Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Sophie von Mitschke-Collande

Die Auswirkungen der Geburt oder Adoption eines Kindes auf bereits errichtete Verfügungen von Todes wegen und Schenkungen

Rechtsgeschichte und geltendes Recht

Band 16

Wolfgang Metzner Verlag

Band 16

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Sophie von Mitschke-Collande

Die Auswirkungen der Geburt oder Adoption eines Kindes auf bereits errichtete Verfügungen von Todes wegen und Schenkungen

Rechtsgeschichte und geltendes Recht

Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2016

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-943951-90-5
ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2015 bei der Bucerius Law School in Hamburg eingereicht und von dieser mit Schreiben vom 6. Januar 2016 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung erfolgt am 4. Mai 2016 vor dem Prüfungsausschuss unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Christian Bumke an der Bucerius Law School in Hamburg. Literatur wurde bis November 2015 berücksichtigt. Die Übersetzungen römischer Quellen wurden eigenständig unter Zuhilfenahme der im Quellenverzeichnis angegebenen Übersetzungen angefertigt.

Die Hanns-Seidel-Stiftung hat die Entstehung dieser Arbeit durch ein Begabtenstipendium aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert.

Mein Dank gilt vor allem meinem Doktorvater Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann für seine kritischen Anmerkungen zu Inhalt und Stil der Arbeit. Von seiner sprachlichen Präzision und seinem Blick für die Verständlichkeit eines Textes profitiere ich nach wie vor sehr. Der Zweitkorrektorin Prof. Dr. Anne Röthel danke ich besonders für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie ihr Engagement für eine Aufnahme in diese Schriftenreihe. Gedankt sei an dieser Stelle auch Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, an dessen Lehrstuhl an der Ludwig-Maximilians-Universität in München ich im Anschluß an meine Tätigkeit bei Prof. Zimmermann am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg wunderbare Assistentenjahre verbringen und diese Arbeit beenden durfte.

Besonderen Dank empfinde ich gegenüber meiner Patentante Beatrice von Weizsäcker, die mir als Journalistin und promovierte Juristin viele wertvolle Ratschläge geben konnte und mich mit unermüdlichem Korrekturlesen und im Übrigen in jeder Hinsicht unterstützt hat.

Inhalt

Einleitung **12**

1. Kapitel: Nachgeborene und später adoptierte Kinder im römischen Recht **18**

A. Die Auswirkungen des späteren Hinzutretens eines Kindes auf ein Testament **18**

I. Postumi Adgnatione Testamentum Rumpitur **19**

1. Der Tatbestand (Geburt eines Kindes – postumi adgnatio) **20**
a) Postumus **20**
aa) Postumus – der Nachgeborene **20**
bb) Postumus – der nachgeborene Hauserbe **22**
b) Adgnatio **24**
c) Quasi-Adgnatio **25**
aa) Nachrücken **25**
bb) Rechtsgeschäft **26**

2. Adressat der Regel **27**

3. Die Rechtsfolge – Zerschlagung des Testaments (testamentum ruptum) **28**
a) Ungültigkeit ex nunc **28**
b) Gesamtungültigkeit **28**
c) Intestaterbfolge oder Neuerrichtung **29**

4. Zwischenfazit **30**

5. Entstehungs- und Geltungsgrund **30**
a) Das formelle Noterbenrecht **30**
aa) Ursprung und Zweck **31**
bb) Einzelheiten **32**
b) Zusammenhang zwischen formellem Noterbrecht und postumi adgnatione testamentum rumpitur **33**

6. Verhinderung der Rechtsfolge – Einsetzung und Enterbung **36**
a) Einsetzbare und enterbbare postumi **37**
aa) Der sogenannte postumus suus **37**
(1) Unstrittige Voraussetzungen **39**
(2) Zu welchem Zeitpunkt musste der postumus suus gezeugt sein? **40**

bb) Erweiterung der einsetzbaren bzw. enterbbaren postumi durch Aquilius Gallus – postumus Aquilianus **42**
cc) Erweiterung der einsetzbaren bzw. enterbbaren postumi durch die Lex Vellea **43**
(1) Postumi Velleani Primi **44**
(2) Postumi Velleani Secundi **44**
(3) Postumi Juliani **45**
dd) Quasi-postumi **46**
ee) Zwischenfazit **47**
ff) Prätorisches Recht **48**
gg) Justinian **50**
(1) C.6.48.1 (528 n. Chr.) **50**
(2) Novelle 115 (542 n. Chr.) **50**
b) Form der Einsetzung bzw. Enterbung **51**
7. Fazit **53**

II. Querela inofficiosi testamenti für den postumus **54**
1. Hintergründe **54**
2. Der postumus als Anfechtungsberechtigter **56**
a) Enterbung eines postumus des paterfamilias **56**
b) Übergehung eines postumus alienus / legitimus **56**
c) Übergehung eines postumus matris **57**
3. Fazit **60**

B. Die Auswirkungen des späteren Hinzutretens eines Kindes auf eine Schenkung **60**

I. Querela inofficiosae donationis für den postumus **62**
1. Klageberechtigung für postumus oder Sonderwiderrufsrecht für Eltern? **63**
2. Benachteiligungsabsicht **64**
3. Zwischenfazit **65**
4. Schenkung von Todes wegen **66**

II. Widerruf einer Schenkung bei späterer Geburt eines Kindes **67**
1. Tatbestand **67**
2. Rechtsfolge **69**
3. Verallgemeinerung **70**

C. Fazit **70**

2. Kapitel: Nachgeborene und später adoptierte Kinder im gemeinen Recht, insbesondere im 19. Jahrhundert **73**

A. Auswirkung der Geburt oder Adoption eines Kindes auf Testamente **74**

I. Das Noterbrecht im 19. Jahrhundert **75**

1. Erbeinsetzungsanspruch **76**

2. Pflichtteil **79**

3. Fazit **80**

II. Was galt im Fall der späteren Geburt oder Adoption eines Kindes? **80**

1. Schwierigkeiten **81**

2. Lösungsansätze **81**
a) Beibehaltung des Grundsatzes postumi adgnatione testamentum rumpitur **81**
b) Anwendbarkeit der Novelle 115 auf postumi **82**

3. Zwischenfazit **84**

4. Möglicher Zweck **85**

5. Sonderfall: Der postumus verstarb vor dem Testator **85**

III. Fazit **86**

B. Auswirkung der Geburt oder Adoption eines Kindes auf Erbverträge **86**

I. Übertragung des römischen Noterbrechts für Testamente auf Erbverträge **89**

1. Allgemein **89**

2. Einzelheiten bezüglich nachgeborener Kinder **90**
a) Einsetzbarkeit und Enterbung der nachgeborenen Kinder im Erbvertrag **91**
b) Rechtsfolge bei Übergehung der nachgeborenen Kinder **91**

3. Zwischenfazit **92**

4. Exkurs: Gemeinschaftliche Testamente **93**

II. „Kinderzeugen bricht Ehestiftung“ **93**

1. Tatbestand und Rechtsfolge **94**

2. Dogmatische Konstruktion und Zweck **94**

3. Zusammenhang mit dem Noterbrecht **95**

III. Anwendung des Schenkungsrechts **96**

IV. Fazit **97**

C. Auswirkung der Geburt oder Adoption eines Kindes auf Schenkungen **98**

I. Das Widerrufsrecht des Schenkers wegen nachgeborener Kinder **98**

1. Die Weiterentwicklung von C.8.55.8 **99**
a) Tatbestand **101**
b) Rechtsfolge **102**
c) Zweck des Widerrufsrechts **103**

2. Das 19. Jahrhundert **104**

3. Schenkungen von Todes wegen **107**

4. Fazit **108**

II. Pflichtteilsergänzungsanspruch für nachgeborene Kinder **109**

1. Die Konstitution Diocletians und Maximians von 286 n. Chr.: C.3.29.5 **109**
a) Widerrufsrecht des Schenkers **110**
b) Widerrufsrecht des nachgeborenen Kindes **111**
aa) Benachteiligungsabsicht **112**
bb) Berechnungszeitpunkt **113**
c) Zwischenfazit **113**

2. Schenkungen von Todes wegen **114**

III. Verhältnis von C.8.55.8 und C.3.29.5 **114**

D. Fazit **116**

3. Kapitel: Nachgeborene und später adoptierte Kinder im Allgemeinen Preußischen Landrecht **118**

A. Auswirkungen der Geburt oder Adoption eines Kindes auf letztwillige Verfügungen **119**

I. Auswirkung auf Testamente **120**

1. Preußisches Pflichtteilsrecht **120**

2. Die speziellen pflichtteilsrechtlichen Vorschriften bezüglich nachgeborener sowie später adoptierter Kinder **122**
a) Entstehungsgeschichte **123**
b) Tatbestand **124**
aa) Nach Testamentserrichtung, aber noch zu Lebzeiten des Testators geborene Kinder **125**
bb) Nach dem Tod des Testators geborene Kinder **126**
c) Rechtsfolge **126**
aa) Testamentsergänzung, § 455 II, 2 **126**
bb) Testamentsaufhebung, § 454 II, 2 **127**

d) Sonderfall: Nachträglich adoptierte Kinder **128**
e) Normzweck **128**
f) Kritik **131**
g) Revision **132**

II. Auswirkung auf Erbverträge **134**

1. Dazwischenkunft ehelicher Kinder **135**
a) Allgemein **135**
b) Erbverträge zwischen Eheleuten **136**

2. Nachträglich adoptierte Kinder **137**

3. Sonderfall: Nachgeborene Kinder aus zweiter Ehe des überlebenden Ehegatten **138**

III. Fazit **140**

B. Auswirkungen der Geburt oder Adoption eines Kindes auf Schenkungen **142**

I. Widerrufsrecht des Schenkers **143**

1. Das Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder **143**
a) Widerrufsbefugnis **144**
b) Geltendmachung des Widerrufs **145**
c) Rechtsfolge **146**
d) Normzweck **146**
e) Vergleich zum Erbrecht **147**

2. Widerruf einer Schenkung von Todes wegen **149**

II. Widerrufsrecht des nachgeborenen Pflichtteilsberechtigten wegen Verkürzung seines Pflichtteils durch Schenkung **150**

1. Nachgeborene Kinder **151**
a) Tatbestand und Rechtsfolge **151**
b) Verhältnis zwischen §§ 1140 ff. I, 11 und §§ 1113 ff. I, 11 **152**

2. Nachträglich adoptierte Kinder **153**

3. Widerruf einer Schenkung von Todes wegen aufgrund Pflichtteilsverkürzung **153**

III. Fazit **153**

C. Gesamtfazit zum ALR **155**

4. Kapitel: Die Auswirkung des späteren Hinzukommens eines Kindes im Rahmen der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs **157**

A. Das Anfechtungsrecht der später hinzukommenden Pflichtteilsberechtigten gem. § 2079 BGB **158**

I. Teilentwurf Schmitt **158**

1. Tatbestand **161**
a) Anfechtungsgrund **161**
b) Anfechtungsgegenstand **161**
aa) Testament **161**
bb) Erbvertrag **162**
(1) Exkurs: Der Erbvertrag im BGB **162**
(2) Der Erbvertrag als Anfechtungsgegenstand **163**
cc) Schenkungen von Todes wegen **166**
c) Weitere Voraussetzungen **166**
2. Rechtsfolgen **167**
3. Dogmatische Konstruktion **169**
4. Zweck **170**
5. Vergleich zum gemeinen und preußischen Recht **171**
a) Gemeines Recht **171**
b) Preußisches Recht **173**
6. Bewertung **175**
7. Zwischenfazit **177**

II. Beratungen der ersten Kommission **177**

1. Änderungen der ersten Kommission **179**
2. Bedeutung der Änderung für den Zweck von § 1782 E I **180**

III. Kritik am ersten Entwurf **181**

IV. Weitere Entwicklung **182**

B. Das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers gem. § 2281 BGB **184**

I. Teilentwurf Schmitt **184**

1. Teilentwurf 1879 **184**
2. Teilentwurf 1886 **185**

II. Beratungen der ersten Kommission **187**

1. Einzelheiten **187**
a) Modifikationen **188**
b) Schutzvorschriften zugunsten des Erbvertragspartners **188**
2. Zweck **189**
3. Vergleich zum gemeinen und preußischen Recht **190**
a) Gemeines Recht **190**
b) Preußisches Recht **192**

4. Exkurs: Auswirkung der Einführung des Selbstanfechtungsrechts des Vertragserblassers auf das Anfechtungsrecht der übergangenen Pflichtteilsberechtigten **192**
5. Zwischenfazit **193**

III. Kritik am ersten Entwurf **194**

IV. Weitere Entwicklung **195**

V. Exkurs: Gemeinschaftliches Ehegattentestament **196**

C. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch für nachgeborene Kinder gem. § 2325 BGB **196**

I. Teilentwurf Schmitt **198**
1. Kein außerordentlicher Pflichtteil für nachgeborene Kinder **198**
2. Bewertung **199**

II. Beratungen der ersten Kommission **201**

III. Kritik am ersten Entwurf **202**

IV. Beratungen der zweiten Kommission **203**

V. Vergleich **204**
1. Gemeines Recht **204**
2. Preußisches Recht **204**

D. Kein Widerrufsrecht des Schenkers bei späterer Geburt eines Kindes **205**

I. Teilentwurf zum Obligationenrecht **205**
1. Vorbereitender Ausschuss zum Dresdner Entwurf **206**
2. Dresdner Entwurf von 1866 **208**
3. Teilentwürfe zum Obligationen- und Erbrecht **208**

II. Beratungen der ersten Kommission **209**

III. Kritik am ersten Entwurf **210**

IV. Weitere Entwicklung – Aufnahme des Widerrufsrechts bei Verarmung des Schenkers **211**

V. Fazit **213**

E. Gesamtfazit zur Entstehung des BGB **214**

F. Eigene Bewertung **217**

5. Kapitel: Die Auswirkungen des späteren Hinzukommens eines Kindes nach geltendem deutschen Recht **219**

A. Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten, § 2079 BGB **219**

I. Tatbestand **221**

1. Unkenntnis von Pflichtteilsberechtigten **221**
2. Übergehen **222**
3. Anfechtungsgegenstand **224**
a) Letztwillige Verfügungen **224**
b) Bindende letztwillige Verfügungen **224**

II. Ausschluss des Anfechtungsrechts **226**

III. Rechtsfolge **227**

1. Streitstand **227**
2. Änderung der Beweislastverteilung **228**
3. Gesetzgebungsgeschichte **230**
4. Wortlaut und Systematik **230**
5. Teleologische Erwägungen **231**

IV. Vergleich mit den untersuchten historischen Vorbildern **233**

1. Römisches und gemeines Recht **233**
2. Preußisches Recht **233**

V. Zweck **235**

B. Das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers, § 2281 I BGB **237**

I. Anfechtungsvoraussetzungen **238**

1. Vorrang der Auslegung **239**
2. Anfechtungsgrund **239**
3. Ausschluss bei Missbrauch **240**

II. Rechtsfolge **242**

1. Gesamtnichtigkeit **242**
2. Rechtsfolgen für Vertragspartner **242**

III. Einschränkungsbemühungen **244**

1. Berücksichtigung des Willens des anderen Vertragsteils **244**
2. Einschränkungen für den sog. entgeltlichen Erbvertrag **245**

3. Verzicht auf das Anfechtungsrecht aus § 2079 BGB **248**

IV. Vergleich mit historischen Vorläufern **249**

1. Gemeines Recht **249**

2. Preußisches Recht **250**

V. Zweck **251**

C. Pflichtteilergänzung für nachgeborene oder später adoptierte Kinder, § 2325 BGB **252**

I. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch **252**

II. Ergänzungsberechtigte **253**

1. Die Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1972 und 1997 **254**

2. Erste Anzeichen für eine Abkehr vom Bestandsschutzgedanken **255**

3. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2012 und die herrschende Ansicht der Literatur **256**

a) Gleichberechtigte Mindestteilhabe **257**

b) Interessen des Beschenkten **259**

III. Vergleich mit historischen Vorbildern **259**

D. Schenkungsrecht **260**

I. Einführung **260**

1. Übergabeverträge im Rahmen vorweggenommener Erbfolge **260**

2. Schenkungen auf den Todesfall **262**

3. Funktionsäquivalenz zu Verfügungen von Todes wegen **264**

II. Bestandsaufnahme **265**

1. Widerruflichkeit des Schenkungsangebots **265**

2. Verarmung des Schenkers **265**

a) Rechtsmittel des Schenkers – Tatbestand und Rechtsfolge **265**

b) Zweck **266**

c) Vergleich zum Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder **268**

aa) Überlegungen anderer Autoren **268**

bb) Stellungnahme **269**

3. Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB **269**

4. Individualvertragliche Vereinbarungen **271**

E. Fazit **271**

6. Kapitel: Gesamtkonzept für die Auswirkung der späteren Geburt oder Adoption eines Kindes auf letztwillige Verfügungen und Schenkungen im BGB **274**

A. Analyse der bestehenden Rechtslage **274**

I. I. Gesamtkonzept de lege lata **274**

1. Vergleich unter dem Gesichtspunkt „Rechtsgeschäft“: Schenkung und letztwillige Verfügung **274**
2. Vergleich unter dem Gesichtspunkt „Person“: Später geborenes bzw. adoptiertes Kind – Verfügender **275**
3. Vergleich unter dem Gesichtspunkt „Interessenlage“: Verfügungsfreiheit – Teilhabe – Bestandsschutz **276**

a) Interessen des Verfügenden **277**
b) Interessen des später geborenen bzw. adoptierten Kindes **277**
c) Interessen des Begünstigten **279**

II. Gesamtkonzept in der Rechtspraxis **280**

B. Gesamtkonzept de lege ferenda **280**

I. Erforderlichkeit eines Gesamtkonzepts **280**

1. Vergleich von Schenkungen und letztwilligen Verfügungen **281**

a) Unterschiede **281**
b) Gemeinsamkeiten **282**

aa) Schenkungen und letztwillige Verfügungen allgemein **282**
bb) Schenkungen auf den Todesfall bzw. im Rahmen vorweggenommener Erbfolge und letztwillige Verfügungen **284**

c) Stellungnahme **285**

2. Funktionsäquivalenz von Schenkungen auf den Todesfall bzw. im Rahmen vorweggenommener Erbfolge und letztwilligen Verfügungen **285**

a) Auf den Tod befristete Schenkung bzw. Schenkungen im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall – Vermächtnis **286**
b) Übergabevertrag im Rahmen vorweggenommener Erbfolge – Erbvertrag **287**

3. Vergleich mit historischen Vorläufern **289**

II. Varianten für ein Gesamtkonzept **290**

1. Motivirrtum im Schenkungsrecht – analoge Anwendung von §§ 2079, 2281 BGB **290**

a) Planwidrige Regelungslücke **291**
b) Vergleichbarkeit **291**

aa) Anwendbarkeit auf alle Schenkungen **291**

c) Anwendbarkeit auf bestimmte Schenkungen **292**
d) Stellungnahme **294**
2. Einführung eines Widerrufsrechts wegen nachgeborener Kinder – Hinzufügung einer dem Gesamtkonzept fehlenden Norm **295**
a) Mögliche Ausgestaltung eines Widerrufsrechts wegen nachgeborener Kinder **295**
b) Stellungnahme **296**
3. Abschaffung von § 2079 BGB und § 2281 BGB – Abschaffung bestehender Normen **298**
a) Rechtfertigung der Abschaffung des Selbstanfechtungsrechts **299**
b) Rechtfertigung der Abschaffung des Anfechtungsrechts übergangener Pflichttteilsberechtigter **300**

Abkürzungsverzeichnis **305**

Literaturverzeichnis **310**

Quellenverzeichnis **329**

Verzeichnis römischer Rechtsquellen **332**

Einleitung

Ein bislang kinderloser Unternehmer möchte seine Unternehmens- und Vermögensnachfolge regeln. Zu diesem Zweck stehen ihm verschiedene rechtliche Instrumente zur Verfügung. Er kann eine Verfügung von Todes wegen – ein Testament oder einen Erbvertrag – wählen. Er kann aber auch von den Möglichkeiten der vorweggenommenen Erbfolge Gebrauch machen. Dieser liegt zumeist eine Schenkung zugrunde. Der Unternehmer kann sein Unternehmen also auch im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge verschenken.

Der Unternehmer entscheidet sich für eine letztwillige Verfügung. Er errichtet ein Testament, in dem er seinen Neffen als Erben einsetzt. Später wird ihm noch ein eigenes Kind geboren. Hat das Kind Ansprüche auf das Erbe? Schließt der Unternehmer einen Erbvertrag anstelle eines Testaments mit seinem Neffen ab und bekommt einige Jahre später doch noch ein Kind, hat das Kind ebenfalls in der Regel ein Interesse daran, dass das Erbe nicht dem Neffen, sondern ihm zufällt. Der Unternehmer argumentiert, dass er den Erbvertrag nicht abgeschlossen hätte, hätte er gewusst, später noch ein Kind zu bekommen. Der Neffe aber ist am Bestand des Erbvertrages interessiert.

Ein ähnlicher Interessenkonflikt kann entstehen, wenn sich der Unternehmer zur vorweggenommenen Erbfolge entschließt und zu Lebzeiten große Teile seines Vermögens an den Neffen verschenkt. Auch dann könnte er anführen, dass er die Schenkung nicht getätigt hätte, hätte er gewusst, noch ein Kind zu bekommen. Das Kind hat ein Interesse, dass sein Erbe nicht durch die Schenkung ausgehöhlt wird. Wiederum ist der Neffe am Bestand der Schenkung interessiert.

Dieser Interessenkonflikt beschäftigt die folgende Arbeit. Das deutsche Recht enthält nur zum Teil Regelungen zur Lösung dieses Konflikts. In drei Sachzusammenhängen behandelt das BGB im Buch über das Erbrecht die Thematik der sog. nachgeborenen bzw. später adoptierten Kinder – das sind zeitlich nach Errichtung einer letztwilligen Verfügung oder nach Vornahme einer Schenkung geborene oder adoptierte Kinder:

1. Nachgeborene oder später adoptierte Kinder können eine letztwillige Verfügung des Erblassers nach dessen Tod anfechten, § 2079 S. 1 Alt. 2 BGB.[1] Sie werden gesetzliche Erben des Erblassers. § 2079 BGB verkörpert einen besonderen erbrechtlichen Anfechtungsgrund: die irrtümliche Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten. Abkömmlinge eines Erblassers sind gem. §§ 2303 I, 1924 I BGB pflichtteilsberechtigt. Ist ein nachgeborener Abkömmling in einer letztwilligen Ver-

[1] Dasselbe Anfechtungsrecht steht beispielsweise auch späteren Ehegatten zu.

fügung übergangen worden, stellt das Gesetz die Vermutung auf, dass diese Übergehung durch den Erblasser irrtümlich erfolgte. Im eingangs geschilderten Fall kann also das nachgeborene Kind das Testament anfechten. Unproblematisch ist das nicht, denn immerhin kann der Unternehmer ohne weiteres sein Testament nach der Geburt des Kindes ändern, §§ 2253 ff. BGB. Es gibt zwar Situationen, in denen dies nicht möglich ist: Beispielsweise wurde das Kind zwar vor dem Tod des Erblassers gezeugt, aber erst nach seinem Tod geboren; vielleicht wusste der Erblasser auch von der Geburt des Kindes nichts, weil die Mutter ihn nicht in Kenntnis gesetzt hat; vielleicht hatte der Erblasser aber auch keine Gelegenheit mehr, sein Testament zu ändern, hat es vergessen oder hielt es ohnehin für hinfällig durch die Geburt des Kindes. Jedoch gilt § 2079 BGB nicht nur für solche Sonderkonstellationen. Es genügt, wenn der Pflichtteilsberechtigte beim Erbfall vorhanden bzw. gezeugt ist, bei Testamentserrichtung hingegen noch nicht. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, welchen Zweck § 2079 BGB verfolgt. Soll der (vermutete) Wille des Erblassers geschützt werden oder das Interesse des nachgeborenen Kindes? Dieser Interessengegensatz prägt zahlreiche Streitigkeiten im Rahmen von § 2079 BGB. Vor allem die Rechtsfolge der Anfechtung ist umstritten. Dem Teilhabeinteresse des nachgeborenen Kindes genügt, wenn das Kind seinen gesetzlichen Erbteil erhält. Was aus der Verfügung im Übrigen wird, ob sie bestehen bleibt oder im Ganzen nichtig ist, hängt hingegen von der Gewichtung des vermuteten Erblasserwillens ab.

2. Der durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament gebundene Erblasser kann zu seinen Lebzeiten die bindende Verfügung selbst anfechten, wenn ein Kind erst nach Errichtung geboren wird, § 2281 I BGB. Er erlangt seine Verfügungsfreiheit zurück. Es steht ihm grundsätzlich frei, den übergangenen Pflichtteilsberechtigten zu bedenken oder nicht. Das birgt Missbrauchspotential: Der gebundene Erblasser kann willkürlich einen Pflichtteilsberechtigten schaffen und sich dadurch vom Erbvertrag lösen. Die Willensherrschaft des Erblassers tritt hier besonders deutlich hervor. Daneben ist das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers vor dem Hintergrund der Interessen des Vertragspartners nicht unproblematisch. Die Gesellschaft hat sich seit Inkrafttreten des BGB verändert. Sie altert stetig, so dass die Pflegebedürftigkeit der Menschen immer größer wird. Beachtliche Privatvermögen wurden zusammengetragen. Erblasser möchten deswegen Anreize zur Pflege schaffen. Dies kann durch Abschluss eines Erbvertrages erreicht werden, in dem der Erblasser den Vertragspartner als Erben einsetzt und sich der Vertragspartner im Gegenzug zu Pflegeleistungen zugunsten des Erblassers verpflichtet (sog. entgeltlicher Erbvertrag). Doch wird auf die Interessen des Vertragspartners Rücksicht genommen, wenn der Neffe – sollte er sich vertraglich zur Pflege des Unternehmers

verpflichtet haben – zu Lebzeiten des Unternehmers dessen Willkür aufgrund § 2281 I BGB und nach dem Tode des Unternehmers dem Risiko der Anfechtung durch das nachgeborene Kind aufgrund § 2079 S. 1 Alt. 2 BGB ausgesetzt ist? Welchen Zweck verfolgt § 2281 BGB? Und ist das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers noch zeitgemäß?

3. Schließlich hat nach einer Rechtsprechungsänderung des BGH aus dem Jahre 2012 in Übereinstimmung mit großen Teilen der Literatur ein nachgeborenes Kind einen Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 BGB. Das Pflichtteilsrecht gewährt eine Mindestteilhabe am Nachlass des Verstorbenen. Hat dieser zu seinen Lebzeiten einen Großteil seines Vermögens verschenkt, ermöglicht der Pflichtteilsergänzungsanspruch, an den lebzeitigen Schenkungen beteiligt zu werden. Der Erblasser kann den Pflichtteil nicht durch Schenkungen aushöhlen. Auch ein erst nach einer Schenkung geborenes Kind wird vor Aushöhlung geschützt. Das verschenkte Unternehmen des kinderlosen Unternehmers wäre also für sein nachgeborenes Kind nicht vollständig verloren.

Nachgeborene Kinder können mit § 2079 S. 1 Alt. 2 BGB ihr gesetzliches Erbrecht gegen Testaments- und Erbvertragserben durchsetzen. Sie können mit § 2325 BGB ihre Mindestbeteiligung am lebzeitigen Vermögen durchsetzen. Es stellt sich die Frage, ob damit dasselbe Ziel im Hinblick auf nachgeborene Kinder verfolgt wird. Bezieht man das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers mit in die Fragestellung ein, erhöht sich die Komplexität. Verfolgen alle drei Regelungen dasselbe Ziel oder unterschiedliche Ziele? Gibt es einen Zusammenhang zwischen diesen Regelungen? Können sie ein einheitliches Gesamtkonzept im Umgang mit nachgeborenen Kindern im BGB darstellen, das auf ähnliche Fallkonstellationen angewendet werden kann? Wie werden die gegensätzlichen Interessen in Ausgleich gebracht und geschieht dies dogmatisch stringent? Gibt es Wertungsparallelen zum Problem des Aufeinandertreffens von Unentgeltlichkeit und nachgeborenen Kindern? Oder handelt es sich vielmehr um einzelfallbezogene Lösungen, die eigenen Wertungen zur Lösung kontextspezifischer Probleme folgen und nicht verallgemeinert werden können?

Diese Fragen sind vor allem deswegen spannend, weil das Schenkungsrecht keine spezielle Regelung kennt, die dem Unternehmer die Aufhebung einer Schenkung bei späterer Geburt oder Adoption eines Kindes ermöglicht. Ein Pendant zum Selbstanfechtungsrecht des Erblassers existiert im Schenkungsrecht nicht. Dabei bestehen durchaus Parallelen insbesondere zur Interessenlage beim Erbvertrag: Der Unternehmer geht eine vertragliche Bindung ein, sein Vermögen auf seinen Neffen zu übertragen. Beide Rechtsgeschäfte erfolgen unentgeltlich und im Hinblick auf die Vermögensnachfolge des Unternehmers. Während sich der Unternehmer von

seinem Testament und seinem Erbvertrag bei späterer Geburt eines Kindes stets lösen kann, steht ihm eine solche Möglichkeit nicht zur Verfügung, wenn er sich zur vorweggenommenen Erbfolge durch Schenkung entschieden hat.

Das war nicht immer so. Im 19. Jahrhundert existierte ein Widerrufsrecht des Schenkers bei späterer Geburt eines Kindes im deutschsprachigen Raum. Es geht auf eine Konstitution des Kaisers Konstantin aus dem Jahre 355 n. Chr. zurück und wurde seitdem weiterentwickelt. Es war im gemeinen Recht anerkannt, wenn auch nicht ohne Kritik geblieben. Zahlreiche Kodifikationen, beispielsweise das Allgemeine Preußische Landrecht, enthielten ein Widerrufsrecht bei späterer Geburt eines Kindes. Welchen Zweck verfolgte man mit dem Widerrufsrecht des Schenkers? Enthielten römisches, gemeines und preußisches Recht ein einheitliches Gesamtkonzept im Umgang mit nachgeborenen Kindern? Warum entschied sich der BGB-Gesetzgeber gegen ein solches Widerrufsrecht? Wie wirkt sich diese Entscheidung auf die bestehenden Regelungen aus?

Es gibt viele offene Fragen und Wertungskonflikte im skizzierten Problemfeld der nachgeborenen Kinder, so dass man überlegen kann, warum es überhaupt spezielle Regelungen zu den Auswirkungen der späteren Geburt eines Kindes auf unentgeltliche Verfügungen gibt und gab? Sind die Lösungen des BGB heutzutage noch zeitgemäß? Haben sie sich als Folge jahrhundertelanger Beschäftigung mit dem Regelungskonflikt in das BGB ganz selbstverständlich eingeschlichen und sind heute überlebt?

Die vorliegende Arbeit beginnt mit einer historisch-vergleichenden Analyse des gesamten Problemkomplexes. Durch die geschichtliche Betrachtung des Konflikts gelingt es, die tradierten Werte und Interessen hinter den Lösungsansätzen der angesprochenen Rechtsordnungen zu verstehen, einzuordnen und vor dem Hintergrund möglicher veränderter gesellschaftlicher Entwicklungen erneut zu bewerten. Eine historische Analyse „schärft den Sinn für erfahrungsgemäß auftretende Probleme mit bestimmten Lösungen und Konstruktionen, und sie behält den Blick dafür offen, dass das gerade geltende Recht eines bestimmten Territoriums nicht die einzige Möglichkeit ist, dieses oder jenes Problem zu lösen. Sie zeigt den ganzen Werkzeugkasten des Rechts, …“.[2]

Ausgangspunkt bildet dabei das römische Recht als „Wurzel wesentlicher Elemente des BGB“.[3] Zahlreiche Quellen des römischen Rechts beschäftigen sich mit der Frage, welche Auswirkungen die spätere Geburt eines Kindes auf bereits getätigte

[2] Baldus, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 2, 19.

[3] Baldus, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 2, 3; s.a. Zimmermann, Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002), 243, 251 ff.

Verfügungen hat.[4] Ihre Rezeption vor allem durch die Pandektisten als wissenschaftliche Vorarbeit für das BGB ermöglicht Aufschluss darüber, wie sich die Regelungen weiterentwickelt haben und wie es zur kritischen Haltung gegenüber dem Widerrufsrecht des Schenkers kam.[5] Exemplarisch wird das Allgemeine Preußische Landrecht untersucht, um aufzuzeigen, wie die Auswirkungen der späteren Geburt eines Kindes auf verschiedene Verfügungen in einer Kodifikation geregelt werden können. Das preußische Recht eignet sich hierfür besonders, weil es kreative Lösungsvorschläge bietet.[6] Die Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte des BGB ermöglicht, die Regelungen des BGB besser zu verstehen.[7] Abschließend wird die heutige Entwicklung des Problemkomplexes behandelt, um die aufgeworfenen Fragen mit Hilfe der historisch-vergleichenden Analyse zu beantworten.

Die Arbeit wird zu dem Schluss kommen, dass es kein einheitliches Gesamtsystem bezüglich der Auswirkungen der späteren Geburt oder Adoption eines Kindes auf unentgeltliche Verfügungen im BGB gibt. Lediglich zwei Gesichtspunkte werden in Erb- und Schenkungsrecht einheitlich gelöst. Zum einen wird das Versorgungs- und Unterhaltsinteresse der nachgeborenen Kinder sowohl vor letztwilligen Verfügungen als auch vor Schenkungen durch verschiedene gesetzliche Regelungen umfassend geschützt. Zum anderen entwickelte die Kautelarpraxis einen einheitlichen Schutz des Bestandsinteresses des Begünstigten einer Schenkung oder eines Erbvertrages zulasten der Willensherrschaft des Verfügenden: Auf das Selbstanfechtungsrecht aus § 2281 BGB wird nahezu immer verzichtet. Von einer Schenkung kann sich der Verfügende ohnehin nicht wegen späterer Geburt eines Kindes lösen.

Die daraus resultierende Interessengewichtung ist vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Änderungen des Familienverständnisses gerechtfertigt. Der Aufnahme eines Widerrufsrechts bei späterer Geburt oder Adoption eines Kindes in das Schenkungsrecht des BGB bedarf es nicht. Die verbleibenden Möglichkeiten der individualvertraglichen Vereinbarung eines solchen Widerrufsrechts und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Einzelfall sind ausreichend. Vielmehr stellt § 2079 BGB ein historisches Relikt dar, das sich aufgrund jahrhundertelanger Beschäftigung mit nachgeborenen Kindern in das BGB nahezu selbstverständlich eingeschlichen hat, jedoch in seinem heutigen Anwendungsbereich nicht mehr zeitgemäß ist und mehr Probleme als Lösungen hervorbringt. Ebenso hat sich das Selbstanfechtungsrecht aus § 2281 BGB – zumindest soweit es um die Anfechtung wegen nachträglichen Hinzukommens eines Pflichtteilsberechtigten geht – überlebt.

---

[4] Vgl. Kap. 1.
[5] Vgl. Kap. 2.
[6] Vgl. Kap. 3.
[7] Vgl. Kap. 4.

Bislang hat das Erbrecht in der historisch-vergleichenden Forschung ein „Schattendasein“ geführt.[8] In jüngster Zeit gibt es jedoch einige Veröffentlichungen in diesem Bereich.[9] Dies hängt auch damit zusammen, dass die „Vereinheitlichungsfrage“ das Erbrecht erreicht hat.[10] Ab dem 17. August 2015 gilt die EU-Erbrechtsverordnung (Nr. 650/2012). Sie regelt zwar in erster Linie Kollisionsrecht, doch ist ohne ein Verständnis der verschiedenen Rechtsordnungen ein Internationales Privatrecht schwer möglich.[11] So kann diese Arbeit vielleicht innerhalb ihrer eng umrissenen Fragestellung einen Beitrag zur historischen Forschung im Erbrecht leisten.

---

[8] Zimmermann, Einführung, in: Zimmermann (Hg.): Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf das Erbrecht, S. 3 m.w.N. S.a. Zimmermann, Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur, RabelsZ 2012, 471, 474 ff.

[9] Vgl. z.B. Hosemann, Von den Bedenken gegen das Testieren „im stillen Kämmerlein“ – Die Geschichte des eigenhändigen Testaments in Deutschland, dargestellt aus Anlass des 200. Geburtstags des Badischen Landrechts, RNotZ 2010, 520 ff. Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg hat das Erbrecht in den Fokus rechtsvergleichender Forschung gerückt. So sind bei Oxford University Press die ersten zwei Bände einer längerfristig angelegten Veröffentlichungsreihe zum vergleichenden Erbrecht erschienen: Reid/de Waal/Zimmermann (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. 1: Testamentary Formalities, 2011, Bd. 2: Intestate Succession, 2015. S.a. Zimmermann, Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur, RabelsZ 2012, 471, 476.

[10] Frieser, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Erbrecht – Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Hereditare 2 (2012), S. 113 ff., 137 f.

[11] Van Erp, New Developments in Succession Law, S. 75.

1. Kapitel: Nachgeborene und später adoptierte Kinder im römischen Recht

Im römischen Recht[12] finden sich zahlreiche Quellen, die von der Auswirkung der späteren Geburt eines Kindes auf letztwillige Verfügungen und Schenkungen handeln. Die meisten stehen im Zusammenhang mit testamentarischen Verfügungen.[13] Es gibt aber auch vereinzelte Quellen, die Auswirkung des späteren Hinzukommens von Kindern auf Schenkungen thematisieren.[14]

A. Die Auswirkungen des späteren Hinzutretens eines Kindes auf ein Testament

Das römische Erbrecht[15] kannte nur ein Testament als letztwillige Verfügung.[16] Ein Erbvertrag hingegen war nichtig.[17] Das sog. Erbeinsetzungstestament entwickelte sich vermutlich in der zweiten Hälfte des 4. Jahrhunderts zur Behebung von Schwächen der altrömischen Hauserbfolge.[18] Dieser zufolge erbten Hauskinder und Ehefrau gemeinschaftlich jeweils zu gleichen Teilen.[19] Wurde das Vermögen nun unter den Hauserben aufgeteilt, reichten die Einzelteile zu ihrer Versorgung möglicherweise nicht mehr aus.[20] Um eine unrentable Zersplitterung der bäuerlichen Güter zu vermeiden, bestand deshalb das Bedürfnis, das Erbgut ungeteilt an eine Person zu vererben.[21] Durch das Erbeinsetzungstestament konnte die Hauserbfolge ausgeschlossen und Alleinerbfolge bestimmt werden.[22] Zwar verlor das Testament im Aufkommen der Republik aufgrund der Abkehr von bäuerlichen Strukturen sei-

---

[12] Zur Problematik des Begriffs „Das Römische Recht“ s. Zimmermann, „Römisches Recht“, in: HWBEuP, Bd. 2, S. 1311. Hier soll ein darstellender Überblick der römischen Quellen zum Thema der Arbeit gegeben werden.
[13] A.
[14] B.
[15] Ob es überhaupt einen Begriff und eine systematische Erfassung des Erbrechts gegeben hat, ist fraglich, vgl. Avenarius, Römisches Erbrecht und Religion, S. 12.
[16] Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, S. 375 f., 385 ff.; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 63.
[17] Die Bindungswirkung des Erbvertrages war ein Verstoß gegen die guten Sitten, vgl. Iul.D.45.1.61; Ulp.D.34.4.4; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, S. 378.
[18] Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 93 f.; Zur Entwicklung der Testamentsformen vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 105 ff.; v. Lübtow, Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen, S. 432 ff., 485 ff.
[19] Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 95 ff.
[20] Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 93.
[21] v. Lübtow, Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen, S. 432; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, S. 375.
[22] Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, S. 375, 385; Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht, S. 311.

nen ursprünglichen Sinn. Dennoch wurde die gewillkürte Erbfolge zur Regel und drängte das Intestaterbrecht in den Hintergrund.[23] Das Testament galt als Ausdruck römischen Selbstverständnisses, zu Lebzeiten über das Schicksal seines Vermögens nach dem eigenen Tod frei zu verfügen. Die Erbeinsetzung wurde zum notwendigen Kernbestandteil eines Testaments.[24] Daneben konnte ein Testament weitere Verfügungen enthalten wie beispielsweise Vermächtnisse, Freilassungen oder Fideikomisse.[25] Hinsichtlich der Ausgestaltung der letztwilligen Anordnungen im Einzelnen wurde dem Testator umfassende Testierfreiheit zugebilligt.[26]
Ein solches Testament konnte durch die spätere Geburt eines Kindes beeinflusst werden. Es entwickelten sich zwei Ansatzpunkte: Einerseits gab es das Prinzip *postumi adgnatione testamentum rumpitur*, wonach ein Testament durch die Geburt eines Nachgebornen ungültig wurde.[27] Andererseits konnte ein nachgeborenes Kind die Klage aufgrund eines pflichtwidrigen Testaments erheben (*querela inofficiosi testamenti*).[28]

I. Postumi Adgnatione Testamentum Rumpitur

Postumi adgnatione testamentum rumpitur beschreibt ein altes Prinzip des römischen Testamentsrechts.[29] Diese Regel findet sich nicht explizit niedergeschrieben, wird aber in vielen Quellen beschrieben oder vorausgesetzt.[30] Die wörtliche Übersetzung lautet: Durch die Geburt eines Nachgeborenen wird ein Testament zer-

---

[23] v. Lübtow, Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen, S. 485 ff. (dort wird von Cato berichtet, der sich drei Dinge in seinem Leben zum Vorwurf gemacht habe, unter anderem einen Tag ohne Testament gelebt zu haben), 505; Avenarius, Römisches Erbrecht und Religion, S. 23 f.; Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 669. Als Gründe werden das Bedürfnis nach Selbstgestaltung und Individualitätsstreben vermutet.
[24] Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 94, 686 ff.; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 63, 110 ff. Vgl. auch Gai.2.229: „… caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio“ – Die Einsetzung eines Erben wird als Kopf und Fundament des gesamten Testaments angesehen.
[25] Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 746, 758; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 63, 109 ff.; v. Lübtow, Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen, S. 493 f.
[26] Siehe dazu: Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 669 ff.; zum römischen Verständnis von Privatautonomie: Baldus, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 2 ff. Er bezeichnet das Erbrecht als „Anwendungsfeld *par excellence* der Privatautonomie“.
[27] S.u. A.I.
[28] S.u. A.II.
[29] v. Lübtow, Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen, S. 513; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 643; Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht, S. 46; Lamberti, Postumi 1, S. 122.
[30] Vgl. zum Beispiel UE 22.18; UE 23.2: „Rumpitur testamentum …; item agnatione, id est, si suus heres agnascatur, …“ – Ein Testament wird zerschlagen …; durch Geburt, das ist, wenn ein Hauserbe geboren wird; Gai.2.131; Ulp.D.28.3.3.pr.; Ulp.D.28.2.12.pr.; Terent.Clem.D.28.2.22; Pap.D.28.3.1; Scaev.D.28.2.29.11.

schlagen. Es handelt sich dabei um eine Regelung des *ius civile*,[31] die zumindest in der späteren Republik bereits bekannt war.[32] Schon Cicero nahm ganz selbstverständlich an, dass ein Testament durch die spätere Geburt eines Kindes ungültig wurde.[33]

1. Der Tatbestand (Geburt eines Kindes – postumi adgnatio)

a) Postumus

aa) Postumus – der Nachgeborene

Durch die Geburt eines *postumus* wird ein Testament zerschlagen. Doch wer verbirgt sich hinter dem Begriff *postumus*? Im Allgemeinen wird das Wort mit „nachgeboren" übersetzt.[34] Damit stellt sich die Anschlußfrage: Nach welchem Zeitpunkt geboren – nach dem Tod einer Person oder nach ihrer Testamentserrichtung?
Der etymologische Ursprung von *postumus* ist nicht eindeutig geklärt.[35] Eine Ansicht leitet *postumus* von *post humatus* ab: nach der Beerdigung.[36] Danach ist ein *post<u>h</u>umus* ein Kind, das nach der Beerdigung einer Person, also nach ihrem Tod geboren wird.[37] Als wahrscheinlicher gilt, dass *postumus* neben *postremus* eine Form des Superlativs von *posterus* (= nachfolgend) ist.[38] Der Superlativ *postumus*

---

[31] Das *ius civile* war im Unterschied zum *ius gentium* nur römischen Bürgern vorbehalten, Gai.1.1. Zu den Rechtsschichten im römischen Recht: Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 198 ff.

[32] Lamberti, Postumi 2, S. 209 f.; Watson, Law of Succession, S. 43 ff.; Sachers, „Postumus" in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 960, 980. Mangels früherer Textbelege als die Ciceros wird die Bezeichnung der Regel als „ancient" abgelehnt, vgl. Buckland, Textbook, S. 232 Fn. 4; Watson, Law of Succession, S. 45 Fn. 1. Insbesondere Schmidt, Formelles Recht der Noterben, S. 8 ff. hält sie aber für älter, s.u. A.I.5)b).

[33] Cicero, De oratore, Liber I, 57, 241: "… Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum; …" – Wer aber fordert aus einem Testament die Erbschaft, das der Familienvater vor Geburt des Sohnes gemacht hatte? Niemand; weil es feststeht, dass ein Testament durch das Hinzukommen zum agnatischen Familienverband zerschlagen wird; s.a. Cicero, Pro A. Caecina Oratio, 25, 72.

[34] Vgl. Stowasser, „postumus" (übersetzt unter „posterus" III.2. Superlativ ‚postumus') S. 392; Pons, Wörterbuch Latein-Deutsch, „postumus", S. 696; Benke/Meissel, Juristenlatein, S. 280; Georges, Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch, Bd. 2, S. 1803.

[35] Vgl. Sachers, „Postumus" in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 956 f.; Offengelassen von Mühlenbruch, Erläuterungen zu den Pandecten, Bd. 36, S. 154 Fn. 44.

[36] Isidorus, Etymologiarum, Liber IX, 5, 22: „Posthumus vocatur eo, quod post humationem patris nascitur, id est post obitum." – Posthumus wird derjenige genannt, der nach der Beerdigung des Vaters geboren wird, das ist nach dem Tod.

[37] Def. ‚post(h)mus' bei Benke/Meissel, Juristenlatein, S. 280: „Der Nachgeborene. Gemeint ist der nach dem Tod seines leiblichen Vaters Geborene."

[38] Siehe dazu: Pons, Wörterbuch Latein-Deutsch, ‚posterus' unter III. Superlativ: ‚postumus'; Stowasser, S. 392; so wohl auch Robbe, Postumi, S. 22 Fn. 1. Bei Ulpian (D.28.3.3.3) heißt es: „Ex his apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam <u>posteriorum</u>: illi iniustum faciunt, hi rumpunt …" Ulpian meinte die Nachgeborenen

wird auf die Familie bezogen und mit „zuletzt geboren“ bzw. „nachgeboren“ übersetzt.[39] *Postumus* bedeutet deshalb das an letzter Stelle geborene Kind, unabhängig vom Zeitpunkt der Geburt.[40]

In der römischen Rechtsliteratur taucht der Begriff *postumus* häufig auf, meist in erbrechtlichem Kontext.[41] Damit wird jedenfalls das nach dem Tod eines Elternteils geborene Kind bezeichnet.[42] Dieses Begriffsverständnis ist jedoch innerhalb des Testamentsrechts zu eng. Denn in Bezug auf ein Testament kann ein Kind bereits „nachgeboren“ sein, wenn es nach Testamentserrichtung in den Familienverband kommt. Viele Quellen, die sich mit der Auswirkung der Geburt eines Kindes auf ein bestehendes Testament befassen, bezeichnen deshalb auch das nach Testamentserrichtung, aber zu Lebzeiten des Testators geborene Kind als *postumus*.[43] Insofern umfasst der Begriff *postumus* im Testamentsrecht sowohl das zu Lebzeiten als auch das nach dem Tod einer Person geborene Kind – entscheidend ist die Geburt nach Testamentserrichtung.[44]

(vgl. z.B. Übersetzung von Sintenis/Schilling/Otto); es wird aber der Komparativ von posterus verwendet: die Späteren.

[39] Sachers, „Postumus“ in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 956; Pons, Wörterbuch Latein-Deutsch, ‚posterus’; Stowasser, S. 392.

[40] So auch: Sachers, „Postumus“ in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 957; Robbe, Postumi, S. 22 Fn. 1.

[41] Vgl. nur D.28.2 „De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis“ – Über die Einsetzung und Enterbung von Kindern und nachgeborenen Erben; Gai.2.130 ff.; 3.4; Inst. 1.13.4; 1.14.5; 2.13.1; 2.18.2; 2.20.26; 3.1.2b; 3.9.1.

[42] Vgl. Ulp.D.28.3.3.1. Lamberti, Postumi 1, S. 7 Fn. 12: Der Begriff *postumus* erfasse nur einen nach dem Tod und nicht auch ein im letzten Lebensjahr des Erblassers Geborenen. Von diesem Begriffsverständnis ist die gesamte Monographie Lambertis geprägt, vgl. Lamberti, Postumi 1, S. 6 ff.; dies., Postumi 2, S. 209 ff. S.a. Harke, Nasiciturus und Gleichbehandlung, FS Knütel (2009), S. 431, 436; Sachers, „Postumus“ in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 957. Zum Verständnis des Begriffs *postumus* im gesetzlichen Erbrecht vgl. Fn. 49.

[43] Ulp.D.28.3.3.4: “… postumus … sive post mortem testatoris nascatur sive vivo testatore …” – *postumus* … sei er nach dem Tod des Testators oder zu dessen Lebzeiten geboren …; Ulp.D.28.3.3.5: “… dixerit: ’postumus exheres esto‘, natus vel post mortem vel vivo testatore non rumpet.“ – … er sagte: Der *postumus* sei enterbt. Der nach dem Tod oder zu Lebzeiten des Testators Geborene zerschlägt nicht; Ulp.D.28.3.12.pr.: “Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: …“ – Ein übergangener *postumus*, der zu Lebzeiten des Testators geboren war, verstarb: …

[44] Heumann/Seckel, Handlexikon, S. 443 ‚postumus’; Dropsie, Roman Law of Testaments, S. 112; Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 691, 706; Watson, Law of Succession, S. 41; Schmidt, Formelles Recht der Noterben, S. 5 insbes. Fn. 8, S. 9 und 11; Harke, Nasciturus und Gleichbehandlung, FS Knütel (2009), S. 431, 432, 436 (Harke meint, das Testament mache als treuhänderische Verfügung unter Lebenden alle danach Geborenen zu *postumi*, unter denen die beim Erblassertod Gezeugten nur eine besonders exponierte Stellung einnehmen); Sachers, „Postumus“ in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 957, 979, 980; Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht, S. 44; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 641. Mühlenbruch, Erläuterungen zu den Pandecten, Bd. 36, S. 178 schreibt ebenfalls von einer Erweiterung des *postumus*-Begriffs auf all diejenigen, die nach Testamentserrichtung *sui heredes* des Testators wurden.

bb) Postumus – der nachgeborene Hauserbe

Im Rahmen der Regel *postumi adgnatione testamentum rumpitur* kommt dem Begriff *postumus* eine inhaltliche Besonderheit zu. Aus zahlreichen Textstellen ergibt sich, dass ein Testament nur dann zerschlagen wurde, wenn der nachgeborene Abkömmling die Eigenschaft eines Hauserben (*suus heres*) hatte bzw. gehabt hätte.[45] Gleich in der ersten Lex zum 3. Kapitel (*De Iniusto Rupto Irrito Facto Testamento*) des 28. Buches wurde Papinian mit den Worten zitiert:

> Pap.D.28.3.1: „Testamentum … rumpitur … adgnatione sui heredis …" Ein Testament wird zerschlagen durch das Hinzukommen eines Hauserben zum agnatischen Familienverband.

Auch Ulpian stellte auf die Geburt eines Hauserben ab:

> UE 23.2: „Rumpitur testamentum, …; item adgnatione, id est, si suus heres agnascatur, …" Ein Testament wird zerschlagen, …; dasselbe geschehe durch Eintritt in den agnatischen Familienverband, nämlich, wenn ein Hauserbe aufgenommen wird.

Ein *suus heres* war gesetzlicher Erbe der ersten Klasse innerhalb der Hauserbfolge.[46] Zu dieser berufen waren alle in der Gewalt des *paterfamilias* stehenden Mitglieder einer Familie, die mit dessen Tod gewaltfrei wurden.[47] Zu den *sui heredes* zählten deshalb in erster Linie die Abkömmlinge des *paterfamilias*, die aus einer rechtmäßigen, zivilen Ehe hervorgingen:[48] die gewaltunterworfenen (nicht emanzipierten) Söhne und Töchter, und zwar auch solche, die innerhalb von zehn Monaten

---

[45] Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 2, S. 514 stellt in Fn. 17 fest, dass nur ein *postumus* als *suus* ein Testament zerschlage; Sachers, „Postumus" in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 960, Z. 33; 979, Z. 34 ff.; Watson, Law of Succession, S. 41, 44 f.; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 992 f.; Lamberti, Postumi 2, S. 224; Robbe, "Postumus", NNDI, XIII, S. 434, 435; Schmidt, Formelles Recht der Noterben, S. 5 ff., 11. Auch Meinhardt, D.50.16.231 Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, ZSS (Rom.) 82 (1965), 188, 199 f. stellt für die gesetzliche Erbfolge zum Begriff des *postumus* fest, dass dieser immer ein nachgeborenes Kind im Bezug auf den Vater sei. Während mit „qui in utero sunt" oder „qui nasci speratur" das zu erwartende Kind schlechthin gemeint sei, sei mit *postumus* immer der Zusammenhang zu einer Vater-Kind-Beziehung gemeint. – Ein besonderes Merkmal dieser Vater-Kind-Beziehung ist die Gewaltunterworfenheit des Kindes, vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 341 ff.

[46] Inst. 2.19.2; Inst. 3.1.2. Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 95 ff., 695 ff.; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 5 ff.; Fadda, Diritto Ereditario Romano, Bd.1, S. 125 ff.

[47] UE 22.14; Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 95 f., 695; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 5. Dies waren bestimmte Abkömmlinge und die gewaltunterworfene Ehefrau (Ehefrau in der *manus*-Ehe, vgl. Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, S. 333 f.).

[48] UE 5.1: "In potestate sunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati." – In die Gewalt fallen die Kinder, die aus einer rechtmäßigen Ehe geboren werden. *Matrimonium iustum* war eine nach *ius civile* gültige Ehe, vgl. Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, S. 333. Seit der Spätklassik zählten auch nicht-eheliche Kinder zu den *sui heredes*, wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Ehe mit der Kindsmutter geschlossen wurde, Inst. 3.1.2a.

nach dem Tod des *paterfamilias* geboren wurden und hypothetisch seiner Gewalt unterworfen wären,[49] sowie Abkömmlinge vorverstorbener oder anderweitig aus der Gewalt ausgeschiedener Söhne.[50]
Von diesem Begriffsverständnis ging beispielsweise Ulpian aus, wenn er den *postumus* als ein Kind beschrieb, das bei seiner Geburt in der Gewalt des *paterfamilias* stand bzw. stehen würde und damit zu den *sui heredes* gehörte bzw. gehören würde:

> UE 22.15: „Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt" Auch nachgeborene Kinder, also diejenigen, die im mütterlichen Bauch sind, wenn sie derart sind, dass sie in unsere Gewalt geboren werden, zählen zu den Hauserben.
> Ulp.D.28.2.12.pr.: „… nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate." Und dieser [Sohn] zerschlägt nämlich das Testament, wenn er in die Gewalt [seines Vaters] geboren wird.

Entscheidend war, dass der Nachgeborene mit Geburt ein *suus heres* des *paterfamilias* war bzw. gewesen wäre.[51] Der Begriff *postumus* war mit der Eigenschaft eines *suus heres* verknüpft.[52]
Die Stellung des *suus heres* war unabhängig vom Geschlecht der Personen – auch eine Tochter konnte Hauserbin des Erblassers sein.[53] Dasselbe galt für nachgebore-

---

[49] Diese wurden *postumi sui* genannt, vgl. Ulp.38.16.3.9-11; Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, S. 695. Die Verwendung des Begriffs *postumus suus* ist jedoch in der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge etwas verschieden. Im Rahmen der Intestaterbfolge war der *postumus suus* lediglich der beim Tod des *paterfamilias* bereits Gezeugte. Vor dem Tod des *paterfamilias* Geborene erbten als ganz normale *sui heredes*. Im Rahmen der testamentarischen Erbfolge hingegen hat der Begriff des *postumus suus* eine weitere Bedeutung (s.o. A.I.1)a)aa)): Es konnte sowohl der zum Todeszeitpunkt Gezeugte und nach dem Tod des *paterfamilias* Geborene sein, als auch derjenige, der nach Testamentserrichtung, aber noch zu Lebzeiten des *paterfamilias* geboren wurde, vgl. Sachers, „Postumus" in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 957; Schmidt, Formelles Recht der Noterben, S. 5, insbes. Fn. 8. Zur gesetzlichen Erbfolge des *postumus*: Meinhardt, D.50.16.231 Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, ZSS (Rom.) 82 (1965), 188, 198 ff.; Lamberti, Postumi 1, S. 55 ff.; dies., Postumi 2, S. 1 ff.; Fadda, Diritto Ereditario Romano, Bd. 1, S. 149 ff.
[50] Abkömmlinge von Töchtern konnten die väterliche Familie nicht fortsetzen, v. Lübtow, Entwicklungsgeschichtliche Grundlagen, S. 514; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 5.
[51] Buckland, Textbook, S. 323; Voci, Diritto Ereditario Romano, Bd. 2, S. 641. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Geburt an, vgl. Scaev.D.28.2.29.12; Sachers, „Postumus" in: RE, Bd. XXII,1 (1953), Sp. 979, Z. 58 ff.
[52] So stellt es Marianne Meinhardt fest: Meinhardt, D.50.16.231 Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, ZSS (Rom.) 82 (1965), 188, 199 ff.; dies., SCta. Tertullianum und Orfitianum, S. 160: „In der Vorstellung der Römer war der Begriff des *postumus* untrennbar mit der Fortsetzung der agnatischen Familie und mit der *suus*-Qualifikation verbunden". Siehe für die verschiedenen Begriffe für ein nach dem Tod geborenes Kind des Erblassers im Intestatrecht: Meinhardt, D.50.16.231 Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, ZSS (Rom.) 82 (1965), 188, 199.
[53] S.o. Fn. 49.