

# Commen tar

zum

österreichischen allgemeinen

# bürgerlichen Gesetzbuche

von

Dr. Leopold Pfaff und Dr. Franz Hofmann,

Professoren der Rechte an der Wiener Universität.



• Zweiter Band.

Erste Abtheilung.



Wien, 1877.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

22

## Adtes Hauptstück.

### Von dem Erbrechte.

Diese Ueberschrift sollte richtiger einen den Hauptstücken 8—15 gemeinschaftlichen Titel bilden; das 8. Hauptstück bildet nur den allgemeinen Theil zu dieser das Erbrecht behandelnden Partie des G. B. Die Einreihung derselben in die I. Abtheilung des II. Theiles („von den dinglichen Rechten“) lehnt sich zwar an das Institutionen-System an (Gaius II §. 97 — III §. 76; Just. Inst. II Tit. 10 — III Tit. 9); doch sind dabei die Redactoren von einem anderen Gedanken geleitet worden, als die Urheber dieses Systems. Die Römer dachten dabei nur daran, daß Erben eine Art des Erwerbens sei, und stellten darum das Erbrecht unter die *adquisitiones rerum* (Gaius II §§. 97, 98; §. 6 J. II 9) — eine ganz äußerliche und offenbar ungenügende Begründung, die aber dennoch sowohl im preussischen (a. L. R. I Tit. 12) als im französischen Gesetzbuch (*cod. civ.* III. Buch) festgehalten wurde. Unsere Redactoren dagegen ließen sich durch die Ansicht bestimmen, daß das Erbrecht gleich dem Eigenthum und den *iura in re aliena* ein dingliches Recht sei (a. b. G. B. §. 308), eine Ansicht, an welcher die völlige Gleichstellung des Erbrechtes mit den Rechten an einzelnen körperlichen Sachen nicht zu billigen ist, die aber dennoch viel mehr des Wahren enthält, als die herrschende Meinung zugeben will. Hieron wird weiter unten eingehend zu sprechen sein.

Wie die Stellung im System, so ist auch die Gliederung des Erbrechtes aus dem Westgal. Gesetzbuch (II. Hptst. 10—18) beibehalten, nur daß das 15. Hauptstück des Westgal. G. B. (II) „vom Erbvertrage“ ausgeschieden und diese Materie in das Hauptstück „von den Ehepacten“ (jetzt das 28.) gestellt wurde (§. 1249 ff.). Auch bei der Gliederung hat man sich größtentheils an das Institutionen-System angeschlossen. Wie man sich den Zusammenhang der Hauptstücke des Näheren gedacht hat, erhellt aus Zeiller's *Comm.* II S. 378 f.

Was nun insbesondere den Inhalt des 8. Hauptstückes und dessen Ordnung betrifft, so entspricht dies Hauptstück im Wesentlichen dem 10. Hauptstücke des Westgal. Gesetzbuches (II), dessen Inhalt Zeiller (in der Sitzung vom 19. Dec. 1803) so zusammenfaßte: a) Vorbegriffe von Erbschaft, Erbrecht und von Erben (§§. 321—330), b) Arten, das Erbrecht zu erlangen (§§. 331, 332), c) Fähigkeit und Unfähigkeit zur Erbschaft (§§. 334—341), d) Zeitpunkt, nach welchem die Erbfähigkeit bestimmt werden muß. — Nur ist von den Wirkungen der Annahme der Erbschaft (§§. 547—550) am Ende des Hauptstückes die Rede, während diese Materie im Westgal. G. B. (§§. 324—327) nahe dem Anfang stand; der Inhalt des §. 549 ist aus einer weitentlegenen Partie des Westgal. G. B. (III. Thl. §. 387 f.) herübergenommen; §. 551 endlich ist ganz neu. —

Während im gemeinen Recht die Rechtsgeschichte gerade für das Erbrecht eine noch größere praktische Bedeutung hat, als für andere Gebiete (vgl. Schirmer S. 2), da das Justinianische Erbrecht (trotz Nov. 115, 118, 127) einem



Gebäude gleicht, dessen Theile in sehr verschiedenen Zeiten erbaut worden sind, und deswegen ohne sehr eingehende geschichtliche Untersuchungen nicht verstanden werden kann, — haben diese Untersuchungen über die Geschichte des römischen Erbrechtes für das österreichische Recht, das gerade hier so recht ein Werk aus Einem Gufe ist, nahezu gar keine oder doch nur eine sehr indirecte Bedeutung.<sup>1)</sup> Aber selbst die dogmatischen Darstellungen des gemeinen Rechtes<sup>2)</sup> haben hier weniger directen Bezug, als im Obligationen-Recht und im Mobilien-Sachen-Recht. Denn die Redactoren haben sich hier in hohem Grade selbständig gegenüber dem römischen Rechte verhalten und eine — trotz mancher Mängel — sehr rühmliche legislative Leistung zu Stande gebracht, welche gleich nach ihrem Erscheinen vielseitige Anerkennung gefunden hat<sup>3)</sup> und bei jeder künftigen mitteleuropäischen Legislation, die auf der Höhe der Zeit stehen will, auf das eingehendste wird berücksichtigt werden müssen.<sup>4)</sup> Freilich war hier durch das preussische Gesetzbuch (wenn gleich weniger gut als in anderen Theilen) vorgearbeitet, weshalb die das letztere betreffende Literatur auch für uns sehr wichtig ist. Was das deutsche Recht betrifft, so kommen für unseren Zweck mehr seine allgemeinen Grundsätze, als seine besonderen Bestimmungen in Betracht.

Diese Bemerkungen mögen zugleich als Wink über die größere oder geringere Wichtigkeit der im Nachstehenden angeführten

## Literatur

dienen, aus welcher jedoch an dieser Stelle nur die Gesamt-Darstellungen zu berücksichtigen sind, wobei überdies Verweisungen auf leicht zugängliche Werke die vollständige Aufzählung ersparen sollen.<sup>5)</sup>

### Österreichische Literatur.

G. Bellingeri *Nuovo trattato delle successioni testamentarie e legittime, ossia Teoria e discussioni del cod. civ. austriaco relativamente alle successioni sviluppato giusta le disposizioni del codice stesso ed i principj del diritto comune.* (Milano 1816, auf dem Umschlage steht 1817.)

Ein der Paragraphen-Ordnung folgender Commentar zu der das Erbrecht behandelnden Partie des a. b. G. B. Das erste Heft („vol. I fasc. 1<sup>a</sup>“) hat 192 SS. 8<sup>o</sup> und bricht in der Erklärung des §. 563, mitten in einem Satze, ab. Ob mehr erschienen ist, konnten wir — trotz vieler Nachforschungen — nicht feststellen. Indes macht das erste Heft nicht nach weiteren begierig. Zwar hat der Verf. nicht Andere ausgeschrieben, und es ist anzuerkennen, daß er selbständig nachgedacht hat und den

<sup>1)</sup> Man denke nur an die umfangreiche Literatur über die *honorum possessio*, die *institutio ex re*, die *Prälegat*, die *quarta Falcidia*, die *Vermächtnißarten*, die *Incapacität*, das formelle *Notherbrecht* u. s. w. — vollends die auch schon für das gemeine Recht belanglosen Untersuchungen über die *Beerbung der Freigelassenen* u. dgl. Dieses Verhältnisses ihrer Arbeit zum römischen Recht waren sich die Redactoren auch vollkommen klar bewußt (vgl. den Vortrag 19. Jan. 1808 in den *Excursen*).

<sup>2)</sup> Unter diesen haben die älteren für uns insofern oft größere Bedeutung, als die neueren, als uns jene über gewisse Vorstellungen der Redactoren aufklären.

<sup>3)</sup> *Thibaut Civil. Abhandlungen* (1814) S. 455 f., vgl. die oben I S. 54 N. 282 Citirten. Mehr als solche einzelne Aussprüche kommt aber in Betracht das Werk von C. Frb. v. Dalwigk *Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechtes* (Wiesbaden 1820), welches sich in seinen Vorschlägen de lege ferenda auf das engste an das österreich. a. b. G. B. anschließt. — Von Neueren: z. B. Bruns in *Holtendorff's Encyclop.* (zweite Aufl.) I S. 430, G. Binding im *Arch. f. civil. Praxis* 57. Bd. S. 421, Gengler *Deutsches Privatrecht* (3. Aufl.) S. 645.

<sup>4)</sup> Dies hat Friedr. Mommsen durch die That anerkannt. S. seinen Entwurf eines *Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht* nebst *Motiven* (Braunschweig 1876).

<sup>5)</sup> Die hier und bei Arndts §. 463 namentlich aufgeführten Werke werden fortan meist nur mit den Namen ihrer Verfasser citirt werden.



Schwierigkeiten nicht ausgewichen ist. Dennoch ist die Arbeit von geringem Werthe, weil ohne Schulung, ja ohne eine genügende Kenntniß des positiven Stoffes unternommen. Die Ansichten des Verf. sind oft falsch, noch öfter die für sie vorgebrachten Gründe.

**M. Jäger von Rechtborn** Das Erbrecht nach dem Oesterreich. a. b. Gesetzbuche systematisch dargestellt und mit den früheren Landesgesetzen in Ungarn, Croatien, Slavonien, Siebenbürgen, Serbien und dem temeser Banate verglichen. 3 Thle. (Hermannstadt 1860.)

Eine nach ganz eigenthümlichem System geordnete Arbeit, auf deren Schwächen schon Unger aufmerksam gemacht hat. Der I. Thl. (166 SS.) enthält „das Erb- und Testamentsrecht“, wo gleich in der I. Abtheilung die Rechtsverhältnisse der Erben (die Folgen des Erbserwerbes) abgehandelt werden; II. Thl. (322 SS.): „Förmlichkeiten, Auslegungen und Aufhebung des letzten Willens“; III. Thl. (334 SS.): „Die gesetzliche Erbfolge. Die Erbfolge in den Pflichttheil. Anwendbarkeit der früheren Landesgesetze. Verlassenschaftsabhandlungen.“

**Jos. Unger** Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt. (Pp. 1864. 2. Aufl. 1871.) (VI. Band des „Systems“.)

Das bekannte meisterhafte Hauptwerk über unsere Materie (die Recensionen wurden oben I S. 61 nachgewiesen). In gewissem Sinne eine Ergänzung desselben bildet die beim 15. Hptst. angeführte Monographie desselben Verf. über die Verlassenschafts-Abhandlung.

### Preussische Literatur.

**L. Crelinger** System des Preussischen Erbrechts mit vergleichender Hinweisung auf das Römische und gemeine Erbrecht (Breslau 1834).

**C. F. Koch** Das preussische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt (Berlin 1865—1867).

**J. A. Gruchot** Preussisches Erbrecht, in Glossen zum Allgem. Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen. I. Bd. (624 SS., Berlin 1865), II. Bd. (562 SS., 1866), III. Bd. (400 SS., 1867).

Ein reiches Werk, das namentlich ein ungemein reiches, sorgfältig ausgewähltes und angeordnetes Material aus den Quellen und der Literatur enthält, und auch dem österreichischen Juristen sehr zu empfehlen ist (vgl. Randa Ger. Ztg. 1868 Nr. 9).

### Französische Literatur.

Sie ist nachgewiesen in Zacharia's Handbuch des Französischen Civilrechts (5. Aufl. 1853 von Anschütz, 6. Aufl. 1874, 1875 von Buchelt) am Anfang des IV. Bandes.

### Romanistische Literatur.

a) Die ältere Literatur s. in Glück's Commentar XXXIII S. 312—316; — b) die neuere bei Arndts S. 463 Anm. — Dazu kommt der II. Bd. der „Gesammelten civilistischen Schriften“ von Arndts (670 SS. gr. 8, Stuttg. 1873), dessen Inhalt ausschließlich das Erbrecht betrifft.

### Germanistische Literatur.

Sie findet sich verzeichnet theils in Gerber's System S. 248 N. 1, theils in Vengler's Lehrbuch des deutschen Privatrechts II. Thl. (1862) S. 1281, und in desselben Verf. Werk „Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen“ (3. Aufl. 1876) S. 170 N. \* (S. 622). Dazu die einschlägigen Partien dieser Lehrbücher und des Systems von Beseler (S. 149 ff.).

Von partikularrechtlichen Darstellungen ist noch hervorzuheben:

**Paul Roth** Bayrisches Civilrecht. III. Bd. (Tübingen 1875) S. 194—851.

Rec.: Hofmann in Grünhut's Ztschft. III S. 730 ff.

## Vorbemerkungen.

I. Die Grundlage des Erbrechtes. So befriedigend im Ganzen das Erbrecht in unserem Gesetzbuche normirt ist (es ist wohl die gelungenste Partie desselben), so mangelhaft war die Einsicht der Redactoren und ihrer Zeitgenossen in die Grundlagen des ganzen Institutes. Kaum ist irgend eine Frage des Rechtes von der sogen. Naturrechtslehre schiefer und oberflächlicher betrachtet worden, als diese. Indem man die Quelle für das Recht des Erben lediglich in dem Willen des Verstorbenen suchte (auch die gesetzliche Erbfolge wurde auf den vermutheten Willen des Erblassers zurückgeführt),<sup>1)</sup> war man geneigt, das ganze Erbrecht für eine dem „Vernunftrechte“ fremde, nur auf positiver Satzung beruhende<sup>1a)</sup> Institution zu erklären, die der Staat aus bloßen Nützlichkeitserwägungen eingeführt habe: „zur Hintanhaltung der schrecklichen tumultuarien Auftritte, welche sich aus dem Zueignungsrechte in freilebenden Verlassenschaften ergeben würden, dann zur Aufmunterung im Erwerbe und zur Belebung der Industrie.“<sup>2)</sup> So lange der Erblasser lebt, habe der Erbe noch kein Recht, da jener sich desselben noch nicht begeben habe. Der todte Erblasser aber könne nichts mehr geben; denn nur der Lebende hat Recht;<sup>3)</sup> und Manche folgerten unerschrocken, es gebe von Natur kein Erbrecht, die Güter des Verstorbenen fallen dem allgemeinen Occupationtsrecht heim,<sup>4)</sup> und jede positive Anerkennung des Erbrechtes könne der Fiktionen nicht enttrathen. — Es ist leicht einzusehen, daß so auch die Möglichkeit einer Veräußerung sich läugnen ließe; so lange der Veräußerer noch Eigenthümer ist, kann es der Andere noch nicht sein; sobald das Eigenthum Jenes aufhörte, kann er nicht mehr die rechtlichen Schicksale der Sache bestimmen.<sup>5)</sup> Und doch würde, wer deshalb etwa die Tradition in Dereliction und Occupation zerlegen wollte,<sup>6)</sup> das Wesen des derivativen Erwerbes verkennen. — Und wenn man weiter einwendete, zwischen dem Erblasser und dem Erben komme keine Willenseinigung zu Stande, so beruht das auf dem Grundirrtum, als ob alle Rechte aus Verträgen fließen würden.<sup>7)</sup> In Wahrheit fließen alle subjectiven Rechte durch Eintritt der bedingenden Thatfachen aus dem objectiven Rechte, und diese Thatfachen sind auch auf anderen Gebieten keineswegs immer Verträge.<sup>8)</sup> Ob nun das Gesetz ein Testament oder ein Verwandtschaftsverhältniß als solche Thatfache anerkennt, wir werden darin überall nichts von einer „Fiction“ erkennen.

Ein anderer Irrthum, der mit dem eben besprochenen zusammenhängt, war die Ansicht: die testamentarische Erbfolge sei die primäre, die Intestat-Erbfolge nur die subsidiäre. Wenn der Erblasser seinen letzten Willen nicht erklärt hat, so sei es wahrscheinlich (oder „zu vermuthen“), er habe sein Vermögen

<sup>1)</sup> Anklänge selbst bei Savigny, z. B. VIII S. 499.

<sup>1a)</sup> Auch dies klingt bei Savigny an, z. B. VIII S. 537.

<sup>2)</sup> Zeiller Nat. Pr. R. S. 204, Comm. II S. 383.

<sup>3)</sup> Vgl. Zeiller Nat. Pr. R. S. 203; Egger Das nat. Pr. R. S. 233.

<sup>4)</sup> S. z. B. R. F. v. Gros z. d. Naturrechts (Stuttg. 1841) §§. 171, 172. Vgl.

Walter Naturrecht und Politik §§. 189 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. Hofmann Entstehungsgründe d. Oblig. S. 94.

<sup>6)</sup> S. z. B. Hufeland Lehrsätze des Nat. R. (1790) §. 223 und selbst Puchta Institutionen 6. Aufl. II S. 525, 526; 8. Aufl. II S. 186.

<sup>7)</sup> Gingirte man doch selbst bei der Occupation einen stillschweigenden Vertrag eines Menschen mit allen übrigen! Grotius II 2, 2; vgl. Hofmann Tit. und Modus S. 10 f.

<sup>8)</sup> Beispiele bieten: Erbskizung, alluvio u. dgl. Aber auch zum derivativen Erwerbe gehört nicht nothwendig ein Vertrag; man denke an die adiudicatio.



seinen nächsten Angehörigen hinterlassen wollen. In der gesetzlichen Erbfolge-Ordnung stelle der Gesetzgeber für seine Bürger gleichsam ein General-Testament auf. Wer damit als Erblasser im concreten Falle nicht zufrieden sei, solle testiren; wer aber mit den gesetzlichen Dispositionen einverstanden sei, brauche nicht erst selbst welche zu treffen.<sup>9)</sup> — In Wahrheit ist die sogen. Intestat-erbfolge wohl um Jahrtausende älter, als die Testamente. Ueberall ist die Familien-Ordnung älter als der Staat, und weit älter, als die Emancipation des Individuums. Wo die Familie noch eine wirthschaftliche Einheit darstellt, entsteht beim Tode eines ihrer Glieder gar nicht die Frage, was mit dessen Vermögen geschehen solle; wo sie aber schon entstanden ist, lautet die Antwort doch immer: „sein Gut gehört den Seinen“. Der Gedanke letztwilliger Verfügungen scheint Naturvölkern fremd; der Erbe wird geboren, nicht gekoren. Alles Erb-recht ist anfänglich nur ein Kapitel des Familiengüterrechts. Die asiatische Rechts-geschichte bietet hiefür eine Fülle unwidersprechlicher Zeugnisse.<sup>10)</sup> Als in Attika spät genug und nur in beschränkter Weise Testirfreiheit gegeben wurde, blieb doch die wahre Grundlage des Erbrechtes unvergessen (arg. Platon *περί νόμων*, XI p. 923).<sup>10a)</sup> Die slavischen Hauscommunien ragen bis in unsere Tage herein,<sup>11)</sup> und bekannt ist, was Tacitus von den Germanen erzählt: Germ. c. XX §. 9; ebenso als später Nachklang davon das Sprichwort: „Wer will wohl und selig sterben, läßt sein Gut den rechten Erben.“<sup>12)</sup> — Aus Gründen, die in der Eigenart des römischen Volkes und Staates zu suchen sind,<sup>13)</sup> gelangte die Testirfreiheit in Rom sehr früh zur Anerkennung („uti legassit . . .“). Obgleich nun deshalb hier, wie bei keinem anderen Volke, die testamentarische Erb-folge in den Vordergrund tritt, hat sich doch auch hier das Verwurfssein der wahren Grundlage des Erbrechtes nie ganz verloren. Vgl. Gai. II, 157 = §. 2. Inst. II, 19; Ulp. in l. 1 §. 12 D. 38, 9; Paul. in l. 7. pr. D. 48, 20 und in l. 11 D. 28, 2.<sup>14)</sup>

Der rationalistische Subjectivismus erklärt den ersten, die Unvertraulichkeit mit der nicht-römischen Rechtsgeschichte den zweiten der beiden gerügten Grund-irrhümer. Der römischen Auffassung (Gai. II, 100 sq. = Inst. II, 9 i. f., 10 sq.) freilich entspricht die Zurückstellung der gesetzlichen Erbfolge<sup>15)</sup> in §. 533 und im XIII. Hauptstück (nachdem in den Hauptstücken IX—XII vom letzten

<sup>9)</sup> Vgl. darüber Unger Erbr. §. 4 N. 1 und §. 30. Unzähligemale findet sich dieser Gedanke wiederholt; wesentlich verbessert in der Wendung, die ihm in der lehrwerthen hier bei §. 559 N. 17 abgedruckten Stelle gegeben ist (einmal, weil es nicht heißt: „das hat er wahrscheinlich gewollt“, sondern: „das würde er wahrscheinlich gewollt haben“; dann, weil nicht so sehr auf den concreten Erblasser, sondern, so zu sagen, auf den Durch-schnitts-Erblasser hingewiesen wird). In dieser Hinsicht, wie in der subjectivistischen Begründung, stimmt mit der Naturrechtslehre überein die Schrift von C. F. Gabba *Essai sur la véritable origine du droit de succession* (Brüssel 1861) (nach Pranti's Anzeige in der Krit. Vischt. V S. 316 f.).

<sup>10)</sup> Eb. Gans Das Erbrecht in weltgesch. Entwicklung Bb. I (1824).

<sup>10a)</sup> Edit. Bipont. (1786) vol. IX p. 142; in der Ausgabe Stallbaum's (1860) vol. X sect. III (bez. vol. III der „Leges“) p. 279. Die Stelle lautet: *ἐργον οὐκ νομοθετης ον, οὐδ' ἑμᾶς ἡμῶν αὐτῶν εἶναι τῶν οὐτε τὴν οὐσίαν ταύτην, ἐμπνευστος δὲ τοῦ γένους ἡμῶν τοῦ τε εὐποροῦν καὶ τοῦ ἐπὶ ταῖς ἐδομένον . . .*

<sup>11)</sup> Vgl. über die altslavische Auffassung des Erbrechtes: Randa Erwerb der Erb-schaft S. 16 Note. P. Turner Slavisches Familienrecht (Straßb. 1874) §§. 16—21, 23.

<sup>12)</sup> Vgl. z. B. Gengler Lehrb. d. deutsch. Pr. R. (1862) S. 1443 ff.

<sup>13)</sup> Die, so zu sagen, künstliche Begründung des römischen Staates; Nicht-Congruenz von Cognaten- und Agnatenkreis; eigenthümliche Stellung des pater familias; energische Behauptung des subjectiven Standpunktes u. s. w. Vgl. Ihering Geist d. röm. R. I §. 14 a. E., II §. 31 a. E.; Lassalle System der erworbenen Rechte II S. 21, 58; Kunze Excurse S. 545 ff.; Köppen System des heut. röm. Erbr. (Jena 1862) S. 10 ff.

<sup>14)</sup> Vgl. Köppen S. 1 ff.

<sup>15)</sup> Dies beweist schon die negative Bezeichnung „successio ab intestato“.



Willen gehandelt ist); wir aber werden nicht vergessen, daß historisch und principiell die Familien-Erbfolge die primäre ist, und daß die testamentarische nur in dem Sinne vorangestellt werden kann, in welchem die gewillkürte Ausnahme von der allgemeinen Regel zur Geltung gelangt. Und aus diesem praktischen Standpunkte werden auch wir uns mit jener Reihenfolge befreunden können: „donec homo loquitur, lex tacet.“

II. Das Wesen der Erbfolge. Gegenüber der bis hin herrschenden Auffassung, welche (in verschiedenen Wendungen)<sup>16)</sup> von einer Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers durch den Erben sprach, behaupten sehr bedeutende Juristen der Gegenwart,<sup>17)</sup> das Wesen der Erbfolge sei einfach und genügend damit bezeichnet, daß der Erbe „an die Stelle des Verstorbenen“ oder „in den Mittelpunkt des hinterlassenen Vermögens“ eintrete. Aber nicht nur sind solche vage, bildliche Redewendungen („Stelle“, „Mittelpunkt“) für eine wissenschaftliche Erörterung untauglich, — der Gedanke selbst, der hinter ihnen steht, trifft nicht das Wesen, sondern nur das Aeußerliche der Erbfolge. Gemeint ist: der Erbe folge in das Vermögen nach. Das Vermögen aber ist ein Object von Rechten, kein Recht, während die Erbfolge eine Rechtsnachfolge ist. Man kann in das Eigenthum an einem Tische, einem Pferd Jemanden nachfolgen, aber Niemand spricht von einer Singular-Succession in einen Tisch, in ein Pferd.<sup>18)</sup> In dem Gefühl, wie wenig mit dem „Erwerbe des Nachlasses“ das Wesen der Erbfolge getroffen sei, wird hinzugefügt: „des Nachlasses als eines Ganzen“. Aber was macht den Nachlaß zu einem Ganzen, zu einer Einheit? Kein organischer, kein mechanischer, kein wirthschaftlicher, sondern ein juristischer Zusammenhang verbindet die einzelnen Nachlaßtheile, sie gehören alle z. B. zum Johann Werner'schen Nachlaß. Das Rechtsband, welches den Erblasser und sein Vermögen umschlang,<sup>19)</sup> wird nun an die Person des Erben geknüpft; die Erbfolge ist Nachfolge in das Recht an dem hinterlassenen Vermögen. Hereditas (von heros, herus, Herr: §. 7. Inst. II. 19; Festus vb. herus). „bezeichnet . . . die Herrschaft, welche auf einen Anderen übergeht.“<sup>20)</sup> „Das Erbrecht, sobald es erworben wird, ist ein allgemeines Eigenthum über eine ganze Verlassenschaft.“<sup>21)</sup>

Der modernen Rechtswissenschaft<sup>22)</sup> (nicht auch dem Bewußtsein der Laien und dem Sprachschatz der civilisirten Völker) fehlt der Begriff des Eigenthums im höchsten Sinne, als der rechtlichen Anerkennung der Zugehörigkeit eines Vermögens zu einer bestimmten Person, wodurch jenes eben die Habe dieser Person wird.<sup>23)</sup> Diese Bedeutung von Eigenthum hat man im Sinne, wenn es von

<sup>16)</sup> „Fortsetzung, Uebergang der vermögensrechtlichen Persönlichkeit“, „substantiirte Persönlichkeit“ (Zhering), „Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblassers“ (Puchta) u. s. w. Vgl. auch Lassalle II S. 12 ff.

<sup>17)</sup> Namentlich Windscheid in der krit. Ueberschau I S. 181 ff., Brinz §. 156, Unger Erbrecht §. 2 A. 7.

<sup>18)</sup> Wegen des römischen Sprachgebrauches s. Arndts §. 56 Anm. 2.

<sup>19)</sup> Vgl. Leist Civil. Studien I S. 45.

<sup>20)</sup> Burghardi System §. 296 N. 5. Vgl. auch Juske im Rhein. Mus. VI S. 271 ff., der aber die bereits gewonnene Klarheit wieder mit der wunderlichen Wendung preisgibt: „das universum ins des Verstorbenen ist . . . seine Vermögensfähigkeit als Realität gefaßt!“

<sup>21)</sup> Zeiller Comm. II. Bb. S. 377 N. \*\*. Vgl. namentlich auch Mühlensbruch Cession (3. Aufl.) S. 5 ff., insb. S. 9 ff.

<sup>22)</sup> Eine Ausnahme macht z. B. Zachariä Französl. Civill. III §. 575.

<sup>23)</sup> Diese umfassende Bedeutung von „Eigenthum“ schwebte auch den Verf. des §. 353 a. b. G. B. vor; doch übertrugen sie (so wie Wächter Handb. II S. 206) das Wort auf das Vermögen, während es eine Beziehung des Vermögens zu einer Person bedeutet. Vgl. bei §§. 353, 354. Seiner Etymologie nach wäre das Substantiv Eigenthum

den Meisten für heilig, von Einigen für Diebstahl erklärt wird. Und da nun dies Eigenthum die Anerkennung der Persönlichkeit nach der Seite des Vermögens hin ausdrückt, so erhellt, daß jene, jetzt oft verspottete, Lehre von der Fortsetzung der vermögensrechtlichen<sup>24)</sup> Persönlichkeit der Wahrheit viel näher kommt, als ihre Gegner. Freilich gibt sie (ganz abgesehen von mancherlei Ueberschwänglichkeiten einzelner ihrer Vertreter) dem richtigen Gedanken einen ungenauen Ausdruck. Denn Rechts- und Handlungsfähigkeit werden nicht vererbt, und gerade jene Rechtsverhältnisse, die an die Individualität des Verstorbenen geknüpft waren, gehen mit ihm unter. Gleichwohl deutet jener Ausdruck auf die zweifache Wahrheit: daß die Person des Erblassers dem Vermögen die Einheit gab, und daß ein persönliches Verhältniß zwischen Erblasser und Erben das Primäre,<sup>25)</sup> der Erwerb der hinterlassenen Güter das Secundäre ist. Es kann ausgemacht sein, daß Jemand „Werner's Erbe“ ist, bevor er oder irgend Jemand weiß, was er geerbt hat. Nicht in einen Anbegriff von Werthen tritt er zunächst ein, sondern in eine Eigenthümerrolle. *Hereditas . . . iuris nomen est* (l. 119 D. de V. S.), *etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet* (l. 50. pr. D. V, 3). Zunächst wird erworben die rechtliche Eigenschaft „Werner's Erbe“, damit das Recht an dem Nachlaß, und darin wieder die einzelnen Nachlaßstücke.

Welcher Natur nun ist das *dominium hereditatis*,<sup>26)</sup> das „Eigenthum“ an einem Vermögen? Es unterscheidet sich von dem *dominium singularum rerum* vornehmlich dadurch, daß es so wenig als die Persönlichkeit selbst veräußert werden kann. Eine Universal-Succession eintreten zu lassen, hängt nicht vom Belieben ab.<sup>27)</sup> Wenn man dingliche Rechte nur an greifbaren Sachen annimmt, ist das in Frage stehende „Eigenthum“ kein dingliches Recht; wohl aber muß man es so nennen, wenn man das Wesen des dinglichen Rechtes in die unmittelbare (d. h. durch keine Leistung eines Dritten zu vermittelnde) Herr-

sehr wohl geeignet, die rechtliche Zugehörigkeit sowohl jedes einzelnen Rechtes, wie der Gesamtheit des Vermögens zu der Person, also eben die rechtliche Beziehung der durch das Subject zu einem Vermögen vereinigten Rechtsverhältnisse auf dieses Subject zu bezeichnen. Wenn wir es dennoch als technisches hiesfür nicht verwenden, so liegt der Grund darin, daß der Sprachgebrauch der heutigen Wissenschaft dieses Wort schon für das *dominium rei* mit Beschlag belegt hat, wir aber nicht verkennen, daß das, was vom *dominium rei* gilt, weder auf das von der älteren Doctrin sogen. *Rechtseigenthum*, noch auf die Zugehörigkeit eines ganzen Vermögens zu dessen Subject ohne weiteres übertragen werden kann.

<sup>24)</sup> Keller Pand. §. 456 substituirt dieser die „ökonomische Persönlichkeit“ — verkehrter Weise; denn 1) steht hier die juristische, und nicht die ökonomische Seite zur Betrachtung; 2) ist die Formel handgreiflich falsch; zur ökonomischen Persönlichkeit gehört vor allem das sogen. persönliche Capital, das mit seinem Träger untergeht.

<sup>25)</sup> Dies, und das Richtige an der Lehre von jener „Fortsetzung“ leuchtet sofort ein, wenn man bedenkt, daß die Verwandten-Erbfolge die älteste und normale, und innerhalb dieser die der „Leibeserben“ die häufigste und wichtigste ist.

<sup>26)</sup> *His verbis: Titius hereditatis meae dominus esto, recte institutio fit.* (Marcianus l. 48 pr. D. 23, 5). Vgl. Preuß. L. R. I Tit. 9 §. 363. — Diesem *dominium* geht im röm. Recht parallel eine, allerdings eigenthümliche *possessio*; s. insbes. l. 3 §§. 1, 2 D. 37, 1: „*Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim iuris magis, quam corporis possessio.* Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait. Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque, quum moritur fuit.“ Man denke ferner an die altrömische *usucapio hereditatis*, welche einjährig war, „quia hereditas soli non est. neque corporalis est“ (Gaius II §. 54).

<sup>27)</sup> Dies gilt selbst für das römische Recht, obwohl dieses — unserer Rechtsanschauung entgegen — Universal-Successionen unter Lebenden kennt. Vgl. Savigny System III S. 17. Eine (aber nicht willkürliche, s. l. 63 §. 3 D. 36, 1) Uebertragung der Herrschaft über ein Vermögen enthält nach röm. R. die Resitution der fideicommissarischen Erbschaft.



schaft über ein Rechtsobject<sup>28)</sup> setzt. Jemandes Erbe sein ist eine statusähnliche Eigenschaft (etwa wie: Jemandes Frau sein), die aber ein dingliches Recht in diesem letzteren Sinne zur nothwendigen Folge hat.<sup>29)</sup>

Trotz jener tiefen Verschiedenheit sind die Analogien zwischen *dominium hereditatis* und *dominium rei* zahlreich<sup>30)</sup> und sie treten namentlich in dem Parallelismus der (im *edictum* stets neben einander gestellten) *vindicatio rei* und *vindicatio hereditatis* hervor. Auch mit dieser Klage verlangt man primär Anerkennung seines Eigenthums, secundär Respectirung desselben. Daß mit ihr nicht bloß die Erbenqualität, sondern auch ein Eigenthum, also etwas, das eben so schon dem Erblasser zukam, geltend gemacht wird, zeigt sich darin, daß allerdings auch der Erblasser sein Vermögen hätte vindiciren können.<sup>31)</sup> Weil die Vorenthaltung eines Vermögens sehr selten vorkommt, wird dies übersehen. Wer aber die Universal-Klage eines rückgekehrten Verschollenen, in dessen Vermögen bereits Andere eingewiesen wurden, nach allen Richtungen durchdenkt (s. Unger I S. 243 N. 36), wird nicht mehr zweifeln können, daß in ihr eine überraschende praktische Bewährung jenes so nahe liegenden und doch so allgemein verkannten Begriffes enthalten ist.<sup>32)</sup> —

III. Die Erbfolge ist eine Universal-Succession, und zwar nach österreichischem Rechte die einzige Universal-Succession. Der Erbe erwirbt den Nachlaß nicht als Summe (wie der Erbschaftskäufer), sondern als Einheit. Er erwirbt das Vermögen nicht als so großes, so beschaffenes, sondern als z. B. Werner'sches Vermögen. Er erwirbt primär *omne ius*, *universum ius defuncti* (I. 24 de V. S., l. 37 D. 29, 2; cf. l. 3 D. 37, 1: „*succeditur in ius demortui*“), erst secundär *omnia iura*. Er erwirbt die Sache x nicht als Sache x, sondern als Theil des Vermögens y; er erwirbt sie nur mittelbar, *per universitatem*. Darum erwarb der Erbe in Rom die Nachlasssachen ohne *mancipatio*, in *iure cessio*, *traditio*, ohne Besitzergreifung, ja selbst ohne Kenntniß von ihrer Existenz.<sup>33)</sup> Darum gehen Forderungen und Schulden des Erblassers ohne weiteres auf ihn über. Diese können gedacht werden als negative Theile des Vermögens<sup>34)</sup> (römische Auffassung), oder als auf dem Vermögen haftende Lasten (deutsche Auffassung). In Folge der ersteren wird kein Unterschied ge-

<sup>28)</sup> Hofmann in der österr. Ger. Ztg. 1870 Nr. 9, 10. Titulus und Modus S. 53. — Windscheid war früher (Vd. I §. 137 N. 6) im Wesentlichen derselben Ansicht, jetzt (III. Vd. §. 605 N. 13) verwirft er sie, aus Gründen, die obige Argumentation u. E. nicht entkräften. Noch weniger überzeugend ist Unger's Ann. 14 (im Erbrecht §. 2), deren zweite Hälfte die erste widerlegt. Wäre die erste richtig, so könnte man überhaupt von keinem Gesamtrecht sprechen.

<sup>29)</sup> So vermittelt diese Auffassung zwischen der älteren (s. §. 308 und §. 532 a. b. G. B.) und der jetzt herrschenden (s. Unger I S. 534 ff.).

<sup>30)</sup> Neben dem *dominium* an einem Vermögen gibt es daran auch einen Nießbrauch, ein Pfandrecht (doch letzteres nicht in Oesterreich). — Auch einen von dem Besitze einzelner Sachen verschiedenen Nachlassbesitz gibt es (Note 26, vgl. Arndts Civ. Schriften III S. 237 f.), der nur darum nicht Erbrechtsbesitz genannt wird, weil kein noch so lang fortgesetztes *pro herede gerere* das fehlende Erbrecht ersetzt, worin sich wieder zeigt, wie sehr die persönliche Seite des Erbverhältnisses die primäre ist.

<sup>31)</sup> Das übersah Stahl (II, 1 S. 261) bei seiner Bemerkung: der Erbe erhalte Wege der Rechtsverfolgung, die der Erblasser nicht gehabt habe, obgleich er nicht mehr Vermögen bekomme, als Jener hatte.

<sup>32)</sup> Nach röm. R. hat der Univ.-Fideicommissar gegen den Fideuciar nur einen obligat. Anspruch; das „Eigenthum“ am Vermögen erwirbt er schon durch eine Abtretungs-Erklärung des Letzteren (l. 37 pr. D. 36, 1) und damit auch die einzelnen Sachen selbst ohne Besitzergreifung (l. 63 eod.).

<sup>33)</sup> Ueber die Bedeutung der Intabulation des Erben, dann über die sonderbaren Vorstellungen der Redactoren an anderen Stellen.

<sup>34)</sup> Damit zerfällt Puchta's Einwendung: wegen der Erbschaften von Insolventen könne man das Erbrecht nicht als Eigenthum an einer *universitas* bezeichnen (Pand. §. 446).



macht zwischen vererbten Schulden und eigenen, in Folge der letzteren haftet der Erbe nie über<sup>35)</sup> den Betrag des Nachlasses.<sup>36)</sup> Das österreichische Recht folgt hier der römischen Auffassung, und gibt ihr im §. 531 einen theoretischen, in den §§. 548 und 801 einen praktischen Ausdruck.

Wie das *dominium rei*, so kann auch das *dominium hereditatis* Mehreren<sup>37)</sup> zusammen zu gleichen oder ungleichen Theilen zustehen. Daß aber die Erbtheile nothwendig ideelle (*aliquote*) sind, ergibt sich daraus, daß der Erbe in ein Recht am Nachlaß eintritt, und ein Recht eben nicht anders, als ideell getheilt werden kann. So ergibt sich das Verhältniß der Miterben und die Abgränzung von Erbtheil und Vermächtniß (§. 535) in einfacher Weise aus obiger Auffassung der Erbfolge. —

IV. Sprachgebrauch. A. Erbrecht im objectiven Sinne ist der Inbegriff der die Schicksale des Nachlasses betreffenden Rechtsregeln. — Erbrecht im subjectiven Sinne ist ein mehrdeutiges Wort: 1) Kann man so nennen das Recht, Erbe zu werden (das Recht aus der Delation); §§. 536, 537, 560, 726, vgl. 809.<sup>38)</sup> Die technische Bedeutung von Erbrecht ist dies nicht, sonst müßte man behaupten, daß dieses (gleich der *obligatio*) im Augenblicke der Ausübung erlösche.<sup>39)</sup> Sondern die technische Bedeutung ist 2) das Recht des Erben (der es also bereits ist), die Eigenschaft z. B. Werner's Erbe und folglich Herr seines Nachlasses zu sein (§§. 550, 802).<sup>40)</sup> 3) Der concrete Inhalt der Stellung des Erben, die Summe der Folgen des Erbe—geworden—seins; s. z. B. §. 1280. — In §. 576 steht „das gesetzliche Erbrecht“ für „die gesetzliche Erbfolge“. — B. Im technischen Sinne gehen die von der Wurzel „Erb“ abgeleiteten und die meisten der mit ihr zusammengesetzten Wörter<sup>41)</sup> auf die Universal-Succession, während für andere Anwendungen bezw. Erwerbe von Todeswegen

<sup>35)</sup> Dieser negative Ausdruck ist vorzuziehen dem positiven „bis zum Betrag“ ..., weil sich (für die Zeit der Rechtsbücher) aus dem Veißpruchrecht der nächsten Erben und der Auffassung gewisser Schulden als höchst persönlicher noch andere Einschränkungen ergeben. Näheres bei §. 548.

<sup>36)</sup> Man pflegt diese Verschiedenheit als Beweis dafür anzuführen, daß den Germanen die Idee der Universal-Succession fremd war. Diese vielbesprochene Streitfrage (für die Univ.-Succ.: Lewis Die Succession des Erben . . .; gegen sie: Siegel Das deutsche Erbr. §. 58 ff., Stobbe im Jahrbuch d. gem. deutsch. R. V. Bd. S. 319 und A. Pernice in der Krit. Wschr. IX S. 83 ff.) kann durch die bloße Feststellung des Umfangs der Haftung des Erben nicht entschieden werden, so lange man sich nicht über das Wesen der Univ.-Succ. geeinigt hat. Wer dieses in der vermögensrechtlichen Repräsentation des Verstorbenen findet, wird den deutschen Erben wegen seiner beschränkten Haftung nicht als Universalsuccessor gelten lassen. Wer aber nur die Nachfolge in „den Nachlaß als Ganzes“ für wesentlich hält, braucht jenen Schluß nicht für zwingend gelten zu lassen. Jenem, nicht auch diesem, ist die *confusio honorum* die nothwendige Folge der Univ.-Succ. Je nachdem man die Schulden als negative Bestandtheile des Nachlasses oder (was das natürlichere, urwüchsigere scheint) als auf dem Nachlaß haftende Lasten betrachtet, erhält man, wenn man auch denselben zuletzt erwähnten Begriff von Univ.-Succ. zu Grunde legt, ein verschiedenes Maß von Haftung.

<sup>37)</sup> Theilerben, unter einander Miterben (*coheredes*); Gegensatz: einziger Erbe, Universal-Erbe, wobei das Wort „Universal“ freilich in anderem Sinne gebraucht ist, als in dem Worte „Universal-Successor“. Vgl. Unger §. 2 Anm. 15.

<sup>38)</sup> Diese Bedeutung hat „Erbrecht“ in der ersten Zeile des §. 551, während in der zweiten Zeile („darauf“ = auf das Erbrecht) sogar von einem Erbrecht schon vor der Delation die Rede ist.

<sup>39)</sup> Vgl. Unger §. 2 A. 11; Windscheid III §. 536 A. 3; Arndts Civ. Schr. III S. 237.

<sup>40)</sup> In manchen Fällen ist es gleichgültig, ob man bei „Erbrecht“ an die erste oder zweite Bedeutung, m. a. W. an die Zeit vor oder nach der Erbantretung denkt; z. B. §§. 750, 753; zunächst handelt es sich dabei allerdings um die Delation. — Unger §. 2 wendet die nur für die erste Bedeutung passende Umschreibung „Recht zu der Erbfolge, Recht auf die Erbschaft“ auf die zweite Bedeutung an.

<sup>41)</sup> Natürlich nicht alle, z. B. nicht Erbstück (§§. 556, 824), Erbpacht, Erbzins.

„vermachen, Vermächtniß . . .“ gesagt wird. Doch ist die Verwechslung dieser Ausdrücke in letztwilligen Verfügungen überaus häufig, und — sofern nur der Wille außer Zweifel steht — unschädlich. Ja im Gesetzbuch selbst ist es mit dem Sprachgebrauch nicht sehr streng genommen:

I) Was „Erbe, Erbrecht, Erbschaft, Erbtheil, erbfähig“ u. dgl. betrifft, so kommen sie 1) natürlich am häufigsten im technischen Sinne vor; s. z. B. §§. 532, 535, 649, 774, 879; — 2) oft aber auch in einem weiteren, neben dem Erben zugleich den Legatar, neben dem Erbtheil auch das Legat u. s. w. umfassenden Sinne; s. z. B. §§. 197, 233, 538, 539, 540, 542, 543, 712,<sup>42)</sup> 759,<sup>43)</sup> 762,<sup>44)</sup> 770. — 3) Dagegen kommt „Erbe“ statt Legatar, „Erbtheil“ statt Legat u. B. im Gesetzbuche nicht<sup>45)</sup> vor. Wohl aber wird in den §§. 729, 764 der Pflichttheil ein „Erbtheil“ genannt, obgleich der contra tabulas erlangte Pflichttheil in der Regel (ausgenommen die Fälle der §§. 777, 778) kein Erbtheil ist.

II) In den Entwürfen unseres Gesetzbuches stand oft „vermachen“ für letztwillig zuwenden, hinterlassen, „Vermächtniß“ für letztwillige Zuwendung; so z. B. im Westgal. G. B. II §§. 508, 585, 586 (s. a. b. G. B. §. 774 pr.). Bei der letzten Redaction wurden diese Ausdrücke wegcorrigirt.<sup>46)</sup> So stand z. B. im Westgal. G. B. II §. 363 „Beweggrund des Vermächtnisses“; statt dessen wurde (Prot. 16. Sänm. 1804) beantragt, zu setzen „Beweggrund der letztwilligen Verordnung“, dann aber auch dieses (weil dort überflüssig) weggelassen.<sup>47)</sup>

### §. 531.

#### Verlassenschaft.

Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt desselben Verlassenschaft oder Nachlaß.

I. „Eines Verstorbenen.“ *Viventis non datur hereditas.* „Sterben macht Erben.“ „Ein Nachlaß noch lebender Personen ist ein Widerspruch“ (Westgal. G. B. II §. 328 pr.). „Das Erbrecht tritt erst nach dem Tode des Erblassers ein“ (a. b. G. B. §. 536). Die Erbfolge in das Vermögen eines Verstorbenen

<sup>42)</sup> Es unterliegt keinem Zweifel, daß in §. 712 mit „Erbe“ dasselbe gemeint ist, was in den §§. 703, 705 mit „bedachte Person“, und in den §§. 700, 701, 702, 707 mit „Erbe oder Legatar“.

<sup>43)</sup> Unter „Erbtheil“ ist in §. 759, wie unter „Erbrecht“ in der Marginal-Note zu §§. 757 ff. auch der Fall des §. 757 mitbegriffen, wo eine gesetzliche Einzelnachfolge von Todeswegen angeordnet ist.

<sup>44)</sup> §. 762 sagt, daß der Erblasser die Pflichttheilberechtigten „mit einem Erbtheile bedenken muß“, während §. 774 ausdrücklich sagt: „Der Pflichttheil kann in Gestalt eines Erbtheiles oder Vermächtnisses . . . hinterlassen werden.“ — Der Sprachgebrauch in §. 762 ist übrigens nicht congruent mit dem in anderen Paragraphen (z. B. 759, 233). Denn während in diesen Sätze aufgestellt werden, die ebenso für das Erbrecht im engeren Sinne, wie für die Vermächtnisse gelten, für beide (jedes einzeln betrachtet) wahr sind, wird hier etwas ausgesagt, was für jedes der beiden falsch wäre; denn §. 762 will weder eine Pflicht zur Erbeinsetzung, noch zum Vermachen, sondern nur zu dem Bedenken (in dieser oder jener Weise) statuiren. — Also: in beiden Fällen eine weitere, umfassendere Bedeutung; nur ist das Umfassen einmal Gleichstellung, das andere Mal Indifferenz.

<sup>45)</sup> Ueber §. 757 f. bei diesem und hier N. 43.

<sup>46)</sup> Doch steht in §§. 238, 570 f. noch immer „vermachen“ in der angegebenen weiteren Bedeutung.

<sup>47)</sup> Der Laie gebraucht noch heute „vermachen“ in jener weiteren Bedeutung, die auch den veralteten Worten „Gemächde, Gemacht, Gemechtniß“ zukam; s. z. B. Gengler Lehrb. d. deutschen Pr. R. (1862) S. 1444.



wird erst eröffnet, nachdem er gerichtlich für todt erklärt ist.<sup>1)</sup> Tritt Jemand in einen Orden, so fällt weder sein Vermögen von selbst diesem zu (wie nach canon. R.),<sup>1a)</sup> noch kommt dasselbe sofort in Erbgang, sondern es wird dafür, soweit er nicht darüber unter Lebenden verfügt hat, ein Curator bestellt (§. 182 des Pat. v. 9. August 1854); und mithin auch die Ordensperson stets erst nach ihrem Tode beerbt.<sup>2)</sup> Das Vermögen eines Deserteurs wird zwar sofort sequestrirt, aber erst nach seinem Tod den gesetzlichen Erben hinausgegeben.<sup>3)</sup> Ueberhaupt gibt es gar keine Ausnahme von dem Satze „viventis non datur hereditas“ — auch nicht hinsichtlich des in contumaciam zum Tode Verurtheilten;<sup>4)</sup> denn unser Recht kennt keinen „bürgerlichen Tod“ — und nahezu keine Ausnahme von dem Satze, daß jeder Mensch vermögensfähig ist,<sup>5)</sup> mithin beerbt werden kann.<sup>6)</sup>

II. Der Nachlaß, die Verlassenschaft (auch Hinterlassenschaft) ist nicht immer gleich dem Vermögen, das der Erblasser zuletzt hatte; denn manche Rechtsverhältnisse („bloß persönliche Verhältnisse“, auch „höchstpersönliche Verhältnisse“) erlöschen zugleich mit seinem Leben (Westg. G. B. II §. 325 und a. b. G. B. §. 1448). So in der Regel (§. 529) die persönlichen Servituten, namentlich die wichtigste: der Nießbrauch, so jenes eingeschränkte Eigenthum, dessen Inhalt sich praktisch wenig vom Nießbrauch unterscheidet, wie namentlich das des Fiduciars (§. 613), des Ehemannes am Heirathsgut (§. 1227, §. 1229); so Ansprüche auf Leibrenten, auf Alimentation, auf persönliche Genugthuung, namentlich auf Schmerzensgeld.<sup>7)</sup> Höchst persönlich sind ferner Offerten nach §. 918 (anders H. G. B., A. 297), das in §. 955 erwähnte Versprechen, das Wiederkaufs-, Rückverkaufs-, Vorkaufsrecht (§§. 1070, 1071, 1074), Dienstverträge für den Bediensteten,<sup>8)</sup> das Mandat für beide Seiten (§. 1022, f. jedoch §. 1025 und H. G. B., A. 297), die Pflicht, eine Gemeinschaft dinglicher Rechte nicht aufzuheben (§§. 831, 832), in der Regel die Societät (a. b. G. B. §. 1206, H. G. B., A. 123 Z. 2, A. 261 Z. 1, jedoch auch a. b. G. B. §§. 1207, 1208, H. G. B., A. 170, 200, 264). Doch erlöschen mit einem solchen Verhältnisse (Mandat, Societät . . .) nicht auch die daraus bereits entstandenen einzelnen Ansprüche<sup>9a)</sup>, ja es können solche gerade aus dieser Endigung entstehen (z. B. bei beendigtem Nießbrauche: §. 529).

Schon aus dem Wesen der Erbfolge (s. oben S. 6 ff. unter II) folgt, daß sie

<sup>1)</sup> Näheres bei §. 278. — Vgl. ferner Gruchot I S. 54 ff.

<sup>1a)</sup> Pachmann Lehrb. des Kirchenrechtes (3. Aufl.) I S. 157; Hellmann Das gemeine Erbrecht der Religiosen (1874) S. 11 ff.

<sup>2)</sup> So mit Recht Winiwarter III S. 3 f. gegen Haimberger.

<sup>3)</sup> Hftz. v. 4. März 1842 (bei Michel Nr. 997) §§. 8—11.

<sup>4)</sup> Die abweichende Ansicht von Sittner (Gesetzl. Erb. S. 9) fand mit Recht allgemeinen Widerspruch. S. Rippel IV S. 15 f., Winiwarter III S. 2 u. S. 4, und so alle Späteren.

<sup>5)</sup> Bekanntlich im Unterschied von röm. R. — Arndts §. 469.

<sup>6)</sup> Denn actives Vermögen ist hiezu nicht nothwendig (Unger §. 3 A. 3). — „Nahezu keine Ausnahme“: Ordenspersonen, u. zw. nur solche, welche das feierliche Gelübde der Armut abgelegt haben, bilden dann eine Ausnahme, wenn sie beim Eintritt in den Orden über ihr ganzes Vermögen inter vivos verfügt haben.

<sup>7)</sup> Außer es wäre von dem Beschädigten bereits die Klage angestellt oder im sogen. Abhäsionsproceß Schmerzensgeld gefordert worden: Unger II S. 535 (dagegen über den passiven Klagübergang s. ebb. S. 534 A. 6). — Vgl. noch Windscheid Pandekten (4. Aufl.) II S. 455 R. 33. Nicht entgegen stehen §§. 1327, 1329, wo es sich um wahren Schadenersatz handelt.

<sup>8)</sup> Näheres hierüber und über die l. e. operis s. bei §. 1162; — Obiges ist vollends selbstverständlich bei öffentlichen Bedienstungen; die mancherlei „politischen“ Vorschriften über die letzte Gehaltsquote gehören nicht her.

<sup>9a)</sup> S. Sammlung IX Nr. 4384.



Familien-<sup>9)</sup> und öffentlich-rechtliche Verhältnisse nicht betrifft. Die Vererbung der Souveränität und gewisser Würden und Aemter ist wesentlich von der privatrechtlichen Vererbung verschieden. Der Erbe erwirbt derivativ, er folgt nicht nur nach seinem Vormanne, er folgt ihm nach. Anders z. B. der Thronfolger: er gründet sein Recht nicht auf das des Vorgängers, sondern auf die Thatfache seiner Geburt in einer gewissen Familie, auf eine persönliche Eigenschaft, an welche die Verfassung jenes Recht knüpft.<sup>10)</sup> — Selbstverständlich ist ein Orden als Auszeichnung (also das Recht, ihn zu tragen) nicht vererblich; ob er aber als Sache (als Ordenszeichen) vererblich ist, ist eine in den verschiedenen Ordensstatuten verschieden beantwortete Frage.<sup>11)</sup>

III. „Rechte und Verbindlichkeiten“ s. oben S. 8 f., dann §§. 548, 1337, 1448.

IV. Der Satz des Westgal. Gesetzbuches II §. 321 i. f.: „Fremdes Gut . . . . wird nicht dazu (zum Nachlaß) gerechnet“ (vgl. preuß. L. R. I. Tit. 9 §. 353 und dazu Gruchot I S. 17 ff.) wurde mit Recht gestrichen;<sup>12)</sup> denn obwohl im Ganzen richtig, trifft er bei der Frage nach dem Object der hereditatis petitio nicht zu (vgl. Unger §. 1, A. 1.).

V. In demselben Satze schloß das Westgal. Gesetzbuch: „alles, was der Erblasser freiwillig zu vererben kein Recht hatte“ von dem Begriffe des Nachlasses aus. Eine Erinnerung des niederösterreich. Appellationsgerichtes widersprach. Zeiller sagte in der Sitzung vom 19. December 1803: Fideicommissse und Lehen seien zwar auch eine, aber eine von der freivererblichen verschiedene Verlassenschaft oder Erbschaft; während er sie im Comm. II S. 382 zwar für „einen Theil der Verlassenschaft, aber nicht der Erbschaft“ erklärt. Winiwarter III S. 2 setzt das „vinculirte Vermögen“ der Verlassenschaft entgegen, während Stubenrauch II S. 719 f. den Nachlaß in einen vinculirten und einen freivererblichen einteilt, und mit dem ersteren „Lehen, Fideicommissse, Stiftungen, Beneficien u. dgl.“ meint.

Zunächst ein Streit um Worte! Allerdings hindert kein sprachlicher Grund, unter „Nachlaß“ alles durch Jemandes Tod erlebte Vermögen zu verstehen. Aber juristisch ist gewiß der Sprachgebrauch des Westgal. Gesetzbuches, dem Winiwarter folgt, vorzuziehen. Denn die Nachfolge in Lehen und Fideicommissse ist gar keine Erbfolge im technischen Sinne, sondern eine der öffentlich-rechtlichen Vererbung analoge Nacheinanderfolge.<sup>13)</sup> Und nun vollends Beneficien! Wer möchte sagen, der Pfarrer habe die Pfründe von seinem Vormann „geerbt“! — Und wenn Zeiller darum sagt „zwar Verlassenschaft, aber nicht Erbschaft,“ so ist das eine verwirrende, dem Gesetze (§. 532) nicht entsprechende Verwendung dieser Worte.<sup>14)</sup> Da in jenen Verhältnissen jeder Nachmann proprio iure steht, kann man die Rechte des Inhabers eines Lehens, eines Fideicommissgutes, eines Beneficiums als höchstpersönliche bezeichnen, gleich den Rechten des Fiduciars und

<sup>9)</sup> Doch erscheinen manche familiengüterrechtliche Verpflichtungen als auf dem Nachlaß haftende Lasten. S. Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 546 ff., bef. §§. 2, 3.

<sup>10)</sup> Vgl. Unger §. 1 A. 3.

<sup>11)</sup> S. Pat. 9. Aug. 1854 §. 90. — Reliquien können vererbt werden; ob auch an Katholiken — darüber und über Kirchstuhlsrecht, Familien- und Erbbegräbnisse s. bei §. 286 ff.

<sup>12)</sup> Bei der Superrevision (1809) auf Antrag Pflieger's; 1803 war er nur in einen späteren Paragraphen gestellt worden.

<sup>13)</sup> Allerdings gilt dies von der Fideicommissfolge in noch höherem Grade als von der Lehenfolge. Vgl. Lewis Das Recht des Fam. Fideic. (1868) §. 19, Bessler System (3. Aufl.) §. 164 und unten im 10. Hauptst.

<sup>14)</sup> In einem anderen Sinne unterscheidet vom Standpunkt des deutschen Rechtes zwischen „Nachlaß“ und „Erbschaft“ Stobbe im Jahrbuch d. gem. d. R. V S. 318.

des Nießbrauchers. Und so beruhen die Ausdrücke „freivererbliches Vermögen“, „gebundene Erbfolge“ auf einer ungenauen Vorstellung: das Gut kommt nicht in Erbgang, denn das Nutzungsrecht des Vormanns erlischt mit ihm, und in der Person des Nachmanns beginnt ein neues. Doch läßt sich jener Sprachgebrauch mit dem Hinweis auf die weitere Bedeutung von „erblich“ rechtfertigen.

Sprachgebrauch des Gesetzes. „Freivererbliches Vermögen“ steht in §. 162 im Gegensatz zu Lehen und Fideicommiß, ebenso in §§. 751, 753, 754, 755, 1255 („Nachlaß des freivererblichen Vermögens“); in §. 640 (= in §. 627 „freies Vermögen“) ist als Gegensatz nur das Fideicommiß gedacht. — Unter den „freivererblichen Rechten“ in §. 537 und den „Rechten, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frei zu vererben befugt war“ in §. 784, sind die im Nachlaß (im technischen Sinne) enthaltenen Rechte gemeint; als Gegensatz sind dabei die Rechte am vinculirten Vermögen und alle höchstpersönlichen Vermögensrechte zu denken. „Freieigenthümlicher Besitz“ in §. 1474 will besagen, daß Jemand ein „Familien-Fideicommiß, ein Erbpacht- oder Erbzinsgut“ für sein Allod hält und als solches besitzt. — Dagegen steht „freies Vermögen“ in §. 1238 als Gegensatz zu Total-Vermögen, „freies Eigenthum“ in §§. 1230, 1236 im Gegensatz zu dominium dormiens;<sup>15)</sup> „unbeschränktes Eigenthum“ in §. 758 als Gegensatz zum Nießbrauch und zu dem diesem ähnlichen „eingeschränkten Eigenthum“ des §. 613. —

VI. Dahingegen gehören allerdings zum Nachlaß: bestehende Handelsgeschäfte sammt der alten Firma (H. G. B., A. 22), Gewerbsgeschäfte (Gew. D., §. 59), die Industrieprivilegien, Autorrechte, das Recht aus einem Erbanfall (§. 537), das Recht, die Schenkung wegen Undank zu widerrufen (§. 949) u. s. w. Natürlich kann hier nicht auf die einzelnen, an anderen Orten abzuhandelnden Fragen z. B. die nach dem Verhältniß des Erben zum Besitz des Erblassers, insbesondere zum Usucapionsbesitz und den „vitia“ desselben eingegangen werden.

## §. 532.

### Erbrecht und Erbschaft.

Das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben (z. B. die Hälfte, ein Dritttheil) in Besitz zu nehmen, heißt Erbrecht. Es ist ein dingliches Recht, welches gegen einen jeden, der sich der Verlassenschaft anmaßen will, wirksam ist. Derjenige, dem das Erbrecht gebührt, wird Erbe, und die Verlassenschaft, in Beziehung auf den Erben, Erbschaft genannt.

I. Westgal. Gesetzbuch II §. 322 begann: „Das vorzügliche und besondere Recht, sich eine Verlassenschaft zuzueignen, heißt Erbrecht.“ Man dachte sich also das Erbrecht, etwa wie das Jagd-, Fischerei-, Bergbau-Recht, als ein auf gewisse Personen eingeschränktes Occupationsrecht! Das niederösterreich. Appellationsgericht beanstandete die Worte „vorzügliche und besondere“; ebenso Zeiller (Prot. 19. Dez. 1803): jedes Recht sei ein ausschließendes,<sup>1)</sup> und Richterben hätten gar kein Recht auf den Nachlaß. Auch wäre das Wort „zueignen“ zu vermeiden, da die Verlassenschaft im Staate keine herrenlose Sache sei; besser sage man: „zu überkommen“. Bei der Superrevision (Prot. 30. Nov. 1809) wurde auf Antrag Pflieger's gegen Zeiller's Widerspruch das Wort „ausschließende“ eingeschaltet; auch behauptete Pratobevera bei dieser Gelegenheit wieder, das

<sup>15)</sup> Dieser Ausdruck wird freilich meist für Fälle anderer Art gebraucht (Windscheid I §. 65 N. 5), doch paßt er auch hier. Jedenfalls darf man nicht sagen „nuda proprietas“ (s. bei §. 1236).

<sup>1)</sup> So bemerkte auch neuerdings Meunier (Privatrechtsverh. S. 15): jedes Recht sei in gewissem Sinne ein absolutes.



Erbrecht sei allerdings „ein Zueignungsrecht“! — Wenn Unger I S. 534 f. gegen die Definition des §. 532 bemerkt: sie beschreibe nur die dem Erben zustehenden Befugnisse, und diese nicht erschöpfend, da ja z. B. Vindicationsmacht auch nicht der erschöpfende Ausdruck des Eigenthums sei, — so hat er gewiß Recht; wir werden nun aber den Ausdruck „in Besitz nehmen“ als eine Abschwächung von „zueignen“, als einen Compromiß zwischen den Anhängern und Gegnern der Occupations-Theorie erkennen.<sup>2)</sup>

II. Die Erwähnung der pars quota<sup>3)</sup> erfolgte auf Anregung der Facultät Freiburg. — Allerdings ist damit der regelmäßige Unterschied von Theilerbe und Legatar (§. 535) getroffen. Doch überwiegt der Wille des Testators auch hier die Worte; z. B. Jemand hinterläßt dem A sein ganzes bewegliches, dem B sein ganzes unbewegliches Vermögen; da will er wohl beide zu Erben haben.<sup>4)</sup> Jemand hinterläßt dem A seinen Garten (Legat), dem B „alles Uebrige“; dann ist dieser Erbe.<sup>5)</sup>

III. Obgleich das Erbrecht in dem oben (§. 7 f.) bezeichneten Sinne aller-

<sup>2)</sup> Man könnte aus der Definition des §. 532 verglichen mit §. 797 die Meinung ableiten, daß erst durch die Einantwortung das Erbrecht erworben werde (s. Chorinsky Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich [1877] S. 164). Dies war nicht die Meinung der Redactoren. Sie wollten in §. 532 das Erbrecht nicht mit Rücksicht auf die eigenthümliche österreichische Verlassenschaftsabhandlung, sondern in allgemeingiltiger Weise, nicht vom praktischen, sondern vom theoretischen Standpunkte aus definiren, wie die obigen naturrechtlichen Scrupel zeigen. Auch ist mit dem „Recht . . . in Besitz zu nehmen“ nicht gesagt, welche Vorschriften bei dessen Ausübung zu beobachten sind. Im Pfandrecht steht der Regel nach ein Recht, die Pfandsache zu veräußern; nach römischem Recht konnte der Verkäufer selbst veräußern, nach Österreich. Recht (§. 461) muß er das Gericht um dessen Intervention angehen. Aehnlich nun verhält es sich nach §. 797 mit dem „Rechte, die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen“.

<sup>3)</sup> Die Ansicht Nippel's IV S. 7, daß die Fruchtneßung an einer Quote ein Erbtheil sei, beruht auf handgreiflichen Mißverständnissen (s. XI. Hauptst.). Die richtige Ansicht s. in der Sammlung V Nr. 2445, VII Nr. 3204, 3284, 3575.

<sup>4)</sup> D. h. er will die gesetzliche Erbfolge ausschließen, und will, daß die so Bedachten für Schulden und Vermächtnisse haften. Das Maß dieser Haftung ergibt sich aus dem Verhältniß der den Beiden zugewiesenen Werthe. Dies die praktische Anschauung des Verhältnisses. Die theoretische Construction besteht darin, daß man die Werthproportion auf Quoten reducirt, welche die Erbtheile bedeuten. Mit der Erbeinsetzung ist hier verbunden eine Vorschrift des Erblassers darüber, welche Erbtheile Jeder bei der faktischen Nachlass-theilung auf seinen Antheil erhalten solle. Daß hier eine Erbeinsetzung vorliege, ist bei uns die herrschende Ansicht; vgl. Zeiller II S. 422, Unger §. 8 Anm. 6, Stubenrauch 2. Aufl. I S. 724 Nr. 1, Kirchstetter 2. Aufl. S. 281. Ausdrücklich functionirt ist diese Anschauung im sächs. G. B. §. 2170. Gegen dieselbe hat sich in einem eigenen Aufsatz ausgesprochen Schiffner (in der allg. österr. Ger. Ztg. 1873 Nr. 85, 84). Mit-erben seien doch auf den Nachlaß als Ganzes und folgeweise auf jedes Nachlassstück mit-berufen; von den in der obigen Weise Bedachten könne man dies nicht sagen. Der Erblasser „wollte, daß Jeder . . . nur die Sachen einer gewissen Gattung, diese Sachen aber alle und gänzlich, jedoch nicht, daß Jeder . . . alle Sachen jedweder Gattung zu einem quotativen Theil erhalten soll“ (Nr. 83 i. f.). Dagegen ist zu bemerken, daß es nicht erforderlich ist, daß der Wille des Testators auf die juristische Construction gerichtet gewesen sei, sondern nur, daß ihr Resultat seinem Willen nicht widerspreche. Und dann: ist es anzunehmen, daß der Wille des Verstorbenen auf Zulassung der gesetzlichen Erbfolge, auf Haftung der gesetzlichen Erben für die Passiven (§. 334) gerichtet war? — Daß „die Annahme einer Gesamt-Nachfolge der zwei Bedachten, verbunden mit stillschweigenden, wechselseitigen Prälegaten im österr. Recht keinen positiven Anhaltspunkt findet“ (§. 334), ist richtig, trifft aber nicht die obige Ansicht, sondern nur die Winiwarter's (III S. 50). Ebenso wenig wird von den Vertretern der herrschenden Ansicht behauptet, „daß der Erblasser mit den rebus certis nichts als das Größenverhältniß unter den Erbquoten bestimmen wollte“ (§. 333); vielmehr wird behauptet, daß er damit überdies eine Anordnung über die reelle Nachlassvertheilung (divisio hereditatis, distributio rerum hereditarium) getroffen habe.

<sup>5)</sup> Vgl. Winiwarter III S. 5 f., Unger §. 8 Anm. 6.



dings als ein dingliches Recht anzusehen ist, so ist doch der zweite Satz (noch deutlicher das Westgal. G. B. „weil es“, wo das a. bgl. G. B. „welches“ sagt) verfehlt, da er eine Verwechslung von Dinglichkeit und Absolutheit enthält.<sup>6)</sup> Nicht gegen die Behauptung der Dinglichkeit, aber gegen ihre Begründung<sup>7)</sup> in §. 532 ist Widerspruch zu erheben.

IV. „Erbe“; das westgal. Gesetzbuch II §. 323 bemerkte treffend, daß man wohl auch die Delaten „Erben“ nenne,<sup>8)</sup> daß aber die Erbenqualität im eigentlichen Sinne erst mit der Annahme beginne.

V. Die Schlußworte wollen nicht neben die „Verlassenschaft“ einen anderen Begriff „Erbchaft“ stellen, sondern enthalten (vgl. westgal. G. B. II §. 321) nur die richtige Bemerkung, daß das Erbvermögen die eine Seite dem Verstorbene, die andere dem Erben zuwende, und daß man sie von jener Seite betrachtet „Verlassenschaft“, von dieser betrachtet „Erbchaft“ nennen könne. Trennen läßt sich jene von dieser so wenig, als etwa die concave von der concaven Seite einer gebogenen Linie (vgl. bei §. 531, V); wohl aber kann der Nachlaß erblos werden, wo er dann nicht „Erbchaft“ genannt wird.

Titel zu dem Erbrechte.

### §. 533.

Das Erbrecht gründet sich auf den nach gesetzlicher Vorschrift erklärten Willen des Erblassers; auf einen nach dem Gesetze zulässigen Erbvertrag (§. 602), oder auf das Gesetz.

### §. 534.

Die erwähnten drei Arten des Erbrechtes können auch neben einander bestehen, so daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem andern aus dem Vertrage, und einem dritten aus dem Gesetze gebührt.

I. Die Lehre, daß zum Erwerbe eines dinglichen Rechtes *titulus* und *modus* *adquirendi* gehören, hatte einen ihrer Ausgangspunkte im Erbrechte, bei welchem allerdings zwei Stadien, die sich als Möglichkeit und Wirklichkeit oder Vorbereitung und Vollendung des Erwerbes bezeichnen lassen, unterscheidbar sind: — Delation und Acquisition. Und so werden die Delationsgründe in der Marginalnote zu §. 533 als „Titel zu dem Erbrechte“ (vgl. §. 799) bezeichnet, während die Antretung als *modus* gedacht wurde.<sup>1)</sup>

II. Es gibt nach §. 533 drei solche Titel: Testament, Erbvertrag, Gesetz. Der Delationsgrund bei der sogen. gesetzlichen Erbfolge ist aber in Wahrheit das Verwandtschafts-, beziehungsweise Gattenverhältniß.<sup>2)</sup> — Die im römischen

<sup>6)</sup> Vgl. Unger I §. 536 ff. und den Aufsatz in d. österr. Ger. Ztg. 1870 Nr. 9, 10.

<sup>7)</sup> Die richtige gibt Winiwarter III §. 6.

<sup>8)</sup> Winiwarter a. a. D. bemerkt, daß man wohl auch schon vor der Delation von „Erben“ spreche und damit solche Personen meine, welche eine (objectiv begründete) Aussicht haben, Erben zu werden (s. bei §. 536).

<sup>1)</sup> Vgl. Winiwarter III §. 4. Dies wurde nie bestritten; wenn sich dennoch bei den älteren Schriftstellern Aeußerungen finden, welche auf die Einantwortung als die Erwerbsart hinzudeuten scheinen, so erklärt sich diese Unklarheit aus der unklaren Stellung des Erben während der Verlassenschaftsabhandlung; zuweilen schwebte ihnen dabei eine Unterscheidung zwischen Erwerb des Erbrechtes und Erwerb der einzelnen Verlassenschaftsstücke vor. Vgl. hiezu Chorinsky (s. bei §. 532 Nr. 2) §. 163 ff. — Daß hier der Titel kein persönliches, kein Forderungsrecht gibt (s. Unger II §. 13 Nr. 41), ist klar.

<sup>2)</sup> Bei Walther Tract. II cap. XV (in den *Consuetudines* §. 957) findet sich der gute Ausdruck „von Sippschaft oder Testament wegen“. — Die Nebeneinanderstellung von Gesetz und Testament ist so unpassend, als die Nebeneinanderstellung von Gesetz und Vertrag (s. B. in §§. 317, 424, 859, 860). Vgl. Unger I §. 24, 25; II §. 4, §. 364 Nr. 14, Hofmann in Grünhut's Ztschft. I §. 463; wie es umgekehrt nicht angeht, die regelmäßige Wirkung der Verträge „Autonomie“ zu nennen (Puchta Gewohnheitsrecht I §. 158).

Recht für unstatthaft erklärten Erbverträge<sup>2a)</sup> sind im Mittelalter in Deutschland aufgekomen, bei uns aber nur unter Gatten erlaubt.<sup>3)</sup>

III. Ein tiefer eingreifender Unterschied vom römischen Rechte wird begründet durch das Princip der Compatibilität der drei Delationsgründe (§. 534). Der auffallende, noch immer nicht genügend erklärte<sup>4)</sup> Satz des römischen Rechtes „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ (§. 5 J. II 14; l. 7. D. de R. J.) konnte bei den Deutschen schon darum nicht Eingang finden, weil sie lange Zeit hindurch letztwillige Verfügungen nur hinsichtlich eines Theils des Vermögens zuließen. Der §. 534 war keine Neuerung, auch nicht eine Nachahmung des §. 45 preuß. V. R. I Tit. 12, sondern er bestätigte nur, was in der Praxis längst feststand, wie dies auch Zeiller (Prot. 2. Jän. 1804) ausdrücklich hervorhob. Damit entfällt auch die große Anzahl von Folgesätzen, die das römische Recht aus jenem Satze ableitete. — Die verschiedenen „Arten des Erbrechtes“, d. h. die verschiedenen Delationsgründe „können auch neben einander bestehen“; z. B. kann Jemand seiner Witwe die Hälfte des Nachlasses durch Erbvertrag, einem Freunde ein Viertel durch Testament zugewendet haben, wo dann über das erübrigende Viertel die sogen. gesetzliche Erbfolge eröffnet wird, bei welcher jene Witwe selbst wieder participiren kann, so daß auch eine und dieselbe Person gleichzeitig aus verschiedenen „Titeln“ erben kann.

Die Regel „so lange (donec) eine gültige Verfügung vorliegt, ist die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen“ erhält bei uns die Einschränkung „soweit jene reicht“<sup>5)</sup>. (§§. 727, 728).

IV. Man kann deshalb sagen, daß die testamentarische Berufung der gesetzlichen vorgeht, und da ein Erbvertrag nicht durch ein Testament, wohl aber ein Testament durch einen Erbvertrag alterirt werden kann, so ergibt sich folgende praktische Rangordnung der „Titel“: 1. Erbvertrag, 2. Testament, 3. Gesetz; eine processualische Consequenz hievon ist die Anordnung des §. 126 des Patentges vom 9. August 1854.

V. Die theoretische Frage, ob jene drei Titel zu coordiniren, oder vielleicht die Erbverträge den Testamenten zu subordiniren seien, wird bei §. 1249 erörtert werden.

VI. Andere als die drei erwähnten Titel gibt es nicht, und fehlt es an einem solchen, dann führt auch die gutgläubige Annahme seines Vorhandenseins und lange fortgesetzter Nachlaßbesitz nicht zum Erwerb des Erbrechtes; es kann nicht eressen werden.<sup>6)</sup>

Unterschied zwischen Erbschaft und Vermächtniß.

### §. 535.

Wird jemanden kein solcher Erbtheil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht; sondern nur eine einzelne Sache,\*) Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung; eine

<sup>2a)</sup> Windscheid III §. 529 N. 2.

<sup>3)</sup> S. bei §. 1249 ff.

<sup>4)</sup> Ueber die verschiedenen Erklärungs-Versuche s. Gruchot I §. 373 ff. Vgl. Passalle II §. 391, 488—516.

<sup>5)</sup> Winiwarter III §. 10 drückt dies so aus: die gesetzliche Erbfolge „tritt nur insoferne ein, als eine gültige und wirksame Verfügung des Erblassers nicht vorhanden ist, und zwar gilt dies nicht nur hinsichtlich der ganzen Verlassenschaft, sondern auch rücksichtlich einzelner Theile derselben.“ — Man kann auch sagen: das Testament schließt bei uns nicht schon durch sein Dasein, sondern nur durch seinen Inhalt die gesetzliche Erbfolge aus (vgl. Windscheid III §. 537).

<sup>6)</sup> Vgl. Unger II §. 269 ff. und oben §. 8 Note 30.

\*) Auch die erste officiële Ausgabe des G. B. und jene in der F. G. S. haben



Summe; oder ein Recht zugebacht; so heißt das Zugedachte, obgleich dessen Werth den größten Theil der Verlassenschaft ausmacht, ein Vermächtniß (Legat), und derjenige, dem es hinterlassen worden, ist nicht als ein Erbe, sondern nur als ein Vermächtnißnehmer (Legatar) zu betrachten.

§. bei §. 532 und XI. Hauptstück.

Zeitpunkt des Erbanfalles.

§. 536.

Das Erbrecht tritt erst nach dem Tode des Erblassers ein. Stirbt ein vermeintlicher Erbe vor dem Erblasser; so hat er das noch nicht erlangte Erbrecht auch nicht auf seine Erben übertragen können.

§. 537.

Hat der Erbe den Erblasser überlebt; so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft, wie andere frey vererbliche Rechte, auf seine Erben über; wenn es anders durch Entzagung, oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war.

I. So lange man lebt, ist man nicht Erblasser und hat keine Erben (s. bei §. 531 I); m. a. W. Niemand kann erbrechtliche Befugnisse bezüglich des Vermögens eines Lebenden haben.<sup>1)</sup> Wenn man gleichwohl in der Umgangssprache von präsumtiven (vermuthlichen<sup>1a)</sup> Erben eines Lebenden spricht und damit seine nächsten Verwandten oder die in seinem Testamente Eingesezten meint, und wenn auch Wissenschaft und Gesetzgebung diese Ausdrucksweise beibehalten, um unerträglich schleppende Umschreibungen zu vermeiden, — so darf man doch nie vergessen, daß dies eine uneigentliche, elliptische Redeweise ist.<sup>2)</sup> — Nichts als das Eingangs Gesagte und das andere ebenso Selbstverständliche, daß Niemand vererben kann, was er selbst nie hatte, drückt der §. 536 aus.

II. Dagegen fragt es sich, ob die Berufung zur Erbfolge, der Erbanfall (die Delation) schon ein *ius quaesitum* begründe? Die Bejahung versteht sich von selbst für jene Rechte, welche wie das altdeutsche, und ihm folgend das preussische (R. N. I Tit. 9 §. 368) und das französische (Code civ. a. 724) den Erbserwerb *ipso iure* eintreten lassen, so daß der Berufene auch schon Erbe ist.<sup>3)</sup> Die Frage hat also nur Sinn, wo der Delat erst durch seine Erklärung Erbe wird. Wo sie, wie im §. 537 bejaht wird, darf man nie vergessen, daß dies *ius quaesitum* doch kein Erbrecht im technischen Sinne ist (s. oben §. 9 IV. A, 1 und bei §. 532 IV). Praktisch bewährt sich aber dieses Recht als ein erworbenes namentlich durch seine Vererblichkeit.

III. Das römische Recht verneinte jene Frage. *Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur* (I. un. §. 5. Cod. VI. 51; 1. 3 §. 7 D. 37, 1; 1. 7 Cod. VI. 30). Das Recht aus der Delation war ein höchstpersönliches. Nachdem aber schon früher verschiedene Ausnahmen (sogen. Transmissions-Fälle<sup>4)</sup>) statuiert waren, wurde durch ein Gesetz Justinian's

an dieser Stelle einen Beistrich. Die Berichtigung erfolgte durch die 3. M. Vdg. vom 27. Mai 1860 (R. G. B. Nr. 133).

<sup>1)</sup> Selbst Verletzungen eines Pflichttheilrechtes durch *Acte inter vivos* sind undenkbar, und darum ist die Lehre von der *querela inofficiosae donationis* (§. 951) — trotz offener Willigkeit — theoretisch so unerschütterlich.

<sup>1a)</sup> §. 536 sagt „vermeintlicher Erbe“, weil in dem dort vorausgesetzten Falle es sich eben zeigt, daß er nicht Erbe wird, die Vermuthung also schon zerstört ist; „vermeintlich“, weil man von ihm bisher meinte, er werde erben. Dies erkennt Unger §. 5 N. 2.

<sup>2)</sup> Ebenso wird auch hier z. B. oft gesagt werden „bei Lebzeiten des Erblassers“ u. dgl. so unrichtig dies eigentlich ist. — Ähnlich spricht man von „Käufer und Verkäufer“, wo von einem noch nicht perfecten Geschäft die Rede ist.

<sup>3)</sup> Dieser Grundsatz entspricht dem ursprünglichen Zustand des Erbrechtes, wo es noch im Familienrecht aufging; darum gilt er auch im röm. R. für die *sui*. — Näheres im XV. Hauptstück.

<sup>4)</sup> Es werden übrigens hierunter sehr verschiedenartige Fälle befaßt, die nur das Pfaff und Hofmann, Commentar z. b. Ges. Buch. II.

vom Jahre 529 (l. 19. Cod. VI. 30)<sup>5)</sup> das Verhältniß von Regel und Ausnahme praktisch umgekehrt, wenn auch theoretisch festgehalten. Es ist darum löblich, daß die österreichische Gesetzgebung (Westgal. G. B. II §. 330; §. 537 a. b. G. B.) an die Stelle der complicirten, nur geschichtlich begreiflichen, in ihren Einzelheiten sehr bestrittenen römischen Transmissionslehre — die einem Gebäude gleicht, zwischen dessen in verschiedenen Jahrhunderten aufgeführten Theilen keine Harmonie des Styles herrscht — den einfachen Grundsatz gestellt hat: Die angefallene, nicht erworbene, aber auch nicht ausgeschlagene Erbschaft kann von den Erben des Verstorbenen<sup>6)</sup> erworben werden.<sup>7)</sup>

IV. Nicht mehr höchstpersönlich, sondern vererblich, ist das „Erbrecht“ (im Sinne des §. 537), doch nicht den anderen Vermögensrechten gleichgestellt; denn es ist nicht veräußerlich.<sup>8)</sup> Schon der Erbschaftsgläubiger wegen muß dies ausnahmslos gelten.<sup>9)</sup> Zwar kann auch der Delat schon den zu erwerbenden Nachlaß (§. 1278), nicht aber das Recht aus der Delation verkaufen,<sup>10)</sup> allein unser Erbschaftskäufer wird niemals Erbe, und selbst wenn er die Erbserklärung abgibt (§. 1282 a. E.), gilt er nur als Bevollmächtigter des Verkäufers, während bei der in iure cessio non aditae hereditatis (N. 9) in Rom der Erwerber „perinde heres fit . . . , ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset“ (Gai. II §. 35), „ac si ipse heres legitimus esset“ (Ulp. XIX, 14).

V. Voraussetzung der Transmission ist Leben und Erbfähigkeit des Transmittenten im Augenblicke der Delation (§. 545), dagegen nicht Kenntniß derselben.<sup>11)</sup> Jedenfalls also muß der Transmittent den Erblasser überlebt haben

Neußerliche gemein haben, daß in Folge der an den Einen geschehenen Delation ein Anderer Erbe wird. Wesentlich verschieden nämlich von den uns hier allein interessirenden Fällen, wo auf die Erben des Verstorbenen (bald nur gewisse, bald alle Erben — „in omnes successores, sive cognatos sive extraneos“ l. 19 cit.) transmittirt wird, ist die (nur aus dem römischen Familienrecht zu erklärende) Transmission zu Gunsten von Nicht-erben, zuweilen sogar bei Lebzeiten des Delaten.

<sup>5)</sup> Arndts §. 515; Windscheid III §. 600.

<sup>6)</sup> Man nennt sie auch Erbeserben; vgl. bei §. 532 IV.

<sup>7)</sup> Bei der scheinbar ganz gleichen Anordnung des §. 370 preuß. R. N. I 9 ist nicht zu übersehen 1) daß §. 370 nur die selbstverständliche Consequenz des §. 368 ebd. ist (vgl. oben Nr. II) und 2) daß es sich dort um Vererbung des Erbrechts im technischen Sinne handelt.

<sup>8)</sup> Dies ist kein Widerspruch. Durch die Vererbung dieses Rechtes wird ein Zustand hergestellt, als ob der Delat angetreten hätte; durch die Veräußerung würde ein Zustand hergestellt, als ob dem Delaten nicht einmal deferirt worden wäre (ac si emtor ad hereditatem vocatus esset).

<sup>9)</sup> Auffallender Weise gab es in Rom von diesem Grundsatz früher eine Ausnahme, als von dem der Unvererblichkeit: — in iure cessio delatae hereditatis legitima. Die Mitwirkung des Magistrats war u. E. hier keine blos formelle (s. auch Mühlensbruch-Glück Comm. XLIII S. 144 f. N. 65, Köppen in Ihering's Jahrb. V S. 180), und schon darum ist die von Windscheid §. 601 N. 4 angenommene Meinung Puchta's zu verwerfen.

<sup>10)</sup> Dies wird oft verkannt (s. z. B. Michel in Haimel's Magazin VII S. 286, Kitka in d. Ztschft. f. österr. Rechtszel. [damals „österr. Ztschft. f. Rechts- u. Staatswiss.“] Jahrg. 1847 II. Bd. S. 271 a. E. und das dort (S. 267) mitgetheilte Erkenntniß der I. Instanz. Damit hängt zusammen die früher verbreitete, und doch so verkehrte Meinung, daß das Recht aus der Delation ein taugliches Object des Pfandrechtes und der Execution sei! S. den von Staudinger mitgetheilten Rechtsfall (in ders. Ztschft. Jahrg. 1837 I. Bd. S. 166 ff.); Staudinger's treffende Bemerkungen auf S. 175 fanden nicht die verdiente Beachtung; s. den von Kitka (a. a. D. S. 265 ff.) mitgetheilten Rechtsfall (auch Kitka's eigene unhaltbare Ansichten S. 273 ff., welchen jedoch auf S. 276, 277 die praktische Spitze abgebrochen wird).

<sup>11)</sup> Vgl. Zeiller S. 391: „obchon er von der Vererbung nichts gewußt hat.“ — Ebenso war es bei der Theodosischen Transmission (l. un. Cod. VI 52: „sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint“); anders bei der Justinianischen: „qui sciens



und der Transmissar dies eventuell beweisen können; ist dies (z. B. bei Commorienten) ihm unmöglich, so kann er seinen Anspruch nicht durchsetzen.<sup>10a)</sup> Jenes Erforderniß ist aber selbstverständlich, da einem Verstorbenen oder Erbunfähigen eben gar nicht deferirt wird. Ebenso selbstverständlich war der auf Antrag des innerösterreich. N. G. (1803) aufgenommenen, später weggelassene Zusatz: „Doch kann der weitere Erbe die erste Erbschaft, ohne zugleich die zweite anzunehmen, nicht erlangen. Auf solche Art können auch mehrere auf einander folgende Erbschaften mit allen ihren Nutzungen und Lasten auf den letzten Erben übergehen.“ Selbstverständlich endlich ist es auch, daß ein erloschenes Recht nicht übertragen werden kann (§. 537 a. E.<sup>11)</sup>); wohl aber muß schon hier hervorgehoben werden, daß die Substitution in der Regel die Transmission ausschließt (§. 809).

VI. Die §§. 536, 537 gelten unzweifelhaft<sup>12)</sup> (analog) auch für Vermächtnisse. „Auch ein Vermächtniß wird von dem den Erblasser überlebenden Legatar, obschon er es weder angenommen, noch von dem Nachlasse Wissenschaft gehabt hat, auf seine Erben übertragen“ (Zeiller S. 391 f.).

VII. Von dem §. 536, der aus dem Begriff des Erbrechtes fließt, kann es keine Ausnahme geben. Eine solche ist weder in dem §. 779 (s. bei diesem), noch in dem sogen. Repräsentationsrecht (s. XIII. Spst.) enthalten;<sup>13)</sup> sondern gerade der selbstverständliche Grundsatz des §. 536 hätte vor dem Irrthum bewahren sollen, als ob der sogen. Repräsentant ein ererbtes Recht ausüben würde.<sup>14)</sup> Er erbt nur, wenn der in der Mitte Stehende vor dem Erblasser gestorben ist, der Transmissar gerade umgekehrt nur dann, wenn der seine Beziehung zum Erblasser Vermittelnde diesen überlebt hat.<sup>15)</sup> — Von allen diesen Fällen ist wieder zu unterscheiden der der successiven Delation,<sup>16)</sup> z. B. an den entfernteren Verwandten, wenn der nächste ablehnt oder an den substitutus, wenn der insti-

hereditatem sibi esse delatam . . . decesserit“ (l. 19 Cod. VI 30), welche Worte wegzudeuten (wie Windscheid III §. 600 Nr. 5 versucht) unthunlich scheint.

<sup>10a)</sup> Vgl. Unger System I S. 251. — Die entgegengesetzte Entscheidung dieser angeblichen „ambigua questione“ sucht — aber mit sehr schwachen Argumenten — zu begründen Bellingheri p. 45–48.

<sup>11)</sup> Es heißt da: „durch Entfugung oder auf eine andere Art“; nämlich durch nach der Delation eintretende Erbunfähigkeit, z. B. §. 121. Bei anfänglicher Erbunfähigkeit wäre das Recht nicht „erloschen“, sondern nie entstanden. Der allgemeine Ausdruck „Entfugung“ (s. Zeiller IV S. 174) umfaßt die Ausschlagung (repudiatio) und den Erbverzicht (renuntiatio); durch diesen aber „erlischt“ kein Erbrecht im Sinne des §. 536, sondern nur ein „Erbrecht in abstracto.“ — Präklusivfristen zur Antretung gibt es nach österreich. N. nicht (Unger Erbr. S. 149), ebensowenig eine Verjährung des Erbrechtes (Unger System II S. 275), wohl aber eine jener praktisch oft sehr nahe kommende Verjährung der Erbschaftsklage (s. z. B. §. 1487 pr.).

<sup>12)</sup> Vgl. auch §. 703 im Zusammenhang mit §. 702 („Erbe oder Legatar“).

<sup>13)</sup> Dieses betrifft nur die Intestat-, §. 779 nur die testament. Erbfolge, §. 536 und §. 537 sowohl diese als jene.

<sup>14)</sup> Der Repräsentant erbt iure proprio, der Transmissar kraft ererbten Rechtes; um so mehr muß man sich hüten, den Transmissar einen „Repräsentanten“ zu nennen, wie Nippel IV S. 20 thut.

<sup>15)</sup> Nicht richtig ist demnach die in Nr. 151 (a. E.) der Sammlung (I) sich findende Behauptung: der §. 541 sei eine Ausnahme von §. 537 (wobei an dessen Schlusssätze gedacht ist); §. 537 betrifft die Transmission, §. 541 die Repräsentation; dort wird ausdrücklich vorausgesetzt, daß „der Erbe den Erblasser überlebt hat“; hier ebenso ausdrücklich, daß der indignus „vor dem Erblasser verstorben ist“.

<sup>16)</sup> Es ist unrichtig, auch den Fall der anfänglichen Erbunfähigkeit des zunächst in Betracht kommenden hieher zu stellen, wie Stubenrauch zu §. 537 Z. 5 thut; einem Erbunfähigen wird eben gar nicht deferirt. — Es ist deshalb auch ungenau, von Unfähigkeit des „Berufenen“ zu reden (wenn man damit nicht eine erst nach der Delation eintretende meint); doch ist dieser Sprachgebrauch harmlos, wenn man nur weiß, daß dabei das Wort „berufen“ in einem weiteren technischen Sinne genommen ist (vgl. Windscheid III §. 529 Nr. 7).

tutus nicht annehmen will. Hier wird eben zweimal deferirt, in allen jenen anderen Fällen nur einmal; bei der Transmiffion erbt der B aus der an den A geschenehen Delation, bei der Repräsentation und im Falle des §. 779 wird direkt dem B (und gar nicht dem A) deferirt.

VIII. Der B ist zum Nachlaß des A berufen. Der Fiscus zieht den Nachlaß des B als erblos ein. Kann er — als Transmissar — auch den Nachlaß des A einziehen? Die Beantwortung hängt davon ab, inwieweit man das Heimfallsrecht dem Erbrecht gleichstellen will (darüber s. bei §. 760). De lege ferenda ließe es sich keineswegs billigen.<sup>17)</sup> —

Fähigkeit zu erben.

### §. 538.

Wer ein Vermögen zu erwerben berechtigt ist, kann in der Regel auch erben. Hat jemand dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entsagt, oder auf eine bestimmte Erbschaft gültig Verzicht gethan; so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt, oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig geworden.

### §. 539.

Inwiefern geistliche Gemeinden, oder deren Glieder erbfähig sind, bestimmen die politischen Vorschriften.

Eine Fülle verwandter Begriffe kommt hier in Betracht, deren theoretisches Verhältniß auf das genaueste fixirt sein muß, bevor wir an den positiven Stoff herantreten.

A. Erbunfähigkeit: 1) Absolut erbunfähig ist, wer Niemanden beerben kann, 2) relativ erbunfähig ist, wer gewisse Personen (sei es einzelne, vielleicht nur eine, sei es ganze Classen; vgl. Note 3) nicht beerben kann. Beide Arten von Unfähigkeit können schon im Augenblicke der Delation vorhanden sein, oder aber erst später, aber noch vor dem Erwerbe eintretend, diesen verhindern.<sup>1)</sup>

B. Mangel der testamenti factio passiva<sup>2)</sup> d. h. Unfähigkeit, in einem Testamente gültig bedacht zu werden, folglich aus einem Testamente zu erwerben. Die Eigenschaft A involvirt natürlich die Eigenschaft B; wer nicht erben kann, kann auch aus einem letzten Willen nicht erben. Keineswegs dagegen ist mit der Eigenschaft B auch schon die Eigenschaft A begriffennothwendig gesetzt. Und wirklich kennt unser Recht (§. 543) einen Fall relativen Mangels der test. f. p., ohne daß von relativer Erbunfähigkeit geredet werden könnte.<sup>3) 4)</sup>

<sup>17)</sup> Eine Frau hinterläßt einen unehelichen Sohn und ihre Mutter. Der Sohn stirbt, ehe er die Erbschaft angetreten hat. Soll der Fiscus den Nachlaß einstreichen, und die Mutter leer ausgehen? — Wer den Fiscus als Erben des Delaten betrachtet, wird die Frage freilich bejahen müssen.

<sup>1)</sup> S. Unger s. 5 A. 22. — Nachträgliche absolute Unfähigkeit: z. B. Eintritt in einen Orden nach der Delation; Fälle nachträglicher relativer Unfähigkeit gibt es im österr. Rechte nicht; die, an welche man denken könnte, sind sämtlich Indignitätsgründe. Doch ändert diese zufällige Thatsache nichts an dem Begriffe.

<sup>2)</sup> Ueber den Mangel der test. f. activa (= Testirunfähigkeit) s. bei §. 566 ff., über die Fähigkeit zur Testaments-Zeugenschaft s. bei §. 591 ff.; über den römischen Ausdruck „intestabilis“ s. Arndts Pand. §. 484 A. 1 und Gesamm. civilist. Schriften II S. 74.

<sup>3)</sup> Nach dem I. Capitel der I. Voconia konnten Frauenspersonen von den Bürgern der ersten Censussclasse nicht zu Erbinnen eingesetzt werden, wohl aber solche Erblasser ab intestato beerben (Rudorff Röm. Rechtsgesch. I §. 24). Wenn auch weder das österr. noch das gem. R. einen Fall absoluten Mangels der test. f. p. ohne Erbunfähigkeit kennt, so ist er doch denkbar; ja Theophilus (s. Arndts Ges. civ. Schr. II S. 74 N. 61) berichtet von einem solchen; und früher glaubte man den Fall des Pasquillanten nach röm. R. als solchen ansehen zu können (s. Arndts I. c. S. 74 Z. 4).

<sup>4)</sup> Ein Gegenstück dazu, einen Fall, wo Jemand (nämlich der Sklave), der nie ab



C. Während die beiden bisher besprochenen Eigenschaften (A, B) schon die Delation an den Unfähigen hindern, hinderte die Incapacität<sup>5)</sup> des römischen Rechtes (die nur die testamentarische Erbfolge betraf) nicht die Delation, sondern nur den Erwerb, weshalb die Capacität erst zur Zeit des Erwerbes vorhanden zu sein brauchte.<sup>6)</sup> Dieser Begriff ist dem österr. Rechte fremd.

D. Die Indignität,<sup>7)</sup> Erbunwürdigkeit des gemeinen Rechtes, nie absolut, sondern immer nur relativ ist, bezieht sich ebenso auf die Intestat-, wie auf die testamentarische Erbfolge. Sie hindert weder die Delation, noch den Erwerb, nicht das Bekommen, nur das Behalten, indem der indignus das bereits Erworbene, an den Fiskus oder (seltener) an andere Personen verliert. Auch sie kann entweder schon im Augenblicke der Delation vorhanden sein oder erst später eintreten.

Die Behauptung, daß eine technische, d. h. von der Erbunfähigkeit im eigentlichen Sinne<sup>8)</sup> verschiedene Erbunwürdigkeit im österreichischen Rechte nicht vorkomme,<sup>9)</sup> ist so wenig richtig, als die entgegengesetzte, daß der gemeinrechtliche Begriff unverändert beibehalten worden sei.<sup>10)</sup> Der Satz, daß die Indignität Delation und Erwerb nicht hindere, auch wenn sie schon zur Zeit des Erblassers vorhanden ist, ist (töblicher Weise) mit dem Creptionsrecht des Fiskus weggefallen. Die Unwürdigkeit unterscheidet sich aber noch darin von der Unfähigkeit, daß jene — nicht auch diese — auch noch nach dem Erbserwerb eintretend schadet, mit andern Worten den Verlust des schon Erworbenen (und zwar zu Gunsten derjenigen Personen, welche die Portion des indignus bekommen haben würden, wenn er den Anfall nicht erlebt hätte) nach sich zieht; — ferner darin, daß des Testators Verzeihung die Unwürdigkeit, nicht auch die Unfähigkeit beseitigt.<sup>11)</sup> Die Gründe der Unwürdigkeit sind enthalten in den §§. 121, 540—542.

E. Von der Eigenschaft, (rechtmäßig) enterbt zu sein, und von der, (rechtmäßig) enterbt werden zu können wird im XIV. Hauptstück, von dem praktischen Verhältniß derselben zur Erbunwürdigkeit insbesondere bei §. 770 die Rede sein.

F. Verschieden von der Erbfähigkeit ist die Fähigkeit zur Erbserklärung.<sup>12)</sup> Jene gehört zur Rechtsfähigkeit, diese zur Handlungs- und Dispositionsfähigkeit.

intestato erben konnte, dennoch eingesetzt werden konnte, enthielt das römische Recht: f. Arndts §. 492 A. 3.

<sup>5)</sup> Arndts §. 492, Windscheid III §. 550.

<sup>6)</sup> Man kann die Incapacität einteilen in totale (z. B. coelibes) und partielle (z. B. orbi, Concubinenkinder); ferner in absolute (coelibes, orbi) und relative (Concubinenkinder), wobei die „personae exceptae“ den Begriff der Absolutheit einschränken, aber nicht aufheben.

<sup>7)</sup> Arndts §. 520 Z. 4 und Anm., Windscheid III §. 669 ff. — Sie kommt auch im österreichischen, wie im römischen R. sowohl bei der Intestat-, als bei der testamentarischen Erbfolge vor.

<sup>8)</sup> Im weit. S. bedeutet „Erbunfähigkeit“ jede persönliche Eigenschaft, die den Erwerb von Todeswegen juristisch ausschließt oder beeinträchtigt. So bezieht sich die Randnote „Ursachen der Unfähigkeit“ (zu erben) auf 5 Paragraphen, von denen drei (540—542) von der Unwürdigkeit handeln, einer (543) vom relativen Mangel der test. factio pass., einer (544) von der absoluten Erbunfähigkeit.

<sup>9)</sup> Dies behauptet Unger §. 5 A. 4 und A. 18.

<sup>10)</sup> Diese Meinung liegt zu Grunde dem Aufsatze von Michel „die Erbunwürdigkeit nach österr. Gesetzen“ in Haimersl's Vischt. II. Bb. (1858) S. 29—58.

<sup>11)</sup> Außer in der eben cit. Arbeit, die viel Verdienstliches, aber auch manches Unrichtige enthält, ist die Erbunwürdigkeit nach österr. R. nie ex professo behandelt worden; namentlich geben die Commentare nicht einmal Antwort auf die begriffliche Frage. Eine umfassende Bearbeitung dieser Materie wird in den Excursen veröffentlicht. Hier (im Commentar) können nur die Resultate jener Untersuchung in dogmatisch-geprägter Darstellung vorgeführt werden.

<sup>12)</sup> Von ihr wird im XV. Hauptst. gehandelt werden.

Die Erbfähigkeit<sup>13)</sup> bildet die große Regel (§. 538 pr.), sie kommt auch noch ungeborenen Erzeugten (nascituri) zu: §. 22, §. 274, §. 681 (a. E. „erzeugt“), ferner den juristischen Personen. Zwar spricht §. 26 nur von „erlaubten Gesellschaften“, aber seine Marginalnote („moralische Personen“) zeigt, daß überhaupt juristische Personen gemeint sind, was auch nicht bezweifelt wird;<sup>14)</sup> dazu kommt, daß im §. 559 i. f. die Erbfähigkeit sowohl von Corporationen, als von Gemeinden vorausgesetzt wird.

Absolut erbunfähig sind:<sup>15)</sup> 1) „Wer dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entzogen“ (§. 538), d. h. das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt hat,<sup>16)</sup> also die meisten Ordensgeistlichen und Nonnen.“ Säkularisirte Ordens-

<sup>13)</sup> Das Folgende gilt auch für Legate, da (wie schon erwähnt) in §§. 538 ff. die Worte „erben“ u. dgl. im weit. S. gebraucht sind.

<sup>14)</sup> Vgl. Zeißler II S. 393, Stubenrauch I S. 725 f. Note, Unger §. 5. — Ueber das gem. R. f. Windscheid III S. 535, Arndts §. 471 A. 3.

<sup>15)</sup> Das Westgal. G. B. II §. 337 und viele Schriftsteller erwähnen hier die unerlaubten Gesellschaften. Da diese aber gar nicht als Rechtssubjecte anerkannt sind, so kann die Frage nach ihrer Erbfähigkeit nicht einmal gestellt werden. Richtig Michel S. 32.

<sup>16)</sup> Das Westgal. G. B. II §. 334 enthielt noch diese Erklärung (freilich unpassend mit „z. B.“ statt mit „d. h.“). Bei der Redaction i. J. 1804 (2. Zämm.) wurde sie nur hören, auszuweichen.“

<sup>17)</sup> Nach gemeinem Rechte sind die Religiosen nicht erbunfähig, sondern erwerben für ihren Orden (welcher Erwerb schon sehr verschieden aufgefasset worden ist, s. Hellmann Das gemeine Erbrecht der Religiosen [München 1874] S. 86 ff. bes. 104 ff.); ist dieser aber vermögensunfähig (Mendicanten-Orden), so sind sie incapaces (Hellmann S. 109). — Auch hier (vgl. bei §. 573) unterscheidet sich das österreichische Recht wesentlich von dem gemeinen, indem die Religiosen weder für sich, noch für ihren Orden erben. Doch nur die feierlichen Gelübde haben diese Wirkung; „die einfachen berauben den Erben, doch den weder seines Eigenthums, noch machen sie ihn zum eigenen Erwerbe unfähig. Sie beschränken ihn nur in seiner Dispositionsfähigkeit, weil er ohne Erlaubniß seiner Oberen nicht verfügen darf. Eigenmächtige Verfügungen bleiben jedoch vollkommen rechtsgültig“ (Hellmann S. 21). Darum sind z. B. die Redemptoristen erbfähig, welche darin ausdrücklich den Weltgeistlichen gleich gestellt werden (Hdb. 9. Jänner 1843 Z. G. S. 670, bei Michel Nr. 995). Hinsichtlich der Redemptoristinen verordnet das Gesszd. 23. Dec. 1830 (Z. G. S. Nr. 2498), daß nicht bloß ihr Convent, sondern auch dessen einzelne Mitglieder erbfähig sein sollen. Die unter Hinweis auf die Amortisationsgesetze beigefügte Einschränkung hinsichtlich liegender Güter ist wohl mit diesen hinweggefallen (arg. Concordat Art. 29 und 34) (anders die Note der Manz'schen Ausgabe zu §. 539). Nach dem Hdb. 7. Juni 1774 (bei Michel Nr. 967) waren „die vier englischen Stiftingshäuser“ (St. Pölten, Krems, Prag, Wien) den Amortisationsgesetzen unterworfen, dagegen „die einzelnen Personen gedachter Häuser aller adquisitiones per actus inter vivos et mortis causa sowohl ab intestato, als ex testamento, mit alleiniger Ausnahme einer Erwerbung quoad immobilia fähig“ (vgl. die obige Bemerkung); später (Hdb. 17. Mai 1805 Z. G. S. Nr. 728, Michel Nr. 968) wurden auch die Stifter selbst (nämlich die zu St. Pölten und Krems) von den Amortisationsgesetzen befreit. — Ueber die Congregationen mit einfachen Gelübden vgl. Pachmann Kirchenrecht 3. Aufl. I §. 171. — Nicht das oben aufgestellte Princip, sondern nur sehr alte thatsächliche Uebung erklärt es, warum die Mitglieder des deutschen Ordens erbfähig sind. Sie folgen der Regel des h. Augustinus, ihre Gelübde sind feierlich, sie sind religiosi, aber nur dem Namen, nicht der Wirklichkeit nach (vgl. Hellmann S. 22 f.). Längst hatten die Mitglieder das Gelübde der Armuth nicht beobachtet und das Hdb. 4. Juli 1791 (Z. G. S. Nr. 171) verfügte: „Die Deutschen Ordens-Mitglieder sollen in dem derzeit besessenen Rechte der Erbsfähigkeit auch ferner nicht beirret werden.“ Das Pat. 28. Juni 1840 (Z. G. S. Nr. 451) sagt im §. 10: „Die Ordensritter und Priester werden nach ihren Ordensgelübden als Religiosen angesehen. Sie bleiben jedoch im Genuße ihres Vermögens. Sie können . . . durch Handlungen unter Lebenden sowohl, als durch Erbschaften nicht nur freigesetztes Vermögen, sondern auch Leben und Fideicommiss, soweit es der Inhalt der Fideicommiss-Institute gestattet, erwerben.“ Eine theilweise Aenderung trat ein mit der M. Bg. 31. Dec. 1866 (R. G. B. 1867 Nr. 4): Nachdem der deutsche Ritterorden beschossen habe, „für die dem Orden angehörigen oder demselben künftig beitretenen Priester Convente zu errichten, deren Glieder verpflichtet sein werden, die feierlichen Gelübde in ihrer vollen Strenge nach Maßgabe der ihnen vorgezeichneten Statuten zu beobachten,“ so sollen für solche Priester



personen (die sogen. Erreligiosen) sind erbfähig<sup>18)</sup> (von welchem Augenblick an? S. Peitler's Sammlung Nr. 317);<sup>19)</sup> dagegen vermag eine Dispensation von Seiten der Ordensobern die Erbfähigkeit nicht zu beheben (Sammlung VI Nr. 2815). Früher waren durch die den Erwerb der „*manus mortuae*“ beschränkende sogen. Amortisationsgesetze<sup>20)</sup> die geistlichen Corporationen für erbunfähig erklärt, und auch in den durch besondere Begünstigung davon ausgenommenen Orden blieben die einzelnen Mitglieder erwerbunfähig und wurde ausdrücklich eingeschärft, daß die Orden das ihren Professoren durch lektwillige Anordnung Zugesagte oder ab intestato Angefallene<sup>21)</sup> keineswegs Statt derselben erwerben dürfen.<sup>22)</sup> Da nun durch das Concordat alle Amortisationsgesetze aufgehoben, also alle geistlichen Gemeinden von ihnen befreit wurden, gilt das eben Gesagte jetzt für alle; nämlich, daß weder diese Befreiung den einzelnen Religiosen, noch die an diese (unwirksam) erfolgte Delation (i. N. 20) ihren Orden (Klöstern . . .) zu Gute kommt.<sup>23)</sup> — Andererseits ist durch Art. 6 M. 2 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 (Nr. 152 R. G. B.) die Aufhebung der Amortisationsgesetze nicht aufgehoben worden.<sup>24)</sup> 2) Deserteure<sup>25)</sup> der Linie und der Reserve (nicht auch der Landwehr)<sup>26)</sup>; und zwar wenn sie aus der activen Dienstleistung entwichen sind, vom Tage ihrer Entweichung,<sup>27)</sup> sonst vom Tage der Einberufung<sup>28)</sup> bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung.<sup>29)</sup> — 3) Früher waren unbefugt Ausgewanderte erbunfähig (Pat. v. 24. März 1832 S. 10 lit. c; s. Michel Nr. 79; a. b. G. B. S. 544). Es fragt sich nun, ob diese Folge auch jetzt noch diejenigen trifft, die sich durch Auswanderung der Wehrpflicht entziehen? Für die Bejahung läßt sich anführen 1) daß die Kategorie der „unbefugt Ausgewanderten“ nur eingeschränkt, nicht aufgehoben worden ist, 2) die Analogie der Bestimmungen über Deserteure. Für die Verneinung: 1) es hat nicht bloß eine quantitative, sondern eine prinzipielle Abänderung Platz gegriffen: Früher Auswanderungsverbot (mit Ausnahmen), jetzt Auswanderungsfreiheit (mit einer einzigen Ausnahme); 2) es sind ohnehin auf die Nichterfüllung der Wehrpflicht Strafen

nicht die §§. 10 und 12 des Pat. 28. Juni 1840, „sondern die über die Vermögensrechte von Ordenspersonen mit feierlichen Gelübden bestehenden allgemeinen Vorschriften“ gelten.<sup>18)</sup> Die Tyroler Landstände wünschten, daß die Erreligiosen „nach Maßgab des 36. Titels 3. Buchs der Tyroler Landes-Ordg. . . als verzichtet zu halten, und nur mit der 5. Linie zu erben fähig“ sein sollten. Zeiller bemerkte: „das gehöre allenfalls in das Provinzialrecht“. Prot. 16. Jän. 1804 (vgl. oben I S. 79 ff.).

<sup>19)</sup> Vom Augenblick des Austrittes aus dem Orden; doch hat dies natürlich keine rückwirkende Kraft d. h. keinen Einfluß auf bereits an andere Erben erfolgte Delationen oder gar von ihnen gemachte Erwerbungen. Pat. 9. Nov. 1781 (Z. G. S. Nr. 30) und Hdb. 17. Aug. 1835 (Z. G. S. Nr. 76). Bei Michel Handb. II S. 104, Nr. 961, 962.

<sup>20)</sup> Rippel IV S. 25; Michel II (S. 104 ff.) Nr. 963 ff.

<sup>21)</sup> Richtiger „was ihnen — wenn sie eben nicht Professoren wären — angefallen sein würde.“

<sup>22)</sup> Hdb. 23. März 1809 (bei Michel Nr. 965). Näheres in den Excursen.

<sup>23)</sup> Die letztere Consequenz wurde, als sie einmal unter Hinweisung auf das canon. Recht bestritten ward, vom oberst. G. H. ausdrücklich anerkannt (Sammlung I Nr. 270 = Peitler's Samml. Nr. 319). Bestimmend auch Pachmann Lehrb. d. Kirchenr. (3. Aufl.) I §. 162 R. g.

<sup>24)</sup> Dieser Artikel enthält eine Maxime, keinen Rechtsatz; es ist nicht gesagt: die Amortisationsgesetze sind wieder hergestellt, sondern: es kann dgl. wieder eingeführt werden.

<sup>25)</sup> Vgl. Kirchstetter (2. Aufl.) S. 284 und S. 32.

<sup>26)</sup> Ges. v. 23. Mai 1871 (R. G. B. Nr. 45).

<sup>27)</sup> Mil. Str. G. §. 208; vgl. §. 544 a. b. G. B.

<sup>28)</sup> Arg. Ges. v. 20. Mai 1869 (R. G. B. Nr. 78) §. 3.

<sup>29)</sup> Was dem Deserteur in dieser Zeit innerhalb des Staatsgebietes als Erbschaft, Legat, m. c. donatio zugefallen wäre, fällt an seiner Statt jenen gesetzlichen Erben zu, denen es auch zugefallen sein würde, wenn er den Anfallstag nicht erlebt hätte (s. Mil. Str. G. §. 208 lit. c). Und damit ist es ihm definitiv verloren, wenn er sich auch später selbst stellen sollte (S. 546). Vgl. Excurse zu §. 544.

gesetzt, diese Rechtsfolge aber darunter nicht erwähnt. Bei so schwankender Wage entscheidet schon das „in dubio mitius“ für die Verneinung.<sup>30)</sup> — 4) Fremde sind in der Regel erbfähig; eine Ausnahme könnte nur durch Ausübung der Retorsion eintreten.<sup>31)</sup><sup>32)</sup>

Relative Erbunfähigkeit: Das Gesetz (§. 538) stellt — unpässender Weise<sup>33)</sup> — den Erbverzicht her, von dem bei §. 551 zu handeln ist. — In den von Unger (§. 5) hergezählten Fällen ist Indignität vorhanden.<sup>34)</sup> Die Vorschrift des §. 543 und die über das Personale in den Contumazanstalten<sup>35)</sup> sind auf die gewillkürte Erbfolge eingeschränkt. Es gibt somit im österr. Rechte keinen reinen Fall relativer Erbunfähigkeit.

Ursachen der Unfähigkeit. 1)

§. 540. 1)

Wer den Erblasser, dessen Kinder, Aeltern oder Gatten, aus bösem Vorsatze an Ehre, Leib, oder Vermögen auf solche Art verletzt, oder zu verletzen gesucht hat, daß gegen ihn von Amts wegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann; der ist so lange des Erbrechtes unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe.

Nicht das dem Verletzten zugefügte Leid, sondern die Verwerflichkeit der Handlung ist für diesen Unwürdigkeitsgrund maßgebend. Da die Verletzung der *personae coniunctae* nur um des Erblassers Willen hier bedroht wird, so hat das Gericht in concreto zu beurtheilen, ob in jener eine indirekte Verletzung des Erblassers erkannt werden könne.<sup>3)</sup> So namentlich auch, ob das Verhältniß zwischen dem unehelichen Vater und Kinde in concreto so innig ist, um hier mitzuzählen. Ob die Mutter ehelich oder unehelich ist, ist gleichgültig. Der leiblichen Ascendenz und Descendenz (§. 42) steht das Adoptivverhältniß gleich, bei welchem, wie bei dem Gattenverhältniß hier weniger die Rechtsgültigkeit, als die Intimität in Betracht kommt.

Zu „Ehre, Leib oder Vermögen“ ist aus §. 948 zu ergänzen „oder Freiheit“. 4) — „Aus bösem Vorsatze“: selbst eine geringe<sup>4a)</sup> (strafbare) dolose

<sup>30)</sup> Vgl. über diese Streitfrage auch Kirchstetter (2. Aufl.) S. 48 N. 14.

<sup>31)</sup> Vgl. oben bei §. 33. — Früher war dies namentlich bezüglich der türkischen Unterthanen praktisch (Winiwarter III S. 13 ff., Michel Nr. 957 ff.), heute ist es nicht mehr so (ausführlich hierüber Kirchstetter 2. Aufl. S. 285 N. 11). Vgl. auch Kosjek „über das Erbrecht der Fremden in der Türkei“ im April-Heft 1875 der österr. Monatsschrift f. d. Orient. Mit Recht wird da die Ansicht des türkischen Staatsrathes bekämpft, daß das neue Gesetz den a. 109 ff. des Code de la propriété foncière nicht derogirt habe. Jene Behörde behauptet nämlich, daß das den Fremden eingeräumte Recht, Piegenschaften zu erwerben, nicht das Recht einschließe, sie zu erben. — Montenegriner sind bei uns erbfähig. J. M. B. 5. Aug. 1849 (N. G. Bl., Erg. Bd. Nr. 348).

<sup>32)</sup> Kirchstetter subsumirt diesen Punkt unter die relative Erbunfähigkeit. Wenn man aber bedenkt, daß es sich für uns zunächst um die Beerbung von Oesterreichern handelt, und ein Fremder im Falle der Retorsion nicht etwa nur diesen oder jenen, sondern überhaupt gar keinen Oesterreicher beerben kann, so rechtfertigt sich immerhin die obige Einreihung.

<sup>33)</sup> Weil auch der Unfähige ein Recht nicht erwirbt, ist hier der Fehlschluß vom Nicht-erwerb auf die Unfähigkeit gemacht (vgl. Unger §. 5 N. 9). Gewiß kann der Erblasser denjenigen, der auf sein Intestat- und Pflichttheilsrecht verzichtet hat, zum Erben einsetzen; vgl. Fieseler Erbverträge II 2 S. 258.

<sup>34)</sup> S. die Bemerkungen zu den §§. 540—542.

<sup>35)</sup> S. vorläufig Michel's Handbuch Nr. 998.

<sup>1)</sup> S. oben S. 21 Note 8.

<sup>2)</sup> Das Detail, so wie die Beweise für das hier Vorgetragene finden sich in der Abhandlung über Erbunwürdigkeit in den Excursen, Abf. VI und VII.

<sup>3)</sup> Michel in d. Aufl. S. 47 und S. 37; Unger §. 5 N. 11 a. E.

<sup>4)</sup> Winiwarter III S. 19 f. Note.

<sup>4a)</sup> Ganz willkürlich verlangt Bollingeri, daß die Verletzung „un certo carattere di atrocità“ haben müsse (p. 56).



Verletzung reicht aus, dagegen eine noch so schwere culpose nicht. — Nur eine unter das Strafgesetz fallende<sup>5)</sup> Verletzung, also nicht jede Beleidigung (Sammlung I Nr. 155 [ausführlich bei Peitler Nr. 320] vgl. Sammlung II Nr. 947), — macht unwürdig, gleichviel ob sie ein sogen. officioses oder ein Antragsdelict ist. Weber Vollenbung des Delictes (es genügt schon der strafbare Versuch), noch Bestrafung<sup>6)</sup> oder auch nur Verurtheilung,<sup>7)</sup> sondern einzig die Strafbarkeit der Handlung wird in §. 540 vorausgesetzt. Auf die Kenntniß des Verletzten kommt es nicht an.<sup>8)</sup> Das strafgerichtliche Erkenntniß ist für das civilgerichtliche Verfahren in der Regel präjudiciell und muß deshalb, wenn noch nicht gefällt, abgewartet werden.<sup>9)</sup> Die Indignität wird aufgehoben durch Verzeihung des Erblassers,<sup>10)</sup> welche nicht gerade ausdrücklich erklärt zu sein braucht, aber aus einem bloß negativen Verhalten (Unterlassung der Strafanzeige, Nichtänderung des Testamentes) nicht gefolgert werden kann.<sup>11)</sup> Die Verzeihung muß bewiesen werden; es spricht für sie keine Vermuthung;<sup>12)</sup> wohl aber ist ein Indicienbeweis („aus den Umständen“) zulässig.<sup>13)</sup>

Auch nach dem Tode des Erblassers begangene Delicte können diese Erbunwürdigkeit begründen;<sup>14)</sup> so Schmähungen des Verstorbenen, Ermordung eines seiner Kinder, Verausgung seiner Leiche, selbst Entwendungen aus dem ruhenden Nachlasse<sup>15)</sup> (arg. §. 547 i. f.), wobei freilich auch der Gesichtspunkt von §. 542 eingreift. Natürlich genügt nicht jede strafbare Verletzung einer persona coniuncta; je geringfügiger sie ist und je später sie begangen wird, desto schwerer wird der Richter in ihr eine (nach §. 540 zu ahnende) Impietät gegen den Erblasser erkennen.

#### §. 541.

Die Nachkommen desjenigen, welcher sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, sind, wenn Letzterer vor dem Erblasser verstorben ist, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen.

Die verschiedenen diesen Paragraph betreffenden Zweifelsfragen der bisherigen Literatur lassen sich nach Einsicht der Protokolle mit voller Gewißheit beantworten.

I. Während die §§. 540 und 542 jedes Erbrecht (incl. Vermächtnisse) betreffen, bezieht sich der §. 541 nur auf die Intestat-Erbfolge,<sup>1)</sup> und hat selbst die von Unger §. 87 A. 5 a. E. behauptete Ausnahme nicht Statt.<sup>2)</sup>

<sup>5)</sup> Diese präcise Abgrenzung trat an die Stelle des vagen „merklich verletzt“ im §. 338 Westgal. G. B. II.

<sup>6)</sup> Erlass oder Verjährung der Strafe schließen den §. 540 nicht aus. Unger A. 10, Bellingeri p. 62—64.

<sup>7)</sup> „Verfahren werden kann“. Unrichtig Winiwarter III S. 20 f.

<sup>8)</sup> Unrichtig Winiwarter III S. 21.

<sup>9)</sup> Ausgenommen, wenn der zum Strafverfahren nöthige Antrag nicht gestellt wird. — E. Hof. v. 6. März 1821, und dazu Michel's Aufsatz S. 49, 50, ferner E. 37, 47 (a. E.).

<sup>10)</sup> Die Verzeihung des zunächst Verletzten (z. B. Descendenten) ist weder genügend, noch erforderlich.

<sup>11)</sup> Vgl. Zeiller II S. 397, Winiwarter III S. 21.

<sup>12)</sup> Ueber die wunderlichen Ansichten, die man früher nicht selten hierüber hatte, s. den cit. Aufsatz in den Excursen.

<sup>13)</sup> Dies wurde von den Redactoren selbst hervorgehoben.

<sup>14)</sup> Gellugnet wird dies von Unger A. 12, bewiesen durch dogmatische und historische Gründe in der cit. Abhdlg., Abs. VI a. E. und Abs. VII.

<sup>15)</sup> Nach dem Zeugniß der Redactoren.

<sup>1)</sup> Bei der testamentarischen Erbfolge kommt, wenn der indignus „vor dem Erblasser verstorben ist“ (§. 541) der §. 536 zur Anwendung.

<sup>2)</sup> Die §§. 541 und 779 lassen sich nicht combiniren, weil der letztere im direkten Gegensatz zu ersterem ein Testament voraussetzt. In dem von Unger vorausgesetzten Falle

II. Alle Redactoren<sup>3)</sup> hingen mit klarem Bewußtsein der alten falschen Theorie an, daß die sogen. Repräsentanten kein eigenes Erbrecht, sondern nur das von ihrem Patens überkommene ausüben. Der §. 541 wurde ausdrücklich als eine Abweichung von der Rechtsconsequenz bezeichnet, als eine humane Ausnahme, die überdies nur sehr schwer und mit geringer Majorität durchgesetzt wurde.<sup>4)</sup>

III. Es ist kein vernünftiger Grund auffindbar, warum §. 541 nicht ebenso auf die Fälle des §. 542 als die des §. 540 anwendbar sein sollte.<sup>5)</sup> Daß Zeiller (II S. 399) gleichwohl den §. 541 nur zu §. 540 ziehen will, erklärt seinen Paragraphen möglichst einzuschränken. Das einzige ernstliche Argument für die Einschränkung, nämlich die Einreihung des §. 541, zerfällt, sobald man weiß, daß er früher die gegentheilige Disposition enthielt, wonach die Nachkommen des Unwürdigen stets ausgeschlossen sein sollten.<sup>6) 7)</sup>

### §. 542.

Wer den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen, oder betrügerlicher Weise verleitet, an der Erklärung, oder Abänderung des letzten Willens gehindert, oder einen von ihm bereits errichteten letzten Willen unterdrückt hat, ist von dem Erbrechte ausgeschlossen, und bleibt für allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden verantwortlich.

Erbunwürdig ist Jeder, „der eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Ordnung der Erbfolge herbeizuführen sucht;“<sup>1)</sup> also namentlich wer durch Zwang oder Betrug den Erblasser zur Errichtung, Abänderung, Widerrufung eines Testamentes, Codicilles, Erbvertrages bestimmt oder davon abhält; ebenso wer eine solche Willenserklärung<sup>2)</sup> unterdrückt oder verfälscht, oder (umgekehrt) unterschreibt.<sup>3)</sup> Die letzteren Formen des Delictes werden meist erst nach dem Tode des Erblassers, oft lange nach dem Antritt der Erbschaft begangen.

Einen in der obigen Absicht geübten erlaubten Zwang gibt es nicht;<sup>4)</sup> aber Zureden ist gar kein Zwang. — Weder gewinnsüchtige Absicht, noch Strafbarkeit wird im §. 542 vorausgesetzt; da aber des Versuches<sup>5)</sup> nicht ausdrücklich

können die Nachkommen nur den Pflichttheil ansprechen: arg. §. 780 vgl. mit §. 770; Unger §. 87 A. 6 a. E., §. 79 A. 6, §. 93 A. 9. Näheres in der Abhdlg. in den Excursen Abs. IX §. 3.

<sup>1)</sup> Mit Ausnahme des erst später in die Commission eingetretenen Pratohevera.

<sup>2)</sup> Irrig stellen sich Entstehung und Zweck dieses Paragraphen Winawarter III S. 27—29, Perthaler im „Jurist“ IX S. 430 u. 433 und Unger §. 33 A. 4 vor.

<sup>3)</sup> Richtig Winawarter und Unger (a. b. a. D.). Unrichtig Gapp in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. v. 1825 II S. 189 ff., dem Rippel IV S. 37 ff. folgt.

<sup>4)</sup> Näheres über die Streitfragen, sowie die Entstehung des §. 541 findet sich in der Abhdlg. in den Excursen Abs. IX.

<sup>5)</sup> Weder in den Protokollen, noch in den Commentaren berührt wird die Frage, ob die Nachkommen den Beweis zu führen haben, daß der Unwürdige vor dem Erblasser gestorben ist. Sie ist zu bejahen (ebenso Bellingeri p. 73 sq.), obgleich ein Intestat-erbe sonst das Nichtvorhandensein näherer Verwandter nicht zu beweisen braucht (Arndts Civ. Schrftn. II S. 290 f.); denn hier handelt es sich um den Beweis der Voraussetzungen einer Ausnahmsbestimmung (Regel ist: daß auch die Repräsentanten ausgeschlossen sind), ferner um die Frage: ob und wann Jemand gestorben ist, bez. welcher von Zweien früher.

<sup>1)</sup> Unger §. 5 A. 19.

<sup>2)</sup> Dies ist auch hinsichtlich eines mündlichen Testamentes möglich, durch Bestechung, Einschüchterung, Ermordung der Zeugen.

<sup>3)</sup> Auch ein mündliches Testament kann durch Vorschreibung falscher Zeugen fingirt werden. — Der Fall der Unterschreibung ist im §. 542 übersehen, aber unbedenklich zu ergänzen, was auch fast alle Interpreten des §. 542 thun (f. Abhdlg. N. 50).

<sup>4)</sup> Unrichtig Rippel IV S. 34 f.

<sup>5)</sup> S. die verschiedenen Ansichten bei Michel (Aufsatz) S. 53, Rippel IV S. 39, Winawarter III S. 26 f. Note.



gedacht ist, genügt dieser nur dann, wenn er strafbar ist, somit principiell (§. 8 Str. G. B.) dem begangenen Delicte gleichsteht.

Auch dieser Indignitätsgrund entfällt durch Verzeihung,<sup>6)</sup> nicht auch schon dadurch, daß die Einwirkung des Zwanges oder Betruges aufhört, und der Testator kein neues Testament macht;<sup>7)</sup> auch nicht dadurch, daß späterhin ein Umstand eintritt, der die zerstörte, beseitigte, verfälschte Willenserklärung ohnehin unwirksam gemacht hätte, wäre auch dieser Umstand ein neues Testament.<sup>8)</sup>

Die Folgen des in §. 542 behandelten Delictes sind sehr verschieden, je nach seinen verschiedenen Formen. Rücksichtlich dessen, was dem Unwürdigen in dem erzwungenen, erlisketen, verfälschten, unterschobenen Testamente u. s. w. zugewendet erscheint, ist die Indignität von keiner Bedeutung (§. 565), sondern nur rücksichtlich dessen, was ihm aus einer anderen (gültigen) Erklärung oder ab intestato zugekommen wäre. Bei einer Unterdrückung kann auch §. 722 praktisch werden. Der Schuldige ist auch ersatzpflichtig gegenüber denjenigen, welche ohne sein Delict etwas mortis causa erworben hätten, das sie nun nicht bekommen, falls sie den oft sehr schwierigen Beweis des Schadens (nach an? und quantum?) zu führen vermögen.<sup>9)</sup>

### §. 543.

Personen, welche des Ehebruchs, oder der Blutschande gerichtlich geständig, oder überwiesen sind, werden unter sich von dem Erbrechte aus einer Erklärung des letzten Willens ausgeschlossen.

Dieser Paragraph enthält keinen Indignitätsgrund, da die Verzeihung des (mitschuldigen!) Testators nichts zu ändern vermag,<sup>1)</sup> und Begehung des Delictes nach dem Erbserverbe undenkbar ist; aber auch keinen Fall relativer Erbsunfähigkeit (im engeren Sinne), da solche Personen einander ab intestato beerben können, und dies ist praktisch insofern wichtig, als Personen, die mit einander Blutschande begehen können (§. 131 St. G. B.), einander auch in Rücksicht des Intestaterbrechtes in der Regel sehr nahe stehen. Das Gesetz will nur hindern, wenn (was so Theil aus der unstilllichen Leidenschaft des anderen Vortheil ziehe, wenn (was so nahe liegt) die verpönte Intimität das Motiv zu einer letztwilligen Zuwendung (Erbeinsetzung oder Legatterrichtung)<sup>2)</sup> wird;<sup>3)</sup> und deshalb verordnet es, daß solchen Personen unter einander die testamenti factio passiva fehle. Da sich

<sup>1)</sup> Richtig die herrschende Meinung, unrichtig Hüttner S. 91 und Fäger I S. 12 f.

<sup>2)</sup> Vgl. Rippel IV S. 40 und Stubenrauch I S. 735.

<sup>3)</sup> Näheres hierüber in der Abhandlung in den Excurse.

<sup>4)</sup> Näheres hierüber, sowie über den §. 542 überhaupt, in der Abhandlung Abf. VIII. Wegen der Nachkommen des indignus s. bei §. 541 Z. 3.

<sup>5)</sup> Auch „der Umstand, daß der (gefränkte) Ehegatte den Ehebruch nachsieht, wendet (zwar die Bestrafung, nicht (aber auch wie in der Carolinischen Successions-Ordnung L. 14 §. 2) die Unfähigkeit zum Erbrechte ab.“ Zeiller II S. 401 Note. Dieser Punkt wurde auch bei den Beratungen (2. Jänner 1804) hervorgehoben unter ausdrücklicher Ablehnung eines darauf bezüglichen Monitum der Commission von Laibach. Es steht dies nur scheinbar im Widerspruch mit der Vorschrift des §. 503 pr. St. G. B., wonach die vorangegangene Verzeihung die Ueberweisung in der Regel unmöglich macht. Hier opfert eben der Gesetzgeber den Zweck, den er in §. 543 vgl. G. B. verfolgt, den Gefühlen und dem Interesse des Schuldlosen. Kam es aber einmal schon zum Scandal und zur Ueberweisung, so entfällt diese Rücksicht.

<sup>6)</sup> Daß §. 543 auch Vermächtnisse betrifft (§. 647), was kaum Jemand bezweifeln wird, führt in geschmackloser Weise und mit einer unrichtigen Bemerkung hinsichtlich des Wortes „Erbrecht“ aus M. Schuster in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1830 II S. 45—47.

<sup>7)</sup> Vgl. Zeiller S. 401.

mithin der §. 543 nur auf die testamentarische Erbfolge bezieht, so kann natürlich der §. 541 schon darum, weil er umgekehrt nur die Intestaterbfolge betrifft, nicht hierher gezogen werden.<sup>4)</sup>

Im §. 336 Westgal. G. B. II war nur vom Ehebruch die Rede; die Coordinirung der Blutschande erfolgte auf Anregung des niederöstr. App. Ger. und mit Bezugnahme auf das preussische Vorbild (L. R. I Tit. 12, §. 38).

Im Westgal. Gesetzbuch und auch noch im Texte von 1804 hieß es „von dem Erbrechte aus Testament oder Vertrag“. Es ist nicht ersichtlich, wann die jetzige Textirung „aus einer Erklärung des letzten Willens“ an die Stelle gesetzt wurde. Sie hat den doppelten Vorzug, die Codicille einzuschließen und die Erwähnung des hier unpraktischen<sup>5)</sup> Erbvertrages zu vermeiden.

Die Worte „geständig oder“ wurden erst 1804 eingeschaltet, damit das Geständniß, das man sonst der Ueberweisung entgegensetzt, nicht ausgeschlossen erscheine.<sup>6)</sup>

Der §. 543 betrifft nicht alle Personen, welche mit einander Ehebruch oder Blutschande begangen haben, sondern nur solche, welche dessen „geständig oder überwiesen sind“, so daß der Kläger, der sich in der Erbschaftsklage anheischig macht, den Beklagten eines solchen Delictes erst überweisen zu wollen, nicht zu hören ist (s. das Urtheil in der Sammlung V Nr. 2523).<sup>7)</sup> Ein außergerichtliches Geständniß kommt nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur als Beweismittel in Betracht. Das von einer des Diebstahls angeklagten Person gemachte Geständniß des Ehebruchs in Sammlung I Nr. 430 (ausführlicher in Peitler's Sammlung Nr. 323) ist weder als ein gerichtliches anzusehen,<sup>8)</sup> noch ihm animus confitendi zuzuschreiben.<sup>9)</sup> „Gerichtlich geständig“ im Sinne des §. 543 ist nur derjenige, der ein den Beweis entbehrlich machendes Geständniß abgelegt hat (s. R. 6), also nicht, wer nur in einer zu keiner Urtheilsfällung führenden Voruntersuchung gestanden hat.<sup>10)</sup>

<sup>4)</sup> Rippel IV S. 41.

<sup>5)</sup> Arg. §. 1249; a) Blutschande: §. 65; b) Ehebruch: §. 67; „vor geschlossener Ehe“ (§. 67), aber diese setzt den Tod des gekrankten Gatten voraus, dem hier allein der Antrag auf strafgerichtliches Verfahren zusteht (St. G. B. §. 503). — Dennoch wurde oben der Ausdruck „undenkbar“ absichtlich vermieden, weil unter besonderen Umständen eine gerichtliche Ueberweisung des Ehebruchs auch nach geschlossener Ehe denkbar ist (vgl. §. 159 a. b. G. B. mit §. 121 pr.).

<sup>6)</sup> Im Westgal. G. B. hieß es „gerichtlich überwiesen“ (deshalb sollte zwischen den Worten „geständig oder“ kein Beistrich stehen) und mit der jetzigen Textirung wollte man materiell nichts ändern, sondern nur dem theoretischen Gedanken, daß das gerichtliche Geständniß kein Beweis sei, Ausdruck geben. S. Gönner's Handb. des gem. Processes (2. Aufl. 1804) II S. 368, Weßell §. 19 Z. 1, §. 21 R. 1.

<sup>7)</sup> Arg.: 1) v. „sind“; 2) §. 503 St. G. B.; 3) da es selbstverständlich ist, daß jeder Ausschließungsgrund im Längnungsfalle bewiesen werden muß, so wäre es sonst unbegreiflich, warum nur hier (und z. B. nicht auch in §. 540) das erwiesene Delict als Ausschließungsgrund bezeichnet worden wäre! — Unrichtig der Ungenannte (D) in d. allgem. k. k. App. Ger. Btg. v. 1852 Nr. 68, Stubenrauch I S. 736 und das daselbst (N. 3) so wie in Peitler's Sammlung Nr. 321 cit. Urtheil.

<sup>8)</sup> Nicht jedes vor Gericht abgelegte Geständniß ist ein „gerichtliches Geständniß“ im Sinne des §. 543 (s. z. B. im Holtenendorff'schen Rechtslex. Art: Geständniß). Und dort (Nr. 430) war nicht nur alia causa, sondern eine ganz andere quaestio.

<sup>9)</sup> Vgl. die Motive der III. Instz., und Weßell §. 22 Text bei R. 18.

<sup>10)</sup> Allg. k. k. App. Ger. Btg. v. 1852 Nr. 19 und Peitler's Samml. Nr. 322. Es kam nicht zur Hauptverhandlung, weil die beleidigte Gattin von der Klage abstand. Wirklich setzte die Ehebrecherin den Ehebrecher zum Universalerben ein. Die I. Instz. wollte §. 543 anwenden, die II. und III. Instz. verwarfen dies. Mit Recht: weil ein so Geständiger nicht einem gerichtlich Ueberwiesenen gleich steht. Freilich ist das Resultat hier ein fast unerträgliches. Das Geständniß wurde nicht widerrufen; nur kam es nicht zur Hauptverhandlung. Vor Gericht war die skandalöse Affaire schon gebracht, und nun beachte man



Die Worte „unter sich“ beweisen, daß die Worte „Personen“ und „sind“ dualisch, nicht pluralisch gemeint sind. Dennoch wird kaum Jemand bestreiten, daß nicht beide Theile überwiesen zu sein brauchen, daß es genügt, wenn der letztwillig Bedachte es ist. Da es sich aber nicht um eine auf diesen beschränkte Eigenschaft, sondern um ein Verhältniß zwischen ihm und dem Testator handelt, um Delicte, die ein Einzelner nicht begehen kann, und da deshalb die relative Entziehung der testamenti factio passiva Beide trifft, so genügt es wohl auch, wenn nur der Testator eines solchen sträflichen Verhältnisses mit dem Bedachten geständig oder überwiesen war (arg. Min. Bdg. v. 5. Sept. 1859, Nr. 153 R. G. B.). Da selbst, wenn auf der Seite des Bedachten der subjective Thatbestand des Verbrechens nicht vorhanden gewesen wäre, soll doch eine Zuwendung nicht gelten, deren Motiv eine so verpönte Leidenschaft war.

#### §. 544.

In wie fern Landeseingeborne, die ihr Vaterland, \*) oder die Kriegsdienste ohne ordentliche Erlaubniß verlassen haben, des Erbrechtes verlustig werden, bestimmen die politischen Verordnungen.

Siehe bei §§. 538, 539 den 2. und 3. Fall absoluter Erbunfähigkeit; dann die „Excurse“ zu §. 544.

Nach welchem Zeitpunkte die Fähigkeit zu beurtheilen.

#### §. 545.

Die Erbfähigkeit kann nur nach dem Zeitpunkte des wirklichen Erbanfalles bestimmt werden. Dieser Zeitpunkt ist in der Regel der Tod des Erblassers (§. 703).

#### §. 546.

Eine später erlangte Erbfähigkeit gibt kein Recht, Andern das zu entziehen, was ihnen bereits rechtmäßig angefallen ist.

I. Der Erbanfall (die Delation) erfolgt in der Regel im Augenblicke des Todes des Erblassers (§. 545, 2. Satz, <sup>1)</sup>) niemals früher (s. bei §. 531 unter I und bei §§. 536, 537 unter I), zuweilen später; ist nämlich a) die Erbeinsetzung suspensiv bedingt und geht die Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung, so tritt erst mit der erfüllten Bedingung der Erbanfall ein (§. 703, §. 545 a. E.); — b) bei der Intestaterbfolge: α) „wenn an Stelle der früher berufenen Intestaterben späterhin andere berufen werden“ (successive Delation), β) „wenn die Intestaterbfolge wegen nachherigen Hinwegfalls eines gültigen Testamentes erst später eröffnet wird.“)

II. In diesem Zeitpunkte (also nicht nothwendig beim Tode des Erblassers <sup>3)</sup>)

das in N. 1 Gesagte. Doch sind das nur Erwägungen de lege ferenda, und man kann den vom verletzten Rechtsgefühl eingegebenen Erwägungen des Ungenannten (in Nr. 68 desselben Jahrg.) nicht beistimmen.

<sup>\*)</sup> Die Z. G. S. hat an dieser Stelle den in der ersten officiellen Ausgabe des G. B. stehenden Beistrich nicht.

<sup>1)</sup> Nach einem Verschollenen im Augenblicke der rechtskräftig gewordenen Todeserklärung: Unger I S. 241 f.

<sup>2)</sup> Unger Erbr. §. 5 N. 20.

<sup>3)</sup> Dies hebt Unger im Anfange der N. 1 (§. 5) hervor, sagt aber später in derselben Num.: „bei der testamentarischen Erbfolge ergibt es sich von selbst, daß der unmittelbar Eingesezte schon zur Zeit des Todes des Erblassers“ existiren müsse. Im Hinblick auf §. 703 und jene frühere Bemerkung U.'s wird dies zunächst wohl Jedem als Widerspruch erscheinen. Dieser löst sich damit, daß bei schwebender Bedingung der Instituirte als den gesetzl. Erben fideicommissarisch substituirt behandelt wird (§. 707); er ist freilich „unmittelbar eingesezt“, aber das Gesetz behandelt ihn nicht als solchen.

muß, wer erben soll, erbfähig sein (§. 545, 1. Satz), also vor allem schon — wenigstens als nasciturus (§§. 22, 681 i. f., 732 Mitte)<sup>3a)</sup> — und noch (§§. 536, 1252 i. f.) existiren. In diesem Augenblicke muß er ferner bei der Intestaterbfolge jene Eigenschaft haben, die den Delationsgrund bildet. Es kann ihm nichts nützen und Anderen nichts schaden, wenn er z. B. erst später durch Legitimation in die eheliche Verwandtschaft des Verstorbenen eintritt.<sup>4)</sup>

III. Das „nur“ in §. 545 pr. bedeutet lediglich die Abschaffung der für unser Recht unpassenden<sup>1a)</sup> römischen Rechtsregel, daß der Eingesezte schon zur Zeit der Einsetzung erbfähig sein muß. Zeiller, der nicht der Urheber des §. 545 ist (s. §. 342 Westgal. G. B. II<sup>5)</sup>), hat, offenbar verleitet durch das preussische Recht,<sup>6)</sup> wo aber die Erbschaft ipso iure erworben wird, das „nur“ dahin mißverstanden, daß die Erbfähigkeit auch in keinem späteren Zeitpunkte nöthig sei, und die anderen Commentatoren haben ihm dies nachgeschrieben,<sup>7)</sup> — bis Unger (§. 5 N. 22) auf das eigentlich Selbstverständliche aufmerksam machte, daß die Erbfähigkeit jedenfalls von der Delation bis zum Erbschaftsantritt ununterbrochen fort dauern müsse, weil im Augenblicke des Verlustes der Erbfähigkeit sofort einem Anderen deferirt würde, woran auch — da es die von Niemand angefochtene Lehre war<sup>8)</sup> — die Verfasser des §. 342 Westgal. G. B. II gewiß nicht gezweifelt haben.<sup>9)</sup>

IV. Darin also unterscheidet sich das Erforderniß der Existenz von dem der Erbfähigkeit, daß die nach der Delation, aber vor dem Erbserwerbe eintretende Erbnfähigkeit das „Erbrecht“ (im Sinne der §§. 536, 537) zerstört, nicht auch der in diese Zeit fallende Tod des Verurtheilten (§. 537).

V. Eine nach dem Erbserwerbe eintretende Erbnfähigkeit kommt für

<sup>3a)</sup> Beachtenswerthe Complication: Ein am 3. April 1831 gestorbener Testator hatte die Enkel der C instituirt. Ein Sohn der C heirathete am 25. Juli 1831; schon am 17. December desselben Jahres wurde in dieser Ehe ein Kind D geboren und vom Vater als das seine anerkannt („Jurist“ XVIII S. 129). Die I. und II. Instanz läugneten die Erbfähigkeit des D. Dabei wurde vor allem übersehen, daß eine Qualität, vermöge welcher man in einer gattungsmäßigen Einsetzung inbegriffen erscheint, keine Erbfähigkeit, ihr Mangel keine Erbnfähigkeit ist. Doch können wir hievon absehen, weil einerseits nicht anders, als unten geschieht, entschieden werden mußte, wenn die (technische) Erbfähigkeit in Frage stünde, — andererseits, weil §. 545 allerdings auf unseren Fall analog anzuwenden ist. — Die Gerichte behaupteten: D sei am Todestage des Testators weder de facto, noch de iure (§. 22) als Enkel vorhanden gewesen; nicht de facto, weil nicht geboren (kein Mensch), nicht de iure, weil kein ehelicher Embryo, da die Ehe erst später (zwischen dem Tode des Testators und der Geburt des Kindes) erfolgte. Mit Recht verwarf die III. Instanz (außerord. Rev.) dieses Urtheil (doch sind ihre Motive nicht mitgetheilt). Denn D war beim Tod des Testators schon concipirt; das in der Ehe, wenn auch zu frühe, geborene, vom Vater anerkannte Kind steht einem ehelich erzeugten durchaus gleich; und endlich wird in §. 22 eheliche Erzeugung nicht gefordert (vgl. bei §. 559 N. 46).

<sup>4)</sup> Vgl. Bellingeri p. 100 sq. Solche Fälle sind genau gesprochen nicht nach §§. 545, 546 (denn es handelt sich dabei um das Vorhanden- oder Nichtvorhanden-Sein eines Delationsgrundes, nicht um Erb-Fähigkeit oder -Unfähigkeit), wohl aber nach deren Analogie zu entscheiden. Uebrigens ist diese Frage von sehr geringer praktischer Bedeutung — s. bei §. 752 f.

<sup>1a)</sup> Savigny Syst. VIII S. 457 ff., Zeiller II S. 404 B. 4, Unger §. 5 N. 21.

<sup>5)</sup> Neu ist nur die auf Anregung des Böhm. N. G. (1804) beigelegte Hinweisung auf §. 703.

<sup>6)</sup> I Tit. 12 §. 43: „Bei Beurtheilung der Fähigkeit eines Erben oder Legatarii muß auf die Zeit des Erbanfalls gesehen werden;“ s. Gruchot I S. 368 ff.

<sup>7)</sup> Rippel IV S. 44 f., Winwarter III S. 33, Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 271, Michel in Haimeri's Btschft. II S. 36, Ellinger zu §. 545.

<sup>8)</sup> S. Unger §. 22 a. G. — Höpfner Comm. über das Heinecc. Instit. (8. Aufl. 1804) S. 530 a. G., S. 532 N. 5.

<sup>9)</sup> Unger sind gefolgt Stubenrauch in der 2. Aufl. I S. 737, Kirchstetter S. 283 N. 2.



diese Erbschaft nicht mehr in Betracht (anders verhält es sich mit der Erbnwürdigkeit: s. bei §. 538 f. D); dagegen nützt auch eine erst nach dem Erb-anfalle erlangte Erbfähigkeit nicht. Denn war man im Augenblicke der Delation erbunfähig, so erfolgte diese eben an einen Anderen; und da das Recht aus der Delation (besonders im österr. Rechte: §. 537) in gewissem Sinne ein erworbenes Recht ist (s. §. 809), wenn auch kein erworbenes Erbrecht (im eigentlichen Sinne), — so versteht sich hiernach die Verfügung des §. 546 von selbst.<sup>10)</sup> Vgl. Excurse zu §. 544 und Stubenrauch I S. 737, N. 2.

VI. Die Behauptung von Winiwarter (jun.),<sup>11)</sup> daß man Jemanden, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht einmal erzeugt oder zu dieser Zeit erbunfähig ist, gültig einsetzen könne für den Fall, daß er zur Existenz gelangt, beziehungsweise erbfähig wird,<sup>12)</sup> bedeutet (was er nicht erwogen hat) nichts geringeres, als eine Beseitigung der Regel des §. 545 für die ganze testamentarische Erbfolge, zumal er soweit geht, den Zusatz „für den Fall, daß . . .“ zu subintelligiren, wenn ein Unerzeugter (also folgeweise auch wohl ein Erbunfähiger: arg. S. 65) pure eingesetzt ist. So unstichhältig aber auch seine Ausführungen in theoretischer Hinsicht<sup>13)</sup> <sup>14)</sup> waren, so entsprachen sie doch (rückichtlich der Unerzeugten) einem praktischen Bedürfnisse<sup>15)</sup> und einer deutschen Rechtsüberzeugung;<sup>16)</sup> woraus es sich erklärt, daß die dort vertretene Ansicht bald, nämlich in dem Hofdecret vom 29. Mai (Hd. v. 30. Juni) 1845, einen gesetzlichen Ausdruck fand (s. Michel's Handb. Nr. 956). Wenn sich dieses (wovon näher bei §. 612) als „Erläuterung“ gibt, so hatte das für die Frage nach dem Beginne seiner Wirksamkeit Bedeutung (s. §. 8 a. b. G. V.), darf uns aber nicht daran zweifelhaft machen, daß damit ein neuer (Unger I §. 13 N. 3) und singulärer Rechtsatz aufgestellt wurde, weil sonst der §. 545 für die testamentarische Erbfolge jede ernsthafte Bedeutung verlieren würde.

<sup>10)</sup> Vgl. Zeiller II S. 404 Z. 3. — Ebenso §. 343 Westgal. G. V. II, der ohne Debatte unverändert beibehalten wurde (2. Jänner 1804).

<sup>11)</sup> In der Ztschft. „Jurist“ IX. Bd. (1843) S. 62–78. Der Aufsatz ist eine Polemik gegen eine Schrift C. Siliprandi's „Saggio sulla incapacità dei non generati a succedere“ (Pavua 1842), in der die richtige Ansicht mit Unrichtigem vermengt vorgetragen wird. Ueber andere einschlägige Arbeiten s. unten bei §. 612.

<sup>12)</sup> Bezüglich des letzteren (vgl. N. 13) Falles folgte er allerdings nur der unrichtigen Lehre Mühlenbruch's (in Glük's Comm. XXIX S. 145 ff., S. 418 a. E.); gegen diese s. Arndts Civil. Schrift. II S. 67 ff., Vangerow II §. 429 A. 1, IV.

<sup>13)</sup> Für die Gültigkeit der Einsetzung von zur Todeszeit des Testators Unerzeugten beruft er sich auf Mühlenbruch a. a. O. S. 422. Würde er nicht die wenigen Sätze auf S. 422 aus ihrem Zusammenhang gerissen, sondern in diesem (S. 418 ff.) gelesen haben, so würde er gesehen haben, daß M. (s. insbes. S. 419 Zeile 22 ff.) genau das Gegenteil dessen behauptet, was Winiwarter (S. 63 Z. 7 ff.) ihm unterlegt. — Vgl. auch Arndts Civil. Schrift. II S. 70, Vangerow II §. 429 A. 3 b) (7. Aufl. S. 84 a. E., S. 85), Windscheid III §. 535 N. 5. — Die Bemerkungen auf S. 64, 67, 68 zeigen, wie unklar Winiwarter über das Verhältniß von conditio und dies war; der dies als solcher kann die Delation nie hinauschieben, sondern nur die etwa in ihm enthaltene conditio. (Es ist natürlich unthunlich, hier eine Analyse und Kritik des ganzen Aufsatzes zu geben.)

<sup>14)</sup> Dasselbe gilt von Keller's Versuch (ebd. S. 231 ff., insbes. 234, 235), die Frage zu einer Frage nach dem Umfange der „erblasserischen Dispositionsbefugniß“ (die mit „test. factio activa“ identificirt wird) zu machen. Richtiger ausgedrückt würde seine Behauptung lauten, daß die Regel des §. 545 blos dispositiver Natur sei, d. h. der Anordnung des Testators weiche. Winiwarter und Keller übersahen folgendes: Die Bedingungen, an welche bei dem im §. 545 cit. §. 703 gedacht ist, sind ihrerseits willkürlich, die Hinausschiebung der Delation ist nur ihre unwillkürliche Folge; die Bedingungen, welche Winiwarter und Keller im Auge hatten, wären nur Formalitäten, die lediglich den Zweck hätten, die Delation hinauszuschieben und die „Regel“ des §. 545 zu beseitigen.

<sup>15)</sup> Vgl. Unger §. 20 A. 10, aber auch A. 3 ebd.

<sup>16)</sup> Gerber's System §. 29 N. 5.

Wirkung der Annahme der Erbschaft.

§. 547.

Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beyde werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

A. Der ruhende Nachlaß.

I. Der letzte Satz, der im Westgal. Gesetzbuche (II §. 326) noch fehlte und 1803 (19. Dec.) auf Anregung des innerösterr. App. Ger.<sup>1)</sup> angehängt wurde, während er offenbar richtiger am Anfange des Paragraphen stünde, handelt von der hereditas iacens, dem ruhenden Nachlasse.<sup>2)</sup>

II. Dieser Begriff setzt einen Culturzustand voraus, wo die Alleinherrschaft der Familienerbfolge gebrochen ist, und fehlt auch heute noch denjenigen Rechten, welche (wie z. B. das preussische)<sup>3)</sup> den Grundsatz haben: „Der Todte erbt den Lebendigen“, d. h. wo aller Erbserwerb ipso iure sich vollzieht. Wo dagegen im Gefolge der Testirfreiheit folgerichtig der Erbserwerb durch Antretung geschieht, entsteht sogleich die Frage nach der hereditas iacens.<sup>4)</sup> Wenn „nur der Lebende Recht hat“ und im Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft nicht sogleich angetreten ist, so sind an sich die Sachen herrenlos,<sup>5)</sup> die obligatorischen Verhältnisse erloschen. Dies aber muß die Rechtsordnung hindern, soll nicht mit dem ipso-iure-Erwerb das Erbrecht selbst aufgegeben sein. Für die Nachlasssachen würde schon die Statuirung eines „vorzüglichen Zueignungsrechtes“ genügen, um alle Nichtberufenen auszuschließen und wirklich faßte die Naturrechtslehre, die noch im Westgal. Gesetzbuch II §. 322 Ausdruck gefunden hat, das Erbrecht so auf.<sup>6)</sup> Schon sie erkannte damit an, daß „herrenlos noch nicht rechtlos“ ist,<sup>7)</sup> ja erfand den Begriff der „ansprüchigen Sache, res iacens“<sup>8)</sup> d. h. einer Sache sine domino, die doch dem Zugriff nicht freisteht, weil eben Jemand ein ausschließendes Occupationsrecht hinsichtlich ihrer hat. Diese Theorie reicht nicht nur für die persönlichen, sondern auch für die dinglichen Rechtsverhältnisse nicht aus, weil sie deren Continuität mit dem derivativen Erwerbe preisgibt, und damit das Wesen des Erbrechtes verfehlt. — Diesen Unzulänglichkeiten entgeht jene neuere Ansicht, welche die Möglichkeit subjectloser Rechte behauptet. Aber sie postulirt Undenkbares — subjective Rechte ohne Subjecte, Berechtigungen ohne

<sup>1)</sup> Das Monitum lautete: Man möge am Ende des Paragraphen „den praktisch nützlichen Satz“ beifügen: „Vor der Annahme des Erben stellt einweilen die Verlassenschaft selbst die Person des Erblassers vor.“ Die jetzige Textirung wurde von Zeiller vorgeschlagen und einstimmig angenommen.

<sup>2)</sup> Die Literatur s. bei Unger § 7 A. 1. Dazu jetzt Thering Passive Wirkungen der Rechte im X. Bd. seiner Jahrb. f. Dogm. S. 387 ff. Dem Studierenden ist zu seiner Orientirung zu empfehlen der Aufsatz von Dworzak in Saimers's Vischt. XI S. 219—242; womit etwa zu vgl. Kirchstetter S. 288 N. 3.

<sup>3)</sup> S. Gruchot I S. 43, 44.

<sup>4)</sup> Der Ausdruck findet sich in den Quellen nicht, wohl aber heißt es da mehrmals: hereditas iacet, bona iacent. Dworzak S. 220 N. 2, Windscheid §. 531 N. 3.

<sup>5)</sup> Dieser natürlichen Betrachtung gemäß werden die Nachlasssachen von den Römern oft res nullius genannt. Die Stellen finden sich bei Dworzak S. 228, Windscheid §. 531 N. 5, 7.

<sup>6)</sup> Zeiller Natürliches Privatrecht §. 141. Vgl. oben bei §. 532.

<sup>7)</sup> Brinz Pand. I. Aufl. S. 661, bestimmend Windscheid §. 531 A. 5 und Thering S. 422 N. 32.

<sup>8)</sup> Zeiller a. a. D. §. 85 N. \*\*. Westgal. G. B. II §. 2 nennt als Beispiele von „angefallenen oder ansprüchigen Sachen“ „eine noch nicht angetretene Erbschaft“ und einen noch nicht gefundenen Schatz.



Berechtigte.<sup>9)</sup> Bestehender ist die in neuester Zeit von Ihering mit gewohnter Lebendigkeit vorgetragene, mit einer Fülle von Einzelheiten illustrierte Ansicht, daß „die passive Seite der Rechte“ vorübergehend ohne die active bestehen könne. Unmöglich kann hier die teleologische Rechtslehre, von der Ihering dabei ausgeht, geprüft werden. Hier genüge es, auf die Verwandtschaft dieser Ansicht mit jener naturrechtlichen hinzuweisen,<sup>10)</sup> und im allgemeinen Stellung zu ihr zu nehmen. Auch wir glauben mit Ihering (S. 391), daß „der Zustand rechtlicher Beschränkung und Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt wird, auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subject fortauern oder eintreten könne,“ — aber wir denken dabei an das objective Recht. Warum sollte die Rechtsordnung nicht Sachen sine domino gegen den Zugriff des ersten Besten schützen? warum nicht Pflichten auferlegen, die ihrem Inhalte nach privatrechtlich sind und denen doch kein Privatrecht correspondirt<sup>11)</sup> oder aber eines von nur secundärer Bedeutung.<sup>12)</sup> Aber ein logischer Widerspruch scheint es uns, von „passiven Wirkungen“ eines nicht mehr oder noch nicht bestehenden subjectiven Rechtes zu sprechen. Wo die Pflicht secundär, d. h. Folge eines Rechtes, sein „correlater Begriff“ ist,<sup>13)</sup> kann sie ohne dieses nicht sein. Darum ist direct vom objectiven Rechte auszugehen.

Bei so complicirten Verhältnissen, wie die des verwaisten Vermögens sind, würde das Machtgebot der Rechtsordnung sehr schwerfällig lauten, wenn es die selbst dem Laien verständliche und geläufige Formel verschmähen wollte: „Es ist so zu halten, als ob das Vermögen einer Person gehörte.“ Man hat früher einen sehr übertriebenen Respect vor juristischen Fiktionen gehabt; aber der Abscheu, den in unseren Tagen Viele gegen sie hegen, ist auch nicht viel besser. Was soll er, nachdem wir alle darüber einig sind, daß es sich dabei nicht um Wunder und Schöpfungen, aber auch nicht um Kniffe und Lügen, sondern einfach um den abkürzenden Ausdruck für Rechtsätze handelt, über deren materielle Angemessenheit kein Streit besteht? Ist doch z. B. hier der einfachste Ausdruck für die vom Gesetz gewollte Lage dieser: Alle Menschen sollen sich verhalten, als ob eine Unterbrechung der privatrechtlichen Herrschaft nicht eingetreten wäre, ein berechtigtes Subject in keinem Augenblick gefehlt hätte. Dies könnte an sich durch drei verschiedene Fiktionen ausgedrückt werden: a) die Herrschaft des Erblassers wird bis zum Erbschaftsantritt des Erben ausgedehnt gedacht, b) der Beginn der Herrschaft des Erben wird auf den Augenblick des Todes des Erblassers zurückdatirt; c) es wird für die Zwischenzeit ein von beiden verschiedenes Rechtssubject fingirt (Personification des Nachlasses), indem man, statt zu sagen: etwas gehöre zum Nachlaß, sagt: es gehöre dem Nachlaß. Gegen die letzte Fassung spricht, daß man die unmittelbare Nachfolge des Erben damit aufgibt,<sup>14)</sup> oder aber nach dem Antritt desselben jene zeitweilige Herrin wieder wegfingiren muß, als hätte sie nie auch nur ein angenommenes Dasein geführt.<sup>15)</sup> Für alle drei Fiktionen

<sup>9)</sup> Ueber und gegen diese den Denkfesetzen zuwiderlaufenden Aufstellungen s. E. Zitelmann Begriff und Wesen d. sog. jur. Pers. (1873) S. 27 ff.

<sup>10)</sup> Am deutlichsten wird diese Verwandtschaft da, wo (wie z. B. S. 394) gesagt ist: Der Zustand der Gebundenheit der Person oder Sache stelle sich dem Berechtigten gegenüber über als Unterwerfung, allen anderen Personen gegenüber aber als rechtliche Anschließung dar. (Für obligatorische Verhältnisse ist diese Wendung gewiß nicht passend.)

<sup>11)</sup> Z. B. die gesetzliche Einschränkung der Ausübung des Eigenthums am Wald.

<sup>12)</sup> Treffend stellt Windscheid I §. 169 R. 2 die wirklichen Servituten einschl. der sogen. gesetzlichen (z. B. des väterlichen Nießbrauchs) den sogen. Legal-Servituten so entgegen: dort ist „das Recht das Principale, aus dem die Eigenthumsbeschränkung sich erst ergibt“, hier dagegen ist „die Beschränkung das Principale, das Recht nur deren Rehrseite“.

<sup>13)</sup> E. Ihering S. 394.

<sup>14)</sup> Scheurl Beiträge I S. 19, Dworzak S. 236, Ihering S. 414.

<sup>15)</sup> Daraus kommt Windscheid III S. 13 hinaus.

lassen sich Stellen aus römischen Juristen anführen.<sup>16)</sup> Möglich, daß die Auffassung zu verschiedenen Zeiten verschieden war, oder auch von gleichzeitigen Juristen das Verhältniß verschieden gedacht wurde; erweisbar ist es nicht.<sup>17)</sup> Wohl aber darf als die mindestens vorwiegende römische Anschauung die Vereinigung der ersten und dritten Fiction bezeichnet werden, indem die hereditas in der Art personificirt wird, daß die Persönlichkeit des Erblassers in ihr fort existirend fungirt erscheint. An sehr vielen Stellen<sup>18)</sup> wird einerseits die Erbschaft<sup>19)</sup> selbst als *domina* der Erbschaftsachen bezeichnet, andererseits von ihr gesagt, daß sie den Erblasser vorstelle (*defuncti personam* oder *vicem sustinet*).

Was nun die Angemessenheit der Fiction betrifft, so bleibt uns, nachdem wir die Form c schon abgelehnt, nur noch die Wahl zwischen a (beziehungsweise der eben bezeichneten Combination) und b übrig. — Der ruhende Nachlaß hat, wie Janus, zwei Gesichter: eines dem verstorbenen, das andere dem künftigen Herren zugekehrt; der Nachlaß ist für diesen da, als Einheit aber erscheint er durch Beziehung auf jenen,<sup>20)</sup> durch dessen rechtliche Beherrschung des Vermögens als eines Ganzen;<sup>21)</sup> er trägt seine Signatur, ist z. B. der Werner'sche Nachlaß. Der frühere Herr ist der Grund, der künftige der Zweck der hereditas. Wenn nun gefragt wird, wessen Stelle der Nachlaß vertrete, so ist die Antwort: Die Stelle des Erblassers für den Erben, d. h. in des Letzteren Interesse. Wenn nun „bei Begründung von Rechtsverhältnissen für die Erbschaft Eigenschaften der Erwerbsperson in Frage kommen“, so ist die Person des Erblassers maßgebend, nicht die des Erben.<sup>22)</sup> *Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet* (I. 34 D. 41, 1). *Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti* (§. 2 Inst. II 14). Dies entspricht der in diesem Werke vorgetragenen Auffassung der Natur des Erbrechtes<sup>23)</sup> und sollte sich eigentlich schon darum von selbst verstehen, weil die Person des früheren Herren gewiß ist, die des künftigen vielleicht nicht einmal objectiv noch feststeht.<sup>24)</sup> — Die Fiction b wäre, wie jede „Rückziehung“ überhaupt erst möglich, nachdem das, was zurückdatirt werden soll, eingetreten ist, ist somit für die Zeit, die hier in Frage steht, unbrauchbar. Ueberdies hat das römische Recht aus dem Satz: *heres quandoque adeundo etc.* nie Ernst gemacht.<sup>25)</sup> Freilich ist auch die Gleichstellung der *hereditas iacens* mit dem noch nicht verwaisenen Vermögen

<sup>16)</sup> Für die Fiction b hat man sich auf die bekannte I. 54 D. 29, 2 berufen: „*heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.*“

<sup>17)</sup> Ihering (Abhandlungen aus dem röm. R. [1844] Nr. III, Passive Wirkungen S. 409 ff.) hält die Fiction b für älter als die a. Dagegen Schenkl I S. 86 f., Köppen an den bei Arndts S. 521 A. 1 ang. Stellen und dieser selbst. — Stellen, wie I. 34 D. 41, 1, §. 2 Inst. II, 14 geben allerdings der Ansicht, daß man zwischen den Auffassungen a und b geschwankt habe, einigen Schein; beweisend aber sind sie nicht. Vgl. Dworzak S. 231.

<sup>18)</sup> Sie sind zusammengestellt bei Dworzak S. 228, 229.

<sup>19)</sup> Daß unter „*hereditas*“ hier nicht das Erbvermögen, sondern die Erbfolge gemeint sei, wie Brinz (2. Aufl. S. 204) will, ist nicht glaublich.

<sup>20)</sup> Arndts S. 465 Anm. Vgl. auch Lassalle II S. 341 f.

<sup>21)</sup> S. oben S. 6.

<sup>22)</sup> Windscheid III S. 12 und R. 11; für's österr. Recht wird die Frage kaum je praktisch werden. — Aus dem im Text angegebenen Grunde kann bei der *her. iac.* mit mehr Recht noch, als beim Erben (der eben seine eigene Rechtsfähigkeit hat) von Repräsentation des Erblassers gesprochen werden.

<sup>23)</sup> S. oben S. 4 ff.

<sup>24)</sup> Wenn Ihering Passive Wirkungen S. 414 umgekehrt sagt: „Muß denn einmal eine Person herangezogen werden, so lieber . . . die des Erben, als . . . die des Erblassers“ — so läßt er sich durch seine Alles auf das Zweckmoment stellende Rechtstheorie zu einer Behauptung verleiten, welche bei Unbefangenen keine Billigung finden wird.

<sup>25)</sup> S. Arndts S. 521 A. 1, die daselbst cit. beiden Schriften von Köppen, dann Windscheid §. 531 a. E. und R. 14.



keine vollständige;<sup>26)</sup> aber dieses Verhältniß beschränkter Gleichstellung („hereditas in plerisque defuncti vicem sustinet“ pr. J. III 17) kehrt bei den meisten Fictionen wieder. Es wird gerade hier nicht leicht zu Mißverständnissen führen, und so erscheint jene Combination von a und c (s. oben), welche zugleich den Nachfolger in ein unmittelbares Verhältniß zu seinem Vorgänger bringt, als der am meisten adäquate Ausdruck für den Schutz des verwaisten Vermögens und dessen Ueberleitung an den neuen Herren.

Es wird also das Vermögen behandelt, als ob ein Rechtssubject da wäre, und in diesem Sinne darf man hier von „juristischer Person“ reden. Aber wie Corporationen und Stiftungen nicht gleichgestellt werden dürfen,<sup>27)</sup> so kann die hereditas iacens nicht einmal den letzteren (geschweige denn den übrigen sogen. juristischen) Personen gleichgestellt werden. Nicht wegen der beschränkteren Rechtsfähigkeit, — das Mehr oder Weniger in dieser Hinsicht ist nicht wesentlich, — sondern einmal darum, weil der ruhende Nachlaß ein Privat-Vermögen bleibt, dann aber und vornehmlich darum, weil die Stiftung ein von allen anderen verschiedenes und unabhängiges Rechtssubject ist, während die hereditas die Rechtspersönlichkeit des Verstorbenen festhält, dessen Stelle sie vertritt (vicem defuncti sustinet). Es liegt also ein richtiges Gefühl zu Grunde, wenn Manche von Denen, die keine Gegner der Lehre von den juristischen Personen überhaupt sind, die hereditas nicht unter diese Kategorie subsumiren wollen.<sup>28)</sup> Nur wird dabei meist auf den nebensächlichen Unterschied Gewicht gelegt und in der Negation zu weit gegangen.<sup>29)</sup> —

III. „Die Doctrin hat von der Glosse angefangen bis auf die neuere Zeit . . . den Satz festgehalten, daß die hereditas loco defuncti sei.“<sup>30)</sup> In dem zur Zeit der Abfassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches gangbarsten Lehrbuch, dem von Höpfner<sup>31)</sup>, wird dies so formulirt: „(die) hereditas iacens . . . stellt den Verstorbenen vor, d. i. die Gesetze fingiren, der Verstorbene lebe noch, sei noch Eigenthümer seines Vermögens. Durch diese Fiction bekommt die Erbschaft eine Art von Persönlichkeit.“<sup>32)</sup> Offenbar das Nämliche in verschiedenen Wendungen sagt das in Note 1 angeführte Monitum, der Schlußsatz von §. 547 und die Umschreibung Zeiller's: Bis zum Antritt des Erben „wird noch immer der Verstorbene für den Eigenthümer gehalten, und inzwischen die Verlassenschaft in dessen Namen von einem Curator verwaltet . . .“<sup>33)</sup> Gegen die selbst noch bei manchen Neuern vorkommende Formel: Das römische Recht fingire in manchen Beziehungen, daß der Erblasser noch lebe — ereisern sich Andere, theils weil das Vermögen nicht unverändert geblieben ist,<sup>34)</sup> welcher Einwand durch die Einschränkung „in manchen Beziehungen“ (in plerisque, in multis iuris partibus) abgelehnt wird; — theils, weil sie hinter der Fiction mehr suchen, als ihre

<sup>26)</sup> S. Dworzak Abs. V (S. 236 ff.).

<sup>27)</sup> S. bei §. 26.

<sup>28)</sup> Vgl. darüber Dworzak S. 220 ff., Unger §. 7 A. 11. — Die eigenthümliche Ansicht Savigny's (System II §. 102), die hereditas werde nur personificirt, um gewisse Erwerbungen durch Erbschaftssklaven zu erleichtern, ist jetzt allgemein aufgegeben. Dworzak S. 232, Windscheid §. 531 A. 10. Doch vgl. Harum in Halmers's Magazin X S. 253.

<sup>29)</sup> Denn wer so verschiedene Dinge, wie Städte und Stiftungen unter eine Kategorie zusammenfaßt, kann mit Florentinus (l. 22 D. 46, 1) auch noch die hereditas mit in den Kauf nehmen.

<sup>30)</sup> Dworzak S. 231 f.

<sup>31)</sup> Theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen. 8. Aufl. (1804) S. 615, 616.

<sup>32)</sup> Vgl. Thibaut System (8. Ausg.) §. 866 und die dort in N. f. Citirten.

<sup>33)</sup> Commentar II. Bd. S. 406.

<sup>34)</sup> Dworzak S. 234 und N. 29.

Bedeutung erlaubt.<sup>35)</sup> Sie soll ja nicht sagen: „es ist so, es liegt der Fall x vor“ sondern: „es ist zwar nicht der Fall x, sondern der Fall y; es soll aber gehalten werden, gleich wie wenn (als ob) der Fall x vorläge.“<sup>36)</sup>

Der Schlusssatz von §. 547 entspricht der römischen Anschauung und erscheint auch als der angemessene Ausdruck für das fragliche Verhältniß. Nur insofern ist er ungenau, als die Einschränkung „in den meisten Beziehungen“ fehlt.<sup>37)</sup> Denn die in der Fiction ausgesprochene Gleichstellung der Thatbestände, ist, wie meistens, so auch hier keine vollständige.<sup>38)</sup> Daß der Herr des Vermögens nicht mehr lebt, macht sich fühlbar a) in dem Erlöschen der höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse (s. oben bei §. 531 Abs. II), b) darin, daß die Erbschaft an sich nur jener Veränderungen fähig ist, welche ohne die Thätigkeit eines lebenden Herren eintreten können.<sup>39)</sup> Die Nachlassgegenstände können durch Naturereignisse zerstört oder gemehrt, Forderungen und Schulden können durch Handlungen Dritter Delicta und negotiorum gestio begründet, unfertige Verhältnisse durch Eintritt einer Bedingung oder durch Zeitablauf zur Reife gebracht werden.<sup>40)</sup> Dahin gehört auch die Ersetzung. Bekanntlich war dies auch im römischen Recht anerkannt,<sup>41)</sup> welches gleichwohl inconsequenter Weise<sup>42)</sup> der hereditas die Besitzfähigkeit absprach, so daß sie Besitz nicht nur nicht erwerben, sondern auch nicht haben, d. h. nicht den des defunctus fortsetzen konnte, ja es konnte auch nicht der Curator für die hereditas Besitz erwerben.<sup>43)</sup> Die an sich richtige Begründung: weil die „*possessio facti et animi sei*“<sup>44)</sup> reicht nicht aus gegenüber dem praktischen Bedürfniß, der Erwägung, daß *possessio . . . et iuris est* (I. 49 §. 1 D. 41, 3) und der Wahrnehmung, daß es das römische Recht selbst nicht immer streng mit jenem Satze nimmt. Daß der curator der hereditas iacens für sie Besitz erwerben könne, nimmt schon die gemeinrechtliche Praxis vielfach an,<sup>45)</sup>

<sup>35)</sup> Z. B. sagt Windscheid §. 531 N. 12: „Sehr mit Unrecht“ sehe man in den bekannten Quellaussprüchen die Auffassung vertreten, es sei die in der Erbschaft fortlebend gedachte Persönlichkeit des Erblassers das Subject der den Nachlaß bildenden Rechte und Verbindlichkeiten. Dort stehe nichts davon, „daß die Erbschaft von der Persönlichkeit des Verstorbenen gehabt werde; (jene Stellen) wollen einfach sagen, daß die Erbschaft den Erblasser in seiner leblichen Erscheinung (?) (persona) darstelle, verrete, als wenn er noch lebe . . .“ Die Fiction des Fortlebens bedeutet ja: es ist so „als wenn er noch lebte“; — so bleibt zwischen dem Geläugneten und dem Behaupteten nur die Differenz, daß die herrschende Ansicht das Wort „persona“ von der Rechtssubjectivität, Windscheid dagegen von der leblichen Erscheinung versteht. Wir halten die erstere Meinung für die richtigere; im Uebrigen ist es nur ein Wortstreit.

<sup>36)</sup> Man vergleiche unsere Fiction mit der anderen „*nasciturus pro iam nato*“ etc. So wenig damit die Vorstellung verbunden werden darf, der noch nicht Geborene sei schon geboren, so wenig sagt §. 547 i. f.: man müsse sich denken, der Verstorbene sei noch nicht verstorben.

<sup>37)</sup> Arndts (§. 465 N. 3) findet, der §. 547 habe „nicht die beste Fassung“. Ob das speciell auch für den letzten Satz gelten soll, wie Unger §. 7 N. 4 annimmt, apparirt nicht. Der Tadel des Letzteren kommt theils mit dem hier im Texte Gesagten überein, theils gilt von ihm das in N. 35 Bemerkte.

<sup>38)</sup> Eine durchgehende Gleichstellung findet auch bei der in Note 36 erwähnten Fiction nicht statt (vb. „*quotiens*“ etc.).

<sup>39)</sup> Dieses Richtige liegt der unrichtigen Unterscheidung älterer Juristen zu Grunde, „in iis, quae iuris sunt“ stelle die Erbschaft den Erblasser vor, „in iis vero, quae factum aliquod desiderant“ den Erben. So namentlich Voet, dem Carozzi XII p. 7 sg., Mattei III p. 63 i. f. u. A. folgen.

<sup>40)</sup> Vgl. Unger §. 7 Text N. 2.

<sup>41)</sup> S. Unger §. 7 N. 16.

<sup>42)</sup> Arndts §. 465 N. 2.

<sup>43)</sup> Dworzak S. 238.

<sup>44)</sup> Vgl. die bei Unger N. 17 angef. Stellen.

<sup>45)</sup> Arndts a. a. O. — Besitzerwerb durch den Testaments-Executor Namens der instituirten Erben vor deren Antretung? Senffert's Archiv XIV Nr. 102.



und darf für's österreichische Recht nicht bezweifelt werden.<sup>46)</sup> Daß die hereditas selbst dies nicht kann, ist selbstverständlich. Daß sie aber auch nicht Besitz haben könnte, dafür ist kein genügender Grund ersichtlich. Sagt das Gesetz: „Ihr müßt diese Rechtsverhältnisse so respectiren, als ob ein Eigenthümer, Gläubiger u. s. w. da wäre“, warum sollte es nicht auch hinzufügen „und als ob ein Besitzer da wäre“? Das praktische Bedürfnis liegt auf der Hand.<sup>47)</sup> Selbst wenn ein Curator ernannt ist, dürfte er nach der hier bekämpften Ansicht recuperandae possessionis dann gewiß nicht klagen, wenn die Entziehung zwischen seine Bestellung und den Tod des Erblassers fiel. Und gerade in dieser Zeit ist die Gefahr fremder Eingriffe am größten! — Es lassen sich theoretische, aber keine praktischen Gründe dafür angeben, warum der Besitz durch den Wahnsinn des Besitzers nicht, wohl aber durch seinen Tod erlöschen soll.<sup>48)</sup> Zum Erwerbe des Besitzes gehört eine Thätigkeit, zur Erhaltung nicht; darum, und wegen der praktischen Unangemessenheit des römischen Satzes, ist für das österr. Recht zu behaupten: Durch unberechtigte Eingriffe in den Nachlaß können nicht bloß Delicts- und Eigenthums-, sondern auch possessorische Klagen begründet werden. Dafür spricht auch der Wortlaut des §. 547: „als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde“ und dieses Argument dürfte für Viele das durchschlagende sein; — nicht auch für uns; denn das „besessen“ könnte synonym gebraucht sein für das nicht gut klingende „gehabt“, wie denn Zeiller in der Umschreibung dieses Satzes den Verstorbenen nicht als „Besitzer“, sondern als „Eigenthümer“ bezeichnet. Für uns liegt das Entscheidende in der unbefangenen Betrachtung des Verhältnisses.<sup>49)</sup>

Nach römischem und gemeinem Rechte kann die hereditas iacens nicht testwilling honorirt werden.<sup>50)</sup> Das Gleiche muß für das österr. Recht behauptet werden. Wer soll damit honorirt sein? Die juristische Person der hereditas? Wir haben gesehen, daß sie nicht selbständig dem Erblasser gegenübersteht, und daß sie keinen Zweck hat, als das Interesse des Erben. Es hat einen Sinn, eine pia causa, keinen Sinn, eine hereditas als solche zu bedenken. Der Verstorbene aber, cuius vicem hereditas sustinet, kann nicht bedacht werden wollen; es wäre insipid und gegen den Grundsatz, daß der Bedachte der Erblasser überleben müsse (§§. 536, 537, 545, 1252). Also der künftige Erbe? Welchen vernünftigen Grund könnte der Testator haben, nicht ihn, sondern den Nachlaß

<sup>46)</sup> Unger §. 7 A. 20, Randa Besitz §. 12 N. 14.

<sup>47)</sup> Es entfällt auch nicht durch die verschiedenen Vorsichtsmaßregeln unserer Verlassenschaftsabhandlung (Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 43 ff., §. 71). — Wenn es sich um Werthpapiere, Pretiosen oder andere zur gerichtlichen Verwahrung geeignete Sachen handelt, welche zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Besitz sich befanden, kann der Dritte, der sich in den Besitz gesetzt hat, im officiösen Wege der Verlassenschaftsabhandlung zur Deposition verhalten werden? S. Sammlung IV Nr. 1656.

<sup>48)</sup> Es war ein directer Widerspruch, wenn Randa in der 1. Aufl. §. 22 N. 2 Diejenigen tadelte, welche vom Besitzverlust durch den Tod nur beim Verluste corpore handeln, und behauptete: „mit dem Tode des Besitzers geht der Besitz animo et corpore verloren,“ — während er doch im Texte (S. 213 der ersten Aufl.) sagte: zum Verluste animo gehöre „stets ein neuer Willensentschluß (animus non possidendi)“ und S. 214 N. 4: „Nicht das bloße Absein des Willens zu besitzen, sondern der Wille, die Sache nicht mehr zu besitzen, ist zum Besitzverluste animo nöthig.“ Hat der Todte diesen Willen? Ist das Sterben „ein neuer Willensentschluß“?! — Vgl. nun auch Randa (2. Aufl.) S. 440 und die citirten Noten; der Widerspruch ist nunmehr durch Aenderung des Textes („aufgehört“ oder sich geändert hat) vermieden.

<sup>49)</sup> Unger §. 7 N. 17 und Randa §. 12 (S. 136, zweite Aufl. S. 338) bleiben beim römischen Recht stehen, ohne sich auf eine Unteruchung dieser Frage einzulassen.

<sup>50)</sup> So die herrschende Ansicht. Arndts §. 471 A. 3 will die Einsetzung der her. inc. als Einsetzung des künftigen Erben aufrecht halten. Dagegen Unger §. 14 A. 7, Windscheid III §. 536 N. 16.

einzusetzen? Vielleicht den, daß er noch gar nicht weiß, wer der Erbe sein werde? Soweit darf man die Statthaftigkeit der *institutio incertae personae* nicht ausdehnen; in einem gewissen Sinne muß doch das *consilium testatoris certum* sein. Und wollte schließlich der Testator seinen Willen dem eines anderen Testators unterordnen, so widerspräche dies vollends dem Principe des §. 564. —

IV. Nicht jede *hereditas iacens* bekommt schon als solche einen Curator. Ein solcher wird entweder auf Verlangen eines Erbschaftsgläubigers<sup>51)</sup> oder aber von Amts wegen im Interesse der Delaten bestellt; im ersten Falle ist er *curator litis* („c. ad hoc“), im zweiten *curator bonorum*.

a) *Curator litis*. „Die Gläubiger sind nicht schuldig, eine Erbserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen und begehren: daß zur Vertretung derselben ein Curator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können“ (§. 811). Dieses Recht steht jedem einzelnen Erbschaftsgläubiger zu, wäre seine Forderung auch noch so gering. — Lit. d des einer *lex satura* vergleichbaren Hofdecrets vom 19. Jänner 1790 (S. G. S. Nr. 1094) lautet: „Wenn wider eine hangende Verlassenschaftsmasse eine Klage vorkommt, bevor derselben Erben bekannt, oder von den bekannten eine Erbserklärung eingereicht ist, soll auf des Klägers Anlangen der Masse ein Vertreter bestellt, dem bekannten Erben<sup>52)</sup> aber hiervon Nachricht ertheilt werden, damit wider diesen<sup>53)</sup> allenfalls gemeinschaftlich mit den bekannten Erben die Klage der Ordnung nach fortgeführt werde.“<sup>54)</sup> Sobald aber die Erbserklärung vorliegt, hat sich der Kläger wider die erklärten Erben selbst zu wenden, bei denen, so weit Abwesende, Minderjährige, oder solche eintreten, denen die freie Verwaltung ihres Vermögens nicht eigen ist, sich so, wie in jeder andern Klagesache, zu benehmen kommt.“ Im Falle der Sammlung I Nr. 48 (ausführlich bei Peitler Nr. 488) bat ein Gläubiger, nach erfolgter Erbserklärung und von dieser wissend, gelegentlich einer Wechselklage um Bestellung eines *curator ad hoc*; die I. Instanz gab diesem Verlangen Folge, die III. Instanz sah daran nichts uncorrectes, während die II. richtiger das Verfahren für ungiltig und die Verjährung für nicht unterbrochen erklärte, weil „der Kläger seinen Gegner verfehlt habe“. Später gelangte diese richtigere Ansicht auch beim obersten Gerichtshofe zur Anerkennung. In dem ganz ähnlichen Falle Sammlung I Nr. 461 erkannten alle drei Instanzen übereinstimmend, daß die Bestellung eines *curator ad actum* nach erfolgter Erbserklärung unzulässig, und die mit der Bitte um seine Bestellung verbundene Klage *a limine* zurückzuweisen sei. Und in Sammlung VIII Nr. 3821 erkannte der oberste Gerichtshof das Verfahren selbst dann für nichtig, wenn während des Processes die Antretung der Erbschaft erfolgt und jener gegen den *curator* (statt gegen den Erben) fortgesetzt wird. — Solche Klagen sind, gleichviel ob sie gegen den *curator* oder gegen den Erben gerichtet sind, vor der Einantwortung bei dem Abhandlungsgericht, nach derselben bei der Personalinstanz des Erben anzubringen. §. 37<sup>55)</sup> der C. Z. N. v. 1852. — Wegen eines

<sup>51)</sup> Es ist oben der Ausdruck „Verlangen der Erbschafts-Gläubiger“ vermieden, weil er das Mißverständniß nahe legt, als ob es sich dabei um ein collectives Vorgehen der Gläubigerschaft handelte.

<sup>52)</sup> Genauer: Verufenen, Delaten.

<sup>53)</sup> Soll heißen „wider jenen“ d. h. den Vertreter.

<sup>54)</sup> Diese leicht zu Mißverständnissen führenden Worte beziehen sich nicht auf den Fall, wo während des Processes die Erbschaft angetreten wird; denn unter „Erben“ sind in diesem ersten Satze überall „Delaten“ zu verstehen. Vgl. den weiter im Texte besprochenen Fall Nr. 3821.

<sup>55)</sup> Dadurch erhielt die von Wolsfg. Wessely in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1843 II. Bd. S. 49—64 im Ganzen überzeugend, zum Theile aber auch mit recht schiefen Behauptungen (dabon im 15. Hauptst.) vertheidigte Ansicht eine directe gesetzliche Sanction.



Entgeltes für seine Mühewaltung kann sich selbstverständlich auch dieser Curator nur an die Masse (bez. die Erben) halten.<sup>56)</sup>

b) Eine andere Stellung und einen ausgedehnteren Wirkungskreis hat der curator bonorum, der von Amtswegen im Interesse unbekannter, sämiger oder deliberirender Delaten, aber doch nicht für sie,<sup>57)</sup> sondern für den Nachlaß<sup>58)</sup> bestellt wird (§. 78 des Pat. v. 1854). Auch er hat gegenüber einer etwaigen Klage den Nachlaß zu vertreten; aber darauf beschränkt sich sein Beruf nicht. Er kann für den Nachlaß auch klagend auftreten, bedarf aber hiezu wie zum Abschluß von Vergleichen der Genehmigung der Abhandlungsinanz (§. 129 a. E.); er kann Nachlaßforderungen eintreiben<sup>59)</sup> und andererseits, sobald es ohne Gefahr geschehen kann, Nachlaßschulden und Legate bezahlen (§. 129), ausnahmsweise (§. 145) selbst Forderungen cediren und Nachlaßsachen verpfänden oder veräußern, wozu wieder Genehmigung des Gerichtes (§. 145) und unter Umständen besondere Cauteleu erfordert werden (§. 146—148). Kurz: ihm obliegt „die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses“ (§. 129). Dennoch ist seine Aufgabe — entsprechend der Natur des ruhenden Nachlasses — eine beschränktere, als z. B. die des Vertreters einer Stiftung. Es handelt sich um Erhaltung, nicht um Vermehrung des Vermögens.<sup>60)</sup> Ferner handelt es sich um Vertretung des Nachlasses und nicht der Erben, sachlicher, nicht persönlicher, gemeinschaftlicher (neutraler), nicht gesonderter Interessen, oder genauer: der Erben in abstracto, nicht concreter (bestimmter) Erben. Dadurch unterscheidet sich der in den Fällen des §. 78 ernannte Curator von dem nach §. 77 und §. 131 für minderjährige, abwesende Erben u. s. w. ebenfalls von Amtswegen bestellten Curator; hier eine cura personarum, dort eine cura bonorum. Dies tritt besonders deutlich darin hervor, daß der nach §. 78 ernannte Curator „als solcher“<sup>61)</sup> weder in irgend Jemandes Namen eine Erbserklärung überreichen,<sup>62)</sup> noch die von einem Anderen

Dieselbe Unterscheidung hat übrigens schon Nippel (1830, 1832) vertreten: Comm. Bd. I S. 211, Bd. IV S. 48 ff.

<sup>56)</sup> In Sammlung IV Nr. 1919 vindicirte Jemand gegen eine her. iac. Grundstücke und gewann den Proceß gegen den curator litis. Darnach erschien die Verlassenschaft als vollständig mittellos. Der Curator verlangte nun, der Sieger solle ihm sein „Deservit“ zahlen, da „er nur auf Begehren und im Interesse (desselben), sohin mittelbar von ihm selbst zum Curator der Verlassenschaft bestellt worden sei und deshalb . . . nach §. 1152 . . . (gegen ihn) ein Recht auf Lohn“ habe! Das klingt doch beinahe so, als hätte sich der Vindicant den Curator bestellt, damit dieser den Proceß gegen ihn verliere, quo facto Letzterer nun seinen Lohn von jenem verlangt! Selbstverständlich wurde er abgewiesen. — Wie aber, wenn er sein Verlangen darauf gerichtet hätte, er solle vor dem Gegner aus der Masse befriedigt werden? Dies wäre schon darum unstatthaft, weil die evincirten Grundstücke nur scheinbar zur Masse gehörten. Wie aber, wenn der Gegner kein Vindicant, sondern ein wahrer Erbschafts-Gläubiger gewesen wäre? U. E. kann auch in solchem Falle nicht eine Analogie mit §§. 28, 29 Conc. Obg. angenommen werden; vielmehr verhält es sich so, als wenn der Advokat einen unbemittelten Menschen vertreten hätte. (Anders beim eur. bonorum: s. unten.)

<sup>57)</sup> Ungenau ist der Ausdruck in §. 79 Al. 2 des Pat. v. 9. Aug. 1854.

<sup>58)</sup> Ebenda §. 78: „zur Verwaltung von Verlassenschaften“; §. 128: „Verlassenschaftscurator (§. 78)“; §. 129.

<sup>59)</sup> Das Geld selbst in Empfang zu nehmen, ist ihm aber nur ausnahmsweise gestattet (§. 145 des Pat.).

<sup>60)</sup> Unger §. 7 Al. 2 a. E. — Ueber die Befugnisse des eur. her. iac. nach gem. Recht vgl. die bei Unger A. 20 Citirten, Dworzak S. 236 ff., Seuffert's Archiv XVI Nr. 229, XVIII Nr. 149, XX Nr. 87.

<sup>61)</sup> Diese einschränkenen Worte des §. 129 können doch nur bedeuten: nicht in seiner Eigenschaft als Curator, wohl aber als Jemandes Special-Mandat (s. 1008).

<sup>62)</sup> Diese an sich doppelsinnigen Worte können bedeuten: a) der eur. her. kann nicht diesen Nachlaß für irgend Jemanden antreten; b) er darf nicht eine dem Verstorbenen angefallene Erbschaft für die künftigen Erben (Transmissare) annehmen. Beides ist richtig.

überreichte Erbserklärung bestreiten darf; auch ist es nicht seines Amtes, das Testament zu vertheidigen oder zu bestreiten (§. 129).

Das Amt dieses curator bonorum endigt nicht immer sofort mit der Erbserklärung, ein Irrthum, zu dem das über den curator litis Gesagte und die unvorsichtige Fassung des §. 79 M. 2<sup>63</sup>) leicht verführen könnte. Denn im Falle des §. 128 muß, wenn sich auch ein oder mehrere Prätenbenten gemeldet haben, doch — so lange nicht feststeht, daß dies die einzigen „Erben“ sind — das ganze Jahr hindurch gewartet werden (s. N. 64), während welcher Frist der Curator um die Ausforschung der Uebrigen oder ihres Aufenthaltes sich bemühen soll (§. 129); und erst nach ihrem Verlauf ist die Verlassenschaft mit denjenigen, die sich allein gemeldet, zu verhandeln (Sammlung V Nr. 2192<sup>64</sup>). Es kann also auch eine pars hereditatis ruhen, iacens sein, was dort noch weniger einem Zweifel unterliegen kann, wo Jemand ausdrücklich auf einen Theil eingesetzt, also die Accrescenz von vornherein ausgeschlossen. Nur darf man nicht (wie die II. Instanz in Sammlung III Nr. 1403 that) den Unterschied übersehen, der zwischen der Weigerung bekannter Delaten, eine Erbserklärung abzugeben (§. 120) und dem Sich-nicht-melden von Seiten unbekannter (ungewisser) Delaten (§. 128) besteht.<sup>65</sup>)

Ja, wenn schon der ganze Nachlaß angetreten ist, erlischt nicht eo ipso das Amt des curator bonorum, sondern erst wenn der Antretende die Verwaltung des Nachlasses zu übernehmen wünscht, und zu diesem Ende „sein Erbrecht hinreichend ausweist“ (§. 810 und Pat. §. 145). Wie überhaupt zwischen der nicht angetretenen (ruhenden) und der noch nicht eingetretenen Erbschaft nach österr. Rechte eine große Analogie stattfindet und der Erbe, dem die Verwaltung übertragen ist, selbst eine ähnliche Stellung hat, wie ein Verlassenschaftscurator (Pat. §. 145)<sup>66</sup>), so kann während dieser Zeit das Amt des Curators nicht nur, wie erwähnt, fortauern (§§. 810, 813), sondern es könnte sogar jetzt ein Curator auch erst ernannt werden (§. 690). In beiden Fällen könnte man ihn curator hereditatis quasi iacentis nennen. Ein solcher ist auch der curator separationis (§. 812).

So unterscheidet sich hinsichtlich der Endigung seiner Functionen der curator bonorum wesentlich von dem bloßen curator litis (s. oben). Ein anderer Unterschied besteht darin, daß für den curator bonorum behauptet werden darf, was wir beim curator litis geläugnet haben (N. 56): ein Vorzugsrecht hinsichtlich seines Honorars (s. §. 690) vor den anderen Nachlaßgläubigern.<sup>67</sup>) Seine

Gemeint aber ist im §. 129 das erstere, wie aus dem ganzen seine neutrale Stellung (im Unterschied von der des Curators nach §. 77) betonenden Zusammenhang hervorgeht.

<sup>63</sup>) Ganz unpassend ist dort die Zusammenstellung des für abwesende und des für ungewisse Erben bestellten Curators; denn dieser, nicht auch jener ist cur. hereditatis; ungenau der Ausdruck „einschreiten“, der die Erbserklärung oder aber das Ansuchen um Ueberlassung der Verwaltung (§. 810) bedeuten kann.

<sup>64</sup>) M. a. W.: Früher kann von einer Präclusion von der Verlassenschaftsabhandlung keine Rede sein; früher können die wahrscheinlich nur Theilberechtigten nicht als Alleinberechtigte behandelt werden; nur in diesem Sinne muß gewartet werden, nicht überhaupt. — Daß vor Ablauf des Jahres oder gar ohne Edictalcitation von einer Ueberlassung des Nachlasses an den Fiscus und von dem Ansinnen, die Prätenbenten mögen ihr Erbrecht klagend gegen die Finanzprocuratur geltend machen, keine Rede sein dürfe, sollte sich doch von selbst verstehen! Sammlung IV Nr. 1747.

<sup>65</sup>) Wenn sich bekannte Delaten weigern, eine Erbserklärung abzugeben, so tritt hinsichtlich des Umfangs der Einantwortung, also so zu sagen, für unsere bonorum possessio, sogleich eine Anwachsung ein und bleiben diese partes nicht, wie die II. Inst. in Sammlung Nr. 1403 meinte, iacentes („rimangono giacenti“). Vgl. übrigens über Nr. 1403 auch noch hier bei §§. 560–563 N. 19.

<sup>66</sup>) S. vorläufig Unger §. 40 M. 2; Rippel IV S. 47 ff.

<sup>67</sup>) Der Vorzug vor den Legataren versteht sich von selbst (§. 690).



Verwaltung, das Zusammenhalten des Vermögens liegt im Interesse auch der Gläubiger (Gedanke der *versio in rem*), während die Vertretung des Proceßgegners nur in sehr uneigentlichem Sinne als im Interesse des anderen Streittheiles geschehen angesehen werden kann. Auch ist hier die Analogie mit dem Concursmasse-Verwalter (C. D. §§. 28, 29, 161) unabweislich.

### B. „Wirkung der Annahme der Erbschaft.“

Diese Randglosse bei §. 547 bezieht sich auf seine zwei ersten Sätze, dann auf die §§. 548—550.

V. Durch die Annahme (§. 799) verwandelt sich die Möglichkeit des Erbeverdens in eine Wirklichkeit; der Delat, der bisher nur in einem uneigentlichen Sinne Erbe genannt wurde, ist es jetzt wirklich. Er ist als Universalsuccessor in die Gesamtheit der nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Erblassers eingetreten.<sup>68)</sup> Ipso iure wird man bei uns nie Erbe; es gibt in diesem Sinne keine *heredes necessarii*.<sup>69)</sup> Man pflegte und pflegt<sup>70)</sup> im Anschluß an Quellaussprüche<sup>71)</sup> jenes so auszudrücken: der Erbe stelle den Erblasser vor, werde mit ihm bezüglich der Erbschaft juristisch als eine und dieselbe Person betrachtet. Diese Ausdrucksweise findet sich auch im §. 547.<sup>72)</sup> „In Rücksicht auf dieselbe (die Erbschaft);“ denn einerseits stand der Erblasser in Rechtsverhältnissen, die nicht zum Nachlaß gehören (s. oben bei §. 531 II), auf den Erben nicht übergehen; andererseits steht dieser in Rechtsverhältnissen, die mit seiner Eigenschaft als Erbe nicht zusammenhängen. „In Beziehung auf einen Dritten.“ Zeiller (II S. 405) fügt erläuternd hinzu: „nicht aber auch in Beziehung auf sein eigenes Rechtsverhältniß zu dem Erblasser: §. 802,“ — womit gemeint ist, daß der Beneficiarerbe auch für seine eigenen Forderungen gegen den Erblasser Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen kann. Trotz beider Einschränkungen paßt aber die Formel nicht überall, namentlich nicht im Verhältniß zu den Legataren. Hier wird der onerirte Erbe „in Rücksicht auf die Erbschaft und in Beziehung auf einen Dritten“ doch nicht mit dem Erblasser „für Eine Person“ gehalten.<sup>73)</sup>

VI. Eine Folge dieser sogen. Personeneinheit ist der Uebergang der vermögensrechtlichen Verpflichtungen des Erblassers auf den Erben (§. 548), und im Zusammenhange hiermit die Verpflichtung des Letzteren zur Anerkennung der sein (des Erben) eigenes Vermögen betreffenden, also incorrecten, Verfügungen des Ersteren durch Geschäfte *inter vivos*.<sup>74)</sup> Principiell unrichtig ist es, wenn dies als eine dem Schuldenübergang coordinirte Folge jener Personeneinheit gedacht wird, während es nur eine Anwendung des Principes ist, daß der Erbe für die Obligationen des Erblassers einstehen muß.<sup>75)</sup> Daher betrifft jener Satz

<sup>68)</sup> Vgl. oben S. 8 f.

<sup>69)</sup> Unger s. 6 A. 3 und s. 36 a. A.; vgl. oben bei §§. 536, 537. — Jeder Erbe ist voluntarius schon darum, weil die Hebaactoren in oft recht wunderlicher Art den Erwerb mortis causa mit dem per traditionem parallelisiren (wovon an anderer Stelle); sie denken an ein Geben von Seite des Erblassers und ein Nehmen von Seite des Berufenen.

<sup>70)</sup> S. z. B. Arndts s. 465 Text a. C.

<sup>71)</sup> Arndts s. 465 A. 3.

<sup>72)</sup> Vgl. mit den ersten zwei Sätzen des §. 547 Höpfner S. 622: „Sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat, tritt er in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen; er wird nun mit dem Erblasser als Eine Person angesehen.“

<sup>73)</sup> Vgl. Höpfner a. a. O. selbst. „Er muß aber auch die Vermächtnisse . . . leisten; nicht weil er den Verstorbenen vorstellt: denn dieser war hier ja nichts schuldig, sondern . . .“ u. s. w.

<sup>74)</sup> Wie weit nach deutschem Recht der Erbe die Verfügungen des Erblassers anzuerkennen braucht, darüber s. Stobbe im Jahrb. d. gem. deutsch. R. V S. 331—339.

<sup>75)</sup> Nicht zu billigen ist die Formulirung bei Unger s. 40, wo mit dem Worte „ferner“ diese Coordinirung ausgedrückt ist, oder mindestens ausgedrückt scheint. Der richtige Zusammenhang ist angedeutet bei Seuffert s. 571 A. 2 vb. „insbesondere“.

zunächst nur die Obligationen; nur ihrer willen, also indirect (per exceptionem, dem Erfolge nach) convalesciren dingliche Verträge. Es gibt aber Verfügungen über Rechte eines Dritten, welche durchaus null sind, ein Schlag ins Wasser, ein Wort in den Wind. Diese convalesciren auch dadurch nicht, daß der Dritte den Verfügenden beerbt. Zu wie ernstem Irrthümern es noch bei den heutigen Juristen<sup>76)</sup> führt, daß man die Grenzen und den Zusammenhang jener Pflicht der Erben nicht untersucht und sich dabei beruhigt hat zu sagen, der Erbe dürfe „Verfügungen des Erblassers“ über seine (des Erben) „Sachen und Rechte“ nicht anfechten,<sup>77)</sup> — davon wird ein Beispiel in der Lehre vom Erbverzicht gegeben werden.<sup>78)</sup> — Im Westgal. Gesetzbuch II §. 326 hieß es nach den Worten „für Eine Person gehalten“: „Daher kann ein Erbe sein besonderes<sup>79)</sup> Recht gegen denjenigen nicht verfolgen, dem er im Namen des Erblassers die Gewähr zu leisten schuldig ist,“ — und erst im folgenden Paragraph war vom Uebergang der Verbindlichkeiten die Rede. So war einerseits der Satz richtig begrenzt, andererseits aber in einen unrichtigen Zusammenhang gebracht, dem Schuldenübergang coordinirt. Da er nun, soweit er richtig ist, aus §. 548 sich von selbst ergibt, so ist es zu billigen, daß er, nachdem er noch im Texte von 1803 wörtlich beibehalten war, später gestrichen wurde. Eine materielle Aenderung war damit natürlich nicht beabsichtigt.

VII. Es wäre aber ein Irrthum, wollte man in der sogenannten Personeneinheit nicht mehr erblicken wollen, als einen anderen Ausdruck für Nachfolge in Rechtsverhältnisse. Auch hinsichtlich der Rechte — der Schulden zu geschweigen — ist die Stellung des Erben eine wesentlich andere, als die des Singular-Nachfolgers, der doch auch in das Recht nachfolgt. Es ist an diesem Orte nicht auf die in den verschiedensten Rechtsgebieten hervortretenden Unterschiede in der Stellung des Singular- und des Universal-Successors einzugehen. Wohl aber muß hier ausgesprochen werden, daß der Unterschied von Singular- und Universal-Nachfolge nicht bloß das Was? und Wie? des Erwerbs, sondern zum Theile auch seine Wirkungen betrifft. Nicht nur hat z. B. der Eine eine Sache durch Tradition, der Andere durch Erbschaftsantretung (per universitatem) erworben, sondern es kann auch in Folge dessen ihre rechtliche Stellung zu der Sache eine verschiedene sein. Besonders wichtige Belege liefert die Erbsitzungslehre und das Immobilien-Sachenrecht. Wie immer man über die Bedeutung der Eintragung des Erben ins öffentliche Buch denken mag (wovon im Sachenrecht), daß sie nicht die gleiche ist, wie beim Singularsuccessor folgt aus dem hier in Frage stehenden Princip mit zwingender Nothwendigkeit (s. auch Sammlung IX Nr. 4196). So kann z. B. der intabulirte Erbe nicht den §. 1500 für sich anrufen, wenn das eingetragene Recht schon bei seinem Erblasser verjährt war (Sammlung II Nr. 843); so kann schon vor der Einantwortung, folglich (§. 177 des Pat. v. 1854) vor der Umschreibung im öffentlichen Buch die Streitannmerkung wegen einer gegen den Erben angestellten Hypothekarklage verlangt werden, sobald die Erbserklärung angenommen ist (Sammlung V Nr. 2699)<sup>80)</sup> u. dgl. m.

VIII. Das innerösterreich. A. G. hatte gleichzeitig mit dem in Note 1 mitgetheilten Monitum das folgende abgegeben: „Der Erbe stellt, nachdem er die

<sup>76)</sup> Z. B. Fr. Mommsen Entwurf e. d. Reichsgesetzes üb. d. Erbrecht (1876) S. 277.

<sup>77)</sup> So z. B. Seuffert a. a. O. — Vorsichtiger Windscheid §. 605 vb. „binden in demselben Maße, in welchem sie es für den Erblasser waren.“

<sup>78)</sup> In der Abhandlung über den Erbverzicht in den Excursen.

<sup>79)</sup> D. h. ihm schon vor dem Erbserwerbe eigenes.

<sup>80)</sup> War diese Entscheidung des oberst. G. H. richtig, so gilt sie wohl auch noch heute trotz §. 59 des neuen Grundbuchsgesetzes.



Verlassenschaft angenommen hat, in Rücksicht auf die Verlassenschaft und zwar von der Zeit des Todesfalls an zurück gerechnet, den Erblasser vor," — so in nicht glücklicher Umschreibung des „heres quandoque adeundo“ etc. zwei mindestens der Form nach einander direct widersprechende Fiktionen cumulativ (nicht etwa electiv) nebeneinanderstellend. Vielleicht war dieser formelle Widerspruch der Grund, warum man diese sogen. Fiction der Rückziehung nicht in's Gesetz aufnahm. Jedenfalls ist auch dadurch keine Lücke entstanden. Es wurde schon erwähnt, wie verschieden die gemeinrechtlichen Theoretiker das Verhältniß dieser Fiktionen sich denken. Einige (namentlich Ihering) lassen sie historisch, Andere (z. B. Windscheid) ebenfalls zeitlich, aber innerhalb jedes concreten Falles, einander ablösen; Einige (z. B. Scheurl) läugnen, die Anderen constatiren den Widerspruch; die Meisten aber sind darüber einig, daß sich dieser damit löse, daß man aus der Fiction der Rückziehung des Erbtrittes nicht Ernst machen darf; daß darin nur die theoretische Wahrheit enthalten ist, daß der Erbe unmittelbarer Nachfolger des Erblassers sei, d. h. daß die hereditas iacens „kein selbständiges Glied in der Kette der Nachfolge“ bilde,<sup>81)</sup> — und die praktische, daß „alle in der Zwischenzeit das Erbvermögen betreffenden Veränderungen schließlich doch den Erben treffen“.<sup>82)</sup> Sowohl jene theoretische, als diese praktische Wahrheit ergeben sich einfach und sicher aus der Zusammenhaltung des dritten und ersten Satzes von §. 547. Mit andern Worten: Jene Fiction besagt theils Unrichtiges, theils Richtiges; letzteres ist aber ohnehin im §. 547 implicite enthalten.

Nach all' diesem darf der §. 547 im Ganzen sowohl hinsichtlich dessen, was darin gesagt, als dessen, was absichtlich mit Schweigen übergangen ist, als ein gelungener bezeichnet werden. —

IX. Anhangsweise sind hier noch einige processualische, in der Praxis oft erörterte Folgerungen aus dem Princip der Personeneinheit zu erwähnen.

Wenn derjenige, dem ein Haupteid aufgetragen ist („Delat“ in diesem Sinne) stirbt, so können die (wenngleich minderjährigen) Erben sich nicht darauf berufen, daß sie keine Kenntniß von der Sachlage haben, folglich der Gegner „bloß seinen eigenen Eid anbiete“; denn der Eid war schon früher angeboten, und durch den Tod des Delaten soll der Kläger nicht um jenes Beweismittel kommen. Auch für diese Entscheidung wird das Princip des §. 547 angerufen (Sammlung V Nr. 2360). Anders liegt der Fall, wenn ein Eid, der dem Verstorbenen noch nicht angeboten war, erst dem Erben (über eine Handlung des Erblassers) deferirt wird. Allerdings ist auch dies nach §. 207 a. O. D. zulässig, aber die fragliche Handlung als eine dem Delaten fremde zu betrachten, und deshalb ist es nicht zu billigen, daß der oberste Gerichtshof in Sammlung II Nr. 801 sich auf §. 547 bezogen hat. Richtiger erkannte der oberste Gerichtshof in Sammlung V Nr. 2518. Es handelte sich um Discession einer angeblich vom Erblasser ausgestellten Urkunde. Ausdrücklich wurde hervorgehoben, daß §. 547 hier nicht einzumengen sei. Man könne jene Fiction nicht auf das faktische Moment des Wissens ausdehnen; die Urkunde sei also eine angeblich von einem Dritten (nicht dem Delaten) ausgestellte; folglich der Eid nicht nach dem ersten,<sup>83)</sup> sondern nach dem dritten Satze<sup>84)</sup> des §. 37 des Gesetzes vom

<sup>81)</sup> Unger §. 6 A. 4.

<sup>82)</sup> Unger a. a. D.; vgl. Stubenrauch I S. 741. Vgl. über ganze Frage die bei Unger Citirten.

<sup>83)</sup> Er lautet: „Der angeklagte Aussteller einer Urkunde, der die Echtheit seiner Schrift oder Unterschrift . . . bestritten, muß auf Verlangen seines Gegners verurtheilt werden, ohne den Vorbehalt: seines Wissens und Erinnerns zu schwören“ u. s. w.

<sup>84)</sup> Er lautet: „Ist der streitende Theil, welcher eine gegen ihn angeführte Urkunde

24. October 1845 (über das summarische Verfahren) zu formuliren. — Ueber den Fall, wo ein Haupteid mehreren Erben deferirt wird, s. bei §. 550.

### §. 548. 1)

Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernimmt sein Erbe. Die von dem Gesetze verhängten Geldstrafen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilt war, gehen nicht auf den Erben über.

I. Eine der wichtigsten „Wirkungen der Annahme der Erbschaft“ ist der Uebergang der Schulden des Verstorbenen auf den Erben. Wenn der Umfang der Haftung des Letzteren untersucht wird, so ist zu fragen: „wofür haftet er?“ und dann: „womit haftet er?“ Die erste Frage ist hier, die zweite bei §. 801 ff. zu beantworten.

II. Daß Pflichten, die nicht vermögensrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher oder familienrechtlicher Natur sind, nicht vererben, folgt aus der Natur des Erb-rechtes als eines vermögensrechtlichen Institutes. Aber auch aus Familien- und öffentlichen Verhältnissen entspringen mannigfache vermögensrechtliche Verbindlichkeiten. Sofern nun diese die Gestalt wahrer Obligationen angenommen haben (z. B. die fälligen Steuerquoten, rückständige Alimentations-Raten), ist ihr Ursprung völlig irrelevant; sie sind vererblich, gleich anderen Schulden. Es gibt aber Verpflichtungen solchen Ursprunges und vermögensrechtlichen Inhaltes, die keine Obligationen im technischen Sinne sind; so namentlich die familienrechtlichen sogen. officia. Es ist ein vielverbreiteter Irrthum, daß solche Pflichten stets mit dem Tode des Verpflichteten erlöschen; sie können auf Andere nicht nur devolviren, sondern auch vererben oder genauer: auf dem Nachlasse haften. Wann das Eine, wann das Andere stattfindet, kann aber nicht an dieser Stelle erörtert werden.<sup>2)</sup>

III. Die Passivobligationen (Schulden im weiteren Sinne) sind in der Regel vererblich, ausnahmsweise unvererblich („höchst-persönlich“). Der §. 548 stellt den Grundsatz auf: vererblich seien die „Verbindlichkeiten, die der Erblasser<sup>2a)</sup> aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte“. Den Gegensatz hierzu, so sollte man meinen, bilden die auf ein facere gerichteten Verbindlichkeiten. Dennoch war zunächst bei Abfassung dieses Satzes an einen anderen Gegensatz gedacht, nämlich den im zweiten Satze des §. 548 enthaltenen, woran bei Vergleichung mit §. 327 Westgal. G. B. II<sup>3)</sup> kein Zweifel übrig bleibt. Die

für unecht erklärt, nicht der angebliche Aussteller, so kann von ihm . . . der Eid gefordert werden, daß er die Urkunde nach seinem besten Wissen für unecht halte.“

<sup>1)</sup> Reiches, hierher gehöriges Material enthält Gruchot Preussisches Erbrecht I. Bd. S. 23—36.

<sup>2)</sup> S. darüber Hofmann in Grünhuts Jtschft. I S. 552 ff.

<sup>2a)</sup> Spitzfindig wäre es, aus diesem Wortlaut den Satz ableiten zu wollen: contra heredem obligatio incipere non potest. Daß er in unserem Rechte sowenig als im Justinianischen (§. 13 Inst. III, 19; l. 11 Cod. VIII, 38; l. un. Cod. IV, 11) gilt, bedarf kaum des Beweises; wer einen gesetzlichen Anhalt hier braucht, kann ihn im §. 547 finden. — Vgl. Foramiti II l. Abth. p. 688, Mattei III p. 65.

<sup>3)</sup> „Verbindlichkeiten . . . hätte, z. B. eine Schuld zu bezahlen, einen Schaden zu erzeugen, eine verwirkte Geldstrafe zu erlegen, einen Contract zu erfüllen, übernimmt sein Erbe. Geldstrafen hingegen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilt war, und noch weniger andere ihm zuerkannte Strafen, gehen nicht auf den Erben über“ (vgl. auch Westgal. G. B. III §. 461). — Ueber diesen Paragraph bemerkte Zeiller (19. Dec. 1803): 1) scheinen ihm die Beispiele entbehrlich; 2) zu „Geldstrafen“ solle man beifügen „gesetzliche“, um die Conventionalstrafen auszuschließen; 3) das „hingegen“ sei nicht ganz richtig, „da auch die Conventionalstrafen, bes. bei einer auch ohne Verurtheilung offenbaren Verschuldung, aus dem Vermögen zu leisten gewesen wären“; 4) „sei es für sich bekannt und in dem Strafgesetzbuch ausgedrückt, daß Leibesstrafen den Erben nicht treffen können.“



verwirkte, aber noch nicht verhängte Geldstrafe ist vorerst eine latente, auf die Person beschränkte Wirkung der „Schuld“ im subjectivem Sinne; durch die Verurtheilung wird daraus eine „Schuld“ im objectiven Sinne des Vermögensrechtes, aus dem Schuldigen ist ein Schuldner geworden, aus der persönlichen Eigenschaft eine Last, die das Vermögen mindert, die somit auch dem Nachlasse anhaftet. Daß dies der Gedanke der Redactoren war, beweist der Eingang des folgenden §. 549: „Zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten gehören auch . . .“ und der §. 325 Westgal. G. B. II;<sup>4)</sup> vgl. auch §. 1337 a. b. G. B. — Es ist also nicht an den Unterschied von geben und thun, sondern an den gedacht, ob eine Verbindlichkeit bloß einer Person, oder auch ihrem Vermögen anhaftet.<sup>4a)</sup> — Freilich aber dürfen wir nicht bei dem einen Fall, der im zweiten Satze angegeben ist, stehen bleiben. Auch manche privatrechtliche Verbindlichkeiten (und zwar Obligationen im technischen Sinne) sind höchstpersönlich.<sup>5)</sup> Sie sind es theils nach positiver Satzung (so die Pflicht des Differenten im Worte zu bleiben nach §. 918 i. f.), theils nach der Natur der Sache (so die meisten Verpflichtungen auf *facere*)<sup>6)</sup>. Von ihnen ist die Rede im §. 1448 und mit specieller Rücksicht auf Verträge in §. 918.<sup>7)</sup>

IV. Wann wird die Geldstrafe fähig, auf die Erben überzugehen? Sobald der Erblasser „verurtheilt“ war (§. 548 a. b. G. B., §. 327 Westgal. G. B. II). Das könnte an sich bedeuten den Zeitpunkt, wo das Urtheil gefällt, oder den, wo es in Rechtskraft erwachsen ist; richtiger ist das Wort hier schon darum im letzteren Sinne zu nehmen, weil man erst dann „verurtheilt“ ist, wenn das Urtheil unabänderlich feststeht. Richtig ist es aber auch nach dem eigentlichen juristischen Grunde der Unterscheidung. Erst aus dem rechtskräftigen Urtheil erwächst eine perfecte Obligation. Was dann vererbt, ist nicht die Strafe, sondern die privatrechtliche Verbindlichkeit zur Zahlung einer Summe; der Fiskus hat darauf eine Forderung.<sup>8)</sup> Der §. 548 stimmt mit den Grundsätzen des gemeinen

Die von ihm vorgeschlagene jetzige Textirung wurde ohne Debatte einstimmig angenommen. Im Punkte 4 hatte Zeiller ebenso gewiß Recht, als in den Punkten 2 und 3 Unrecht, da die sogen. Conventionalstrafe überhaupt keine Strafe ist. Was den Punkt 1 betrifft, so dienten die Beispiele in §. 327 gewiß nicht der Eleganz des Gesetzes. Indem man aber sie und auch noch das „hingegen“ wegstrich, wurden die nicht bezeichnenden Eingangsworte des Paragraphen unverständlich; wenigstens den Sinn, den die Redactoren damit verbanden, kann man nun aus dem §. 548 allein kaum errathen.

<sup>4)</sup> „Nur Nutzungen und Lasten, die der Verlassenschaft anleben, sind ein Gegenstand der Erbschaft. Verbindlichkeiten, Rechte und Vorzüge des Erblassers, die bloß auf seinen persönlichen Verhältnissen beruht haben, werden auf den Erben nicht übertragen.“

<sup>4a)</sup> H. Grotius gibt auf die Frage: *heres cur de ceteris debitis teneatur, de poena non teneatur?* die Antwort: *vera causa haec est, quod heres personam defuncti refert non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis quibus ut cohaereant ea quae alicui debentur, ex ipsa rerum inaequalitate, simul cum domino fuit introductum (De iure belli et pacis, Lib. II c. XXI §. 19; die Stelle ist abgedruckt bei Gruchot I S. 24).*

<sup>5)</sup> S. oben bei §. 531 unter II.

<sup>6)</sup> Wenn Nippel IV S. 51 die Pflicht zur Rechnungslegung als Ausnahme hervorhebt, so ist zu bemerken, daß hier das Moment der Arbeit ganz zurücktritt hinter dem der Verantwortlichkeit, und daß die Vererbung dieser darum gar nicht auffallend ist, weil es sich bei der Rechnungslegung (z. B. des Verwalters), von der persönlichen Seite ganz abgesehen, so zu sagen um die Grenzregulirung zwischen zwei Vermögen handelt. Vgl. Sammlung IX Nr. 4384.

<sup>7)</sup> Die Vorstellung von höchstpersönlichen Rechtsverhältnissen ist indeß nicht etwa auf die Frage nach der Vererblichkeit eingeschränkt; vgl. §. 442 (Rechte), §. 563 und §. 606 (Lasten).

<sup>8)</sup> Wenn z. B. an den Localarmenfond gezahlt werden soll, so ist dieser „Destinatar“, aber nicht Gläubiger. S. Min. Vbg. v. 11. Febr. 1855 (R. G. B. Nr. 30) und Vollzugsvorschrift zur (neuen) Str. P. O. §§. 50—54.

Rechtes überein.<sup>9)</sup> Zeiller hat die Tragweite und den Grund der Bestimmung mißverstanden. Denn, indem er (II S. 408) dem Erben die Rechtsmittel einräumt, die dem Verstorbenen gegen das Strafurtheil zugestanden hätten, knüpft er die Vererblichkeit an die Fällung des Urtheils, statt an dessen Rechtskraft;<sup>10)</sup> und indem er als Grund der Unvererblichkeit angibt „besonders da (der Beschuldigte) sich mannigfaltiger Vertheidigungsgründe bewußt sein kann, die dem Erben unbekannt sind“,<sup>11)</sup> hält er sich an Nebensächliches und übersieht das Princip. — Durch das Hofdecret vom 18. Juli 1820<sup>12)</sup> wurde das Wort „verurtheilt“ in richtiger und authentischer Art interpretirt, und der gleiche Grundsatz in den §§. 470, 471 des Strafgesetzes über Gefällsübertretungen vom 11. Juli 1835 ausgesprochen. Damit stand fest, daß vor der Rechtskraft des Urtheils die Geldstrafe nie, nach diesem Zeitpunkte aber immer<sup>13)</sup> vererbt. Dennoch wurde Letzteres aus an sich löblicher Gesinnung unter Hinweisung auf das Strafgesetzbuch (v. 1803) I §. 202, II §. 271 bestritten und behauptet, daß solche Geldstrafen, die gemäß den Anordnungen des allgemeinen Strafgesetzbuches verhängt werden, ganz unvererblich seien.<sup>14)</sup> Diese Ansicht wurde durch die Ministerialverordnung vom 3. April 1859<sup>15)</sup> ausdrücklich verworfen. — Diese Rechtsregel ist bald wegen ihrer Humanität gepriesen,<sup>16)</sup> bald wegen ihrer Härte getadelt worden;<sup>17)</sup> sie verstöße gegen den Grundsatz, es dürfe die Strafe nur den Schuldigen treffen.<sup>18)</sup> Beides mit Unrecht. Sie ist weder human, noch hart, sondern das Product einer ganz richtigen<sup>19)</sup> juristisch-logischen Operation. Der Anspruch gegen die Erben ist ein privatrechtlicher; die Obligation haftet auf dem Nachlasse. Daß die über den Erblasser verhängte Geldstrafe diesen mindert, also den Erben nachtheilig ist, ist wahr; es wäre aber nicht anders, wenn der Erblasser vor seinem Tode das Strafgeld bezahlt hätte. Dem angerufenen Satze aber von der Einschränkung der Strafe auf den Schuldigen kommt eine materielle Wahrheit nicht zu.<sup>20)</sup> —

<sup>9)</sup> Gruchot I S. 30. Wegen des röm. R. s. einerseits die Stellen bei Gruchot S. 24, andererseits I. 20 D. de accusat. 48, 2 (vgl. auch I. 244 D. de V. S. 50, 16).

<sup>10)</sup> Ganz willkürlich entscheidet sich Taglioni IV p. 48 für den Zeitpunkt der „intimazione della sentenza“.

<sup>11)</sup> Diesen Gedanken wiederholt Winiwarter III S. 39. — Kann der Beklagte nicht auch in dem Verfahren vor der höheren Instanz sich wirksamer vertheidigen, als ein Nichtinformirter statt seiner? Daß mit obigem Gedanken keine feste Entscheidung gegeben wird, zeigt §. 363 des preuß. L. R. I S. 9 (bei Gruchot S. 30), der, offenbar von demselben Gedanken dictirt, auf einen noch früheren Zeitpunkt zurückgreift, als Zeiller. Gegenwärtig gilt auch in Preußen der richtige Grundsatz. Gruchot S. 30.

<sup>12)</sup> J. G. S. Nr. 1676 (S. 221 f.). Abgedruckt in Scheidelein's Commentar S. 340 f., Winiwarter's Handbuch II S. 218 f., Michel's Handbuch II S. 118, Nr. 1000, italienisch bei Foramiti II p. 690. Bestätigend (für ein bestimmtes Delict) Hzb. v. 13. April 1826 bei Winiwarter a. a. O. S. 219, bei Michel Nr. 1001.

<sup>13)</sup> Die allgemeine und ganz unzweideutige Fassung des cit. Hzb. v. 1820 erlaubte keinen Zweifel daran, wenn es auch zufällig durch eine Anfrage veranlaßt wurde, die die sogen. Notionen der Finanzbehörden betraf.

<sup>14)</sup> Scari in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1830 II S. 247—259; ihm folgt Winiwarter (1841) III S. 39.

<sup>15)</sup> R. G. B. Nr. 52 (in der Manz'schen Ausg. bei §. 548). Damit ist wohl die Vorschrift des Hzb. v. 1820 über Confiscationen (vgl. auch Gefälls-St. G. §. 470 i. f.; eine Reminiscenz an L. 14 D. 39, 4) restringirt (arg. v. „Strafe des Verfalls von Waaren“). Ueber andere Gesetzgebungen rücksichtlich dieses Punktes s. Gruchot S. 31 f., über das röm. R. Marezoll leb. d. bürgerliche Ehre S. 45 ff.

<sup>16)</sup> Rippel IV S. 51.

<sup>17)</sup> E. z. B. Littmann bei Gruchot S. 30 N. 3.

<sup>18)</sup> Dieser Gedanke wurde, wie schon angedeutet, erst zur Längnung, später zum Tadel des in Rede stehenden Rechtsatzes vorgebracht; letzteres thut z. B. Seyer in der österr. Ger. Ztg. 1864 Nr. 104.

<sup>19)</sup> Vgl. auch Unger Erbrecht §. 40 A. 10.

<sup>20)</sup> Darum nicht, weil die Interessen der meisten Menschen mit denen anderer auf das engste verknüpft sind. Wie oft hat eine langwierige Kerkerstrafe den ökonomischen Ruin



Was im §. 548 für Geldstrafen ausgesprochen ist, gilt für alle Vermögensstrafen<sup>21)</sup> und auch für die Verpflichtung zum Ersatze der Kosten des Strafverfahrens.<sup>22)</sup>

V. Von Strafen wesentlich verschieden sind Delictschulden; denn sie entspringen aus Handlungen, die nicht strafbar zu sein brauchen,<sup>23)</sup> und sie gehen auf Schadensersatz, nicht auf Strafe. Nach römischem<sup>24)</sup> Rechte haftet der Erbe nur soweit, als die Erbschaft durch das Delict noch bereichert ist,<sup>25)</sup> nach gemeinrechtlicher auf einem Mißverständniß des canonischen Rechtes<sup>26)</sup> beruhender Praxis bis zum Belange der Erbschaft, nach den meisten neueren Gesetzgebungen<sup>27)</sup> und so denn auch nach österreichischem Rechte unbeschränkt: §. 1337. Dabei ist die schon von älteren Naturrechtslehrern<sup>28)</sup> vertheidigte Gleichstellung mit den anderen Schulden ein deutscher Gedanke, die Haftung selbst über den Nachlaß hinaus<sup>29)</sup> die einfache Folge des recipirten allgemeinen römischen Grundsatzes über die Haftung des Erben für Erbschaftsschulden. Der §. 1337 handelt übrigens nicht von Delictschulden allein, sondern von der Schadensersatzpflicht, ohne Unterschied, ob sie aus einem Vertrage oder einem Delict entspringt, ob es sich um „bloße Schadloshaltung“ oder um „volle Genugthuung“ handelt (§. 1323); auch macht es keinen Unterschied, „ob der Erblasser schon verurtheilt war oder nicht, indem die Verbindlichkeit durch die Beschädigung begründet wird, das Urtheil aber bloß ausspricht, ob und inwiefern sie vorhanden sei.“<sup>30)</sup> Ebenso irrelevant ist es, ob die Handlung, aus der die Ersatzpflicht erwachsen ist, unter das Strafgesetzbuch fällt oder nicht, und ob im ersteren Falle über den Schadensatz im Abhofs- oder im civilrechtlichen Verfahren entschieden, beziehungsweise verhandelt wurde. Ganz unrichtig wäre es, wenn man aus §. 527 St. G. B. ein arg. a contr. ziehen wollte.<sup>31)</sup> Der Paragraph sagt nur, daß wenn in dem Urtheil des Strafgerichtes auf Schadensersatz erkannt war, diese Wirkung des Urtheils mit dem Tode des Schuldigen nicht erlösche. Keineswegs aber will er dem Beschädigten den Ersatzanspruch nehmen, wenn der Beschädigte vor Beendigung des Processes stirbt. Dann ist dieser Anspruch eben im Civilwege gegen die Erben geltend zu machen. Diefür sprechen gewiß auch §. 366 pr. und §. 372 der Strafproceßordnung von 1873.<sup>32)</sup> Endlich ist es irrelevant, daß

einer ganzen Familie zur Folge! Und darf ein Gericht darnach fragen, ob durch das Todesurtheil, das es fällen muß, ein Mutterherz gebrochen wird? —

<sup>21)</sup> Min. Vdg. v. 3. April 1859.

<sup>22)</sup> Strafproceß-Vdg. v. 23. Mai 1873 §. 389 II. 9 (ebenso schon St. P. O. vom 1853 §. 341 II. 3). Ueber das preussische R. s. Gruchot §. 32 f.

<sup>23)</sup> Das „Delict“ im Sinne des Privat-R. braucht kein Delict im Sinne des Straf-R. zu sein.

<sup>24)</sup> Ueber das germanische R. zur Zeit der Volksrechte s. Stobbe im Jahrb. d. gem. d. R. V. Bd. S. 301, zur Zeit der Rechtsbücher ebd. S. 326 ff.

<sup>25)</sup> Windscheid II §. 359 Z. 2. Gruchot §. 27 f.

<sup>26)</sup> Formell; materiell offenbar auf dem nationalen Rechtsgeföhle. Vgl. Unger Erbrecht §. 40 II. 9; Bruns in Holkenborff's Encyclopädie (1. Aufl.) I S. 287 (2. Aufl. S. 351).

<sup>27)</sup> S. Gruchot §. 29. Auch nach franzöf. R., s. z. B. Frey III §. 658.

<sup>28)</sup> S. bei Gruchot §. 29 II. 1.

<sup>29)</sup> Aus den Worten „haftet auf dem Vermögen“ (§. 1337) würde eine Einschränkung auf den Betrag desselben folgen; es blieb aber der deutsche Sprachgebrauch von der Recipirung des römischen Princips unberührt, wodurch eine Incongruenz von Wort und Gedanke entstanden ist. (Zeiller formulirte [Prot. 9. Juni 1806] den §. 1337 geradezu: „die Verbindlichkeit . . . geht also auf die Erben über.“) Darüber bei den §§. 801, 802.

<sup>30)</sup> Winivarter IV S. 603.

<sup>31)</sup> Der Wortlaut des Paragraphen gibt hiezu freilich gar keine Veranlassung, wohl aber die Art der Wiedergabe seines Inhaltes in der Manz'schen Ausg. in der Anmerkung zu §. 548, etwa zusammen mit der Bemerkung bei Rippel IV S. 52 a. G.

<sup>32)</sup> Die älteren diese Frage betreffenden Gesetze sind angegeben bei Winivarter III S. 40, IV S. 603, Ellinger zu §. 1337.

ein Schaden durch Verletzung einer höchst-persönlichen Pflicht (z. B. der des Vermundes) gestiftet wurde; auch ein solcher muß von den Erben ersetzt werden.<sup>33)</sup> — Ueber Schmerzensgeld s. bei §. 1325. — Soweit es sich bei einer Besitzstörungssklage um Schadenersatz handelt (§. 339 a. E.), kommt §. 1337 zur Anwendung; im übrigen kommt es natürlich nur auf das factische Verhalten des Erben an.<sup>34)</sup>

VI. Daß die Verpflichtung zur Zahlung einer sogen. Conventionalstrafe (§. 1337)<sup>35)</sup> unbedingt vererbt, versteht sich darum von selbst, weil diese Verbindlichkeit eine contractliche ist.<sup>36)</sup> Nicht nur bei untheilbaren, auch bei theilbaren Leistungen müssen alle Erben für die Conventionalstrafe, wenn sie als Folge nicht vollständiger Erfüllung bedungen ist, haften, wenn auch nur Einer der Erben Schuld trägt; die anderen mögen gegen ihn Regreß nehmen.<sup>37)</sup>

### §. 549.

Zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten gehören auch die Kosten für das dem Gebrauche des Ortes, dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessene Begräbniß.

I. Die Pflicht zur Bestreitung der Beerdigungskosten obliegt zunächst dem Erben. Er haftet für sie, wie für eine Erbschaftsschuld<sup>1)</sup> (und zwar ist es eine besonders privilegierte Schuld: Conc. Ordg. §. 43 Z. 1), bedingt oder unbedingt, je nachdem er mit oder ohne Inventar angetreten hat (§§. 801, 802). Die Worte des Paragraphen deuten zwar auf eine stets eintretende Beschränkung auf die vires hereditatis; doch war dies nicht so gemeint.<sup>2)</sup> Mehrere Erben haften nach §§. 550, 820, 821.<sup>3)</sup> Bei erblosem Nachlasse sind die Kosten aus diesem zu decken, beziehungsweise zu ersetzen (§. 388 Westgal. G. B. III), wie sie auch sonst dem Nachlasse nicht nur vor der Einantwortung, sondern schon vor dem Antritte des Erben, nöthigenfalls durch Veräußerung von Nachlasssachen, entnommen werden dürfen (§. 46 und §. 145 des Pat. vom 9. August 1854). Wer aber hat die Kosten des Begräbnisses zu tragen, wenn

<sup>33)</sup> Taglioni VIII p. 271.

<sup>34)</sup> Vgl. Gruchot S. 24 Note 1.

<sup>35)</sup> Daß mit den Worten „Entrichtung des bedungenen Vergütungsbetrages“ in §. 1337 die Conventionalstrafe gemeint ist, beweist die Marginalnote zu §. 1336.

<sup>36)</sup> §. 366 preuß. L. R. I, 9. Unger II §. 114 R. 16; Erbr. §. 40 A. 10; ungenau Stubenrauch (1. Aufl.) II S. 278, besser in der 2. Aufl. II S. 469.

<sup>37)</sup> Hierüber ausführlich Gruchot I S. 34–36. Die dort gegebene Entscheidung gilt auch für das österr. R. „Es kommt (eben) Alles darauf an, ob die Bedingung, unter welcher die (sog.) Strafe versprochen (wurde), als eingetreten . . . zu errachten ist.“ Gruchot S. 36. — Ganz verschieden von dieser Frage, ob das Verhalten des einen Erben auch den anderen schade, ist die: in welchem Maße die Miterben für die Conventionalstrafe haften; es gilt hier nichts anderes, als bei allen anderen Schulden (§§. 820, 821).

<sup>1)</sup> Daß die Begräbnißkosten, obgleich sie an sich keine Nachlassschuld sind, wie eine Nachlassschuld zu behandeln sind, gilt auch nach gemeinem R. (Glück XI S. 412 ff., Walther in Zischf. f. E. R. u. Proc. R. F. XVII S. 376 f., L. 14 §. 3 D. de rel. 11. 7: . . . de suo enim expedit mortuos funerari . . .) und wohl den meisten Gesetzgebungen (Roch Recht der Ford. III S. 71 und Sächf. G. B. §. 2314), wie ihnen auch die Begünstigung solcher Ansprüche im Concurs gemeinschaftlich ist.

<sup>2)</sup> S. die Note 29 zum vorigen Paragraphen. — Vgl. Zeißler II S. 408 f.: „sie müssen von der Masse, oder, was auf eines hinaus läuft, von dem Erben getragen . . . werden“; vgl. ferner §. 387 pr. Westgal. G. B. III. Sintenis §. 126 I. 2. — Es ist dies ein Fall, wo man von dem Gesetze selbst das sagen kann, was es in §. 655 von dem Erblasser sagt.

<sup>3)</sup> Vorausgesetzt, daß nicht einem oder einigen von ihnen, oder einem Legatar oder einem sub modo Beschenkten diese Last von dem Erblasser ausdrücklich auferlegt ist. Ebenso kann der Erblasser vorgesorgt haben durch den Beitritt zu einem Begräbnißverein, der jedoch nur einen fixen Betrag zu zahlen pflegt, nicht die Beerdigung besorgt.



kein oder doch kein genügender Nachlaß da ist? Das a. b. G. B. übergeht die Frage mit Stillschweigen; ebenso alle unsere Juristen mit Ausnahme Stubenrauch's,<sup>4)</sup> der sich indeß auf die Bemerkung beschränkt, daß die Kosten da theils entfallen, theils von den Gemeinden<sup>5)</sup> zu tragen sind. Es ist dies aber nur mit Einschränkungen zuzugeben. Sollten denn die nächsten Angehörigen nicht vor der Gemeinde zur Erfüllung dieser von allen Völkern seit jeher für heilig gehaltenen Pietätspflicht zu verhalten sein? Müssen doch Eltern ihrem Kinde, und hätte es ihnen selbst nach dem Leben gestrebt, den nothwendigen Unterhalt vor der Gemeinde reichen und sterbend hinterlassen (§. 795)! Dazu kommt, daß in frühem Alter Gestorbene in der Regel kein Vermögen gehabt haben. Freilich läßt die Pietät der Eltern oder Verwandten die Rechtsfrage sehr selten aufkommen. Aber der Sitte muß hier doch auch ein Recht entsprechen. Von selbst bietet sich die Analogie der Alimentationspflicht dar,<sup>6)</sup> womit nicht gesagt wird, daß jene Pflicht aus dieser abzuleiten sei.<sup>7)</sup> Darnach wären zur Bestattung eines Mittellosen verpflichtet: die Ascendenten (arg. §§. 141—143), die Descendenten (arg. §. 154), der überlebende Gatte, gleichviel ob Mann oder Frau (arg. §. 796). Dies wird bestätigt durch die Worte der Min. Vdg. v. 6. August 1851:<sup>8)</sup> „die nach privatrechtlichen Grundsätzen zur Bezahlung der Leichenkosten verpflichteten Personen, nämlich die Ascendenten und Descendenten oder der überlebende Ehegatte“. . . Zweifelhafter ist die Reihenfolge, in der diese Personen verpflichtet sind. U. E. rangiren sie so: Eltern, Gatte, Kinder.<sup>9)</sup> Selbstverständlich kann auch hier eine partielle Devolution eintreten, so daß die nach einander-Verpflichteten in concreto neben einander verpflichtet sind.<sup>10)</sup> — Ist der Tod durch ein Delict (unmittelbar oder mittelbar vgl. z. B. §. 1328 b. G. B. mit A. L. R. II 1 §. 1018) herbeigeführt worden, so können die Erben oder Angehörigen wegen der Begräbniskosten den Schuldigen in Anspruch nehmen (§. 1327).<sup>10a)</sup>

<sup>4)</sup> Comm. I S. 742, Handbuch der Verwaltungs-Gesetzkunde II §. 346.

<sup>5)</sup> Von der Gemeinde des Heimaths- oder des Sterbe-Ortes? Von der letzteren; arg. Min. Vdg. 6. Aug. 1851 §. 1. Daß die Kosten nicht von der Heimathsgemeinde zu erstatten sind, wurde vom Min. d. Innern wiederholt ausgesprochen; nur für Böhmen verordnet das Ges. v. 3. Dec. 1868 §. 12 A. 3 das Gegentheil. Vgl. Mayerhofer Handb. f. d. politischen Verwaltungsdienst II. Thl. I. Abth. (Wien 1875) S. 181 Nr. 1. Es existiren darüber auch verschiedene Staatsverträge; f. Stubenrauch Comm. a. a. O., Aftl Alphab. Sammlung der politischen Gesetze I. Bd. S. 165, Michel Nr. 1005.

<sup>6)</sup> Diese Analogie ist benutzt in Sammlung VII Nr. 3227 (ebenso Spr. Rep. Nr. 10) gerade in einem Falle, wo am leichtesten Zweifel entstehen, nämlich hinsichtlich des unehelichen Vaters; — ganz mit Recht, doch in der ersteren Entscheidung mit der nicht glücklichen Wendung: durch die Bestattung werde „an dem Kinde das letzte Werk leblicher Sorgfalt geübt“.

<sup>7)</sup> Vgl. über die verschiedenen Meinungen hinsichtlich dieses Punktes für das gemeine R. Glük XI S. 418 ff.

<sup>8)</sup> Bei Aftl und Michel (f. Note 5).

<sup>9)</sup> Vgl. über das analoge Verhältniß hinsichtlich der Alimentation Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 548 Nr. 7 und S. 562 f. — Zum Theile abweichende Bestimmungen gelten im gemeinen R. (Windscheid II §. 430 Nr. 20) und im preussischen L. R. (Gruchot II S. 422 f.).

<sup>10)</sup> Vgl. bei §. 1220.

<sup>10a)</sup> Gewiß mit Unrecht a. M. Winwarter IV S. 587, „weil sie (die Kosten) in jedem Falle des Ablebens eingetreten wären.“ Dagegen die Entscheidung in Peitler's Sammlung Nr. 761 (wo freilich der Beklagte diese Verpflichtung selbst anerkannte), Stubenrauch (zweite Aufl.) II S. 456 bei und in Note 1. Schon die Prot. (3. Dec. 1807) erklären, wenn auch zur Motivierung einer anderen Entscheidung: „Man ging hier von dem Grundsatze aus, daß der Witwe oder den Kindern des Getödteten voller Ersatz geleistet, daß diese durch die Schuld des Verleßers nicht das Geringste leiden sollen. . .“ Im sächsischen G. B. §. 1491 ist diese Frage ausdrücklich in unserem Sinne entschieden.

Pfaff und Hofmann, Commentar z. b. Ges. Buch. II.

II. Actio funeraria. Wenn ein Nichtverpflichteter (nicht donandi animo) die Kosten bezahlt hat, so hatte er nach römischem Rechte die a. neg. gest. contr., oder wenn deren Voraussetzungen nicht vorlagen, namentlich selbst dann, wenn er gegen das (nicht gerechtfertigte) Verbot des Verpflichteten gehandelt hat, die actio funeraria<sup>11)</sup> auf Erstattung der nicht übermäßigen Kosten. — In unseren Polizeistaaten ist das Bedürfnis, aus dem jene hervorgegangen ist, ein geringeres als in Culturverhältnissen, in denen auch die actiones populares ihre Erklärung finden; verschwunden jedoch ist es nicht; denn in vielen Fällen, wo die Billigkeit den Ersatz solcher Ausgaben dringend heischt, wird ein animus negotia gerendi nicht vorhanden sein. Der §. 387 Westgal. G. B. III gab in mißlungener Fassung<sup>12)</sup> demjenigen, der die Kosten eines dem Ortsgebrauch, dem Stande und Vermögen des Verstorbenen angemessenen Begräbnisses, ohne dazu verpflichtet zu sein, bestritten hat, einen Ersatzanspruch gegen den Erben,<sup>13)</sup> „als wenn er von ihm dazu bevollmächtigt gewesen wäre.“ Zeiller bemerkte in's Hauptstück „von vermutheten Verträgen“, sondern besser in's Hauptstück von der Antretung der Erbschaft oder an diese Stelle gehöre; auch schlug er eine dem funeraria geschieht darin nicht die mindeste Erwähnung. Zeiller, mit dem die Anderen auch hierin einverstanden waren, bemerkte: daß der Erbe demjenigen, welcher an seiner Stelle die Kosten bestritten hat, selbe ersetzen müsse, erhele er an dem Gesichtspunkt des „vermutheten Vertrags“ und zwar speciell des „vermutheten Auftrages“ festhielt, zeigt sein Comm. II S. 409. Daraus würde a. neg. gest. contr. hier Platz greife. Danach aber würde namentlich der gegen des Erben Verbot sich Einnemgende nie einen Anspruch haben. Dennoch kann dies wegen des §. 1042, auf den sich schon Zeiller beruft, nicht durchgreifend behauptet werden, obgleich es absurd ist, von einem Solchen zu sagen: er habe sich „inner der Grenzen des vermutheten (!) Auftrags gehalten“ (Zeiller). So muß denn wohl auch bei uns, wie bei der römischen actio funeraria,<sup>14)</sup> sehr viel dem billigen richterlichen Ermessen anheimgegeben bleiben, und es wird die Ersatztage bald unter den Gesichtspunkt der a. neg. gestor., bald unter den der a. de in rem verso fallen. Dabei ist zu bedenken: a) daß zwar die Pflicht der Beerdigung sehr oft noch unbekannt ist, wer der Erbe sein werde. Die von einer vitae communio zuletzt gelebt hat, angeordnete Beerdigung kann in der Regel so wenig als eine unbefugte Einnemgung angesehen werden, daß der die Todfallsaufnahme vollziehende Gerichtsabgeordnete diesen Personen „die zur Beerdigung der Leichenkosten erforderlichen Beträge aus den Verlassenschaftsgeldern“ vorzuschießen hat (§. 46 des Pat. v. 9. Aug. 1854). Ueberhaupt ist es zweierlei: das Begräbniß anordnen (es besorgen), und es bezahlen. Die Pflicht zu dem einen und die zu dem anderen kann verschiedenen Personen obliegen.<sup>15)</sup> Die

<sup>11)</sup> Glük XI S. 421 ff., Seuffert §. 346 B. 3 und die bei Windscheid u. Walthers S. 370 ff.

<sup>12)</sup> Man kann von einem solchen neg. gestor im weiteren S. nicht sagen: er habe „die Pflicht auf sich genommen“.

<sup>13)</sup> §. 388 auch gegen die hereditas iacens bez. deren Curator.

<sup>14)</sup> Glük XI S. 424.

<sup>15)</sup> Etwas ähnliches in §§. 141, 142 a. b. G. B.



letztere ist eine privatrechtliche (s. Abs. I), die erstere eine sittliche (factische) und polizeiliche — der Todte kann nicht lange warten, ohne die Lebenden zu schädigen; — naturgemäß muß daher diese Pflicht in der Regel den Hausgenossen obliegen. Darum darf aus ihrem vorbehaltslosen Eingreifen nicht ein den Ersatzanspruch ausschließender animus<sup>16)</sup> gefolgert werden. Dies ist anerkannt in Sammlung I Nr. 71.<sup>17)</sup> — b) Andererseits sollte es sich von selbst verstehen, daß ein Unberufener sich einer solchen Angelegenheit erst dann annehmen darf, wenn die Berufenen ihre Pflicht zu thun versäumen. Gegenüber ausdrücklichem Verbote wird eine Anzeige an die Behörden, denen die Aufsicht über die Befolgung der die Leichenbestattung betreffenden Geseze obliegt, richtiger sein, als eigenmächtiges Handeln; doch kommt Alles auf die concreten Umstände an. Ein muthwilliges Einmengen in fremde Angelegenheiten ist nirgends, also auch hier nicht zu begünstigen. Darum kann die oberstgerichtliche Entscheidung in Sammlung VIII Nr. 3650<sup>18)</sup> nicht gebilligt werden. — Daß auch der Beneficiarerbe selbst das

<sup>16)</sup> Der Ausdruck animus donandi wäre zu eng. Wer nur aus Pietät gegen den Verstorbenen handelnd (also nicht mit Rücksicht auf die Verpflichteten) die Leichenfeier aus Eigenem bezahlen will, hat keinen animus donandi und dennoch keinen Ersatzanspruch. L. 14 §. 7. 9. D. de rel. 11. 7. Andererseits ist zur Wahrung dieses Anspruches nur das Fehlen des eben beschriebenen animus, nicht das Vorhandensein eines bestimmten animus neg. aliena gerendi zu erfordern. Oft werden die Veranlasser des Begräbnisses nicht wissen und auch gar nicht darüber nachdenken, ob sie die Verpflichteten seien oder nicht. Genug, wenn sie nur den animus recipiendi haben (Walther S. 379) oder sich irrig selbst für verpflichtet halten. L. 14 §. 11 L. 32 pr. h. t.

<sup>17)</sup> Der überlebende Mann hatte Bestellungen für die Leichenfeier gemacht; Universal-erben der Frau waren aber deren Eltern. Daß die Kosten effectiv von diesen zu tragen waren, ist gewiß. Eine andere Frage aber ist, ob sich der Wachskerzen-Fabrikant an den Besteller oder direkt an die Erben zu halten hatte. Er that letzteres und die beiden höheren Instanzen billigten dies. Wir glauben, daß, wie bei der actio funeraria derjenige, „welcher dem eigentlichen Besorger einzelne Bedürfnisse zur Beerdigung geliefert hat,“ — also wo nicht hervorgetreten ist, daß er damit selbst als „Besorger“ des Begräbnisses auftreten wollte, gegen die Masse keinen Anspruch erheben kann; „denn er hat seine Klagen gegen den Besorger selbst“. Schweppe Röm. Priv. R. 4. Aufl. V S. 8. Daran darf die Fassung des §. 549 (mit Rücksicht auf Note 2 und Text nach Note 13 zu diesem Paragraphen) nicht irre machen; wenn wir auch im österr. Recht beim Mandat das Princip. direkter Stellvertretung haben, so kann doch bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag vor der rathabitatio von einer solchen nicht die Rede sein. Somit war durch die Bestellung nur der Mann obligirt, dem seinerseits der Regreß gegen die Erben freistand. — In dem noch zu erörternden Falle Sammlung VIII Nr. 3650 glaubte die I. Instanz: der Dritte habe die Wahl zwischen der Klage gegen den neg. gestor und der gegen den dominus negotii, während die höheren Instanzen auch da nur die Klage gegen den dominus neg. zuließen. Gegen die letztere Annahme s. die folgende Note. Gegen die erstere ist zu erwägen, daß es schwerlich zu rechtfertigen ist, eine Verpflichtung des dominus negotii de in rem verso gegenüber dem Lieferanten einzelner Bedürfnisse ohne Weiteres anzunehmen, wo ohnedies unzweifelhaft eine solche auch diese Gegenstände umfassende Verpflichtung dieses dominus gegenüber dem „Besorger“ entweder unter dem Gesichtspunkt der neg. gestio oder der in rem verso schon besteht.

<sup>18)</sup> Ausführlicher mitgetheilt in der Gerichtshalle 1870 Nr. 50. — Jemand hatte ein „pomphöses Leichenbegängniß“ bestellt (die Kosten betrugen freilich in Wahrheit 80 fl.), ohne daß „im Proceße aufgeklärt wurde, aus welchem Interesse und in welcher Eigenschaft“ er dies gethan. Der, bei dem die Bestellung gemacht, hielt sich, nachdem er „die Kosten von der Verlassenschaft nicht erlangen konnte“, an den Besteller und siegte in I. Instanz, die sich auf §. 1152, ferner darauf berief, daß der Besteller nicht außer Obligo sein könne, da er gewiß haften mußte, wenn die Kosten übermäßige wären, und endlich geltend machte, daß der Kläger nicht verpflichtet sei, die Einantwortung des Nachlasses abzuwarten; während er in II. und III. abgewiesen wurde, in II., weil „aus der bloßen Bestellung . . . die stillschweigende Erklärung des Bestellers, daß er die Kosten anstatt der Verlassenschaft zahlen werde, nicht vermuthet werden kann“, in III. Instanz, weil „die Bestellung des Begräbnisses als eine concludente Handlung im Sinne des §. 863 a. b. G. B. sich nicht darstellt“. Gegen diese Entscheidung ist mehreres zu erinnern: 1) ist jeder Ersatzanspruch abzuweisen, so lange keine causa probabilis zur Einmennung dargethan wird; 2) am aller-

aus Eigenem auf diese Kosten Vorgeschoffene aus dem Nachlaß sich ersetzen darf, versteht sich (nach §. 802 i. f. verglichen mit dem hier Eingangs zu §. 549 Bemerkten) von selbst.

III. Sowohl für die unter I. als die unter II. behandelte Frage bestimmt sich das Maß des Aufwandes für das Begräbniß: 1) durch den Willen des Verstorbenen; soll er juristisch bindend sein, so muß er in einem gültigen letzten Willen oder in einem Vertrage inter vivos (z. B. donatio sub modo) erklärt sein; eine Schranke findet der letzte Wille auch in dieser Richtung an dem Pflichttheilsrecht (§. 786);<sup>19)</sup> 2) in Ermangelung solchen Willens sollen die Kosten „dem Gebrauche des Ortes,<sup>20)</sup> dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessen“ sein (§. 549).<sup>21)</sup> <sup>22)</sup>

### §. 550.

Mehrere Erben werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen. Sie stehen in dieser Eigenschaft vor der gerichtlichen Uebergabe (Einantwortung) der Erbschaft Alle\*) für Einen und Einer für Alle. Inwiefern sie nach der erfolgten Uebergabe zu haften haben, wird in dem Hauptstücke von der Bestimmung der Erbschaft bestimmt.

I. Ueber die hauptsächlichste Frage, nämlich in welchem Maße die mehreren Erben den Erbschaftsgläubigern und den Legataren haften, wird unten bei den §§. 820 und 821 gehandelt werden, auf welche der Schlusssatz des §. 550 selbst hinweist. Dort wird auch von der Entstehung dieses Paragraphen die Rede sein.

II. Der Erbe wird Herr des Nachlasses,<sup>1)</sup> die mehreren Erben (Miterben) sind condomini hereditatis, ihre Stellung vergleichbar derjenigen der condomini rei.<sup>2)</sup> §. 550 sagt von den coheredes: sie „werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen“; §. 828 sagt von den condomini rei: „so lange Alle einverstanden sind, stellen sie nur Eine Person vor.“ Wie keiner der Miteigenthümer gegen den Willen der anderen „in der gemeinschaftlichen Sache eine Veränderung vornehmen kann“ (§. 828), wohl aber jeder

wenigsten darf aber ein Unberufener ein „pompöses“ Leichenbegängniß bestellen; thut er es, so muß er es zahlen (bez. das Plus über die „angemessenen“ Kosten); 3) ob der Besteller sich dem Dritten obligirt habe, ist eine ganz andere Frage als die, ob er die Kosten effectiv zu tragen habe; für fremde Rechnung contrahiren und in fremdem Namen contrahiren, sind ganz verschiedene Dinge, die von der II. und III. Instanz vermennt wurden; 4) aus §. 549 folgt nur ein Erbschaftsanspruch des Bestellers, wenn seine Einnischung in diese Angelegenheit sich billigen läßt, keineswegs aber ein directes Klagerecht des Dritten gegen den Erben (bez. die hereditas iacens), am wenigsten aber die Negirung einer Klage des Dritten gegen den neg. gestor (vgl. vorige Note); 5) daß dieser nicht außer Obligo erklärt werden darf, selbst dann nicht, wenn man dem Dritten (u. E. mit Unrecht) ein directes Klagerecht gegen den dominus negotii einräumt, zeigt sich am deutlichsten dann, wenn die Kosten übermäßige sind, also nur zum Theile vom dominus negotii ersetzt zu werden brauchen; soll der Dritte dann für den Rest leer ausgehen und für fremde Leichtigkeit büßen?! —

<sup>19)</sup> Arg. vb. „andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten“.

<sup>20)</sup> Daß hiemit kein (locales) Gewohnheitsrecht anerkannt sei, bemerken mit Recht Winwarter I S. 91 f. und Unger I S. 38—41.

<sup>21)</sup> Darüber, was dazu gehöre, vgl. Walther a. a. O. S. 339 ff., 424 ff., Koch S. 74 f. Die „Trauerkosten“ sind eine nicht die Verlassenschaft treffende Auslage; so schon das Erbsteuerpat. 15. Oct. 1810 J. G. S. Nr. 914 (S. 237); vgl. Gebührenges. 9. Febr. 1850 S. 57.

<sup>22)</sup> Ist jedoch der Verstorbene als Eridar nach Eröffnung des Concurſes gestorben, so stehen nur „die mit dessen Beerdigung unvermeidlich verbundenen Auslagen“ in der ersten Classe.

\*) Der Text in der Justiz-G. S. und der ersten officiellen Ausgabe hat: „alle“; aber vgl. §. 891.

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 6 ff. Abs. II, III.

<sup>2)</sup> S. Abs. III a. a. O.



freie Verfügung über sein Recht hat (§. 829), mit andern Worten über den ideellen, aber über keinen reellen Theil verfügen kann, — so kann auch der Miterbe über den Nachlaß nicht eigenmächtig verfügen, könnte es aber an sich über sein Recht, wäre dies nicht unübertragbar.<sup>3)</sup> Eine factische Analogie zu §. 829 findet sich dennoch auch hier, da jeder Erbe seinen Erbtheil, d. h. die ideelle Quote, veräußern kann (nämlich schon vor der Erbtheilung §. 1278), worin keine Verfügung über einen reellen Nachlaßtheil, andererseits freilich auch keine Uebertragung des Erbrechtes, sondern nur die obligatorische Verpflichtung enthalten ist, denselben praktischen Erfolg herbeizuführen, als ob eine solche Uebertragung stattgefunden hätte.<sup>4)</sup> Die Rechte der anderen Miterben werden davon nicht berührt.<sup>5)</sup>

III. Die mehreren Erben haften vor der Einantwortung solidarisch (§. 550, 2. Satz); die Gläubiger können aber ihre Befriedigung vorerst nur aus dem Nachlasse erlangen,<sup>6)</sup> der während der Verlassenschaftsabhandlung auch nach dem Erbschaftsantritte noch in vielen Beziehungen wie ein ruhender zu behandeln ist,<sup>7)</sup> so daß die Miterben in dieser Zeit eine theilweise ähnliche Stellung haben, wie mehrere Curatoren der hereditas iacens. Dennoch darf man nicht sagen:<sup>8)</sup> die Gläubiger haben die Erbschaft zu ihrem Schuldner, nicht den oder die Erben. Sobald die hereditas angetreten ist, scheidet sie aus dem Kreise der Rechtssubjecte, folglich kann jenes nicht richtig sein. Die Ausübung der Rechte, nicht aber diese selbst werden durch die Verlassenschaftsabhandlung alterirt. Curatoren vertreten fremde Interessen, Miterben ihre eigenen; daher ist es unrichtig, sie mehreren Vertretern einer juristischen Person gleichzustellen, während sie nur in manchen Beziehungen ihnen verglichen werden können.<sup>9)</sup> — Näheres bei §§. 820, 821.

IV. Bei §. 547 wurde im Absatz IX erörtert, ob und wieweit aus der Repräsentation des Verstorbenen (dem sogen. Princip der Personeneinheit) Folgerungen für den dem Erben zugesprochenen Haupttheil gemacht werden können. Viel schwierigere Fragen entstehen bei einer Mehrheit von Erben; und zwar streitet man am meisten über solche Fälle, wo die Delation des Eides vor der Einantwortung erfolgt ist. Weder ist es zulässig, auf sie anzuwenden, was von mehreren Vertretern einer juristischen Person (z. B. einer Gemeinde) gilt (siehe vorigen Absatz), noch ist die Sache damit erledigt, daß man die Miterben als Litisconsorten bezeichnet; sondern es ist vor Allem festzuhalten, daß die Miterben Solidarschuldner sind (§. 550, 2. Satz). Damit steht fest, daß von einer theilweisen Erlöschung der Forderung des Klägers, je nachdem einige Erben schwören, andere den Eid zurückziehen wollen, nie die Rede sein könne. Oberstgerichtliche Entscheidung Sammlung II Nr. 816.<sup>10)</sup> Sonach kann die Schuld nur ganz oder aber gar nicht abgeschworen werden. Wenn nun Jemand die Miterben gemeinschaftlich wegen einer Schuld des Erblassers belangt und ihnen den Haupttheil

<sup>3)</sup> S. oben a. a. O. Abs. II. Das Recht des Erben; der Delat kann sich seines Rechtes durch Ausschlagung, der Anwärter seiner Hoffnung durch Verzicht begeben.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger Erbr. §. 49.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger §. 49 Text M. 4.

<sup>6)</sup> Unger §. 43 A. 1.

<sup>7)</sup> Unger §. 40 Text M. 2. — Vgl. oben bei §. 547 IV b) C. 39.

<sup>8)</sup> Wie selbst Unger (a. a. O. zuletzt a. O.) thut.

<sup>9)</sup> Mit dies auch gegen Unger; in viel höherem Grade aber wird das oben Ausgeführte verkannt von W. Bessely in dem in N. 55 zu §. 547 cit. Aufsätze.

<sup>10)</sup> Vgl. etwa auch Sammlung I Nr. 269, wo dieser Grundsatz ungetheilte Haftung indeß nur nebenbei zur Sprache kommt. — Verschieden von der obigen Frage ist die, ob der Einzelne nicht für seine Person abschwören kann, so daß er persönlich außer Obligo käme, ohne daß der Umfang der Forderung des Klägers damit verändert würde. Vor der Einantwortung ist jedenfalls auch dies unstatthaft.

austrägt, so erscheint — wie mit Recht die II. und III. Instanz in Sammlung II Nr. 1025 und in Sammlung VII Nr. 3398 erkannt haben — die Schuld nur dann als abgeschworen, wenn alle Erben sie abschwören, „weil sonst gerade derjenige, der von der zu verneinenden Thatsache Wissenschaft hat, die Ablegung dieses Eides unterlassen könnte.“ — Wie aber, wenn der Kläger einen Erben auf die ganze Schuld belangt, da „Einer für Alle steht“? Vor der Einantwortung darf er dies nicht; zwar sind die Erben seine Schuldner,<sup>11)</sup> aber der Gläubiger kann vorerst nur Zahlung aus dem Nachlasse verlangen. Wie aber wenn der Gläubiger die Miterben zwar gemeinschaftlich belangt, aber den Haupteid nur Einem von ihnen aufrägt? Die Anderen können sich darüber nicht beklagen; denn wenn auch ihnen Allen der Eid deferirt gewesen wäre, so hätte die Weigerung des Einen ihnen geschadet. Folglich war die Entscheidung der II. und III. Instanz in Sammlung II Nr. 830 eine Consequenz der schon erwähnten Entscheidungen in Nr. 1025 und Nr. 3398.<sup>12)</sup>

Verzicht auf das Erbrecht.<sup>1)</sup>

### §. 551.

Wer über sein Erbrecht selbst gültig verfügen kann, ist auch befugt, im voraus darauf Verzicht zu thun. Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen.

I. Die im römischen Rechte<sup>2)</sup> verbotenen Erbverzichte kamen im Mittelalter in Uebung<sup>3)</sup> und werden von der Mehrzahl der neueren Gesetze anerkannt,<sup>4)</sup> so auch vom österreichischen in obigem, 1807 und 1809 entstandenen Paragraphen.<sup>5)</sup>

II. Die ältere Theorie<sup>6)</sup> faßte den Erbverzicht als einen obligatorischen Vertrag über den künftigen Nachlaß auf; die heute herrschende, von Fasse angelegentlich wirkenden Vertrag über das „Erbrecht“,<sup>7)</sup> wofür auch der Wortlaut der §§. 538, 551 a. b. G. B. spricht.<sup>8)</sup> Daran ist zu billigen die Negation jener älteren Meinung und die Statuirung des erbrechtlichen Vertrages; nicht zu billigen dagegen die Formulirung des positiven Theils dieser Lehre. Denn ein (nicht existirendes) „Erbrecht“ (viventis nulla hereditas) kann nicht „sofort zerstört“ werden; und die „Erbverbindung“ (beim gesetzlichen Erben) wird nicht gelöst. Denn daß dem Verzichtenden nicht deferirt wird, ist nicht etwa auf eine Aenderung der juristischen Qualitäten (des sogen. status) zurückzuführen. Der Erbverzicht kann nicht der emancipatio des alten römischen Rechtes oder der Ehetrennung unseres Rechtes (§. 1266 a. E.) an die Seite gestellt werden, durch welche allerdings die Erbverbindung gelöst wird. Unrichtig ist deshalb auch die Be-

<sup>11)</sup> Ihre Schuld datirt vom Erbschaftsantritt an; wenn sie unbedingt angetreten haben, haften sie über den Bestand des Nachlasses hinaus, wenn auch vorläufig die Execution nur auf diesen geführt werden kann.

<sup>12)</sup> Ein weiteres Eingehen auf die Casuistik ist hier unthunlich, da es zu sehr in processualische Materien und in die Lehre von der solidarischen Haftung führen würde.

<sup>1)</sup> Eine ausführliche Abhandlung dieses Gegenstandes bringen die „Excursen“; hier werden nur die Resultate kurz zusammengefaßt. Dort findet sich auch (in N. 6) die österr. Literatur vergeichnet. Dazu Hofmann in Grünhut's Ztschft. III (1876) S. 649–669.

<sup>2)</sup> Abhdlg. in d. Excursen N. 1–3; vgl. Fasse im Rhein. Museum II S. 154 ff.

<sup>3)</sup> Beseler Erbverträge II, 2 §§. 24, 26; System §§. 161, 173.

<sup>4)</sup> Dagegen verworfen im franzöf. G. B., a. 791, 1130.

<sup>5)</sup> Im Westgal. G. B. II §. 334 wird die Gültigkeit der Erbverzichte vorausgesetzt.

<sup>6)</sup> Vgl. Beseler Erbverträge II 1. Abth. §§. 5, 6; 2. Abth. §. 24.

<sup>7)</sup> Fasse S. 151; vgl. S. 199 f.

<sup>8)</sup> Beseler Erbverträge II 2. Abth. S. 240.



hauptung,<sup>9)</sup> daß selbst nach (*contrario consensu*) aufgehobenem Erbverzicht der Verzichtende nur durch formelle Erbeinsetzung zum Erben gemacht werden könne. Auch widerstrebt die unzweifelhafte Möglichkeit theilweiser und resolutiv-bedingter Erbverzichte der herrschenden Formulirung des Erbverzichts, dessen Wirkungen vielmehr am richtigsten denen einer testamentarischen Ausschließung von der Erbfolge verglichen werden; nur sind sie gesicherter. Der Erbverzicht ist ein Gegenstück zum Erbvertrag (§. 1249 ff.), dessen Wirkungen sich von denen einer testamentarischen Einsetzung auch nur durch den festeren Bestand unterscheiden.<sup>10)</sup>

III. Der Erbverzicht ist auch im österr. Rechte immer ein Vertrag, also eine erklärte Willenseinigung, nicht (wie die Ausschlagung) eine einseitige Willenserklärung;<sup>11)</sup> — und zwar ein Vertrag mit dem Erblasser, dem sich etwa dritte Personen anschließen mögen; aber direkt mit einem Dritten geschlossen stellt sich der sogenannte Erbverzicht als ungültiges *pactum de hereditate tertii viventis* dar (§. 879 Z. 4).<sup>12)</sup>

IV.<sup>13)</sup> Der historische Normalfall ist der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht; eine erhöhte Bedeutung hat er hinsichtlich des Pflichttheils. Verzicht auf verträgliches Erbrecht ist Aufhebung des Erbvertrages *contrario consensu*. Die Meinung, daß der Verzicht desjenigen, dessen Erbfolge vom Erblasser vereitelt werden kann, sinnlos sei, enthält eine einseitige Uebertreibung eines richtigen Gedankens. Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Verzichtende nach den verhältnismäßigen Verhältnissen als nächster Anwärter erscheint. Verzicht auf ein testamentarisches Erbrecht ist zwar nicht an sich, wie Viele glauben, widersinnig, aber allerdings von sehr geringer praktischer Bedeutung<sup>14)</sup>. — Der Verzicht auf die gesetzliche Erbfolge schließt auch vom Pflichttheil aus (§. 767), nicht auch umgekehrt der Verzicht auf diesen von der gesetzlichen Erbfolge, außer es ginge (in concreto) die Meinung dahin, man wolle nichts, nicht einmal den Pflichttheil ansprechen. — Auch theilweiser Verzicht ist zulässig (Sammlung I Nr. 36). Wenn Jemand zugleich Allodialerbe und Fideicommissnachfolger eines Anderen ist, so ist sein Verzicht im Zweifel auf die Allodialerbschaft zu beschränken.

V.<sup>14)</sup> Weil der Erbverzicht nicht mit der Ausschlagung einer deferirten Erbschaft, sondern mit der testamentarischen Ausschließung von der Erbfolge zu vergleichen ist, so ist die Statthaltigkeit bedingter Erbverzichte, und zwar sowohl resolutiv- als suspensiv-bedingter, nicht zu bezweifeln, und sind auf solche Verhältnisse die Bestimmungen der §§. 707 und 708 a. b. G. B. analog anzuwenden. Es ist nämlich so, als wäre der Verzichtende testamentarisch von der Erbfolge unter einer Bedingung ausgeschlossen. Nun ist aber offenbar eine resolutiv-bedingte Ausschließung gleich einer suspensiv-bedingten Einsetzung, und eine suspensiv-bedingte Ausschließung gleich einer resolutiv-bedingten Einsetzung. Das Weitere ergibt sich aus jenen Paragraphen von selbst.

Als ein bedingter Erbverzicht ist im Zweifel auch derjenige anzusehen, der ausdrücklich zu Gunsten bestimmter Personen geschieht. Wenn keine aus diesen erbt, so wird dem Verzichtenden deferirt, und zwar auch dann, wenn dem „Begünstigten“ die Erbschaft bereits deferirt war, er aber stirbt, ohne erworben

<sup>9)</sup> Von Beseler II, 2 S. 258 und Unger Erbr. §. 30 N. 10.

<sup>10)</sup> Ueber Wesen und Wirkung des Erbverzichts ausführlich: Hofmann a. a. O. (f. N. 1) und Excurse Abs. V und VI.

<sup>11)</sup> Excurse Abs. III.

<sup>12)</sup> Excurse Abs. IV.

<sup>13)</sup> Zu diesem Abs. vgl. Excurse Abs. VII.

<sup>14)</sup> Bedenken gegen seine Statthaltigkeit könnte §. 719 erregen; aber es ist eben nur die (nicht genug zu tadelnde) Formlosigkeit des Erbverzichts, welche auf diesem Punkte, wie auf vielen anderen, Unzulänglichkeiten mit sich führt.

<sup>15)</sup> Vgl. Excurse Abs. VIII.

zu haben (anal. §. 809). Der Verzicht zu Gunsten eines von mehreren Mitberufenen kommt, wenn der Begünstigte Erbe wird, Allen zu Gute; der Verzichtende hat nicht die Macht zu bestimmen, wem die von ihm aufgegebene Portion zufallen solle; ein „translativer Verzicht“ ist eine *contradictio in adiecto*.

VI.<sup>15)</sup> Je näher die Wirkungen des Erbverzichts denen eines Testamentes kommen, um so weniger ist es zu billigen, daß für Erbverächte keine Form vorgeschrieben ist.<sup>16)</sup> Dennoch steht dies fest, und darf der Sprachgebrauch, welcher den Erbverzicht unter die „Erbverträge“ (im weiteren Sinne) stellt, hieran nicht irre machen. Ein Erbverzicht kann auch in einer anderen Erklärung implicite enthalten sein (z. B. Sammlung I Nr. 36).

VII.<sup>17)</sup> Die dem Verzichtenden gegebene Abfindung kann, weil ein solches Geschäft in gewissem Sinne allerdings ein aleatorisches ist, nicht *condicirt* werden, wenn der Verzicht keine materiellen Folgen hat, z. B. weil der Verzichtende vor dem Erblasser stirbt. Anders, wenn Jemand auf seinen Pflichttheil verzichtete und dann zur gesetzlichen Erbfolge kommt; hier findet *condictio* statt. Die beiden Fälle sind eben sehr verschieden: hier erweist sich der Verzicht als „unnütz“, weil der Verzichtende trotz des Verzichtes erbt; dort, weil er auch ohne den Verzicht nicht geerbt haben würde.

VIII.<sup>18)</sup> Jeder,<sup>18a)</sup> der „über sein Erbverächte selbst gültig verfügen“ (§. 551) d. h. eine deferirte Erbschaft ausschlagen kann (somit nicht der Erbbatar gegen den Willen der Gläubigerschaft: §. 4 Conc. D.), kann verzichten, was auch durch einen speziell Bevollmächtigten (anal. §. 1008) geschehen kann. Wegen Minderjähriger u. s. w. s. §§. 233, 271 a. b. G. B. — Entgegen nehmen kann den sogenannten unentgeltlichen Verzicht jeder *infantia maior*,<sup>19)</sup> hinsichtlich des entgeltlichen ist §. 865 i. f. analog anzuwenden.

IX.<sup>20)</sup> Wer auf sein Erbverächte überhaupt verzichtet, vergrößert die Pflichttheile der anderen Notherben, da er bei der Bemessung nicht mitgezählt wird, weil er auch ab intestato nicht geerbt haben würde (§. 767). War dagegen der Verzicht nur auf den Pflichttheil als solchen gerichtet, so wird durch ihn die Testirfreiheit erweitert, nicht die Pflichttheile der Anderen (vgl. Unger §. 80, A. 3).

X.<sup>21)</sup> Eine mehr umfang-, als lehrreiche Literatur hat sich über den Schlusssatz des §. 551 gebildet; und doch sind seine planen Worte ganz adäquat dem Gedanken. Durch die Protokolle steht es unumstößlich fest, daß dieser (sachlich nicht zu billigende) Satz als Consequenz der alten falschen Repräsentationstheorie gedacht war, welche Theorie nicht etwa nur „gelegentlich noch nachwirkte“, sondern von den Redactoren scharf formulirt und mit klarem Bewußtsein angewendet wurde. Jeder Versuch, diesen Satz einschränkend auszulegen, ist verfehlt. Die Nachkommen sind ausgeschlossen, gleichviel, ob sie nun den Verzichtenden beerben oder nicht, ob sie zur Zeit der Verzichtleistung ihres Patens schon geboren waren oder nicht, ob der Verzichtende vor oder nach dem Erblasser gestorben ist (unrichtig die II. Instanz in Sammlung I Nr. 151 und in Nr. 331 der Peitler'schen Sammlung). Kaum den Schein eines Grundes hat die Meinung Osan's und Winiwarter's für sich, daß der Schlusssatz von

<sup>15)</sup> Vgl. Excursus Abs. IX.

<sup>16)</sup> Ist freilich der Erbverzicht im einzelnen Falle als Ehepact gedacht, so muß natürlich die für Ehepacte geltende Form beobachtet werden.

<sup>17)</sup> Vgl. Excursus Abs. X.

<sup>18)</sup> Vgl. Excursus Abs. XI.

<sup>18a)</sup> Die für Erbverträge in §. 602 (vgl. §. 1249) aufgestellte Einschränkung gilt für Erbverächte nicht.

<sup>19)</sup> Arg. §§. 865, 1250. De lege ferenda ist Testirfähigkeit zu verlangen.

<sup>20)</sup> Vgl. Excursus Abs. XII.

<sup>21)</sup> Vgl. Excursus Abs. XIII.



§. 551 nicht zu §. 767 zu ziehen sei, mit andern Worten: daß die Nachkommen des Verzichtenden zwar von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden, aber für den Fall, wo ohne den Verzicht für sie die Reihe der gesetzlichen Erbfolge eingetreten wäre, ihr Recht auf den Pflichttheil behalten! — Daß in §. 632 pr. hinsichtlich des Verzichtes des Fideicommissinhabers das Gegentheil angeordnet ist, ist nicht als Ausnahme von der Regel des §. 551 gedacht; vielmehr sind beide Vorschriften (§. 551 i. f. und §. 632 pr.) im Sinne der Redactoren Ausflüsse allgemeiner Rechtswahrheiten. Dort dachte man sich das Recht des „Repräsentanten“ abhängig von dem seines Parens; hier konnte man nicht daran zweifeln, daß jeder Fideicommissinhaber sein Recht dem Stifter, also keiner seinem Vorgänger es verdanke.<sup>22)</sup>

## Neuntes Hauptstück.

### Von der Erklärung des letzten Willens überhaupt und den Testamenten insbesondere.\*)

Das entsprechende (XI.) Hauptstück des Westgal. G. B. war überschrieben: „Von letztwilligen Verordnungen.“ Zeiller tadelte an dieser Ueberschrift, sie sei tautologisch<sup>1)</sup> und dem Inhalte des Hauptstückes nicht genau entsprechend, besonders da auch die Gegenstände der nachfolgenden Hauptstücke (Substitutionen, Vermächtnisse) Verordnungen des Erblassers seien. Deshalb beantragte er die jetzige Ueberschrift,<sup>2)</sup> die auch einstimmig angenommen wurde (9. Jänner 1804).

Aus der Erwägung, daß zur Gültigkeit eines Testamentes oder Codicilles gehört, daß es von einem fähigen Testator in einer gesetzlich anerkannten Form mit statthaftem Inhalte errichtet ist, würde sich als die natürlichste Gliederung des Stoffes die folgende ergeben: a) von der testamenti factio; b) von den Testamentformen; c) von der Beschaffenheit des Willens und seiner Erklärung und von dem Inhalte der letzten Willenserklärung. Die Anordnung des Stoffes im IX. Hauptstück ist eine andere. Nach zwei mit Recht an die Spitze gestellten definirenden Paragraphen wird in den Paragraphen von der Erbeinsetzung (also vom Inhalte), in den §§. 560—563 vom „Recht des Zuwachses“ (von der Accrescenz), dann in den §§. 564, 565, 570—572 von der Willenserklärung, in den §§. 566—574 (mit Ausschluß der nicht hin gehörigen §§. 570—572) von der Testirunsfähigkeit, hierauf (nach zwei allgemeine Grundsätze aussprechenden Paragraphen) von den Testamentformen gehandelt (§§. 577—601). Das Hauptstück schließt mit zwei verweisenden Paragraphen.

Diese im Wesentlichen aus dem Westgal. G. B. beibehaltene Anordnung

<sup>22)</sup> Vgl. Zeiller II S. 411.

\*) Literatur: a) österr. R. Ant. Ascona Teoria generale delle forme interne ed esterne delle dichiarazioni delle ultime volontà . . . (Milano 1822). Ein Werkchen, dessen Inhalt viel enger begrenzt ist, als der Titel erwarten läßt; rec. in der Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1830 (III S. 445 f.). Die übrigen bei Michel II S. 120 f. angeführten Bücher stehen mit „Briefstellern“ u. dgl. ungefähr auf gleicher Stufe. — Die nur einzelne Fragen behandelnden Aufsätze werden bei diesen angeführt werden. — b) Gemeines R.: Roskirt Das testamentarische Erbrecht 2 Thle. 1840. Heimbach im Rechtslex. X S. 713 ff. Fein Das Recht der Codicille (44. und 45. Bd. des Glüd'schen Commentars). — c) Ueber das preussische R. f. Gruchot I S. 300 ff.

<sup>1)</sup> Die Tautologie soll wahrscheinlich in „Wille“ („letztwillig“) und „Verordnung“ liegen. Der Tadel ist offenbar nicht treffend.

<sup>2)</sup> Nur hieß es: „dem Testamente“.