zwischen Macht und Moral, in: Joerden/Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, ARSP Beiheft Nr. 93, 2004, S. 93.
- Köndgen*, Johannes: Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse –, RabelsZ 56 (1992), S. 696.
- Konzen*, Horst: Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien. Studien zur Wechselwirkung von Zivil- und Prozessrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozesserheblichen Parteiverhaltens, Berlin 1976.
- Korth*, Ulrich: Minderung beim Kauf, Tübingen 2010.
- Köttgen*, Arnold: Das anvertraute öffentliche Amt, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, hrsg. von Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner, Tübingen 1962, S. 119.
- Koziol*, Helmut: Rechtszuweisung, Güterzuordnung und deren Schutz, Wien 2024.
- Krause*, Lisa-Charlotte: Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts im Internet: Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht, Berlin 2022.
- Kretzschmar*, Ferdinand: Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Leipzig 1913.
- Kühnl*, Ulrike: Zivilprozessuale Probleme der ärztlichen Schweigepflicht nach dem Tode des Patienten, JA 1995, S. 328.
- Kunkel*, Wolfgang: Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, Nachdruck der 2. Aufl. von 1967, Köln et al. 2001.
- Kunz*, Lena: Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung. Von der kanonischen voluntas pia zur Gestaltungsmacht des Erblassers im deutsch-spanischen Rechtsvergleich, Jena 2015.
- Landenberg-Roberg*, Michael von/*Sehl*, Markus: Genetische Argumentation als rationale Praxis. Eine theoretische Annäherung an das Rekonstruktionsziel „Wille des Gesetzgebers“ als Sättigungskriterium genetischer Argumente, RW 6 (2015), S. 135.
- Lange*, Heinrich: Lehrbuch des Erbrechts, 1. Aufl., München 1962.
- Lange*, Heinrich/*Kuchinke*, Kurt: Erbrecht. Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001.
- Lange*, Knut Werner: Erbrecht, 3. Aufl. München 2022.
- Langheineken*, Paul: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903.
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- Larenz*, Karl: Methodenlehre, 6. Aufl., Berlin 1991.
- Larenz*, Karl/*Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.

- Laufs, Adolf:* Haftung für Nachkommenschaftsschäden nach § 823 BGB, NJW 1965, S. 1053.
- Laufs, Adolf:* Die Begründung der Reichskompetenz für das gesamte bürgerliche Recht. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Rechtseinheit, JuS 1973, S. 740.
- Legier, Henri-Jacques:* Testament et condicio, Revue historique de droit français et étranger 38 (1960), S. 353.
- Lehmann, Brita:* Postmortaler Persönlichkeitsschutz. Zur Frage des Fortbestehens des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Tod des Rechtsträgers hinaus, Diss. Bonn 1973.
- Lehmann, Heinrich:* Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906.
- Lehmann, Matthias:* Der Begriff der Rechtsfähigkeit, AcP 207 (2007), S. 225.
- Leibholz, Gerhard:* Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., München 1959.
- Leipold, Dieter:* Einige Bemerkungen zur Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft und des nicht eingetragenen Vereins, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, hrsg. von Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller/Katja Langenbucher/Hans Christoph Grigoleit/Johannes Hager/Felix Christopher Hex/Jörg Neuner/Jens Petersen/Reinhard Singer, München 2007, S. 221.
- Lenel, Otto:* Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches), AcP 74 (1889), S. 213.
- Lenel, Otto:* Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, AcP 79 (1892), S. 49.
- Leonhard, Franz:* Allgemeines Schuldrecht des BGB, München 1929.
- Levy, Ernst:* Zum Wesen des Weströmischen Vulgarrecht, in: Atti del Congresso internazionale di diritto romano (ACIR) 2, Pavia 1934, S. 27.
- Levy, Ernst:* Weströmisches Vulgarrecht, Bd. II, Das Obligationenrecht, Weimar 1956.
- Levy, Martin:* Die gemeinnützige Auflage. (BGB. §§ 525, 2194), Borna/Leipzig 1910.
- Lobinger, Thomas:* Der Anspruch auf das Fehlersurrogat nach § 281 BGB – BGHZ 114, 34, Anm. zu BGH, Urt. v. 8. März 1991 – V ZR 351/89, JuS 1993, S. 453.
- Lobinger, Thomas:* Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, Tübingen 1999.
- Lobinger, Thomas:* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F., Tübingen 2004.
- Lobinger, Thomas:* Zur Dogmatik des allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, ZfA 2004, S. 101.
- Loewenheim, Ulrich:* Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, ZHR 135 (1971), S. 97.
- Löhr, Egid von:* Welchen Einfluß hat die Repudiation der eingesetzte directen Erben auf den übrigen Inhalt eines Testaments seit der Nov. 1 c. 2 §. 2.?, AcP 5 (1822), S. 385.
- Looschelders, Dirk:* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 22. Aufl., München 2024.
- Lorenz, Stephan:* Grundwissen – Zivilrecht: Rechts- und Geschäftsfähigkeit, JuS 2011, S. 11.
- Lorz, Ralph Alexander:* Die Gesetzesauslegung im Blick des Gesetzgebers?, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, hrsg. von Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel, Tübingen 2013, S. 87.

- Löwisch*, Manfred: Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970.
- Lübtow*, Ulrich von: Erbrecht, Bd. 1, Berlin 1971.
- Luig*, Klaus: The History of Roman Private Law and the Unification of European Law, ZEuP 5 (1997), S. 405.
- Luig*, Klaus: Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten?, ZEuP 7 (1999), S. 521.
- Luther*, Christoph: Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, Göttingen 2009.
- Mankowski*, Peter: Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Tübingen 2003.
- Matthiaß*, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes, 7. Aufl., Berlin 1914.
- May*, Erich: Zum Schutz der Persönlichkeit nach dem Tode, NJW 1958, S. 2101.
- Mayer*, Jörg: Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.05.2004 – 14 U 103/02, ZEV 2004, 331, ZEV 2004, S. 333.
- Mayr*, Robert von: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Neudruck der Ausgabe von 1903, Berlin 2013.
- Meesmann*, Gerwald: Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf. Versuch einer funktionalen Abgrenzung und Ordnung der „Gestaltungsrechte“, Marburg 1969.
- Medicus*, Dieter: Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174 (1974), S. 313.
- Medicus*, Dieter/*Lorenz*, Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2021.
- Medicus*, Dieter/*Petersen*, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl., Heidelberg 2024.
- Meischeider*, Emil: Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1900.
- Merkel*, Adolf: Rechtsnorm und subjectives Recht mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von A. Thon, GrünhutsZ 6 (1879), S. 367.
- Mertens*, Hans-Georg: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Neudruck der Ausgabe von 1970, Berlin/Boston 2010.
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, S. 441.
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), S. 235.
- Michalski*, Lutz/*Schmidt*, Jessica: BGB-Erbrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2019.
- Minnerop*, Manfred: Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln et al. 1973.
- Mitteis*, Ludwig: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Neudruck der Ausgabe von 1908, Aalen 1994.
- Möllers*, Thomas M. J.: Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.

- Mommsen*, Friedrich: Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, Braunschweig 1876.
- Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861.
- Mugdan*, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899.
- Mugdan*, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Mugdan*, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899.
- Mühlenbruch*, Christian Friedrich: Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. 1, Halle 1835.
- Müllert*, Peter: Das verzinsliche Darlehen. Konsensualvertrag statt Realcontrakt – oder: synallagmatisches Entgelt statt akzessorischer Zinsen, AcP 192 (1992), S. 447.
- Müller*, Friedrich/*Christensen*, Ralph: Juristische Methodik, Bd. I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013.
- Müller*, Knut: Postmortaler Rechtsschutz. Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, Frankfurt a. M. et al. 1996.
- Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, hrsg. von Stephan Scherer, 6. Aufl., München 2024.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Aufl., München ab 2015.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Aufl., München seit 2020.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1 §§ 1–354, hrsg. von Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger, 6. Aufl., München 2020.
- Münzberg*, Wolfgang: Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage, JZ 1967, S. 689.
- Muscheler*, Karlheinz: Universalsukzession und Vonselbsterwerb. Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts, Tübingen 2002.
- Muscheler*, Karlheinz: Erbrecht, Bd. 2, Tübingen 2010.
- Musielak*, Hans-Joachim/*Voit*, Wolfgang: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 21. Aufl., München 2024.
- Nagler*, Johannes: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Bd. 2, Neudruck der Ausgabe von 1911, Aalen 1974, S. 273.
- Negro*, Franco: La cauzione per le spese, sviluppo storico, Padova 1954.
- Neuer*, Ferdinand Karl: Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt, Diss. Köln 1961.
- Neumann*, Irmgard: Leistungsbezogene Verhaltenspflichten. Zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten, Heidelberg 1989.

- Neumann-Duesberg*, Horst: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.03.1968 – I ZR 44/66, JZ 1968, 697–703, JZ 1968, S. 703.
- Neuner*, Jörg: Der nondum conceptus im Privatrecht, JuS 2019, S. 1.
- Neuner*, Jörg: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023.
- Neuner*, Robert: Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), S. 277.
- Nicosia*, Giovanni: Legato sub mode e Falcidia, IURA VIII (1957), S. 87.
- Nieder*, Heinrich (Begr.)/*Kössinger*, Reinhard (Bearb.): Handbuch der Testamentsgestaltung. Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemaßnahmen, 6. Aufl., München 2020.
- Nikoletopoulos*, Panajiotis: Die zeitliche Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, Frankfurt a. M./Bern/New York 1984.
- Nomos Kommentar BGB, Bd. 5: Erbrecht, §§ 1922–2385, hrsg. von Ludwig Kroiß/Christoph Ann/Jörg Mayer, 6. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: NK-BGB).
- Nörr*, Knut Wolfgang: Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts, ZEuP 2 (1994), S. 67.
- Novissimo Digesto Italiano Bd. 3, hrsg. von Antonio Azara, 3. Aufl., Torino 1957.
- Oehler*, Dietrich: Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin 1959.
- Oermann*, Paul: Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, AcP 113 (1915), S. 51.
- Oermann*, Paul: Die Geschäftsgrundlage, Leipzig 1921.
- Oermann*, Paul: Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123 (1925), S. 129.
- Okuda*, Masamiehi: Über den Anspruchsbeginn im deutschen BGB, AcP 164 (1964), S. 536.
- Olzen*, Dirk: Vorweggenommene Erbfolge, Berlin 1988.
- Olzen*, Dirk/*Looschelders*, Dirk: Erbrecht, 7. Aufl., Berlin 2023.
- Ost*, Wolfgang: Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts. Dargestellt am subjektiven Vermögensrecht, Tübingen 1965.
- Otto*, Carl/*Schilling*, Bruno (Hrsg.)/*Sintenis*, Carl Friedrich Ferdinand (Redakt.): Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Bd. III, Leipzig 1831; Bd. IV, Leipzig 1832; Bd. V, Leipzig 1832.
- Pabst*, Heinz-Joachim: Der postmortale Persönlichkeitsschutz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, S. 999.
- Patrone*, Matteo: Il *modus* nel quadro dei vincoli testamentari, Diss. Pavia 2015/2016.
- Paulus*, Christoph: Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln, Berlin 1992.
- Paulys Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Neue Bearbeitung begonnen von Georg Wissowa, Bd. VI A, hrsg. von Wilhelm Kroll und Karl Mittelhaus, Stuttgart 1937.

- Pernice*, Alfred: Labeo Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil E, Band 3 Abteilung 1, 9. Buch: Auflage und Zweckbestimmung, Neudruck der Ausgabe von 1892, Aalen 1963.
- Peter*, Hansjörg: Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht. Kausale und abstrakte Verfügungen, AcP 200 (2000), S. 149.
- Petersen*, Jens: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Jura 2008, S. 271.
- Petersen*, Jens: Medienrecht. Ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2010.
- Peukert*, Alexander: Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008.
- Pezzato Heck*, Elena: Fortuna e limiti di circolazione dell'opera di Gradenwitz in Italia, in: Otto Gradenwitz, Sulla presupposizione. Una critica alla teoria di Winscheid, Traduzione e testi di Elena Pezzato Heck, Saggi introduttivi di Christian Baldus e Francesca Lamberti, Pisa 2024.
- Pfeiffer*, Burkhard Wilhelm: Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Bd. 1, Hannover 1825.
- Picker*, Eduard: Der negatorische Beseitigungsanspruch, Bonn 1972.
- Picker*, Eduard: Hauptintervention, Forderungsprätendentenstreit und Urheberbenennung – zugleich ein Beitrag zum Thema Prozeßrecht und materielles Recht, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978, Bd. 1, hrsg. von Kurt Ballerstedt/F. A. Mann/Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk/Eduard Picker/Jan Wilhelm, Köln 1978, S. 649.
- Picker*, Eduard: Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht, Köln et al. 1981.
- Picker*, Eduard: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), S. 369.
- Picker*, Eduard: Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, JZ 1987, S. 1041.
- Picker*, Eduard: Negatorische Haftung und Geldabfindung. Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992, hrsg. von Dieter Medicus, Stuttgart/Berlin/Köln 1992, S. 625.
- Picker*, Eduard: Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hermann Lange/Knut Wolfgang Nörr/Harm Peter Westermann, Tübingen 1993, S. 315.
- Picker*, Eduard: Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201 (2001), S. 763.
- Picker*, Eduard: Der „dingliche“ Anspruch, in: Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, hrsg. von Helmut Koziol/Peter Rummel, Wien/New York 2002, S. 269.
- Picker*, Eduard: Der deliktische Schutz der Forderung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, hrsg. von Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller/Katja Langenbucher/Hans Christoph Grigoleit/Johannes Hager/Felix Christopher Hex/Jörg Neuher/Jens Petersen/Reinhard Singer, München 2007, S. 1001.
- Picker*, Eduard: Vom individualautonomen Kollektivvertrag zum kollektivautonomen Tarifvertrag – Privatautonomie und Korporatismus im frühen deutschen Kollektivarbeitsrecht, ZFA 2007, S. 129.

- Picker*, Eduard: Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, hrsg. von Karl Riesenhuber, Tübingen 2009, S. 207.
- Picker*, Eduard: Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, JZ 2010, S. 541.
- Picker*, Eduard: Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, in: Rechtslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, hrsg. von Caroline Meller-Hannich/ Lutz Haertlein/Hans Friedhelm Gaul/Ekkehard Becker-Eberhard, München 2015, S. 85.
- Planck*, Gottlieb: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., Berlin 1930.
- Prütting*, Hanns/*Wegen*, Gerhard/*Weinreich*, Gerd (Hrsg.): BGB Kommentar, 19. Aufl., Hürth 2024.
- Puchta*, Georg Friedrich: Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig 1854.
- Puchta*, Georg Friedrich/*Rudorff*, Adolf Friedrich: Cursus der Institutionen, Bd. I, 4. Aufl., Leipzig 1853.
- Puchta*, Georg Friedrich (Begr.)/*Schirmer*, Johann Theodor (Bearb.): Pandekten, 12. Aufl., Leipzig 1877.
- Pugliatti*, Salvatore: Scritti giuridici, Bd. 3 (1947–1957), Milano 2011.
- Puliatti*, Salvatore: Officium iudicis e certezza del diritto in età giustinianea, in: Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro. Atti del convegno. Modena, 21–22 maggio 1998 (ACIR 2), 2000, S. 43.
- Qiang*, Wang: Das Vermächtnis als erbrechtliche Verfügung in der VR China – ein rechtswissenschaftlicher und -terminologischer Vergleich mit dem deutschen Pendant, ZVglRWiss 2017, S. 485.
- Raab*, Thomas: Austauschverträge mit Drittbe teiligung, Tübingen 1999.
- Raape*, Leo: Zustimmung und Verfügung, AcP 121 (1923), S. 257.
- Raiser*, Ludwig: Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht, JZ 1961, S. 465.
- Raiser*, Ludwig: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria: Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus, Wintersemester 1962/1963, Tübingen 1963, S. 145.
- Raiser*, Ludwig: Die Zukunft des Privatrechts, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 21. April 1971, Berlin/New York 1971.
- Rebe*, Bernd: Privatrecht und Wirtschaftsordnung. Zur vertragsrechtlichen Relevanz der Ordnungsfunktionen dezentraler Interessenkoordination in einer Wettbewerbswirtschaft, Bielefeld 1978.
- Regelsberger*, Ferdinand: Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.
- Rehfeldt*, Manfred/*Rehbinder*, Bernhard: Einführung in die Rechtswissenschaft, Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts, 7. Aufl., Berlin/Boston 1991.

- Reimer*, Franz: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Kommentar, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 11. Aufl., Berlin 1961; 12. Aufl., Berlin ab 1974.
- Riedel*, Hermann: Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten. Eine Studie für Wissenschaft und Praxis, Stuttgart 1982.
- Riehm*, Thomas: Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015.
- Rimmelspacher*, Bruno: Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttingen 1970.
- Röhl*, Klaus/*Röhl*, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008.
- Roland*, Andrea: Die Verjährung im Erbrecht, Bonn 2008.
- Roller*, Martina: Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus, Berlin 2013.
- Roth*, Herbert: Die Einrede des bürgerlichen Rechts, München 1988.
- Röthel*, Anne: Erbrecht. Ein Studienbuch, 18. Aufl., München 2020.
- Rother*, Werner: Buchbesprechung zu „Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis“ von Eugen Bucher, Tübingen 1965, NJW 1965, S. 2393.
- Saller*, Richard P./*Shaw*, Brent D.: Tombstones and Roman Family Relations in the Principate: Civilians, Soldiers and Slaves, JRS 74 (1984), S. 124.
- Santa Cruz*, José: Der Einfluß der rhetorischen Theorie der Status auf die römische Jurisprudenz, insbesondere auf die Auslegung der Gesetze und Rechtsgeschäfte, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 75 (1958), S. 91.
- Savigny*, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840.
- Savigny*, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840.
- Savigny*, Friedrich Carl von: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1851.
- Schack*, Haimo: Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode, GRUR 1985, S. 352.
- Schack*, Haimo: Anm. zu OLG Schleswig, 13.05.1987 – 4 U 227/85, JZ 1987, S. 776.
- Schack*, Haimo: Weiterleben nach dem Tode – juristisch betrachtet, JZ 1989, S. 609.
- Schack*, Haimo: Weiterleben nach dem Tode – wie lange? Postmortale Begrenzungen subjektiver Rechte, JZ 2019, S. 864.
- Schäfer*, Carsten: Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), S. 397.
- Schapp*, Jan: Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung, Berlin 1977.
- Schapp*, Jan: Das Zivilrecht als Anspruchssystem, JuS 1992, S. 537.
- Scheurl*, Christoph Gottlieb Adolf: Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Teil: Bd. 2 – Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.
- Schewe*, Markus: Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, Frankfurt a. M. et al. 2004.

- Schilling*, Friedrich Adolph: Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig 1837.
- Schirmer*, Theodor: Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen IV, AcP 81 (1893), S. 128.
- Schlüter*, Wilfried: Erbrecht, 16. Aufl., München 2007.
- Schmidt*, Eike: Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, mit einer Analyse der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs zur sogenannten Prozeßökonomie, Frankfurt a. M. 1973.
- Schmidt*, Jürgen: Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung. Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechtes, Köln 1969.
- Schmidt*, Jürgen: Privatrecht und Gesellschaftsordnung, RTh 6 (1975), S. 33.
- Schmidt*, Jürgen: „Actio“ „Anspruch“ „Forderung“, in: Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag: *vestigia iuris*, hrsg. von Michael Martinek/Jürgen Schmidt/Elmar Wadle, Tübingen 1993, S. 401.
- Schmidt-Kimpler*, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130.
- Schmitt*, Laura: Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder, Baden-Baden 2017.
- Schmoeckel*, Matthias: Erbrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Schneider*, Stefan: Was der Gesetzgeber wollte!, in: „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, hrsg. von Christian Baldus/Frank Theisen/Friederike Vogel, Tübingen 2013, S. 111.
- Schönberger*, Simone: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld 2011.
- Schreiber*, Otto: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, Bd. 1, Neudruck der Ausgabe von 1914, Berlin/Boston 2022.
- Schreuer*, Hans: Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte, Sonderdruck aus: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, Neudruck der Ausgabe von 1911, Berlin/Boston 2020, S. 242.
- Schröder*, Rainer: Abschaffung oder Reform des Erbrechts. Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen, Ebelsbach 1981.
- Schubert*, Werner: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin 1966.
- Schubert*, Werner: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien, Berlin/New York 1978.
- Schubert*, Werner (Hrsg.)/*Schmitt*, Gottfried: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht Teil 1: Testament, Erbeinsetzungsvvertrag, Gesetzeserben, Pflichtteilsberechtigte, Berlin/New York 1984; Teil 2: Vertragsmässiger Erbverzicht, Erwerbung der Erbschaft, Rechtsverhältnis der Erben, Änderungsvorschläge von 1886, Vorlagen von 1876 u. 1877, Berlin/New York 1984.

- Schulev-Steindl*, Eva: Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts, Wien 2008.
- Schultze*, Alfred: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, JhJrB 43 (1901), S. 1.
- Schulz*, Fabian: Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht – Die Gretchenfrage des modernen Erbrechts? Zur Inhaltskontrolle erbrechtlicher Verzichtsverträge, Baden-Baden 2015.
- Schulz*, Fritz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), S. 1.
- Schulz*, Fritz: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961.
- Schulze*, Götz: Die Naturalobligation. Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute – zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, Tübingen 2008.
- Schulze*, Götz: Kein Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17.04.2008, C-404/06 – Quelle (EuGH, Urteil vom 17.04.2008, C-404/06), GPR 2008, S. 128.
- Schünemann*, Hermann: Selbsthilfe im Rechtssystem. Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 229 ff. BGB, Tübingen 1985.
- Schur*, Wolfgang: Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, Berlin 1993.
- Schur*, Wolfgang: Leistung und Sorgfalt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2001.
- Schwarz*, Gustav: Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen, ArchBürgR 32 (1908), S. 12.
- Schweers*, Stefan Christian: Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers, Berlin 2006.
- Schweppen*, Albrecht: Das Römische Privatrecht in seiner Anwendung auf Deutsche Gerichte, als Leitfaden zu den Vorlesungen über die Pandecten, 3. Aufl., Altona 1822.
- Schwerdtner*, Peter: Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, Berlin 1977.
- Seckel*, Emil: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Skizze nach einem in der Berliner Juristischen Gesellschaft am 23. Mai 1903 gehaltenen Vortrage, Darmstadt 1954.
- Sehl*, Markus: Was will der Gesetzgeber? Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, Baden-Baden 2019.
- Seuffert*, Johann Adam: Praktisches Pandektenrecht, Bd. 3, 3. Aufl., Würzburg 1852.
- Siber*, Heinrich: Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903.
- Siber*, Heinrich: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, Bd. 2: Römisches Privatrecht, Nachdruck der 1. Aufl. von 1928, Darmstadt 1968.
- Signorini*, Roberto: Il testamento die Gaio Cestio Epulone, Index Quaderni camerti di studi romanistici 41 (2013), S. 343.
- Simshäuser*, Wilhelm: Windscheids Voraussetzungslehre rediviva, AcP 172 (1972), S. 19.
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, begründet von Hans Theodor Soergel, 13. Aufl., Stuttgart, ab 2000; 14. Aufl., Stuttgart, ab 2020.

- Somló, Felix:* Juristische Grundlehre, Neudruck der 2. Aufl. von 1927, Aalen 1973.
- Sonnet, Paul:* Gaius Trebatius Testa, Neuenhahn 1932.
- Sosnitza, Olaf:* Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?, WRP 2009, S. 373.
- Spickhoff, Andreas:* Postmortaler Persönlichkeitsschutz und ärztliche Schweigepflicht, NJW 2005, S. 1982.
- Stammler, Rudolf:* Unbestimmtheit des Rechtssubjektes, in: Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur dritten Jahrhundertwende der Alma Mater Ludoviciana. Neudruck der Ausgabe von 1907, Berlin/Boston 2020, S. 3.
- Staudinger, Julius von* (Begr.): Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl., Berlin 2022.
- Staudinger, Julius von:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin (zitiert nach dem Jahr der Bearbeitung).
- Stein, Arthur:* Der römische Ritterstand. Ein Beitrag zur Sozial- und Personengeschichte des römischen Reichs, München 1927.
- Stein, Axel:* Der Schutz von Ansehen und Geheimsphäre Verstorbener – Zugleich eine Stellungnahme zu jüngeren höchstrichterlichen Entscheidungen, FamRZ 1986, S. 7.
- Steiner, Anton:* Aufrechnungserklärungen gegenüber dem Testamentsvollstrecker, ZEV 2016, S. 24.
- Stolfi, Emanuele:* Studi sui „libri ad edictum“ di Pomponio, Bd. II, Milano 2001.
- Strohal, Emil:* Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896. In kurzgefaßter Darstellung, Neudruck der Ausgabe von 1896, Berlin/Boston 2018.
- Strohal, Emil:* Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1903.
- Strothmann, York:* Privatautonome Gestaltungsfreiheit im Recht der Verfügungen von Todes wegen, Jura 1982, S. 349.
- Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento, Bd. I und III, Palermo 1936.
- Stumpf, Günther:* Die Verletzungsfähigkeit des nasciturus, Diss. Köln 1966.
- Sturm, Norbert:* Der Vollziehberechtigte der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, Konstanz 1985.
- Stürner, Rolf:* Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976.
- Talamanca, Mario:* Trebazio Testa fra retorica e diritto, in Questioni di giurisprudenza tardorepubblicana, Atti di un seminario, Firenze 27–28 maggio 1983, 1985, S. 163.
- Tammelo, Ilmar:* Contemporary developments of the imperative theory of law: a survey and appraisal, ARSP 49 (1963), S. 255.
- Taubenschlag, Raphael:* The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, 2. Aufl., Warszawa 1955.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus:* System des Pandekten-Rechts (nach des Verfassers Tode besorgt durch Alexander August v. Buchholtz), Bd. 1, 9. Aufl., Jena 1846.

- Thiele*, Wolfgang: Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln 1966.
- Thieme*, Werner: Das deutsche Personenrecht, Berlin 2003.
- Thiessen*, Jan: Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug, in: Mysterium „Gesetzesmaterialien“, Tübingen 2013, S. 45.
- Thomale*, Chris: Der gutgläubige Forderungsvererb im BGB, JuS 2010, S. 857.
- Thomale*, Chris: Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), S. 920.
- Thomale*, Chris: Leistung als Freiheit. Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, Tübingen 2012.
- Thon*, August: Rechtsnorm und subjectives Recht, Weimar 1878.
- Timme*, Michael: Erlass und Verzicht im Zivil- und Wirtschaftsrecht, Hamburg 2011.
- Tomas-Keck*, Teresa: Hinterbliebenengeld. Zugleich ein Beitrag zur Zivilrechtsordnung als Rechtszuweisungsordnung, Tübingen 2022.
- Tuhr*, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Neudruck der Ausgabe von 1910, Berlin 2013; Bd. 2 Teil 2, Neudruck der Ausgabe von 1918, Berlin 2013.
- Unberath*, Hannes: Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007.
- Unger*, Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 5. Aufl., Leipzig 1892.
- Unger*, Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 6: Das österreichische Erbrecht, 4. Aufl., Leipzig 1894.
- Vierhaus*, Felix: Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Neudruck der Ausgabe von 1889, Berlin/Boston 2020.
- Voci*, Pasquale: Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, 2. Aufl., Milano 1963.
- Vogg*, Stefan: Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit. Gemeinsamkeiten und Wertungswidersprüche, Berlin 1991.
- Voigt*, Georg Friedrich Gottlieb: Die erbrechtliche Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Danzig 1910.
- Voigt*, Moritz: Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen, Leipzig 1862.
- Vorwerk*, Volkert: Geldzuwendung durch erbrechtliche Auflage, ZEV 1998, S. 297.
- Wach*, Adolf: Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Neudruck der Ausgabe von 1889, Berlin 2014.
- Wächter*, Carl Georg: Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1880.
- Wagner*, Gerhard: Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, AcP 193 (1993), S. 319.
- Wagner*, Gerhard: Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998.
- Wagner*, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe, AcP 206 (2006), S. 352.

- Walker, Wolf-Dietrich: Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993.
- Wallaschek, Richard: Studien zur Rechtsphilosophie, Leipzig 1889.
- Watson, Alan: The Law of Succession in the Later Roman Republic, Oxford 1971.
- Wegmann Stockebrand, Adolfo: *Obligatio re contracta*, Tübingen 2017.
- Weinberger, Ota: Der semantische, der juristische und der soziologische Normbegriff, in: Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts, Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag, hrsg. von Werner Krawietz und Jerzy Wróblewski, Berlin 1993, S. 435.
- Weishaupt, Arnd: Die lex Voconia, Bochum 1999.
- Welker, Gerhard: Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung? Kritisches zu § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, Berlin 1974.
- Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
- Weller, Matthias: Persönliche Leistungen, Tübingen 2012.
- Wendelstein, Christoph: Pflicht und Anspruch. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung subjektiver Rechte im Privatrecht, Tübingen 2021.
- Wendt, Otto Heinrich: Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1878.
- Wendt, Otto Heinrich: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, AcP 100 (1906), S. 1.
- Wening-Ingenheim, Johann Nepomuk: Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes nach Heise's Grundriß eines Systems des gemeinen Civil-Rechtes zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, Bd. 1, 4. Aufl., München 1831.
- Werner, Olaf: Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat (Vortrag gehalten in der Plenarsitzung am 13. Februar 1998), Stuttgart 1999.
- Wesel, Uwe: Zur Methode der Rechtsgeschichte, KJ 7 (1974), S. 337.
- Westermann, Harm: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, S. 561.
- Wieacker, Franz: Rez. zu Max Kaser, Restituere als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht, Gnomon 11 (1935), S. 211.
- Wieacker, Franz: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, Karlsruhe 1953.
- Wieacker, Franz: Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reichs, Varese 1963.
- Wieacker, Franz: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M. 1974.
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 3. Aufl., Göttingen 2016.

- Wieczorek, Bernhard (Begr.)/Schütze, Rolf (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Großkommentar, Bd. 2 Teilbd. 1, §§ 50–127a, 5. Aufl., Berlin 2022.
- Wieling, Hans Josef: Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972.
- Wieser, Eberhard: Die Forderung als Anrecht und Zuständigkeit, JR 1967, S. 321.
- Wiethölter, Rudolf: Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1976.
- Wilhelm, Jan: Rechtsverletzung und Vermögentsentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973.
- Wilhelm, Jan: Sachenrecht, 7. Aufl., Berlin 2021.
- Wilhelmi, Rüdiger: Risikoschutz durch Privatrecht. Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, Tübingen 2009.
- Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.
- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1887.
- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1887.
- Wischmeyer, Thomas: Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, S. 957.
- Wochner, Georg: Stiftungen und stiftungähnliche Körperschaften als Instrumente dauerhafter Vermögensbindung, MittRhNotK 1994, S. 89.
- Wolf, Ernst: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, Köln et al. 1978.
- Wolf, Ernst/Naujoks, Hans: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, Frankfurt a.M. 1955.
- Wolff, Hans Julius: Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik, in: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, hrsg. von Josef Esser/Hans Thieme, Tübingen 1967, S. 687.
- Zhu, Zhaohui: Geschäftsgrundlage und Risikoverteilung. Doxographie und pragmatischer Weg für die Geschäftsgrundlagenlehre im Vertragsrecht, Baden-Baden 2021.
- Zimmermann, Anton: Der gesetzliche Rückforderungsanspruch. Leistung – Austauschleistung – Eingriff, Tübingen 2021.
- Zimmermann, Reinhard: Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002), S. 243.
- Zimmermann, Walter: Die Sicherung der Grabpflege im Erbfall, ZEV 2024, S. 444.
- Zimmern, Sigmund Wilhelm: Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts zum Gebrauche für seine Vorlesungen, Heidelberg 1823.
- Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1879.
- Zitelmann, Ernst: Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879.
- Zöllner, Wolfgang: Das Bürgerliche Recht im Spiegel seiner großen Kommentare (3. Teil), JuS 1984, S. 985.
- Zöllner, Wolfgang: Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190 (1990), S. 476.

## Stichwortverzeichnis

- Abtretbarkeit 203 ff., 235, 240  
Amtstheorie 151 ff., 231  
Anrecht 98, 119, 148 f.  
Aufrechnung 108, 120, 198 f., 238  
Auskunftsanspruch 199 f., 238
- Bevollmächtigung 208, 211, 218
- cautio* 27, 29, 30, 32 ff., 38 ff.
- Cicero 25, 31
- Einforderungsbefugnis 100 f., 120 ff., 193 f., 209  
Erlass *siehe* Verzicht  
Ermächtigung 140, 142, 173, 208 ff., 217, 233  
– Ausübungsermächtigung 209 ff.  
– Einziehungsermächtigung 140, 208 ff.
- Fideikommiss 26 f., 32, 36, 39 ff., 48, 81
- Imperativentheorie 86 ff., 92, 95  
Institutionenschutz 90 ff., 96 f., 125 f.
- Justinian 22 f., 25, 31, 37 f., 42
- Kant, Immanuel 84, 93
- modus* 18, 21 ff., 30, 32, 36 ff., 69, 81 f.  
*multa* 32, 38
- Nebenbestimmung 43, 45 ff., 54 f., 59, 66, 74, 81, 127
- Nebengeschäft 46, 50 f., 53, 59, 81, 127  
Normsetzungstheorie 86, 88, 95, 123 ff.
- obligatio re contracta** *siehe* Realkontrakt
- Pfändbarkeit 120, 136, 146, 202 ff., 227 f., 231, 234, 240
- Postmortales Persönlichkeitsrecht 175  
Private enforcement 92, 96  
Prozessstandschaft 103, 181, 208 ff., 233
- Realkontrakt 53 f.  
Recht-Pflicht-Korrespondenz 115, 118, 165  
Rechtsfähigkeit 174 ff., 178 ff., 182 ff.  
Rechtssubjektivität 130, 178 f., 183, 188
- Selbsthilfe 120, 196 ff., 238  
Subjektloses Recht 128 ff., 153, 179 ff.
- Trebatius 27 ff., 33 ff.  
Typenzwang 173, 255, 257, 259 f., 262 f.
- Vereitelung 79, 212, 235 ff.  
Vererblichkeit 141, 177 f., 229 ff.  
Verlangenkönnen 100, 120 ff., 156, 193 f.  
Verzicht 202, 205, 212 ff., 238, 240  
Voraussetzung 54 ff., 81
- Zurückbehaltungsrecht 108, 194 ff., 198, 238