

# Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche

von

Dr. Leopold Pfaff und Dr. Franz Hofmann,  
Professoren der Rechte an der Wiener Universität.



Sweiter Band.

Erste Abtheilung.



Wien, 1877.

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

2

## Adites Hauptstück.

Von dem Erbrechte.

Diese Ueberschrift sollte richtiger einen den Hauptstücken 8—15 gemeinhaflichen Titel bilden; das 8. Hauptstück bildet nur den allgemeinen Theil zu dieser das Erbrecht behandelnden Partie des G. V. 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. V. §. 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. V. (II) „vom Erbvertrage“ ausgeschieden und diese Materie in das Hauptstück „von den Ehepartnern“ (jetzt das 28.) gestellt wurde (§. 1249 ff.). Auch bei der Gliederung hat man sich großenteils an das Institutionen-System angeschlossen. Wie man sich den Zusammenhang der Hauptstücke des Näherns 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. V. (§§. 324—327) nahe dem Anfang stand; der Inhalt des §. 549 ist aus einer weitentlegenen Partie des Westgal. G. V. (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 Gufse 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 Mobiliar-Sachen-Recht. Denn die Redactoren haben sich hier in hohem Grade selbstständig 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 (wenngleich 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>

### Oesterreichische Literatur.

G. Bellingeri Nuovo trattato delle successioni testamentarie e legitime, 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. I“) hat 192 S. 8° 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 selbstständig nachgedacht hat und den

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

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

<sup>3)</sup> Thibaut Civil. Abhandlungen (1814) S. 455 f., vgl. die oben I S. 54 N. 282 Cittirten. Mehr als solche einzelne Aussprüche kommt aber in Betracht das Werk von C. Fr. v. Dalwigk Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechts (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 Holzendorff'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. Füger von Rechtborn** Das Erbrecht nach dem Österreich. a. b. Gesetzbuch systematisch dargestellt und mit den früheren Landesgesetzen in Ungarn, Croatiens, 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 S.) enthält „das Erb- und Testestrrecht“, wo gleich in der I. Abtheilung die Rechtsverhältnisse der Erben (die Folgen des Erbserwerbes) abgehandelt werden; II. Thl. (322 S.): „Römlichkeiten, Auslegungen und Aufhebung des letzten Willens“; III. Thl. (334 S.): „Die gesetzliche Erbsfolge. Die Erbsfolge in den Pflichttheil. Anwendbarkeit der früheren Landesgesetze. Verlassenschaftsabhandlungen.“

**Jos. Unger** Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt. (Opz. 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. Hypst. 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 S., Berlin 1865), II. Bd. (562 S., 1866), III. Bd. (400 S., 1867).

Ein lehrreiches 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 Zachariä's Handbuch des Französischen Civilrechts (5. Aufl. 1853 von Anschütz, 6. Aufl. 1874, 1875 von Puchelt) 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 S. 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 Gengler'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 Befeler (S. 149 ff.).

Bon partikularrechtlichen Darstellungen ist noch hervorzuheben:

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

Rec.: Hofmann in Grünhut's Blsht. 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. Raum 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 Erbsfolge wurde auf den vermuteten Willen des Erblassers zurückgeführt),<sup>1)</sup> war man geneigt, das ganze Erbrecht für eine dem „Vermüntrechte“ fremde, nur auf positiver Satzung beruhende<sup>2)</sup> Institution zu erklären, die der Staat aus bloßen Nützlichkeitserwägungen eingeführt habe: „zur Hintanhaltung der schrecklichen tumultuarischen Auftritte, welche sich aus dem Zueignungsrecht in freistehenden Verlassenschaften ergeben würden, dann zur Aufmunterung im Erwerbe und zur Belebung der Industrie.“<sup>3)</sup> So lange der Erblasser lebt, habe der Erbe noch kein Recht, da jener sich desselben noch nicht begeben habe. Der tote Erblasser aber könne nichts mehr geben; denn nur der Lebende hat Recht;<sup>4)</sup> und Manche folgerten unerschrocken, es gebe von Natur kein Erbrecht, die Güter des Verstorbenen fallen dem allgemeinen Occupationsrecht heim,<sup>5)</sup> und jede positive Anerkennung des Erbrechtes könne der Fictions nicht entrathen. — Es ist leicht einzusehen, daß so auch die Möglichkeit einer Veräußerung sich läugnen ließe; so lange der Veräußerer noch Eigentümer ist, kann es der Andere noch nicht sein; sobald das Eigenthum Jenes aufhörte, kann er nicht mehr die rechtlichen Schicksale der Sache bestimmen.<sup>6)</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 Grundirrthum, als ob alle Rechte aus Verträgen fließen würden.<sup>7)</sup> In Wahrheit fließen alle subjectiven Rechte durch Eintritt der bedingenden Thatsachen aus dem objectiven Rechte, und diese Thatsachen sind auch auf anderen Gebieten keineswegs immer Verträge.<sup>8)</sup> Ob nun das Gesetz ein Testament oder ein Verwandtschaftsverhältniß als solche Thatsache anerkennt, wir werden darin überall nichts von einer „Fiction“ erkennen.

Ein anderer Irrthum, der mit dem eben besprochenen zusammenhängt, war die Ansicht: die testamentarische Erbsfolge sei die primäre, die Intestat-Erbsfolge 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>2)</sup> Auch dies klingt bei Savigny an, z. B. VIII S. 537.

<sup>3)</sup> Zeiller Nat. Pr. R. S. 204, Comm. II S. 383.

<sup>4)</sup> Vgl. Zeiller Nat. Pr. R. S. 203; Egger Das nat. Pr. R. S. 233.

<sup>5)</sup> S. z. B. K. v. Gross L. d. Naturrechts (Stuttg. 1841) §§. 171, 172. Vgl. Walter Naturrecht und Politik §§. 189 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. Hofmann Entstehungsgründe d. Oblig. S. 94.

<sup>7)</sup> S. z. B. Hufeland Lehrläze des Nat. R. (1790) §. 223 und selbst Puchta Institutionen 6. Aufl. II S. 525, 526; 8. Aufl. II S. 186.

<sup>8)</sup> Fingirte 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>9)</sup> Beispiele bieten: Erfüllung, alluvio u. dgl. Aber auch zum derivativen Erwerbe gehört nicht notwendig ein Vertrag; man denke an die adiudicatio.

seinen nächsten Angehörigen hinterlassen wollen. In der gesetzlichen Erbsfolge-Ordnung stelle der Gesetzgeber für seine Bürger gleichsam ein General-Testament auf. Wer damit als Erblässer im concreten Falle nicht zufrieden sei, solle testieren; wer aber mit den gesetzlichen Dispositionen einverstanden sei, brauche nicht erst selbst welche zu treffen.<sup>9)</sup> — In Wahrheit ist die sogen. Intestat-erbsfolge wohl um Jahrtausende älter, als die Testamente. Überall 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 Mitglieder 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 Verfüllungen scheint Naturvölkern fremd; der Erbe wird geboren, nicht gekoren. Alles Erbrecht 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 περὶ ρόμων, XI p. 923).<sup>10a)</sup> Die slavischen Hauscommunionen 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 Erbsfolge in den Vordergrund tritt, hat sich doch auch hier das Bewußtsein 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 Unvertrautheit mit der nicht-römischen Rechtsgeschichte den zweiten der beiden gerügten Grund-irrtümern. Der römischen Auffassung (Gai. II, 100 sq. = Inst. II, 9 i. f., 10 sq.) freilich entspricht die Zurückstellung der gesetzlichen Erbsfolge<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 II. 1 und §. 30. Unzählbaremale findet sich dieser Gedanke wiederholt; wesentlich verbessert in der Wendung, die ihm in der leserwerten 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 Erblässer, sondern, so zu sagen, auf den Durch-schnitts-Erblässer 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 Prantl's Anzeige in der Krit. Blüft. V S. 316 f.).

<sup>10)</sup> Ed. Gans *Das Erbrecht in weltgesch. Entwicklung* Bd. 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: οὐδὲν τοῦτος ὡρισθέντος ὦν, οὐδὲν ἕμας ἐμῶν αἰτούντων τίθηται οὐτε τὴν οὐδεὶς ταῦτα, τύπατος δὲ τοῦ γένους τοῦ τε λυποσθεντοῦ καὶ τοῦ ἀπειτα ἐδουλεύοντος.

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

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

<sup>13)</sup> Die, zu sagen, künftliche Begründung des römischen Staates; Nicht-Congruenz von Cognaten- und Agnatenkreis; eigenthümliche Stellung des pater familias; energische Behauptung des subjectiven Standpunktes u. s. w. Vgl. Thering Geist d. röm. R. I §. 14 a. E., II §. 31 a. E.; Lassalle System der erworbenen Rechte II S. 21, 58; Kunze *Excuse* 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 prinzipiell die Familien-Erbfolge die primäre ist, und daß die testamentarische nur in dem Sinne vorangestellt werden kann, in welchem die gewillkürte Ausnahme vor der allgemeinen Regel zur Geltung gelangt. Und aus diesem praktischen Standpunkte werden auch wir uns mit jener Reihenfolge befrieden können: „donec homo loquitur, lex tacet.“

II. Das Wesen der Erbfolge. Gegenüber der bisher herrschenden Auffassung, welche (in verschiedenen Wendungen)<sup>16)</sup> von einer Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblässers 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 Neuerliche 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 Tisch, 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 Erblässer 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 heres, herus, Herr: S. 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 civilisierten 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> „Fortschreibung, Uebergang der vermögensrechtlichen Persönlichkeit“, „substantierte Persönlichkeit“ (Scherling), „Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblässers“ (Puchta) u. s. w. Bgl. 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 S. 56 Anm. 2.

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

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

<sup>21)</sup> Beiller Comm. II. Bd. S. 377 N. \*\*. Bgl. namentlich auch Mühlensbrück Cession (3. Aufl.) S. 5 ff., insb. S. 9 ff.

<sup>22)</sup> Eine Ausnahme macht z. B. Zachariaë Französ. Civlrl. III S. 575.

<sup>23)</sup> Diese umfassende Bedeutung von „Eigenthum“ schwieb auch den Berf. 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 Bezeichnung des Vermögens zu einer Person bedeutet. Bgl. 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 Inbegriff 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 hießen 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 erkennen, daß das, was vom dominium rei gilt, weder auf das von der älteren Doctrin sogen. Rechteigenthum, noch auf die Zugehörigkeit eines ganzen Vermögens zu dessen Subject ohne weiteres übertragen werden kann.

<sup>24)</sup> Keller Pand. S. 456 substituiert 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-Erbsfolge 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.* (Marciānus l. 48 pr. D. 28, 5). Vgl. Preuß. L. R. I Tit. 9 §. 368. — 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 usucatio 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 Restitution der fideicommissarischen Erbschaft.

schaft über ein Rechtsobject<sup>28)</sup> setzt. Demandes Erbe sein ist eine statusähnliche Eigenschaft (etwa wie: Demandes 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 Borenhaltung eines Vermögens sehr selten vorkommt, wird dies übersehen. Wer aber die Universal-Klage eines rückgelehrten verschollenen, in dessen Vermögen bereits Andere eingewiesen wurden, nach allen Richtungen durchdenkt (s. Unger I S. 243 Nr. 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 Erbsfolge 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 defuneti (l. 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 ersten 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 (Bd. I §. 137 Nr. 6) im Wesentlichen derselben Ansicht, jetzt (III. Bd. §. 605 Nr. 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 Österreich). — Auch einen von dem Besitz einzelner Sachen verschiedenen Nachlaßbesitz gibt es (Note 26, vgl. Arndts Civ. Schriften III S. 237 f.), der nur darum nicht Erbrechtsbesitz genannt wird, weil sein 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 überlief 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 Fiduciär nur einen obligat. Anspruch; das „Eigenthum“ am Vermögen erwirkt er schon durch eine Abtretnungs-Eklärung 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 Belang 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 geheilt werden kann. So ergibt sich das Verhältniss der Miterben und die Abgränzung von Erbtheil und Vermächtniss (§. 535) in einfacher Weise aus obiger Auffassung der Erbsfolge. —

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 Erbsfolge“. — 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 Zuwendungen bezw. Erwerbe von Todeswegen

<sup>35)</sup> Dieser negative Ausdruck ist vorzuziehen dem positiven „bis zum Belang“..., weil sich (für die Zeit der Rechtsbücher) aus dem Bespruchsrecht 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 vielbejprochene 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. Blschrift. IX S. 83 ff.) kann durch die bloße Feststellung des Umfanges 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. Denem, nicht auch diesem, ist die confusio bonorum die nothwendige Folge der Univ.-Succ. Je nachdem man die Schulden als negative Bestandtheile des Nachlasses oder (was das natürlichere, urwichtigere 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 N. 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 Erbantritung 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 Erbsfolge, 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 leztwilligen Verfügungen überaus häufig, und — sofern nur der Wille außer Zweifel steht — unschädlich. Da 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. w. 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 leztwillig zuwenden, hinterlassen, „Vermächtniß“ für leztwillige Zuwendung; so z. B. im Westgal. G. B. II §§. 508, 585, 586 (s. a. b. G. B. §. 774 pr.). Bei der letzten Redaktion 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. Jänn. 1804) beantragt, zu setzen „Beweggrund der leztwilligen Verordnung“, dann aber auch dieses (weil dort überflüssig) weg gelassen.<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 verschollenen

<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 Pflichtheilsberechtigten „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, umfassende 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 Late gebraucht noch heute „vermachen“ in jener weiteren Bedeutung, die auch den veralteten Worten „Gemächde, Gemächt, Gemechtñiß“ zufam; s. z. B. Gengler Lehrb. d. deutschen Pr. N. (1862) S. 1444.

wird erst eröffnet, nachdem er gerichtlich für todt erklärt ist.<sup>1)</sup> Trittemand in einen Orden, so fällt weder sein Vermögen von selbst diesem zu (wie nach canon. R.),<sup>2)</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>3)</sup> Das Vermögen eines Deserteurs wird zwar sofort sequestriert, aber erst nach seinem Tod den gesetzlichen Erben hinausgegeben.<sup>4)</sup> Ueberhaupt gibt es gar keine Ausnahme von dem Satz „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 Satz, 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 Erblässer zulegt hatte; denn manche Rechtsverhältnisse („bloß persönliche Verhältnisse“, auch „höchstpersönliche Verhältnisse“) erlöschen zugleich mit seinem Leben (Westg. G. V. II §. 325 und a. b. G. V. §. 1448). So in der Regel (§. 529) die persönlichen Servituten, namentlich die wichtigste: der Niefsbrauch, so jenes eingeschränkte Eigenthum, dessen Inhalt sich praktisch wenig vom Niefsbrauch unterscheidet, wie namentlich das des Fiduciars (§. 613), des Chemannes am Heirathsgut (§. 1227, §. 1229); so Ansprüche auf Leibranten, auf Alimentation, auf persönliche Genugthuung, namentlich auf Schmerzensgeld.<sup>7)</sup> Höchst persönlich sind ferner Oefferten nach §. 918 (anders h. G. V., 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, s. jedoch §. 1025 und h. G. V., A. 297), die Pflicht, eine Gemeinschaft dinglicher Rechte nicht aufzuheben (§§. 831, 832), in der Regel die Societät (a. b. G. V. §. 1206, h. G. V., A. 123 §. 2, A. 261 §. 1, jedoch auch a. b. G. V. §§. 1207, 1208, h. G. V., A. 170, 200, 264). Doch erlöschen mit einem solchen Verhältnisse (Mandat, Societät ...) nicht auch die daraus bereits entstandenen einzelnen Ansprüche<sup>8a)</sup>, ja es können solche gerade aus dieser Endigung entstehen (z. B. bei beendigtem Niefsbrauche: §. 529).

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

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

<sup>2)</sup> Pachmann Lehrb. des Kirchenrechtes (3. Aufl.) I §. 157; Hellmann Das gemeinsame Erbrecht der Religiösen (1874) S. 11 ff.

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

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

<sup>5)</sup> Die abweichende Ansicht von Hüttner (Gesetzl. Erbf. §. 9) fand mit Recht allgemeinen Widerspruch. S. Nippel IV §. 15 f., Winiwarter III §. 2 u. §. 4, und so alle Späteren.

<sup>6)</sup> Bekanntlich im Unterschied von röm. R. — Arndts §. 469.

<sup>7)</sup> Denn actives Vermögen ist hiezu nicht nothwendig (Unger §. 3 A. 3). — „Nahezu keine Ausnahme“: Ordenspersonen, u. zw. nur solche, welche das feierliche Geübde der Armut abgelegt haben, bilden dann eine Ausnahme, wenn sie beim Eintritt in den Orden über ihr ganzes Vermögen inter vivos verfligt haben.

<sup>8)</sup> Außer es wäre von dem Beschädigten bereits die Klage angestellt oder im sogen. Adhäsiionsprozeß Schmerzensgeld gefordert worden: Unger II §. 535 (dagegen über den passiven Klagübergang s. ebd. S. 584 N. 6). — Vgl. noch Windscheid Pandekten (4. Aufl.) II §. 455 N. 33. Nicht entgegen stehen §§. 1327, 1329, wo es sich um wahren Schabenersatz handelt.

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

<sup>8a)</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 Thatsache 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 verschiedenen 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 S. 1, A. 1.).

V. In demselben Satze schloß das Westgal. Gesetzbuch: „alles, was der Erblässer freiwillig zu vererben kein Recht hatte“ von dem Begriffe des Nachlasses aus. Eine Erinnerung des niederösterr. Appellationsgerichtes widersprach. Zeiller sagte in der Sitzung vom 19. December 1803: Fideicommissa und Lehen seien zwar auch eine, aber eine von der freivererblichen verschiedenen 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 frei-vererblichen eintheilt, und mit dem erstenen „Lehen, Fideicommissa, Stiftungen, Beneficien u. dgl.“ meint.

Zunächst ein Streit um Worte! Allerdings hindert kein sprachlicher Grund, unter „Nachlaß“ alles durch Jemandes Tod erledigte Vermögen zu verstehen. Aber juristisch ist gewiß der Sprachgebrauch des Westgal. Gesetzbuches, dem Winiwarter folgt, vorzuziehen. Denn die Nachfolge in Lehen und Fideicommissa ist gar keine Erbsfolge 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 (S. 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 familiengütterrechtliche Verpflichtungen als auf dem Nachlaß lastende Lasten. S. Hofmann in Grünhut's Blfst. I S. 546 ff., bes. §§. 2, 3.

<sup>10)</sup> Vgl. Unger S. 1 A. 3.

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

<sup>12)</sup> Bei der Superrevision (1809) auf Antrag Pfleger'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, Beseler 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 Erbsfolge“ 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 Erblässer 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 Dotal-Vermögen, „freies Eigenthum“ in §§. 1230, 1236 im Gegensatz zu dominium dormiens;<sup>15)</sup> „unbefchränktes 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 (§. G. B., A. 22), Gewerbegeschäfte (Gem. O., §. 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 Erblässers, insbesondere zum Usucationsbesitz 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 Drittheil) 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 zuzuteignen, heißt Erbrecht.“ Man dachte sich also das Erbrecht, etwa wie das Jagd-, Fischerei-, Bergbau-Recht, als ein auf gewisse Personen eingeschränktes Occupationsrecht! Das niederösterr. Appellationsgericht beanstandete die Worte „vorzügliche und besondere“; ebenso Zeiller (Prot. 19. Dez. 1803): jedes Recht sei ein ausschließendes,<sup>1)</sup> und Nichterben 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 Pfleger'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 (Windfuß I §. 65 N. 5), doch passt er auch hier. Jedemfalls darf man nicht sagen „nuda proprietas“ (s. bei §. 1236).

) So bemerkte auch neuerdings Neuner (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 Besugnisse, 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.emand hinterläßt dem A sein ganzes bewegliches, dem B sein ganzes unbewegliches Vermögen; da will er wohl beide zu Erben haben.<sup>4)</sup>emand hinterläßt dem A seinen Garten (Legat), dem B „alles Uebrige“; dann ist dieser Erbe.<sup>5)</sup>

III. Obgleich das Erbrecht in dem oben (S. 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 Österreich [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 allgemeingültiger Weise, nicht vom praktischen, sondern vom theoretischen Standpunkte aus definieren, 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 kommt der Verkäufer selbst veräußern, nach österreich. Recht (S. 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 Fruchtuiezung 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 Erblässers darüber, welche Erbstücke Jeder bei der faktischen Nachlaßtheilung auf seinen Anteil erhalten solle. Daß hier eine Erbeinsetzung vorliege, ist bei uns die herrschende Ansicht; vgl. Zeiller II S. 422, Unger §. 8 Ann. 6, Stubenrauch 2. Aufl. I S. 724 Nr. 1, Kirchstetter 2. Aufl. S. 281. Ausdrücklich sanctionirt ist diese Anschauung im sächs. G. B. §. 2170. Gegen dieselbe hat sich in einem eigenen Aufsatze ausgesprochen Schiffner (in der allg. österr. Ger. Ztg. 1873 Nr. 83, 84). Mit-erben seien doch auf den Nachlaß als Ganzes und folgeweise auf jedes Nachlaßstück mitberufen; von den in der obigen Weise Bedachten könne man dies nicht sagen. Der Erblässer „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 (S. 334) gerichtet war? — Daß „die Annahme einer Gesamt-Nachfolge der zwei Bedachten, verbunden mit stillschweigenden, wechselseitigen Prälegaten im österr. Recht keinen positiven Anhaltspunkt findet“ (S. 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 Erblässer mit den rebus certis nichts als das Größenverhältniß unter den Erbquoten bestimmen wollte“ (S. 333); vielmehr wird behauptet, daß er damit über dies eine Anordnung über die reelle Nachlaßvertheilung (divisio hereditatis, distributio rerum hereditiarum) getroffen habe.

<sup>5)</sup> Vgl. Winiwarter III S. 5 f., Unger §. 8 Ann. 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 ent-hält.<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 Schlufworte wollen nicht neben die „Verlassenschaft“ einen anderen Begriff „Erbshaft“ stellen, sondern enthalten (vgl. westgal. G. B. II §. 321) nur die richtige Bemerkung, daß das Erbvermögen die eine Seite dem Verstorbenen, die andere dem Erben zuwende, und daß man sie von jener Seite betrachtet „Verlassenschaft“, von dieser betrachtet „Erbshaft“ nennen könne. Trennen läßt sich jene von dieser so wenig, als etwa die convexe von der concaven Seite einer gebogenen Linie (vgl. bei §. 531, V); wohl aber kann der Nachlaß erblos werden, wo er dann nicht „Erbshaft“ 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 nebeneinander 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>1)</sup> Vgl. Unger I §. 536 ff. und den Aufsatz in d. österr. Ger. Ztg. 1870 Nr. 9, 10.

<sup>2)</sup> Die richtige gibt Winiwarter III §. 6.

<sup>3)</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) Ansicht haben, Erben zu werden (s. bei §. 536).

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

<sup>5)</sup> Bei Walther Tract. II cap. XV (in den Consuetudines §. 957) findet sich der gute Ausdruck „von Sippenschaft oder Testament wegen“. — Die Nebeneinanderstellung von Gesetz und Testament ist so unpassend, als die Nebeneinanderstellung von Gesetz und Vertrag (z. B. in §§. 317, 424, 859, 860). Vgl. Unger I §. 24, 25; II §. 4, §. 364 N. 14, Hofmann in Grünhut's Ztschrft. I §. 463; wie es umgekehrt nicht angeht, die regelmäßige Wirkung der Verträge „Autonomie“ zu nennen. (Puchta Gewohnheitsrecht I §. 158).

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

III. Ein tiefer eingreifender Unterschied vom römischen Rechte wird begründet durch das Prinzip der Compatibilität der drei Delationsgründe (§. 534). Der auffallende, noch immer nicht genügend erklärende<sup>4)</sup> Satz des römischen Rechtes „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ (§. 5 J. II 14; I. 7. D. de R. J.) konnte bei den Deutschen schon darum nicht Eingang finden, weil sie lange Zeit hindurch leßwillige Verfügungen nur hinsichtlich eines Theils des Vermögens zuließen. Der §. 534 war keine Neuerung, auch nicht eine Nachahmung des §. 45 preuß. L. N. I Tit. 12, sondern er bestätigte nur, was in der Praxis längst feststand, wie dies auch Beiller (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 nebeneinander bestehen“; z. B. kann Demand seiner Witwe die Hälfte des Nachlasses durch Erbvertrag, einem Freunde ein Viertel durch Testament zugewendet haben, wo dann über das ererbige Viertel die sogen. gesetzliche Erbsfolge 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 (donee) eine gültige Verfügung vorliegt, ist die gesetzliche Erbsfolge ausgeschlossen“ erhält bei uns die Einschränkung „soweit jene reicht“<sup>5)</sup>. (§§. 727, 728).

IV. Man kann deshalb sagen, daß die testamentarische Veriusung 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 hiervon ist die Anordnung des §. 126 des Patentes vom 9. August 1854.

V. Die theoretische Frage, ob jene drei Titel zu coördiniren, 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 ersehen 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-Berücksiche f. Gruchot I §. 373 ff. Vgl. Lassalle II §. 391, 488—516.

<sup>5)</sup> Winiwarter III §. 10 drückt dies so aus: die gesetzliche Erbsfolge „tritt nur insofern ein, als eine gültige und wirkame Verfügung des Erblassers nicht vorhanden ist, und zwar gilt dies nicht nur hinsichtlich der ganzen Verlassehaft, 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 Erbsfolge aus (vgl. Windscheid III §. 537).

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

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

Summe; oder ein Recht zugedacht; 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 Vermächtnisnehmer (Legatär) zu betrachten.

### S. bei §. 532 und XI. Hauptstück.

Zeitpunkt des Erbanfalles.

#### §. 536.

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

#### §. 537.

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

I. So lange man lebt, ist man nicht Erblässer und hat keine Erben (§. 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 (vermutlichen<sup>1a)</sup>) Erben eines Lebenden spricht und damit seine nächsten Verwandten oder die in seinem Testamente Eingesetzten 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 Erbansall (die Delation) schon ein ius quae situm begründe? Die Bejahung versteht sich von selbst für jene Rechte, welche wie das altdeutsche, und ihm folgend das preußische (L. R. 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 quae situm doch kein Erbrecht im technischen Sinne ist (§. eben S. 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; I. 3 §. 7 D. 37, 1; I. 7 Cod. VI. 30). Das Recht aus der Delation war ein höchstpersönliches. Nachdem aber schon früher verschiedene Ausnahmen (sogen. Transmission-Fälle<sup>4)</sup> statuirt waren, wurde durch ein Gesetz Justinian's

an dieser Stelle einen Beiftrich. Die Berichtigung erfolgte durch die J. M. Bdg. vom 27. Mai 1860 (R. G. B. Nr. 133).

<sup>1)</sup> Selbst Verleihungen eines Pflichttheilsrechtes durch Alte inter vivos sind undenkbar, und darum ist die Lehre von der querela in officiosae donationis (§. 951) — trotz offensichtlicher Willigkeit — theoretisch so unerquicklich.

<sup>1a)</sup> §. 536 sagt „vermeintlicher Erbe“, weil in dem dort vorangesezten 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 verkennt Unger §. 5 A. 2.

<sup>2)</sup> Ebenso wird auch hierz. B. oft gesagt werden „bei Lebzeiten des Erblässer“ u. dgl. so unrichtig dies eigentlich ist. — Achselich 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 läßlich, 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 aufgeföhrten 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 Verusenen<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>9a)</sup> allein unser Erbschaftskäufer wird niemals Erbe, und selbst wenn er die Erbsberklärung abgibt (§. 1282 a. E.), gilt er nur als Bevollmächtigter des Verkäufers, während bei der in iure cessio non aditae hereditatis (Nr. 9) im Nom 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>10)</sup> Bedenfalls also muß der Transmittent den Erblässer überlebt haben

Außerlich 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 Verusenen (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 Nichterben, 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. L. R. 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 legitimae. Die Mitwirkung des Magistrats war u. E. hier keine bloß formelle (s. auch Mühlensbrück-Gülich Comm. XLIII S. 144 f. N. 65, Köppen in Thering's Jahrb. V S. 180), und schon darum ist die von Windscheid §. 601 N. 4 angenommene Meinung Puchta's zu verwirfen.

<sup>9a)</sup> Dies wird oft verkauft (s. z. B. Michel in Haimerl's Magazin VII S. 286, Kitka in d. Österreich. f. österr. Rechtsgegl. [damals „österr. Blatt. 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. Blatt. 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>10)</sup> Vgl. Zeiller S. 391: „ob schon er von der Verfung nichts gewußt hat.“ — Ebenso war es bei der Theodosianischen 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>11a)</sup> Jenes Erforderniß ist aber selbstverständlich, da einem Verstorbenen oder Erbunfähigen eben gar nicht deferirt wird. Ebenso selbstverständlich war der auf Antrag des innerösterr. A. G. (1803) aufgenommene, 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, obwohl er es weder angenommen, noch von dem Nachlasse Wissenschaft gehabt hat, auf seine Erben übertragen“ (Beiller 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. Hptst.) 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 erbtt 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 N. 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 Bellingeri p. 45—48.

<sup>11)</sup> Es heißt da: „durch Enttagung 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 „Enttagung“ (s. Beiller 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.“ — Präclusiofristen zur Autretung gibt es nach österreich. N. nicht (Unger Erbr. S. 149), ebenso wenig eine Verjährung des Erbrechtes (Unger System II S. 275), wohl aber eine jener praktisch oft sehr naheliegende Verjährung der Erbschaftsklage (s. z. B. S. 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. Erbsfolge, §. 536 und §. 537 sowohl diese als jene.

<sup>14)</sup> Der Repräsentant erbtt 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 Schlußworte 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 „Verstorbene“ 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 untechnischen Sinne genommen ist (vgl. Windscheid III §. 529 N. 7).

tutus nicht annehmen will. Hier wird eben zweimal deferirt, in allen jenen anderen Fällen nur einmal; bei der Transmission erbt der B aus der an den A geschehenen 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 (daraüber s. bei §. 760). De lege ferenda siehe 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 erbsfähig 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 begriffssnotwendig 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)</sup><sup>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 §. 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 (= Testirungsfähigkeit) 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 §. 74.

<sup>3)</sup> Nach dem I. Capitel der I. Voconia konnten Frauenspersonen von den Bürgern der ersten Censusclasse nicht zu Erbinnen eingesetzt werden, wohl aber solche Erblosser ab intestato beerben (Rudorff Röm. Rechtsgesch. I §. 24). Wenn auch weder das Österreich, 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 §. 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. §. 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 Erbsfolge 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, die nie absolut, sondern immer nur relativ ist, bezieht sich ebenso auf die Intestat-, wie auf die testamentarische Erbsfolge. Sie hindert weder die Delation, noch den Erwerb, nicht das Bekommen, nur das Behalten, indem der indignus das bereits Erworbenes an den Fiscus oder (sel tener) an andere Personen verliert. Auch sie kann entweder schon im Augenblitke der Delation vorhanden sein oder erst später eintreten.

Die Behauptung, daß eine technische, d. h. von der Erbunwürdigkeit 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 (löblicher Weise) mit dem Creptionsrecht des Fiscus 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 Erbsfähigkeit 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: s. Arndts §. 492 A. 3.

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

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

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

<sup>8)</sup> Im weit. S. bedeutet „Erbunwürdigkeit“ 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 Erbunwürdigkeit.

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

<sup>10)</sup> Diese Meinung liegt zu Grunde dem Aufsatz von Michel „die Erbunwürdigkeit nach österreich. Gesetzen“ in Haimerl's Bischt. II. Bd. (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 gedrängter Darstellung vorgeführt werden.

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

Die Erbsfähigkeit<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. Wahr 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 Erbsfähigkeit sowohl von Corporationen, als von Gemeinden vorausgesetzt wird.

Absolut erbunfähig sind:<sup>15)</sup> 1) „Wer dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entagt“ (§. 538), d. h. das feierliche Gelübde der Armut abgelegt hat,<sup>16)</sup> also die meisten Ordensgeistlichen und Nonnen.<sup>17)</sup> Säkularisierte 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. Zeiller II S. 393, Stubenrauch I S. 725 f. Note, Unger §. 5. — Ueber das gem. R. s. Windscheid III §. 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 Rechtsobjekte anerkannt sind, so kann die Frage nach ihrer Erbsfähigkeit nicht einmal gestellt werden. Richtig Michel S. 32.

<sup>16)</sup> Das Westgal. G. II §. 334 enthielt noch diese Erklärung (freilich unpassend mit „z. B.“ statt mit „d. h.“). Bei der Redaction i. J. 1804 (2. Fämm.) wurde sie nur darum weggelassen, „um den genaueren Bestimmungen, die zur politischen Gesetzgebung ge- hören, auszuweichen.“

<sup>17)</sup> Nach gemeinem Rechte sind die Religiose nicht erbunfähig, sondern erwerben für ihren Orden (welcher Erwerb schon sehr verschieden aufgefaßt worden ist, s. Hellmann 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 Religiose weder für sich, noch für ihren Orden erben. Doch den weder seines Eigenthumes, noch machen sie ihn zum eigenen Erwerbe unsfähig. Sie beschränken ihn nur in seiner Dispositionsfähigkeit, weil er ohne Erlaubniß seiner Oberen nicht verfügen darf. Eigennächtige Verfügungen bleiben jedoch vollkommen rechtsgültig (Hellmann S. 21). Darnum sind z. B. die Redemptoristen erbunfähig, welche darin ausdrücklich den Weltgeistlichen gleich gestellt werden (Hfd. 9. Jänner 1843 J. G. S. 670, bei Michel Nr. 995). Hinsichtlich der Redemptoristen verordnet das Hofzd. 23. Dec. 1830 (J. G. S. Nr. 2498), daß nicht blos ihr Convent, sondern auch dessen einzelne Mitglieder erbunfähig sein sollen. Die unter Hinweis auf die Amortisationsgesetze beigelegte 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 Hfd. 7. Juni 1774 (bei Michel Nr. 967) waren „die vier englischen Stiftshäuser“ (St. Pölten, Krems, Prag, Osen) den Amortisationsgesetzen unterworfen, dagegen „die einzelnen Personen gedachte Häuser aller adquisiciones 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 (Hfd. 17. Mai 1805 J. 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 Principe, sondern nur sehr alte thathafte Uebung erklärt es, warum die Mitglieder des deutschen Ordens erbunfähig 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 Armut nicht beobachtet und das Hfd. 4. Juli 1791 (J. 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 (J. G. S. Nr. 451) sagt im §. 10: „Die Ordensritter und Priester werden nach ihren Ordensgelübden als Religiose angesehen. Sie bleiben jedoch im Genusse ihres Vermögens. Sie können . . . durch Handlungen unter Lebenden sowohl, als durch Erbschaften nicht nur freieigenes Vermögen, sondern auch Lehen und Fideicommissa, soweit es der Inhalt der Fideicommiss-Institute gestattet, erwerben.“ Eine theilweise Aenderung trat ein mit der M. Bd. 31. Dec. 1866 (R. G. B. 1867 Nr. 4): Nachdem der deutsche Ritterorden beschlossen 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. Exreligiosen) 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 Erbunfähigkeit nicht zu beheben (Sammlung VI Nr. 2815). Früher waren durch die den Erwerb der „manus mortuæ“ beschränkenden 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 ererbunfähig und wurde ausdrücklich eingeschränkt, daß die Orden das ihren Professen durch letzwillige Anordnung Zugedachte 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 (§. N. 20) ihren Orden (Klöster . . .) zu Gute kommt.<sup>23)</sup> — Andererseits ist durch Art. 6 II. 2 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 (Nr. 152 N. 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 aktiven 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 §. 10 lit. c; s. Michel Nr. 79; a. b. G. B. §. 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 blos 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 seierlichen Gefüßen bestehenden allgemeinen Vorschriften“ gelten.

<sup>18)</sup> Die Tiroler Landstände wünschten, daß die Exreligiosen „nach Maßgab des 36. Titels 3. Buchs der Tiroler Landes-Obg. . . als verzichtet zu halten, und nur mit der 5. Linie zu erben fähig“ sein sollten. Beißler 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 (S. G. S. Nr. 30) und Hsbd. 17. Aug. 1835 (S. G. S. Nr. 76). Bei Michel Handb. II S. 104, Nr. 961, 962.

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

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

<sup>22)</sup> Hsbd. 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). Beistimmend auch Pachmann Lehrb. d. Kirchenr. (3. Aufl.) I S. 162 N. g.

<sup>24)</sup> Dieser Artikel enthält eine Maxime, keinen Rechtsatz; es ist nicht gesagt: die Amortisationsgesetze find 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 (N. G. B. Nr. 45).

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

<sup>28)</sup> Arg. Ges. v. 20. Mai 1869 (N. 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 Aufallstag nicht erlebt hätte (s. Mil. Str. G. S. 208 lit. c). Und damit ist es ihm definitiv verloren, wenn er sich auch später selbst fielen sollte (§. 546). Vgl. Excuse 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 (S. 538) stellt — unpassender Weise<sup>33)</sup> — den Erbverzicht her, von dem bei §. 551 zu handeln ist. — In den von Unger (S. 5) hergezählten Fällen ist Indignität vorhanden.<sup>34)</sup> Die Vorschrift des S. 543 und die über das Personale in den Contumazanstalten<sup>35)</sup> sind auf die gewillkürte Erbsfolge eingeschränkt. Es gibt somit im österr. Rechte keinen reinen Fall relativer Erbunfähigkeit.

#### Ursachen der Unfähigkeit.<sup>1)</sup>

##### §. 540.<sup>2)</sup>

Wer den Erblässer, dessen Kinder, Eltern oder Gatten, aus bösem Vorsätze an Ehre, Leib, oder Vermögen auf solche Art verletzt, oder zu verletzen gefürchtet 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 Erblässer vergeben habe.

Nicht das dem Verletzten zugefügte Leid, sondern die Verwerflichkeit der Handlung ist für diesen Unwürdigkeitsgrund maßgebend. Da die Verlezung der personae coniunctae nur um des Erblässers Willen hier bedroht wird, so hat das Gericht in concreto zu beurtheilen, ob in jener eine indirekte Verlezung des Erblässers 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 (S. 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“.<sup>4)</sup> — „Aus bösem Vorsätze“: 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 Kossek „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 Staatsrates bekämpft, daß das neue Gesetz den a. 109 ff. des Code de la propriété foncière nicht derogirt habe. Eine Behörde behauptet nämlich, daß das den Fremden eingeräumte Recht, Liegenschaften zu erwerben, nicht das Recht einschließt, sie zu erben. — Montenegriner sind bei uns erbfähig. J. M. B. 5. Aug. 1849 (R. G. Bl., Erg. Bd. Nr. 348).

<sup>32)</sup> Kirchstetter subsumiert 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 Einreibung.

<sup>33)</sup> Weil auch der Unfähige ein Recht nicht erwirbt, ist hier der Fehlschluß vom Nichterwerb auf die Unfähigkeit gemacht (vgl. Unger S. 5 N. 9). Gewiß kann der Erblässer denjenigen, der auf sein Intestat- und Pflichttheilsrecht verzichtet hat, zum Erben einsetzen; vgl. Beseler 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 Erbwürdigkeit in den Excursen, Abs. VI und VII.

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

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

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

Verlezung reicht aus, dagegen eine noch so schwere culposa nicht. — Nur eine unter das Strafgesetz fallende<sup>5)</sup> Verlezung, also nicht jede Beleidigung (Sammung 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. Weder Vollendung des Delictes (es genügt schon der strafbare Versuch), noch Bestrafung<sup>6)</sup> oder auch nur Verurtheilung,<sup>7)</sup> sondern einzige die Strafbarkeit der Handlung wird in §. 540 vorangesezt. 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 Testamente) 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 Delicta können diese Erbunwürdigkeit begründen;<sup>14)</sup> so Schmähungen des Verstorbenen, Ermordung eines seiner Kinder, Beraubung 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 Verlezung einer persona coniuncta; je geringfügiger sie ist und je später sie begangen wird, desto schwerer wird der Richter in ihr eine (nach §. 540 zu ahndende) 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 verlegt“ im §. 338 Westgal. G. B. II.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>16)</sup> Bei der testamentarischen Erbfolge kommt, wenn der indignus „vor dem Erblasser verstorben ist“ (§. 541) der §. 536 zur Anwendung.

<sup>17)</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 Parens 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 sich aus seinem Streben, den gegen seinen entschiedenen Widerspruch aufgenommenen Paragraph möglichst einzuschränken. Das einzige ernsthafte Argument für die Einschränkung, nämlich die Einreichung des §. 541, zerfällt, sobald man weiß, dass er früher die gegenteilige Disposition enthielt, wonach die Nachkommen des Unwürdigen stets ausgeschlossen sein sollten.<sup>6)</sup><sup>7)</sup>

### §. 542.

Wer den Erblässer zur Erklärung des letzten Willens gezwungen, oder betrüglicher 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 Erblässers widersprechende Ordnung der Erbsfolge herbeizuführen sucht;“<sup>1)</sup> also namentlich wer durch Zwang oder Betrug den Erblässer zur Errichtung, Abänderung, Widerrufung eines Testamtes, Codicilles, Erbvertrages bestimmt oder davon abhält; ebenso wer eine solche Willenserklärung<sup>2)</sup> unterdrückt oder versäuft, oder (umgekehrt) unterschiebt.<sup>3)</sup> Die letzteren Formen des Delictes werden meist erst nach dem Tode des Erblässers, oft lange nach dem Antritt der Erbschaft begangen.

Einen in der obigen Absicht geübten Zwang gibt es nicht;<sup>4)</sup> aber Zureden ist gar kein Zwang. — Weder gewinnstiftige 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 S. 87 A. 6 a. E., §. 79 A. 6, §. 93 A. 9. Näheres in der Abhdlg. in den Excursen Abs. IX 3. 3.

<sup>1)</sup> Mit Ausnahme des erst später in die Commission eingetretenen Prato bevera. <sup>4)</sup> Irrig stellen sich Entstehung und Zweck dieses Paragraphen Winiwarter III S. 27—29, Berthaler im „Jurist“ IX S. 430 u. 433 und Unger S. 33 A. 4 vor.

<sup>2)</sup> Richtig Winiwarter und Unger (a. d. a. O.). Unrichtig Gapp in der Abhdlg. f. österr. Rechtsgel. v. 1825 II S. 189 ff., dem Nippel IV S. 37 ff. folgt. <sup>5)</sup> Näheres über die Streitfragen, sowie die Entstehung des §. 541 findet sich in der Abhdlg. in den Excursen Abs. IX.

<sup>1)</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 Erblässer gestorben ist. Sie ist zu bejahen (ebenso Bellingeri p. 73 sq.), obgleich ein Intestatserbe sonst das Nichtvorhandensein näherer Verwandter nicht zu beweisen braucht (Arndts Civ. Schriftn. II S. 290 f.); denn hier handelt es sich um den Beweis der Voraussetzungen einer Ausnahmestellung (Regel ist: dass auch die Repräsentanten ausgeschlossen sind), ferner um die Frage: ob und wann jemand gestorben ist, bez. welcher von Zweien früher.

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

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

<sup>4)</sup> Unrichtig Nippel IV S. 34 f. <sup>5)</sup> S. die verschiedenen Ansichten bei Michel (Aufsatz) S. 53, Nippel IV S. 39, Winiwarter III S. 26 f. Note.

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

Auch dieser Indignitätsgrund entfällt durch Verzeihung,<sup>6)</sup> nicht auch schon dadurch, daß die Einwirkung des Zwanges oder Betruges aufhort, und der Testator kein neues Testament macht;<sup>7)</sup> auch nicht dadurch, daß späterhin ein Umstand eintritt, der die zerstörte, befeitigte, 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, erlisteten, 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 ersetzpflichtig 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 Ehebruches, 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 Erbserwerbe undenkbar ist; aber auch keinen Fall relativer Erbunfähigkeit (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 Intestat-erbrechtes in der Regel sehr nahe stehen. Das Gesetz will nur hindern, daß ein Theil aus der unsittlichen Leidenschaft des anderen Vortheil ziehe, wenn (was so nahe liegt) die verpönte Intimität das Motiv zu einer letztwilligen Zuwendung (Erbeinsetzung oder Legaterrichtung)<sup>2)</sup> wird;<sup>3)</sup> und deshalb verordnet es, daß solchen Personen unter einander die testamenti factio passiva fehle. Da sich

<sup>6)</sup> Richtig die herrschende Meinung, unrichtig Hüttnner S. 91 und Füger I S. 12 f.

<sup>7)</sup> Vgl. Nippel IV S. 40 und Stubenrauch I S. 735.

<sup>8)</sup> Näheres hierüber in der Abhandlung in den Excursen.

<sup>9)</sup> Näheres hierüber, sowie über den §. 542 überhaupt, in der Abhandlung Abs. VIII. Wegen der Nachkommen des indignus s. bei §. 541 Z. 3.

<sup>1)</sup> Auch „der Umstand, daß der (gekränkte) Ehegatte den Ehebruch nachsieht, wendet (war die Beifraufung), 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 Ab- lehnung 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 Schuldigen. Kam es aber einmal schon zum Standal und zur Ueber- weisung, so entfällt diese Rücksicht.

<sup>2)</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 Ztschr. f. Österreich. Rechtsgel. 1830 II S. 45—47.

<sup>3)</sup> Vgl. Zeiller S. 401.

mithin der §. 543 nur auf die testamentarische Erbsfolge bezieht, so kann natürlich der §. 541 schon darum, weil er umgekehrt nur die Intestaterbsfolge 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 niederösterr. 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 entgegenstellt, 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 Geklägten 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 angelagten Person gemachte Geständniß des Ehebruches 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 entbehrliech machendes Geständniß abgelegt hat (s. R. 6), also nicht, wer nur in einer zu keiner Urheiffällung führenden Voruntersuchung gestanden hat.<sup>10)</sup>

<sup>4)</sup> Nippel IV §. 41.

<sup>5)</sup> Arg. §. 1249; a) Blutschande: §. 65; b) Ehebruch: §. 67; „vor geschlossener Ehe“ (§. 67), aber diese setzt den Tod des gefränteten Gatten voraus, denn 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 Beifrich stehen) und mit der jetzigen Textirung wollte man materiell nichts ändern, sondern nur den theoretischen Gedanken, daß das gerichtliche Geständniß kein Beweis sei, Ausdruck geben. S. Görner's Handb. des gem. Prozesses (2. Aufl. 1804) II S. 368, Wezel s. 19 B. 1, §. 21 N. 1.

<sup>7)</sup> Arg.: 1) vb. „find“; 2) §. 503 St. G. B.; 3) da es selbstverständlich ist, daß jeder Ausschließungsgrund im Läugnungsfalle 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. österr. Ger. Blg. v. 1852 Nr. 68, Stubenrauch I S. 736 und das dasselbst (A. 3) sowie 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 Holzendorff'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 Wezel s. 22 Text bei N. 18.

<sup>10)</sup> Allg. österr. Ger. Blg. 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. verwiesen 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 man beachte man

Die Worte „unter sich“ beweisen, daß die Worte „Personen“ und „sind“ dualisch, nicht pluralisch gemeint sind. Dennoch wird kaumemand 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 Einzelter 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. Bd. v. 5. Sept. 1859, Nr. 153 R. G. B.). Ja 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 Landeseingeborene, 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 „Excuse“ zu §. 544.

Nach welchem Zeitpunkte die Fähigkeit zu beurtheilen.

### §. 545.

Die Erbsfähigkeit 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 Erbsfähigkeit gibt kein Recht, Anderu 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 (§. bei §. 531 unter I und bei §§. 536, 537 unter I), zuweilen später; ist nämlich a) die Erbeinsetzung suspensio 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 Intestaterfolge: α) „wenn an Stelle der früher berufenen Intestaterben späterhin andere berufen werden“ (successive Delation), β) „wenn die Intestaterfolge wegen nachherigen Hinwegfalls eines gültigen Testamentes erst später eröffnet wird.“<sup>2)</sup>

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

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

\*) Die J. G. S. hat an dieser Stelle den in der ersten offiziellen 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 A. 20.

<sup>3)</sup> Dies hebt Unger im Anfange der A. 1 (§. 5) hervor, sagt aber später in der selben Num.: „bei der testamentarischen Erbfolge ergibt es sich von selbst, daß der unmittelbar Eingesetzte schon zur Zeit des Todes des Erblassers“ existiren müsse. Im Hinblicke 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 fiduciarius subsumirt behandelt wird (§. 707); er ist freilich „unmittelbar eingesetzt“, 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 Intestaterbsfolge 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>4a)</sup> römischen Rechtsregel, daß der Eingesetzte schon zur Zeit der Einsetzung erbfähig sein muß. Beiller, der nicht der Urheber des §. 545 ist (§. 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 nötig sei, und die anderen Commentatoren haben ihm dies nachgeschrieben,<sup>7)</sup> — bis Unger (§. 5 A. 22) auf das eigentlich Selbstverständliche aufmerksam machte, daß die Erbfähigkeit jedenfalls von der Delation bis zum Erbschaftsantritt ununterbrochen fortduern müsse, weil im Augenblicke des Verlustes der Erbfähigkeit sofort einem Anderen deserirt 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 Erbunfähigkeit das „Erbrecht“ (im Sinne der §§. 536, 537) zerstört, nicht auch der in diese Zeit fallende Tod des Verstorbenen (§. 537).

V. Eine nach dem Erbserwerbe eintretende Erbunfähigkeit kommt für

<sup>3a)</sup> Beachtenswerthe Complication: Ein am 3. April 1831 gestorberner 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 („Surist“ XVIII S. 129). Die I. und II. Instanz läugneten die Erbfähigkeit des D. Dabei wurde vor allem übersehen, daß eine Vitalität, vermöge welcher man in einer gattungsmäßigen Einsetzung inbegriffen erscheint, keine Erbfähigkeit, ihr Mangel keine Erbunfähigkeit ist. Doch können wir hievon absehen, weil einerseits nicht anders, als unten geschieht, entschieden werden müßte, wenn die (technische) Erbfähigkeit in Frage stünde, — andererseits, weil §. 545 allerdings auf unseren Fall analog anzuwenden ist. — Die Gerichte behaupteten: D sei am Todesstage 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 ehemaliger 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 concipiirt; das in der Ehe, wenn auch zu frühe, geborene, vom Vater anerkannte Kind steht einem ehemalig erzeugten durchaus gleich; und endlich wird in §. 22 ehemalige 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 Erbfähigkeit oder -Unfähigkeit), wohl aber nach deren Analogie zu entscheiden. Uebrigens ist diese Frage von sehr geringer praktischer Bedeutung — s. bei §. 752 f.

<sup>4a)</sup> Savigny Syst. VIII S. 457 ff., Beiller II S. 404 Z. 4, Unger §. 5 A. 21.

<sup>5)</sup> Neu ist nur die auf Anregung des Böhm. A. 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;“ J. Gruchot I S. 368 ff.

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

<sup>8)</sup> S. Unger §. 22 a. E. — Höpfner Comm. über das Heinecc. Instit. (8. Aufl. 1804) S. 530 a. E., S. 532 A. 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 Erbunwürdigkeit; s. bei §. 538 f. D); dagegen müßt auch eine erst nach dem Erbanschuß 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. Excuse zu §. 544 und Stubenrauch I S. 737, N. 2.

VI. Die Behauptung von Winiwarter (jun.)<sup>11)</sup> daß manemanden, 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 Erbsfolge, 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 eingefestzt ist. So unstichhäftig aber auch seine Ausführungen in theoretischer Hinsicht<sup>13)</sup><sup>14)</sup> waren, so entsprachen sie doch (rücksichtlich 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 Hofdecreet vom 29. Mai (Hkzb. 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. B.), darf uns aber nicht daran zweifelhaft machen, daß damit ein neuer (Unger I S. 13 N. 3) und singulärer Rechtsatz aufgestellt wurde, weil sonst der §. 545 für die testamentarische Erbsfolge jede ernsthafte Bedeutung verlieren würde.

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

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

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

<sup>13)</sup> Für die Gültigkeit der Einsetzung von zur Todeszeit des Testators Unerzeugten beruft er sich auf Mühlensbruch a. a. D. 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, Bangerow II §. 429 A. 3 b) (7. Aufl. S. 84 a. E., S. 85), Windscheid III §. 535 N. 5. — Die Bemerungen 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 hinausschieben, 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> Daselbe 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“ identifiziert wird) zu machen. Richtiger ausgedrückt würde seine Behauptung lauten, daß die Regel des §. 545 bloß 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 ihretwillen da, 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 S. 20 A. 10, aber auch A. 3 ebd.

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

## Wirkung der Annahme der Erbschaft.

§. 547.

Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblässer vor. Beide 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 Nachlaß.<sup>2)</sup>

II. Dieser Begriff setzt einen Culturzustand voraus, wo die Alleinherrschaft der Familienerbsfolge 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 Erblässers 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 fasse 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 eine 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 Unzukämmlichkeiten entgeht jene neuere Ansicht, welche die Möglichkeit subjectloser Rechte behauptet. Aber sie postuliert 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 einsweilen die Verlassenschaft selbst die Person des Erblässers vor.“ Die jetzige Textirung wurde von Beiller 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 Haimerl's. Bischft. 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 S. 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 S. 531 N. 5, 7.

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

<sup>7)</sup> Brinz Pand. 1. Aufl. S. 661, bestimmd Windscheid S. 531 A. 5 und Thering S. 422 N. 32.

<sup>8)</sup> Beiller a. a. O. S. 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> Besteckender 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 Beschränktheit und Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt wird, auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subject fortdauern 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 privat-rechtlich 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 schwierig 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 Fictionen 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 Rechtssätze 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 Fictionen 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 fungirt (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 wegflingen müßt, als hätte sie nie auch nur ein angenommenes Dasein geführt.<sup>15)</sup> Für alle drei Fictionen

<sup>9)</sup> Ueber und gegen diese den Denkgesetzen zuwiderlaufenden Auffstellungen 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 als Unterwerfung, allen anderen Personen gegenüber aber als rechtliche Ausschließung 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 S. 169 N. 2 die wirklichen Servituten einschl. der sogen. gesetzlichen (z. B. des väterlichen Nießbrauches) 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 Sehrtheite“.

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

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

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

lassen sich Stellen aus römischen Juristen aufführen.<sup>16)</sup> Mögliche, 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 Ansicht 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 singirt erscheint. An sehr vielen Stellen<sup>18)</sup> wird einerseits die Erbschaft<sup>19)</sup> selbst als domina der Erbschaftssachen 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 zugewandt; 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 verwässerten 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 §. 409 ff.) hält die Fiction b für älter als die a. Dagegen Scheurl I S. 86 f., Köppen an den bei Arndts S. 521 R. 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, einige Schein; beweisend aber sind sie nicht. Vgl. Dworzał S. 231.

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

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

<sup>20)</sup> Arndts §. 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 umgelehrte 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 Rechts-theorie zu einer Behauptung verleiten, welche bei Unbefangenen keine Billigung finden wird.

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

keine vollständige;<sup>26)</sup> aber dieses Verhältniß beschränkter Gleichstellung („hereditas in plerisque defuncti vicem sustinet“ pr. J. III 17) lehrt bei den meisten Fictionen wieder. Es wird gerade hier nicht leicht zu Missverständnissen führen, und so erscheint jene Combination von a und e (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 Überleitung 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 verschiedenen und unabhängiges Rechtssubject ist, während die hereditas die Rechtspersönlichkeit des Verstorbenen festhält, dessen Stelle sie vertreibt (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 Glossa angefangen bis auf die neuere Zeit . . . den Satz festgehalten, daß die hereditas loco defuncti sei.“<sup>30)</sup> In dem zur Zeit der Absfassung 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 singiren, der Verstorbene lebe noch, sei noch Eigentümer 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 Schlussatz von §. 547 und die Umschreibung Zeiller's: Bis zum Antritt des Erben „wird noch immer der Verstorbene für den Eigentümer gehalten, und inzwischen die Verlassenschaft in dessen Namen von einem Curator verwaltet . . .“<sup>33)</sup> Gegen die selbst noch bei manchen Neueren vorkommende Formel: Das römische Recht singire in manchen Beziehungen, daß der Erblasser noch lebe — ereifern 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 personifizirt, um gewisse Erwerbungen durch Erbschaftsläden zu erleichtern, ist jetzt allgemein aufgegeben. Dworzak S. 232, Windscheid §. 531 A. 10. Doch vgl. Harum in Haimerl's Magazin X S. 253.

<sup>29)</sup> Denn wer so verschiedene Dinge, wie Städte und Stiftungen unter eine Kategorie zusammenfaßt, kann mit Florentinus (I. 22 D. 46, 1) auch noch die hereditas mit in den Raum 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 Schlussatz von §. 547 entspricht der römischen Anschanung und erscheint auch als der angemessene Ausdruck für das fragliche Verhältniß. Nur insoferne 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 Erstzung. 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> B. B. sagt Windscheid §. 531 N. 12: „Sehr mit Unrecht“ sehe man in den bekannten Quellenansprüchen die Auffassung vertreten, es sei die in der Erbschaft fortlebend gedachte Persönlichkeit des Erblassers das Subiect der den Nachlaß bildenden Rechte und Verbindlichkeiten. Dort siehe nichts davon, „daß die Erbschaft von der Persönlichkeit des Verstorbenen gehabt werde; (jene Stellen) wollen einfach sagen, daß die Erbschaft den Erblasser in seiner leiblichen Erscheinung (?) (persona) darstelle, vertrete, 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 leiblichen Erscheinung versteht. Wir halten die erstere Meinung für die richtigere; im Übrigen ist es nur ein Wortstreit.

<sup>36)</sup> Man vergleiche unsere Fiction mit der anderen „nasciturus pro iam nato“ zc. 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 A. 3) findet, der §. 547 habe „nicht die beste Fassung“. Ob das speciell auch für den letzten Satz gelten soll, wie Unger §. 7 A. 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 Al. 2.

<sup>41)</sup> S. Unger §. 7 A. 16.

<sup>42)</sup> Arndts §. 465 A. 2.

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

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

<sup>45)</sup> Arndts a. a. D. — Besitzerwerb durch den Testaments-Executor Namens der instituierten 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 Bedürfniss 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 erlöschten 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 Eigentums-, 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 „Eigentümer“ bezeichnet. Für uns liegt das Entscheidende in der unbeschagten Betrachtung des Verhältnisses.<sup>49)</sup>

Nach römischem und gemeinem Rechte kann die hereditas iacens nicht legitwillig 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 selbstständig 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 Gedachte 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 Verlossenschaftsabhandlung (Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 43 ff., §. 71). — Wenn es sich um Wertpapiere, 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 Verlossenschaftsabhandlung 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 Di- jenen 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 nötig.“ 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 Änderung des Textes („auf- gehört“ 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 Untersuchung dieser Frage einzulassen.

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

einzufegen? 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 honorum.

a) Curator litis. „Die Gläubiger sind nicht schuldig, eine Erbserklärung abzuwarten. Sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen und begehrn: 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 (§. 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 ertheilet 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 Wechselleague 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 ungültig 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 Proesses 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. I. 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 handele.

<sup>52)</sup> Genauer: Berufeuen, 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 Proesses 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 Wolfgang Wessely in der Btschft. f. österr. Rechtsgele. 1843 II. Bd. S. 49—64 im Ganzen überzeugend, zum Theile aber auch mit recht schiefen Behauptungen (davon im 15. Hauptst.) vertheidigte Ansicht eine directe gesetzliche Sanction.

Entgeltes für seine Mühselwaltung 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 honorum, der von Amts wegen im Interesse unbekannter, säumiger oder delikterender 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 hierzu wie zum Abschluß von Vergleichen der Genehmigung der Abhandlungsinstantz (§. 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 Cautelen erforderlich 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 Amts wegen bestellten Curator; hier eine cura personorum, 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 Erbsserklärung 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 Demand gegen eine her. iac. Grundstücke und gewann den Prozeß 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 Begehr und im Interesse (dieselben), 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 Prozeß 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 mir 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. Odg. angenommen werden; vielmehr verhält es sich so, als wenn der Advokat einen unbemittelten Menschen vertreten hätte. (Anders beim cur. 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 cur. her. iac. nach g. m. 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 einschränkenden Worte des §. 129 können doch nur bedeuten: nicht in seiner Eigenschaft als Curator, wohl aber als Demandes Special-Mandatar (§. 1008).

<sup>62)</sup> Diese an sich doppelsinnigen Worte können bedeuten: a) der cur. her. kann nicht diesen Nachlaß für irgend Demanden antreten; b) er darf nicht eine dem Verstorbenen ausgesetzte 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 Al. 2<sup>63)</sup> leicht verführen könnte. Denn im Falle des §. 128 muß, wenn sich auch ein oder mehrere Prätendenten gemeldet haben, doch — so lange nicht feststeht, daß dies die einzigen „Erben“ sind — das ganze Jahr hindurch gewartet werden (i. 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, iacentis sein, was dort noch weniger einem Zweifel unterliegen kann, wo Demand 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 ausweiset“ (§. 810 und Pat. §. 145). Wie überhaupt zwischen der nicht angetretenen (ruhenden) und der noch nicht eingearbeiteten 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, fort dauern (§§. 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 Vorzugrecht hinsichtlich seines Honorars (i. §. 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 Überlassung der Verwaltung (§. 810) bedeuten kann.

<sup>64)</sup> M. a. W.: Früher kam von einer Präclusion von der Verlassenschaftsabhandlung keine Rede sein; früher können die wahrscheinlich nur Theilsberechtigten nicht als Alleinberechtigte behandelt werden; nur in diesem Sinne muß gewartet werden, nicht überhaupt. — Daz vor Ablauf des Jahres oder gar ohne Edictalcitation von einer Überlassung des Nachlasses an den Fiscus und von dem Ansinnen, die Prätendenten mögen ihr Erbrecht klagen 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 Umsangs der Einantwortung, also so zu sagen, für unsere bonorum possessio, sogleich eine Anwachung 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 Al. 2; Nippel IV §. 47 ff.

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

Berwaltung, das Zusammenhalten des Vermögens liegt im Interesse auch der Gläubiger (Gedanke der *versio in rem*), während die Vertretung des Prozeßgegners nur in sehr uneigentlichem Sinne als im Interesse des anderen Streittheiles geschehen angesehen werden kann. Auch ist hier die Analogie mit dem Concursmasse-Berwalter (C. O. §§. 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 Erbe-werdens 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 Erblässers eingetreten.<sup>68)</sup> *Ipsa 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 Quellen-aussprüche<sup>71)</sup> jenes so auszudrücken: der Erbe stelle den Erblässer 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 Erblässer 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 Erblässer: §. 802,“ — womit gemeint ist, daß der Beneficiar erbe auch für seine eigenen Forderungen gegen den Erblässer 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 Erblässer „für Eine Person“ gehalten.<sup>73)</sup>

VI. Eine Folge dieser sogen. Personeneinheit ist der Übergang der vermögensrechtlichen Verpflichtungen des Erblässers 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> Prinzipiell unrichtig ist es, wenn dies als eine dem Schuldenübergang coördinirte Folge jener Personeneinheit gedacht wird, während es nur eine Anwendung des Principes ist, daß der Erbe für die Obligationen des Erblässers einstehen muß.<sup>75)</sup> Daher betrifft jener Satz

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

<sup>69)</sup> Unger §. 6 A. 3 und §. 36 a. A.; vgl. oben bei §§. 536, 537. — Jeder Erbe ist voluntarius schon darum, weil die Redactoren 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 Erblässers und ein Nehmen von Seite des Verstorbenen.

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

<sup>71)</sup> Arndts §. 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 Erblässer 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. f. w.

<sup>74)</sup> Wie weit nach deutschem Recht der Erbe die Verfügungen des Erblässers 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 §. 40, wo mit dem Worte „ferner“ diese Coordinierung ausgedrückt ist, oder mindestens ausgedrückt scheint. Der richtige Zusammenhang ist angekettet bei Seuffert §. 571 Al. 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 ernsten 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 ansehn,<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 Schuldensübergang 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 Änderung war damit natürlich nicht beabsichtigt.

VII. Es wäre aber ein Irrthum, wollte man in der sogenannten Personen-einheit nicht mehr erblicken wollen, als einen anderen Ausdruck für Nachfolge in — 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 Erbschaftsantritt (per universitatem) erworben, sondern es kann auch in Folge dessen ihre rechtliche Stellung zu der Sache eine verschiedene sein. Besonders wichtige Belege liefert die Erstzugslehre und das Immobiliar-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 Prinzip 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 Einkantierung, folglich (§. 177 des Pat. v. 1854) vor der Umschreibung im öffentlichen Buch die Streitanmerkung 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 innerösterr. A. G. hatte gleichzeitig mit dem in Note 1 mitgetheilten Monitum das folgende abgegeben: „Der Erbe stellt, nachdem er die

§. 277.) Z. B. Fr. Mommsen Entwurf e. d. Reichsgesetzes üb. d. Erbrecht (1876)

<sup>77)</sup> So z. B. Seuffert a. a. D. — Vorsichtiger Windscheid §. 605 vb. „bindend 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 Grundbuchgesetzes.

Verlassenschaft angenommen hat, in Rücksicht auf die Verlassenschaft und zwar von der Zeit des Todfalls an zurück gerechnet, den Erblasser vor," — so in nicht glücklicher Umschreibung des „heres quandoque adeundo“ etc. zwei mindestens der Form nach einander direct widersprechende Fictionen 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 Fictionen 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) längnen, die Anderen constatiren den Widerspruch; die Meisten aber sind darüber einig, daß sich dieser damit löse, daß man aus der Fiction der Rückziehung des Erbantrittes 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 (Samm lung 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. G. O. 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 Disfession 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. O.; vgl. Stubenrauch I §. 741. Vgl. über ganze Frage die bei Unger Cittinen.

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

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

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

§. 548.<sup>1)</sup>

Berbindlichkeiten, die der Erblässer 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 hastet er?“ und dann: „womit hastet 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 Erbrechtes als eines vermögensrechtlichen Institutes. Aber auch aus Familien- und öffentlichen Verhältnissen entspringen mannigfache vermögensrechtliche Berbindlichkeiten. 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 Pflichtungen solchen Ursprungs und vermögensrechtlichen Inhaltes, die keine sogen. officia. Es ist ein vielverbreiteter Irrthum, dass solche Pflichten stets mit dem Tode des Verpflichteten erlöschen; sie können auf Andere nicht nur devolviiren, 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 „Berbindlichkeiten, die der Erblässer<sup>2a)</sup> aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte“. Den Gegensatz hiezu, so sollte man meinen, bilden die auf ein facere gerichteten Berbindlichkeiten. 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 unrecht erklärt, nicht der angebliche Aussteller, so kann von ihm . . . der Eid gefordert werden, dass er die Urkunde nach seinem besten Wissen für unrecht halte.“

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

<sup>2)</sup> S. darüber Hofmann in Grünhut's Ztschrft. 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 soweinig 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 1. Abth. p. 688, Mattei III p. 65.

<sup>3)</sup> „Berbindlichkeiten . . . hätte, z. B. eine Schuld zu bezahlen, einen Schaden zu ersetzen, 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 entbehrliech; 2) zu „Geldstrafen“ solle man beifügen „gesetzliche“, um die Conventionalstrafen auszuschließen; 3) das „hingegen“ sei nicht ganz richtig, „da auch die Conventionalstrafen, bei. bei einer auch ohne Verurtheilung offenbaren Verjährung, 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 Schuldnier 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 Erblässer „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 Fiscus 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 Beiller ebenso gewiß Recht, als in den Punkten 2 und 3 Utrecht, 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“ wegliest, würden die nicht bezeichnenden Eingangsworte des Paragraphen unverständlich; wenigstens den Sinn, den die Redactoren damit verbunden, kann man nun aus dem §. 548 allein kaum errathen.

<sup>4)</sup> „Nur Nutzungen und Lasten, die der Verlassenschaft ankleben, sind ein Gegenstand der Erbschaft. Verbindlichkeiten, Rechte und Vorzüge des Erblässers, 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 resert non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis quibus ut cohaerant ea quae aliqui debentur, ex ipsa rerum inaequalitate, simul cum dominio fuit introductum* (*De iure belli et pacis*, Lib. II c. XXI §. 19; die Stelle ist abgedruckt bei Gruchot I §. 24).

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

<sup>6)</sup> Wenn Nippel IV §. 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 Localarmensond gezahlt werden soll, so ist dieser „Destinatar“, aber nicht Gläubiger. S. Min. Bd. 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 mannigfältiger Vertheidigungsgründe bewußt sein kann, die dem Erben unbekannt sind“,<sup>11)</sup> hält er sich an Nebenfächliches und über sieht das Prinzip. — Durch das Hofdecreet 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 läblicher Gesinnung unter Hinweisung auf das Strafgefeßbuch (v. 1803) I §. 202, II §. 271 bestritten und behauptet, daß solche Geldstrafen, die gemäß den Anordnungen des allgemeinen Strafgefeßbuchs 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 verstoße 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 Nachlaß. 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 willkürliche 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 Bellagte 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 liegt auch in Preußen der richtige Grundsatz. Gruchot S. 30.

<sup>12)</sup> J. G. S. Nr. 1676 (S. 221 f.). Abgedruckt in Scheidlein'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) Hdb. v. 13. April 1826 bei Winiwarter a. a. O. S. 219, bei Michel Nr. 1001.

<sup>13)</sup> Die allgemeine und ganz umzweideutige Fassung des cit. Hofd. 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> Scarl in der Bösch. 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 Hofd. v. 1820 über Confiscationen (vgl. auch Gefälls-St. G. §. 470 i. f.; eine Reminiszenz an I. 14 D. 39, 4) restriktiv (arg. vb. „Strafe des Verfalles von Waaren“). Ueber andere Gesetzgebungen rücksichtlich dieses Punktes s. Gruchot S. 31 f., über das röm. R. Marezzoli Ueb. d. bürgerliche Ehre S. 45 ff.

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

<sup>17)</sup> S. j. B. Tittmann bei Gruchot S. 30 N. 3.

<sup>18)</sup> Dieser Gedanke wurde, wie schon ange deutet, erst zur Läugnung, später zum Tadel des in Rede stehenden Rechtssatzes vorgebracht; letzteres thut z. B. Geyer 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 Nied

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

V. Von Strafen wesentlich verschieden sind Delictsschulden; 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 Missverständnis 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> verteidigte Gleichstellung mit den anderen Schulden ein deutscher Gedanke, die Haftung selbst über den Nachlaß hinaus<sup>29)</sup> die einfache Folge des recipierten allgemeinen römischen Grundsatzes über die Haftung des Erben für Erbschaftsschulden. Der §. 1337 handelt übrigens nicht von Delictsschulden 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 blos 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 ersten Falle über den Schadensersatz im Adhäsions- 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 erlöse. Keineswegs aber will er dem Beschädigten den Ersatzanspruch nehmen, wenn der Beschädiger vor Beendigung des Prozesses stirbt. Dann ist dieser Anspruch eben im Civilwege gegen die Erben geltend zu machen. Hierfür sprechen gewiß auch §. 366 pr. und §. 372 der Strafprozeßordnung 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. Bd. v. 3. April 1859.

<sup>22)</sup> Strafprozeß-Bdg. v. 23. Mai 1873 §. 389 II. 9 (ebenso schon St. P. O. vom 1853 §. 341 II. 3). Ueber das preußische R. s. Gruchot S. 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> Windisch'eid II §. 359 B. 2. Gruchot S. 27 f.

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

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

<sup>28)</sup> S. bei Gruchot S. 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. (Beiller formulirte [Prot. 9. Juni 1806] den §. 1337 geradezu: „die Verbindlichkeit . . . geht also auf die Erben über.“) Darüber bei den §§. 801, 802.

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

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

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

ein Schaden durch Verletzung einer höchstpersönlichen Pflicht (z. B. der des Vermundes) gestiftet wurde; auch ein solcher muß von den Erben ersetzt werden.<sup>33)</sup> — Neben Schmerzensgeld s. bei §. 1325. — Soweit es sich bei einer Besitzstörungsklage um Schadensersatz 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 Negrell nehmend.<sup>37)</sup>

### §. 549.

Zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten gehören auch die Kosten für das dem Gebrauche des Dires, dem Stande und dem Vermögen des Verstorbenen angemessene Be- gräbnis.

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 Nachlaß sind die Kosten aus diesem zu decken, beziehungsweise zu ersetzen (§. 388 Westgal. G. B. III), wie sie auch sonst dem Nachlaß nicht nur vor der Einantwortung, sondern schon vor dem Eintritte des Erben, nötigenfalls 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 N. 16; Erbr. §. 40 A. 10; ungenau Stübertraub (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 Begräbniskosten, obgleich sie an sich keine Nachlaßschuld sind, wie eine Nachlaßschuld zu behandeln sind, gilt auch nach gemeinem Recht. (Glück XI S. 412 ff., Walther in Blschrift. f. C. 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 (Koch Recht der Ford. III S. 71 und Sächs. 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. Zeiller 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 Gezeuge 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 Legatario oder einem sub modo Beschenkten diese Last von dem Erblasser ausdrücklich auferlegt ist. Ebenso kann der Erblasser vorgesorgt haben durch den Beitritt zu einem Begräbnisverein, 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 unsre 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 auftreten. 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. Bd. 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. rangieren sie so: Eltern, Gatte, Kinder.<sup>9)</sup> Selbstverständlich kann auch hier eine partielle Devolution eintreten, so daß die Nacheinander-Pflichteten 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 §. 742, Handbuch der Verwaltungs-Gesetzkunde II §. 346.

<sup>5)</sup> Von der Gemeinde des Heimath- oder des Sterbe-Ortes? Von der letzteren; arg. Min. Bd. 6. Aug. 1851 §. 1. Dass die Kosten nicht von der Heimathgemeinde zu erstatten sind, wurde vom Min. d. Innern wiederholt ausgesprochen; nur für Böhmen verordnet das Ges. v. 3. Dec. 1868 §. 12 Al. 3 das Gegentheil. Vgl. Mayerhofer Handb. f. d. politischen Verwaltungsdienst II. Thl. 1. Abh. (Wien 1875) §. 181 N. 1. Es existiren darüber auch verschiedene Staatsverträge; s. Stubenrauch Comm. a. a. O., Afl. 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 ersten Entscheidung mit der nicht glücklichen Wendung: durch die Bestattung werde „an dem Kinde das letzte Werk leiblicher Sorgfalt geübt“.

<sup>7)</sup> Vgl. über die verschiedenen Meinungen hinsichtlich dieses Punktes für das gleiche R. Glück XI §. 418 ff.

<sup>8)</sup> Bei Afl. und Michel (s. Note 5).

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

<sup>10)</sup> Vgl. bei §. 1220.

<sup>10a)</sup> Gewiß mit Unrecht a. M. Winniwarter IV §. 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 §. 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 Grundsätze aus, daß der Witwe oder den Kindern des Getöteten voller Ersatz geleistet, daß diese durch die Schuld des Verleifers nicht das Geringste leiden sollen . . .“ Im sächsischen G.-B. §. 1491 ist diese Frage ausdrücklich in unserem Sinne entschieden.

II. *Actio funeralia*. 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 funeralia*<sup>11)</sup> auf Erstattung der nicht übermäßigen Kosten. — In unseren Polizeistaaten ist das Bedürfniß, 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 S. 387 Westgal. G. B. III gab in mißlunger Fassung<sup>12)</sup> demjenigen, der die Kosten eines dem Ortsgebrauche, 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 (Prot. 12. Mai 1806), daß eine Anordnung wie die der §§. 387, 388 cit. nicht in's Hauptstück „von vermuteten Verträgen“, sondern besser in's Hauptstück von der Amtretung der Erbschaft oder an diese Stelle gehöre; auch schlug er eine dem §. 549 fast wörtlich gleichlautende Textirung vor. Einer besonderen *actio funeralia* 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, erhelle er an dem Gesichtspunkt des „vermuteten Vertrags“ und zwar speciell des „vermuteten Auftrages“ festhielt, zeigt sein Comm. II S. 409. Daraus würde sich ergeben, daß es eine eigene *actio funeralia* nicht mehr gibt, sondern nur die a. neg. gest. contr. hier Platz greife. Danach aber würde namentlich der gegen des Erben Verbot sich Einmengende nie einen Anspruch haben. Dennoch kann dies wegen des S. 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 vermuteten (!) Auftrags gehalten“ (Zeiller). So muß denn wohl auch bei uns, wie bei der römischen *actio funeralia*,<sup>14)</sup> sehr viel dem billigen richterlichen Ermessens anheimgegeben bleiben, und es wird die Ersatzklage 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 Erben als solcher vorgeht der Angehörigen als solcher; daß aber bei der Beerdigung sehr oft noch unbekannt ist, wer der Erbe sein werde. Die von Seite der Hausgenossen d. h. derjenigen, mit denen der Verstorbene in irgend einer *vitae communio* zuletzt gelebt hat, angeordnete Beerdigung kann in der Regel so wenig als eine unbefugte Einmengung angesehen werden, daß der die Todfallsaufnahme vollziehende Gerichtsabgeordnete diesen Personen „die zur Berichtigung der Leichenkosten erforderlichen Beträge aus den Verlassenschaftsgeldern“ vorzuschießen hat (S. 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> Glück XI S. 421 ff., Seuffert §. 346 B. 3 und die bei Windscheid a. a. O. Citerirt. Ueber die bei Aufstellung dieser *actio* mitwirkenden religiösen Ansichten Walther 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> S. 388 auch gegen die *hereditas iacens* bez. deren Curator.

<sup>14)</sup> Glück 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 (faktische) 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 vorbehaltlosen 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 Verurteilten ihre Pflicht zu thun versäumen. Gegenüber ausdrücklichem Verbote wird eine Anzeige an die Behörden, denen die Rücksicht über die Befolgung der die Leichenbestattung betreffenden Gesetze obliegt, richtiger sein, als eigenmächtiges Handeln; doch kommt Alles auf die concreten Umstände an. Ein mutwilliges 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 Beneficiar erbe 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 gerendii* zu fordern. Oft werden die Veranstalter 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; Universalerben 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 Wachszerzen-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 funeralia* 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 Prinzip direkter Stellvertretung haben, so kann doch bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag vor der ratihabito von einer solchen nicht die Rede sein. Somit war durch die Bestellung nur der Mann obligirt, dem seinerseits der Negrell 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 Gegenden 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. —emand hatte ein „pompöses Leichenbegängniß“ bestellt (die Kosten betrugen freilich in Wahrheit 80 fl.), ohne daß „im Prozesse aufgeklärt wurde, aus welchem Interesse und in welcher Eigenschaft“ er dies gehabt. 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 hasten müßte, wenn die Kosten übermäßig wären, und endlich geltend mache, 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 vermutet 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 Einmengung dargethan wird; 2) am aller-

aus Eigenem auf diese Kosten Vorgeschoßene aus dem Nachlaß sich ersezten 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 Ansicht ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen. Sie stehen in dieser Eigenschaft vor der gerichtlichen Uebergabe (Einschaltung) der Erbschaft Alle\*) für Einen und Einer für Alle. Inwiefern sie nach der erfolgten Uebergabe zu haften haben, wird in dem Hauptstücke von der Besitznahme 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 Schlussatz 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 Ansicht ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen“; §. 828 sagt von den condonatori rei: „so lange Alle einverstanden sind, stellen sie nur Eine Person vor.“ Wie feiner der Mitteigenthümer 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 Bestellter sich dem Dritten obligirt habe, ist eine ganz andere Frage als die, ob er die Kosten effecti v. zu tragen habe; für fremde Rechnung contrahiren und in fremdem Namen contrahiren, sind ganz verschiedene Dinge, die von der II. und III. Instanz vermengt wurden; 4) aus §. 549 folgt nur ein Ersatzanspruch des Besetzlers, wenn seine Einmischung in diese Angelegenheit sich billigen läßt, keineswegs aber ein direktes Klagerrecht des Dritten gegen den Erben (bez. die hereditas iacens), am wenigsten aber die Regirung 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. C. mit Unrecht) ein direktes Klagerrecht gegen den dominus negotii einräumt, zeigt sich am deutlichsten dann, wenn die Kosten übermäßige sind, also nur zum Theile vom dominus negotii ersezten zu werden brauchen; soll der Dritte dann für den Rest leer ausgehen und für fremde Leistungsfertigkeit büßen?!

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

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

<sup>21)</sup> Darüber, was dazu gehöre, vgl. Walther a. a. O. §. 339 ff., 424 ff., Koch §. 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. Gebührengef. 9. Febr. 1850 §. 57.

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

<sup>\*)</sup> Der Text in der Justiz-G. S. und der ersten offiziellen 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 Nachlaß 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 Rechtssubjekte, 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 zugeschobenen Haupteid 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 Litigconsorten bezeichnet; sondern es ist vor Allem festzuhalten, daß die Miterben Solidarschuldner sind (§. 550, 2. Satz). Damit steht fest, daß von einer theilweise Erlösung 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 nunemand die Miterben gemeinschaftlich wegen einer Schuld des Erblassers belangt und ihnen den Haupteid

<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 Al. 4.

<sup>6)</sup> Unger §. 43 A. 1.

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

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

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

<sup>10)</sup> Vgl. etwa auch Sammlung I Nr. 269, wo dieser Grundsatz ungetheilter 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 umstatthaft.

aufträgt, 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 Thatfache 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 Ein-antwortung darf er dies nicht; zwar sind die Erben seine Schuldnier,<sup>11)</sup> aber der Gläubiger kann vorerst nur Zahlung aus dem Nachlaß verlangen. Wie aber wenn der Gläubiger die Miterben zwar gemeinschaftlich belangt, aber den Haupteid nur Einem von ihnen aufträgt? 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>13)</sup>

## §. 551.

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

I. Die im römischen Rechte<sup>14)</sup> verbotenen Erbverzichte kamen im Mittelalter in Uebung<sup>15)</sup> und werden von der Mehrzahl der neueren Gesetze anerkannt,<sup>16)</sup> so auch vom österreichischen in obigem, 1807 und 1809 entstandenen Paraphen.<sup>17)</sup>

II. Die ältere Theorie<sup>18)</sup> fasste den Erbverzicht als einen obligatorischen Vertrag über den künftigen Nachlaß auf; die heute herrschende, von Hasse ange- regte, von Beseler ausgeführte Theorie erklärt den Erbverzicht als einen sofort definitiv wirkenden Vertrag über das „Erbrecht“,<sup>19)</sup> wofür auch der Wortlaut der SS. 538, 551 a. b. G. B. spricht.<sup>20)</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 Änderung 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>13)</sup> Eine ausführliche Abhandlung dieses Gegenstandes bringen die „Excuse“; hier werden nur die Resultate kurz zusammengefaßt. Dazu Hofmann in Grünhut's Blüft. III (1876) S. 649—669. Literatur verzeichnet.

<sup>14)</sup> Abblyg. in d. Excuse N. 1—3; vgl. Hesse im Rhein. Museum II S. 154 ff.

<sup>15)</sup> Beseler Erbverträge II, 2 §§. 24, 26; System §§. 161, 173.

<sup>16)</sup> Dagegen verworfen im franzöf. G. B. a. 791, 1130.

<sup>17)</sup> Im Westgal. G. B. II §. 334 wird die Gültigkeit der Erbverzichte voraus- gesetzt.

<sup>18)</sup> Vgl. Beseler Erbverträge II 1. Abth. §§. 5, 6; 2. Abth. §. 24.

<sup>19)</sup> Hesse S. 151; vgl. S. 199 f.

<sup>20)</sup> Beseler Erbverträge II 2. Abth. S. 240.

hauptung,<sup>9)</sup> daß selbst nach (*contrario consensu*) ausgehobenem Erbverzicht der Verzichtende nur durch formelle Erbeinsetzung zum Erben gemacht werden könne. Auch widerstrebt die unzweifelhafte Möglichkeit theilweiser und resolutiv-bedingter Erbverzichte der herrschenden Formulierung des Erbverzichtes, dessen Wirkungen vielmehr am richtigsten denen einer testamentarischen Ausschließung von der Erbsfolge 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 Erblässer, 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 vertragsmäßiges Erbrecht ist Aufhebung des Erbvertrages *contrario consensu*. Die Meinung, daß der Verzicht desjenigen, dessen Erbsfolge vom Erblässer vereitelt werden kann, sinnlos sei, enthält eine einseitige Uebertriebung eines richtigen Gedankens. Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Verzichtende nach den formalen Verhältnissen als nächster Anwärter erscheint. Verzicht auf ein testamentarisches Erbrecht ist zwar nicht an sich, wie Viele glauben, widerstinctig, aber allerdings von sehr geringer praktischer Bedeutung<sup>13a)</sup>. — Der Verzicht auf die gesetzliche Erbsfolge schließt auch vom Pflichttheil aus (§. 767), nicht auch umgekehrt der Verzicht auf diesen von der gesetzlichen Erbsfolge, 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 Demand 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 Erbsfolge zu vergleichen ist, so ist die Stathäufigkeit 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 Erbsfolge 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 §. 258 und Unger Erbr. §. 30 u. 10.

<sup>10)</sup> Ueber Wesen und Wirkung des Erbverzichtes ausführlich: Hofmann a. a. D. (§. 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>13a)</sup> Bedenken gegen seine Stathäufigkeit könnte §. 719 erregen; aber es ist eben nur die (nicht genug zu tadelnde) Formlosigkeit des Erbverzichtes, welche auf diesem Punkte, wie auf vielen anderen, Unzulässigkeiten mit sich führt.

<sup>14)</sup> Vgl. Excurse Abs. VIII.

zu haben (anal. §. 809). Der Verzicht zu Gunsten eines von mehreren Mitverurten 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 contradiction in adiecto.

VII.<sup>15)</sup> Je näher die Wirkungen des Erbverzichts denen eines Testamentes kommen, um so weniger ist es zu billigen, daß für Erbverzichte 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).

VIII.<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, wennemand auf seinen Pflichttheil verzichtete und dann zur gesetzlichen Erbsfolge kommt; hier findet contradiction statt. Die beiden Fälle sind eben sehr verschieden: hier erweist sich der Verzicht als „unnütz“, weil der Verzichtende trotz des Verzichtes erbtt; dort, weil er auch ohne den Verzicht nicht geerbt haben würde.

VIII.<sup>18)</sup> Jeder,<sup>18a)</sup> der „über sein Erbrecht selbst gültig verfügen“ (§. 551) d. h. eine deferirte Erbschaft ausschlagen kann (somit nicht der Erbdatar gegen den Willen der Gläubigerchaft: §. 4 Conc. O.), kann verzichten, was auch durch einen speziell Bevollmächtigten (anal. §. 1008) geschehen kann. Wegen Minden sogen. unentgeltlichen Verzicht jeder infantia maior,<sup>19)</sup> hinsichtlich des entgeltlichen ist §. 865 i. f. analog anzuwenden.

IX.<sup>20)</sup> Wer auf sein Erbrecht überhaupt verzichtet, vergrößert die Pflichttheile der anderen Mutterherben, 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 Testifreiheit erweitert, nicht die Pflichttheile der Anderen (vgl. Unger §. 80, II. 3).

X.<sup>21)</sup> Eine mehr umfang-, als lehrreiche Literatur hat sich über den Schlussatz des §. 551 gebildet; und doch sind seine planen Worte ganz adäquat dem Gedanken. Durch die Protokolle steht es unmöglich fest, daß dieser (sachlich nicht zu billigende) Satz als Consequenz der alten falschen Repräsentations-theorie 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 Parens 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). Raum den Schein eines Grundes hat die Meinung Gspan's und Winiwarter's für sich, daß der Schlussatz von

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

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

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

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

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

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

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

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

§. 551 nicht zu §. 767 zu ziehen sei, mit andern Worten: daß die Nachkommen des Verzichtenden zwar von der gesetzlichen Erbsfolge ausgeschlossen werden, aber für den Fall, wo ohne den Verzicht für sie die Reihe der gesetzlichen Erbsfolge eingetreten wäre, ihr Recht auf den Pflichttheil behalten! — Daz in §. 632 pr. hinsichtlich des Verzichtes des Fideicommissinhabers das Gegenthell 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 seiner 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 letzwilligen Verordnungen.“ Beiller tabellte 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 Inhalt errichtet ist, würde sich als die natürlichste Gliederung des Stoffes die folgende ergeben: a) von der testamenti factio; b) von den Testamentsformen; 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 Spalte gestellten definirenden Paragraphen wird in den Paragraphen von der Erbeinsetzung (also vom Inhalte), in den §§. 560—563 vom „Recht des Zuwachs“ (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 Testirungsfähigkeit, hierauf (nach zwei allgemeine Grundsätze aussprechenden Paragraphen) von den Testamentsformen gehandelt (§§. 577—601). Das Hauptstück schließt mit zwei verweisenden Paragraphen.

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

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

\* ) Literatur: a) österreich. R. Ant. Ascona Teoria generale delle forme interne ed esterne delle dichiarazioni delle ultime volontà . . . (Milano 1822). Ein Hefthchen, dessen Inhalt viel enger begrenzt ist, als der Titel erwarten läßt; rec. in der Blschr. 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) Ge meines R.: Röhhirt Das testamentarische Erbrecht 2 Thle. 1840. Heinrich im Rechtslex. X S. 713 ff. Fein Das Recht der Codicille (44. und 45. Bd. des Glück- schen Commentars). — c) Ueber das preußische R. s. 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“.